

الكتاب الذي لا يزول ولا يفسد ولا يغير ولا يفتقر



أصو الفقير
في نسخة الجديد

المؤلف
مفتي الأزهر الشريف
الأستاذ المبرزين في الشريعة والفنون

منتجى اقرأ التفتاح

www.iqra.afjlamontada.com

الطبعة الأولى ٢٠١٤



أصول الفقه
في نسخته الجديد

أصول الفقه في نسيجه الجديد

طبعة ثالثة وعشرين

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على اللغة
السيد رئيس وزراء حكومة إقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرفان البارزلي المحترم

أصول الفقه في نسخته الجديد

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٤٠٤ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-007-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: <http://zaimi.org/arabic>
الايمل: dr.atzaimi@gmail.com
فيسبوك: [facebook.com/dr.atzaimi](https://www.facebook.com/dr.atzaimi)

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ
إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ
أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ
بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

سورة النساء، ٥٨

إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب
فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم
أخطأ فله أجر

متفق عليه

الفهرس

١٩	مقدمة الطبعة الثالثة والعشرين
٢٥	تمهيد
٢٥	التعريف بأصول الفقه
٢٦	التعريف المختار:
٢٦	تقليم التعريف
٢٧	طريقة الاستماعة بقواعد الأصول:
٢٨	نشأة وتدوين أصول الفقه:
٢٩	مناهج الأصوليين في مؤلفاتهم:
٢٩	١- منهج للتكلمين:
٣٠	٢- منهج الحنفية:
٣١	٣- منهج للمتأخرين:
٣٢	أهمية علم أصول الفقه وصلته بالقانون:
٣٤	الوضع والدلالة وأقسامها:
٣٦	أقسام الدلالة اللفظية الوضعية من حيث المعنى:
٣٧	الكل والجزء والكلّي والمجزئي:
٣٧	الجنس والنوع والصفة:
٣٧	النسبة بين مفاهيم المصطلحات:
٣٩	التعارض والتناقض: ^١
٣٩	الاستعمال والاحتمال والبيان:
	القسم الأول
٤١	أدلة الأحكام الشرعية العملية
٤٣	الفصل الأول: القرآن والسنة النبوية
٤٤	المبحث الأول: القرآن الكريم
٤٤	القرآن:
٤٥	وظيفة المستوى:
٤٥	أحكام القرآن:

٤٦	أقسام الأحكام الواردة في القرآن:
٦٢	دلالة القرآن على الأحكام:
٦٧	المبحث الثاني: السنة النبوية
٦٨	حقيقة السنة:
٦٩	المحدث القدسي والمحدث النبوي
٨٣	دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية ^(١)
٨٦	أشهر مجاميع المحدث النبوي
٨٩	الفصل الثاني: المصادر التبعية التقليدية المتفق عليها
٩٠	المبحث الأول: الإجماع
٩٠	تعريفه لغة واصطلاحاً
٩٩	تطبيقات الإجماع المستند إلى النص والقياس والمصلحة:
١٠١	أنواع الإجماع:
١٠٣	أدلة حجية الإجماع:
١٠٤	إمكان انعقاد الإجماع في هذا العصر:
١٠٤	أما الجانب السلبي
١٠٥	أما الجانب الإيجابي:
١٠٦	إلغاء الإجماع بالإجماع:
١٠٩	المبحث الثاني: العرف
١٠٩	تعريفه
١١٠	عناصره:
١١٠	أنواعه:
١١٠	أ- باعتباره عنصره المادي قولياً وفعلياً:
١١١	ب- وباعتباره الشمول أما عام وأما خاص:
١١٢	ج- وباعتباره المشروعية إما صحيح أو فاسد:
١١٢	د- وباعتباره وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة:
١١٣	حجية العرف:
١١٩	شروط العمل بالعرف:
١١٩	أهمية العرف:
١٢٧	الفصل الثالث: الأدلة التبعية التقليدية المختلف فيها
١٢٨	المبحث الأول: حجية قول الصحابي
١٢٨	الصحابي:

١٢٨	حجية قول الصحابي:
١٢٩	تكوين الآراء:
١٣٠	تهديد عمل الخلاف:
١٣٧	للبحث الثاني: شسرع من قبلنا
١٣٧	الآراء الخلافية
١٤٠	تكوين الآراء المذكورة والاحتجاج
١٤٣	القرآن تعديل للسائر الإلهية السابقة
١٤٥	الفصل الرابع: المصادر التبعية العقلية
١٤٦	للبحث الأول: القياس
١٤٦	تعريفه
١٤٧	والتعريف للمختار:
١٤٨	أركان القياس:
١٤٩	شروط القياس:
١٤٩	شروط الحكم
١٥١	العلة:
١٥٧	مراحل القياس باعتبار علقته
١٦٠	أنواع القياس باعتبار العلة
١٦٠	١- القياس الأولى (أو الجلي أو اللطفي):
١٦٢	٢- قياس المساواة (القياس المساوي):
١٦٢	٣- القياس الأدنى:
١٦٣	ما يجري فيه القياس وما لا يجري:
١٦٣	أولاً- ما لا يجري فيه القياس
١٦٦	ثانياً- ما يجري فيه القياس:
١٦٨	حجية القياس:
١٧٢	أهمية القياس:
١٧٣	حكم القياس:
١٧٦	للبحث الثاني: المصلحة
١٧٦	تعريف المصلحة:
١٧٧	أقسام المصلحة من حيث الاعتبار:
١٧٧	النوع الأول: المصلحة المتبصرة:
١٧٨	النوع الثاني: المصلحة المفضاة (أو المهملة أو غير المتبصرة):

١٧٩	النوع الثالث: المصلحة المرسله (أو المطلقة):
١٧٩	أقسام للمصلحة المعتبرة باعتبار الأهمية:
١٨٠	القسم الأول: المصالح الضرورية:
١٨٣	القسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية:
١٨٦	القسم الثالث المقاصد (المصالح) التحسينية:
١٨٩	العلة بين أقسام للمصالح:
١٩٠	أبعاد ترتيب المصالح على الأحكام:
١٩١	حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً للأحكام:
١٩٣	شروط العمل بالمصلحة:
١٩٤	كيفية رفع التعارض بين المصالح:
١٩٧	أهمية للمصالح:
١٩٨	حدود المصلحة:
٢٠٠	المبحث الثالث: الاستحسان
٢٠٠	حقيقة الاستحسان:
٢٠٢	إيضاح التعريف:
٢٠٤	أساس فكرة الاستحسان في القرآن:
٢٠٦	أفضية الخلفاء الراشدين على أساس فكرة الاستحسان:
٢٠٩	التطبيقات الفقهية المستندة إلى مبدأ الاستحسان:
٢١٠	الاستحسان وتعديل الالتزامات القانونية القائمة:
٢١٤	المبحث الرابع: الفروع سدها وفتحها
٢١٦	أقسام الفروع من حيث للمشروعية وعدمها:
٢١٦	القسم الأول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة:
	القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها إلى غايات غير مشروعة:
٢١٧	
٢١٨	القسم الثالث: الفروع غير المشروعة في ذاتها ولامشروعة في غاياتها:
٢٢٠	القسم الرابع: الفروع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها:
٢٢٢	أدلة مشروعية العمل بسد الفروع:
	العلة بين سد الفروع في أصول الفقه، والباعث السافع غير المشروع في
٢٢٢	القانونين:
٢٢٥	المبحث الخامس: الاستصحاب
٢٢٥	تعريفه:

٢٢٦	أنواع الاستصحاب
٢٢٦	النوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء النافعة للإنسان
٢٢٨	النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية
٢٣٠	النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي
٢٣١	النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم
٢٣٥	وفي أحكام المفقود خلافات أصولية وقفية
٢٣٧	العلاقة بين الاستصحاب وقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية
٢٤٠	النوع الرابع: استصحاب الصفة الأصلية

القسم الثاني

الأحكام الشرعية العملية

٢٤٢

٢٤٥

تهد

٢٤٥	تعليق التعريف
٢٤٧	أسباب اختيار هذا التعريف
٢٤٨	أقسام الحكم الشرعي
٢٤٨	القسم الأول الحكم الشرعي التكليفي
٢٤٨	القسم الثاني الحكم الشرعي الوضعي
٢٥١	الفصل الأول: الحكم الشرعي التكليفي
٢٥٢	لمبحث الأول: أنواع الحكم الشرعي التكليفي
٢٥٢	النوع الأول: الإيجاب
٢٥٢	الواجب والفرض
٢٥٣	الواجب والالتزام
٢٥٥	عناصر الالتزام
٢٥٦	أسباب الوجوب والالتزام
٢٥٦	النوع الثاني: الاستصحاب (والاستنباط)
٢٥٧	النوع الثالث: التحريم
٢٥٨	أنواع المحرم
٢٥٨	النوع الرابع: الاستكراه
٢٥٩	المكروه وخلاف الأثرى
٢٥٩	المكروه تحريماً وتنزيهاً
٢٦١	النوع الخامس: الاستباحة
٢٦٣	لمبحث الثاني: الواجب، أقسامه، أداؤه، فضائه

٢٦٣	أقسام الواجب
٢٦٣	ولاً - باعتبار المقدار المطلوب محدد وغير محدد
٢٦٤	ثانياً - باعتبار محل الأداء. معين وغيره ^{١١}
٢٦٥	ثالثاً - باعتبار المطالب بأدائه عينيه وكفائيه
٢٦٥	رابعاً - باعتبار وقت الأداء. مطلق ومقيد
٢٦٦	أهمية التسليم
٢٦٦	أنواع الوقت باعتبار دوره في لزوم
٢٦٧	الأداء والقضاء في اللغة
٢٦٧	الأداء والقضاء في القانون
٢٦٨	الأداء والقضاء شرعاً في العبادات (حقوق الله)
٢٦٩	القضاء. يمثل محقول ويمثل غير محقول
٢٧٠	الأداء والقضاء في المعاملات المالية (حقوق الناس)
٢٧١	الأداء. الكامل والأداء القاصر ^{١٢}
٢٧٣	وقت التقويم وتقدير قيمة المثل
٢٧٥	أداء الواجبات المالية من الديون والأعيان:
٢٧٩	الفصل الثاني: الحكم الرضحي
٢٨٠	للبحث الأول: السبب
٢٨٠	أنواع السبب:
٢٨٠	ولاً - باعتبار طبيعته
٢٨٢	ثانياً - من حيث دور إرادة الإنسان في السبب
٢٨٤	ثالثاً - باعتبار الحكم التكليفي
٢٨٤	رابعاً - باعتبار تأخره
٢٨٥	خامساً - السبب باعتبار وقت
٢٨٦	السبب والعلة:
٢٨٨	السبب للباشر والسبب غير المباشر:
٢٨٩	المحطأ والتسبب:
٢٩٠	المحطأ:
٢٩٠	المحطأ في القانون
٢٩١	للبحث الثاني: الشرط
٢٩١	أنواع الشرط:
٢٩١	ولاً - من حيث مصدره شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جملي: ٢٩١

ثانياً - الشرط من حيث التكميل إما مكتمل للسبب أو للسبب - المحكم :-

٢٩٧.....

٢٩٨..... الشرط والركن

٢٩٩..... السبب الملحق بالشرط سبب في الحال لو بعد وجوه الشرط:

٣٠٠

المبحث الثالث: المانع

٣٠٠..... أنواع المانع:

٣٠٠..... أولاً - المانع من حيث متعلقه:

٣٠٢..... ثانياً - المانع من حيث كونه عذراً :

٣٠٤..... ثالثاً- المانع من حيث معناه :

٣٠٧..... رابعاً- المانع باعتباره تأثيره على صفة العقد :

٣٠٨..... خامساً- المانع من حيث المحل الذي يقوم به :

٣٠٩..... سادساً: من حيث الثبات :

٣٠٩..... المانع والموجب:

٣٠٩..... الفرق بين المحكم التكليفي والمحكم الوضعي:

٣١٣

الفصل الثالث: عناصر المحكم الشرعي

٣١٤

المبحث الأول: المحكم (شارع الأحكام)

٣١٤..... ١- القرآن:

٣١٥..... ٢- السنة النبوية:

٣١٥..... ٣- الإجماع:

٣١٥..... ٤- أقوال الصحابة:

٣١٦..... ٥- المطلق:

٣١٦..... دور العقل في اكتشاف حكم الله قبل التبليغ بالشرح:

٣٢٣

المبحث الثاني: المحكوم فيه

٣٢٣..... تعريف المحكوم فيه

٣٢٣..... أولاً- أقسام المحكوم فيه من حيث طبيعته:

٣٢٦..... ثانياً- أقسام المحكوم فيه من حيث ما يترتب عليه من المصلحة:

٣٣١..... ثالثاً- أقسام المحكوم فيه من حيث المشقة عزيمة ووجوب:

٣٣٢..... رابعاً - أقسام المحكوم فيه من حيث قبوله للنيابة :

٣٣٦

المبحث الثالث: المحكوم عليه

٣٣٦..... أدوار حياة الإنسان

٣٤٠..... عوارض الأهلية:

القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام

٣٤٣	
٣٤٤	تهييد
٣٤٥	الفصل الأول: النصوص باعتبار المعاني وضماً واستعمالاً
٣٤٦	المبحث الأول: الخاص
٣٤٦	تعريفه:
٣٤٩	أنواع الخاص
٣٥٠	المطلب الأول: الأمر
٣٥٢	صيغ الأمر:
٣٥٣	مقتضى الأمر
٣٥٥	حكم الأمر الوارد بعد الخطر
٣٥٦	المطلب الثاني: النهي
٣٥٦	تعريف النهي:
٣٥٧	صيغ النهي:
٣٥٩	مقتضى النهي:
٣٥٩	أثر النهي على المنهي عنه صحة وفساداً:
٣٦٧	المطلب الثالث: المطلق والتقييد
٣٦٧	حقيقة المطلق
٣٦٨	المطلق
٣٦٨	حكم المطلق
٣٧٠	حقيقة التقييد
٣٧٢	حكم التقييد
٣٧٣	حمل المطلق على التقييد
٣٨٠	تكييف تقييد المطلق:
٣٨٣	المبحث الثاني: العام وصيغه، والتخصيص وأنواعه
٣٨٣	المطلب الأول: العام وصيغه
٣٨٤	أقسام صيغ العموم:
٣٨٤	أولاً - من حيث مصدر دلالتها على العموم تنقسم إلى اللغوية والعرفية
٣٨٤	والعقلية
٣٨٤	ثانياً - من حيث هيأتها وتركيبها تنقسم صيغ العموم اللغوية إلى عام
٣٨٧	بصيفته ومعناه وإلى عام بمعناه دون صيفته

- ثالثاً - من حيث الاستعمال تنقسم صيغ العموم إلى ثلاثة أقسام:..... ٣٨٨
- رابعاً - من حيث الظرفية والحال:..... ٣٨٩
- خامساً - من حيث ذاتية وعرضية الصيغ في الدلالة على العموم:..... ٣٨٩
- المطلب الثاني: التخصيص ٤٠٦
- عناصر التخصيص ٤٠٧
- أقسام المخصص باعتبار الاستقلالية وعدمها ٤٠٨
- المطلب الثالث: النسخ والفروق بينه وبين التخصيص..... ٤٢٧
- الفرع الأول: النسخ..... ٤٢٧
- الفرع الثاني: الفروق الجوهرية بين النسخ والتخصيص..... ٤٣٣
- المبحث الثالث: المشترك ٤٤٣
- تعريفه: ٤٤٣
- المطلب الأول: المشترك اللفظي ومدى تأثبه في غموض النصوص..... ٤٤٤
- الاشتراك اللفظي يجري في الأسماء والأفعال والحروف:..... ٤٤٥
- المشترك اللفظي اللفوي والشرعي والقانوني..... ٤٤٨
- استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه معاً:..... ٤٤٨
- المطلب الثاني: المشترك المعنوي ٤٥١
- تعريف المشترك المعنوي:..... ٤٥١
- تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص: ٤٥١
- موقف القانون من القتل المانع:..... ٤٥٢
- المبحث الرابع: الحقيقة والمجاز ٤٥٤
- أقسام الحقيقة والمجاز: ٤٥٥
- الصلة بين نظرية تحول العقد وقاعدة إعمال الكلام أولى من إعماله..... ٤٥٧
- الصرح والكناية: ٤٥٨
- الفصل الثاني: دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً ٤٦٣
- ١- المنطوق والصرح:..... ٤٦٤
- ٢- المنطوق غير الصريح:..... ٤٦٤
- ٣- مفهوم الموافقة (أو المفهوم الموافق)..... ٤٦٥
- ٤- مفهوم المخالفة - أو للمفهوم المخالف -..... ٤٦٥
- المبحث الأول: منطوق النصوص ٤٦٧
- المطلب الأول: إشارة النص وتطبيقاتها ٤٦٨
- ١- أمثلة من النصوص الشرعية العادلة على الأحكام دلالة إشارة... ٤٦٨

٤٧٥	ب- أمثلة من النصوص القانونية الدالة على الأحكام دلالة إشارة:
٤٧٧	المطلب الثاني: دلالة الاختصاص وتطبيقاتها
٤٨١	المطلب الثالث: دلالة الإيحاء وتطبيقاتها
٤٨٧	المبحث الثاني: مفهوم النص
٤٨٧	المطلب الأول: مفهوم المرافقة
٤٩٠	تكييف دلالة المفهوم:
٤٩٣	المطلب الثاني: مفهوم المخالفة
٤٩٣	أساس مفهوم المخالفة
٤٩٤	القيود المعتبرة في الحكم
٤٩٩	شروط العمل بمفهوم للمخالفة:
٥٠١	حجية مفهوم المخالفة
٥٠٥	الفصل الثالث: دلالات النصوص وضوحاً وخفياً
٥٠٦	التقسيم الرباعي:
٥٠٩	التقسيم الثاني:
٥١٠	المنهج المختار:
٥١١	المبحث الأول: الدلالة القطعية
٥١٤	القطعية الذاتية والعرضية:
٥١٤	أ- في القرآن الكريم
٥١٤	ب- في السنة النبوية:
٥١٥	ج- في القانون:
٥١٥	صور من النصوص الدالة على المعنى المراد دلالة قطعية عرضية:
٥١٧	صلة الدلالة القطعية بالتفسير الرباعي والثاني:
٥١٧	الدلالة القطعية والاجتهاد:
٥١٨	القطعية (البديهية)، والقطعية النظرية من حيث الثبوت والإثبات:
٥١٨	أ- البديهيات:
٥١٩	ب- النظريات المكتسبة من البديهيات:
٥٢١	المبحث الثاني: الدلالة الظنية
٥٢٢	ظنية دلالات النصوص والاختلاف في أحكامها:
٥٢٣	ظنية دلالة النص والتأويل:
٥٢٥	التأويل القريب والتأويل البعيد:
٥٢٦	التأويل ومجال تطبيق النص:

- ٥٢٦ أ - من صور التأويل الموسع لمجال تطبيق النص:
- ٥٢٨ ب - من صور التأويل المضيّق لنطاق النص:
- ٥٣٠ التأويل والتفسير:
- ٥٣٦ المبحث الثالث: الدلالة العاصمة
- ٥٣١ أسباب الغرض
- ٥٤٥ الإلغاء - النسخ - الصريح والإلغاء الضمني:
- ٥٤٦ وسائل إزالة الغموض:
- ٥٥١ **كلمة في الاجتهاد والتقليد**
- ٥٥١ تعريفه:
- ٥٥٢ أهمية الاجتهاد بصورة عامة:
- ٥٥٣ حكم الاجتهاد:
- ٥٥٤ طريقة الرجوع إلى الاجتهاد:
- ٥٥٤ مدة الدراسة للتأهيل الاجتهادي:
- ٥٥٥ المواد المنهجية في معاهد التأهيل الاجتهادي:
- ٥٥٦ التقليد
- ٥٥٦ أسبابه وأهميته وخطورته
- ٥٥٦ أسباب انتشار التقليد بعد النهضة الفقهية
- ٥٥٧ أهمية التقليد
- ٥٥٨ خطورة التقليد

مقدمة الطبعة الثالثة والعشرين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
وبعد: أرى من الضروري أن أقدم في هذه المقدمة بعض النقاط عليها تغيد القارئ الكريم
وهي:

أولاً: لأصول الفقه أهمية كبيرة من ناحية العملية الاجتهادية والاستنباطية؛ لأنه من العلوم
الآلية الأربعة (أصول الفقه والمنطق والفلسفة وقواعد اللغة أياً كانت).

١- أصول الفقه قانون الاستنباط: وهو مجموعة قواعد عامة تحمي مراعاتها النهن عن
الخطأ في الاستنباط.

ب- المنطق قانون كسب المجهولات من المعلومات وهو قواعد عقلية تعصم مراعاتها
العقل من الخطأ في النظر (كسب المجهولات من المعلومات المخزونة لدى الكاسب).

ج- الفلسفة قانون معرفة الحقائق للأخذ بما هو الأصح وهو مجموعة قواعد عامة تعصم
رعايتها العقل عن الخطأ في مقاصد وأهداف الأشياء للأخذ بما هو أنفع.

د- قانون حفظ اللسان عن الخطأ وهو مجموعة قواعد عامة لغوية تحمي مراعاتها اللسان
عن الخطأ في التلفظ والتعبير والصيغة الفنية في لغة المتكلم.

فهذه العلوم الأربعة المعروفة بالعلوم الآلية لا يستغني عنها كل من يتعامل مع التصور
إذا أراد أن يتخلص من ظاهرة السطحية.

ثانياً: على الباحث العلمي في موضوع يبحث فيه أن يكون ملماً بالعلم الذي ينتمي إليه
الموضوع؛ لأن تعلم الكتاب المتضمن لهذا العلم لا يؤهله لاستثمار قواعده في مجال
آخر ولا يجعله قادراً على التمييز بين خطائه وصوابه.

ثالثاً: على كل باحث ان يهتم بالمقارنة بين العلوم المناظرة قبل الإقدام على التأليف في علم
من هذه العلوم حتى يتووجه هو بنفسه ثم يقدمه لغيره ومن شروط المقارنة:

١- أن يكون المقارن ذا ملكة فقهية وعقلية ناضجة قادرة على التحليل والتعليل
والاستنتاج واستخلاص ما هو الأصح.

ب- ان يكون ملما بالعلوم الآلية المذكورة حتى لا يكون كالبيضاء برود كلام الغير دون الإتيان بجديد .

ج- ان يكون دينه في كل بحث اخضاع ارادته لعقله دون العكس وان يعمل بمقتضى الحكمة القائلة (انظر إلى ما قبل ولا تنظر إلى من قال).

د- ان يتبع توصية الفيلسوف الغزالي (رحمه الله) (من لم يشك لم ينظر ومن لم ينظر لم يبصر ومن لم يبصر بقى في العمى والضلال).

ما اكثر المؤلفات في مختلف العلوم في عائلنا المعاصر وما اقل المستجدات من المعلومات. واهمها: على الباحث ان يكون من انصار الحق ولا يخشى لومة لائم او يسكت حتى لا يفرط في استعراض ما لا جدوى فيه فتنتهي حياته في مضمار التقليد والتعصب الأعمى ويدافع عن أخطاء وقع فيها غيره.

خامساً: يرى علماء أصول الفقه أن أحكام القرآن ثلاثة أقسام فقط : الأحكام الاعتقادية، والأحكام الخلقية، والأحكام العملية، وهذا خطأ شائع بل اعتداء على القرآن ؛ لان كل آية من آياته بينت حكماً يتعلق بتنظيم إحدى الحياتين (الدنيوية والأخروية) فهو كمخزن يشتمل على جميع الحاجيات وبناء على هذه الحقيقة قسمت أحكام القرآن كما هو الواقع إلى خمسة أقسام الثلاثة المذكورة إضافة إلى قسمين آخرين وهما الأحكام الكونية والأحكام العبرية.

سادساً: اتبعت في هذا المؤلف ما قاله العلماء والحكماء قديما وحديثا بنفي أن لا يخلو التصنيف عن احد المعاني الثمانية التي تصنف لها العلماء : -

١- اختراع معدوم

٢- أو جمع مفترق

٣- أو تكميل ناقص

٤- أو تفصيل مجمل

٥- أو تهذيب مطول

٦- أو ترتيب مخلط

٧- أو تعيين مبهم

٨- أو تبين خطأ

صليهما: حاولت في هذا التصنيف:

- ١- الاقتصار على الموضوعات الجوهرية العملية
- ب- والابتعاد عن استعراض الآراء الخلافية الأصولية المعقدة لان في مثل هذا العرض ضياع العمر والوقت اللذين لا يموضان.
- ج- إعمال الأمثلة البالية المكررة في جميع المراجع الأصولية والإتيان بأمثلة جديدة ملائمة للتطور الحديث .
- د- استبعاد الموضوعات الأصولية التي دخلت في ذمة التاريخ ولم تبق لها قيمة في هذا العصر الحديث .
- هـ- إضافة قواعد ومسائل جديدة هي من بنات أفكاره وإتباع أسلوب وسط في العرض بين التطويل والمل والإيجاز المخل.
- و- محاولة العرض بتعابير واضحة لا ينقل كلام الغير الذي قد يكون أشبه بالأغراض.

المؤلف

٢٠١٠/٨/٢٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأَذْكُرُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أُنزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ
يَتَّبِعُوا بِهَا وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(١)

صدق الله العظيم

الحمد لله الذي جعل أصول الشريعة ذريعة إلى فروعها، وأعان أئمة الفقه على استنباط الأحكام من بيوعها، والصلاة والسلام على من أرشد أمته إلى معقول الأدلة ومنقولها، وعلين آله وأصحابه نجوم الهداية وشموعها.

ويعد فإن البواعث العائقة إلى هذا التأليف متعددة، منها أن أصول الفقه:

١. علم لا يستغني عنه رجال الفقه والقانون والقضاء ممن يرومون تحاشي السطحية في فهم وتفسير النصوص وتكييف الوقائع واستنباط الأحكام.
٢. يتميز بأنه يعصم الذهن عن الخطأ في الاستنباط، وبهذه الميزة جاوز حدود العالم الإسلامي ليدخل كليات جامعات الدول المتحضرة^(٢) كمادة قانونية منهجية.
٣. لم تبرز مكانته في المؤلفات الأصولية الحديثة التي تولت إيضاح ما هو واضح من قواعده، واكتفت بمجرد نقل ما هو غامض من أصوله^(٣).
٤. استحدثه الفقهاء الأصوليون في العالم الإسلامي وفي مقدمتهم فقهاء الصحابة ومن بعدهم ومنهم الإمام محمد الباقر والإمام جعفر الصادق والإمام أبو حنيفة وصحابه والإمام الشافعي (رحمهم الله)، ثم تطور بعد نشأته بالتقدم تارة وبالتأخر أخرى، وأدت

^(١) سورة البقرة (٢٣١).

^(٢) كجامعة هارفارد في أمريكا.

^(٣) وقد قيل قديماً وحديثاً: ينفي أن لا يخلو التصنيف من أحد المعاني الثمانية، التي تصنف لها العلماء: اختراع معدوم أو جمع مفترق، أو تكميل ناقص، أو تفصيل مجمل، أو تهذيب مطول، أو ترتيب مخلط، أو تعيين مهم أو تبين خطأ.

طبيته الصعبة إلى أن حدث في تفسير بعض مصطلحاته خلط ، وفي بعض مسأله أخطاء شائعة دافع عنها السطحيون كأنها حقائق^(١).

٥. المصنفون للمؤلفات الأصولية القديمة كانوا فقهاء وأصوليين وكان لهم نصب السبق في ميدان الأصول والفروع ، ولهم الصدارة في الاطلاع على آفاق علوم المنطق والفلسفة واللغة والبلاغة ... وغيرها من العلوم المساعدة لهذا العلم ، فجاءت مؤلفاتهم كالألغاز في نظر أهل الثقافة الحديثة.

وأقول تفيذاً لأمر الله ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ﴾^(٢) إني لا أدعي لنفسى القدرة الكافية على حلول تلك الألغاز ولكن بفضل دراسى لبعض منها كجمع الجوامع ومختصر المنتهى الأصولى وغيرهما عند الاختصاصيين في علم الأصول من علماء الأكراد في بداية الأربعينيات إضافة إلى دراسة المنطق والبلاغة والفلسفة واللغة ، ونتيجة لممارسة تدريس هذه المادة في المدارس الدينية والكليات القانونية منذ عام ١٩٤٦ (أى زهاء ٥٥ سنة) اكتسبت مكتة نسبية متواضعة تكفى لإخراج هذا المؤلف بنسج جديد يتميز بالوضوح والأمثلة الحديثة ، راجيا للمولى القدير أن يتقبله منى شكراً على ما أنعمه على من نعمة تعلم وتعليم هذا العلم الجليل.

الأستاذ الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلي

^(١) كالحفظ بين كون حديث الأحاد مؤكداً لنسخ أية آية أخرى وبين كون الحديث ذاته ناسخاً للآية.

^(٢) سورة الضحى ١٦.

تمهيد

التعريف بأصول الفقه

عرف علماء الأصول أصول الفقه بتعريفات متعددة تدور كلها حول محور واحد وهو أن (أصول الفقه عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العلمية الفرعية من أدلتها التفصيلية)^(١).

ويلاحظ على بعض من هذه التعريفات^(٢) أنها خلطت بين القواعد الكلية الموجودة في

^(١) قال صدر الشريعة (عبد الله بن مسعود) العالم الأصولي الحنفي في (التوضيح على التصحيح مع الطرح ٥٧/١ أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه.

وقال القرافي (أحمد بن إدريس) العالم الأصولي المالكي (شرح تنقيح الفصول في إحصاء المحصول في الأصول ص ٥ (هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه على وجه التحقيق). ثم قال في كشف الظنون (هو علم يتعرف منه على استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها الإجمالية، وموضوعه الأدلة الشرعية الكلية من حيث إنها كيف يستنبط منها الأحكام الشرعية، ومبادئه مأخوذة من العربية وبعض العلوم الشرعية كأصول الكلام والتفسير والحديث وبعض العلوم العقلية، وقائدته استنباط الأحكام على وجه الصحة). ثم يستخلص القرافي مما ذكره، تعريف أصول الفقه مرة أخرى بأنه (مجموعة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الفقهية)، وهذا التعريف أدق من السابق.

وقال ابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) العالم الأصولي الشافعي في كتابه جمع الجوامع بشرح الجلال المحلى مع حاشية البيهقي ٣١/١ أصول الفقه دلالات الفقه الإجمالية - أي القواعد الكلية.

وقال الشيخ حسن بن زين الدين العاملي العالم الأصول الشيعي (شرح معالم الدين في الأصول)، ص ٢: (أصول الفقه هو العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحكام الشرعية الفرعية).

وقال الفتوحى (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن عبد العزيز) العالم الأصولي الحنبلي شرح الكوكب المنير للمسي (مختصر التحرير) ص ١٣ (أصول الفقه القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية).

وقال القاسم بن محمد في هداية العقول ٣٤/١ (أصول الفقه: القواعد الموصلة بلغاتها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية) وهذا أدق تعريف من بين التعريفات المذكورة.

وقال السائي: (عبد الله بن حميد) العالم الأصولي الأياضي (طلعت الشمس) ١٨٧/١: أصول الفقه هو علم يقتدر به على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية. والمراد بالعلم ههنا القواعد وهي أدلة الفقه الإجمالية. وهذا تعريف سليم دقيق.

الواقع التي هي أصول الفقه ، وبين الصورة النعنية لدى المجهد التي هي العلم بها^(١١) فمرفت أصول الفقه بالعلم بالقواعد مع أن نفس القواعد هي أصول الفقه ، أما العلم بها فهو ضروري لاستخدامها حين الاجتهاد^(١٢) ، وهم خلطوا بين العلم بالقواعد والعلم الذي يبحث فيه عن تلك القواعد التي هي موضوعه ، وموضوع كل علم ما يبحث فيه عن أعراضه النائية. وقد أطلق البعض أصول الفقه وأراد به مصادر الفقه^(١٣).

التعريف المختار:

هو أن أصول الفقه عبارة عن (قانون الاجتهاد وقواعد الإستنباط التي يستعين بها المجهد - أو القاضي - على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية (الجزئية).

تحليل لتعريف

أصول: جمع أصل لغة ما ينشأ عليه غيره سواء أكان البناء حسيًا كالجدار للسقف أم كان معنويًا كبناء الحكم على دليبه^(١٤). واصطلاحاً هو الدليل أو القاعدة.

الفقه لغة: فهم غرض المتكلم من كلامه^(١٥) أو الفهم مطلقاً. اصطلاحاً: الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (الجزئية) ومن قانون الاجتهاد وقواعد

^(١١) كما جاء ذلك في تعريف صدر الشريعة والقراي والعاملي ، والشوكاني في الهامش السابق.

^(١٢) في برهان الكلتوي ، علم المنطق ، ص ١١ : (العلم هو الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل).

^(١٣) وقد حصل نفس الخلط في تعريف الفقه ، فعرّفه كثير من المؤلفين قديماً وحديثاً بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية) وهذا ناشئ عن الخلط بين المعنى اللغوي للفقه وهو الفهم وبين المعنى الاصطلاحي وهو الأحكام ذاتها لا العلم بها لأن العلم صفة قائمة بالفقه ومن يعلم الفقه.

^(١٤) قال الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس) في أصوله ، ص ٢ : (أصول الفقه أربعة: كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله ، وإجماع الأمة ، والقياس) وقال أبو البركات (عبد الله بن أحمد) في كتابه المنار بشرح أبن مالك ، ص ٣٥ (وأصول الشرع ثلاثة ، الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والأصل الرابع القياس) وقال الشافعي في أصوله ، ص ٢ (أصول الفقه أربع: كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله ، وإجماع الأمة ، والقياس).

^(١٥) في التوضيح على التنقيح مع التلويح (الأصل ما ينشأ عليه غيره ، فالابتناء شامل للابتناء الحسي وهو ظاهر ، والابتناء العقلي وهو ترتب الحكم على دليبه).

الاستنباط قاعدة (كل أمر للوجوب ما لم يتم قرينة على خلاف ذلك، وكل نهي للتحريم ما لم يتم قرينة على خلاف ذلك). ويطلق علماء الأصول عادة على مثل هذه القواعد الكلية مصطلح (أدلة إجمالية) كما يطلقون على الأدلة الجزئية الخاصة مصطلح (أدلة تفصيلية).

الأحكام الشرعية العملية:^(١١١) هي الأحكام التي تنظم أعمال وتصرفات الإنسان وهي صفاتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة، وصفاتها الوضعية (والصفات الوضعية لتلك التصرفات والوقائع) من السبية والشرطية والماتمية والصحة والبطلان والفساد.

الأدلة الجزئية، الدليل الجزئي (أو التفصيلي) هو الذي يدل على حكم خاص لواقعة معينة أو فعل معين كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّذِينَ حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِائِيهِ سُلْطَنًا فَلَا يُسْرِفَ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا^(١١٢)، فإنه دليل جزئي معين من القرآن الكريم يستتبع منه المجتهد (أو القاضي) حكم واقعة القتل بغير حق وهو الحرمة.

وكقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ^(١١٣) فإنه دليل جزئي معين يستتبع منه المجتهد (أو القاضي) حكم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد الصحيح وهو الوجوب.

طريقة الاستدلال بقواعد الأصول:

في الاستدلال على حرمة القتل بقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّذِينَ حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾

^(١١١) التعريفات للرجزاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٦٨.

^(١١٢) أما الأحكام الشرعية الاعترافية فهي موضوع علم الكلام (علم أصول الدين) الذي يبحث عن الإيمان بالله وما يتفرع عنه، والأحكام الخلقية موضوع علم الأخلاق الذي يبحث فيما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة.

^(١١٣) سورة الإسراء ٣٣.

^(١١٤) سورة المائدة ١.

يقول القاضي (وَلَا تَقْتُلُوا) نهْيٌ، وكلُّ نهْيٍ للتحريم^(١١)، إذن: (وَلَا تَقْتُلُوا) للتحريم.
وفي الاستدلال على وجوب الوفاء بالالتزام بقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْمُعَاهِدِ)، يقول القاضي (أَوْفُوا) أمرٌ، وكلُّ أمرٍ للوجوب، إذن (أَوْفُوا) للوجوب^(١٢)، وهكذا.

نشأة وكبريين أصول الفقه:

نشأ هذا العلم في تفكير المجتهد مع نشأة النصوص ولكن لم يدون في صدر الإسلام، لان الأحكام في عهد الرسالة كانت تستقى من الوحي المباشر (القرآن الكريم) ومن السنة النبوية، وكان الرسول ﷺ هو المرجع لتفسير نصوص القرآن وبيان مقاصد التشريع الإلهي وفق ما خول به في قوله تعالى (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ كِتَابًا مُبِينًا لِّلنَّاسِ مَا نَزَّلَ إِلَيْهِمْ)^(١٣).
وبعد ذلك تولى مهمة القضاء نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين الذين كانوا على إمام تام بلغة القرآن، ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع ومقاصده، إضافة إلى صفاء الفهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة وتوفر الملكة الفقهية التي اكتسبها من صحبة الرسول ﷺ الطويلة، ولذلك كانوا في غنى عن تدوين هذا الفن، ولكن في الواقع لم يكونوا بمعزل عن تطبيق مبادئه ورعاية قواعده في قضائهم وفقهم، وبعد أن أخذ الناس يدخلون في دين الله أفواجا تأثرت المصطلحات العربية بغيرها فأدى ذلك إلى فتح أبواب المجلد والنقاش والخلاف فاضطر علماء اللغة إلى وضع قواعد اللغة العربية صوتاً للألسنة من الخطأ في اللفظ، وعلماء الأصول إلى تعقيد قواعد أصول الفقه حفظاً للعقول من الخطأ في الاستنباط.
وكان أبو حنيفة^(١٤) وصاحبه (أبو يوسف^(١٥) ومحمد^(١٦)) (رحمهم الله) في مقدمة السالكين في هذا المسار، ولكن الإمام الشافعي^(١٧) (رحمه الله) يعتبر المؤسس الحقيقي لعلم أصول الفقه، فهو أول من دون قواعده في (الرسالة)^(١٨) التي رواها عنه صاحبه الربيع المرادي^(١٩).

^(١١) فهو من القواعد العامة

^(١٢) وهو من القواعد العامة

^(١٣) سورة النحل ٤٤.

^(١٤) نيمان بن ثابت، (٨٠-١٥٠هـ)، ويعتبر من أتباع التابعين.

^(١٥) هو يعقوب بن إبراهيم بن أبي ليلى الأنصاري نسبة الكوفي نشأة، (١١٣-١٨٣هـ).

^(١٦) محمد بن الحسن الشيباني، (١٢٢-١٩٨هـ).

مناهج الأصوليين في مؤلفاتهم:

أهمها ثلاثة:

١- منهج المتكلمين^(١)

وهو يتميز بتحقيق قواعد أصول الفقه تحقيقاً منطقيًا نظريًا مبنياً على الحجج والبراهين وتأييد العقل بعيداً عن الاستئناء من الفروع الفقهيّة^(٢)، وبذلك كانت القواعد الأصولية

^(١) هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ).

^(٢) لكن يرى البعض: أن أول من دون فيه هو أبو حنيفة (رحمه الله)، يقول أبو الوفاء الأصفهاني (مقدمة أصول السرخسي ٣/١) أما أول من صنف في علم الأصول - فيما نعلم - فهو إمام الأئمة أبو حنيفة النعمان (رحمه الله) حيث بين طرق الاستنباط في (كتاب الرأي) وتلاه أصحابه القاضي الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن الشيباني ثم الإمام محمد بن إدريس الشافعي (رحمه الله) صنف رسالته.

^(٣) هو الربيع بن سليمان المصري الرمادي (ت ٢٠٧هـ)، يقول ابن خلدون في مقدمته ص ١٥٤ (وأعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة في اللغة، وكان السلف في خبته عنه بما أن استفاضة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيها إلى مزيد مما اعتدهم من الملكة اللسانية، فلما انقرض السلف وذهب الصدر الأول وانقلبت العلوم كلها صناعة احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحليل هذه القوانين والقواعد لاستفاضة الأحكام من الأدلة فكتبوها فتا لثما برأه سموه أصول الفقه، وكان أول من كتب فيه الشافعي (رحمه الله) أملى فيه رسالته المشهورة.

^(٤) سمي بذلك لأن أكثر المؤلفين على هذا النمط كانوا من علماء الكلام ومن المعتزلة، وسمي أيضاً بالطريقة الشافعية لأن أول من ألف على هذا المنهج هو الإمام الشافعي (رحمه الله) ولأنه على هذا النحو جرى أكثر الأصوليين من الشافعية.

^(٥) وعلى سبيل المثال استحدثت الفرائي قاعدة عامة من قواعد أصول الفقه (المستصفي ص ٢٤٣)، وهي (أن قول الصحابي ليس حجة) أي لا يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامي. واستدل على ذلك بالأدلة المنطقية الصرفة قائلا: ذهب قوم إلى أن منذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحججة في قول أبي بكر وعمر، وقوم إلى أن الحججة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا، والكلام باطل عندنا، فإن من يجوز عليه اللفظ أو السهو، ولم تثبت حصته منهما فلا حجة في قوله فكيف يمتنع بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة، فلم ينكر أبو بكر على من خالفهم بالاتجاه، فإنتفاء الدليل على العصمة، ووقوع الاختلاف بينهم، ونصرهم لجواز مخالفتهم، ثلاثة أدلة قاطعة أي على عدم حجية قول الصحابي.

حاكمة على الفروع غير خاصة لها، لذا أتت المسائل الفقهية قليلة فيما ألف على هذا النمط من كتب أصول الفقه^(١).

٢- منهج الحنفية^(٢)

الأصوليون من الحنفية استخلصوا من المسائل الفقهية المتنوعة الماثورة عن الأئمة المجتهدين قواعد وضوابط أصولية تخضع لهذه الفروع^(٣). ويرجع تعليل المسائل الفقهية في مذهب أبي

^(١) يذكر هنا بعض المؤلفات على طريقة التكلمين.

^(٢) سمي بذلك لأن الأصوليين من الحنفية اختاروه، وعلى سبيل المثل الاستحسان الذي هو عبارة عن العدول عن القاعدة العامة رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف أصل من أصول الفقه ومصدر من مصادر الأحكام الفقهية وقد استخرجه الأصوليون من الحنفية من التطبيقات الفقهية المذهبية منها؛ (إذا عرف الشاهد الملك معاية والمالك سماعاً حل له أن يشهد له استحساناً، والقياس لا يجوز)، فتح القدير ٣٩٥/٧.

ومنها لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا التسبب والموت والتكاح والدخول وولاية القاضي، فإنه يسمه أن يشهد بهذه الأشياء إذا خبره بها من يثق به، وهذا استحسان، والقياس لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وجه الاستحسان، أن هذه الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامح أدى إلى المخرج وتعطيل الأحكام (بداية المتدبر وشرحه البداية مع فتح القدير ٣٨٩/٧).

والحاصل إن منهج الحنفية هو استخراج قواعد الأصول من الفروع، أي استخلاص القواعد التي استعملها الأئمة في استباط الأحكام من بقايا الفروع المنقولة عنهم، فمثلاً حينما وجد الفقهاء الحنفية أن أبا حنيفة (رحمه الله) قد أوجب الزكاة في جميع ما تنبت الأرض مهما كان صنعه أو قدره أخلاً بعموم قوله تعالى ﴿...وَمَا تَأْكُلُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ...﴾ [الأنعام: ١٤١].

