

القواعد الفقهية

IUFI3054

القواعد الفقهية

المحتويات

- الدرس الأول : معنى القواعد الفقهية، ونشأتها، وفائدتها في ٢٤-٧
الفقه الإسلامي
- الدرس الثاني : أهم الكتب التي ألفت في القواعد الفقهية، ٥٧-٢٥
وقاعدة: "الأمور بمقاصدها"، والقواعد
المتداخلة معها
- الدرس الثالث : قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، والقواعد ٩٠-٥٩
المتداخلة معها
- الدرس الرابع : قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد ١٠٨-٩١
المندرجة معها (١)
- الدرس الخامس : قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، والقواعد ١٤١-١٠٩
المندرجة معها (٢)
- الدرس السادس : قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد ١٧٦-١٤٣
المندرجة معها (٣)، وقاعدة "لا ضرر ولا
ضرار"، والقواعد المندرجة معها
- الدرس السابع : تابع القواعد المندرجة تحت قاعدة: "لا ضرر ولا ٢٠٥-١٧٧
ضرار"، وقاعدة: "العادة محكمة"، والقواعد
المندرجة معها
- الدرس الثامن : دراسة القواعد من قاعدة: "إمنا تعتبر العادة ٢٤١-٢٠٧
إذا اطردت، أو غلبت"، إلى قاعدة: "لا ينكر
تغير الأحكام بتغير الأزمان"
- الدرس التاسع : دراسة القواعد من قاعدة: "إعمال الكلام أولى ٢٦٨-٢٤٣
من إهماله"، إلى قاعدة: "التابع تابع"

القواعد الفقهية

- الدرس العاشر : دراسة القواعد من قاعدة: "التابع لا يفرد
بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً"، إلى قاعدة: "المعلق
بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"
٢٦٩-٢٩٨
- الدرس الحادي عشر : دراسة باقي القواعد المتعلقة بالشروط،
وقاعدة: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"
والقواعد المتداخلة معها
٢٩٩-٣٢٩
- الدرس الثاني عشر : دراسة القواعد من: "ما حرم أخذه حرم
إعطائه"، إلى قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي
الضمان"
٣٣١-٣٥٩
- الدرس الثالث عشر : دراسة قاعدة: "الغنم بالغرم"، وقواعد تتعلق
بالتسبب والمباشرة
٣٦١-٣٧٧
- الدرس الرابع عشر : قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه؛ وإنما ينكر
المجمع عليه"
٣٧٩-٣٩٥
- قائمة المراجع العامة :
٣٩٧-٤٠٠

معنى القواعد الفقهية، ونشأتها، وفائدتها في الفقه الإسلامي

عناصر الدرس

- العنصر الأول : معنى القاعدة الفقهية، والفروق بين القواعد من ٩
حيث الشمول
- العنصر الثاني : نبذة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية ١٣
- العنصر الثالث : فائدة القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي ٢٠

معنى القاعدة الفقهية، والفروق بين القواعد من حيث الشمول

١- بيان معنى القاعدة الفقهية :

القاعدة، تجمع على قواعد، والقاعدة في اللغة: أساس الشيء وأصله، معنويًا كان أو حسيًا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة: ١٢٧]، وقوله - جل شأنه: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [النحل: ٢٦]؛ فالقاعدة في هاتين الآيتين، بمعنى: الأساس، وهو ما يرفع عليه البناء.

وقد تطلق القاعدة على الشيء المعنوي، فيقال: قواعد الإسلام، وقواعد النحو، وقواعد الفقه، وقواعد الأصول، وكلها قواعد معنوية.

ويؤخذ من هذا؛ أنَّ القاعدة في اللغة: أساس الشيء، والأصل الذي يُبنى عليه غيره، سواء كان حسيًا أو معنويًا.

أما القاعدة في الاصطلاح؛ فيختلف مفهومها باختلاف العلوم، ويتعدد اصطلاحها بتعدد المجالات.

فعند الأصوليين، والنحاة: حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته؛ لتعرف أحكامها منه، مثل قول الأصوليين: الأمر إذا جرد عن القرائن أفاد الوجوب، ومثل قول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب.

وهناك قواعد قانونية، وهندسية، وعشرات من العلوم لكل منها قواعدها، واصطلاحاتها الخاصة.

وأما الفقهاء ؛ فقد عرفوا القاعدة بقولهم : هي الحكم الكلي المنطبق على جميع جزئياته غالباً ؛ لتعرف أحكامها منه.

ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني ؛ مبادئ القانون.

فالقواعد الفقهية ؛ قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات يعلم حكمها من تلك القواعد ، وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالباً.

فقولهم في التعريف : " غالباً " ، معناه : أن هذه القواعد أغلبية ؛ إذ إن كثيراً من القواعد تشذ عنها بعض مسائل تعتبر مستثناة منها ، ولا يقدح ذلك في كونها قاعدة ، ولا ينقص من قيمتها العلمية في ضبط فروع الأحكام العملية ؛ فهي تجمع شتاتها ، وإن اختلفت أبوابها وموضوعاتها.

ولولا القواعد ، لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متناثرة ، وقد تتعارض ظواهرها إذا بقيت دون أصول تمسك بها ، وتجمع بين جزئياتها غالباً ، وإلى هذا يشير القرافي ، بقوله : " ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع ، واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت " .

فالقواعد الفقهية تختص بالفقه ، باعتبار أن فروعه مبنية على تلك القواعد ؛ فهي تلك المسائل الكلية التي يندرج تحتها مجموعة من الأحكام الشرعية المتشابهة تشابهاً تجعلها مندرجة تحت تلك القضايا الكلية ، وذلك كقاعدة : " لا ضرر ولا ضرار " ، وقاعدة : " الضمان بالإتلاف " ، و " والغنم بالغرم " ، و " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني " ... وما إلى ذلك.

فالقواعد الفقهية : نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها ، وتتجدد بتجدد الزمن ، فتشمل ما كان ، وما سيكون من وقائع وحوادث ، فميزتها إيجاز الصياغة مع عموم المعنى ، والاستيعاب للفروع الجزئية.

وقد عرفت القاعدة في عصر الأئمة المجتهدين، بما قاله القرافي، في (الفروق): قد اشتملت الشريعة على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أصول الفقه، والثاني قواعد كلية فقهية، لكل قاعدة من الفروع ما لا يحصى، وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع؛ إذ ثمة الأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة يجتهد فيها فقيه مستوعب لمسائل، فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط؛ هو القاعدة الكلية التي يحكمها، كما في كتاب (تأسيس النظر)، لعبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي؛ فقد اشتمل هذا الكتاب على ست وثمانين قاعدة، كما أن العز بن عبد السلام - الفقيه الشافعي - ألف كتاباً أسماه (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، وكذلك القرافي المالكي، جمع في كتابه من القواعد خمسمائة وثمان وأربعين قاعدة، كما نص هو على ذلك.

وجاء بعد هؤلاء عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ووضع كتابه (قواعد الفقه)، وجاء مشتملاً على قواعد كثيرة جداً.

وهكذا كتب (الأشباه والنظائر)، لابن السبكي، والسيوطي من الشافعية، و (الأشباه والنظائر)، للإمام ابن نجم الحنفي، وكلها قد جمعت الكثير من الجزئيات المتفرقة المتشابهة، جمعتها تحت قاعدة فقهية كلية.

٢. الفرق بين القواعد من حيث الشمول:

القواعد الفقهية ليست على درجة واحدة؛ من حيث الشمول والعموم، فهناك القواعد الكلية الكبرى، وهي تشبه النظريات العامة في العصر الحديث، لاستيعابها أحكاماً كثيرة لا تحصى من مختلف أبواب الفقه، وهي في نفس الوقت لم يختلف على واحد منها مذهب من المذاهب الفقهية؛ بل اتفق الجميع على اعتبارها، والاعتداد بها.

فأصل القواعد الكبرى متفق عليه ؛ وإنما الخلاف في إدخال بعض المسائل تحتها ،
وهذه القواعد هي القواعد الخمس :

قاعدة : الأمور بمقاصدها .

وقاعدة : اليقين لا يزول بالشك .

وقاعدة : الضرر يزال ، ومثلها قاعدة : الضرر لا يزال بالضرر . وقاعدة : المشقة
تجلب التيسير .

وقاعدة : العادة محكمة .

وهناك قواعد كبرى أقل شمولاً للفروع من هذه القواعد ، وهي متفق عليها أيضاً
بين المذاهب الفقهية ، ومنها : ما يندرج تحت القواعد الخمس السابقة ، ومنها ما
لا يندرج تحت أيٍّ منها ، وتشتمل على فروع من أبواب فقهية كثيرة ، وتسمى
قواعد فرعية أو جزئية ، مثل : قاعدة : إعمال الكلام أولى من إهماله ،
والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، وإذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام ،
والإيثار في الكرب مكروه وفي غيره محبوب ، والتابع تابع ، والحدود تسقط
بالشبهات ، والحر لا يدخل تحت اليد .

وهناك قواعد عامة اختلف الفقهاء في شأنها ، وفي أحكام القضايا المندرجة ، أو
القابلة للاندراج تحتها ، وهذه القواعد ترد صيغتها مقرونة بالاستفهام ، ومثالها :
الظن هل ينقض بالظن ، أو لا ؟ والعقد هل يتعدد بتعدد المقعود عليه ، أو لا ؟
وهل العبرة بالحال ، أو بالمآل ؟ والنادر هل يلحق بجنسه ، أو بنفسه ؟ .

ومثل هذه القواعد يتردد كثير منها على ألسنة الفقهاء حينما يتعرضون لسبب
الخلاف في المسألة ، منهم : ابن رشد ، في (بداية المجتهد) ، والدبوسي ، في
(تأسيس النظر) ، والأئمة المجتهدون : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وابن
حنبل وغيرهم .

ومنها قواعد ذات مجال ضيق ؛ من حيث اشتمالها على الفروع الفقهية ؛ فمجالها في الفروع خاص بباب واحد من أبواب الفقه - غالباً - فهي أحكام متشابهة لنوازل كثيرة، ولكنها من باب واحد، وقد أطلق عليها القواعد الخاصة، وهي بمعنى : الضابط ، وفق من يرى أنه مختص بباب واحد.

وهذا النوع من القواعد، منها ما اتفق عليه، كقولهم : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، وكل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور، وكل طير مباح الأكل. ومنها : ما اختلف فيه، كقولهم : كل عضو غسل يرتفع حدثه أو لا، إلا بالكمال والفراغ، وكل جزء في الصلاة قائم بنفسه، أو صحة أولها متوقف على صحة آخرها؛ ومثل هذه القواعد يطلق عليها اسم الضابط ؛ لأنها تضبط أحكاماً من باب واحد، أو جزء من باب، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة، أن يسمى ضابطاً، ويدخل في ذلك القواعد التي تختص بباب واحد، ككل ميتة نجسة إلا السمك والجراد، والجمادات طاهرة إلا المستحيل، إلا نتن، أو إسكار، والاعتبار بتصرفات الكفار في اعتقادنا لا لاعتقادهم، وكل مكروه في الجماعة يسقط فضيلتها، وكل ما يثبت في الذمة لا يصح الإقرار به.

نبذة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية

ظهرت في عصر الرسالة - أول عصر التشريع - البذرة الأولى للقواعد الفقهية، فإنَّ النبي ﷺ - الذي لا ينطق عن الهوى، إن هو إلا وحي يوحى - كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام، بمثابة القواعد العامة التي يندرج تحتها فروع فقهية كثيرة، وهي بجانب كونها مصدراً خصباً للتشريع واستنباط الأحكام، تمثل القواعد الكلية الفقهية.

ودل على ذلك، أن بعض الأحاديث، مثل قوله ﷺ: ((الخراج بالضمان))، و((لا ضرر ولا ضرار))، و((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) وغيرها من جوامع الكلم.

وهذه أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة، وجرت مجرى القواعد الفقهية، والذي يبدو أن كل ما ورد عن النبي ﷺ وكذا الصحابة { لا يمثل النشأة الحقيقية للتقعيد، ولا لظهور العلم الخاص بالقواعد.

لكننا نستطيع أن نقرر أن نصوص الشارع من الكتاب، أو السنة جاءت خالية من القواعد؛ بل هي القواعد الأساسية في بناء الشرع، والمصدر لاستنباط الأحكام والقواعد؛ ذلك لأننا نقصد للكلام عن نشأة القواعد وظهورها؛ باعتبارها علماً من العلوم، أو فناً مستقلاً، وهذا أمر اجتهادي مبني على نظر، أو استقراء، احتاج إلى فترة زمنية ليست قصيرة نما فيها الفقه، وازدهرت فروعها، ونضجت مباحثه.

وَمِنْ ثَمَّ؛ فإن القواعد الفقهية لم توضع كلها مرة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين؛ بل تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه، ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح؛ استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة، ومبادئ أصول الفقه، وعلل الأحكام، والمقررات العقلية، ثم اكتسبت صيغتها الأخيرة الماثورة عن طريق التداول والصقل، والتحرير على أيدي فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال؛ فقد كانت تعليقات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسي عليها، أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد، وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى، وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها، وترتيب أصولها وأدلتها.

ولا يعرف لكل قاعدة صانع معين، إلا ما كان منها نص حديث نبوي، كقاعدة: **((لا ضرر ولا ضرار))**، وما أثر عن بعض أئمة المذاهب، وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد، كقول أبي يوسف - صاحب أبي حنيفة - في كتاب (الخراج)، الذي وضعه للرشيد: "ليس للإمام أن يخرج شيئاً من أيدي أحد إلا بحق ثابت معروف".

وكانت تسمى هذه القواعد أصولاً، فكثيراً ما نرى شراح المذهب الحنفي، في تعليقات الأحكام كما نرى المؤلفين القدماء في القواعد الفقهية، يقولون: من أصول أبي حنيفة، أو الأصل عند أبي حنيفة كذا، وكذا، وهذا ما نراه واضحاً، في كتاب (تأسيس النظر)، للدبوسي الحنفي؛ حيث يقول: "الأصل عند أبي حنيفة: أن الشيء إذا غلب عليه وجوده يجعل كالموجود حقيقة".

وقوله أيضاً: "الأصل عند علمائنا الثلاثة: أن الخبر المروي عن النبي ﷺ من طريق الآحاد مقدم على القياس الصحيح، وعند مالك القياس الصحيح مقدم على خبر الآحاد".

وتعد القواعد الفقهية من جوامع الكلم، إذ يندرج تحتها ما لا يحصى من المسائل الفقهية المختلفة؛ ولهذا فإنها من حيث الصياغة تتميز بالإيجاز في التعبير، مع شمولية المعنى، وغالباً ما تكون من كلمات معدودة، كقاعدة: "العادة محكمة"، و"الخراج بالضمان"، و"الأمر بمقاصدها"؛ فهذه القواعد الثلاث - رغم كلماتها الموجزة - تتسع لكثير من الأحكام والفروع، وقد ذكر الشافعي: أنه يدخل في قاعدة: "الأمر بمقاصدها"، سبعون باباً من أبواب الفقه.

وقد تكون في صياغتها مطابقة لنص من نصوص السنة المطهرة، وفيها قواعد كثيرة: "لا ضرر ولا ضرار"، و"الخراج بالضمان"، و"إنما الأعمال بالنيات"؛ فإن

هذه النصوص استخدمها الفقهاء في كتبهم على أنها قواعد فقهية ، وإن كانت مطابقة لنص حديث نبوي تكون في صياغتها مطابقة لحكمة معروفة ، أو تكون مثلاً من الأمثال المشهورة في القواعد التالية : "الخليل مجالس لخليله".

وقد تتضمن القاعدة بعض التفصيل إذا كانت من قواعد الخلاف ، كما في القاعدة التي تقول : "لم يجز ، ولم ينفذ إلا أن يمكن الاستدراك للضرر ، أو لضمان أو نحوه فيجوز".

ومن الأدلة على تطور صياغة القواعد الفقهية : أن كثيراً من صيغ القواعد تختلف في كتب المتأخرين عنها في كتب المتقدمين ، فمثلاً القاعدة المتداولة في كتب المتأخرين ، في كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر ، ولا يسري حكمه على غيره ، نصها يقول : "الإقرار حجة قاصرة" ، وإذا رجعنا إلى أصل هذه القاعدة في قواعد الإمام الكرخي ، فنجدها تقول : "المرء يعامل في حق نفسه كما أقر ، ولا يصدق على إبطال حق الغير ، ولا إلزام الغير حقاً".

وكذلك القاعدة التي تنص على أن : "الاجتهاد لا ينقض بمثله" ، أصلها في قواعد الكرخي : "الأصل أنه إذا قضي بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ، ويفسخ بالنص".

تدوين القواعد الفقهية ، وتطورها :

من الصعوبة بمكان تحديد تاريخ تدوين هذه القواعد بدقة ، وإثبات أطوار الصيغ المتعاقبة على كل قاعدة ، ما دامت لم توضع دفعة واحدة ، ولا في وقت واحد ، والظاهر أن أول محاولة في تدوين القواعد ، ما قام به أبو طاهر الدباس - إمام الحنفية - وهو ممن عاش في القرنين الثالث ، والرابع للهجرة ؛ حيث جمع أهم

قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية، وكان أبو طاهر ضريراً، يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه، فكانت هذه القواعد حافزاً للإمام الكرخي أن يأخذها، وأن يضيف إليها غيرها إلى أن أوصلها إلى تسع وثلاثين قاعدة.

ثم جاء أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، فدون كتابه (تأسيس النظر)، وضمنه طائفة مهمة من القواعد الفقهية العامة والخاصة، مع التفريع على كل منها بفوائد جمّة، واستطرادات كثيرة مع مجموعة من الضوابط الخاصة، والأفكار التوجيهية لرجال المذهب في بيان طرق الاستنباط، فكان كتابه (تأسيس النظر)، بداية حركة لتقعيد هذه القواعد، وتدوينها في أواخر القرن الثالث الهجري.

أما الكتاب، فهو كتاب في علم الخلاف، والفقه المقارن، فهو أول كتاب ظهر في الفقه الموازن، قبل أن يكون كتاباً في القواعد الفقهية، وميزة هذا الكتاب، أنه يهدف إلى معرفة كيفية إيراد الحجج الشرعية على الأقوال والآراء، وكيفية دفع الشبهة، وقواعد الأدلة الخلافية.

يقول المؤلف في المقدمة: "جمعت في كتابي هذا أحرفاً إذا تدبر الناظر فيها وتأملها عرف مجال التنازع، ومدار التناطح عند التخاصم".

وقد اشتمل هذا الكتاب على ست وثمانين قاعدة، ومعظم هذه القواعد قواعد مذهبية، ورتب المؤلف كتابه هذا على ثمانية أقسام، تناولت الاختلاف بين الأئمة.

ثم ألحق بالأقسام الثمانية، قسماً ذكر فيه أصولاً اشتملت على مسائل خلافية متفرقة.

والدبوسي - في وضعه لكتابه هذا - قد راعى رد الفروع إلى الأصول ، ولم يلتزم السير حسب نظام الفقه ؛ بل فروعه قد تكون من أبواب متعددة ، فإن فروع كل قاعدة لم تلتزم فيها باباً واحداً معيناً من أبواب الفقه ، وهذه طريقة تدل على سعة الاطلاع ، وعمق المعرفة ، حتى يلحق أي فرع كان ، من أي باب كان تحت القاعدة .

كما أنَّ الدبوسي ، لا يُعنى بتحرير مسائل الأصول ، أو القاعدة الفقهية من ناحية الاحتجاج لها ، وتأييد المعنى الذي قامت عليه ؛ بل يكتفي غالباً بذكر المسألة والقاعدة خالية من ذلك ، وكأنه يراها من المسلمّات .

ثم جاء ابن نجيم ، المتوفى سنة (٩٧٠) هـ فألف كتاباً مهماً سماه (الأشباه والنظائر) ، جمع فيه خمساً وعشرين قاعدة ، وصنفها على نوعين :

النوع الأول : قواعد أساسية ، كالأركان في المذاهب الفقهية ؛ وهي قواعد ست : الأمور بمقاصدها ، والضرر يزال ، والعادة محكمة ، واليقين لا يزول بالشك ، ولا ثواب إلا بالنية .

النوع الثاني : تسع عشرة قاعدة فرعية أخرى ، وأحكاماً كثيرة .

ولكن حركة التقعيد لم تتقدم ولم تشتهر ، ولم تبدأ في الظهور متكاملة إلا في بداية القرن السابع الهجري ؛ فقد برز فيه علم قواعد الفقه إلى حد كبير ، وإن كان لم يبلغ مرحلة النضج ، وكان على رأس المؤلفين في هذا العصر ، العلامة محمد بن إبراهيم الجارمي ؛ فقد ألف كتاباً بعنوان : (القواعد في الفروع الشافعية) ، ثم العز بن عبد السلام ، ألف كتابه في (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) ، ثم تابعت هذه السلسلة من المؤلفات في المذاهب الفقهية المشهورة .

ويعتبر القرن الثامن الهجري ، عصرًا ذهبيًا لتدوين القواعد الفقهية ، وسمو التأليف فيها ، وتفوقت فيه عناية الشافعية ؛ لإبراز هذا الفن العظيم .

ولكن هذه القواعد على الرغم من هذه الجهود المتابعة الكثيرة ظلت متفرقة، ومبددة في مدونات مختلفة، وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى، مثل كتاب (الفروق والألغاز)، والألغاز، هي: المسائل التي قصد إخفاء وجه الحكم فيها لأجل امتحان.

وأحياناً تفرقت هذه المؤلفات إلى بيان بعض القواعد الأصولية، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان العثماني عبد العزيز خان في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من الأحكام، والمعاملات، والدعاوى، والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة، ورئاسة ناظر الديوان، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحاطة عليها، وصدرت المجلة بتقرير عن الأسباب الموجبة، أو المذكرة الإيضاحية، ومقدمة عن علم الفقه، وتعريفه، وتقسيمه؛ ثم ذكرت طائفة من القواعد الفقهية التي تدور عليها أحكام كثيرة في تسع وتسعين قاعدة، في كل مادة قاعدة تتضمن قاعدة واحدة، مثل: "الأمر بمقاصدها"، و "الضرر يزال قدر الإمكان"، و "المشقة تجلب التيسير"، وأكثرها مأخوذ من كتاب (الأشباه والنظائر)، لابن نجيم.

وكان الهدف من وضع المجلة تيسير مراجعة الأحكام الفقهية، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة، وترك الاختلافات في المذاهب الأخرى، ولم تخرج المجلة عن أحكام المذهب الحنفي، وهو أهم ثغرة فيها، مما ترتب عليه الضيق في بعض الجوانب، حبذا لو استعانت بآراء المذاهب الأخرى، وخاصة في باب العقود والشروط.

فائدة القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي

إنَّ للقواعد الفقهية مزايا كثيرة، وسماتٍ متعددة، تتحقق من دراستها جملة من الفوائد التي يمكن إجمالها فيما يأتي :

أولاً: أنها ضبطت الأمور المنتشرة المتعددة، ونظمتها في سلك واحد، مما يُمكن من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، ويزود المطلع عليها بتصور سليم يدرك به الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات، قال ابن رجب مبيِّناً هذه الفوائد: "إن هذه القواعد تنظم منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد الشوارد، وتقرب على الفقيه كل متباعد".

ثانياً: إن القواعد في كل مذهب يعطي صورة كاملة للمذهب، بحيث يسهل الوقوف على مسائله، وفروعه، وإدراك مراميه؛ لأنَّ الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكن، كما أنَّها سريعة النسيان، ولا تثبت في الذهن، ويحتاج الرجوع إليها في كل مرة إلى بذل جهد ووقت، فلا بد من الرجوع إلى القاعدة التي تجمع تلك الفروع في مسألة واحدة، وإنَّ الضابط للقوانين والقواعد الفقهية يسهل حفظ الفروع، ويغني العالم بالضابط عن أكثر الجزئيات.

وفي هذا المعنى قال الإمام القرافي: "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المعنيين فرق شاسع وبعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد".

ثالثاً: فهم هذه القواعد وحفظها يساعد الفقيه، أو المفتي على فهم مناهج الفتوى، ويطلعه على حقائق الفقه، ومآخذه.

ويمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، ومن ثمَّ ندرك أن هذه القواعد قد لعبت دوراً مهماً في تنظيم فروع الفقه

الإسلامي بصفة عامة ، وفي التفقه ، والتفقيه ، واكتساب الملكة العلمية بصفة خاصة ، بما تقوم به من تصوير بارع للمبادئ الفقهية ، وكشف آفاقها الواسعة ، وحصر مسالكها المتشعبة ، وضبطها للفروع ، والأحكام العملية بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلل ، أو يجمعها وحدة المناط ، سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أو اتحدت.

وما أشبه عمل الأصولي بعمل الفقيه في هذا الشأن ، إذ الأصولي يعتبر القواعد الأصولية هي المعايير الصحيحة لاستنباط الأحكام الشرعية من منابعها الأساسية ، فكذلك الفقيه يعتبر القواعد الفقهية معياراً لتنظيم فروع الفقه ، وجمع أحكامها المتنوعة والمتشعبة في زمرٍ متعددة بمراعاته وحدة المناط.

وبذلك ضببت مسائل الفقه ضبطاً محكماً ؛ بحيث لو لم توجد هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها ، وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعين اتجاهاتها التشريعية ، وتمهد بينها طريق المقايسة ، والمجانسة.

ويكفي في أهمية هذه القواعد ، ما ذكره الإمام القرافي ، في (الفروق) ؛ إذ يقول : ويظهر رونق الفقه ويعرف ، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف ، وفيها تنافس العلماء ، وتفاضل الفضلاء ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواتمه فيها واضطربت ، وضاعت نفسه لذلك وقنطت ، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى ، وانتهى العمر ، ولم تقض نفسه من طلب مناهها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب.

وعلى وجه الإجمال : فإنَّ القواعد الفقهية لها أثر بالغ في الفقه ، والتفقه ، فهي تساعد على التفقه ، وفهم أسرار التشريع ، واكتساب الملكة الفقهية باستقصاء كل

صور الفقه التي يستلزم إدراكها تحت القاعدة، وأنها تسهل على الباحث، والمفتي تتبع جزئيات الأحكام، واستخراج هذه الأحكام من موضوعاتها المختلفة، وتحصرها في موضع واحد.

وبذلك تتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة، وهذه القواعد تفتح المجال لدارس الفقه، فيرتقي من دراسة الأحكام المتشابهة إلى دراسة النظريات العامة بطريقة علمية منظمة، بحيث يمكن تطبيق ذلك على كل القضايا المتجددة في التشريع.

وبتعبير أدق وكلمات موجزة محكمة: فإن دراسة قواعد الفقه الكلية تمكن الدارس من الإلمام بكثير من الأشباه والنظائر التي تمكنه من الإلحاق والتخريج عليها، ولولا هذه القواعد لبقيت الفروع مشتتة، وقد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها؛ ولهذا كان التشريع الإسلام بفضل هذه القواعد هو التشريع الواجب التطبيق، فقد تم له السيطرة التامة في جميع الأقطار الإسلامية خلال قرون عديدة، ولم يتزحزح عن مركزه القيادي إلا بعد الاحتلال العسكري والسياسي عندما منيت الدول الإسلامية بالاحتلال الفرنسي والإنجليزي؛ في هذه الفترة انسحب التشريع الإسلامي من ميدان القضاء إلا فيما يسمى بالأحوال الشخصية، وترك المجال واسعاً وفسيحاً قهراً للقانون الفرنسي في بعض البلاد، والقانون الإنجليزي في بعض آخر.

وبعد ذلك انزاح كابوس الاستعمار من معظم الدول الإسلامية، ففكر كثير من هذه الدول في وضع تشريع قانوني يلبي حاجات المجتمع، ويتضمن كثيراً من الأحكام الفقهية، فكروا في ذلك كثيراً وأنشئت لجان من هذه الدول لوضع هذا القانون، ولوضع تشريع يلبي حاجة الناس، إلا أن هذه التشريعات التي وضعها الفقهاء في ذلك العصر جاءت على وتيرة الأسلوب الغربي في معظمها، بحيث لم يتضمن القواعد الفقهية الإسلامية كمواد تشريعية إلا نادراً، وإلا قليلاً، ولكن

الله تعالى تدارك هذه الأمور بلطفه ، فظهرت تشريعات كثيرة حديثة لبعض الدول الإسلامية جاءت هذه التشريعات متضمنة لقواعد فقهية بنفس الصيغة التي صاغها بها هؤلاء الفقهاء العظام.

وكانت هذه هي أول محاولة في تقنين الشريعة ، ووضعتها على مواد قانونية في العصر الحديث ، وكان ذلك هذه المحاولة هي أول محاولة في وضع المجلة العدلية في عهد الدولة العثمانية - وقد سبق الحديث عنها - فكانت هذه المجلة - كانت أشبه ما تكون بالقانون المدني.

وبذلك أصبحت المجلة قانوناً مدنياً عاماً منتخباً من الأحكام الفقهية ، وتضمنت هذه المجلة مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية ، بصيغتها الماثورة التي عرفت بها منذ وضعها فقهاؤنا الكبار الذين حباهم الله وجعلهم سداً ذريعاً لهذه الأمة.

لذلك فإنه يمكن القول للرد على من زعم أن الفقه الإسلامي فيه قصور ، وأنه يشتمل على جزئيات ، وخال من النظريات ، نقول له : إن هذه الكليات موجودة في القواعد الفقهية ، فهي أشبه بالنظريات العامة ، وهي التي تجعل الفقه دائماً متجدداً ، فلا تتحجر مسائله ، ولا تتجمد قضاياها ؛ وذلك لأنها تساعد على معرفة المقاصد الشرعية ، وعلى أسرار الشريعة ، فإن معرفة القاعدة العامة ، والتي يندرج تحتها مسائل عديدة يعطي تصوراً واضحاً عن مقاصد الشريعة في ذلك ، فقاعدة "الضرر يزال" يفهم منها : أن رفع الضرر مقصد من مقاصد الشريعة ، وأن تخريج الفروع استناداً إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية.

وهناك فوائد أخرى مما تبرز أهمية القواعد الفقهية ، ذلك أن هذه القواعد معرفتها يسهل على دارس الفقه دراسة مقارنة بين المذاهب ، فتكون المقارنة بين الكليات والنظريات ، لا بين الفروع الجزئية بعضها ببعض.

وهناك فائدة مهمة: وهي أنَّ وجود هذه القواعد الفقهية يتيح - لغير المتخصصين في علوم الشريعة - يتيح لهم الفرصة الكافية للاطلاع على هذا التراث الإسلامي العظيم دون الرجوع إلى المطولات الفقهية.

ومن أجل ذلك فإنَّ المحاولات ما زالت تبذل في كثير من الدول الإسلامية لإحلال التشريع الإسلامي محل القوانين الوضعية، من أجل أن تستعيد الدولة الإسلامية مجدها، ومن أجل أن تتبوأ مكانتها، وأن يكون لها الهيمنة تامة، وأن تكون لها الكلمة العليا، وما ذلك على الله بعزيز.

ومن المقرر سلفاً أنَّ الشريعة الإسلامية التي ختم الله بها الشرائع السماوية، هذه الشريعة ما ضاقت يوماً نصوصها بحاجة من حوائج الناس، ولن تضيق أبداً عن تلبية حاجات المجتمع في كافة صوره وأشكاله، وفي كل الأزمنة والأوقات، ولا وقفت هذه الشريعة عقبة في سبيل تحقيق مصلحة أو عدالة.

بل نرى أنَّ هذه الشريعة بما حباها الله من سعة قد وسعت مصالح الناس على اختلاف أممهم، واختلاف مذاهبهم، واختلاف ألوانهم، وشعوبهم، ويكفي دليلاً على ذلك أنَّ الدولة الإسلامية الكبرى قد استظلت برايتها في عصورها الذهبية، استظلت تحت رايتها أممٌ كثيرة متباينة في أجناسها، وفي أديانها، وفي ألوانها، وظروفها، ومختلف عاداتها، وأعرافها، وفي مختلف أوطانها. ورغم ذلك استطاعت هذه الشريعة أن تنتظم شئون تلك الأمم على أحسن ما يرام، وعلى أحدث ما تكون الحلول، فقدمت الحلول لكل نزاع أو خصام، وما حدثنا التاريخ قط أنَّ المسلمين قد اضطروا إلى الالتجاء إلى تشريع آخر غير التشريع الإسلامي؛ بل كان المسلمون كلما فتح الله عليهم أرضاً إلا فتح الفقهاء أبواباً من الاجتهاد، والاستنباط، وما عجزوا قط عن إيجاد حلول لكل ما استجد من المشكلات.

أهم الكتب التي ألفت في القواعد الفقهية، وقاعدة "الأمور
مبقاصدها" والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** دراسة مجموعة من الكتب المؤلفة في القواعد
الفقهية ٢٧
- العنصر الثاني :** قاعدة "الأمور مبقاصدها" والقواعد المتداخلة
معه ٤٢

دراسة مجموعة من الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية

١. كتاب (الخراج)، لأبي يوسف الحنفي :

يذكر القرافي أن: الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأن أصولها قسمان :

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وأغلب مباحثه قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية الخاصة.

الثاني: القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة القدر لها من فروع الأحكام ما لا يحصى.

ومعظم القواعد قد انتهت صياغتها الأخيرة عن طريق تداولها، وتحريرها على أيدي كبار الفقهاء في مجالات التعليم والاستدلال، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل.

وكان أول كتاب وصل إلينا هو كتاب (الخراج)، لأبي يوسف بن إبراهيم الحنفي؛ فقد تضمن هذا الكتاب كثيراً من قواعد الفقه، صاغها بأسلوب حكيم، وشرحها شرحاً وافياً واضحاً، وبين خلاف العلماء في بعض مسائلها وفروعها؛ وذكر أن هذا الكتاب كتاب عظيم.

٢. كتاب (الأصل)، للشيباني :

ومن هذه الكتب التي ألفت في قواعد الفقه كتاب (الأصل)، لمحمد بن الحسن الشيباني - المتوفى سنة مائة وتسع وثمانين من الهجرة، وهو كتاب عظيم أيضاً.

٣. كتاب (الأم)، للشافعي :

وهناك كتاب (الأم)، لمحمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة (مائتين وأربعة) هجرية؛ وهو كتاب فقهي عظيم، قد احتوى على كثير من القواعد والضوابط الفقهية، شأنه في ذلك شأن من سبقوه؛ فقد كانوا يجدُّ واجتهاد مع أنفسهم في إبراز حاجة الناس إلى جمع ما يمكن جمعه تحت قواعد أو ضوابط كلية؛ رغبة في الإيجاز؛ فإن الإيجاز ضرب من الحكمة، ومن شأن الحكمة أن توضع موضعها، وأن ترد الفروع إلى أصولها، ومن شأن الكلام الحكيم أن يحفظ، وأن يتناقله الناس فيما بينهم بسهولة ويسر، جيلاً بعد جيل، وزماناً بعد زمان.

وقد وضع أصحاب المذاهب كتباً في قواعد الفقه، وفي ضوابطه على وفق ما انتهى إليه علمهم، واستقر عليه تأويلهم، وهذه الكتب لها مكانتها، وأهميتها، ونذكر - على سبيل المثال - أهم الكتب في هذا المجال.

وأهم كتب القواعد الفقهية هي عند المذاهب الأربعة، وسبق أنَّ القواعد الفقهية التي وصلت إلينا لم توضع جملة واحدة، كما توضع النصوص القانونية في وقت واحد، وفي زمن واحد، وفي زمن معين، وعلى أيدي أناس معلومين؛ بل تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه في هذه الفترة الزمنية، التي نهضت فيها الشريعة الإسلامية على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح.

وإذا كان الإمام الشافعي، أول من دون أصول الفقه؛ فإنَّ الحنفية كان لهم قصب السبق في تقعيد القواعد؛ نظراً لطبيعة مذهبهم القائم على كثرة الفروع، وكثرة التخريجات.

ونذكر أول كتاب دُوّن في مذهب الحنفية في القواعد الفقهية، وهو ما قام به أبو طاهر الدباس - إمام الحنفية - وهو ممن عاش في القرنين الثالث، والرابع للهجرة، وهو أقدم من يروى عنه بعض القواعد في مذهب الإمام أبي حنيفة، كما ذكره ابن نجيم في أشباهه، وكذلك الإمام السيوطي في أشباهه؛ حيث جمع سبع عشرة قاعدة كلية، وهي أهم قواعد مذهب أبي حنيفة.

٤. كتاب في (أصول القواعد)، لأبي الحسن الكرخي:

ثم بعد ذلك جاء الإمام الكرخي، فوضع كتابه في (أصول القواعد)، وهو من أهل كرخ - قرية بنواحي العراق - سكن بغداد، ودرس فيها، وتعد رسالة الإمام الكرخي، أقدم مصادر القواعد الفقهية؛ بل تكون هي اللبنة الأولى في صرح هذا العلم، وهي أقدم مجموعة جاءت في شكل رسالة موجزة، ذكر فيها الأصول التي بنى عليها أصحاب أبي حنيفة مذهبه، وقد عني بها الإمام نجيم الدين أبو حفص عمر بن أحمد النسفي؛ فقام بشرحها، وذكر أمثلتها، ونظائرها؛ توضيحاً لما حوته من الأصول، والقواعد.

بيان منهج المؤلف في هذه الرسالة:

يبدأ المؤلف كل قاعدة، بعنوان: "الأصل"، وقد بلغت ستاً وثلاثين قاعدةً وأصلاً.

ونذكر بعضاً من هذه النماذج التي ورد ذكرها في هذا الكتاب، ومنها: الأصل أنه إذا قضى بالاجتهاد، لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص.

قال: ويقع ذلك في التحري، والقضاء في الدعاوى، ثم بعد ذلك، يقول: الأصل أن النص يحتاج إلى التعليل بحكم غيره لا بحكم نفسه، ثم قال: وذلك أن

الحرمة في الأشياء الستة التي في قول النبي ﷺ عن أبي سعيد الخدري: ((الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد، فقد أربى)).

٥. كتاب (تأسيس النظر)، لأبي زيد الدبوسي:

مؤلفه هو: عبد الله بن عمر بن عيسى القاضي أبو زيد الدبوسي، نسبة إلى دبوسية - قرية من قرى بخارى، بسمرقند - وهو فقيه حنفي، ولد سنة (ثلاثمائة وسبع وستين) من الهجرة، وكان ممن يضرب به المثل في النظر، والتخريج، والحجج، وهو من أجل كبار فقهاء الحنفية، وإليه انتهت مشيخة بخارى، وسمرقند، توفي في بخارى عن ثلاث وستين سنة.

أما الكتاب؛ فهو كتاب في علم الخلاف، والفقه المقارن، وهو أول كتاب ظهر في الفقه الموازن، قبل أن يكون أول كتاب في القواعد الفقهية، وميزته أنه يهدف إلى معرفة كيفية إيراد الحجج الشرعية على الأقوال والآراء، وعن كيفية دفع الشبه، وقواعد الأدلة الخلافية، وذكر البراهين في المسألة.

يقول المؤلف في المقدمة: جمعت في كتابي هذا أحرفاً إذا تدبر الناظر فيها، وتأملها عرف محال التنازع، ومدار التناطح عند التخاصم.

ويذكر أن الكتاب قد اشتمل على ست وثمانين قاعدة، وأن معظم هذه القواعد هي قواعد مذهبية، ورتب هذا الكتاب على ثمانية أقسام، وتناولت هذه الأقسام الاختلاف بين الأئمة على حسب ترتيبهم.

تناولت الخلاف بين أبي حنيفة، وبين صاحبيه محمد بن الحسن، وأبي يوسف، وتناولت الخلاف بين أبي حنيفة، وأبي يوسف، وبين محمد بن الحسن، وتناولت

الخلاف بين أبي حنيفة، ومحمد، وبين أبي يوسف، وتناولت الخلاف بين أبي يوسف، ومحمد، وتناولت الخلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة؛ بين محمد بن الحسن، وبين زفر، وبينت الخلاف بين أئمة الحنفية، وبين الإمام مالك، والخلاف بين علماء الحنفية الثلاثة؛ محمد بن الحسن بن زياد، وزفر، وبين أبي ليلى، وبينت الخلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة؛ محمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وزفر، وبين الإمام الشافعي.

ثم ألحق بالأقسام الثمانية قسماً ذكر فيه أصولاً اشتملت على مسائل خلافية متفرقة.

ويعتبر الدبوسي - في وضعه لكتابه هذا - قد راعى رد الفروع إلى أصولها، ولم يلتزم السير حسب نظام الفقه؛ بل إن فروعه قد تكونت من أبواب متعددة، فإن فروع كل قاعدة لم يلتزم فيها باباً معيناً من أبواب الفقه، وهذه الطريقة تدل على سعة الاطلاع، وعلى عمق المعرفة، حتى يلم أي فرع كان، من أي باب كان تحت القاعدة.

كما أن الدبوسي، لا يُعنى بتحرير مسائل الأصول، أو القاعدة الفقهية من ناحية الاحتجاج لها، وتأييد المعنى التي قامت عليه؛ بل يكتفي - غالباً - بذكر المسألة والقاعدة خالية من ذلك تماماً، وكأنه يراها من المسلمات.

ومن النماذج التي طرحها المؤلف في هذا الكتاب، قوله: الأصل عند أبي حنيفة: أن يعتقد أهل الذمة وما يدينون به يتركون عليه، وعندهما لا يتركون؛ ومن المسائل المتفرعة من هذه القاعدة: أن الذمي إذا تزوج امرأة ذمية في عدة زوج ذمي يتركان عند أبي حنيفة، وعندهما - أي: عند أبي يوسف، ومحمد - يفرق بينهما.

٦. كتاب (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، للعز بن عبد السلام:

من الكتب التي ألفت في القواعد، كتاب (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، لعز الدين بن عبد السلام، المتوفى بالقاهرة، سنة (٥٧٧) هـ و (١٠٨١) م.

يقول العز بن عبد السلام، في مقدمة هذا الكتاب؛ مبيناً الغرض الذي وضع من أجله الكتاب: الغرض من وضع هذا الكتاب، بيان مصالح الطاعات، والمعاملات، وسائر التصرفات، يسعى العباد في تحصيلها، وبيان المخالفات لسعي العباد في درئها، وبيان مصالح العباد ليكون العباد على خير منها، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض، وما يؤخر من بعض المفسدات على بعض، وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون ما لا قدرة لهم عليه، ولا سبيل لهم إليه.

ثم ذكر المؤلف، أن موضوع الكتاب يدور حول القاعدة الشرعية الأساسية، وهي قاعدة جلب المصالح، ودرء المفسدات.

وأما القواعد الفقهية الأخرى التي نجدتها منبثة في غرضون الكتاب، فمردّها إلى هذه القاعدة العامة، فالمصالح عند الإمام ابن عبد السلام، هي: كل ما أمر الله به، والمفسدات عنده، هي: كل ما نهى الله عنه، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: "فكل مأمور به فيه مصلحة الدارين، أو إحداهما، وكل منهي عنه فيه مفسدة فيهما، أو في إحداهما".

فقد أرجع العز بن عبد السلام، قواعد الفقه كلها وفروعها إلى جلب المصالح ودرء المفسدات؛ بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح وحدها؛ لأن درء المفسدات من جملتها -أي: من جملة المصالح- فمتى تحققت المصلحة؛ درئت المفسدة، ويزيد العز بن عبد السلام هذا المعنى وضوحاً، فيقول: الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين، ودرء مفسداتها على ما يظهر في الظنون.

إن العز بن عبد السلام، يوضح هذا المعنى الذي وضع من أجله الكتاب، فيقول: الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ودرء مفاسدهما على ما يظهر في الظنون، وللدارين مصالح إذا فأت فسد أمرها، ومفاسد إذا تحققت هلك أهلها، وتحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع به، فإنَّ عمال الآخرة لا يقطعون بحسن الخاتمة؛ وإنما يعملون بناءً على حسن الظنون، وهم مع ذلك يخافون ألا يقبل منهم ما يعملون، وقد جاء التنزيل بذلك، في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَاءً آتًا وَقُلُوبُهُمْ وَجَلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَىٰ رَبِّهِمْ رَاجِعُونَ﴾ [المؤمنون: ١٦٠]، فكَذلك أهل الدنيا يتصرفون بناءً على حسن الظنون؛ وإنما اعتمدوا عليها؛ لأنَّ الغالب صدقها عند قيام أسبابها، فالتجار يسافرون على ظن أنهم يسلمون، ويربحون، والصناع يخرجون من بيوتهم على ظن أنهم يعملون بما يرتزقون، والفلاحون يزرعون بناءً على ظن أنهم يحصدون.

ثم قال العز بن عبد السلام: "والملوك يجندون 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 لعلهم يصحون ويبرءون، ومعظم هذه الظنون صادقٌ موافقٌ غير مخالف ولا كاذب، فلا يجوز تعطيل هذه المصالح الغالبة الوقوع؛ خوفاً من ندور وكذب الظنون، ولا يفعل ذلك إلا الجاهلون".

فالأحكام الشرعية في نظر الإمام العز بن عبد السلام، ترجع إلى قاعدة واحدة، وهي تحصيل مصالح الدارين ديناً ودنياً على ظن أن ما يقوم به المكلف يحقق ذلك، والظن كافٍ في ذلك بداهة؛ إذ لا طريق للجزم فكان الإقدام على فعل ما يظن وما يظنه المكلف فيه الخير، وهو طريق العقل والإعراض عنه؛ خوفاً من تخلف ما ظنه هو نادر، وهو طريق الأحمق.

وهذا المنهج الذي اختاره العز بن عبد السلام، والذي بمقتضاه أرجع قواعد الفقه إلى قاعدة واحدة، بناءً على فروع الفقه كلها، وبنى فروع الفقه كلها عليها، من شأنه ألا يوضح رجوع كل فرع فقهي إلى قاعدته، فيسهل على الناظر فهمه، وفي ذات الوقت يكون دعامة فقهية، يستمد منها المقلد والمجتهد.

أما منهج غيره من الفقهاء الذين أرجعوا الفروع المتشابهة إلى قواعدها، فهي أظهر وأوضح لتيسر فهمه على الناظر، فيسهل الوقوف على الأشباه والنظائر، فيمكنه الإلحاق، ويمكنه التخريج بكل سهولة ويسر، وهذا لا يطعن في علو منزلة الإمام العز بن عبد السلام؛ لأنه يتكلم في النتائج، وفي أعمال الدارين - الدنيا، والآخرة - وهي الغاية العليا التي يقصدها كل عامل.

أما 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، إذن فمسلك غيره أوضح وأوفق؛ لما ينتج عنه من الوقوف على الأشباه، والتوصل إلى النظائر، ثم بعدها تعرف المصلحة فتكتسب، والمفسدة فتدراً، ولكل وجهة هو موليها.

وهذا الكتاب، قد جمع فيه بين أصول الفقه، وبين القواعد الفقهية، وبين الفروق والأشباه، وبين الأحكام الفرعية، وبخاصة ما يتعلق منها بالسياسة الشرعية، وابن عبد السلام يمزج بينها، ويضع لكل فقرة عنواناً، ويبحث في كل عنوان بتفصيل دقيق، وأمثلة ذلك كثيرة.

ومن هذه القواعد التي وردت في هذا الكتاب: "الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها"، كموانع ولاية النكاح في حق الأولياء؛ ترفع الولاية بزوالها، وتعود بارتفاعها.

٧. كتاب (الفروق)، للإمام القرافي :

مؤلفه : الفقيه المالكي أبو العباس القرافي المصري ، والقرافي ، نسبة إلى القرافة ، بشرق القاهرة ، ولد بالبهنسا في مصر ، ونشأ في القاهرة ، ومات بمصر القديمة بالقاهرة.

ومن كتبه (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام) ، و(تصرف القاضي والإمام) ، و(شرح المحصول للرازي) ، و(وتنقيح الفصول) ، و(الأمنية في تحصيل النية) ، و(الانتقاء في الاعتقاد) إلى غير ذلك من الكتب التي ألفها. أما الكتاب الذي هو معنا ؛ فاسمه (أنوار البروق في أنواء الفروق) ، لكنه اشتهر بـ (الفروق) ؛ وهو في القواعد الفقهية.

والفروق ، هي فروق بين المسائل ، والموضوعات المتشابهة مع بيان أحكامها على المذهب المالكي ، وعلى المذاهب التي تقارن أحياناً مع بقية المذاهب الأخرى.

هذا الكتاب استخلصه المؤلف ، وألفه في كتاب (الذخيرة) ، وهو مستخلص من كتاب (الذخيرة) ، من القواعد والضوابط عند تعليل الأحكام ، ويعتبر هذا الكتاب زاداً في بيان ما أجمله كتاب (الذخيرة) ، كما تحدث عن ذلك المؤلف في فاتحة هذا الكتاب.

واستخلص فيه مؤلفه من القواعد والضوابط الشيء الكثير ، وبين فيه فروقاً كثيرة ؛ فقال : "يشتمل هذا الكتاب على مائتين وسبع وأربعين فرقاً ، فيها خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، مع إيضاح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع ، وقدم لهذا الكتاب بمقدمة عن علم أصول الفقه ، وعن فائدة القواعد ، وعن معنى الفرق لغة واصطلاحاً ، وبدأ بقاعدة الفرق بين الشهادة والرواية ، وختمه بقاعدة : الفرق بين قاعدة ما هو مكروه الدعاء ، وقاعدة ما ليس بمكروه.

وفي الغالب، يستهدف المؤلف بيان الفرق الواقعي بين قاعدتين، مع ذكر الفروع لهما، وفي بعض المواطن يتعرض لذكر الفرق الواقع بين مسألتين من المسائل؛ يقول -مبيناً منهج الكتاب: وجعلت مبادئ المباحث في القواعد؛ بذكر الفروق والسؤال فيها بين فرعين، أو قاعدتين، فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين فبيانها بذكر قاعدة، أو قاعدتين يحصل بهما الفرق، وهما المقصودتان، وذكر الفرق بين الوسيلة وبين غيرها لتحصيلها.

وإن وقع السؤال عن الفرق بين قاعدتين فالمقصود تحقيقهما، ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما أولى من تحقيقهما بغير ذلك، فإن ضم القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر ويضاهيها في الباطن، فإنه بذلك يبين أن الضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء.

فهو يأتي بالأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى، ثم يسعى لإزالة الفرق بين كل موضعين متشابهين من تلك القواعد الأساسية، فيقول مثلاً: "الفرق بين قاعدتي الإنشاء والخبر، والفرق بين قاعدتي ما تشرع فيه البسمة وما لا تشرع فيه البسمة"، ويبين الفرق بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالة والغرر، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات، ويبين الفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل، والفرق بين قاعدة الأرزاق وبين قاعدة الإيجارات، وقد يتخلل بعض تلك الفروق بين القواعد عدد من المسائل التي يوردها جملة من المطالب والفوائد التي يحشد لها، هذا ما انتهى إليه كتاب الفروق.

٨. كتاب (القواعد النورانية)، للإمام ابن تيمية:

هذا الكتاب لا يبدو فيه غرض المؤلف أنه يريد سوق القواعد على نمط المؤلف تحت هذا العنوان، وإن كان لم يخلُ الكتاب عن بعض القواعد المهمة التي لها

شأن في الفقه الإسلامي ، فالمؤلف يفيض أحياناً في ذكر الفروع لبعض القواعد عند تحرير مسألة من المسائل الفقهية ، ويأخذ في بيان القواعد في كثير من الأحيان بشكل غير مباشر ، ثم يشير إلى ذلك في المواطن بقوله : "الغرض التنبيه على قواعد الشريعة".

ومن نماذج القواعد التي ورد ذكرها في الكتاب قوله : "إذا تعذر جمع الواجبين قدم أرجحهما وسقط الآخر بالوجه الشرعي".

هذا ما هو موجود في كتاب (القواعد النورانية) ، للإمام ابن تيمية.

٩. كتاب (الأشباه والنظائر) ، للسبكي :

تاج الدين ابن السبكي من علماء دمشق ، ولد بالقاهرة ، ورحل مع والده إلى دمشق سنة سبعمائة وتسع وثلاثين هجرية ، فسكن دمشق ، وتوفي بها بالطاعون ، ونسبته إلى سبك من أعمال المنوفية بمصر.

تفقه على والده العلامة تقي الدين السبكي ، ومن تصانيفه : (طبقات الشافعية الكبرى) ، و(جمع الجوامع في أصول الفقه) ، و(منع الموانع) ، كل ذلك في أصول الفقه.

أما الكتاب الذي ألفه في القواعد ، والذي نحن بصددده الآن ، فهو من أهم الكتب ، ومن أقومها التي ألفت في موضوع القواعد الفقهية ، يتمثل في الكتاب جمال الصياغة ، ومتانة التركيب عند ذكر القواعد ، ولذا أشاد به العلماء وساروا على نهجه في التأليف ، منهم العلامة ابن نجيم الذي صاغ أشباهه على غرار هذا الكتاب.

وقد رسم المؤلف خطة ظريفة في التأليف لهذا الكتاب ؛ من حيث الترتيب للأقسام التي أورد كتابة القواعد الأساسية الخمس ، وفصلها تفصيلاً حسناً.

وانتقل بعد ذلك من القسم الأول إلى القسم الثاني ، انتقل إلى ذكر القواعد الفقهية المهمة ، وأسماها القواعد العامة ، ثم بعد ذلك ذكر الضوابط الفقهية ، وأسماها بالقواعد الخاصة ، وتعرض في كل من القسمين الثاني والثالث لما هو من القسم الآخر بغرض يدعو إلى ذلك ، ثم تحدث عن بعض المسائل الكلامية التي تنشأ عنها فروع فقهية ، والفقيه بحاجة إليها ، ثم بعد ذلك خص المبحث الخامس ببيان القواعد الأصولية ، وبيان المسائل وأفاض في شرح هذه المسائل.

ثم عقد باباً تناول فيه بعض الكلمات العربية والكلمات النحوية التي يتخرج عليها فروع فقهية ، ثم بعد ذلك وضع باباً تعرض فيه للمآخذ المختلف فيها بين الإمامين أبي حنيفة والشافعي - رحمهما الله - وهو في الحقيقة كتاب في الخلافات ، يشتمل على أكثر مسائل الخلاف ، ثم ختم كل هذه الأقسام المتعلقة بالفقه وأصول الفقه بخاتمة تشتمل على زوائد مهمات ، وعلى أمور منبهات.

ومن أمثلة ما ورد في هذا الكتاب من القواعد: "الميسور لا يسقط بالمعسور" و"الظن ملغى إلا ما قام الدليل على إعماله".

١٠. (القواعد)، لابن رجب الحنبلي :

كتاب (تقرير القواعد وتحرير الفوائد)، المشهور بـ (القواعد)، لابن رجب الحنبلي.

والمؤلف قد وضع هذا الكتاب في تقرير القواعد وتحرير المسائل والفوائد ، وفي مقدمة هذا الكتاب وضع هذه المقدمة غاية في الاختصار والإيجاز ، فلم يتعرض

فيها لتعريف القاعدة، ولا لبيان أهمية القواعد الفقهية، ولم يتعرض لبيان من كتب في هذا الفن من قبله، كما أن الكتاب لم يتعرض لأقوال أي مذهب آخر غير المذهب الحنبلي، ومع هذا فالكتاب جاء خالياً من الأحاديث النبوية الشريفة ومن الآيات القرآنية، هذا علاوة على أن نسبة كبيرة من القواعد التي جاءت في هذا الكتاب لا تتسم بدقة الصياغة، وذلك بسبب طولها المفرط، كما أن لفظ القاعدة لا يصدق على جانب آخر منها بحال من الأحوال، وإنما هي مجرد تقسيمات ليس إلا، ومن يطالع هذا الكتاب يقف على كثير من هذا.

أما عن منهج ابن رجب في هذا الكتاب، فهو منهج عجيب؛ إذ إنه يضع لكل فرع قاعدة، فكتابه على هذا ليس كتاب قواعد بالمعنى الدقيق المعروف، ولا يتفق أسلوبه هذا مع معنى القاعدة التي تتطلب حصر الفروع المشابهة واندراجها تحت قاعدة واحدة، فقد أكثر من وضع القواعد بصورة يصعب جمعها، وبهذا تكون القواعد في حكم الفروع من حيث تعددها وكثرتها، فالقاعدة عادة تتسم بطابع خاص وهو: دقة العبارة، وقلة الألفاظ، أو بمعنى أوضح أن القاعدة إنما وضعت لحصر أكبر قدر من المعاني في أضيق نطاق الألفاظ، بحيث تكون موفية بهذا الغرض تماماً؛ ولهذا فإن هذه القواعد لا تعتبر قواعد بالمعنى الدقيق.

ومع هذا فإن أهمية هذا الكتاب تظهر - على وجه الخصوص - من حيث إنه يحصر مذهب الحنابلة، ويحيط به، فمن درسه كان ملماً بأمهات المسائل الفقهية في المذهب الحنبلي.

وقد ذكر ابن رجب هذا بقوله: "فهذه قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيده له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد، فليمعن الناظر فيه النظر".

فهو بهذا يسعى إلى رد الفروع المنتشرة في أبواب الفقه إلى الأصل الفقهي الذي يضبطها ويمسك بها، وأنه يذكر القاعدة الفقهية، ثم يبين فروعها، ويجمع شعبها ولا يخل بذكر الخلاف في الفروع، ويذكر القول المشهور، وقد بنى مباحثه على مائتين وستين قاعدة، وختمه بإحدى وعشرين فائدة.

ومن أمثلة القواعد الواردة في هذا الكتاب القاعدة الثانية بعد المائة: "من تعجل حقه، أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه".

١١. كتاب (الأشباه والنظائر)، للسيوطي:

مؤلف هذا الكتاب هو المحافظ العلامة عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الأسيوطي الملقب بجلال الدين صاحب المؤلفات الكثيرة النافعة.

أما الكتاب فهو - بالإشارة - مذكور بأنه الأشباه والنظائر، فهو من أروع المؤلفات في القواعد الفقهية، ومن أغزرها، ومن أحسنها ترتيباً وتنسيقاً، جمع فيه المؤلف معظم ما تفرق وتناثر من القواعد في كتب هذا الفن لتاج الدين السبكي، والعلائي، والزركشي، وأضحى بذلك مصدراً خصباً لدراسة القواعد الفقهية، خاصة في المذهب الشافعي، وقد رتب المؤلف الإمام السيوطي على سبعة كتب؛ شرح في الفصل الأول القواعد الخمسة التي ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه الشافعي ترجع إليها.

وفي الكتاب الثاني تكلم في قواعد كلية يندرج عليها ما لا ينحصر من المسائل الجزئية، وهي أربعون قاعدة.

وتكلم في الكتاب الثالث على القواعد المختلف فيها، ولا يطلق الترجيح لاختلافه في الفروع، وهي عشرون قاعدة.

والكتاب الرابع وضعه في أحكام يكثر دورانها، ويقبح بالفقيه جهلها، وهي أربع وعشرون قاعدة.

وأما الكتاب الخامس، فقد وضعه في نظائر الأبواب، أي: التي من باب واحد، فقد رتبها على أبواب الفقه، ويضم هذا الكتاب سبعة قواعد. والكتاب السادس فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة. والكتاب السابع في نظائر شتى.

وقد بلغ مجموع القواعد التي اشتمل عليها هذا الكتاب النفيس ستاً وتسعين قاعدة.

١٢. كتاب (الأشباه والنظائر)، لابن نجيم:

وهو في الفقه الحنفي، فابن نجيم فقيه حنفي، وكان عالماً ضليعاً ومحققاً مدققاً، وتشهد كتبه بعلو كعبه مع جانب كبير من فضائل الأخلاق، وحسن التعامل، وهو كتاب على مذهب أبي حنيفة النعمان يجمع بين القواعد الفقهية وبين الفروع والمسائل الجزئية، ويحتوي على ما لم يحتو عليه غيره من الكتب.

وذكر فيه المؤلف أنه رأى كتاب (الأشباه والنظائر)، لتاج الدين السبكي الشافعي، ولم ير مثله عند الحنفية، فاتجه لتأليفه. وقد رتب كتابه هذا على سبعة فنون، مُجمع هذه الفنون، جمع فيها خمساً وعشرين قاعدة وقسمها إلى قسمين:

قواعد أساسية: هي كالأركان في المذاهب الفقهية، وهي ست قواعد، المقدمة المعروفة مضافاً إليها قاعدة سادسة، وهي قاعدة: "لا ثواب إلا بالنية".

ثم بعد ذلك في القسم الثاني : بين تسع عشرة قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة ، هي أقل اتساعاً وشمولاً لا يتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى ، وهي أحكام كثيرة.

وقد بسط ابن نجيم القول فيها ، ويتفرع هذا الكتاب على قواعد وفروع وأحكام كثيرة.

١٣. مجلة "الأحكام العدلية" :

وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي ، وتشتمل على مجموعة أحكام المعاملات والدعاوى ، والبيانات ، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة ، ورئاسة ناظر الديوان ، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة ، ليسهل الرجوع إليها ، والإحاطة بها وجاء مجموعها في ألف وثمانمائة وواحد وخمسين مادة. والله أعلم.

قاعدة "الأمور بمقاصدها" والقواعد المتداخلة معها

١. قاعدة "الأمور بمقاصدها" :

أ. معنى القاعدة :

أنَّ الحكم الذي يترتب على أمرٍ يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

والأمر هنا معناه الفعل ، وهو عمل الجوارح ، فيكون القول من جملة الأفعال ؛ لأنه ينشأ عن جارحة اللسان ؛ ويأتي الأمر بمعنى الحال ؛ إذ يقال أمور فلان

مستقيمة - أي: أحواله مستقيمة - ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧]، يقصد به حال فرعون ليس برشيد.

والمقاصد: هي النيات، والمراد: أن أعمال المكلف وتصرفاته قولية، أو فعلية تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال، والتصرفات. والقاعدة بهذا المعنى، تكون على تقدير أحكام الأمور بمقاصدها.

ولزيادة الإيضاح، نقول: إنَّ الإنسان إذا ترك المحرمات المنهي عنها؛ امتثالاً للنهي الوارد في التشريع أثيب على هذا الترك، وأما إذا كان الترك يتعلق بطبيعة الشخص كأن كان يستقدر هذا الشيء بدون نظر إلى طلب الترك الناهي عن فعله الشارع كان ذلك أمراً عادياً لا ثواب له عليه.

ومثال ذلك: أن الله تعالى قد حرم الميتة في غير حال الضرورة، بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، فإذا ترك الأكل لأمر خارج عن النهي الوارد عن الشارع بتركها، بأن كانت نفس الشخص تعاف من أكل الميتة؛ لاستقذارها - مثلاً - فلا ثواب له على الترك، أما إذا كان الترك امتثالاً لأمر الله تعالى أثيب على هذا الترك.

ب. دليل القاعدة:

هذه القاعدة تستمد دليلها، من قوله ﷺ في الحديث 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 من حديث أنس: ((نية المؤمن خير من عمله))، وفي رواية من حديث سعد بن أبي وقاص < : ((إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت فيها، حتى ما تجعل في فم امرأتك)).

وهذه الروايات كلها، تدل على أنَّ تصرفات المكلفين لا يُعتد بها شرعاً إلا بالنية، فإذا كانت نية المرء صحيحة كان العمل صحيحاً، وإذا كانت نية المرء فاسدة كان العمل فاسداً، وهذا عند فقهاء الشافعية ومن وافقهم.

أما فقهاء الحنفية، فيقولون: إن كمال الأعمال بالنيات، وإذن فلا بد في الحديث من إضمار ما يسميه علماء اللغة: بدلالة الاقتضاء، كما في قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ الْقُرْبَىٰ﴾ [يوسف: ٨٢]، أي: اسأل أهل القرية، ودلالة الاقتضاء؛ هي إضمار ما يصح به الكلام.

فإذا قد عرفنا دليل القاعدة، وأنه قوله ﷺ: ((إنما الأعمال بالنيات)).

ج. معنى النية، وحقيقتها:

النية في اللغة: العزم على الشيء، يقال: نويت، أي: عزمت.

والنية بمعناها الاصطلاحي هي: قصد الطاعة، والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل، أو الامتناع عنه، وتدخل هذه القاعدة في جل أبواب الفقه - أي: في معظمه، وأكثره - إن لم يكن في كله؛ بل إن ابن نجيم جعل النية في الأعمال الأخروية، جعل قاعدة نية أولى من قواعده الكبرى، وهي قاعدة "لا ثواب إلا بالنية"، ولكن قاعدة "لا ثواب إلا بالنية" هي في الواقع تدخل ضمن قاعدتنا هذه، وهي قاعدة "الأمر بمقاصدها" فتخص بالجانب الأخروي منها؛ ولذلك أدرجناها ضمن قاعدتنا هذه؛ لأن الأمور أعم من كونها دنيوية أو أخروية، ومقاصد الأعمال أعم كذلك من كونها يُرجى ثوابها أو لا يُرجى ثوابها.

وعلى هذا فإن هذه القاعدة على وجازة لفظها، وعلى قلة كلماتها، فإنها 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.

د. فائدة النية :

والنية إنما شرعت لفائدتين :

الفائدة الأولى : تمييز العبادات عن العادات، فالإمساك عن المفطرات قد يكون بنية الصوم، وقد يكون حمية أو تداوياً أو لعدم الحاجة إلى الطعام، والجلوس في المسجد قد يكون للاعتكاف، وقد يكون للاستراحة، والذبح قد يكون للأكل فيكون مباحاً أو مندوباً، وقد يكون قربة إلى الله تعالى كالأضحية، أو يكون للوفاء بالنذر أو الصدقة.

أما الأعمال التي لا تصلح إلا للعبادة، ولا تلتبس بغيرها، فلا يشترط لها النية؛ لأنها متميزة لا تلتبس بغيرها، وكذلك النية لا تحتاج إلى نية.

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

وعلى ذلك فإن كل عبادة اشتبهت بغيرها من العبادات كالظهر مثلاً يشاركها في صورتها بقية الصلوات الخمس وباقي السنن، فلا بد في نيتها من ملاحظة ما يميزها عن باقي الصلوات، وما يميزها عن السنن فينوي المصلي الظهر فرضاً؛ لأن نية الظهر تميزها عن باقي الفروض، ونية الفرض تميزها عن السنن، ونية الأداء تميزها عن القضاء، وهذا هو معنى قول الفقهاء: يجب أن يكون المنوي معلوماً.

هـ. حكم ما إذا انفردت النية عن الفعل أو انفرد الفعل عن النية :

- إذا انفردت النية عن الفعل فإنها إذا كانت بحيث لا تقترب بفعل ظاهر، فلا يترتب عليها شيء من الأحكام، ومن ثمّ فلا بد أن تقترب النية بفعل ظاهر حتى تترتب عليها أحكام شرعية.

فلو أن إنساناً طلق زوجته في قلبه، أو باع رجل داره أو مزرعته، ولم ينطق بلسانه، لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم؛ لأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالظواهر، وكذلك لو نوى شخص أن يقف وقفاً أو اغتصب شيئاً، ولم يصدر منه فعل، فلا يترتب على نيته حكم؛ لأن النية وحدها بدون اقترانها بفعل ظاهر لا يترتب عليها حكم شرعي.

و. إذا انفردت الأفعال عن النية، ماذا يكون الحكم؟

إذا انفردت الأفعال عن النية فإنه يفرق بين أمرين :

الأول: إذا كانت الألفاظ صريحة، فلا تحتاج إلى نية، ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليه؛ لأن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية لاشتمالها عليها، كما لو قال شخص لآخر: بعثك هذا الشيء، أو أوصيت لك به، أو أقر بشيء، أو وكل، أو أودع، أو قذف، أو سرق، فكل هذه أمور لا تتوقف على النية؛ بل فعلها يكفي لترتب الحكم عليها.

الثاني: إذا كانت النية أو كانت الألفاظ غير صريحة، فإنه يختلف في حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل كالبيع أو الشراء، فإنه إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو قول المشتري: أبيع أو أشتري، فإذا قصد به الحال ينعقد به البيع، وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد، وعلى هذا يختلف الحكم باختلاف

مقصد الفاعل ؛ إذ إنَّ اللفظ غير الصريح لا يعطي حكمه إلا بالقصد ، فلا ينفصل الفعل عن النية فيه ، ومعنى هذا أنَّ هناك بعض الأفعال لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية ، فلو أنَّ شخصاً أخذ مال شخص آخر على سبيل المزاح بدون إذنه ، فإنَّه بمجرد وقوع الأخذ يكون الآخذ غاصباً ، ولا يُنظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب ؛ بل يقصد المزاح.

وعلى ذلك لو أقدم شخص على عملٍ غير مأذونٍ فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ، ولو حصلت عن غير إرادة منه كما لو أخذ نقوداً من سكران ليحفظها له فضاغت ، فهو ضامنٌ.

ومن ضبط في منزل غيره من غير إذن صاحبه ، وبدون عذرٍ واضحٍ مقبولٍ ، وهو يحمل متاعاً منه أو مالاً اعتبر سارقاً ، ولو ادعى أنَّه كان لا يقصد السرقة ، أو أنه أراد حماية المال في مكان أمين ؛ لأنَّه علم أو ظن أن المال سيتلف ؛ لأن حريقاً سيشب في المنزل بعد قليل.

وكذلك الألفاظ التي يترتب على أدائها صريحة عقوبة كالسب والقذف ، فإن الشخص إذا صدرت منه مثل هذه الألفاظ عوقب عليها ، ولا نظر إلى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء من وراء ذلك.

ومن هذا ندرك أن بناء الأحكام يكون على حقائق الأشياء ، وهي الألفاظ حتى تكون الأحكام والقواعد ثابتة مستقرة ومنفصلة تماماً ومعروفة للجميع.

ز. محل إيقاع النية :

الأصل أنَّ وقت إيقاع النية يكون أول العبادات ، ففي الصلاة لو نوى قبل الشروع عند الوضوء ، أو لو توضأ في منزله ليصلي الظهر ثم حضر المسجد

فافتتح بتلك النية ، ولم يشتغل بعملٍ آخر ، فإنَّ النية التي سبقت تكفيه في ذلك ؛ لأنَّ النية المتقدمة باقية إلى وقت الشروع حكماً ، وكذلك كما في الصوم ، إذا لم يبدلها بغيرها.

وهذا عند الحنفية والحنابلة ، والآمدي من الشافعية ، وأجاز المالكية في الصحيح عندهم تقديم النية على الطهارة بزمن يسير.

وأوجب الآخرون في الطهارة ، وفي الصلاة مقارنة النية لتكبيرة الإحرام ، بحيث لا تتقدم عليها ولا تتأخر عنها.

وأما الزكاة فعند جمهور الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة : أنه يجوز تقديمها على الدفع عند العزل تيسيراً ، أو عندما يوكل رب المال غيره في دفع الزكاة إلى المستحقين لها.

وقال بعض فقهاء الشافعية ، والحنفية : يجب مقارنتها حال الدفع إلى الإمام ، أو إلى الأصناف ، ولا يجوز تقديمها ؛ والرأي الأول هو أرجح وصدقة الفطر كالزكاة نية ، ومصرفاً.

وأما الصوم : فعند الشافعية والحنابلة يجب تقديم النية من الليل في الصوم الواجب ، فلو نوى مع الفجر ، لم يصح في الأصح ، وأما عند الحنفية : فيجوز تقديم النية من الليل ومقارنتها للفجر ، وتأخيرها عند الشروع إلى ما قبل نصف النهار تيسيراً على الصائمين في صوم رمضان ، وفي صوم النفل ، وأما عند المالكية فيجب تقديم النية عن الفجر في كل صوم واجب أو نفل.

وكذلك عند الشافعي يلزم تقديم النية في الصوم الواجب ، وأما القضاء والنذر والكفارة فلا يجوز فيها تأخير النية عند الجميع.

وأما الحج: فالنية فيه سابقة على الأداء عند الإحرام، عند الجميع، ومنها نية الأضحية يجوز فيها أن تقدم على الذبح، ولا يجب اقترانها به في الأصح، كما تجوز النية عند الدفع إلى الوكيل في الأصح.

ح. شروط النية:

لما كانت النية عبادة كان لها شروط لا تصح إلا بها، ولا يُعتد شرعاً إلا إذا وجدت، وإذا فقدت شرطاً من شروطها، فإنها تبطل، وهذه الشروط هي أربع: الإسلام، والتمييز، والعلم بالمنوي، وعدم المنافي بين النية والمنوي.

الشرط الأول: وهو الإسلام: فيشترط في الناوي أن يكون مسلماً؛ لأن النية عبادة، ونية العبادة لا تصح من الكافر؛ لأن العبادة لا تصح منه؛ لأنه فقد شرط صحة قبول العبادة، وهو الإيمان بالله تعالى.

الشرط الثاني: هو التمييز: ومعناه: القوة التي في الدماغ، وبها تستنبط المعاني، فلا تصح عبادة صبي لا يميز، ولا عبادة مجنون، والطفل المميز هو الذي أصبح له بصر عقلي يستطيع به الفصل بين الحسن والقبيح من الأمور، ويعرف الفرق بين الخير والشر، وبين النفع والضرر، وحد بلوغ سن التمييز هو سبع سنين، ويتفرع على هذا الشرط أنه إذا جنى الصبي أو جنى المجنون أو السكران جناية، فماذا يكون الحكم؟

عند الحنفية: أن عمد الصبي والمجنون خطأ سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز، وينتقض وضوء السكران، وتبطل صلاته بالسكر.

ولا تجب الكفارة على الصبي والمجنون إذا قتل، والسكران يعامل معاملة الصاحي في الجنایات.

أما عند الشافعي: فالطفل غير المميز عمدته خطأ، وكذلك المجنون غير المميز، وأما إذا كان عنده نوع تمييز، فقد اختلفوا فيه، والأصح أن عمدته عمد، والصبي كذلك، وأما السكران فيحكمون عليه ببطلان وضوئه وصلاته إذا انتشى وفقد التمييز، أو كاد.

وعند مالك وأحمد والشافعي: تجب الكفارة على الصبي والمجنون إذا قتل.

وعند الحنابلة: عمد الصبي والمجنون عمد، وتضاعف عليهما الدية من مالهما على الراجح.

ويتنقض وضوء السكران وإن كان مميزاً، ويجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله في المشهور من المذهب.

الشرط الثالث: العلم بالمنوي، أي: أن يعلم حكم ما نواه إن كان فرضاً أو نفلاً عبادة أو غيرها، فمن جهل فرضية الصلاة أو الوضوء لم يصح منه فعلهما، لكن الذي لا يميز - الفرائض من السنن - تصح عبادته بشرط ألا يقصد التنفل بما هو مفروض، لكنهم صححوا الإحرام بالمبهم في الحج؛ لأن علياً عليه السلام أحرم بما أحرم به النبي ﷺ وهو لا يعلم، وصححه له رسول الله ﷺ فجاز أن ينوي إحراماً كإحرام غيره، وجاز أن يبههم إحرامه، ثم يصرفه إلى أحد النسكين أو إليهما.

أما في غير الحج فلا يصح إلا بالعلم بالمنوي في عبادة أو غيرها، والفرق بين النسك وغيره أن الناسك لا يخرج من نسكه بأقوى المفسدات وهو الجماع.

فلو قال لزوجته: طلقتك - مثلاً - مثلما طلق زيد، وهو لا يدري كم طلق زيد، أو قال: بعتك مثلما باع زيد، وهو لا يعلم قدره، لا يصح في الصورتين لعدم العلم.

الشرط الرابع: ألا يأتي بمناف بين النية والمنوي، والمراد بالمنافي العمل الخارج عن المنوي، وليس من النية، كمن ارتد بعد النية، فمن ارتد فقد بطلت عبادته.

ومن المنافي قطع الإيمان، فمن نوى قطع الإيمان - والعياذ بالله تعالى - صار مرتدًا في الحال، ومن نوى قطع الصلاة بطلت عند الشافعي؛ لأنها شبيهة بالإيمان، ولم تبطل عند الحنفية، ومن نوى الأكل أو الجماع في الصوم أو نوى فعل مناف في الصلاة كالأكل والفعل الكثير لم يضره ذلك ما لم يفعل، ومن نوى الصوم من الليل، ثم قطع النية قبل الفجر سقط حكمها، ولم يصح صومه ما لم يجدد النية قبل الفجر، بخلاف ما لو أكل بعدها فلا تبطل؛ لأن الأكل ليس ضدها، ومن نوى قطع الحج والعمرة، لم يبطلًا بلا خلاف؛ لأنه لا يخرج منهما بالإفساد.

ومن نوى قطع الجماعة بطلت، ومن نوى الإتمام في أثناء الصلاة امتنع عليه القصر، ومن المنافي قلب النية، فمن نقل فرضًا إلى فرض لم يحصل واحد منهما، ومن نقل نفلًا إلى فرض لم يحصل واحد منهما - أيضًا - بخلاف ما لو نقل فرضًا إلى نفل فيجوز له ذلك.

ومن المنافي: التردد، وعدم الجزم في أصل النية، ومن الأمثلة على ذلك: من اشترى فرسًا للركوب، وهو ينوي إن أصاب رجلاً باعه، أنه لا زكاة عليه، ومن نوى يوم الشك إن كان من شعبان فليس بصائم، وإن كان من رمضان كان صائمًا لم تصح نيته، وأما لو تردد في الوصف بأن نوى إن كان من شعبان فيصوم نفلًا، وإن كان من رمضان ففرضًا صحت نيته وجاز صومه. ومن كان عليه فائتة وشك في قضائها، ثم تيقنها لم تجزئه.

لكن يستثنى من ذلك بعض مسائل تصح فيها النية مع التردد أو التعليق:

فمن كان عليه صوم واجب لا يدري هل هو من رمضان أو هل هو نذر أو كفارة؟ فإنه ينوي صوماً واجباً، ويجزئه ذلك كمن نسي صلاة من الخمس، فصلى الخمس.

وكذلك إن قال مريد الإحرام: إن كان زيداً محرماً، فقد أحرمت، فإن كان محرماً انعقد إحرامه، وكذلك لو أحرم يوم الاثنين من رمضان وهو شك، فقال: إن كان غداً من رمضان فأحرامي بعمره، وإن كان من شوال فبحج، كان حجه صحيحاً. ومن شك في قصر إمامه، وقال: إن قصر قصرت، وإلا أتممت، فبان قاصراً قصر. ومن صلى منفرداً ثم أعاد مع جماعة، ونوى الفرضية، ثم بان فساد الأولى، فإن الثانية تجزئه ولا يلزمه الإعادة، صرح به الإمام الغزالي في فتاويه، هذه هي الصور التي تستثنى من النية مع التردد أو التعليق.

٢. قاعدة "هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟":

تعريف اللفظ العام:

معناه في اللغة: الشامل المتعدد، سواء كان لفظاً أو غيره، ومنه عمهم المطر، أي: شملهم، ومطر عام أي: شامل.

معناه في الاصطلاح: هو اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر، كلفظ الرجال.

تعريف اللفظ الخاص:

معناه في اللغة:

وأما الخاص أو التخصيص في اللغة فهو: تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه 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.

معناه في الاصطلاح:

وأما في الاصطلاح، فهو: قصر العام على بعض أفراد، أي: أن العام أريد به
ابتداءً بعض الأفراد.

مثل: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِّضْنَ بَأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]؛
فهو عام في الحوامل وغير الحوامل، ولكن خصص ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ
الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، فإنه يقتضي أن يكون عدة الحامل
—مطلقاً— هو وضع الحمل مطلقاً أو متوفى عنها زوجها.

فهل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟ في ذلك اختلاف بين المذاهب:
فعند الحنفية: تخصيص العام بالنية مقبولٌ ديانةً لا قضاءً، وعند الخصاص مقبولٌ قضاءً
أيضاً، وأما تعميم الخاص بالنية، فقد اختلف فيه علماء الحنفية ما بين نافي ومثبت.
فعند المالكية: النية تعمم الخاص وتخصص العام.

وعند الشافعية: النية في اليمين تخصص اللفظ العام، ولا تعمم الخاص.
وعند الحنابلة: النية تعمم الخاص، وتخصص العام بغير خلاف فيها، لكن
اختلفوا: هل النية تقيد المطلق؟ أو تكون استثناءً من النص؟

ومن هذا نلاحظ: أن تخصيص اللفظ العام بالنية متفق عليه بين المذاهب، وإن
كان جمهور الحنفية يعتبرونه ديانةً لا قضاءً، وأما تعميم الخاص بالنية فأجازته
الحنابلة، والمالكية، ومنعه الحنفية، والشافعية.