ولم يعمل بحديث (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) استنجوا من هذا التطبيق الفقهي الفرعي وما يتخله؛ أن عام الكتاب لا يختص بحديث أحادي لأن دلالة عام القرآن على مدلوله قطعية، ولأن القرآن قطعي الثبوت والحديث الأحادي ظني الثبوت، والدليل القطعي ثبوتاً أو دلالة لا يجوز أن يختص بدليل ظني لعدم قيام التضارب بينهما بسبب عدم التكافؤ.

^(٣) ومن أهم المؤلفات على هذه الطريقة:

- أ. كتاب الأصول لأبي أحمد بن علي المعروف بالخصاص، (ت ٣٧٠هـ).
- ب. تكميل الأدلة لأبي زيد عبيد الله الفيوسي، (ت ٤٣٠هـ).
- ج. الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البرزدي (١٨٣هـ)، مع شرحه (كشف الأسرار) لعبد العزيز البخاري (ت ٧٣٠هـ).
- د. كتاب المنار للحافظ النسفي (ت ٧٩٠هـ).

حنيفة وتحليلها تحليلاً علمياً إلى هذه الطريقة.

٣- منهج لمتأخرين:

يعتبر هذا المنهج الثالث توفيقاً بين الأولين وذلك باستخدام العقل والمنطق في تحليل قواعد أصول الفقه من جهة ، وتطبيقها على المسائل الفقهية من جهة أخرى^(١). وقد قدمت هذه الطريقة الجديدة لأصول الفقه فوائد مهمة حين جعلت من الفروع الفقهية مادة لتطبيق قواعده عليها، فزادت التطبيقات الفقهية التي تنطبق عليها الضوابط الأصولية^(٢).

^(١) ومن المؤلفات التي تجمع بين القواعد الأصولية والتطبيقات الفقهية كتاب تخریج الفروع على الأصول لشهاب الدين محمد بن أحمد الزنجاني الذي يعتبر بحق محاولة جادة ولمودجاً راتباً لمخطط يرسم علاقة الفروع والجزئيات من أحكام الفقه بأصولها وضوابطها من القواعد والكليات، ورد الجزئيات إلى الكليات.

ولم يرد الزنجاني أن يكون كتابه هذا مؤلفاً في أصول الفقه أو معتقاً في القواعد أو الفروع، وإنما حاول أن يكون كتاباً يجمع بين الأصول والفروع في مسلك متميز يثني معرفة بناء فروع الأحكام على أصولها وذلك برد الجزئيات إلى الكليات.

وعلى سبيل المثال يقول في ص ١٧٥-١٧٦ أن تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز عند الشافعي لأن القياس دليل شرعي يجوز التخصيص به قياساً على خبر الواحد، لأن في هذا التخصيص عملاً بالدليل وفي عدمه عملاً بأحدهما وتعطيلاً للآخر.

وتذهب الحنفية إلى إنكار ذلك لأن التخصيص بمثابة النسخ والكتاب لا ينسخ بالقياس، وينزع عن هذا الأصل أن مباح الدم (كمن يرتكب قتلاً موجبا للقصاص) إذا التجأ إلى الحرم في مكة المكرمة لا يعصمه الانتجاع عند الشافعي قياساً على الاعتداء على ما دون النفس الموجب للقصاص بالاتفاق، أو قياساً على حالة ارتكاب الجريمة داخل الحرم وعند الحنفية يعصمه عملاً بمسوم قوله تعالى ﴿...وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ مَأْكُومًا...﴾ سورة آل عمران ٩٧، لأن القياس لا يتخصصه.

^(٢) ومن أشهر المؤلفات على هذا النمط:

أ- بديع النظام الجامع بين كتاب الزدوي والأحكام لصاحبه مظفر الدين أحمد بن علي الشهير بابن الساعدي الحنفي، (ت ٦٩٤هـ).

ب- التفتيح وشرحه التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي، (ت ٧٤٧هـ).

ج- التحرير لكامل محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام، (ت ٨٦١هـ) وقد شرحه تعليقه محمد أبين أحمد ابن الحاج الحلبي الحنفي، (ت ٨٧٥هـ) في كتابه المسى (التقرير والتحرير).

أهمية علم أصول الفقه وصلته بالقانون:

لأصول الفقه أهمية كبيرة في المجالين الفقهي والقانوني: -

- ١- أهمية بالنسبة للفقه الإسلامي تكون من أوجه متعددة منها:
 ١. من بلغ مرتبة الاجتهاد وتوافرت له أسبابه يستعين بقواعد أصول الفقه وقوانينه في استنباط الأحكام الشرعية العملية للقضايا والمسائل التي تعنى ببيان أحكامها.
 ٢. من بلغ مرتبة أهل الترجيح يستعين بقواعد أصول الفقه في ترجيح رأي فقيه على رأي فقيه آخر للأخذ بما هو أفقه.
 ٣. من يتصدى لدراسة المقارنة بين المذاهب الإسلامية يتمكن عن طريق أصول الفقه من معرفة مناهج أئمة الفقه في الاستنباط والقواعد التي كانوا يتقيدون بها في اجتهادهم، ومساعدة ذلك على تحديد أوجه الوفاق والخلاف في المسائل المعنية بالمقارنة، ثم ترجيح ما هو أقوى دليلاً وأدق نظراً وأقرب تحقيقاً للمصالح التي قصد الشارع تحقيقها.
 ٤. عن طريق قواعد أصول الفقه يمكن تقريب شقة الخلاف بين المذاهب الإسلامية ووضع حد للتعصب المذهبي أو الطائفي الناشئ من التأثير بعوامل كثيرة أهمها الجهل بأسس وأصول هذه المذاهب.
 ٥. تفتح نغمة الملم بقواعد أصول الفقه انفتاحاً يوهله لإجراء المقارنات والموازنات بين آراء فقهاء المسلمين من جهة وآراء فقهاء القانون من جهة أخرى للوصول إلى ما هو أكثر ملاحظة للأخذ به في التشريعات الوضعية. إذا لم يتعارض مع القواعد الشرعية الثابتة في الشريعة الإسلامية.
 ٦. علم أصول الفقه يبحث عن أدلة الفقه والمصادر التي تستقى منها أحكامه ومراتب هذه المصادر والأدلة في الاستدلال والقوة والحجية وأوجه دلالاتها على الأحكام وطرق استنباط هذه الأحكام من أدلتها وكيفية تقديم دليل على آخر عند التعارض.
- ب- أهمية أصول الفقه بالنسبة للقانونيين وصلته بالقانون تكون من أوجه كثيرة، منها:
 ١. النصوص القانونية كالنصوص الشرعية منها عامة ومنها خاصة، منها مطلقة ومنها

- مقيدة، منها غامضة ومنها واضحة، فالعام يخصص بالخاص عند التعارض، والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب، والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريعهما يرمي إلى تحقيق غاية واحدة، وكل ذلك لا يتم إلا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.
٢. النصوص قد تتعارض فيما بينها ورفع التعارض من قبل القاضي أو شراح القانون يحتاج إلى اتباع نهج أصول الفقه الذي يقضي بأنه يجب اللجوء أولاً إلى الجمع بين النصين أن أمكن لأن أعمال النصين أولى من إهمال أحدهما، فإذا لم يسر ذلك يجب التفتيش عن المرجحات لتقديم الراجح على المرجوح في العمل، وإن لم يمكن ذلك بأن كان النصان متساويين في القوة الإلزامية ولم يكن هناك مرجح لأحدهما فيجب البحث عن تأريخ تشريعهما لتحديد المتأخر واعتباره ناسخاً للأول وملغياً له.
٣. عند إعداد مشروع لقانون يجب أن تتميز صياغته بالدقة الفنية، بعيدة عن الحشو والتعقيد متضمنة لصيغ العموم كلما كانت شمولية الأحكام المقصودة خالبة من القيود غير المعبرة في الأحكام، واضحة في النص على القيود المعبرة في الأحكام التي تختم على القاضي أن يطبق حكماً مخالفاً للحكم الوارد في النص كلما تخلف القيد المعبر فيه، وكل ذلك يتطلب أن يكون أعضاء لجنة أعداد مشروع القانون ملعبين بقواعد أصول الفقه.
٤. دلالات النصوص على الأحكام مختلفة، منها صريحة ومنها ضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقاً وقد يكون مفهوماً، والمنطوق قد يكون صريحاً وغير صريح، والمفهوم قد يكون موافقاً للمنطوق وقد يكون مخالفاً له، والتمييز بين هذه الشقوقات لدلالات النصوص ومضامينها يتطلب الإلمام بقواعد أصول الفقه.
٥. معرفة طبيعة عناصر التصرفات القانونية وتمييزها من أحكامها، وتحديد ما يعتبر ركناً وما يعتبر شرطاً من تلك العناصر للوقوف على الآثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتختلف ذلك له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي ولكل باحث قانوني، وكل ذلك لا يمكن استيعابه إلا عن طريق قواعد أصول الفقه.
٦. من الصعب على شراح القانون الوصول إلى عمق النصوص للحصول على قصد المشرع لبيان هذا القصد وإيصاله إلى ذهنية الطالب القانوني أو تقديم تسهيلات إيضاحية للقضاء بصدد تطبيق القانون، ما لم يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح

قواعد أصول الفقه، وكذلك من الصعب على طلبة الدراسات العليا التخلص من ظاهرة السطحية المتفشية في معالجة الأمور المتعلقة بموضوع البحث ما لم يستعينوا بقواعد وقوانين أصول الفقه، ولأهمية مادة أصول الفقه قامت بعض الدول غير الإسلامية بترجمتها وتدرسيها في كليات القانون، وهي حالياً تدرس في جامعة هارفارد في أمريكا، وقد تمت قبل زمن ترجمة رسالة الإمام الشافعي في أصول الفقه إلى اللغة الإنكليزية لتدرسيها في كليات القانون^(١١).

الوضع والدلالة وأقسامها:

الوضع: جعل الشيء دليلاً على المعنى لفظاً كان أو غير لفظ وهو صفة الوضع سواء أكان من أهل اللغة أم الشرع أم القانون أم غير ذلك.

الدلالة: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به - بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشيء آخر، فالأول دال^(١٢)، والثاني مدلول^(١٣)، والحالة التي بينهما أساس تلازمهما، فإن كانت هذه الحالة وضعاً فالدلالة وضعية، وإن كانت طبعاً فالدلالة طبيعية، وإن كانت عقلاً فالدلالة عقلية، وبهذا الاعتبار تنقسم الدلالة إلى الأقسام الستة الآتية:

١. **الدلالة اللفظية الوضعية:** وهي أن يدل لفظ على معنى وضع له لفة أو عرفاً أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر كدلالة لفظ (القتل) على إزهاق الروح.
٢. **الدلالة اللفظية الطبيعية:** وهي أن يدل لفظ على معنى لم يوضع له ولكن تكون الدلالة بمقتضى الطبيعة، كدلالة أنين المريض أو المجرع أو المصاب بمصيبة على الألام الذاتية والتفسي.
٣. **الدلالة اللفظية العقلية:** وهي أن يدل لفظ (أو كلام) على معنى لا بسبب الوضع ولا بالطبع وإنما عن طريق العقل، فعقل الإنسان يحكم بأن تضارب ألفاظ الشاهد

(١١) Islamic Jurisprudence Shafts Risala Translated With An Introduction, Note, and Appendices. By Majid Kbaduni .

(١٢) سواء كان لفظاً أم غيره.

(١٣) فهو من حيث أنه يدل عليه الدال بسمى مدلولاً، ومن حيث أنه يفهم منه بسمى مفهوماً ومن حيث أنه يفهم منه بسمى معنى، ومن حيث تسميته بسمى مسمى.

وتعارض أقواله تدل على عدم صدقه وعدم أمانته في أداء شهادته أمام القضاء، إلا أن هذه الدلالة ظنية قابلة لإثبات العكس.

٤. **الدلالة الوضعية هي اللفظية**، كدلالة إشارات المرور الداخلية والدولية المنصوبة على الطرق العامة والشوارع على المعاني التي وضعت لها بموجب نظام المرور.

٥. **الدلالة الطبيعية هي اللفظية**، كدلالة التغيرات الفيزيولوجية في شخص المتهم حين استجابته على ثبوت التهمة الموجهة إليه وهي دلالة ظنية قابلة لإثبات العكس، كسرعة نبضاته وتغير لون وجهه عند التحقيق معه، وقد استحدث جهاز يسمى (جهاز كشف الكذب) يستعمل لقياس نفس المتهم أو ضغط دمه حين التحقيق معه واستنتاجه^(٤١).

٦. **الدلالة العقلية هي اللفظية**، وهي دلالة الأثر على المؤثر كدلالة هذا الكون العظيم على وجود الخالق ودلالة الدخان على النار ودلالة الحركة الإرادية على الحياة ودلالة آثار الجريمة على ثبوتها وعلى تشخيص المجرم، والدلالة المعنية بالدراسة في علم أصول الفقه هي الدلالة اللفظية الوضعية للنصوص الشرعية والقانونية وأدلة الأحكام وبقية الدلالات مطلوبة حين تطبيق النصوص وتكييف الوقائع.

واللفظ الموضوع للمعنى لغةً أو حرفاً أو قانوناً أو شرعاً إما أن يكون:

١. مفرداً وهو الذي لا يبدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة، تهمة، عقوبة، علم، شهادة. وقد يطلق على ما يقابل الجمع والمثنى والمضاف والجملة أو المركب وهذا الأخير هو المراد.

٢. وإما أن يكون مركباً وهو الذي يبدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة الأمانة، شهادة الزور، تهمة القتل، عقوبة السرقة، علم الإجرام.

^(٤١) د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الإجرامي، ص ٢٢.

د. حسين محمد علي، الجريمة وأساليب البحث العلمي، ص ٢٨٧.

د. سعد جلال، علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

^(٤٢) الدلالة ينتج الدال لأنها بكسر الدال حرفه الدال.

تسام دلالة اللفظية لوضعية من حيث المعنى:

- أ- الدلالة المطابقة (أو دلالة المطابقة): وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه، وسميت الدلالة مطابقة أو مطابعية لأن اللفظ مطابق للمعنى فلا يزيد أحدهما على الآخر ولا ينقص منه كلباس يليه الإنسان ويكون حجمه مطابقاً لحجم جسمه.
- ب- الدلالة التضمنية (أو دلالة التضمن): وهي دلالة اللفظ على جزء من معناه - إذا كان له جزء - ضمن مجموع المعنى.
- ج- دلالة التزامية (أو دلالة الالتزام): وهي دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له ولا ينفك عنه في الذهن أو في خارج الذهن^{١١} أو كليهما.
- ومن أمثلة الدلالات الثلاث المذكورة: لفظ (عقد) فانه موضوع شرعاً وقانوناً لمجموع الإيجاب والقبول إذا اتصلا وتوافرت شروطهما الشرعية والقانونية، وبذلك تكون دلالة على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة، وعلى الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية وعلى الحقوق والالتزامات المترتبة عليه للمتعاقدين التزامية.
- وعلى هذا الأساس قال الحنفية (أركان العقد: الإيجاب والقبول، لان العقد تصرف مركب مكون من هذين العنصرين، وركن الشيء ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه وهذا الاتجاه أدق وأفقه من اتجاه الفقه القانوني القائل بأن أركان العقد ثلاثة، المحل والتراضي والسبب، فالعقد اتفاق يعبر عن التراضي، والاتفاق (الإرادة الظاهرة) والتراضي (الإرادة الباطنية) صفتان قائمتان بشخص المتعاقدين، ومحل العقد خارج عن ماهية العقد وشرط لصحة الإيجاب والقبول وكذلك السبب إما بمعنى الغرض (الفرض المباشر) أو بمعنى الباعث الدافع فهو في الحالتين ليس جزءاً من الاتفاق بالمعنى المنطقي والأصولي وإنما هو من شروط صحة الإيجاب والقبول.

^{١١} يقول القرطبي (دلالة المطابقة هي فهم السامع من كلام المتكلم كمال المعنى ودلالة التضمن فهمه جزء المعنى، ودلالة الالتزام فهمه لازم المعنى) انظر شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول/ص٢٤.

والحاصل الدلالة بالنسبة إلى كمال المعنى مطابقة والى جزئه - إن كان له جزء- تضمنية كدلالة البيت على الحائط تضمنية ودلالة السفن عليه التزامية لأنه مستحب له ويلاحظ على كلام القرطبي أنه لا يجوز إلا بناءً على التجوز لان الدلالة صفة اللفظ والفهم صفة السامع فلا يجوز حمل أحدهما على الآخر.

فكل والجزء والكلّي والجزئي:

مجموع مكونات الشيء كله وكل واحد من هذه المكونات جزء. والكلّي ما أمكن صدق مفهومه على كثيرين فكل شيء في الذهن قبل رؤيته كلّي. والجزئي ما لا يصدق مفهومه على أكثر من واحد.

فكل شيء في الذهن بعد رؤيته جزئي، والكل والجزء من صفات الأشياء خارج ذهن الإنسان، والكلّي والجزئي من صفات المفاهيم والصور الذهنية.

الجنس والنوع والصفة:

الجنس: كلّي يندرج تحته أمور مختلفة في طبائها وماهيتها كالجريمة جنس لكافة أنواع الجرائم، والمدن جنس لجميع أنواع المدن.

النوع: كلّي يندرج تحته أمور متفقة في طبائها وماهيتها لكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها، كالنسر والخنطة والأرز وغيرها، فكل واحد منها نوع لأصنافها المتفقة في الماهية والطبيعة مختلفة في الصفات كالجوذة والرداءة والطعم وغيرها.

الصفة: كلّي يندرج تحته أفراد متفقة في ماهيتها وصفاتها وينبغي على ذلك أن من باع صنفاً معيناً فلا يفتضي التزامه إلا بتسليم نفس الصنف، فالصنف يحل بعضه محل بعض في الوفاء بخلاف النوع والجنس.

وقد خلط البعض بين الجنس والنوع من جهة، وبين النوع والصفة من جهة أخرى، من حيث حلول البعض محل البعض في الوفاء بالالتزامات.

النسبة بين مفاهيم المصطلحات:

لو قارنا بين مفهوم مصطلح شرعي أو قانوني أو عرفي وبين مفهوم مصطلح آخر كذلك لوجدنا أن النسبة بينهما لا تخلو من إحدى الحالات الأربع، أما متساويان أو متباينان أو أحدهما عام مطلقاً والآخر خاص مطلقاً أو كل منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر.

١. **المساواة**؛ وهي كون لفظين مترادفين بحيث يطلق كل منهما على كل ما يطلق عليه الآخر من الأفراد كالإنسان والبشر لغة. والجنابة والجريمة شرعاً^(١). وكالعقد واتفاق الإرادتين على إحداث ما يرتب عليه الشرع أو القاتون أثره، وكالعقد الموقوف وغير النافذ، والتدليس والتفريز، والتصرف القابل للأبطال، والتصرف غير اللازم، والباطل والفاقد عند جمهور الفقهاء^(٢).
٢. **التباین**؛ وهو كون لفظين بحيث لا يطلق كل منهما على أي مما يطلق عليه الآخر كالجرم والبريء، والحيانة والأمانة، والكفر والإيمان، والصدق والكذب، والحي والجماد، والحلال والحرام، والصحيح والباطل، والتصديق والجحود، والرجاء والقنوط، والعدل والجور، والرضى والإكراه، والعلم والجهل.
٣. **العموم والخصوص المطلق**؛ وهو أن يكون أحد اللفظين بحسب المفهوم أعم مطلقاً والآخر بحسب مفهومه أضيق مطلقاً، فنعد ذلك كلما تحقق الخاص يتحقق معه العام دون العكس الكلي، فقد يتحقق العام في مجال آخر بدون هذا الخاص. ومن أمثلة ذلك: الجنابة والقتل العمد العدوان، فكل قتل عمد عدوان جنابة ولكن ليست كل جنابة قتلاً لجواز أن تكون سرقة أو نجساً أو غيرهما. والتصرف الشرعي (القانوني) والعقد، فكل عقد تصرف لكن ليس كل تصرف عقداً، لجواز أن يكون تصرفاً فرادياً (إرادة منفردة).
٤. **العموم والخصوص من وجه**؛ وهو أن يكون كل من اللفظين بحسب المفهوم عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، يكون خاصاً عندما يجتمع مع الآخر في حالة من الحالات، ويكون عاماً إذا فارقه وأجتمعت مع آخر.
٥. **ومن أمثلة ذلك المال والحق الشخصي**^(٣) فإنهما يجتمعان في مبلغ من النقود لشخص

^(١) وقد فرقت بعض القوانين منها قانون العقوبات العراقي (م ٢٢) بين الجنابة والجريمة فاعتبرا الجريمة أعم من الجنابة لأنها تشمل الجنحة والمخالفة، لكن في الشريعة هما مترادفان وهما ارتكبان عن ارتكاب فعل محظور أو ترك واجب بحيث يعاقب المرتكب.

^(٢) في قواعد العلائي ١/٤٤٠، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى النجوي (الباطل والفاقد مترادفان)، وقال أبو حنيفة (رحمه الله) أنهما متباينان.

^(٣) كل ما للإنسان بصفة الغير يسمى حقاً شخصياً سواء كان مالياً كحق الدائن في الدين الذي بذمة المدين أو كان غير مالي كحق أحد الزوجين على الآخر في الالتزامات غير المالية

يكون بئمة شخص آخر ، فهذا المبلغ مال لان له منفعة مباحة ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وحق شخصي لأنه بئمة الغير لا يتصرف فيه إلا بواسطة هذا الغير . وقد يفترق المال عن الحق الشخصي فيتحقق مع الحق العيني^(١١) كالدار والسيارة والأرض وغيرها من الحقوق العينية ، فهي أموال وحقوق عينية للمالكها ، وليست بحقوق شخصية ، إذن المال من هذا الوجه عام ، لأنه مرة مع الحق الشخصي وأخرى مع الحق العيني ، وكذلك الحق الشخصي قد يتفرد عن المال ويتحقق فيما ليس بمال أصلاً ، كحق كل زوج في التمتع بالآخر فهو حق شخصي ، ولكنه ليس بمال لأنه غير قابل للتصرف فيه ولا يقبل نقله إلى الغير لا بعموض ولا بدون عوض .

التعارض والتناقض^(١٢):

التعارض : هو اختلاف دليلين في الحكم بحيث يمكن الجمع بينهما أو ترجيح أحدهما على الآخر . فإذا لم يتيسر الجمع والترجيح ، يُعد التأخر منهما تشريعاً ملغياً للمقدم .
التناقض : هو اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب ، بحيث يقتضي لذاته صدق إحداهما وكذب الأخرى ، كقولنا : زيد إنسان ، زيد ليس بإنسان .

الاستعمال والاحتمال والبيان:

الاستعمال إطلاق اللفظ وإرادة المعنى ، وهو لا يكون الا بعد الوضع ويكون دائماً صفة التكلم .

الاحتمال هو تحميل اللفظ المعنى سواء كان مطابقاً لمعناه المراد أم لا وهو صفة المخاطب .
البيان وهو استجلاء المعنى المراد من لفظ غير واضح فإذا كان من الشارع (أو المشرع) يكون تفسيراً تشريعياً ، ومن القاضي يكون قضائياً ، ومن الفقيه يكون فقهاءً . والأول ملزم بخلاف الثاني والثالث .

^(١١) وهو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله صلاحية التصرف في هذا الشيء واستغلاله واستعماله وحيازته كحق الملكية .

^(١٢) يراجع مؤلفنا أبحاث الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد ، القاعدة (كل تناقض تعارض دون العكس) .

خطة البحث

طبيعة الموضوع تتطلب تقسيم المواضيع المعنية بالدراسة إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

القسم الأول : أدلة الأحكام الشرعية العملية

القسم الثاني : الأحكام الشرعية العملية

القسم الثالث : دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام



القسم الأول

أدلة الأحكام الشرعية العملية



المراد بأدلة الأحكام الشرعية المصادر التي تستقى منها الأحكام الشرعية، وهي تنقسم باعتبار الأصلية والتبعية والنقلية والعقلية والحجية إلى الفصول الأربعة الآتية:

الفصل الأول:

الأدلة الأصلية النقلية^{١١} المتلقى عليها، وهي عبارة عن القرآن أولاً والسننة النبوية ثانياً.

الفصل الثاني:

الأدلة التبعية النقلية^{١٢} المتلقى عليها، وهي عبارة عن الإجماع أولاً والعرف ثانياً.

الفصل الثالث:

الأدلة التبعية النقلية المختلف فيها، وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا.

الفصل الرابع:

الأدلة التبعية العقلية^{١٣}، وهي القياس والمنفعة والاستصحاب والامتصاص، وسد الثرائع.

(١) الأدلة العقلية: ما كان طريقها النقل ولا دخل للمجهد في تكوينها وإيجادها كقرآن وسنة والإجماع إذا كان سنده ناصاً، والعرف، لأن تكوين العرف نتيجة لتكرار المعادة فهي إذا اكتسبت صفة الإلزام الأدنى تصح عرفاً يتقل من جبل إلى آخر ويكون مصدراً ملزماً إذا حكم به القاضي، أو تحول إلى قاعدة شرعية أو قانونية.

(٢) المصدر الأصلي: هو المصدر الذي يكون منشأ للحكم الشرعي، والمصدر تبسي: هو الذي يكون وسيلة لكشف للحكم وليس منشأ له.

(٣) الأدلة العقلية: هي التي يكون للمجهد دخل في تكوينها كقواعد الشرعية التي يستدل بها للمجهد ويستدل بها من الوجوه العقلية ويجادلها كالشفة للأحكام الشرعية.

نشأت للمصدر العقلية في عصر الصحابة إضافة إلى النقلية، فالفقهاء: هي التي يكون طريقها النقل من جبل إلى آخر دون أن يكون للمجهد دخل في تكوينها، بخلاف النقلية فهي عملية عقلية إيجابية للمجهد من حيث إرجاع الجزئيات إلى الكلّيات، لكن الطول لا يمتد به ما لم يستدل إلى النقل.



الفصل الأول القرآن والسنة النبوية

القرآن:

هو المرجع الأول والمصدر الرئيس الذي ترجع إليه جميع المصادر الأخرى ، قال الشاطبي (كتاب الله هو اصل الأصول والغاية التي تنتهي إليها أنظار النظار ومدارك أهل الاجتهاد)

السنة النبوية:

رغم أنها مصدر أصلي فإنها ترجع إلى القرآن باعتبار أن وظيفتها بيان أحكامه ، وبقية المصادر ترجع إليه لأنها كاشفة لأحكام الله وليست موجدة لها.
وتخصص لدراسة كل واحد منهما بحثاً مستقلاً.



المبحث الأول القرآن الكريم

القرآن:

غني عن التعريف، ويدهي، ومن العبث تعريف البيهيات، لذا تقتصر على قدر ما يتعلق بموضوعنا وصف الشافعي (رحمه الله) القرآن فقال: (فكل ما نزله الله في كتابه جل ثناؤه رحمةً ورحمةً وحجةً، غلظةً من غلظةً وجَهْلَةٌ من جَهْلَةٌ، لا يعلم من جَهْلَةٌ ولا يجهل من غلظةً)^(١) وقال الشاطبي في وصفه (إنه كلية الشريعة، وعمدة الملة وينبوع الرسالة، ونور الأبصار والبصائر، وإن لا طريق إلى الله سواه، ولا نجاة بغيره ولا تمسك بشيء بخلافه)^(٢)، وعرفه علماء الأصول بأنه (الكلام المعجز المنزل على النبي محمد ﷺ المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر المتباعد بتلاته)^(٣) وأصفه - إن صح وصفي - بأنه آخر دستور إلهي جاء معدلاً للدمائير الإلهية السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل، تضمن أمهات أحكامها مضيئاً إليها أحكاماً جديدة اقتضاها نضج العقل البشري ليستقر عليها الإنسان ويأخذ بهلداها في تطوير حياته وضمان سعاده الدنيوية والأخرية.

وتؤكد هذه الحقيقة آيات قرآنية منها قوله تعالى ﴿شَرَحَ لَكُمْ مِنَ الَّذِينَ مَآ وَصَّيْ بِهِ، نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ، إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَيَحْيَىٰ لَنْ آمِنُوا الَّذِينَ وَلَا نَنْفَرُوا فِيهِ ۗ﴾^(٤) وقوله تعالى ﴿إِنَّ هَذَا لَمِنَ الْفُصُوفِ الْأُولَىٰ ۗ﴾^(٥) ﴿صُفِّ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ﴾^(٦) وقوله تعالى

(١) رسالة الشافعي في علم الأصول، ص ١٩.

(٢) لطائف الشاطبي ٣/٣٤٦.

(٣) متاهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني ١/١٩٠، وقال إمام الحرمين، البرهان ١/٦٦٧ (القرآن قاعدة الإسلام وقطب الشريعة والبه رجوع الأصول ولا أمر في الدين أعظم منه)

(٤) سورة الشورى ١٣.

(٥) سورة الأعلى ١٨-١٩.

﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَمَارَوْا بِسُورَةِ آلِ أَبِي لَهَبٍ سَاءَ مَا يَكْتُمُونَ بِهَا وَتَمَارَوْا بِالنَّبِيِّينَ أَن يَقُولُوا يَسْمِعُ اللَّهُ الْأَصْوَاتَ وَالْغَيْبَ قُلْ أَسْمِعْكُمْ أَيَّنَّامًا يَنْتَظِرُونَ ۚ وَلَا يَشْرِكُ بِهِ أَحَدٌ شَيْئًا وَلَا يُنَبِّئُ بِهِمُ الْغَيْبَ وَلَا يَشْفَعُ لَهُمْ فِي ذُنُوبِهِمْ قُلْ إِن تَوَلَّوْا فَعَرَضُوا عَلَيْكُمْ أُخْرَجْتُمْ مِنْ دَارِكُمْ لَا تُصَلُّونَ عَلَيْهِمْ أَبَدًا وَلَا يَتَذَكَّرُونَ لَهُمْ مَا عَمِلُوا قَبْلَ وَلَا يَنبَغِي لَهُمْ أَذْيَابُهُمْ وَلَا يَشْفَعُ لَهُمْ أَحَدٌ شَيْئًا ۚ﴾^(١) وإضافة إلى الإيمان بالرسول خاتم الأنبياء، وبالقرآن جعل الله الإيمان بكافة الرسل والأنبياء، وبالكتب المقدسة وعدم التفريق بين الرسل أساساً رئيساً لاعتبار الإنسان مؤمناً فقال تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَكِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ﴾^(٢).

وهيئة الدستور:

الدستور لا يتطرق للجزئيات ولا يتضمن الأحكام التفصيلية ولا يتناول كل شيء بالاسم، وإنما يقتصر على أمهات الأحكام وتأسيس الأسس العامة وتعميد القواعد الكلية، وصنع إطار عام يتحرك عقل المشرع في حدوده بحيث لا يجوز تشريع قانون يتعارض مع قاعدة من قواعده ولا إصدار تعليمات خارجة عن إطاره، كذلك القرآن الكريم اقتصر على الأسس العامة والقواعد الكلية وصنع إطاراً أخلاقياً وقال لعقل الإنسان تحرك في ضوء متطلبات الحياة في الدنيا الواسعة شريطة أن يكون هذا التحرك ضمن حدود هذا الإطار الأخلاقي: قال ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(٣).

لهكام القرآن:

القرآن كله أحكام فما من آية من آياته إلا وهي تعالج شأناً من شؤون إحدى الحياتين الدنيوية أو الآخروية، فهي من حيث طبيعتها خمسة أنواع: الاعتقادية، والخلقية، والعبودية، والكربونية، والعملية، خلافاً لما عليه علماء الأصول في أنها تنحصر في الاعتقادية والخلقية والعملية.

(١) سورة آل عمران ٦٤

(٢) سورة البقرة ٢٨٥ آيات القرآن كليات وحلول العقل البشري يراجع الجزئيات إليها لكن تناول بشيء من التفصيل العبادات لأنها غير خاضعة للاجتهادات وكذلك أحكام الأسرة لأهميتها وخطورتها.

(٣) سورة الطلاق: ١.

تسام الأحكام القانونية في القرن:

زعم الكثير أن أقسام هذه الأحكام ثلاثة وهي اعتقادية وأخلاقية (خلقية) وعملية ولكن الصواب هي أنها خمسة أقسام ؛ لأن كل ما ورد في القرآن يدل على حكم من الأحكام المتعلقة بإحدى الدارين ، فلا توجد أية الا وهي تدل على حكم متعلق بحياة الانسان في إحدى الدارين.

وهذه الأحكام هي: الأحكام الاعتقادية، والأحكام الخلقية، والأحكام الكونية، والأحكام العبرية، والأحكام العملية، كما في الايضاح الآتي:

أولاً - الأحكام الاعتقادية (العقائدية)

وهي التي تتعلق بعقيدة الانسان من معرفة ذات الله وصفاته وأفعاله وما يترشح عنها من مباحث النبوة والمعاد وغير ذلك من المفيات، وهذه الأحكام هي الاساس الرئيس للأحكام الاربعة الباقية ، فالغاية منها اكساب العقيدة الدينية الثابتة التي هي قوام الحياة الصحيحة للأسرة البشرية والعمود الفقري لهيكل المجتمع والعرق النابض في جسم الفرد. والعلم الذي يتكفل ببيان هذه الاصول العقائدية هو علم الكلام (او علم العقائد).

الإيمان بالله قمة المعتقدات:

الإيمان بالله هو المطلق الأول للنهوض إلى الحياة في شس المجالات ويتوقف عليه جميع المعتقدات الأخرى ، لذا يعد الإيمان بالله واجباً عقلياً قبل ان يكون واجباً شرعياً فيجب على كل إنسان بالغ عاقل ان يعرف ربه وخالقه عن طريق الاستدلال العقلي والاستدلال بالأثر على المؤثر الذي يسمى البرهان الآتي ، فالإيمان بالله لا يأتي عن طريق الرسل والكتب المنزلة عليه ، وعلى سبيل المثل من لا يؤمن بوجود الله لا يؤمن برسالة محمد ﷺ ولا يكون القرآن واجباً لان الإيمان بهما يتوقف على الإيمان بالله أولاً ، فلو توقف الإيمان بالله عليهما لما حصل الإيمان العلمي لأحد ، لما في ذلك من الاستحالة المنطقية لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم مستحيل فكذلك الملزوم.

إيضاح ذلك : لو توقف (أ) على (ب) وتوقف (ب) على (أ) في وجودهما وحذف المكرر في الوسط وهو (ب) لكانت النتيجة أن (أ) يتوقف على (أ) أي على نفسه في وجوده وتوقف

الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه أي يلزم أن يكون (أ) موجوداً قبل أن يوجد وهذا مستحيل.

وبناءً على ذلك فإن كل إنسان بالغ عاقل أياً كان مكانه وزمانه يجب عليه معرفة الله وجوباً عقلياً قبل أن يبلغ بوجوهه الشرعي. وطريقة معرفة الله بسيطة لا تحتاج إلى الأدلة الفلسفية التي ذكرها علماء أصول الدين والتي أكثرها لا يستوعبها عامة الناس، يقال إن فيلسوفاً ملحداً طلب من فيلسوف مسلم أن يثبت له وجود الله فاستعرض له المسلم أدلة كثيرة فرد الملحد كلها وكانت هناك عجوز تسمع محاورتهما فقالت باللغة الفارسية (يكو منُ خدا بي دليل ميشاسم)^(١) أي: قل له أنا اعرف الله بدون دليل.

وفي عام ١٩٨٨ كتبت استأناً في كلية صدام للحقوق دخلت قاعة الدرس في اليوم الأول من العام الدراسي الجديد فقبل أن أبدأ بالمحاضرة قام أحد الطلبة فقال: يا استاذ إنني ابن مسلم ومسلمة ولكنني ملحد غير مؤمن بوجود الله فكلم من كتاب قرأته وكم من عالم سألت فلم أجد دليلاً مقنعاً يقتعني بوجود الله. وقلت له: استخدم عقلك واستعمل سمعك بدقة الآن أثبت لك بدليل بسيط خلال ثلاث دقائق وجود الله، فقلت له: هل يتصور أن تحدث هذه القاعة البسيطة التي نحن ندرس فيها صدفة بدون فاعل من البناء والعمال؟ قال: كلا، قلت: إذن كيف يتصور وجود هذا الكون العظيم المنظم بدون صانع؟ قال: هو من صنع الطبيعة، قلت: هل الطبيعة موجودة في خارج ذهن الإنسان أو معدومة فإذا كانت معدومة فهل يتصور أن يصنع المعلوم الموجود؟ قال كلا.

قلت: الطبيعة الموجودة خارج ذهن الإنسان هل هي جزء من هذا الكون أو خارج عنه فإذا كانت جزءاً منه فهل يتصور أن يصنع الشيء نفسه؟ قال: كلا، قلت: إذن تعترف بأن الطبيعة شيء موجود خارج ذهن الإنسان وهي ليست جزءاً من هذا الكون قال: نعم.

قلت: هل يستطيع التجار أن يصنع باباً من الخشب بدون علم وإدراك وإرادة وقدر، قال: كلا، قلت: إذن هل يتصور أن تصنع الطبيعة هذا الكون العظيم الذي عقول علماء الفلك والغضاء حيارى أبين يبساً وأبين ينتهي بدون أن يكون لها العلم والإرادة والقدرة، قال: كلا، قلت: إذن الطبيعة التي هي موجودة خارج ذهن الإنسان وهي ليست جزءاً من هذا الكون وتتصف بصفات العلم والقدرة والإرادة وغيرها من صفات الكمال هي نفس ما

(١) يكو: قل، منُ: أنا، خدا: الله، بي دليل: بدون دليل، ميشاسم: أعرفه.

نسيه الله وانت نسيه الطيعة . فقام الطالب من مكاته فقال بدون تردد أشهد ان لا اله الا الله وأشهد ان محمداً رسول الله والان قد حصلت لدي القناعة الكاملة بوجود الله ، ثم بعد فترة قال لي : اني أقرأ القرآن الكريم قبل الجيـء الى الكلبة. والمقصود من هذه القصة هي ان ثبوت وجود الله لا يحتاج الى الادلة الفلسفية اليونانية التي يستعصي على ادراك الانسان فهمها.

اهمية الايمان بالله:

للإيمان بالله وما يترفع عنه من الايمان بالشرائع الالهية والرسول وسائر المعضدات اهمية كبيرة للانسان في حياته العملية بحيث لا توصف باللسان ولا تكتب بالاقلام من جانبين: الجانب الشخصي الفردي ، والجانب الاجتماعي.

فمن الجانب الشخصي : بالايمان يطمئن قلب الانسان بحيث يكسب مناعة ضد جميع الامراض النفسية كما يقول تعالى: ﴿أَلَا يَنصُرُكُمُ اللَّهُ تَطْمَئِنُّ الْقُلُوبُ﴾^(١)، فكل ما يصاب به المؤمن إيماناً علمياً من نقص في الاموال وفي النفس يجيله الى الله فيتحمل نتائجه السلبية بالصبر بدافع انه من الله ولا حول ولا قوة للانسان تجاه ارادة الله وهو يؤمن بأنه مثاب على ما أصيب به ويحرض من عند الله عاجلاً أو آجلاً . وهذا ما تدركه في الواقع فقلما نجد من صاحب الايمان الشكوى عن مصائبه كما ان من النادر ان نجد من لا يشكو عن حياته وهو ضعيف الايمان او فاقده.

أما من الجانب الاجتماعي : فضع المؤمن لا يقتصر على شخصه واسرته حيث ان لإيمانه أثراً فعالاً في حياة المجتمع من حيث الأمن والاستقرار فمن لا إيمان له لا التزام له ومن لا التزام له لا أمانة له ومن لا أمانة له لا يصلح لتحمل أمانة مسؤولية ولا لأن يكون عضواً صالحاً في المجتمع. فالإيمان مصدر الطاقة الروحية التي تراقب العامل في معمله ، والزراع في مزرعته ، والمعلم في مدرسته ، والموظف في مكتبه ، والجندي في ساحة المعركة ، والام في بيتها ، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

ولاهمية العقيدة في حياة الفرد والمجتمع قيل قديماً وحديثاً: من يملك عقيدة فاسدة خير ممن لا عقيدة له. فالهندي الذي يعبد البقرة يختلف -من حيث الالتزام- من ملحد لا يملك أية عقيدة.

ومن آيات الأحكام الاعتقادية في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَكَاتِ وَالْأَنْفُسِ وَالتَّخْلُفِ اللَّيْلِ وَالتَّهَارِ اللَّيْتِمِ وَالْأَنْبَسِ ﴿٥٠﴾ الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ فِي سَمَاتٍ وَمَعَادٍ وَعَلَىٰ جُودِهِمْ وَتَتَكَبَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَكَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَطْوَالًا سُبْحَانَكَ قَوْلًا عَذَابًا ثَقِيًّا ﴿٥١﴾.

هل الإيمان يزيد وينقص

اختلف علماء الاسلام في هذه المسألة على رأيين: فذهب البعض الى ان الايمان له درجة ثابتة واحدة لا يزيد ولا ينقص. بينما ذهب الآخرون الى خلاف ذلك. ولكل فئة أدلة تستند اليها ولا فائدة في استمرارها لأن هذا الخلاف لفظي وشكلي لأنه اذا اريد بالايمان الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع فلا يوصف بالزيادة والنقص لأن الاعتقاد بهذا المعنى هو اليقين واليقين لا يقبل الزيادة والنقص.

أما اذا اريد بالايمان الاعتقاد والعمل الصالح معاً على اساس أنه يتكون من عنصرين معنوي وهو الاعتقاد المذكور ومادي وهو العمل الصالح فإنه يوصف بالزيادة حين زيادة الاعمال الصالحة وبالتقصان في حالة نقصان الاعمال الصالحة، وهذا المعنى الثاني يبدو ظاهراً في آيات القرآن التي تجمع بين الايمان بمعنى الاعتقاد والاعمال الصالحة.

ولكن الحقيقة هي أن الاعمال الصالحة لازمة في وجودها الخارجي للاعتقاد اليقيني حيث لا يتصور وجود عقيدة يقينية لدى شخص مع تخلف الاعمال الصالحة فيه.

ثانياً - الأحكام الخلقية

تلقي الاخلاق مع العقيدة في أن كلاً منهما يمثل جانباً من جوانب شخصية الانسان وطاقة من طاقاته الدينية والسلوكية لذا كانت ولا تزال الصلة بينهما وثيقة، وان هذه الصلة قائمة على اسس نفسية منها وجدانية ومنها عقلية غير ان العقيدة الدينية لشدة فاعليتها وقوة سلطانها على الافراد والجماعات احتلت المكانة الاولى، بل العقيدة في الحقيقة والواقع متنوعة والاخلاق تابعة لازمة لماهيتها لزوماً ذهنياً وخارجياً فمن النادر ان نجد الاخلاق الكاملة عند شخص لا عقيدة له او نجد من يملك العقيدة الصحيحة ولا اخلاق له، فالاخلاق لازمة للعقيدة لزوم الزوجية للاربعه.

وقد اهتم القرآن الكريم بالاخلاق بحيث لا توجد فيه صحيفة واحدة تخلو من جانب من جوانب الاخلاق صراحة او اشارةً، فالقران الكريم ليس كتاباً مقتصراً الى الابواب والفصول يتناول كل باب او فصل موضوعاً معيناً وانما كل صحيفة من صحائفه بمثابة مخزن فيه جميع الحاجيات الضرورية البشرية غير ان الحاجيات في القران معنوية وفي المخزن مادية. وان المتدبر في آيات الله يجد ان الروح السائدة في القران الكريم من اوله الى اخره روح خيرة ورشيده تدعو الى العلم والعمل والحرية والمساواة والعدل والرحمة والهدى والحق والاحسان والايثار والانساق والتكافل والتضامن والصدق والامانة والاخلاص الى غير ذلك من الفضائل الانسانية التي يجب ان يتحلى بها الانسان.