ومن تطبيقات القاعدة: هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟
لو حلف لا يكلم أحداً، ثم قال: نويت زيدا فقط، لا يحث لو كلم غير زيد، فلفظ أحد نكرة في سياق النفي، فهي عامة تشمل كل أحد، ولكن عندما قال: نويت زيدا فقط، أعملت نيته، فخصص عدم التكلم به، وجاز له أن يكلم غير زيد، ولا يحث في يمينه.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم قال: نويت من بلدة كذا، أو من محلة كذا، صح له أن يتزوج امرأة من غير تلك البلدة، أو من غير تلك المحلة، وهذا لا خلاف فيه عند الشافعية والحنابلة.

وأما عند الحنفية - غير الخصاص: فلم يعتبروا نيته قضاء، فلو كلم في المسألة غير زيد حث، ولو تزوج في المسألة الثانية أي امرأة طُلِّقَتْ منه، ولكنه يصح بنيته بينه وبين الله.

وأما الخصاص: فهو يميز تخصيص العام بالنية ديانة وقضاء، فهو مع الشافعية والحنابلة والمالكية في صحة ذلك قضاء وديانة، وهذا بالنسبة للشطر الأول من القاعدة، وهو: هل النية تخصص اللفظ العام؟

فإذا انتقلنا إلى الشطر الثاني من القاعدة وهو: هل النية تعمم اللفظ الخاص؟
الإجابة: من أمثلته: أنه لو حلف لا يشرب من فلان ماء من عطش، فعند الحنفية والشافعية أنه لا يحث بطعامه؛ لأن اليمين عندهم تنعقد على الماء خاصة، وأما عند الحنابلة فلو حلف لا يشرب لفلان ماء، ونوى الامتناع من جميع ماله حث بتناوله أي شيء يملكه.

وكذلك عند المالكية: لو حلف لا يدخل هذا البيت - يريد هجران أهله - فدخل عليهم بيتاً آخر حث، وكذلك لو قال: لزوجته: إن لبست ثوباً فأنت طالق،

وقال: أردت ثوباً أحمر، فجمهور الحنابلة يقبل منه ديانة، وفي قبوله قضاء روايتان.

ومن ثمّ فإننا نقرر أن تخصيص اللفظ العام في اليمين بالنية متفق عليه بين الشافعية والحنابلة والمالكية، وأما عند الحنفية فاختلفوا: فجمهورهم يرى أن تخصيص العام بالنية مقبولٌ ديانةً لا قضاءً، ومعنى ذلك أن ادعاء الحالف التخصيص غير مقبول في الحكم والقضاء، ولكنه مقبول بينه وبين الله تعالى ديانة، وأما عند الخصاص منهم يصح تخصيص العام بالنية ديانةً وقضاءً، فهو في هذا مع الشافعية والحنابلة.

وأما تعميم الخاص بالنية، فهو جائز على الإطلاق عند الحنابلة، وإن اختلفوا في تقييد المطلق بالنية، وهو كذلك عند المالكية، وأما عند الشافعي فإنهم منعوا تعميم الخاص بالنية على الإطلاق، وكذلك عند الحنفية على الراجح؛ لأنهم يمنعون عموم المشترك، فهذا أولى بالمنع وإن كان وردت عنهم بعض الأمثلة التي تدل على أن بعضهم أخذ بتعميم الخاص، ولكنها غير مسلمة عند الأكثرين منهم.

مقاصد اللفظ:

مقاصد اللفظ، هل هي على نية اللفظ أو هي في اليمين عند القاضي؟
عند الحنفية: أنّ مقاصد اللفظ تكون على نية اللفظ، إلا في اليمين عند القاضي، أي: أمام القاضي، فهي على نية الحالف إن كان مظلوماً، وهذا موافق لقول الخصاص السابق، وهو خلاف ظاهر المذهب، وعلى نية الحالف سواء كان ظالماً أو مظلوماً، هذا هو رأي الحنفية.

وأما عند الشافعية فاليمين يكون على نية القاضي عند التحالف دون الحالف، وهكذا يكون الأمر عند المالكية، فإن اليمين في الأحكام كلها على نية المستحلف، وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية، ولا ينفع إلا استثناء وهو الظاهر عند الحنابلة.

هذه هي آراء المذاهب في مقاصد اللفظ، وهل هي على نية الالفاظ إلا في اليمين عند القاضي.

٣. قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني":

معاني الألفاظ هي العبرة، معناها الاعتداد، والعقود جمع عقد، وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، كعقد البيع والتجارة والإعارة، واللفظ هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عما يدور في ضميره، وما يعتلج في نفسه.

والمقاصد: جمع مقصد، والمقصد معناه نية المتكلم، فالمقاصد هي النيات، ومراده بهذه المقاصد هي النوايا.

والمعاني: جمع معنى، وهو الصورة الذهنية التي دل عليها القول أو الفعل.

بيان معنى هذه القاعدة:

معنى هذه القاعدة عند الحنفية، والمالكية: أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد؛ بل ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ، فالألفاظ عندنا هي أوعية للمعاني، والمعاني هي المقصودة بها من الألفاظ، واللفظ هو وعاء المعنى، وليس الصيغة المستعملة هي المرادة، وإنما المراد هو المعنى الذي تدل عليه هذه الصيغة.

وأما الألفاظ: ما هي إلا قوالب للمعاني، وأما إذا تعذر الجمع بين الألفاظ، وبين المعاني المقصودة، فلا يجوز إلغاء الألفاظ.

فالحنفية والمالكية قد غلبوا جانب المعنى قولاً واحداً إلا حين تعذر التوفيق بين اللفظ والمعنى، أما عند الشافعية والحنابلة، فالمغلب منهما: هل اللفظ أو المعنى فيه خلاف في قاعدة العقود؟ والأمثلة على هذه القاعدة كثيرة، ومن أهمها:

أنه لو اشترى شخص من بقال سلعة، وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك، حتى أدفع لك الثمن، فهي في الحقيقة رهن، ولها حكم الرهن، ولا تكون غير الرهن، ولا تكون أمانة بحال من الأحوال؛ لأن الأمانة يحق للمؤمن أن يسترجعها، ويجب على الأمين أن يعيدها إليه، وليس ما نحن فيه كذلك.

المثال الثاني، وهو: الهبة إذا اشترط فيها الثواب، فإن هذه الهبة تأخذ حكم عقد البيع، أخذت أحكام البيع عند الحنفية، والمالكية قولاً واحداً؛ لأنه أصبح في معناها، الهبة أصبحت في معنى البيع رغم استعمال العاقد لفظ الهبة، فيرد الموهوب بالعين، وكذا سائر أحكام البيع.

وأما عند الشافعية وعند الحنابلة ففي صحة العقد خلاف، فعند الشافعية الأصح أن الهبة تكون بيعاً اعتباراً بالمعنى، وعند الحنابلة فيه ثلاثة أقوال:

الأول: أنه بيعٌ نظراً للمعنى.

الثاني: أنه هبةٌ صحيحةٌ؛ لأن شرط العوض في الهبة والعارية يصح.

الثالث: أنه عقدٌ فاسدٌ.

قاعدة "المشقة تجلب التيسير" والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وأدلتها، وقاعدة ٦١
"إذا ضاق الأمر اتسع"
- العنصر الثاني :** قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة ٦٨
"الضرورة تُقَدَّرُ بقدرها"
- العنصر الثالث :** قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"، وقاعدة ٧٧
"الاضطرار لا يبطل حق الغير"

قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وأدلتها، وقاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع"

١. قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وأدلتها:

أ. معنى هذه القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الكلية الكبرى وهي تفيد أن الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء كانت سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتخفيف، ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه من الوجوه.

أولاً: المعنى اللغوي:

والمشقة في اللغة العربية معناها: الجهد والتعب، يقال: شق عليه الأمر يشق شقاً ومشقة إذا أتعبه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أُنْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمَّ تَكُونُوا بَلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل: ٧٧]، 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؛ فلا أثر لهذه المشقة في جلب تيسير ولا تخفيف؛ لأنها حدود الله التي يجب أن تنفذ مهما كان فيها من ألم ومشقة، ولأن تعطيل الحدود جريمة لا تغتفر، ولا يجب أن نفعل ذلك؛ فلا بد أن نُقيم حدود الله في الأرض.

ومعنى جلب الشيء: سوقه والمجيء به من مكانٍ إلى مكانٍ ومن موضعٍ إلى موضعٍ، والتيسير معناه: التسهيل بعمل لا يجهد النفس، ولا يثقل الجسم، ولا يتعب الإنسان، ولا يؤثر عليه في نفسه ولا في صحته، والتيسير في اللغة معناه: السهولة ومعناه الليونة، يقال: يسر الأمر إذا سهل ولان، ومنه الحديث الشريف: ((إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه؛ فسددوا وقاربوا وأبشروا))، أي: أن الدين سهلٌ واضحٌ سمحٌ، وأنه قليل التكاليف وليس فيه تشدد، واليسر ضد العسر.

والمعنى اللغوي لهذه القاعدة يفيد أن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي:

والمعنى الاصطلاحي الشرعي لقاعدة المشقة تجلب التيسير: أن الأحكام التي ينشأ عنها حرجٌ وضيقٌ وشدة على المكلف ومشقة تلحقه في نفسه وفي ماله، فإنَّ الشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إخراج، وبهذا تميزت شريعة الإسلام باليسر والسهولة وعدم الحرج والعنت: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

ب. الأدلة التي تثبت هذه القاعدة:

فإذا عرفنا أن الحرج مرفوع وأن هذا الدين يسرٌ فإننا ننتقل إلى الأدلة التي تثبت هذه القاعدة، وهذه القاعدة وهي "المشقة تجلب التيسير" قامت الأدلة على صحتها: من الكتاب، ومن السنة، ومن الإجماع، ومن عمومات الشريعة التي تنفي الحرج، ومن مشروعية الرخص، وهذه كلها تشير إلى أن الشارع الحكيم

وهو الله ﷻ لم يقصد من التكاليف التي كلف الله بها عباده ، لم يقصد منها الحرج ، ولم يقصد منها الإعنات ، وإنما جعل أصل الشريعة مبني على اليسر وعلى السراحة ، فإذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع الأمر ضاق ، وكل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده ، وهكذا كما يقول الإمام الغزالي في كتابه (الإحياء).

ومن الآيات الدالة على هذه القاعدة من الكتاب الكريم : قوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ومنه قوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

ومن هذه الآيات الدالة على هذه القاعدة : قوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

إلى غير ذلك من الآيات ، وهي في مجموعها تدل دلالة واضحة على أن الله تعالى شرع الأحكام سهلة ميسرة على العباد ، فما من عمل من أعمال القلب أو من أعمال الجوارح إلا وهو في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه وعلى قدر وسعه ، ودلت كذلك على أن الحرج مرفوع عن هذه الأمة في كل ما يلحق ضيقاً بالمكلف في نفسه أو جسمه أو فيهما معاً في الدنيا أو في الآخرة ، وهذا دليل يسر الشريعة ، ودليل سماحتها ودليل رفقها بالناس .

فإذا عرفنا ذلك في القرآن الكريم انتقلنا إلى دليل السنّة على هذه القاعدة ، والسنّة المطهرة فيها أحاديث كثيرة ، ومن هذه الأحاديث التي جاءت بها السنّة منها ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : ((بعثت بالحنيفية السمحة)) ، وتام هذا الحديث : ((فمن خالف سنتي فليس مني)).

وقال النبي ﷺ : ((إن هذا الدين يسر ، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه ؛ فسددوا وقاربوا وأبشروا ، ويسروا ولا تأنفروا ولا تعسروا)) ، رواه الشيخان من حديث

أبي هريرة، وقال الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره: ((إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين)).

ومن الأدلة: ما ثبت من تشريع الرخص على هذه القاعدة، وهذا أمر مقطوع به، ومما علم من الدين بالضرورة كرخص الصلاة والفطر والجمع في الصلاة، وتناول المحرمات عند الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة، ويدل على التيسير والتسهيل على الناس.

وكذلك ما جاء في النهي عن التعمق وعن التكلف وعن كل ما يسبب الانقطاع عن الدوام على الأعمال، ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثمّ ترخيص ولا تخفيف، فإنّ تشريع الرخص دليل على يسر الشريعة، وعلى أنّ الله أراد بالأمّة خيراً، ولم يرد أن يكلفهم عتياً ولا مشقة.

ومن الأدلة الدالة على هذه القاعدة: الإجماع على عدم التكليف بالشاق؛ لأنّ 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 ممنوع؛ لأنّه منهي ومنفي عن هذه الأمة؛ لأنّ الأدلة على سماحة الشريعة كثيرة وهي أكثر من أن تُحصى، فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير، ومن أجل ذلك أباح الشارع الحكيم الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة، أو بطريق الإعارة، أو بطريق القرض، وسهل الأمر بالاستعانة بالغير وكالة، وإيداعاً، وشركة، ومضاربة، ومساقاة، وأجاز الاستيفاء من غير المديون حوالة وبإسقاط الدين صلحاً أو إبراءً، وبالتوفيق على الدين برهن أو كفيل.

ومن الأدلة على رعاية مصالح العباد: جواز العقود الجائزة؛ لأنّ لزومها لو وجبت شاق فيكون سبباً لعدم تعاطيها، ووقف عزل الوكيل قبل علمه رفعاً للحرج، وكذلك عزل القاضي، فكل منهما لا يعزل إلا بعد علمه بالعزل.

ومنها - أي: من الرخص - مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه حال حياته.

ومن الأمثلة أيضاً: إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ، والتيسير عليهم بالاكْتفاء بالظن دون القطع واليقين، وإباحة الشارع النظر إلى المرأة الأجنبية للتطبيب، والشهادة، وعند الخطبة، وإباحة أربع نسوة تيسيراً على الرجل وعلى النساء لكثرتهم، ومشروعية الطلاق لما في إبقاء الزوجية مع التنافر من المشقة، وكذلك مشروعية الخلع والافتداء والرجعة في العدة قبل الثلاث، ومشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين، وكذلك التخيير في كفارة اليمين إلى غير ذلك مما في الشريعة السمحة من الأدلة المبينة ليسر الشريعة وسماحتها، وهذا كله يثبت بالدليل القاطع أن الشريعة جاءت في مجموعها سهلة ميسرة على العباد، خالية من التكاليف الشاقة التي تجعل المكلف في ضيق وحرَج، ومن ثقل التكاليف فهي رحمة من الله، وأنها راعت ظروف الناس من حيث إنهم يتفاوتون صحة ومرضاً، وقوة وضعفاً، فكان رفع الحرج من أهم المبادئ ورفع المشقة عن الناس عامة هو المبدأ الأساسي، وكذلك رفع التكاليف عن المرضى المصابين، وأصحاب الأعذار خاصة كل ذلك واضح في الشريعة، وأنها سمحة وأنها يسيرة.

وأخيراً: يجب أن يعلم أن المشقة تجلب التيسير إذا لم يوجد نص في المسألة المعروضة، أما إذا وجد فيها نص فلا يجوز العمل على خلاف النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة أو لمراعاة المصلحة، ونطاق السماح والتيسير في الشريعة الإسلامية لا يقتصر على شئون العبادات، وإنما يتسع لكل أحكام الشريعة من معاملات مدنية، ومن تصرفات شخصية، ومن عقوبات جزائية، ومن تشريعات قضائية ونحو ذلك.

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

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا ظهرت مشقة في أمرٍ فيرخص فيه ويوسع، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان، أي: أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو للجماعة، أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي للحالات العادية محرراً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق عند التطبيق، فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم حتى يسهل ما دامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله، وهذا معنى إذا اتسع الأمر ضاق.

فمثلاً لو تحقق عسر مدين لا كفيل له بالمال فيرخص له بالتأدية وقت اليسر، ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الدين دفعة واحدة؛ فيرخص له بتأدية مقسطاً، وهكذا فإن معنى هذا أنه يجب إنظار المعسر إلى الميسرة كما قال تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ب. أدلة هذه القاعدة:

ثبتت هذه القاعدة بأدلة كثيرة من الكتاب ومن السنة.

أولاً: الدليل من الكتاب:

أما دليل هذه القاعدة من الكتاب: فمنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنَّ خِفَئُكُمْ أَن يُفْنِتُكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١]، فالله تعالى 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 أمرهم - سبحانه - عند الاطمئنان وزوال حالة الخوف، بإتمام الصلاة وبأدائها على كيفيتها الأصلية، هذا هو دليل القتال.

ثانيًا: الدليل من السنة:

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

وفي رواية: قال رسول الله ﷺ: ((إننا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم، فقد جاء الله بالسعة فكلوا وادخروا)).

فقد نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث أو فوق الثلث لما ضاق الأمر بالحاجة، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله فأباح لهم الادخار والانتفاع كما كانوا قبل ذلك.

وهذه القاعدة يندرج تحتها جزئيات كثيرة ومسائل جمّة، ومن جملة ما تفرع عليها منها:

أ. جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل ؛ ولذا قال سيدنا علي : " لا تتبعوا مولئاً ولا تجهزوا على جريح " ؛ لأن القصد من القتال كان لدفع الضرر ، وقد حصل بهربه أو جرحه ؛ فلا تجوز الزيادة عليه ؛ لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله ، ولأن الضرورة تقدر بقدرها ، وهي قاعدة شرعية يقرب معناها من هذه القاعدة.

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

ج. ومنها إباحة أكل الميتة للمضطر ، أو أكل مال الغير على أنه يضمنه حفظاً للحياة.

د. ومنها شهادة النساء والصبيان في الحمامات ، والمواضع التي لا يحضرها الرجال دفعاً لخرج ضياع الحقوق ، والأصل في ذلك متفق عليه ، ولكن اختلف الفقهاء في الفروع.

قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ، وقاعدة "الضرورة تُقدر بقدرها"

١. قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات":

هذه القاعدة لها ارتباط وثيق بقاعدتي "لا ضرر ولا ضرار" وبقاعدة "المشقة تجلب التيسير" ، والضرورات جمع ضرورة وأصلها من الضرر وهو الضيق ، والمحظورات هي المنوعات.

أ. معنى هذه القاعدة:

أنَّ الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة، وتعتبر حالة الضرورة من أعلى أنواع الحرج، ومن أشدها وأكثرها أهمية من الحاجة، ومن أكبرها خطراً، ومعنى هذا أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة.

ب. دليل القاعدة:

هذه القاعدة أصلها ودليلها مأخوذ من قول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، وهي قاعدة أصولية وقاعدة فقهية، وتتعلق بالرخص الشرعية، وهذه الرخص التي تُخرِّج على قاعدة الضرورة ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يفيد إباحة الممنوع ما دامت الضرورة قائمة كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وأكل لحم الخنزير وإساعة اللقمة بالخمير عند الغصة أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو؛ لأن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة يتحقق بالإكراه التام لا بالإكراه الناقص.

فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، أي: دعكم شدة المجاعة لأكلها، والاستثناء من التحريم إباحة، وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق أيضاً بالإكراه التام، فيباح التناول ويحرم الامتناع حتى ولو امتنع حتى مات أو قتل فإنه يكون آمناً؛ لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة، وقد نهى الشرع عن ذلك، وأما إن كان الإكراه بجبس أو ضرب لا يخاف منه التلف؛ فلا يحل له أن يفعل المحذور.

النوع الثاني: نوعٌ لا تسقطه حرمة بحال فيبقى الفعل المحظور حراماً، لكن الشارع 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 المؤاخذة فقط لا في تغيير وصفه وهو الحرمة، فهو حرامٌ وحرمة قائمة، وفي هذا النوع يكون الامتناع عن الفعل أفضل، فإنه لو امتنع فقتل كان مأجوراً، هذا هو النوع الثاني من أنواع الرخص التي لا تسقط الحرمة بحال، وإنما تسقط المؤاخذة عند الفعل.

النوع الثالث: أفعال لا تباح بحال ولا ترخص، أو لا يرخص فيها أصلاً لا بإكراه تام ولا غيره، كقتل المسلم، أو قطع عضو من أعضائه، أو الزنا، أو ضرب الوالدين أو أحدهما، فهذه الأفعال لا تباح بحالٍ من الأحوال.

فإن هذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها ولا ترتفع المؤاخذة عنها ولا الإثم، فلو فعل ذلك مع الإكراه بأنه 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 من المكروه أو من كليهما؟ خلاف بين الفقهاء.

ولو زنا تحت الإكراه التام فإنه يسقط عنه الحد لشبهة الإكراه، ولكن لا يرتفع الإثم عنه، وبناءً على هذا فإن هذه القاعدة لا تتناول النوع الأخير؛ لأنه لا يباح بحال من الأحوال، فهو مستثنى من هذه القاعدة، وهي إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته، لكن لا ترفع الضمان لو اضطر لأكل مال الغير، وهي تبيح النوع الثاني مع بقاء حرمة والترخيص، إنما هو في رفع الإثم كنظر الطبيب إلا ما

لا يجوز للكشف عنه شرعاً من مريضٍ أو جريحٍ، فإنه ترخيص في رفع الإثم لا الحرمة، وكالاترار لأكل مال الغير عند الممصة، فإنه لا يسقط حرمة المال، وإنما هو يسقط الإثم ويجب عليه الضمان أو الاستحلال من صاحبه.

وهذه القاعدة زاد عليها الشافعية قيداً وهو عدم نقصان الضرورة عند المحذور، فإذا نقصت الضرورة عن المحذور فإنه لا يباح المحذور، وهذا الشرط ملتزم به عند غير الشافعية وإن لم يقولوه، فإنه لو أكره إنسان على قتل غيره؛ فلا يرخص له ذلك، وهو كذلك لو دفن الميت بغير تكفين لا ينش قبره عليه؛ لأن مفسدة هتك حرمة الميت أشد من مفسدة عدم تكفينه؛ لأن التراب قام بالستر مقام هذا الكفن، وإن كان هذا في الحقيقة يندرج تحت القاعدة القائلة باختيار أهون الضررين.

٢. قاعدة: "الضرورات تقدر بقدرها":

أ. معنى هذه القاعدة:

وضعت هذه القاعدة عقب القاعدة السابقة وهي: "الضرورات تبيح المحظورات" وضعت لتنبه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه بالقدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر إنسان لمحذور 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 المحذور بشرط عدم نقصانها عنها، أي: لا بد أن تقدر الضرورة

بقدرها، وما زاد على قدر الضرورة فباقٍ على الحظر وعدم الإباحة، والمحذور هو ارتكاب ما نهى الله عنه في الظروف العادية، والضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه فعل الشيء الممنوع.

ب. دليل هذه القاعدة:

دليل هذه القاعدة وأصلها فيها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَحْصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ١٣]، هذه هي الأدلة التي وردت في الكتاب الكريم على هذه القاعدة.

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله تعالى قد حرم الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، وعلى ذلك فيباح الأكل من الميتة على مقدار ما يسد الرمق؛ لأن ما بعد سد الرمق غير مضطرٍ إليه؛ فلا يباح بحال من الأحوال، ولا فرق بين المحرم من المأكول والمشروب، لكن إذا كان المشروب مسكراً واضطر الإنسان إليه فإنه لا يشرب الخمر؛ لأن شرب الخمر إنما يزيد في عطشه، فهو حينئذٍ لا يزيل العطش بل يثيره، لكن إذا غص بلقمة ووقفت في حلقه فإن لم يجد غير الخمر فإنه يأخذ منه وله أن يسيغها به.

وارتباط هذه القاعدة بالقاعدة الأم وهي قاعدة: "الضرر يزال"، هذا الارتباط ظاهرٌ وقويٌّ من حيث إننا لو لم نُقدر الضرورة بقدرها وقع الضرر؛ لأنَّ مجاوزة القدر المطلوب لإزالة الضرورة وقوع في الحرام وهو ضرر؛ فلا يتحقق الضرر يزال إلا أزيل بقدره.

ج. فروع هذه القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة، وهي تدور حول جواز إباحة المحظور، وأن يكون بقدر الضرورة.

الفرع الأول: الاستشارة في الخطاب؛ فإنه إذا استشير إنسان في خاطب فإنه يكتفى بالتعريض، ولا يعدل عنه إلى التصريح إلا إذا كان المستشير لا يفهم بالتعريض.

والتعريض: ما يفهم من عرض الكلام ومن فحواه، وكل ما تكون دلالاته على المراد بالإشارة، فهو من التعريض، فالضرورة هنا معرفة صلاحية الخطاب، فإذا فهم المستشير بالتعريض؛ فلا يجوز للمستشار أن يصرح بما في الخطاب من عيوب؛ لأن ذلك يوقعه في أعراض الناس بلا ضرورة وبلا حاجة تدعو إليه، أما إذا كان لا يفهم إلا بالتصريح فعندئذ يجوز له أن يصرح في تلك الحالة للضرورة التي تدعو إلى التصريح، ومن التعريض أن يقول: "هذا الخطاب لا يصلح لكم والله يكرمكم بغيره"؛ ولهذا قالوا: إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب. وإلا وقع الإنسان في الحرام وخالف أمر الله تبارك وتعالى.

الفرع الثاني: أخذ نبات الحرم، فقد حرم الله تعالى قطع نبات حرم مكة وحرم المدينة؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال: ((إن إبراهيم # حرم مكة، ودعا لها، وإنني حرمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة؛ فلا يصاد صيدها، ولا يقطع شجرها إلا لعلف)).

الفرع الثالث: أخذ الطعام في دار الحرب، فيجوز للمحارب أن يأخذ من طعام دار الحرب بقدر ما تدعو إليه الضرورة أو الحاجة، فإذا وصل إلى عمران دار الإسلام امتنع من ذلك، وإذا كان معه بقية ردها.

ودار الحرب هي التي استولى عليها الكفار وأصبحت تحت سلطانهم ولو كان بها مسلمون ، والمراد بالطعام كل ما هو مأكول سواء كان يؤكل اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً ، والحاجة تنزل منزلة الضرورة ؛ لأن الاقتصار على حد الضرورة فيه مشقة عظيمة ، ومن ثمّ فله أن يأخذ من الطعام بقدر الحاجة قبل القسمة في دار الحرب تشجيعاً له على ما زاد على قدر الحاجة ؛ لئلا يهلك جوعاً أو عطشاً من باب التيسير على المسلم المحارب في دار الحرب.

أما ما زاد على قدر الحاجة ؛ فلا يحل له ؛ لأن ما زاد عن الحاجة يحرم أخذه ؛ وفي ذلك ما روي عن زيد بن خالد الجهني < : ((أن رجلاً من أصحاب النبي توفي يوم خيبر ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال : صلوا على صاحبكم ، فتغيرت وجوه الناس لذلك ؛ فقال : إن صاحبكم غلّ في سبيل الله ، ففتشنا متاعه فوجدنا خرزاً من خرز يهود لا يساوي درهمين)) ، ومعنى غلّ : خان وأخذ ما ليس له بحق.

الفرع الرابع : مداواة الرجل المرأة ، فيجوز للرجل أن يداوي المرأة ولو كانت أجنبية عنه ، ولكن لا يجوز أن يكشف من قدرها إلا بقدر الضرورة وبقدر ما يلزم للعلاج من سائر الأمراض ، فإذا كشف ما يزيد عن مقدار الضرورة كان آثماً ، وتكون المرأة آثمة هي الأخرى إذا كشفت أكثر مما يزيد على قدر الضرورة ؛ إذ لو زدنا على قدر الضرورة فإننا نكون قد تجاوزنا إلى ما هو محظور ، وخرج بالأجنبية المحرم فإنه يراعى ما يحل له النظر إليه ويقف عند الضرورة فيما لا يجوز.

الفرع الخامس : فإن تعدد الجمعة يجوز لكل من أراد أن يصلي الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد بقدر ما تنتفع به الحاجة ، فلو اندفعت الحاجة بجمعتين لم تجز الثالثة ، والقول بجواز تعدد الجمعة ليس خاصاً بالشافعية وحدهم ؛ بل قال به الأئمة كلهم ، وذلك لأن جواز التعدد ضرورة والضرورة تقدر بقدرها ، والعيد حكمه حكم الجمعة ، لا يتعدد العيد إلا بقدر الضرورة ؛ ولذلك فإن

الشافعية يصلون بعد الظهر احتياطاً لاحتمال أن تكون جمعتهم باطلة، أما في زماننا هذا فإن التعدد دائماً يكون حاجة.

وعليه؛ فالمسلم إذا أدرك الجمعة في أي مسجد، صلى وهو مطمئن على أن جمعته وقعت موقعها الصحيح، وأدبت على الوجه الذي طلبه الله ﷻ.

الفرع السادس: اقتناء الكلاب: يجوز اقتناؤها إذا كانت للصيد، أو الحراسة، أو للتعرف على المجرمين عن طريق الكلاب البوليسية المدربة، فهذا جائز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وفي ذلك ما روي أن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة، فقد سأل النبي ﷺ جبريل عن ذلك، فقال: ((لقد منعنا أن ندخل بيتاً فيه كلب، أو صورة)).

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

وقد ذكر العلماء أن إباحة الممنوع سواء كانت على وجه التحريم أو على غير وجه التحريم كالكرهية يأتي على خمس مراتب:

المرتبة الأولى: الضرورات، وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدنيا والدين للجماعة والأفراد، بحيث لا يستقيم نظام الناس باختلالها، وتؤول حالة الأمة أو حالة الأفراد إلى فساد، وتفوت حياة الأمة في الدنيا وفي الآخرة، ويكون بفوت النجاة والنعيم في الآخرة 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 وأن ينطق بكلمة الكفر.

المرتبة الثانية: فهي الحاجة، وهي كل ما تحتاج إليه الأمة ويحتاج إليه الأفراد من حيث التوسعة ورفع الحرج وانتظام الأمور، بحيث إذا لم تراعى دخل على المكلفين الحرج والمشقة من غير أن يبلغ مبلغ الفساد المتوقع، لكنه على حالة غير منتظمة، وذلك كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهدٍ ومشقة، وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم، فالمشقات تبيح الرخص ولا تبيح المحرمات.

المرتبة الثالثة: المنفعة، وهي كالذي يشتهي: خبز الخنطة، ولحم الغنم، والطعام الدسم، فهي لا تتعلق بإباحة محظورٍ ولا حاجة.

المرتبة الرابعة: هي مرتبة الزينة كالمشتهي: الحلوى، والسكر، والثوب المنسوج من حرير، والفواكه الغالية أو النادرة، ولحم الغزال.

المرتبة الخامسة: فهي مرتبة الفضول، والفضول جمع فضلٍ بمعنى الزيادة، والفضول كل أمر تردد بين الحلِّ والحكمة، ومن ذلك التوسع بأكل الحرام أو الشبه كما يريد استعمال أواني الذهب أو شراب الخمر، وهي مراتب ما تحتاج إليه النفس في هذه الدنيا، وقد تدخل الضرورة في حله بعد حرمة، وقد تدخل فيه الرخص وقد لا تدخل.

هذه هي المراتب الخمس التي ذكرها العلماء، وقالوا: إن إباحة الممنوع سواء كانت على وجه التحريم أو على غير وجه التحريم كالكرهية يأتي على خمس مراتب ذكرناها على الترتيب، فالله -تبارك وتعالى- يريدنا أن لا نستعمل أواني الذهب، ولا أن نشرب في أواني الخمر؛ لأن هذه أمورٌ محرمة، والنفس إذا أقبلت عليها فإنها تدخل في المحظور الذي حرمه الله -تبارك وتعالى- والله أعلم.

قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"، وقاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير"

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

أ. معنى هذه القاعدة:

معناها أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس أو خاصة بشخص ما ؛ نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها، والرخصة معناها التيسير والتخفيف، والمراد بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة، والضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه.

والفرق بين الحاجة والضرورة: أن حكم الأولى مستمر، وحكم الثانية مؤقت بمدة قيام الضرورة؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نصٌ يجوّزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه نصٌ يمنعه بخصوصه وكان له نظيرٌ في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه.

وأما ما ورد فيه نصٌ يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح، ولو ظنت فيه مصلحة؛ لأنها حينئذ وهم، والوهم لا أثر له ولا يعمل به.

ب. بيان التطبيقات التي وردت على هذه القاعدة:

هذه القاعدة تبين أن: الحاجة منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، ولكل واحدة منهما فروع وتطبيقات:

أما الحاجة العامة فمن فروعها: الإجارة، والجعالة، والحوالة، والسلم، والاستصناع، ودخول الحمام، والوصية، فهذه الفروع جُوزت على خلاف القياس للحاجة إليه.

بيان ذلك بالتفصيل:

أولاً: الإجارة:

الإجارة في اللغة: اسمٌ للأجرة، واشتهرت في العقد.

معنى الإجارة شرعاً: هي: عقد على منفعة معلومة مقصودة، قابلة للبذل والإباحة بعوضٍ معلوم، أو هي عقد على المنافع بعوض، وهذا التعريف الثاني للإجارة أخصر وأوضح وأبلغ في إفادة المعنى.

ولما كانت المنافع في عقد الإجارة غير موجودة عند التعاقد، فقد جُوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة إليها؛ وذلك لأنَّ عقد الإجارة على المنافع وهي معدومة، وتملك المعدوم قبل وجوده لا يجوز، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافاً إلى زمن وجود المنفعة؛ لأنَّ التمليكات لا تقبل الإضافة، فكان جوازها استحساناً؛ لقوله ﷺ: ((أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ))، والسبب الذي جعل الإجارة منفعة عامة: أنَّ الناس جميعاً ليس عندهم شيءٌ يكتفون به، ليس عندهم دور ولا أرض زراعية، وقد يكون عنده الأرض ولكنه لا يقدر على زراعتها؛ فتفوت المصلحة المترتبة على زراعتها إذا تعطلت الأرض بدون زراعة، وهذا لا يجوز شرعاً؛ لأنَّ في ترك زراعتها إهداراً للمصلحة المنوطة بزراعتها، فدعت الحاجة العامة إلى التعاقد على وجه الإجارة؛ نظراً لهذه الحاجة التي نُزِلت منزلة الضرورة.

ثانيًا: عقد الجعالة:

معنى الجعالة لغةً: اسمٌ لما يُجعل للإنسان على فعل شيء.

معنى الجعالة شرعًا: التزام عوضٍ معلومٍ على عملٍ معينٍ معلومٍ أو مجهولٍ لمعين أو غير معين.

فعقد الجعالة يرد على عمل مجهول، كردّ الضالة مثلاً، وقد يكون مع شخص مجهول كأن يقول: من ردّ عليّ ضالتي فله كذا. وكذلك العوض يكون مجهولاً في بعض الأحوال؛ وهذا يقضي بعدم الجواز، ولكن الشريعة السّلمية أباحت هذا العقد؛ نظراً لحاجة الناس إليه، وقد يستأنس لجواز عقد الجعالة بقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ليوسف: ١٧٢؛ وإنما قلنا: "يُستأنس به"؛ لأن هذا ورد في شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه، ولم يوجد ذلك المخالف؛ فجاز الاستئناس بهذه الآية الكريمة؛ لجواز عقد الجعالة.

ثالثًا: أعمال السمسرة:

وأعمال السمسرة تأخذ حكم الجعالة؛ إذ هي ما يعطيه شخصٌ لسمسارٍ لأجل أن يدلّه على شراء قطعة أرض أو على شقّة أو سيارة... أو نحو ذلك، فيجوز هذا العقد مع ما ينطوي عليه من غرر، فقد يحضر له السمسار ما يريد وقد لا يحضر، وإذا أحضره، فقد يناسبه فيتم العقد، وقد لا يناسبه فلا يتم العقد، ولكن الحاجة تنزّل منزلة الضرورة، فأجيز مثل هذا العقد للحاجة إليه.

رابعًا: عقد الحوالة:

والحوالة هي: عقد يقتضي انتقال دين من دمة إلى دمة أخرى، وتحقيقها بيع دين بدين؛ فإنّ المحيل يشتري ما في دّمته بما له في دمة المحال عليه، وهي وسيلة من

وسائل استيفاء الحقوق ، والأصل أنَّ الحَوَالة - وهي بيع دين بدين - لا تجوز ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الدين بالدين ، ولكن الصحيح أنَّ الحَوَالة عقد جائز ، وهو عقد إرفاق ؛ فكانت الحَوَالة مشروعة ، ودليل مشروعيتها الحَوَالة قوله ﷺ : ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ)).

والمطل بالدين ، معناه : التأخير فيه والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر ، والمليء هو الغني ، والأمر في الحديث للوجوب إلا أنه مصروف عن الوجوب إلى الندب لاشتراط الرضا في العقود الرضائية ؛ إذ إنَّ الرضا توافُق إرادة الشخص برغبته وحرية واختياره مع إرادة أخرى على إبرام عقدٍ أو إنشاء التزامٍ ما ، وقد أجمع أهل العلم على جواز الحَوَالة 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 .

خامساً : عقد السلم :

فإنه أجاز نظراً للضرورة ولحاجة الناس ، والسَّلَم هو بيع شيء موصوف في الذمة ، أو بيع عاجل بأجل ، والآجل السلعة ، والعاجل الثمن ، وقد أجازته الشارع نظراً لحاجة الناس إليه ؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات تعوزهم النفقة ؛ فمن أجل ذلك جَوَّز الشرع لهم السَّلَم ؛ لينتفع طرفا العقد جميعاً ، كل منهما حسب حاجته وقصده .

والقياس أنه لا يجوز عقد السَّلَم ؛ لأنه بيع معدوم ، ولكن جُوزَ لاحتياج الناس إليه تيسيراً عليهم في أمور حياتهم ، وهو على خلاف القياس في بيع المعدوم .

سادساً: عقد الاستصناع:

وعقد الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً، وكان مقتضى القياس ألا يجوز؛ لانعدام الصنعة وقت العقد، ولكن هذا العقد جُوزَ لحاجة الناس الماسة إليه، والنبى ﷺ فعله، فقد استصنع خاتماً ومنبراً، وهو من أقوى الحجج على إجازة عقد الاستصناع، وما وقع في هذا العقد من خلاف بين الفقهاء فليس في أصل جوازه؛ بل في أنه بيع أو عِدَّة، والصحيح أن عقد الاستصناع بيع له شبه بالإجارة، فكان جائزاً بسبب تعامل الناس به وحاجتهم إليه، وهذا العقد يفيد ثبوت الملك في البديلين لكل من المتعاقدين. وبعبارة أخرى: إنه عقد يفيد ثبوت الملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة وثبوت الصانع في الثمن ملكاً غير لازم.

سابعاً: ضمان الدَّرك:

ضمان الدَّرك - وهو بفتحيتين أو بسكون الراء - هو عبارة عن ضمان البائع الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، فهو كفالة مضافة، والقياس يأبأها؛ لأن تملك الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع أمرٌ مقرر، والتملك لا يقبل الإضافة، ولكنه جُوزَ بالإجماع على خلاف القياس لأن البائع إذا باع ملك نفسه فلا يكون ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يمكن أن يضمّنه، ولكن نظراً لاحتياج الناس إلى من لا يعرفونه، ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً فيجوز للحاجة الداعية إليه، ووجه كونه على خلاف القياس أن البائع يملك المبيع ولا يجوز أن يضمّن مال نفسه، ولا يكون ديناً عليه، فكان جواز هذا العقد للحاجة على خلاف القياس.

ثامناً: عقد دخول الحمام:

ودخول الحمام بأجرة للاغتسال جائز، مع كونه قياساً غير جائز؛ لأن المنفعة فيه مجهولة، وغير معينة؛ إذ يصعب تعيين المدة التي يقضيها الشخص في الحمام، ويصعب أيضاً تقدير الماء الذي يستهلكه، ولكن هذا العقد جُوز للحاجة إليه، وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وهو جواز استئجار الظئر - أي: المربية للإرضاع - على القول بأن العقد يرد على الخدمة واللبن تبعاً.

تاسعاً: إباحة النظر إلى المرأة الأجنبية للمعاملة:

ذلك لأن النظر إلى المرأة الأجنبية في الأصل محرم؛ للأمر بغض البصر في قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]، ولكن إذا دعت الحاجة إلى النظر فإنه يباح في بعض الأمور، ومنها الخطبة - بكسر الحاء - وهي طلب الرجل يد امرأة للاقتراح بها، وضرورة المعالجة أيضاً تحل النظر للأجنبية عند الحاجة، وتحمل الشهادة وأدائها، وذلك استثناء من أصل تحريم النظر - نظر الرجل إلى المرأة وتحريم نظرها إليه. ويكون النظر بقدر الحاجة، وما زاد عنها، فهو حرام، وهذا بيان للفروع التي أجازت تحت قاعدة: "المنفعة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة"، وهذه الفروع إنما أجازت للمنفعة العامة.

وأما الحاجة الخاصة فلها فروع أخرى ذكرها السيوطي، ونذكر أهم هذه الفروع في المسائل الآتية:

من هذه الفروع التي تندرح: تضييب الإناء، فيجوز تضييب الإناء بالفضة للحاجة، وتضييب الإناء بقصد الإصلاح؛ إذ التضييب وضع الضبة على موضع الكسر ليلتئم، ثم استعمل في كل ما يوضع على الإناء ولو كان للزينة، سواء

كان التضييب صغيراً أو كبيراً، ذهباً أو فضةً، أما ضبة الذهب فتحرّم مطلقاً، كبيرةً أو صغيرةً، لحاجةٍ أو لزينةٍ، كلّها أو بعضها، وهو المعتمد كما صحّحه النووي، وأما ضبة الفضة فالكبيرة حرام عند الأئمة الثلاثة، وقال أبو حنيفة: "لا يحرم الإناء المضبّب بالفضة مطلقاً، فالأول أشد من الثاني، ووجه الأول كمال الورع، ومن الورع التباعد عن الإناء المضبّب كالتباعد عن الإناء الكامل من الفضة، ووجه الثاني العفو والتسامح في مثل هذا" ومرجع الكبر والصغر في الضبة إلى العرف، والمراد بالعرف ما استقرّ في العقول، وتلقّته الطباع السليمة بالقبول، ولا يُرجع إلى العرف إلا فيما لا نص فيه من الشارع، وإنما حرّم الإناء المضبّب بالذهب دون الفضة؛ لأنّ الخيلاء في الذهب أشدّ من الخيلاء بالفضة؛ ولأنّ الفضة أوسع من الذهب؛ بدليل جواز الخاتم للرجل منها دونه دون الذهب.

عاشراً: الأكل من الغنيمة في دار الحرب:

والأكل من الغنيمة في دار الحرب يجوز ولو كان معه طعامٌ من جنس ما غنمه؛ لأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك؛ تشجيعاً للمقاتلين في الحرب؛ لأنه يرفع من روحهم المعنوية في مواطن الجهاد، ولكن إذا وصل المحارب عمران دار الإسلام وكان معه شيء من الغنيمة وجب ردّه؛ لأنه حينئذٍ سيأكل حق غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ [آل عمران: ١٦١]، وقد رُوِيَ عن نافع بن خديج < قال: ((كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ، فَتَقَدَّمَ سُرْعَانُ النَّاسِ فَتَعَجَّلُوا مِنَ الْغَنَائِمِ فَطَبَخُوا، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي آخِرِ النَّاسِ، فَمَرَّ بِالْقُدُورِ فَأَمَرَ بِهَا فَأُكْفِئَتْ - أي: قلبت وأفرغ ما فيها - فَعُدَّ بَعِيرًا بَعْشَرَةً، ثُمَّ قَسَمَ بَيْنَهُمْ))، قال عياض: كانوا قد انتهوا إلى دار السّلم، والمحل الذي لا يجوز فيه الأكل من

الغنيمة المشتركة إلا بعد القسمة، وأن محل ذلك قبل القسمة إنما هو ما داموا في الحرب، وإنما أفسد رسول الله ﷺ اللحم عليهم مع حاجتهم إليه؛ لأن هذا أبلغ في الزجر.

الحادي عشر: خيار التعيين:

وهو من المسائل التي تدرج تحت القاعدة، وخيار التعيين يجوز مع أنه يجعل المبيع مجهولاً، ولكن جَوُز هذا البيع للاحتياج إليه؛ ولأن 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، لكنه يؤدي إلى الغرض المنهي عنه، ولكنه مع هذا أُجيز لمسيس الحاجة إليه، وهي: رفع الغبن عن المشتري الذي لا دراية له بالبيع والشراء، وهذا النوع من الخيار قال به: الحنفية، والمالكية، والإمامية، وبعض الزيدية، واستدلوا على ذلك بالقياس؛ حيث إنهم قاسوا خيار التعيين على خيار الشرط، والجامع بينهما وجود الحاجة إلى دفع الغبن في كل منهما، وخيار الشرط مشروع فيكون خيار التعيين مشروعاً مثله؛ لدفع حاجة المشتري الذي يكون غير خبير بأحوال السوق والبيع والشراء فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأفضل له، ولن يتحقق له هذا إلا عن طريق مشروعية هذا الخيار.

كما أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى البائع لسبب أو لآخر، كما هو حاصل في البيوتات الراقية والعائلات الكريمة ذات الشرف والمكانة الاجتماعية،

فلا تجد إلّا أن توكل عنها من يشتري لها ما تريد على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو بين أكثر من الثياب والمشغولات الذهبية وغيرها من سائر الأشياء التي ترغب في شرائها، فكانت الحاجة ماسّة إلى مشروعية هذا الخيار، ولا سيما بعد أن تعدّدت الصناعات، وأصبحت أصنافاً وألواناً بدرجات متفاوتة في الجودة، ويصعب معرفتها لغير ذوي الخبرات والبصر بالمبيعات.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نصّ يجوزّه أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نصّ يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه، وهذا ما سبق أن أشرنا إليه وأوردناه هنا للتنبيه على هذا القيد كما هو في بيع الوفاء، فإن مقتضاه عدم الجواز؛ لأنّه من قبيل الرّبا؛ ولأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين، أو صفة مشروطة في صفقة كأن قال: بعته منك بشرط أن تبيعه مني.

وهذا ما كان عليه الأمر في بخارى؛ بسبب كثرة الديون على أهلها جوّز على وجه أنه رهن أبيح للانتفاع بثمراته ومنافعه، كلبن الشاه، وثمر الشجر، والرهن على هذا - كيفية - جائز، أو كان لم يرد فيه نصّ يجوزّه أو تعامل، ولم يرد فيه نصّ يمنعه ولم 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 إليه الحاجة، وسوّغته المصلحة، بخلاف الضرورة؛ فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئاً من ذلك.

وأما ما لم يرد فيه نصّ يسوغه، ولا تعاملت عليه الأمة، ولم يكن له نظير في الشرع، يمكن إلحاقه به، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة، فالذي يظهر عندئذٍ

عدم جوازه ؛ جرياً على ظاهر الشرع ؛ لأن ما يتصور فيه أنه حاجة - والحالة هذه - يكون غير منطبق على مقاصد الشرع ، فقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي .

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة ؛ لأنها حينئذٍ وهم ، وهذا ما سبق الإشارة إليه .

الثاني عشر: تجويز الوصية:

فإنَّ القياس يأبأها ؛ لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليكات لا تقبل الإضافة ، وأيضاً بالموت ينتقل الملك إلى الوارث ، فلم يبقَ للمورث بعد الموت مال أو شيء موروث حتى يمكنه أن يحيله للغير ، ولكن جُوزت 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 ، فقد شرع الله الوصية - وهي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً 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 قصّر في أدائها ، وهو يريد أن يتدارك ما فاتته منها ؛ إبراءً لذمته ، وتحصيلاً للثواب الذي هو في أشد الحاجة إليه ، وفي الوقت نفسه يخشى أن يتبرّع بماله في حياته ، ثم تمتدّ 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 رحمةً بهم ، وتمكيناً لهم من مقاصدهم في فعل الخير ، مع تأمين حياتهم من شر الفقر والفاقة ،

ففتح لهم بذلك أبواب الخير بنفوس مطمئنة ، وتصدق عليهم بثُلث أموالهم يوصون فيه بما يريدون ، ولا ينفذ ذلك عليهم إلا بعد موتهم إذا استمروا على وصيته وماتوا دون أن يرجعوا فيها ، فقد قال رسول الله ﷺ : ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادةً في أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتم)).

ولم تجز الوصية فيما زاد على الثلث فهي محددة بثلث المال ؛ مراعاةً لحق الورثة ، فأبقى الله لهم ثلثين ، لا تنفذ فيها 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 زيادةً على القرب السابقة على ما نطق به الحديث : ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادةً في أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتم)) ، أو تداركاً لما فرط منه في حياته وذلك بالوصية ، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها ، فإذا مسّت الحاجة إلى الوصية وجب القول بمجوازها ، والحاجة تنزّل منزلة الضرورة عامّةً كانت أو خاصّةً ، والتركة التي تنفذ الوصية من ثلثها هي ما يبقى من المال بعد تجهيز الميت وسداد ديونه إن وجدت ؛ لأن ذلك من ضروراته التي لا بد من الصرف إليها أولاً ، سواء في حالتي الحياة والممات ، والأفضل في الوصية المندوبة والمباحة أن يقدم الموصي ما لا يرث من قرابته المحارم ، ثم غير المحارم ، ثم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم بالجوار ، كالصدقة المنجزة.

ومن كان 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 على كل من ترك مالا ؛ لأن النبي ﷺ مات ولم يوص ولو كانت فرضاً ما تركها.

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

أ. معنى هذه القاعدة:

أن الاضطرار لا يبطل حق الغير، سواء كان الاضطرار بأمر سماوي كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي كالإكراه الملجئ، والإكراه الملجئ هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، كالقاء شخص من شاهق على شخص ليقته، فالشخص الملقى لا قدرة له على الوقوع، لا فعلاً ولا تركاً، ومثل ذلك أيضاً أن يهدده شخص بما يلحق به ضرراً في نفسه أو في عضو من أعضائه، ففي الأول يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه جوعاً، ويدفع الصائل بما أمكنه ولو بالقتل، ويضمن في المحلين وإن كان مضطراً، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير، وفي الثاني إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير، فإن المكره يضمنه، أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف، ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكره؛ لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير، وما يعتبر عذراً شرعياً منهما هو الإكراه الملجئ؛ لقوله ﷺ: ((إن الله رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))، ولأن من شروط التكليف أن يكون الفعل مقدوراً عليه للمكلف، أي: يتأتى له فعله كما يتأتى له تركه، والإكراه الملجئ لا تبقى معه قدرة للمكلف على الفعل المكره عليه؛ لأنه أصبح واجب الصدور عقلاً، ولا على ضده؛ لأنه ممتنع الوقوع عقلاً، وكل من الواجب العقلي والممتنع العقلي لا يدخل تحت قدرة المكلف.

ب. أثر الإكراه على الأحكام الشرعية:

إذا كان الإكراه لا يسقط عن المكره أهلية الوجوب، ولا يمنع أن يكون مخاطباً بفروع الشريعة وجميع الأحكام التكليفية، فإن هذا لا ينفي أن يكون للإكراه نوعية أثر في

التصرف المكره بالنسبة لما أكره عليه، والشئ المكره عليه إما قول أو فعل، والقول إما خبر أو إنشاء، والإنشاء إما أن يقبل الفسخ ويبطله الهزل أو لا، والفعل إما أن يباح ويحل مع الإكراه أو يحرم أو يرخص فيه، وبيان ذلك فيما يلي:

الإكراه على الإقرار للغير بحق: إن كان الإكراه على قولٍ هو إقرار بحق للغير عليه، كان هذا الإقرار باطلاً، لا يؤاخذ المقرّ به ولا يترتب عليه أثره، إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء، وإن لم ينته إلى حد الإلجاء بأن كان مختاراً وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً، وبهذا قال الشافعية والحنابلة، ففي حالة الإكراه الملجئ يسقط أثر التصرف رخصةً من الله تعالى، مثل النسيان تماماً؛ لقوله ﷺ: ((إِنَّ اللَّهَ رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ))، ووجه الدلالة من الحديث: أن لفظ ((ما))، يفيد العموم، فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً، والإقرار من جملة التصرفات؛ ولأن الإكراه جعل حجةً حالة الاختيار ترجيحاً لجانب الصدق على جانب الكذب، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لوجود القرينة الدالة على أن المقرّ يريد دفع الضرر عن نفسه.

ومن هنا قرّر 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 الخمر حرام، ومع الإكراه لا حدّ عليه؛ لأن الحد الشرعي شرع زاجراً عن الجناية وشرب الخمر من المكره عليه ليس جنائية؛ بل هو مباح، ولا تنفذ تصرفاته؛ لأن نفاذ تصرفات السكران في حالة اختياره بدون إكراه عند من يقرّر نفاذها كان تغليظاً عليه وزجراً له، وهنا لا جنائية فلا تغليظ، وكذلك يكون الحكم فيما لو أكره على السرقة، فلا إثم على السارق المكره ولا حدّ عليه؛ لقوله ﷺ: ((إِنَّ اللَّهَ رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ))، ولأن الحدود تُدرأ بالشبهات، والإكراه هنا شبهة تمنع الحد. هذا إذا كان الإكراه ملجئاً.

فإن كان غير ملجئ بأن كان بحبس أو قيد مثلاً من غير أن يمنع عنه الطعام أو الشراب، فلا يحل له شيء من هذه المحرمات؛ لعدم الضرورة، فإذا تناول شيئاً من هذه المحرمات وجب عليه إقامة الحد قياساً؛ لأنه لا تأثير بالإكراه بالحبس ونحوه في الأفعال، فوجود هذا الإكراه يعتبر في حكم العدم، ومع هذا فلا يجب عليه الحد في حالة الإكراه غير الملجئ استحساناً.

أما من أكره على إتلاف مال الغير، فإن هذا الإكراه وإن أباح إتلاف مال الغير إلا أن حرمة المال باقية، مع أن إتلاف مال المسلم 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 يرخّص في هذا الإتلاف إذا أكره على ذلك، وكان الإكراه ملجئاً إبقاءً لحرمة النفس التي ستهلك بسبب هذا الإكراه إذا امتنع عن إتلاف مال الغير.

وكذلك حرمة عضو المكروه فوق حرمة المال؛ لأنّ المال مبتذل مهان، وربما يقدمه مالكة فداء لنفس الغير أو طرفه، ومع أن الشارع رخص في إتلاف مال الغير للإكراه إلا أن هذا الإكراه ليس مزيلًا لعصمة المال في حق صاحبه؛ لأن عصمته ثبتت للحاجة إليه، وهذه الحاجة مازالت باقية، فيكون إتلافه وإن رخص فيه غير مسقط لعصمته، فإنّ هذا الإتلاف في حدّ ذاته من قبيل الظلم، والظلم حرامٌ حرمةً مؤكّدة؛ ولهذا فإنّ المكروه إذا امتنع عن إتلاف مال الغير حتّى قُتل كان شهيداً؛ لأنه بذل مهجة نفسه لدفع الظلم فاستحقّ لذلك الأجر والثواب، وبلغ درجة الشهداء.

ومثله في ذلك كمن امتنع عن ترك العبادات المفروضة كالصلاة ونحوها حتى قتل، فإنه يكون شهيداً؛ ولهذا اتفق الفقهاء على وجوب الضمان، وهو على الرأي الراجح على المكروه لا على المستكره؛ لأنه وإن باشر الفعل إلا أنه كالألة بالنسبة للحامل الذي أكرهه على الإتلاف.

قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد المندرجة معها (١)

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" ٩٣

العنصر الثاني : قاعدة "أن الأصل براءة الذمة" ١٠٥

قاعدة اليقين لا يزول بالشك

١. قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك":

أ. معنى القاعدة:

هي من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي ، وتدخل في أحكام كثيرة في أبواب الفقه على اختلافه وأنواعه ، ومعنى هذه القاعدة: أنَّ الأمر الذي ثبت بيقين لا يزول بالشك ، وإنما يزول بيقين مماثل ؛ لأنَّ الشك ضعيف فلا يقوى على إزالة اليقين القوي ، وإذا كان الأمر كذلك فما معنى اليقين؟

معنى اليقين لغة: قرار الشيء ، يقال: يقن الماء في الحوض بمعنى: ثبت فيه واستقر.

معنى اليقين في الاصطلاح: 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: "المطابق للواقع" ما ليس مطابقاً للواقع وهو الجهل ، وإن كان صاحبه جازماً ؛ لأن جزم الجاهل لا يكون عن دليل ، وخرج بقوله: "عن دليل" اعتقاد المقلد فيما كان صواباً ؛ لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضةً للزوال ، فكل ذلك ليس من اليقين في شيء ، ولا يكون من اليقين أبداً ، ومع هذا فإن المناسب هنا هو تفسير اليقين بالمعنى اللغوي ؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر ، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشارع يقينياً لا يزول بالشك ، في حين أن العقل يميز أن

يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبينّة الشرعية، فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أنّ الشهادة - شهادة الشهود - لا تخرج عن كونها خبر آحاد، ويجيز العقل فيها السهو والنسيان، ويجيز فيها الكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يُخرج ذلك عن كونه يقيناً؛ لأنّ لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبقَ له اعتبار في نظر الناظر وعُرفه - أي: عرف اليقين - وعرفه البعض، بقوله: هو اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقاً للواقع غير ممكن الزوال.

وقال ابن قدامة: ما أذعنت النفس للتصديق به، وقطعت بأنّ قطعها به صحيح.

معنى الشك:

هو لغةً: التردد، والشك خلاف اليقين.

اصطلاحاً: تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي: لا يوجد مرجّح لأحد الأمرين على الآخر، فالتردد هو تردد بين الفعل وعدم الفعل، دون أن يكون لأحد الطرفين مرجّح على الآخر، ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين فيهما، أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الاحتمالين، والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة فتكون الجهة الراجحة في درجة الظن، والجهة المرجوحة في درجة الوهم، والوهم ضعيف، ولا يؤبه له ولا يُعمل به، وإذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون ظناً، والظن الغالب يُنزّل منزلة اليقين، ويفهم من هذا أنه إذا وجد اليقين في شيء زال الشك، ومثال ذلك: إذا رأى إنسان شيئاً في يد آخر ورآه يتصرّف فيه تصرّف المالك في ملكه، فإنه يغلب على ظنّ من يشاهده أنه مالك لهذا الشيء، بشرط أن يكون مثله يملك مثله، لم يخبر الرأي عدلان بأنه ملك غيره،

فإنه في هذه الحالة يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكية هذا الشيء بناءً على غالب الظن الذي ترسب عنده واستقر في نفسه، فالظن الغالب معتبر في الشرع بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر، والمراد بالشك هنا هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين في الأمر، سواء تساوى الاحتمالان أو رجح أحدهما على الآخر.

ب. بيان دليل هذه القاعدة:

دليل هذه القاعدة: قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْبَغُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [يونس: ٣٦].

وقوله ﷺ: ((إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء، أم لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً))، أي: الإنسان لا يدع ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين في انتقالها، وفي الصحيحين عن عبد الله بن زيد < قال: ((شكى إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً))، وروى مسلم عن أبي سبيد الخدري < قال: قال رسول الله ﷺ: ((إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى تماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان)).

والشك هو الوقوف بين الشئتين حيث لا يميل القلب إلى أحدهما، فإن ترجح أحدهما ولم يطرح الآخر، فهو الظن، فإن طرحه، فهو غالب الظن وهو بمنزلة اليقين، وإن لم يترجح، فهو وهم.

وبناء على ما تقدم نقرر أن المدركات لها خمس مراتب، وهي: اليقين، والظن، والغالب، والظن، والوهم.

أما اليقين فهو: جزم القلب مع الاستناد إلى دليل قطعي.

وأما الظن الغالب فهو: ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر مع اطمئنان القلب إلى الجهة الراجحة.

وأما الظن فهو: تجويز، وقوله في الحديث: ((حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً))، معناه: لا ينصرف حتى يتيقن، وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين؛ لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى لا للفظ، وهذا أصل، وقاعدة من قواعد الدين في أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، والمراد أن استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه، ولك أن تقول: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

وهذا يقتضينا أن نتكلم عن أهم المباحث التي تتعلق بالشك في الآتي:

الشك في اللغة: مطلق التردد، وفي اصطلاح الأصوليين: تساوي الطرفين، فإذا رجح أحدهما كان ظناً والمرجوح وهماً، وأما عند الفقهاء، فهو كاللغة في سائر الأبواب، لا فرق بين المساوي والراجح، وهذا إنما قالوه في الأحداث، وقد فرقوا بينها في مواضع كثيرة، منها: أنه في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز، وإن شك فلا يأكل، ومثله وجوب ركوب البحر في الحج إذا غلبت السلامة، وإن شك فلا يركب، ومثله في المرض المخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفاً نفذ التصرف من الثلث فقط، وإن شككنا في كونه مخوفاً لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة والأطباء العدول.

وأما الشك الطارئ بعد الشروع فلا أثر له في مواضع، منها: أن يتذكر المشكوك فيه عن قرب، كما لو شك في أصل النية وتذكر على القرب قبل مضي قدر ركن وتصح صلاته، وكذا لو شك الصائم في النية وتذكر قبل مضي أكثر النهار صح صومه.

ويستثنى من ذلك بعض المسائل، منها: ما لو صلى المسافر وشك هل نوى القصر أو لا؟ يلزمه الإتمام، وإن تذكر في الحال أنه نوى القصر قصر، نص عليه الشافعي في (الأم)، وتابعوه، ومنها الشك بعد الفراغ من العبادة، قال ابن القطان: فرق الشافعي بين الشك في أثناء العبادة وبين الشك بعد الفراغ منها، فلم يوجب إعادة الثاني؛ لأنه يؤدي إلى المشقة، فإن المصلي لو كُلف أن يكون ذاكرًا لما صلى لتعذر عليه ذلك، فسومح فيه، كما لو شك بعد السلام في ترك فرض من فروض الصلاة لم يؤثر على المشهور، نعم لو كان المشكوك فيه هو النية وجبت الإعادة، والشك في المانع لا يؤثر.

ولذلك فإننا نقرر أن ما كان وجوده شرطاً كان عدمه مانعاً، فالشرط في البيع والسلم: القدرة على التسليم، والعجز مانع، وإذا شككنا في الشرط لا يثبت الحكم، وإذا شككنا في المانع منه أثبتنا الحكم عملاً بالأصل في الموضعين، فإذا شككنا هل تطهر أو لا؟ فالشك لا يؤثر؛ لأن الطهارة شرط والأصل عدمها، وأما إذا شككنا في المانع فالأصل هو العدم فيترتب الحكم عليه، فإذا قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، فخرجت، وادعى أنه أذن لها فأنكرت الإذن، فالقول قولها، ويقع الطلاق لأن الأصل عدمه، ومن لم يوقعه يتمسك بأن الأصل بقاء النكاح، وكذلك هنا يقال: إنما رتبنا الحكم عند الشك في الحدث، فإنه مانع، والأصل عدمه، فالشك لا يؤثر في يقين الطهارة، فإن كان عدمياً لا يترتب الحكم، وإذا تقرر ذلك أنتج أن ما كان وجوده شرطاً فعدمه

مانع، وعند الشك في وجوده لا يترتب الحكم؛ لأن الأصل عدم وجود ذلك الشرط، والأصل وجود المانع.

ومن الصور التي لا يؤثر فيها الشك بعد الفعل: أن يعارضه أصل ضعيف فيضعف الشك حينئذٍ، ومن ذلك ما لو أحرمت وتزوج، وشك: هل كان تزوجه قبل الإحرام أو بعده، فالنكاح صحيح، نص عليه الشافعي فيما نقله الماوردي، ووجهه أن الأصل عدم الإحرام.

وقال الدارمي: نص الشافعي قال: من جهة الورع إيقاع طلقة ويعطي نصف الصداق إن سمي المهر، والمتعة إن لم يسم. قال: وفي الحكم النكاح صحيح. وإذا أقدم شاكاً في حصول الشرط، ثم بان مصادفته - أي: حصوله - هل يجزئه؟ على ضربين:

الأول: أن يكون مما تجب فيه النية أو بُني على الاحتياط فلا يجزئه، كما لو صلى شاكاً في دخول الوقت ثم بان دخوله، وكما لو توضأ من الإناء المشتبه فيه من غير اجتهاد، ثم تبين أن الذي توضأ منه كان طاهراً لم تصح صلاته ولا وضوءه، فلو غسل به نجاسة لم يصح بناءً على نيته قبل التبين، وتصح بعد التبين بناءً على المشهور أن النجاسة يغفر فيها إلى النية. قال الشاشي: فلو اشتبهت عليه القبلة فصلّى بغير اجتهاد وتبين أنه صلى للقبلة، وكذا لو حكم القاضي بغير اجتهاد ثم بان مصادفته، لا يصح، ولو ولي الإمام قاضياً وهو لا يعلم اتّصافه بالأهلية لم يصح وإن كان أهلاً، ومن لا يجوز أن يكون قاضياً لو ولي وحكم لم تنفذ أحكامه، وإن كانت صواباً.

الثاني: حكى ابن عبدان في كتابه (الشواهد)، قال: من ولي القضاء من غير أهلية فوافق الحق فحكمه ينفذ في تلك الحكومة، فإن كان الشك في غير حصول

الشرط فيجزيه في صور، ومنها: لو وقف بعرفة شاكاً في طلوع الفجر، ثم تبين أنه قد طلع، فإن وقوفه صحيح مسقط للفرد، قاله الشاشي في (المعتمد).

وقال الشيخ أبو حامد وغيره: الشك ثلاثة أضرب:

الأول: شك طرأ على أصل حرام، كشاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون ومجوس لا يغلب أحدهما على الآخر، فلا تحل؛ لأن أصلها حرام.

الثاني: شك طرأ على أصل مباح، كما لو وجد ماءً متغيراً، واحتمل أن يكون تغيره بنجاسة أو بطول المكث، فيحل استعماله مع الشك عملاً بأصل الطهارة، وكذلك الشك في الطلاق لا يؤثر؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

الثالث: شك لا يُعرف أصله، كمعاملة من أكثر ماله حرام، فلا يحرم لإمكان الحلال، ويكره خوف الوقوع في الحرام.

ج. بيان مكانة قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك":

هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو تزيد، ويكفي أن نذكر أهم الفروع الفقهية التي تندرج تحتها، ومن هذه الفروع ما نُص عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الأموال الربوية، كالملكيات والموزونات؛ لأن المماثلة في بيعها شرط محقق، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها، فلا تثبت الصحة بناءً على أن الأصل المقرر هو أن الحكم المعلق على شرط إذا وقع الشك في شرطه لا يثبت؛ لأن ما ليس بيقين لا يثبت بالشك، والثابت بيقين لا يزول بالشك؛ ولأن الشك في المماثلة هي عين المفاضلة.

ومنها إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة، وانقطعت أخباره مدةً طويلة، فانقطاع أخباره يثير شكاً في حياته، إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو الحياة المتينة من

قبل ، ومن ثم فلا يجوز الحكم بوفاته ، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً ، وعلى العكس إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرق السفينة ، فيحكم بموته ؛ لأن موته في هذه الحالة ظن غالب ، والظن الغالب يُنزل منزلة اليقين ، ومن هذه الصور إذا أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً : أظن أنه يوجد لك بدمتي كذا من المال ، فأقراره هذا لا يترتب عليه حكم ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، والأصل هو المتيقن ، فما لم يحصل يقيناً بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له ؛ إذ إن إقراره لم ينشأ عن يقين بل عن شك وظن ، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر .

ومنها : لو عقد الرجل على أختين بعقدين متعاقبين ، ونسي الأول منهما ، فإنه يفرق بينه وبين الثنتين ، ولا يجوز ترجيح أولية عقد إحداهما على الأخرى بغلبة الظن ؛ بل لا بد من العلم ؛ لأن التحري وغلبة الظن لا يجري في مسائل الفروج .

ومن الصور : لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم نسيها ، فإنه لا يجوز له أن يأتي واحدة من نسائه إلا بعد العلم بالمطلقة ، ولا يكفي التحري وتغليب الظن ، ولا يسع الحاكم أن يُخلي بينه وبين نسائه حتى يحدد ؛ لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة ، والفروج لا تحل للضرورة .

ومن المسائل أيضاً المندرجة تحت القاعدة - وهي قاعدة : اليقين لا يزول بالشك - أن المتيقن للطهارة إذا شك في الحدث هل هو متطهر؟

عند الأئمة الثلاثة : أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، يكون متطهراً . أما عند مالك : فمن شك في الطهارة يجب عليه الوضوء ، بناءً على قاعدة عنده تقول : "الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط" . لكن ابن عبد البر رد هذا القول في كتاب (التمهيد) ، فقال : إن قول مالك : "من شك في الحدث بعد يقينه في الوضوء فعليه الوضوء" هذا القول لم يتابعه عليه أحد من أهل الفقه علمته إلا

أصحابه ومن قلدهم في ذلك ، وقد خالفه عبد الله بن نافع ، وأجمع العلماء أن من أيقن الحدث وشك في الوضوء أن شكه لا يفيد فائدة.

ومن هذه الصور: إذا شك في إخراج ما عليه من الزكاة ؛ فإنه يجب عليه إخراج الزكاة مرة أخرى وينوي بها التقرب إلى الله ، وإذا أدّى الزكاة من مال يظن حله فأخلف ظنه لم تسقط الزكاة بذلك ، وكذلك إذا عجل الزكاة على ظنّ بقاء الفقر إلى الحول فأخلف ظنه باستغناء الفقير لم تسقط الزكاة بذلك ، وله الرجوع لخروج المقبوض عن كونه زكاة.

ومنها إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج وشكّ: هل كان أحرم بالحج قبل طواف العمرة فيكون صحيحاً أو بعده فيكون باطلاً؟ حكم بصحته ؛ لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقن أنه كان بعده ، وهذا كمن تزوج وأحرم ، ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده ، فإن الشافعي نصّ على صحة نكاحه ؛ لأن الأصل عدم.

ومن الأمثلة التي تندرج تحت هذه القاعدة: إذا أقرّ الحاكم بشيء إن كان على جهة الحكم كان حكماً ، وإن لم يكن على جهة الحكم بأن كان في معرض الحكاية والإخبار عن الأمور لم يكن حكماً ، أي: أننا إذا شككنا في ذلك لم يكن حكماً ؛ لأن الأصل بقاءه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء.

ومنها ما لو طلق الرجل زوجته وكانت ذات لبنٍ ، وتزوَّجت بآخر بعد عدتها ، فحملت منه ثم أرضعت طفلاً في مدة الحمل ، فإنّ لبنها لم يزل معتبراً من الزوج الأول ، فتثبت به حرمة الرضاع بالنسبة له ؛ لأنه كان متيقناً أن اللبن منه ، فلا نحكم بأنه من الثاني بمجرد الشكّ الحاصل بسبب حملها من الزوج الثاني ، فإذا ولدت يحكم حينئذٍ بأن اللبن بعد الولادة من الثاني.

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

وقد عبر السيوطي عن هذه القاعدة فقال: "ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه".

أ. معنى هذه القاعدة:

معناها: أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفيًا يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره.

ب. دليل هذه القاعدة:

يُستدل لهذه القاعدة بالاستصحاب.

معنى الاستصحاب لغة:

والاستصحاب معناه في اللغة العربية: الملازمة وعدم المفارقة.

معنى الاستصحاب اصطلاحاً:

وأما الاستصحاب في اصطلاح العلماء فيختلف تعريفه عند الأصوليين عنه عند الفقهاء، فهو عند الأصوليين أنواع، منها: استصحاب النص إلى أن يرد نسخ، أي: أنه يعمل بالنص من كتاب، أو سنة حتى يرد دليل ناسخ، وهذا متفق عليه. ومنها: استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص، أي: العمل باللفظ العام حتى يرد المخصص، فيُقتصر العام على بعض أفراده، وهذا أيضاً متفق عليه. ومنها: استصحاب الحال، وهو ظن دوام الشيء بناءً على ثبوت وجوده قبل ذلك، وهذا قريب من تعريف الفقهاء للاستصحاب.

وقد اختلف الأصوليون في كونه حجة، أو لا.

فذهب الأكثرون -مالك، وأحمد، والمزني، والصيرفي، وإمام الحرمين، والغزالي، وجماعة من أصحاب الشافعي-: إلى أنه حجة.

وذهب جمهور الحنفية، وأبو الحسين البصري، وأبو طالب من الحنابلة، وجماعة من المتكلمين: إلى أنه ليس بحجة.

وأما الاستصحاب عند الفقهاء: فهو لزوم حكم دلّ الشرع على ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان العقد المملّك، وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الإتلاف، وذمة المديون عند مشاهدة استدانتة.

وينقسم الاستصحاب عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: أن الشيء إذا كان على حاله في الزمان الماضي، فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره، وسماه بعضهم: استصحاب الماضي للحال.

الثاني: أن الشيء على حالته الحاضرة يُحكم أنه عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيره، وهذا يسمى: الاستصحاب المعكوس، وسماه بعضهم: استصحاب الحال للماضي، والقاعدة يشير معناها إلى النوع الأول.

ج. بيان الفروع التي تندرج تحت قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان":

فإنه يدخل في فروع هذه القاعدة مسألة المفقود التي انقطعت أخباره ولم يعلم موته ولا حياته، فهذا يحكم بحياته؛ لأنه حين تغيبه كانت حياته محققة، فما لم يَقم دليل على موته حقيقةً أو يحكم بموته عن طريق القضاء، فهو حي حكماً، فليس لورثته اقتسام تركته ولا تأخذ وديعته ولا تبين منه امرأته، وهذا أمر متفق

عليه بين الفقهاء ، وأما إذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته فأستحق ميراثه ، وقال الورثة : بل أسلمت قبل موته فلا ميراث لها ، فالقول قول الورثة عند بعضهم ، ووجهه أن سبب الحرمان قائم في الحال وهو اختلاف الدين ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال ؛ ولهذا الحكم وجه آخر وهو : أن إسلامها حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ، وسيأتي بيان ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

حكم الاستصحاب :

فالاستصحاب عند الحنفية يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، وهذا ما نصّ عليه الكرخي بقوله : الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب ، وذلك كمسألة المفقود التي سبق أن ذكرناها ، فاستصحابه حياته يمنع تقسيم تركته وبينونة امرأته ، ولكن لو مات شخص يرثه المفقود فلا يستحق المفقود من إرثه شيئاً ؛ لعدم تحقق حياته عند موت مورثه ، فاستصحاب حيات المفقود لم تصلح حجة لاستحقاقه الإرث حال غيبته .

وأما عند الشافعية وبعض الحنفية فالاستصحاب يصلح حجة للدفع والاستحقاق ، وبناءً عليه فالمفقود عندهم يرث ولا يورث ؛ لأنه قبل فقده كان حياً فيجب استصحاب حياته حتى يظهر خلاف ذلك .

والاستصحاب عند الحنابلة حجة للدفع والاستحقاق أيضاً ، حيث يوقفون نصيب المفقود لحين ظهور حياته أو موته ، فإن ظهر حياً ورث ، وإلا رد المال لورثة المورث المفقود .

ومن أمثلة هذه القاعدة التي تدرج تحتها : أنه إذا تعاشر الزوجان مدةً مديدة ثم ادعت الزوجة عدم الكسوة والنفقة فالقول قولها عند عدم بينة الزوج مع يمينها ؛

لأن الأصل بقاؤهما في ذمته كالمديون، وإذا ادّعى دفع الدين وأنكر الدائن، ومنها لو ادعت المطلقة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدّقت ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاؤها.

ويستثنى من قاعدة الاستصحاب أن الأمين يصدّق بيمينه في براءة ذمته، فلو ادّعى المودع أنه أعاد الوديعة، أو أنها تلفت في يده بلا تعدٍّ أو تقصير، يقبل ادعاؤه مع يمينه، مع أنه كان يجب - بمقتضى قاعدة الاستصحاب - أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها؛ لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع، والسبب في تصديقه بيمينه أن الأمين هنا يدعي براءة الذمة من الضمان، وأما المودع، فهو يدعي شغل ذمة الأمين، وذلك خلاف الأصل لأن الأصل براءة الذمة.

قاعدة: أن الأصل براءة الذمة

١. قاعدة: "أن الأصل براءة الذمة":

لأنّ الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق.

معنى الذمة لغة:

والذمة في لغة العرب هي: العهد.

معنى الذمة اصطلاحاً:

وأما الذمة اصطلاحاً: فهي وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة

صالحة للوجوب له وعليه ، ومن المعلوم أنه عند تنازع الخصمين تتخالف مزاعمهما نفيًا وإثباتًا ، فيحتاج الأمر في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به في مبدأ الأمر زعم أحدهما على زعم الآخر.

ولدى تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية ، وفي تقديم أحد المرجحات على الآخر إذا تعارضت بعد ذلك ، يظهر أن الترجيح في مبدأ الأمر يكون بأحد شيئين ، وهما : الأصل ، والظاهر ، حتى يقوم دليل من المرجحات الثانوية على خلافه ، فإذا كان الأصل شاهداً لجهة والظاهر لجهة ، يرجح زعم من يشهد له الظاهر ، ثم إذا عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليهما ، وهذا النوع الأول من الظاهر ، وأما النوع الثاني : فإنه لا تقام بينة على خلافه لأن احتمال خلافه معدوم ، وإذا علمنا ذلك ظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته ؛ لأنه يشهد له الأصل وهو عدم شغلها حتى يقوم دليل على خلافه.

ويتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب متنوعة : كالبيع ، والإجارة ، والعارية ، والوديعة ، والضمان ، والغصب ، والقرض ، والإقرار... وغير ذلك ، فمثلاً لو أتلّف إنسان مال آخر واختلفا في مقداره ، فإنّ القول للمتلف بيمينه ؛ لأنّه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته ، والأصل براءة الذمة ، والبيئة على صاحب المال لإثبات الزيادة.

٢. قاعدة "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين" :

أ. معنى هذه القاعدة :

معناها : أنّ ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه ؛ لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه ؛ بل ما كان مثله أو أقوى ، ولا فرق

في هذا بين أن يكون اليقين السابق مقتضياً للحظر أو مقتضياً للإباحة، فإنَّ العهدة والمعول عليه في كلتا الحالتين أن الشك لا يزيل اليقين، ولا يُلتفت إلى الشك في عروض المبيع على الأول وعروض الحاضر على الثاني، فمن الأول ما لو غاب إنسان غيبةً منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته، فالمعتبر اليقين السابق وهو حياته إلى أن يُعلم موته بالبيّنة، أو بموت جميع أقرانه، وإن كان احتمال موته قائماً في كل لحظة، فلا يجوز قبل ذلك قسمة ماله بين الورثة، ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المستودع حفظها، فلو أعطاها للورثة يكون ضامناً.

ومن الثاني ما إذا كان إنسان يعلم أن بكرًا مديون لعمرٍو بألف من الدولارات مثلاً، فإنه يجوز له أن يشهد على بكر بهذه الألف وإن خامره الشك في وفائها أو في براءة الدائن، وإذن لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق.

ومن ذلك ما لو اشترى أحد شيئاً ثم ادّعى أن به عيباً، وأراد ردّه، واختلف التجار من أهل الخبرة، فقال بعضهم: هو عيب. وقال بعضهم: ليس بعيب. فليس للمشتري الرد؛ لأنَّ السلامة هي الأصل المتيقن، فلا يثبت العيب بالشك.

ومن هذه الصور أنَّ المتيقن للطهارة إذا شكَّ في الحدث، فهو متطهر عند الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد، وأما عند مالك فمن شكَّ في الطهارة يجب عليه الوضوء بناءً على قاعدة عنده تقول: "الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط" لكن ابن عبد البر ردَّ هذا القول في كتابه (التمهيد)، فقال: إنَّ قول مالك: "من شك في الحدث بعد يقينه بالوضوء فعليه الوضوء" لم يتابعه على هذا القول أحد من أهل الفقه علمته إلا أصحابه ومن قلدهم في ذلك، وقد خالفه عبد الله بن نافع، وأجمع العلماء أنَّ من أيقن الحدث وشك في الوضوء أن شكّه لا يفيد فائدة.

ويستثنى من قاعدة الشك ما لو ادعى المشتري عيباً في المبيع يوجب رده على البائع بعد قبض المبيع ، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهي الخصومة في العيب ، فإن ثبت قدم العيب عند البائع يفسخ العقد ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حينئذٍ ، فقد زال اليقين ها هنا ، وهو وجوب دفع الثمن المتيقن به للحال بمجرد الشك ، وقدم العيب المحتمل الثبوت وعدمه ؛ لأن الأصل في العيب أنه يحتاج إلى إثبات ، ولا يكفي مجرد ادعاء العيب لإثبات قدمه ؛ إذ قد يكون الشيء الذي يزعمه المشتري عيباً ليس بعيب بالنسبة لهذا المبيع ، فالواجب عند ادعاء العيب إثبات كونه عيباً أولاً ، ثم الانتقال إلى البحث في قدمه أو عدم قدمه ، وهذا يفيد أن المنقول بأن ادعاء العيب يمنع إجبار المشتري على دفع الثمن يشمل الخلاف في أصل العيب أو في قدمه .