كما تهى الآيات القرآنية عن الجهل والكسل واستغلال الانسان لآخيه الانسان والترفقة والتمييز بالعرق او اللون او الجنس او غير ذلك، والظلم والقسوة والاشرة والشح والبغي والطمعان والتعالي والتطاول وغير ذلك من الرذائل التي يجب على الانسان ان يتخلى عنها. قاله الذي خلق الانسان من طينة واحدة ومن اب واحد وام واحدة لم يخلقهم ليعشوا عيشة العداة والتمزق والكراهية والحقد والحسد فالكل من آدم وادم من تراب. فشيمة الاخوة البشرية التكافل دون التنافر وشيمة التواضع لانه يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة، فالخلق من هنا الممدن المتواضع يجب ان يكون متواضعاً بأصله بعيداً عن كل مظاهر الطغيان.

ثالثاً - الأحكام الكونية

تضمن القران الكريم آيات كونية كثيرة ذات معان علمية وهي واصلة الى درجة الاعجاز ولم يدركها المفكرون الاولون بل منها ما اكتشفها التطور العلمي الحديث وبيّن معانيها ومقاصدها ومنها ما لم تكتشف بعد وهي تنتظر الاكتشافات العلمية الجديده في المستقبل كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿ سَرَّيْهُم مَّا يَنْتَظِرُونَ فِي الْآفَاقِ إِنَّهُمْ لَمَّا يَلْقَوْنَ السَّاعَةَ يَأْتِيهِمُ الْحَقُّ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا أَنَّهُمْ كَانُوا فِيهَا يَخْتَفُونَ ﴾ (١١١)، وحكمة الأحكام الكونية هي تقوية الايمان بالقران وتثبيت العقيدة بأنه ليس من صنع البشر وإنما هو وحى منزل، إضافة الى ذلك فان فيها توجيه الانسان الى التفكير في هذا الكون المسخر للانتفاع به مادياً ومعنوياً ولكن قليل من الناس يدركون الأسرار الكونية لهذه

الآيات وفلسفتها كما قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَقَالُوا أَلَمْ نَشْكُرْكَ يَا رَبُّ لَمَّا بَدَأْنَا مِنَّا مَا يَوْمَئِذٍ نَسْتَعِينُ ﴾^(١)، ثم إن في اعجاز الآيات القرآنية تفيدها للمزاعم التي تنشر بين أونة وأخرى في الرسائل المقروءة والمرئية وغير المرئية تحت عنوان علوم المستقبل أو غير ذلك مما يتعلق بعمر الكون بوجه عام وعمر الأرض بوجه خاص وعمر الإنسان بوجه أخص وتتضمن تلك المنشورات المضللة أرقاماً خيالية للأعمار المذكورة وهذه الاكتشافات المضللة المختلفة محاولات لاضعاف إيمان المؤمنين بوجود الله على أساس ارجاع الكون وما فيه إلى الطبيعة من جهة واضعاف الإيمان بمسؤولية الآخرة من جهة أخرى، فصي اختلافها دس وفي ترجمتها دس وفي نشرها دس من وراء الستار، ومن هذه الأكاذيب الخيالية المضللة ما نشرته مجلة علوم المستقبل الصادرة من وزارة الإعلام العدد (٣) صفحة ٤ تحت عنوان (ما قبل الانفجار العظيم): (١٥ مليار سنة ضوئية ومن ثم (١٥) مليار سنة خلت في الماضي السحيق استطاع الفلكيون في هذا العصر التوغل بأجهزتهم المتطورة في تلك السنين إلا أن الأمر ما يزال غامضاً ولكن العالم الكوني الروسي (اندرية ليندا) يقدم لنا مشهداً يتجاوز الخيال)، وقد رسم لنا اندرية ليندا رسماً خيالياً للكون وهذا ما سماه الانفجار العظيم وهو لا حقيقة له ولا وجود له إلا في خياله الفاسد المتفسد.

وأدعو الشباب المسلمين أن لا يتخذوا بهذه الأفكار المختلفة المضللة التي تنشر بطريقة الدس لاضعاف عقائد المسلمين من عقيدتهم تقليدية أخذوها من آباؤهم أما العقيدة العلمية الراسخة فإنها لا تتأثر بهذه الأكاذيب المضللة.

وهذا العالم الفلكي الروسي استعرض اكتشافه العلمي على أساس أن الكون من صنع الطبيعة وأن مصدر الانفجار هو الطبيعة وأن الكون قديم وكل قديم يتعارض مع كونه مخلوقاً لحاقق لأن كل مخلوق حادث مسبوق بالعدم.

أما بالنسبة لأصل الانفجار الكوني فقد نص عليه القرآن صراحة ولكن المفجّر هو الله وليس الطبيعة فقال سبحانه وتعالى ﴿ أَوَلَمْ يَرِ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا ^(١) فَفَتَقْنَاهُمَا وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ ﴿٢٠﴾ وَجَعَلْنَا فِي الْأَرْضِ رِجْسًا ^(٢)

(١) سورة المكنوت: الآية ١٣.

(٢) أي شيئاً واحداً متصلاً ببعضه بعض، والرتق ضد الفلق، وهو الفصل بين شيئين ملتصقين.

أَنْ تَقِيدَ بِهِمْ ^(١) وَجَعَلْنَا فِيهَا فِجْلًا ^(٢) شِبْلًا لِمَسْأَلَتِهِمْ نَارًا ^(٣) وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَفْعًا مَحْمُوطًا وَهُمْ عَنْ آيَاتِنَا مُعْرِضُونَ ^(٤) وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ كُلٌّ فِي فَلَكٍ يَسْبَحُونَ ^(٥).

ولو كان الفجر هو الطبيعة لما حصل الاختلاف بين طبيعة كوكب الأرض وطبيعة سائر الكواكب مثل كوكب القمر لأن الكل أجزاء لكتلة واحدة ومن مصدر واحد إذن لماذا كوكب الأرض صالح للحياة دون كوكب القمر مثلا مع أن الجميع أجزاء لكتلة واحدة ذات طبيعة واحدة!!؟

حكمة الآيات الكونية:

ففي الآيات الكونية براهين قطعية على أن القرآن وحي وان كل ما جاء فيه صحيح مطابق للواقع، وأذكر على سبيل المثل احدى تلك الآيات التي عرفت الكهرباء والشحنات الكهربائية قبل اكتشافها باكثر من ثلاثة عشرة قرناً كما في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا أَفَلَا يُرْتَبُونَ ^(١) صَاعًا ثُمَّ يُدْخَلُ بِهِمْ ثُمَّ يَجْعَلُهُمُ رُكَّامًا فَتَرَى الْوَدَّعَ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِمْ وَيَخِرُّونَ مِنْ حَيْثُ آمَنُوا وَمِنْ حَيْثُ آمَنُوا يَخِرُّونَ كَمَا يُخِرُّ الْعَبْدُ مِنَ الْوَسْطِيِّينَ ^(٢)﴾.

ومعجزة هذه الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يُدْخَلُ بِهِمْ﴾ فقد كان المفسرون الاولون يبرون بهذه الكلمات على أنها من المجازات البلاغية في حين انها من الحقائق الكونية المتعلقة باعجاز القرآن، لانها تدل بوضوح على الطاقة الكهربائية في السحاب قبل اكتشافها بقرون، وهذه الطاقة هي اساس تلك الظواهر الجوية فان التأليف بين قطع السحاب انما هي اشارة واضحة بل وصف دقيق للتقريب بين قطع السحاب المختلفة في الطاقة الكهربائية حتى تتجاذب بعضها مع البعض ويتما المجموع في الجو ككتلة الجيوش بما يتفق مع ما يريد الله أن

(١) اي جبالا ثوابت.

(٢) اي للا تتحرك بهم.

(٣) اي مسالك.

(٤) سورة الانبياء: ٣٠-٣٣.

(٥) يسوقه برفق.

(٦) سورة النور: الآية ٤٣.

يخلفه من بين السحاب من برق وصواعق ومن مطرٍ أو بردٍ، وإذا تَمَّ تجاذب السحاب بعضه فوق بعض نشأ السحاب الركام كما يقول سبحانه: ﴿هُوَ الَّذِي يُرِيكُمْ الْبَرْقَ خَوْفًا وَطَمَعًا وَمِمَّا رُبِنُوا الْسَّحَابَ الْإِنْفَالُ﴾^(١)، إن عمق الركام في المواصف الرعدية يكون عظيماً بحسب ما وصل اليه العلماء فإذا حصل التفرغ داخل السحاب بين تلك الطبقات الدنيا تكبير قطراته أثناء نزولها بما تستحقه من القطرات وهو الودق فإذا بلغت الحالة الجوية الكهربائية في ذلك السحاب الركام من القوة ومن الاضطراب ما يسمح بوقوع ظاهرة تردد بلورات الماء بين منطقتين ثلجية علوية ومطرية سفلية تكوّن البرد ولما حتى يصير القتل من أن يظل في أصل تلك القوى فيسقط على الأرض رحمةً إن كان صغيراً هيناً ونعمةً إن كان كبيراً راجعاً كما يقول سبحانه: ﴿يُجِيبُهُ بِسْمَنْ يَشَاءُ وَيَصْرِفُهُ عَن مَّن يَشَاءُ﴾ ولا يدري الإنسان كثيراً عن الظروف التي يتكون فيها البرد ولكنه يدري أنها ظروف يسودها اضطراب جوي الذي اشارت الآية اليه والى طبيعته اشارتين^(٢):

احدهما حين شبهت السحاب الركام الذي يتكون البرد داخله بالجبال.

والثانية حين اشارت الى عظم القوى الكهربائية المشتركة في تكوينه بنصها على عظم برقه وشدته وبلوغه من الحرارة درجة الابيضاض او ما فوق ذلك كما في قوله تعالى:

﴿يَكَادُ سَنَا بَرْقِهِ يَذْهَبُ بِالْأَبْصِيرِ﴾ ومن الايات الكونية قوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا

الرِّيحَ لَوْفِعَ قَارُونَ فَلَا تَلْمِزْنَا مِنْ نَسْلِكَ مَاءً فَاسْتَفَيْنَتْ كُفُوهَ وَمَا أَنْشَرْنَاهُ فَاسْتَفَيْنَتْ مَيِّتِينَ﴾^(٣) الى

الأمس القريب فسر اللقاح بأنه بين بذر التذكير وبيضة الانثى من النباتات والاشجار، وهذا الضير يتنافى مع النتيجة وهي انزال الماء من السماء والواقع ان اللقاح بين الشحنات الكهربائية الموجبة والشحنات السالبة في السحاب الذي يولد الصوت والبرق.

وفلسفة أحكام الآيات الكونية هي توجيه الانسان الى الاكتشافات العلمية في هذا الكون من جهة وتقوية الايمان بالله وبالقران والرسول من جهة اخرى، لان هذه المعلومات الكونية

(١) سورة الرعد: الآية ١٢.

(٢) ينظر: نظرات في القرآن للاستاذ محمد الغزالي - ط٣: ص ١٤٣ وما يليها.

(٣) سورة الحجر / ٢٢.

التي وصل إليها العلماء بعد اربعة عشر قرناً تناولها القران بدقة متناهية موافقة للحقائق العلمية الحديثة.

رابعاً - الأحكام العبرية:

وهي الأحكام التي تلتخذ من الآيات التي تبحت عما فعلته الأمم السابقة قبل الاسلام وما نالته تلك الأمم من جزاء طبقاً لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَعْصِلْ وَيَشْكَالْ دَرَزَسْرَا يَسْرُمُهٗ ۙ ﴾ (١)

وفلسفة هذه الآيات وأحكامها هي أنها توجه الأجيال القادمة المتعاقبة بعد ظهور الاسلام نحو العبرة بما فعلته الأمم السابقة وبما نالته من الجزاء ويقاس حالهم ومصيرهم على حال تلك الأمم ومصيرها وقد نصّ القرآن الكريم على هذه الحكمة في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ لَقَدْ كَاتَفِي فَصَصِيهِمْ عِبْرَةً لِّأُولِي الْأَلْبَابِ ۙ ﴾ (٢)، وقوله: ﴿ وَآتَلْ عَلَيْهِمْ ۙ تَبَأَ الْأَيْتِي ۙ ۙ مَا تَيْتِي ۙ مَا تَيْتِنَا قَاتَلَخَ مِنْهَا قَاتَبَعَهُ الشَّيْطَانُ ۙ فَكَانَ مِنَ الْفَاؤِورِي ۙ ﴾ (٣) وَلَا شَيْئًا لَقَرْفَتِي ۙ ۙ ۙ وَلَا كَيْفَتِي ۙ لَشَلَذَ ۙ ۙ ۙ أَبَ الْأَرْضِ ۙ ۙ وَأَتَّبِعَ هَوَاهُ فَتَنَاهُ كَنْتَلُ الْعَكَلِبِ ۙ ۙ ۙ إِنْ تَحْشَلِ عَلَيْهِ ۙ ۙ ۙ تَلَهْت ۙ ۙ ۙ أَلْ تَنْزَرْفَتِي ۙ تَلَهْتْ ۙ ۙ ۙ ذَلِكَ نَشَلُ الْقَوِي الْأَيْتِي كَذِبًا بِتَابِتِيْنَا قَاتَقَصِي الْقَصَصِ لَمَلَهُمْ يَنْفَكَرُونَ ۙ ۙ ۙ ﴾ (٤)، وقوله: ﴿ وَذَكَّرَ فَإِنِ الْإِكْرَتِي نَفَعُ

(١) سورة الزلزلة: الآية ٧.

(٢) سورة يوسف: الآية ١١١.

(٣) على اليهود.

(٤) وهو بلعام بن باعوراء من علماء بني اسرائيل مثل ان يدعو على موسى وأهدي اليه شيء فدعا فأتى على.

(٥) أي اندرته فصار قريناً له.

(٦) أي ال منزلة العلماء.

(٧) أي بسبب تلك الآيات.

(٨) أي السكن.

(٩) أي الي الدنيا وما فيها.

(١٠) أي بالطرد والزرجر.

(١١) لبيت الكلب وغيره أخرج لسانه.

(١٢) سورة الاعراف: الايتان ١٧٥-١٧٦.

التَّوْبِينَ ﴿١١﴾، وقوله: ﴿ أَلَمْ يَأْتِهِمْ نَبَأُ الَّذِينَ كَانُوا مِنْ قَبْلِهِمْ قَوْمِ نُوحٍ وَعَادٍ ﴿١٢﴾ وَثَمُودَ ﴿١٣﴾ وَقَوْمِ إِبْرَاهِيمَ وَأَصْحَابِ مَدْيَنَ ﴿١٤﴾ وَالْمُؤْتَفِكَةَ ﴿١٥﴾ أَنَّهُمْ رُسُلُهُمْ يَآتِيَنَّهُمْ ﴿١٦﴾ فَمَا كَانَ اللَّهُ لِيَظْلِمَهُمْ وَلَكِن كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴿١٧﴾.

وهذه الآيات وأمثاله أحكامها عبرية وجعلها خبرة ومعانيها طلبية، فهي تأمر كل جيل أن يأخذ العبرة من جيله السابق من حيث الجرائم والمعوقات وأن يستعين بما ورثه من جيله السابق من خير أو علم أو إنتاج علمي أو نحو ذلك فيستثمر هذا الموروث ليضيف إليه ربحاً جديداً فيتركه لمن يأتي بعده لأن الحضارة البشرية تكونت بهذه الطريقة فهي ليست من صنع جيل واحد وإنما يساهم فيها كل جيل بقدر ما يقدمه من النفع لمصلحة جيله والأجيال التي تليه.

خامساً - الأحكام الشرعية العملية:

وهي الصفات الشرعية لتصرفات الإنسان القولية منها والفعلية، ككونها واجبة أو مستحبة، أو محرمة أو مكروهة أو مباحة، وككونها سبباً لصحة تصرف أو شرطاً له أو مانعاً منه، أو كون التصرف صحيحاً أو باطلاً. كل ذلك لغرض تنظيم العلاقات بين أفراد بني الإنسان بصورة منتجة لأثارها ومحققة لأغراض إنشائها.

وتأتي في مقدمة هذه العلاقات علاقة الإنسان مع ربه لأنها الأساس الرئيس لمصادقية بقية علاقات بني الإنسان بعضهم مع بعض، فكل خلل في علاقة الإنسان مع ربه تنعكس آثاره السلبية على علاقته مع غيره من بني نوعه.

(١) سورة الفاريات: الآية ٥٥.

(٢) أي قوم هود.

(٣) أي قوم صالح.

(٤) أي قوم شعيب.

(٥) أي فرى قوم لوط والمراد أمهله.

(٦) أي المعجزات.

(٧) سورة التوبة: الآية ٧٠.

أهم الأحكام الصلوية:

١- أحكام العبادات؛ ووظيفتها تقوية الصلة بين العبد وربه لاكساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزراع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

٢- أحكام الأسرة؛ وهي وجوب ما للفرد وما عليه من الحقوق والالتزامات باعتبار مركزه في أسرته منذ أن كان جنيناً إلى وفاته، من رضاع وحضانة وولاية وتربية ونفقة وتعليم وزواج ومعاشرة وطلاق وعدة ووصية وتركه. وقد تناول القرآن هذه الأحكام بشيء من التفصيل لأهميتها وخطورتها في حياة الفرد والمجتمع.

٣- أحكام المعاملات المالية؛ وهي وجوب رعاية الأسباب الشرعية لكسب الملكية والأخذ بالأسس والقواعد التي تنرتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، حتى لا يكسب أحد حقاً أكثر من التزامه ولا يطفى حق فرد على حق آخر، وقد أنصرت القرآن على العناصر والأسس والأحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة الاقتصادية ومنها: التراضي في عقود المعاوضات^(١) وطيبة النفس في التبرعات^(٢)، والتوازن بين الموضين في العقود الملزمة للجائين^(٣)، والوفاء بالالتزامات المترتبة على التصرفات^(٤)، وأداء المدين للامانات^(٥)، وتوثيق العقود ضماناً للمضوق وحذراً من

(١) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْحَىٰ ۖ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ يَحْسَرُونَ ﴿٢٩﴾

(٢) قال تعالى: ﴿وَمَا مَلَائِكَةُ سَدَقَتِي إِلَّا بِمَا نَحْنُ بِهَا بِرَبِّكُمْ فَذَلِكُم مِّنْ حَيْثُ كُنْتُمْ يُغْتَابُونَ ﴿١٠٠﴾﴾ النساء: ١٠٠.

(٣) قال تعالى: ﴿وَأَسْأَلُ اللَّهَ اتِّسَاعَ الرِّزْقِ وَيَسَّرَ لِي رِزْقِي﴾ البقرة: ٢٧٥.

والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين الموضين والمقصود بالربا ما كل عقد معاوضة يكسب فيه احد المتعاقدين مصلحة على حساب الآخر بدون مبرر شرعي.

(٤) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾ المائدة: ١، أي أوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

(٥) قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ النساء: ٥٨.

والمراد بالامانة كل حق عيني أو شخصي أو أدبي (معنوي) يعود إلى الغير بحيث لا يجوز الاحتفاظ به بدون مبرر شرعي ويشمل أيضاً كل واجب على الإنسان تجاه ربه وتجاه الغير من بني الإنسان.

الخصومات^(١)، وترك القرآن بقية عناصر العقود وأحكامها وأسس الالتزامات المالية وأحكامها وتطوير العلاقات الاقتصادية وأجهاتها للمقول البشرية في ضوء متطلبات المعيشة في كل زمان ومكان شريطة أن يكون ذلك ضمن الإطار الأخلاقي الذي صنعه الله للإنسان ليتحرك فسي داخله ولا يتجاوز حدوده ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(٢).

4- **الأحكام الدستورية**؛ لم يطرُق القرآن لبيان طبيعة الحكم ولا لطرق انتخاب ولي الأمر (رئيس الدولة) ولا للشروط التي يجب أن تتوفر في الرئيس، ولا لكيفية انتخاب أهل الشورى (أو أهل العقد والحل) ولا لكل ما يتغير بتغير الحياة فيما يتعلق بالنظام الدستوري وعلاقة الحاكم بالمحكوم والحقوق والواجبات بين الراعي والرعية ولكن أمر بوجود توافق أربعة أسس رئيسية:

الأساس الأول: هو العمل بمبدأ الشورى في صنع كل قرار يتعلق بالمصالح العليا للأمة^(٣).
الأساس الثاني: رعاية العدل والمعادلة في كل حكم قضائي وإداري وغيرهما من كل ما يمس حياة وكرامة الفرد^(٤).

الأساس الثالث: توزيع الحقوق والواجبات والالتزامات بميزان المساواة بحيث لا يأخذ أحد حقاً أكثر من التزامه على حساب الآخرين^(٥)، ولا يكلف بالتزام-بدون رضا - لا يقابله حق.

الأساس الرابع: وجوب إطاعة ولي الأمر فيما لا توجد فيه معصية لله،^(٦) لأنه يمثل النظام،

(١) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَارَكْتُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ الَّذِي كُنْتُمْ تُصَلُّونَ وَتَسْتَشِيرُونَ وَتَنصَحُوا بِبَيْنِهِمْ سَكَتًا عَلَى الْكُرْسِيِّ﴾ البقرة ٢٨٢، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة ٢٨٢، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكُنُوا عَلَى سَكْرٍ وَكُنْتُمْ تُحَدِّثُونَ أَخِيًّا وَقَدْ فَهِمْتُمْ﴾ البقرة ٢٨٢.

(٢) سورة الطلاق: ١.

(٣) قال تعالى: ﴿وَتَشَاوَرْتُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ آل عمران ١٥٩، وقال تعالى: ﴿وَأَلْفَرُّمُ شَيْئًا بَيْنَهُمْ﴾ الشورى ٣٨.

(٤) أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل والأخذ به في آيات متعددة كثيرة منها ﴿إِنَّ أَقْرَبَهُ بِأُسْرِهِمْ وَأَلْسِنُهُمْ وَأَلْسِنُهُمْ﴾ التحل ٩٠.

(٥) أشار القرآن في آيات كثيرة إلى أصل الإنسان وأنه مصنوع من معدن واحد فلا يجوز التزوير بالتعامل مع بعضهم على أساس أنهم من الذهب ومع البعض الآخر على أساس أنهم من النحاس.

والإخلاق بالتزام الطاعة لإخلاق النظام.

٥- **أحكام العلاقات الدولية:** دستورنا القرآن الكريم بنى تنظيم علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها وعلاقات الشعوب والأقوام والأمم على أساس الإخوة البشرية ، وكونهم من أب واحد وأم واحدة^(٥٩) ، وشيمة الإخوة هي التعاون والتضامن والتحابب والتوادد واستبعاد كل ما يعتبر من باب عدوان بعضهم على بعض ، وعلى هذا الأساس نص القرآن على أن الأصل في هذه العلاقات هو السلم^(٦٠) ، وأن الحرب استثناء^(٦١) لا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات الدفاع الشرعي عن العقيدة والإيمان وعن الحياة والعرض والمال والعقل ، تلك المصالح الضرورية التي رعايتها والمحافظة عليها تعد من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية. وفي حالة الدفاع الشرعي أيضاً أمر سبحانه وتعالى بالانصراف إلى السلم كلما دعا المعتدي إلى ذلك بعد كفه عن الاعتداء^(٦٢).

٦- **أحكام المالية العامة:**

أولاً: الملكية في الإسلام تختلف عن الملكية في النظامين الرأسمالي والشيوعي ، ففي النظام الرأسمالي ملكية الفرد مقدسة غير محددة ، وغير خاضعة للقيود ، وفي النظام الشيوعي عناصر الإنتاج ملك للدولة ، وفي الشريعة الإسلامية الملكية لله تعالى^(٦٣) ، والإنسان خليفة ووكيل^(٦٤) ، فعليه أن يستثمر ملكه استثماراً يفيد نفسه ومجتمعه ، وأن

- (١) قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَلِيقُوا الزُّكُوفَ وَأُولَى الْأُصْحَابِ وَلَا تَتَّبِعُوا فِي سَبِيلِ الْمَوْلَى وَالرُّسُلَ وَإِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُوا أَوْحَايَ الْآخِرَ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ٥٩.
- (٢) قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَرَبُّكُمْ لَكُمْ رَبُّكُمْ فَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ عِنْدَهُ خَائِفِينَ ١٣.
- (٣) قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا خُلِقُوا فِي الرِّبَا فَكُفُّوا وَلَا تَسْمِعُوا مَن يَكْفُرُ بِهِ أَتَسْتَسْمِعُونَ ٢٠٨.
- (٤) قال تعالى: ﴿ مَن آفَقَنَ عَلَيْكُمُ تَأْفَقْ وَارْتَضَى عَلَيْكُمُ ارْتَضَى مِنِّي وَرَبِّي فَأَتَقَبَّلْ وَرَبِّي أَغْنَى ١٩٤.
- (٥) قال تعالى: ﴿ وَإِن جَسَدًا لَّمْ يَلْمَسْهُ عَمَلٌ مُّسِيءٌ فَلْيَسْأَلْهُ عَمَلَهُ بَلْ يَأْتِيهِ مِنَ الشَّيْءِ نَبِيذٌ ٦١.
- (٦) قال تعالى: ﴿ وَرَبُّهُ مُتَّقِنٌ وَرَبُّ الْأَرْضِ ١٧.
- (٧) قال تعالى: ﴿ وَرَبُّ الْأَرْضِ يَجْعَلُكُمْ عَلَى الْأَرْضِ ١٦٥.

ينفق ما يزيد عن حاجته في سبيل الله وفي سبيل المصلحة العامة^(١).
 ثانياً: جميع المعادن الفلزية واللافلزية في باطن الأرض وظاهرها، وفي الملك الخاص
 والملك العام تعتبر من الأموال العامة ومن موارد الدولة كما أجمع على ذلك فقهاء
 المالكية، وعللوا ذلك بأن استثمارها من قبل الأفراد يخلق الفتن والحقد والبغضاء.
 ثالثاً: أموال الوقف من الأموال العامة، يصرف ريعها على الموقوف عليه، فإذا أقرض
 تصرفه الدولة في سبيل المصالح الخيرية العامة.
 رابعاً: الزكاة، موارد زكاة النقود، والمحصولات الزراعية، والحيوانات وكل مال معد
 للربح والتجارة تعتبر من الأموال العامة أو حقوق الله المحضة، فعلى الدولة تأسيس
 مؤسسة عامة ووزارة تتولى جمع موارد الزكاة وتوزيعها على مصارفها المحددة في
 القرآن^(٢) بضمنها (في سبيل الله)، أي في سبيل المصلحة العامة.
 خامساً: الضرائب للدولة فرض الضرائب على دخل الأغنياء وأخذ الزيادة عن حاجتهم
 كلها أو بعضها كلما دعت حاجة الأمة أو المصلحة العامة، لان الزيادة تعتبر من
 الأنفال^(٣)، والتفل في اللغة العربية عبارة عن الزيادة، وقد طبق الخلفاء الراشدون
 فكرة أخذ مال الأغنياء مما هو زائد عن حاجتهم في حالات حاجة بيت المال إلى ذلك
 كما في ظروف الجهاد.
 سادساً: أرض العراق موقوفة على المصالح العليا لأهل العراق منذ الفتح الإسلامي باتفاق
 كبار الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب^(٤).

(١) قال تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ مَتَعَلِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ الحديد ٧.

(٢) قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الضَّكَاةُ لِلْفُقَرَاءِ وَالسَّكِينِ وَالْمَسْكِينِ وَالْمُرْتَدِّينَ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾ وفي الإتيان
 والتقديرين وفي سبيل الله وأن السبيل فريضة بين الله وأهل بيته عليه صلوات الله وسلامه عليه^(١).

(٣) قال تعالى: ﴿مِمَّا رَزَقْنَاكَ مِنَ الْأَنْفَالِ فَمَا أَكْثَرُ﴾ الأنفال ١.

(٤) بعد أن تم فتح العراق والشام وغيرها من البلاد الأخرى في عهد عمر بن الخطاب^(١) رأى جمهور
 الصحابة في بادئ الأمر تقسيم تلك الأرض بين الفاتحين بعد إخراج الخمس، فخانفهم عمر، ثم قالوا
 له: استشر، فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا، ثم قال لهم: أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال
 يلزمونها؟ أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر لا بد لها من أن تشحن
 بالجيوش وإمداد الطعام عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء، إذا قسمت الأرض والعلوج؟ فقالوا جميعاً:
 الرأي، رأيك نعم ما قلت ونعم ما رأيت أن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال ونجرت عليهم ما

٧- أحكام الجرائم والعقوبات:

الجريمة عبارة عن ارتكاب فعل محرم ثابت تحرمة بالنص أو الإجماع، أو ترك فعل واجب ثابت وجوبه بالنص أو الإجماع، والجريمة في الحالة الأولى إيجابية^(١) وفي الحالة الثانية سلبية^(٢).

قسم فقهاء الشريعة الجرائم باعتبار خطورتها وعقوبتها إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

القسم الأول: جرائم الحدود: وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان، لذلك حدد التحريم بالنص والعقاب بالنص.

وتتميز عقوبات جرائم الحدود بأنها حقوق الله المحضة (حقوق عامة)، ولذلك لا تقبل التخفيف والتشديد والعفو والصلح والتبديل والتعديل، ومنها جريمة الزنى والغدق والسرقه^(٣) والردة^(٤).

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية: وهي جرائم الاعتداء على حياة الإنسان أو على

يقون به رجوع أهل الكفر إلى دينهم، ثم انتهى الأمر بموافقة أكثرهم على اعتبار أرض العراق موقوفة على المصالح العليا.

لمزيد من التفصيل راجع كتاب الحجاج لأمي يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب الإمام أبي حنيفة (رحمه الله)، ص ٢٤ وما بعدها، والحجاج ليحيى بن آدم، ص ١٨، ٤٣، الأموال لابن عبيد، ص ٥٦ وما بعدها.

(١) لأن ركنه المادي هو القيام بالعمل.

(٢) لأن ركنه المادي هو الامتناع عن القيام بالعمل.

(٣) قال تعالى في تحريم السرقة ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبِغْيِ ﴾ البقرة: ١٨٨، وقال في العقاب ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا كَفْلًا بَيْنَ أَهْلِهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ للأنبياء: ٣٨.

(٤) قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَرْسُدْهُ مِنْكُمْ عَنْ رِبِّهِمْ فَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَسَبُوا وَهُمْ سَكِرَاتٌ فَأُولَئِكَ كَانَ عَقُوبَةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ وَأُولَئِكَ هُمُ الصَّاحِبُونَ ﴾ البقرة: ٢١٧ وفي القرآن نوع ثان من الأحكام السلبية وهي أحكام المرافعات والإبانت وردت بمبادئ عامة منها ﴿ وَأَنْهَدُوا ذَرْبًا عَدْلًا بَيْنَكُمْ وَأَنْهَدُوا الشَّهَادَةَ بَيْنَ يَدَيْهِمْ ﴾ البقرة: ٢٨٣. وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَكْفُرُوا بِاللَّهِ عَدْوًا مِنْكُمْ قَدَرْتُمْ بِأَنْفُسِكُمْ وَاللَّهُ مُتَعَدِّتٌ لِمَا تَتَوَكَّلُونَ عَلَيْهِمْ ﴾ البقرة: ٢٨٣. وقال تعالى: ﴿ وَهِيَ كَذِبَةٌ كَتَبَتْ دُونُ عَشْرِينَ قَطِيرَةً إِنْ مِيسَرَتْ وَإِنْ تَصَدَّقُوا بِعِلْمِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة: ٢٨٠.

سلامته، فكل من التحريم^(١) والعقاب^(٢) في هذا القسم أيضاً ثابت بالنص إلا أن عقاب الفصاص والدية حق مشترك بين الدولة التي تمثل المجتمع وبين المجني عليه (حال حياته) وورثته (بعد وفاته)، والحق الخاص هو الغالب لأن ضرر المجني عليه وأسرته أكثر من ضرر المجتمع. والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (الغتم بالفرم) لذلك يجوز في الشريعة الإسلامية المدول من الفصاص إلى الدية أو العفو^(٣) إذا كانت الجريمة للمرة الأولى من القاتل نفسه^(٤).

القسم الثالث: جرائم التعزير: وهي الجرائم التي ترك تعذيب عقوبتها لولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع أهل الشورى أو (أهل العقد والحل) وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: جرائم الحدود المقترنة بالشبهة^(٥): كل جريمة حدية حصلت فيها شبهة من حيث الإثبات أو من حيث التنفيذ تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية يعاقب المجاني بعقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية إذا لم تصل الشبهة إلى درجة إعفائه من العقاب، ومن تطبيقات تحول جريمة الحد إلى الجريمة التعزيرية.

جريمة الزنى إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو كانت في زواج فاسد لأن نصاب

(١) قال تعالى في تحريم القتل ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ الإسراء: ٣٣، وقال تعالى:

﴿أَنْتُمْ مَن قَتَلْتُمْ نَفْسًا يَحْتَرِبُ تَقَرُّبٌ أَوْ نَفْسًا فِي الْأَرْضِ فَحَسْبُنَا فِئْتَلِ أَنْتُمْ جَمِيعًا﴾ المائدة: ٣٢.

(٢) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الضَّمَامُ فِي الْقَتْلِ﴾ البقرة: ١٧٨، وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ

يُؤْمِنُ أَنْ يَفْتَنَ اللَّهُ قَوْمًا بِالْإِحْسَانِ وَأَنْ يُفْتَنُوا كَمَا فَتَنَكُمْ فَاصْبِرْ لِحُكْمِ اللَّهِ وَرَبُّكَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ﴾ البقرة: ٢١٣.

أهلوه إِلَّا أَنْ يَحْكُمُوا فِي الْعِلْمِ﴾ النساء: ٩٢.

(٣) قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤْتِ مَلَكًا مَلَكًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِرَبِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنْ كَانَ مُتَوَدِّعًا﴾ الإسراء: ٣٣، والسلفان عبارة عن واحد من الخبرات الثلاثة (أما طلب تنفيذ الفصاص أو الدية أو

المدول إلى العفو).

(٤) وإلا فلا يجوز لولي القاتل سوى طلب الفصاص وإذا طلب غير ذلك فلا يجوز للقضاء والسلطة

التنفيذية استجابة طلبه ما دام ارتكاب القتل أصبح أكثر من مرة واحدة.

(٥) الشبهة: هي ما لم يتبين كونه حلالاً أم حراماً وما لم يتبين ثبوته، والشبهة قد تكون في الفعل وهي ما

ثبت بظن غير الدليل دليلاً كظن حل معاشرتة زوجة يكون زواجها فاسداً أو باطلاً ولا يعلم بطلانه،

وقد تكون شبهة في المثل كالسرقة بين الأصول والفروع، فالشبهة في المال المسروق من حيث المثل

والحرمة وقد قال الرسول ﷺ لولد أحد الصحابة (أنت ومالك لأبيك). وقد تكون في الإثبات كما في

حالة عدم توافق نصاب الشهادة مع قناعة القاضي بوقوع الجريمة.

الشهادة في الزنى أربعة فما فوق^(١).

جرمة السرقة بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، أو بين الشريكين، أو في حالة الحاجة والفقر، فلا يعاقب السارق بالعقوبة المحددة لجرمة السرقة.

النوع الثاني: جرائم بلا تحديد العقوبة: وهي جرائم ثبت تحريمها بالنص وترك تحديد العقوبة للسلطة التشريعية الزمنية كالنجس^(٢)، والنصب^(٣)، والرشوة^(٤)، وخيانة الأمانة^(٥).

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة: الشريعة الإسلامية والشرائع الإلبيه السابقة والقوانين الوضعية كلها تستهدف مصلحة الإنسان بجلب منفعة له أو دفع مضرة عنه، لكن تزيد الشريعة على القانون برعاية المصالح الأخروية للإنسان.

وبناء على هذه الحقيقة قال فقهاء الشريعة يجوز لولي الأمر بالتعاون مع أهل العقد والحل أن يعتبر كل فعل مضر بالمصالح الضرورية للإنسان كمصلحة الدين والحياة والعرض والمال والعقل جريمة يعاقب عليها بعقوبة تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورة الجرم^(٦).

دلالة القرآن على الأحكام:

القرآن قطعي الثبوت لأنه منقول في كل عصر من المصنوع الإسلامية بالتواتر منذ نزول الآية الأولى إلى يومنا هذا، أما دلالة على الأحكام فقد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

١- تكون دلالة النص قطعية إذا لم يمتثل أكثر من حكم (أو معنى) واحد ومن أمثلة

(١) لوجود الشبهة في الإثبات في الحالة الأولى، ووجود العقد الصوري في الحالة الثانية الذي اعتبره الفقهاء منشا الشبهة وأقروا فيه النسب والعدة ومهر الثقل وعدم وجوب عقوبة الحد وثبوت الصاعرة إذا لم الدخول.

(٢) قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْسُرُوا وَلَا يَتَّبِعُوا نَهْيَكُمْ بَعْضًا﴾ المجزات ١٢.

(٣) قال تعالى: ﴿وَالنِّبِيُّ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّكُمْ كَانَ حُكْمًا كَبِيرًا﴾ النساء ٢.

(٤) قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبِطْلِ وَيَدُلُّوْا بِهَا إِلَىٰ الْمَعْصِيَةِ إِنَّا سَخَّرْنَاَهَا لِمَنْ يَشَاءُ رَبُّنَا﴾ النساء ١٨٨.

(٥) قال تعالى: ﴿إِنَّمَا عَلَىٰ عَقِبِكُمْ بِطْنٌ مَّنْ يَدُلُّوْا أَلْمَسِيَّتَ إِنَّا عَمِلْنَاهَا﴾ النساء ٥٨.

(٦) والمصدر الكاشف لأحكام هذا النوع الثالث المصلحة المتغيرة التي ترجع إما إلى المصالح الضرورية أو الحاجة أو التحسبنة كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

الدلالات القطعية للأيات القرآنية:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ يَنْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَخْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْمَئِذٍ مِمَّا أَرَدْتُمْ وَلَهُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَخْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّلُثُ مِمَّا تَرَخْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ تَوْصُوتٍ مِمَّا أَرَدْتُمْ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلًا يُوْرَثُ كَلِّلَةً أَوْ أَسْرَاءً فَلَهُ وَآخُ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ رَجُلٍ مِمَّا أَتَى مِنَ الْبُدُنِ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْمَئِذٍ مِمَّا أَرَدْتُمْ غَيْرَ مُمْسِكَاتٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَآقِئِهِ عَلَيْهِمْ حَيْبٌ ۝١١١﴾. فدلالة هذه الآية على أن نصيب الزوج النصف إذا لم يكن لزوجته فرع وارث، والربع إذا كان لها فرع وارث، وعلى أن نصيب الزوجة الربع عند عدم وجود فرع وارث للزوج، والثلث عند وجوده، وأن لأخ واحد أو أخت واحدة للمتوفى من أمه السادس، وأن لأكثر من واحد منهما الثلث، دلالة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتعديل والتبديل مهما تطورت الحياة وتغير الزمان والمكان.

ب- قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّا جَاءَ بِالْبُهْتَانِ إِذَا تَوَافَرَا إِذَا تَوَافَرَا أَرْكَانَهَا وَشُرُوطَهَا وَانْتَضَتْ مَوَانِعُهَا مِائَةَ جَلْدَةٍ غَيْرَ قَابِلَةٍ لِلْجِهَادِ وَالنَّخْفِيفِ وَالنَّشِيدِ﴾. يدل على أن عقوبة جريمة الزنى إذا توافرت أركانها وشروطها وانتضت موانعها مائة جلدة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتخفيف والتشديد.

ج- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَدْلَةٍ بِإِذْنِ رَبِّهِنَّ فَلَئِنَّ رَبَّهُنَّ لَآتِيَهُنَّ جَلْدَةً وَلَا يَبْلُغُونَ لَهُنَّ مِائَةَ أُجْرَةٍ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۝١١٢﴾، يدل على أن العقوبة البدنية لجريمة القذف إذا توافرت أركانها وشروطها وانتضت موانعها مائة ثمانون جلدة.

٢- تكون دلالة النص ظنية إذا احتمل أكثر من حكم (أو معنى واحد) ومن أمثلة الدلالات الظنية للأيات القرآنية:

(١) سورة النساء ١٢.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النور ٤.

أ- قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّقُونَ^(١) بَيْنَ يَدَيْهِمْ رَزَقًا^(٢) لِّزَوْجِهِمْ أَشْهُرٌ مَّا كَانُوا^(٣) يَكُونُونَ^(٤) أَهْلًا^(٥) لِّهَا عَقُودَ رَجِيمٍ^(٦) وَلَئِن مَّرَرْتُمْ بِالطَّلَاقِ فَرَأَيْتُمْ سَمْعَ يَلِيمٍ^(٧)﴾^(٨)، دلالة ظنية على أن من هجر زوجته وحلف ألا يعاشرها معاشرة زوجية، للزوجة الانتظار أربعة أشهر فإذا لم يرجع الزوج إلى المعاشرة خلال هذه المدة قال الحنفية^(٩) والأباضية^(١٠) (يقع الطلاق تلقائياً بدون حكم قضائي) وقال المالكية^(١١) والشافعية^(١٢) والحنابلة^(١٣) (للزوجة رفع الدعوى إلى القاضي وللقاضي بناء على طلبها أن يجبر الزوج على الرجوع أو الطلاق، فإن أبى يفرق بينهما، ويكون التزويق طلاقاً رجعياً)، وقال المالكية (بمجرد البهرج كاف لذلك إذا كان مضرراً بالزوجة ولا يشترط الحلف لأن الحكم شرع لرفع الضرر والظلم عن الزوجة سواء حلف الزوج ألا يعاشرها أو لا) وهذا القول هو الراجح.

وقال الجعفرية^(١٤) والظاهرية^(١٥) والزيدية^(١٦) والحنابلة في رواية^(١٧) (القاضي يجبر الزوج على الرجوع إلى المعاشرة أو الطلاق أو يحكم بحبه ويقيس في الحبس إلى أن يرجع أو يطلق أو يموت) وهذه الخلافات بين الفقهاء نشأت عن كون دلالة الآية ظنية.

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفُ

(١) يعلقون ألا يعاشرهن جنسياً.

(٢) انتظار.

(٣) رجعوا إلى المعاشرة

(٤) سورة البقرة ٢٢٦، ٢٧٢.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٣/٣ (محمد بن عبد الواحد).

(٦) جوهر النظام للسالمي ٩١/٤ (عبد الله بن حميد).

(٧) شرح القرشي ٩١/٤ (أبي عبد الله محمد).

(٨) الأتوار ليوسف الأردبيلي ٢٩٣/٢.

(٩) الإنصاف للمرداوي ١٨٣/٩.

(١٠) شرائع الإسلام لتجتم الدين أبي القاسم ٨٤/٢.

(١١) المحلى لابن حزم الظاهري ٤٣/١٠.

(١٢) التاج للذهب لأحمد بن قاسم ٢٥٦/٢.

(١٣) الإنصاف، المرجع السابق.

إِنَّكُمْ سَكَانَ فَنَجَسَتْ وَمَمْتَأَسَتْ سَكِيلًا^(١) ، يحتمل أكثر من حكم (معنى واحد) لان لفظ (نكاح) ورد في اللغة العربية والشرع تارة بمعنى المعاشرة الجنسية^(٢) مطلقاً سواء كانت مشروعة أم لا ، ومرة بمعنى عقد الزواج وأخرى بالمعنيين معاً على أساس انه مشترك بينهما ، وترتب على ذلك اختلاف الفقهاء في ثبوت المصاهرة المحرمة بالزنى.

قال جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين وتبعهم جمهور فقهاء أئمة المذاهب من الحنفية^(٣) والشافعية^(٤) والأهلية^(٥) والحنابلة في الصحيح عندهم^(٦) (من زنى بامرأة حرم عليه أصولها وفروعها ، وحرم عليها أصوله وفروعه استناداً إلى الآية المذكورة ، لان النكاح فيها يشمل المعاشرة الجنسية المشروعة وغير المشروعة وعقد الزواج المقترن بالدخول أو بلا دخول ، ونهب الآخرون إلى أن النكاح في هذه الآية بمعنى عقد الزواج ، فمن تزوج امرأة زواجاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول أو بعده حرمت على أصوله وفروعه ، ولا تثبت المصاهرة بالزنى)^(٧).

ج- قوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادْتُمْ أَنْ تُطِيبُوا صُلُوبَكُمْ فَلْيَطِيبُوا وَأَلَسْ لَكُمْ فِيهَا جُنَاحٌ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ دلالة ظنية لان لفظ (ولد) في عرف العرب يستعمل للذكر فقط ، وبه فسر جمهور فقهاء الصحابة والتابعين وجمهور أئمة المذاهب الفقهية ، قالوا (البنت لا تحجب الأخت الشقيقة أو الأب بل تكون عصبة معها فلها الباقي من التركة)^(٨) ، ويستعمل في لغة

(١) سورة النساء: ٢٢.

(٢) أي الوطء.

(٣) في شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ واستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّا بَيْنَكُمْ وَمِمَّا بَيْنَ آبَائِكُمْ﴾ النساء: ٢٢ ، بناء على أن المراد بالنكاح الوطء ، إما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقريته انه كان فاحشة.

(٤) أي عند بعضهم ، الخلاف في القفه للطوسي ١٦١/٢.

(٥) كتاب النكاح للإمام أبي زكريا يحيى بن الخير الجناوني ، ص ٢٥.

(٦) في المني ٥٧٦/٦ ، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّا بَيْنَكُمْ وَمِمَّا بَيْنَ آبَائِكُمْ﴾ النساء: ٢٢ ، والوطء يسمى نكاحاً.

(٧) بداية المجهود ونهاية القصد لابن رشد ٢٩/٢.

(٨) سورة النساء: ١٧٦.

(٩) مؤلفنا: شرح قانون الأحوال الشخصية أحكام الميراث والوصية ، ص ١٤٩.

العرب للذكر والأنثى وبه فسره ابن عباس رضي الله عنه (١)، وأخذ به فقهاء الجعفرية (٢) وداود الظاهري (٣) فقالوا (لا ترث الأخت عند وجود البنت).

د- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَيِّهِ الشُّدُشُ﴾ (٤) دلالة ظنية لان لفظ (إخوة) له عدة احتمالات أهمها:

أولاً - قال جمهور الفقهاء (المراد به أخوان فأكثر، أو أختان فأكثر أو أخ وأخت فأكثر لأن الحد الأدنى للجمع اثنان) (٥).

ثانياً - وقال الجعفرية (٦) (المراد به إخوان فأكثر، أو أخ وأختان فأكثر، أو أربع أخوات فأكثر) لان كل أخ يعادل أختين وإن الحد الأدنى إخوان أو ما يعادلها إضافة إلى ذلك قالوا (يجب ألا يكونوا من الأم).

ثالثاً - وعند ابن عباس رضي الله عنه الحد الأدنى ثلاثة إخوة، وقال لعثمان بن عفان رضي الله عنه (إن الأخوسين لا يسردان الأم إلى السلس، إنما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ﴾ والأخوان في لسان قومك ليسا بإخوة)، فقال عثمان (لا أستطيع أن أنقض أمراً كان قبلي توارثه الناس ومضى في الأمصار)، وأخذ برأي ابن عباس فقهاء الظاهرية (٧).

ونستنتج مما ذكرنا: أن السبب الرئيس من أسباب اختلاف الفقهاء عبارة عن ظنية دلالة النص على الحكم في القرآن الكريم.

ملاحظة: يضاف الى الأنواع الثلاثة نوعان آخران وهما الأحكام العبرية والأحكام الكونية.

(١) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ٢٩٦/٦.

(٢) الخلاف في الفقه للطوسي (أبي جعفر بن الحسن بن علي ٤٤٢/٢).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق.

(٤) سورة النساء ١٣.

(٥) المغني لابن قدامة ١٧٦/٢.

(٦) الخلاف، المرجع السابق.

(٧) المغني لابن قدامة ١٧٦/٦، أقر ابن عباس في الحد الأدنى للإخوة، أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب التراض ٣٣٥/٤ (بأن ميراث الإخوة من الأب والأم). وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التراض، باب فرض الأم ٢٢٧/٦.

المبحث الثاني السنة النبوية

السنة النبوية أصل من أصول الشريعة الإسلامية، وتحتل المركز الثاني بعد القرآن، والعمل بها واجب ما لم يثبت عدم صحتها وذلك بموجب القرآن والحديث والإجماع والمعقول.

١- القرآن:

أكد القرآن في آيات كثيرة وجوب إطاعة الرسول ﷺ واتباعه بعد إطاعة الله، ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن نَّزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ١٦٤﴾. فإطاعة الله تكون بالرجوع إلى القرآن، وإطاعة الرسول بالرجوع إلى سنته، وإطاعة أولي الأمر بالرجوع إلى ما أجمع عليه العلماء المسلمون، فهي الآية إشارة إلى أربعة مصادر للأحكام الشرعية (القرآن والسنة والإجماع والقياس)، ويفهم القياس من قوله تعالى: ﴿فَإِن نَّزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ١٦٤﴾.

ب- الحديث:

قال النبي ﷺ لعاذ بن جبيل رضي الله عنه حين قرر إرساله إلى اليمن قاضياً: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: في سنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله فالأجتهد رأي ولا ألو، فحضر رسول الله ﷺ صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)^(١)، وهذا يدل على إقرار الرسول للنهج المنطقي التسلسل الذي نوى معاذ أن يتبعه في قضائه.

(١) سورة النساء ٥٩.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٦/٥، ٢٤٢، وأبو داود في السنن ٣٥٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٤/١٠.

ج-الإجماع:

اجتمعت الأمة الإسلامية كافة منذ عهد الرسالة على أن السنة النبوية بعد ثبوتها تأتي بعد القرآن مباشرة في المصدرية للأحكام الشرعية.

د-المعقول:

العقل السليم يقضي بحجية قول وفعل وتقرير من اختاره الله رسولاً وزكاه فيما ينطق به فقال ﴿ وَمَا يَخْلُقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ إِنَّ هُوَ إِلَّا رَحْمَةٌ يُّرْسِنُ ۗ ﴾^(١)، وخوله بيان القرآن وإيضاح أحكامه فقَالَ: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾^(٢)، وقال ﴿ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾^(٣).

حقيقة السنة:

لفظ (سنة) حقيقة لغوية وفقهية وحديثية وأصولية:

لغة: الطريقة المتأداة سواء كانت محدوجة أم مفهومة^(٤).

وواقعياً: هي النافلة في العبادات^(٥)، أي الطريقة المتبعة في الدين والتي لم تكن من الفرض ولا من الواجب كستن ما قبل الصلاة وما بعدها، وكستن الصيام إضافة إلى الصيام الفرض، فالسنة بهذا المعنى عبادة مطلوب فعلها على وجه الأفضلية والأولوية

(١) سورة النجم ٣.

(٢) سورة النحل ٤٤.

(٣) سورة النحل ٦٤.

(٤) وقد وردت بهذا المعنى في القرآن، فقال تعالى: ﴿ وَمَا مَنَعَ النَّاسَ أَنْ يُؤْمِنُوا إِذْ جَاءَهُمْ الْهُدَىٰ وَيَسْتَغْفِرُوا رَبَّهُمْ إِلَّا أَنْ تَأْتِيَهُمْ سُنَّةٌ الْأَرْزَقِينَ أَوْ يَأْتِيَهُمُ الْعَذَابُ فُبُكَاءَ الْكُهْمِ ۗ ﴾. وقال تعالى: ﴿ قَدْ خَلَّكَ مِن قَبْلِكُمْ مَثَلًا ضَالِّينَ أُولَئِكَ مَنَّ اللَّهُ عَلَىٰ الْأَرْضِ فَأَنْظَرْنَاهُمْ لِقَابِهِمْ ۗ ﴾. ووردت أيضاً بهذا المعنى في حديث الرسول ﷺ فقال (من سن سنة حسنة فله أجرها واجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجزائها شيء)، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجزائها شيء)، صحيح مسلم ٧٠٥/٢.

(٥) التلويح لسعد الدين التفتازاني على التوضيح، شرح التصحيح لصدر الشريعة لعبد الله بن مسعود (٢١٣/٢).

بميت يشاب فاعلمها ولا يعاقب تاركها. وهي ترادف المنسوب والمستحب والتطوع والتفل.

وحديثاً: عند أهل الحديث ما أثر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية أو سيرة سواء أكان ذلك قبل البعثة كحثه في غار حراء أم بعدها^(١).

وأصولياً: ما صدر عن الرسول ﷺ - غير القرآن - من قول^(٢) أو فعل أو تقرير، فالسنة بهذا المعنى الأصولي هي المعنية بدراسنا، وهي مصدر من مصادر الأحكام الشرعية.

الحديث القدسي والحديث النبوي

الحديث القدسي ما كان معناه وحياً من الله ولفظه من الرسول ﷺ، فهو يختلف عن القرآن الذي لفظه ومعناه من الله، وعن الحديث النبوي الذي لفظه ومعناه من الرسول ﷺ^(٣).

القصاص السنة من حيث كيفية صدورها من النبي ﷺ

١- السنة القولية: وهي أقواله ﷺ التي قالها بصفته رسولاً خاضعاً للوحي الإلهي ومن سنته القولية (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر)^(٤)، وقال ﷺ (إنكم تختصمون إلي فلعن بعضكم أن يكون الخن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه^(٥)، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)^(٦)، والأحكام الواردة في السنة القولية غالباً أحكام تفصيلية وقد

(١) السنة قبل التدوين للأستاذ محمد عجاج الخطيب، ص ١٦.

(٢) ويسمى الحديث، والسنة تشمل القول والفعل والتقرير والحديث يختص بالقول.

(٣) ومن الحديث القدسي ما رواه النبي ﷺ عن ربه (يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي فلا تغالموا، يا عبادي كلكم خال إلا من هدته فاستهدوني أهدكم)، أخرجه مسلم، باب تحريم الظلم، صحيح مسلم بشرح النووي ١٦/١٦٨.

(٤) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ١٣/٣٩٢، باب أجر الحاكم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية ١١/٢٥٤، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد.

(٥) أي من الدعوى والإجابة والبينة، أو اليمين، وقد تكون باطلة في الواقع فيقطع من مال أخيه قطعة من نار باعتبار ما يزول إليه، والحديث دليل على أن حكم الحاكم لا يحمل به للمحكوم له ما حكم له به على غيره إذا كان ما ادعاه باطلاً في نفس الأمر وما أقامه من الشهادة الكاذبة، وأما الحاكم فيجوز له أن يحكم بما ظهر له من الأدلة الظاهرة والإلزام به.

(٦) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الأحكام ١٣/٢١٤ وما بعدها، باب من قضى في حق أخيه فلا يأخذه، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية ١٢/٢٤٤، باب الحكم بالظاهر.

أنت بعض أقواله عليه السلام على سبيل القواعد الكلية، وفرع عنها الفقهاء قواعد فقهية عامة كقوله عليه السلام (لا ضرر ولا ضرار)^(١).

٢- السنة الفعلية: وهي الأعمال التي فعلها باعتبارها تطبيقاً للأحكام الشرعية كقضائه أو إيضاحاً للآيات القرآنية طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ الَّذِي صَكَرَ لَشَيْئٍ لِلنَّاسِ مَا مُزَّلٌ إِلَيْهِمْ﴾^(٢).

ومن سنته الفعلية أعماله التي بين بها مجمل آيات القرآن، فبين قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٣)، فأقام الصلاة بحضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسنتها، ثم قال عليه السلام لهم: (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٤)، وكذلك بين قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْنَا بَنِي آدَمَ مَنَاسِكَ الْجَمِيعِ﴾^(٥)، فأدى مناسك الحج مع أصحابه ثم قال عليه السلام لهم (خلوا عني مناسككم)^(٦).

٣- السنة الظرفية: وهي ما روي من استحسان الرسول عليه السلام أو سكوته أو عدم إنكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضرته وفي غيابه ثم علم به^(٧)، لأن السكوت تقرير ضمنى لمشروعية القول أو الفعل، والنبي عليه السلام يحكم برسالة مستول عن الأمر بالمعروف والنهي عن

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٢٦/٥-٣٢٧، وابن ماجه، كتاب الأحكام ٢٣٤٠، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.

(٢) سورة النحل ٤٤.

(٣) سورة البقرة ١١٠.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٣٦/٣.

(٥) سورة آل عمران ٩٧.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٧٨/٣.

(٧) ومن هذا القبيل ما حدث أثناء الحملة العسكرية بقيادته على بني قريظة حين قال لأصحابه (لا يصلين أحدكم إلا في بني قريظة)، من أن بعض الصحابة استنجوا من هذا الكلام أن المقصود هو الاستجمال للوصول قبل علم العدو بمظلتهم، فوصلوا في الطريق حين أدركتهم صلاة العصر، في حين فهم الآخرون أن الصلاة لا تجوز في الطريق قبل الوصول إلى بني قريظة فأخروها إلى ما بعد المغرب، ولما وصل الخبر إلى النبي عليه السلام سكت ولم يأمر أي من القريظين بإعادة الصلاة واعتبر سكوتهم دليلاً على صحة صلاة كل فريق منهما.

أخرجه الإمام مسلم في كتاب الجهاد، باب المبادرة بالفرز ٣٤٠/١٢.

المنكر فلا يسكت على ما يراه منكراً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك كالسكوت حذراً من حدوث المضاعفات.

القسام المنة باختيار لتصلل متنها

ينقسم الحديث النبوي باعتبار سنده إلى متصل وغير متصل (مرسل).

١. الحديث المتصل: وهو ما اتصل سنده^(١) إلى رسول الله ﷺ دون انقطاع راوٍ من رواه في سلسلة الرواية بأن كان كل واحد من رواه سمعه ممن فوقه حتى ينتهي إلى منتهاه^(٢)، ويسمى (المستد) لاتصال إسناده.
٢. الحديث المرسل (أو غير المتصل): وهو الذي لم يتصل السند فيه إلى رسول الله ﷺ، أو اتصل ولكن سقط من رواه الصحابي.

القسام الحديث المتصل من حيث قوة روايتها:

الحديث باعتبار روايته لا يخلو إما أن يكون رواه في كل عهد جماعة لا يحصى عددهم^(٣)، ولا يمكن تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وتبين أماكنهم، أو يصير كذلك بعد عهد الصحابة في عهد التابعين وتلاميذ التابعين، أو لا يصير متواتراً أصلاً، فالأول متواتر والثاني مشهور والثالث خبر الواحد.

- ١- الحديث المتواتر: وهو ما رواه عن الرسول ﷺ مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين لا يتصور عادة تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هذا الجمع جمع من تابعي التابعين كذلك وهكذا..

(١) متن الحديث: هو ألقاط الحديث التي تنضم بها المعاني أي نص القول أو الفعل. سند الحديث: هو طريق المتن. أي طريق رواية الحديث من رواه الذين تتوفر فيهم شروط الرواية. والإسناد: هو رقع الحديث إلى قائله، والمحدثون يستعملون السند والإسناد لشيء واحد، قال ابن حزم: هو نقل الثقة عن الثقة يبلغ به النبي ﷺ مع الاتصال.

السند (بفتح التنوين): الحديث المستد هو الكتاب الذي جمع فيه ما استنده الصحابة، أي روه، وقد يطلق ويواد به الإسناد، انظر قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للإستاذ محمد جمال الدين القاسمي، تحقيق محمد بهجت البيطار، ص ٢٠٢.

(٢) كان الإمام مالك يقول في كتابه الموطأ (مثلاً) عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن رسول الله ﷺ، انظر مقدمة ابن الصلاح الشهري في علوم الحديث، ص ٢١.

(٣) أي لا يدخل تحت الضغط، ولا يشترط عدد معين كحد أدنى لتحقيق التواتر وإنما المهم توفر العناصر المذكورة.

وهذا النوع من الحديث كثير في السنة الفعلية ولكنه قليل بل نادر في السنة القولية.
ومن السنن القولية المتواترة قول الرسول ﷺ (لا تكبوا عني ومن كتب عني غير القرآن
فليحبه وحدثوا عني ولا حرج ، ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار) ، وقد رواه
عن الرسول أكثر من مائة صحابي^(١).

هـ شروط تحقق التواتر:

- يلخذ من تعريف التواتر أنه يجب لتحقيقه توافر الشروط الآتية:
- أ- أن يتم أخذه عن طريق الحس كالسمع أو المشاهدة.
 - ب- وأن يستحيل في العقل عادة تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وأمانتهم
وتباين طبائهم واختلاف أماكنهم.
 - ج- وأن يتوافر الشرط الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة
التابعين وطبقة تابعي التابعين).

النواتر اللفظي والتواتر المعنوي^(٢)

- أ- **النواتر اللفظي**؛ وهو أن يكون ما يرويه كل واحد من جماعة الرواة في كل عصر متفقاً
مع ما يرويه الآخرون منهم من اللفظ كما في الحديث المذكور.
- ب- **النواتر المعنوي**؛ وهو أن يروى الحديث بروايات مختلفة في الألفاظ والتعابير ومتفقة في
معنى مشترك، وهذا المعنى المشترك هو التواتر المعنوي كما في حديث (إنما الأعمال
باليات^(٣))^(٤)، فإنه نقل بروايات متعددة مختلفة في الألفاظ ومتفقة في المعنى.

حكم الحديث المتواتر:

التواتر في الحديث وفي غيره من الأخبار يفيد العلم القطعي (اليقيني) لأنه يجعل الأمر
المسوع كالشاهد الماين فهو قطعي الثبوت كالقرآن ، ولكن دلالاته قد تكون قطعية وقد تكون
ظنية.

(١) صحيح مسلم ٨٤٧/٥ ، جامع بيان العلم ٦٤/١ ، سنن الدارمي ١١٩/١ ، مستد أحمد ٢١١/٣ .

(٢) هو ما تواتر القدر المشترك فيه .

(٣) حديث (إنما الأعمال باليات مشهور وليس متواتراً أنهم قالوا أنه لم يصح إلا عن عمر .

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة ، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٧/١٣ .

٢- الحديث للشهور: وهو ما رواه عن النبي ﷺ واحد أو اثنان أو عدد قليل من الصحابة لم يصل إلى حد التواتر ثم استفاض بعد ذلك في عصر التابعين أو تابعي التابعين بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب، والفرق بينه وبين المتواتر أن المتواتر توافرت فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث (الصحابة والتابعين وتابعي التابعين)، أما المشهور فلم يتوافر فيه التواتر في الطبقة الأولى.^(١)

حكمه: أنه يفيد ظناً قريباً من اليقين يطلق عليه تعبير (الطمأنينة) ولذلك اعتبر في حكم المتواتر من حيث وجوب العمل به إن كان قطعي الدلالة ويخصص به عموم القرآن ويفيد به مطلقه^(٢)، ويقدم على القياس عند التعارض.

٢- خبر الأحاد، أو حديث الأحاد: وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث، ومن الجدير بالإشارة أن معظم سنن النبي ﷺ من هذا النوع الثالث.

حكمه: أنه بوجوب غلبة الظن فيجب العمل به ما لم يقم دليل على عدم صحته. وهذا التقييم الثلاثي للحديث المتصل هو اتجاه علماء الحنفية الأصوليين والفقهاء^(٣)، أما الجمهور فقد اعتبروا المشهور قسماً من حديث الأحاد وأخذوا بالتقسيم الثنائي إلى المتواتر والأحاد^(٤).

(١) كحديث إما الأعمال بالنيات.

(٢) قال أبو بكر الجصاص وجماعة من أصحاب أبي حنيفة أنه مثل المتواتر يثبت به علم اليقين لكن بطريق الاستدلال بأن يقال (إن التابعين لما اجتمعوا على قبوله والعمل به ثبت صدقه لأنه لا يتصور عادة اتفاقهم على القبول إلا بجماع جسمهم عليه)، وليس ذلك إلا تعيين جانب الصدق، لئلا قالوا (العلم الثابت به علم استدلاله وليس بدعيًا، إلا أنه لا يكفر جاحده). كما تواتر لأن إنكاره لا يؤدي إلى تكذيب النبي ﷺ حيث لم يسمع من الرسول ﷺ عدد لا يتصور تواطؤهم على الكذب بل هو خبر الواحد في القرن الأول وإنما يؤدي إلى تحطئة من قبله في القرن الثاني والثالث واتهامهم بعدم التأمل في كونه عن الرسول ﷺ بخلاف إنكار المتواتر فإنه يؤدي إلى تكذيب الرسول ﷺ لأن التواتر بمنزلة المسوع عنه، وتكذيب الرسول ﷺ كفر. انظر كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، شرح الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد الزيدوي ١٨٨٢/٢.

(٣) قال علماء الحنفية في الموازنة بين هذه الأنواع الثلاثة: التواتر لا شبهة في اتصاله بصورة ولا معنى، والمشهور في اتصاله بالنبي ﷺ شبهة صورة لأنه كان أحاد الأصل لا معنى لان الأمة تلقته بالقبول فلغاد حكماً دون اليقين وفوق أصل الظن، وخبر الواحد في اتصاله شبهة صورة ومعنى أما صورة فلاه لم يصل حد التواتر في القرون الثلاثة الأولى، وأما معنى فلان الأمة لم تتلفاه بالقبول فلم يجتمع على قبوله كما اجتمعت على قبول النوعين الأولين فهو يمتثل للصدق والكذب لكن بسبب عدالة رواته

ومن وجهة نظري أن الخلاف شكلي وإنما هو في النسبة فقط ، لأن الكل متفقون على أن الحديث الذي أصبح متواتراً في القرنين الثاني والثالث أقوى من الحديث الذي أسترأحاداً في القرون الثلاثة ، وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في شروط العمل بمخبر الواحد لكن الكل متفقون على أنه متى ثبت صحته وظهر المعنى المراد منه وجب العمل به إذا لم يتعارض مع القرآن وإنما الخلاف فيما لم يثبت صحته .

شروط الحنفية:

يعتبر فقهاء الحنفية من المتشددين في شروط العمل بمخبر الواحد بسبب ما حدث في عصرهم من ظهور الوضاعين ومن اختلاق الحديث باسم النبي ﷺ من قبل الدسائين ، ولذلك لم يعملوا بمخبر الواحد ما لم تتوافر فيه شروط حدودها بما يلي :

١ - أن لا يعمل الراوي بخلاف ما رواه ، لأن مخالفة عمل الراوي لروايته ليس إلا لأنه عشر على دليل قطعي ناسخ لما رواه أو علم بوجود علة تمنع العمل به ، ولهذا لم يعملوا بحديث عائشة رضي الله عنها (أيما امرأة تكلمت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها)^(١) ، لأنها زوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غالباً بالشام بلا إذن وليها^(٢) .

يرجع صدقه ، لمزيد من التفصيل راجع كشف الأسرار ، المرجع السابق ٦٨٨/٢ ، التلويح مع التوضيح والتفصيح ، المرجع السابق ٢٤٣/٢ .

(١) في شرح جمع المجموع مع الباني ٨٨/٢ ، من خبر الأحاد : المستفيض ، وهو الشائع عن أصل وقد يسمى مشهوراً وقيل من التواتر وقيل أنه قسم برأسه ، وقال أبو إسحاق الإسفرايني وأبن فورق بغير المستفيض علماً نظرياً وجعلوا واسطة بين التواتر القيد للعلم الضروري والأحاد القيد للظن .

(٢) أخرجه الأربعة إلا السنائي وصححه أبو عوانة وأبن حبان والحاكم ، قال ابن كثير وصححه يحيى بن معين وغيره من الحفاظ ، سبل السلام ١٥٤/٣ ، أخرجه أبو داود في كتاب النكاح ، باب الولي ٢٠٨٣ ، والترمذي في كتاب النكاح ، لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣ ، ٤٠٨ ، وأبن ماجه في سنته ، كتاب النكاح ٦٠٥/١ ، وأحمد في مسنده ٤٧/٦ .

(٣) أي أنه حديث خالفة رواه ، وكل ما كان كذلك لا يعمل به ، أما الأول فلأن عائشة زوجت بنت أخيها بلا إذن وليها ، وأما الثاني فلأن الراوي إذا خالف ما رواه فإما أن يكون مع علمه بالصحة أو لا ، فصي الحالة الأولى يكون لاسقاً فلا تقبل روايته ، وفي الحالة الثانية يكون تاركاً للعمل به لعلمه بوجود علة تمنع العمل به ، وعلى هذا الأساس كل حديث خالفة رواه لا يصح العمل به ، ويتناش هذا الاستدلال بأنه يجوز أن يعلم بصحته ومخالفته لمعارض راجع عنده باجتهاده ولا يلزم تقليده فيه ، وبان الحديث إذا

٢- وأن لا يكون خير الواحد وارداً بصدد حكم قضية تتكرر يوماً ونس حاجة الناس إلى معرفة حكمها، لأنه إذا كان كذلك فالمفروض أن يكون متواتراً أو على الأقل مشهوراً ولا تبقى روايته حصراً في أفراد معدودين.

وينوا على ذلك عدم عملهم بمحدث خيار المجلس، وهو ما رواه ابن عمر من أن الرسول ﷺ قال (إنما يتابع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتابعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تابعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)^(١) وفي رواية حكيم بن حزام^(٢) (الييمان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتمت بركة بيعهما).

قالوا (إن هنا خير واحد فيما تعم به البلوى، وكل خير كذلك غير مقبول فهنا غير مقبول) وأثبتوا مقدمتي هنا القياس المنطقي فقالوا في المقدمة الأولى (إن البياعات مما يتكرر مرات لا تحصى ومثل هنا تعم به البلوى بمعرفة حكمه، أي تمس الحاجة إلى معرفة حكمه، وفي المقدمة الثانية قالوا (إن العادة تقتضي أن ما عمت به البلوى يكون معلوماً عند الكافة، فائتراد واحد أو عدد محدد به على خلاف العادة دليل على عدم صحته)^(٣).

نقله راجد عدل يجب العمل به فلا يترك لوهم أن الراوي لم يترك العمل به إلا لعلته تمنع العمل به ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية القائم لم يشترط إذن الولي بالنسبة للباقة العاقلة التي أكملت الثامنة عشرة من العمر متأثراً بفقهاء أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

(١) بأن يقول أحدهما للآخر: اختر إرضاء العقد، فإذا اختار وجب البيع أي لزم والتمزم، فإن خير أحدهما الآخر فسكت لم ينقطع خيار السكوت، صحيح مسلم ١١٦٣/٣.

(٢) إحصاء الأحكام شرح عمدة الأحكام للعلامة ابن دقيق العيد مع حاشية العدة للأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني، الطبعة السلفية ٧/٤ وما بعدها.

(٣) وناقش الدليل المذكور بمنع المحدثين معاً، أما الأولى فلأن البيع وإن كان ذاته مما تعم به البلوى لكن الحديث إنما ورد بشأن الفسخ وهو ليس بما تعم به البلوى في البياعات لأن الظاهر من الإقدام على البيع والشراء هو الرغبة في استبرار العقد وعدم فسخه، فمعرفة حكم الفسخ لا تكون عامة، وأما المقدمة الثانية فهي غير مسلمة أيضاً لأن المتمدن في الرواية هو عدالة الراوي وجزمه بالرواية وقد تحقق ذلك في حديث خيار المجلس، وعدم نقله بالتواتر أو بالاستضافة لا يدل على عدم صحته، لمزيد من التفاصيل

٣- وأن لا يكون مخالفاً للقياس إذا كان الراوي غير فقيه، فقالوا (الراوي إما معروف بالرواية أو مجهول) أي لم يعرف إلا بحديث أو حديثين:

أ- المعروف بالرواية إذا كان معروفاً بالفقه والاجتهاد كالحلفاء الراشدين والعبادلة^(١)، يعمل بما يرويه من الحديث عن الرسول ﷺ سواء وافق القياس أم خالفه، وإذا لم يكن معروفاً بالفقه كأبي هريرة وأنس بن مالك فإن حديثه إن وافق القياس قبل وعمل به، وكذا إن وافق قياساً وخالف قياساً، أما إن خالف جميع الأقيسة فلا يعمل به، وجه هذا التفرقة بين الفقيه وغيره هو أن نقل الحديث بالمعنى كان مستتبساً لدى الرواة فإذا لم يكن الراوي فقيهاً لم يؤمن من أن ينهض شيء من معانيه فيدخله الشبهة وهي غير موجودة في القياس^(٢) فيقدم القياس عليه في العمل.

ب- المجهول بالرواية من لم يشتهر بطول الصحبة مع الرسول ﷺ وإنما عرف بما روى من حديث أو حديثين، فإن روى عنه السلف وشهدوا له بصحة الحديث فيعتبر بمثابة غير الفقيه المعروف بالرواية فيقبل حديثه^(٣) إن وافق القياس، ولذلك قبل فقهاء الحنفية حديث معقل بن سنان الذي قال (إن رسول الله ﷺ قضى بمهر المثل لامرأة -

راجع المرجع السابق ٩٠٨/١، ولم يأخذ الشرع العراقي في القانون المدني القائم بخيار المجلس مثلاً بفقهاء الإمامين أبي حنيفة ومالك.

(١) عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير ومثلهم زيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل، أبو موسى الأشعري وعائشة ؓ، لمزيد من التفصيل راجع التوضيح والتفصيح والتلويح، المرجع السابق ٢٥٠/٢.

(٢) قال التضائلي، التلويح ٢٥١/٢ (وفي بحث أما أولاً فلأن الشبهة في القياس في أسود ستة: حكم الأصل، تعليقه، تعيين الوصف الذي به التعليل، وجود ذلك الوصف في الفرع، نفي المعارض في الأصل ونفيه في الفرع، أما ثانياً، فلأن الظاهر من الحال عدالة الصحابة بنقل الحديث بلفظه لا بمعناه فلا شبهة وأما ثالثاً، فلأنه نقل عن كبار الصحابة أنهم تركوا القياس غير راوي غير معروف بالفقه).

(٣) وإن رده الكل فهو مستكر لا يعمل به كحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى وقد طلقها زوجها ثلاثاً، فرده عمر وغيره من الصحابة، وقال عمر (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا تدري أصدقت أم كذبت، أحفظت أم نسيت)، أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب الطلقة ثلاثاً، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٣١/١٠.

أراد عمر بالكتاب قوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ) الطلاق ٦، وأراد بالسنة قوله (سكنت النبي ﷺ قال: (للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة)، وهو متعب أبي حنيفة، وبه أخذ الشرع العراقي في ٥٠٠ من قانون الأحوال الشخصية القائم.

بروع بنت واشق - مات عنها زوجها قبل أن يحد لها المهر وقبل أن يدخل بها، فقالوا أن الراوي وإن كان مجهولاً غير فقيه إلا أن حديثه موافق للقياس أي قياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة في كل منهما^(١).

٤- وأن لا يعارض دليلاً أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور، وبنوا على هذا الشرط عدم عملهم بحديث المصراة وهو ما رواه أبو هريرة من أن النبي ﷺ قال (لا تصروا)^(٢) الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين^(٣) بعد أن يحلبها إن رضيا أسكها وإن سخطها ردها وعساها من تمر^(٤)، فقال الحنفية في تبرير ترك

(١) خلاصة القضية: سئل ابن مسعود رضي الله عنه عن تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً ولم يدخل بها حتى مات عنها، فلم يجب شهراً وكان السائل يتردد إليه، ثم قال بعد شهر: اجتهد فيه برأي، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكد خطأ فمن ابن أم عبد، وفي رواية فسني ومن الشيطان. أرى أن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط (أي لا تنقص ولا تجاوز حد). فقام معقل بن سنان الأشجعي وأبو الجراح صاحب راية الأشجيين وقالوا (نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمثل فضائك)، وقد كان هلال بن مرة مات عنها من غير قبض مهر ودخول. فسر ابن مسعود بذلك سروراً لم يسر مثله بعد إسلامه لما وافق فضائه قضاء رسول الله ﷺ. ورد علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال (ما نصنع بقول أعرابي يوال على عقيبه)، وإنما رده لخالفته لقياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول، والعمل بالقياس والرأي أول من العمل بحديث الراوي المجهول.

وأخذ بهذا الحديث فقهاء الحنفية لأنه موافق لقياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة، ولم يعمل به الشافعي لخالفته لقياس المذكور (أي قياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول) لأن المهر لا يجب إلا بالفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه (أي التمتع بالتزوجة بالدخول) فإذا عاد المعقود عليه إليها سألنا لم يستوجب العوض عليه (مهر المثل) كما لو طلقها قبل الدخول بها.

لزيد من التخصيص راجع كشف الأسرار مع أصول الزدوي، المرجع السابق ٧٠٥/٢ وما بعدها، والتوضيح شرح التفتيح مع التلويح، المرجع السابق ٢٥١/٢ وما بعدها.

(٢) التصرة لغة الجمع، يقال: صرفت الماء أي جمعته، والمراد بها في هذا الحديث جمع اللبن في الضرع بالشد وترك الحلب مدة ليخيل المشتري أنها خيرة اللبن فيزيد من ثمنها لما يرى من كثرة لبنها، كذلك المراد بالتخصيل هنا المعنى في رواية من اشترى شاة بمحفلة.

(٣) بخير النظرين (أي بأحد النظرين): نظرة لنفسه بالاختيار والإمساك ونظرة للبائع بالود والفسخ.

(٤) متفق عليه، وللبخاري وأبي داود (من اشترى فتناً مصراًة فاحتلبها فإن رضيا أسكها وإن سخطها فني حلتها صاع من تمر)، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن علي محمد الشوكاني ٢٤١/٥ وما بعدها.

وفي صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ورد هذا الحديث في روايات مختلفة منها قوله ﷺ (من ابتاع شاة مصراة فهو فيها باختيار ثلاثة أيام إن شاء أسكها وإن شاء ردها ومعها صاع من تمر)

عملهم بهذا الحديث (أنه مخالف للقرآن وللحديث المشهور وللإجماع والقياس
(والمعقول) كالآتي:

أ- مخالف للقرآن لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل وفقاً لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ
أَعْتَدَ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١)، فاللبن إذا اعتبر مثلاً لا يكون
التمر مثلاً له.

ب- مخالف للحديث المشهور لأن الضمان في القيمي مقدر بالقيمة وفقاً لقول الرسول ﷺ
(مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا^(٢)) له في عبء قَوْمٍ عَلَيْهِ نُصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا^(٣)، واللبن إذا
كان قيمياً فصاع التمر ليس قيمة له لأن القيمة تزيد وتنقص في ضوء زيادة ونقص
المال القيمي الذي أنشأه، في حين أن مقدار التمر ثابت محدد بصاع في جميع
الأحوال، وكذلك مخالف للحديث المشهور (الخراج بالضمان)^(٤) الذي يقضي بأن
تكون الفلّة الناجمة من العين ملكاً لمن ضمن العين إذا هلكت، فالعين المصراة لو
هلكت بعد القبض لهلكت على المشتري، ومقتضى ذلك أن اللبن ملكه، فاللبن
الذي بعد الشراء والقبض لا يكون مضموناً على المشتري، لأنه فرع ملكه الصحيح
فلا يضمن لعدم توفر التمدي، ولا يضمن بالعقد لأن ضمان العقد ينتهي بالقبض،
ولذلك لا يضمن اللبن الذي حدث بعد القبض بإجماع الفقهاء، وكذلك لا يضمن
اللبن الذي كان موجوداً حين إنشاء العقد ثم حلب بعد القبض لأنه باطن الحلب فهو
لا يندرج في العقد بل بمنزلة الحادث بعد القبض كالكسب، وإذا اعتبرناه جزءاً من
المبيع فينبغي أن يسقط من البائع حصته من الثمن كما لو اشترى شيتين ثم رد
أحدهما.

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

(٢) الشقص: التصيب، السهم، الشقيص الشريك، الشرك والنصيب.

(٣) في رواية ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ (من أعتق شركاً له في عبد فكان له ما لم يبلغ من العبد قَوْمٍ عليه
قيمته عدل، فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق)، مضاف عليه
أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٧/٤، والبخاري في صحيحه (صحيح البخاري بشرح فتح الباري،
كتاب العتق، باب إذا عتق عبداً بين اثنين ١٨٩/٥)، ومسلم في صحيحه (صحيح مسلم بشرح
الترويح، كتاب العتق ٣٨٩/١٠).

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب البيوع ٥٨٢/٣، وهذا الحديث أصبح قاعدة عامة فقهية نصت عليه ٨٥م من
مجلة الأحكام العدلية.

ج- يخالف للإجماع لأن الإجماع اتفق على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد، فالتمر ليس مثلاً للبن ولا قيمة له^(١)، فالأول واضح أما الثاني فلأن القيمة تختلف باختلاف مقدار المال التلف، وهنا ليس كذلك.

د- يخالف لقياس الأصول من الأوجه الآتية:

أولاً: أن ضمان التليات بالمثل وضمان القيميات بالقيمة، فالبن إن كان مثلياً فضماته بمثله وإن كان قيمياً فضماته بمثل قيمته، وضمان الصاع من التمر خارج عن الأصلين.

ثانياً: إن الضمان يكون مقدراً بقدر التلف قلّة وكثرة، وهذا مقدر بمقدار صاع في جميع الأحوال.

ثالثاً: إن ما أتلف من البن إن كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من العقود عليه وذلك مانع من الرد كما لو ذهب بعض أجزاء المبيع ثم ظهر عيب فانه يمنع الرد، وإن كان حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه وكذلك الاختلاط يمنع الرد.

رابعاً: الحديث أثبت الرد في غير عيب ولا شرط لأن نقصان البن لو كان عيباً لثبت به الرد من غير تصرية، ولا يثبت الرد في الشرع إلا بعيب أو شرط^(٢).

لتقويم رأي الحنفية من حديث المصراة:

إن الأدلة المذكورة التي احتج بها بعض الفقهاء الحنفية على تبرير موقفهم من هذا الحديث وترك العمل به كلها غير مسلمة، لأنها مبنية على أساس موهوم وهو اعتبار صاع التمر الوارد في الحديث تعويضاً لما استهلكه المشتري من البن في حين أن هذا الحديث أصل من أصول الشريعة وقاعدة من قواعدهما العامة أخذت بها القوانين الوضعية بضمنها القانون المدني العراقي القائم (م ١٢١-١٢٣).

ومفادها: أن التفرير (أو التديس) الذي هو عبارة عن استعمال الطرق الاحتمالية من أحد المتعاقدين^(٣) لتضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في الغلط أو لإيقاعه في الغلط الذي وقع فيه تلقائياً

(١) كشف الأسرار مع الزبدي، المرجع السابق ٧٠/٢ وما بعدها.

(٢) انظر حاشية المرجاني على التوضيح شرح التقيح ٧٤/٣ وما بعدها.

يحمل إرادة المُضَلَّلِ الواقع في الغلط معيبة وبالتالي يكون له حق الفسخ إذا ترتب على هذا التفرير غير فاحش عند جمهور فقهاء المسلمين، أما المدني العراقي فيعتبر العقد موقوفاً على إجازة المقبول، فإذا فسح العقد على هذا الأسس فلا يكون مستولاً عن تمويض اللب الذي استهلكه في وقت كان المبيع في ضمانه وذلك أخفاً بالقاعدة الشرعية الواردة على لسان رسول الله ﷺ (الخروج بالضمان). وأمر الرسول ﷺ بدفع صاع من التمر عند رد المبيع مبني على أساس الحماية والجمالة وحسن التعامل^(١) وإضافة إلى ذلك فإن الحديث متى ثبت صار أصلاً من الأصول ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر لأنه إن وافقه فذاك واضح وإن خالفه لم يجزر أحدهما لأنه رد للحديث بالقياس وهو مردود بالإجماع فإن السنة مقدمة على القياس.

شروط الملكية للعمل بحديث الأحاد:

قال المالكية: يشترط للعمل بخبر الواحد أن لا يتعارض مع عمل أهل المدينة لأن أهل المدينة عاصروا التنزيل وشاهدوا أعمال الرسول ﷺ وأعمالهم بمثابة الخبر المتواتر ولذلك يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد، إذا تعارضوا ونوا على ذلك عدم عملهم بخبر المجلس الثالث في الحديث المذكور من روايتي ابن عمر وحكيم بن حزام^(٢) قال الإمام مالك رحمه الله (إنه حديث معارض لإجماع^(٣) أهل المدينة وعملهم وما كان كذلك يقدم عليه عمل أهل

(١) وكذلك الحكم إذا صدرت هذه الطرق التضليلية من شخص ثالث وكان التماقد المستفيد يعلم بها أو كان باستطاعته أن يعلم بها.

(٢) ويدل على ما قلنا معارضة بعض فقهاء الحنفية للقول بعدم العمل بهذا الحديث وقد ورد في كشف الأسرار، للرجع السابق ٧٠٣/٢ (التغل عن أبي يوسف في بعض أماليه أنه أخذ بحديث المصرة وأثبت الخبر للمشتري، وثبت عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال (ما جاءنا عن الله وعن رسوله ﷺ فلعلى الرأس واليمين) وكذلك لم ينقل عن السلف اشتراط الفقه في الراوي، ولكل ذلك يترجع أن هذا القول مستحدث غير معين بالأخذ به).

(٣) وهو حديث (إذا تباع الرجلان لكل واحد منهما في الخبر ما لم يتفرقا) مع رواية حكيم بن حزام (اليمن بالخيار ما لم يتفرقا) سبق تخريجهما.

(٤) لا يصح الاستدلال بعدم توافق إجماع أهل المدينة في هذه المسألة لأنه إن أريد الإجماع السابق على عهد الإمام مالك فإنه باطل لأن ابن عمر وهو من كبار فقهاء المدينة قال بخبر المجلس وإن أريد إجماع لاحق فهو أيضاً باطل لأن ابن أبي ذئب كان من كبار الفقهاء المعاصرين للإمام مالك قد أتخذ مالكا بشقة حين سمع أنه لا يعمل بهذا الحديث، ثم كيف يقدم إجماع أهل المدينة على خبر الواحد مع أن عملهم ليس بحجة إلا في المسائل الاجتهادية ؟

المدينة)، ورغم أن الإمام مالكاً هو راوي الحديث إلا أنه قال عقب روايته (وليس لحدنا عندنا حد معلوم ولا أمر معمول به فيه) والمدينة مهبط الوحي ووفاة الرسول ﷺ بين أظهر أهل المدينة وهم يعرفون الناسخ والمنسوخ ومخالفاتهم لبعض الأحاديث ومنها هذا الحديث تقتضي علمهم بناسخ أو دليل راجح^(١).