ومن الصور التي تدخل تحت قاعدة "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين" الحبل ، فإن المرأة الحامل لم يعتبر ظهور علامات الحمل عليها دليلاً جازماً على حملها ، وعلى أنها بها حمل ، فوجود الحمل لم يبنوا عليه الأحكام الجازمة وإن كان ظهر عليها الحمل ، ويغلب على الظن أن كل امرأة كانت هكذا فإنها تكون على حمل ، فلو أوصى إنسان للحمل بشيء أو وقف لا تصح الوصية له ولا الوقف عليه ، إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف ، لكي يتيقن بوجوده وقت الوصية ووقت الوقف ، فلا بد من الولادة لأقل من ستة أشهر حتى ولو كان الحمل قد شوهد بواسطة الأشعة المخترعة حديثاً ، وهي الأشعة المقطعية أو غيرها من الأشعات التي يمكن بها أن نعرف وجود الحمل من عدم وجوده ؛ لأن هناك شك فيما أظهرته هذه الأشعة ؛ بل لأنها إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن إلا بالولادة .

قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد المندرجة معها (٢)

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "الأصل في الأمور العارضة العدم" ١١١
- العنصر الثاني : قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة" ١١٨
- العنصر الثالث : قاعدة "الأصل في الأبضاع التحريم" ١٢٦
- العنصر الرابع : قاعدة "لا ينسب إلى ساكت قول" ١٣٥

قاعدة "الأصل في الأمور العارضة العدم"

١. قاعدة "الأصل في الأمور العارضة العدم":

أ. معنى هذه القاعدة:

أنَّ الأمور العارضة أو الصفات التي تعرض ، وتزول يكون الأصل فيها العدم ، كما أنَّ الصفات الأصلية يكون الأصل فيها الوجود ، حتى يقوم الدليل على خلافه.

وهذا معناه أنَّ الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين :

الأول: الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً ، بمعنى أنَّ الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً ، وهذه تسمى الصفات العارضة ، والأصل فيها العدم ، وهذه الصفات وغيرها من الأمور التي توجد بعد العدم تعم سائر العقود والأفعال ، وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

الثاني: الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده ، وهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً ، فهذه الصفات تسمى الصفات الأصلية ، والأصل فيها الوجود ، وذلك مثل : البكارة في البنات ، وسلامة المبيع من العيوب ، والصحة في العقود بعد انعقادها ، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما ، فإنَّ الأصل فيها - حينئذٍ - البقاء بعد ثبوت وجودها ، فلو اختلف العاقدان في سلامة المبيع من العيوب أو عدم سلامته أو في صحة البيع - مثلاً - وفساده ، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد ؛ لأنه يشهد له الأصل.

بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع وبطلانه، فإن القول قول من يتمسك بالبطلان؛ لأن الباطل غير منعقد، فهو ينكر وجود العقد، والأصل عدمه، وهذا إذا لم يكن الظاهر يشهد لمدعي الصحة دون البطلان، فإذا كان الظاهر شاهداً له، فالقول لمدعي الصحة؛ لأن الظاهر شاهد له.

ب. فروع هذه القاعدة:

ولهذه القاعدة فروع كثيرة، من هذه الفروع:

المثال الأول: لو اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه، فالقول للمضارب، والبينة على رب المال، لإثبات الربح؛ لأن الأصل عدم الربح.

المثال الثاني: لو قال الوصي: لم أتجر في مال اليتيم، أو قال: تجرت فلم أربح أصلاً، أو ما رجحت إلا كذا، فالقول قوله؛ لأن الأصل في الأمور العارضة العدم.

المثال الثالث: لو أدخلت المرأة حَلَمَةً ثديها في فم الرضيع، ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا؟ فإن النكاح لا يحرم؛ لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن من المحل المذكور.

المثال الرابع: لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض العين المستأجرة، أو في بدل الإجارة، فالقول: لمنكر القبض في جميع ذلك؛ لأن الأصل العدم.

المثال الخامس: لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار فالقول لمنكر الخيار؛ لأنه صفة عارضة، والأصل عدمها، وهذا يدل على أن الصفة العارضة هي العدم، ويفيد من ذلك: أن القول قول من قال بعدم الخيار.

المثال السادس: لو دفع إنسان لآخر شيئاً، ثم أراد استرداده مدعياً أنه دفعه له عارية، وقال القابض: إنك كنت بعثني إياه أو وهبتي إياه، فالقول للدافع في كونه عارياً؛ لأن الأصل عدم الهبة، فيصدق من قال: إنك بعثني إياه تمشيئاً مع القاعدة، وهي الأصل في الأشياء العارضة العدم.

المثال السابع: لو قال رجلٌ لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم، فأنت طالق، ثم مضى اليوم فاختلعا، فقال: دفعتها لك، وقالت: لم تدفعها لي، فالقول قول الزوجة، ويترتب عليه وقوع الطلاق، بخلاف ما لو قال لها: إن لم أدخل الدار اليوم - مثلاً - فأنت طالق، ثم اختلعا فقال: دخلت، وقالت: لم تدخل، فإن القول قوله، وإن كان الأصل عدم الدخول؛ وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق، كوصول النفقة أو عدمها، فحينئذ ينظر إلى صورة التنازع، فيكون القول قول المنكر وهو هنا الزوجة؛ لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها.

وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته، كدخول الدار وعدمه، فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع؛ لأنه غير ممكن؛ بل ينظر فيه إلى المقصود منه وهو وقوع الطلاق أو عدم وقوعه، ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول له؛ لأن الأصل عدم الوقوع، ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل بأن كان الظاهر معارضاً له فإن الأصل يترك، ويترجح جهة الظاهر كما قالوا في زوجة العنين من أنها: لو ادعت عليه عدم وصوله إليها، وادعى هو الوصول، وكانت بكرًا حين العقد فإن الحاكم يريها - حينئذ - للنساء، فإن قلن: إنها بكر فالقول قولها، وإن قلن: إنها ثيب فالقول قوله في الوصول إليها، مع أن الأصل عدم الوصول؛ لأن ظهور ثبوتها مؤيد لدعواه، فترك به الأصل.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة :

ويستثنى من هذه القاعدة عدة مسائل ، ومن هذه المسائل :

لو تصرف الزوج في غلات زوجته ، ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها ، وأنكر الورثة ذلك ، فإن القول قوله يمينه ، مع أن الأصل عدم الإذن من الزوجة إلى زوجها .

ولو أراد الواهب الرجوع في هبته ، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ، ولا يمين عليه ؛ لأنه حكى أمراً يمكن حصوله ، والأصل فيه العدم ، ولو اختلف الزوجان في هبة المهر ، فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط ألا تطلقني ، وقال الزوج وهبتي إياها بغير شرط ، فالقول قولها ، مع أن الشرط من العوارض ، والأصل فيه العدم .

وكذلك لو جاء المضارب بمبلغ ، وقال : هو أصلٌ وريح ، وقال رب المال : هذا أصل وليس فيه ربح ، فالقول قول المضارب ، مع أن الأصل عدم الربح .

وكذلك لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه أنفق عليهم ، فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الأصل عدم الإنفاق .

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

أ. معنى هذه القاعدة :

إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمرٍ من الأمور ، فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد ، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك ، وهذا إذا كان الحدوث متفقاً عليه ، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه .

أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه كما لو كان في ملك أحد مثيل لآخر، ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه، وطلب رفعه، وادعى صاحب المثل قدمه، فالقول لمدعي القدم، والبيئة لمدعي الحدوث، حتى إذا أقام كل منهما بيئة رجحت بيئة مدعي الحدوث، وهو صاحب الدار.

والوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته: هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه، وادعى أحدهما حدوثه في وقت، وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه، والقول للمنكر؛ لأن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

وهذه القاعدة مقيدة بالألا يؤدي إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إلى نقد ما هو ثابت مقرر؛ لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابتٌ باستصحاب الحال، لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقد ما هو ثابت - وهذا ما سوف يتضح جلياً عند ذكر مستثنيات القاعدة؛ لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عنها؛ لأن تطبيقاتها يستلزم نقض ما هو ثابت مقرر.

ب. فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة، ومسائل متعددة: كالطلاق، والميراث، والإقرار، والهبة، والبيع وفسخه، والحجر، والوكالة، وغيرها.

ومن ذلك في مسائل الطلاق: أنه إذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه، فصار بذلك فاراً من

الميراث، فترث هي منه رغماً عنه، وقال الورثة: إنه أبانها وهو في حال صحته، فلم يكن فარاً فلا ترث، فإن القول قول الزوجة، والبينة على الورثة؛ لأن الزوجة تضيف الحادث إلى أقرب أوقاته من الحال وهو زمن المرض، فيكون القول قول الزوجة.

وكذلك لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية، فجاءت امرأته بعد موته مسلمة، وقالت: أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه، وقال الورثة: إنك أسلمت بعد موته فلا ميراث لك، فتد على هذا من الميراث، ولكن القول يكون للورثة، والبينة على الزوجة؛ لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته.

لو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين، ثم مات فاختلف المقر له مع الورثة، فقال المقر له: أقر لي في صحته بالإقرار نافذ، وقال الورثة: أقر لك في مرضه بالإقرار غير نافذ، فإن القول للورثة، والبينة على المقر له.

وكذلك يكون الحكم فيما لو وهب إنسان شيئاً لأحد ورثته ثم مات، فاختلف الموهوب له مع بقية الورثة على الكيفية المذكورة، فالقول للورثة والبينة على الموهوب له.

ولو اشترى إنسان شيئاً بالخيار، ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده على البائع قائلاً: إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار، وقال البائع: فسخت بعد مضي المدة، فلا يصح فسخك، فالقول قول البائع؛ لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال.

ومن ذلك ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعياً أنه كان موجوداً فيه عند البائع، وقال البائع: لا؛ بل حدث العيب عند المشتري بعد القبض، وكان العيب مما يحدث مثله، فإن القول قول البائع على أنه حدث عند المشتري، والبينة على المشتري أنه حدث عند البائع؛ أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله

كالخيف في الفرس - وهو أن تكون إحدى عينيه سوداء ، والأخرى زرقاء - فإن البائع يلزم به ، والقول قول المشتري .

ج. ما يُستثنى من هذه القاعدة :

يُستثنى من هذه القاعدة فروع خرجت عنها :

ومنها : لو ادعى الأجير على الحفظ أنَّ العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها ، فيستحق كل الأجر ، وقال المستأجر : هلكت قبل تمام المدة بكذا ، فالقول للمستأجر بيمينه ؛ وذلك لأنَّ من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة ، وإنما ثبتت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً ، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناءً على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقد الأمر الثابت المقرر ، وهو فراغ ذمة المستأجر ؛ لأنَّه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير .

وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقد ما هو ثابت - كما قدمنا - فكان القول قول المستأجر ، ولأنَّ إضافة الحادث - وهو هلاك المبيع إلى أقرب الأوقات - من قبيل الظاهر ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق .

ومنها : ما لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً ، فقال البائع له : إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب ، فسقط حقك في الرد ، وقال المشتري : إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب ، فالقول للمشتري بيمينه ، فقد قال في (رد المحتار) ، في كتاب "اليوع" في باب "خيار العيب" : ولو أراد المشتري الردَّ ، ولم يدع البائع عليه مسقطاً للرد لم يحلف المشتري ، وهذا يعني : أنه لو ادعى عليه البائع مسقطاً فالقول قوله بيمينه .

ووجه كون العقد للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده: أن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة، فيتقرر بقاءه إلى أن يوجد المسقط يقيناً؛ لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاءه حتى يقوم الدليل على خلافه.

فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المقرر، فلو حكمنا بأن القول قوله بناء على إضافة الحادث لأقرب أوقاته، يلزم منه نقد ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن بإزالته، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره، ولا يقضي القاضي بالرد بالعيب إلا بعد أن يحلفه أنه لم يرضَ بالعيب قولاً أو دلالة، وإن لم يدع عليه البائع أنه رضي به، ولم يطلب تحليفه. ويظهر من هذه الفروع:

أن قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته مقيدة بما إذا لم تتعارض مع قاعدة: الأصل براءة الذمة، وقاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان، فإن كان تعارض فإنه يُترك العمل بقاعدة: إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، ويعمل بهاتين القاعدتين دونها؛ لأنهما أقوى.

قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة

أ. معنى هذه القاعدة:

أن ما كان من معاملات الناس نافعاً وطيباً، فهو على الحل والإباحة، إلا ما ورد فيه نصٌ صحيح صريح من الشارع بتحريمه.

فمدلول هذه القاعدة يدخل فيما لم يرد فيه نص؛ وذلك لأن ما ورد بشأنه دليل شرعي لا يرجع فيه إلى قاعدة: "أن الأصل في الأشياء الإباحة"، وإنما يرجع إلى

الدليل الشرعي الذي ثبتت به الإباحة: إما نصاً على التخيير، أو رفعاً للخرج بأي أسلوب من الأساليب الدالة على الإباحة.

وتطلق الإباحة على رفع الخرج عن الفعل أو الترك سواء صرح الشارع بذلك أو لم يرد فيه عنه شيء مما هو داخل فيما يسمى بمرتبة العفو عند بعض الأصوليين.

فتعميم الإباحة وجعلها أصلاً في الأشياء فإنها لا تكون إلا في المنافع؛ ، وأما المضار فلا نعلم أحداً من العلماء قال: بأن المضار أصل في الإباحة، لأن المضار ليست مسكوتاً عنها؛ بل هي منفية من الشرع مطلقاً، ولا يمكن بحال أن يمتد العمل بهذه القاعدة في المضار والمفاسد، فيكون الأصل فيها الإباحة، فذلك هو المنهج الصحيح، والفهم المستقيم الذي يتلاءم مع روح الشريعة، ومع ما جاءت به في رفع الخرج الثابت بالأدلة القاطعة، والنصوص التي تنفي نفياً باتاً أن يكون الأصل في الأشياء الحظر والتحريم.

ولا يكون التحريم إلا بدليل.

ب. الأدلة على حجية هذه القاعدة:

قامت الأدلة من: الكتاب، والسنة، والمعقول.

أولاً: أدلة القرآن:

أما الأدلة عليها من القرآن الكريم فكثيرة، منها:

قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات الأرضية للعباد؛ لأن: ﴿مَا﴾ موضوعة للعموم، واللام في: ﴿لَكُمْ﴾ تفيد

الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين، أي: أن ذلك مختص بكم فيلزم منه أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً وهو المدعى، أي: أن المراد أنه ثابت.

وقال ابن السبكي في توجيه الآية: إنه تعالى ذكر ذلك في معرض الامتنان، ولا يمتن المولى ﷻ إلا بالمباح والجائز، وإذا كانت: ﴿مَا﴾ في الآية موضوعة للعموم، فيكون الانتفاع بالأرض وما فيها كما قال الإسنوي.

ثانياً: الأدلة من السنة:

أما الأدلة من السنة على قاعدة أن الأصل في المنافع الإباحة فهي كثيرة أيضاً، نختار منها:

ما أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: ((إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس، فحرم من أجل مسألته)).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نبه على أن التحريم مرتبطٌ بالمسألة، ومن أجل ذلك نهى الشارع الحكيم عن ذلك ومنع منه، يقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن بُدَّ لَكُمْ قَسْوَكُمْ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [المائدة: ١٠١].

فدل ذلك على أن التحريم لا يكون إلا بنص، وأن ما لم يرد نص على ذلك وعلى تحريمه، فهو باق على الإباحة؛ لأن قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْهَا﴾ صريح بأن ما سألوا عنه كان معفواً عنه قبل ذلك، وليس كل سؤال مذموم، فهناك من الأسئلة ما هو مطلوب ومرغوب، كما قال تعالى: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

ومن ذلك الأسئلة التي سألها الصحابة عن الأنفال، وعن الكلاله، وغيرها، وإنما المذموم من الأسئلة ما كان على وجه الأغاليط، وما فيه تعنت وتكلف، وليس فيه مصلحة للمسلمين.

ومن أجل ذلك، فقد حذر النبي ﷺ أصحابه أن يسبقوا بالسؤال عن شيء لم ينزل حكمه بعد حتى يحرم عليهم، فيقعوا في محذور الإثم، كما حدث لمن قبلهم من الأمم، فقد روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)).

وبهذا المنهج التزم الصحابة والتابعون ومن بعدهم؛ لأنهم فهموا أن المسكوت عنه مما عفا الله عنه، وأحله لعباده، فقد روي عن ابن عباس < أنه قال: "ما لم يذكر في القرآن، فهو مما عفا الله عنه" وكان يسأل عن الشيء لم يحرم، فيقول: "عفو" وقيل له: ما تقول في أموال أهل الذمة؟ فقال: "العفو" يعني بذلك: أن أموالهم لا زكاة فيها.

وقال عبيد بن عمير: أحل الله حلالاً، وحرم حراماً، فما أحل، فهو حلال، وما حرم، فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو.

ثالثاً: الأدلة العقلية:

من الأدلة العقلية على أن الأصل في المنافع الإباحة:

أن الله تعالى إما أن يكون قد خلق الأشياء لحكمة، أو لغير حكمة، والثاني باطل؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لِعَيْنٍ﴾ [الأنبياء: ١٦]، وقوله سبحانه: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾ [المؤمنون: ١١٥]، والعبث

واللعب على الله لا يجوز؛ بل هو محال في حقه سبحانه، وإذا انتفى ذلك ثبت أن الخلق كان لحكمة، وهي الانتفاع.

وهذا الانتفاع إما أن يعود إلى نفع الله ﷻ أو إلينا، والأول باطل؛ لاستحالة ذلك الانتفاء عليه ﷻ فثبت أنه إنما خلقها لينتفع الناس بها، وإذا ثبت هذا كان نفع المحتاجين مطلوب الحصول، ولا يمنع منه إلا إذا رجع ضرر من ذلك، وحينئذ يكون خارجاً عن المقام فثبت أن الأصل في المنافع الإباحة.

وبهذا يكون الحكم بحل الأشياء غير المنصوص على حكمها هو المتفق مع سنن الفطرة والطبيعة.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله: وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، فالأصل فيها العفو وعدم الحظر، فلا يحظر منها إلا ما حظره الله ﷻ وبعد أن ذكر شيئاً من الأدلة قال: هذه قاعدة عظيمة نافعة، وعليه فإن البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل، والشرب، واللبس، والناس فيها يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة عليهم ذلك، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة.

وإن كان بعض ذلك يستحب أو يكون مكروهاً، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً فيتبعون على الإطلاق الأصلي، أي: أن المعتبر في ذلك مصالح العباد، والإذن دائر معها أينما دارت حسبما هو مبين في مسالك العلل.

والمقصود من ذلك: أن تعامل الناس فيما بينهم، وما يرمونه من عقود وعهود هم فيه على أصل الإباحة، ولهم الحرية في ذلك، ويلزمهم الوفاء بما تعاقدوا عليه، غير ألا تشمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع، أو يوضع فيها من

الشروط ما ليس في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ ومعاملات الناس - فيما بينهم -
داخلة في باب العادات فهي على أصل الإباحة.

وإذا كان الأصل في المنافع الإباحة فإن المقصود هنا هي ما كانت منافع حقيقية خالصة من شائبة المضار؛ إذ إن ذلك لا وجود له إلا في المنافع الأخروية، ولا أن المقصود منها هو مجرد تحقيق منفعة ما، ولو كانت معارضة لمفسدة أشد منها، وهذا الكلام يثير مسألة نسبية المنافع وتعارضها، وهذا أمر مسلم، ولكن عند تعارض المنفعة والمفسدة في الشيء الواحد فإنه يقدم الجانب الراجح - كما قرر الشاطبي ذلك - فإن المنافع لا تخلو من أضرار، وبالعكس فكان يقدم الجانب الراجح.

لا بد من تقديم الراجح منهما إذا كان الشك يجتمع فيه الحرام والحلال، حتى لا يجتمع الإذن والنهي عن الشيء الواحد؛ إذ كيف يقال: إن الأصل في الخمر مثلاً: الإذن من حيث منفعة الانتشاء والتشجيع وطرد الهموم، والأصل فيها أيضاً المنع من حيث مضرة سلب العقل، والصد عن ذكر الله، وعن الصلاة وهما لا ينفكان، ولكن هل يوجد تعارض بين هذه القاعدة وبين المصالح المرسلّة؟

إنه قد يبدو في الظاهر وجود تعارض بينهما؛ وذلك لأن المصلحة المسكوت عنها إذا لم يعتبرها الشارع ولو في أجناسها فليست من المصالح المرسلّة؛ بل هي ملغاة؛ لأنه يشترط أن تكون المصلحة من المصالح الملائمة، وإلا كانت ملغاة، فكيف يقال: إن الأصل في المنافع الإباحة؟

ويمكن دفع ذلك الاعتراض بالقول: بأن المراد من المنافع المسكوت عنها هنا ما كانت معتبرة من الشارع بما هو أبعد من الأجناس التي تعتبر فيها المصالح المرسلّة، وبما هو خارج عن نطاقها، وشامل ميدان المنافع التحسينية أيضاً.

وبناءً على ذلك : فإن العمل بهذه القاعدة يكون متمماً للعمل بالمصلحة المرسله ، وشاملاً لكل ما تضمن من منفعة ، ولو بوجه من الوجوه ، وإذن لم يوجد لها معارض ، ولكن هذه القاعدة لا ترد ، ولا ترقى إلى قوة المصلحة المرسله ؛ ولهذا فلا تصح معارضة الأدلة والقواعد الشرعية بها .

وعلى هذا ، فإن قول القرافي في شأن هذه القاعدة : وقد تَعَظُّمُ المنفعة فيصاحبها الندب أو الوجوب ، فيقع الإذن بعيداً ؛ لأنَّ ما نحن بصدد لا يرقى إلى هذه المرتبة ، وما يبلغ هذه المرتبة يدخل في باب المصالح المرسله ، إذ هي لا تتصف بهذه الأحكام ، إذ إنَّه لا يوجد فيما ذكره أصحاب الفروع الفقهية ما هو مندوب أو واجب كالحيوان المشكل أمره ، والنباتات المجهولة سميته ، وكالزرافة والحمام الداخل في البرج ما لم يعلم أنه مملوك أو مباح .

ج. نتائج هذه القاعدة :

يمكن بيان نتائج هذه القاعدة فيما يلي :

إنَّ المسكوت عنه في الشريعة مباح حلال ، سواء أكان من الأشياء والأعيان ، أم من الأفعال والتصرفات المدنية أو المعاملات والعادات ، فالأصل فيها عدم التحريم ؛ لأنَّ قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ [الأنعام: ١١٩] ، عام في كل شيء ، وأما العبادات فلها صفة دينية محضة لا يشرع فيها شيء إلا بما شرعه الحق تبارك وتعالى .

ومن هنا قرر فقهاؤنا الأفاضل هذه القاعدة الفقهية : لا تُشرع عبادة إلا بشرع الله ، ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله ؛ والعادات : كل ما اعتاده الناس في حياتهم مما يحتاجون إليه ، وهو يشمل كل عقود البيع ، والإيجار ، والهبة ، والشركة ، ونحوها .

أيضاً القاعدة أطلقت حكم الإباحة في المنافع التي لم يرد فيها نص بشأنها، أو شأن ما هو قريب منها ومشابه لها لتقاس عليها، وعدم منع المكلف من هذه المنافع فيه تيسير وتخفيف ظاهر.

ثم إنَّ الشريعة قد وضعت بهذه القاعدة حداً لحيرة المكلف، وتردده في الإقدام على ما تحققت فيه صفة المنفعة، ولم يرد بشأنه ما يمنعه، وذلك لرفع الحيرة عنه، ولاطمئنان قلبه إلى أن ما سيفعله مباح شرعاً، ولا إثم فيه، وهذا تيسير من الله لعباده لا شك فيه.

ومن هنا ضاقت دائرة الحرام في شريعة الإسلام ضيقاً شديداً، واتسعت دائرة الحلال اتساعاً بالغاً، حيث لا تحريم إلا بنص، وما لم يجئ بإباحته أو حرمة، فهو باق على أصل الإباحة، وفي دائرة العفو الإلهي.

وقد أنكر الله تعالى على من حرم ما أحل الله، أو أحل ما حرم الله بمجرد الأهواء والآراء التي لا مستند لها، ولا دليل عليها، ثم توعد على ذلك بالعذاب الأليم يوم القيامة، فقال تعالى: ﴿وَمَا ظَنُّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ [يونس: ٦٠]، أي: ما ظنهم أن يصنع بهم يوم قيامتهم، ويوم مرجعهم إلينا: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: ٢٤٣]، فيما أباح لهم مما خلقه من المنافع في الدنيا، ولم يحرم عليهم إلا ما هو ضار لهم في دنياهم أو دينهم: ﴿وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَشْكُرُونَ﴾ [يونس: ٦٠]؛ بل يجرمون ما أنعم الله به عليهم، ويضيّقون على أنفسهم، فيجعلون بعضاً حلالاً وبعضاً حراماً.

وعلى ذلك جرت الفتيا على: أن كل من حرم على نفسه شيئاً مما لم يحرمه الله، فليس له ذلك التحريم؛ لأنَّ الذي يحل ويحرم هو الله تعالى، فليأكل إن كان مأكولاً، وليشرب إن كان مشروباً، وليلبس إن كان ملبوساً، وليملك إن كان مملوكاً، وكأنَّه إجماع من العلماء نقلوه عن مالك وأبي حنيفة والشافعي وغيرهم.

ذلك كله استناداً إلى هذه القاعدة ؛ لأنَّ ما سكت عنه الشارع مرده إلى رحمة الله لعباده ، فإنَّ المسكوت عنه لم يكن عن نسيان ؛ لأنَّ الله تعالى لا ينسى شيئاً - تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً - وإنما تركه رحمة بالناس ، وتيسيراً عليهم .

يؤيد ذلك ما روي عن أبي الدرداء مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ : ((ما أحل الله في كتابه ، فهو حلال ، وما حرمه ، فهو حرام ، وما سكت عنه ، فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً ، وتلا قول الله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ [مريم : ١٦٤] .

فكل ما يتجدد من أنواع التجارات حسب تطور أحوال الناس ، وظروفهم ، وأعرافهم ، وألوانهم ، ومجتمعاتهم ، متى جمعت التجارة والمعاملة الرضا المعتبر ، والصدق والعدل ، فقد أباحها الله ﷻ بما اشتملت عليه من شروط ووثائق ، ولكن هذا التراضي لا يجعل المنصوص على تحريمه مباحاً من المعاملات الربوية ، فإن الربا حرام ، وإن تعاطي الربا مرفوض في دين الله ، والإجماع قائم على تحريمه ، والتفصيل إنما هو في الفروع ، والأعيان المحرمة من خمر وغيره ، وما فيه من جهالة وغرر ، والقاعدة التي استقر العمل بها في دين الله : أن ما يؤدي إلى الحرام ، فهو حرام .

قاعدة الأصل في الإيضاع التحريم

أ. معنى هذه القاعدة :

أنه إذا تقابل أو تعارض في المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة عملاً بالأصل ؛ ولهذا لا يجوز التحري في الفروج ؛ لأنَّ الأصل في الفروج هو الحظر ، وإنما أبيح النكاح للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولا يتوسع فيها .

ب. الدليل الذي قامت عليه هذه القاعدة:

هذه القاعدة -الأصل في الأبضاع التحريم- يمكن أن يستدل لها بحديث أورده جماعة بلفظ: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال" قال الحافظ أبو الفضل العراقي: لا أصل له.

وقال السبكي في (الأشباه والنظائر)، نقلًا عن البيهقي: إن هذا الحديث رواه جابر، عن الشعبي، عن ابن مسعود، وأن هذا الحديث منقطع، قلت: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه، وهو موقوف على ابن مسعود، وليس مرفوعًا.

ثم قال السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة، ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات؛ لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، وإنما جاز النكاح في صورة غير المحصورات من قبيل الرخصة من الله تعالى لعباده، كما صرح به الخطابي؛ لئلا ينسد باب النكاح على الإنسان.

ج. ما يندرج تحت هذه القاعدة من فروع:

ذكر السيوطي لهذه القاعدة فروعًا كثيرة، نذكر منها:

ما ذكره هو 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 الزواج بالمحرم ممكن وقوي، وذلك يقتضي تحريم النكاح، وأما إذا كان الاشتباه في غير المحصورات فإن له أن يتزوج؛ لأنه يندر أن يقع في المحرم.

والمحرم 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 فهي ثلاثة: القرابة، والمصاهرة، والرضاعة.

وأما الأسباب التي تقتضي حرمة بعض النساء حرمة مؤقتة بوجود المانع فهي خمسة: وهي كون الزوج بالمرأة مؤدياً إلى الجمع بين محرمين، أو تعلق حق الغير على المرأة التي يريد العقد عليها، أو تطليق الرجل المرأة التي يريد العقد عليها طلاقاً ثالثاً، وكون الرجل متزوجاً بأربع حرائر غير الزوجة التي يريد العقد عليها، وكون المرأة غير متدينة بدين سماوي.

بعد ذلك هناك صور لاجتماع المحرم بالمحلل، رجل له زوجات، وقال لهن: إحدكن طالق، فكل واحدة منهن تعتبر طالقاً، فلا يحل له وطء واحدة منهن؛ لأن كل واحدة منهن اجتمع فيها محلل ومحرم، فيغلب المحرم على المحلل، لما روى ابن عمر قال: ((أسلم غيلان الثقفي، وكان تحته عشرة نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار أربعاً))، فإن كل واحدة قبل التعيين تحتمل الإمساك وعدمه، فالوطء حرام قبل التعيين، وإن امتنع عن التعيين رُفع الأمر إلى القاضي، فيلزمه القاضي بالتعيين، وكذا في مسألة الطلاق.

د. المسائل التي تستثنى من هذه القاعدة:

ويستثنى من القاعدة مسائل، ومن هذه المسائل:

لو اختلطت امرأة محرمة بنسوة قريبة كبيرة، فله النكاح منهن؛ لأنه يندر أن يقع في المحرم، فكان له أن يتزوج من تلك القرية مع وجود المرأة المحرمة عليه؛ لندرة أن

يقع في المحرم، والنادر - كما هو معلوم - لا حكم له، ومن ذلك فإنه يحل له النكاح.

وخرج عن القاعدة مسألة في فتاوى قاضي خان، هذه المسألة - كما ذكرها العلماء - صبيّة أرضعتها أو أرضعها قومٌ كثيرون من أهل القرية، أقلهم أو أكثرهم، لا يُدرى من أرضعها؟ ومن الذي لم يرضعها؟ وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوج هذه الصبيّة التي أرضعها القوم الكثيرون؛ قال أبو القاسم الصفار: إذا لم تظهر له علامة، ولا يشهد أحد له بذلك، يجوز له النكاح من هذه الصبيّة، وهذا من باب الرخصة؛ كي لا ينسد باب النكاح على هؤلاء الناس، قال ابن نجيم: ثم علّم أن هذه القاعدة إنما هي فيما إذا كان في المرء سبب محقق للحرمة.

فلو كان في الحرمة شكّ لم يُعتبر الشك؛ ولذلك قالوا: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم طفلة ووقع الشك في وصول اللبن إلى جوفها، لم تحرم؛ لأن في المانع شكًا.

ثم قال: فلو أن امرأة كانت تعطي ثديها صبيّة، واشتهر ذلك فيما بينهم، ثم تقول: لم يكن في ثديي لبن حين ألقيتها ثديي، ولم يعلم ذلك إلا من جهتها، جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبيّة.

وجاء في (الحنانية): صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع، ولا يعلم ذلك حقيقة، قالوا: لا بأس بالنكاح بينهما، هذا إذا لم يُخبر بذلك أحد، فإن أخبر به عدل ثقة يؤخذ بقوله، ولا يجوز النكاح بينهما، وإن كان الخبر بعد النكاح، وهما كبيران، فالأحوط أن يفارقها؛ ثم إن البضع وإن كان الأصل فيه الحظر يقبل في حله خبر الواحد.

٢. قاعدة "ما ثبت بزمان يحكم ببقائه، ما لم يوجد دليل على خلافه":

معنى هذه القاعدة: أنه إذا ثبت في زمان ملكٌ لشيء فإنه يحكم ببقاء ذلك الملك في الزمن الماضي لصاحبه، ما لم يوجد ما يزيله سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة، أو بإقرار المدعى عليه.

وهذه المسألة تأتي على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يدعي ملكاً خالياً عن الإسناد إلى الماضي؛ بأن يقول: إن العين التي بيد المدعى عليه هي ملكي، سواء بين سبباً للملك أو لا، ويشهد الشهود له بالملك، أو يقولون: إنها كانت ملكه، في صورة ما إذا أطلق المدعي الملك، أو يقولون: إنها كانت ملكه بالسبب الذي ادعاه في صورة ما إذا بين المدعي سبباً للملك.

الثاني: أن يدعي ملكاً ماضياً، فيقول: إنها كانت ملكي، ويشهد الشهود، بالملك المطلق كذلك، وهو عكس الأول.

الثالث: أن يدعي ملكاً ماضياً، ويشهد الشهود بالماضي أيضاً.

ففي الصورة الأولى: تصح الدعوى من المدعي، ويُقبل من الشهود ذلك، فيحكم للمدعي بالملك؛ لأنه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي، فالأصل أن يحكم ببقائه حيث لم يقدّم دليل على خلافه، إلى أن يوجد ما يزيله، كأن يقيم المدعي أو المدعى عليه بينة على الشراء منه على سبيل المثال.

وأما في الصورتين الثانية والثالثة: فإن دعوى المدعي غير صحيحة، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضاً؛ لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال،

بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي ؛ لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال ، لأنهما قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب.

وفي الصورة الأولى المقبولة : لو سأل القاضي الشاهدين : هل تعلمان ملكه للحال ؟ لا يجبران على الجواب ، لكن لو أجاباه بقولهما : لا نعلم قيام الملك للحال ، تُردُّ شهادتهما ؛ لأنهما لما صرحا بجهلهما قيام الملك للحال ، لم يبق إمكان للحمل على أنهما يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب ، فلم تعد شهادتهما صالحة لأن يحكم بها في ذلك.

ومثل الشهادة بملك العين في جميع الصور المتقدمة الشهادة بالدين ، فلو ادعى إنسان ديناً في ذمة حي أو ميت ، وأقام بينة شهدت له أنه كان عليه هذا المبلغ المدعى به تقبل الشهادة ، ويحكم بالدين ، وكان من المقرر أن قبول الحاكم البينة وإلزام الخصم بما قامت عليه في الصورتين إنما هو عمل بالاستصحاب ، وهو عمل بالظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، والحكم بهذه الشهادة حكمٌ بالاستحقاق لا بالدفع ، فينبغي ألا تُقبل.

لكن ورد في (جامع الفصولين) ، في أوائل الفصل الحادي عشر هذا الإشكال عن صاحب (الكنية) ، وأنه أجاب عنه : بأن في رد مثل هذه البيانات حرجاً ، فتقبل دفعاً للحرج ، والخرج مرفوعٌ عن هذه الأمة بشهادة القرآن الكريم ، وبالحديث النبوي الشريف.

قال القرافي : اعلم أن قول العلماء : إن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ، ليس على ظاهره ، فإن ظاهره يقتضي : أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به ، وليس كذلك ؛ بل حالة الادعاء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور ، والمراد بذلك : أن يكون أصل المدرك علماً فقط ، فلو شهد بقبض الدين

جاز أن يكون الذي عليه الدين قد دفعه، فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد إلا الظن الضعيف، وكذلك الثمن في البيع يشهد به مع احتمال دفعه، ويشهد في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه. ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناءً على الاستصحاب. والمحقق في ذلك: أن هذه الصور كلها إنما هو الظن الضعيف، ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور، وهو كلام وجيه جداً، ويؤيده جواب صاحب (الكنية).

٣. قاعدة "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح":

أ. معنى هذه القاعدة:

أنه لا يعتد بالدلالة اللفظية في مقابلة التصريح؛ لأن الدلالة دون التصريح في الإفادة، وهو فوقها، وتكون الدلالة بفتح الدال في المعقولات، والدلالة بكسرها في المحسوسات، والدلالة: هي كون الشيء بحال يفيد الغير علماً. ومثال ذلك: دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عند ما يبلغها أن الولي قد زوجها، فإنه يعتبر إجازة، لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغى تلك الدلالة.

ب. فروع هذه القاعدة:

يتفرع على تلك القاعدة مسائل كثيرة، وفروع متعددة. ومنها: أنه يُستدل على مصارف الوقف بتعامل الناس السابقين، ولكن إذا وجد في كتاب الوقف الموثق تصرف فلا عبرة بتعامل الناس على خلافه.

ومنها: ما إذا باع عقاراً بيعاً صحيحاً شرعياً، ثم ادعى أن البيع كان وفاءً، وقال المشتري: إنه باتّ قطعي، فإنه ينظر: فإن كان هناك دلالة على الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بغبن فاحش تسمع دعوى الوفاء من البائع، ويكون القول قوله، ولكن إذا وجد التصريح بالبتات، فلا يعمل بتلك الدلالة، ولا تسمع دعوى الوفاء حينئذ.

ومنها: ما إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع، ولم ينهه صحّ القبض، وسقط الحبس بالثمن بدلالة السكوت على الإذن، ولا يملك استرداده؛ بل يطالبه بالثمن فقط.

أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حق الحبس، وله أن يسترده منه، ويجبسه بالثمن كما يستفاد من المحل المذكور، وكذلك لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب، ولم ينهه صحّ قبضه، وتمت الهبة، ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أو رضا، ومفهومه: أنه لو نهاه صريحاً لم يصح قبضه، فله استرداده منه.

ومنها: ما لو زوج الأب ابنه الصغير، وضمن عنه المهر، ثم دفعه عنه، أو كان دفعه بلا ضمان، فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع عليه، وعللوه بأن عدم الرجوع إنما هو لجريان العادة والعرف به، بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع في الرجوع، فيكون متبرعاً دلالة، ولكن إذا شرط الرجوع صريحاً تنتفي تلك الدلالة؛ لأن الصريح يفوقها.

ومنها: ما لو عقد على أختين متعاقبة، ونسي عقد الأولى منهما، ثم دخل على إحداها، اعتبر دخوله بها بياناً؛ لكونها هي السابق نكاحها، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك، إذ الدلالة لا تعارض التصريح.

ومنها: ما لو تنازع رجلان في امرأة، فكل منهما يدعي أنها زوجته، وأقاما بينتين على ذلك، ولم يبيننا تاريخاً للنكاح، فإنه ينظر، فإن لم يكن دخل بها أو نقلها إلى منزل أحدهما فإنه تُرد البينتان لعدم إمكان الاشتراك في النكاح، ويحكم بنكاحها لمن تصدقه هي منهما، وإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها ترجح بينته، ولا يُلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر؛ لأن تمكنه من نقلها ولأن الدخول بها هو دلالة على سبق عقده، إلا إذا برهن الآخر على أنه تزوجها قبله، فيكون حينئذ هو الأولى بها؛ لأن الصريح يفوق الدلالة.

وهذا ليس على إطلاقه، فالتصريح إنما يقدم ويكون معتبراً، إذا لم يحجى بعد أن تعمل الدلالة عملها، فإن عملت الدلالة عملها فإن الدلالة تعتبر دون التصريح.

ومثال ذلك: أن القيام من مجلس العقد دليل الرجوع، فيبطل الإيجاب بقيام أيهما عن المجلس قبل القبول، فلو قال بعد القيام: قبلت، فقد وُجد التصريح، ولكنه لم يعتبر؛ لأنه إنما وجد بعد الدلالة، وبعد أن عملت عملها؛ ولذلك لم يعارضها.

وقد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من الصريح، ويثبت بها ما لا يثبت به، وذلك في مسألة واحدة، وهي ما نصوا عليه من أن الحاكم ليس له أن يستنوب آخر عنه إلا إذا كان مفوضاً له بالاستنابة صريحاً، كـ "ول من شئت" ونحوه، أو كان مفوضاً له دلالة كـ "جعلناك قاضي القضاة"؛ فإذا كان التفويض له صريحاً بما ذكر، فإنه يملك الاستنابة ولا يملك عزل النائب؛ أما إذا كان التفويض له دلالة، فإنه يملك الاستنابة والعزل، فقد عملت الدلالة هنا ما لا يعمل عليه الصريح، ويثبت بها ما لم يثبت به.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من قاعدة: أنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح مسائل:

منها: ما لو اشترى شيئاً، ثم اطلع على عيب فيه فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب، ويصرح بعدم الرضا به، فإنه يلزمه المبيع، ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا.

ومنها: ما لو بنى المتولي أو غرس في عقار الوقف، ولم يشهد أنه لنفسه، ثم اختلف مع المستحقين، فقال: فعلته لنفسي، وقالوا: بل للوقف، فالقول قولهم؛ ترجيحاً للدلالة، بكونه متولياً، وبنائه وغرسه لنفسه غير جائز، ويعد خيانة منه، والأصل عدمه. فالدلالة هنا قامت مقام البيّنة، وقُدمت على تصريحه بأنه فعل ذلك لنفسه.

ومنها: ما لو اشترى إنسان حيواناً، ثم قال لمن يساومه عليه: اشتره فلا عيب به، ولم يتفق بينهما البيع، ثم وجد به عيب، فله رده على بائعه، ولا يمنعه إقراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيه؛ لأن كلامه ذلك مجاز عن الترويج، ولظهور أنه لا يخلو عن عيب، فيتيقن بأن ظاهر إقراره غير وارد، إلا إذا كان عين نوع العيب، فقال: لا شلل به، أو لا عور مثلاً، فإنه لا يرده بعد ذلك بهذا العيب الذي نفاه؛ لأنه يحيط العلم به فيعتبر إقراره، ويحكم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعدمه.

قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول

لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.

أ. معنى هذه القاعدة:

أنه لا ينسب إلى ساكت قادر على التكلم، أنه قال: كذا، لكن السكوت من القادر على التكلم فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

وهذا ما سوف يتضح من خلال عرض المسائل والفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة، وبيانها كالآتي:

ب. فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة جملة من المسائل، وهي: ما لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت، لا يكون سكوته إجازة على هذا البيع، بخلاف ما لو قبضه المشتري بعد ذلك بحضوره وهو ساكت، فإنه يكون إجازة.

ومنها: ما لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت، لا يكون سكوته إذناً بالتجارة، ولو لم يكن لهما علم بذلك.

ومنها: ما لو رأى غيره يتلف ماله فسكت، لا يكون سكوته إذناً.

ومنها: ما لو تزوجت المرأة غير كفء فسكت وليها عن طلب التفريق، لا يكون سكوته رضئاً على ظاهر المذهب الحنفي، ما لم تلد، فإذا ولدت فليس للولي التفريق؛ حفظاً للولد عن التشيت من الزوج، ولكن روى الحسن عن أبي حنيفة: أن العقد لا يجوز، وعلى روايته الفتوى.

ومنها: ما لو سكتت زوجة العنين لا يكون سكوتها رضئاً، ولو أقامت معه سنين؛ وهذا بيان للمقطع الأول من قاعدة: لا ينسب إلى ساكت قول.

أما المقطع الثاني منها: وهو قوله: لكن السكوت في معرض الحاجة بيان فمعناه: أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان، وتطبيق ذلك يظهر فيما يتفرع على دلالة حال المتكلم من مسائل، ومنها على سبيل المثال:

ما لو باع شيئاً فاسداً وسلّمه للمشتري، ثم عيّب البائع المبيع، يفسخ العقد، ويصير بتعيبه له مسترداً، حتى لو هلك عند المشتري من غير أن يمنعه على البائع

هلك على البائع ؛ لأنَّ العقد الفاسد معصية يجب على كل من المتعاقدين رفعها بالفسخ ، فاللائق بحال البائع أن يكون ساعياً وراء رفعها ، فاعتُبر فعله - التعيين - استيلاء على المبيع ، واختياراً لفسخ العقد ، ورفعاً للمعصية ، فإن المبيع إذا وصل إلى البائع من جهة المشتري بأي وجه كان يعتبر فسخاً .

ومنها : سكوت البكر عند استثمار وليها لها قبل التزويج ، وكذلك سكوتها إذا بلغها النكاح بعد ما زوجها ، وسكوتها عند بلوغها بكرة عالمة بتزويجها لها ، فإن سكوتها في كل ذلك كصریح القول ؛ لأنَّ حالتها - وهي استحيائها عن إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها - تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ، ولا حياء يمنعها بيان وإفصاح .

ففي الأولى : يكون العقد لازماً . وفي الثانية : ينبرم ، ويلزم بعد وجوده موقوفاً . وفي الثالثة : يسقط خيارها .

ومنها : لو اشترى رجل سلعة من فضولي ، والفضولي : هو من يبيع متاع غيره ، وليس مالكاً ولا ولياً ، ولا وكيلًا ، وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة ، فسكت صاحب السلعة يكون رضی بعقد البيع .

ومنها : ما لو سئل عن مجهول النسب : هل هو ابنه ؟ فأشار بالإقرار به ، ثبت نسبه ؛ لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب ، وتمكنه من النفي يقوم مقام القول .

ومنها : إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة والأب يعلم ذلك ، وهو ساكت ، فليس للأب أن يسترده من ابنته .

ومنها : إنفاق الأم في جهاز بنتها من مال الأب ما هو معتاد والأب ساكت ، يكون إذناً منه ، ولا تضمن الأم .

٢. قاعدة "لا عبرة بالتوهم" :

أ. معنى هذه القاعدة :

أنَّ التوهم لا يكثر به ، ولا يُبنى عليه حكمٌ شرعيٌّ ؛ بل يعمل بالثابت قطعاً ، أو ظاهراً دونه ؛ لأنَّ الثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم بخلاف المتوقع ، فإنه كثير الوقوع ، فيعمل بتأخير الحكم ؛ ولهذا جَوَّزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب ؛ لأن الصلح بين الأقارب أمر متوقع كثيرٌ ، ويقع كثيراً.

وهذه القاعدة ليست كفائدة : لا عبرة بالظن البين خطؤه ، فإن الظن أقوى من الوهم ، فالتوهم : إدراك الطرف المرجوح ، والظن : إدراك الطرف الراجح ، ولكن يمكن أن يقال : إن حكم قاعدة : لا عبرة بالتوهم ، يفهم بالأولى من قاعدة : لا عبرة بالظن البين خطؤه ، ولكن هذا الفهم خاطئ ؛ لأن قاعدة : لا عبرة بالظن البين خطؤه لا يعمل فيها بالظن ، بعد أن تبين خطؤه تماماً ، فحينئذ يكون في درجة أقل من التوهم أصلاً ؛ لأن التوهم قد يصبح حقيقة ، بخلاف الظن الذي تبين خطؤه.

ويفهم من قاعدة : لا عبرة بالتوهم : أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم ، فكذلك لا يجوز تأخير الشيء الثابت أصلاً بصورة قطعية بحدوث وهم طارئ.

ب. فروع هذه القاعدة :

فروع هذه القاعدة كثيرة ، يتفرع على هذه القاعدة مسائل ، ومنها :

لو أثبت الورثة إرثهم للميت بشهود ، وقالوا : لا يوجد ورثة غيرنا للميت بشهادة الشهود ، فإنه يقضى لهم بالإرث ، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم في الميراث ؛ لأن ذلك أمر موهوم ، ولا عبرة به.

ومنها: ما لو توفي المفلس، فإنه تباع أمواله وتقسم بين الغرماء، وإن توهم ظهور غريم آخر جديد، والواجب للمحافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم التركة، ولكن لما كان لا اعتبار للتوهم فإنهم يقسمون التركة على الغرماء، وإن ظهر غريم آخر جديد يأخذ حقه منهم، حسب الأصول المشروعة.

ومنها: أنه إذا بيعت الدار وكان لها جاران، لكل واحد منهما حق الشفعة، وأحدهما غائب، وادعى الشفيع الحاضر بالشفعة، يحكم له بالشفعة، ولا يجوز تأخير الحكم بدعوى أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة.

ومنها: إذا ولدت المرأة فظهرت قبل الأربعين اغتسلت وصَلَّت بناءً على الظاهر؛ لأن معاودة الدم أمرٌ موهوم، فلا يترك المعلوم، وهو الطهارة بالموهوم.

ومنها: إذا جرح شخص شخصاً آخر، ثم شفي المجرع من جرحه تماماً وعاش مدة، ثم توفي، فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح، لا تسمع دعواهم؛ لأنه لا عبرة بالتوهم.

وكذلك يكتفى في تعريف الشاهد - إن كان غائباً على مجلس الحكم - بذكر اسمه، واسم أبيه، وجده، واحتمال مشاركة سواه له في اسمه، واسم أبيه، وجده، مجرد توهم لا عبرة به.

ومنها: ما لو دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام.

ومنها: كذلك لو ادعى ثمنين أو ثلاثة، أو ثلاثة أثمان بسبب بيع هذا الشيء منه لا يجب إلا ثمن واحد، وإن احتمل أنه باع ثم اشترى ثم باع فإنه لا يعتبر هذا الاحتمال.

ومنها كذلك: لو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره، فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامته - أي: فوق قامة الرجل - فله ذلك، وليس لجاره أن يمنعه عن فتحها بحجة أنه قد يُطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء؛ لأن هذا أمر موهوم.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة فروع ومسائل، ومن هذه الفروع:

لو انهدم بعض الدار المستأجرة فإن الإجارة لا تنفسخ؛ بل يثبت للمستأجر الخيار، ولو أصلح المؤجر الدار قبل مضي زمن سير، لا أجر له، فلا خيار للمستأجر أيضاً، ولو انهدمت الدار كلها قبل تسليمها للمستأجر فإن الإجارة تبطل؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فوجب فسخ العقد.

لكن لو انهدمت الدار كلها بعد تسليمها للمستأجر، فقد اختلف الفقهاء: هل يبطل العقد ويجب الفسخ، أو لا يبطل عقد الإجارة؟

فذهب بعض الفقهاء، ومنهم محمد بن الحسن من الحنفية، ورواية للحنابلة، وبه قال الزيدية، والإمامية، بأن: الإجارة لا تنفسخ، وإنما يثبت للمستأجر حق الفسخ، فإن شاء فسخ، وإن شاء لا يفسخ؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت، لأن الانتفاع بعمره الدار ممكن بدون البناء، إلا أنه ناقص، فصار كالعيب فيستحق الفسخ، فالمنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها، فأشبه هروب الدابة قبل تسليمها للمشتري، فإن البيع لا يفسخ لتصور عودة الدابة مرة ثانية، فتوهم الفائدة بإعادة البناء ثابت، فلذلك لا تنفسخ الإجارة، وإنما يثبت للمستأجر الخيار فقط، إن شاء فسخ، وإن شاء أمضى العقد.

وبناءً على هذا المذهب تكون الصورة استثناءً من قاعدة، إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه؛ لأن الأجرة قد سقطت، ومع هذا لم يفسخ العقد، وهي أيضاً مستثناة من قاعدة: لا عبرة بالتوهم، حيث إن مبرر عدم الفسخ في الإجارة هو توهم الفائدة بإعادة البناء مرة أخرى، ولكن الراجح فسخ الإجارة لفوات المنفعة. ومنها: أن المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك، ثم أراد استرداده لم يملك ذلك، أي: لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع، فقد منعه من استرداد الثمن، مع أن الإجارة موهومة الحصول. ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة: أنه لو استأجر زوجته التي طلقته منه طلاقاً بائناً لإرضاع ولده منها، ثم تزوجها لا تبطل الإجارة.

قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" والقواعد المندرجة معها (٣) وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" والقواعد المندرجة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وقاعدة "امتنع عادة كالممتنع حقيقة" ١٤٥
- العنصر الثاني :** قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" ١٥٨
- العنصر الثالث :** قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وقاعدة "الضرر يزال" ١٦٠
- العنصر الرابع :** قاعدة "الضرر لا يزال بثله"، وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" ١٧٣

قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه"، وقاعدة "المتنع عادة كالممتنع حقيقة"

١. قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه":

أ. معنى هذه القاعدة:

أنه لا اعتداد للظن البين خطؤه، فإذا حدث فعل استناداً على ظنٍّ تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره؛ لأنه لا عبرة به شرعاً، وما لا عبرة به شرعاً لا يثبت الحكم عليه؛ بل يُلغى هذا الحكم ويُجعل كأنه لم يكن، سواءً أكان الخطأ ظاهراً أو مبنياً للحال، أو كان خفياً ثم ظهر بعد ذلك.

ويفهم من هذه القاعدة: أنه إذا تعارض الظن الذي هو إدراك الطرف الراجح مع الواقع لا يعتد بالظن؛ لأنَّه لا عبرة بالظن.

ويؤخذ من هذا: أنَّ الاعتبار والاعتداد، وهو إعطاء الأمر قيمة، وتستعمل أيضاً قاعدة "لا عبرة بالظن" بمعنى: الاتعاض.

ومن العبرة بمعنى: الاعتبار قول الفقهاء: لا اعتبار في تقدّم المأموم على الإمام. أي: إنه إذا تقدم المأموم على الإمام، فلا يُعتد بهذا الفعل، وإنه يلغى؛ لأنَّه مخالف لما ثبت شرعاً.

ومن العبرة بمعنى الاتعاض قولهم: لا عبرة بعبرة معتبر، إذا لم يكن غير معتبر.

ومن المناسب في هذا المقام أن نبين الفرق ما بين الظن، وما بين الوهم، وما بين الشك، فنقول:

الظن هو: إدراك الطرف الراجح، ويقابله الوهم.

وأما الوهم فهو: إدراك الطرف المرجوح.

وأما الشك فهو: تساوي الطرفين، ولا رجحان لأحدهما على الآخر.

وإذا كان الظن المبني على خطأ غير معتبر شرعاً، فمن باب أولى ما كان أقل من الظن، فلا عبرة به، وإذن فلا عبرة بالشك أو التوهم، وَمِنْ ثَمَّ فلا يثبت حكم شرعي استناداً على شك أو وهم؛ إذ لا يترك الأمر الثابت بيقين بصورة قطعية بوهم أو شك أو تردد، وهذا هو فرق ما بين الظن والوهم والشك، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، وَمِنْ ثَمَّ فلا عبرة بالشك، ولا عبرة بالوهم.

ب. دليل هذه القاعدة:

إنَّ هذه القاعدة بديهية يدركها العقل، فلا تحتاج إلى دليل، ولا إلى برهان، وَمِنْ ثَمَّ فإن فروع هذه القاعدة تعتبر دليلاً عليها عند عدم وجود الدليل؛ لأنها عبارة عن تطبيقات القاعدة الشرعية، وهي دليل على القاعدة.

ج. بيان فروع هذه القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها فروع كثيرة، ومن أهمها:

الفرع الأول: إذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر الوقت في الواجب الموسع، والواجب الموسع هو الذي يكون وقت العبادة فيه أزيد، بحيث يسع فعلها مراراً ويسمى الإيجاب المتعلق بهذا الفعل بالوجوب الموسع، فإذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر الوقت في صلاة الظهر، أو في صلاة العصر، أو في صلاة المغرب، أو في صلاة العشاء، أو في صلاة الفجر؛ بأن كان مريضاً، ويغلب على ظنه أن هذا هو مرض الموت، وأن الموت قريبٌ منه، أو كان الشخص ينتظر تنفيذ حكم

بالإعدام، ويغلب على ظنه أن ينفذ فيه الحكم بغتة، فإن هذا الشخص قد تضيق عليه الوقت في الصلوات الخمس، ويجب عليه فعل الواجب فيما ظن البقاء فيه، فلو لم يفعل ذلك ثم عاش وفعل، فهو أداء - على الأصح من مذهب الإمام الشافعي - لأنه ظن تبين خطؤه، فلا يعتد به، ولا يحاسب عليه.

ثم إنه إذا وقع الصلاة في وقتها المقدر لها شرعاً، فإنها وقعت في وقتها أداءً، وهذا هو الرأي الراجح، ويقابل الأصح: يعتبر قضاء، وهذا هو الرأي الثاني، الذي يقابل الرأي الأصح؛ لأنَّ الوقت قد تضيق عليه بحسب ظنه، فيلزمه أن يوقعه في الوقت الذي ظن أنه لا يعيش بعده، وعليه فيكون الظن معتبراً، ولا يكون الفرع من القاعدة؛ بل هو مستثنى من القاعدة، وأخذ حكماً يخالف حكم القاعدة، هذا هو الرأي الثاني، الذي خرج عن القاعدة، وأخذ حكماً غيرها.

وكما هو معلوم أن الصلاة لها وقت أداء، ووقت قضاء؛ فما هو وقت الأداء؟ وما وقت القضاء؟

وقت الأداء هو فعل المكلف العبادة كلها أو بعضها في أي جزء من أجزاء الوقت المقدر لها شرعاً، ولم تُسبقْ بإتيان مشتمل على نوع من الخلل - أي: بأن يكون قد أداها صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها كاملة - وأما وقت القضاء، فهو فعل العبادة بعد وقتها المقدر لها شرعاً، والواجب الموسع أنواع نبينه.

وقد وصلنا في الحديث إلى الواجب الموسع، وقلنا: إن الواجب الموسع أنواع قد يكون الوقت فيه معلوماً بأن يكون محدد الطرفين، وله مبدأ، وله نهاية، وذلك كالصلوات الخمس، وقد يكون غير معلوم كالحج، وقضاء الفوائت لعذر من الأعذار، فإنَّ الشارع قد جعل العمر كله وقتاً للحج وقضاء ما فات من الواجبات لعذرٍ أو لغير عذر، والعمر غير معلوم النهاية.

ومثل هذا ما لو ظنت المرأة أنها ستلد، وكانت حاملاً أو أنها تحيض، أو رجلٌ اعتاد أن تأتيه حمى الملاريا في أي وقت، فإنَّ مثل هذا الشخص يتضيق عليه الوقت، ويجب عليه أداء العبادة قبل الزمن الذي يظن فيه الفوات، فإذا أحر وفات وقت الفعل لهذه العبادة ولم يؤدها كان آثماً، وإن تخلف ظنه وأتى بالفعل كان هذا الفعل أداءً على رأي الغزالي، وهو الصحيح؛ لأنه وقع في وقته المحدد له شرعاً، وهو آثمٌ لمخالفته ما أمر الشارع به، وهو العمل بمقتضى ظنه، ونظيره ما لو نام الشخص عن الصلاة، فعند الجمهور تكون الصلاة التي فات وقتها بسبب النوم قضاءً؛ لخروج الوقت الذي يرتبط به الواجب بالنوم.

ولكن: هل جميع الوقت وقت للوجوب؟

قال الجمهور: جميع الوقت وقت للأداء، ففي أي وقت أوقع الصلاة فيه فهي أداء؛ لأنَّ الإيجاب قد تعلق بالوقت من أوله إلى نهايته، ولكن المكلف مخيرٌ في إيقاع الفعل في أي جزء من الوقت، ولا يُكَلَّفُ بالعزم على الفعل في الجزء الذي لم يفعل فيه، وإذا أتى بالفعل في أي جزء من أجزاء الوقت كان الفعل أداءً.

واستدلوا على ذلك بأن الله تعالى لما فرض الصلاة أرسل جبريل # ليعلم النبي ﷺ الصلاة، وصلى به أول يوم الصلاة في أول وقتها، ثم صلى به في اليوم الثاني الصلاة في آخر وقتها، ثم أعلم النبي ﷺ وقال: "هذا وقت الصلاة، والوقت ما بين هذين هو وقت للصلاة".

"الوقت ما بين هذين" فدلَّ على أنَّ هذا الحديث يبيِّن وقت الصلاة، وأن الخطاب المتعلق بالصلاة يقتضي إيقاعها في أي جزء من أجزاء الوقت من غير بدل، وأوَّلُ الوقت أحقُّ بالأداء من غيره؛ لما فيه من المبادرة إلى الطاعة، لقوله ﷺ: ((الصَّلَاةُ في أول الوقت رضوان الله، وفي آخره عفو الله)).

وقال الحنفية: إِنَّ الْإِجَابَ يَقْتَضِي إِيقَاعَ الْفِعْلِ فِي الْجُزْءِ الْأَخِيرِ مِنْ أَجْزَاءِ الْوَقْتِ، فَإِذَا أَوْقَعَهُ الْمَكْلَفُ فِي غَيْرِهِ، كَانَ هَذَا الْفِعْلُ تَعَجِيلًا.

ومنهم من قال: إن سبب الوجوب هو الوقت الذي يليه أداء الفعل، وهذا ظاهر في أن أي جزء منه صالح لأداء الفعل فيه، فإذا لم يفعل حتى بقي من الوقت مقدار يسع الفعل، تعين هذا الوقت للأداء، وكان سبباً لوجوب الصلاة في هذا الوقت الذي جاء في هذا الوقت، وهذا لا يخالف مذهب الجمهور من الفقهاء والمتكلمين.

الفرع الثاني: وهو ظن أنه متطهر فأدى الصلاة، فإذا ظن المكلف أنه متطهر، وأدى الصلاة، ثم تبين له أنه محدث؛ لم تصح صلاته، ويجب عليه إعادة الصلاة؛ لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، والظن هو الطهارة، والواقع هو عدم الطهارة، فإذا صلى ثم بان حدثه فيجب عليه إعادة الصلاة؛ سواء كان الحدث أكبر أو أصغر؛ لأن الظن لا يغني شيئاً. ولأنه ظن تبين خطؤه فيلغى.

الفرع الثالث: وهو أنه ظن دخول الوقت فصلى.

فإذا ظن دخول الوقت فصلى، ثم بان له أن الوقت لم يدخل، فيجب عليه إعادة الصلاة؛ لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، والظن: هو دخول الوقت، والواقع: عدم دخول الوقت، ودخول الوقت شرط من شروط صحة الصلاة، فإذا وقعت الصلاة قبل وقتها فلا تجزئ؛ لأن الوقت مأخوذ من التوقيت وهو التحديد، والمراد به وقت الصلاة المكتوبة خاصة.

وأجمع المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاً مخصوصة محددة، لا تجزئ قبله ولا بعده، قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣].

وقال عمر بن الخطاب < : " الصلاة لها وقت شرطه الله لها ، لا تصح إلا به " .

الفرع الرابع : وهو ظن طهارة الماء فتوضأ به .

فإذا ظن شخص طهارة ماء فتوضأ به ، ثم بان نجاسته فإنه يجب عليه إعادة الوضوء ، إذا لم يصل به ، فإن صلى به أعاد الوضوء والصلاة معاً ؛ لأنه ظن تعارض مع واقع ، ولا عبرة بالظن البين خطؤه ، والظن الخاطئ هو طهارة الماء ، والواقع : هو عدم طهارته ، لأنه ثبت أنه نجس ، ولا عبرة بالظن البين خطؤه ، حيث قام الدليل على نجاسته ، فيلغي الظن ، ويثبت اليقين .

الفرع الخامس : وهو أنه ظن أن إمامه مسلم أو رجل قارئ : فلو ظن شخص أن إمامه مسلم أو ظن أنه رجل ، أو أنه قارئ ، فبان كافراً أو امرأة أو أمية ، وجب عليه إعادة الصلاة في هذه الصور كلها ؛ لأنه تعارض ظن وواقع ، ولا عبرة بالظن البين خطؤه ؛ لأن من شروط صحة الصلاة : الإسلام ، والذكورة شرط لصحة الإمامة ، إذا كان المؤتم به رجلاً ، والقراءة شرط لصحة الاقتداء ، فإذا اقتدى قارئ بأمي ، وهو من لا يحسن الفاتحة لم تصح صلاته ؛ لأن الفاتحة ركن في الصلاة ، فلم تصح صلاته في هذه الصورة ؛ لأنه كان ينبغي عليه أن يتحرى ، وأن يعرف أن إمامه ممن توافر فيه شروط الإمامة ، ومنها : الذكورة ، والإسلام ، والقراءة ، فإذا قصر في ذلك فلا تصح صلاته .

الفرع السادس : وهو ظن بقاء الليل : فإن المسلم إذا ظن بقاء الليل ، فأكل ، ثم تبين خلافه فصومه غير صحيح ، ولا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، والكفارات كالحدود ؛ لأنها عقوبة فتدراً بالشبهة ، وإنما وجب عليه القضاء لقوله تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ رَأَيْتُمْ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ هُنَّ لِيَّاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَّاسٌ لَهُنَّ ۚ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ ۚ فَالْآنَ بَشِّرُوهُمْ وَأَبْغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ۚ

وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبْشَرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنْكُمُوهُنَّ فِي الْمَسْجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ﴿البقرة: ١٨٧﴾

وكذلك إذا ظن غروب الشمس فأكل، ثم بان خلافه فصومه غير صحيح، ويجب عليه الإعادة؛ لأنه لم يتم صومه، والله تعالى أمره بإتمام الصوم، ولكن لا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل والشرب، خلافاً للشافعية ومن وافقهم، فإنهم يرون: أنه لا كفارة إلا بالجماع؛ لأنه لم يرد به نص؛ ولأن الأصل براءة الذمة، فلا يثبت شغلها إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس، ولم يوجد واحد منهما، وإنما ورد النص، وثبت الإجماع في الجماع في نهار رمضان، فلا كفارة بمباشرة أو قبلة أو نحوهما مع الإنزال وفاقاً، ولا بالجماع في قضائه، أو نذر أو كفارة؛ لأن الكفارة في رمضان إنما هي لهتك حرمة شهر رمضان، وغيره لا يساويه؛ لاحترامه وتعيينه للعبادة، فلا يقاس عليه غيره.

الفرع السابع: وهو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها، فإذا دفع شخص زكاة ماله إلى من يظن أنه من أهل الزكاة فبان خلافه، فيجب عليه أن يخرج غيرها؛ لأنها لم تقع موقعها الصحيح؛ لأنه ليس من الأصناف الثمانية المذكورين في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠].

فقد تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، فالظن: أنه من أهلها، والواقع: أنه ليس من أهلها فيبقى الواجب في ذمته حتى يجد مستحقاً له فيدفعه إليه، وله أن يسترد ما دفعه من غير المستحق، إن شاء، وهذا عند الشافعية.

وعند أبي حنيفة : لو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ثم بان خلافه تجزؤه اكتفاءً بظنه ؛ لأن الدفع بالظن عنده في الزكاة قائم مقام اليقين خلافاً لأبي يوسف ، فإنه مع الشافعية .

والقول الأول هو الصحيح ، فلا يجوز صرف شيء من الزكاة إلى غير أهلها ، ومن قال بغير ذلك فلا يلتفت إلى قوله ؛ لأنه يخالف النص القرآني ، ولما أخرجه أبو داود عن زياد بن الحارث مرفوعاً : ((أن الله تعالى لم يرض بحكم نبي ، ولا غيره في الصدقات ، حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء - وقال للسائل : إن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك)).

الفرع الثامن : لو رأوا سواداً فظنوه عدوًّا ، فإذا رأى المسلمون المرابطون للجهاد سواداً فظنوه عدوًّا فصلوا صلاة شدة الخوف - على أي كيفية من الكيفيات التي ذكرها الفقهاء ، ووردت بها النصوص في الكتاب والسنة - بناءً على ظن أن هذا السواد إنما هو عدو ، ثم بان ذلك أنه ليس بعدو ، فيجب إعادة الصلاة ؛ لأنه تعارض ظن وواقع ، ولا عبرة بالظن البين خطؤه ، فالظن هو أن السواد عدو ، والواقع عدم ذلك .

وأيضاً لو بان أن هناك خندقاً بيننا وبين العدو ، فيجب إعادة الصلاة ؛ لتعارض الظن مع الواقع ، وهذا هو أظهر القولين عند الإمام الشافعي ، ومقابل الأظهر : أنه لا إعادة للصلاة ؛ لأن وقت الصلاة كان في وقت الخوف ، والخوف قائم ، والأظهر هو أقوى ؛ لأن الخوف كان ناتجاً عن ظن أن السواد عدو ، ثم بان خلافه ، ولا عبرة بالظن البين خطؤه ، وعليه يكون الفرع داخلاً تحت القاعدة .

الفرع التاسع : وهو إذا استتاب من يحج عنه ظاناً أنه لا يرجى برؤه ، وصورة هذا الفرع أن إنساناً يستطيع أداء الحج مالياً ، ولكنه عاجز عن أداء الحج جسمانياً ،

فيجوز له أن ينيب عنه غيره في أداء الحج ؛ بل يلزمه أن يقيم من يحج ، ويعتمر عنه باتفاق أهل العلم.

فإذا أناب غيره ليحج عنه على ظن أنه لن يشفى من مرضه ، ثم بان خلافه ، وبان خلاف ظنه ، فقد وجد نفسه قد عوفي ، وأنه يقدر على أداء الحج ، وكان ذلك بعد الإحرام أو بعد أداء الفريضة ، ففي هذه الحالة عليه أن يحج عن نفسه ، ولا عبرة بالحج الذي أداه عنه الغير ؛ لأنه مبنيٌّ على ظنٍّ تبين خطؤه ، وهذا هو قول الجمهور.

ولكن رجح ابن نصر الله وقوعه عن المستنيب ، ومفهوم عبارته : أنه لو عوفي بعد الإحرام أجزأه ، ولو كان قبل الميقات.

والذي نرجحه : أنه لا يجزئه الذي أداه ؛ لأنه مبني على ظن تبين خطؤه ، فلا عبرة به ؛ حيث تبين أن مرضه لم يكن ميئوساً منه.

الفرع العاشر: وهو أنه أنفق على زوجه البائن ، ظاناً أنها حامل ، فالمطلقة : إما أن تكون حاملاً أو حائلاً ، وإما أن يكون طلاقها رجعيّاً أو بائناً ، فالمطلقة رجعيّاً لها ما للزوجات من النفقات ما عدا أدوات الزينة ، فلا تجب على الزوج عند من يقول بأن الرجعة لا تصح إلا بالقول ، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة ، وأما المطلقة بائناً ، فإذا كانت حاملاً فلها السكنى فقط ؛ محافظة لها على ماء وجهها ، وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى ، لقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُونَهَا مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَنْتُمْ يُنْكِرُ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَى ﴾ [الطلاق: ٥] ، فلو أنفق على البائن ظاناً حملها فبانت حائلاً استرد ما أنفق لأنه لا يجب عليه الإنفاق ، ما دامت حائلاً ، ولأن هذا تضييع للمال ، والإنسان

يجب عليه أن يحافظ على ماله، وإلا كان آثماً في حق نفسه، وفي حق ورثته، فقد تعارض ظن وواقع، فالظن أنها حامل والواقع أنها ليست بحامل، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الحادي عشر: وهو أنه إذا ظن أن عليه ديناً فأداه، ثم بان خلافه، فإنه يسترد ما دفعه؛ لأن ذمته غير مشغولة، وأن الذي أخذ المال أخذه بغير حق فوجب عليه رده؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل.

وكذلك لو أنفق على شخص ممن تجب عليه نفقته كأبيه أو جده أو فرعه على ظن إعساره، ثم بان يساره فإنه يسترد ما أنفقته إذا أراد؛ لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الثاني عشر: وهو أنه سرق دنائير يظنها فلوساً، فإذا سرق إنسان دنائير يظنها فلوساً، وجب إقامة حد السرقة عليه، وهو القطع؛ لأنه أخذ المال من حرزه المعد له شرعاً، وبلغ هذا المال نصائباً، وهنا قد تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، فالظن الخاطئ هو ظنها فلوساً، والواقع أنها دنائير.

وذلك بخلاف ما لو سرق مالاً يظنه ملكه، أو ملك أبيه، فلا قطع لوجود شبهة المحل، والحدود تدرأ بالشبهات، ومثل هذا لو وطئ امرأة يظنها زوجته، فلا حد؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والاشتباه هنا قائم بالفاعل، والفرق بين السرقة في الحالين، أنه في الحالة الأولى: أخذ ملك الغير، وأما في الحالة الثانية: أخذ ملك نفسه، ومن أخذ ماله لم يأتهم.

الفرع الثالث عشر: وهو أنه شخص يشتري من تاجر بضائع، ويقيد التاجر ما يشتريه الرجل بدفتره، وأراد المشتري دفع ثمن ما أخذه، فطلب من التاجر أن يجمع ثمن ما أخذه من التاجر، فغلط التاجر، فبدلاً من أن يطلب ألفاً طلب

ألفين، ودفع المشتري الألفين، ثم بعد ذلك تبين له أن المطلوب منه ألف فقط، فيكون قد دفع الألف الثانية للتاجر على ظنٍّ تبين خطؤه، فله استرداده كذلك. كذلك لو أعطى شخص لآخر مبلغًا من المال ظانًّا بأن والده مدين له به، ثم تبين له أنه لم يكن مدينًا له، فيحق له استرداده لذلك المال؛ لأنه ظنٌّ تبين خطؤه، فلا عبرة به.

د. ما يستثنى من هذه القاعدة:

قال السيوطي: ويستثنى من القاعدة عدة صور خرجت عنها لعلة أخرى:

الصورة الأولى: لو صلى شخص خلف إمام يظنه متطهرًا، فبان أنه محدث صحت صلاته، وكان مقتضى القاعدة أن تبطل الصلاة؛ لأنها بنيت على ظن تبين خطؤه، ولكن استثنيت من هذه القاعدة، وصحت صلاته؛ لأننا لسنا مكلفين بأن نبحت عن طهارة الإمام، لأنه أمرٌ فيه مشقة، ومشقة بالغة، والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ١٧٨].

فالحدث مما يخفى، ولا يطلع عليه، أو لا يكاد يطلع عليه أحد - غالبًا - لأنه أمر اعتباري لا يدرك بالحواس، كما أنه ليست له أمارات تدل عليه، بخلاف الكفر، فله علامات تدل عليه، فلو صلى خلف كافر نسب التقصير إليه، وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة؛ لأننا اعتبرنا الظن، وألغينا الواقع.

الصورة الثانية: رأى المتيمم ركبًا فظن أن معهم ماءً فإنه يتوجب عليه أن يطلب الماء من الركب، وإن لم يكن معهم ماء، فإذا تيمم شخص لفقد الماء وأراد الصلاة، وقبل أن يدخل في الصلاة رأى جماعة مقبلين من بعيد، فظن أن معهم الماء، وجب عليه أن يطلب الماء منهم؛ لأن الله تعالى أمره بالطلب بقوله: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦].

ولا يقال للشخص غير واجد للماء إلا بعد طلبه من الركب، وإن لم يكن معهم ماء؛ لأن الآية الكريمة أوجبت الطلب، وكان مقتضى القاعدة عدم التوجه، ولا يجب عليه الطلب، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة؛ لأننا اعتبرنا الظن ولم نعتبر الواقع.

الصورة الثالثة: فهو أنه إذا خاطب امرأته بالطلاق، وهو يظنها أجنبية، نفذ طلاقه اعتباراً بالواقع؛ لأنه صادف الطلاق محله، والعبرة في العقود بما في الواقع، ونفس الأمر سواء كان الطلاق بالألفاظ الصريحة أو بالألفاظ الكناية، كقوله: أنت خالية أو الحقي بأهلك، فيقع الطلاق بألفاظ الكناية مع النية، وعليه يكون الفرع من القاعدة؛ لأننا ألغينا الظن، واعتبرنا الواقع فعد هذا الفرع من المستثنيات، وهذا محل نظر؛ لأنه لا استثناء هنا.

وقال بعض العلماء ينفذ الطلاق قضاءً لا ديانة، فيجوز له أن يطأها بينه وبين الله.

هناك صورة رابعة أضفناها إلى هذه الصور: وهي أنه من هذه الصور ما خرج عن هذه القاعدة، وهذه منها، وهي أنه لو اشترى منقولاً، فجاء آخر، وطالبه بالشفعة، وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له، وقبض منه الثمن، ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول فلا يملك استرداده، وانعقد بيعاً صحيحاً بالتعاطي.

٢. قاعدة "المتنع عادة كالمتنع حقيقة":

أ. معنى هذه القاعدة:

أن المتنع عادة كالمتنع حقيقة، فكما أن المتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به، ولا تقام البيئة عليه للتيقن بكذب مدعيه، كقول من لا يولد لمثله: هذا ابني.

فكذلك الممتنع عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على رجل آخر أموالاً جسيمة، لم يُعهد عنه أنه أصابها بإرث أو بغيره، فكما لا تسمع الدعوى السابقة، فلا تسمع هذه الدعوى؛ لأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة؛ لأن الكذب فيها ظاهر، وقوي فلا يعمل بها، ولا يترتب عليها ثبوت حق، وهذا أمر ظاهر، والحكم به صحيح، والحق أحق أن يتبع، ومن ثم تبطل الدعوى، وترد على مدعيها، ولا يلتفت إليها لا من قريب ولا من بعيد، لأنها مجانبة للواقع، وبعيدة عن الصواب، وليس بعد الحق إلا الضلال.

ب. فروع القاعدة:

فإنه مما لا ريب فيه أن هذه القاعدة لها فروع تدخل تحتها، ولها مسائل تدل عليها، وتوضح مدلولها، وهي كثيرة، ومبثوثة في أبواب الفقه الإسلامي على اتساعه واختلاف أبوابه، ونحن هنا نورد أهم هذه المسائل، وهذه التطبيقات.

ومنها أن يدعي المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما كدعوى القريب، أو أحد الزوجين ملك ما باعه، وسلمه الآخر باطلاعه أو أن له فيه خصومة. وكدعوى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه، أو أن له في حصة بعد ما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس، وكدعوى الولد الذي في عائلة أبيه، وفي صنعته، وصنعتهما واحدة، أن المال الذي تحت يد الوالد ملكه، وله فيه حصة، وكدعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة على الوقف يكذبه فيها الظاهر، فكل ذلك لا عبرة به؛ لأنه من الكذب المتواتر الذي لا تسمع به الدعوى، ولا تقام عليه البينة، وهناك تنبيه يجب التيقظ له، وهو أن الظاهر أن الممتنع حقيقة - كدعوى بنوة أو بنوة لمن لا يولد مثله - يستقل الحاكم برد الدعوى فيها بدون حاجة إلى سؤال الخصم، ويستبد به ولا حاجة أن

يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة، وأنها لا تُسمع؛ إذ لا فائدة في سؤاله عنها، لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره؛ لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته، ولا يتصور صحة ذلك، ويلحق به دعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو على اليتيم أو عقاره مبلغًا يكذبه فيه الظاهر، فإن الحاكم يستبد برد هذه الدعوى من غير أن يسأل الخصم عنها - إن كان هناك خصومة - ولا يُقبل قوله، ولا يمينه، إن كان ذلك أثناء محاسبته له؛ إذ لا فائدة في سؤال الخصم عنها؛ لأن السؤال إنما يكون رجاء الاعتراف، وهو لا يملك الاعتراف على الوقف أو اليتيم بذلك، فيردها بخلاف بقية المسائل المفرعة على القاعدة، فإن الظاهر أن الحاكم لا يردها ابتداءً بل يسأل الخصم عنها، فإذا دافع بأنها لا تمتنعها عادة ردها حينئذ وذلك لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم - والحالة هذه - نفذ عليه الحكم، خصوصاً أن في بعضها لا بد من إقامة المدعى عليه البينة على المدعي بما يفيد امتناع مدعاه عادة، كقرايته له، وإطلاعه على بيعه العيلة المدعى به، وكإطلاعه على الشراء، وعلى تصرف المشتري زماناً، وتصرف الملاك، وكون الولد في عائلة أبيه، وإن صنعتها واحدة، وكون المدعي معروفاً بالفقر، وإقامة البينة لا تكون إلا بعد سؤال الحاكم له عن الدعوى ومدافعتة بذلك.

قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

أ. معنى هذه القاعدة:

أن الضرر تجب إزالته؛ لأن الضرر ظلم وغدر، والواجب عدم إيقاعه؛ لأن الأضرار مرفوعة، ومزالة، ولا يحق أن تقع أصلاً، وَمِنْ ثَمَّ فلا يجوز - شرعاً - لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً، وهذه القاعدة هي لفظ حديث شريف حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما، عن أبي سعيد الخدري وابن عباس، وعبد الله بن الصامت { مسنداً، وإلى مالك في (الموطأ).