شروط الشافعية والحنابلة

لم يشترط فقهاء الشافعية والحنابلة شيئاً في العمل بمحدث الأحاد سوى صحة السند واتصاله بالنبي ﷺ، فإذا صح السند والاتصال وجب العمل به.

شروط الشيعة الإمامية

قال العاملي^(٢) (أجمع أصحاب المصومين ع - على العمل برواية الأحاد ونقلها إلى الغير ولم يمتنعهم عن ذلك المصوم)، واستدلوا على حجية الخبر الواحد بأدلة معظمها تنفق مع أدلة الجمهور التي سبق ذكرها^(٣)، لكنهم يختلفون مع الجمهور في الأمور الآتية:

أ- الحديث عندهم لا يقتصر على ما صدر عن النبي ﷺ بل هو ما صدر عنه وعن الإمام المصوم، لذا عرفوا السنة بأنها قول المصوم أو فعله أو تقريره^(٤).
ب- يشترط عندهم للعمل بمحدث الأحاد توفر الشرطين الآتيين:

١. التعدد فيشترط للعمل بمحدث الأحاد أن يرويه أكثر من واحد على أساس أن هذا هو قول علي بن أبي طالب عليه السلام.
٢. أن يكون رواه من الطائفة المحقة^(٥) فهم لا يعملون إلا بالأحاديث المروية عن الأئمة من آل البيت^(٦). ويتوا على ذلك ترك عملهم ببعض الأحاديث وهي مشهورة عند الجمهور ومنها:

(١) لمزيد من التوضيح راجع العدة للصنعاني على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع السابق ٥/١ وما بعدها.

(٢) شرح معالم الدين في الأصول، للشيخ حسن بن زين العابدين العاملي ص ٢٤٠.

(٣) وهي الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

(٤) وهم يقولون (آل البيت لسوا رواة عن النبي ﷺ والمحدثين عنه إنما هم المنصوبون من الله تعالى على لسان النبي لتبليغ الأحكام الواقعية، براجع أصول الفقه للشيخ المفكر.

(٥) الطائفة المحقة في تفسيرهم هي الأئمة الاثني عشرية كما ذكر ذلك الطوسي في كتابه عمدة الأصول، ص ٣١ وما بعدها.

أولاً: الأحاديث المروية عن الرسول ﷺ والناسخة لحكم المتعة وهم يقولون يجوز زواج المتعة إلى يوم القيامة ويستشهدون بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَسْتَمْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ كَرِبْتَهُ﴾^(١)، وقال الطوسي (وه قال علي ما رواه أصحابنا، وأما ما روي من الأخبار في تحريمها فكلها أخبار آحاد وفيها مع ذلك اضطراب)^(٢)، وتحريم المتعة ثابت عند جمهور الفقهاء بأحاديث ثابتة^(٣)، والآية التي استدل بها الإمامية محمولة عند الجمهور على الزواج المعروف الاعتيادي لورودها في سياق الكلام على الزواج بالعقد المعروف بعد ذكر محرمات الزواج.

ثانياً: حديث (لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها)^(٤)، وقالوا هذا الحديث غير صحيح لأنه ليس مروياً عن طريق آل البيت من الأئمة المعصومين ولها يجوز عندهم الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها. لكن لا تزوج بنت الأخت على خالتها إلا بإذنها، وتزوج الخالة على بنت الأخت بغير إذنها وكذلك الحال في العمة وبنت الأخ^(٥).

(١) ومعظم الإمامية على أنه لا تقبل رواية غير الإمامي، قال أبو الصالح (لو كان بعض رجال السنة غير إمامي مصرحاً بالتوثيق أو مصرحاً بالمدح لا بد من كون الباقي إمامياً موثقاً) راجع رسائل أبي الصالح، الرسالة التاسعة طبعة حجر، ص ٩.

(٢) سورة النساء، ٢٤.

(٣) الخلاف للطوسي ١٨٠/٢

(٤) ومنها ما روي عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه من أنه قال: رخص رسول الله ﷺ المتعة عام أو طاس (وادي بديار هوازن) ثلاثة أيام ثم نهى عنها، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٠/٩ وما بعدها، يقول الإمام محمد بن إسماعيل الصنعائي، سبل السلام ١٦٤/٣، في شرح هذا الحديث (وقد روي نسخها بعد الترخيص في ستة مواطن: الأول في خير، والثاني في عمرة القضاء، والثالث في عام الفتح، والرابع عام أو طاس، والخامس في غزوة تبوك، والسادس في حجة الوداع، وعن علي رضي الله عنه قال (نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خير)، ولفظه في البخاري، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة وعن الحمر الأهلية زمن خير.

(٥) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين محمود بن أحمد العيني ١٠٧/٢، أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة مع عمتها، فتح الباري ١٩٩/٩، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠١/٩.

(٦) أي لا تزوج بنت الأخ على عمتها إلا بإذنها وتزوج العمة على بنت الأخ بدون إذنها.

ويتفق معهم الخوارج في عدم العمل بالحديث المذكور^(١)، والمعروف من الخوارج أنهم لم يعملوا إلا بالأحاديث التي تروى عن طريق أئمتهم.

شروط الظاهرية

يتفق فقهاء الظاهرية مع الشافعية والحنابلة في العمل بخبر الواحد بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك فقال ابن حزم الظاهري (فالعمل بجميع أحاديث الرسول ﷺ واجب لأن الأصل وجوب العمل بالنسخ حتى يصح فيها البطلان أو النسخ، وإلا فهي على البراءة من النسخ والكذب ومن الوهم حتى يصح في الخبر شيء من ذلك فيترك)^(٢).

دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية^(٣)

قد يتساءل المرء عن دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية بعد أن قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْرُهُ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّتْ عَلَيْهِمْ بِنَاتِي وَوَضِعْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(٤)، وبجيب القرآن الكريم على هذا السؤال في قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٥). وبموجب هذا التحويل تكفلت السنة النبوية ببيان أحكام القرآن الذي هو دستور اقتصر على القواعد الكلية والأسس العامة ونخطيط خارطة منهج الحياة، ويتجلى البيان في تخصيص عام عمومه غير مراد، وتقيد مطلق إطلاقه غير مقصود، وإيضاح مجمل مضمونه غير واضح، وتأكيد أحكام لها أهمية كبيرة في الحياة، وإضافة أحكام لم يرد ذكرها في القرآن صراحة كالآتي:

(١) في كتاب الخلاف للطوسي ١٦٠/٢ (يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت الحالة أو العمه بذلك، وعند جميع الفقهاء أنه لا يجوز ذلك، اعني الجمع بينهما ولا تأثير لرضاعهما، ونعت الخوارج إلى أن ذلك جائز على كل حال).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الظاهري ١٠٨/١.

(٣) قال أبو حنيفة (ولا السنة لما فهم أحد منا القرآن) وقال الإمام مالك (اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم وما جاء عن نبيكم). وقال الشافعي (إنما صح الحديث فهو مذهبي)، وقال أحمد (لا تقلدني ولا تقلد مالكاً ولا الأوزاعي ولا الثوري ولا غيره من أخذ الأحكام من حيث أخذوا) مصطلح الحديث للقسبي (محمد جمال الدين الدمشقي، ص ٥٤).

(٤) سورة المائدة ٣.

(٥) سورة النحل ٤٤.

أولاً: تخصيص نص عام لم يكن عمومه مراداً كما في قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَسِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَسِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَسِيبًا مَعْرُوفًا﴾^(١) فصيغنا (الرجال والنساء) من صيغ العموم لتحليهما بدال) الاستفراق تشملان كل ذكر وأنثى من (الأبوين والأقارب) غير أن هذا الشمول غير مقصود لنا بينه الرسول ﷺ بالتخصيص وتحديد من هو غير مشمول بهذا الحكم فقال ﷺ (لا يتوارث أهل ملتين)^(٢)، (ولا يرث القاتل)^(٣).

ثانياً: تنقيد مطلق لم يكن إطلاقه مقصوداً كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِمَا تَرَكَوْنَ حَقًّا عَلَى الْوَالِدَيْنِ﴾^(٤)، أي ترك مالا كثيراً لأن المال لا يسمى خيراً إلا إذا كان كثيراً، فلفظة (الوصية) مطلقة شاملة للإبساء بكل التركة أو بعضها مع أن هذا الشمول غير مقصود لأنه يضر بالورثة، لذا بينه الرسول ﷺ بتقيد الوصية بما لا يزيد عن ثلث التركة فقال لسعد بن أبي وقاص ﷺ (الثلث والثلث كثير)^(٥).

ثالثاً: إيضاح النصوص المجملة التي هي صغيرة في الحجم وكبيرة في المضمون كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٦).

(١) سورة النساء: ٧.

(٢) اختلاف الدين مانع من مواعج الميراث، ولكن ليس بمانع للوصية. وفي رواية (لا توارث بين أهل ملتين) والمضى واحد، سبل السلام/٣/١٢٩، سنن الترمذي/٤/٣٧٠.

(٣) أخرجه الترمذي، كتاب الفرائض، باب إبطال ميراث القاتل بلفظ (القاتل لا يرث)، سنن الترمذي/٤/٣٧٠، ابن ماجه بنفس اللفظ، باب القاتل لا يرث ٨٨٣/٢.

(٤) سورة البقرة: ١٨٠.

(٥) عن سعد بن أبي وقاص ﷺ قال (قلت يا رسول الله أنا ذو مال، وفي رواية أنا كثير مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أتصدق بشطره - نصفه - قال ﷺ: لا، قلت أتصدق بثلثه؟ قال ﷺ: الثلث، والثلث كثير أنك أن تفر ورثتك أغنياء خير من أن تفرهم عالة يتكففون الناس، مضى عليه، أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، فتح الباري/٥/٢٤٦٤، والنسائي باب الوصية بالثلث ٢٤١/٦.

(٦) سورة البقرة: ١١٠.

فالصلاة عبادة مفروضة على الإنسان لها أركانها وشروطها وستنها منها قولية ومنها فعلية لا يستطيع العقل استنباطها من جملة ﴿ وَأَقْبِسُوا أَلْفَكُونَ ﴾ ، لذا بيّنها الرسول ﷺ بإقامة الصلاة أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وآدابها ثم قال (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(١)، كذلك بيّن لأمته الأموال التي تخضع للزكاة والمقدار الذي يجب فيه ، والكمية التي تخرج من هذه الأموال للمتخفين.

وبهاً؛ أكد الرسول ﷺ في سنته الأحكام التي لها أهمية كبيرة في حياة الإنسان كتأكيد حرمة التجاوز على أموال الغير في قوله (لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)^(٢) بعد أن قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبِطِيلِ ﴾^(٣).

خامساً؛ ذكر الرسول ﷺ في سنته أحكاماً لم يرد ذكرها في القرآن صراحة ولكن ورد نظائرها فيه ، وهي مطلوبة من الإنسان ومنها ما يلي:

١. حرم القرآن في الزواج الجمع بين الأختين لما فيه من قطع صلة الرحم فقال تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٤) أي حرم عليكم أن تجمعوا بين الأختين في الزواج وفي وقت واحد ، وللحكمة نفسها ذكر الرسول ﷺ ما دل عليه القرآن ضمناً وهو قوله ﷺ (لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)^(٥).

٢. بيّن القرآن الكريم في آيات الميراث نصيب أصحاب الفروض وبعض العصبات وسكت عن بعض وذكرهم الرسول ﷺ في قوله (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجلٍ ذكرٍ)^(٦) أي لأقرب ذكر من الورثة كابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ من الأب ، والعم الشقيق وابنه والعم من الأب وابنه.

(١) رواه مسلم ٦٧٤.

(٢) سبل السلام ٣٢/٤ ، هناك روايات أخرى منها في سنن العارفين ٢٦/٣ (لا يجل مال امرئٍ إلا عن طيب منه) ، وفي المستدرک للحاكم ٩٢/١ (لا يجل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس).

(٣) سورة البقرة ١٨٨.

(٤) سورة النساء ٢٣.

(٥) متفق عليه ، نيل الأوطار ١٦٦/٦ ، سبق تحريمه.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب الحقوا الفرائض أهلها ، صحیح مسلم بشرح النووي ٥٧/١١.

٣. ذكر القرآن تحريم الأم والأخت بالرضاعة فقال ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ النَّبِيَّ أَرْضَعْتَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ تَرَبَّكَ الرَّضَاعَ﴾^(١)، فسكت عن بقية المحرمات بالرضاع، فقال الرسول ﷺ (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٢).
٤. ذكر القرآن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين باعتبارهما من وسائل الإنبات في الحقوق المالية فقال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضُوا مِنَ النَّهْدِ أَنْ تَقِيلَ إحدَاهُمَا فَتُحْكَمَ إحدَاهُمَا﴾^(٣)، وسكت عن شاهد وعين ففرض بهما الرسول ﷺ^(٤).
٥. ومن الناس من زعم أن من وظائف السنة نسخ القرآن لبعض الآيات وهذا خطأ لا يفتقر، فالقرآن قطعي الثبوت بخلاف السنة فلا تكون قطعية إلا إذا كانت متواترة، وفي حالة التواتر القرآن لفظه ومعناه من الله والسنة لفظها من النبي والناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له، والقول بأن آية الوصية نسخت بحديث (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(٥) خطأ، فهذه الآية لم تنسخ لا بأيات الميراث ولا بالسنة وإنما خصصت فأخرج الوارث وبقي غيره مشمولاً بالوصية الواجبة.

شهر مجاميع الحديث النبوي

لتمييز الحديث الصحيح من غيره هناك مراجع ومجاميع معتمدة على كل باحث أن يراجعها حين الاستدلال بالحديث في بحثه.

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) أخرجه الإمام أحمد ١٠٢/٦، وسلم بلفظ (يحرم من الرضاة ما يحرم من الولادة) كتاب الرضاة، باب يحرم من الرضاة ما يحرم من الولادة، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٧١/١٠.

(٣) سورة البقرة ٢٨٢.

(٤) أخرجه مسلم كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد. صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٤/١٢، ومن الضروري أن يفهم مراد كلام الرسول ﷺ من غير غلو لا تقصير، فلا يحمل كلامه ما لا يحتمله ظاهراً ولا يقتصر به عن مراده.

(٥) أخرجه البخاري كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، فتح الباري ٤٦٧/٥.

ومن الخطأ الشائع لدى الباحثين والكتّاب الإشارة بعد ذكر الحديث إلى الكتب الفقهية أو إلى المؤلفات الحديثة وهذا عيب كبير يقلل من قيمة البحث ولكل من الجمهور والشعبة الإمامية مراجع ممتدة.

أ- للمراجع عند الجمهور:

هناك مراجع ممتدة كثيرة للحديث الشريف عند الجمهور ومنها:

١. الجامع الصحيح لمحمد بن إسماعيل البخاري^(١).
٢. صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري^(٢).
٣. سنن النسائي^(٣).
٤. سنن أبي داود^(٤).
٥. جامع الترمذي^(٥).
٦. سنن ابن ماجه^(٦).

ب- المراجع عند الإمامية:

أهم المراجع الصحيحة المعتمدة عند الإمامية ما يلي:

١. الكافي للكليني^(١).

(١) هو عبد الله بن محمد بن إسماعيل بن إبراهيم. (١٤٩-٢٥٦هـ). وقد بلغت الأحاديث التي أجمعها البخاري (٧٣٩٧) حديثاً بالأحاديث المكررة، وأما الأحاديث التي لم تتكرر فكان عددها (٢٦٠٢) حديثاً.

(٢) (٢٠٤-٢٦٦هـ) مجموع ما اشتمل عليه مع المكرر (٧٢٧٥) حديثاً و (٤٠٠٠) من الأحاديث الصحيحة غير المكررة، وهذا المرجع يأتي من الدرجة الثانية من حيث الصحة بعد صحيح البخاري.

(٣) هو أبو عبد الرحمن بن شعيب القرطبي، (٦١٥-٣٠٣هـ) صنف كتابه (السنن الصغرى) وسماه الجتبي، وكل ما فيه صحيح عند النسائي، ولزيد من التفضيل راجع كتاب السنة قبل التدوين للأستاذ محمد عجاج الخطيب وكتاب مباحث في تدوين السنة المطهرة للأستاذ أبو اليقظان عطية الجبوري.

(٤) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدي، (٢٠٢-٢٧٥هـ). وقد اختار أحاديثه من خمسمائة ألف حديث وبلغت أحاديث السنن (٤٨٠٠) حديثاً وجميعها أحاديث الأحكام، ويعتبر إجماع أئمة السنة بعد البخاري.

(٥) هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي (٢٠٩-٢٧٩هـ) وقد ألف جامعهم حسب أبواب الفقه الإسلامي ومن فيه بين الحديث الصحيح والحسن والضعيف مع بيان سبب ضعف ما اعتبره ضعيفاً من الحديث.

(٦) هو أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، (٢٠٧-٢٧٣هـ) وقد رتب سنته على أبواب الفقه الإسلامي.

٢. من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر^(١).
٣. الاستبصار للطوسي^(٢).
٤. التهذيب للطوسي.

(١) هو أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، (ت ٣٢٨ هـ) أخرج فيه (١٦٩٠٩) حديثاً وهو مقسم إلى ثمانية أجزاء. الأول أربعة كتب والثاني أربعة والثالث خمسة والرابع كتابان والخامس ثلاثة والسادس تسعة والسابع سبعة والثامن ليس فيه كتب مختلفة.

(٢) هو محمد بن علي بن الحسين، (ت ٣٨١ هـ)، المعروف بالصدوق ابن بابويه وأحدث هذا الكتاب (٩٠٤٤) حديثاً.

(٣) هو أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي، (ت ٤١١ هـ)، شيخ الطائفة وقد قال في كتابه (عدة الأصول): أن أحاديث التهذيب وأخباره تزيد على خمسة آلاف، وقال في كتابه (الاستبصار): إنّي جزأت هذا الكتاب ثلاثة أجزاء، الأول والثاني يشتملان على ما يتعلق بالعبادات، والثالث يتعلق بالمعاملات، لمزيد من التفصيل راجع معجم رجال الحديث للإمام أبي القاسم الموسوي الخوئي، وقال في هذا المعجم ١١٠/١ (لم تثبت صحة روايات الكتب الأربعة، فلا بد من النظر في سند كل رواية منها، فإن توفرت فيها شروط الحجية أخذ به وإلا فلا).



الفصل الثاني **المصادر التبعية العقلية المتفق عليها**

المصادر التبعية العقلية المتفق عليها عبارة عن
الإجماع والعرف وتخصص للدراسة كل منهما
مبحثاً مستقلاً.



المبحث الأول

الإجماع

تعريفه، أساسه، شروطه، أنواعه، حجته،
إمكان انتقاده، انتضاله

تعريفه لغةً واصطلاحاً

في اللغة: هو المزمع^(١) والاتفاق^(٢).

وفي اصطلاح أهل الشرع: اتفاق^(٣) جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور^(٤) على حكم شرعي اجتهادي لسند.

أساسه: أساس الإجماع هو مبدأ الشورى وهو من الأمور الأساسية فيه.

شروطه: يؤخذ من هذا التعريف أن انعقاد الإجماع بالمفهوم الأصولي يتوقف على الشروط الستة الآتية: أهلية الاجتهاد، كون المجتهد من أمة محمد ﷺ، الاتفاق التام صراحة أو ضمناً، كون الاتفاق بعد وفاة الرسول ﷺ، كون محل الاتفاق حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد، وتميز الاتفاق بسند شرعي.

(١) ورد بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ﴾ سورة بونس ٧١، أي اعزموا عليه، وفي الحديث الشريف (لا صيام لمن لم يجمع الصيام في الليل)، أي لم يعزم ولم ينو في الليل الصيام، الحديث أخرجه الإمام أحمد ٢٨٧/٦، وأبو داود في باب النية في الصيام ٣٤١/٢.

(٢) يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه، كشف الأسرار على أصول البيهقي، المرجع السابق ٩١٦/٣، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، ص ٧١.

(٣) الاتفاق: الاشتراك في الاعتقاد أو القول أو الفعل، التوضيح ٣٢٦/٢.

(٤) ليس المراد مجتهدي الأمة في جميع العصور لأن هذا توهم باطل يؤدي إلى عدم انعقاد الإجماع.

الشرط الأول: أهلية الاجتهاد:

الاجتهاد في اصطلاح أهل الشرع استفراغ الفقيه وسعه لتحصيل الظن بحكم شرعي^(١) ولأهلية الاجتهاد شروط خاصة تأتي في محلها بإذن الله. والمهم في هذا المقام هو التمييز بين ما يتطلب أهلية الاجتهاد وما لا يتطلب كالآتي:

أ- إذا كان الأمر يتعلق بنقل خبر أو حكم شرعي ثابت بنص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة فلا يشترط في الناقلين أهلية الاجتهاد كالإجماع على وجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج، وكالإجماع على حرمة القتل والسرقة والزنى، وكالإجماع على أن سيدنا محمد ﷺ رسول أنزل عليه القرآن وهاجر من مكة إلى المدينة وأن الآيات القرآنية منها مكية ومنها مدنية، إلى غير ذلك من الأحكام الشرعية العملية أو الاعتقادية الثابتة بالدعامة^(٢)، ووجه عدم اشتراط الأهلية فيما ذكرناه هو أن المجموع عليه ليس حكماً اجتهادياً وبالتالي ليس إجماعاً بالمفهوم الأصولي.

ب- إذا كان لصنع قرار موحد بشأن مسألة دنيوية كالموضوعات التي تطرح للمناقشة في المجالس النيابية والبرلمانية والوطنية والمنظمات الدولية، وكاستشارة رئيس الدولة بالمختصين في القضايا المتعلقة بالمصالح العليا في البلد، فإن المجمعين والمستشارين وأعضاء هذه المجالس لا يشترط فيهم توفر أهلية الاجتهاد وإنما يشترط الاختصاص والخبرة في الموضوع المطروح للمناقشة لأن الموضوع يحتاج إلى الخبرة الدنيوية دون الخبرة الفقهية.

يقول الشوكاني^(٣) (الإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن العارفين به دون من عداهم، فالعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، وفي

(١) التصريفات للرجزاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٠٠.

(٢) في أصول الزيدوي مع الكشف ٩٥٩/٣ فأما صفة الاجتهاد فشرط في حال دون حال، أما في أصول الدين المعقدة مثل نقل القرآن، ومثل أمهات الشرائع، فعامة المسلمين داخلون في ذلك الإجماع مع الفقهاء، فلما ما يختص بالرأي والاستنباط وما يجري مجراه فلا يعتبر فيه إلا أهل الرأي والاجتهاد.

(٣) إرشاد النحول المربع السابق، ص ٨٨ وقال الإمام شهاب الدين أبو العباس محمد بن إدريس القرافي المالكي في كتابه تنقيح المقصول في اختصار المقصول في الأصول، ص ٣٢٢ (الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور ونعني بالاتفاق: الاشتراك إما في القول أو الفعل أو الاعتقاد، وبأهل الحل والعقد: المجتهدين في الأحكام الشرعية، وبأمر من الأمور: الشرائع والمقليات والعرفيات).

المسائل الأصولية قول جميع الأصوليين، وفي المسائل النحوية قول جميع النحويين، ونحو ذلك) ونضيف إلى هذا الكلام فنقول: وفي المسائل الاقتصادية جمع الاقتصاديين المختصين، وفي المسائل الصحية جميع الأطباء المختصين، وفي المسائل العسكرية جمع المختصين في القضايا العسكرية، وفي المسائل الإدارية جمع الإداريين المتميزين بالخبرة والممارسة الطويلة.

وفي المسائل الزراعية جميع المختصين بالزراعة وهكذا ولو كان أعضاء المجلس النيابي أو الوطني أو البرلماني في كل بلد من المختصين ومن أهل الخبرة كل في حقل اختصاصه بدلاً من الاكتفاء بالمستوى المأمول به في العالم الانتخالي لتسكن رؤساء الدول عن طريق هؤلاء الأعضاء تحقيق كثير من متطلبات حياة شعوبهم ومن التطوير نحو حياة أفضل.

ج- وإذا كانت المسألة المطروحة للمناقشة قد عاجلها الفقهاء وبنوا حكمها ولكنهم اختلفوا في الحكم وكان المراد من هذه المناقشة ترجيح رأي من آرائهم لجمعله تشريعاً ملزماً للجميع فإن الأمر لا يتطلب أهلية الاجتهاد وإنما تكفي أهلية الترجيح للمجموعين على ترجيح رأي على غيره للأخذ به، بل في هذه الحالة يكفي رأي الأكثرية في الترجيح.

وإذا كانت أهلية الاجتهاد مفقودة اليوم في العالم الإسلامي فإن أهلية الترجيح متوفرة لدى كثير من لهم الخبرة بأصول الشريعة وفروعها إلا إنهم ينقصهم أمران:

أحدهما: الانفتاح والمرونة البعيدة عن الميوعة.

وثانيهما: التخلي عن التعصب المذهبي.

ولو شكلت لجنة ممن يتوفر فيهم هذان الشرطان للاتفاق والإجماع على اختيار الرأي الراجح من المذاهب الفقهية الإسلامية في كل مسألة خلافية لاعتبار هذا الرأي المجمع عليه تشريعاً ملزماً للجميع لنجا العالم الإسلامي من تضارب الفتاوى واختلاف الأحكام القضائية وتباين القوانين الوضعية في القضايا المتماثلة ولقضي على التعصب المذهبي إلى الأبد، ولنا أمل وطيد أن يتحقق ذلك في المستقبل.

د- إذا كانت القضية المعنية بالإجماع على حكمها الشرعي من القضايا المستجدة مثل أطفال الأنابيب وزرع الأعضاء البشرية أو نقلها من شخص إلى شخص آخر وغير

ذلك من الوقائع والحوادث التي تواجهها الأسرة البشرية نتيجة التقدم العلمي في مجالات العلوم الأساسية والتطبيقية وفيما يتعلق بالأعمال الطبية وغير ذلك مما لا نجد لها حكماً واضحاً لا في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في النصوص الفقهية صراحة. فإن المجمعين على إقرار حكم شرعي لكل مسألة من المسائل المذكورة يجب أن يكونوا من أهل الرأي والاستنباط.

ومن الجدير بالذكر:

- أنه لا يشترط عدد معين من المجتهدين لانعقاد الإجماع بل الحد الأدنى اثنان إذا لم يكن هناك غيرهما من تتوفر فيهم أهلية الاجتهاد^(١).
 - وكذلك لا يشترط انقراض كلهم أو غالبهم لحجية الإجماع لأنه لا يجوز الرجوع بعد الإجماع.
 - ولا يشترط أن يكون المجمعون من الصحابة فقط خلافاً للظاهرة^(٢).
 - ولا أن يكونوا من آل البيت أو من أهل المدينة لأن الإجماع الذي يعتبر حجة هو إجماع جميع فقهاء الأمة.
- والمعروف من الشيعة الإمامية و الزيدية أن الإجماع هو إجماع أهل العترة فقط ، ولكن في الواقع أن الشيعة كما يقولون بإجماع العترة بقرون إجماع فقهاء الأمة أيضاً ، إلا أنهم يقولون

(١) راجع البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (عبد الملك بن عبيد الله بن يوسف)

(٢) في شرح جمع الجوامع مع البناي ١١٢/٢ (ولا يشترط في المجمعين عدد التواتر لصدق مجتهدي الأمة بما دون ذلك، فإذا وجد في المعصر مجتهد فإن قوله وحده لا يعتبر إجماعاً لأن أقل ما يصدق به اتفاق مجتهدي الأمة اثنان.

(٣) في أصول البيهقي والكشف ٩٦/٣ (ومن الناس من يقول لا إجماع إلا للصحابة لأنهم الأصول في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهو مذنب دارد من أهل الظاهر وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه لأن الإجماع إما صار حجة بصفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والصحابة هم

الأصول في ذلك وهم المخاطبون بقوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُتْرِفَتْ بِهَا﴾ آل عمران ١١٠. وقال بعضهم (إلا من عترة الرسول ﷺ فهم المخصصون بالمرق الطيب المجرولون على سواء السبيل)، وهم الزيدية والإمامة، والمراد بالعترة قرابته وأنه لقوله تعالى: ﴿إِن كَانِ مِنْكُمْ عَلِيٌّ لْيُذِخِبْكُمْ مِنَ الظُّلُمِ﴾ (الأنبياء ١٢٣). ولقول الرسول ﷺ (إني نارك فيكم التفلين فإن تمسكتم بهما لن تضلوا كتاب الله وعترتي)، فحصر التمسك بهما فلا ينف إمامة الحجة على غيرهما.

الحديث أخرجه الترمذي في كتاب النساب ٦٦٦/٥.

الحجة في قول المعصوم^(١) وكذلك لم يقل المالكية بأن الإجماع يقتصر على إجماع أهل المدينة بل إضافة إلى ذلك قالوا بالإجماع العام^(٢). وقال المالكية نقصد بإجماع أهل المدينة الإجماع فيما كان سبيله النقل وأما فيما يعتمد على الاجتهاد فيؤخذ بإجماع مجتهدي الأمة. وبناء على ذلك لا خلاف بين رأي المالكية ورأي الجمهور في الإجماع^(٣). وإضافة إلى ذلك فإنهم قصدوا بأهل المدينة الصحابة والتابعين فقط لا إجماع أهل المدينة في كل عصر.

الشرط الثالث: إقرار الحكم الشرعي:

بأن يتم إقرار الحكم الشرعي للمسألة المعنية بمعرفة حكمها باتفاق الجميع اعضداً أو قولاً أو فعلاً، صراحةً أو ضمناً^(٤).

فالإتفاق القولي الصريح هو أن ينطق كل واحد منهم بالحكم سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم كانوا متفرقين، فيبين كل واحد منهم موافقته في أوقات وأمكنة مختلفة بصورة متعاقبة شريطة أن يكون الكل في عصر واحد.

(١) قال الحلبي جمال الدين الحسن بن يوسف (٦٤٨-٧٢٦هـ)، في كتابه مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٩٠ (البحث الأول في إجماع أمة محمد ﷺ إجماع أمة محمد حق أما على قولنا فظاهر، لأننا نوجب المعصوم في كل زمان وهو سيد الأمة فالحجة في قوله).

ولكن فقهاء الشيعة عندما يستندون إلى الإجماع يذكرون إجماع الفرقة دون إجماع الأمة على سبيل المثل يستعمل ذلك الطوسي في كتابه الخلاف في الفقه في مواضع كثيرة منها ٢١٣/١ (لا يصح الخلق إلا في طهر لم يفرقها فيه إجماع إذا كان دخل بها، وخالف جميع الفقهاء في ذلك دلينا إجماع الفرقة).

(٢) يقول القراني (شرح تنقيح الفصول)، ص ٤٤٥ (أدلة المجتهدين وتصرفات المكلفين على قسمين: أدلة مشروعيتها، وأدلة وقوعها، وأدلة مشروعيتها وهي تسعة عشر هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وأما أدلة وقوعها فهي أدلة وقوع أسبابها وحصول شروطها وانقضاء موانعها وهي غير محصورة

(٣) قال الشوكاتي (إرشاد الفصول)، ص ٨٢، نفلا عن الباجي المالكي (إنما أراد -أي مالك- ذلك بحجة إجماع أهل المدينة فيما كان طريقه النقل المستفيض كالصاع والمن والأذان والإقامة وعدم وجوب الزكاة في المحضرات مما تقتضي العادة بأن يكون في زمن النبي ﷺ لأنه لو تغير عما كان عليه لعلم، فأما مسائل الاجتهاد فهم وغيرهم سواء.

(٤) في التوضيح والتنقيح ٣٦٢/٢ (الاتفاق: الاشتراك في الاعضاء أو القول أو الفعل).

في شرح التار لابن ملك (هو الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز)، على متن التار للسنفي (أبي البركات عبد الله بن أحمد)، ص ٧٣٧ (الإجماع نوعان عزيمية - إجماع صريح - وهو المتكلم منهم بما يوجب الاتفاق أي اتفاق الكل على الحكم أو شروعهم في الفعل إذا كان من باب الفعل كأن يكون الجمع عليه حكم المزارعة)

وكذلك يعتبر إجماعاً صريحاً إذا نطق بالحكم بعضهم وعمل به الآخرون أو منهم عمل بالحكم كلهم بدون نطق لأن العمل بالشيء يقتضي القول بمجازه وأما إذا قال بعضهم بالحكم قولاً أو كتابةً أو فعلاً وسكت بعضهم فيعتبر سكوتهم موافقة بشرطين:
أحدهما: أن تمضي فترة كافية للتأمل والتفكير في القضية المعروضة للمناقشة وليبان حكمها.

وثانيهما: أن لا يكون السكوت لعمام خوف أو نحوه، أي لا توجد قرينة تدل على أن السكوت معارضة^(١).

وثانيهما لا يشترط أن يكون الاتفاق بصورة مباشرة بل يجوز أن يكون بطريقة غير مباشرة ومن ذلك قول الأصوليين (إن اختلاف فقهاء الصحابة في مسألة على قولين يكون إجماعاً ضمناً - بصورة غير مباشرة - على عدم جواز استحداث رأي ثالث في هذه المسألة إذا لزم منه إبطال ما قالوا به^(٢)).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- اختلفوا في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فقال بعضهم (تعد بأبعد الأجلين من الأشهر ومن وضع الحمل) جمعاً بين الأيتين المتعارضتين ظاهراً وهما قوله تعالى:

(١) فإذا تخلف أحد هذين الشرطين لا يتخذ الإجماع. ومن تطبيقات السكوت الذي أعتبر معارضة لوجود قرينة ما قاله بعض الأصوليين من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال بالمول، ووافقته الصحابة وأعتبر ذلك إجماعاً سكوتياً لكن بعد وفاته أبدى ابن عباس معارضة لهذا القول، فقبل له (ما منعك أن تحسر عمر بقول)، فقال (مهاتمه أو دونه).

وقال صدر الشريعة، التوضيح، ٢٢٩، (حدثت الفرة غير صحيح لأن عمر كان أئيب للحق).

والقول في علم الميراث زيادة في عدد أسهم التركة وتقصان في مقدارها.

فلو انفصرت ورثة المتوفى في أبوين وزوجة ينتين تكون المسألة الفرضية من (٢٤) سهماً وتمول إلى (٢٧) سهماً للزوجة ٢٧/٣ بدلاً من ٢٤/٣، ولكل من الأبوين ٢٧/٤ بدلاً من ٢٤/٤، ولكل بنت ٢٧/٨ بدلاً من ٢٤/٨.

أثر ابن عباس في المول، أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب المول ٢٥٣/٦.

وأخذ فقهاء الجعفرية برأي ابن عباس فقالوا (تكون المسألة الفرضية من (٢٤) وما يقس من نصيب الأبوين والزوجة للبنتين، فالتقص يصيب نصيبهما فقط، وقالوا التقص يشمل دائماً البنات وبنات الإبن والأخوات الشقيقات والأخوات من الأب لأنهن يزيد وينقص نصيبهن بحسب الورثة)

(٢) مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي (أبي منصور جمال الدين الحسن بن يوسف)، ص ١٩٢.

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢)، فالآية الأولى خاصة بالتوفى عنها زوجها وعاية تشمل المطلقة والتوفى عنها زوجها فالقول (بأن عدتها تنقضي بأبعد الأجلين يكون جمعاً بينهما وعملاً بهما)^(٣).

ب- وقال بعضهم الآخر (أنها تعند بوضع الحمل استناداً إلى حديث سبيعة الاسلمية^(٤) الذي يدل على أن الآية الثانية مخصصة للأولى، وتقتصر الأولى على الحائل المتوفى عنها زوجها فقط، وهناك شق ثالث متصور وهو أن تكون عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام مطلقاً سواء كانت الزوجة حاملاً أم لا، وهذا الاتجاه الثالث لم يسلكه أحد طيلة العصور الإسلامية، فكان عدم جوازه حكماً جمعاً عليه من قبل فقهاء الصحابة بصورة غير مباشرة.

ج- اختلفوا في ميراث الجد مع الأخوة والأخوات، فقال بعضهم (التركة كلها للجد وهو يحجب الأخوة والأخوات كما يحجبهم الأب)^(٥)، وقال البعض الآخر (المال يوزع بينهم ويعتبر الجد بمثابة أخ شقيق مع الأشقاء والشقيقات ومنزلة أخ من الأب مع الأخوة والأخوات من الأب)^(٦)، أما حرمان الجد من الميراث بالأخوة والأخوات فهو

(١) سورة البقرة ٢٣٤.

(٢) سورة الطلاق ٤.

(٣) وبه أخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية القائم (١٩٥٤).

(٤) عن المسور بن مخرمة (أن سبيعة الأسلمية نكحت - بضم النون وكسر الفاء - بعد وفاة زوجها - وهو سعد بن خولة - توفى بعد حجة الوداع بليال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فاذن لها فنكحت).

رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب أجل أولات الأحمال، فتح الباري ٥٨٦/٩.

وأصله في الصحيحين وفي لفظ للبخاري (إنها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة). سبل السلام ٢٥٩/٢.

(٥) وهذا ما اختاره أبو حنيفة رحمه الله.

(٦) أخذ بهذا جمهور فقهاء المسلمين، ويكون بمثابة الأخ من الأم إذا اجتمع معه أو مع الأخت من الأم وكان من جهة الأم كآب الأم عند الجعفرية، ولكن عند الجمهور الجد من جهة الأم من ذوي الأرحام والجد من جهة الأب يحجب الأخوة والأخوات من الأم.

قول ثالث لم يقل به أحد يعتد برأيه وعدم جوازه مجمع عليه بصورة غير مباشرة.

د- إذا اجتمعت الأم مع الأب وأحد الزوجين ولم يكن للمتوفى فرع وارث ولا عدد من الأخوة والأخوات ، قال بعضهم (يكون للام ثلث الباقي بعد نصيب الزوج أو الزوجة) رعاية لقاعدة ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنِ﴾^(١) ، وقال الآخرون (لها الثلث الكامل) أخفاً بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلَّتِيهِ أَثْلُثُ﴾^(٢) ، وهو قول ابن عباس^(٣) من فقهاء الصحابة وأخذ به فقهاء الشيعة الإمامية والظاهرية ، والقول الثالث المتصور هو أن يكون لها الثلث الكامل مع الزوجة وثلث الباقي مع الزوج أو عكس ذلك ، فهنا القول بالترقيق لم يقل به أحد طيلة جميع العصور الإسلامية ، فيكون عدم جوازه مجمعاً عليه بصورة غير مباشرة.

الشرط الثالث: أن يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ

ولا يشترط أن يكونوا من فئة معينة كأهل المدينة أو أهل العترة^(٤) أو الصحابة كما سبق ، لأن الإجماع الذي يعتبر حجة هو اتفاق جميع فقهاء الأمة وإجماع مجتهدي الأمم السابقة لا يكون حجة على أمة محمد ﷺ^(٥).

الشرط الرابع: أن يكون الإجماع على الحكم الشرعي بعد وفاة الرسول ﷺ

لأن الإجماع في حياته إن تم بموافقة ، فالصدر موافقة ، حيث إن مركز الإجماع يأتي بعد السنة النبوية ، فاللجوء إليه إنما يكون في حالة عدم وجود نص ثابت وإن خالفهم يكون الإجماع باطلاً ولا يعتد به فلا يكون مصدراً^(٦).

(١) وبه أخذ جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية.

(٢) سورة النساء ١١.

(٣) ويرى أن ابن عباس سأل زيد بن ثابت (هل تجد في كتاب الله ثلث الباقي ؟ فقال (لا لكنني قلت برأي لا أفضل أما على أب) ، فقال ابن عباس (كتاب الله أحق أن يؤخذ به من رأيك) ، تفسير الرازي ٢١١/٩.

(٤) لا خلاف في حجة إجماع فقهاء الصحابة ، لكن الإجماع لا يقتصر عليهم كما زعم البعض.

(٥) في جمع الجوامع ١٠٢٢ (أن إجماع الأمم السابقين على أمة محمد ﷺ غير حجة وهو الأصح ، وقيل حجة بناء على أن شرعهم شرع لنا وفي التوضيح والتنقيح ٣٣١/٢ (اتفاق مجتهدي الشرائع السابقة ليس إجماعاً شرعياً بالنسبة للمسلمين).

الشرط الخامس: أن يكون الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد: أما كونه حكماً شرعياً فظاهر لأن الغرض من الإجماع اكتشاف حكم شرعي لواقعة لم يثبت حكمها في القرآن ولا في السنة، وأما كونه قابلاً للاجتهاد فلأن المسائل التي لا تقبل الاجتهاد لا تكون مجالاً للإجماع، لأن أحكامها ثابتة بأدلة قطعية في ثبوتها وفي دلالتها، فلا تكون محلاً للاجتهاد وبالتالي لا يحتاج ثبوتها إلى الإجماع كحرمات الأمهات والبنات في الزواج، ووجوب الصلاة والصيام وغيرها من العبادات، وكصف الزوج من تركه زوجته إنما توفيت ليس لها فرع وارث، وكعقوبة الزنى بمائة جلدة بعد ثبوت الجريمة وانقضاء مواعن العقوبة، فهي وأمثالها أحكام ثابتة بأدلة شرعية قطعية، فالقول بأنها مجمع عليها موكد لما هو ثابت من الأحكام بادلته ولا يقصد به أن الإجماع مصدر لها بل لا يسمى ذلك إجماعاً بالمعنى الأصولي لأن المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً^(١).

الشرط السادس: أن يكون للإجماع سند شرعي يستند إليه المجمعون^(٢) وقد اختلف علماء الأصول في تحديد نوع هذا السند، فمنهم من قال (لا يكون غير النص سنداً للإجماع)^(٣)، وقال بعضهم (إضافة إلى النص يجوز أن يكون القياس سنداً أيضاً)^(٤)،

(١) في جمع الجوامع ١٢٢/٢ (وجه عدم انعقاده في حياة النبي ﷺ أنه أن وفقهم فالحجة في قوله وإلا فلا اعتبار بقولهم دونه).

(٢) في كشف الأسرار وأصول الزدوي ١٥٩/٣٠ (الشرعة تنقسم إلى ما يشترك في دركه الخواص والعموم ولا يحتاج فيه إلى رأي كالصلوات الخمس ووجوب الصيام والزكاة ونحوها من أمهات الشرعة وأصولها، وهذا مجمع عليه من جهة الخواص والعموم وإلى ما يختص بذكره الخواص من أهل الرأي والاجتهاد وهو ما يحتاج فيه إلى الرأي كتفصيل أحكام الصلاة والنكاح والطلاق والبيع، فالإجماع على هذه الأحكام يكون باتفاق أهل الرأي والاجتهاد دون غيرهم).

(٣) قال الشوكاني الزيدي (إرشاد الفحول)، ص ٧٩ (لأن أهل الإجماع ليس لهم الاستقلال بإثبات الأحكام فوجب أن يكون عند مستند).

(٤) قال ابن حزم الظاهري الإحكام في أصول الأحكام ٦٤١/١ (ولا يمكن أن يكون إجماع من علماء الأمة على غير نص من قرآن أو سنة).

(٥) قال القرافي المالكي (شرح تنقيح الفصول)، ص ٢٣٩ (ويجوز عند مالك رحمه الله انعقاده عن القياس). وقال المحلى الشافعي، شرح جمع الجوامع ١٢٥/٢ (والإجماع قد يكون عن قياس لأن الاجتهاد المأخوذ في تعريفه لا بد له من مستند والقياس من جملة).

وقال صدر الشريعة الحنفي، التوضيح ٣٤٧/٢ (يجوز أن يكون سند الإجماع خبر الواحد والقياس عندنا، وعند البعض لا بد من قطعي).