والضرر: ما قابل النفع، فكل ما ليس بنفع ضرر. والضرر يزال: جملة خبرية لفظاً، وإنشائية معنى؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المراد بها الإنشاء، أي: أن الأضرار يجب إزالتها؛ بل هي مزالة من الله ابتداءً ودواماً، وليس هناك تكليف فيه ضرر؛ لأنه مزال ومرفوع شرعاً، وكذلك الإنسان مكلف بأن يزيل الضرر عن نفسه؛ لأن نفسه ليست ملكاً له؛ بل هي مملوكة لله تعالى، لأنه خالقها وبارئها.

ولا يجوز لإنسان أن يلحق الضرر بغيره؛ لأنه ظلم والظلم حرام، وإقرار الظالم على ظلمه حرام، وممنوع، وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصراً على الأضرار الواقعة بالفعل؛ بل يشمل ما كان منها ابتداءً بعد تشريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفاً أو وضعياً، كما يشمل -أيضاً- الضرر الحاصل بسبب الأعذار الطارئة، وما كان بالتدارك -أي: بتشريع الأحكام التي يتدارك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث، ويدخل تحت هذه القاعدة قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" فهي قيد عليه، أي: أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق الضرر يزال، فشان هذه القاعدة معها كشأن الأخص مع الأعم.

ب. الأدلة على حجية قاعدة لا ضرر ولا ضرار:

ثبتت حجية هذه القاعدة بالأدلة النقلية والعقلية؛ أما الأدلة النقلية فهي من الكتاب والسنة والإجماع.

الأدلة من الكتاب:

أما الكتاب، فقد ورد فيه النهي عن الضرر في آيات كثيرة، منها قوله تعالى في شأن المطلقات: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّعَعْدُوْا﴾ [البقرة: ٢٣١].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقِهِنَّ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وقوله في شأن الوصية بالدين: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ 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، ومنعه، وإن من يستقرئ أحكام الشريعة في كل جزئياتها يدرك تماماً أن الشارع الحكيم قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر وأن هذه الجزئيات 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 بصورة وأشكال مختلفة مما يؤدي معنى الضرر، لهذا، فقد استدل الفخر الرازي على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦].

"قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وقاعدة "الضرر يزال"

١. "قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان":

معنى هذه القاعدة: أن الضرر يدفع بقدر الإمكان، فإن أمكن دفعه بالكلية فبها ونعمت، وإلا فبقدر ما يمكن، فإن كان مما يقابل بعوض جُبر به، فمن أتلّف مالاً لغيره، فلا يجوز له أن يقابل ذلك بإتلاف ماله؛ لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلّف، وكما لو عفا بعض أولياء القاتل عن القصاص، فإنّ القصاص ينقلب في حق الباقيين إلى الدية، وكما في المغصوب، فإنه يدفع لضرر برده إذا بقي عينه سليماً، فإن لم تبق عينه، أو بقيت، ولكن غير سليمة، بأن تعيبت. ففي الأول: يجبر الضرر برد مثله، أو

قيمته سواء كان عدم بقاءه حقيقياً، كالطعام إذا أكله الغاصب، أو حكماً، كما إذا كانت شاة مثلاً فذبحها، وطبخها أو حنطة، فطحنها، وفي الثاني: إن كان العيب فاحشاً، وهو ما فوت بعض المنفعة، فإذا كان المغصوب غير ربوي ينحصر أو يتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه، وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب، أو طرحه عليه، وتضمينه القيمة، وإن كان ربوياً يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان النقصان أو طرحه عليه وتضمينه مثله أو قيمته من خلاف جنسه، وإن كان غير فاحشٍ، وهو ما فوت الجودة، ونقص المالية كالحرق اليسير، فإنه جبر الضرر يتعلق بأخذه، وتضمين النقصان إلا في الربوي.

أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية، ولا جبره، فإنه يترك على حاله كما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه، ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد، ثم اطلع على عيب قديم فيه لا يرجع بنقصان العيب، أما إذا هلك في يده فإنه يرجع بنقصان العيب.

٢. قاعدة "الضرر يزال":

أ. معنى القاعدة:

إن هذه القاعدة هي نفسها قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ومعناها: أن الأضرار يجب إزالتها، وهي مزالة من الله ابتداءً ودواماً، وليس هناك تكليف فيه ضرر؛ لأنه مزال ومرفوع شرعاً.

والمراد أنه: لا يجوز الضرر والضرار في ديننا، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم. فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر، لا بنفسه، ولا بغيره؛ بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار. فالأضرار - ولو على سبيل المقابلة - لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً.

وقاعدة "الضرر يزال" لها ارتباط وثيق بقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، لأن المشقات أضرار، وقد رفعها الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ١٧٨]، وما لا حرج فيه لا ضرر فيه، وهذا بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع الله فيه القصاص، لأن الجنايات لا يقمعه إلا عقوبة من جنسها؛ فالذين يعيرون في إقامة الحدود، ويتهمون الشريعة بالعنف، وعدم الرحمة، وأنها لا تصلح للعصر الحديث. لم يفهم هؤلاء الحكمة من مشروعية الحدود، ولا من مشروعية القصاص في شريعة الإسلام، ولو فهموا ذلك لأدركوا أنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم، إقامة حد الزنا ضرر، ولكن عدم إقامته فيه ضرر أعظم، ألا وهو فساد الأمة، واختلاط الأنساب، لذلك يطبق حد الزنا.

وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ وَغَيْرَهَا مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهَا أَسَاسٌ لِمَنْعِ الْفِعْلِ الضَّارِّ، وَتَرْتَبُ نَتَائِجُهُ فِي التَّعْوِيزِ الْمَالِيِّ وَالْعُقُوبَةِ، كَمَا أَنَّهَا سَنَدٌ لِمَبْدَأِ الْإِسْتِصْلَاحِ فِي جَلْبِ الْمَصَالِحِ وَدَرْءِ الْمَفَاسِدِ، وَهِيَ عَمْدَةٌ؛ لِأَنَّ فَقَهَاءَ الشَّرِيعَةِ جَعَلُوا هَذِهِ الْقَاعِدَةَ عَدْتَهُمْ فِي تَقْرِيرِ الْأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ لِلْحَوَادِثِ، وَالنَّوَازِلِ الْكَثِيرَةِ الْمُسْتَجِدَّةِ.

ب. بيان الأدلة على حجية هذه القاعدة:

هذه القاعدة دلت عليها آيات كثيرة، ورد فيها النهي عن الضرر ومنعه، وأنه لا يجوز شرعاً في شأن المطلقات؛ فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْتَدُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١]. وقال في شأن الوصية: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍ﴾ [النساء: ١٢].

ودل على هذه القاعدة ما رواه ابن ماجه وغيره، من حديث ابن عباس، وحديث عبادة بن الصامت { أن رسول الله ﷺ قال: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)).

ومعنى الحديث: أنه ينبغي ألا يكون هناك ضرر من إنسان لنفسه، ولا لغيره ابتداءً، ولا يقابل الضرر بضرار لا ابتداءً ولا جزاءً، فالحديث يفيد نفي الضرر، ويفيد تحريم الضرر مطلقاً.

قال السيوطي: هذا الحديث أخرجه مالك في (الموطأ)، عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا، والحديث المرسل يحتج به على أرجح الأقوال عند أهل الأصول، فإذا أرسل الراوي الحديث، ولم يرفعه إلى رسول الله، وإنما أسنده إلى الصحابي، أو وقف الحديث مرة، ورفع أخرى، فلا يقدح ذلك في قبول روايته عند جمهور العلماء، لأن الرسول ﷺ شهد للقرون الثلاثة بالعدالة حيث قال: ((خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم))، وذلك مما يوجب صدقهم، والسبب تمسكهم بدينهم، فقبل خبرهم بذلك، والحديث المرسل نوعان: مرسل الصحابي، ومرسل التابعي.

وأما مرسل الصحابي كابن عباس وأمثاله، فهو في حكم الموصول؛ لأنهم إنما يروون عن الصحابة، وكلهم عدول.

وعلى ذلك فقول السيوطي: أخرجه الحاكم على ما في البخاري ومسلم، وقال عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا، ولم يذكر الصحابي، فإنه ما دام الحديث قد رواه التابعي مرسلًا - دون ذكر الصحابي - فلا يمكن أن يقول هذا الكلام من عند نفسه؛ بل لا بد أنه قاله عن أصل ثابت عنده، فيكون هذا الحديث مرفوعًا، وإن كان مرسلًا ولا يجوز الطعن فيه.

ج. بيان فروع القاعدة:

هذه القاعدة ينبنى عليها فروع كثيرة، وهذه الفروع ذكرها السيوطي، وبيانها كالآتي:

الفرع الأول: الرد بالعين، فإذا دلس البائع على المشتري بإخفاء العيب الموجود في السلعة عند التعاقد، فالشارع أجاز له الرد بالعيب؛ لأن المشتري قصد بالشراء السالم الذي تندفع به حاجته على التمام، فكان له حق الرد بالعيب إذا تحققت شروطه، وهي: أن يخفي البائع العيب، وألا يكون العيب ظاهراً وقت العقد، وألا يعلم به المشتري، وأن ترد به السلعة فور علمه بالعيب، وضابط العيب الذي ترد به السلعة: أن تنقص به عين المبيع أو منفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح على المشتري، أو تنقص به القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله، كما إذا ظهرت الدابة المشتراة عمياء، أو عرجاء، أو ظهر العقار وقفاً، أو ليتيم. ولكن إذا ظهر عند المشتري عيب جديد امتنع رد المبيع بالعيب القديم لتضرر البائع بالعيب الحادث، إلا أن يرضى أو يرضى المشتري بالعيب القديم، إذا كان على وفق ما يناسب مصلحته، ويحقق هدفه من غير ضرر ولا ضرار.

الفرع الثاني: خيار التغيرير، ومعنى التغيرير هو الخداع، وذلك بأن يخدع البائع المشتري، ويوهمه أن المبيع سليم فيقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع بخلافه، فإذا وقع التغيرير، وكان معه غبن فاحش، سواء كان التغيرير من البائع للمشتري أو من المشتري للبائع، أو كان من الدلال لأحدهما، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه، واسترداد ماله من المبيع أو من الثمن؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وهو مجمع على تحريمه، والغبن الفاحش الذي يكون بالتغيرير، ويترتب عليه الضمان، ويثبت به الخيار - هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة، فلو قوم أحدهم السلعة بمائة من الدولارات مثلاً، وقومها الثاني بخمسة وتسعين، وقومها الثالث بتسعين، فبيعها بين التسعين والمائة فيه غبن يسير، وبالتسعين فما دونها غبن فاحش للبائع، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشتري.

وقد حدد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش للتيسير في الفتوى والقضاء، والتطبيق بأنه ما بلغ خمس القيمة في العقار، وعشرها في الحيوان، ونصف العشر في العروض، وسائر المنقولات، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية.

الفرع الثالث: إفلاس المشتري، فإذا اشترى رجل سلعة، ثم ركبته الديون، وحجر القاضي عليه، فيرد المبيع للبائع، إذا كان بحاله لدفع الضرر عنه؛ لما رواه مسلم بسنده أن النبي ﷺ قال: **((إذا أفلس الرجل، ووجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها من الغرماء))**، متفق عليه، من حديث أبي هريرة، ومعظم اللفظ لمسلم من طريق بشير.

كما أن في الحجر عليه رفع للضرر عن الغرماء، إلا أن حق البائع مقدم عليهم، وكذلك إذا أعسر الزوج بالصدّاق قبل الدخول بالمعقود عليها فلها فسخ النكاح. أما بعد الدخول فلا يجوز لأنها سلمت نفسها برضاها، فيبقى الصّدّاق في ذمته إلى ميسرة، فإذا أيسر به وجب عليه أن يؤديه إليها، قال ﷺ: **((أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صدّاق زوجته))**، وقال ﷺ: **((أدوا العلائق، قيل: وما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون))**، وهذا بخلاف النفقة، فإذا أعسر الزوج بنفقة زوجته فلها طلب الفسخ؛ لأنّ الضرر يتجدد، وهو الأظهر، وقطع به الأكثرون، لقوله تعالى: **﴿فَإِمْسَاكُكُمْ مِّمَّكُمْ أَوْ تَرْجِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩]؛ ولخبر البيهقي - بإسناد صحيح - أن سعيد بن المسيب، سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله، فقال: يفرق بينهما، ولأنّ البدن لا يقوم بدون النفقة، ومقابل الأظهر المنع، وهو قول أبي حنيفة؛ لعموم قوله تعالى: **﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾** [البقرة: ٢٨٠].

الفرع الرابع: وهو القصاص، وهو أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، والنفس بالنفس، والعين بالعين، والجروح بالجروح؛ ويكون في العمد العدوان،

والقصاص شرع لدفع الضرر، ففي قتل القاتل مصلحة عامة؛ لأن مريد الجريمة إذا علم عقوبتها امتنع عنها، فبقيت حياته، وحياة غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

فالقصاص مصلحة عامة تحمي المجتمع من الجريمة، ويمنع استباحة القتل الذي يهدم حياة الناس ويعرضها للأخطار، ويقضي على هذه الظاهرة الخطيرة التي استشرت في العصر الحديث بسبب عدم تطبيق عقوبة القصاص، وهي ظاهرة الأخذ بالثأر، فكان تشريع القصاص من أجل إزالة الضرر، ومن أجل دفع الأخطار، والضرر يزال.

الفرع الخامس: الحدود، وهي: جمع حد، والحد لغة: المنع، والحاجز بين الشيئين.

وفي الشرع: عقوبة مقدرة وجبت على من ارتكب ما يوجبها. وشرعت الحدود باختلاف أنواعها لدفع الضرر، فحد الشرب، وحد السرقة، وحد الزنا، وحد الردة، وحد الحاربة، والقذف، كل هذه الحدود وجبت على من ارتكب ما يوجبها. فمن شرب الخمر وثبت ذلك عليه - بالشهود أو الإقرار - أقيم عليه الحد، ومن سرق كذلك أو زنا أو ارتد، فالتنكيل بهؤلاء ينفي الضرر عن الأمة، وكذلك تارك الصلاة كسلًا يقتل حدًا - عند الشافعية - وكفرًا - عند الإمام أحمد - وهو قول جمهور السلف من الصحابة والتابعين.

وأما الجاحد لوجوبها فيقتل كفرًا باتفاق الجميع؛ لأنه أنكر معلومًا من الدين بالضرورة، ويكون بعد استتابته ثلاثة أيام، فإن تاب وصلى، وإلا فإنه يقتل؛ لأن ذلك ينفي شيوع ترك الصلاة في الأمة.

الفرع السادس: الكفارات، وهي جمع كفارة، والكفارات هي زواجر وجوابر، وقيل: زواجر فقط، والأول أصح؛ لقوله ﷺ في حديث عبادة بن الصامت: ((فمن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب في الدنيا، فهو كفارة له)).

وأنواع الكفارات كثيرة، منها: كفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة القتل الخطأ، وكفارة إبطار يوم من نهار رمضان بالجماع عند الشافعية، ومطلقاً عند الحنفية، سواء كان بالجماع أو بالأكل أو بالشرب عمداً.

فهذه الحدود عقوبات ألحقها الله بالذي ارتكب سببها، والعقوبات أضرار، ولكن الشارع أوجبها لدفع الضرر الأعظم؛ لأن الإنسان إذا حلف وحنث في يمينه كان متهماً للفظ الجلالة، وكفارة الظهار، يقول الله تعالى فيها: ﴿وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُنَّ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ١٢]، فلكي ندفع الضرر عن الأمة تلزم المظاهر كفارة. وأيضاً كفارة المواقع في رمضان تلزم لدفع الضرر عن الأمة، فحرمة رمضان جسيمة، فإذا علم الناس أن من واقع في رمضان تجب عليه الكفارة امتنعوا من ذلك، والكفارة هي صيام شهرين متتابعين، فإذا عجز فإطعام ستين مسكيناً. فالكفارات بعمومها، وإن كانت أضراراً في نفسها، لكن يندفع بها ضرر أعظم.

الفرع السابع: وهو ضمان المتلف؛ والمتلف يضمن ما أتلفه تلافياً للضرر الذي أحدثه، وضمن المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وليس من خطاب الحكم التكليفي، فالحكم التكليفي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير.

وأما الحكم الوضعي فهو: خطاب الله تعالى يجعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً، مثل: جعل الدلو سبباً لإيجاب الصلاة، وجعل الوضوء

شرطاً لصحتها، وجعل الحيض مانعاً من صحة الصوم، وجعل الصلاة صحيحة إذا توافرت شروطها، وأتى المكلف بجميع أركانها، وجعلها فاسدة، إذا فقدت ركنًا من أركانها أو شرطاً من شروطها، فهذه أحكام شرعية؛ لأنها عرفت من الشرع، ولا معنى للشرعية إلا هذا، وليس فيها طلب، ولا تخيير؛ بل فيها جعل فقط؛ ولذلك سميت وضعية، وضمان المتلفات من خطاب الوضع، وليس من خطاب التكليف.

وعلى ذلك: فلا يشترط في المخاطب بخطاب الوضع العلم بالخطاب، كما لا يشترط فيه التكليف، وهو أن يكون عاقلًا. ومن ثم: فإن ضمان المتلفات يجب على المكلف، وغير المكلف، فيجب على الصغير، والعاقل، وغيره من إنسان وحيوان. والمخاطب بالنسبة للصغير وليه، وبالنسبة للبهيمة صاحبها، فضمان المتلف شرع لدفع الضرر؛ لأننا لو لم نقل بذلك؛ لأتلف الناس الأشياء دون اكتراث، وهذا ضرر والأضرار مزالة أيًا كان نوعها، فإذا سلط إنسان مزرابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارة، فإنه يزال. وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو بحفر بالوعة أو غير ذلك.

الفرع الثامن: نصب الأئمة: جمع إمام، والإمام هو خليفة المسلمين العام، ومثلهم الحكام، والمحافظون في هذه الأيام، وأعضاء النيابة العامة، فهم ممثلون عن الأمة للمحافظة على الأمن؛ فكان تنصيب الأئمة والحكام واجبًا، ونصب الأئمة والحكام ثبت بطريق الشرع والعقل؛ لأن عدم نصب الأئمة سوف يؤدي إلى هلاك الأمة واختلافها وضعفها؛ فيجب على المسلمين نصب إمام ليلتفوا كلهم تحت رايته، واختلف أهل العلم في سبب وجوب تنصيب الأئمة والحكام، وهل هو واجب بالشرع أو بالعقل؟

فقال طائفة : هو واجب بالعقل ؛ لما في طباع العقلاء من التسليم لزعيم يمنعهم من التظالم ويفصل بينهم في التنازع والتخاصم ، ولولا الولاة لكانوا فوضى ؛ ولذلك يقول القائل :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ❖ ولا سراة إذا جهالهم سادوا
وقالت طائفة : بل هو واجب بالشرع دون العقل ؛ لأنَّ الإمام يقوم بأمر شرعية ، ويأخذ بمقتضى العدل ، والتناصف والتواصل ، وقد جاء الشرع بتفويض الأمور في الدين إلى الأولياء والحكام ، فقال الله تعالى في القرآن الكريم : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٥٩] . ولقوله ﷺ في أمر الولاة : ((فاسمعوا لهم وأطيعوا في كل ما وافق الحق ، فإن أحسنوا فلكم ولهم ، وإن أساءوا فلکم وعليهم)) .

الفرع التاسع : وهو دفع الصائل ، وهو الذي سطا على غيره ، ليقهره ، فالصيال معناه : الاستطالة ، والثوب ، والاستعلاء ، والاعتداء على الغير ، بغير حق ، إما لأخذ مال ، أو لقتل نفس ، أو لهتك عرض ، أو لهذا جميعاً .

فيجب دفع الصائل بالأخف ، فالأخف بمعنى : أن الدافع يلزمه التدرج في دفعه ؛ لأنه شرع للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان الدفع بالأخف ، فيقدم الهرب ، فالزجر ، فالاستغاثة ، فالضرب باليد ، فبسوط ، فبعصاً ، فالقطع ، فالقتل ، فمن شهر على مسلم سيفاً فله أن يقتله ، إذا مست الضرورة ؛ لقوله ﷺ : ((من شهر على المسلمين سيفاً ، فقد أجل دمه)) ، وقوله ﷺ : ((لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث : بكفر بعد إيمان ، أو بزناً بعد إحصان ، أو يقتل نفساً بغير نفس فيقتل)) ؛ لأنه باغ ؛ فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته ؛ لقول النبي ﷺ : ((من حمل علينا السلاح ، فليس منا)) ، وفيه دلالة على تحريم

قتال المسلمين ، والتشديد فيه ، لما في ذلك من تخويفهم ، وإدخال الرعب عليهم ، وفي لفظ : ((من أشار إلى أخيه بحديدة لعنته الملائكة)) ، فلو لم يجد دفع الصائل لانتشر الصيال ، وهو فساد وضرر ، والقاعدة أن الضرر يزال ، وإذا علم الصائل أنه لو صال قتل امتنع.

فإذا كان الصيال لأخذ المال ، فهل يجب قتل الصائل ؟

ذكر العلماء في هذه المسألة رأيين :

الأول : أنه يجب دفعه ولو بالقتل ، لقوله ﷺ : ((من قتل دون ماله فهو شهيد)) ، فدل على أن له القتال والقتل ، وأنه مأمور بذلك.

الثاني : عدم وجوب دفعه بالقتل ؛ لأنَّ المسلم لا يقتل المسلم لأجل المال ؛ لأنه لو وجدته أسيراً وجب على المسلم أن يفديه بماله.

وإذا تعدى على نفس بغير حق فهل يجب دفعه بالقتل ؟

في هذه المسألة رأيان أيضاً :

الأول : يجب قتله إذا لم يندفع إلا به ؛ لقوله ﷺ : ((ومن قتل دون دمه فهو شهيد)) ، وهذا هو الأظهر والأقوى.

الثاني : لا يجب قتله ؛ لقوله ﷺ في الفتنة : ((كسروا فيها قسيكم ، وأوتاركم ، واضربوا سيوفكم بالحجارة ، فإن دخل على أحدكم بيته ، فليكن كخيرى ابني آدم)) ، وفي رواية : ((فإن دخل عليّ بيتي وبسط يده ليقتلني؟ قال : كن كابني آدم)) ، يعني : قابيل وهابيل.

وأما في الصيال لهتك عرض : فالراجح بين العلماء : أنه يجب دفعه ، ولو بالقتل ، ويسقط التدرج في الدفع ؛ لأنه مواقع في كل لحظة ، فلا يدفع بالأناة ؛ لأن الزنا

فاحشة يتعدى ضررها إلى المرأة، وأبيها، وإخوتها، وأمها، وعائلتها، والعار يلحق بالأسرة كلها.

الفرع العاشر: قتال المشركين دفاعاً عن الدين، ورداً لعدوانهم عن أرض الإسلام، حتى لا تكون فتنة، ويكون الدين لله، فشرع قتالهم لدفع الضرر، ولا ضرر أخطر من ضرر العدوان على الدين، ومقدسات المسلمين، والاستيلاء على الأرض والعرض، فوجب دفعهم، ووجب كسر شوكتهم لإعلاء كلمة الله في الأرض، فقتال الكفار إنما شرع للدفاع لا لحملهم على الإسلام، وإكراههم على الدخول في الدين لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، وخير للمسلمين أن يموتوا دفاعاً عن دينهم، وشرفهم من أن يستسلموا للمشركين أعداء الدين، قال تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَءَاخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠].

الفرع الحادي عشر: وهم البغاة: جمع باغ، والبغي معناه: الظلم، ومجاوزة الحد، وسموا بذلك لظلمهم، وخروجهم على الإمام العادل، وبحيث تكون لهم شوكة ومنعة يمكن معها مقاومة الإمام، ولهم تأويل يعتقدون به جواز الخروج، كتأويل الخارجين من أهل الجمل ومن أهل صفين على الإمام علي < بأنه يعرف قتلة عثمان < ويقدر عليهم، ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم.

وتأويل بعض مانعي الزكاة من أبي بكر < : بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن صلاته كانت سكناً لهم، وهو النبي ﷺ وأن يكون لهم رئيس مطاع فيهم؛ إذ لا قوة لمن لا يجمع كلمتهم رئيس مطاع، وقد أمر الله بقتال البغاة، فقال تعالى: ﴿وَلِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقْتُلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات: ٩]، ففي هذه الآية دليل على وجوب دفع البغاة،

فلو لم يجب دفعهم، وأبيح لكل طائفة أن تهدم ما بناه غيرها لعمت الفوضى، وهذا ضرر، والضرر يزال، وهو من فروض الكفاية إذا سقط به البعض سقط الطلب عن الباقي. فعلى الإمام أن يقاتلهم بمن فيه الكفاية، ثم بعد ذلك عليه أن يدعوهم إلى طاعته، وإلى الدخول في صفوف الجماعة، فإن أبوا قوتلوا، ولا يقتل أسيرهم، ولا يتبع مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا تسبى ذراريهم، ولا أموالهم، لأنه ضرر، والضرر لا يزال بالضرر.

الفرع الثاني عشر: وهو فسخ النكاح بالعيوب، والعيوب ثمانية، ثلاثة يشترك فيها الزوجان: الجنون، والجذام، والبرص؛ واثنان يختصان بالزوج وهما: الجُبُّ، والعنة؛ وثلاثة تختص بالزوجة، وهي: الرتق، والقرن، والعفن.

فلو وجدها الزوج بعد الدخول رتقاء بلحم، أو قرناء بعظم، أو بها برص، أو جذام، أو جنون، فله الفسخ بهذه العيوب؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل، والجنون يثير نفرة، ويخشى ضرره، والجُبُّ والرتق يتعذر معه المباشرة، وكذلك العنة فهي عجز يصيب الرجل، فلا يقدر على معاشرته المرأة.

فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً من هذه العيوب فسخ النكاح منعاً للضرر، وكذلك الإعسار بالنفقة بعد أن يمهل القاضي ثلاثة أيام، يميز للمرأة أن تطلب الفسخ لدفع الضرر؛ لأنه إذا جاز الفسخ للعجز الجنسي، وهي تعيش بدونه، فإنه يجوز بما لا تستطيع العيش بدونه، وهي النفقة من باب أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز الفسخ بالإعسار في النفقة؛ بل يأمرها القاضي أن تستدين، ثم ترجع عليه إذا أيسر.

وأما الإعسار بالصدّاق فيجيز طلب الفسخ قبل الدخول لدفع الضرر.
فإذا دخلت المرأة، ولم يكن قد دفع لها المهر، فلا يجوز لها طلب الفسخ، لأنها سلمت نفسها راضية، فيكون ديناً في ذمته إلى ميسرة فيجب دفعه.

قاعدة "الضرر لا يزال بمثله"، وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

١. قاعدة "الضرر لا يزال بمثله":

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة "الضرر يزال"، فشأنها معها كشأن الأخص مع الأعم؛ بل هما سواء؛ ولهذا نقل السيوطي في الأشباه عن ابن السبكي أن الضرر لا يزال بالضرر، فهي كالاستدراك والقيّد للقاعدة الأعم، وهي الضرر يزال، فالأخص "الضرر لا يزال بالضرر"، والأعم "الضرر يزال".
فكلما تحقق الأخص - الضرر لا يزال بالضرر - تحقق الأعم - الضرر يزال - لأنه لو أزيل الضرر بالضرر، فالضرر باقٍ، ولما صدق الضرر يزال؛ بل الضرر موجود.

أ. بيان معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه؛ بل الأولى، ومن أجل ذلك فيشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن ذلك، وإلا فبالأخف.
والضرر من المعاني الوجدانية، فليس لها حد معين، ولا يقوى عليه أفصح البلغاء.

ب. فروع هذه القاعدة:

ذكر السيوطي لهذه القاعدة فروعاً كثيرة، وهي كالمنهج لقيس الناس غيرها عليها، وأهم هذه الفروع:

الفرع الأول: عدم وجوب العمارة على الشريك، فإذا كان اثنان يشتركان في منزل، وهذا المنزل يحتاج إلى عمارة أو ترميم، وأحد الشريكين غير مستطيع، فلا يجب إجباره على العمارة، كما هو مذهب الشافعي في الجديد، لأنَّ في إجباره إزالة ضرر أحدهما بضرر الآخر، فلم يرتفع الضرر، والحقيقة أن هذا الضرر الذي لاحظته المذهب الجديد إنما هو ضرر صوري، لأنَّ العمارة منفعة، ولو أوجبناه لكون نكون قد أزلنا ضرراً بضرر، ولكي لا نقع في محذور إزالة ضرر بضرر نقول للذي يريد العمارة: أنفق، وخذ أجرة هذا من البيت حتى تستوفي كل ما أنفقته على العمارة، وهذا يحقق مصلحة الشريكين.

أما المذهب القديم فإنه يقول بإجبار الشريك على العمارة، دفعاً للضرر الأشد بما هو دونه من باب ارتكاب أخف الضررين، وهذا هو الذي يتفق مع المقاصد العامة في الشريعة.

الفرع الثاني: وهو أنه لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر؛ لأنَّ الضرر لا يزال بالضرر، فلو كان من معه الطعام مضطراً إليه، فهو أحق به؛ لقوله ﷺ: ((أبدأ بنفسك))، وقد ثبت في حديث آخر: ((أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال له: يا رسول الله، معي دينار. فقال: أنفقه على نفسك))، فقد أذن له الرسول ﷺ أن يبدأ بإنفاق الدينار على نفسه أولاً، لأن حق الإنسان مقدم على غيره إبقاء لمهجته، ويجوز له أن يؤثر به مضطراً مسلماً معصوماً؛ لقوله تعالى:

﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩].

وخرج بالمسلم الكافر ولو كان ذميًّا، فلا يجوز إيثاره ؛ لكمال شرف المسلم على غيره، وخرج بالمعصوم غيره كالزاني المحصن، وتارك الصلاة، فلا يجوز إيثارهما ؛ لإهدار دمهما ووجوب قتلهما، وإذا أخذ المضطر طعام غيره ؛ وجب عليه أن يدفع ثمنه ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإذا تطوع له به فله أخذه بدون ثمن، إذا كان فقيرًا ؛ لأن إطعامه على من قصده.

الفرع الثالث: وهو أنه لو سقط شخص على جريح فإن استمر عليه قتله، وإن انتقل عنه إلى غيره قتل غيره، حيث لا يوجد مكان خالٍ بين الجرحى. هنا قال الفقهاء في هذه المسألة: فيها آراء ثلاثة:

الأول: أن يستمر على الأول، ولا ينتقل منه إلى غيره ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر.

الثاني: يتخير: فيكون له أن يستمر عليه، وله أن ينتقل منه إلى غيره مطلقاً.

الثالث: إذا كان المسقوط عليه أعلى رتبة في العلم، والتقوى، والورع، وتناط به المصالح، انتقل عنه إلى الأقل منه رتبة، وذلك لارتكاب أخف الضررين، فإن لم يفعل كان آثماً، وإن تساوى الجميع استمر على الأول.

وفي هذه المسألة توقف الإمام الجويني، ولم ينقل عنه فيها حكم.

الفرع الرابع: قال السيوطي: ولو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها، فليس له أن يطأ الزوجة.

وبيان ذلك: أنه لو تزوج رجل امرأة فوجدها ضيقة الفرج، وهو ذو عبالة - وذلك كناية عن ضخامة آلتها - بحيث لو جامعها أدى إلى إزالة ما بين مدخل الذكر، ومخرج البول، فليس له أن يطأها ؛ لأن في ذلك ضرر بالزوجة، وليس له الوطء أبداً ؛ لأن فيه إزالة ضرر بضرر، إذ هو بالوطء يزيل ضرر بقاء مائه،

واحتباسه فيه ، بضرر المرأة التي تزوجها ، فإذا وجدت المرأة زوجها على هذا النحو الذي يضرها ، فإنها ترفع أمرها إلى القاضي ، وتطلب منه أن يفسخ عقد النكاح إزالة لهذا الضرر ، وعلى القاضي أن يفسخ عقد النكاح إذا قرر أهل الخبرة أن بقاء الزوج معها يؤدي إلى إفضائها ، وأهل الخبرة هم أربع طبيبات ، أو أربع قوابل ، أو طبيبان إذا لم توجد الطبيبات قياساً على الشهادة.

قال ابن السبكي : يستثنى من هذه القاعدة : ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً ، فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف . وهذا ما أورده ابن السبكي تقييداً لهذه القاعدة ، وهي قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر".

وأيضاً قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" تقييداً للقاعدة الأم ، وهي : الضرر يزال ، وعبارة ابن الكتاني : لا بد من النظر لأخفهما ، وأغلظهما لمعرفة الضرر الأخف من الضرر الأعظم.

٢. قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" :

لو أن أحدهما كان أعظم ، فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف . ومن الأمثلة التي وردت على ذلك : القصاص ، والحدود ، وقتال البغاة ، ودفع الصائل ، والإجبار على قضاء الديون ، والنفقة الواجبة ، والظفر بالحق.

تابع القواعد المندرجة تحت قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"،
وقاعدة "العادة محكمة" والقواعد المندرجة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما
ضرراً" وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر
عام" ١٧٩
- العنصر الثاني :** قاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"،
وقاعدة "القديم يترك على قدمه" ١٨٥
- العنصر الثالث :** قاعدة "العادة مُحَكِّمة"، وما يندرج تحتها من
قواعد ١٩١

قاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً..." وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"

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

أ. معنى القاعدة:

أن الأمر إذا تردد بين ضررين أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الضرر الأشد، ومراعاة أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما لإزالة الضرر، لأن المفساد تراعى نفيًا كما أن المصالح تراعى إثباتًا.

وهنا نتساءل: هل قاعدة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف هي قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما؟

قد يقال ذلك، ولكن يمكن تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً وأمكن إزالته بالأخف، كما لو غصب إنسان أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها ثم طلبها مالكها، فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء والغرس مهما بلغت قيمته إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض؛ فإن المالك يملكها بقيمتها مستحقين للقلع.

وتخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران ولم يقع واحد منهما، وهذا أقوى من دعوى التكرار؛ لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن ذلك، وإلى هذا التخصيص يشير التعبير في القاعدة الأولى بقوله: يزال، وفي القاعدة الثانية بقوله: تعارضت.

ودليل هذه القاعدة أن الأصل في هذه القاعدة أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة.

ويدل لذلك أيضاً: حديث الأعرابي الذي بال في المسجد، فقد نهى النبي ﷺ عن زجره، فإذا تعارضت مفسدتان ولا مفر من فعل واحدة منهما لا محالة، ففي هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعاً لأعظمهما ضرراً، فتكون هذه القاعدة تقييداً لقاعدة: لا يزال الضرر بالضرر، أي: أن الضرر لا يزال بالضرر، ما لم يكن أحد الضررين أعظم؛ فعندئذ نزل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف.

قال السيوطي: ونظيرها قاعدة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"؛ فعند تعارض مصلحة ومفسدة يقدم دفع المفسدة غالباً؛ لأنَّ اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات؛ ولهذا قال ﷺ: ((وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم))، من غير أن يقول: فيما نهى عنه ما استطعتم.

ويروى عن الصوفية، قولهم: التخلية قبل التحلية، أي: أن تصفية النفس من النقائص وتخليتها من الذنوب يكون قبل تحليتها بالفضائل، ومعنى ذلك: أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح.

ونقل الحمولي عن (الكشاف)، قال: لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من عبادة الثقلين، والثقلان هما الجن والإنس، قال الله تعالى: ﴿سَنَفْرُغُ لَكُمْ أَيُّهَ الثَّقَلَانِ﴾ [الرحمن: ٣١]، وفي ذلك كله دليل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات؛ لما يترتب على المنهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي، فلو لم يجذبك الله حيث أمرك لكان أحسن مما لو يجذبك حيث نهاك، لذلك 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 قائماً صلى من قعود، وإذا لم يستطع الصلاة قاعداً صلى مضطجعا، وفي

الصوم إذا لم يستطع الصوم لمشقة تلحقه لأي سبب من الأسباب : كسفر أو مرض أو غيرهما فله الفطر، وكذا من لم يجد ماء للطهارة أباح الشارع له التيمم، ومن فقد الطهورين أباح الشارع له الصلاة بدونهما وهكذا، أما في جانب المنهيات فلم يسامح في الإقدام عليها، وخصوصاً الكبائر، فقد حرم مقدماتها، وكانت لذلك مقدمة الحرام حراماً كما أن مقدمة الواجب واجبة، وحرّم الشارع وسائل المنهيات كالنظر بالنسبة للزنا.

ب. فروع هذه القاعدة:

فإن لهذه القاعدة فروعاً كثيرة، ومنها: المبالغة في المضمضة والاستنشاق، المضمضة مأخوذة من المض وهو وضع الماء في الفم وإدارته على جوانب فمه ومجه، ويندب للمتوضئ أن يبالغ فيها بحيث يصل الماء إلى الحلقوم، والاستنشاق هو جذب الماء عن طريق الأنف حتى يصل إلى خياشيمه - وهي أعالي أنفه - ونثره بعد جذبه، والمبالغة مسنونة في كل منهما ما لم يكن الإنسان صائماً، فإن كان صائماً فتكره المبالغة خشية إفساد الصوم لقوله ﷺ: **((لا تبالغ ما كنت صائماً))**، فدل ذلك على أن دفع المفسدة في الصوم أولى من جلب المصلحة لأجل الثواب.

ومنها تخليل الشعر: فإذا كانت لحية الرجل خفيفة وجب تخليلها إن لم يصل الماء إلى باطنها إلا بالتخليل، أما إذا كانت اللحية كثيفة وهي التي تغطي البشرة وتستترها فتخليلها سنة، وهذا في غير المحرم بحج أو عمرة، فإن كان محرماً فيكره له تخليل شعره خوفاً سقوط شعر منه، حتى لا يجب عليه دم، وذلك لأن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

ومن الفروع المدرجة تحت القاعدة: ما لو كان رجل به جرح ولو سجد سال دمه فلا يسجد ويصلي قاعداً، ويومئ بالركوع والسجود، ويكون إيماءه بالسجود أخفض من الركوع؛ لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، وهذا عند من يوجبون انتقاض الوضوء عند سيلان الدم، مع أن ترك السجود أيضاً في هذه الحالة يدفع عن الجريح الدم ونزفه.

ومن الفروع انكشاف العورة في الصلاة: فلو أن شخصاً إذا صلى قائماً ينكشف من عورته ما يمنع جواز الصلاة وإذا صلى قاعداً لم ينكشف منه شيء فإنه يصلي قاعداً؛ لأن ترك القيام أهون من كشف العورة.

ومن الفروع التهديد بالقتل: فلو هدد شخص بالقتل أو بإلقائه من شاهق أو جبل عالٍ أو منارة، فهل له الخيار؟ وهل المفسدتان هما متساويتان؟

الرأي المختار: أن يصبر للقتل فذلك أهون من أن يرمي بنفسه من المنارة لما في إلقاء نفسه من شبهة الانتحار، وهو لا يجوز بحال، كما لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه.

وبناء على ما قدمناه فإن 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 لغلبتها على المفسدة المرجوحة.

والأمثلة على ذلك كثيرة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر: أن 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، ولو أراد ظالم أخذ الوديعة من الوديع غصباً فله أن يكذب وينكر وجود الوديعة عنده محافظة على الوديعة؛ لأن حفظ الودائع واجب وإنكارها

إحسان، ومن ذلك الصلاة مع اختلال شرط من شروطها كالطهارة وستر العورة واستقبال القبلة، فإن ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى وأن يناجى إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديمًا لمصلحة فعل الصلاة على مفسدة تركها على هذه المفسدة، فالصلاة بدون وضوء أو تيمم مصلحة راجحة، وعدم الصلاة مفسدة مرجوحة، فيقدم فعل الصلاة على تركها؛ ولهذا فإن من أراد الصلاة ولا يجد ما يستر به عورته فيصلح من قعود عند الحنفية؛ لأنه أستر له وأوجب لحق الصلاة والناس.

وخالف في ذلك الشافعية فقالوا: يصلي عاريًا من قيام ويتمم جميع الأركان. وإذا لم يعرف جهة القبلة وتعذر عليه الاستقبال فإنه يصلي؛ لأن ترك الصلاة لعدم معرفة القبلة مفسدة والصلاة لأي جهة مصلحة، وعليه أن يجتهد بقدر الإمكان ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها، ومن ذلك قطع اليد المتأكلة حفظًا للروح إذا كان الغالب السلامة، فإنه يجوز قطعها وإن كان إفسادًا لها لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة وهو حفظ الروح، وكذلك حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها كتعييب أموال اليتامى والمجانين والسفهاء وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب، فإن حفظها قد صار لتعييبها فأشبه ما يفوت من ماليتها بدفع أجره حارسها وحنوتها، وقد فعل الخضر عليه السلام مثل ذلك لما خاف على السفينة الغصب فخرقها ليزهد غاصبها في أخذها.

٢. قاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام":

هذه القاعدة تدخل ضمنًا في القواعد السابقة، وهي قاعدة مهمة مبنية على مقاصد الشريعة في مصالح العباد، وقد استخرجها 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 تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص ، ولهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال ، وشرع قتل الساحر المضر والكافر المضل ؛ لأن أحدهما يفتن الناس ، والآخر يدعوهم إلى الكفر ، فيتحمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الضرر الأعم.

فروع هذه القاعدة :

لهذه القاعدة فروع ذكرها السيوطي وغيره ، ومن هذه الفروع :

جواز الحجر على المفتي الماجن حرصاً على دين الناس ، والطبيب الجاهل حرصاً على أرواحهم ، وعلى المكاري الفلّس حرصاً على أموالهم وأوقاتهم - والمكاري : هو الذي يكرّي الدواب وغيرها.

كما يجوز التسعير على الباعة دفعاً لضررهم عن العامة ؛ لأن الإسلام حرم استغلال حاجة الناس ، فإذا لم يرجع التجار إلا بالتسعير جاز لولي الأمر أن يلجأ إلى التسعير بإلزام التجار بأسعار يحددها لهم وليس لأحدهم أن يخالفها ؛ لأنها في الواقع تحقق لهم ربحاً معتدلاً ، وترفع الظلم عن المحتاج ، وقد قال ابن القيم : وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز ، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير الحق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم ، فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز بل واجب.

فأما القسم الأول فمثل: ما روى أنس < قال: غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعت لنا، فقال رسول الله ﷺ: ((إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْقَابِضُ الرَّازِقُ الْبَاسِطُ الْمُسْعِرُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَا يَطَالِبَنِي أَحَدٌ بِمُظْلَمَةٍ ظَلَمْتُهَا إِيَّاهُ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ))، رواه أبو داود، والترمذي وصححه؛ فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء وإما لكثرة الخلق، فهذا إلى الله، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به، فوجب على ولي الأمر أن يمكن كل إنسان من أن يصل إلى ما يحتاج إليه من السلع بأثمان لا شطط فيها ولا مجاوزة للاعتدال، ولا سبيل لذلك إلا بالتسعير.

قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المنافع"، وقاعدة "القديم يترك على قدمه"

١. قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المنافع":

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدم في الغالب على جلب المصلحة، إلا إذا كانت المفسدة مغلوطة فتقدم المصلحة؛ لأنَّ اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات؛ لما يترتب على المنهيات من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي، والمراد بدرء المفسد رفعها وإزالتها فيكون درء المفسد أولى من جلب المصالح.

وهذه القاعدة يستدل لها بقوله ﷺ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه))، رواه النسائي، وابن ماجه.

ومثل هذه القاعدة: إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع إلا إذا كان المقتضي أعظم، والمراد بالمقتضي هنا: الأمر الطالب الفعل، فوجود المانع يمنع من الفعل غالباً، وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل.

وبناء على هذا: فإنه إذا اجتمع الحلال والحرام، أو اجتمع المباح والمحرم غلب الحرام؛ لأنه في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة، وتقديم المانع على المقتضي فإنه كذلك، ومن ثم فإنه إذا تعارض دليل يقتضي التحريم وآخر يقتضي الإباحة قدم الحظر في الأصح تغليبا للتحريم ودرءاً للمفسدة.

ب. فروع القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها فروع كثيرة، ومن أهم هذه الفروع:

إذا وجب على المرأة غسل ولم تجد ما يسترها من الرجال، فإنها تؤخر الغسل؛ لأن في كشف المرأة على الرجال مفسدة عظيمة.

ومن الفروع لهذه القاعدة: أن التجارة في المحرمات ممنوعة من خمر ومخدرات بكل أنواعها وخنزير، ولو أن فيها أرباحاً كثيرة ومنافع اقتصادية هائلة.

ومن الفروع لهذه القاعدة: الرشوة والسرقة والميسر وصنوف المقامرة وجميع المعاملات التي يخالطها الغبن والغش والاحتكار، ومن ثم فإن الإسلام يحرم كل الطرق المؤدية إلى أورام الشراء الخبيث في التجارات والمعاملات، ويوجب على الفرد أن يلتزم التزاماً دقيقاً بأن يتبين أن كسبه حلال وأن وسيلته إلى الربح فوق الشبهات.

ومن الفروع المدرجة أيضاً: أنه إذا اشتبهت امرأة محرمة بأجنبيات محصورات من النساء لم يحل الزواج بإحداهن خشية أن يقع في الحرام.

وأيضاً فإن ما كان أحد أبويه من الحيوان المأكول والآخر يكون غير مأكول لا يحل أكله على الصحيح.

وكذلك لو اختلطت ميتة بمذكاة فهذه شبهة يجب اجتنابها بالإجماع؛ لأنه لا مجال لاجتهاد في هذه المسائل.

ومن الصور المدرجة تحت هذه القاعدة: أنه إذا أرسل كلبه المعلم وشاركه كلبٌ غير معلم في الصيد - حرم الأكل من المصيد بهما.

وكذلك لو شارك من تحل ذبيحته كمسلم وكتابي مع من لا تحل ذبيحته كمجوسي ووثني - حرم المذبوح تغليياً للتحريم.

ومن الفروع أيضاً: ما إذا اختلطت زوجته بغيرها، فليس له الوطء بالاجتهاد.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة فروع، وهذه الفروع المستثناة تأخذ حكماً مخالفاً لما سبق أن بيناه. ومن هذه الفروع:

ما لو رمى سهماً على طائر فجرحه ووقع على الأرض فمات، فإن هذا الطائر يحل أكله، وإن أمكن إحالة الموت إلى وقوعه على الأرض؛ لأن ذلك أمر لا بد منه فعفي عن ذلك وجاز أكله مع اختلاط المبيح بالمحرم.

ومن الفروع المستثناة: أنه يجوز أن يعامل من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عين الحرام، فإنه لا يحرم في الأصح وإن كان يكره معاملته، وتشتد الكراهة بكثرة الحرام وتخف الكراهة بكثرة الحلال.

ومنها ما لو اختلطت امرأة محرمة بنسوة في قرية كبيرة، فإن له النكاح منهن مع اختلاطهن بمحرمة لندرة الوقوع في الحرام.

ومن هذه الفروع المستثناة: أنه يجوز مس كتب التفسير والحديث للمحدث سواء كان الأكثر تفسيراً أو قرأناً.

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

ومن الفروع المستثناة: ما إذا اختلط الواجب بالمحرم، فتراعى مصلحة الواجب، كاختلاط موتى المسلمين بالكفار، فإنه يجب غسل الجميع نظراً لإقامة مصلحة - ذلك في حق المسلمين - وقيل: لا يصلى على الجميع؛ بل ينوي الصلاة على المسلمين خاصة ويميز بالنية، ودليل ذلك ما رواه البيهقي: ((أن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين فسلم عليهم جميعاً))، فدل ذلك على جواز تغسيل الجميع، والصلاة على الجميع عند اختلاط موتى المسلمين بالكفار.

ومن الفروع المستثناة: أن الهجرة على المرأة من بلاد الكفار واجبة، وإن كان سفرها وحدها حراماً.

٢. قاعدة "القديم يترك على قدمه":

معنى القاعدة: أن المتنازع فيه إذا كان قديماً تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم بلا زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تحويل؛ لأنه لما كان في الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤها على ما كان عليه، ولغلبة الظن بأن ما وضع إلا بوجه شرعي.

والقديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله، إذن القديم يترك على قدمه؛ لأنه ما وضع هكذا إلا وله أصل سليم يقره الشرع، فلو كان لأحد جناح في داره محدود على أرضٍ لغيره، أو كان لداره مسيل ماء في أرض الغير، أو كان له ممر إلى داره في أرض الغير، وكان ذلك الجناح أو المسيل أو الممر قديمًا لا يعرف أحدٌ من الحاضرين مبدأ لحدوثه، فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح أو المسيل أو المرور في أرضه، أو أراد أن يحول المسيل أو الممر أو يغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه.

وكذلك ليس لصاحب الحق نفسه أن يحوله من جهة إلى جهة، أو يصرف الممر مثلاً إلى دار أخرى له إلا إذا أذن له الآخر، وإذا أذن له فيكون للأذن ولورثته من بعده حق الرجوع في هذا الإذن، وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى حاله الأولى.

ووجه جواز الرجوع: أن ذلك الإذن من قبيل الإعارة وهي غير لازمة، بخلاف ما لو بنى صاحب الأرض بناء في الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره، ولا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض لاستعادته، لأن إذنه ذلك إسقاط لحقه، إلا إذا كان صاحب الحق مالكاً لرقبة الطريق فلا يمنع من المخاصمة ولا يمنع من استعادته بعد إذنه بالبناء، لأن الملك لا يسقط بالإسقاط، فلو قال صاحب المسيل: أبطلت حقي في المسيل، فإن كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وإن كان له رقبة المسيل لا يبطل ذلك بالإبطال.

ولا يشترط في اعتبار التصرف القديم أن يكون ما يتصرف به قائماً في يد المتصرف إلا حين الخصومة؛ بل يكفي أن يثبت المدعي وجوده في يده قبل الخصومة، وأن المدعى عليه أحدث يده عليه ومنع المدعي منه، فإنه يحكم به للمدعي؛ لأن اليد الحادثة لا عبء بها؛ بل العبء لليد الحقيقية.

وقد نصوا على أنه لو كان لرجل نهر يجري في أرض غيره يسقي أراضيّه وهو في يده يكرهه ويغرس في حافتيه الأشجار مثلاً، فأراد صاحب الأرض ألا يجري النهر في أرضه فليس له ذلك؛ بل يترك على حاله، لأن من هو في يده يستعمله بإجراء مائه ونحوه، فعند الاختلاف يكون القول قوله، فإن لم يكن في يده ولم يكن جارياً وقت الخصومة، فإن كان يدعي رقبة النهر فعليه أن يثبت أنه له، وإن كان يدعي حق الإجراء في النهر فعليه أن يثبت أنه كان يجري من القديم لسقي أراضيّه، فيحكم له حينئذ بملك رقبة النهر في الصورة الأولى، وبحق الإجراء في الثانية.

وبمثل ذلك يحسم الاختلاف إذا وقع في حق المرور أو حق المسيل في أرض أو على سطح أو في دار أو في طريق خاص أو بين علو وسفل، والمراد بالطريق الخاص - في قولهم، فالأصل فيه: أنه إذا كان في طريق خاص يعتبر قديماً - هو ما كان مملوكاً رقبة لقوم وليس للعامة فيه حق أصلاً، كما إذا كانت أرض مشتركة بين قوم بنوا فيها مساكن وجعلوا بينهم منها طريقاً حتى كان مملوكاً لهم على الخصوص، فأما إذا كانت السكة مخططة من الأصل فحكمها حكم طريق العامة ولو غير نافذة إذ هي ملك العامة، ألا ترى أن لهم أن يدخلوها عند الزحام؟ وهذا التفسير يأتي في جميع الأحكام التي تذكر في غير هذه الأمور.

وقد اختلف الرأي في اعتبار التصرف القديم في الحقوق، فقال خير الدين الرملي - رحمه الله - في سؤال رفع إليه بما يفيد عدم اعتباره، وأنه لا بد من إقامة البينة على الحق المدعى به لخصوصه، وتمسك بمسائل نصوا عليها، وهي أن من ادعى حق المرور أو ادعى رقبة في الطريق أو أقام بينة شهدت له بأنه كان يمر في هذه لا يستحق بذلك شيئاً، وكذلك لو شهدوا بإعطاء القاضي له على القرابة كل سنة لا يكون إعطاء القاضي حجة، وكل هذه الفروع لا تصلح للتمسك، لأن

الدعوة والشهادة فيها ليست من قبيل دعوى التصرف القديم المفسر بما تقدم، ولا من قبيل الشهادة به كما هو ظاهر، ولكن كتب المذهب الحنفي صرحت بلزوم اعتباره وهو الاستحسان وعليه الفتوى، فلو ادعى أحد الخصمين الحدوث، وادعى الآخر القدم، فالقول قول من يدعي القدم، والبيئة على من يدعي الحدوث.

بقي أمر يكثر وقوعه وأحب أن أتعرض له بشيء من الإيضاح وهو: ما لو ادعى أحد الخصمين الحدوث وادعى الآخر طول الزمن، فهل يكلف مدعي الحدوث بالبيئة، أو يكلف البيئة مدعي طول الزمن؟

قد يقول قائل بالأول، وأنه إذا ثبت الحدوث لا تسمع دعوى طول الزمن، وذلك لأن مدعي القدم يدعي مضي مدة على الأمر المتنازع فيه وهي أضعاف مدة طول الزمن؛ لأن القديم ما لا يوجد من يعرف أوله، وهذا لا يكون غالباً إلا بعد أن يمضي عليه أكثر من ثمانين أو تسعين سنة، وقد قلنا: إن قاعدة العبرة في العقود للمعاني، إلا أن كون العبرة للمعاني يجري في الدعاوى والخصومات أيضاً.

قاعدة "العادة مُحْكَمَة"، وما يندرج تحتها من قواعد

١. قاعدة "العادة مُحْكَمَة":

أ. معنى القاعدة:

أن العادة - عامة كانت أو خاصة - تعتبر مُحْكَمَة عند التنازع لإثبات حكم شرعي، لم يقم دليل ينص على خلافه بخصوصه، أو قام الدليل ولكنه كان عاماً؛ لأن العادة دليلٌ يبنى عليه الحكم الشرعي.

والمراد من كونها عامة أو خاصة: أن تكون العادة التي يبنى عليها الحكم الشرعي مطردة أو غالبية في جميع البلدان أو في بعضها، فالاطراد والغلبة شرطٌ لاعتبار العادة سواء كانت عامة أو خاصة.

وبناء على ما قدمناه، تكون العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والعادة مأخوذة من المعاودة مرةً بعد أخرى، وقد اعتبر الفقهاء العادة في استعمالاتهم، والأئمة المجتهدون اعتبروا العادة في استنباط الأحكام، والقاضي اعتبرها فيما يرفع إليه من الدعاوى، إذا ما أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس.

ومن المعلوم أن النص أقوى من العرف والعادة، ولا شبهة في ذلك، حتى النص الذي يصدر من الناس يقدم هو الآخر على العرف والعادة، فلو أن إنساناً وضع الطعام أمام الضيفان بحكم العرف والعادة، ومن المعلوم أن وضع الطعام يتضمن الإذن للضيفان بتناوله، إلا أن صاحب البيت لو صدر منه أمرٌ بالمنع من تناول الطعام فهذا النص يخالف العرف والعادة، فإذا كان هذا النص يخالف العرف والعادة فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص، وأن يمتنع عن الطعام، ولا يعمل بالعرف والعادة، فإذا أكل شخصٌ ممن حضر هذه المأدبة بعد هذا النص من صاحب البيت يكون مخالفاً، ويكون ضامناً لما أكل قبل صدور الإذن بالأكل.

ب. الأدلة على هذه القاعدة:

هذه القاعدة الشرعية - قاعدة العرف والعادة - قامت عليها الأدلة من الكتاب والسنة.

الدليل من الكتاب:

أما من الكتاب، فقد ذكر صاحب المواهب السنية أنه يمكن الاستدلال على اعتبار العادة بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة: أن السبيل معناه: الطريق، وسبيل المؤمنين: طريقتهم التي استحسنتها، وقد أوعد الله تعالى بالعقاب من اتبع غير سبيل المؤمنين، فدل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب.

فتكون العادة محكمة فيجب العمل بها. ولا ينافي هذا أن تكون الآية الكريمة دليلاً على حجية الإجماع، كما هو مشهور عن الإمام الشافعي.

وأما دليل السنة على اعتبار أن العادة محكمة، فقد دل على ذلك قوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن" وهذا الحديث معناه صحيح، والكلام في السند: وفي سند هذا الحديث قال العلاني: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، لا بسند ضعيف ولا بغيره بعد طول البحث وكثرة الكشف، وإنما هو من قول ابن مسعود موقوفاً عليه.

ومع هذا فالحديث يدل على المطلوب، سواءً روي مرفوعاً إلى النبي ﷺ أو روي موقوفاً عن ابن مسعود < لأن سياق الحديث يوحي بأن المراد بالمسلمين: الصحابة، وأئمة السلف والخلف من أهل الحل والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين، وهذا ما يفهم من كلام الآمدي، وابن حزم، والشاطبي في كتابه (الاعتصام).

حيث يقول: إنَّ المسلمين صيغة عموم، واللام فيها للاستغراق الذي يدل على إجماع أهل الحل والعقد، وما رآه أهل الإجماع حسناً، فهو عند الله حسن، ويكون الحديث بهذا المعنى حجة، وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة في التشريع.

وأما دليل الإجماع على اعتبار العادة محكمة، فقد أجمع أهل العلم على أن العادة محكمة في الأمور التي تتكرر عادة؛ لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا

تعارض مع النصوص الشرعية ، ومقاصد الشريعة العامة. ومن ذلك ما تعارف الناس عليه في زمن النبي ﷺ فقد تعارفوا أموراً تتعلق بشئون الحياة فلم يحرمها رسول الله ﷺ ولم ينهاها فدل على جوازها.

وبذلك ، فقد وضح اعتبار العادة في التشريع ، بهذه الأدلة التي سقناها من الكتاب الكريم ، فإنه لما دل على اعتبارها جاءت السنة مبينة لما جاء به الكتاب ، ولما علم الفقهاء بأن الكتاب والسنة دلا على اعتبار العادة ؛ لم يجدوا بداً من الإجماع على اعتبارها فيما ليس فيه نص شرعي من الأحكام المطلقة.

فكانت العادة مستنداً ودليلاً يحكم في الوقائع والتصرفات المستحدثة في كل زمان ومكان ، في مسائل تعد كثيرة لا اعتبار العرف والعادة حكماً ومناطاً للأحكام ، وعطف العرف على العادة من عطف العام على الخاص.

ج. فروع هذه القاعدة:

ولهذه القاعدة فروع ؛ ومن أهم الفروع لهذه القاعدة : سن الحيض عند النساء ؛ فإن أقل سنٍ تحيض فيه المرأة تسع سنين قمرية ، ويثبت ذلك بالاستقراء الذي أجراه الإمام الشافعي على عادات النساء ، فهو قد سأل فأخبر بأن البنت تحيض في سن تسع سنين.

والمعتبر في الاستقراء التقريب لا التحديد ؛ لأن الاستقراء الكامل مستحيل ، فالحكم هنا نتيجة ظنية ، حيث ثبت بالاستقراء الناقص ، والأخذ بالظن رحمة من الله بعباده ، وهو من أسباب اختلاف الفقهاء في مسائل الفقه ، فتكون العادة محكمة ، لأن ما ورد في الشرع ولا ضابط له شرعي ولا لغوي يتبع فيه الوجود ، والوجود معناه : الاستقراء.

ومن الفروع: البلوغ، ومرجع البلوغ إلى العرف؛ حيث جرت العادة بأن الغلام إذا احتلم يحكم ببلوغه، وإذا لم يحتلم؛ فلا يحكم ببلوغه حتى يتم خمس عشرة سنة، وهذا مبناه على العرف والعادة الجارية، وعليه تكون العادة محكمة.

ويقضى ببلوغ البنت بنزول دم الحيض، أو بالاحتلام، أو ببلوغها السن المذكورة وهي خمس عشرة سنة.

ومن الفروع المندرجة تحت القاعدة: الإنزال، فهو يختلف باختلاف البلاد رطوبة وحرارة، فالولد في البلاد الحارة التي تكون على خط الاستواء أو قريباً منه يكون أسبق في البلوغ من الولد في البلاد الباردة، ويختلف كذلك باختلاف الأشخاص في القوة والضعف، والصحة والمرض، فدل على اعتبار العرف والعادة، فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع: أقل الحيض وأكثره، والحيض هو الدّم الخارج من قبل المرأة حال صحتها من غير سبب ولادة ولا افتضاض.

وأقل مدة تحيض فيها المرأة يوم وليلة على المذهب، وأكثره خمسة عشر وغالبه ست أو سبع. وأقل النفاس لحظة، وأكثره ستون يوماً، وغالبه أربعون يوماً، وأقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوماً، وغالبه تمام الشهر بعد الحيض. ولا حد لأكثر الطهر بين الحيضتين؛ لأن من النساء من لا تحيض في عمرها إلا مرة واحدة، أو تحيض في كل سنة يوماً وليلة، كما وجد من لا تحيض أصلاً.

فقد روي: "أن امرأة ولدت على عهد النبي ﷺ فلم تر الدم، فسميت: ذات الجفوف" حيث إن ولادتها جافة.

وثبت ذلك بالاستقراء وكان موجوداً ومشاهداً بين الناس، والعادة تحكم به.

ومن الفروع: الأفعال المنافية للصلاة: قال الإمام النووي: "إن الفعل الذي ليس من جنس الصلاة إن كان كثيراً أبطلها بلا خلاف، وإن كان قليلاً لم يبطلها بلا خلاف، هذا هو الضابط".

ثم اختلفوا في ضبط القليلة والكثير، والصحيح المشهور، وبه قطع الجمهور: أن الرجوع فيه إلى العرف والعادة، الرجوع في الكثرة والقلة إلى العرف والعادة، فما يعده الناس كثيراً بحيث إذا رئي المصلي وهو يفعلها خيل للناظر أنه لا يصلي تبطل الصلاة به، وإلا فلا، وذلك بناءً على العرف، فتكون العادة محكمة، فما عدّه الناس كثيراً كخطوات كثيرة متوالية، وفِعلات متتابعة، فتبطل به الصلاة.

أما ما يعدّه الناس قليلاً كالإشارة برد السلام، وخلع النعل، ورفع العمامة ووضعها، ولُبس ثوب خفيف ونزعه، وحمل صغير ووضعها، ودفع مارٍ وأشباه هذا، فالصحيح المشهور أن الصلاة لا تبطل به، وكل ذلك مرجعه إلى العرف والعادة، فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع: قليلُ النجاسة وكثيرها: وهي لغة: ضد الطهارة، وشرعاً: قذرٌ مخصوصٌ يمنع جنسه الصلاة، والنجاسة يجب اجتنابها، والاجتناب معناه: التباعد، فيجب إبعادها عن بدن المصلي وثوبه، ومكان صلاته، حيث لم يعف عن هذه النجاسة لقوله تعالى: ﴿وَيَا بَنِي إِسْرَءِيلَ فَطَهِّرُوا﴾ [المائدة: ٤]، ولحديث النبي ﷺ: ((تنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه)).

وإذا كانت النجاسة غير نجاسة الكلب والخنزير، فيعفى عن قليلها دون كثيرها، ومرجع القلة والكثرة العرف الجاري بين الناس، فما يعدّه الناس قليلاً يعفى عنه، وما يعدونه كثيراً لا يعفى عنه.

وللعلماء في قليل النجاسة وكثيرها مذاهب: فذهب الإمام أبو حنيفة: إلى أن قليل النجاسة معفو عنه وحدده بقدر الدرهم، وشذ محمد بن الحسن فقال: إن كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة. وذهب الإمام مالك: إلى أن قليل النجاسة وكثيرها سواء، إلا الدم، وإذا صلى وفي ثوبه روث أو بول حيوان لا يؤكل لحمه من الدواب وكان أكثر من قدر الدرهم؛ لم تجز صلاته، والأصل عنده: أن القليل من النجاسة في الثوب لا يمنع من جواز الصلاة.

وذهب الإمام الشافعي: إلى أنه إذا كانت النجاسة بحيث يقع بصره عليها، يمنع جواز الصلاة؛ لأن الصلاة تلزم لها الطهارة من النجاسة العينية، والطهارة شرط لجواز الصلاة، كما أنها لا تجوز مع الحدث الحكمي، فكذا لا تجوز مع النجاسة - وإن كانت قليلة - فالشرط هو الطهارة من الحدث ومن النجاسة، فكما أن الشرط ينعدم بالقليل من الحدث وكثيره، فكذا ينعدم بالقليل من النجاسة، والقلة والكثرة مرجعها إلى العرف الجاري بين الناس، فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة: الموالاة في الوضوء، والموالاة ركن في الوضوء عند المالكية، وسنة عند الشافعية، والمعتبر طول الزمان وقصره بالنسبة للموالاة في الوضوء: هو العرف، وهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثاني: ألا يحذف العضو الأول قبل الشروع في الثاني مع اعتدال الهواء، والمزاج، والزمان، والمكان، فإذا مضى بين العضوين زمن يحذف فيه المغسول مع اعتدال الزمان، وحال الشخص، فهو تفريق كثير، وإلا فهو تفريق قليل.

ومن ثم فلا اعتبار بتأخر الجفاف بسبب شدة البرد، ولا بتسارع الجفاف لشدة الحر، ولا بحال المبرود والمحموم، ويعتبر التفريق من آخر الفعل المأتي به من أفعال الوضوء.

والمدقق للنظر يجد أن الوجه الثاني يرجع إلى الأول فهما متداخلان، وهما متفقان.

ومن الفروع: الموالاة بين الصلاة في الجمع، والموالاة بين الصلاتين معناها: أن يصلي الثانية بعد الأولى بغير فاصل بعيدٍ، ويعد تأخيراً عرفاً، وإلا بطل الجمع عند الشافعية، وتصلى الثانية في وقتها، فالحكم في الموالاة يرجع إلى العرف، وشرط الجمع عند الشافعية: النية، والموالاة، لا يصح الجمع بين الصلاتين إلا بالنية والموالاة وهذا عند الشافعية.

ومنها أيضاً: الموالاة بين الخطبة وصلاة الجمعة؛ فلكي تصح الخطبة لإقامة صلاة الجمعة لا بد من الموالاة العرفية بين الخطبة والصلاة، بحيث لا يعد في نظر الناس أنه فاصلٌ كبيرٌ بينهما، وإلا وجب على الخطيب أن يعيد الخطبة، ثم الصلاة. فالحكم هنا في طول الفصل وقصره هو العرف والعادة، فتكون العادة محكمة.

ومن هذه الفروع التي تندرج تحت قاعدة العادة محكمة: الفصل بين الإيجاب والقبول:

والإيجاب: ما يكون أولاً، والقبول: ما يكون ثانياً من أحد المتعاقدين، والفصل بين الإيجاب والقبول يبطل الإيجاب في جميع العقود؛ إذ يشترط فيها ألا يفصل بين الإيجاب والقبول كلامٌ أجنبي، ولا سكوتٌ طويل، فإذا كان الفاصل طويلاً عرفاً بطل الإيجاب، ولا بد من إيجابٍ جديد، وإذن يكون الحكم أو المحكم في طول الفاصل وقصره هو العرف والعادة الجارية بين الناس، فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع التي تندرج تحت قاعدة العادة محكمة: السلام ورده: أما إلقاء السلام: فهو سنة كفاية، وأما الرد: فهو واجب كفائي، والرد فوري عرفاً؛ لأنه من وسائل المحبة، فالحكم في طول الفاصل وقصره العادة والعرف، وعليه تكون العادة محكمة.

ويلاحظ أنَّ إلقاء السلام أفضل من رده ؛ لأنَّ الذي ألقى السلام بدأ أولاً بالتكريم ،
والله تعالى يقول : ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِحِجَّةٍ فَحَيَّوْا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوْهَا ﴾ [النساء : ٨٦] .

والرسول ﷺ يقول : ((للمسلم على المسلم ستّ : يسلم عليه إذا لقيه ، ويشمته إذا عطس ، ويعوده إذا مرض ، ويجيبه إذا دعاه ، ويشهده - أي : يشهد جنازته - إذا توفى ، ويحب له ما يحب لنفسه ، وينصح له بالغيب)) .

ومن الفروع التي تندرج تحت قاعدة العادة محكمة : قبول القاضي الهدية ، وقبول القاضي الهدية فيها تفصيل : فإذا كانت الهدية من شخص قد اعتاد أن يُهدي القاضي قبل توليه منصب القضاء ، ثم أهدى له بعد التولية فلا شيء ؛ لأنَّ العادة محكمة ، بشرط : ألا يزيد المهدي على ما اعتاده قبل التولية ، وإلا حُرِّم الإهداء ، ووجب إعادة الهدية ، ووجه ذلك أنَّ التهمة في إعطاء الهدية منتفية ما دامت بنفس القدر الذي اعتاده قبل ذلك ؛ لأنَّ المنع من قبول القاضي للهدية إنما يكون من أجل الخصومة ، فالتهمة منتفية بدليل وجود المهاداة بينهما قبل الولاية .

وإذا لم تكن له عادة حرم الإهداء ؛ لأنَّ الهدية في هذه الحالة تكون رشوة ، وهي رشوة مقنعة في صورة الإهداء ، لأنَّه إنما أهدى للقاضي من أجل القضاء ، نعم لو لم تسبق عادة في الإهداء ، ثم أهدى إليه بعد التولية ، وليس في محل القاضي ؛ ننظر في هذه المسألة : إنَّ كان له مصلحة حرم ذلك ، وإن لم تكن له مصلحة فلا يحرم الإهداء ، وإذا كانت عادته الإهداء إلى القاضي ثم زاد في مقدار الهدية فتحرم الهدية ؛ لأنه يُشترط اتحادها كمًّا ، وكيفًا ، وجودةً .

ومع هذا كله فإنَّ علاء الدين الطرابلسي يرى : أنَّ الأولى للقاضي أن لا يقبل الهدية مطلقًا ، لوجود التهمة حيث يصدق القول : " إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الشباك " .

ومن الفروع التي تدرج تحت قاعدة العادة محكمة: القبض والإقباض: يكون القبض من المشتري، والإقباض من البائع، والمراد بالقبض: قبض المبيع بالكيفية المتعارف عليها بين الناس، فتسليم البيت المبيع يتم إذا أخلى من أمتعة البائع وتسلمه المشتري، ولكن هذا العرف قد تغير، فالتسليم يتم بالتخلية فقط، فإذا كان الثمن منقولاً يقبض البائع الثمن بما يراه العرف، وإن كان غيره منقول فالتسليم يتم بالتخلية بينه وبين المشتري، فالحكم في القبض والإقباض يرجع إلى العرف فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة: التأخير المانع من الرد بالعيب، فإن الرد بالعيب يكون على الفور متى علم المشتري به، فإذا تأخر في الرد عرفاً سقط حقه في الرد، وضابط التأخير وعدمه العرف والعادة، فتكون العادة محكمة، وإنما كان الرد بالعيب على الفور؛ لأن الرد على التراخي يتضرر به البائع، والرد على الفور ليس معناه المبادرة بالرد فوراً، فقد يحتاج المشتري بعد علمه بالعيب إلى التروي، لينظر إلى ما هو الأصلح له، هل يرد أو لا؟ ولكن ينبغي أن تكون مدة الانتظار بالقدر الذي يحتاج فيه إلى التروي حسب العرف، فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع: المعاطاة في البيع، والمعاطاة: هي الأخذ والعطاء في البيع بدون صيغة، وفيها خلاف بين الفقهاء، فالشافعية يقولون: لا بد من صيغة لفظية في عقد البيع حتى يكون البيع صحيحاً، وقال المالكية والحنابلة: تقوم المعاطاة مقام الصيغة. وعلى القول بجواز المعاطاة في البيع فإنها تكون في العظيم والحقير؛ لأن إلزام الناس بالصيغ المعهودة فيه مشقة، والعرف جرى بالتعامل بالمعاطاة، والشارع الحكيم يلزمنا بذلك لقوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن" وعليه فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة: دخول الحمام، ودور القضاء، والولادة، والعرف هو المتبع في دخول الحمام، فهناك في بعض البلاد يكون الدخول بالإذن، وفي بعضها بالتعاقد، وفي بعضها يكون بعد استيفاء المنفعة، وهذا بالنسبة للدخول بالأجرة، وكذلك يكون العرف هو المتبع في دخول دور القضاء والولادة، والعرف الجاري الآن: يقضي أن يكون الدخول بواسطة الحاجب الذي يقف على باب القاضي، أو يقف على باب الوالي، فالمحكم في الدخول العرف، وهذا من عطف العام على الخاص.

ومن الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة: السباق، والسباق والمسابقة تكون بالخيول والإبل والبغال والحمير والفيلة والرمي بالسهم، وكذلك السباق بالسيارات وغيرها كالجري والسباحة، تصح بعوض وبغير عوض، لقوله ﷺ: ((ولا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر)).

ويقاس عليها غيرها مما وجد حديثاً في هذه الأزمنة، وعن أنس < قال: ((كانت لرسول الله ﷺ ناقة تُسمى: العضباء، وكانت لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها، فاشتد ذلك على المسلمين، وقالوا: سُبقت العضباء، فقال رسول الله ﷺ: إن حقاً على الله ألا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه)).

وفي هذا دليل على جواز السباق، حيث كان السباق موجوداً في عصر النبي ﷺ وحصل لرسول الله بناقته العضباء، فدل ذلك على جواز السباق للحصول على الجائزة.

فإن كانت الجائزة من غير المتسابقين جاز ذلك عند الجمهور، وأما إذا دفع كل واحد من المتسابقين مبلغاً من المال فمن غلب أخذ هذا المبلغ فإن هذا مما وقع الاتفاق على منعه وتحريمه، فإذا كانت عادة في مسافة، ومن وصل إلى هذه

المسافة أولاً استحق الجائزة يُنزل المطلق فيها على ما جرى به العرف، وعليه فتكون العادة محكمة.

ومن الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة: المبارزة في الحرب، يقال: برز له إذا خرج لينازله بالسيف، وقد بارز في الحرب مبارزةً، فهو مبارز، والمبارز هو المقاتل. فإذا اطردت العادة الجارية، اطردت العادة أو عادة الناس المتبارزين بالأمان، من خرج مبارزاً فالعادة جرت بالأمان، ولم يجز بينهما شرطٌ فالأصح أن العادة تنزل منزلة الشرط.

وقد كانت المبارزة ضرباً من ضروب الحرب في عهد الرسول ﷺ وذلك بأن يخرج رجلٌ جلدٌ من صفوف المسلمين، ومثله من صفوف المشركين، فإذا خرج شخصٌ للمبارزة أصبح آمناً، فلا يشترط الأمان إن وجد العرف والعادة في الأصح، وإن لم يُوجد هذا العرف اشترط الأمان، وعليه فالعادة محكمة، ومقابل الأصح: أن العادة لا تنزل منزلة الشرط، وعليه فالأمان غير مشروط للمبارز، وعلى ذلك يجوز قتله، إلا أن هذا لا يليق بأخلاق المسلمين، وبناء عليه فلا يجوز قتله إذا خرج للمبارزة، حتى ولو لم يشترط الأمان لنفسه، لأن العادة تنزل منزلة الشرط، والمسلم ليس من طبعه الغدر.

وإذا طلب المبارزة كافرٌ استحب الخروج إليه؛ لأننا إذا لم نجبهم ظنوا الضعف بنا، ومحل هذا إذا كان بيننا من يقوى عليه، وإلا كانت الإجابة بالمبارزة غير مستحبة؛ ولذلك قالوا: لا تجوز المبارزة إلا بإذن الإمام، وتكون بدون إذن الإمام جائزة مع الكراهة؛ فقد طلب المبارزة عتبة بن ربيعة في يوم بدر، وكان معه ابنه وأخوه، فنادى في المسلمين: من يبارز؟ فخرج له شبابٌ من الأنصار،

فقال لهم: ومن أنتم؟ قالوا نحن من الأنصار، وأخبروه بذلك، فقال لهم: لا حاجة لنا فيكم، إنا نريد بني عمنا، فقال رسول الله ﷺ: ((قم يا حمزة، قم يا علي، قم يا عبيدة))، فأقبل حمزة إلى عتبة، وأقبل علي إلى شيبه، وأقبل عبيدة إلى الوليد، فأثخن كل واحدٍ صاحبه، ثم مالوا إلى الوليد فقتلوه، واحتملوا عبيدة جريحاً، وهذا دليلٌ على جواز المبارزة وعلى أن يعين كلٌ من المبارزين بعضهم بعضاً.

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

هذه القاعدة الفرعية مندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.

أ. معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن العادة الجارية بين الناس يجب العمل بموجبها إذا لم تكن مخالفة للشرع؛ لأنه ما دامت العادة جارية بين الناس، وانتشرت على هذا الحجم، فإنه يستحيل تواطؤهم على الكذب والضلال؛ لكثرتهم واختلاف أقطارهم، ولكن لا مانع من تبديل الحكم المبني على استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء، المبنية على العرف أو على الاجتهاد والرأي إذا تبدل العرف وكان الاستمرار على الحكم السابق فيه مشقة تصيب العباد.

ومن ذلك عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة الآن، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود، مع أن ذلك مخالفٌ لما نص عليه أبو حنيفة - رحمه الله - من الاكتفاء بظاهر العدالة بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة، ولكن أبا يوسف ومحمدًا نصا على أنه لا يُكتفى بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما،

ومن ذلك تضمين الساعي بالنميمة مع مخالفة ذلك لقاعدة الضمان على المباشر دون المتسبب ، ولكثرة السعاة المفسدين أفتوا بتضمينه.

ومعنى هذه القاعدة يتفق مع معنى القاعدة الكبرى ، وهي : العادة محكمة ، وهي شاملة في معناها لمعنى العرف العملي والعرف القولي.

معنى العرف العملي :

أما العرف العملي ، فهو : اعتياد الناس على تعطيل بعض الأيام من كل أسبوع عن العمل ، وكاعتيادهم عند بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حملتها إلى بيت المشتري على البائع ، واعتيادهم تقسيط أجور العقارات السنوية إلى أقسام معدودة ، وتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب من المهر ، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق ، فهذه التصرفات وغيرها تكون محكومة بالعرف العملي.

وبناء على هذا فلو وكلّ زيدٌ بكرةً بأن يشتري له خبزاً أو يشتري له لحمًا ، وكان من عادة الناس في تلك البلدة أكل خبز ولحم خاص ، فليس للوكيل أن يشتري للموكل خبزاً من نوع آخر ، أو يشتري له لحمًا من نوع جديد ، فإن ما اعتاده الناس هو الذي يجري بينهم اعتمادًا على إطلاق الموكل ، لأن العرف هنا يخصص هذا الإطلاق ، فيسمى عرفاً عامًا مخصصًا.

معنى العرف القولي :

وأما العرف القولي : فهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص ؛ حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهما بمجرد سماعه ، وهذا العرف - يسمى عند الحنفية والشافعية - عرفًا مخصصًا ، فلو قال شخص لآخر في مصر

مثلاً: اشتر لي سيارة بثلاثين ألفاً، فإنه يلزم الوكيل أن يشتري بالجنيه المصري، لأنه المتعارف عليه في مصر عند الإطلاق، وليس له أن يشتري بعملة بلدة من الأقطار العربية، أو الأوربية.

ب. فروع هذه القاعدة:

وهذه القاعدة لها فروع، ومن أهم فروع هذه القاعدة: أنه إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار أو منقول، وبعد وقوع البيع والشراء طلب أجره، فينظر إلى تعامل أهل السوق، فإذا كان إعطاء الأجرة معتاداً في مثل هذه الحال؛ استحق أجره المثل، وكذلك يحكم بوقف الكتب الشرعية أو العلمية والمصاحف الشريفة، ويكون الوقف صحيحاً إذا تعورف في بلدة يوقف فيها المنقول مع أن الوقف غير صحيح في المنقول في الأصل. والله تعالى أعلم.

دراسة القواعد من قاعدة "إمّا تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت" إلى قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "إمّا تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت"، ٢٠٩ وقاعدة "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"
- العنصر الثاني :** القواعد من "تعارض العرف مع اللغة"، إلى ٢١٧ "الحقيقة تترك بدلالة العادة"
- العنصر الثالث :** القواعد من "الكتاب كالخطاب"، إلى "المعروف عرفاً كاملاً مشروط شرطاً" ٢٢٥
- العنصر الرابع :** القواعد من "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، ٢٣٠ إلى "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"

قاعدة "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"، وقاعدة "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"

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

لكي يعتبر العرف صحيحاً يشترط فيه الاطراد، والغلبة.

والمراد من الاطراد في العرف أن يكون العمل به مستمراً، بحيث لا يتخلف في جميع الأوقات والحوادث، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم؛ لذلك قال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت، فلا تعتبر، قال إمام الحرمين في باب الأصول والثمار: كل ما يصح في اطراد العادة، فهو محكم، ومضمرة كالمذكور، قال ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير، وكان في بلدٍ اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب، قال في الهداية: لأنه المتعارف، فينصرف إليه.

وأما الغلبة فمعناها: أن يكون العمل بالعرف كثيراً ولا يختلف إلا قليلاً، لذلك قال الفقهاء: إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط، كما تنزل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف، وقد شرع الفقهاء على ذلك بأن التوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل، ويتقيد بغالب نقد البلد الذي فيه البيع تنزيلاً للغلبة منزلة النطق به صريحاً، فلو أن هذه العادة اضطربت في البلد، وجب البيان، وإلا بطل البيع، فالمراد بالغلبة هنا: أن يكون جريان أهله عليه حاصلًا في أكثر الحوادث أو عند أغلب الناس.

٢. قاعدة "العبرة للغالب الشائع لا للنادر":

الاطراد والغلبة والشيوع شرط لكي يعتبر العرف صحيحاً.

والمراد من الشيوع هنا اشتهاار العمل بذلك العرف، وانتشاره بين الناس، وإذا كان العرف الخاص لا يعتد به في الأصح في تخصيص النص أو الأثر، فأولى بذلك العرف النادر استعماله.

وأما إذا تساوى عمل الناس، وتساوى عندهم عدم العمل بالعادة أو العرف، فيسمى - حينئذ - عرفاً مشتركاً.

والعرف المشترك لا يصلح مستنداً، ولا يصلح دليلاً 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 بأنه يعتبر هدية، وتساوى العرفان، فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله، وزفت بهذا الجهاز إلى بيت زوجها، ثم حدث نزاع بينهما، واختلفا في أن الجهاز عارية أو هدية؟ فادعى الأب أنه عارية، ليتسنى له الرجوع عليها، ويتسنى له استرداده منها، وطالب برده إليه، وأنكرت البنت ذلك، وادعت أنه هبة، وتمليكٌ منه لها، فإنه لا يملك حق الرجوع عليها في هذه الحالة؛ 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، حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما، وحينئذٍ يكون القول هو قول الأب بيمينه، فيحكم له بدعواه.

وإذا كان أحد العرفين غالباً عمل به ، ولم يلتفت إلى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب يمينه ، فيحكم له بدعواه ؛ إذ لا تعارض - حينئذٍ - بين العرفين لعدم تساويهما ، وترجح أحدهما على الآخر يقوي العمل به .

ومن تتبع كلام الفقهاء فيما فرعوه من مسائل فقهية مبنية على العرف نجد أنهم قد نظروا إلى العرف العام والعرف الخاص باعتبار أن لكل منهما موقعه ومجاليه الاعتبار فيه ، ولذا جاء حديثهم عن شرط العموم بصيغة الاستفهام ، فقد قال ابن نجيم : هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ، ولو كان خاصاً ؟ والمذهب أن مطلق العرف معتبر ، وهذا يفيد القول باعتبار العرف الخاص ، والدليل على اعتبار العرف الخاص أن الفقهاء قالوا فيما يدخل في بيع الدور تبعاً ، وما لا يدخل : إن السلم المنفصل لا يدخل في بيع البيت ، إلا في عرف أهل القاهرة ، لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به ، والذي استظهره السيوطي وصححه هو أن العادة المطردة في ناحية ، أو بلد تنزل منزلة العرف العام ، فيعتبر كذلك في شأن أهله الذين تعارفوه ؛ ولذلك إذا اشتهر ولم يضطرب فإن ذلك يكون أقرب ، فلو أقر بدراهم مطلقة في بلدٍ دراهمه ناقصة ، لزمه الناقصة في الأصح ، وما ذلك إلا لأن العرف الخاص يؤثر في تصرفات الذين تعارفوه من إقرار وغيره .

فروع القاعدة :

إن لهذه القاعدة فروع ، ومن هذه الفروع : المدارس الموقوفة على دراسة الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح كمختصر ابن الصلاح ونحوه ، أو يقرأ فيها متن الحديث

كالبخاري ومسلم ونحوهما ثم يتكلم على ما في الحديث من: فقه، وغريب، ولغة، ومشكل، واختلاف كما هو في عرف الناس الآن؟.

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك. فأجاب بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين، فإنهم يختلفون في شروط، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد، فإن العادة جرت بين علماء مصر في هذه الأعصار بالجمع بين ما يتناوله الحديث سنداً ومتناً فيقول: حدثنا فلان عن فلان أن النبي ﷺ قال: ((إنما الأعمال بالنيات))، وهذا مما يختلفون فيه، فيقول بعضهم: وقفت كذا على أهل الحديث دراية، ويقول الآخر: وقفت كذا على أهل الحديث رواية.

ومن الفروع: لو جرت عادة المقرض برد أزيد مما اقترضه، فهل تنزل عادته منزلة الشرط؟ فكأنه قال له: أقرضك على أن ترد أكثر، فيحرم إقراضه، وفي هذه المسألة وجهان، أصحهما: لا، وعليه فلا يحرم إقراضه.

وأما رده لأكثر مما اقترض فإنما هو من باب الإحسان في القضاء، فقد رد رسول الله ﷺ أكثر مما اقترض، وقولهم: كل قرض جر نفعاً فهو ربا محمول على ما إذا كان ذلك مشروطاً في العقد، فإن اشترط في العقد، فهو ربا، وإلا فلا.

وأما مقابل الأصح فيقول: تنزل العادة منزلة الشرط، وعليه فيحرم إقراضه.

ومن الفروع المندرجة تحت قاعدة العادة: أنه لو اعتاد الناس بيع العينة، وبيع العينة أن يبيع الرجل عقاراً إلى رجل، ثم يشتريه في المجلس، فهذا هو بيع العينة، وهو جائز باتفاق.

وأما نهى النبي ﷺ عن بيع العينة، فهو محمول على أمرين:

الأمر الأول: أن العادة تنزل منزلة الشرط ، فيحرم بيع العينة وهو الرأي المختار.

الأمر الثاني: لا حرمة في بيع العينة لوقوع العقد سالماً من المفسدات ، ولعدم تحقق الحديث المقتضي للنهي عندهم ، وعليه فالعادة لا تنزل منزلة الشرط.

ومن الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة: إذا اطردت العادة بالأمان عند المباراة، فهل تكون بالشرط؟ فلو بارز كافر مسلماً، وكانت العادة مطردة بالأمان، فالأصح لا يجوز لمسلم قتله إغانة للمسلم، وذلك لأن العادة محكمة، وقتله يعتبر خيانة، وإهداراً للأمان، وهو غير لائق بالمسلمين.

وأما مقابل الأصح وهو الصحيح، فيقول: لا، فتكون هذه الصورة مستثناة من قاعدة "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" ومن قاعدة "العبرة بالغالب الشائع لا للنادر"، ولكن ماذا لو تعارض العرف مع الشرع، معلوم أن العرف لا يكون معتبراً في التشريع إذا خالف النص الشرعي؛ ولذا كان من شروط اعتبار العرف أن لا يخالف نصاً شرعياً.

ومعنى عدم مخالفة العرف النص الشرعي: ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، فلو كان مخالفاً فلا اعتبار له، كما لو تعارف الناس شرب الخمر، ولعب الميسر، وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعاً إلى غير ذلك مما حرم الله، فإن هذا العرف غير معتبر، فيحكم عليه بالبطلان وعدم الاعتبار لمخالفته للنص الشرعي.

وإذا كان العرف بهذا الضعف، والنص أقوى منه، فلا خلاف في رد العرف، وتركه إذا كان يلزم من العمل به إبطال النص الشرعي، أو يلزم تعطيله، وفي ذلك يقول السرخسي: وكل عرف ورد بخلاف الشرع، فهو غير معتبر، وهذا إذا كان مبطلاً للنص الشرعي من كل الوجوه، فإذا كان العرف يخالف النص في

بعض وجوهه ، فالعرف يخصص النص إذا كان عاماً ، ويقيده إذا كان مطلقاً وليس في هذا ترك للنص ؛ بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان ، فيحمل النص على حالة خاصة ، ويعملُ بالعرف فيما عداه ، وإن خالف القياس ؛ لأنَّ العرف مقدم على القياس ، ورعايته أولى.

ونوضح هذا بأنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ولا يملكه ، وجاء ذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام : ((لا تبع ما ليس عندك)) ، فإنَّ هذا النص عام ، ومع ذلك فإنَّ الفقهاء قالوا بجواز عقد الاستصناع بالتعامل الجاري به بين الناس ، وذلك من عهد الصحابة والتابعين إلى وقت الناس في هذا العصر من غير تكير مع أنَّ النص يشمل بيع عقد الاستصناع إذ يصدق على عقد الاستصناع أنَّه بيع ما ليس عند الإنسان ، فيكون منهياً عنه بالنص ، ولكن لم يلزم منه إبطال النص ، والقضاء عليه ؛ بل عمل بالنص ، والعرف معاً ، فهو عمل بالعرف في الاستصناع ، وبالنص فيما عداه فلم يترك النص بالعرف كلياً.

وإذا لم يكن العرف متعارضاً مع النص من كل الوجوه ، وأمكن العمل بكل منهما ، فأيهما يقدم في هذه الحالة ؟

إذا تعارض العرف مع الشرع ، ولم يتعلق بالشرع حكم ؛ قدم عرف الاستعمال على الدليل الشرعي ، فمثلاً : لو أن شخصاً حلف لا يأكل لحماً ، لم يحنث إذا أكل سمكاً ، وإن كان قد سماه الله تعالى لحماً في قوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [النحل: ١٤] ؛ وذلك لأنَّ الشارع حين سماه لحماً ، لم يتعلق بالتسمية حكم ، فالتسمية هنا عارية عن الحكم ، والعرف لا يسمي السمك لحماً ، فالعرف حينئذٍ متعارضٌ مع تسمية القرآن السمك لحماً ، فيقدم العرف - حينئذٍ - فلا يحنث بأكل السمك ، وكذلك لو حلف لا يجلس على

بساط أو لا يجلس تحت سقف أو في ضوء سراج ؛ لم يحنث بالجلوس على الأرض ، وإن سماها الله تعالى بساطاً ، في قوله تعالى : ﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بِسَاطًا** ﴾ [نوح : ١٩] .

ولا في الشمس ، وإن سماها الله سراجاً ، في قوله تعالى : ﴿ **وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا** ﴾ [نوح : ١٦] ، وكذلك لو حلف إنسان أنه لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضع رأسه على جبل ، وإن كان الله تعالى قد سمى الجبال أوتاداً في قوله تعالى : ﴿ **وَالْجِبَالُ أَوْتَادًا** ﴾ [النبا : ٧] ؛ لأن الشرع حينما سمى الجبال أوتاداً لم يعلق بالتسمية حكماً ؛ فالتسمية عارية من الحكم الشرعي ، والعرف لا يسمي الجبال أوتاداً فيقدم العرف في كل ذلك على الشرع ؛ لأن التسمية استعملت في الشرع ، ولم يتعلق بها حكم وتكليف ، ومن ثم فإننا ندرك أن العادة محكمة ، هذا إذا لم يتعلق بالتسمية حكم .

وأما إذا تعارض العرف مع الشرع ، وتعلق به حكم ، فيقدم الشرع على العرف ، فمثلاً : إذا قال شخص : والله لا أنكح ، وعقد ووطأ فيكون حائثاً ، والحنث مترتب على العقد ؛ لأن النكاح حقيقة شرعية فيه ، ولا يحنث بالوطء ؛ لأنه مجاز فيه عند الشافعية .

وأما الحنفية فالنكاح عندهم حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، فيكون الحكم عندهم بعكس الشافعية ، وهذا في غير المتزوج ، أما المتزوج فيحمل كلامه على الوطء ، وكذلك لو حلف لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود ؛ لأن الصلاة تحمل على المعنى الشرعي ، والمعنى الشرعي للصلاة أنها أقوال وأفعال مفتوحة بالتكبير مختتمة بالتسليم بشرائط مخصوصة .

وذلك لأنه قد تعلق بالصلاة حكم شرعي ، وهو أن الله قد فرض خمس صلوات فلا يحنث إلا بذات الركوع والسجود فلا صلى صلاة النصاري - مثلاً - لم يحنث

كما لم يحنث بمطلق الإمساك في الصوم فيما لو حلف لا يصوم ؛ بل يحنث بحقيقة الصوم الشرعية ، وهي : الإمساك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ؛ لأنَّ الصوم تعلق به حكم شرعي فلا يحنث إلا به .

ومن ذلك لو قال رجل لزوجته : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها وعلمت به طلقت حملاً له على الشرع ، فإنَّ الرؤيا فيه بمعنى العلم ، لقوله ﷺ : ((إذا رأيتموه فصوموا)).

تعارض العرف مع الشرع في العموم والخصوص ، فإذا كان اللفظ في العرف يقتضي العموم ، وفي الشرع يقتضي الخصوص اعتبر خصوص الشرع في الأصح ، فلو حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث بأكل السمك ، فمدلول اللحم عام يتناول كل لحم أكل أو لم يؤكل ، لكن الشرع يخصه بالمأكول ؛ لأنَّ المذكي يحل أكله بخلاف غير المذكي فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم على العرف اللغوي وهذا في الأصح .

وأما مقابل الأصح فيقول : إنه يحنث أخذًا من عموم اللفظ ، فيقدم على خصوص الشرع لأنَّ دلالة التخصيص لا يفهمها إلا المتخصصون ، فيكون الحنث مطلقًا ، ولو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع ، إذ لا وصية لوارث ، فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم مدلول الشرع على العرف اللغوي ، فلا يستحق القريب الوارث الوصية ولا يستحق شيئًا منها لما روي عن أبي أمامة ، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)).

ووجه الاستدلال أنَّ الوصية لوارث لا تصح أصلًا ، وهو الظاهر ؛ لأنَّ النفي يتوجه إلى الذات ، وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين .

وقد قيل : إنّ آية الوصية للوالدين والأقربين أعم من أن يكونوا وارثين أم لا؟ فكانت الوصية واجبة لجميعهم ، وخص منها الوارث بآية الفرائض ، وبأحاديث الوصية ، وبقي حق من لا يرث من الأقربين من الوصية على حاله.

القواعد من "تعارض العرف مع اللغة"، إلى "الحقيقة تترك بدلالة العادة"

١. قاعدة "تعارض العرف مع اللغة" :

إذا تعارض العرف مع اللغة ، فأيهما يقدم؟

ذهب القاضي حسين إلى أنّ الحقيقة اللفظية تقدم عملاً بالوضع اللغوي ، إذ الأصل في الكلام الحقيقة ، ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكون المجاز خلفاً عنها ، والحقيقة اللفظية وضع اللفظ بإزاء المعنى.

وقال البغوي : تقدم الدلالة العرفية الآتية من جهة العرف على الحقيقة اللغوية ؛ لأنّ العرف يحكم في التصرفات من بيع وشراء ونفقات وغير ذلك مما يدور بين الناس من معاملات.

وعلى وجه الخصوص في الأيمان ، فإذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق ، وقال : أردت من وثاق ، فإنّ الطلاق بمعنى الإطلاق.

وهو حقيقة لغوية في الحّل من وثاق أو غيره ، وقد أصبح هذا اللفظ حقيقة عرفية في حل عصمة النكاح مجازاً في حل الوثاق ، وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من المجاز ، بينما تركت الحقيقة بدلالة العرف والعادة.

لأنّ الكلام موضوع للإفهام ، فإذا كان مستعملاً لشيء عرفاً ، ونقل عن معناه اللغوي ، فهذه العادة هي عادة الاستعمال رجحت إرادته ، فيدرك معناه الحقيقي.

ومثل ذلك النذور فإن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام، فإنه يلزمه حجة أو يلزمه عمرة، ويظهر ذلك واضحاً في الألفاظ المفردة، فإن لفظ الدابة يطلق على كل ما يدب على الأرض، وأريد به في العرف ذوات الأربع.

وينبغي أن يلاحظ: أن القول بتقديم العرف على اللغة أو العكس، حيث لا توجد النية، فإن وجدت النية عمل بها وتقديم العرف أو اللغة أو تقديم أحدهما على الآخر ليس لمجرد أن هذا لغة، وأن ذلك عرف؛ بل يشترط تبادل المعنى عند الإطلاق، فإذا تبادل المعنى العرفي قدم العرف، وإذا تبادل المعنى اللغوي قدم عرف اللغة، وهذا ما يراه الإمام الشافعي وهو قول جمهور الفقهاء.

ولتوضيح ذلك نورد بعض الأمثلة التي يتعارض فيها العرف مع اللغة وهي:

فإذا حدث شخص لا يسكن بيتاً فإن كان بدوياً حنث بسكنى المبنى وغير المبنى كالخيام؛ لأن غير المبنى يسمى بيتاً عندهم، فقد تظاهر فيه العرف واللغة، لأنهم يسمونه بيتاً، فالعرف قوى اللغة، واللغة قوت العرف، وإن كان من أهل القرى فوجهان:

فلو اعتبرنا العرف لم يحنث؛ لأن غير المبنى لا يسمى بيتاً عند أهل القرى، وإن سمي بيتاً في اللغة، والأصح الحنث ترجيحاً للغة على العرف، وهذا إذا لم يوجد عنده نية.

أما إذا وجدت النية فهي التي تحكم، ولو حلف شخص لا يأكل الخبز، فهل يحنث إذا أكل خبز الأرز؟ قال الشافعية: يحنث مطلقاً، وإن كان عند قوم لا يتعارفون ذلك اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوي؛ لأن كلمة خبز تطلق على كل مخبوز، فرجح هنا جانب اللغة على العرف، وقال الحنفية والمالكية: يحنث بما يعتاده أهل البلد، فيحنث بأكل الخبز المعروف دون غيره، فالحنفية يقدمون

العرف في الأيمان مطلقاً، وهذا هو المعقول والأقرب للصواب؛ لأنَّ الحالف حلف وفي نيته نوع معين من الخبز وهو المعتاد بين الناس، وجرت العادة به بينهم لا مطلق خبز كما هو المدلول اللغوي.

ولو تزوج شخص بأربع زوجات قال: زوجتي طالق، لم تطلق سائر زوجاته، عملاً بالعرف؛ لأنَّ العرف يطلق الزوجة على الواحدة فقط، وإن كان وضع اللغة يقتضي أن الطلاق يكون على الأربع؛ لأنَّ الزوجة اسم جنس، واسم الجنس إذا أضيف صار عاماً فمقتضى اللغة تطلقه على سائر زوجاته الأربع، ولكنه يقدم العرف حينئذ على الوضع اللغوي.

ومع ذلك فإننا نقول لمن صدر منه هذا الطلاق: يحرم عليك إتيان أي واحدة من زوجاتك، أو أن تستمع بواحدة منهن حتى تعين؛ لأن كل واحدة تصلح أن تكون مطلقة، فإذا كانت إحداهن في نفسه طلقت حسب نيته، وإلا ذهبوا إلى المفتي فيطالبه بالتعيين.

وإذا أوصى للفقهاء: فهل يدخل فيهم المناظرون والباحثون في أوجه الخلاف ومن يقارنون بين الآراء؟

قال في الكافي: يحتمل ذلك وجهين لتعارض العرف واللغة:

فالفقهاء: جمع فقيه، وهو من صار الفقه له سجية وملكة، وحقيقة الفقيه اللغوية هو العالم بالأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وكل علم شرعي فإنه داخل في هذا المعنى، فيدخل فيه المناظر وغيره، فإذا وجد عرف يتعارض مع المدلول اللغوي، فالحكم للعرف، ولكن الآن لا يوجد تعارض بين العرف واللغة مع كلمة فقيه؛ لأن الفقيه يطلق على من يناظر ويجادل ويقارن بين الآراء، وما قد اعترض به أبو زيد الدبوسي صاحب كتاب (تأسيس النظر)، على الإمام

الشافعي من : أنه قد اضطرب قوله ، فتارة يقدم العرف ، وتارة يقدم اللغة ، فقد أجاب عن ذلك الإمام الرافعي .

فقال : والحقيقة أنَّ الشافعي ليس كذلك ؛ بل إنَّ الشافعي يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها بحيث تكون عرفاً عاماً ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف ، إذا استمر واطرد .

فإذا كان الشافعي يبني قاعدة الأيمان على العرف إذا استمر ولم يضطرب بزمان ، فإنَّ اضطرب رجع إلى اللغة فلا يكون بذلك متناقضاً ، ولا يفهم من ذلك التناقض مطلقاً .

هل تعارض العرف قاصر على اللغة العربية في مسألة تجاذب الوضع اللغوي والعرف؟

قرر العلماء أن يكون ذلك قاصراً على اللسان العربي دون غيره ، فإذا تكلم بعبارة فيها عرف ولغة ، فالعرف يجذب الفرع إليه ليطبقه حسب ما يراه ، وكذلك اللغة تجذب العرف إليها لتعطيه حكمها ، وهذا خاص باللسان العربي .

في تعارض الحقيقة المستعملة ، والمجاز المتعارف ، نقول : المجاز المتعارف هو : اللفظ المستعمل في المعنى المجازي أكثر من استعماله في المعنى الحقيقي ، وكان غالباً في الاستعمال المتبادر إلى الفهم ، مثل : "أكلت من النخلة" فإنه حقيقة في الأكل من خشبها مجازاً في الأكل من ثمره ، ولكن الحقيقة هجرت عرفاً ، وأصبحت لا تراد من اللفظ ، وفي هذه الحالة يُحمل اللفظ على المجاز .

ومثل : "شربت من النهر" فإنه حقيقة في الشرب بالفم ، وذلك بأن ينبطح الشخص على بطنه ، ويشرب منه بفمه ، ومجازاً في غير ذلك كالشرب باليد ، أو

بالكوز، ولكن الحقيقة تُراد في بعض الأوقات كراحة الإبل يكرعون من النهر بأن ينبطحوا على بطونهم، ثم يشربون بأفواههم.

وفي تعارض الحقيقة المستعملة، والمجاز المتعارف يقول الإمام أبو حنيفة: الحقيقة المستعملة تترجح على المجاز المتعارف؛ لأنَّ الحقيقة هي الأصل، والأصل لا يترك إلا لضرورة، ولا ضرورة، فالحقيقة ترجحت لكونها حقيقة، وكونها مستعملة، أما المجاز فهو فرع الحقيقة ومرجوح، والمرجوح لا يقدم على الراجح، وقال الجمهور وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن: المجاز المتعارف أولى في الاستعمال من الحقيقة لسبقه إلى الفهم بسبب التعامل، والتفاهم به بين الناس، وتبادره رجح استعماله على الحقيقة التي صارت بمنزلة المهجورة، وقام المجاز مقامه، وهذا هو الحق؛ لأنَّ الظهور والتعارف هو المكلف به الإنسان، وعليه فلو حلف لا يأكل من هذه الخنطة، فإنه يقع على عينها عند الإمام أبي حنيفة؛ لأنَّ حقيقته المستعملة أكل عينها؛ فلا يحث بأكل خبزه، وقال الجمهور: ينصرف إلى ما يُتخذ من الخنطة كالحبز ونحوه، وهو ما تضمنته الخنطة، وهو المجاز المتعارف في أكلها، ومحل الخلاف - كما قال ابن نجيم - عند عدم النية، أما إذا نوى شيئاً، فهو على ما نوى من حقيقة أو مجاز.

تعارض العرف العام والخاص:

تعريف العرف العام:

العرف العام هو: ما تعارفه عامة الناس، سواء أكان قولياً أم فعلياً، وقد يكون ذلك على فعل شيء أو تركه، وعلى هذا فالعرف العام أو العادة الفعلية العامة معناه: غلبة صدور فعلٍ دون غيره من عموم الناس، أو من غالبهم، وهو يقابل

العرف الخاص مثل لفظ الدابة ، فإنها في أصل وضعها اللغوي اسم لكل ما يدب على الأرض ، ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع كالفرس والحمار مما يركب عادةً ويحملُ عليه ، وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لا يراد غيرها عند الإطلاق.

وأما تعريف العرف الخاص ، فإن العرف الخاص هو : ما تعارف عليه أهل العلوم ، وأرباب الحرف والصناعات لبعض الألفاظ ، بحيث يفهم منها عند الإطلاق لهذه المعاني الاصطلاحية دون المعاني اللغوية لتلك الألفاظ لجريانها في استعمالهم وتخطبهم ، ولا يتلفتون إلا إلى هذه المعاني الاصطلاحية ، وأصبح اللفظ حقيقة في المعنى العرفي كإطلاق لفظ الدابة على الحمار في مصر ، أو على الفرس في العراق ، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره ، فهذا من قبيل الحقيقة العرفية الخاصة ، وقد تكون العادة خاصة ببعض الفرق ، كالأذان للإسلام ، والناقوس للنصارى ، فهذا يقتضي أو يقضى بها عندنا ، فإذا تعارض عرفان وكان أحدهما عاماً سائداً في المنطقة كلها ، والآخر كان خاصاً ببلدة من البلاد ، فأيهما يقدم ؟

في هذه الحالة ، فإنه إذا كان المخصوص محصوراً أو يمكن الإحاطة به لم يؤثر في الحكم ، ويعتبر كالمُنسي ؛ فلا يعتبر ، وإنما يعتبر العرف العام ، وأما إذا كان المخصوص غير محصور ولا يمكن الإحاطة به علماً اعتُبر هذا العرف ، فلو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ، ومواشيهم نهاراً ، فهذه العادة تنزل منزلة العرف العام ، وتترتب الأحكام عليها في الأصح ، فإن انطلقت الدواب ، وأكلت من الزرع حكّمتنا العرف في الضمان وعدمه ، فإذا أكلت في وقت يجب على صاحب الزرع أن يحفظ فيه زرعته ؛ فلا ضمان ؛ لأنّه المقصر ، والعكس صحيح .

٢. قاعدة "الحقيقة تترك بدلالة العادة":

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة يدخل تحت مسألة تعارض اللغة مع العرف، فالحقيقة في اللغة مأخوذة من حق الشيء إذا ثبت، وحقيقة الأمر يقين، والمراد بالحقيقة هنا: دلالة اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب بحيث يدل عليه بغير قرينة سواء كان التعيين من جهة وضع اللغة، فيكون حقيقة لغوية، أو كان من غيرها فيكون حقيقة عرفية أو شرعية.

وعليه فالحقيقة ثلاثة أنواع: حقيقة لغوية وفي مقابلها مجاز لغوي. حقيقة شرعية وفي مقابلها مجاز شرعي. حقيقة عرفية وفي مقابلها مجاز عرفي.

تعريف الحقيقة اللغوية:

أما الحقيقة اللغوية: فهي أصل الحقائق الثلاث؛ لأن اللفظ وضع أولاً للمعنى اللغوي، ثم جاء الشرع فنقل ألفاظاً كثيرة ليؤدي بها المعنى الشرعي المراد مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوي، كما نقل أهل العرف العام، أو الخاص بعض الألفاظ، واستعملوها فيما تعارفوه بينهم، فأصبحت هذه الألفاظ مجازاً في اللغة، وحقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً، وحقيقة عرفية أو عرفاً في الاستعمال عاماً أو خاصاً، وفي هذا يقول ابن الحاجب: إنَّ الألفاظ التي استعملها الشارع مجازات لغوية، ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية، وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء؛ لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة، والزكاة، والصيام، والحج وجدناها استعملت في لسان الشرع للعبادات، فالصلاة اسم للدعاء، ثم سمي بها العبادة المعلومة مجازاً في اللغة، وحقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً، سواء كان فيها دعاء، أو

لم يكن كصلاة الأخرس ، حيث إنها شُرِعتْ لذكر الله تعالى ، قال تعالى : ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾ [طه: ١٤] ، أي : لتذكري ، أو لتذكرني ، وكل ذكر دعاء ، فإن من قال : "الله أكبر" صح أن يقال دعا الله تعالى .

والحج في اللغة القصد ، ثم صار اسماً لعبادة معلومة مجازاً في اللغة ، وعرفاً شرعياً ، وكذلك العمرة فهي في الأصل الزيارة ، ثم صارت اسماً لزيارة مخصوصة بشرائطها ، وأركانها المعلومة شرعاً ، والزكاة في الأصل النماء ، ثم صارت اسماً للمعنى الشرعي ، وهو أداء بعض المال النامي بوجه مخصوص أتت به الشريعة ، والصوم فإنه في اللغة مطلق الإمساك ، وفي الشريعة خصص بنوع من الإمساك .

ولما كان الأصل في الكلام الحقيقة كان الواجب استعمال كل لفظ في معناه الحقيقي ، ولكنه قد يُهجر المعنى الحقيقي عرفاً وعادة ، فيكون الحكم في ذلك متعذراً أو كالمتعذر ، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ؛ إذ ينصرف المعنى إلى الدخول بأي وجه كان ركباً ، أو ماشياً ، أو حافياً ، أو منتعلاً ؛ لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيقي ، وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل ؛ لأن هذا المعنى مهجور عرفاً ، والعرف قاضٍ على الوضع ، وقد تُركت الحقيقة هنا بدلالة العادة ، والعرف .

وخلاصة ذلك كله : أن حقيقة اللفظ تترك ، ولا تعتبر بدلالة العرف والعادة على استعمال هذا اللفظ استعمالاً مغايراً لمعناه الحقيقي ، ويبنى على المعنى الذي دل عليه العرف والعادة ، وإذا دار الأمر بين الحقيقة والمجاز ترجحت الحقيقة ، لكن المراد بالحقيقة المذكورة في هذه القاعدة هي الحقيقة المهجورة ، فظهر بهذه القاعدة أن تحكم العادة والعمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة على معارضتهما ؛ بل يُعملُ بهما دونها .

القواعد من "الكتاب كالخطاب"، إلى "المعروف عرفاً كالشروط شرطاً"

١. قاعدة "الكتاب كالخطاب":

معنى القاعدة:

ومعنى هذه القاعدة: أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية، فما يترتب على المكالمات الشفهية يترتب على المكالمات الكتابية، وكما قيل: القلم أحد اللسانين، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، وعليه فكل كتاب يحزر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان، ويترتب عليه ما يترتب على النطق تماماً، وبناءً على هذا فإن سائر التصرفات المالية من بيع، وإجارة، وكفالة، وحوالة، يحكم بصحتها إذا تم القبول في مجلس قراءة الكتاب، أو خاطبه بالقبول هاتفيًا، والأمر كذلك في النكاح، غير أن صحة عقد النكاح تتوقف على أن يقرأ المكتوب إليه الكتاب، ويعلن الموافقة بمحضرٍ من الشهود.

أما شروط الكتابة المقبولة: فإن الكتابة تكون مقبولة، وفي حكم الخطاب إذا كانت مستبينة، وعلى الوجه المعتاد بين الناس، وإلا فلا يُعمل بها إلا بالنية، أو الإشهاد على ما في الكتاب، أو الإملاء على الغير، إلا خط السماسرة، والتجار، والصيارفة، فإنهم يكتبون ما عليهم في دفاترهم فيُعملُ به، وإن لم يقل: من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان، ويكفي في زماننا هذا أن يكون الكتاب مزيلًا بامضاء الشخص، أو بختمه، فإن ذلك يُغني عن تصديره بقوله: من فلان.

وأما المخطوط عليه فيشترط فيه أن يكون على قرطاس، فلو كتب على الجدار، أو كتب على ورق الشجر، أو على قرطاس، ولكن لا على وجه المرسوم عند

الناس، فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه، أو الإملاء على الغير ليكتبه، فالكتاب المستبين من الغائب كالخطاب من الحاضر، والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين، كالكتابة على الماء أو الهواء، فإنها لا تعتبر، والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر، فإن كتابته لا حكم لها، ويعتبر مجلس بلوغ الكتاب فيما يتوقف من العقود على القبول، أما فيما يتوقف على العلم فقط - كالوكالة - فلا يظهر تقييده بالمجلس؛ بل يكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب.

وفيما لا يفتقر إلى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق، كما إذا كتب: امرأتي طالق، فإنه لا حاجة في ذلك إلى الاطلاع؛ بل إلى الإرسال، ولا يتقيد بالغيبة، ويقع الطلاق بمجرد الكتابة، نوى الطلاق أو لم ينو إذا كان مرسومًا، وكذلك لو كتب وقال: إن الدين الذي لي على فلان بن فلان أبرأته منه صح وسقط الدين، وظاهره أنه يسقط بمجرد الكتابة أيضًا، والفرق بين الكتاب والخطاب يظهر في عقد النكاح، فلو كان حاضرًا فخاطبها بالنكاح، فلم تجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فالنكاح لا يصح، وأما ما في الكتاب، فإنه إذا أبلغها، وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت فيه الكتاب، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب، فإنه يصح النكاح.

٢. قاعدة "الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان":

أ. معنى القاعدة:

أن الأخرس - وهو: معقول اللسان خلقاً، أو عاهة دائمة - تكون إشارته معتبرة كالبيان الناطق في بناء الأحكام عليها تسهلاً عليه في قضاء مصالحه؛ لأن الكتابة

والإشارة المفهومة بدرجة واحدة من حيث الدلالة على المراد، سواء كان عالمً بالكتابة أو كان غير عالم، وسواء كانت الإشارة باليد، أو بالعين، أو بالحاجب ما دامت معهودة منه ويفهمها الآخرون، أما ما تعتبر فيه إشارة الأخرس، فإن إشارة الأخرس تعتبر في كل تصرفاته، ومعاملاته من نكاح، وطلاق، وبيع، وشراء، ورهن، وإقرار، ويمين، ونقول، ووصية... إلى غير ذلك من الأحكام.

وهذا من باب استحسان الضرورة لما يصيب الأخرس من ضررٍ وحرٍ لو لم تعتبر إشارته، كما أن الشارع قد اعتبر إشارة الأخرس في العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صحيحة، وكذلك المعاملات؛ بل إن الإشارة في بعض الأحيان تقبل، وتكون بياناً من القادر على الكلام في بعض المواضع؛ لما ثبت أن الرسول ﷺ وهو أفصح العرب والعجم قد أنبأنا بالإشارة عدد أيام الشهر حينما قال: ((الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا، ثم عقد إبهامه في الثالثة، ويشير بيده أنه تسعة، وعشرون ليلة؛ فلا تصوموا حتى تروه، فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين))، رواه البخاري، ومسلم.

فإذا صح أن تكون الإشارة من الناطق؛ فالعاجز عن النطق أولى أن تقبل إشارته، وتكون بياناً لما يريد، وإذا كان الكتاب من الغائب معتبراً كالخطاب، وهو قادرٌ على الحضور فأولى أن تعتبر الإشارة من الأخرس لعجزه وعدم قدرته على الكلام والتعبير، فكانت إشارة الأخرس كالبيان من الناطق.

ولكن متى لا يُعتدُّ بإشارة الأخرس؟ لا يُعتدُّ بإشارة الأخرس إذا كانت في عباداته ومعاملاته المدنية كلها تعتبر، فإنها في الحدود والعقوبات الخالصة لله لا تكون معتبرة بناءً على قاعدة "وجوب درء الحدود بالشبهات"، وعملاً بهذه القاعدة فالأخرس لا يحد، ولا يحد له، فإن كان قاذفاً فقدفه ليس بصريح، والحد لا

يجب عليه إلا بالقذف بصريح الزنا، وإن كان مقذوفاً فلعله كان بإيمائه مصداقاً للقاذف؛ فلا يتيقن بطلبه الحد، والحدود إنما شرعت زاجرة؛ فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة، بخلاف القصاص فإنه في معنى المعاوضة، وعند الشافعية تعتبر إشارته في القذف بشرط أن تكون معهودة، فلو لم تكن إشارته معهودة ومعلومة عند القاضي لزم استفساره ممن يعرف من نحو أصحابه، وجيرانه، وأقربائه، ويشترط أن يكون المترجم لإشارة الأخرس يشترط أن يكون عدلاً؛ لأن الفاسق لا يُعتدُّ بكلامه.

ب. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة أمور، منها: إسلام الأخرس؛ فلا يصح بالإشارة حتى يصلي بعده، والصحيح صحة الإسلام بإشارة الأخرس، وحمل القول بعدم الصحة على ما إذا لم تكن إشارته مفهومة.

٣. قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً":

أ. معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم - وإن كان لم يذكر صحيحاً - هو قائم مقام الشرط في الالتزامات، إذا كان لم يُذكر صريحاً، فهو قائم مقام الشرط في الالتزامات، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، وعلى هذا فإن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تُحمل على عادة كل بلد، فمن اشترى سيارة مثلاً دخل فيها العدة الخاصة بهذه السيارة، ودخل مفاتيحها وعجلها بدون ذكر في العقد للعرف المتداول وللعادة الجارية، ومن العرف الجاري أن المستفيد

من سند الأمر إذ 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.

ففي كل محلٍ يعتبر، ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف، وذلك بالأب يكون مصادماً للنص بخصوصه، وإذا ما تعارف الناس، واعتادوا التعامل على هذا العرف بدون الاشتراط، فهو مرعي، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، فكما لا تُسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تُعورف، واشتهر بينهم لا تسمع الدعوى بخلاف ما تُعورف، واعتيد العمل به بدون شرط؛ ولذلك قالوا: لو استخدم شخصٌ صانعاً في صناعة، وهو معروفٌ بها، وهذه صنعة التي بها قوام معيشته، ولم يعين له أجره، ثم بعد الفراغ من عمله طالبه الصانع بالأجرة فادعى أنه استعان به مثلاً على سبيل المساعدة، فإنه لا تسمع دعواه، ويلزمه دفع الأجرة بالمثل، وأما إذا كان الشرط المتعارف غير معتبرٍ شرعاً، وذلك بأن كان مصادماً للنص؛ فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس على العمل به، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر إذا ما تلفت العين المستعارة، أو المستأجرة بدون تعدٍ منه وبدون تقصير، لا يعتبر ذلك تعارف ولا يراعى؛ لأنه مصادمٌ للشرع.

ب. فروع هذه القاعدة:

وَمَا يَتَفَرَّعُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ: مَا لَوْ جَهَّزَ الْأَبُ ابْنَهُ بِجِهَازٍ وَدَفَعَهُ لَهَا، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ عَارِيَةٌ لِابْنَتِهِ؛ حَتَّى يَتَنَبَّهَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ إِذَا أَرَادَ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الْعَرَفُ مُسْتَمِرّاً أَنْ مِثْلَ ذَلِكَ الْأَبِ يَدْفَعُ مِثْلَ ذَلِكَ الْجِهَازِ عَارِيَةً أَوْ مِلْكاً، فَإِنَّهُ يَتَبَعُ،

ويكون القول قول من يشهد له العرف، ومن تشهد له البيئة، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب، والبيئة لل بنت.

ومن هذه الفروع: ما لو اختلف البائع، والمشتري في دخول مستلزمات السيارة في البيع، فإنه يحكم العرف الجاري في بيع السيارات، فإذا كان العرف يقضي بدخول هذه المستلزمات من عدة، وغطاء، وخلافه داخل، وإلا فلا.

ومن الفروع التي تدخل تحت القاعدة: ما لو دفع الأب ابنه إلى أستاذ مدة معلومة ليعلمه حرفة، ثم اختلفا، فطلب كل منهما من الآخر الأجر، فإنه يُحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة؛ لأن العادة جارية، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وكذلك يعتبر العرف في أن الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب، أو لا يدخله، والأشياء الثقيلة يقوم البائع بتوصيلها إلى المشتري أو لا، وإنما قيدنا الشرط بالمتعارف؛ لأن غير المتعارف لا يُعتبر إلا إذا كان شرطاً يقتضيه العقد، كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن، أو كان شرطاً يلائم العقد كاشتراط كفيل حاضر أو رهن معلوم، فهو غير ما نحن فيه.

القواعد من التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، إلى لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

١. قاعدة "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص":

أو الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وهذه قاعدة فقهية معروفة.

أ. معنى القاعدة:

أن العرف دليلٌ يثبت به الحكم كالنص الشرعي، حيث لا يوجد النص، فالثابت بالعرف كأنه منصوصٌ في العقد، وبمقتضى هذه القاعدة، فإن الانتفاع بالأعيان

المؤجرة والمستعارة إذا لم يبين في العقد يتعين بالعرف كيفية الانتفاع بهذه الأعيان، ويكون بحسب العرف، والعادة الجارية بين الناس ما لم يوجد شرط يخالف ذلك.

ب. فروع هذه القاعدة:

ومما يمكن أن يتفرع على هذه القاعدة ما لو استأجر داراً، أو حانوتاً من غير أن يبين من يسكنه، أو من غير أن يبين نوع الحرفة التي سوف يزاولها في هذا الحانوت، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع غير أنه لا يسكن حداً، ولا قصاراً، ولا طحاناً من غير إذن المؤجر، وكذلك لو استأجر حانوتاً في سوق البزازين - مثلاً - فليس له أن يتخذة للحدا، أو لطبخ، أو نحو ذلك مما يؤدي جيرانه.

وكذلك فلو تباع تاجران شيئاً ولم يصرحا في صلب العقد بأن الثمن نقد، أو الثمن نسيئة، فإن عقد البيع، وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً، إلا إنهم إذا تعارفوا على أن ذلك الشيء يؤدي ثمنه بعد أسبوع أو شهر، أو يؤدي مقسطاً لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً، وينصرف إلى عرفهم وعاداتهم في الأجل؛ لأنّ المعروف بالعرف كالتعيين بالنص، ومن ثمّ صرح السيوطي بأنّ العرف المطرد أو العرف الغالب في بلد، فإنه يرجع إليه في المعاملة التي تجري بين أهله، فقال: ومن ابتاع شيئاً وأطلق نُزّل النقد على الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا بطل البيع.

٢. قاعدة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم":

هذه القاعدة في معنى القاعدتين السابقتين، وهما: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، إلا أنّ هاتين القاعدتين في مطلق

عرف، وهذه القاعدة خاصة في عرف التجار، فإذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار على شيء غير مصادم للنص، فإنَّ 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 حالاً، أو على أن يكون الثمن منجماً على نجوم معلومة، أو يكون ذلك العرف مرعياً، فإن هذا العرف يكون مرعياً، ويُنزّل منزلة الشرط الصحيح.

ولا يتوهم متوهم أنَّ الدعوى بخلاف المتعارف لا تسمع، فيما لو سلم البائع السلعة، ثم جاء يدعي بكل الثمن، وأنه سلم السلعة ولم يقبض بعض الثمن المتعارف دفعه قبل التسليم؛ بل إن الدعوى تسمع منه بالكل وليس في سماعها مخالفة للعرف؛ وذلك لأنَّ العرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط، فهو يقضي بجعل المتبايعين كأنهما شرطاً تعجيل بعض معلوم من الثمن، وتنجيم الباقي صريحاً لا بأكثر من ذلك، حتى لو أراد البائع قبض كل الثمن قبل تسليم السلعة بحجة أنهما لم يشترطاً شيئاً لم تسمع دعواه، ولا يجاب طلبه؛ لأن الثمن واجب كله بالعقد؛ فلا يقضى بسقوط شيء منه بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً، والحاصل أن البائع بدعواه هذه ينكر قيام المشتري بما يقتضيه العرف، وذلك منه لا يصادم العرف، وما ذكره في المهر من أن المدخول بها إذا ادعت كل المهر على الزوج، أو على ورثته، وادعى الزوج أو ادعى الورثة دفع شيء لها من المهر يقال لها: إما أن تقرري بما تعجلت، وإلا قضينا عليك بما تعورف تعجيله.

والجواب عن هذا أن عرف التجار المذكور جارٍ على التقسيط والتنجيم لا على القبض فعلاً؛ بل إن القبض فعلاً قد يقع وقد لا يقع، بخلاف مسألة المهر، فإنها معللة بأن العرف جارٍ على أنها لا تسلم نفسها حتى تتعجل شيئاً من المهر.

الخلاصة: أنَّ 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، ويُنزَل بينهم منزلة العرف العام كما يلزمون به دون غيرهم ممن لم يتعارفوا عليه؛ لأنَّه لا يُحمل أحدٌ على عرف غيره؛ لأنَّه غير معلوم له.

٣. قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان":

معنى القاعدة: معنى هذه القاعدة يفيد أن تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإذا كان عرف الناس وعاداتهم يستدعيان حكماً، ثم تغير إلى عرف وعادة أخرى، فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم، وبهذا تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم لاختلاف العادة عن الزمان السابق، وأما الحكم الثابت بالنص فلا يتغير، فمثلاً أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً لم يره، وهذا ثابتٌ بحديث رسول الله ﷺ: **((من اشترى شيئاً لم يره، فهو للخيار إذا رآه))**، رواه البيهقي، في (سننه)، والدارقطني، وابن أبي شيبة، في (مصنفه)، وفي إسناده مقال.

وبناءً على هذا النص، فإنه لما كانت الدور تُبنى على نمطٍ واحدٍ قال الفقهاء المتقدمون: يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيتٍ واحدٍ منها، حيث جرت العادة بذلك، ولكن لما اختلفت طرز الإنشاءات، وصارت الدور تُبنى على كيفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر، وهو: أنه لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار، فهذا ليس باختلاف حجة، وبرهان؛ بل اختلاف عصر وزمان، وهذا مسلمٌ به، وهو سنة الله ﷻ في تشريعه لعباده، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان، وكان الحال ضيقاً لقلّة عدد الذرية، أباح الله نكاح الأخت لأخيه، ووسع في

أشياء كثيرة، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع، وكثرت الذرية، فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل، وحرم السبت، والشحم، ولحوم الإبل، وحرم أموراً كثيرة، وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها إلى غير ذلك من التشديدات، ثم جاء آخر الزمن، وضعف التحمل، وقل الجلد؛ فلفظ الله ﷻ بعباده، وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات، ورفع تلك التكاليفات، وقبل التوبات، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان، وتلك سنة الله الجارية في خلقه.

وهذه الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان والأحوال لا بد أن تكون بحالٍ تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار، أو تكون بحالٍ لا تشهد عليها بالإبطال إذا لم تشهد لها بالاعتبار، بمعنى أن تكون من المصالح المرسلّة، وهي: التي سكّتها عنها الشرع ولم يشهد لها لا بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولوحظ جهة منفعة، فهذه يجوز العمل بها، وإن لم يتقدمها نظيرٌ في الشرع يشهد لها بالاعتبار، كم وقع لسيدنا أبي بكر الصديق في توليته عهد الخلافة لعمر { وكترك الخلافة شورى بين ستة، وكتدوين الدواوين، وضرب العملة، واتخاذ السجون، وغير ذلك كثير، ممّا دعا إلى سنة تغيير الأحوال، والأزمان، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع، وليس له نظيرٌ يلحق به، ولوحظ فيه جهة مصلحة.

ولهذا، فقد أخذ فقهاء المذاهب بالمصلحة، ولهم فتاوى كثيرة قامت على المصلحة وحدها، وهذه الفتاوى لا يخلو مذهبٌ من المذاهب، كما أشار إليه القرافي، وابن دقيق العيد؛ حيث قال -فيما نقله عنه الشوكاني، في (إرشاد الفحول): الذي لا شك فيه أنّ الإمام مالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليّه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره، ولكن لهما ترجيح في الاستعمال له على غيرهما.

وقد وضع الفقهاء شروطاً ضبطوا بها العمل بالمصلحة، وهي:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية، أي: أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً، أو يدفع ضرراً، وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها.

الشرط الثاني: أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة، أي: ليست مصلحة شخصية، وبناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأغلب الناس، أو يدفع ضرراً لأكثرهم.

الشرط الثالث: أن تكون هذه المصلحة لا معارض لها، والأخذ بها لا يصادم نصاً ولا إجماعاً، فإذا عارض النص أو الإجماع فهي في الغالب مصلحة وهمية، ولا يعدل عن المصلحة الحقيقية التي ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية، فإذا عرفنا شروط العمل بالمصلحة، فإنها تتغير بتغير الظروف والأزمان، فإن عوامل تغير الأحكام نوعان:

الأول: فساد الزمان، وانحراف أهله عن الجادة.

الثاني: تغير العادات، وتبدل الأعراف، وتطور الزمن.

ومن الأمثلة التي توضح ذلك ما يلي:

فمثلاً: كان المتقدمون من الفقهاء في المذهب الحنفي يرون أن المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة، والوقف، وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته؛ فتبقى أعيان أمواله حرة فينفذ فيها تصرفه، وهذا مقتضى القواعد القياسية، ولكن لما فسد الزمان، وخربت الذمم، وكثر الطمع، وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجوه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، فلما حدث ذلك أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة - في وجه عندهم - بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين، إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله.

وكذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بتضمن الساعي بالفساد بتبدل أحوال الناس، مع أن القاعدة أن الضمان على المباشر دون المتسبب، وهذا من باب الزجر للمفسدين، فثبت بذلك أن أحكام الشريعة مسايرة لمصالح الناس؛ لأنها لم تجئ أحكاماً كلها ثابتة ومستقرة؛ بل من أحكامها ما يختلف باختلاف الأحوال، والأعراف، والحاجة، والمصلحة، ودفع الضرر والمشقة. والله أعلم.

الأدلة على أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان:

والدليل على أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان ما رواه أحمد، والبخاري أن علي بن أبي طالب قال: ((قلت: يا رسول الله إذا بعثتني في شيء أكون كالسكة المحماة أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب؟ فقال ﷺ: بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب))، فهو يريد أن يستفسر من رسول الله ﷺ هل الحكم الشرعي يكون كالعملة المضروبة للتعامل لا تتغير في ذاتها، ومن ثم فليس له اجتهد، أو أنه يجتهد حسبما يرى؟

فأجابه ﷺ بأن الحكم يتغير بتغير الحال، والزمان، وهذا يدل على تبدل الحكم بتبدل الزمان، وتغير الأحوال؛ ولذلك لما قدم عمر بن الخطاب < إلى الشام، ووجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ له حجاباً، واتخذ المراكب النفيسة، والثياب الغالية، وسلك مسلكاً لم يسلكه حكام المسلمين قبله، سأله عمر < عن سبب ذلك، فقال: "إنا بأرضٍ نحن محتاجون فيها لهذا"؛ فقال له عمر <: "لا أمرك ولا أنهاك".

قال القرافي معلقاً على هذه الحادثة: ومعناه أنت أعلم بحالك، هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسناً، أو غير محتاج فيكون قبيحاً؟ فدل ذلك من عمر وغيره على أن

أحوال الأئمة، وعلى أن أحوال ولاية الأمر تختلف باختلاف الأعصار، والأمصار، والظروف، والأحوال؛ ولذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن موجودة قديماً، وربما وجبت في بعض الأحوال.

ثم جاء عصر الأئمة بعد عصر التابعين فسلكوا هذا المسلك في النظر إلى الأحكام التي تثبت بالاجتهاد، وتثبت معللة بالعرف، ومراعاة المصالح والضرورات، فأفتوا بجواز الاستئجار على تعليم القرآن؛ لانقطاع عطايا المسلمين التي كانت في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم، بلا أجر لزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وكذلك الإمامة والأذان مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحبه وهو: عدم جواز الاستئجار على ذلك، وأخذ الأجرة عليه؛ لأنه طاعة كبقية الطاعات من: الصلاة، والصوم، والحج، وقراءة القرآن، ونحو ذلك من الأحكام التي تغيرت بتغير العادات وتطور الزمن.

ومن الأحكام التي تغيرت: أن النبي ﷺ نهى عن كتابة حديثه الشريف، ثم انصرف العلماء إلى تدوين السنة بأمر من عمر بن عبد العزيز - رحمه الله تعالى.

ومنها: كتابة القرآن الكريم في الورق، ثم طباعته بعد ذلك، وإنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة، وإنشاء الجامعات بأنواعها، وإنشاء المحاكم، والمستشفيات، والوزارات المتخصصة، واعتبار عقد الملكية حين التسجيل، ولو لم يتسلم المشتري العقار أو يخليه للبائع، كل ذلك يدل على مقدار احترام الفقهاء للعرف، وفهمهم أن الأحكام الفقهية ما وضعت إلا لمصلحة الناس، وضبط معاملاتهم التي يجب أن تخضع لأعراف الناس؛ حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال، وتغير الزمن.

ومن هذه الأحكام التي تتغير، ويتغير فيها الحكم تبعاً لتغير الزمن، واختلاف أحوال الناس: أن المطلق لزوجته في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر، وصدر من خلافة عمر { إذا جمع الثلاث بلفظ واحد، فإنه يقع واحدة؛ لما رواه أحمد عن ابن عباس } قال: طلق أبو ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثاً، فحزن عليه، فقال له رسول الله ﷺ: ((فإنها واحدة))، وفي رواية أبي داود، فقال النبي ﷺ: ((راجع امرأتك، فقال: إني طلقها ثلاثاً، قال: قد علمت فراجعها)).

ثم ذهب عمر، وابن عباس، وعائشة، والأئمة الأربعة { إلى أن هذا الطلاق يقع به الثلاث، وقد أمضى عمر < إيقاع الطلاق الثلاث، بلفظ الثلاث، أوقعه ثلاثاً معللاً ذلك بقوله: "إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم" وعمر لم يخف عليه أن الطلاق بلفظ الثلاث واحدة، وأنه هو السنة، وأنه توسعة من الله لعباده، وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث في لفظ واحد يكون طلاقاً واحدة، وهذا الاحتمال هو الذي جرى عليه أهل الظاهر، وقلدهم فيه فقهاء العصر الحاضر، ولكن أمير المؤمنين عمر رأى الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم به بامضائه عليهم؛ ليعلموا أن واحداً منهم إذا أوقعه جملة بانت امرأته، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

وهذا الحكم الذي رآه الإمام عمر < كان القصد منه أن يكون زجراً عن الاسترسال في الطلاق الذي تتابع الناس فيه، وقد تحقق المقصود من ذلك في زمن عمر؛ لأن الناس في زمنه قد تلاعبوا بألفاظ الطلاق، وطلقوا على غير السنة، فألزمهم عمر به عقوبة لهم على ما فعلوا.

يقول ابن القيم -رحمه الله- : فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان ، وعلم الصحابة { حسن سياسة عمر ، وحسن تأديبه لرعيته في ذلك ؛ فوافقوه على ما ألزم به الناس في أمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، وصرحوا لمن استفتاهم بذلك ؛ لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا يندفع إلا بإمضائه عليهم ، فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مصلحة عدم الوقوع.

ومن أجل ذلك ، فقد رأى كثير من الفقهاء : أن الأمور قد تغيرت ، ولم يعد هذا التقييد في الطلاق مفيداً ، فيجب أن تعود الفتوى إلى ما كانت عليه في عهد رسول الله ﷺ وقلدوا في ذلك أهل الظاهر.

ومن ذلك أن ظاهر الرواية عند الحنفية : أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي ، وفيه قولٌ ضعيف ، وهو أن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها إلا بولي ، فلما رأى المتأخرون فساد الزمان ، وتغير الأحوال أفتوا بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولي ، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء الذين اشترطوا في النكاح أن يكون بولي وشاهدي عدل.

فالأحكام الشرعية باقية بالنسبة للوقائع والحوادث بلا رفع ولا تزييف ، وإنما الذي تغير وتبدل هو مناط الحكم ، فإذا ارتفع المنط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملاءمته.

قال ابن القيم -رحمه الله : الأحكام نوعان : نوعٌ لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها ، لا بحسب الأزمنة ، والأمكنة ، والاجتهاد كوجوب الواجبات ، وتحريم المحرمات ، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ، ونحو ذلك لا يتطرق إليه تغيرٌ ، ولا اجتهادٌ مخالف لما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب المصلحة، ومنها أن التعزير شرع بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة، ومنها ما عزم عليه رسول الله ﷺ بحرق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدي العقوبة إلى غير من يستحقها من النساء والذرية، وأنه شرع التعزير بالعقوبات المالية في عدة مواضع، وكذلك الصحابة نوعوا في التعزيرات بعده ﷺ فكان عمر < يخلق الرأس، وينفي، ويضرب، ويحرق حوانيت الخمارين، والقرى التي تباع فيها الخمر، وحرق < قصر سعد بن أبي وقاص في الكوفة لما احتجب عن الرعية.

وكان لعمر < في التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه، ووفور علمه، وحسن اختياره للأمة، وحدوث أسباب اقتضت التعزير بما يردعهم، لم يكن مثلها في زمن رسول الله ﷺ أو كانت، ولكن الناس زادوا عليها، وتتابعوا فيها، فقد زاد عمر < في حد الخمر لما رأى الناس قد تبادوا في شربه، وتتابعوا في ذلك عما كان عليه الحال في عهد رسول الله ﷺ فجعل عمر حد الخمر ثمانين ونفى فيه، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه على كثير من الناس تبعاً لاختلاف المصالح وجوداً وعدمًا.

ومن الفروع المخرجة على هذه القاعدة ما ذكره ابن فرحون في كتابه (التبصرة)، من: أن مالكا قال: بأنه يلزم الزوج بنفقة العروس إذا كان العرف قد جرى بذلك، ولا يلزمه شيء منه، إذا لم يجز به عرف، ولما تحاكم الغزّالون إلى شريح القاضي، وقالوا له: إن سنتنا بيننا كذا وكذا، قال: سنتكم بينكم، أي: أن سنتكم هي القاضية.

ويقول ابن القيم - رحمه الله - : إياك أن تهمل قصد المتكلم، وتهمل نيته وعرفه؛ فتجني على الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه، وتلزم الحالف، والناذر، والعاهد ما لم يلزمه الله ورسوله ﷺ به.

والذي جعل العرف يكتسب هذه الأهمية، وأنَّ العرف لا تُغني عنه نصوص الأحكام المطلقة، والتي ترك التفصيل فيها للعرف، مثل: وجوب النفقة، وتعجيل المهر، وتأجيله في النكاح وغيره، وكذلك فإنَّ العرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة في علاقات الناس ومعاملاتهم التي تجري بينهم، ولا بد منها ليستطيعوا مواجهة أمور الحياة؛ لئلا تضيق المصالح، ولئلا تعطل الحقوق والأحكام، فقد حسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام لذلك باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول؛ ولذلك فإنه لما ندرت العدالة، وعزّت في هذا الزمان، قالوا: بقبول شهادة الأمثل فالأمثل، وقالوا: بقبول شهادة الأقل فجوراً فالأقل، وقالوا: نظير ذلك في القضاة وغيرهم، إذا لم يوجد إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً؛ لئلا تضيق المصالح، وجوزوا تحريف الشهود عند إلحاح الخصم إذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان، وجوزوا أيضاً إحداث أحكامٍ سياسية لقمع الدعار، وأرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان.

وأول من فعله عمر بن عبد العزيز < فإنه قال: "ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"، ومنع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل.

دراسة القواعد من قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"، إلى قاعدة "التابع تابع"

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله" ٢٤٥
- العنصر الثاني : القواعد من "الأصل في الكلام الحقيقة" إلى "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله" ٢٤٦
- العنصر الثالث : القواعد من "ما لا يقبل التبعية" إلى "التابع تابع" ٢٦٠

قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"

معنى هذه القاعدة: يفيد أنَّ إعمال الكلام - ما أمكن - أولى من إهماله ؛ لأنَّ المهمل لغو ، وكلام العاقل يَصان عنه ، فيجب حمله على ما أمكن على أقرب ، وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة ، وإلا فبما جاز.

وتطبيق ذلك يظهر فيما لو أوصى أو وقف على أولاده ، تناول أولاده الصُّلبية فقط إن كانوا ؛ لأنَّ الوصية أو الوقف على أولاده من صلبه حقيقة ، وإلا تناول أولادهم بطريق المجاز ؛ لأنَّ إعمال الكلام أولى من إهماله.

وكذلك لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلين أو الأسفلين ، فإن كان له موالٍ استحقوا وإلا فلموالي مواليه.

وينبغي أن ننبه إلى أنَّ الأصل في الكلام أن يفيد فائدةً مستأنفة ، وأن يفيد فائدةً غير ما أفاده سابقه ؛ لأنَّ الاستئناف تأسيس ، ولأنَّ إفادة ما أفاده السابق تأكيد ، والتأسيس أولى من التأكيد ، وعليه فيراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرّة ، أو إلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً.

فلو أقر بألفٍ في صك ، ولم يبين سببها ، ثم أقر بألفٍ كذلك ، فإنه يطالب بالألفين ، وكذلك لو قال لزوجته المدخول بها : أنت طالق ، طالق ، طالق ، وقع ثلاثاً ، فإذا قال : إنه نوى التأكيد ، فإنه يُترك إلى نيته في حكم الديانة في : أنه أراد بال تكرار التأكيد لا التأسيس ، أي : تعدد الطلقات ، وعندئذٍ يقع الطلاق واحدة رجعية فقط ، وله مراجعتها ديانة ، أي : فيما بينه وبين الله.

أما في حكم القضاء الذي ينبنى على الظاهر ، فإنه إذا رَفَعَ أو رَفَعَ الأمر إلى القاضي ، فإنه يقضي عليه بوقوع ثلاث طلقات ، ويقضي عليه بالبينونة الكبرى ،

فيحمل التكرار على قصد التأسيس عملاً بالظاهر؛ لأنَّ الأصل في الكلام إعماله بإفادة فائدة جديدة، وهذا هو معنى التأسيس.

القواعد من "الأصل في الكلام الحقيقة" إلى "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"

١. قاعدة "الأصل في الكلام الحقيقة":

أ. معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها يفيد أنَّ الأصل في الكلام الحقيقة، والمجاز فرعٌ عن الحقيقة، ولما كانت الحقيقة هي الأصل قُدِّمَتْ على المجاز، وكان العمل به أولى من العمل بالمجاز ما لم يوجد مرجحٌ له فيصير إليه.

معنى الحقيقة في اللغة:

والحقيقة في اللغة من حق الشيء إذا ثبت، ثم نقلت إلى الاعتقاد المطابق للواقع؛ لأنَّه فردٌ من أفراد الثابت، ثم نقلت إلى القول الدال على الاعتقاد المطابق للواقع من باب إطلاق اسم المدلول على الدال.

معنى الحقيقة في الاصطلاح:

وهي في الاصطلاح: اللفظ المستعمل فيما وضع له، كاستعمال لفظ القتل في إزهاق الروح، فإنه حقيقة لاستعماله في المعنى الذي وضع له، وكان استعمال لفظ الوصية كذلك عند أهل الشرع في التملك المضاف لما بعد الموت، فإنه حقيقة -أيضاً- بالنسبة لاصطلاحهم وتخطبهم، والعبرة بالوضع عند التكلم باللفظ لا بالنسبة للسامع له، فإن كان المتكلم باللفظ قد استعمله فيما وُضِعَ له عند

الاستعمال حقيقة، سواء كان عند السامع كذلك أو لا، وإن كان المتكلم به قد استعمله في غير ما وُضِعَ له عنده كان الاستعمال مجازاً، وإن كان عند السامع مستعملاً فيما وُضِعَ له، فالصلاة من اللُّغوي في الدِّعاء حقيقة، ومن الشرع مجاز، وفي الأفعال المخصوصة مجاز من اللُّغوي حقيقة من الشرع، ويقاس على ذلك غيره من الألفاظ.

تعريف المجاز:

والمجاز: هو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لقرينة، أو هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة وقرينة، وهذا المجاز اللُّغوي هو المعبر عنه بالاستعارة مثل قولك: "رأيت أسداً في الحمام" تريد الرجل الشجاع.

وأما المجاز العقلي، فهو إسناد الفعل أو ما في معناه إلى غير ما هو له لعلاقة وقرينة، مثل قول المؤمن: "أنبت الربيع البقل"، فإن إسناده الإنبات إلى الربيع مجاز؛ لأنَّ المنبت في الحقيقة هو الله تعالى، والعلاقة أنَّ الربيع سببٌ في الإنبات، والقرينة أنَّ القائل مؤمن.

المراد بهذه القاعدة: أنَّه إذا كان للفظ معنيان أحدهما حقيقي والآخر مجازي، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين عن الآخر، فإنه يراد بهذا اللفظ المعنى الحقيقي دون المعنى المجازي؛ لأنَّ المجاز خلفٌ عن الحقيقة؛ فترجح هي عليه، وذلك كلفظ النكاح، فإنَّ النكاح حقيقةٌ في الوطء مجازٌ في العقد، وقد تساوى استعماله فيهما، فإذا جاء مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر، فإنه يراد: به الوطء، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]، فقد ترجحت الحقيقة؛ لأنَّها الأصل، ولم يوجد صارفٌ عنها إلى المجاز، فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص، وأما حرمة من عقد

عليها الأب عقدًا صحيحًا ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع، وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالًا بالأولى.

أما إذا وجد مرجح للمجاز؛ فلا شك في تقديمه على الحقيقة، مثل: "أكلتُ من النخلة" فإنه حقيقة في الأكل من خشبها مجاز في الأكل من ثمرها، ولكن الحقيقة هُجِرَتْ عرفًا، وأصبحت لا تراد من اللفظ، فيحمل اللفظ على المجاز، فمن حلف لا يأكل من النخلة فأكل من خشبها لا يحنث بهذا اليمين، ولكنه يحنث بأكله من ثمرها. وقد تنحتم الحقيقة لاستحالة المعنى المجازي، كما في قول الفرزدق:

إذا سقى الله قومًا صوبَ غادية ❖ فلما سقى الله أهل الكوفة المطرًا

والتاركين على طهر نساءهم ❖ والتاكحين بشطى دجلة البقرا

وكما يصار إلى المجاز عند وجود مرجح له على الحقيقة يصار إليه -أيضًا- عند تعذر الحقيقة، أو عند معارضة العرف والعادة لها.

أما تعذر الحقيقة، فإنه يكون: إما باستحالتها لعدم وجود فرد لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده، وليس له إلا أحفاد، فإنه يصرف الوقف إليهم؛ لأنهم أولاده مجازًا، فإذا ولد له ولد صلبى يصرف إليه تقديمًا للحقيقة، أو يكون تعذر الحقيقة لكونها غير جائزة شرعًا كالوكالة بالخصومة، فإنها بالمعنى الحقيقي غير جائزة شرعًا؛ لأنَّ معناها الحقيقي هو المنازعة، والمنازعة منهيٌّ عنها لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا﴾ [الأفـال: ٤٦]، فتحمل على المعنى المجازي له، وهو إعطاء التوكيل.

وأما مخالفة العرف والعادة للحقيقة، فإنَّ الحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة؛ لأنَّ الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازًا.

ومن المعلوم أنه إذا دار الأمر بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة، وهي هنا العرف والعادة، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فليس المراد أنه يضع القدم، وإنما المراد أنه لا يدخلها.

وأما إذا كان المعنى المجازي أكثر استعمالاً من المعنى الحقيقي، فالعمل بالمجاز على وجه عام يجعل الحقيقة فرداً من أفراد أولى عند أبي يوسف ومحمد ترجيحاً بكثرة الاستعمال، وهذا هو الذي يريدونه من لفظة عموم المجاز، وعند أبي حنيفة يكون العمل بالحقيقة؛ لأنها الأصل فما دامت مستعملة لا يُعدل عنه، وإن قل استعمالها، وذلك كما لو حلف بطلاق امرأته على أن لا يأكل من هذه الخنطة، أو على أن لا يأكل من هذه الغنم، وكانت هذه الغنم مقتناة للدر والنسل، فإن المعنى الحقيقي هو الأكل من عين الخنطة، أو من عين الغنم، وهو مستعمل، ولكن المعنى المجازي - وهو الأكل مما يخرج منها - أكثر استعمالاً.

فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يقع الطلاق على الخالف إلا بالأكل من عينها؛ لأنه المعنى الحقيقي.

وعند أبي يوسف ومحمد يقع بالأكل من عينها، وبالأكل مما يخرج منه، وذلك بأن يراد بما يقع عليه الأكل منهما معنى أعم، تكون الخنطة فرداً من جملة أفراد العام، كأن يراد لا يقع فعل الأكل على شيء حاصل من هذه العين.

ب. فروع القاعدة:

وأما فروع هذه القاعدة، فإنه يتفرع عليها فروع، ومنها:

أنه لو أوصى أو وقف على أولاد أولاده، فإنه يدخل أولاد البنات على الراجح؛ لأن ولد البنت إنما هو ولدٌ له حقيقة.

ومن الفروع على القاعدة -أيضاً- : أنه لو حلف بطلاق زوجته ألا يفعل الشيء الفلاني، فوكل غيره ففعله الوكيل، لا يحنث إذا كان فعل الشيء لا يقبل التوكيل به أصلاً، أو كان يقبل التوكيل، ولكنه كان من الأفعال التي لا يلزم الوكيل حين فعله؛ لهذا الشيء أن يضيفه إلى الموكل، وذلك لأن الأفعال بالنسبة لقبول التوكيل بها على نوعين: نوع منها يقبل التوكيل، والنوع الثاني لا يقبله.

وأما الأفعال التي لا تقبل التوكيل أصلاً، فهي الأفعال الحسية: كالأكل، والشرب، والدخول، والخروج، والنوم، وما شاكل ذلك، فلو حلف على عدم فعل شيء من هذه الأفعال، فأمر غيره، ففعل ذلك، لا يحنث لعدم صحة أمره بها، وإذا لم يصح أمره بها لا يمكن أن يعتبر فاعلاً هذا الشيء المحلوف عليه؛ إذ لا يمكن أن يعتبر أنه أكل بأكل غيره، أو دخل بدخول غيره، أو خرج بخروج غيره، أو نحو ذلك من الأفعال الحسية، فإن هذه الأفعال تُنسب إلى فاعلها أصلاً؛ فلا يحنث الأمر في شيء منها إلا أن يفعل ذلك هو بنفسه.

وأما الأفعال التي تقبل التوكيل فهي على نوعين كذلك: نوعٌ منها يجب على الوكيل لأجل وقوعه عن الموكل أن يضيفه إلى موكله، ونوعٌ منها لا يجب على الوكيل إضافته إليه؛ بل يقع عنه، وينفذ عليه، وإن لم يضيفه إلى نفسه.

فالذي يقع عن الموكل، وينفذ عليه من التصرفات بدون إليه سابقة، وهي: البيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، والقسمة، والخصومة، والصلح عن مالٍ بمال، فلو حلف على شيء منه أنه لا يفعل، وكان ممن يباشر هذه التصرفات بنفسه، فأمر، أو وكل غيره، ففعل عنه لا يحنث في ذلك؛ لأن هذه العقود يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى أمره، ويضيفها إلى نفسه، فيقول: بعت، أو اشتريت، أو أجرت... إلى آخره، ولا يلزم أن تقع عن الموكل بأن يقول: باع

موكلي، أو بعت عن موكلي، أو اشترى موكلي، أو اشترت عن موكلي، أو لموكلي... إلى آخر ذلك، وكذلك وكيل الخصومة يقر، أو ينكر، أو يأتي بالدفع، ويقع ذلك عن موكله بدون أن يضيفه إليه، سواء أكان مدعياً، أو مدعى عليه.

فإذا كان الخالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه لم يكن هناك مرجح للمجاز، فتتصرف اليمين إلى الحقيقة، وهي فعله بنفسه، وحيث لم يوجد الفعل منه بنفسه فلا يحث؛ لأنَّ الفاعل حقيقة غيره، بخلاف ما إذا كان المعهود من حال الخالف ألا يباشر هذه الأعمال بنفسه، فإنَّ ذلك منه قرينة على ترجيح المجاز، وهو إرادة ما يشمل فعل نائبه، فحينئذٍ يحث بفعل وكيله كما يحث بفعل نفسه، وهذا بالنسبة لما عدا الصلح من التصرفات المذكورة.

أما في الصلح، فإنَّه يشترط أن يكون فيه معنى أحد عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، فإذا وجد معنى أحدهما فيه كان في حكمها؛ إذ الصلح يعتبر بأقرب العقود، فإذا كان الخالف ممن يباشر الصلح بنفسه لا يحث بفعل وكيله للصلح، وإلا فيحث.

وأما الفعل الذي لا يقع عن الموكل، ولا ينفذ عليه إلا إذا أضافه الوكيل إليه حين يفعله، فهو: النكاح، والطلاق، والإبراء، والصلح عن دم العمد، والهبه، والصدقة، والإيداع، والإعارة، وما شاكل ذلك.

وحكمها: أنه يحث الخالف فيها بفعله، وفعل وكيله، فلو حلف بالطلاق لا يتزوج مثلاً، فوكل آخر فزوجه حث، وكذلك بقية الأفعال من الطلاق، والإبراء... إلى آخره؛ لأنَّ الوكيل في هذه الأفعال سفير، ومعبّر عن الموكل، وناقلٌ لعبارته؛ ولذلك لا تتعلق حقوق هذه التصرفات به بل بالموكل، فاعتبر الموكل فاعلاً لها؛ فلذلك يحث.

خلاصة القول: أنَّ من حلف لا يفعل أمراً، فوكل غيره ففعله لا يحث في ثمانية أمور، وهي: البيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، والقسمة، والخصومة، والصلح على مال، والثامن ما لا يقبل التوكيل من الأفعال يحث بفعلها.

بقي أن ننبه بأنه لا يخفى أن كون الحقيقة تقدم على المجاز عند التساوي في الاستعمال ليس من الأدلة القوية التي يُرفع لها ما كان ثابتاً ومتقررًا؛ بل هو مساوٍ في القوة للظاهر الذي يُستأنس به ليرجح أحد الاحتمالين المتساويين على الآخر، فإذا كان تقديم الحقيقة على المجاز يؤدي إلى رفع ما هو ثابت ومتقرر بترجيح المجاز الذي لا يؤدي إلى ذلك على الحقيقة، فإن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً؛ ولهذا شرطت نية الهبة في منحتك ثوبي هذا، وحملتك على دابتي هذه ليكون تملكاً، وبدون نية الهبة يكون عارية مع أن كلا اللفظين حقيقة في تملك العين عُرفاً في تملك المنفعة، وهو مجاز عادي.

إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز:

وتعذر الحقيقة إما بعدم إمكانها أصلاً لعدم وجود فرض لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، أو بعدم إمكانها شرعاً كالوكالة بالخصومة، فإنَّ الخصومة - وهي التنازع - أمرٌ محظورٌ شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا﴾، وتعسر الحقيقة لكون عدم إمكانها إلا بمشقة، كما لو حلف لا يأكل من هذه القدر، أو من هذه الشجرة، أو هذا البر، فإن الحقيقة وهي الأكل من عينها ممكنة، لكن بمشقة فيصار في كلٍّ من الأقسام الثلاثة إلى المجاز، وهو الصرف إلى الأحفاد في الوقف على أولاده، وليس له إلا أحفاد، والأكل ممّا في القدر، أو من ثمرة الشجرة إن كان، وإلا فمن ثمنها، أو ممّا يتخذ من البر من المأكولات، ومثل تعذر الحقيقة: هجرها، كما لو حلف لا يضع قدمه في هذه

الدار، فإن الحقيقة فيه ممكنة، ولكنها مهجورة، والمراد من ذلك في العرف الدخول، فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحث، ولو دخلها راكباً حث. ومثل ذلك: ما لو قال له: أشعل القنديل، وهو المصباح، فإنه مصروف إلى الشمعة فيه عرفاً، فلو أشعله بنفسه فاحترق، فإنه يكون ضامناً، والله أعلم.

٢. قاعدة: "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم دليل التقييد نصاً، أو دلالة":

معنى هذه القاعدة: أن المطلق ما دل على الحقيقة، أو الماهية من غير تقييد، أي: أن الماهية تكون في الذهن حاضرةً بلا قيدٍ في الأفراد، فهو على هذا مرادف لعلم الجنس.

وعرفه آخرون بأنه: ما دل على شائع في جنسه، فهو عندهم مرادف للنكرة، وهذا هو الذي اختاره الكمال بن الهمام، وجرى عليه السعد في (حواشي التلويح)، وأيدهم البناني بأن: الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالماهية باعتبار وجودها في ضمن الأفراد، لا باعتبار أنها مفهومات كلية، وأنها أمور عقلية كما يفيد التعريف الأول.

والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم دليل التقييد نصاً، أو لفظاً، وذلك أن يكون مقروناً بنحو صفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهى، أو شرط، أو استثناء.

فالأول كثوب مصري، وكفرسٍ عربي، ونحو ذلك، فالمطلق مقيد هنا بالصفة. ومثال تقييد المطلق بالحال كقوله: إن دخلت الدار راكباً، وتقييده بالإضافة كـ "اشتر لي فرس بكر"، وتقييد المطلق بالمفعول كـ "بعه من فلان"، وتقييد بالنفي كـ "لا تبعه في سوق كذا"، والسادس كالطلاق المعلق، والنذر المعلق، والسابع

كالاستثناء الواقع على الأقارير والعقود والتعاليق، كقوله: لك علي مائة إلا عشرة، وقوله: كفلت لك بمائة إلا خمسة، وقوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا، فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله.

وأما تقييد المطلق دلالة، فهو قول المكاري - وهو من يؤجر، أو يستأجر الدواب ويستأجر غيرها لآخر - : استأجر لي داراً، فاستأجرها له بعد سنة - مثلاً - فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر؛ لأنه يتقيد بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال، وكما لو جاءت امرأة بغزلها إلى السوق، وأمرت رجلاً أن يبيعه لها، فباعه نسيئة لم ينفذ عليها؛ وذلك لتقييده بالنقد حالاً بدلالة الحاجة، ولكن لو أن شخصاً وكل شخصاً آخر ببيع شيء، ولم يقيده فعند الإمام أبي حنيفة يكون للوكيل أن يبيعه بالثمن الذي يراه مناسباً نقداً، أو عرضاً بثمان المثل، أو بغبن فاحش، وله أن يبيع بثمان حال، أو نسيئة، إلا إذا كان البيع للحاجة، فيتقيد بدلالة الحال، فلا يبيع إلا بالنقد، وبالثمان الحال، وكذا لو كان وكيلًا بالتزويج فزوجه امرأة بأكثر من مهرها، أو بغبن فاحش جاز عند الإمام أبي حنيفة، وكذا لو أودع عند آخر وديعة جاز للمودع أن يسافر بها، إذا كان الطريق آمناً سواء كان لها حمل ومؤنة، أو لم يكن ذلك، وكذلك لو وكله بإيجارة داره مثلاً، فأجرها سنين طويلة، جاز كما يجوز لو وكله ببيع شيء، وأمره أن يأخذ بثمانه رهناً فباعه، وأخذ بالثمان رهناً قليلاً، أو كثيراً، ونظير ذلك ما لو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه، ثم قبل أن يقبضه وجد به عيباً فاحشاً فرضي به وقبضه، نفذ على موكله عند الإمام أبي حنيفة.

فالإطلاق يحكم به في هذه الصور؛ لعدم وجود التهمة والخيانة، فلو كان التصرف مصحوباً بالتهمة، أو الخيانة لم يجز على الآذن، فلا يملك وكيل البيع

ولا وكيل الإجارة أن يبيع، أو يؤجر من نفسه، ولا ممن تقبل شهادته له لإمكان التهمة، كما أنه لا يملك المودع السفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفاً؛ لإمكان الخيانة والتفريط في حفظها.

أما عند الصاحبين: فإن تلك الإطلاقات مقيدة بالعرف، فلا يملك وكيل البيع أن يبيع إلا بئمن من جنس النقدين، أو يكون حالاً غير مؤجل، وأن يكون الثمن بئمن المثل، أو بغبن يسير.

وكذلك يُشترط عند الصاحبين: كون الرهن - وهو وثيقة - حفظاً للقيمة، ولا يجوز للمودع السفر بالوديعة إذا كان لها حمل ومؤنة، وإن كان الطريق آمناً، ولا يجوز تأجير الدار، فيجوز أكثر من المدة المتعارف عليها، ولا يجوز النكاح إلا بمهر المثل، أو بغبن يسير، وإذا كان الغبن فاحشاً يخير الموكل بين إجازته للنكاح، أو رده.