ومن الجدير بالإشارة في هذا المقام أن فائدة الإجماع في حالة كون السند نصاً هي أن النص يصبح بوساطة الإجماع دليلاً قطعياً على حكمه وان كان ظني الدلالة أو ظني الثبوت في أصله.

ومن وجهة نظري:

أن السند كما يكون نصاً وقياساً كذلك قد يكون مصلحة عامة ، ويدل على ذلك أن الصحابة أجمعوا على قضايا كثيرة لم يكن فيها سند ظاهر من النص أو القياس وإنما كان النافع رعاية المصلحة العامة كإجماعهم على جمع القرآن الكريم بعد وفاة الرسول ﷺ وكإجماعهم على قتل الجماعة بواحد وغير ذلك.

تطبيقات الإجماع للمستند إلى النص والقياس والمصلحة:

١- من الإجماع المستند إلى القرآن:

إجماع الفقهاء على أن بنت الابن بمثابة البنت عند عدم وجود الابن والبنت للمتوفى ، وان ابن الابن بمثابة الابن عند عدم وجود الابن والبنت استناداً إلى قوله تعالى : ﴿ يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي ذَلِكَ حِكْمًا لِّذَكَرَ بِشَلِّ حَيْثُ الْأُنثَىٰ ۙ ﴾^(١).

وجه الاستدلال : أن لفظ (ولد) يشمل ولد الابن مجازاً أو المراد به الفرع الذي يشمل الولد وولد الولد وان نزل بالاشتراك المعنوي ، وقد أجمع الفقهاء على الأخذ بهذا المعنى المجازي أو المشترك فأصبح بذلك دلالة النص عليه قطعية.

ب- ومن الإجماع المستند إلى السنة:

الإجماع على عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوارث والمُورث في الدين استناداً إلى قول الرسول ﷺ (لا يتوارث أهل الملتين)^(٢) ، وقد تم الإجماع عليه ، وبذلك أصبح الحديث دليلاً قطعياً يجب العمل به رغم كونه حديث الأحاد وظني الثبوت.

والجمهور على أنه (لا يجوز الإجماع إلا عن سند من دليل أو أمانة ، لأن عدم السند يستلزم الخطأ). وقال الخليلي الشنقي ، مبادئ الوصول ، ص ١٥٩ (لا يجوز الإجماع إلا عن دليل ولا لزوم الخطأ على كل الأمة).

ومن هنا تظهر لنا مرة الإجماع عند وجود نص على الحكم المجمع عليه لأنه إذا كان قطعي الثبوت وظني الدلالة على الحكم يصبح بوساطة الإجماع قطعي الدلالة، وإذا كان ظني الثبوت يعتبر دليلاً قطعياً بالإجماع على الحكم الذي يدل عليه.

ج- ومن الإجماع المصتند إلى القياس:

إجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة قياساً على تاركها الصلاة بجامع أن كلاً منهما من أركان الإسلام، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في حروب الردة (وا لله لا أفرق بين ما جمع الله ^(١))، قال تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ ^(٢)، فكان سند أبي بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة، وقد تم إجماع فقهاء الصحابة على ذلك وكذلك إجماع فقهاء الصحابة على خلافة أبي بكر رضي الله عنه كان سنده القياس على تقديم النبي صلى الله عليه وآله إياه في الصلاة في مرض وفاته، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وآله فقمه في الصلاة التي هي عماد الدين فأرضوه لدينكم ما رضيه رسول الله لدينكم) ^(٣)، وقال الصحابة (رضيه رسول الله صلى الله عليه وآله لأمر ديننا أفلا نرضاه لأمر ديننا؟) ^(٤).

وقد أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة شحم الخنزير قياساً على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْسِنَتُهُ وَأَعْيُنُهُ وَدَمُهُ وَحَمُّ الْخِزْيِيرِ ﴾ ^(٥).

- (١) سبق تحريمه، غير المسلم لا يرث من المسلم بالإجماع، ولكن ميراث المسلم من غير المسلم مسألة خلافية.
- (٢) أخرجه مسلم في كتابه الإيمان، صحيح مسلم بشرح النووي ٣١٤/١. أبو داود، كتاب الزكاة ٩٥/٢. الترمذي ٢٦٠٧.
- (٣) سورة البقرة ٤٣.
- (٤) التبصرة في أصول الفقه للشيرازي (الإمام أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف القيروزي)، (ت، ١١٧٦)، تحقيق الدكتور محمد حسن هينو، ص ٣٧٣، حديث أبي بكر هذا رواه البخاري في الزكاة ومسلم في كتاب الإيمان، وأبو داود ٢٥٥٦، والترمذي ٢٦٠٧.
- (٥) نسبه الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن الحلوي ١٧٥.
- (٦) سورة المائدة ٣.

د- ومن الإجماع المستند إلى المصلحة:

إجماع الصحابة الكوفي على قتل الجماعة بواحد، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَكَيْفَ تَعْلَمُونَ﴾^(١) **فِيهَا أَنْ تَنْفُسٌ يَأْتِفْسُونَ**.

والقصاص يعني الماتلة، فهو جزاء عادل لا بد فيه من المساواة، ولكن قد يحدث أن يشترك اثنان فأكثر في قتل شخص واحد، فإذا أخذنا بظاهر هذا النص القرآني لا يطبق القصاص على هؤلاء المشتركين لعدم تحقيق معادلة النفس، ولكن تم إجماع فقهاء الصحابة على قتل الجماعة بالواحد رعاية لمصلحة حماية أرواح الأبرياء، ذلك لأن المجرم لو علم أنه لا يقتص منه عند مساهمة الغير معه في ارتكاب جريمته لأدى ذلك إلى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص.

أنواع الإجماع:

قسم علماء الأصول الإجماع باعتبار طريقة التعبير عن الإرادة في الموافقة على الحكم الجمع عليه إلى الإجماع الصريح والإجماع الكوتي.

١- **الإجماع الصريح**: وهو أن يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً إما بالكلام أو بالفعل الصريح. وتطبيقات هذا النوع من الإجماع قليلة جداً في جميع العصور الإسلامية منذ عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك أنكر بعض الأصوليين انعقاد الإجماع في جميع العصور^(٢).

ومن أمثلة الإجماع الصريح في عهد الراشدين الاتفاق على جمع القرآن الكريم بعد أن كانت الآيات القرآنية متفرقة، فمنها ما كانت محفوظة في صدور الصحابة ومنها ما كانت مكتوبة على وسائل مختلفة.

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) قال الشوكاني (إرشاد الفحول)، ص ١٧٢ (قال قوم منهم النظام وبعض الشيعة بإحالة (بإستحالة) إمكان الإجماع لأن اتفاقهم على الحكم الواحد الذي لا يكون معلوماً بالضرورة (بالبداهة) محال، كما أن اتفاقهم في ساعة واحدة على مأكول واحد وتكلمهم بكلمة واحدة محال).

حكمه: إذا ثبت الإجماع الصريح يجب العمل بمقتضاه وتعتبر مخالفته كقراً عند علماء الأصول لأنه بمثابة نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة^(١).

٢- الإجماع السكوتي: وهو أن يقول بعض المجتهدين حكماً وسكت الباقيون عنه بعد العلم به وبعد مضي فترة كافية للتأمل والتفكير شريطة أن لا يكون هناك دليل يدل على أن السكوت معارضة.

حكمه: اختلف العلماء في حكم الإجماع السكوتي والرأي الصحيح الذي يجب العمل به هو أنه حجة وإن لم يعتبر إجماعاً، لأنه إذا كان رأي مجتهد واحد من أئمة المذاهب

(١) قال الشافعي في أصوله، ص ٨٦ (إجماع هذه الأمة بعد ما توفي رسول الله ﷺ في فروع الدين - الأحكام الشرعية المعلقة - حجة موجبة للعمل بها شرعاً كرامة لهذه الأمة، والإجماع على أربعة أصناف: إجماع الصحابة على حكم الحادثة نصاً إجماعاً صريحاً، ثم إجماعهم بنص البعض وسكوت الباقيين عن الرد، ثم إجماع من بعدهم فيما لم يوجد له قول السلف، ثم الإجماع على أحد أقوال السلف، أما الأول فهو بمنزلة آية من الكتاب، ثم إجماع من بعدهم بمنزلة السنة المشهورة، ثم إجماع المتأخرين على أقوال السلف بمنزلة الصحيح من خير الواحد).

في التلويح، المرجع السابق ٣/٢٤٨ (تقل الإجماع إنباً قد يكون بالتواتر فيفيد القطع وقد يكون بالشهرة فيقرب منه، وقد يكون خبر واحد فيفيد الظن ويوجب العمل لوجوب اتباع الظن).

في حجية الإجماع السكوتي أقوال متعلقة منها:-

- أ- ليس بإجماع ولا حجة لأنه لا ينسب إلى ساكت قول وهو رأي الظاهرة وأحد أقوال الشافعي.
 - ب- إنه إجماع وحجة لأن سكوتهم ظاهر في الموافقة ولأنه لا يجوز السكوت على الحق.
 - ج- حجة وليس بإجماع، أما كونه حجة فلأنه يفيد الظن، والظن حجة لقول الرسول ﷺ (أمرت أن أفتي بالظاهر) وأما عدم كونه إجماعاً فلأن السكوت يمثل المعارضة.
 - د- إجماع بشرط انقراض العصر، لأنه يعد مع ذلك أن لا يكون السكوت عن رضا.
 - هـ- إجماع إن كان فتياً لا حكماً، لأن الحاكم لا يمتنع عليه في حكمه فلا يكون السكوت دليل الرضا.
 - و- إجماع إن وقع في شيء بقوت استدراكه كإزالة دم أو استحابة عرض لأنهم لو اعضاءوا خلافه لأنكروه.
 - ز- إجماع إن كان الساكتون أقل.
 - ح- إجماع إن كان مما يردوم ويتكرر وقوعه.
 - ط- إجماع إن قامت قرينة على أن السكوت رضی.
- لمزيد من التفصيل راجع الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٨٤-٨٥، شرح تنقيح الفصول، ص ٣٣٠ وما بعدها، شرح جمع الجوامع ٢/١٢٧ وما بعدها، التبصرة للشيرازي، ص ٣٩١ وما بعدها، مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي، ص ٣٩١.

الإسلامية حجة على من يقلده وان حكم القاضي برأي في مسألة خلافية يكون ملزماً للمحكوم عليه بتنفيذ المحكوم به فإن رأي أكثرية المجتهدين وانفاقهم على حكم واحد يجب أن يعتبر حجة من باب أولى.

لغة حجة الإجماع:

الإجماع حجة شرعية ومصدر ثالث بعد الكتاب والسنة للأحكام الشرعية بدليل القرآن والسنة والمقول.

١- القرآن

هناك عدة آيات تدل على وجوب العمل بالحكم المجمع عليه ، ومنها قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يُضَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُتَّقِينَ لَنُؤَذِّبْنَهُ مَا قَوْلَ وَاذُنِهِ لِيُجْزَىٰ جَزَاءً وَسَاءَ مَا يَصْمُرُ ﴾ (١) ، فهذه الآية تدل على حجية الإجماع بوضوح لإلحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين (٢) ، وعدم العمل بالإجماع عدول عن سبيل المؤمنين ، والتواعد على مخالفة سبيلهم دليل على أن اتباعهم واجب ومخالفتهم حرام وأن ما عداه باطل (٣).

٢- السنة النبوية

من السنن الدالة على حجية الإجماع بصورة ظاهرة قول الرسول ﷺ (لا تجتمع أمته على ضلالة) (٤) ، وغيره من روايات أخرى وردت بهذا المعنى (٥) بمجموعها تشكل حديثاً متواتراً معنوا يدل على حجية الإجماع.

(١) سورة النساء. ١١٥

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤/٢.

(٣) التبصرة في أصول الفقه السابق، ص ٢٤٩.

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، سنن الترمذي ٤/٤٠٤، وأبو ماجه، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم ٢/١٣٠٣، وأبو داود، كتاب الفتن ١/٩٦.

(٥) ومنها (ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح)، أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١/٣٧٩، بلنظ ما رآه المسلمون.

ومنها (عليكم بالجماعة فإن الذنب يأكل القاصية من القنم)، رواه البخاري في كتاب الفتن، الباب الثاني، ورواه السنائي ٨٣/٢.

٣- الممقول

أطبقت الدساتير في العالم على أن رأي الأكثرية في كل اجتماع يعقد لصنع قرار بشأن قضية من قضايا الساعة ملزم يجب العمل بمقتضاه وبخلاف ذلك يعم الفساد النظام وتسود الفوضى في المجتمع. وإذا كان الأمر كذلك في الأمور الدنيوية فإن العقل السليم يقضي -من باب أولى- بوجود الأخذ برأي خيرة الأمة المختصين في العلوم الشرعية إذا أجمعوا على تحديد الحكم الشرعي لكل واقعة تواجه الإنسان ولم يرد بصدها نص خاص.

إمكان نقد الإجماع في هذا العصر:

هل بالإمكان انقضاء الإجماع في العصر الحاضر لاكتشاف الأحكام الشرعية للوقائع المستجلة مما لم يسبق لها المثيل في العصور السابقة، ولا توجد نصوص ظاهرة يؤخذ منها أحكامها الشرعية؟.. الجواب على هذا السؤال ذو شقين سلبي وإيجابي:

لما الجانب السلبي

فهو القول بعدم تيسر انقضاء الإجماع من الناحية العملية في الوضع الحالي الذي عليه المسلمون لأسباب أهمها:

أولاً: لا يوجد في العالم الإسلامي حسب ما اعتقد من تنوافر فيه أهلية الاجتهاد والرأي والاستبطاء، وأنتمى أن أكون محطاً في هذا الاعتقاد.

ثانياً: إذا أخذنا برأي بعض العلماء من الأصوليين والفقهاء في جواز إجماع من لم يبلغ درجة الاجتهاد فإن من الصعب اتفانهم على رأي موحد وحكم واحد للقضية المعنية بمعرفة حكمها لما يلي:

١- اختلاف طبائهم المثارة بالتمصب المذهبي أو الطائفي أو السلفي.

ومن هذه الروايات (إن الله أجاركم من ثلاث خلال، أن لا يدعوا عليكم نبيكم فتهلكوا، وأن لا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وأن لا تجتمعوا على ضلالة، إن أمتم لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم الاختلاف فليكنم بالسواد الأعظم).

لزيد من التصليل يراجع المعتبر للزرکشي، تحقيق الشيخ حمدي السلفي، ص ٥٧، وما بعدها.

ب- تفاوت ملكاتهم الفغنية في التعمق والتذكير وفهم واقع الحياة وإدراك روح الشريعة الإسلامية التي من نصوصها، قال تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَئِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَرِيَّتَكُمْ يَسَعْتَهُ عَالِمُكُمْ لَمَّا كُنْتُمْ فِيهَا ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾^(٢).

ج- عدم تمييز بعضهم بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وتمسكهم بالنصوص الفقهية بنفس درجة تمسكهم بالنصوص القرآنية، ولا أريد أن أنهم شخصاً معيناً أو أشخاصاً معينين بهذه الصفات، ولكن الواقع العملي لدى الكثيرين منهم يشهد بهذه الحقائق.

د- عدم محاولة البعض من يعرفون بأنصار النزعة السلفية الاستفادة من آراء الفقهاء العظام وأئمة المناهب الفقهية للاستعانة بتلك الثروة العظيمة التي تركوها لنا على إضافات جديدة إليها وعلى مواجهة المستجدات بتقديم الحلول لها في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية متمسكين بالمسالك الشرعية التي سلكها هؤلاء الفقهاء في استنباط الأحكام من أدلتها.

لما للجانب الإيجابي:

فهو بصيص الأمل فيمن أشار إليهم الرسول ﷺ بقوله (لا تزال طائفة^(١) من أمته ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله)^(٢)، ففي أكثر الأقطار الإسلامية يوجد بعض العلماء الأفاضل توافر فيهم أهلية الترجيح لإمامهم بأصول الشريعة وفروعها بماكانهم استفلال موسم الحج للتجمع في مكة المكرمة أو المدينة المنورة لدراسة الوقائع والمستجدات التي لم يسبق لها المثيل في العصور السابقة ولم يعالجها فقهاء الشريعة ببيان أحكامها للاتفاق على أحكامها الشرعية في ضوء القواعد العامة والأسس الراسخة للدستور الإلهي (القرآن الكريم) مستعينين بأصول الاستنباط للسلف الصالح من الأئمة المجتهدين، ثم إرسال ما يتم الاتفاق

(١) سورة المائدة ٦.

(٢) سورة البقرة ١٨٥.

(٣) قال البخاري (ومع أهل العلم) أخرجه مسلم، كتاب الأمانة، باب لا تزال طائفة من أمته إلى الحق.

صحيح مسلم بشرح النووي ٧٠/١٣

(٤) أي خراب الدنيا وبقي الساعه، شرح جمع الجوامع ١٩/١.

عليه إلى من لم ينسر له الحضور في الأقطار الإسلامية التي أصبحت اليوم بمثابة مدينة واحدة بفضل الوسائل البرية والجوية والبحرية والسلكية واللاسلكية لدراسة الموضوع وبيان الرأي، فإذا تمت موافقة الكل فعندئذ يعتبر هذا الاتفاق إجماعاً صريحاً ودليلاً قطعياً ملزماً يجب العمل بمقتضاه^(١) في العالم الإسلامي، ويجب إدراجه ضمن التشريعات والقوانين الوضعية ليكتسب صفة الإلزام الرسمي إضافة إلى الإلزام الشرعي.

أما إذا كان الحكم المتفق عليه في مسألة خلافية لدى فقهاء المسلمين فإن هذا الاتفاق يحسم الخلاف ويوجب العمل بالرأي الذي تم الاتفاق عليه بدليل أن فقهاء الشريعة يرون أن حكم القاضي برأي من الآراء الفقهية في مسألة خلافية اجتهادية يرفع الخلاف ويلزم العمل بما يحكم به، ومن الواضح أن اتفاق من هو أهل للترجيح يعتبر أقوى من حكم القاضي كما أن اكسابه صفة التشريع والقانون يجعله في مركز أقوى من مركز حكم القاضي.

إلغاء الإجماع بالإجماع:

عالج الأصوليون هذا الموضوع تحت عنوان النسخ وقالوا (أختلف في نسخ الإجماع بغيره ونسخ الغير به) فقال الجمهور (لا ينسخ بالغير ولا ينسخ به الغير).

أما الشق الأول (لا ينسخ بالغير) فلأن هذا الغير الناسخ أما دليل قطعي (من نص أو إجماع لاحق) أو دليل ظني، فكلتا الحالتين باطلة لأن الناسخ لو كان دليلاً قطعياً لدل على أن الإجماع الأول باطل والا لما عارضه دليل قطعي (وهو الناسخ) ولو كان دليلاً ظنياً لما توفّر شرط النسخ لأن من شروطه أن يتكافأ الدليلان (الناسخ والمنسوخ) في القوة أو يكون الناسخ أقوى والا لزم تقديم الأضعف على الأقوى وهذا باطل.

وأما الشق الثاني وهو (أن لا ينسخ به غيره) فلأن الإجماع الناسخ إذا كان سنداً نصاً فالنسخ هو الناسخ والا فالمنسوخ إن كان دليلاً قطعياً يكون الإجماع الناشئ به.

(١) يقول الشوكاني (إرشاد الفحول)، ص ١٨٨ (إجماع الموم-أي غير المجتهدين-عند خلو الزمان من مجتهد عند من قال بجهاز خلوه عنه هل يكون حجة أم لا؟ فالقائلون باعتبارهم في إجماع مع المجتهدين يقولون بأن إجماعهم حجة

باطلاً لمخالفته لهذا الدليل القاطع، وإن كان ظنياً فلا يبقى دليلاً بعد الإجماع على خلافه فلا يثبت به حكم حتى ينسخ^(١).

ومع التقدير العظيم لهؤلاء العلماء الأجلة، فإننا إذا تعمقنا في هذه المناقشات لوجدنا أنها غير مفيدة للأسباب الآتية.

أولاً: إطلاق النسخ والمسوخ على الإجماع إطلاق خاطئ إذا أريد بالنسخ معناه الاصطلاحي الأصولي، لأن النسخ رفع حكم شرعي ثابت بالنص بنص شرعي لاحق والإجماع غير مشمول بهذا التعريف.

ثانياً: كل حكم شرعي ثبت في عهد الرسالة لا يخضع للنسخ بعد وفاة الرسول ﷺ لانتهاء النسخ بانقطاع الوحي.

ثالثاً: الإجماع بالمفهوم الأصولي لم يكن موجوداً في عهد الرسالة، لأنه إن كان معمم الرسول ﷺ فالمصدر السنة النبوية، والا فالإجماع باطل، فكيف يستعمل اصطلاح النسخ الخاص لما قبل الوفاة لاصطلاح الإجماع الخاص بما بعد الوفاة.

رابعاً: المناقشات والاستدلالات المذكورة لإثبات بطلان نسخ الإجماع بغيره أو نسخ الغير به كلها مبنية على عدم التفريق بين الإجماع السكوني الذي هو دليل ظني وبين الإجماع الصريح الذي يعتبر دليلاً قطعياً حيث اعتبر الكل دليلاً قطعياً.

خامساً: القول بإلغاء الإجماع بإجماع لاحق قول لا يتعارض مع الشريعة ولا مع المنطق السليم لما يلي:

١- لا يتعارض مع الشريعة، لأنها أنت لتحقيق مصلحة الإنسان في الدنيا والآخرة وهذه المصلحة قد لا تكون ثابتة نتيجة سنة الحياة، فما هو المانع من أن يتعقد إجماع على رعاية مصلحة عامة في زمان معين، ثم يتغير الزمان وتحل محلها مصلحة

(١) مختصر المتقى لابن الحاجب وشرحه للفايزي عند الدين الإجمعي ١٩٨/٢ - ١٩٩.

التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سعود السواسي الشهير بابن همام الدين الاسكندري الحنفي، (ت ٨٦٦هـ)، ص ٣٩. في هداية العقول ٤٤١/٢ (الجمهور على أن الإجماع لا ينسخ لأن ناسخه أما قاطع فيكون الإجماع خطأ لانقضاء، على خلاف الدليل القطعي وأن كان إجماعاً قطعياً لا يتعقد إجماع آخر على خلافه والا لزم أن يكون أحدهما باطلاً، وإن كان ظنياً فلا يقابل القطعي).

أخرى تمارستها فينقصد إجماع لاحق يحمل محل الإجماع السابق، أخفاً بالقاعدة العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً)^(١).

٥- لا يتعارض مع المنطق السليم والعقل السليم؛ لا يوجد مانع منطقي أو عقلي يمنع اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ على حكم لرعاية مصلحة يقتضيها ظرف معين ثم تتحول المصلحة من المنفعة إلى المضرّة نتيجة تغيرات الظروف وتطورات الحياة فيقوم إجماع جديد على أساس رعاية مصلحة جديدة فيلغى الأول ويعمل بالثاني، وعلى سبيل المثل العقل السليم لا يمنع من أن تعقد معاهدة بين العالم الإسلامي وغير الإسلامي لحماية مصلحة تخص المسلمين ويتم الإجماع عليها ثم يحل الطرف الآخر بالتزاماته فيلغى الإجماع الأول ويحل محله إجماع جديد كما حدث نظير ذلك في عهد الرسالة في بعض المعاهدات.

(١) أصول الفقه الحديثي، ص ٣٤٣ (الجمع عليه إذا تغيرت حاله جاز تركه).

المبحث الثاني العرف

تعريفه، عناصره، أنواعه، حججه، شروطه، أهميته

تعريفه

لغة له معان كثيرة منها الجميل من الأفعال والأقوال، وعرّف البنك منبت الريش، وعرّف الفرس منبت الشعر.

وفي اصطلاح أهل الفروع، ما تكرر استعماله من فعل^(١) أو قول^(٢) حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس^(٣) والتقبل في العقول^(٤) والرعاية في التصرفات^(٥).

العرف والعادة، اختلف علماء الأصول في النسبة بينهما، بعد أن اتفقوا على إنها العموم والخصوص المطلق، فمنهم من قال (العادة أعم مطلقاً^(٦))، ومنهم من قال العرف أعم مطلقاً^(٧) والاتجاه السائد لدى فقهاء الشريعة هو التسوية بينهما^(٨).

(١) كمادة فعلية التصادية مثل بيع العاطفة، أو اجتماعية كزيارة المريض وتبادل الهدايا بالمناسبات، أو سياسية كالقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية.

(٢) كلنظ تكرر استعماله في معنى جديد غير ما وضع له لغة حتى أصبح حقيقة عرفية فيه، مثل لفظ (ولد) في الذكر بعد أن كان موضوعاً في اللفظة لكل من الذكر والأنثى.

(٣) وما حصل بطريق التدرج فلم يستقر في النفوس لا يسي عرفاً في الاصطلاح.

(٤) ولا يعتبر عرفاً ما استقر في النفوس عن طريق الأهواء والشهوات كاعتقاد أعمال الفجور.

(٥) هذا تعريف استتجته من تعريفات متعددة وجدت كل واحد منها لا يخلو من نقص أو عيب

(٦) من يرى أن العادة أعم قال إنها تشمل كل مكرر من الأقوال والأفعال سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة ؟، وسواء أكان مصدره أمراً طبعياً أم كان مصدره العقل أم كان المصدر الأهواء والشهوات.

(٧) على أساس أن العرف يشمل الفعل والقول والعادة تقتصر على الأول.

(٨) على أساس أن مفهومهما واحد، فكل يصدق على كل ما يصدق عليه الآخر.

عناصره:

يؤخذ من تعريفه أنه يتكون من عنصرين (مادي ومعنوي)
العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر استعماله.
العنصر المعنوي (النفسي): هو صفة التقبل والاحترام والإلزام الأدبي.

أنواعه:

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ومنها:

١- باعتبار عنصره المادي قولي ولطفي:

١- **العرف القولي:** هو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد، وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (ولد) وضع لغة للذكر والأنثى ثم استعمل للذكر فقط وكلفظ (لحم) فإنه في اللغة يشمل لحم كل حيوان ولكن في العرف يستعمل لما عدا لحم السمك ويسمى هنا (عرفاً استعمالياً) وقد يكون العرف القولي شرعياً وقد يكون قانونياً وقد يكون عرفاً آخر من الأعراف الخاصة، فالعرف الشرعي^(١) هو لفظ وضع لغة لمعنى عام، ثم نقل إلى معنى شرعي جديد خاص كلفظ (صلاة) معناه اللغوي الدعاء، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن العبادة المعروفة التي يجب أداؤها يومياً في خمسة أوقات محددة، وكلفظ (صيام) معناه اللغوي مطلق الإمساك وفي عرف الشرع الإمساك الخاص عن الأكل والشرب والمعاشرة الجنسية من الفجر إلى المغرب.

والعرف القانوني هو لفظ نقل من معناه اللغوي إلى معنى قانوني خاص كلفظ (جنابة) في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها، وفي العرف القانوني - كما في قانون العراق- جريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤقت أو بالسجن أكثر

(١) في الأشياء والنظائر لأبن نجيم، ص ٩٣ (والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية).

والمعنى اللغوي للصلاة: الدعاء، وللزكاة: النمو، وللحج: التقصد.

من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة^(١).

وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص، وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإجارة وشروط عاقد ولئن ومثمن وغير ذلك، لأن المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط وغيرها إنما يريد بها معانيها التي وضعت لها عرفاً سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً فيرجع إليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود.

٢- العرف الفعلي؛ وهو إما مشروع كبيع المعاطاة، وزيارة المرضى، وتبادل الهدايا بالمتناسبات، وقبض المهر المقدم قبل الزفاف وتقديم هدية الزوج إلى زوجته ليلة الزفاف. وأما غير مشروع كلعب القمار وتعاطي المسكرات والتعامل بالفوائد الربوية واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية كظروف الحرب.

ب- ويعتبر شمول لما عام وإما خاص:

١- العرف العام (أو العرف السلوي)؛ وهو الذي لا يختص بإقليم دون إقليم، ومن الأعراف العامة (الدولية) المقابلة بالمثل في الميراث^(٢)، وتسليم المجرمين السياسيين وإعادتهم إلى دولهم^(٣) وقطع العلاقات الدبلوماسية واستئنافها عند الخلافات والنزاعات التي ترتب من قبل الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية من الأجانب، وكعدم تفتيش الحقائب الدبلوماسية^(٤) في المطارات والمطحات، وكإجراءات مراسيم الزيارات الرسمية واستقبال النظير لنظيره، وكالأعراف التجارية في التجارة الدولية. وقد تصبح هذه الأعراف الدولية ملزمة كإلزام القانون الداخلي بموجب الاتفاقات الثنائية أو الجماعية أو بإقرارها في القوانين الداخلية.

(١) م ٢٥٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٢) م ١/٢٣ مدني عراقي: اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والمعارف، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورثه العراقي منه.

(٣) قانون إعادة المجرمين العراقي وتمديلاته.

(٤) م ١١٦ ق.ع. (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقرونة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي، أو القانون الداخلي).

٢- **العرف الخاص (أو العرف الإقليمي أو المحلي)**؛ وهو الذي يختص بإقليم معين، أو منطقة معينة، ومن الأعراف الخاصة المحلية الأعياد الوطنية^(١)، ومثل الزي الخاص ببلد واحد أو منطقة معينة من بلد واحد، وكقديم بعض المهر وتأجيل بعضه في العراق إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الوفاة)^(٢)، ولكل بلد أعراف وعادات فعلية خاصة في اللبس والسكن والمشرب والمأكل والزيارات. كما توجد أعراف مشتركة بين الشعوب والأقاليم والدول.

ج- واعتبار لمشروعية إما صحيح أو فاسد:

١. **العرف الصحيح**: هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولا يجعل حلالاً حراماً ولا حراماً حلالاً في ميزان الشريعة الإسلامية بالنسبة لأعراف المسلمين.
٢. **العرف الفاسد**: هو العرف الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة بأن يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتماطي المسكرات والمخدرات، ولعب القمار، والبناء على المقابر، وإحياء ليلة الأربعين للوفاة والذكرى السنوية للوفاة ونهشة الطعام في اليوم الثالث للوفاة لمن يحضر مجلس الفاتحة.

د- واعتبار وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة^(٣):

١. **الأعراف الثابتة**؛ هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان مادامت الحياة باقية كالأكل والشرب والنوم واليقظة والفرح والحزن، وميل الطبع إلى الحسن ونفرته عن القبح. هنا عند من يدخل هذه الأمور في العادات وإلا فالفرائز في اعتقادي ليست منها فالأحكام المتأثرة بهذه العادات لا تختلف لأن منشأها الفرائز الطبيعية.
٢. **الأعراف المتغيرة**؛ وهي أعراف تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والظروف فالأحكام المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغير بتغيرها وهذا النوع هو المراد

(١) أما الأعياد الدينية فهي الأعراف الشرعية العامة

(٢) م ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣) انظر الوافقات في أصول الشريعة ٢/٢٩٧، لأبي إسحاق الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي

الفرناطي المالكي، (ت ٧٩٠ هـ)

بالقاعدة العامة المعروفة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(١) والمراد بالتغيير التبدل، لأن الله تعالى حكماً لكل ظرف، فإذا تغير الظرف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد.

حجية العرف:

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول

١- القرآن الكريم:

أمر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات والأحكام الجزئية في آيات متعددة ومنها قوله تعالى: ﴿ حُدِّدَتِ الْقَوَاعِدُ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْعُرْفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ عَجِبَ لَهُ مِنْ أَجِبِهِ فَمَا يَقْتَضِ بِالْعُرْفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَشَأْ يَنْدُبْ عَلَيْكَ بِالْعُرْفِ ﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿ الْكَلْفُ مَرَّتَانٍ فَإِن سَاءَ بِعُرْفِكَ أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٦) وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَكُمْ أَن يَنْكِحْنَ آلِدِهِنَّ إِذَا نَزَمْتُمُوهُنَّ بِالْعُرْفِ ﴾^(٧) وقوله تعالى: ﴿ وَالزَّوْجَاتُ بِرُحْمَةٍ أَوْ لَدَعْنَهُنَّ كَمَا يَلِينُ كَامِلِينَ لِيَسَّرَ لَكُمْ مِنْ أَرَاغَتِكُمْ وَأَعْلَى الزُّلُمِ لَهُ دِفْءٌ تَرْضَوْنَهُ بِالْعُرْفِ لَا تَكْفُلْ نَفْسٌ إِلَّا وَمَعَهَا ﴾^(٨) وقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا كُنَّ تَسْتَوْفُونَ أَوْ تَقَرُّوْنَ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمِمَّا يُوهَبُهُنَّ عَلَى

(١) مجلة الأحكام العدلية، م ٣٩٠

(٢) سورة الأعراف: ١٩٩.

(٣) سورة البقرة: ١٨٠.

(٤) سورة البقرة: ١٧٨.

(٥) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٦) سورة البقرة: ٢٢٩.

(٧) سورة البقرة: ٢٣٢.

(٨) سورة البقرة: ٢٣٣.

الرَّوْبِحَ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَى بِالتَّعْرِيفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْرِمِينَ ﴿٣١﴾^(١). وغير ذلك من عشرات الآيات التي تشير إلى وجوب رعاية العرف (والمعروف) وهو الفعل أو القول الجميل الذي استقر عليه الناس وارتضته النفوس وتقبلته العقول السليمة.

٢- الصلوة النبوية:

روي عن الرسول ﷺ (ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح)^(٢).

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة من صدر الإسلام إلى يومنا هذا على حجية العرف وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية وإقرار الإسلام لكثير من أعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الإسلام بعد أن نظمها وتقحها من الشوائب كالأعراف في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك، وهذه الأعراف منها ما كانت محلية، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة كشرعة سيدنا إبراهيم وإسماعيل وموسى وعيسى (على نبينا وعليهم الصلاة والسلام)، ومنها ما كانت مأخوذة من الأمم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري، فأقر الإسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة كمنع البيع والرهن والإجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات، وكالكفأة في الزواج، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات^(٣)، واستبعد الإسلام الأعراف العربية التي كانت تحقق مصلحة فرد أو فئة على حساب الآخرين، فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتبارها ملكاً له دونها إذا زوجها فألقى القرآن هذا العرف بقوله تعالى: ﴿وَمَا تَرَاكَ الْيَتَامَىٰ صِدْقَيْنِ رِحْمَةَ لِقَابِ رَبِّكَ إِن يَطْبَخْ لَكُم مِّنْ شَيْءٍ مِّنْهُ قَسَا لِكُلُّهُ هَيْكَا تَيْكَا﴾^(٤) وكان العرف قبل الإسلام

(١) سورة البقرة: ٢٣٦.

(٢) سبق تفريجه

(٣) عائلة الجاني: من بهم التناصر عرفاً، فهذه كانت قاعدة عرفية عند العرب، فنظمها الإسلام وطورها ووسع مفهوم العاقلة ليشمل ديوان الجند وكل مؤسسة يتنسى إليها القتال فتلاً خطأ. وكانت الدية ألف دينار، أو عشرة آلاف درهم، أو مائة ابل، أو متني بقرة، أو ألف شاة، أو ما يحل محل ذلك حسب الظروف والزمان والمكان

(٤) سورة النساء: ٤، النحلة العظيمة

لا يعطي الميراث إلا لمن يحارب من الرجال ومحرم النساء والأطفال منه ، فالغناء القرآن بقوله تعالى : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾^(١) ، وبيات الميراث الأخرى وكان نظام التبني عرفاً سائداً فالغناء القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْيِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ﴾^(٢) لكن التبني بمعنى أن يتولى شخص تربية يتيم أو فقير أو أي طفل آخر كما في حالة عمم أحد الزوجين ، أمر محبذ والمربي ماجور عليه عند الله إلى أن يبلغ ، فعندئذ يجب أن يستقل عن هذه الأسرة لحرمة الاختلاط ما لم يحصل التزاوج بين هذا المتبنى وبين أولاد المربي ، ولا يثبت التوارث ما لم يعترف بنسبه وهو مجهول النسب كذلك استبعد الإسلام المعاملات المالية التي فيها الضرر وتحقيق المصلحة لأحد المتعاقدين على حساب الآخر أو التي فيها الضرر للمجتمع. انتهى الرسول ﷺ عن عادة تلقي الركبان^(٣) ، وعن بيع الحاضر لباد^(٤) ، وعن النجش^(٥) وغير ذلك من كثير من العقود المضرة بطرف من أطرافها أو بالمجتمع.

٤-المحقوق:

العرف غالباً مبني على أساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الإنسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك ، والأحكام التي انزلها الله لعباده صالحة لكل زمان ومكان ، فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة ، فلو لم تتأثر الأحكام المبينة على الأعراف والعادات في استنباطها بيئة الناس ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره لأدى ذلك إلى الضيق والحرج المرفوضين من قبل الشريعة

(١) سورة النساء ٧

(٢) سورة الأحزاب ٤

(٣) هو استقبال من يأتي بسلعة لمصولة الحيواني أو الزراعي ليحمله بسم السوق في البلد ، وشراءه قبل أن يدخل السوق أو يعرف السعر الحديث ، أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، باب تحريم تلقي الجلب

١١٨/١٠

(٤) هو أن يصير من في البلد مسافراً لمن أتى بمحصوله من الأرياف والقرى أو ينوب عنه في البيع بصورة تدريجية وبسعر أعلى. الحديث أخرجه مسلم ، كتاب البيوع باب تحريم بيع حاضر لباد ٢٠/١٠

(٥) التجش (فتح التون وسكون الجيم) الزيادة في لمن السلعة لا ليشرتها بل ليغر بذلك غيره. الحديث أخرجه الترمذي كتاب البيوع.

الإسلامية بخصوص من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَيُنَبِّئَكُمْ بِمَا كَفَرْتُمْ فَلَمَّا كُنْتُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(٢)، ولا يعني هذا أن الأعراف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة فتحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي يعطيه، وإنما يعني أن من النصوص ما هو قواعد عامة يمكن تطبيقها بحسب ظروف الناس وأحوالهم ومنها ما هو معلق بمصالح خاصة تدور معها وجوداً وعدمًا^(٣)

شروط العمل بالعرف:

يشترط للحكم بمقتضى العرف أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون صحيحاً أي لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي بناء الأحكام على العرف الفاسد لأن المبني على الفاسد فاسد.

لكن ما الحكم إذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة أو تصرفاً من التصرفات الفاسدة بدافع من دوافع ضروريات الحياة كانتفاع البائع بداره بدون مقابل بعد البيع بأن يشترط على المشتري حين البيع أن يبقى فيها مدة سنة أو أقل أو أكثر بدون أجره وبدون أن يكون ذلك مقابل جزء من الثمن فيضطر المشتري إلى قبول هذا الشرط الفاسد

(١) سورة المائدة ١٠

(٢) سورة البقرة ١٨٥

(٣) قال الشاطبي، الموافقات ٢/٢٨٦ وما بعدها (والمعاهد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً سواء كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية وسواء أكانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا. أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك). ثم يقول الشاطبي (لما قلنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره المعاهد لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد دل على جریان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب للمصالح والتشريع دافع، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للمعاهد في التشريع).

ثم يضي قاتلاً (إن المعاهد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطلق وهو غير جائز أو غير واقع، وذلك أن الخطاب أما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العادات المعتبرة في توجيه التكليف أو لا، فإن اعتبر فهو ما أردنا وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر وعلى من له مانع ومن لا مانع له وذلك عين تكليف ما لا يطلق).

المفسد، وكالتعامل بالعربون^(١) تحت ضغط العرف السائد، وكانتضاع الدائن المرتهن بالعين المرهونة، وكبيع الوفاء^(٢)، وكاضطرار أهل الميت إلى تقديم الطعام للناس تحت ضغط العادات الفاسدة، ومثل ما يسمى (سرقولية) إلى غير ذلك من آلاف الأعراف والعادات الفاسدة.

الجواب على هذه الأسئلة: هو أن من واجب الدولة مكافحة الأعراف الفاسدة وما ينشأ عليها من المعاملات والتصرفات الفاسدة، وإذا لم تقم الدولة بذلك وبقي الفرد مضطراً تحت ضغط العرف الفاسد إلى الإقدام على التعامل فهل يسأل ديانة إذا لم يسأل قضاء؟

أجاب القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ بَيْعٌ وَلَا عَادَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ بَيْعٌ وَلَا عَادَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ بَيْعٌ وَلَا عَادَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٥).

(١) على وزن مصفور أو حلزون، وفيه تمايز أخرى منها أريون، وعربان وأريان على وزن قربان، وهو في الاصطلاح قيام المشتري أو المسافر بدفع جزء من البذل المتفق عليه على أنه جزء من الثمن أو الأجرة إذا تم العقد والا فباعتبار جزء تكول الدافع فلا يحق له استرداده، واختلف في حكمه فقهاء الشريعة فقال بمنحه جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، الفقيه ٢٥٧/٤، وقليوبي وعميرة ١٨٦/٢، ونيل الأوطار ١٥٣/٥، لأنه أكل بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ البقرة ١٨٨. والمشهور من مذهب الإمام أحمد جواز استناداً إلى بعض الآثار، منها ما روي عن نافع بن الحارث أنه اشترى من صفوان بن أمية داراً لعسر بين الخطاب **هـ** بأربعة آلاف دينار واشترط عليه نافع إن رضي عسر فالبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم، وهذا السند في اعتقادنا لا أساس له، فمسر بين الخطاب **هـ** لم يكن من هواة هذه المعاملات.

وان الألفه هو عدم جواز التعامل بالعربون لأنه كسب بدون سبب في حالة عدم استرداده، فإذا كان هناك ضرر فحزاه التعويض المأول.

(٢) بيع الوفاء هو أن يبيع شخص عيناً لشخص آخر بشئ معين أو بالدين الذي عليه له، بشرط أنه متى رد البائع الثمن على المشتري أو أدى دينه يرد المبيع (١١٨هـ) المجلة. تجرى في هذا البيع بعض أحكام البيع الصحيح وهو أن المشتري قد يملك زواله المبيع ومثاله، وبعض أحكام البيع الفاسد وهو أن لكل واحد من الماعدين فسخ البيع، وتجري فيه أحكام الرهن بعد القبض.

(٣) سورة البقرة ١٧٣.

(٤) سورة النحل ١١٥.

(٥) سورة الأنعام ١٤٥.

- وفي ضوء هذه الآيات الكريمة واستناداً إلى السماح الواسع للشريعة الإسلامية أرى من الصواب ما ذهب إليه المرحوم شيخ الأزهر سابقاً الشيخ محمد الخضري من أنه (ليس للفقهي أن يفني أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل من قبيل الرخصة التي يقرها الفقيه على حساب الاجتهاد، فشان الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة، فإن كانت ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنيها من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل، فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فمسا له إلا أن يفني بفاسدها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة، ولا يصح أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً، وإن يفني بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة بحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها)^(١).
- ٢- وأن يكون العرف مطروحاً، فإن كان مضطرباً بأن يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى لا يصلح أن يكون مصدراً للحكم، والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق^(٢).
- ٣- وأن يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبني عليه حكمها لأنه كالقاعدة القانونية ليس له الأثر الرجعي فيجب أن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف (أو الواقعة) ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء أكان التصرف قولاً أم فعلاً، فإذا كان طارئاً على التصرف أو حادثاً بعده أو كان سابقاً على التصرف وتغير قبله فلا يعمل به.
- ٤- وأن يكون عاماً في الأحكام العامة والمعتبر لبناء الأحكام الشرعية هو العرف العام لأن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، والخاص يبني عليه الحكم الخاص بأهله كالأنفاذ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر فتجري في كل بلدة على عادة أهلها^(٣).
- ٥- وأن لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف، والا فيقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف، فإذا اتفق الزوجان في المراق على أن يكون كل المهر مقدماً فليس
-
- (١) وقد نشر هذا في مجله الأزهر تحت عنوان (براعى العرف في القضاء والفتوى) ونقله الأستاذ المرحوم عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص ١٢٥.
- (٢) قال السيوطي (جمال الدين عبد الرحمن) في الأشباه والنظائر، ص ١٠١ (إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإذا اضطرت فلا).
- (٣) مزيد من التفصيل، راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء، للدكتور أحمد فهمي (أبو سنة)، ص ٦١ وما بعدها، في المجلد ٤١ م (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت).

للزواج بعد ذلك أن يطلب من القاضي الحكم بتأجيل بعضه بناءً على العرف السائد. وكذلك إذا اتفقا على أن يكون كل المهر مؤجلاً ليس للزوجة الامتناع عن الانتقال إلى بيت الزوجة بحجة أنها لم تستلم مهرها المقدم، وإذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول أو كان العرف يقضي بأن مصاريف التصدير على المشتري واتفقا أن تكون على البائع يعمل بالاتفاق دون العرف.

أهمية العرف:

قُلَّت أهمية العرف بالنسبة للقوانين الوضعية الداخلية بعد أن تحولت أكثر القواعد العرفية إلى قواعد قانونية ينشرها، وعلى الرغم من ذلك فإن العرف لا يزال يعتبر مصدراً احتياطياً على القاضي أن يلجأ إليه كلما لم يجد نصاً يحكم الواقعة المرفوعة إليه^(١)، ولا تزال الأعراف الدولية تحتل مكانة سامية في القانون الدولي العام فهي من أهم المصادر التي يستقى منها أحكامه.

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي فإن العرف يبقى محظوظاً بأهميته وتجلسي هذه الأهمية في كثير من المجالات ومنها:

١- يستعين الفقيه والقاضي والمفتي في تفسير النصوص بالأعراف السائدة عند نزول هذه النصوص وتطبيقها^(٢)، وعلى سبيل المثال: قال سبحانه وتعالى: ﴿يَكْفِيهَا الْكَيْفَ

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فيقتضى قواعد العادة)، وأخذت بهذا النهج القوانين المدنية في البلاد العربية، لكن منها ما قدمت الشريعة على العرف.

(٢) قال السرخسي (أبو بكر محمد بن أحمد) في الميسوط ٦٢/١٦ من كتاب آداب القضاء (والقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وإن يكون مصعباً في القياس عالماً بعرف الناس).

وقال الشاطبي، المرجع السابق ٣٥١/٣ (لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أوقالها وأفعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لأن الجهل بها موقف في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة).

مَا تَوَالَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً^{١٣٠} وَأَنْتُمْ أَهْلُهَا لَكُمْ تَقْلِيحُونَ ﴿١٣١﴾ فهذا النوع ﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ ليس له مفهوم المخالفة، وبالتالي لا يدل على أن هذا النوع من الربا هو المحرم وما عداه ليس محرم لأن الآية جاءت لتبشير عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عاداتهم في التعامل بالربا حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول اجل دينه زدني في المال أزدك في الأجل فيضطر المدين أن يفعل ذلك، إلى أن تراكم الديون بئمة المدين بحيث لا يستطيع أن يفي بها، فيعه مع زوجته وأولاده بعد استبادهم، وهذا ما يسمى ربا الفضل في الجاهلية^(١).

٢- على القاضي أن يراعي العرف في القضايا الآتية^(٢):

أ- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكملها في العرف والعادة كمضي مدة التقادم، فقال فقهاء المسلمين (فإن ترك المدعي المطالبة بمقته مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به، على القاضي أن يرد هذه الدعوى)، وقدروها في ضوء أعراف زمنهم بـ(٣٣ سنة) في دعاوى أموال الميراث (المطالبة بالحق في التركة) وأموال الوقف، وقدروها في غير الإرث والوقف بـ(١٥ سنة)، ويرى المالكية أن دعوى المطالبة بالعقار تسقط (أي لا تسمع) بمضي (١٠ سنوات) استناداً إلى ما روي أن الرسول ﷺ قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)^(٣).

(١) سورة آل عمران ١٣٠.

(٢) في تفسير الفخر الرازي ٥/٢ (كان الرجل في الجاهلية إذا كان له على إنسان مائة درهم إلى اجل فإذا جاء الأجل ولم يكن الدين واجداً لذلك المال قال: زدني في المال حتى أزيد في الأجل، فرما جعله مائتين، ثم إذا حل الأجل الثاني فعل مثل ذلك ثم إلى أجال كثيرة فأخذ بسبب تلك المائة أضعاها، فهذا هو المراد من قوله (أضعاها مضاعفة).

(٣) في الجلفة، ٤٢م، المرورف كالشروط، (المرورف بين التجار كالشروط بينهم)م ٤٤، (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) م ٤٥

(٤) بنى فقهاء المالكية قولهم بالحيازة والتقدم على حديثين متعارضين مرسلين لم أطلع عليهما في كتب الحديث المتقدمة، وهما:

أ- ما روي عن الرسول ﷺ من أنه قال (لا يطل حق امرئ مسلم وإن قدم)، شرح الخطاب ٢٢٤/٦.

ب- وثانيهما ما روي عنه ﷺ من أنه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)، وفي رواية ثانية (من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به). وفي رواية ثالثة (من حاز شيئاً على خمسة عشرة سنين فهو أحق به منه).

- ب- أن يحاكم في ضوء الممتني العرفية للألفاظ الواردة في صيغ العقود والدعاوى^(١).
- ج- عند الخصام وعدم البينة على القاضي أن يرجع رأي من يملكه العرف بعد تحليته لأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل ، فإذا اختلف الزوجان في متاع البيت (الأثاث) يرجع قول من يتفق مع عرف بلده بعد تحليته ، لأنه وإن كان لكل واحد منهما يد على أثاث البيت لكن يد من شهد له العرف أقوى ، وكذلك يقضي للزوج بما يختص به عرفاً كالسلاح والفرس ، وللزوجة بما يختص بها عرفاً كالخلي^(٢).
- ٣- يحكم العرف في الوقائع (العادة محكمة)^(٣) العرف معيار يرجع إليه القاضي في تطبيق الأحكام المطلقة كالنفقة^(٤) ، الكفائة^(٥) ، الرؤية الموجبة للخيار^(٦) ، العيب الموجب

وفي الفتوى ٤٣-٤٢/١٣ (عن ربيعة أنه إذا كان الرجل حاضراً وماله في يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك كان المال الذي هو في يده له لحيازته إياه عشر سنين ، إلا أن يأتي الآخر بالبينة أنه على أكرى أو سكن أو أعار عارية أو صنع شيئاً من هذا وإلا فلا شيء له).

لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع كتاب (الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي)، للدكتور محمد عبد الجواد محمد ، ص ٥٢ وما بعدها.

(١) قال ابن فرحون ، تبصرة الحكام على حاشش فتح العلي المالك ٦٠٣ وما بعدها (إذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة وادعت انه لم يتفق عليها ، فنذهب مالك واحمد بن حنبل (رحمهما الله) إلى أنه لا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دهرها انه لم يكسبها في ما مضى من الزمان لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها. وهذا هو قول أهل المدينة وهو الحق الذي لا شك فيه. وكذلك إذا اختلف التبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد المتبايع وبقاء المبيع بيد المتبايع ولا يتنقل ذلك إلا بينة أو عرف كالسنة التي تجرى العادة أن المشتري يدفع ثمنها منها مقدماً كاللحم والخضار ونحو ذلك فيحكم في ذلك بالعرف والعادة. ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ في البيع فتقول البائع - بمسك هذه الأرض بكفا - ولم يزد على هذا فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار وهذا يحكم العرف ، ولفظ الدار والشجر يشمل الثوابت كالأبواب والرفوف ، ومن ذلك إذا خلا بزوجه خلوة اعتناء وادعت انه دخل بها فالقول قولها بالعرف والعادة إلى المرأة إذا خلا بها زوجها أول مرة لا يصبر عن وطأها فالخلوة شاعداً لها بدوها).

(٢) انظر تبصرة الحكام ، المرجع السابق ٥٧/٢ وما بعدها.

(٣) المجلة ، م ٦٣ ، و م ١/١٦٤ مدني حراني (العادة محكمة عامة كانت أو خاصة).

(٤) يرجع القاضي في معرفة نوع النفقة ومقدارها إلى عرف بلد الزوجين مع مراعاة حالتها المالية والاجتماعية عند تطبيق القاعدة الشرعية الكلية الواردة في قوله تعالى ﴿لِيَسْتَوِيَ ذُوَسَوْغَاتٍ مَسْكِينًا﴾ الطلاق ٧ ، قال الرسول ﷺ لبيد زوجة أبي سفيان حين اشتكت من شحه - البخل مع الحرص - : (خذني ما يكتفيك وولدتك بالمعروف) ، وكان أبو سفيان معروفاً بالبخل لذا صعدناه الرسول ﷺ ولم

- للخيار^(٢)، حجم ونوع التعازير^(٣)، وفي الضمان وعدمه عند هلاك الودائع^(٤)، وفي استتاج الباعث الدافع^(٥)، وفي مالا ضبط له شرعاً كالحيض والبلوغ وغير ذلك من الأمور التي يمكن عن طريق تحكيم العرف الوصول إلى الحكم العادل فيها).
- ٤- التمييز عن الإرادة بالأفعال يعتمد به الشرع والقانون بدليل العرف كالتبعية والشراء بالمعاطة فإنها تدل على الرضى عرفاً وكنتج أبواب المحلات العامة تعبيراً عن الإذن بدخولها وكنتقديم الطعام للضيف فإنه إذن له عرفاً بتناوله له.
- ٥- تفسير الأحكام المتأثرة بالأعراف بتغيرها، وهذا هو المراد بالقاعدة المعروفة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(٦).

- يطلب منها البينة وكذلك أحوالها إلى العرف في أخذ ما يكتبها ويكفي ولدها. أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب قضية هند. صحيح مسلم شرح النووي ٢٤٨/١٢.
- (١) الكتابة شرط من شروط لزوم الزواج عند جمهور الفقهاء، فالقاضي يرجع إلى عرف البلد فيما يعتبر من باب الكفاءة وما لا يعتبر مستيناً بأهل الخبرة، فإذا زوجت امرأة نفسها من غير كفه في عرف البلد بدون إذن وليها صح العقد عند بعض الفقهاء -كالحنفية- ولأولياتها حق الاعتراض وطلب الفسخ دفعاً لضرر العار عنهم. والصفات المعتبرة في الكفاءة باستثناء الدين يفرها العرف.
- (٢) من الروية في بحث خيار الروية وهو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع أي المقصود بها العلم بالحادث بإحدى الحواس الخمس لا بالعين الباصرة فقط.
- (٣) يستعين القاضي بالعرف في معرفة حجم العيب ومدى تأثيره على نقص المال وقيمه.
- (٤) التعازير عقوبات تقدرها السلطة التشريعية الزمنية وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وفق الأعراف السائدة في كل بلد. يقول القرطبي، الفروق ١٨١/٤ (قرب تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر، ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر).
- (٥) يرجع القاضي في ضمان الودائع والأمانات لمعرفة حوز مثلها وتقديم العانة اللازمة لحفظها وبالتالي تقدير التقصير وعدمه إلى العرف.
- (٦) يستعين القاضي بالقرائن العرفية في استتاج القصد الجنائي في الجنايات، والباعث الدافع في المعاملات والأحوال الشخصية، فإذا وعت الزوجة مهرها لزوجها ثم طلقها بعد زمن غير طويل وطالبت بالمهر بحجة أن الباعث الدافع إلى البية كان استقامة العلاقة الزوجية، على القاضي أن يحكم ببرد المهر بعد تحليفها، لأن العرف يؤيد هذا.
- (٧) المجلد ٣٩٠، وقد ذكرنا أن التفسير يجب أن يحمل على التبدل لأن حكم الله لا يتغير بل له أحكام متعددة في قضية واحدة كلٌّ لظرف معين.

من تطبيقات هذه القاعدة في الشرع الإسلامي ما يلي:

أولاً: التفسير؛ النص قد يكون معطلاً بالعرف أو بعلّة مرجعها العرف ثم تتغير العلة بتغير العرف فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص.

قال أهل المدينة المنورة للرسول ﷺ (غلا السر في المدينة فسر لنا) قال ﷺ (إن الله هو السر^(١) الفايض^(٢) الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال^(٣)). فامتناعه عن التفسير واعتباره إياه ظلماً كانا مبنيين على أساس أن الغلاء كان ناتجاً عن قلة الإنتاج وكثرة الطلب (قانون العرض والطلب)، فالعرض كان قليلاً لقلة الإنتاج ولما تغيرت الأعراف وتبدلت النفوس فعالت إلى الجشع والاستغلال والكسب على حساب المستهلك، أفتى فقهاء التابعين^(٤) بضرورة تسيير المواد رعاية لمصلحة المستهلكين ومكافحة للجشع والاستغلال.

ثانياً؛ ضالة الإبل؛ سأل الرسول ﷺ عن ضالة الإبل فقال للسائل (ما لك ولها، دعها فإن معها حذامها وسقامها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربهها)^(٥)، وسأله عن شاة فقال ﷺ (خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب)^(٦)، ومضى الأمر على هذا النمط طوال عهد الرسالة وخلافة أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما) فكانت الإبل الضالة تترك على ما هي عليه لا يأخذها أحد حتى يجدها صاحبها وذلك اتباعاً لأمر الرسول ﷺ وكالإبل كان حكم البقرة لقدرتها على حماية نفسها.

ولما تغيرت الظروف بعد ذلك وظهرت عادة طمع الناس في مال الغير وامتداد أيديهم إليه أمر عثمان بن عفان^(٧) بأخذها وتعرفها ثم يبيعها وحفظ لمنها، فإذا جاء صاحبها أعطي له الثمن. ثم تغيرت الحال في خلافة سيدنا علي بن أبي طالب^(٨)

(١) يعني يفعل ذلك لإرادته.

(٢) المقتنى.

(٣) أخرجه أبو داود كتاب البيوع، باب التفسير ٢٧٠/٣. والترمذي في نفس الباب ٦٠٦٣/٣. ابن ماجه، كتاب التجارات ٧٤١/٢، الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن التفسير ٢٤٩/٢.

(٤) سبل السلام ٢٥/٣

(٥) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل، فتح الباري ١٠٠/٥ وما بعده. مسلم كتاب اللقطة ٢٦٣/١٢.

(٦) حديث متفق عليه، نيل الأوطار ٣٣٨/٥.

فأمر ببناء مرقد للضوال والإنفاق عليها من بيت المال حتى يأتيها صاحبها وقيم البيعة على أنه صاحبها فيأخذها^(١).

ثالثاً: سهم المؤنفة: منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه المؤنفة قلوبهم من حصة موارد الزكاة لتختلف العلة بتغير الزمن وهي حاجة الإسلام إلى استمالة قلوب هؤلاء. وليس هذا من باب النسخ كما زعم البعض وإنما هو توقف العمل بالنص لتختلف العلة.

رابعاً: التضمين في نصب منافع الأموال: لا خلاف بين فقهاء الشريعة في أن المتعدي على منافع الأعيان باستنفاتها أو تعطيلها أثم عند الله فيسأل ديابته، لكن اختلفوا في مسأله قضاء، قال الجمهور (بتضمين اجر المثل)، وقال المتقدمون من فقهاء الحنفية (بعدم التضمين)^(٢). ثم لما تغيرت الأعراف وفسد الزمان ومالت النفوس إلى التجاوز على حقوق الغير اضطر المتأخرون من فقهاء الحنفية الحكم بالتضمين في منافع بعض الأموال^(٣) حماية لحقوق الناس.

ومع تقديره لكآنة فقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم فإن قولهم بعدم مآلة المنافع على أساس تجدها ناشئ عن خلطهم بين المنفعة والانتفاع، والثاني هو الذي يتجدد بتجدد الزمان أما منفعة الشيء فهي قدرته على إشباع الحاجة وهي طاقة كآنة فيه ولا تتجدد بتجدد الزمان وإنما تستهلك بمرور الأيام شأنها شأن أي مال آخر، وقيمة الشيء تقدر في ضوء هذه الطاقة الكآنة، وبنآما على ذلك لا يسبر لتأويلات جواز التعامل بالمنافع وتضمينها.

(١) المتضى ٦٨/٧.

(٢) وجه قولهم: إن النصب إنما يرد على المال، والمنافع ليست مآلاً لعدم إمكان ادخارها لأن من عناصر مآلة الشيء أن يمكن ادخاره، وعلى تقدير ورود النصب عليها لا يمكن ضمانتها لأنها إما أن تضمن بمثلها صورة ومعنى فهو خير ممكن أو بمثلها معنى (أي بقيمتها) بأن تضمن بالأعيان (النفود) فهو أيضاً خير ممكن، لأن من شروط الضمان قيام المآلة المآلة، والمنافع ليست بمآل فلا تقابل بينها وبين القيمة لا صورة ولا معنى.

(٣) كأموال الوقف ومآل التميم والمآل الممد للاستفلال (كالمقار، والدور، والحوايت، ولحامات، والنفادق، والمآزن، والدكاكين، والسيارات، والذواب، التي تستخدم لأجرة ونحو ذلك). ووجه إفتانهم هو تغير الأعراف والنفوس وطمع الناس في أكل أموال الغير بالباطل.

خامساً؛ علم حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان؛ قال المتقدمون من فقهاء الشريعة بمجاز حكم القاضي بعلمه مع الاختلاف في التفضيل، فقال بعضهم كأبي حنيفة (رحمه الله) (ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله مبنية على المسامحة والمساغة بخلاف حقوق الأميين).

وقال بعضهم كالشافعي وأبي يوسف ومحمد (رحمهم الله) في أحد قوله (يحكم بعلمه في كل شيء). وفرق البعض بين علمه قبل تولي القضاء فلا يحكم به وبين علمه في ولايته فيحكم به لأن علمه في الحالة الأولى بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته القضائية، وما علمه في الحالة الثانية بمثابة ما سمعه من الشهود في ولايته^(١). ولما تغيرت الظروف والأعراف وفسد الزمان قال المتأخرون من الفقهاء (إن علم القاضي لا يكون طريقاً للقضاء في جميع الحوادث لفساد الزمان بحيث أصبح القاضي مشكوكاً في صدق دعواه بالعلم بالحادثة منهم في قضائه بعلمه)^(٢).

سادساً؛ تغير مذهب الشافعي (رحمه الله)؛ ومن الشواهد الواقعية على تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأعراف أو اختلافها ما للشافعي (رحمه الله) من مذهبين المذهب القديم السني على أعراف العراق والمذهب الجديد الجني على أعراف مصر، والمقلدون لمذهبه يعملون بالجديد إذا تعارض مع القديم.

سابعاً؛ ومن الشواهد أيضاً أقوال الفقهاء المعروفين بفهم روح الشريعة الإسلامية؛

منها جواب القراني^(٣) عن السؤال (الأحكام المترتبة على العرف في المذاهب، هل ينشأ بها كما هي أو تتغير تبعاً لتغيره)، (إن جرى هذه الأحكام التي مدرتها العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة)، وقوله (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في المبيعات. فهما تجرد في العرف اعتبره ومهما سقط فأسقطه ولا تجرد على السطور

(١) اللقيني لابن قدامة ٥٣ وما بعدها، المحلى ٤٢٧/٩ وما بعدها.

(٢) قال أستاذنا (أبو سنة) المرجع السابق، ص ١٦١، نقلاً عن الحموي إن محمداً الشيباني رجع عن رأيه الأول إلى القول بعدم جواز حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان، وقال في الأشباه وجامع الفصولين (إن الفتوى على عدم الجواز).

(٣) الإمام العلامة شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنعاجي المعروف بالقراني (رحمه الله) الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، ص ٦٨، السؤال ٣٩.

في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل أقليمك يستنكك لا تجره على عرف بلدك، وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين^(١).

قول ابن قيم الجوزية^(٢) تحت عنوان فصل في تفسير الفتوى واختلافها بحسب تفسير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والموائد: بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد (هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به فإن الشريعة مبناه ورأسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة كلها إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل).

(١) الفروق للقرافي ١٧٦/١-١٧٧، مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٢) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، إعلام الواعين عن رب العالمين ٢/٣، مطبعة النهضة الجديدة، ١٣٨٨هـ.

الفصل الثالث

الأدلة التبعية العقلية المختلف فيها

وهي قسامان:

قول الصحابي

وشرع من قبلنا

ولنخصص لكل منهما مبحثاً.

المبحث الأول

حجية قول الصحابي

الصحابي، الخلاف في حجية قول الصحابي،
تحديد محل الخلاف، تطبيقات قول الصحابي

الصحابي:

قيل في تعريفه تعريفات كثيرة اختلفها هو أن الصحابي كل من لقي النبي ﷺ وأمن به ولازمه فترة زمنية بحيث يطلق عليه عرفاً اسم الصحابي، ومات مؤمناً.

حجية قول الصحابي:

اختلف علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء في هذه المسألة على آراء كثيرة أهمها مايلي:

١. إنه حجة مطلقاً ويقدم على القياس عند التعارض، لأن قوله إن كان من سماع من الرسول ﷺ فهو من باب العمل بالسنة^(١)، وإن كان عن رأي قرأهم أقوى من رأي غيرهم لأنهم شاهدوا طريق النبي ﷺ في بيان الأحكام والأحوال التي نزلت فيها النصوص، والمحال التي تتغير باعتبارها الأحكام^(٢)، ولما يروى عن الرسول ﷺ من أنه قال (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)^(٣).
٢. ليس بحجة مطلقاً لأنهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع لم يكونوا معصومين ولا يوجد نص ثابت على وجوب اتباعهم، ومذهب (أو قول) الصحابي ليس في الواقع سوى اجتهاد فلا يعد في عداد المصادر (الأدلة) الشرعية وشأنهم شأن غيرهم

(١) الأصبدي، الإحكام ١٩٥/٣، مشكاة الأنوار في أصول الشار لابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم ١٤٠/٢)، تيسير التحرير مع التحرير ١٢٣/٣.

(٢) طلعة الشمس على الألفية في أصول الأباضي للسالمي ٦٢/٢، البرهان لإمام الحرمين ١٣٥٢/٢.

(٣) للسودة في أصول الفقه الحنبلي لآل تيبة، ص ٣٣٦ وما بعدها.

من المجتهدين^(١).

٣. إنه حجة إن خالف القياس والا فلا ، لأن الظاهر في مثل هذه الحالة أن يكون ذلك من سماع الرسول ﷺ فهو من قبيل السنة حيث لا يوجد له سوى السماع أو الكذب ، والكذب عنهم متفق بل مخالفته للقياس تحمل غالباً على أنها كانت لنص اطلع عليه ، أما إذا لم يخالف القياس فأمكن أن يكون عن اجتهاد ويحتمل الخطأ والصواب كاجتهاد غير الصحابي^(٢).
٤. حجة على غير الصحابي. وهناك آراء أخرى لا فائدة في استعراضها والتعليق عليها.

تقويم الآراء:

الآراء الخلافية المذكورة وأمثالها التي ذهب إليها بعض الأصوليين والفقهاء منها شكلية (لفظية) كاختلاف بين الرايين الأول والثاني لأن من قال (إنه ليس بحجة مطلقاً) أراد الحججة الملزمة لغيره والمنشأة للحكم الشرعي باعتباره دليلاً شرعياً ومصدراً للحكم ، والحججة بهذا المعنى لا نجد لها إلا في الكتاب والسنة الثابتة.

أما الذي قال (إنه حجة مطلقاً) قصد بالحججة شرعية الاستناد إليه والتمسك به في حالة عدم وجود النص تمسكاً اختيارياً ، فهو ليس حجة ملزمة كالقرآن والسنة والإجماع ، وإنما هو مصدر كاشف لحكم مصدره الحقيقي غيره ، شأنه شأن بقية المصادر الكاشفة المختلف فيها ، ومنها ما مضى عليه الزمن وانتهى وقته وأصبح مجرد تأريخ لا يوجب المناقشة كالرأي الأخير ، ومنها ما يدل على أن الحججة ليست في قول الصحابي ذاته بل في النص الذي اطلع عليه الصحابي كما في الرأي الثالث^(٣).

(١) التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق الشيرازي ، ص ٣٩٥ وما بعدها.

وقد قال الرسول ﷺ في زيد بن ثابت (أرضكم أي أعلمكم بعلم الميراث زيد بن ثابت). أخرجه ابن عبد البر ، الإصابة ٥٦٢/١.

(٢) ومنها قول الشافعي أنه حجة إذا انضم إليه قياس تقريب. جمع الجوامع ٢٣٥/٢.

(٣) قال الأمدى ، الأحكام ١٩٥/٣ (قول الصحابي إذا كان عن نص فالصدر هو النص وإن كان عن اجتهاد فهو كأي مجتهد آخر يستدل إلى دليل من الأدلة الشرعية ، وإن لم يعارضه أحد يكون إجماعاً سكتياً ، فالصدر هو الإجماع وليس قول الصحابي).

تعليد محل الخلاف:

عند الكلام في هذه المسألة يجب قبل كل شيء، أن نحدد مناط الخلاف وما يقبل الخلاف وما لا يقبل كالآتي:

أولاً- التمييز بين الصحابي الفقيه والصحابي ضع الفقيه، لأن الصحابي يتمسك بقوله لا مجرد كونه صحابياً وإنما لأنه يحمل ملكة فقيهه مكتسبة من مصاحبة الرسول ﷺ، فالصحابي غير الفقيه لا يقتصر الأمر على عدم الممثل بقوله فحسب بل لا يعمل بروايته أيضاً إذا انفرد بها وهناك شواهد كثيرة على ذلك منها أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رد رواية فاطمة بنت قيس حين قالت إن زوجها طلقها والرسول ﷺ لم يعمل لها نفقة ولا سكتي، فرد عمر رضي الله عنه كلامها فقال (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا يقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت؟ أحفظت أم نسيت؟)^(١)، مع أن فاطمة كانت صحابية، وكرد علي بن أبي طالب رضي الله عنه لحديث معقل بن سنان الأشجعي وابن الجراح صاحب راية الأشجيين حين قالوا لابن مسعود (نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك)^(٢)، فقال علي رضي الله عنه (ما نصنع بقول أعرابي بوال علي عليه)^(٣).

ثانياً- تعليد النص الصحابي هل المراد بها البرهان القاطع، وهذا ما لا نجد إلا في نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، أو المراد هو المتمسك الشرعي كالقياس يجوز الاستناد إليه عند عدم وجود النص وهذا مما يجب أن لا يكون فيه الخلاف، فيجوز للقاضي أن يستند إليه وللمفتي أن يفتي في ضوئه وللشرع أن يشرع على أساسه إذا كان الصحابي فقيها كزيد بن ثابت وابن عباس وغيرهما^(٤).

(١) سبق تخريجه. كشف الأسرار. مع أصول البيهقي ٧٠٩/٢.

(٢) قضى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في امرأة مات زوجها قبل أن يدخل بها وقيل أن يحدد لها مهر بأن لها الميراث ومهر مثلها لا وكس ولا شطط، وعارضه علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال (لها الميراث ولكن ليس لها مهر مثل).
(٣) سبق بيان هذا الموضوع في موضوع شروط العمل بمحدث الأحاد، ص ٤٦.

(٤) في أصول الإحكام للأمدني ١٩٥/٣٠ (قول الصحابي إن كان عن نص فالصبر هو النص وإن كان عن اجتهاد فهو كأي مجتهد آخر استند إلى دليل من الأدلة الشرعية الاجتهادية، وهذا السند وحده يكفي لأن يكون حجة إذ لو لم يكن كذلك لما استند إليه الصحابي وإن لم يعارضه آخر فهو بمثابة إجماع سكوني

ثالثاً- التمييز بين جهيته على مجتهد آخر من صحابي أو غيره وبين حجيته على عامي قلد، لأنه إذا كان قول المجتهد غير الصحابي حجة على مقلده فإن قول الصحابي الفقيه يجب أن يكون كذلك من باب أولى ، لأنه صحابي ومجتهد فيزيد على غيره من المجتهدين من أئمة المذاهب بصفة مصاحبه للرسول ﷺ.

رابعاً- التمييز بين قول صحابي حكم به القاضي وبين ما لم يحكم به ، فانه في الحال الأولى حجة على كل من المحكوم له والمحكوم عليه لأن حكم القاضي يرفع الخلاف في كل مسألة خلافية.

خامساً- التفريق بين قول صحابي لم يعارضه غيره وبين قول عارضه فيه غيره. فهو في الحالة الأولى بمثابة الإجماع السكوتي أي قولاً لكل الصحابة بدلالة ضمنية للسكوت على ذلك فيعتبر دليلاً ظاهرياً يجب العمل به في الأحكام العملية بخلاف الحالة الثانية.

سادساً- التفريق بين قول صحابي مبني على رعاية مصلحة مؤقتة ، انقضت وانتهى مفعول القول بانتهاء المصلحة وبين ما هو مبني على رعاية ومصلحة عامة مستمرة ترجع إلى المصالح الضرورية للشرعية الإسلامية من مصلحة الحفاظ على الدين والحياة والعرض والمال والعقل. ففي هذه الحالة يجب العمل به.

صور من تطبيقات حجية قول الصحابي:

انتقل رسول الله ﷺ إلى الرفيق الأعلى تاركاً وراءه غيبة من فقهاء أصحابه هم تلاميذ مدرسته ، وعلما أسرار شريعته ، وخبراء أسباب نزولها وأصحاب ملكات فقهية مكتسبة من المصاحبة وظروف الرسالة. وقد واجهوا صعوبات وحوادث كثيرة خطيرة مستجدة تمكنوا من التغلب عليها تارة باللجوء إلى القرآن والسنة ومرة باستخدام العقل السليم والاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه ، وأخرى بالتشاور والاستشارات ثم الاتفاق على رأي سمي في اصطلاح الفقهاء إجماعاً واعتبر مصدراً ثالثاً بعد القرآن الكريم والسنة النبوية.

ثم إنهم عللوا النصوص وحلّلوا دلالاتها وعروا أهدافها من الحكم والمصالح المتوخاة من تشريعها وكلما وجدوا نصوماً مطلقة لم يكن إطلاقها مراداً قيدوها، وكلما اطلموا على صيغ عامة لم يقصد عمومها خصوصها. وحين أدركوا أحكاماً معللة ومصالح وحكماً وسموها وطبقوها في كل مجال توافر فيه هذه العلة والمصالح، وبمكس ذلك أوقفوا العمل ببعض النصوص عندما وجدوا تخلف عللها إيماناً منهم بأن الأحكام الإلهية أنت لتحقيق

مصالح الإنسان من جلب النفعة أو دفع المفسدة فهي تبدل من حيث التطبيق مع بقاء أصل النصوص ثابتة لا يطرأ عليها تبديل أو تعديل. وهذا النهج العلمي السليم، وبهذه العقيدة الفقهية المتميزة، وبذلك الفهم العميق للصلة بين الشريعة وبين الحياة، تمكنوا من أن يصنعوا لمن يليهم أسساً عامة وقواعد كلية ممثلة بأقوالهم وفتاواهم وأقضيتهم، ولما جاء فقهاء التابعين وأئمة المذاهب الفقهية الجماعية وجدوا الطريق معبدة أمامهم، ومعالم الشريعة محددة لهم فبنوا على تلك الأسس والقواعد جل فقهم وتركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو استمرت لأصبحت مصدراً حصباً لا للقوانين الإسلامية فحسب بل للقوانين الوضعية لدول العالم بأسرها.

ومن الشواهد الدالة دلالة قطعية على ما قلنا من الحقائق المذكورة الصور الآتية من التطبيقات الفقهية المبينة على أقوال الصحابة :

(١) قتل الجماعة بواحد:

قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب (رضوان الله تعالى عليهما) بوجوب تطبيق عقوبة القصاص على أكثر من واحد، إذا اشترك الجميع في قتل شخص واحد مع أن ظاهر قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَاً عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَنْفَسَ بِالْغَيْبِ ﴾^(١) يدل على خلاف ذلك، لكن تبين لفقهاء المسلمين من قول هذين الفقيهين العظيمين من الخلفاء الراشدين أن هذا الظاهر غير مراد، والدافع إلى هذا القول هو حماية أرواح الأبرياء التي تعتبر مصلحة ضرورية من المصالح الضرورية التي هي من مقاصد الشريعة الإسلامية^(٢).

(١) سورة المائدة: ٤٥.

(٢) القصاص مقابلة بالمثل وجزاء عادل لا بد فيه من المساواة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بنص قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ البقرة: ١٧٨، وقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَاً عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَنْفَسَ بِالْغَيْبِ ﴾ سورة المائدة: ٤٥، ولكن قد يحدث أن يشترك الثمان فأكبر في قتل نفس واحدة، فهل يطبق القصاص على الكل ٥، فإننا قلنا نعم فإن المساواة التي تقتضي التماثل في الجرم وتقتضي أن تكون النفس بالنفس ٥، وقد عرضت حادثة من هذا القبيل على فقهاء الصحابة عندما قتل امرأة ولخيلها ابن زوجها من زوجة سابقة فلما انكشفت الجريمة وعرضت على علي بن أبي بصرة واليا في اليمن (في صنعاء) وقف موقفاً حائراً أمام التوفيق بين أخذ القصاص من كليهما وبين رعاية نص (النفس بالنفس)، وكتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بصفته خليفة المسلمين طالباً منه بيان رأيه

(٢) تضمين المقاول والصناع وغيرهما من الأجر الممثلة:

قال علي بن أبي طالب عليه السلام بتضمين المقاول والصناع وأصحاب الحرف وغيرهم من كل أجير مشترك إذا تلف أو انتقص شيء من أموال أصحاب العمل التي تكون تحت أيديهم ، رغم أن يدعم على تلك الأموال يد أمانة (وليست يد ضمان) ، وقد قال الرسول ﷺ (لا ضمان على مؤتمن)^(١).

ولفظ (ضمان) نكرة في حيز النفي يفيد العموم ومفاد هذه القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله ﷺ أن كل يد أمانة لا تكون ضامنة لما في حيازتها من المواد الأولية كالاسمنت والحديد والخشب والقماش. وغير ذلك ما لم يكن صاحب اليد متعمداً أو مقصراً في تلفها الكلي أو الجزئي.

غير أن سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام لما رأى أن النفوس تغيرت وإن ظاهرة الأعمال والتفكير بدت قال بتضمين هؤلاء حماية لمصلحة أصحاب المواد الأولية المودعة لديهم لصنع ما هو مطلوب صنعه منها ، وقد قال قوله المشهورة (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(٢).

وقوله في هذه القضية المستعصية عليه وقد تسلم عمر رضي الله عنه الكتاب بحضور سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام فتشاورا وقررا تطبيق النقصان على كليهما لمصلحة حياة الأبرياء. لأنه لو علم المجرم أنه لا يقتصر منه عند مساهمة الغير لأدى ذلك إلى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه النقصان فكذب عمر رضي الله عنه إلى علي بن أبية وقال له قوله المشهورة (مخلفهما فلو اشترك فيه أهل صنعاة كلهم اغتلبهم) وأخذت بهذا الاتجاه القوانين الجنائية الحديثة لزيد من التفصيل راجع مؤلفنا (فلسفة الشريعة)، ص ١٧٣ وما بعدها.

(١) نيل الأوطار ٢٩٦/٥. السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٩/٦.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦٨٩/٦ ، في التحرير والتيسير ١٣٣/٢٠ (وضمن أبو يوسف ومحمد الأجير للمشارك فيما يمكن الاحتراز عنه كالسرفه بخلاف ما إذا هلكت بالسبب الغالب وهو ما لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والفرق والغارة العامة فإنه لا ضمان فيه عليه وإنما ضمان بقول علي عليه السلام .

٣) مدة المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين:^(١)

قال ابن عباس وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنهما) في إحدى الروايتين عنه (إن مدة المتوفى عنها زوجها الحامل أفسى الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام وفق قوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضَّنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢)، ومسند وضع الحمل طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣).

وأخذ بهذا القول فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء المالكية وتبناه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذة^(٤) وحسناً فعل.

٤) وجوب النفقة والسكنى للمطلقة:

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (حب النفقة والسكنى للزوجة المطلقة خلال فترة العدة سواء كان الطلاق رجعياً أم باتناً، سواء أكانت الزوجة حاملاً أم حائلاً)، ورد قول فاطمة بنت قيس حين ذكرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى^(٥) فقال (لا ندرع كتاب ربنا ولا سنة

(١) في المتقى شرح الموطأ ١٢٢/٤ (سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين، وقال أبو هريرة إذا ولدت فقد حلت) ويسود أن ابن عباس نظر إلى الجمع بين الأيتين كناية الأشهر وأية وضع الحمل -ولم يعتبر الثانية مخصصة للأولى أما أبو هريرة فإنه استند إلى حديث سبيعة الأسلمية التي يقال إن زوجها توفي ثم وضعت الحمل ثم راجعت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها (قد حلت فانكحي من شئت)، ويقول الباجي في المرجع السابق ١٣٢/٤ (إن علياً رضي الله عنه قال بما قال به ابن عباس).

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) الرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ من م ٣/٤٧ التي نصها (مدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائلات أما الحامل فتعتمد بأبعد الأجلين من وضع الحمل وللمدة المذكورة).

(٥) في المتقى شرح الموطأ ١٠٤/٤ (مالك عن عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان عن ابن سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة طلاقاً باتناً وهو غائب بالشام، فأرسل إليها ويكبه بشعر فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال (ليس لك عليه نفقة). وفي كتاب الضبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحمد بن فرح المالك القرظي، ص ٧١ (قالت فاطمة خاصمت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة)

نبينا ﷺ يقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت، أحفظت أم نسيت؟^(١). وأخذ بهذا القول بعض الفقهاء (كالحنفية) وبناء الشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية^(٢).

٥) ميراث المطلقة في مرض الموت:

قال عثمان بن عفان رضي الله عنه (من طلق زوجته في مرض الموت ورثت)^(٣)، وأخذ بهذا القول جمهور فقهاء الشريعة، ولكنهم اختلفوا في المدة المسقط لحقها في الميراث كالتالي:

قال المالكية^(٤) والاباضية^(٥) (ترث مطلقاً سواء مات زوجها في العدة أم بعدها وسواء تزوجت أم لا، لأن العلة معاملة الزوج بنقيض قصده السيئ وهي لا تسقط بالتقدم).

قال الحنفية^(٦) (ترث إذا مات الزوج قبل انتهاء عدتها، فإذا انتهت قبل الوفاة سقط حقها لاتقطاع العلاقة الزوجية بعد العدة). وقال الحنابلة^(٧) (ترث ما لم تزوج قبل وفاة الزوج والا فيعتبر زواجها تنازلاً عن حقها).

وقال الجعفرية^(٨) (ترث ما لم تزوج وما لم تمض سنة على الطلاق قبل الوفاة والا فيسقط حقها).

(١) سبق ترجمته. قال في الكشف ٧١٠/٢ (أراد بقوله كتاب ربنا وستة نبينا ﷺ القياس الصحيح فإنه ثابت بالكتاب والسنة، أو أراد من الكتاب قوله تعالى ﴿لَا تُخْرَجُونَ مِنْ بَيْتِهِمْ وَلَا يُخْرَجُونَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِإِذْنٍ مِّنْ رَبِّهِمْ﴾ الطلاق: ١، وستة رسول الله ﷺ ما قال عمر رضي الله عنه (سمعت رسول الله ﷺ يقول لها السكى والتنفق). ويلاحظ أن آية ﴿لَا تُخْرَجُونَ مِنْ بَيْتِهِمْ﴾ خاصة بالمطلقات طلاقاً رجعياً بقرينة ما جاء في نهايتها من قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُبَدِّلُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ المراد بالأمر استئناف العلاقة الزوجية بالرجعة.

(٢) ٥٠م التي نصها (لجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشراً، ولا نفقة لعدة الوفاة).

(٣) أخرجه مالك، الوطأ، باب طلاق المرض، تنوير الحوالك ٩٣/٢.

(٤) في المنقذ شرح الوطأ ٨٥/٤٠ (عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه من بعد انتضاء عدتها)، وفيه أيضاً (من طلق امرأته في مرضه ورثت وإن مات بعد انتضاء عدتها وإن تزوجت غيره فإن طلقها بتشؤز منها أو لعان أو خلع فإن حكم الميراث باقٍ لها خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سأله الطلاق).

(٥) شرح التلبل وشفاء العليل ١٧٨/٨، وقالوا (ترث وإن كان الطلاق قبل الدخول).

(٦) المبسوط للرخسي ١٥٤/٦.

(٧) المنقذ لابن قدامة ٣٣٠/٦.

(٨) السكاني للكليبي ١٢٢/٦.

وقال الظاهرية^(١) والزيدية^(٢) (لا توث مطلقاً لاتقطاع العلاقة الزوجية والطلاق البائن). وللشافعية أقوال^(٣) مختلفة كل قول يتفق مع رأي من الآراء المذكورة.

ونكتفي باستعراض هذا القدر من التطبيقات الفقهية المبينة على أقوال الصحابة، فهي فطرة من البحر، فمن راجع المراجع المعتمدة للمذاهب الفقهية الإسلامية وجد أن كل فقيه استند إلى قول الصحابي في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية التي استنبطها للوقائع والحوادث في مختلف المجالات للعلاقات البشرية^(٤).

وبعد هذا أو ذاك هل من الإنصاف أن ندخل في مناقشات لا فائدة فيها حول حجية قول الصحابي؟^(٥).

(١) الملحق لأبن حزم ٢٤/١

(٢) الروض التضير ٢١٦/٢.

(٣) المهذب ١٥/٢. المجموع، شرح المهذب ٥٥/١٤

(٤) يقول ابن القيم، إعلام الموقعين ٢٠/١ (الدين والعلم والوقف أنتشر في الأمة عن أصحاب ابن مسعود وأصحاب زيد بن ثابت، وأصحاب عبد الله بن عمر). وقال (الصحابة سادة المفتين والعلماء وكما أن الصحابة سادة الأمة وأئمتها وفادتها، فهم سادات المفتين والعلماء).

(٥) إضافة إلى ذلك كله فإن الحجية كما ذكرنا مراراً لا تعني أن قول الصحابي مصدر منشئ للحكم بل هو كاشف يرجع إلى العسل بالقواعد الشرعية العامة الواردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فإنكار حجية إرجاع حكم قضية لم يرد بها نص خاص إلى تلك القواعد العامة من صحابي فقيه استوعب أسرار الشريعة وأبعادها ومفاسدها بعظم مع الواقع الذي استقر عليه الفقه الإسلامي منذ صدر الإسلام.

المبحث الثاني

شروع من قبلنا

الأراء الحقلالة، التحليل والاستجاج، أهمية الموضوع

شروع من قبلنا، هو أحكام الله للأمام السابقة بوساطة الأنبياء والرسل.