وكذلك رضا الوكيل بالشراء بالعيب الفاحش، نافذ عليه دون موكله؛ جرياً في جميع ذلك على تقييد تلك الإطلاقات، وتخصيصها بالعرف والعادة الجارية.

وبناءً على ذلك؛ فإنه لا يُفهم من قاعدة: أن المطلق يجري على إطلاقه أينما وقع وكيفما كان، إذا لم يقدّم دليل على تقييده، وأن هذا الإطلاق مرعي ومعتبر، وأنه محتمل على جهالته، وإن كانت فاحشة، وأن العقود والتصرفات التي تتضمن ذلك المطلق تعتبر صحيحة وشرعية أيّاً كانت بناءً على عموم القاعدة؛ بل الذي يظهر أن ذلك ليس مطرداً، وليس عاماً؛ بل هو خاص بما لا تضره الجهالة الفاحشة، كالأقارير، والأيمان، والكفالة، وما لا يحتاج إلى قبضٍ من هذه المبيعات، كما لو أقر لغيره بأن له في ذمته ديناً، ولم يبينه، أو حلف ليشتري

اليوم ثوباً، أو كفل لزيد بما زاد له على فلان، فإن الجهالة الفاحشة في جميع ذلك لا تضر، ويجبر على البيان في الإقرار، وتنقذ اليمين على إطلاقها، ويبر براءة أي ثوب كان، وتصح الكفالة، ويصح البيع؛ لأن الدين لا تضره جهالته.

أما ما تضره الجهالة الفاحشة كالمهر في النكاح، والثلث، والمبيع المحتاج إلى قبضهما في البيع، والموكل بفعله من التصرفات، أو بشرائه من البائع، إذا كان المطلق فيها مجهولاً جهالة فاحشة، فلا يعتبر ذلك الإطلاق، ولا يُحتمل الجهالة في هذه الحالة كما إذا وكله في جميع أموره، وليس للموكل صنعة معروفة لتصرف الوكالة إليها، أو وكله براءة شيء مجهول الجنس كثوب، أو دابة، أو وكله أن يزوجه امرأة على مهر كذا وهو مجهول الجنس، أو باعه بدراهم، أو بدنانير مجهولة، كأن كانت مختلفة في المالية متساوية في الرواج، أو باع الغواص، أو القناص ما يخرج من ضربته بطلت الوكالة في كل ذلك، ووجب مهر المثل؛ لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية، ولم يصح البيع.

ومما ينبغي مراعاته: أنه إذا كان ما قيد به الأمر المأمور مفيداً من كل وجه يلزم رعايته، سواء أكدته بالنفي، أو لا، كما إذا قال له: بعه بخيار، أو برهن، أو كفيل، فباعه بدونه، أو قال المودع للوديع: احفظ الوديعة في هذه الدار، فإنها تتعين لتفاوت الحرز، وإذا كان التقييد لا يفيد أصلاً، لا تجب، وإعارته كبيعه بنسيئة، فباعه بنقد بما يباع به بنسيئة جاز، وإن كان مقيداً من وجه إن أكدته بالنفي تجب مراعاته، وإن لم يؤكد لا تجب مراعاته، فلو قال: بعه بسوق كذا، أو احفظ الوديعة في البيت الفلاني من دارك، أو بعه بشهود مثلاً لا تجب مراعاته، ولو قال له: لا تبعه إلا في سوق كذا، أو لا تحفظه إلا في البيت الفلاني من دارك، أو لا تبع إلا بشهود وجبت مراعاته.

وإذا كان ما قيده به غير مفيد أصلاً ؛ لا تلزم مراعاته ، وإن أكدّه كما لو قال : لا تحفظها إلا في هذا الصندوق.

ومما جاء فيه المطلق جاريّاً على إطلاقه : أنّ رب المال لو قال للمضارب : اعمل برأيك ، فدفّع المضارب المال إلى آخر ، مضاربةً على أكثر من نصيبه يجوز ، ولو كان البذر على رب الأرض ، فقال للمزارع : اعمل برأيك ، فدفّع المزارع إلى آخر مزارعته بأقل من نصيبه جاز ، لا بأكثر ، فإنّ المضاربة تتضمن الوكالة ، والمضارب وكيل في التصرف عن رب المال ، فإذا عمم له رب المال ، أو أطلق يده في التصرف ، بقوله : اعمل برأيك ، فإنّه يملك - حينئذ - على رب المال أن يدفع المال لآخر مضاربة على أكثر من حصته ، وينفذ ذلك عليه عملاً بتفويضه وإطلاقه له ، بقوله : اعمل برأيك.

أما المزارعة : فإنها لا تتضمن وكالة ؛ بل المزارع في صورة ما إذا كان البذر من جهة رب الأرض هو أجير ببعض الخارج من عمله ، وبإطلاق المستأجر ، وتعميمه له ، بقوله : اعمل برأيك ، لا يملك أن يستأجر من يقوم عنه بعمله بحصة من الخارج أكثر من حصته ؛ لأنه يكون - والحالة هذه - مستأجراً ببدل بعضه من مال المستأجر ، وهو رب الأرض والبذر ؛ لأن ما زاد عن حصة المزارع عائد له ، ولا حق فيه للمزارع ، فلا يجوز ذلك منه ، ولا ينفذ على رب الأرض.

٣. قاعدة : "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله" :

أ. معنى القاعدة :

أن ذكر ما لا يتجزأ على وجه الشيوخ - كنصفه مثلاً - كذكر كله ؛ لأننا إذا لم نقل بذلك فيما لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرة ، والحال : أن إهمال الكلام أولى من إهماله كلما أمكن ذلك ، فلو قال لامرأة : تزوجت نصفك فقبلت ، صح العقد.

وبعض الفقهاء عبر عن هذه القاعدة، بقوله: ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله، أي: أن الشيء الذي لا يقبل التجزئة من الأحكام؛ إما أن يثبت كله، أو يسقط كله، ولا أثر لاختيار المكلف فيه، فاختيار بعضه يكون كاختيار كله، وإسقاط بعضه يكون كإسقاط كله.

وهذه القاعدة ذات شقين متلازمين، ولا يغني أحدهما عن الآخر؛ لأنه قد يتحقق إسقاط دون اختيار، فأتى بالجزأين للحاجة إليهما في الفروع؛ وذلك لأن اختيار بعضه، وإسقاط بعضه كل منهما لا يغني عن الآخر.

ب. فروع هذه القاعدة:

إن لهذه القاعدة فروع كثيرة؛ وهي مبثوثة في أحكام الفقه المختلفة، وأهمها: أنه إذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق نصف طلقة، أو قال لها: بعضك طالق، وقع الطلاق؛ لأن الكلام مما لا يقبل التبعيض؛ لأن الطلاق يرفع العصمة، وهي حل الاستمتاع، والاستمتاع لا يتجزأ، كما أن الاحتياط في الأبضاع يستدعي وقوع الطلاق؛ لأننا إذا لم نقل ذلك لدار الأمر بين كونه طلق، وبين كونه لم يطلق، فكان إيقاع بعضه كإيقاع كله، وقد حكي فيه الإجماع، وهذا الفرع لا يتأتى فيه إسقاط؛ بل فيه اختيار، وحيث قد اختار ما لا يقبل التبعيض، فقد اختار كله.

ومن الفروع: إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه، أو عفا بعض المستحقين عن حقهم في القصاص سقط القصاص كله؛ لأن إسقاط بعض القصاص كإسقاط كله، ولأنه حد كباقي الحدود، والحدود تدرأ بالشبهات، والعفو عن بعضه شبهة؛ ولأن الموت لا يتجزأ، فكان إسقاط البعض كإسقاط الكل، وهذا باتفاق.

وقد ورد في القرآن الكريم، وفي السنة المطهرة ما يرغب في التصالح، والعفو عن القصاص، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَكَ الَّذِينَ ءَامَنُوا كُذِّبَ عَلَيْكُمْ الْقصاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، إلى قوله: ﴿فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فقد بينت الآية الكريمة: أن الله تعالى شرع القصاص في قتل العمد، وحكمة ذلك: ردع أهل العدوان عن الإقدام على قتل الأنفس إذا علموا أن جزاءهم القتل، ومن حكمة ذلك -أيضاً- تطمين أولياء القتلى، بأن القضاء ينتقم لهم ممن اعتدى على قتلهم، فالله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، أي: لا يتصدى أولياء القتل للانتقام من قاتل مولاهم بأنفسهم؛ لأن ذلك يفضي إلى إتلاف الأنفس، ولكنه بعد أن ذكر حق القصاص بين أن الأخذ به ليس واجباً، ولكنه حقٌ فقط للإيحاء إلى أن الأولى بالناس أن يقبلوا الصلح؛ استبقاءً لأواصر أخوة الإسلام.

وقد اتفق جميع المفسرين على أنَّ المقصود الترغيب في العفو، والمصلحة في العفو، والمصالحة عن الدماء بالعفو عن القاتل إذا عفي عن بعض الدم من الأولياء، فإنه يسقط القصاص، وذلك لإيثار الصلح والعفو؛ لأنه يؤذن بمراعاة التيسير، والسماحة، وهي من خلق الإسلام.

وقد روى أنس بن مالك قال: ((ما رأيتم رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا وأمر فيه بالعفو)).

وروي عن عمر، وعن عبد الله بن مسعود، أنهما قالوا: "إذا عفا بعض المستحقين للقصاص صح عفوهم، وسقط القصاص، ولم يبق لأحد عليه من سبيل، وانقلب نصيب الباقيين مالاً"، ولا يخالف لهما من الصحابة.

ومن الفروع التي تدرج تحت هذه القاعدة:

أنه إذا عفا الشفيع عن بعض حقه فالأصح سقوط حق الشفيع في الشفعة كالقصاص، بجامع أن كلياً منهما لا يقبل التجزئة، فإسقاط البعض كإسقاط الكل؛ ولأن كل منهما شرع لدفع الضرر، فإذا عفا الشفيع عن البعض، وعن أخذ البعض لم يندفع الضرر؛ ولذلك كان المستحق للشفعة؛ إما أن يأخذ الحق المشفوع فيه كله، أو يتركه كله؛ لأن التجزئة تتنافى مع ما شرعت من أجله الشفعة، وهذا هو الأصح، فإذا أسقط بعض حقه، سقط حقه كله كالقود.

وأما مقابل الأصح: فإنه لا يسقط شيء أبداً؛ لأن التبعض تعذر، فيبقى حقه كعفوه عن بعض حد القذف في وجه؛ لأن التنازل عن بعض الحد لا يسقط شيئاً، وفي وجه: يسقط ما عفا عنه، ولعل الفرق بين حد القذف والقصاص - حيث سقط القصاص كله بإسقاط بعضه - أن فيه حقناً للدماء، وله بدل، وهو الدية.

القواعد، من "ما لا يقبل التبعض..."، إلى "التابع تابع"

١. قاعدة: "ما لا يقبل التبعض فاخيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله":

هي نفس القاعدة التي معنا، فإنَّ ما لا يقبل التبعض فاخيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله، وقد عبر ابن نجيم الحنفي عن هذه القاعدة، بقوله: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، وقد تكلمنا عن ذلك، وبيناه.

فروع هذه القاعدة:

ذكرنا بعض الفروع التي تندرج تحت كل من هاتين القاعدتين، ومنها:
ما إذا قال الزوج لزوجته: أنت طالقُ نصف طلقة، أو بعضك طالق، فإن الطلاق يقع.

وأما الفرع الثاني - مما ذكر: فإنه إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه. وعفا الشفيع عن بعض حقه في الشفعة فكذلك يسقط كله.

والفرع الرابع: هو للإمام إرقاق بعض الأسير، وفيه وجهان:

الوجه الأول: للإمام أن يسترق بعض الأسير، وعليه يكون الفرع خارجاً عن القاعدة؛ لأنَّ الرق يقبل التجزئة.

الوجه الثاني: ليس للإمام أن يسترق بعض الأسير؛ لأنَّ الحكمة من ضرب الرق على الأسرى إضعاف قوتهم، فلو جاز للإمام أن يسترق البعض لما تحقق الغرض من مشروعية الاسترقاق؛ ولهذا فإننا نرى أن ضرب الرق على البعض رُقٌّ للكل؛ لأنَّ الرق لا يقبل التجزئة عند الإمام الشافعي.

وعليه؛ فالفرع من القاعدة، قال الرافعي: ويجوز أن يقال: لا يرق شيء؛ لأنَّ إسقاط بعضه إسقاط ل كله، وضعفه ابن الرفعة؛ بأنَّ في إرقاق كله درأً للقتل، والقتل يسقط بالشبهة؛ لأنَّ رق بعضه شبهة، كالعفو عن القصاص، فإرقاق البعض إرقاق للكل.

ومن الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة: لو قال رجل: أحرمتُ بنصف نسك كنصف حج، أو نصف عمرة، إن عقد هذا بنسك كالطلاق، فاختيار البعض

كاختيار الكل ؛ ولأن كلاً من الحج ، والعمرة لا يتجزأ ، ولا نظير لهما في العبادات ، فلو قال : لله علي أن أصلي نصف ركعة ، أو لله علي أن أصوم بعض يوم ، لا يلزمه شيء عند الشافعية ، وقال أبو يوسف : يلزمه صوم يوم كامل ، ويلزمه صلاة ركعتين ، فاختيار البعض كاختيار الكل ، وعلى هذا يكون الفرع له نظير في العبادات ، ورأي أبي يوسف - وهو المعتمد عند الحنفية - موافق للقاعدة ؛ فيكون اختيار البعض كاختيار الكل.

ومن الفروع المندرجة تحت القاعدة : حد القذف ، والقذف : هو الرمي بالزنا في معرض التعيير ، وقد ذكر الرافعي : أن العفو عن بعض حد القذف لا يسقط شيئاً منه ، ويرى ابن السبكي : أن إسقاط البعض إسقاط الكل.

وبناء على ذلك ؛ فإن حد القذف يقبل التجزئة ، وإذا أسقط من الجلدات في الابتداء قدرًا معلومًا منه فإنه يقبل منه ، ويسقط من الجلدات مقدار ما أسقطه ، والحقيقة أن حد القذف لا يُسقط شيئاً ، ولا يتجزأ ؛ بل يثبت كله ، أو يسقط كله ، وما قاله ابن السبكي ، من أنه : إذا أسقط من الجلدات في أثناؤه قدرًا معلومًا منه سقط ما بقي.

فالجواب عن ذلك : أنه إذا عفا عن بعض الجلدات ، فليس العفو مقصوراً على ما بقي ؛ وإنما على الجلد كله ، ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

٢. قاعدة : "الوصف في الحاضر لغو في الغائب معتبر" :

أ. معنى القاعدة :

أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو ، أي : ساقط الاعتبار ؛ لأن المقصود من الوصف التعريف ، وإزالة الاشتباه ، والاشتراك ، وقد حصل

ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلله، فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك، ولا يقطعه، وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف.

كما لو أراد البائع بيع فرسٍ أشهب - والأشهب: هو الأبيض المشوب بصفرة - وكان هذا الفرس حاضراً في المجلس، وقال البائع: بعتك هذا الفرس الأدهم - والأدهم: هو الأسود - وقبل المشتري صح البيع، ولغي وصف الأدهم؛ لأنَّ الإشارة إليه أبلغ وأعلى من الوصف، فإذا وجدت الإشارة يُلغى ما دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك، ولا يقطعه.

وأما إذا كان المشار إليه من غير جنسه، فلا عبرة للإشارة؛ بل العبارة للتسمية والوصف، فلو باع فصاً حاضراً، وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، لا ينعقد البيع، وأما إذا لم توجد الإشارة؛ بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط، فإنَّ الوصف معتبر حينئذٍ، كما لو باع فرساً غائباً، وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، فلا ينعقد البيع لازماً؛ بل ينعقد موقوفاً، فإن رضي المشتري بالبيع نفذ، وإلا بطل.

ب. فروع هذه القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع كثيرة، منها:

ما لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء، فإنه يحنث؛ لأنَّ الدار هي العرصة، والبناء وصف فيها، ففي حال الإشارة إلى الدار يلغى الوصف لعدم إفادته، بخلاف ما لو حلف لا يدخل داراً، فدخل داراً منهدمة فإنه لا يحنث؛ لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب، والوصف في

الغائب معتبر، والوصف الذي في الحاضر لغو؛ إنما يجري في البيع والأثمان، لا في الدعوى والشهادة، فلو ادعى ثوباً وبين طوله، وأراد أن يبرهن بحضرة الثوب صدق مدعاه، فذرع الثوب، فظهر أن ذرعه أنقص مما بين، أو أزيد، فإنه لا تقبل بينته؛ لظهور كذبه، والوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان.

أما في باب الشهادة؛ فإنه إذا شهدوا بوصف فظهر بخلافه وبخلاف ما شهدوا، فإنها لا تقبل الشهادة، كما لو ادعى دابة، وقال: هذه الدابة التي سنها أربع سنين، لكي يشهدوا بذلك، فظهر أنها أزيد، أو أنقص لا تقبل لظهور كذبهم، فكذلك هنا؛ لأن الشهادة تختل بالكذب.

فإذا خالف سن الدابة الدعوى، أو الشهادة بطلت الدعوى والشهادة، وعلى هذا؛ فإنه لو ادعى شخص دابة، ووصفها بأنها مشقوقة الأذن، أو مكوية في المحل الفلاني، أو قال: بأن لونها كذا، فظهرت سليمة الأذن، وظهر أنه لا كَيَّ بها، أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة، وبين اللونين بُعداً ظاهراً، فإنه لا تسمع الدعوى، ولو وقع مثل هذا في الشهور، ردت هذه الدعوى، والظاهر أن مثل البيع والأثمان في كون الوصف في الحاضر لغوً فيهما، فإن الأيمان كذلك، وهذا إذا لم يكن الوصف المذكور في الكلام هو الباعث على الالتزام، كما لو حلف ألا يأكل من هذا البلح، وهو بُسر قبل النضج، فأكله بعد ما صار رطباً لا يحنث؛ لأن صفة البسرية داعية إلى اليمين على عدم أكله، وكما لو حلف لا يأكل من هذا الحصرم، فأكله بعد ما صار عنباً.

٣. قاعدة: "السؤال معاد في الجواب":

فلو قال رجلٌ لآخر: طلقْت امرأتك؟ أو قال له: هل لفلانٍ عليك كذا من المال، وسماه؟ أو قال له: هل أوصيت بكذا؟ أو هل بعت الشيء الفلاني من فلان؟ أو

هل أجرته دارك مثلاً؟ أو قال له: هل قتلت فلاناً؟ فقال مجيباً: بنعم، فإنه يكون مقراً بما سُئل عنه، ويكون مثل السؤال، غير السؤال من ألفاظ الإنشاء، كما لو قالت له امرأته: أنا طالق؟ فقال: نعم، أو قال شخص لآخر: امرأة فلان طالق؟ أو قال: عليه المشي إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار؟ فقال فلان: نعم، كان حالفاً، وكذلك لو قال لآخر: أسرج لي دابتي هذه، أو جصص لي داري بالجص - وهو ما تطلّى به البيوت من الجير - فقال: نعم، كان إقراراً منه بالدابة والدار.

٤. قاعدة: "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل":

معنى هذه القاعدة:

أنه إذا تعذر إعمال الكلام؛ بأن لا يمكن حمله على معنى حقيقي، فإن هذا التعذر بوجه من الوجوه، وذلك يجعله ظاهر الكذب، فيهمل، أي: يُلغى، ولا يعمل به، كما لو كفل كفالة، وهو لا يعلم، هل هي كفالة نفس، أو هي كفالة مال؟ فإن هذه الكفالة لا تصح؛ للجهالة بحقيقة الكفالة، وبحقيقة نوعها؛ وكما لو كَفَلَ بالعهد، فإن الكفالة بالعهد لا تصح؛ لأن العهد اسم مشترك يقع على الصك، وعلى العقد، وعلى حقوق العقد، وعلى الدرك، وخيار الشرط، وعلى الأعيان الموكول حفظها إلى مؤتمن مسئول.

ومن هذا: ما لو قال لرجل: ادفعوا هذه الدار، وهذه الثياب إلى فلان، ولم يقل: إنها له، ولا قال: هي وصية، قالوا: هذا باطل، إذ ليس هذا بإقرار، وليس هذا بوصية.

وأما إذا تعذرت الحقيقة - وتعذر الحقيقة: عدم إمكان الحمل على المعنى الحقيقي - حُمِلَ ذلك على المعنى المجازي؛ لكونه غير مستعمل، فكما لو قال

لشخص معروف بالنسب : هذا ابني فإنه - كما لا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير - لا تصح أيضاً إرادة المجاز ، وهو الإيضاء له بإحلاله محل الابن في أخذ مثل نصيبه من التركة ؛ لأن ذلك المجاز غير مستعمل ، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها فالمجاز أولى ، وأما تكذيب الحس فكدعوى إنسان أنه قتل المورث ، في حين أنه حي ، أو ادعى أنه قطع العضو ، والحال أن هذا العضو قائم ، ولم يقطع ، وكدعوى الدخول بالزوجة في حين أنه محبوب .

وأما ما هو في حكم الحس ، فكدعوى شخص أنه بلغ ، في حين أن سنه ، أو جسمه لا يحتمل ذلك .

وكدعوى صرف المتولي ، أو الوصي على الوقف ، أو الصغير مبلغاً كبيراً لا يحتمله الظاهر ، فكل ذلك يُلغى ، ولا يعتبر ، ولا يعمل به ، وإن أقيمت عليه البينة ، فهي بينة كاذبة .

٥. قاعدة : "التابع تابع" :

وتفيد : أن التابع لشيء في الوجود ؛ بأن كان جزءاً مما يضره التبعية كالجلد من الحيوان ، أو كالجزم منه ، وذلك كالجنين ، وكالفص للخاتم يكون تابعاً لذلك الشيء ، فلو أقر شخص بخاتم دخل فصره فيه ؛ لأنه تابع ، أو كان وصفاً فيه كالشجر ، والبناء القائمين في الأرض ، أو كالتابع لهذا الشيء من ضروراته ، فإنه يكون كالطريق للدار ، وكالعجول للبقر الحلوب ، والمفتاح للقفل ، وكالجفن ، والحمائل للسيف ، فهذه الأشياء كلها تابعة للأصل .

فإذا أقر بسيف دخل جفنه ، وحمائله معه ، وكانا تابعين له في الحكم ، كذلك يدخل الجنين في بيع الأم تبعاً وإن لم يُنص عليه ، وإذا ضرب بطن امرأة فماتت ،

ثم بعد موتها ألفت جنيًا ميتًا، فعلى الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين، فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم؛ لكونه تبعًا لها، وكذلك الطريق في السكة غير النافذة الموصلة إلى الطريق العام، يدخل في بيع الأرض تبعًا، وإن لم ينص عليه، بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير، فإنه لا يدخل بلا تنصيب عليه، أو على الحقوق والمرافق.

وكذلك يدخل البناء، وتدخل الأشجار التي ورثت للقرار، ثمرة كانت، أو غير ثمرة، صغيرة كانت، أو كبيرة؛ أما المثمرة، فلا كلام في دخولها، وأما التي لا تثمر فتدخل في الأصح صغيرة، أو كبيرة، وتستثنى الشجرة اليابسة؛ لأنها على شرف القطع، فهي كحطب موضوع في الأرض؛ وهذا حيث لا يكون هناك عرف، فلو كان هناك عرف وجب أن يتبع، وأما الأشجار التي غرست لا للقرار؛ بل للقطع بعد كبرها كالحور ونحوه، فقد وقع في شأنها اضطراب، والأصح أنها تدخل تبعًا، كما تدخل زوائد الرهن كالولد، والثمرة، واللبن، والصوف، وتكون رهنًا تبعًا للأصل.

وكذلك زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تكون للمشتري.

وكذلك زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعًا لماله، وكما أن التابع يدخل في البيع يدخل -أيضًا- في الشهادة، والقضاء، لكن إذا كان دخوله في الشهادة والقضاء تبعًا؛ فإنما يعتبر دخوله، وتعتبر تبعيته ما دام مسكوتًا عنه، وما دام غير متنازع فيه، أما إذا لم يكن مسكوتًا عنه؛ بل ادعى المدعي عليه عدم دخوله، فإن الدعوى لا تُسمع به، والشهادة تقبل عليه، فلو ادعى رجل على آخر دعوى، وقام شاهد وشهد له بالأرض، وسكت عن البناء، دخل البناء تبعًا، ولكن تسمع دعوى المدعي عليه البناء إذا صار محكومًا عليه بالبناء تبعًا، وكذلك

لو ادعى بقرة، فقُضي له بها دخل ولدها بالتبعية، ثم ادعى المدعى عليه الولد تسمع دعواه عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

وكذلك لو شهد شاهد أن له خاتم، أو سيف، ولم يذكر الشاهدان فصاً للخاتم، أو حلية للسيف فإنه يحكم بالخاتم وفصه، وبالسيف وحمائله للمدعي، من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً بهما، حتى ولو برهن المدعى عليه أن الفص، أو الحلية له، فإن دعواه تقبل قبل الحكم، وبعده.

أما إذا كان التابع لم يدخل بالتبعية؛ بل دخل قصداً، فإنه لا تسمع دعوى عدم دخوله، كما لو ادعى حانوتاً، وأقام شاهدين شهدا له بكل الحانوت، فحكم له به، فادعى المدعى عليه كل البناء، أو ادعى بعضه لا تسمع دعواه.

وإن لم يشهدا بالبناء مقصوداً؛ إذ الحانوت اسم للجمل، فصار المدعى عليه محكوماً عليه في الكل مقصوداً.

وما يدخل في البيع تبعاً إذا هلك في يد البائع لا يسقط في مقابله شيء من الثمن، ويخير المشتري بين أخذه بكل الثمن، أو تركه، وأما إذا استحق ما يدخل مع البيع تبعاً، فإن استحق قبل قبض المشتري للجميع فينظر، إما: أن يجوز بيعه وحده كالشجر بزرعه، والحمار، أو: يكون لا يجوز بيعه وحده كالشرب.

فالأول: له حصة من الثمن، فيرجع المشتري بحصته على البائع.

والثاني: ليس له حصة من الثمن، فلا يرجع المشتري على البائع بشيء، ولكن يخير بين أخذه بكل الثمن، أو تركه.

دراسة القواعد، من قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً"، إلى قاعدة: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"

عناصر الدرس

- العنصر الأول : القواعد من "التابع لا يفرد بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً" إلى "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" ٢٧١
- العنصر الثاني : قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه" ٢٧٨
- العنصر الثالث : القواعد من "الساقط لا يعود كما أن المعلوم لا يعود" إلى "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط" ٢٩١

القواعد، من: "التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصِرْ مقصوداً"، إلى "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"

١. قاعدة: "التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصِرْ مقصوداً":

هي من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "التابع تابع"، فهي مكملتها، وموضحة لمعناها، فقد بينا أن التابع لا يفرد بالحكم، فالجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه، ولا يرهن؛ لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثنائه من العقد، ولو استثنى فسد البيع دون الرهن، وكذلك لا يُفرد بهبة، لكنه لو استثنى صحت الهبة، وبطل الاستثناء.

ومثل الهبة الصدقة، والمهر، أو النكاح، أو بدل الخلع، أو بدل الصلح عن دم العمد، فيصح العقد في ذلك كله، ويبطل الاستثناء.

ومثل الجنين في بطن أمه، كل ما كان اتصاله خلقة كاللبن في الضرع، واللؤلؤة في الصدف، والصوف على ظهر الغنم، والجلد على الحيوان، والنوى في الثمر، وهذا كله إذا لم يصِرْ التابع مقصوداً.

أما إذا صار مقصوداً فإنه يفرد بالحكم، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة؛ فإنها أمانة في يد الغاصب، وأنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها، أو منعها بعد الطلب، فإنه إذا تعدى، أو منعها بعد طلبها فإنه يضمنها؛ لأنها صارت مقصودة بذاتها.

ومثل زوائد العين المغصوبة: زوائد الرهن المنفصلة المتولدة، فإنها تكون رهناً تبعاً، ولا يقابلها شيء من الدين، فلو هلك لا يسقط شيء من الدين، ولكن

إذا صارت مقصودة بالفك من الرهن ؛ بأن بقيت بعد هلاك الأصل ، فإنها تفك بحصتها من الدين ، ويقسم الدين على قيمتها يوم الفك ، وعلى قيمة الأصل يوم القبض ، ويسقط من الدين حصة الأجل ، وتفتك الزوائد بحصتها من الدين . وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت ، ولكن لو أتلغها البائع سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل من يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة من يوم الهلاك .

ما يستثنى من هذه القاعدة :

ويستثنى من ذلك مسائل خرجت عن هذه القاعدة ، منها :

أن الجنين يُورث ، فتكون ثمرته بين ورثته .

ومنها : أنه يصح الإيصاء بالجنين ، والإيصاء له إذا ولد لأقل مدة الحمل وقت الوصية ، ويصح الإقرار له إذا ولد لأقل من مدة الحمل من وقت الإقرار ، إذا تبين أن ذلك كان سبباً صالحاً لملك الحمل للمقر به ، كإرث ، أو وصية ، ويصح الإقرار به بدون أمه إذا وُلد لأقل مدة الحمل ، وإن لم يبين المقر سبباً صالحاً للإقرار به بدون أمه ، والفرق بين الإقرار له ، والإقرار به ؛ حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سبباً صالحاً دون الثاني ؛ لأنَّ المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق ، بخلافه في الأول ، فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق ، وإذا بين سبباً صالحاً فإنه يصح الإقرار له بالتملك .

ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة : ما لو أبطل المديون الأجل صح ، ويحل الدين ، مع أن الأجل صفة للدين ، والصفة تتبع الموصوف .

ومن المسائل التي لا تندرج تحت القاعدة: أنَّ الدابة المبيعة إذا استُحقت بالينة، وكانت قد ولدت في يد المشتري، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق، لكن بشرط القضاء به، وهذا إذا سكت الشهود عنه، أما إذا بينوا أنه لذي اليد، أو سئلوا، فقالوا: لا ندري، فلا يتبعها.

هناك فائدة، وهي: أنَّ أقل مدة الحمل للآدمي: ستة أشهر، ومدة الحمل للإبل، والخيل، والحمير: سنة، وللبقر: تسعة أشهر، ومدة الحمل للشاة: خمسة، وقيل: أربعة، وللسنور: شهران، وللكلب: أربعون يومًا، وللطير: واحدٌ وعشرون يومًا.

ويجب أن ننبه هنا في هذا المقام: أنَّ ما ثبت تبعًا لا تراعى فيه شرائط الأصل، فلو أقر رجلان من الورثة، أو أقر رجل وامرأتان بآبن للميت، يثبت نسبه للميت، ويسري ثبوته على غير المقرين، ولا تشترط له شروط الشهادة؛ ومن أجل ذلك يثبت النسب بشهادة القابلة، ويثبت له استحقاق الإرث تبعًا لثبوت النسب.

٢. قاعدة: "من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته":

معنى القاعدة:

أن من ملك شيئًا ملك عين، أو تصرف ملك ما هو من ضروراته، فمن اشترى دارًا مثلاً ملك الطريق الموصل إليها، بدون تنصيب عليه ما لم يكن مملوكًا خاصًا. وكذلك لو اشترى قفلاً دخل مفتاحه، أو بقرةً حلوبًا لأجل اللبن دخل عجلها، وهذه أمثلة لملك العين.

أما ملك التصرف: أن يعرض الدَّال شيئًا على رب الدكان، أو أن يتركه عنده فهرب رب الدكان، وذهب هذا الشيء، فلا يضمن الدلال على الصحيح؛ لأنه

تصرف لا بد منه في البيع ؛ وبهذا يكون الدلال قد ترك الشيء المعروضة للبيع عند رب الدكان ؛ لأنَّ هذا من ضرورات البيع ولا بد منه ، فكان مأموراً به ، بخلاف ما لو أخذه وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك ، وقد بين الثمن فإنه يضمن ، ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء ؛ إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض على سوم الشراء.

٣. قاعدة: "إذا سقط الأصل سقط الفرع":

أ. معنى القاعدة:

أنَّ الأصل إذا سقط سقط الفرع ، لكن سقوط الفرع لا يسقط به الأصل. فمثلاً: لو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين ، برئ الكفيل بالمال عن الكفالة ، بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل ، فإنه لا يبرأ الأصيل. وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه له سقط ضمان الرهن ، وانقلب أمانة ، فإذا هلك في يد مرتته بلا حبسه يهلك أمانة ، ولا ضمان عليه ، بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون ؛ وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين ؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها.

ب. فروع هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة فروع ، منها:

ما لو حلف ليقض دينه غداً ، فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد ، أو حلف ليشرب ماء هذا الكوز اليوم ، وكان فيه ماء ، فصُب قبل مضي اليوم بطلت اليمين ؛ لأنَّ بقاءها فرع عن بقاء الدين وبقاء الماء.

وخرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ، ولم يسقط الفرع ؛ وهي : ما إذا كانت الكفالة بنفس المديون فأبرأه الدائن عن الدين ، فإن الدين يسقط ، ولكن تبقى كفالة النفس ، فيطالب الدائن الكفيل بإحضار المدين ، إلا إذا قال الدائن : لا حق لي قبل المديون ، وحينئذ فيلزم البحث عما إذا كان كفيل النفس قد كفل المديون بنفس الدين ، أو تسليمه للدائن لأجل هذا الدين ، ثم أبرأ الدائن المدين من هذا الدين ، أو أن المديون قد وفاه الدين ، والظاهر سقوط الكفالة بسقوط الدين مطلقاً.

٤. قاعدة : "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" :

أ. معنى القاعدة :

أنَّ الشيء إذا بطل فإنه يبطل ما في ضمنه ، وعبر بعضهم عنها بقوله : إذا بطل المتضمن بطل المتضمن.

ب. فروع هذه القاعدة :

لهذه القاعدة فروع تندرج تحتها ، منها :

ما لو أقر إنسان لآخر بحق ، أو أبرأه من حق ، وكان هذا الإقرار ، أو الإبراء مترتباً على عقد بيع ، أو على عقد صلح ، ثم بطل البيع ، أو بطل الصلح ؛ بطل الإقرار والإبراء.

ومثال ذلك : أن يكون شخص قد اشترى شيئاً من آخر ، كعقار ، أو سيارة ، فإن هذا الشراء يتضمن إقرار البائع للمشتري بالملك ، أو يكون قد اشتراه من البائع وأقر له بالثمن في ذمته ، ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير ، لم يجز المستحق هذا

البيع، فإن البيع يبطل ويبطل ما تضمنه، أو ترتب عليه من الإقرار بالملك، أو بالثمن، ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان قد دفعه له، ولا يمنعه إقراره من ذلك؛ لأنه بطل ببطان البيع الذي تضمنه، وكذلك إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على مال دفع البائع للمشتري، ثم برأ المبيع بدون معالجة المشتري بطل الصلح، وبطل ما ترتب عليه، ورجع البائع على المشتري بما دفعه له.

ومثل ذلك أيضاً: لو صالح المدعى عليه المنكر - وهو المدعي على مال - ودفعه المدعى عليه للمدعي، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه أي شيء، بطل الصلح، ورجع المدعى عليه على المدعي بما دفعه له من البدل، ولا يمنعه من الرجوع ما تضمنه عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعى به؛ لبطلان ذلك الاعتراف ببطان الصلح.

ومن الفروع: ما لو اشترى شيئاً من شخص أكره على البيع، وتصرف فيه المشتري تصرفاً يقبل النقص - أي: الإبطال - ثم زال الإكراه فإن البائع له إبطال تصرف المشتري.

ومن الفروع على القاعدة: ما لو باع بيعاً فاسداً بغير إكراه، ثم سلم البائع الشيء المبيع للمشتري، وسلم المشتري الثمن للبائع، فإن البيع هذا لا ينعقد، ولا يصح أن يكون بيعاً بالتعاطي؛ لأنه مبني على عقد فاسد، وما بني على فاسد فهو فاسد؛ وإنما قال: بغير إكراه؛ لأنه لو كان بإكراه، ثم سلمه بعد زوال الإكراه نفذ البيع.

ومن الفروع: ما لو كان لشخص على آخر دين مؤجل، فاشترى منه بهذا الدين شيئاً، فإن الأجل يسقط، فإذا رد العين المشتراة على البائع المديون بخيار العيب

بحكم الحاكم انفسخ البيع ، وعاد الدين مؤجلاً كما كان ، بخلاف ما إذا رده إلى البائع بعد القبض بالتراضي ، لا بالتقاضي ، فإنَّ الأجل لا يعود ، وبخلاف ما لو رده بالإقالة ، فإنه لا يعود أيضاً.

ومن الفروع : ما لو كانت النفقة التي على الزوج غير مستدانة بأمر القاضي ، فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة ؛ بل لسبب آخر ، أو مات الزوج عنها ، فإنَّ النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته ؛ لأنه لما بطل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة.

جـ. ما يستثنى من هذه القاعدة :

استثني من هذه القاعدة عدة مسائل ، منها :

ما لو اشترى ثمراً غير مدرك -أي : غير ناضج - ثم استأجر الأشجار ؛ ليبقي الثمر عليها إلى وقت الجذاذ ، فالإجارة باطلة ، ولا يبطل ما في ضمنها من الإثم بإبقاء الثمر ، فإذا أبقاه فزاد ؛ طابت له الزيادة.

ومن الصور المستثناة : ما لو اشترى داراً ، وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها فأخذها بالشفعة ، ثم رد الدار الأولى بخيار الرؤية ؛ تبقى الدار الثانية التي أخذها بالشفعة له ؛ فقد بطل شراؤها الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة ولم يبطل الأخذ بالشفعة.

ومنها : ما لو طلق الزوج إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ، ثم ماتت إحدهما قبل البيان ، فإنَّ الزوجة الحية تتعين للطلاق ، فلو قال : كنت عنيت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله ذلك ، فإنَّ قوله : كنت عنيت المتوفاة بالطلاق لم يعمل عمله ، ولكن يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث ، فلا يرث منها.

ومنها: ما لو كان لشخص على آخر دين مؤجل، فاشترى به شيئاً من المدين، فإن الأجل يسقط، فإذا تقايلا -أي: قال أحدهما للآخر: أقلني من عقد البيع- انفسخ البيع، ولا يعود الأجل، وصار دينه حالاً، فقد بطل المتضمن وهو عقد البيع، ولم يبطل المتضمن الذي وقع في ضمنه وهو سقوط الأجل وحلول الدين. ومنها: ما لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم، فإن إقراره لا يعتبر، ولكن ينعزل به عن الوكالة، فقد بطل الإقرار، ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله.

ومنها: ما لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد، وقد سمى لها مهرًا، فإنه يجب لها مهر المثل، إذا لم يسم لها المهر، ولا يتجاوز به المسمى.

ومنها: ما لو استوفى المنفعة في الإجارة الفاسدة، فإنه يجب عليه أجره المثل لا يتجاوز به المسمى لو كان هناك مسمى؛ لرضا الزوجة بالمسمى في الأول، ورضا المؤجل به في الثاني، فقد فسد المتضمن وهو النكاح، والإجارة، ولم يفسد المتضمن وهو الرضا بالمسمى فيهما الذي تضمنه العقد.

قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"

أ. معنى القاعدة:

تفيد: أن من تعجل شيئاً قبل وقته المقدر له في علم الله تعالى، عوقب بحرمان منه، حتى لا يلجأ أحد إلى وسائل غير مشروعة، تعجلًا منه للحصول على ما هو مستحق له قبل أوانه، فإن فعل ذلك، واستعجل حقه قبل الوقت المحدد له في تقدير الله، فإن الشرع يعامله بنقيض مقصوده، فيجب حرمانه جزاء فعله،

وجزاء استعجاله ؛ ولأن هذا من قبيل التقديم ، وعدم التسليم ، وهو منهي عنه ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا نُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَانفُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [الحجرات : ١] .

كما أنه سوء أدب مع الله ﷻ وقد ذكر الإمام القرطبي ، في سبب نزول هذه الآية الكريمة : أنها نزلت في قوم ذبحوا أضحياتهم قبل أن يصلي الرسول ﷺ صلاة العيد ، فأمرهم أن يعيدوا الذبح ؛ حيث إنهم قد استعجلوا الذبح قبل وقته المحدد له شرعاً فكان لغواً ؛ لأن كل عبادة مؤقتة بميقات لا يجوز تقديمها ولا تأخيرها عليه .

وعبر عنها غيره ، بقوله : ومن استعجل ما أخره الشرع يجازى برده .

وقال ابن الحاجب : من تعجل حقه ، أو ما أبيع له قبل وقته ، على وجه محرم ، عوقب بحرمانه .

ب. مكانة هذه القاعدة :

إن هذه القاعدة ، من باب السياسة الشرعية في القمع ، وسد الذرائع ، وهو مبدأ معمول به في الشريعة الإسلامية ؛ فقد قال الله تعالى : ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ ، إلى أن قال : ﴿ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [النور : ٣١] .

ومن حكمة المولى ﷻ أنه إذا حرم شيئاً وله طرق ، ووسائل تفضي إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ؛ خشية أن يُقرب حِمَاه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه ، لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراءً للنفوس به ، وحكمته ﷻ تأبى ذلك كل

الإباء ؛ بل سياسة الملوك في الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده ، أو رعيته ، أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق ، والأسباب ، والذرائع الموصلة ، فإنه يعد متناقضاً ، ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة ، التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة ؟

لا شك أنها عملت على سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، ونهت عنها وحرمتها .

ج . فروع هذه القاعدة :

ومن فروع هذه القاعدة : تحليل الخمر .

قال السيوطي - رحمه الله : إذا خللت الخمر بطرح شيء فيها لم تطهر ، فالخمر لا يجوز تحليلها ، ولا تطهر بالتخليل إذا خللت بوضع شيء فيها ، أما إذا كانت قد خللت بالنقل من الشمس إلى الظل أو نحو ذلك ، فالأصح عند الشافعية : أنها تحل وتطهر .

وقال الأوزاعي ، وأبو حنيفة : تطهر إذا خللت بوضع شيء فيها ، وعند مالك ثلاث روايات ، أصحها : أن التخليل حرام ، فلو خللها عصى وطهرت .

والراجح من هذه الأقوال : أن الخمر لا تطهر بالتخليل ؛ وإنما لم تطهر بالتخليل ؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه ، فعوقب بالحرمان .

فقوله : خللت ، أي : صارت خللاً بالصنعة ، وأما : تخللت ، أي : صارت خللاً بنفسها ، وإذا صارت الخمر خللاً بنفسها طهرت ، أما إذا صارت خللاً بالصنعة فلا تطهر .

وقد سئل النبي ﷺ : ((أَتَتَّخِذُ الْخَمْرُ خَلًّا؟ قَالَ : لا)).

وسميت بذلك ؛ لأنَّ الخمر تخامر العقل ، أي : تغطيه ، ومن ذلك : خمار المرأة - التي تستر به رأسها - والخمر نجسة باتفاق.

والعلة في تحريمها : المفاصد الكثيرة المترتبة على زوال العقل ، الذي هو مناط التكليف.

ومن الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة : ذبح الحمار.

قال السيوطي ، ونظيره : إذا ذبح الحمار ؛ ليؤخذ جلده لم يحز ، كما جزم به في (الروضة).

فإذا ذبح رجل حماراً ؛ ليأخذ جلده فلا يجوز له ذلك ، وإذا دبغه فإن جلده لا يطهر ؛ لأنه استعجل موت الحمار قبل موعده المحدد له في علم الله تعالى وتقديره ، وهذا بالنسبة للحمار الأهلي ، فإن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

أما الحمار الوحشي فإنه يطهر بالدباغ ؛ لأنه يؤكل ويدبح ، كما تذبح الأنعام ، والشيء الذي استعجله قبل أوانه ؛ هو الذبح ، وأما الشيء الذي عوقب بحرمانه ؛ فهو عدم طهارة الجلد بالدباغ.

وهناك رأي آخر : يرى جواز الذبح ، وأنه إذا ذبح الحمار ودبغ جلده طهر ؛ لأن القول بعدم طهارته مخالف لما ورد في حديث ميمونة : ((دباغ الأديم طهوره)) ، وفي حديث آخر : ((أيما إهاب دبغ ، فقد طهر)) ، وهو حديث حسن صحيح.

والإهاب : الجلد قبل الدبغ.

قال الشوكاني : فالحق أن الدباغة مطهرة ، والأحاديث تدل على عدم اختصاص الحكم بنوع من أنواع الميتة ، فجميع جلود الميتة تطهر بالدباغ إلا جلد الكلب ، والخنزير ، وما تولد منهما ، أو من أحدهما.

ويطهر الجلد بالدباغ ظاهراً وباطناً، ويجوز استعماله في الأشياء اليابسة، والمائعة عند الجمهور؛ ولأن نجاسة الجلد الميتة طارئة فتزول بالمعالجة.

وعلى القول بطهارة الجلد بالدباغ، يكون الفرع مستثنى من القاعدة، وهو ما صرح به القمولي، في (الجواهر)؛ حيث قال بطهارته؛ استناداً إلى الأحاديث التي تقدم ذكرها.

الفرع الثالث من الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة: حرمان القاتل الإرث.

قال السيوطي: ومنها - أي: الفروع - حرمان القاتل الإرث.

فالقاتل لا يرث؛ لأنه استعجل إرثه من المورث قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان، فلا يكون وارثاً للمورث؛ لقوله ﷺ: ((ليس للقاتل شيء))، ولقوله ﷺ: ((من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والدًا، وإن كان ولدًا، فليس لقاتل ميراث)). وقد اختلف في الفقهاء في القتل المانع من الإرث:

فيرى الحنفية: أن القتل يمنع من الميراث بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون القتل مباشرًا.

الشرط الثاني: أن يكون بغير حق، وإلا فلا يمنع من الميراث.

ورد عليهم: بأن القتل يمنع وقوفاً مع النص، وسدًا للذريعة.

وأما المالكية، فيقولون: يمنع القتل من الميراث إذا كان عمداً عدواناً، وأما القتل الخطأ فلا يمنع، وكذلك القتل بحق.

ويرى الشافعية: أن القتل يمنع من الميراث مطلقاً؛ سدًا للذريعة، ولأننا لو جوزنا ذلك لأدى إلى قتل أنفس كثيرة من أجل الميراث؛ ولحديث الرسول ﷺ: ((لا يرث القاتل شيئاً))، وهو يفيد العموم.

وهذا الفرع مرتبط بالقاعدة، وعليه فلو قتل وارث مورثه مستعجلاً الإرث، فإنه يحرم من الميراث، سواء أكان متهمًا، أو غير متهم؛ لأنَّ الدين الإسلامي لو أجاز إرث القاتل لقتل الأبناء الآباء، فكان منع القتل من الميراث سدًّا لذريعة الفساد، ومعاملة للقاتل بنقيض مقصوده الفاسد، فلا يرث القاتل من المقتول شيئًا.

ومن الفروع التي تدخل تحت هذه القاعدة: لو طلق رجل امرأته ثلاثًا بغير رضاها في مرض موته، قاصدًا حرمانها من الإرث، ومات في العدة فإنها ترثه، وفي قول: أنها ترث حتى ولو مات بعد انقضاء عدتها.

ومثل ذلك: الفارُّ من دفع الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب، أو إخراجه عن ملكه؛ إذ تجب عليه الزكاة معاملة له بنقيض قصده.

وكذلك لو وضع إنسان أكثر أمواله في ملك لا زكاة فيه كالعقار، والحلي، عند من يقول بعدم وجوب الزكاة فيه، فهو ينزل منزلة الفار في أحد الوجهين عند الحنابلة.

ومنها: الغالّ - أي: الخائن من الغنيمة - يُحرّم أسهمه على قول، ومنها: من تزوج امرأة في عدتها من غيره، حرمت عليه على التأيد على رواية.

ومنها: السكران بشرب الخمر عمدًا، يجعل كالصاحي في أقواله، وأفعاله؛ تغليظًا عليه، فإذا قتل يُقتل، وإذا سرق يقام عليه الحد... وهكذا.

د. ما يستثنى من هذه القاعدة:

من أهم الصور التي خرجت عن هذه القاعدة:

ما لو قتل صاحب الدين المدين؛ حل الدين في الأصح؛ لأن الدين يحل بموت المدين، فإذا مات انقطع الأجل، وحل الدين، فيكون له في هذه الحالة حق

مطالبة الورثة بالدين ؛ لأن ذمة المدين قد خربت بالموت ، وانعدمت ، ولا يتهم الدائن بتعجيله الدين بقتل المدين ، وهذا في الأصح عند الشافعية .

أما مقابل الأصح فلا يحل الدين لقتل المدين ؛ لأن الأجل من لواحق عقد البيع ، وتأجيل دفع الثمن لأجل الارتفاق بالمدين ، فيبقى مؤجلاً حتى بعد موته لأجل الارتفاق بالورثة .

ويُرد على هذا : بأن الأجل كان للارتفاق ، لوجود ذات قائمة صالحة للالتزام في الذمة ، وقد انعدمت بالموت فأصبح الدين حالاً ، فحق له أن يطالب الورثة بهذا الدين ، ومع هذا فإن مقابل الأصح هو الأقرب إلى روح التشريع ، فيكون العمل به أولى ؛ بل العمل به أوجب ؛ لثلا تضيع الحقوق ، ولثلا تهدر النفوس ، ومِنْ ثَمَّ فلا يحل الأجل ؛ بل ينتفع الورثة بهذا الأجل الذي كان مقرراً للمدين أن ينتفع به ، فيعامل الدائن المتعجل بنقيض مقصوده .

ومن الصور : ما لو قتل الموصى له الموصي ، استحق الوصية في الأصح ، وهذا على خلاف مقتضى القاعدة ، مع أنه قتل الموصي استعجالاً للوصول إلى ما يستحقه بالوصية ، فكان مقتضى القاعدة حرمان الموصى له من الوصية ؛ لأنها مال مستحق بالموت ، فيمنع القتل منه بالميراث ، ومع هذا استحق الوصية في الأصح ؛ لقيام الأدلة الشرعية على أن الموصى له يملك الوصية بموت الموصي ، فالموت سبب في دخول الوصية في ملك الموصى له ، فإذا وجد السبب ، تحقق المسبب ، ولا عبرة بنوع تحقق السبب ، فتدخل الوصية في ذمة الموصى له بالموت مطلقاً ؛ ولأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة ، وخالفت الإرث ؛ إذ إن الإرث ينتقل إلى الوارث دون توقف على عقد ، ومِنْ ثَمَّ فلا يشترط رضا الوارث ولا قبوله ؛ بل يدخل في ملكه رغماً عنه ، ومقابل الأصح يمنع من ذلك ، فلا يستحق الموصى

به إجراء للوصية مجرى الميراث ؛ لأن كلاً منهما مالٌ مستحق بالموت ، فكان القتل مانعاً من الوصية ، فلا يستحق شيئاً ، وهذا هو المعقول الذي يتفق مع مبدأ سد الذرائع ، والأخذ به يمنع القتل ، والقاعدة تؤيد ذلك ، فيكون الفرع من القاعدة. ويُرد عليه : بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأن التملك بالميراث قهريٌّ ، أما في الوصية ، فهو اختياري ، وهذا فرق فلا يكون الفرع من القاعدة.

هـ. حكم الوصية لمن يقتله :

فإذا أوصى شخص لمن يقتله فالوصية باطلة ، ولا تنفذ شرعاً ؛ لأنها غير مشروعة ، ولأن الغرض من الوصية هو القرية ، وهو ما تدارك ما فات من الطاعات ، والقتل من الكبائر ، ومن الفساد في الأرض ، ولا تجتمع الطاعة والمعصية ، ولو صحت الوصية للقاتل لكان في ذلك تشجيع على ارتكاب المعاصي ، وعلى الإعانة عليها ، وذلك لا يتفق مع الوصية ؛ لأن من شروطها : ألا تكون بمحرم.

وأما الوصية للكافر فهي صحيحة ؛ لأنها وصية لإنسان ، والكفر لا ينافيها ؛ لأنَّ القصد إحياء النفس الإنسانية ؛ ولقوله ﷺ : ((في كل كبد رطبة أجر)) . ولأنه يجوز التصديق عليه بصدقة التطوع ، فجازت الوصية للكافر.

وكذلك تصح الوصية للمرتد كما صحت للكافر ، وتكون موقوفة ، فإن عاد إلى الإسلام نفذت ، وإن مات على رده بطلت ، ولا يخالف هذا اشتراط ألا تكون الوصية بمحرم ؛ لأنَّ القصد منها الشخص ؛ من حيث هو نفس إنسانية ، قال الله تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة : ٣٢].

ومن أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها، ورثها الزوج في الأصح، أو أمسكها لأجل الخلع نفذ الخلع في الأصح؛ فلو تزوج إنسان امرأة غنية، وأساء عشرتها قاصداً موتها ثم ماتت، فمقتضى القاعدة: أنه لا يرث منها شيئاً، ولكنه يرثها في الأصح، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، وكذلك الخلع ينفذ في الأصح، ومقابل الأصح: لا يرث؛ لأنه يصدق عليه أنه قاتل، والقاتل لا يرث شيئاً، مع أن القاعدة تقول: لا يرث، ولا ينفذ الخلع؛ لأنها لم تخالعه اختياراً؛ بل إكراهاً وجبراً عنها، بسبب سوء عشرتها له.

وعليه؛ فالفرع داخلٌ مع القاعدة في كلتا الحالتين.

فالزوجة هنا قد ماتت موتاً طبيعياً، وعليه؛ فالزوج لا يُمنع من ميراثها، وكذلك ينفذ الخلع؛ لأنَّ إساءة العشرة لا تؤدي إلى الخلع، فيإمكانها أن تصبر على أذاه، وبإمكانها أن تفوت عليه مقصوده.

وكذلك فإنَّ من شربت الدواء لتحريض فحاضت، لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً، وكذلك لو شربت دواءً، فنفست بشرب هذا الدواء، فالحكم الأصلي: أن الحائض تقضي الصوم، ولا تقضي الصلاة، فإذا شربت المرأة الدواء لتحريض قبل الأوان؛ لكي لا تصلي، فمقتضى القاعدة أنها تقضي الصلاة؛ لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه، ومع هذا فلا قضاء عليها، وعليه فلا يكون الفرع من القاعدة؛ لأن عدم القضاء ثابت بالنص اليقيني، ونزول الدم بالدواء أمرٌ احتمالي، والاحتمالي لا يُقدَّم على الثابت بالنص؛ لأنه يقيني.

قالت عائشة > : ((كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فكان نؤمر بقضاء الصوم، ولا نؤمر بقضاء الصلاة))، وكذلك لو نفست المرأة بشرب الدواء، فحكمها حكم الحائض سواءً بسواء.

ومن الصور: من رمى نفسه من شاهر؛ ليصلي قاعداً لا يجب القضاء، وإذا أخذنا بمقتضى القاعدة، فالواجب عليه قضاء الصلاة؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه، وهو الصلاة قاعداً، فيُعاقب بالحرمان، فيقضي الصلاة، ولكنهم قالوا: لا يجب القضاء لوجود السبب، وهو العجز، وإذا وجد السبب ترتب عليه الحكم المسبب، وعليه فيكون الفرع مستثنى من القاعدة، وهذا هو الأصح.

وأما مقابل الأصح، فيجب عليه القضاء؛ لأنه استعجل صلاته من قعودٍ قبل أوانه؛ حيث ألقى بنفسه من شاهر؛ ليمرض مرضاً يعجزه عن القيام، فيصلي من قعود، فيعاقب بالحرمان من الترخص؛ لأنه خاص بالمرض الطبيعي الذي يعجزه عن الصلاة من قيام، وعليه، فيكون الفرع من القاعدة، وهذا غير قوي.

ومن الصور المستثناة من القاعدة: ما لو طلق زوجته في مرض الموت فراراً من الإرث نفذ الطلاق، ولا ترثه؛ لثلا يلزم التوريث بلا سبب، ولا نسب، ولكنهم قالوا: إنها ترثه؛ معاملة له بنقيض مقصوده، وهذا هو المذهب القديم للإمام الشافعي، وهو رأي بقية المذاهب الأخرى، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية، وعليه؛ يكون الفرع من القاعدة، فيدخل تحتها ويأخذ حكمها؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان، فترثه الزوجة، وتأخذ حقها في الميراث.

وأما المذهب الجديد: فلا ترثه؛ لثلا يلزم التوريث، بلا سبب ولا نسب، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة، وفيه نظرٌ بين الفقهاء؛ فمنهم من ورثها منه حتى ولو انقضت عدتها، ومنهم من جعل حق الإرث إذا مات، وهي في العدة، ومنهم من قال بأنها لا ترث.

ومن الفروع المستثناة: ما لو باع المال الذي وجبت فيه الزكاة قبل الحول؛ فراراً من الزكاة صح جزماً، ولم تجب الزكاة؛ لثلا يلزم إيجابها في مالٍ لم يحل عليه

الحول في ملكه، فتختل قاعدة الزكاة، وذلك لأنَّ الحَوْلَ سَبَبٌ لَوْجُوبِ الزَّكَاةِ في المال، الحول الذي بلغ نصابه، فإذا ملك نصاب الزكاة ثم حال عليه الحول؛ وجبت الزكاة، فإذا باع المال قبل الحول - بقصد الفرار من الزكاة - صح البيع، جزماً، ولم تجب الزكاة؛ لأنَّ المال لم يُحَلَّ عليه الحول وهو في ملكه؛ بل حال عليه الحول وهو في ملك غيره، فانتفى سبب وجوب الزكاة، فلا تجب لثلاث تحتل قاعدة الزكاة، وعليه؛ فالفرع مستثنى من القاعدة؛ لأنَّ مقتضى القاعدة وجوب الزكاة عليه، فمن استعجل شيئاً قبل أوانه عُوقِبَ بِجَرَمَانِهِ، ولكنه لم يعاقب؛ بل سقط عنه وجوب الزكاة، ولكن لم تسقط عنه العقوبة الأخروية، وفي مذهب أحمد: لو باع بقصد الفرار لم تسقط الزكاة؛ معاملة له بنقيض قصده، وقد عاقب الله تعالى الفارّين من الصدقة، فقال تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ﴾ [القلم: ١٧]، عاقبهم الله بذلك لفرارهم من الزكاة، ولثلاث يكون ذريعة إلى إسقاطها جملةً لما جبلت عليه النفوس من الشح؛ ولهذا قال مالك: لا يحل الاحتيال بإسقاط الزكاة، ولا بإسقاط غيرها من حقوق الله ورسوله.

ومن شرب شيئاً؛ ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضاً، جاز له الفطر؛ لأنَّ المرض قد تحقق، وهو سبب شرعي لجواز الفطر، قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

وكان مقتضى القاعدة عدم جواز الفطر؛ لأنه استعجل الفطر بالمرض الناشئ عن الشرب أو غيره، لكنهم قالوا: إنَّ له الفطر؛ لأنَّ المرض قد تحقق فعلاً، والفطر للمرض ثابت بالنص، بقطع النظر عن السبب الذي أدى إليه، فيكون الفرع مستثنى من القاعدة، والمرض الذي اعتبره الشارع سبباً للفطر، هو المرض الذي يُخاف معه الضرر، ومرده إلى الطبيب العدل الثقة. وقيل: يكتفى بالتجربة بموافقة شخص آخر بما يماثل حالة المريض، والأول هو المعتمد؛ لأنه أضبط وأيسر.

ومن الفروع المستثناة: من أفطر بالأكل متعدداً؛ ليجامع في نهار رمضان، فلا كفارة، ونوضح هذا الفرع؛ بأن الكفارة تجب في رمضان بالفطر عند الشافعية، ولا تجب إلا بالجماع عند الحنابلة، والظاهرية، وخالف في ذلك الحنفية، والمالكية؛ فقالوا: إن الكفارة تجب بالأكل عمداً، وبالجماع في نهار رمضان؛ فلو أكل شخص، أو جامع، وجبت عليه الكفارة طالما كان الأكل عمداً.

أما الشافعية: فلا كفارة عندهم بالأكل عمداً، فلو أكل شخص؛ ليجامع في نهار رمضان فلا كفارة عليه، وكان مقتضى القاعدة وجوب الكفارة؛ لأنه توصل بالأكل إلى الجماع تحايلاً، حتى لا تجب عليه الكفارة، فكان الواجب أن يعامل بنقيض مقصوده سداً للذريعة، ولكن لا تجب عليه الكفارة لعدم وجود سببها - وهو الجماع - بل الذي وجد هو الأكل، وليس سبباً في الكفارة؛ لأن النص ورد في الجماع، وما عداه ليس في معناه.

ومن المستثنيات: ما لو خللت الخمر بغير طرح شيء فيها، كنقلها من الشمس إلى الظل، وعكسه، فإنها تطهر في الأصح، وذلك لأن الخمر إذا تخللت، وصارت خللاً بغير صنعة طهرت عند الشافعية، فإذا نقلها من الشمس إلى الظل، أو العكس فإنها تطهر في الأصح؛ لأن نقلها ليس بصناعة، وكان مقتضى القاعدة أنها لا تطهر؛ لأنه بنقلها تعجل شيئاً قبل أوانه، وعليه؛ فالفرع خارج عن القاعدة، ومقابل الأصح: أنها لا تطهر؛ لأنها بالانتقال أصبحت كالتّي عُولِجَتْ بالصنعة، فيعامل بنقيض مقصوده، وعليه؛ فالفرع من القاعدة، وعلّة النجاسة والتحريم في الخمر، هي الإسكار، فإذا زال الإسكار انتفى التحريم، وانتفت النجاسة، فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، ولأن العصور غالباً لا يتخلل إلا بعد التخمير، فلو لم تطهر لتعذر إيجاد خل حلال.

ويرد على هذا: بأن هذا ليس من الاتخاذ الذي سئل عنه الرسول ﷺ من بعض الصحابة، قال: ((أَتَتَّخِذُ الْخَمْرَ خُلًّا؟ قَالَ: لَا))؛ فإن مفهومه: إذا لم تعالج بالصنعة، وتخللت بنفسها، وإذا كان تخللها بالصنعة فإنها لا تطهر؛ وذلك لقوله ﷺ: ((أَتَتَّخِذُ الْخَمْرَ خُلًّا؟ قَالَ: لَا))، ليس مراداً هنا.

ومن الفروع المستثناة: ما لو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول، استقر المهر في الأصح، وبيان ذلك: أن المرأة إذا قتلت نفسها بعد العقد، وقبل الدخول استقر لها المهر في الأصح؛ لأن الشارع الحكيم قرّر أن المهر يستقر كله بالموت، أو بالدخول، أو الخلوة، وقبل ذلك لا يستقر؛ بل يتنصف، فإذا قتلت المرأة نفسها استقر المهر كله؛ لأن الموت سبب لتقرر المهر، وقد ماتت، وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب، وبذلك يكون الفرع قد خرج عن القاعدة.

وأما مقابل الأصح: فلا يستقر؛ لأنها استعجلت شيئاً قبل أوانه بفعل منها، فتعاقب بالحرمان، وعليه فالفرع من القاعدة.

وبالتأمل فيما أوردناه من الفروع، يتضح تماماً أن الصور الخارجة عن هذه القاعدة، هي أكثر من الصور الداخلة فيها؛ بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل من الإرث، وأما تخليل الخمر فليست العلة في الاستعجال على الأصح؛ بل العلة تنجيس الملاقي له، ثم عوده عليه بالتنجيس.

ويمكن لهذه القاعدة ألا تحتاج إلى هذه المستثنيات بما نقله قاضي القضاة علم الدين البلقيني عن والده: أنه زاد في القاعدة لفظاً، فقال: من استعجل شيئاً قبل أوانه، ولم تكن المصلحة في ثبوته، عوقب بحرمانه، فيكون الحرمان مقيداً بعدم المصلحة في الاستعجال، فإذا كان القصد من وراء الاستعجال تحقيق مصلحة معتبرة شرعاً فلا يتأتى الحرمان حينئذٍ.

ثم ذكر السيوطي، في نهاية هذه القاعدة نظيراً لها في اللغة العربية، فقال: إن اسم الفاعل يجوز أن يُنْعَتَ بعد استيفاء معموله، فإن نُعِتَ قبله امتنع عمله من أصله؛ وذلك لأن اسم الفاعل لا يعمل إلا إذا تقدم المَعْمُولُ، وتأخر النعت، وأريد به الحال، أو الاستقبال؛ لأن اسم الفاعل فيه معنى الفعل، وهو الحدث، مثل: الضارب زيداً الآن، أو غداً؛ وإنما عَمِلَ لجريانه على الفعل الذي هو بمعناه، وهو المضارع، ومعنى جريانه على الفعل: أنه موافق له في الحركات، والسكنات؛ لموافقة "الضارب"، لـ "يضرب"، فهو يشبه الفعل الذي هو بمعناه لفظاً ومعنى، وإن كان بمعنى الماضي لم يعمل؛ لعدم جريانه على الفعل الذي هو بمعناه، فهو مشبه به معنى لا لفظاً، فلا نقول: هذا الضارب زيداً أمس؛ بل يجب إضافته، فنقول: هذا ضاربُ زيدٍ أمس، وهناك أسباب أخرى تمنع اسم الفاعل عن عمله، منها: تصغيره؛ لأن التصغير من خواص الأسماء؛ فاسم الفاعل يجوز أن يُنْعَتَ بعد استيفاء معموله، فإذا نعت قبله امتنع عمله من أصله، مثل: الضارب القائم زيداً؛ لأنَّ النعت مُقَدَّمٌ.

القواعد، من "الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود"، إلى "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"

١. قاعدة: "الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود":

أ. معنى القاعدة:

أنَّ الحقوقَ الساقطة، أو الحقوقَ القابلةَ للسقوطِ إذا سقط منها شيءٌ بمسقط، فإنه لا يعود بعد سقوطه، فكما أن المعدوم لا يعود، فكذلك الساقط بعد سقوطه أصبح معدوماً فلا يعود، فخرج بذلك الحقوق غير القابلة للسقوط، كحق فسخ

العقد الفاسد، وحق الرجوع في الهبة، وحق الاستحقاق في الوقف، وكذلك خَرَجَ حق الوكيل في القيام بما وكل به، وحق المستعير في الانتفاع بالعارية، وحق الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له من واقف، أو من غيره، وحق خيار الرؤية، وحق تحليف اليمين المتوجهة إلى أحد المتداعيين، فإن هذه الحقوق لا تسقط، حتى يتعرف عودها من عدمه.

ب. فروع هذه القاعدة:

لهذه القاعدة فروع، منها:

أنَّ الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود، وقد تكلمنا في معنى هذه القاعدة، وقلنا: إن الساقط من الحقوق القابلة للسقوط إذا سقط منه شيء بمسقطٍ، فإنه لا يعود بعد سقوطه، كما أن المعدوم لا يعود؛ وذلك لأن الساقط قد أصبح معدوماً بعد سقوطه، فلا يعود، وَفَرَّقْنَا بين الحقوق القابلة للسقوط، والحقوق غير القابلة للسقوط، كحق فسخ العقد الفاسد وغير ذلك؛ لأنها لا تسقط حتى يَتَعَرَّفَ على عودها من عدمه.

ومما يتفرع على هذه القاعدة: ما لو كان الثمن غير مُؤَجَّلٍ، وسلم البائع المبيع للمشتري قَبْلَ قبض الثمن، فإنه يسقط حق البائع في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك، وليس له حبسه ليستوفي الثمن.

وكذلك لو قبضه المشتري - والحالة هذه بمراى من البائع - ولم ينهه، والبيع كان بائناً، فإنه يسقط حق البائع في حبس الشيء المبيع، وأما لو كان البيع بيعاً وفاء لدين للمشتري على البائع، فلا يسقط حق المشتري - إذا أخذه البائع - في استرداده وحبسه بالثمن.

وكذلك الخياط، والصياغ إذا سلم العين التي كان لعمله أثر فيها حقيقة، أو حكماً سقط حقه في الحبس، وكذلك المرتهن - وهو الدائن - إذا سلم العين المرهونة للراهن سقط حقه في استردادها؛ لأن الساقط لا يعود، وكذلك إذا كان له أرض فباعها بشرط الخيار له، ثم سلمها وأذن للمشتري بزراعتها - ولو بطريق العارية - فزرعها سقط خياره.

ومن الصور التي تدخل تحت قاعدة "الساقط لا يعود": ما لو كان لشخص دين على آخر وأبرأه من الدين، وقبل المدين، أو سكت، ولم يرد سقط الدين، ولا تسمع دعوى الدائن به، وإن أقر المدين له بالدين بعد ذلك، ومن له حق الشفعة، أو له حق خيار الرؤية، أو حق الرد بالعين، أو حق القصاص إذا أسقطه سقط، ومتى سقط الشيء من جميع ذلك فإنه لا يعود، والموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط هذا الحق ولا يعود، ولكن مما لا يسقط بالإسقاط: ما لو أسقط الوارث حقه من الإرث، أو أسقط المستحق في الوقف حقه، فإنه لا يسقط بالإسقاط، ومما لا يسقط بالإسقاط: حق الرجعة.

ومثله يقال في الإدخال، والإخراج في الوقف لمن شرط له، فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم فيها، فلا تسقط بالإسقاط، وكذلك حق الشفعة قبل البيع، فلو أسقطه الشفيع قبله لا يسقط؛ لأنه إنما يثبت بعد البيع لا قبله، ومن ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً، كخيار الرؤية، لكن قد يسقط بطريق الضرورة؛ بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً، فيتضمن ذلك سقوط حق الله وَعَلَيْكَ وذلك كما لو باع الإنسان ما اشتراه فاسداً، أو وهبه، أو تصدق به بطل حق الفسخ.

ومن الحقوق التي تسقط بالإسقاط: حق الزوجة، فإنها لو رضيت بالخروج من وطنها الذي نكحها فيه، وسكنت معه في بلدة أخرى، ثم امتنعت، وأرادت

العودة إلى وطنها، فإنها لا تُمنع من العودة إلى الوطن فيما يظهر لأرضها فيما مضى بإسقاط حقها، لا يوجب سقوطه.

ومما لا يسقط بالإسقاط: حق رب السلم في لزوم التسليم في المكان المعين في عقد السلم، وحق المسلم إليه في قبض الثمن في مجلس السلم، فإنهما لا يسقطان؛ لأنهما حق الشرع، وإذ بدونهما يفسد العقد.

ومثل ذلك: ما لو اشترى العين المؤجرة، أو المرهونة بدون إذن المستأجر، أو المرتهن، وكان يعلم حين الشراء بالإجارة، أو بالرهن، أو لا يعلم، فإن له الخيار في أن يفسخ البيع، أو ينتظر انتهاء مدة الإجارة، أو ينتظر فكاك الرهن، وإذا أسقط حقه في هذا الخيار - ولو بطريق الإسقاط - لا يسقط؛ وذلك لأن تصحيح هذا الإسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية؛ لأنه عبارة عن التزام المشتري تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الإجارة في العين المستأجرة، أو إلى فكاك الرهن في العين المرهونة، وتأجيل الأعيان باطل.

ومما لا يسقط بالإسقاط: حق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن، فإنه لا يسقط بالإسقاط فيما يظهر؛ لأن الموكّل لا يملك شرعاً هذه المطالبة؛ لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد، وإن لم يكن مالكاً.

٢. قاعدة: "تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات":

أ. معنى القاعدة:

أن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات، وعامل عمله، والأصل في ذلك ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريدة للنبي ﷺ، فقال: ((إن هذا اللحم قد تُصدق به أصحابه عليها، وهو عليها صدقة، وهو لنا هدية))، فقد أقام ﷺ تبدل سبب الملك من الصدقة إلى الإهداء فيما هو محظور عليه، وهو الصدقة مقام تبدل العين.

ب. فروع هذه القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة، منها: ما لو اشترى عيناً من شخص، ثم باعها لغيره، ثم اشتراها من ذلك الغير، ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول، فليس له أن يردّها عليه؛ لأنّ هذا الملك غير مستفاد من جانبه، بخلاف ما لو اشترى من رجل داراً وقبضها، ثم باعها لغيره، ثم اشتراها منه ثانياً، ثم استحققت الدار من يد المشتري، فإنّ له أن يرجع على البائع الأول بالثمن.

ومنها: ما لو وهبت لغيره العين الموهوبة له، ثم عادت إليه بسبب جديد؛ بأن باعها منه، أو تصدّق بها عليه فأراد الواهب أن يرجع في هبته لا يملك ذلك؛ ولذلك لو باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، وسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقايل البائع والمشتري في البيع، فللشافع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة؛ حيث كان عوده إليه بسبب جديد، وهو الإقالة؛ لأنّها بيع جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما.

وكذلك لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى؛ لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله.

٣. قاعدة: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط":

أ. معنى القاعدة:

أن المعلق بالشرط - من الأمور التي يصح تعليقها بالشرط - يجب ثبوت وجود المعلق عند ثبوت وجود الشرط، والتعليق معناه: التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل، أو: التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول

مضمون جملة أخرى ؛ سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط نحو: "إن، وإذا، وما، وكل، ومتى، وكلما، ومتى، ومهما" ولو أن الربط بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو: ظرف، أو حرف جر - غير لام التعليق - أو استثناء بـ "إلا"، أو "إن"، إذ تقدمه ما لا يحتمل التأقيت كالطلاق، كما لو قال شخص: "امراته طالق، إلا أن يقدم زيد من سفره" فإنه يُحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد من سفره فامراته طالق، فإذا كان هذا فيما لا يحتمل التأقيت، فإن كان مما يحتمل التأقيت كالأمر باليد، فإنه يكون للغاية لا للشرط، ويُشترط لصحة التعليق كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال؛ مما أمكن وجوده عادة في المستقبل، فالتعليق بالشيء المحقق الوجود في الحال، كقوله: إن كانت السماء فوقنا. فليس هذا من قبيل التعليق؛ بل هو تنجيز.

وكذلك التعليق بالأمر ممكن عقلاً لا عادة، كأن "لم أصعد السماء"، فهو أيضاً تنجيز، "وإن لم أقلب هذا الحجر ذهباً"، فكل ذلك تنجيز، ويبحث به في الحال، والتعليق بالمستحيل لوجوده من الأمور كقوله: إن دخل الجمل في سم الخياط، فهو لغو وباطل.

ب. أنواع الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط:

الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ملائماً، أو غير ملائم، وهي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق، فإنه يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، سواء كان ملائماً - كقوله لزوجته: إن أسأت إلي فأنت طالق - أو كان الشرط غير ملائم - كما إذا علق طلاقها بدخول الدار بأن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق - فإن المعلق عليه الطلاق في كل ذلك يُنزل ويثبت به الطلاق عند ثبوت

الشرط المعلق عليه الطلاق، وخرج بالإسقاطات المحضة ما لو كان فيها تمليك من وجه كالإبراء؛ فإن التعليق بالشرط يبطله، وخرج بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها ما لا يحلف به منها، كالإسقاط في الشفعة، ولو بعد ثبوتها، فلو علق الأمر بغير كائن لا يصح تعليقه، ويبقى على شفعته.

النوع الثاني: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط، والشرط الملائم هو الذي وجوده يؤكد مضمون العقد، وذلك كالإطلاقات، والولايات، فالإطلاقات كالإذن بالتجارة، والإذن بالخروج فيما لو حلفَ عَلَى زَوْجَتِهِ ألا تخرج إلا بإذنه، والإذن من قبل البائع للمشتري إذا باعه الموجود من الثمر، أو أذن له بأكل ما لم يظهر، فهذا من قبيل التعليق بالشرط مطلقاً، فإذا خالف المشتري أن يرجع البائع عن الإذن بالأكل ما سيظهر من الثمر، قال: كلما رجعتُ عن الإذن فأنت مأذونٌ بالأكل.

والثاني وهو ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط: فمثاله: كالقضاء، والإمارة، فإن كلا منهما يصح تعليقه بالملائم من الشرط لقول الرجل لابنه: إن بلغت رشيداً، فقد أذنت لك بالتجارة.

وكقول الحالف لزوجته: كلما خرجت، فقد أذنت لك، وكقول الإمام: إن شغرت الولاية الفلانية، فقد وليتك إياها.

ومما يصح تعليقه بالشرط الملائم الكفالة، والإبراء، كقوله: إن استحق المبيع فأنا كفيل من الثمن. وقوله: إن غاب المديون - أو مات - ولم يدع شيئاً فأنا كفيل. وقوله: إن قدم فأنا كفيله. وقوله: إن وافيت به غداً فأنت بريء.

النوع الثالث: من الشروط التي يرد عليها التعليق بالشرط: ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، وهو المعاوضات المالية كالبيع، والشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح على مال بمال، فذلك الشرط باطل، ولا يصح تعليقه هذه الأمور

بالشرط الفاسد، ولا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق وعدمه، فالقول قول منكر وجود الشرط، وهو الزوج، والبيئة على الزوجة في وجود الشرط.

وإذا ثبت وجود الشرط بالبيئة، فليس وقوع الطلاق مطرداً؛ بل في المسألة تفصيل، وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه، وثبت وجود الشرط بالبيئة فلا نزاع في وقوعه؛ سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه، أو لا، وأما إذا قام المتنازع بما يصح التنازع فيه لذاته من غير أن يكون شرطاً للطلاق، ولكن كان هناك طلاق معلق عليه - كما لو تنازع الزوج مع آخر في شيء، فحلف بالطلاق على مدعاه ثم ثبت بالبيئة كذبه، فإما أن يكون المتنازع فيه عيناً، أو ديناً؛ فإن كان المتنازع فيه عيناً كما لو ادعى على الزوج داراً مثلاً، فحلف بالطلاق أنها ليست ملك المدعي، ثم أثبت المدعي ملكه لهذه الدار بالبيئة، فلا يحنث الزوج في يمينه؛ لأن البيئة حجة في الظاهر - أي: أنها حجة ظنية - وإن كان المتنازع فيه ديناً فحلف بالطلاق أن لا دين له عليه، فبرهن المدعي أنه مدين، فيُنظر إن كان ادعى الدين بسبب القرض - مثلاً - وبرهن على السبب لا يحنث؛ لاحتمال الإبراء والإيفاء بعد السبب، وإن كان ادعاه مطلقاً عن السبب، وبرهن على أنه مدين حنث؛ لأن البيئة قامت على وجود الدين في الحال، فيحنث. والله أعلم.

دراسة باقي القواعد المتعلقة بالشروط، وقاعدة: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة: "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان" ٣٠١
- العنصر الثاني : قاعدة: "ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشروط وفروعها" ٣٠٤
- العنصر الثالث : قاعدة: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"، ٣١٨ والقواعد المتداخلة معها

قاعدة "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"

أ. معنى القاعدة:

أنه يلزم مراعاة الشرط الجائز بقدر الإمكان للوفاء به ؛ فقد ورد في الحديث عن أنس عن عائشة { أنه ﷺ قال : ((المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك)) ، والمراد بالشرط هنا : هو الشرط المقيّد به لأمرٍ ، أو المعروف بأنه التزام أمرٍ لم يوجد في أمرٍ ، ووجد بصيغة مخصوصة ، وهذا غير تعليق الأمر بالشرط ، فهناك فرق بين المعلق بالشرط ، وفرق بين المقيّد بالشرط ، من حيث إن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط ؛ لأنّ ما توقّف حصوله على حصول شيء يتأخر وجوده عنه ، بخلاف المقيّد بالشرط ، فإنّ تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد ؛ بل يكون سابقاً عليه كما هو ظاهر.

وتقييد الشرط بالجائز يعني : تقييد العقد بما يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع بالثمن ، أو تقييده بما يلائمه ، وذلك بأن يكون راجعاً إلى صفة المبدل ، ككون الفرس مثلاً أصله كذا ، أو إلى صفة البدل ، كدراهم بيض ، أو دراهم معجلة ، أو مؤجلة ، أو إلى التوثيق به ، وكاشتراط رهن بالثمن معلوم بالإشارة ، أو التسمية ، أو اشتراط كفيل به حاضر وقبل الكفالة ، أو غائب فحضر ، وقبلها - قبل التفرق - أو اشتراط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن ، وكاشتراط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولكن جرى العرف به ، كسواء نعل على أن يشاركها البائع ، أو يكون الشرط ورد الشرع به ، وقال بجوازه ، كاشتراط خيار الشرط ، ونحوه من الخيارات ، فإنّ الشرط في جميع هذه كلها تلزم مراعاته.

ب. أنواع الشروط :

والشروط ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الشرط الجائز : وهو يلزم الوفاء به ، وهو ما يؤكد مقتضى العقد ، أو يلائمه ، أو لا يلائمه ، ولكن جرى العرف به ، أو ورد الشرع بجوازه .

النوع الثاني : شرطٌ فاسدٌ : وهو ما كان بخلاف ذلك ، وفيه نفعٌ مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين ، كسواء ثوب على أن يصبغه له البائع ، أو شراء الدابة على أن يركبها البائع شهراً مثلاً ، أو على أن يحيل البائع رجلاً بالثمن ، أو كان الشرط فيه نفعٌ لمبيع من أهل الاستحقاق كسواء السيارة على ألا يركبها المشتري ، أو على أن لا يخرجها عن ملكه ، أو كان الشرط فيه نفع لأجنبي على الأظهر ، كما لو شرط البائع على المشتري أن يبيعه لفلان ، أو شرط على أحدهما أن يقرض فلاناً ، فإن كل شرطٍ من هذه الشروط مفسد للعقد .

النوع الثالث : شرطٌ لغو : وهو ما كان بخلاف الشرطين السابقين ، كأن يشترط على أجنبي شرطاً ، لو اشترط على أحد المتبايعين يفسد البيع ، أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر ، ولكن بعد العقد ، وكذا لو قبله ، ولكن لم يتفقا على بناء العقد على ما شرط ، كبيع الدابة على ألا يخرجها عن ملكه ، أو على أن يبيعه ، ولكن لم يعين المشتري .

أو شرطاً مشروطاً مفسداً ، ولكن عطف بالواو : كبعتك بكذا على أن تقرضني كذا ، فإن العقد في جميع هذه الصور يصح ويلغى الشرط .

هذا ونضيف - على ما سبق - أن المعاملات الشرعية بالنسبة إلى تقييدها بالشرط الفاسد ، تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول: يفسد بالشرط الفاسد، وهذه المعاملات هي المبادلات المالية، مثل: البيع، والقسمة، والإجارة، والصلح عن مال بمال، والمساقاة، والمزارعة، فإن هذه المعاملات كلها تفسد بالشرط الفاسد، ومثلها إجارة من انعقد من هذه العقود موقوفًا.

القسم الثاني: لا يفسد بالشرط الفاسد، وهي كل ما ليس من المعاوضات المآليّة؛ سواء كان من المعاوضات غير المالية، كالنكاح، والطلاق على مال، والخلع كذلك، والصلح عن دم العمد، وعن جراحة فيها قود، والصلح على مال عن الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها، كحق الشرب، وحق المرور، بدليل تقييدهم الصلح في القسم الأول، بأن يكون عن مال بمال، أو لم يكن من المعاوضات أصلًا كالإبراء عن الدين، وكالهبه، والصدقة، والقرض، والإيصاء، والوصية، وتولية القضاء، والإذن بالتجارة، والطلاق، والوكالة، والشركة، والمضاربة، والرهن، والكفالة، والحوالة، إلا إذا شرط فيها الدفع من ثمن دار المحيل - مثلًا - فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بما التزم - أي: من غير أن يشترط على المحيل بيع المحال عليه الدار - فإن شرط عليه ذلك صحت الإحالة، ولا يملك عزله، أو نهيه عن بيع الدار، وإيفاء الدين من ثمنها، ويجبر المحال عليه على البيع، والإقالة، وعزل القاضي، وعزل الوكيل، والحجر المأذون، فإن جميع ذلك لا يفسد بالشرط الفاسد؛ بل يصح العقد، ويلغو الشرط.

فإذا كان الشرط جائزًا، ومرعيًا، فإنه إذا شرط بعد العقد يلزم الوفاء به، كما لو شرط تشريك النعل، أو شرط خيار الشرط بعد العقد، فالظاهر أنه يلزم الوفاء به، ويستثنى من الشرط الجائز الذي تلزم مراعاته - كدرهم، ودراهم بيض، أو معجلة، أو مؤجلة - ما ذكره صاحب (الدر المختار)، في باب المهر: أنه لو شرط

في عقد النكاح تأجيل كل المهر، ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر، وذلك استحساناً، وبه يفتى.

قاعدة "ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط" وفروعها

أ. معنى القاعدة:

أن الحكم الذي ثبت بوضع الشارع - وهو الله ﷻ مقدّم على ما ثبت بالشرط، وذلك عند التعارض؛ لأنه إذا تقدم ما ثبت بالشرط ترتب عليه تقديم عبارة المخلوق على عبارة الخالق جل وعلا - وهذا لا يجوز شرعاً، ولا يجوز عقلاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَانْفُوا لِلَّهِ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [الحجرات: ٢١].

والمعنى: لا تقطعوا أمراً من أمور دينكم قبل أن يحكم الله ورسوله به، فينبغي أن تتأدبوا، ولا تقضوا أمراً دون أمر الله ورسوله من شرائع دينكم، وذلك فإن من آمن بالله رباً وبالإسلام ديناً، وبمحمد نبياً ورسولاً، وتأكد من صدق نسبة النصوص الشرعية إلى رسول الله ﷺ فإنّ عليه بعد ذلك أن يترك رأيه وهواه، وأن يحكم ما أوحى الله تعالى به إلى رسوله ﷺ وليس له أن يحتكم إلى الموازين والمقاييس العقلية ويعارض بها النصوص الشرعية؛ لأنّ العقول مهما أوتيت من قوة وعظمة فإنّ الله تعالى لم يجعل لها القدرة على إدراك كل شيء، ولم يجعل لها الإحاطة علماً بكل صغيرة وكبيرة، قال تعالى: ﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾ [الإسراء: ٨٥]، فهناك من الأشياء ما لا يصل العقل إليه بحال، ومنها ما يصل إلى ظاهر منه دون اكتناه، وهي - مع هذا القصور الذاتي - لا تكاد تتفق في فهم الحقائق التي أمكن لها وأدركها الشارع، فإنّ قوى الإدراك ووسائل العقول تختلف عند النظر اختلافاً كبيراً.

ولذلك فإنَّ ذلك كان سبباً في ذلة أقدام العقلانيين، ووقوعهم في البدع؛ هو أنهم قدموا العقل على النصوص الشرعية، فلم يأخذوا منها إلا ما وافق عقولهم، وطرحوا كل ما لم يستحسنوه، فوقعوا بذلك، ورفعوا العقل عن مكانته، وأنزلوا الشرع عن مكانته؛ حيث قدموا ما حقه التأخير، وأخروا ما حقه التقديم، وجعلوا الأصل فرعاً والفرع أصلاً، فوقعوا في بدعة عظيمة، كبدعة الجهمية في نفي أسماء الله تعالى وصفاته، وكبدعة المعتزلة في نفي الصفات.

ب. فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة، ذكرها الإمام السيوطي في كتابه القيم، وهو كتاب (الأشباه والنظائر).

وهذه الفروع تحتاج إلى شرح، وإيضاح، ونحن - إن شاء الله - نقوم بشرحها على النحو التالي:

الفرع الأول: نذر الواجب؛ قال السيوطي - رحمه الله: ولهذا - أي: لكون ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط - فلا يصح نذر الواجب.

معنى النذر لغة: والنذر معناه لغة: الوعد بخير، أو شر، ويتعدى بنفسه، أو بالباء، فيقال: وعده خيراً، ووعدته شراً، كما يقال: وعده بالخير، ووعدته بالشر، وقد صرح أئمة اللغة بأن الوعد يُستعمل في الخير والشر مقيّداً، فيقال: وعده خيراً، ووعدته شراً. وأما عند الإطلاق، فيستعمل الوعد في الخير، كما يُستعمل الإيعاد في الشر، فإذا قال شخص لآخر: أكرمك غداً، فهذا من قبيل الوعد بالخير، وإذا قال له: أضربك غداً، فهذا من قبيل الإيعاد بالشر، قال الشاعر:

وإني إذا أوعدته أو وعدته ❖ لمخلف إيعادي ومنجز مواعيدي وفي هذا لفٌّ ونشر مرتب، فقلوله: لمخلف إيعادي، راجع لقلوله: أوعدته. وذلك في الشر، وأما قوله: ومنجز مواعيدي، فهو راجع لقلوله: وعدته. وذلك في الخير؛ لأن خُلف الإيعاد في الشر مما يُتمدحُ به؛ لأنَّه ينشأ عن الحلم، والعفو، كإنجاز الوعد في الخير؛ لأنه ينشأ عن الكرم، والسماحة.

معنى النذر شرعاً: وأما النذر في الشرع فهو: الوعد بخير خاصّة، قاله الروياني والماوردي، وقال غيرهما: النذر التزام قرينة لم تتعين بأصل الشرع.

والمعنى الذي تتضمنه هذا التعريف أن: المرء إنما يعقد النذر على نفسه تأكيداً لما ألزم الإنسان نفسه به تقريباً إلى الله تعالى، كأن يقول نذرت لله ذبح شاة، أو علي الله أن أصوم ثلاثة أيام، يريد بذلك التقرب إلى الله تعالى، وحكم هذا النذر وجوب الوفاء به، لقلوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩].

ولما رواه البخاري عن عائشة > أن رسول الله ﷺ قال: ((من نذر أن يطيع الله، فليطعه، ومن نذر أن يعصيه، فلا يعصه)).

ويكره النذر المقيد كأن يقول الإنسان: إن شفى الله مريضاً صمت ثلاثة أيام، أو تصدقت بألف جنيه لمؤسسة خيرية، وذلك لقلول ابن عمر <: أن رسول الله ﷺ نهى عن النذر، وقال: إنه لا يرد شيئاً، وإنما يستخرج به من البخيل الشحيح، ولا ينعقد النذر بغير القول، ولا ينعقد بمحال، ولا ينعقد بمعصية لحديث عمران بن حصين: ((لا نذر في معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم)).

قال العلماء: لا يُستحبّ النذر للنهي عنه، وتوقف شيخ الإسلام ابن تيمية في تحريمه، وحرمة طائفة من أهل الحديث، والنذر لا يكون إلا فيما يتقرب به إلى الله تعالى، فخرج بالقربة - المعصية، فلا يجوز نذرها، كشرب الخمر والصلاة بغير

وضوء لما رواه البخاري عن عائشة > أن رسول الله ﷺ قال: ((من نذر أن يطيع الله، فليطعه، ومن نذر أن يعصيه، فلا يعصه)).

والقربة: ما يتقرب به إلى الله تعالى، وخرج بالقربة -أيضاً- المكروه؛ لأن المكروه لا يتقرب به، والنذر لا يكون إلا فيما يتقرب به إلى الله، فلا ينعقد النذر بالمكروه، ومحل عدم الانعقاد إذا كان مكروهاً لذاته، كالالتفات في الصلاة، وأكل بصلي، أو ثوم، أو الإحرام قبل الميقات، أو طلاق زوجته، وهي حائض فلا ينعقد هذا النذر؛ لأنَّ ترك المكروه أولى من فعله، وإن فعله فلا كفارة عليه، لأنه وفى بنذره، أما المكروه لعارض فالمعتمد أنه يلزم الوفاء به، كنذر صوم يوم الجمعة، أو يوم السبت، أو الأحد فإنَّ هذا النذر ينعقد، لأن المكروه لعارض الأفراد لا لذات العبادة، فإن العبادة لا كراهة فيها، وقد ورد النهي عن أفراد يوم السبت بصيام، فقال رسول الله ﷺ: ((لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم)).

وهذا يشمل القضاء، ويشمل النذر، ويشمل النفل، إلا إذا وافق عادته، أو كان يوم عرفة، ونحو ذلك، وإذا لم يجد أحدكم إلا لحاء عنب، أي: قشر عنب، أو عود شجر فليمضغه، ولا يصوم في يوم السبت، أو الأحد منفرداً.

فمعنى الكراهية: أن يختص يوم السبت، أو يختص يوم الأحد بصيام؛ لأن اليهود يعظمون يوم السبت، والنصارى يعظمون الأحد؛ ولذلك كان رسول الله ﷺ يحب أن يخالفهم، وعلى هذا، فإنه يُفرَّق بين المكروه لعارض والمكروه لذاته، فينعقد في الأول دون الثاني، وخرج المباح لذاته؛ لأنه لا ينعقد إذا نذره عند الشافعية؛ لأن المباح لا يُتَقَرَّبُ به إلى الله تعالى؛ لحديث أبي إسرائيل عن ابن عباس قال: بينما النبي ﷺ يخطب؛ إذ هو برجل قائم في الشمس فسأل عنه، فقالوا: هذا أبو

إسرائيل، نذر أن يصوم، ولا يقعد، ولا يستظل، ولا يتكلم، فقال النبي ﷺ: ((مروه فليتكلم، وليستظل، وليقعد، وليتم صومه)).

وهذا يدل على أن النذر إذا كان على فعلٍ مباح، أو على تركه فلا ينعقد باتفاق الأصحاب، فضلاً عن لزومه، وما دام نذر المباح لا ينعقد فلا كفارة فيه؛ لعدم انعقاده.

ومن نذر المباح: نذر لبس الثوب، وركوب الطائرة، بأن يقول: لله عليّ أن ألبس ثوبي، أو أركب الطائرة. فإن نذر ذلك لا ينعقد، لكن إذا اقترن بالمباح ما يصيره عبادةً صح نذر المباح؛ لقوله ﷺ: ((حتى اللقمة يرفعها إلى فم زوجته له بها صدقة)).

ولقوله ﷺ: ((المسلم إذا أنفق نفقةً على أهله وهو يحتسبها فهي له صدقة))، وخرج من النذر الواجب العيني، كصلاة الصبح، والظهر، فلا يصح نذر الواجب العيني؛ لأنه لزمه عيناً بالشرع قبل النذر، فيكون التزامه بالنذر لا معنى له، ولو قلنا بانعقاده لأدى إلى تقدّم ما ثبت بالشرط على ما ثبت بالشرع، وهو خلاف القاعدة، ويكون ذلك من قبيل تحصيل الحاصل، وهو لا يجوز.

وأما المندوب فينعقد النذر به؛ لأنه غير متعينٍ عليه بأصل الشرع، كشييع جنازة، وقراءة سورة معينة، وطول القراءة في الصلاة، وعيادة مريض، وزيارة أخٍ له في الله تعالى، وغير ذلك مما هو مندوب، وكان بقصد التقرب، أو نذر أن يتصدق، أو نذر ألا يرد سائلاً فيلزمه الوفاء بذلك كله؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ (٧٥) ﴿فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾ (٧٦) ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة: ٧٥-٧٧]، ولقوله ﷺ: ((من نذر أن يطيع الله فليطعه)).

وينعقد أيضاً نذر الواجب الموسع، وهو ما وقته يسعه ويسع غيره، والانعقاد في الواجب الموسع يكون باعتبار وقته لا باعتبار ذاته، فإذا نذرَ إنسان أن يصلي الظهر عند الزوال لزمه النذر؛ لأنه يجوز له ترك الصلاة في هذا الوقت بالذات، وأن يصليها في وقت الاختيار؛ لأن ما جاز تركه في وقت من الأوقات انعقد نذره في وقت معين، وينعقد نذر الواجب الكفائي كذلك، والواجب الكفائي: هو الأمر الذي إذا أتى به فرد من أفراد المكلفين، فقد تم المطلوب، وسقط الحرجُ عن المكلفين جميعاً.

وإنما سمي بذلك؛ لأنه منسوبٌ إلى الكفاية والسقوط؛ من حيث إن فعله من أيِّ فاعلٍ يسقط طلبه عن الآخرين، وذلك مثل أن ينذر إنسان أن يصلي على كل جنازة يحضرها، فإن الصلاة على الجنازة واجب كفائي، فينعقد النذر إلا في شخصٍ قد انفرد، ولا يوجد غيره، فقد حضرت الجنازة، فيتعين عليه الصلاة.

ويدخل في الواجب الكفائي: بناء المستشفيات، وتولي سلطة القضاء، والإفتاء، ويدخل فيه أيضاً: بدء السلام، ورده، فإن هذا ونحوه مما يلزم حصوله من غير نظرٍ إلى من يفعله، ويظهر من هذا أن الواجب العيني: هو الذي يتعلّق التكليف فيه بكل فردٍ من أفراد المكلفين؛ ولهذا نسب إلى العين، وهذا هو فرق ما بين الواجب الكفائي، والواجب العيني.

وقد اتفق الأصوليون على: أن الواجب الكفائي يتحقق المقصود منه بفعل بعض المكلفين له؛ فمتى فعله بعضهم، فلا يُطالبُ بفعله البعض الآخر، واتفق الأصوليون - أيضاً - على أن ترك الواجب الكفائي من جميع المكلفين يوجب تأثيم الجميع؛ لأنهم فوّتوا ما قصدَ من الفعل.

وأما الواجب المخير: فهو ما طلبه الشارع مبهمًا في واحد من أمور معينة، كأحد خصال كفارة اليمين، في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْهُ؛ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٨٩]، أي: فكفارة ما عقدتم الأيمان إذا حنثتم: إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم، أي: من خير، وأمثل قوت عيالكم، أو كسوتهم؛ ما يصح أن يصلّي فيه، أو عتق رقبة - إذا وجدت - ويشترط أن تكون الرقبة مؤمنة؛ فمن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعة وجوبًا.

والجمهور على أنها متتابعات؛ لقراءة ابن مسعود: "فصيام ثلاثة أيام متتابعة"، فدلّت القراءة على مشروعية التتابع، وله أن يصلّيها غير متتابعة على رأي - غير الجمهور - فيجوز أداؤها متفرقة.

الفرع الثاني: الطلاق الرجعي على مال، والرجعة في الطلاق، هي: إعادة مُطلّقة غير بائن إلى ما كانت عليه غير عقد؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (٢٣٨) الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿ [البقرة: ٢٢٨-٢٢٩]، ولقوله ﷺ: ((مُرُهُ فَلِيرَاجِعْهَا)).

وطلّق رسول الله ﷺ حفصة، ثم راجعها، ولأن حكم الرجعية هي حكم الزوجات، والرجعية مأخوذة من الرجعة، والرجعة إمساك، فتصح الرجعة ما دامت في العدة، بأربعة شروط وهي: الدخول، أو الخلوة، أو كون الطلاق من

نكاح صحيح ، وكونه دون ما يملك ، وكونه بلا عوض ؛ فإن فُقدَ شرطٌ من الشروط هذه لم تصح الرجعة.

قال الإمام السيوطي : ولو قال : طلقته بألفٍ على أن لي الرجعة ، سقط قوله بألف ويقع الطلاق رجعيًّا ؛ لأن المال ثبت بالشرط ، والرجعة بالشرع ، فكان أقوى.

وذلك لأن قول الرجل لزوجته : طلقته بألف. يقتضي وقوع الطلاق على مال ، والطلاق على مال لا يقع إلا بائنًا كالخلع ؛ لأن الزوجة بذلت المال لتملك بضعتها - والبضع هو الفرج - فلا يملك الزوج ، ولاية الرجوع إليها ؛ لأن القصد إزالة الضرر عنها ، ولو جازت الرجعة لعاد الضرر ، فإن شَرَطَ الرَّجُوعَ مع دفع المال في الطلاق كان طلاقًا رجعيًّا ؛ لأن شرط الرجعة والمال متنافيان ، فيسقطان - أي : يسقط الشرط والمال - ويبقى مجرد الطلاق ، فيكون رجعيًّا ، والأول ثبت بالشرط ، والثاني ثبت بالشرع ، فيقدم ما ثبت بالشرع ؛ لأنه أقوى ، كما قال العلامة السيوطي.

والمراد إثبات القوة كاملة في جانب الشرع ، ونفيها تمامًا في جانب الشرط ، فإن أفعال التفضيل هنا ليس على بابه ، وهذا إذا كان الزوج هو الذي قال لزوجته : طلقته بألف. أما إذا كانت الزوجة هي التي قالت : طلقني بألف. فقال الزوج : طلقته بألف على أن لي الرجعة. سقط قوله : على أن لي الرجعة ، ويقع الطلاق بائنًا ؛ لأن هذا ثبت بالشرع ، فيقدم على ما ثبت بالشرط ، فيقع الطلاق - حينئذٍ - بائنًا ، وتحصل الفرقة بينهما بمجرد أخذ المال ، فلا تحتاج الفرقة في الخلع إلى لفظ الزوج ، فالزوجة المفتدية هي التي تقول : أنا أفندي نفسي منك بألف. فإذا قبل الزوج الفدية ، وأخذ المال انفسخ النكاح ، وهذا مذهب أحمد ، فقد قال

إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: كيف الخلع؟ قال: إذا أخذت المال، فهو فرقة. واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة: ((أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقال: خذ ما أعطيتها، ولا تزد)).

ولم يستدع منه لفظاً، ولأن دلالة الحال تغني اللفظ، بدليل أنه لو دفع ثوبه إلى خياط معروف بذلك فخاطه له استحق الأجرة، وإن لم يشترط العوض، ولكن الصحيح أن الخُلْع لا يصح بدون اللفظ، كالنكاح، والطلاق، ولأن أخذ المال قبضٌ للعوض، فلم يكن بمجرد مقام الإيجاب، ولأن الخلع - وإن كان طلاقاً - فلا يقع بدون اللفظ، إما أن يكون صريحاً، أو كناية، وإن كان فسحاً، فهو أحد طرفي عقد النكاح، فيعتبر فيه اللفظ؛ كابتداء العقد، وأما حديث جميلة، فقد أورده البخاري بلفظ: ((أقبل الحديقة، وطلّقها تطليقة))، وهذا صريحٌ في اعتبار اللفظ، إذا عرفنا ذلك؛ فإن الطلاق ينقسم من حيث الأثر المترتب عليه إلى: طلاق رجعي، وبائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

تعريف الطلاق الرجعي:

فالطلاق الرجعي: هو الذي لم يُبْلَغ حَدُّ الثَّلَاثِ، ولم يكن على مال، ويعرف - كما جاء في قانون الأحوال الشخصية - بأنه: "طلاق الرجل زوجته المدخول بها حقيقة، إذا لم يقترن بعوض، ولم يسبق بطلاق، أو سبق بطلقة واحدة"، وهذا مأخوذ من المذهب الشافعي، والمذهب المالكي، ويكون من حق الزوج مراجعتها ما دامت في العدة بشرط أن يكون قد دخل بها، فإذا لم يكن قد دخل بها أصلاً، أو دخل بها، وطلّقها طليقة، أو طلقتين، ولم يراجعها حتى انقضت عدتها منه؛ كانت أحق بنفسها منه، وهذه هي البائن بينونة صغرى.

تعريف بينونة الكبرى في الطلاق :

أما البائن بينونة كبرى : فهو الطلاق المكمل للثلاث ، وبه تخرج المرأة من عصمة الزوج بالطلقة الثالثة ، وتصبح محرمة عليه ، ولا يجوز له مراجعتها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره بعقد شرعي ، ويدخل بها دخولاً حقيقياً ، لا بقصد تحليلها لزوجها الأول ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠].

الفرع الثالث : إذا لم يحج ، وأحرم بحج تطوع ، أو نذر ، قال الإمام السيوطي في هذه المسألة : ومن لم يحج إذا أحرم بتطوع ، أو نذر وقع حجّه عن حجة الإسلام ؛ لأنه يتعلق بالشرع ، ووقوعه عن التطوع ، أو عن النذر متعلق بإيقاعه عنهما ، والأول أقوى ، والحج هو الركن الخامس من أركان الإسلام الخمسة التي عُلِمَتْ من الدين بالضرورة ، فهو إذن من العلم المستفيض الذي توارثته الأمة خلفاً عن سلف ، والحكمة من فرضه على الناس : أنه إنما وَضَعَ البيت ، وأوجب حجّه ؛ ليشهدوا منافع لهم - كما ذكر الله في كتابه - فلا حاجة به تعالى إلى الحجاج ، كما يحتاج المخلوق إلى من يقصده ويعظمه ، فإن الله غني عن العالمين ، وآخر الحج عن الصلاة ، والزكاة ، والصوم ؛ لأن الصلاة عماد الدين ، ولشدة الحاجة إليها ، ولتكررها كل يوم خمس مرات ، وأول ما يُسأل عنه العبد يوم القيامة ، ثم الزكاة لكونها قرينة للصلاة في أكثر المواضع من الكتاب والسنة ، ولشمولها المكلف ، ولغير المكلف ، ثم الصوم ؛ لتكرره كل سنة.

لكن البخاري قدم الحج على الصوم ، للتغليظ ، فمن أنكر وجوب الحج ، فقد كفر ، وارتد عن الإسلام ، فيجب على المسلم أدائه متى توافرت شروطه ، فإذا أحرم من لم يحج حجة الإسلام ناوياً النذر ، أو التطوع ، وقع عن حجة الإسلام ؛ لأن وقوعه عن حجة الإسلام ثابت بالشرع ، ووقوعه عن نذر ، أو

تطوع ثبت بالشرط ، فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط ، والأول أقوى ، أي : أقوى من جهة الدليل ، فقد أجمع المسلمون على أنه ركن من أركان الإسلام ، وعلى أنه فرض من فروضه ، قال تعالى : ﴿ فِيهِ ءَايَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ ءَامِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ عَنِّي وَعَنْ عَالَمِينَ ﴾ [آل عمران : ٩٧] ، أي : والله على الناس فرض واجب : حج البيت ، فَحَرَفُ "على" للإيجاب ، لا سيما إذا ذكر المستحق ، وأتبعه بقوله : ومن كفر ، فسمى تعالى تاركة كافرًا فدل على كفره ، وحيث دل على كفره ، فقد دل على أكادية ركنيته ، فمن لم يعتقد وجوبه ، فهو كافر إجماعًا ، وأفعل التفضيل هنا يفيد وجود القوة في الاثنين ، لكن الأول أقوى ؛ لأن وقوعه عن حجة الإسلام من اعتبار الشارع ، ووقوعه عن التطوع والنذر من اعتبار الناذر ، والمتطوع ، فيقدم الأول لقوته - وإن كان في الثاني قوة ؛ لأنه ناتج عن قصده ، ونيته - والنية لها أثرها الواضح في صيرورة المباحات إلى عبادات ، وإذا كان الأمر كذلك ، فاعتبارها فيه قوة ، لكن ما اعتبره الشارع أقوى ، فيكون أفعل التفضيل هنا جاء على بابه .

الفرع الرابع : وذلك الفرع هو اشتراط مقتضى العقد .

قال الإمام السيوطي : "ولو شرط مقتضى العقد لم يضره ولم ينفعه ، ومقتضى العقد مستفاد من العقد يجعل الشارع لا من الشرط" .

فالعقد قد يقترن بالشرط ، وشروط العقد كثيرة ومتنوعة ، منها ما هو جائز ، ومنها ما هو محرم ، فالشرط الجائز ما كان موافقًا للشرع ويعتبر كذلك كل شرط من مقتضيات العقد كاشتراط حبس المبيع حتى قبض الثمن في عقد البيع ، أو كل شرط ملائم للعقد كاشتراط الرهن تأمينًا لدفع الثمن ، أو كل شرط متعارف عليه

بين أهل البلد كاشتراط وضع القفل في الباب عند شرائه ، فالشرط الموافق لمقتضى العقد لم يأت بجديد ، وإنما هو إظهارٌ لنفس الحكم ، فهو يقرر حكم العقد في المعنى ، فلو أجر شخص سيارته ، أو حانوته لآخر ، فقال المستأجر : قبلت ذلك بشرط أن أركب السيارة ، أو بشرط أن أنتفع بالحنوت ، أو أجر له داراً فقال : قبلت بشرط أن أسكنها ، فإن هذا الشرط لا يضيف جديداً ؛ لأن هذه المقتضيات ثابتة بالشرع ، وإنما هو يؤكد الأثر المترتب على العقد ، وبالتالي فلا يضره ولا ينفعه ، وهذا الفرع غير داخل في القاعدة ، إلا أن الإمام السيوطي ذكره ؛ لبيان أن القاعدة مقيدة بحالة التعارض ، أما في حالة التوافق فلا يحتاج الأمر إلى إعمال هذه القاعدة.

قال الإمام ابن السبكي : " هذه الفروع تدل على أنه إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق وهو وجه ؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع فلا يحتاج إلى الشرط " .

تعريف خيار المجلس لغة :

أما خيار المجلس ، فهو في اللغة مكان الجلوس ، والمراد به المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان من وقت الاجتماع الواقع فيه العقد إلى تمام العقد ونفاذه ولزومه ، وعلى هذا يكون مجلس العقد هو مكان الاجتماع الواقع فيه العقد على أي حال كان المتعاقدان عليها .

تعريف خيار المجلس في الاصطلاح :

وخيار المجلس في اصطلاح الفقهاء يُعرف بأنه حق شرعي يثبت بمقتضاه لكل واحدٍ من المتعاقدين الحق في إمضاء العقد ، أو فسخه ما دام في مجلس العقد ما لم

يتفرقا ، أو يتخايرا ، فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحدٌ منهما البيع ، أو تفرقا على هذا ، فقد وجب العقد.

من هذا يظهر أن إضافة الخيار إلى المجلس من إضافة الشيء إلى ظرفه.

تعريف خيار الشرط لغة :

وأما خيار الشرط ، فهو في اللغة يطلق على معانٍ كثيرة منها إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والشرطُ سبب والخيار مسبب ، فهو من إضافة المسبب إلى السبب.

تعريف خيار الشرط اصطلاحاً :

وهو في اصطلاح الفقهاء أن يكون لكلٍّ من المتعاقدين ، أو لأحدهما ، أو لأجنبيٍّ حق إمضاء العقد ، أو حق فسخه في مدة معلومة عند اشتراطهما ذلك.

قال ابن السبكي : إنه إذا اجتمع خيار المجلس عند من يقول به وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من وقت التفرق وهو وجه ؛ لأن خيار المجلس ثابت بالشرع ، وهو قوله ﷺ : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) ، فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط وهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثاني : أن ابتداء خيار الشرط من وقت الشرط ؛ لأنه بخيار الشرط انقطع خيار المجلس إلا أن هذا الوجه لا يتفق مع ما شرع لأجله الخيار ، فإنه شرع للتروي وللنظر في الأمر ، وهذا نقيض أن يكون خيار الشرط من وقت الاشتراط ، وإنما الذي يلائمه أن يكون ابتداء الشرط من حين التفرق ، فالوجه الأول هو الذي يناسب الحكمة من مشروعية الخيار.

قال ابن السبكي: وقد يقال لا معارضة بينهما عند من جوز اجتماع علتين.

وهذا يفسر لنا أن العلة الشرعية المقتضية لوجود الحكم إما أن تكون بمعنى الأثر، أو بمعنى المَعْرِفِ، فإن كانت بمعنى الأثر فلا يجوز اجتماع مؤثرين على مؤثر واحد وإن كانت بمعنى المَعْرِفِ فيجوز اجتماع أكثر من مَعْرِفٍ على مَعْرِفٍ واحد؛ ولهذا فمن قال: إن العلة بمعنى المؤثر فإنه يمنع اجتماع علتين على معلول واحد، وعليه فتحتسب مدة خيار الشرط من التفرق، أما من قال: إنها بمعنى المَعْرِفِ، فإن خيار الشرط يبدأ من حين الاشتراط، ومن ثم فيجتمع خيار الشرط وخيار المجلس من حيث الاشتراط إلى حين التفرق على معلول واحد، وهو الخيار في هذه المدة.

ويترتب على ذلك أن لا تحسب مدة خيار المجلس من حين خيار الشرط على الرأي القائل بأن خيار الشرط من حين التفرق، ولكنها تحسب على الرأي الآخر، وخيار المجلس ثابت بالشرع وخيار الشرط ثابت بالشرط، والعلتان هما المجلس والشرط، والمعلول هو الثلاثة أيام، قال ابن السبكي: تشبه هذه القاعدة نذر الفرائض، فإنه لا يصح؛ لأن الفرائض ثابتة بالشرع وورود الالتزام عليها لا يفيد شيئاً، وذلك مما يقوي أنه لا يجتمع علتان على معلول واحد.

وهذا إذا كانت العلة بمعنى المؤثر فإن كانت بمعنى المَعْرِفِ فيصح نذر الفرائض، قال العلماء: وما وجب بالشرع إذا نذره العبد، أو عاهد عليه الله، أو بايع عليه الرسول، أو بايع الإمام، أو تحالف عليه جماعة، فإن هذه العهود والمواثيق تقتضي وجوباً ثانياً غير الوجوب الثابت بمجرد الأمر الأول؛ فيكون واجباً من وجهين واجب بالشرع وواجب بالنذر؛ فيجب الوفاء به لعموم قوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ (من نذر أن يطيع الله فليطعه).

قاعدة: "لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص"، والقواعد المتداخلة معها

١. قاعدة: "لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص":

أ. معنى القاعدة:

أن الاجتهاد غير مطلوب في مسألة ورد فيها نص ؛ لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود نص قطعي الثبوت والدلالة ، فإذا وُجدَ ذلك النص فالاجتهاد ممنوع ، والمراد بالنص هنا الكتاب والسنة ، والاجتهاد مأخوذ من الجهد بفتح الجيم أو من الجُهد بضمها.

تعريف الاجتهاد لغة:

وهو في اللغة : بذل الوسع في تحصيل ما فيه كلفة أو فيه مشقة ، يقال : اجتهد في حمل الصخرة ، ولا يقال : اجتهد في حمل النواة لعدم المشقة في حملها.

تعريف الاجتهاد اصطلاحاً:

وعند الأصوليين الاجتهاد له تعريفات كثيرة أرجحها تعريف الإمام البيضاوي الذي عرف به الاجتهاد بقوله : استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية ، فدرك الأحكام معناه : تحصيلها سواء كان على سبيل الظن أو على سبيل القطع. ويُفهم من هذا التعريف بأنَّ 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 الطلب بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب فهذا هو الاجتهاد التام وغيره الاجتهاد الناقص.

نوعا الاجتهاد:

والاجتهاد نوعان :

النوع الأول: اجتهاد في فهم النصوص لإمكان تطبيقها، وهذا واجبٌ على كل مجتهدٍ، 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 الإمام ابن القيم: ما يراه القلب بعد فكرٍ وتأملٍ وطلبٍ لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات.

وعليه فإن الاجتهاد بالرأي يكون عند عدم وجود النص، ويتحقق على الوجه الآتي: أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التي جاء بها القرآن وجاءت بها السنة، وأن يقيسوا المسألة الجديدة التي لم يرد فيها نص على ما ورد فيها من أحكام الفروع الأخرى، وأن يراعي المجتهد روح الشريعة ومقاصدها العامة، وأسس التشريع الإسلامي التي قام عليها، وهي اليسر، ورفع الحرج، وقلة التكاليف، وتحقيق العدالة.

شروط الاجتهاد:

والاجتهاد له شروطٌ تحدث عنها الفقهاء، ومن أهمها: أن يكون المجتهد عالماً بمواطن الإجماع والناسخ والمنسوخ، وعالماً بأحاديث الأحكام في مواطنها وفي أبواب الفقه، وعالماً بمواضع الآيات من سورها، وأن يكون ملماً باللغة العربية.

وقد ذكر ابن القيم أن الإمام الشافعي قال فيما رواه عنه الخطيب في كتابه (الفقيه والمتفقه)، قال الإمام الشافعي: لا يحل لأحد أن يفتي في دين الله إلا رجل عارف بكتاب الله تعالى، بصيرٌ بحديث رسول الله ﷺ ويعرف 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 قريحةٌ بعد هذا، فإن كان هذا فله أن يتكلم وأن يفتي في الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فليس له أن يُفتي.

ب. فروع القاعدة:

من فروع هذه القاعدة: أنَّ الحاكم لو قضى بصحة رجعة الزوجة الرجعية بدون رضاها لا ينفذ ذلك القضاء؛ لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وكذلك لو قضى بحلِّ المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الزواج الثاني لا ينفذ هذا الحكم؛ لأن حديث: "العُسَيْلَةُ" يخالفه؛ فيكون التحليل بدون الوطء مخالفاً له فلا يجوز على أنه قد يرد حديث في موضوع فيراه بعض الفقهاء صحيحاً فيعمل بموجبه ويترك القياس المخالف له، بينما لا يراه غيره كذلك فيتركه ويلجأ إلى القياس، وهذا جائزٌ وليس مما نحن فيه.

٢. قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بمثله":

أ. معنى القاعدة:

أنَّ القاضي إذا اجتهد في مسألة شرعية، ثم عرَضَتْ له مسألة مشابهة فحكم فيها برأي آخر، فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني، وكذلك لو حكم مجتهدٌ في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهدٌ آخر في تلك المسألة عينها وكان اجتهاده

مخالفاً، فلا ينقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، والمقصود بالاجتهاد الذي لا ينقض بمثله هو الاجتهاد الذي مضى حكمه وقضي به ثم تغير الحكم فيه في المستقبل بتغير الاجتهاد.

ب. الدليل على هذه القاعدة:

وأما دليل هذه القاعدة: فقد قام الدليل على أنَّ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد؛ لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ، فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صواباً يجوز أن يكون خطأً، وعليه فإن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول؛ لأن الاجتهاد الأول ظني والاجتهاد الثاني ظني، ولا ترجيح لأحد الظنين على الآخر.

ج. فروع هذه القاعدة:

لهذه القاعدة فروع تؤكد ذلك، وأن الاجتهاد لا ينقض بمثله؛ لأن شرط النقص اتحاد النسبة الحكمية، ومع اختلاف الظنون لا تتحد النسبة الحكمية، فلا ينقض الاجتهاد بمثله.

الفرع الأول: لو تغير اجتهاد المجتهد في القبلة عمل بالثاني ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات بأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء عليه، فتكون الأربع ركعات صحيحة؛ لأن الاجتهاد في كلٍّ منها لا ينقض بما قبله؛ لما أخرجه الترمذي وأحمد والطبراني من حديث عامر بن ربيعة بلفظ: ((كنا مع النبي ﷺ في ليلة مظلمة، فلم ندر أين القبلة، وصلى كل رجلٍ على حياله، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ فنزل قوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُولُوْا فَثَمَّ وَجْهَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥]).

وفي رواية جابر عند البيهقي بلفظ: ((صلينا ليلة في غيم وخفيت علينا القبلة، فلما انصرفنا نظرنا فإذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة، فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: قد أحسستم، ولم يأمرنا أن نعيد))، فدل ذلك على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد الآخر.

الفرع الثاني: لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني بل يتييم، فلو أن هناك إناءين وبينهما كلب فظن أن الكلب شرب من أحدهما، وظن أن الآخر طاهر ثم تبين له عكس ذلك، فلا يعمل بالاجتهاد الثاني بل يتييم؛ لأنه لو عمل بالاجتهاد الثاني لكان ناقضاً للاجتهاد الأول؛ لأن الأول مبني على الظن والثاني مبني على الظن، ولا ترجيح لأحدهما فيجب عليه أن يتييم وأن يترك الإناءين، وهذا مبني على وجوب التحري.

الفرع الثالث: لو شهد فاسقٌ على خصم في حادثة، فقال الخصم: هذا فاسقٌ، وردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعاد الشهادة في نفس الحادثة بعينها، لم تُقبل شهادته؛ لأن الحكم بفسقه كان باجتهاد، وقبول شهادته بعد التوبة لعدالته اجتهد، فلو قبل القاضي شهادته يكون قد نقض الاجتهاد الأول بالثاني في الحادثة عينها، وهذا ما علل به المتولي.

وهناك تعليل آخر للحامولي قال: لو قبل القاضي شهادته في الحادثة عينها 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 فاسقٌ بعد التوبة فتقبل؛ إذ لا يكون هناك اجتهد ثانٍ، فلا يقال: نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

الفرع الرابع: إلحاق النسب بالقيافة، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره في أعضاء المولود.

وهذا مختصٌ بما مضى من العصور، وأما في هذا العصر - عصر الاكتشافات العلمية - فإن القافة هم خبراء الجينات الذين يحكمون بإلحاق نسب الطفل إلى أبيه بأدق الوسائل العلمية، فلا يعقل أن يُطلب حكم القافة مع وجود ما يدل على البنية بطريقة علمية أدق؛ ولهذا كان العمل بالقيافة في القديم كان صحيحاً سواء عن طريق الفراسة أو عن طريق خبراء الجينات عن طريق التحاليل المخبرية كل ذلك مشروع، وهذا هو قول الجمهور.

والقيافة من الأدلة الشرعية لإثبات الأنساب عند الاشتباه، قالت عائشة > : ((دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فرحاً، فقال: يا عائشة إن مجزز المدلجي دخل عليه فرأى أسامة، وزيداً وعليهما قطيفةٌ قد غطيا بهما وبدت أقدامهما؛ فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض)).

فلو أن القائف ألحق الولد بأحد المدعين بناء على علم عنده ثم تغير اجتهاده وتغير ظنه ورجع وألحقه بالمدعي الآخر لم يقبل؛ لأن إلحاقه بالأول اجتهد وإلحاقه بالثاني اجتهد، وليس الأول بأقوى من الثاني، والقاعدة تقول: لا ينقض الاجتهاد باجتهد مثله، وكذلك لو ألحقه قائفٌ بأحدهما فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، فالحكم فيهما واحد، والفرق بين الاجتهاد في الأولى والثانية أن التغير الظني في الأولى اجتهد من شخص واحد، وأما في الثانية فمن شخصين، فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني سواء من فردٍ أو من اثنين.

الفرع الخامس: أن الحاكم إذا حكم في حادثة بحكم ثم تغير اجتهاده لم ينقض الحكم الأول، وإن كان الظن الثاني أقوى؛ لأن الرجحان في الظنين لا يوصل إلى

القطع ، غير أنه لو حكم في الحادثة الأولى وتغير ظنه فيها لا يحكم إلا بالثاني نظراً لقوة الثاني على الأول ، ومن ذلك أن عمر < لقي رجلاً له خصومة فقال له : "ما صنعت في خصومتك فقال له الرجل : قضى فيها علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت بكذا ، قال عمر < : لو كنت أنا لقضيت فيها بكذا ، فقال الرجل : وما يمنعك والأمر إليك ؟ قال له عمر : لو كنت أردك إلى كتاب أو إلى سنة لفعلت ، ولكن أردك إلى رأي والرأي مشترك " ، ولم ينقض عمر ما حكم علي وزيد ، فدل هذا على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، وعليه فإن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم ، فإنه لو جاز نقض حكمه بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر لأمكن تكرار هذا مما يؤدي إلى اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة .

وإنما يمكن نقضه إذا خالف دليلاً قطعياً من نص أو إجماع أو قياس جلي ، أو غير ذلك من الأدلة الثابتة ثبوتاً قطعياً في دلالتها وفي ثبوتها ، وقد ورد أن العز بن عبد السلام أفتى في مسألة بفتوى فتبين له الخطأ ، فأمر منادياً ينادي في الناس ويقول : من أفتاه عز الدين بن عبد السلام فلا يعمل بفتواه ، فالقاضي إذا بان له الخطأ في المسألة أو الحكم ، كأن كان الحكم قد خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً ، فيجب عليه أن يرجع إلى الصواب فوراً ولا يتمادى في حكمه ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل ، والقياس الجلي هو ما قطع فيه بنفي الفارق بين المقيس والمقيس عليه في نفس العلة ، مثل قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍ ﴾ [الإسراء : ٢٣] .

الفرع السادس : أنه لو زوجت المرأة نفسها بغير الولي فلا ينقض ذلك النكاح ؛ لأن الحنفية صححوا النكاح مع عدم الولي بخلاف بقية المذاهب ، حيث إن الحنفية لم يعملوا بحديث : ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)) ، ومن ثم فلا

ينقض ذلك النكاح ، وقالوا : إذا كانت المرأة تتصرف فيما تملك من مال أفلا تتصرف في أمر نفسها ، وعلى ذلك إذا حكم القاضي الحنفي بصحة النكاح بغير ولي فلا يعترض القاضي الشافعي على ذلك الحكم ولا يبطله ويقول بعدم النكاح ؛ لقوله ﷺ : ((أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)).

ولما روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : ((لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)).

الفرع السابع : الخلع ، وهو مفارقة المرأة بعوض ، وقد أجمع العلماء على مشروعيتها الخلع ؛ لما أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس قال : ((جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خُلقي ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ قالت : نعم ، فقال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة)) ، رواة البخاري ، والنسائي.

فهل الخلع طلاقاً أو فسخ؟

فيه ثلاثة آراء للعلماء :

أحدها : أنه طلاق.

والثاني : أنه فسخ.

والثالث : أنه ليس بشيء.

فعلى القول بأنه فسخ فإن خلع الرجل زوجته ثلاثاً ثم تزوجها الرابعة بلا محلٍ لاعتقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده ورجع عن رأيه وقال : إنه طلاق ، وهو باقٍ معها بذلك النكاح مع رجوعه عن رأيه بأن الخلع فسخ ، فينفذ حكمه فتكون زوجته قضاءً وديانة ؛ لأننا أمرنا أن نحكم بالظاهر ، وبه قال الشافعية.

وقال الحنفية: ينفذ قضاء لا ديانة، وعليه فهي حرام بينه وبين الله، ويبقى النكاح ويستمر الزواج ظاهراً ولا يطؤها لاعتقاده أنه حرام، ولا ينتقض الاجتهاد بالاجتهاد بالنسبة للظاهر لما يلزم من بلبلة الناس، لكن ديناً لا يترتب عليه أي فتنة واضطراب بين الناس، فالحكم القضائي ينفذ ظاهراً ويظهر أثره في المتنازعين، ويكون متعلقاً بالنفذ الظاهر فقط، وهذا حكم بالغ الخطورة؛ إذ كيف يتصور بقاء العقد مع عدم حل الوطء بينهما؟!.

وفرعوا على ذلك أيضاً أن الحنفي إذا خلل خمرًا فأتلفها عليه رجل لا يعتقد طهارتها بالتخليل فترافعا إلى قاضٍ حنفي ثبت عنده أن الحل موجود؛ فقضى بضمانها ولزمه ذلك قولاً واحداً، وإذا قلنا قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً، أما لو قلنا إن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً لا باطناً فلا ضمان عليه بينه وبين الله؛ لأنه أتلف نجساً؛ وذلك لأن المذهب الشافعي يرى أن الخمرة إذا صارت خللاً بالصنعة لا تطهر استناداً على أن رسول الله ﷺ سئل: ((أَتَتَّخِذُ الْخَمْرَ خَلًّا؟ قَالَ ﷺ: لا))، فدل الحديث على أن التخليل بالصنعة لا ينفي عن الخمرة التنجس وعكسه عند الحنفية، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

قال الإسنوي: إن النقص الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية ونحن لا نتعرض لها، وإنما غيرنا الحكم لانتفاء المرجح كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر، فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل ولا ينقض ما مضى؛ بل ما وقع وقع صحيحاً.

د. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، فروع أخذت حكماً غير حكم القاعدة، ومن أهم هذه الفروع المستثناة: الحمى، ومعناه المنع، وذلك بأن

يحمي الإمام أرضاً بتخصيصه لمنفعة يراها كبناء مدرسة، أو بناء مستشفى، أو غيرهما من المصالح العامة، فيجوز نقض ذلك الحمى ويجوز رفعه فيعود كما كان إذا ظهرت مصلحة في نقضه بعد ظهورها في الحمى، ومعنى ذلك نقض الاجتهاد بالاجتهاد، فتكون هذه الصورة مستثناة بناءً على هذا الرأي وهو الأصح، ومقابل الأصح لم ينقض ما حماه الإمام؛ لأنَّ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولأنَّ التغيير الذي حصل كان للمصلحة، وإذا تغيرت المصلحة المقتضية تغير الحكم وتغير تبعاً لتلك المصلحة، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

وأما ما حماه رسول الله ﷺ فلا يُنقض، فقد حمى رسول الله أرضاً بالبيع، فهذا الحمى يستمر إلى يوم القيامة؛ لأنه بمثابة النص، ولا اجتهاد مع النص.

ومن الفروع المستثناة منها: قسمة الإجماع، وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: قسمة إفراز، وسميت بذلك لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه.

النوع الثاني: قسمة تعديل، وهي تعديل الأنصبة بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها.

النوع الثالث: قسمة رد، وتكون فيما تساوت أجزاؤه وفي أحد الأجزاء ميزة.

وقسمة الإفراز يكفي فيها قاسم واحد، أما الآخرا فلا بد فيها من عدلين، فلو قسم شخص قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم نقضت مع أنَّ القسمة حصلت باجتهاد فتتنقض القسمة، وكونها تنقض مُشكل؛ لأنه من قبيل نقض الاجتهاد باجتهاد آخر، والواقع أنَّه لا إشكال؛ لأنَّ نقض القسمة الأولى لفوات شروطها في القاسم، أو لأنَّ النقض سببه عدم وجود الشرط المعتبر في القسمة.

وَمِنَ الْفُرُوعِ الْمُسْتَثْنَاةُ: إِذَا قَوِّمَ شَخْصٌ عَقَارًا أَوْ سَيَارَةً فَقَالَ: إِنَّ هَذَا الْمَنْزَلَ أَوْ هَذِهِ السَّيَّارَةُ تَسَاوِي مِائَةَ أَلْفٍ مِثْلًا، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى صِفَةِ زِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ، وَتَبَيَّنَ لَهُ أَنَّ الْقِيَمَةَ الْحَقِيقِيَّةَ خِلَافَ ذَلِكَ بَطَلَ التَّقْوِيمُ الْأَوَّلُ، وَهَذَا يَشْبِهُ نَقْضَ الْجَاهِدِ بِالْجَاهِدِ، وَنَقْضَ الْجَاهِدِ بِالْجَاهِدِ لَا يَجُوزُ، فَهَذَا لَيْسَ مِنْ قِبَلِ نَقْضِ الْجَاهِدِ بِالْجَاهِدِ، وَإِنَّمَا هُوَ نَقْضُ الْجَاهِدِ الْأَوَّلِ لِمُخَالَفَتِهِ النَّصَّ.

وَمِنَ الْفُرُوعِ: أَنْ يَتَنَازَعَ اثْنَانِ فِي دَارٍ، أَحَدُهُمَا خَارِجٌ عَنِ الدَّارِ وَالثَّانِي دَاخِلٌ فِيهَا، فَأَقَامَ الْخَارِجُ بَيْنَةً ادَّعَى فِيهَا أَنَّ الدَّارَ دَارُهُ وَأَنَّ الشَّخْصَ الَّذِي فِيهَا اغْتَصَبَهَا فِي غَيْبَتِهِ، وَرُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْقَاضِي فَحَكَمَ الْقَاضِي لَهُ بِنَاءٍ عَلَى بَيْتِهِ، ثُمَّ أَقَامَ الدَّاخِلُ بَيْنَةً شَهِدَتْ لَهُ بِأَنَّهُ وَرَثَتُهَا عَنْ أَبِيهِ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ زَيْدٍ مِنَ النَّاسِ، فَحَكَمَ الْقَاضِي لَهُ بِنَاءٍ عَلَى هَذِهِ الْبَيْنَةِ وَبِنَاءٍ عَلَى وَضْعِ الْيَدِ، وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْجَاهِدَ الْأَوَّلَ كَانَ مَبْنَاهُ عَلَى الْخَطَأِ، وَقَدْ ظَهَرَتْ بَيْنَةُ الثَّانِي مَعَ وَضْعِ يَدِهِ وَهَذَا أَقْوَى، فَعَدُولُ الْقَاضِي لَا يُسَمَّى نَقْضًا، وَإِنَّمَا تَبَيَّنَ لَهُ الْخَطَأُ فِي الْقَضَاءِ، وَالثَّانِي رَجَحَتْ حُجَّتُهُ بِالْبَيْنَةِ وَوَضْعَ الْيَدِ فَيُسَمَّى عَدُولًا عَنِ الْخَطَأِ، فَالْوَاقِعُ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ لَيْسَتْ بِمُسْتَثْنَاةٍ، وَهَنَّاكَ قَوْلُ ثَانٍ، قَالَهُ الْهَرَوِيُّ: وَهُوَ أَنَّ الْقَضَاءَ بَاقٍ بِحَالِهِ وَعَلَى ذَلِكَ لَمْ يُنْقَضِ اجْتِهَادُ بَاجِتِهَادٍ.

وَيَتَضَحُّ مِنْ هَذَا كُلِّهِ أَنَّهُ يَجُوزُ نَقْضُ قَضَاءِ الْقَاضِي إِذَا خَالَفَ نَصًّا أَوْ إِجْمَاعًا أَوْ قِيَاسًا جَلِيًّا.

ومثال ما خالف نص الكتاب: القضاء بشاهد ويمين، فهو مخالف لقوله تعالى:

﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ

تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فحديث القضاء بشاهد ويمين لما كان مخالفاً لنص القرآن، فقد أبطل بعض العلماء العمل به ومنهم: علي، وأبو حنيفة وأصحابه، والثوري وغيرهم؛ لأن الله

تعالى قال في الآية الكريمة: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا﴾ وهذا مجمل فسر بنوعين: برجلين، ورجل وامرأتين، والمجمل إذا فُسِّرَ كان بيّناً لجميع ما يتناوله لفظه فجعل الشاهد واليمين حجة زيادة على النص بخبر الواحد، وهو جار مجرى النسخ فلا يجوز العمل به، وهذا عند الحنفية.

وأما ما خالف السُّنة من الاجتهاد: فمنه القضاء بحلّ المطلقة ثلاثاً للأول قبل أن يدخل بها الثاني، فإنه مخالف للسُّنة 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، فقال: لا، حتى يذوق الآخر من عُسَيْلتها ما ذاق الأول)).

وأما ما خالف الإجماع: فهو ما إذا قضى بصحة نكاح المتعة، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع؛ لأن الصحابة { أجمعوا على فساده، وصح رجوع ابن عباس عنه.

كما يُنقض الحكم الاجتهادي بحكم اجتهادي آخر إذا كان الحكم الأول لا دليل عليه، أو كان بخلاف شرط الواقف؛ لأن شرط الواقف كنص الشارع، فلا يجوز مخالفته إلا عند الضرورة، فإن كان شرط الواقف مخالف 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 في الحكم، كأن يحكم ببينة مزورة، أو يكون الشهود غير عدول؛ فينقض الحكم هنا لتبين بطلانه.

دراسة القواعد من: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه" إلى قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه" ، وقاعدة "ما حرم فعله حرم طلبه" ٣٣٣
- العنصر الثاني :** قاعدة: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل" ، وقاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" ٣٤٤
- العنصر الثالث :** القواعد من "الخراج بالضمان" إلى "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ٣٥٢

قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، وقاعدة "ما حرم فعله حرم طلبه"

١. قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه":

أ. معنى القاعدة:

أنَّ الأمر الذي نهى الشارع عن أخذه من الغير يحرم إعطاؤه للغير؛ لأنَّ إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة، كما أن أخذ المكروه مكروه.

ب. فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطي لهذه القاعدة فروعاً: وهي الربا، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، والرَّشوة، وأجرة النائحة والزامر.

الفرع الأول: الربا، وبيان ذلك أنَّ الربا محرمٌ شرعاً، ولا خلاف في حرمة بين المسلمين، وإن كانوا قد اختلفوا في تفاصيله، وقد أخذت حرمة الربا، من قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وبقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

ولقوله ﷺ: ((لعن الله أكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه)).

وتحريم الربا عام فيشمل القليل والكثير؛ لأن الله لا يبيح سوى استرداد رأس المال فقط دون أي زيادة عليه؛ فقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾، و"أل"، في الربا لاستغراق الجنس، فيكون لفظ الربا عامًا ليتناول كل أنواع الربا، لا فرق بين نوع وآخر، فيدخل ربا الفضل وربا النسيئة.

أما ربا النسيئة: فمعلوم أنه إنما كان قرضًا مؤجلًا بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلًا من الأجل، فأبطله الله تعالى.

وأما ربا الفضل: فهو أن يبيع الرجل الشيء من نوعه مع زيادة، كبيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، والقمح بالقمح، والشعير بالشعير، وهكذا، فإذا أخر أحد البديلين عن الآخر، فهو ربا اليد. وهذا النوع ملحق بالربا؛ لما فيه من شبه به.

فعن أبي هريرة: ((أن النبي ﷺ استعمل رجلًا على خيبر، فجاءهم بتمرٍ جنيب -أي: جيد- فقال رسول الله ﷺ: أكلُ تمرٍ خيبر هكذا؟ قال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال ﷺ: لا تفعل، بع الجميع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنبيًا)).

وأما النوع الأول -وهو ربا النسيئة- فالربا ظاهر فيه، لا يحتاج إلى بيان؛ إذ تتوافر فيه عناصر الربا، وهي الزيادة على أصل المال، وهذه الزيادة في نظير الأجل، وهي مشروطة في العقد.

أما ربا الفضل فهناك فروق أساسية بين الشئيين المتماثلين، وهي تقتضي الزيادة، ولكن عدم التماثل بين النوعين في الجنس يخلق شبهة، فإن هناك علة ربوية،

ومن ثمّ، فقد وصفه الرسول بالربا، ونهى عنه، فقال فيما رواه جابر: ((لعن الله آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال: هم سواء)).

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: ((اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُفِيقَاتِ، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا هُنَّ قَالَ: الشَّرْكُ بِاللَّهِ وَالسَّحَرُ وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ وَأَكْلُ الرِّبَا وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّخْفِ وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ)).

الفرع الثاني: من الفروع: مهر البغي.

والبغي هي الزانية، والمراد بمهر البغي ما تأخذه الزانية أجراً على الزنا، وهو مجمع على تحريمه؛ لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢٢].

ولقوله ﷺ: ((لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن)).

وأصل البغي معناه الطلب، لكن أكثر ما يستعمل في الفساد، وهو الزنا، فيحرم ما تأخذه الزانية من أجر على الزنا، كما يحرم إعطاؤها أجراً عليه؛ لأنه إعانة على الفساد وهو حرام فيكون حراماً.

الفرع الثالث: ومن الفروع التي يحرم أخذها كما يحرم إعطاؤها: حلوان الكاهن، والكاهن هو المنجم الذي يدعي معرفة الغيب، ومثله الدجال، وهو الذي يفتح البخت، والمشعوذ وهو الساحر، فإذا أخذ هؤلاء الناس مالاً، فهو حرام، كما أن إعطاء الناس لهم المال حرام أيضاً، فلا يجوز أخذاً ولا إعطاءً لما فيه من أخذ العوض على أمرٍ باطلٍ.

وإنما سمي ما يأخذه الكاهن حلواناً من الحلاوة، شبهه بالشيء الحلو من حيث إنه يؤخذ سهلاً، بلا كلفة ولا مشقة، فيكون دفع المال لهم حراماً؛ لأن الغيب لا

يعلمه إلا الله ، قال تعالى : ﴿ عَلِيمُ الْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَى غَيْبِهِ أَحَدًا ﴾ [الجن : ٢٦] ، وقال ﷺ : ((من أتى عرافاً ، فسأله عن شيء وصدقه لم يقبل الله له صلاة أربعين ليلة)) ، ولأنه إعانة على الحرام ، فهو حرامٌ.

الفرع الرابع : الرشوة.

وهي ما يعطيه الشخص لغيره بقصد الوصول إلى غير الحق ، أو إلى الحق إذا أمكنه الوصول إليه بدونها ، وهي حرام سواء كانت للحاكم ، أو للقاضي ، أو للعامل ، أو لأي شخص يمارس عملاً يجب عليه أدائه بدون أخذ المال ، وحرمتها كما تكون على الآخذ تكون أيضاً على المعطي وعلى الوسيط.

فأخذ الموظف الهدية بعد منحه مرتباً ، يعتبر غلولاً ، والغلول محرم ، فيحرم عليه أخذ الهدية ، لحديث أنس بلفظ : ((هدايا العمال سحت)) ، والسحت هو الرشوة ، والرشوة يحرم أخذها ، وكذلك يحرم إعطاؤها.

الفرع الخامس : أجرة النائحة ، وهي التي تعدد محاسن الميث ، فلا يجوز استئجارها على النياحة ، كما يحرم الزمر والغناء ؛ لأن الزمر والغناء من المنافع المحرمة ، فيحرم عليها أخذ الأجرة على النياحة ، كما يحرم إعطاؤها ، والزامر وهو المطرب كالنائحة ؛ لأنه إعانة على الحرام ، فهو حرامٌ.

قلنا : إنه يحرم على النائحة أخذ الأجرة على النياحة ، كما يحرم إعطاؤها لها ، وكذلك الزامر وهو المطرب ، فإنه كالنائحة ، وإعطاء شيء على هذا حرام ، ولا شك أن دفع المال لينال به المرء خلاف ما شرعه الله من أقبح الأمور ؛ لأنه مدفوعٌ في مقابلة أمرٍ محظورٍ.

وربما كان المال المدفوع للبغي في مقابلة الزنا ، وهو أشد المحظورات ؛ لما فيه من الضرر على المجتمع ، فهو وسيلةٌ من وسائل اختلاط الأنساب ، وإلصاق العار بالزني بها وبأهلها ، وبذلك يتعدى ضرر الزنا إلى المجتمع بأسره ، فكان محرماً.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة :

يستثنى من هذه القاعدة بعض المسائل - كما قال الإمام السيوطي - منها : الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه ، وكذلك فك الأسير ، وكذلك إعطاء شيء لمن يخاف أن يهجمه ، ولو خاف الوصي أن يستولي غاصبٌ على المال ، فله أن يؤدي شيئاً للغاصب ليخلصه ، وللقاضي بذل المال على التولية ، ويحرم على السلطان أخذه. فهذه صورٌ خرجت عن القاعدة ، وأخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة ، وفيها يحرم الأخذ ولا يحرم الإعطاء ، حيث تعين الإعطاء طريقاً للوصول إلى الحق ولا طريق سواه ، فكان خروج هذه الصور لهدف نبيلٍ وغرض مشروع لا لهوى أو لمنفعة دنيوية ، وتفصيل القول في هذه المستثنيات على النحو التالي :

فالرشوة للوصول إلى الحق إذا تعينت طريقاً فيحرم الإعطاء دون الأخذ ، وعلى الأخذ الإثم ، ويجب الرد ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل ، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله : ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] ، والنهي يقتضي التحريم ، فيكون الإثم على الأخذ ، وبخاصة إذا كان يتعين عليه أن يقوم بإيصال الحقوق إلى أربابها كالقضاة ، والولاة ، والموظفين وغيرهم ؛ لما روى ابن مسعود قال : "إن الإثم على القابض دون الدافع".

مع أن الأصل حرمة أخذها وحرمة إعطائها ، لكن لما تعينت الرشوة طريقاً للوصول إلى الحق ، فلا يحرم الإعطاء ، ولكن يحرم الأخذ ، فعلى الأخذ الإثم ، فيكون الفرع خارجاً عن القاعدة ، فإذا لم يجد المرء طريقاً للوصول إلى حقه إلا بالرشوة فلا بأس بها ، ولكن الأفضل له أن يصبر ؛ حتى لا يقع في شبهة الحرام ، وسوف ييسر الله له طريقاً آخر ليصل به إلى حقه.

ومن الفروع المستثناة من القاعدة: فك الأسير، فلو توقف فك الأسير على دفع مالٍ للكفار، فهو جائزٌ للضرورة، ولأنه ارتكاب أخف الضررين، ولكن يحرم أخذ الكفار لهذا المال؛ لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة.

وهذا ما عليه جمهور الفقهاء، فقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة، لا من جهة كونها مفسدة؛ بل لكونها إعانة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، ولكن أخذ الكفار لمالنا حرام، فهو غير جائز؛ لقول رسول الله ﷺ من حديث أبي موسى الأشعري: ((أطعموا الجائع وفكّوا العاني))، أي: الأسير، رواه البخاري، وأحمد.

وهو عمومٌ لكل عانٍ مظلومٍ بغير حقٍّ عند كافر أو مؤمن.

ومن الفروع المستثناة: إعطاء شيء لمن يخاف هجوه، والهجو ذكر مساوئ الرجل وعيوبه، أو هو السب والعيب بالشعر، فإذا خاف إنسانٌ من هجو إنسانٍ آخر، كأن يكون شاعراً هجاء فيخاف هجاءه، فيجوز له دفع مالٍ إليه؛ لأنه ارتكاب أخف الضررين؛ لما روي عن جابر بن زيد الشعبي، قال: "لا بأس بأن يصانع الرجل عن نفسه وماله"، وعن الحسن قال: "لا بأس أن يعطي من ماله ما يصون به عرضه"، وعن أبي الشعثاء قال: "لم نجد زمن زياد شيئاً أنفع لنا من الرشاً".

فهذا الذي رخص فيه السلف، إنما هو من دفع الظلم عن نفسه بما يدفعه إلى من يريد ظلمه أو يريد انتهاك عرضه؛ لأن المحافظة على الشرف من المحافظة على النفس، وإذا فلا بأس أن يعطي الرجل من ماله ما يصون به عرضه وشرفه، أو يدفع به الظلم عن نفسه، ولكن الأخذ حرام، فيجب على الآخذ أن يرد ما أخذه.

يقول ابن حزمٍ تعقيباً على جواز دفع المال للوصول إلى الحق، أو دفع الضرر والظلم: فإن قيل: لِمَ أبحتم إعطاء المال لدفع الظلم والرسول الله ﷺ يقول: ((لعن الله الراشي والمرتشي والرائش)).

وروى أبو هريرة قال: ((جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك. قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد. قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار)).

إذا قيل ذلك، فالجواب: أنَّ المعطي هنا ليس راشياً، وإنما هو لضرورة دفع الظلم، وأما الخبر في المقاتلة، فهو لمن قدر على دفع الظلم بدون المال، فإن قدر فلا يحل له إعطاء شيء من المال، ولو كان فلساً فما فوقه، فأما من عجز، فهو معذور؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، ولقوله من رواية مسلم: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)).

فسقط عنه فرض المقاتلة والدفاع، وصار في حكم المكره على ما أعطى في ذلك، وقد قال ﷺ فيما رواه ابن ماجه: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)).

وفي نظري أنَّ الجواز يكون عند العجز عجزاً محققاً عن الوصول إلى حقه، أو يكون ذلك لدفع الضرر والظلم عن نفسه، بأن لم يجد جهة حكومية أو غير حكومية يستطيع أن يلجأ إليها، وأن تنصفه من ظالمه، أو وجدها، ولكن لو التجأ إليها أصابه ضررٌ أكبر، فحينئذٍ يجوز له ذلك.

ومن الفروع المستثناة: إعطاء الغاصب شيئاً من مال الموصى عليه، فإذا خاف الموصى على مال الموصي عليه من استيلاء غاصبٍ على ماله، فيحق له أن يُعطي

الغاصب قسمًا من المال المغصوب كي يسترده، وهذا المال الذي أخذه الغاصب حرام وممنوع، وأما إعطاؤه من الوصي لاسترداد المال فجائز.

والوصية لغة: جمع وصايا، وتطلق على فعل الموصي، وعلى الموصى به من مال وغيره، كأن يعهد إلى شخص في حياته بالقيام على أولاده الصغار بالرعاية والحفظ بعد مماته، والوصية بهذا المعنى تطلق على التبرع وعلى العهد، وفي الشرع: تصرف خاص مضاف لما بعد الموت.

والوصية من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وقوله في التعريف: "تصرف" يعم الوصية بالمال والوصية بالعهد لمن يقوم من بعده على أطفاله، ورد ودائعهم، وقضاء ديونهم، فإذا أوصى بشيء من ذلك لإنسان، وخاف على مال الموصى عليه من غاصب، فله أن يدفع له بعض المال لإنقاذ باقي المال.

وهذا مقيد بما إذا عجز الوصي عن تخلص المال من يد الغاصب إلا بهذه الطريقة، ومن ثم فلا يحرم الإعطاء للضرورة، ولكن يحرم الأخذ، فيجب على الآخذ أن يرد ما أخذه؛ لأن هذا من أكل أموال الناس بالباطل، وهو منهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ومن الفروع المستثناة التي يحرم فيها الأخذ ولا يحرم الإعطاء: بذل المال لتولي القضاء، إذا تعين عليه القضاء ولم يستطع أن يصل إليه إلا بدفع مال فله دفعه، ويكون الإثم على الآخذ.

قال ابن عابدين نقلًا عن صاحب (البحر): ولم أر حكم ما إذا تعين عليه القضاء، ولم يول إلا بمال، هل يحل بذله؟ وينبغي أن يحل له أن يبذل المال، كما يحل له أن يطلبه، وقول بعضهم: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير طيبًا، وهو

مردود عليه بأنه إذا طلب القضاء خرج من عهدة الوجوب بالسؤال ، فإذا منعه السلطان أثم بالمنع ؛ لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله ، وخان جماعة المسلمين.

وإنما جاز بذل المال لتولي القضاء ؛ لأنه ولاية عامة فيها مصلحة ، فوجب بذل المال للقيام بالمصلحة العامة ، وفيه أيضاً دفع الضرر عن الناس ، والضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم ، ولكن الأخذ حرام فيجب على الآخذ أن يردّه.

٢. قاعدة: "ما حرم فعله حرم طلبه":

أ. معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة - كما قال السيوطي - يقرب من قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه".

ويفهم من هذه القاعدة: أن كل شيء يحرم على الإنسان فعله يحرم عليه طلبه من الغير، فالسرقة حرام، فلا يجوز أن يسرق، ولا أن يطلب السرقة من غيره، وكل شيء يكون إجراؤه حراماً فطلب إيقاعه حرام كالكذب، وشهادة الزور، وظلم الناس، وسائر الأفعال التي نهى عنها الشرع، قال الشاعر:

لا تنه عن خلق وتأتي مثله ❖ عارٌ عليك إذا فعلت عظيمٌ

ب. ما يستثنى من هذه القاعدة:

ويستثنى من ذلك مسألتان:

المسألة الأولى: إذا ادعى دعوى صادقة فأنكر الغريم، والمراد بالدعوى هنا الدعوى القضائية، وهي طلب الحكم أمام القضاء، فلو ادعى رجلٌ على خصمه

دعوى ، وكان صادقاً في دعواه ، فأنكر عليه الغريم وهو يعلم من نفسه أنه كاذبٌ في إنكاره ، فمقتضى القاعدة : أنه يحرم على المدعي تحليفه ؛ لأن ما حرم فعله وهو الكذب يحرم طلبه ؛ لأنه حملٌ على الكذب ، والحمل على الكذب حرام .

ولكن استثني تحليفه في هذه المسألة ، فيجوز تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين كذباً استثناءً من القاعدة ؛ عملاً بالنص في قوله ﷺ : ((البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر)).

وهذا منكرٌ للحق ، ولأن ضياع الحق مفسدة أشد من مفسدة الكذب ، ولأن اليمين قد تعين طريقاً للوصول إلى الحق ، والوصول للحق واجب ، وكل ما يؤدي للواجب ، فهو واجبٌ .

والغريم يطلق تارةً على المدين ، وتارةً على الدائن صاحب الحق ، فهو من مسميات الأضداد ، وجمعه غرماء .

ومن الفروع المستثناة من قاعدة : "ما حرم فعله حرم طلبه" : الجزية ، وهي ما يؤخذ من أهل الذمة ، وسميت بذلك لأنها تجزي عن القتل ، أو لأنها خلفٌ أو عوضٌ عن النصرة التي فأت بإصرار الذمي على الكفر وهو في دار الإسلام ، وكل من كان في دار الإسلام فعليه القيام بنصرة الدار ، وقد لا يصلحون لذلك ، ومن ثم فيجوز طلب الجزية من الذمي مع أنه يحرم إعطاؤها ؛ لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام ، فيكون إعطاؤه الجزية في نظير استمراره على الكفر وهو حرامٌ .

وكان مقتضى القاعدة عدم طلب الجزية منه ، ولكن خرجت هذه المسألة عن القاعدة ؛ لأن الجزية إنما تُدفع في نظير تمتع الذمي بحقوق المقيمين على أرض الدولة الإسلامية في أمانٍ وسلامٍ .

ودليل أخذ الجزية من الذمي في دار الإسلام القرآن الكريم، فقد طلب الله منا أخذها في قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وجاءت السنة الشريفة مؤكدة لما جاء في القرآن الكريم؛ فشرعت الجزية؛ لأنهم لا يُكرهون على اعتناق الإسلام، فالقاعدة الإسلامية المُحكّمة، هي: "لا إكراه في الدين"، ولكنهم لا يتركون على دينهم إلا إذا أعطوا الجزية، وقام بينهم وبين المجتمع المسلم عهدٌ على هذا الأساس، والذمي بإعطائه لهذه الجزية يعلن بإعطائها استسلامه، وعدم مقاومته بالقوة المادية للدعوة إلى دين الله الحق، وهو في الوقت نفسه يُسهم في نفقات الدفاع عن نفسه، وماله، وعرضه، وحرماته التي يكفلها الإسلام لأهل الذمة الذين يؤدون الجزية؛ فيصبحون في ذمة المسلمين وفي ضمانتهم، وندفع عنهم الاعتداء من الداخل ومن الخارج عن طريق المجاهدين من المسلمين.

وهذه الجزية أيضاً هي إسهامٌ في بيت مال المسلمين الذي يضمن الكفالة والإعاشة لكل عاجز عن العمل، بما في ذلك أهل الذمة بلا تفرقة بينهم وبين المسلمين الذين يؤدون الزكاة.

وأما قوله ﷺ: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ أي: حتى يبذلوها في حال استسلامٍ وعدم اقتدار على أن يعطوها بأيديهم، فلا يرسلون خادماً ولا غيره؛ بل لا تقبل إلا من أيديهم وهم صاغرون، فإن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر، ثم أخذها أمير المؤمنين عمر من الفرس والمجوس، ولا يُقبل منهم إلا الإسلام، أو أداء الجزية، أو السيف.

لذلك فنحن نأخذها منهم ولا نأخذها لكي يستمروا هم على الكفر كما هو الظاهر، ولكن لأنهم أبوا الدخول في الإسلام؛ فأجبروا على دفع الجزية ليفكروا

فيما جاءت به الشريعة، أو لأن هذه الجزية هي ضريبة تدفع في مقابل الزكاة التي يدفعها المسلم، فثبت بذلك أن دفع الجزية وسيلة من وسائل الدخول في الإسلام، وهي أيضاً لتأمين أهل الكتاب، والدفاع عنهم وحمايتهم، وتمتعهم بحقوق المقيمين على أرض الدولة الإسلامية؛ ولذلك فتؤخذ الجزية بحلول الحول، وتقدر بحسب اجتهاد الإمام مراعيًا فيها العدالة، ثم تضاف إلى حصيلة الموارد الأخرى لبيت مال المسلمين؛ لتستخدم كوسيلة من وسائل الإنفاق العام خاصة، وأن أموال الجزية ليست ذات مصرفٍ محدد؛ بل متروكة إنفاقها لتقدير ولي الأمر بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين.

وبذلك تكون الجزية خارجة عن القاعدة؛ حيث جاز أخذها في نظير الدفاع عن أهل الذمة، وليس في نظير بقائهم على الكفر، والله أعلم.

قاعدة: إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل، وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

١. قاعدة: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل":

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا بطل الأصل بأن صار متعذرًا، فإنه يُصار إلى البديل. أما ما دام الأصل ممكنًا، فلا يصار إلى البديل.

ففي العين المغصوبة إذا كانت في يد الغاصب وجب رد عينها؛ لأن تسليم عين الواجب هو الأصل على الراجح؛ لأنه إذا رد العين، فقد رد الأصل صورة ومعنى، وتسليم البديل رد معنى فقط، وهو خلفٌ عن الواجب، والخلف لا يُصار إليه إلا عند العجز عن الأصل.

وفي عقد الإجارة على شهرٍ مثلاً، فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال، إذ هو الأصل، وإن وقع في أثناء الشهر، وتعذر اعتبار الأصل وهو الهلال، فإنه يُصار إلى البدل وهو الأيام.

وفي البيع بالوكالة عن المالك، فإذا كان للمشتري دينٌ على الموكل، ودينٌ على الوكيل تقع المقاصة بدين الموكل دون الوكيل، فإذا لم يكن دينٌ على الموكل بل كان دينه على الوكيل فقط وقعت المقاصة به، ويضمن الوكيل للموكل ثمن المبيع؛ لأنه قضى دينه بماله.

ب. فروع هذه القاعدة:

ومما يتفرع على هذه القاعدة: أن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهناً بالعين المغصوبة، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب، فإن الرهن يكون بدلاً لها.

سواء كان من المثل أو القيمة، وكذلك لو أن المسلم إليه أعطى لرب السلم رهناً بالعين المسلم فيها ثم انفسخ عقد السلم لسببٍ من الأسباب فإن الرهن يصير رهناً برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه.

ومما يتفرع على القاعدة: ما لو كان رأس مال السلم قيمياً كالحيوان فقبضه المسلم إليه فهلك في يده، ثم تقايلا -أي: طلب كل منهما أن يقلل صاحبه من العقد- صحت الإقالة، وعليه قيمته لرب السلم؛ لأنه إذا تعذر رد الأصل، فإنه يصار إلى البدل.

٢. قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة":

أ. معنى القاعدة:

أن تصرف الإمام الأعظم وتصرف كل من ولي شيئاً من أمور المسلمين لا يصح ولا ينفذ شرعاً ما لم يكن مقصوداً به المصلحة العامة، فإذا لم يكن كذلك كان باطلاً.

والمراد بالرعية، في القاعدة: عموم الناس الذين هم تحت ولايته، والمراد بالإمام: هو إمام جميع المسلمين في بقاع الأرض كالخلفاء الراشدين ومن جاء بعدهم كرؤساء الدول الإسلامية، وكل رئيس يتولى عملاً في الدولة.

ومعنى منوط، أي: معلق ومرتبطة ومعهود به، أي: بالمصلحة العامة، وهذه القاعدة نص عليها الإمام الشافعي، بقوله: "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم".

والأصل الذي تقوم عليه: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه عن البراء بن عازب قال: قال عمر < : "إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت".

فقد شبه الإمام عمر < موقفه من مال المسلمين بولي اليتيم من مال اليتيم، فلا يأخذ إلا عند الحاجة، فإذا لم تكن له حاجة إلى المال؛ فإنه لا يأخذ شيئاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، فإن قال قائل: إن الشافعي لا يأخذ بقول الصحابي فليس قوله حجةً عنده، قلنا: إنما الحجة فيه جاءت على نط الآية الكريمة: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتِمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ۚ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، وهذه

القاعدة تضبط الحدود التي يتصرف في نطاقها كل من ولي شيئاً في أمور المسلمين العامة من إمام أو والٍ أو أمير أو قاضي أو موظف، وتفيد أن أعمال هؤلاء وأمثالهم وتصرفاتهم لكي تنفذ على الرعية ولكي تكون ملزمة له يجب أن تكون مبنية على مصلحة الجماعة وخير الأمة، فإن الولاة والعمال والأمراء والقضاة والقادة وغيرهم ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام

بشئونها فعليهم أن يراعوا خير التدابير لإقامة العدل وإزالة الظلم وإحقاق الحق وصيانة الأخلاق وتطهير المجتمع من الفساد ونشر العلم ومحاربة الجهل والحرص على الأموال العامة وعلى رعايتها وإنفاقها فقط فيما يعود على الأمة بالخير والنفع، كما لا يجوز لهم أن يحابوا بها أحداً دون أحدٍ لجاه أو سلطان أو رغبة أو طمع؛ لأنه لا يجوز لمن ولي أمراً من أمور المسلمين أن يأخذ درهماً من أموال الناس إلا بحق، كما لا يجوز له أن يضعه إلا في يد تستحق، كما لا يجوز له كذلك أن يأخذ من مال أحد شيئاً إلا بحق ثابت معروف.

ب. دليل هذه القاعدة:

الدليل لهذه القاعدة: قوله ﷺ: ((ما من عبد يسترعيه الله ﷻ رعية يموت وهو غاشٌ رعيته إلا حرم الله عليه الجنة))، وقوله ﷺ: ((ما من أمير يلي أمور المسلمين، ثم لم يجتهد لهم، وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه، وإلا لم يدخل معهم الجنة)).

وروي: أن عائذ بن عمرو من أصحاب رسول الله ﷺ دخل على عبيد الله بن زياد، فقال: أي بني، إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((اللهم من ولي من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به)).

فهذه الأحاديث، تدل على وجوب حرص الوالي على رعيته والاجتهاد في مصالحهم، والنصيحة لهم في دينهم ودنياهم، فإن فعل غير ذلك كان غاشاً لهم غير حريص على مصلحتهم، ولا أميناً على أموالهم، فتحرم عليه الجنة، ويخلد في النار مع هامان، وقارون، وأبي بن خلف.

وهذا وعيد شديد على أئمة الجور، فمن ضيع من استرعاه الله، أو خانته، أو ظلمه، فقد توجه إليه الطلب بمظالم العباد يوم القيامة، فكيف يقدر على التحلل من ظلم أمة عظيمة.

ج. فروع هذه القاعدة:

ويدخل تحت هذه القاعدة من الفروع، ما ذكره الماوردي: أنه لا يجوز لأحد من ولاية الأمور أن ينصب إماماً للصلوات ويكون فاسقاً، وإن صححنا الصلاة خلفه؛ لأنها مكروهة، وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه؛ وهو الصلاة خلف الفاسق، فإن فعل ذلك يكون غير مراعى للمصلحة، ومن باب أولى لا يجوز أن يولى المفضول مع وجود الفاضل؛ فإن فعل ذلك، فقد خان الله ورسوله، وخان جماعة المسلمين؛ لقوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾ [السجدة: ١٨].

ولما روي عن جابر < أن النبي ﷺ قال: ((لا يؤمن فاجر مؤمناً، إلا أن يقهره بسلطانه، أو أن يخاف سوطه وسيفه)).

وقال ﷺ: ((اجعلوا أئمتكم خياركم، فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم)).

وكذلك فإن الإمام إذا تخير في الأسرى بين القتل، وبين الرق، والفداء، والمن؛ لم يكن له ذلك بالتشهي؛ بل يكون ذلك بالمصلحة والمشاورة، فإذا لم يظهر له وجه المصلحة العامة للدولة، فعليه أن يجبرهم حتى يقف عليها؛ فقد حدث في غزوة بدر أن استشار الرسول ﷺ أصحابه في الأسرى فكان رأي عمر القتل، وكان رأي أبي بكر المن وأخذ الفداء، أو المن بغير مال، ومال الرسول ﷺ إلى رأي أبي بكر فأخذ به؛ فنزلت الآية الكريمة: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُشْخِزَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [٦٧] ﴿لَوْلَا كَتَبَ مِنْ اللَّهِ سَبَقَ لِمَسْكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأفال: ٦٧ : ٦٨]، فقال

رسول الله ﷺ : ((لو نزل عذاب من السماء ما نجا منه غير عمر)) ، وفي هذا دليل على وجوب أن يكون تصرف الإمام منوطاً بالمصلحة العامة للرعية ، وإلا تعرض لمقت الله وغضبه وشديد عقابه في الدنيا والآخرة.

ومن ذلك : إذا لم يكن لإنسان وارث ، فإنه إذا مات فتركته لبيت مال المسلمين ، وإذا قتله أحد عمداً فوليه السلطان ؛ لقوله ﷺ : ((السلطان ولي من لا ولي له)).

وليس للسلطان أن يعفو عن قاتله مجاًناً ؛ لأن القصاص ، أو الصلح على الدية يأخذها من القاتل ، أو يدفع عنه السلطان من ماله ليضع الدية في بيت المال ، وعلى ذلك فالإمام ليس له أن يعفو مجاًناً ؛ لأنه لو عفا مجاًناً أضاع المصلحة ؛ بل عليه أن يقتصر إن رأى المصلحة في القصاص ، أو أن يأخذ الدية ، وأن يضعها في بيت المال إذا رأى المصلحة في أخذ الدية ، أما العفو مجاًناً فلا يحق له ؛ لفوات المصلحة.

وكذلك إذا زوج السلطان امرأة ليس لها ولي ، فليس له أن يزوجه بغير كفء حتى ولو رضيت ؛ لأن الكفاءة معتبرة في النكاح ، وهي حق للمسلمين ، وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة ، سواء منهم من قال باشتراط الولاية في عقد الزواج وهم الجمهور ، أو الذين لم يشترطوها إلا في بعض الحالات وهم الحنفية - عدا الكرخي - ومن وافقهم ؛ حيث قالوا : بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج.

وقد احتاط الفقهاء في الكفاءة ؛ لما يترتب على الزواج من غير كفء من أضرار وأخطار تشين المرأة وأسرتها ، ويلحق بها وبأوليائها العار عرفاً ، فإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء ، فلا ينتظر من هذا الزواج أن تتحقق به مصالح

الزوجية، وأن تتحقق به مداومة العشرة بين الزوجين؛ وإنما تتحقق إذا كان الزوج مساوياً للزوجة على الأقل؛ لأنَّ الزوج له السلطان الأقوى في شئون الزوجية كما قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَأَلْصَقَ اللَّهُ فَرْجَهُمَا لِيَخْتَلِفَا فِي تِلْكَ الْبَازِغَةِ الَّتِي فِي بَاطِنِهَا لَهُمَا السُّكُنُ وَالَّذِي فِي ذَاتِهَا السَّكُنُ فَهُمَا ظَهْرٌ لِمَا فِيهَا وَأُولَئِكَ أَنْشَدُوهُنَّ مَا كُنَّ يَنْشَوْنَ عَنْهُمْ وَإِنْ أُطِيعُوا مِنْكُمْ فَلَا نَبْعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤]، ولقوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

والزوجة تأنف غالباً أن يكون لزوجها هذا السلطان وهذه القوامة، إذا كان أقل منها نسباً ودينياً وخلقاً، وكذلك يأنف أهلها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك، وقد تختل روابط المصاهرة أو تضعف، فالكفاءة من حق الزوجة ومن حق أوليائها، فكما أن لها حق الاعتراض إذا زوجها من غير كفاء، فلأولياء الزوجة حق الاعتراض أيضاً إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء، وإذا كان هذا شأن المرأة وأوليائها - وهو حقهم - فلهم أن يتنازلوا عنه إذا رغبوا في ذلك، فكما أن للمرأة حق الاعتراض إذا زوجها الأولياء من غير كفاء، فللأولياء حق الاعتراض أيضاً إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء، وإذا كان هذا شأن المرأة وأوليائها - وهو حقهم - فلهم أن يتنازلوا عنه إذا رغبوا في ذلك.

أما إذا زوجها السلطان فلا يجوز له أن يزوجهها بغير كفاء؛ لأنَّ تصرفه منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة أن يضعها عند غير كفاء فلا ينفذ تصرفه عليها؛ ولهذا روي أن عمر بن الخطاب، قال: "لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء".

وكذلك لا يجوز لولي الأمر أن يقدم في الإعطاء من بيت المال غير الأحوج على الأحوج ، فإن فعل ذلك يكون غير مراعى للمصلحة.

قال الإمام السبكي ، في فتاويه : " فلو لم يكن إلا إمام فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى إذا قدر على ذلك ، ثم قال : ملت إلى أنه لا يجوز ، واستنبطت ذلك من حديث : ((إنما أنا قاسم والله يعطي)) ، ووجه الدلالة : أن التملك والإعطاء ؛ إنما هو من الله تعالى لا من الإمام ، فليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله ؛ وإنما وظيفة الإمام القسمة ، والقسمة لا بد أن تكون بالعدل ، ومن العدل أن يقدم الأحوج ، والتسوية بين متساويين ، فإذا قسم بينهما ودفعه إليهما علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع ، وإن القسمة إنما هي معينة لما كان مبهماً كما هو بين الشريكين ، فإذا لم يكن إمام وبادر أحدهما واستأثر به ؛ كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك ليس له ذلك.

قال : ونظير ذلك ، ما ذكره الماوردي ، في باب التيمم ، أنه ورد : أنه إذا ورد اثنان على ماء مباح ، وكان أحدهما أحوج فبادر الآخر وأخذ منه أنه يكون مسيئاً.

د. ما يستثنى من هذه القاعدة :

يستثنى من هذه القاعدة بعض صور ، نذكر منها : أن الأب ، والجد إذا لم يكن سكراناً ولم يكن معروفاً بسوء الاختيار ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفء ، وبغبن فاحش ، وهذا للأب ، والجد خاصة دون بقية الأولياء ؛ لأن الأب غير متهم في تصرفه ، وأنه إذا تنازل عن شرط من شروط الكفاءة ؛ فإنما يكون ذلك لاعتبارات يراها تحقق المصلحة.

القواعد، من "الخراج بالضمان"، إلى "الجواز الشرعي ينافي الضمان"

١. قاعدة: "الخراج بالضمان":

أ. معنى القاعدة:

أنَّ الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولدٍ منه كسكنى الدار، وأجرة الدابة، أو السيارة فإنه يستحق لمن يدخل في ضمانه، ومعنى هذا: ربط استحقاق الإيراد، أو الربح - وهو الخراج - بتبعيته، أو تحمل الهلاك للمال سواء كان الهلال بتلفٍ، أو خسارة، فإنه يطيب لمن عليه الضمان.

فالذي يحصل على المنافع، هو الذي يتحمل المخاطر، فيكون خراجه - أي: منافعه - وضمانه عليه وحده، فتكون له منافعه، وعليه ضمانه؛ ومن أجل ذلك يتحتم البعد عن العمليات الربوية في البنوك بالمشاركات في الغنم، والغرم، فهو البديل الشرعي عن الغنم المضمون المتمثل في سعر الفائدة الثابتة، وعلى البنوك أن تعدل من نظامها في المستقبل، فذلك فيه صلاح للفرد والمجتمع، وفيه بعد عن مخاطر الربا الذي نهى الله عنه بقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتِغُوا فَلََكُمْ رَأْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

وعليه؛ فإن الكسب والأجرة للشيء غير المتولدة يطيب لمن كان عليه الضمان، فلو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف عليه من ماله، وكذلك لو أجره فإن الأجرة تطيب له؛ لأن الخراج بالضمان.

لكن اختلف في المبيع قبل القبض ؛ إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة ثم رد بالعيب ، ف قيل : هي للمشتري بلا ثمن ، وقيل : هي للبائع ، واتفقوا على أن الزيادة لا تطيب للمشتري ؛ لأن طيبها إنما يكون بالملك والضمان وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما ؛ بل الملك للمشتري ، والضمان على البائع ، حتى لو هلك المبيع - والحالة هذه - يهلك من ماله .

ب. فروع القاعدة :

ومما يتفرع على هذه القاعدة : ما لو شرط في شركة الوجوه مناصفة المشتري ، أو مثالثته ، و شرط الربح على خلاف ذلك فالشرط باطل .

ومن الفروع أيضاً : ما لو استأجر داراً ببذل ، ثم أجرها بأكثر منه من جنس ذلك البذل ، فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا كان قد أصلحها بإحداث ما تشاهد عينها فيه كبناء ، وتخصيص ، وجعل الإمام الخصاص كري النهر من ذلك ، بخلاف كنس الدار ، وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها .

٢. قاعدة : " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه " :

أ. معنى القاعدة :

أنه لا يحل لأحد أن يتصرف تصرفاً فعلياً في ملك الغير ، سواء كان خاصاً ، أو مشتركاً بلا إذنه ، أو إجارته إجارة لاحقة .

والتصرف نوعان : فعلي ، وقولي .

أما التصرف الفعلي ، فإن كان قد تقدمه إذن سابق فإنه يحل ؛ لأن الإذن السابق توكيل .

وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بوضع اليد فقط ، أو تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر ، أو إتلافاً ؛ فإن كان غصباً ، فهو محذور ، والواجب رد العين ، ويكون مضموناً عليه إذا تلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة ، فإن العين بالإجازة تنقلب أمانة .

وإن كان تصرفاً بإحداث فعل ذي أثر في العين كالحفر في ملك الغير بلا إذنه ، فليس للمالك أن يجبر الحافر على ردم ما حفره في أرضه ، وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ؛ بل يضمنه النقصان بخلاف الحفر في سكة غير نافذة ، أو في الطريق العام ، فإن الحافر يجبر على الردم لما حفره في الأرض وهذا اتفاقاً ، ثم إذا نشأ عن حفره هذا ضرر ، كما إذا وقع حيوانٌ في الحفرة فتلف يضمنه الحافر ؛ لأنه متسبب ومتعد ، إلا إذا كان الحفر في ملك الغير وبرضا المالك بالحفر قبل وقوع الحيوان ، فإنه يسقط الضمان على الحافر حينئذٍ ، ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداءً حتى أنه لو أراد الحافر أن يردم ما حفره في الأرض فليس له ذلك .

وإن كان هناك إتلاف ، فهو مضمون بكل حال سواء أجازاه المالك ، أو لا ؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف .

وأما التصرف القولي في ملك الغير : كبيع الفضول ، وهبته ، وإجارته وغيرها ، فإن أعقبه التسليم كان غاصباً بالتسليم وضامناً ، وكان عقده موقوفاً فإذا لحقته إجازة المالك بشروطها لزم العقد ، وشرط بقاء المالك ، ورد العين المتصرف فيها ، والمتعاقدين ، ويزاد في البيع قيام الثمن ، ويزاد في الإجارة بقاء المدة ، وإن كان التصرف قولياً لم يعقبه تسليم ، فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها ، وهو سائغ صحيح مع توقفه يكون موقوفاً ؛ لأن الموقوف من قسم الصحيح إلا بيع المكره فإنه موقوف فاسد ، وهذا ليس من موضوع القاعدة .

وإذا تصرف ، ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنكر المالك ، فالقول للمالك إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ، ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها فادعى أنه كان بإذنها ، وأنكر الورثة فالقول للزوج.

ثم إن الإذن قد يكون صريحاً وذلك ظاهر ، وقد يكون دلالة ، وذلك كما لو مرضت الشاه مع الراعي المستأجر في المرعى مرضاً لا ترجى حياتها معه فذبحها فإنه لا يضمنها ؛ لأن ذلك مأذون فيه دلالة.

ومثل إذن المالك ، إذن من له حق الإذن من ولي ، أو وصي ، أو وكيل ، أو متولٍ ، وهذه الشروط في الإجازة ؛ إنما هي في إجازة عقد الفضولي غير المأذون له دلالة ، فإن كان مأذوناً له دلالة فلا تشترط هذه الشروط ، يدل لذلك : أنه لو مات في السفر فباع رفقاؤه تركته ، وهم في موضع ليس فيه قاضٍ جاز بيعهم ، وللمشتري الانتفاع بما اشتراه ، ثم الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع وضمن ما لم يجد ، فقد صحح الإجازة مع هلاك المبيع ؛ وذلك لكون الفضول مأذون له دلالة. وفي الكرم المشترك إذا غاب أحد الشريكين من أن للشريك الحاضر أن يقوم ببيعه ، فإذا أدركت الثمرة فإنه يبيع ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب ، فإذا قدم الغائب يحيز بيعه ، أو يضمنه.

فقد صحت الإجازة مع أن العنب من الأثمار التي لا تبقى ، وما ذاك إلا لأن الحاضر مأذون بالبيع ، وبحفظ الثمن دلالة من شركة الغائب الذي لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف.

بـ ما يستثنى من هذه القاعدة :

خرج عن هذه القاعدة ، مسائل يجوز التصرف فيها بما للغير ديانة بلا إذنه ، ومنها : أنه يجوز للولد ، والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب ، أو الابن المريض بلا إذنه ، ويجوز في المتاع.

ومنها: أنه يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم، أو مرض، أو أغمي عليه أن ينفقوا عليه من ماله، وكذلك لو أنفق بعض أهل المجلة على مسجد لا متول له من غلته كحصير ونحوه، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم، ففي جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانةً، وأما في القضاء فهم متطوعون. وكذلك المديون إذا مات دائنه وعليه دين لآخر مثل هذا الدين لم يقبضه، فقضاه المديون، أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دينٌ لآخر لم يقضه فقضاه المودع، أو عرف الوصي دينًا على الميت فقضاه؛ فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة، ولكنهم متطوعون حكمًا.

٣. قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان":

أ. معنى القاعدة:

أن الجواز الشرعي - وهو كون الأمر مباحًا فعليًا كان، أو تركًا - ينافي الضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف.

وذلك بشرطين:

الأول: ألا يكون ذلك الأمر الجائز مقيدًا بشرط السلامة.

الثاني: ألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه؛ وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجود ضمان فتناfia.

ب. فروع هذه القاعدة:

إن هذه القاعدة لها فروع كثيرة، من أهمها: أنه لو حفر إنسان بئرًا في ملكه الخاص، أو في طريق العامة، ولكن بإذن ولي الأمر فوقع فيها حيوان، أو إنسان

فهلك ؛ لا يضمن حافر البئر ، وكذلك لو خالف في حفظ الوديعة ، أو خالف في استعمال العين المستأجرة ، كما إذا قال : احفظها في البيت الفلاني من دارك فحفظها في بيت آخر مثله ، أو استأجر الدابة ليحملها مقداراً معيناً من حنطة فحملها المقدار نفسه من حنطة أخرى فلا ضمان ، أو خالف إلى ما هو خير من ذلك ، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي عينه له المودع ، أو استأجر الدابة ليحملها مقداراً معيناً من الحنطة ؛ فحملها نفس المقدار من شعير ، أو سمسم ، فتلفت الوديعة ، أو العين المستأجرة ؛ فلا ضمان عليه في شيء من ذلك. وكذلك لو أخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن ما باعه فهلك الرهن ، لا يضمن للموكل ، وسقط الدين عن المشتري ، إذا كان مثل الثمن.

وكذلك لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثرٌ لأجل الأجرة فهلك في يده ، لا يضمن العين ، وسقط الأجر ؛ لهلاكها قبل التسليم للمستأجر ، وكذلك لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة فهلك العين في يده ، لا يضمن ، ولا يسقط ما عجله من الإجارة ، وكذلك لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفقه على صاحبها ، ثم طلبها ربه فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلك بعد ذلك ، لا يضمن ، ولا تسقط النفقة على المعتمد ؛ وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز ، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

وأما إذا كان الأمر المباح تركاً ، فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع ، أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع ، أو هلك الثمن ، أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده ، أو أخر إنساناً المال المدفوع عنده ليوصله إلى آخر ، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده ؛ فإنه لا ضمان عليهم ؛ لأن امتناع من ذكر جائز ، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

ثم إنما شرطنا لعدم الضمان ألا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، وألا يكون عبارة عن إتلاف ما للغير لأجل نفسه؛ ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء، أو أتلفت دابة بالطريق العام شيئاً بيدها، أو فمها وهو راكبها، أو سائقها، أو قائدتها فيضمن؛ لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً، لكنه مقيد بشرط السلامة.

وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته، وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق؛ لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها؛ فإنه يجوز له ذلك، ويضمن قيمتها معرضةً للحريق، ثم إن مفهوم القاعدة: أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يأباه، ولكن هل يستلزمه؟ فيه نظر.

وقد صرح بعض الفقهاء، بأن الإثم لا يستلزم الضمان، وذلك فيما لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يائماً ولا يضمن، وصرحوا في الإكراه من أنه لو أكره بملجئ على قتل الغير، أو أكره على قطع عضو من أعضاء غيره، فإنه لا يحل له الإقدام، فلو فعل؛ فالقصاص على المكروه - بالكسر - ويؤيده ما لو دلّ وارث المدعي السارق على الوديعة فسرقتها فإنه لا يضمن، ولو قصر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مالٌ كثير، فهرب المستأجر ولم يدفع ما عليه من الأجرة لا يضمن، ولو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجرة المثل إذا كان المستأجر ممتنعاً عن دفعها، مع قدرته على رفعه إلى الحاكم لا يضمن، كما لو أودع اثنان مثلياً عند آخر لم يجز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغية الآخر، ولو دفع لا يضمن استحساناً، ورجحه في (البحر)، واختار النسفي وغيره الضمان.

وكما لو سعى ببريء إلى ظالم قد يغرم وقد لا يغرم، فكل ما ذكر من هذه الأعمال غير جائز شرعاً، ولم يوجبوا به ضماناً، وكما لو وجد اللقطة وقد أمن

من نفسه أن يعرفها، وكانت بمعرض الضياع فلم يعرفها فإنه يأثم، ولا يضمن لو ضاعت على المعتمد.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة مسائل كثيرة، منها: أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده - والحالة هذه - يلزم الوكيل الثمن.

ومن هذه الصور المستثناة: ما لو استغل أحد الشريكين في البستان أثماره وباعها حين غيبة شريكه؛ فإن عمله هذا جائز، ولكن إذا حضر شريكه، فهو مخير بين أن يجيز البيع، وبين أن يأخذ الثمن، وبين أن يضمه حصته.

ومن هذه الصور أيضاً: ما لو مات رفيقه في السفر ولا يوجد قاضٍ يقضي، فله أن يبيع أمتعته وأن يحفظ ثمنها لورثته، والورثة في هذه الحالة بالخيار بين أن يجيزوا البيع، أو أن يأخذوا الثمن، أو أن يأخذوا ما وجدوا ويضمّنه ما لم يجدوا، والله أعلم.

دراسة قاعدة: "الغنم بالغرم"، وقواعد تتعلق بالتسبب والمباشرة

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "الغنم بالغرم"، وما يتلوها من قواعد ٣٦٣

العنصر الثاني : قواعد تتعلق بالتسبب والمباشرة ٣٧٠

قاعدة: "الغنم بالغرم"، وما يتلوها من قواعد

١. قاعدة: "الغنم بالغرم":

أ. معنى القاعدة: هذه القاعدة تفيد أنَّ الغرمَ مقابل بالغنم، والغرمُ: هو ما يلزم المرء من مال أو نفس لقاء شيء، وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء، فمثلاً تعمير العقار الموقوف يكون على من يرغب في سكنى هذا العقار في مقابلة سكنه فيه، وكذلك العقار المشترك تكون مؤنة تعميره على الشركاء في مقابلة سكنهم فيه.

وكمؤنة كرى النهر المشترك، وتعمير حافاته وتطهير مائه؛ فإنها على الشركاء فيه في مقابلة انتفاعهم بحق الشرب وإيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها.

ومن ذلك أيضاً: أن الأصل في مجال استثمار المال وطرق تنميته أن الشخص إذا كان يعمل فيه بنفسه، فهو الذي يحصل منافعه، وهو الذي يتحمل مخاطره كما يتحمل ضمانه فيكون خراجه عليه، وكذلك يتصرف فيه كيفما شاء، فإن هذا المال يدخل في ضمان الشخص المستلم لهذا المال؛ لأن حق صاحب المال في ذمته فتكون له منافعه وعليه ضمانه طالما أن المالك لا سلطان له على استثمار المال، فإذا هلك ضمنه لصاحب المال مهما كانت الظروف، وهذا ما ينطبق على القرض وعلى الديون وعلى الائتمان بكل صورته.

وأما إذا نقل قدرته المالية إلى شخص وظل له سلطة على استعماله ففي هذه الحالة يتحمل نصيباً من المخاطر بقدر المال الذي سلمه ويكون له في مقابل ذلك

عائد من الربح ، وهذا ما يحدث في الشركات ، وذلك تخريجاً على قاعدة: الغنم بالغرم ، وقاعدة: الخراج بالضمان.

وذلك بناءً على هذه القاعدة فإن هذه القاعدة تحتم الضمان وتجعل الغنم في مقابلة الغرم فإن البنك يضمن للمودعين ويضمن للمقترضين من البنك ويضمنون قيمة القروض ، وَمِنْ ثَمَّ فلا يستحق البنك عائداً على القروض ولا تلزمه فائدة لأصحاب الودائع ، وإذا أريد للمودع أن يأخذ عائداً فليتحمل في المخاطر الناتجة على استخدام البنك لهذه الودائع ، وإذا أريد للبنك أن يأخذ عائداً ممن قدم له التمويل ؛ فليتحمل المخاطر ، وكل هذا لا يتأتى إلا في إطار المشاركات التي يتحمل فيها كل طرف جزءاً من المخاطر في مقابل حصوله على المنافع عملاً بقاعدة: الغرم بالغنم ، وعملاً بقاعدة: الخراج بالضمان ، ومعنى ذلك : ربط استحقاق الإيراد أو الربح وهو الخراج بتبعة أو تحمل الهلاك للمال ، سواء كان الهلاك بتلف أو خسارة والبعد عن شرط الأسد ، وهو ذلك الشرط الجائر الذي ضمن الكسب لطرف دون طرف.

وهذا الشرط ينافي العدل ويحقق الظلم ، فإن تحديد مقدار معين مسبق من الربح بنسبة معينة من رأس المال لا يحقق العدالة ، فقد يكون مساوياً لما تم تحديده وقد يكون دونه ، فإن إعطاء هذا المقدار المحدد لطرف يمثل تمييزاً له على حساب شريكه ، وهذا ما يسمى بشرط الأسد.

من أجل ذلك اختلف الفقهاء فيما إذا كان اقتسام الربح حسب حصص رأس المال أو حسب الاتفاق ، وكان هذا الاختلاف فيما هو أعدل ، فالأحناف والحنابلة يرون جواز التفاضل في الربح حسب الاتفاق ، والشافعية وأهل الظاهر على القول بتساوي الربح مع حصة رأس المال.

ولا يقال في تبرير الفائدة: إن العادة جرت بذلك، والعادة محكمة - كما يقولون - فإن ذلك من قبيل الشرط القائم بين المتعاقدين، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ لأن العرف لا يؤخذ به إذا تعارض مع الشرع فلا يلتفت إليه ولا يعمل به، ولا يقال: إن مخاطر البنك قليلة أو إنها معدومة أو يمكن إذا حدثت أن تغطي من المخصصات وتنوع الاستخدام، لا يقال ذلك في تبرير حل الفائدة، وذلك لأن الواقع العملي أثبت حدوث مخاطر جسيمة للبنك وبشكل حاد، فقد لا يحقق البنك في كل الأحوال معدل الفائدة المطلوبة للمودعين.

إضافة إلى ذلك فإن البنك يتعرض لمخاطر عدم السداد ومخاطر الاستيلاء على أموال البنوك، وهي ظاهرة موجودة وقائمة في هذه الأيام، ومن أجل ذلك يتحتم البعد عن العمليات الربوية ويستبدل عنها بالمشاركات في الغنم والغرم، فهو البديل الشرعي عن الغنم المضمون المتمثل في سعر الفائدة الثابتة، وعلى البنوك غير الإسلامية أن تعدل نظامها في المستقبل، فذلك فيه صلاح للفرد، وفيه صلاح للمجتمع، وفيه البعد عن مخاطر الربا الذي نهى الله عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِن تُبْتِغُوا فَلََكُمْ رَأْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿البقرة: ٢٧٨ : ٢٧٩﴾.

ب. المسائل التي تدرج تحت هذه القاعدة:

ومن المسائل التي تدرج تحت قاعدة الغنم بالغرم، إيجاب الأجرة على بيت حفظها عليه لقاء استحقاقه حبسها بدينه، ومثال ذلك: لو باع الوصي عيناً من التركة ليقضي دين الغرماء أو لم يكن ديناً، فباعها لأجل الورثة وهم كبار، وقبض ثمنها، فضاع الثمن منه وتلفت العين المباعة قبل تسليمها؛ رجع المشتري على الوصي بالثمن.

ومن ذلك : ما إذا اتفقوا على قيمة ما يلقي في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا أشرقت على الغرق من ثقلها ، فإنها تكون موزعة على ركاب السفينة بمقابلة سلامتهم من الغرق ، وكأجرة صك الشراء وحجج المبيعات ، فإنها تكون على المشتري في مقابلة استنفاعه بما اشتراه ، وكأجرة القسام والكيال والوزان ، فإنها تكون على الشركاء ؛ لأن نفع ذلك عائد إليهم.

٢. قاعدة "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً" :

أ. معنى القاعدة :

أن الفعل ينسب حكمه إلى الفاعل ولا ينسب إلى الأمر ؛ لأن الفاعل هو العلة والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها لأنها هي المؤثرة فيها لا إلى أسبابها لأنها موصلة إليها في الجملة والموصل دون المؤثر.

وإنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الأمر مجبراً ، أي : مكرهاً للفاعل على الفعل ، فإذا كان الأمر هو الذي أجبر الفاعل على الفعل ؛ فحينئذ ينسب الفعل إليه لا إلى الفاعل ؛ لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره الذي أكرهه على ارتكاب الفعل.

ب. الفروع على هذه القاعدة :

من الفروع : أنه لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو بقطع عضو آدمي أو بقتل نفس معصومة فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الأمر ، إلا إذا كان الأمر قد أجبره وأكرهه على الفعل فيكون الضمان والقصاص عليه حينئذ بشرط أن يكون الإكراه ملجئاً.

فإن كان الإكراه غير ملجئ فلا يعتبر في مثل ذلك ، ومن الإكراه المعتبر ما إذا كان الأمر سلطاناً ، فإن أمره إكراه وحتى يكون الضمان على الفاعل فإنه يشترط أن يكون عاقلاً بالغاً ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك بأن كان غير عاقل أو كان صبيّاً ، فإن الفعل يضاف إلى الأمر لا إلى الفاعل ؛ بل يرجع بما يضمنه على أمره إذا كان أمره معتبراً بأن كان عاقلاً بالغاً.

أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع عليه ، وحتى يكون الفاعل هو الضامن فإنه يشترط ألا يصح أمر الأمر في زعمه ؛ لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمنه ، وإن كان الأمر غير صحيح في الواقع ، فإذا أمره بفتح باب في حائط الغير فإنه يغرم الحافر ويرجع على الأمر ، وهذا فيما إذا قال : احفر لي أو قال احفر في حائطي ، أو كان ساكناً في تلك الدار ، أو كان مستأجراً ؛ لأن ذلك كله من علامات الملك ، وإلا فلا يرجع لأن الأمر لم يصح في زعم المأمور.

ومما صح فيه أمر الأمر في زعم المأمور أنه لو أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ؛ ضمن الذابح لكن إذا علم لا يكون له حق وإلا رجع ، ولو قال رجل لأهل السوق : بايعوا ابني هذا ، فقد أذنت له بالتجارة ، فبايعوه ، ثم ظهر أنه ابن الغير رجعوا على الرجل ؛ لأن الأمر بقوله : بايعوا ، والإضافة لقوله : ابني ، يصححان أمر الأمر في زعم المأمور ويجعلانه مغروراً من قبل الأمر فلا يقتصر على فعل هؤلاء من الحفر والذبح والمبايعة عليهم ؛ بل يرجعون بما تضرروا به على الأمر.

وإنما يشترط كون الأمر هو الذي أجبر الفاعل لأجل إضافة حكم الفعل إلى الأمر لا إلى الفاعل ، وذلك في مثل ما إذا لم يكن أمره للغير يضمن الأمر بالضمان ولم يكن أمره له بدفع مال عنه لقاء واجب دينوي عليه يطالب به بالحبس والملازمة ،

أو لقاء شيء يدخله المأمور في ملك الأمر بواسطة امتثاله لأمره، أو لقاء سلامة نفس الأمر.

أما إذا كان شيء من ذلك فلا يشترط لإضافة حكم الفعل إليه والرجوع عليه، لا يشترط كونه مجبراً فلو أمر غيره بقضاء دين عليه مثلاً ففعل رجع عليه؛ لأن ذلك واجب دينوي على الأمر يطالب به بالحبس وبالملازمة، وكذلك لو أمره بإنفاق على نفسه أو على بناء داره ففعل؛ رجع عليه في جميع ذلك؛ لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله على نفسه أو على بناء داره ففعل رجع عليه في جميع ذلك؛ لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفاقه في ملك الأمر من الطعام والكسوة والبناء، وكذلك لو أمر الأسير غيره بفدائه رجع عليه؛ لأن ما دفعه المأمور على الأمر بلا اشتراط.

نعم في مسألة الأسير قولان: قيل له الرجوع، وقيل: لا يرجع، وقيل: لا بد من الاشتراط لحق الرجوع، وإذا اشترط عليه الرجوع رجع وإلا فلا يستثنى من ذلك: ما لو خرج عن هذه القاعدة يخرج منها مسائل ما لو كان المأمور أجيراً خاصاً للأمر فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد، فالضمان على الأمر له، فلو تحرق الثوب من دقة عمله أو غرقت السفينة من مدة فالضمان على الأمر، وكذلك لو أمره برش الماء في فناء داره أو دكانه فرش فما تولد منه فالضمان على الأمر، وإن كان بغير أمره فالضمان على الراش.

دعوى الضمان تكون على المباشر لا على غيره صح الأمر أو لم يصح، فإن صح الأمر رجع المباشر على الأمر، وإن لم يصح فلا رجوع، والظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للأمر، إنما تكون في فعل ظهر فيه تعدٍ على الغير وهو تعدٍ موجب للضمان، فلو لم يكن فيه شيء من هذا، فإن الفعل يضاف حينئذ للأمر

إذا كان الفعل لا يقبل الاستنابة بدليل ما نص عليه في (الدرر)، و (الدر المختار) وغيرهما، من أنه لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فلان، فأمر غيره فحمله وأدخله حنث، وبدليل ما نصوا عليه من حنث من حلف بطلاق زوجته ألا يفعل الأمر الفلاني، فأمر غيره بفعله ففعله إلزاماً؛ فاستثنوه من المسائل التي لا يلزم الموكل إضافتها إلى موكله، أو التي لا ولاية للأمر فيها كضرب ابنه الكبير.

٣. قاعدة "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان":

أ. معنى القاعدة:

أن الأمر الثابت بالبيئة العادلة كالمشاهد للعيان، فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان أن يخالفه، فكذلك ما ثبت بالبيئة المزكاة لا تسوغ مخالفته؛ لأن البيئة كسماعها مبنية، فإذا ثبتت البيئة وهي إقرار المدعى عليه بالمدعى فإنه يحكم عليه بما أقر به وكأنه ثبت بالمشاهدة، وكذلك إذا ثبت الدين المدعى به أو ثبت الشيء المبيع أو ثبتت الكفالة أو الغصب أو الملك بالبيئة؛ فإنه يحكم بمقتضى البيئة؛ لأنها بمنزلة ما شوهد بالحس، ولا يفترق ما ثبت بالبيئة عن ما ثبت بالحس والمشاهدة إلا في شيء واحد، وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البيئة عليه، ولا على الإقرار، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه وهو حي أو أنه قطع يده وهي قائمة بخلاف ما إذا كان أمراً منقضيّاً وثبت بالبيئة فإنه تسمع دعوى ما يخالفه، كما إذا ادعى عليه ديناً فأثبتته بالبيئة فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بألا شيء له عليه؛ فإنها تسمع الدعوى.

ب. ما يستثنى من هذه القاعدة:

يستثنى من القاعدة: ما لو أنكر المدعى عليه المال وحلف بالطلاق على ذلك فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراره له ؛ لم يحنث لأنه بالشهادة على الإقرار لم يتحقق قيام الدين حين الحلف كما يعلم من المحل المذكور.

قواعد تتعلق بالتسبب والمباشرة

١. قاعدة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر":

أ. معنى القاعدة:

أن الحكم يضاف إلى الفاعل المباشر دون المقضي له والموصل إلى وقوعه ؛ لأن الفاعل هو العلة المؤثرة في الفعل ، والأصل في الأحكام أنها تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة ؛ لأنها أقوى ولأنها أقرب إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار ، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ؛ فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب ، فإذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة إذا اجتمعا في الحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة.

ب. فروع هذه القاعدة:

من الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة: ما لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ؛ ضمن الذي ألقى الحيوان ؛ لأنه مباشر ولأن المباشرة هي العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله وبين

التلف فعل فاعل مختار وليس على حافر البئر ضمان ؛ لأنه - وإن كان فعله مفضياً وموصلاً إلى التلف - إلا أن التلف لم يحصل بفعله بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو الذي باشر الإلقاء بلا واسطة ؛ فكان الضمان عليه ، حتى لو لم يتخلل بين فعله ، والتلف فعل فاعل مختار بأن دفع فيه حيوان فوقع فيه ؛ فإن الضمان على الحافر إذا كان متعدياً بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر.

ويتفرع على القاعدة ما لو دل سارقاً على مال إنسان فسرقه ، أو دل آخر على القتل أو على قطع الطريق ففعل فلا ضمان على الدال بل على السارق وعلى القاتل وعلى قاطع الطريق ؛ لأن كلاً منهم مباشر ، وكذلك لو دفع سكيناً إلى صبي مميز ليمسكه له فقتل الصبي به نفسه فلا ضمان على الدافع المتسبب ؛ لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو الصبي ؛ لأنه هو الذي ضرب نفسه باختياره ، فلو لم يحصل التلف باختياره بأن وقع السكين من يد الصبي عليه فجرحه ضمن الدافع ، وإنما يجب الضمان على المباشر وحده دون المتسبب إذا كان السبب لا يعمل في الإتيان إذا انفرد عن المباشرة ، كما لو حفر بئراً فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدافع الذي هو المباشرة.

وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع ، أما إذا كان السبب يعمل في الإتيان إذا انفرد عن المباشرة كالسوق مع الركوب فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في ضمان ما تتلفه الدابة ؛ لأن السائق يعمل في الإتيان إذا انفرد عن الركوب فيضمنان بالسوية.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة :

خرج عن هذه القاعدة ما لو دل المودع نفسه السارق على الوديعة فسرقها فإنه يضمن لترك الحفظ ، إلا إذا منعه حين الأخذ فأخذها كرهاً فلا يضمن. بخلاف

وارث المودع إذا دل السارق عليها - أي : على الوديعة - فإنه لا يضمن ؛ لأنها في يده أمانة محضة لم يلتزم الحفظ فيها. ومثله ما لو ألفت الريح ثوب الجاري في داره فدل السارق عليه لتصريح بأنها أمانة محضة لا التزام للحفظ فيها.

٢. قاعدة "المباشر ضامن وإن لم يعتمد" :

أ. معنى القاعدة :

أن المباشر للفعل يكون ضامناً لما تلف بفعله إذا كان متعدياً فيه وإن لم يعتمد الإلتلاف ؛ لأن الخطأ يرفع عنه الإثم ولا يرفع عنه ضمان الشيء الذي تلف بعد أن كان متعدياً ، ولأن المباشرة علة صالحة وهي سبب مستقل للإلتلاف ، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم وهو الضمان عن المباشر المتعدي.

ب. فروع هذه القاعدة :

يتفرع على هذه القاعدة ما لو ذلق إنسان فوق ع على مال آخر فأتلفه أو أتلف إنسان مال غيره يظن أن هذا المال هو ماله فإنه يضمن في صورتين.

ومن الصور ما لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال ، وكذلك لو طرق الحداد الحديدية المحماة فطار شررها فأحرق ثوب إنسان ما في الطريق ضمنه الحداد. وما لو انقلب النائم أو الصغير ولا يعقل أصلاً على مال غيره فأتلفه أو انقلب على شخص فقتله فإنه يضمن ، وكل هذه الأفعال لا توصف بالخطأ ، وقد حكم فيها على فاعلها بالضمان بما اتصلت به مما له مسوغ ؛ لأن المباشر ضامن وإن لم يعتمد.

وإنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعدياً ليخرج ما عداه ، كما لو قتل الإنسان من جاء ليقته أو ليأخذ ماله أو كان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، فإنه لا يضمن مع

أنه مباشر للفعل ، وذلك لكونه غير متعمد وله فيه مسوغ ، ولولا هذا القيد لكان الفرعان وما شاكلهما داخلين في الجملة وليس كذلك.

وخرج من ذلك ما لو كان فعله في ملكه ، ولكن اتصل به مسوغ له كما لو حفر في ملكه أو سقى أرضه سقياً معتاداً فتلف بحفره أو سقيه هذا الشيء ؛ فإنه لا يضمنه لكونه في ملكه ، ولم يتجاوز المعتاد ولولا ذلك لدخل الفرعان تحت التعدي ، وليس ذلك من التعدي في شيء.

٣. قاعدة "إذا اجتمع السبب والغرور أو المباشرة قدمت المباشرة":

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا اجتمع في حادثة من الحوادث سببٌ وغرورٌ ومباشرة قدمت المباشرة ، وإذا اجتمع غرور ومباشرة قدمت المباشرة ؛ لأن المباشرة فاعل وهو العلة المؤثرة ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة ، لا إلى أسبابها الموصلة ؛ لأنها أقوى وأقرب.

ومعنى هذا : أنه إذا اجتمع المباشر وإذا اجتمع المتسبب فالمباشر هو الفاعل وهو العلة المؤثرة والمتسبب هو الموصل إلى وقوع الأثر المترتب على الفعل فكان فعل الفاعل أقرب لإضافة الحكم إلى الفاعل من المتسبب ؛ ولهذا قال الرملي : "إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدمٌ كالعلة وعلة العلة ، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة".

وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشِرُ وَهُوَ الْفَاعِلُ لِلْسَبَبِ الْمَفْضِي لَوْقُوعِ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَالسَّبَبِ ، وَلَمْ يَكُنِ السَّبَبُ مِمَّا يُوْدِي إِلَى النَّتِيجَةِ بِالسَّبَبِ إِذْ هُوَ لَمْ يَتَّبِعْ بِفَعْلِ فَاعِلٍ آخَرَ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ يَضَافُ إِلَى الْفَاعِلِ الْمُبَاشِرِ دُونَ الْمَتَسَبِّبِ ، وَبِعِبَارَةٍ أَوْضَحَ يَقْدَمُ الْمُبَاشِرُ فِي الضَّمَانِ عَلَى الْمَتَسَبِّبِ.

تعريف السبب لغة: الأسباب جمع سبب، وهو كل ما يتوصل به إلى غيره، يقال: هذا سبب هذا وهذا مسبب عن هذا، فالسبب ما يكون طريقاً إلى الشيء بواسطة كالطريق، فإنه سببٌ للوصول إلى المقصد بواسطة المشي.

تعريف السبب عند الأصوليين: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته كالبنوة؛ فإنها سبب في الميراث، وكذلك الأبوة، فإذا وجد السبب -أي: البنوة- وجد المسبب؛ وهو الميراث، وقد يوجد السبب، ولا يوجد المسبب لمانع كالقتل؛ فإنه مانعٌ من الميراث.

تعريف السبب عند جمهور الفقهاء: هو الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارعُ أمانةً على وجود الحكم، أو هو عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به.

وبمقتضى هذا التعريف ثبت لنا حقيقتان:

إحدهما: أن السبب لا ينعقد سبباً إلا يجعل الشارع له سبباً؛ لأن الأحكام التكليفية؛ هي تكليف من الله -تعالى- للمكلف، والمكلف هو الله ﷻ وإذا كان المكلف هو الشارع، وهو الله ﷻ فهو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسباباً.

الحقيقة الثانية: أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية؛ بل هي أمانةٌ لظهورها، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "إن السبب غير فاعل بنفسه؛ وإنما وقع المسبب عنده لا به"، إذا تقرر ذلك، فالمراد بالسبب: أن السبب في القاعدة ما يؤثر ولا يحصل. وأنواع السبب ثلاثة:

الأول: السبب الشرعي: هو ما كان تأثيره من الشارع، فهذا الذي جعله مؤثراً كالبيئة فإنها مؤثرة؛ لأن الحكم ينبنى عليها، فالقاضي أسير البيئة ولا تحصل هذه البيئة، وإذا حصلت فإن القاضي يحكم بمقتضاها؛ لأن هذا من اختصاص الجلال.

السبب الثاني: السبب الحسي: وهو كمن أمسك بآخر فقتله ثالث، فالمسك مؤثر؛ إذ لولاه لأمكنه الهرب، ولكنه غير محصل للقتل؛ لأن القتل حصل من الثالث، ومثل ذلك: الإكراه على القتل.

السبب الثالث: السبب العادي: فأساس اللزوم فيه العرف والعادة؛ وذلك مثل: الضيافة بمسموم - أي: بطعام مسموم - فإذا قدم صاحب البيت طعاماً مسموماً، فأكله الضيف فمات فالأكل من المسموم مؤثر غير محصل؛ لأنه ليس بضروري أن يكون السم هو الذي قتله، وعلى هذا فما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سبباً، والسبب في القاعدة مراد به هنا: ما لا يؤثر ولا يحصل، ولكن يحصل التلف عنده كالحفر في الطريق العام؛ فهو غير مؤثر، إذ قد يتفادى هذه الحفرة، وهو غير محصل أيضاً، إذ قد يقع في الحفرة ولا يحصل الموت.

الغرور في اللغة: هو الخطر.

وعند الفقهاء: هو إبداء ما ظاهره السلامة ثم يختلف، كما لو تزوج إنسان فتاة على أنها بكر فثبت أنها ثيب، فإنه يدخل تحته مسائل كثيرة في الفقه: المباشرة، مأخوذة من باشر الأمر، أي: تولاه بنفسه، وباشر الفعل، أي: فعله في غير وساطة.

والمباشر: هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر.

فلو حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر، فإن الذي ألقاه هو الذي يضمن هذا الحيوان ولا شيء على حافر البئر؛ لأن حفر البئر بحده ذاته لا يستوجب تلف الحيوان لو لم ينضم إليه فعل المباشر؛ وهو إلقاء الحيوان في البئر، فالمباشرة هي السبب الرئيسي في الإتيان، والتي تلف الحيوان بسببها لا بحفر البئر.

والمباشرة هي ما تؤثر وتحصل كالذبح بالسكين، وفي العادة يكون الضمان على المباشر ما لم يرق التغرير إلى درجة المباشرة، فيكون الضمان على المغرر؛ وذلك بأن يكون السبب قوياً، فينزل التغرير منزلة المباشرة، ويقدم عليها استثناءً.

ب. فروع هذه القاعدة:

الفرع الأول: ما لو غصب إنساناً طعاماً ثم قدمه الغاصب لمالكه وأكله مالك الطعام وهو يجهل بأن هذا الطعام هو ملكه، فالأظهر أن الغاصب لا يضمن؛ لأنه إذا اجتمع سبب ومباشرة وكانت المباشرة من المالك قدمت المباشرة على السبب ولا ضمان على الغاصب، وإن كان فيه تغرير من الغاصب؛ لأن المالك باشر إتلاف ماله باختياره. ومقابل الأظهر يكون الضمان على الغاصب؛ لأن التغرير في هذه الحالة من الغاصب قام مقام الإتلاف وقام مقام المباشرة معاً، ولأن التغرير حامل قوي على الأكل لهذا الطعام، فالمالك أكل الطعام وهو يجهل أنه طعامه، فلا يبرأ الغاصب لجهل المالك به، فالعلة في الضمان هو جهل المالك بأنه أكل طعامه، ويرد على هذا بأن التقصير من المالك فالمالك مقصر، وهو يتحمل الضمان؛ إذ إنه كان بوسعه وكان بإمكانه أن يتعرف على طعامه، وحيث إنه لم يفعل ذلك، فإن كان عالماً بأن الطعام له؛ فلا ضمان على الغاصب قطعاً؛ لأنه إذا علم قدمت المباشرة قولاً واحداً فالضيافة سبب عادي والأكل مباشرة فتقدم المباشرة على السبب.

الفرع الثاني: ما لو حفر بئراً فرداه فيها إنسان آخر، أو أمسكه فقتله إنسان آخر، أو ألقاه من شاهق فتلقاه إنسان آخر وشقه بسيفه، فالقصاص في هذه المسائل على المردى وعلى القاتل وعلى الذي قده بالسيف فقط؛ لأنه قد اجتمع السبب واجتمعت المباشرة في هذه المسألة فتقدم المباشرة، ومن ثم فلا ضمان على الحافر؛ لأنه لا يلزم من

حفر البئر القتل تقديمًا للمباشرة وأيضًا لا ضمان على المسك بل القصاص على القاتل ؛ لأنه هو المباشر للقتل وهو المتعدي لهذا القتل ، وكذلك فلا ضمان على الملقى لهذا الشخص من الشاهق بل القصاص على الذي قابله بالسيف وقده به ؛ لأنه هو المباشر حقيقةً بالقتل ولا يلزم من إلقاء الإنسان من شاهق أن يموت.

ج. ما يستثنى من هذه القاعدة :

هذه القاعدة لها مستثنيات ، ولها فروع ولها أحكام تستثنى منها ، وتأخذ حكمًا غير حكمها.

إذا كانت المباشرة تقدم على كل من السبب والغرور ، فهذا هو الأصل ، ولكن يستثنى من ذلك صور كثيرة لا تقدم فيها المباشرة ، وهي كما ذكرها الإمام السيوطي : إذا غصب شخص شاة وأمر القصاب - والقصاب هو الجزار - أمره بذبحها ، وكان الجزار يجهل بغصب الشاة فذبحها ، فالضمان على الغاصب قطعًا قاله في (الروضة).

وكان مقتضى القاعدة أن يكون الضمان على القصاب ؛ لأنه هو الذي باشر الذبح ولكنهم قالوا : يضمنُ المغرر ؛ لأنه هو الذي غرر به. قالوا : يضمن القصاب ابتداءً ثم يرجع على الغاصب ؛ لأنه هو الذي غرر به والتغير كان سببًا قويًا جدًا فأصبحت يد المغرر كيد المباشر ، فكأنه هو الذي ذبح الشاة ، وكأنه هو الذي اعتدى عليها فيكون عليه الضمان.

قاعدة "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه"

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه" ٣٨١

العنصر الثاني : سرّ عدم ذكر فروع للقاعدة، وما يستثنى منها ٣٨٧

قاعدة لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه

هذه القاعدة لها أهمية عظمى، ولأهميتها، فقد رأيت أن أضيفها إلى المنهج حتى يقف الطالب على مدى هذه الأهمية، فإن موضوعها يتناول الفقه الإسلامي الذي هو عبارة عن الأحكام الاجتهادية، ومعلوم أن الفقهاء قد اجتهدوا واختلفت آراؤهم وتعددت مناحيهم، ونشأ من ذلك الاختلاف في المذاهب الفقهية المتعددة، ومنها المذاهب الأربعة المعروفة التي حظيت بثقة الجماهير في العالم الإسلامي، والتي كتب الله لها البقاء إلى يومنا هذا، وإلى أن يشاء الله حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

فالمذاهب الفقهية كانت نتيجة طبيعية لاختلاف الفقهاء في الفروع؛ ولذلك فقد وضع العلماء هذه القاعدة، وهي قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه" وإنما ينكر المجمع عليه؛ لتقرير هذا المعنى ولتثبيتته في الأذهان.

أ. معنى القاعدة:

لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه: أن المختلف في حكمه بين الفقهاء لا ينكر، ولا يجوز الاعتراض عليه، والإنكار معناه النهي، وهو توجيه اللوم إلى الفاعل وإلى نهيه عنه؛ لأن الاختلاف أمر طبيعي في الأحكام الفقهية الاجتهادية، وهو من باب التوسعة على الناس في أمور الدين: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ﴾ (١١٨) إِلَّا مَنْ رَجِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ ﴿١١٩﴾ لهود: ١١٨، ١١٩.

وإذا كانت الأمم كالأطفال في تدرجها من طور إلى طور، وكان الطفل لا يعطى من الطعام إلا ما يستمره ويقوى على هضمه، فكذلك لم يشرع الله ﷻ لقوم

إلا ما يناسب حياتهم ويلائم عقولهم وإلا ما تحتمله مداركهم، وذلك هو السر في تعدد الشرائع واختلافها والمذاهب وتعددتها: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾ [المائدة: ٤٨].

غير أن الشرائع - وإن اختلفت أزمانها وكثرت أعدادها - لم تختلف إلا في الفروع والأعمال مع اتحادها في المصدر الذي صدرت عنه ومع اتحادها في الأصل الذي دعت إليه: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ﴾ [الأنبياء: ٢٥]، و ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾ [الشورى: ١٣]، وتمشيًا مع سنة الله في خلقه وأنه خلق الناس مختلفين في المدارك والعقول اختلفت الآراء الفقهية، وتكونت من هذا الاختلاف مدارس في الفقه، ثم تبلورت المدارس فصارت مذاهب فقهية.

ويجب أن نشير هنا إلى أن الاختلاف لم يكن في ذات الدين ولا في لب الشريعة، ولكنه اختلاف في فهم بعض نصوصها، وفي تطبيق كلياتها على الفروع، وكل المختلفين مجمعون على تقديس النصوص التي جاءت في القرآن والسنة؛ بل كانوا من فرط إتباعهم للإسلام لا يسمح أكثرهم بمخالفة أقوال الصحابة؛ لأنهم شاهدوا وعانوا منازل الوحي ومدارك الرسالة، وتلقوا علم النبوة من النبي ﷺ ونقلوه إلى الأُخلاف، فهو اختلاف لا يتناول الأصل، ولكنه اختلاف في الفروع؛ حيث لا يكون دليل قطعي حاسم للخلاف، ومثل أقوالهم بالنسبة للشريعة كمثال أغصان الشجرة تتشعب وتتفرع والأصل الذي انبعثت عنه واحد يغذي جميع الأغصان المتفرعة.

ولم يفهم الناس في ماضيهم وحاضرهم أن أقوال الفقهاء دين يتبع من غير نظر، وما دعا الفقهاء الناس إلى اتباعهم؛ بل دعوهم إلى اتباع الدليل الذي يوصل إلى الحق، ولو خالف أقوالهم.

فكبيرهم الإمام أبو حنيفة يقول: هذا أحسن ما وصلنا إليه، فمن رأى خيراً منه فليتبعه، وقد سأله بعض الفقهاء: أهذا الذي انتهيت إليه هو الحق الذي لا شك فيه؟ فقال الإمام المخلص: لا أدري لعله الباطل الذي لا شك فيه.

والإمام الشافعي كان يحث أصحابه على مخالفة أقواله الذي يكون مصدره القياس إذا وجدوا حديثاً يخالفه، ويقول في ذلك: إذا صح الحديث، فهو مذهبي، ويقول في قوة وإيمان: أي أرض تقلني، وأي سماء تظلني إذا جاء حديث رسول الله ﷺ وخالفته.

وإنه قد روي عن مالك مثل ذلك، وأنه كان ينهى أصحابه عن أن يكتبوا فتاويه، كما كان ينهى أبو حنيفة عن ذلك إذا رأى تلميذه أبا يوسف يكتب ما يقول، فقال له: ويحك يا يعقوب أكتب كل ما أقول؟! إني قد أرى رأياً اليوم وأخالفه غداً، وقد أرى الرأي غداً وأخالفه بعد غدٍ. وأن الإمام أحمد كان يقرر: أن لكل إنسان أن يجتهد، وأن الاجتهاد لم يغلق بابه في المذهب الحنبلي، ولم يتهم أحدٌ فيغلقه كما فعل بعض المتأخرين من الشافعية والحنفية.

ولهذا، فقد قال الإمام أحمد: ما من عصر من العصور إلا وفيه قائم لله بحجة، وأن هذا الاختلاف قد فتح القرائح فاتجهت الهمم إلى تدوين علم الإسلام مجتهدة متبعة من غير جمود، وتركت من بعد ذلك تركة مثرية من الدراسات الفقهية، لا نكون مبالغين ولا متجاوزين المعقول إذا قلنا: إنها أعظم ثروة فقهية في العالم الإسلامي، ولعل أعظم ثروة يدعيها الأوروبيون هو القانون الروماني، ولو وزن ما جاء عن الرومان ما عدل عشر معشار ما تركه الفقهاء المسلمون من عيون الفقه ومسائله، وإنها لتشتمل من الحلول الجزئية والقواعد الكلية ما يغني الإنسانية إن هي بغت الخير لنفسها واتجهت إلى ما ينفعها ويعلو بها.

ولقد راع الناس ذلك العمل الفقهي الجليل بعد عصر الأئمة المجتهدين ، وكان لكل إمام تلاميذه الذين اتبعوه ونهجوا منهجه ثم جاء من بعدهم من درسوا تلك الآراء المروية ، وهكذا أخذ الاتباع يسود التفكير الفقهي ، ومن وراء ذلك كان الاتباع والتقليد.

فالتقليد سار من القرن الرابع الهجري ، ولكنه كان تقليدًا جزئيًا في الابتداء ، ثم أخذ نطاقه يتسع حتى صار تقليدًا كليًا في آخر العصور ، وكان لذلك أسبابه الكثيرة وليس هنا مجال بيان أسباب التقليد ، وقد مرت السنوات وانقضت القرون وفي كل حين يبعث الله لهذه الأمة من يجدد لها أمر دينها ، ومن يوقظها من سباتها ، ومن يوجهها الوجهة الصالحة إلا أنها لا تكاد تستيقظ حتى تعود إلى ما كانت عليه أو أشد مما كانت ، وكانت النتيجة الحتمية أن التشريع الإسلامي قد توقف وحل محله التشريع الأجنبي الدخيل ، وأصبح هو الذي يهيمن على الحياة في دول العالم الإسلامي مع منافاته لدينها وعاداتها وتقاليدها ، وكانت الأوضاع الأوروبية هي التي تغزو البيوت والشوارع والمنتديات والمدارس والمعاهد ، وأخذت موجاتها تقوى وتتغلب على كل ناحية من النواحي حتى كاد الشرق الإسلامي ينسى دينه وينسى تقاليده ، ويقطع الصلة بين حاضره وماضيه ، إلا أن الأرض لا تخلو من قائم لله بحجة وأن الله مظهر دينه على جميع الأديان.

ب. الأحكام المختلف فيها بين الفقهاء :

ومن الأحكام المختلف فيها بين الفقهاء : الزواج بدون ولي ، فمن تزوج امرأة بلا ولي لا ينكر عليه ذلك ؛ لأنه جائز عند الإمام أبي حنيفة ، فإن الإمام أبا حنيفة لا يشترط الولي في صحة عقد النكاح مطلقاً ؛ لحديث : ((الثيب أحق بنفسها من وليها)).

وكذلك فإن من لمس امرأة أجنبية وصلى من غير أن يتوضأ مرة أخرى لا ينكر عليه ؛ لأن وضوءه لم ينتقض عند الحنفية وعند الإمامية ؛ لأن ((النبي ﷺ قبل بعض نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ)) ، فلو قبل حنفي زوجته ثم صلى لا يقال له : إن وضوءك قد انتقض ؛ لأن اللمس عندهم - ولو بشهوة - ليس حدثاً بعينه ولا سبباً لوجود الحدث غالباً ، فأشبه لمس الرجل للرجل وأشبه لمس المرأة للمرأة. وهكذا سائر الفروع.

وإنما ينكر المجمع عليه بين الفقهاء ، فإذا أجمع الفقهاء على أمرٍ أو على حكم ثم خالف فيه أحد فإنه ينكر عليه ذلك سواء كان في الشرعيات أو اللغويات أو العقليات أو الدنيويات ؛ لأن المجمع عليه شامل لذلك كله ، فالأول كحل البيع وحرمة الربا. والثاني : ككون الفاء للتعقيب وثم للتراخي. والثالث : كحدوث العالم. والرابع : كالحروب وتدبير أمور الرعية.

فإن الإجماع في كل ذلك حجة ، فلا يجوز مخالفته ومن خالف فيه فإنه ينكر عليه ، وهذا في غير المحتسب.

أما المحتسب - وهو الذي يعينه الحاكم للقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - فإن لهذا المحتسب أن ينكر على من يخالف الشريعة ولو في الأحكام التي يجوز فيها الخلاف ، حتى ولو كانت مندوبة ؛ لأن اختصاصات المحتسب مطلقة لا قيد عليها عدا قيد المصلحة.

وهذا معناه : أن نطاق الحسبة يتعلق بكل السبل المشروعة التي تدخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سواء كان ذلك متعلقاً بحق من حقوق الله تعالى خالصاً ، مثل : الأمر بقيام الصلاة في الجماعة ، وزجر من يترك الصلاة في المسجد بغير عذر ، أو كان بحق من حقوق العباد ذات النفع العام أو الخاص مثل : رعاية

المرافق العامة ، أو مماثلة الديون عند تأخيرها على صاحبها دونما عذر ، أو كان ذلك في الحقوق المشتركة بين الله وبين العباد ، مثل : إلزام المطلقات بأحكام العدة . وللمحتسب أن يمنع كل ما من شأنه المضايقة في الطرقات من بروز الحوانيت ، أو وضع السلع فيها ؛ حتى لا يعوق نظام المرور ويمنع الجمالين وأهل السفن من الإكثار من الحمل ، فقد روي أن عمر > ضرب جمالاً ؛ لأنه حمل جملة ما لا يطيق . بل إن المحتسب كان يمر على أرباب المناصب العظيمة ، فإذا رأى تقصيراً فيما ينبغي فعله منهم أخذهم عليه ؛ حتى لا يتكرر ذلك منهم .

وعلة عدم الإنكار أن الحكم الثابت مع وجود الخلاف ظني وليس اعتبار أحد الأمرين أولى من الآخر ، ولأن نسبة الحكم المختلف فيه إلى المحرم ليست بأولى من نسبته إلى المحلل . والمراد بالحكم المختلف فيه هنا الحكم الذي لم يضعف مأخذه ، فإن كان ضعيف المأخذ بحيث ينقض هذا الحكم لو رفع إلى الحاكم فإنه يجب نقضه ؛ لأنه غير معتبر شرعاً ، ومن ذلك : ما إذا قضى حاكمٌ بصحة نكاح المتعة ، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع ؛ لأن الصحابة أجمعوا على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه ، أو كان الحكم الذي حكم به القاضي مخالفاً للسنة المشهورة عن رسول الله ﷺ وذلك 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 فقال ﷺ : ((إنه لا يحل له أن يتزوجها حتى يذوق الآخر عسلتها ما ذاق الأول)) ، فيكون قول سعيد بن المسيب : إنه يحصل التحليل بالعقد دون أن يدخل بها مخالفاً للسنة ؛ لهذا قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً وافقه على رأيه إلا الخوارج ، ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر القرآن .

ففي مثل ذلك ينكر على من خالف السنة الصحيحة أو أنكر الإجماع ، ومن ذلك أن الأحناف يجيزون شرب القليل من النبيذ الذي لا يوصل إلى حد

الإسكار. أما الشافعية: فإنهم يقولون بحرمة عملاً بحديث رسول الله ﷺ: ((ما أسكر كثيره فقليله حرام))، فينكر على الحنفية جواز شربهم للقليل من النبيذ؛ لضعف مأخذهم، فتهافت دليلهم الذي اعتمدوا عليه.

ومن ذلك نقل الأعضاء البشرية، فإن هذه المسألة مجتهد فيها، وإذا كانت القاعدة لا ينكر المختلف فيه فمن باب أولى لا ينكر المجتهد فيه، فالاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد حتى تستقر الأحكام، وإنما ينقض حكم القاضي إذا خالف الدليل القطعي من نص أو إجماع أو قياس جلي، والقياس الجلي: هو ما كانت العلة فيه منصوطة، أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. وهذا ما فعله الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد لقي رجلاً وكانت له خصومة، فقال له عمر: ما صنعت في خصومتك؟ قال: قضى فيها علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت بكذا، قال عمر: لو كنت لقضيت بكذا، فقال الرجل: وما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى نص من كتاب، أو سنة لفعلت، ولكن أردك إلى رأي، والرأي مشترك، ولم ينقض عمر ما حكم به علي، وزيد.

سرّ عدم ذكر فروع للقاعدة، وما يستثنى منها

أ. سرّ عدم ذكر فروع لهذه القاعدة - وهي قاعدة: لا ينكر المختلف فيه؛ وإنما ينكر المجمع عليه:

ما ذكره الإمام السيوطي، بقوله: لأن كل ما في الفقه من فروع مختلف فيها بين الأئمة فهي فروع لهذه القاعدة، وإذن؛ فإن فروعها غير محصورة وإنها منتشرة في جميع أبواب الفقه، وإذا كانت هذه القاعدة لم يذكرها لها فروع فقهية، فإن لها مستثنيات.

قال الإمام السيوطي: ويستثنى صور ينكر فيها المختلف فيه.

المسألة الأولى من هذه الصور: أن يكون المذهب بعيد المأخذ، والمأخذ هو الدليل بأن تكون دلالة الدليل على المذهب المخالف دلالة بعيدة؛ بحيث لو حكم القاضي، ورفع الأمر في هذا الحكم إلى قاضٍ آخر فلا يتردد في نقضه، فحينئذ يجوز الإنكار.

وأقرب مثال على ذلك: شرب النبيذ، وهو ما يتخذ من عصير العنب، أو عصير التمر أو من غيرهما ويترك حتى يختمر.

فالحنفية: يميزون القليل من النبيذ بخلاف الخمر؛ فإنها حرام لعينها والقليل والكثير في الحكم سواء، أما في النبيذ فلا بأس بشرب القليل منه عندهم؛ وإنما يحرم منه ما يعقبه السكر وهو القدح الأخير.

قال ابن عباس < : الكأس المسكرة هي الحرام، ودونها ما عداها ليس بحرام.

وأما الشافعية: فيمنعون القليل كما يمنعون الكثير، فما أسكر كثيره فقليله حرام؛ لما روي عن شعيب، عن أبيه، عن جده: ((أن النبي ﷺ أتاه قوم، فقالوا: يا رسول الله إنا ننتبذ النبيذ فنشربه على غداثنا، وعشائنا، فقال: لا تشربوا فكل مسكر حرام، فقالوا: يا رسول الله إنا نكثره بالماء، فقال: حرام قليل ما أسكر كثيره))، وعن سعد بن أبي وقاص: ((أن النبي ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره))، رواه النسائي، والدارقطني؛ وإنما حرم القليل - وإن كان لا يسكر - حسماً لمادة الفساد.

كما حرم تقبيل الأجنبية، وكما حرم الخلوة بها؛ لإفضائه إلى المحرم، وسواء فيه المتفق على تحريمه والمختلف فيه، وسواء جامده ومائعته، ومطبوخه ونيئه، وسواء تناوله معتقداً تحريمه أو إباحته على المذهب؛ لضعف أدلة الإباحة، فلو قضى

الحنفي بجواز شرب النبيذ، جاز للقاضي الشافعي أن ينكر عليه ما قضى به؛ لأنه مخالف للنص، والإجماع، والقياس، ولا يلتفت إلى قول من حكى عنه إباحته؛ فقد قام الإجماع على أن قليل الخمر وكثيره حرام، وثبت قوله ﷺ: ((كل مسكر خمر، وكل خمر حرام))، ومن استحل ما هو حرام كفر بالإجماع.

شرب قليل النبيذ وشرب كثيره حرام؛ لمخالفته للقرآن، ومخالفته للقياس، ومخالفته لسد الذرائع.

أما مخالفته للقرآن؛ فلقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكَبُرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]، فالآية مطلقة، ولم تفرق في تحريم الخمر بين القليل والكثير، فمن قال بإباحة القليل منه فإن مأخذه ضعيف يرده النظر والخبر.

فإن قيل: إن النبيذ ليس بخمر، فنرد عليه: بأن النبيذ خمر بإطلاق اللغة؛ لأن الخمر: ما خامر العقل؛ لأنها تخالطه؛ وهذا مأخوذ من المخامرة، وهي: المخالطة، فلما كانت الخمر تستر العقل، وتغويه سميت بذلك.

فالخمر: كل مسكر خامر العقل وغطاه، من أي نوع كان، وهذا النص الذي بين أيدينا كان أول خطوة من خطوات التحريم، فالأشياء والأعمال قد لا تكون شرًا خالصًا، فالخير يلتبس بالشر، والشر يلتبس بالخير في هذه الأرض، ولكن مدار الحل والحرمة هو غلبة الخير، أو غلبة الشر، فإذا كان الإثم في الخمر، والميسر أكبر من النفع، فتلك علة تحريم ومنع، وإن لم يصرح القرآن هنا بالتحريم والمنع.

وهنا يبدو لنا طرفٌ من منهج التربية في القرآن الكريم؛ فالقرآن هو المنهج الرباني الحكيم، وهو المنهج الذي يمكن استقراؤه في الكثير من شرائعه، وفرائضه، وتوجيهاته.

ونقرر في توضيح هذا المنهج: أنه عندما يتعلق الأمر، أو النهي بقاعدة من القواعد المتعلقة بمسألة من مسائل الإيمان والعقيدة، فإن الإسلام يقضي في

المسائل الاعتقادية قضاءً حاسماً منذ اللحظة الأولى، ولكن عندما يتعلق الأمر، أو النهي بعادة وتقليد، أو بوضع اجتماعي معقد، فالإسلام يترث به، ويأخذ المسألة باليسر والرفق والتدرج.

فالمسائل الاعتقادية المتعلقة بالتوحيد، والشرك يحسمها الإسلام منذ اللحظة الأولى في ضربة جازمة لا تردد فيها، ولا مجاملة ولا مساومة؛ لأن المسألة هنا مسألة عقيدة أساسية لا يصلح بدونها إيمان المسلم، ولا يقام الإسلام.

فأما في الخمر والميسر، فقد كان الأمر أمر عادة وإلف تحتاج إلى علاج، فكان التحريم فيها على التدرج؛ حتى تنهت النفوس لتلقى الحكم النهائي، فلما تهتأت النفوس جاء النهي الجازم الذي يأخذ بتحريم الخمر والميسر مقروناً بعلّة التحريم، فنزل قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

فإن قيل: إن النبيذ ليس بخمر، فيرد عليه: بأنها خمر بإطلاق اللغة؛ لأن الخمر هو ما خامر العقل.

وأما مخالفته للقياس؛ فلأن كل مادة تحققت فيها العلة ثبت فيها التحريم، ولا مدخل لأصل المادة في ذلك، فالعلة هي الإسكار، وهي موجودة في الأنبذة، فعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: ((كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام))، رواه الجماعة إلا البخاري، وابن ماجه.

وكذلك ينكر على الحنفية إباحة النبيذ؛ سداً لذريعة الفساد، وسد الذريعة مبدأ معمول به في الشريعة الإسلامية، وفيه جاء قوله ﷺ: ((فمن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه))، رواه البخاري، ومسلم.

ب. ما يستثنى من هذه القاعدة :

استثنوا من هذه القاعدة : أنه لا يعتد بالمذهب الضعيف إذا كان ضعيف المآخذ ، فأصبح كالمجمع عليه سداً للذريعة.

وكان مقتضى القاعدة : لا ينكر شرب النبيذ لأنه مختلف فيه ، ولكنه أنكر للأدلة السابقة.

ج. حكم شهادة شارب النبيذ :

يقول الشافعية : بإقامة الحد عليه إذا شرب النبيذ ، وتقبل شهادته.

وقال المالكية : يقام عليه الحد ، ولا تقبل شهادته ؛ لأنه فاسق ، والفاسق ترد شهادته.

ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة : وهي مما ينكر على الحنفية قضاؤهم بقتل المسلم بالذمي ، فيجوز لغير القاضي الحنفي إذا رفع إليه الحكم - بقتل المسلم بالذمي - أن ينقضه ؛ لأن مأخذ الحنفية في هذا الحكم ضعيف ؛ وذلك لأن من شروط القصاص : المساواة بين القاتل والمقتول ، ولا حجة في قوله تعالى :

﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَنْفُسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنِ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] ؛

فقد صرح أهل الأصول ، بأن هذا العموم مخصص بأحاديث الرسول ﷺ ومن هذه الأحاديث المخصصة لهذه الآية قوله ﷺ : " لا يقتل مسلم بكافر " ، وما روي أنه ﷺ قتل مسلماً بمعاهد ، وقال : " أنا أكرم من وفي بذمته " ، فهذا الذي ثبت

وقال به رسول الله في هذا الحديث، فهو مرسل من حديث عبد الرحمن البيلمانى، وهو ضعيف لا تقوم به حجته إذا وصل الحديث، فكيف إذا أرسله؟.

ويحسن أن نقول عن عقوبة القصاص في الإسلام، فهذه العقوبة تقوم على مبدأ المساواة في الدماء، فيقتص للنفس بالنفس، ويقتص للجرح بمثله على اختلاف المقامات والطبقات والدماء والأجناس، والنفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن، والجروح قصاص، فلا تمييز، ولا عنصرية، ولا طبقية، ولا حاكم، ولا محكوم، الكل سواء أمام شريعة الله، فكلهم من نفس واحدة، والكل خلقه الله ﷻ والقصاص على هذا الأساس العظيم فوق ما يحمله من إعلان لميلاد الإنسان الذي يتمتع بالمساواة، فهو العقاب الرادع الذي يجعل من يتجه إلى الاعتداء على النفس بالقتل، أو يتجه إلى الاعتداء عليها بالجروح والكسر، يفكر مرات ومرات قبل أن يقدم على ما حدثته نفسه، وما زينت له من اندفاعه، وهو يعلم أنه مأخوذ بالقتل إن قتل دون نظر إلى نسبه، أو طبقته، أو جنسه، وأنه مأخوذ بمثل ما أحدث من الإصابة، إذا قطع يداً، أو رجلاً قطعت يده، أو رجله، وإذا أتلف عيناً، أو أذنًا، أو أنفاً، أو سنًا، أو أتلف شيئاً من جسم آخر، أتلف منه ما يقابل ذلك العضو الذي أتلفه، وليس الأمر كذلك حين يعلم أن جزاءه هو السجن طالت مدة السجن أو قصرت، فالألم في البدن، والنقض في الكيان، والتشويه في الخلقة شيء آخر غير آلام السجن، والقصاص على هذا النحو وهو القصاص العادل الذي تستريح إليه الفطرة، وتسعد به الإنسانية، والذي إذا طبق تذهب حزازات النفوس وجراحات القلوب، وتسكن به فورات الثأر الجامحة التي يقودها الغضب الأعمى وحمية الجاهلية، وقد يقبل بعضهم الدية في القتل، أو التعويض في الجراحات، ولكن بعض النفوس لا يشفيها إلا القصاص.

لذلك قال تعالى -مرغباً في العفو عن القصاص- : ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ [المائدة: ٤٥]، سواء كان هو ولي الدم في حالة القتل والصدقة تكون بأخذ الدية مكان القصاص، أو بالتنازل عن الدم والدية معاً، وهذا من حق الولي؛ إذ العفو، أو العقوبة والعفو متروكان له، ويبقى للإمام حق تعزيز القاتل بما يراه.

وكثيراً ما تستجيش هذه الدعوة إلى السماحة والعفو، وإلى تعليق القلوب بعفو الله ومغفرته، فإن كثيراً من النفوس لا يغيثها العوض المالي، ولا يسليها القصاص ذاته عمن فقدت، فماذا يعود على ولي المقتول من قتل القاتل؟ وماذا يعوضه من مال عمن فقد؟ إنه غاية ما يستطيع في الأرض لإقامة العدل وتأمين الجماعة هو القصاص، ومع هذا فإنه تبقى في النفس بقية لا يمسح عليها، ولا يسليها إلا تعليق القلوب بالعوض الذي يجيء من عند الله؛ فقد روى الإمام أحمد، قال: حدثنا وكيع، حدثنا يونس بن أبي إسحاق، عن أبي السفر، قال: كسر رجل من قريش سن رجل من الأنصار؛ فاستعدى عليه معاوية، فقال معاوية: سنرضيك، فألح الأنصاري، فقال معاوية: شأنك بصاحبك، وأبو الدرداء جالس، فقال أبو الدرداء < : سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((ما من مسلم يصاب بشيء من جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة، أو حط به عنه خطيئة))، فقال الأنصاري: فإني قد عفوت، فلما سمع الأنصاري ما سمع عن رسول الله ﷺ طابت نفسه ورضيت واستراحت، وعفا عن الجاني بما لم ترض من مال معاوية الذي لوح له به للتعويض، وهذا ما كان موجوداً في شريعة التوراة التي صارت طرفاً من شريعة القرآن.

فإذا تقرر أن قضاء الحنفي بقتل المسلم بالذمي يجوز نقضه؛ لأن مأخذ الحنفية في هذا الحكم ضعيف؛ وذلك لأن من شروط القصاص: المساواة بين القاتل

والمقتول ، والله تعالى لم يسو بينهما ؛ فقال تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ [السجدة : ١٨].

ومن الصور المستثناة : أن يكون للمنكر حق على المنكر عليه كالزوج بالنسبة لزوجته ، فإن للزوج الحق في تأديب زوجته ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُمْ فَإِنْ اطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴾ [النساء : ٣٤].

فلو كانت الزوجة حنفية تعتقد إباحة النبيذ ، وكان الزوج يعتقد عدم إباحتها لكونه شافعيًا ، فمن حق الزوج أن ينكر على زوجته شرب النبيذ ؛ لأن له حقًا في أن ينشئ أولاده على حب الفضيلة ، والبعد عن الرذيلة وعن الأخلاق الفاسدة ، وأن يهيئ البيت لتربية الأسرة كلها تربية صالحة ، فإن من شب على شيء شاب عليه ، وقد يما قالوا :

وينشأ ناشئ الولدان فينا ❖ على ما كان عودُه أبوه
وقالوا أيضًا :

إذا كان رب البيت بالدف ضاربًا ❖ فشيمة أهل البيت كلهم الرقص
فكان للزوج الحق كل الحق في أن ينكر على زوجته ، وأن يمنعها من شرب النبيذ ، وكان مقتضى القاعدة ألا ينكر عليها ذلك ؛ لأن هذا من الأحكام المختلف فيها ، لكن العلماء قالوا : له حق الإنكار على زوجته ، وعليه ؛ فتكون هذه المسألة خارجة عن القاعدة ، وهي مستثناة منها ، وتأخذ حكمًا غير حكم القاعدة.

ويدخل في ذلك شرب الدخان : فالأصل في حكمه أنه مختلف فيه بين الحل والحرمة ، فقد قال بعض الفقهاء بکراهة شرب الدخان ، وقال بعضهم بالتحريم ، وعليه ؛ فإنه إذا كانت الزوجة تدخن فللزوج أن ينكر عليها ، وأن يمنعها من

شرب الدخان ؛ لأنه - وإن كان محل خلاف - فإن مصلحة الزوج ألا تكون زوجته مدخنة ، وهذا من شأنه أن ينفره منها ، وأن يجعلها في نظره لا تؤدي حقها الذي أوجبه الله عليها له .

ومن ذلك أيضاً : أكل الثوم ، والبصل ، وأكل كل ما من شأنه أن ينقص من حق الزوج في استمتاعه بزوجته ، فليس للزوجة أن تأكل البصل ، ولا الثوم ، ولا أن تأخذ شيئاً من هذه الأشياء ؛ لأن ذلك يمنع الزوج من استمتاعه بها ، وهو له حق في استمتاعه بها ويكون من حقه أن يمنعها منه لعظم حقه عليها ، وعلى الزوجة أن تطيعه في ذلك ؛ لأنه وإن كان لا معصية فيه ، إلا أنه حق من حقوقه عليها .

قال الإمام السيوطي - رحمه الله : وكذلك الزوجة الذمية لزوجها أن يمنعها على الصحيح عند الشافعية من شرب النبيذ ، وإن كان حلالاً عند أهل الذمة ؛ لأنه مختلف فيه عندنا ، وهو - وإن كان من الأحكام المختلف فيها - إلا أنه ينكره عليها ؛ لأنه تعارض مع حقه في الاستمتاع بها ، وعلى خوفه على أولاده من أن يتعلموا منها شرب المسكرات ، وإدمان المكيفات ، وفي ذلك مفسدة عظيمة ، ومفسدة يترتب عليها فساد البيت ، وفساد الأولاد ، ويترتب على ذلك مفسد جملة ، ولكن مقابل الأصح - وهو الصحيح - يقول : ليس له أن ينكر على زوجته شرب النبيذ ، ولا أن ينكر عليها شرب الدخان ، ولا أن ينكر عليها شرب جميع المسكرات وإن كانت ذمية ، أو حنفية ، والذمية لها ذلك ، والحنفية يباح لها ذلك أيضاً - في مذهبها - بأن كانت تعتقد هي حل شرب ذلك ، وإذن ؛ فلا فرق بين الذمية ، والحنفية في هذا الأمر .

الحمد لله ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم .

قائمة المراجع العامة

١. (الأشباه والنظائر)

عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠١م.

٢. (القواعد)

زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير
بابن رجب الحنبلي، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧١م.

٣. (الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية)

محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٣م.

٤. (الأشباه والنظائر)

عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، ١٩٩١م.

٥. (تأسيس النظر)

أبو زيد عبيد بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، مكتبة الخانجي، ١٩٠٥م.

٦. (درر الأحكام شرح مجلة الأحكام)

علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، طبعة خاصة، ٢٠٠٣م.

٧. (الزرقا شرح القواعد الفقهية)

أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠١م.

٨. (علم المقاصد الشرعية)

الخادمي نورالدين بن مختار، الرياض، مكتبة العبيكان، ٢٠٠١م.

٩. (الفروق)

أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، القاهرة، دار السلام، ٢٠٠٦م.

١٠. (الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية)

أبي الفيض محمد ياسين بن محمد عيسى الفاداني، مكتب البحوث والدراسات، ١٩٩٧م.

١١. (قواعد الأحكام في مصالح الأنعام)

العز بن عبد السلام أبي القاسم بن الحسن السلمي، دمشق، دار القلم، ١٤٢١هـ.

١٢. (القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه)

محمد بكر إسماعيل، دار المنار، ١٩٩٧م

١٣. (القواعد الفقهية)

علي الندوي، دار القلم، ١٩٩٨م.

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. (المدخل الفقهي العام)

مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، ١٩٦٨م.