الأراء الخلافية^(١)

بعد هذا الأصل من الأصول المختلف فيها، والأقوال التي قيلت فيه من حيث الاعتبار وعدمه كثيرة أهمها:

١. شروع من قبلنا شروع لنا ما لم يثبت نسخه.
٢. شروع كل نبي سابق ينسخ بشروع من يأتي بعده ما لم يقم دليل على بقاءه.
٣. ما ورد في القرآن والسنة أو نقله أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة يلزمنا العمل به على أساس انه جزء من شريعتنا.
٤. ما ورد في القرآن أو السنة من شروع من قبلنا نلتزم به على أساس انه شرعنا ما لم يثبت نسخه.

(١) مزيد من التفصيل، راجع المراجع الآتية:

أصول السرخسي ٩٩/٢ وما بعدها، للفقهاء الحنفي الأصولي السرخسي (أبي بكر بن محمد).
شرح الكوكب المنير للفقهاء الأصولي الفتحوي (أحمد بن عبد العزيز)، ص ١٨٤ وما بعدها.
مختصر التنهيه للعالم الأصولي المالكي ابن الحاجب وشرحه للفاضل عضد ٣٨٢/٢ وما بعدها.
إرشاد الفضول للعالم الأصولي الزيدي الشوكاني (محمد علي ابن محمد)، ص ٢٤٠ وما بعدها.
الإحكام للامدي ١٨٨/٣ وما بعدها.
فتح القفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار ١٣٩/٢ لابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم).
منهاج البيضاوي ٣٥٢/٢.
روضة الناظر، ص ٨٢.
المسودة لأبي البركات ١٩٣-١٩٤.

الرأي الأول: إن ما كان شريعة لنبي سابق بات مؤيداً فيما يحتمل التأيد، فيجب العمل به في كل زمان ومكان باعتباره شريعة لذلك النبي ما لم يظهر له ناسخ في الشرع الجديد للأدلة الآتية:

أ- الأحكام الإلبيه للأمر السابقة وردت مطلقة عن التوقيت والتحديد الزمني، وصفة الإطلاق في الشيء، تقتضي تأييده فيما يحتمل التأيد، والتوقيت يكون زيادة فيه لا يجوز إثباته إلا بدليل، فما لم يثبت إلغاءه بدليل في الشرع اللاحق يبقى ملزماً للكُل.

ب- رسول الشريعة السابقة لا يجرد عن صفة الرسالة بعث الرسول الذي يأتي بعده، وكذلك شريعته لا تفقد الالتزام بالشريعة اللاحقة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك^(١).

ج- القرآن اعتبر الإيمان بكافة الأنبياء والرسل ويكفيهم المفصلة جزءاً من متطلبات إيمان المؤمن في قوله تعالى: ﴿مَّا مَنَّ الرَّسُولُ يَمَا أَنْزَلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ﴾^(٢)، وهذا يدل على استمرارية الإلزام والالتزام بالنسبة لأحكام الشرائع السابقة ما لم يثبت نسخها.

الرأي الثاني: إن شريعة كل نبي تنتهي بعث نبي آخر يأتي بعده، فلا يجب العمل بأي حكم وارد فيها ما لم يتم دليل من الشرع الجديد على بقاءه^(٣)، للأسباب الآتية:

أ- مجيء الرسالة الجديدة دليل على أن الرسالة السابقة كانت مؤقتة بوقت حدد انتهائه بعث الرسول اللاحق.

ب- توافر أدلة كثيرة من الآيات القرآنية على أن لكل رسول شريعة خاصة به وبمن يعث إليهم، وإن لكل أمة منهاجاً تنفرد به هي دون غيرها، ومن تلك الآيات قوله تعالى:

(١) كالحكم النسخ في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْيَوْمِ حَادُوا حَرَزْنَاكَ عَلَىٰ ذِي نُفُورٍ﴾ الأنعام: ١١٦.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٥، كما في قوله تعالى: ﴿مَوْلَا تَأْمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا مِن رَّبِّنَا إِنَّهُ كَانَ يَتَّبِعُنَا مِن وَرَائِنَا خَبِيرًا وَيَتَّبِعُنَا وَنَتَّبِعُ مَا أَنزَلَ عَلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا مِن رَّبِّنَا إِنَّهُ كَانَ يَتَّبِعُنَا مِن وَرَائِنَا خَبِيرًا وَيَتَّبِعُنَا وَنَتَّبِعُ مَا أَنزَلَ عَلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا مِن رَّبِّنَا إِنَّهُ كَانَ يَتَّبِعُنَا مِن وَرَائِنَا خَبِيرًا﴾ البقرة: ١٣٦.

(٣) كقضاء القصاص في الشريعة الإسلامية الذي يفرض في الثوراة، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَقْسِمُ فِيهَا أَنْ نُنْفِسُ بِالْأَنفُسِ﴾ المائدة: ٤٥.

﴿ يَكْفُرْ جَمَعْنَا بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمَا جَاءُ ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَوَعَلْنَاهُ هُدًى لِّبَنِي إِسْرَائِيلَ بِأَلَّا تَتَّخِذُوا مِن دُونِي وَصِيلاً ﴾^(٢).

جـ- ظاهر الآيات القرآنية يدل على التزامنا لشرعة محمد ﷺ دون غيرها كما في قوله

تعالى: ﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الْبَيْتَ وَسِعَ

أَقْوَامًا كَثِيرًا ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ عِزَّ الْإِسْلَامِ وَيَتَأَمَّلْ فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ

فِي الْأَخْزَةِ مِنَ الْمُخْزِينَ ﴾^(٥).

الرأي الثالث: ما ورد في القرآن والسنة ونقله إنا أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب

المقدسة السابقة من شرع من قبلنا شرع لنا ولنلتزم بالعمل بمقتضاه ما لم يثبت نسخه

باعتباره جزءاً من شريعتنا الإسلامية لا لاعتباره من الشرائع السابقة.

الرأي الرابع: ما أقره القرآن والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا ولنلتزم بالعمل به

باعتباره جزءاً من شريعتنا، أما ما نقله أهل الكتاب إنا أو رواه المسلمون من الكتب

السابقة فلا يعتد به لثبوت تحريف الكتب السابقة واحتمال كون المتقول من جملة ما

حرفوه^(٦).

(١) سورة المائدة ٤٨.

(٢) سورة الإسراء ٦.

(٣) سورة النساء ٨٠.

(٤) سورة آل عمران ١٩.

(٥) سورة آل عمران ٨٥.

(٦) قد نبه هذا الرأي فقهاء الحنفية وبنوا عليه أحكاماً منها:

أ- استدلال محمد الشيباني على جواز القسمة للماء بطريق المهابة بقوله تعالى: ﴿ وَبَيْنَهُمْ لُؤْلُؤًا مِّمَّا

يَبْتَغُونَ كُلٌّ يَرْجُو تَحْتَهُ ﴾ القدر ٢٨. وقوله تعالى: ﴿ قَالَ خُذِيهِ. نَاقَةَ لِمَا يَشْرُونَ وَلَكْرِ يَشْرُونَ يَوْمَ تَقُومُ السَّاعَةُ ﴾ الشعراء

١٥٥.

ب- استدلال أبي يوسف على أن الرجل يؤخذ منه الفصاص إذا قتل المرأة كما يؤخذ منها إذا قتل

الرجل بقوله تعالى: ﴿ وَكَلِمَاتٍ عَلَيْنَهُمْ يَبِئْسَ أَنْ نَنْفَسَ بِأَنْفُسِهِ ﴾ سورة المائدة ٤٥.

ج- واستدلال الكرخي بالنص المذكور على أخذ الفصاص من المسلم إذا قتل غير المسلم من أهل

الكتاب بدون ميرر، راجع أصول السرخسي ١٠/٢ وما بعدها.

تقديم الآراء المنكورة والاستنتاج

لعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء (رحمهم الله) فضل كبير على العالم الإسلامي في أنهم لم يبادروا صغيرة ولا كبيرة وقعت في زمنهم إلا وقد تطرقوا لبيان حكمها وتحليل أدلتها والاستنتاج منها بإبداء رأيهم فيها ولهم أجران في حالة الإصابة واجر واحد في غيرها. ولكن في معالجة بعض المسائل كان البعض منهم يتقلد ما قاله السلف، وإن كان مخطئاً لحسن ظنه بما قيل، وقد يردد اللاحق ما ذهب إليه السابق دون تعديل أو تعديل أو تعليق، فالأدلة والأمثلة هي هي، ومن جملة تلك المسائل مسألة (شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟).

بعد مراجعة زهاء خمسين مرجعاً في أصول الفقه للمذاهب الإسلامية الثمانية^(١) لم اطلع على دليل مقنع يخلو من النقض أو ينجو من النقد فاستعنت بالقرآن الكريم، فوجدت أن بعض آياته تدل على عدم الاختلاف بين الشرائع الإلهية وطريقة الأنبياء والرسل، في حين أن هناك آيات أخرى تدل على خلاف ذلك، فتوصلت إلى أن رفع التعارض الظاهر بين هذه الآيات يتطلب دراسة الموضوع من زاويتين:

إحدهما: فيما يتعلق بالأحكام الاعضادية (أصول الدين).

وثانيهما: فيما يخص الأحكام الشرعية العملية (فروع الدين).

أولاً: شرع من قبلنا هي الأحكام الاعضادية (أصول الدين).

أصول دين بني الإنسان في كل زمان ومكان واحدة لا تفاوت فيها، والأحكام الاعضادية للأسر البشرية لا تختلف من أمة إلى أخرى، ولا تتميز بها شريعة من شريعة، ولا ينفرد ببيانها رسول دون رسول، لأن الدين واحد كما نص على ذلك القرآن في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَيَسَّىٰ ۚ إِنَّ أَيْمُونًا الِّدِينِ ۚ وَلَا تَنْفَرُوا فِيهِ ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ

(١) أصول الفقه الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والجمعي والزيدي والظاهر والاباضي.

(٢) سورة الشورى ٣

قال الفخر الرازي في التفسير الكبير ١٤/ ١٥٨ (إن هذه الآية تدل على أن هذه الشرائع قسمان: منها ما يتعمد دخول النسخ والتغيير فيه بل يكون واجب البقاء في جميع الشرائع والأديان كالقول بحسن الصدق والعدل والإحسان، والقول بقبح الكذب والظلم والإيذاء، ومنها ما يختلف باختلاف الشرائع).

تَمَّا نُوا إِلَىٰ سَكْنَتِهِمْ سَلَامًا وَيُنَادُوا رَبَّهُمْ أَلَا ضَيْعٌ إِلَّا أَنَّهُ وَلَا تَشْرِكُ بِهِ سَمِيْعًا وَلَا يَشْجِدُ بِمِثْلِكَ
بِمِثْلِ آبَائِكُمْ مِنْ دُونِ أَهْلِ بَيْتِهِمْ فَتَقُولُوا قَوْلًا أَشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ ﴿١٤١﴾

والدين ألخص من الشريعة العملية ، فكل دين شريعة ولكن ليس كل شريعة ديناً لأنها تشمل فروع الدين أيضاً من الأحكام الشرعية العملية التي قد يطلق عليها اسم (الفقه) .
فأصول الدين ثابتة منذ أول وحى نزل على سيدنا آدم عليه السلام إلى آخر وحى نزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم ولم يطرأ على الدين أي تغيير في شرائع جميع الأنبياء والرسل ، فهو باقٍ وخالد ما دامت الحياة باقية والعقل سليماً والإدراك واعياً في هذا الكون العظيم سواء عاش الإنسان في كوكب الأرض أم في كوكب آخر .

من أصول الدين الثابتة هي كحل شريعة

١- **الإيمان بالله** ، فهو واجب عقلي على كل إنسان بالغ عاقل قبل أن يكون واجباً شرعياً تأمر به الكتب المقدسة الإلهية ، لأن الإيمان بالرسل والكتب السماوية متوقف عليه ، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يؤدي إلى توقف الشيء على نفسه ، وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه ، واللازم باطل ، فكذاك الملزوم لما في ذلك من الاستحالة المنطقية ، أو الدور كما يقول علماء المنطق أو المصادرة على المطلوب كما يقول فقهاء القانون ، ومن هذا التحليل المنطقي نخرج بنتيجة بدعية وهي أن الإيمان بذات الله وصفاته واجب عقلاً وشرعاً في جميع الشرائع الإلهية . فعلى كل إنسان بالغ عاقل أن يفكر في هذا الكون العظيم في المسخرات للإنسان بأمره تعالى : ﴿ وَخَرَجْنَاكُمْ أَزْوَاجًا وَأَلْهَمْنَا السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ وَسَخَّرْنَا لَكُمْ آيَاتِنَا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١٧٠﴾ ﴾ (١) .
وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَكَاتِ وَالْأَرْضِ وَالتَّوَالُفِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي

(١) سورة آل عمران ٦٤ .

وخلاسة الكلام أن النسخ إنما وقع في الأحكام الفرعية لاتفاق جميع الأحكام الشرعية في الأحكام الاعترافية ، وأمهات الأحكام الأصلية التي لا تتغير بالزمان والمكان كتحریم القتل والظلم ووجوب العدل .

(٢) سورة النحل ١٢ .

الصلة بين العبد وبين ربه بالعبادات^(١).

وهذه الأحكام بكافة أقسامها المشروعة وغير المشروعة لا تختلف باختلاف الشرائع إلا بالكيف والكيف لأن رعايتها سلباً وإيجاباً من ضروريات الحياة.

النوع الثاني: أحكام تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأمم، كالأحكام المتعلقة بتنظيم علاقات الإنسان مع الإنسان في مجال المعاملات المالية وكالتضحيات والجزئيات لتطبيق الأحكام الكلية من النوع الأول. فمثل هذه الأحكام قابلة للنسخ والإلغاء والتعديل في جميع الشرائع، شأنها شأن القوانين الوضعية، وهذه الأحكام هي المقصودة بقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا بَيْنَكُمْ شَرَائِعَ وَمِنْهَا جَاءَ﴾^(٢).

ومن هنا نستنتج وجه إجماع علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء على خلود آيات القرآن لأنها لا تتضمن أحكاماً وقواعد قابلة للتغيير والتعديل، بل تحتوي الأحكام الاعترافية وأمهات الأحكام الواردة في الشرائع السابقة إضافة إلى قواعد كلية وأسس عامة لا تتأثر بتطورات الحياة إلا من حيث المضمون والتطبيق.

القرآن تعديل للقوانين الإلهية السابقة

لكل دولة من دول العالم في هذا العصر دستور وظيفته التخطيط ووضع الأسس والمناهج للنظام المقبول في هذه الدولة تاركة التضييقات والجزئيات في شتى مجالات الحياة للقوانين التي تشرع في ضوء هذا الدستور بحيث لا تتعارض معه لأن جميع دول العالم تكاد تؤمن بسلطوية القوانين، فإذا تغير نظام الحكم القائم فقد يلغى الدستور أو يعدل ولكن ليس بمسطاع الدستور الجديد حذف أمهات الأحكام والقواعد الواردة في الدستور السابق كحرية المسكن، وحرية التنقل، وحرية التملك، وحرية الرأي، وعدم جواز انتزاع الملكية إلا بتعويض وعدم إلقاء القبض على أحد إلا بتهمة، وعدم عقاب أي شخص إلا بعد ثبوت الجريمة، وهكذا جميع الأحكام التي هي من ضروريات الحياة، ومن الحقوق الطبيعية لدى جميع الشعوب.

(١) كما في قوله تعالى: ﴿بِأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ اتِّبَاعُ مَا كُتِبَ عَلَى الذِّكْرِ مِنْ قَبْلِكُمْ لَسَلَكُمُ نَفْسُونَ﴾ الآية ١٨٣.

(٢) سورة المائدة ٤٨.

لكن الخاضعين للأحكام المنقولة من الدساتير السابقة يعملون بمقتضاها ويعتدون بمحتواها على أساس أنها جزء من الدستور الجليد، ويلتزمون بها باسم الدستور الجليد لا باعتبارها من الدساتير السابقة، وهكذا شأن القرآن بالنسبة للأحكام التي يتضمنها وهي كانت موجودة في الشرائع السابقة، ونحن نلتزم بها ونخضع لها باعتبارها من الشريعة الإسلامية.

أهمية الموضوع

تبرز أهمية معرفة الصلة بين الشريعة الإسلامية وبين الشرائع الإلحبة السابقة في أن غير المسلم من أهل الكتاب عندما يعتنق الإسلام ديناً له يجب أن لا يعتبر مرتداً عن دينه، لأن الدين واحد فهو يبقى ملتزماً بأصوله وخاصاً لأحكام شريعته مضيئاً إليها بإسلامه التزامه بأحكام جديدة، كلها من مصلحته تدفع عنه الضرر وتجلب له النفع في المجالين المادي والروحي وفي الحياتين الدنيوية والأخروية^(١).

(١) قال سبحانه ونما: ﴿وَلَوْ مَا مَرَكْ أَهْلُ السَّكَنِيَّةِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ يُنْهَمُّ الْمُؤْمِنُونَ وَأَصْحَابُ الْمُنَافِقِينَ﴾ آل عمران ١١٠.

وجسلة الكلام: أن الإسلام هو دين الله الذي نطق به رسله جميعاً واختلف أحكام رسالاتهم في الجزئيات أو في العبادات وأوضاعها، ولكن جوهر الرسالة الإلحبة لهداية البشر منذ أن هبط آدم (عليه السلام) إلى الأرض إلى رسالة محمد ﷺ لم يتبدل قط، لأن مصدر الهداية هو الإله الواحد وطريقها هو الوحي.



الفصل الرابع المصادر التبعية العقلية

العمل بالمصادر العقلية يرجع إلى الاستدلال بمقول النصوص من مقاصدها التي هي مصالح الناس، لأن العقول لا تستغل بأدراك المصالح والمفاسد ما لم تستعن بمقاصد الشارع ويواحد تشريع الأحكام، فالاستدلال بعلة حكم مسألة على وجوده في أخرى مشابهة قياس، وبعلة دل النص على اعتبار جنسها استدلال بالمصلحة، ويمنع فعل مشروع لمصلحة اتخذت ذريعة لفسدة مساوية أو تزيد استدلال بسد الذرائع، ومصلحة تقتضي المدول عن القاعدة الكلية استحسان، ومصلحة مكتبة لم يقم دليل على زوالها استصحاب، وعللة الحكم وفلسفته، وحكمته هي المصلحة التي يحققها العمل بالحكم، فمصلحة وجوب الواجبات وندب المنذوبات واستباحة المباحات مصلحة إيجابية، فهي منفعة مستجلبة من امتثال الحكم ومصلحة حرمة المحرمات وكرهه المكروهات سلبية فهي مضررة أو مفسدة مستدراة باجتنابها، فأحكام الله كلها معللة بمصالح الإنسان وأغراضه سواء أدركها العقل أم لا.

فهذه الوسائل الخمس اعترف بها أكثر أهل الشرع كأدلة عقلية شرعية يستعين بها المجتهد لاكتشاف أحكام قضايا غير منصوص عليها كما نبهتها في المباحث الخمسة الآتية.



المبحث الأول

القياس

تعريفه، أركانه، شروطه، مراحلها، أنواعه
ما يجوز فيه القياس وما لا يجوز، حجته، أهميته

تعريفه

في اللغة العربية: عبارة عن تقدير الشيء المادي أو المعنوي بوساطة وحدة معينة لمعرفة عدد ما يحتويه من هذه الوحدة^(١)، ويستعمل أصلاً في العلوم الطبيعية والرياضية، كما يستخدم في علم النفس^(٢). وبصورة عامة لغةً هو التقدير والتسوية بين شئين فأكثر.
وفي اصطلاح المنطق: قول مؤلف من قضايا إذا سلمت يلزمه لثاته قول آخر^(٣).
وفي اصطلاح علماء الأصول له تعريفات كثيرة^(٤) تدور حول معنى واحد: وهو إلحاق أمر لم

(١) يقال فلان فاس الأرض أو العار بالتر إذا قدرها به.

(٢) الصحاح في اللغة والعلوم ٣٦٠/٢. التعريفات للهرجاني (الشيخ علي بن محمد)، ص ١٨١.

(٣) تهذيب المنطق للفتناني بشرح الحلي للعلامة عبيد الله بن فضل، ص ٧١. كأن يقال (العلم متغير وكل متغير حادث). فإذا سلمت هاتان القضيتان يلزم منهما العلم بقول آخر (النتيجة) وهو (العالم حادث).

(٤) وعين عليه التحريف:

تعريف العالم الأصولي الخنفي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ٣٤٩/٢ بأنه (تعديبة الحكم من الأصل إلى الفرع لعلته متحدة لا تدرك بمجرد اللغة).

وتعريف العالم الأصولي المالكي التلمساني (محمد بن أحمد)، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٥٨ بأنه (إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم).

وتعريف العالم الأصولي الشافعي الأمدني، الإحكام في أصول الأحكام ٩/٣ بأنه (الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستتبطة من الحكم).

وتعريف العالم الأصولي الحنبلي أحمد بن عبد العزيز القنوي، الكوكب المنير وشرحه، ص ٢٧٢ بأنه (رد فرع إلى أصله بعلة جامعة).

لم يدل على حكمه نص خاص ظاهراً بأمر آخر منصوص على حكمه في حكمه لاشتراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم.

والتعريف للمفترق:

القياس: إرجاع الجزئيات إلى الكليات المقولة المعاني، أي الكليات التي يدرك العقل عليها. وقد استتجت هذا التعريف من القاعدة الشرعية العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (رضي الله عنهم) وأجمعوا عليها وهي: (إن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا). فالفقيه أو القاضي أو المفتي عندما تعرض عليه مسألة مجهولة الحكم لم يرد بشأنها نص خاص ظاهراً، ولكن تتوفر فيها علة حكم مسألة أخرى مشابهة ورد في حكمها نص يستدل بهذه العلة على شمول النص لتلك الواقعة، فالقياس ليس إلا وسيلة لتوسيع النص وإرجاع الجزئيات إلى الكليات.

فالصدر الحقيقي المنشيء للحكم الذي يثبت به هو نص حكم المقيس عليه، وبناء على هذه الحقيقة القياس مصدر كاشف للحكم وليس منشأ له، وبذلك يرتفع الخلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهاء، فمن قال (القياس مصدر من مصادر الأحكام الشرعية) أراد المصدر الكاشف، ومن أنكر كونه مصدراً أراد المصدر المنشيء. فالخلاف الذي عاش بينهم منذ أكثر من ألف سنة شكلي (لفظي).

مثال للملك

قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَالزَّيْتِ وَالْكَبْزُوتِ وَالذَّهَبِ وَالْوَصَّةَ وَلَا يُنْقِطُهَا فِي سَبِيلِ

وتعريف العالم الأصولي الأبازي السالي محمد بن عبد الله، شرح طلعة الشمس الأنفية، ص ٩١ بأنه (حمل مجهول الحكم على معلوم الحكم بجامع بينهما). وتعريف العالم الأصولي الزيدي الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٩٨ بأنه (استخراج مثل حكم المذكور لما لم يذكر بجامع بينهما).

أما علماء الشيعة الإمامية وعلماء الظاهرية فإنهم لا يعتبرون القياس مصدراً للأحكام الشرعية. ولا مجال للتعليل على هذه التعريفات كما أنه لا جدوى في التعليل، واكتفي بالقول بأن أدفها وأقرها إلى النعم تعريف المالكية. وإن أبعدنا عن الدقة هو تعريف الشافعية لأن جمهورهم اشتروا مساواة القياس والمقيس عليه في علة الحكم. يقول ابن السبكي، جمع الجوامع ١٣١/٢ بأنه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل)، في حين أن العلة في القياس قد تكون أقوى أو أضعف.

أَلَّا فَيَبْرَهُمْ بِكَذَّابٍ أَلِيمٍ^(١) وأراد بالذهب والفضة المعدنين المعروفين وكل عملة ورقية أو معدنية تحمل مظهرهما في التعامل الدولي والداخلي في أقطار العالم وفي القوة الشرائية. وهذا العموم يفهم من النص عن طريق تعليل الحكم بعملة يدور معها وجوداً وعملاً بواسطة القياس، فالقياس عليه هو الذهب والفضة المعدنان المعروفان سواء أكانتا مسبوكتين أم لا. والقياس كل عملة متداولة في التعامل حلت محل الذهب والفضة في القوة الشرائية والتداول. والحكم هو تحريم الكتز^(٢) بدليل الوعيد بالعذاب الأليم والعقاب. وعلّة الحكم هي المضرة الاقتصادية التي تلحق المجتمع والفرد نتيجة الكتز وعدم الاستثمار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والإنفاق على الأهل والعيال، فكانه سبحانه وتعالى قال (والذين يكتزون النقود المعدنية والورقية التي هي عنصر مهم من عناصر الإنتاج فبشرهم بعذاب اليم)، ودور القياس هو كشف هذا العموم المراد من النص. وبناءً على ذلك فإن هذا النص يعد عاماً عموماً عقلياً كما يأتي ذلك في محله.

ركان القياس:

- أركان كل مصطلح هو ما ورد في تعريفه فيؤخذ من تعريف القياس انه يتكون من أربعة أركان (أو عناصر) وهي:
- ١- القيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به): كالذهب والفضة في الآية المذكورة.
 - ٢- المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق): كالتفود الورقية أو المعدنية المتداولة في كل دولة ذات سيادة في العالم.

(١) سورة التوبة ٣٤.

(٢) قال الرازي في تفسيره ٤٥/١٦ (قال القاضي تخصيص معنى الكتز بمنع الزكاة لا سبيل إليه بل الواجب أن يقال الكتز هو المال الذي ما خرج عنه ما يجب إخراجه عنه، ولا فرق بين الزكاة وبين ما يجب من الكفارات، وبين ما يلزم من نفقة الحج أو الجمعة وبين ما يجب إخراجه في الدين والحقوق والإنفاق على الأهل أو العيال وضمان التلقات وأروش الجنابات، فيجب في كل هذه الأقسام أن يكون داخلًا في الوعيد).

وهذا ما قاله الرازي وغيره قبل زهاء تسعة قرون، أما اليوم فيضاف إلى ما ذكره الاستثمار في المشاريع الإنتاجية وبناء المؤسسات الخيرية والإنفاق على المصالح العامة الأخرى، إضافة إلى الإنفاق على الأهل والعيال.

- ٣- حكم الأصل : وهو ما ورد في النص كحرمة كنز الذهب والفضة في هذه الآية ، وكل ما يحمل محل الذهب والفضة من النقود.
- ٤- العلة : وهي المصلحة التي شرع الحكم لأجل رعايتها كحماية مصلحة التنمية والإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة ، في تحريم كنز الذهب والفضة وما حل محلها من النقود^(١). وتعتبر العلة من أهم أركان القياس ، لذا جعلها بعض العلماء (كالحنفية) الركن الوحيد في القياس ، وللعلة تسميات كثيرة منها السبب ، والمؤثر ، والمقتضي ، والباعث ، والناهي ، والدليل ، والأمانة ، ومناط الحكم ، والمستدعي ، والحامل.
- لكن من وجهة نظري هي المصلحة المتبصرة في تشريع الحكم ، والغاية المتوخاة من العمل .^(٢)

شروط القياس:

اشترط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع إلى حكم الأصل وبعضها يكون للعلة.

شروط الحكم

- اختلف الأصوليون في تحديد هذه الشروط ، فمنهم من أوصل شروط الأصل وحكمه إلى اثني عشر شرطاً^(٣) ، وفي أكثرها تكرار ، وتقتصر على ما هو مهم منها:
- ١- أن يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً فلا يلحق الحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي ، أما إذا لم يكن الملحق حكماً شرعياً جاز أن يكون حكم الأصل غير شرعي سواء كان عقلياً أم لغوياً ، فالمعقلي يلحق بالعقلي واللغوي باللغوي ، بناء على جواز القياس في العقليات واللغويات كما يأتي بيان ذلك.
 - ٢- أن يكون حكم الأصل متعللاً بعلته يدركها العقل فإذا كان تعبدياً (بأن لا يستوعب العقل علة الحكم) فلا يقاس عليه غيره.
 - ٣- أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع

(١) في هداية العقول ٥١١/١ ، ومن شروط علة الحكم أن تكون بمعنى الباعث على الحكم وهو العلة الغائية التي هي المفروض من الحكم والمفروض منحصراً في جلب لذة للعبد بدنية أو عقلية أو دفع ألم بدني أو عقلي وهذا المفروض هو الحكمة في الحكم.

(٢) كالشوكاني في إرشاد الفحول ، ص ٢٠٥.

- ويتخضع الفرع لنص الأصل ، فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً ، لأن ما بينى على الباطل باطل.
- ٤- أن لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع فلا يقاس الوضوء على التيمم في وجوب النية.
- ٥- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو بالإجماع ، فلا يجوز القياس على ما ثبت حكمه بغير هذين المصدرين.
- ٦- أن لا يكون حكم الأصل مما ثبت استثناءه عن الأصول والقواعد العامة لأن القياس للتوسيع ولا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء ، وغالباً الاستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وقد مثل الأصوليون للحكم الثابت على سبيل الاستثناء بأمثلة كثيرة ، منها اكتفاء القاضي في عصر الرسالة بشهادة شخص واحد ، إذا كان هذا الشخص الصحابي المعروف (خزيمة)^(١) ، فليس للقاضي قياس غيره عليه في الاكتفاء بشهادته وحدها كحجة للإثبات وإن كان هذا الغير أعلى منه رتبة في الدين والصدق والثقة والأمانة ، لأن القاعدة العامة تقضي بأن نصاب الشهادة اثنان أو من في حكمهما^(٢) ، وما جاء استثناء لا يقاس عليه غيره.
- ٧- أن لا يكون دليل حكم الأصل شاملاً ظاهراً^(٣) للفرع وحكمه ، فلا تقاس سائر المسكرات والمخدرات على الخمر لأن الكل خمر ، فلفظ الخمر في لغة العرب ما يخرم العقل ويحدث

(١) قصة شهادة خزيمة تلتخص في أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي فبعده البيع وقال (علم شهيداً يشهد على . فشهد عليه خزيمة بن ثابت وحده ، فقال له النبي ﷺ (ما حملك على هذا ولم تكن حاضرأ معنا) فقال (صدقتك فيما جئت به وعلمت أنك لا تقول إلا حقاً) ، فقال النبي ﷺ (من شهد له خزيمة أو شهد عليه فحسبه) . أخرجه البيهقي ، كتاب الشهادات ، باب الأمر بالإشهاد ١١٦/١٠ .

(٢) ومن شروط الفرع :

- ١- أن تتوافر فيه علة حكم الأصل.
- ٢- أن لا يثبت حكمه بنص أو إجماع ، لأن القياس في المرتبة الرابعة.
- ٣- أن لا يتعارض بحالته بالأصل مع نص كقياس زواج البالغة الرشيدة بدون إذن وليها على تصرفها في مالها المتعارض مع حديث (أبها امرأة تكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) رواه الحمسة إلا النسائي.
- (٣) وإلا فهو يشمل في الواقع وتنس الأمر لأن القياس كاشف.

فيه الخلل وهذا المعنى اللغوي هو المراد في القرآن، ويؤيده ما جاء في صحيح مسلم^(١)، قال رسول الله ﷺ: ((كل مسكر حرام، وكل خمر حرام)).

العلّة:

لغة: عبارة عن معنى محل محل فيتغير به حاله بلا اختيار وإرادة ومنه تسمية المرض علة لأنه يخلو في جسم الإنسان تنغير حاله من القوة إلى الضعف.

وفي الاصطلاح الشرعي^(٢): عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلن بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضرة عنه.

فجميع أحكام الله -تعالى- التي نزلت على الرسل والأنبياء كلها أنت لمصلحة الإنسان، فهي مملئة بالمصالح الدنيوية أو الأخروية أو كليهما، قال ابن القيم^(٣) تحت عنوان بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد (فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل).

غير أن هذه المصالح (أو العلل) منها ما يدركها العقل فتسمى (معقولة المعنى) ويجري فيها القياس ومنها ما لا يدركها العقل فتسمى تعبدية ولا يجري فيها القياس، لأن القياس فرع تصور العلة وهي ركن من أركانه، وقد وقع الخلط في كثير من المراجع الأصولية بين سبب الحكم وبين علته. وحاول البعض من الأصوليين التجنب عن هذا الخلط بجعل الحكمة والعلّة والمصلحة (من منفعة مستجلبة أو درء مفسدة) نتيجة واحدة أراد الله تحقيقها لعباده عن طريق ترتيب الأحكام على أسبابها، وإن علة سببية هذه الأسباب لمسيباتها (الأحكام) هي تلك

(١) صحيح مسلم ٩٩/٤/برقم ٥٣٣٦..

(٢) اختلف الأصوليون في تعريف العلة فمنهم من قال (إنها معرفة للحكم)، ومنهم من قال (إنها مؤثرة فيه لفته)، ومنهم من قال (إنها موجبة أو مؤثرة بجعل العرف والمادة)، ومنهم من قال (إنها باعثة للشارع على تشريع الحكم)، ومنهم من قال (باعثة للمكلف على امتثال الحكم)، ومنهم من قال غير ذلك، لكن أكثرهم خلطوا بين سبب الحكم وبين علته.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٣.

المصالح والحكم والعلل وفي مقدمة هؤلاء الشاطبي (رحمه الله)^(١).

والأحكام قسمان تكليفية ووضعية:

والتكليفية خمسة أنواع (الوجوب، والتدب، والحزمة، والكرامة، والإباحة). والوضعية خمسة أنواع أيضاً (السب، والشرط، والمانع، والصحة، والبطلان)، وأضاف إليها البعض اثنين آخرين هما (العزائم، والرخص)^(٢).
والمقاصد التي هي علة الأحكام بالنسبة للإنسان ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتغيبية.

(١) قال القرافي، شرح تنقيح الوصول، ص ٤٠٦ (الحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة كتحباب العقل الموجب لجعل الإسكار علة، ومن الحكمة اختلاط الأنساب فإنه سبب جعل وصف الزنى سبب وجوب الجلد، وكضيق المال الموجب لجعل وصف السرقة سبب القطع، والوصف إذا جاز التعليل به فأولى بالحكمة لأنها أصله، وأصل الشيء ما لا يقصر عنه).

قال الشاطبي، الموافقات ١/٢٦٥ (إن المراد بالعلة الحكم والمصالح التي تملقت بها الأوامر أو الإباحة، والمقاصد التي تملقت بها التواهي، فالشقة علة في إباحة القصر والنظر في السفر والسفر هو السبب الموضوع للإباحة). ثم قال (فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو الفسدة كانت ظاهرة أو غير ظاهرة). وأما ما جملة الأصوليون علة فقد خصه الشاطبي باسم السبب وعرفه (بأنه ما وضع شرعاً لحكمة ينتضيها ذلك الحكم كالتصايب فإنه سبب وجوب الزكاة، والسرقة هي سبب لوجوب القطع). ويعتبر الشاطبي كما هو واضح في كلامه أنه أكثر عمقا ودقة من غيره في التمييز بين السبب والعلة التي هي المصلحة والحكمة.

وقال الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ص ٣١١ (والسبب المناسب ما تقع المصلحة عقبه، فإذا ليل السكر حرام أدرك العقل أن تحرم السكر مفضي إلى مصلحة وهي حفظ العقل من الاضطراب، وإذا قيل القصاص مشروع أدرك العقل أن مشروعية القصاص سبب مفضي إلى مصلحة وهي حفظ النفس).

وقال أبو إسحاق الشيرازي، اللمع، ص ٣٩١ (الناسية أي لسبب الحكم) ما تضمن تحصيل مصلحة أو دونه مفسدة، والناسب يقسم إلى ما هو في محل الضرورات، وإلى ما هو في محل الحاجات وإلى ما هو في محل التماسات، فيقدم الأول على الثاني والثاني على الثالث عند التعارض، فالأول نحو الكليات الخمس وهي حفظ النفوس والأديان والأنساب والعيول والأموال، وليل الأعراس، والثاني مثل تزويج الولي الصغيرة، فإن النكاح غير ضروري لكن الحاجة تدعو إليه في تحصيل الكفوة، لثلاث بقوت، والثالث ما كان من مكارم الأخلاق كنفقات القربات.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع الموافقات للشاطبي ١٠٩/١-٢٧٥

الضروريات؛ هي المصالح التي يختل نظام الحياة بفقدان واحدة منها وهي خمس (حفظ الدين، وحفظ الحياة، وحفظ المال، وحفظ النسب-أو المرض-، وحفظ العقول).

الهاجيات؛ هي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان للتوسعة في الحياة ورفع الضيق المادي غالباً إلى الحرج والمشقة كالتمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً.

التحسينيات؛ هي كماليات الحياة كممارسة محاسن العادات ومجانبة المكروهات.

ومن التطبيقات التي يتجلى فيها التمييز بين السبب والعلّة^(١) ما يلي:

أ- عدوان المعتدي جعل سبباً لوجوب الجهاد لعلّه هي حماية الدين.

ب- القتل جعل سبباً لوجوب القصاص لعله هي حماية الحياة.

ج- السرقة جعلت سبباً لوجوب القطع لعله هي حماية الأموال.

د- الزنى جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد) لعله هي حماية الأنساب والأعراض.

هـ- وتماطي المسكرات سواء سكر بها التماطي أم لا، جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد

(الجلد) لعله حماية العقول، ولذلك لا تطبق هذه العقوبة على المجنون والصغير، ولا

ميرر لمن قال (لا يعاقب ما لم يسكر).

و- وجعل الجنون والصفر سبباً للولاية على المال والنفس لعله هي حماية مصلحة

القاصر، ولهذا اجتمع فقهاء الشريعة على جواز عزل الولي عن الولاية إذا لم تتحقق

هذه المصلحة. وهكذا هناك مئات من الأمثلة والتطبيقات يتبين لنا فيها بوضوح تام

الفرق بين السبب والعلّة ومع ذلك نجد الخلط بينهما، فمثلاً جعلت السرقة علّة

لوجوب القطع وجعل الصفر علّة للولاية وهكذا^(٢).

(١) وكالسفر جعل سبباً للرخصة بإباحة النظر وقصر وتقديم وتأخير الصلاة لعله هي دفع المشقة المضرة بالصحة، والشركة جعلت سبباً للشفعة لعله هي دفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد، والقراش جعل سبباً للنسب لعله هي حفظ النسل، والمقد جعل سبباً لكسب المال للحاجة.

(٢) قال ابن ملك، شرح المنار، ص ٧٩٢ (اعلم إن ولاية نكاح الصغار معلولة بالصفر اتفاقاً، وكذا في نكاح الصغائر معلولة بعله الصفر عندنا واليكارة عند الشافعي)، ففي هذا الاتجاه خلط بين السبب وهو الصفر وبين العلة وهي حماية مصلحة الصغير.

وقال الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام ٥٧/٣ (المسلك الثالث ما يدل على العلية بالتبني والإيحاء، وهو ستة أقسام: الأول ترتيب الحكم على الوصف بقاء التعقيب والتسبب كما في قوله تعالى ﴿وَالنَّكْرُ وَالشَّرَافَةُ فَاَنْظُرُوْهُنَّ اَبْرِهِيْمًا﴾ المائدة ٢٨، وفي هذا الكلام خلط بين السبب - السرقة - وبين العلة - حماية الأموال -).

الحكم ينور مع علته وجوداً وهدماً

إن أول من أدرك هذه الحقيقة فقهاء الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون (رضوان الله تعالى عليهم أجمعين) حين وقفوا على أسرار الشريعة وأدركوا تميزها بالبرونة وعلموها أن تميزها بالبرونة لا يعني البرونة وإنما مسابرة الحياة في متطلباتها الضرورية الشرعية، فمللوا طوراً فتاواهم وأقضيتهن بما نص عليه القرآن والسنة من العلل، وتارة وسعوا النص عن طريق تحليل حكمه ليشمل المسكوت عنه شموله للمنطوق به، وأخرى وقفوا أحكاماً بمجال أنهم خالفوا القرآن ولكنهم بثاقب نظرهم علموا أنها معللة بعلة تدور معها وجوداً وهدماً، وعلى سبيل المثل وسعوا مجال تطبيق آية (النفس بالنفس)^(١) عن طريق تحليل وجوب القصاص بحماية الأرواح فقضوا وأفتوا بقتل الجماعة بواحد، وأوقفوا العمل بآية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢) في حق من يرتكب جريمة السرقة تحت ضغط الحاجة والضرورة^(٣) في عام الجماعة، وهذا هو منتهى العمق من فهم أسرار الشريعة التي منها أن علة وجوب عقوبة السرقة هي حماية الأموال وأن رعاية حفظ الأرواح أهم من رعاية حفظ الأموال.

وأوقفوا العمل بآية ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ تَطُوعِهِمْ﴾^(٤) لأن علة صرف بعض موارد الزكاة لهؤلاء المؤلفة القلوب كانت مصلحة الدين حين كان الإسلام في مركز الضعف، فلما جاوز هذه المرحلة تحلقت العلة فتوقف العمل بالحكم لزوال علته بل لزوال سببه أيضاً، وهو صفة استجلاب المسلمين لقلوبهم، لأن معنى ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ تَطُوعِهِمْ﴾^(٥) الذين تستجلب قلوبهم بالإنفة

قال ابن القيم، شرح فتح القدير ٢٦٠/٣ (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على التكاح، معنى الإيجاب أن يباشر العقد فينقذ عليها شاءت أو أبوت. ومعنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإيجاب أمر العسر أو البكارة؟ فنحننا الصغر وعند الشافعي البكارة).

وهكذا هناك آلاف من التطبيقات الأصولية والفقهية فيها الخلط بين سبب الحكم وبين علة.

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

(٣) وجود الحكم لوجود العلة يسمى طردياً، وعدم الحكم لعدم العلة يسمى عكسياً، وزوال الحكم لزوال العلة يسمى تأثيراً وتختلف الحكم لسبب ما مع وجود العلة يسمى نقضاً. أنظر أحكام الفصول في أحكام الأصول للباحي (سلمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري، ص ٥٢.

والمودة، فاستجلاب القلوب ليس أمراً ثابتاً بالشرع شأنه شأن صفة الفقر، فالتفكير يستحق نصياً من موارد الزكاة ما دام فقيراً، فإذا تخلف هذا الوصف فأصبح غنياً لا يستحق هذا التصيب، فإذا زال الحكم بزوال السبب تزول العلة، وقد أخطأ من زعم^(١) أن عمر^{رضي الله عنه} جمد النص بالصلحة أو نسخه بها أو قدمها عليه.

شروط العلة

ذكر بعض الأصوليين شروطاً كثيرة للعلة لاعتبارها من أركان القياس وقد أوصلها البعض إلى ثلاثين شرطاً، وفي أكثرها التكرار مع شروط حكم الأصل وشروط الفرع أو منبئة على الخلط بين الأسباب والعلل، مع أن العلة كما ذكرنا هي المصالح الشرعية التي تترتب على تنفيذ الأحكام الشرعية من جلب المنافع ودفع المضار إذا أدبت وأقيمت بصورة صحيحة.

وأما الأسباب فهي تصرفات الإنسان الفعلية أو القولية أو الوقفية^(٢) من حيث إنها معرفة للحكم وعلامة عليه ولعل العامل الرئيس الذي دفع هؤلاء العلماء العظام إلى تسمية الأسباب عللاً هو الاحتياط والورع واجتناب الشبهات والخشية من سوء تفسير عبارة (الأحكام الشرعية معللة بالمصالح والأغراض) لأنه ربما يتصور أن هذه المصالح والأغراض راجعة إلى الله وهو محتاج إليها، والحاجة من سمات النقص، والله تعالى منزه عن كل نقص وغني عن العالمين وعن طاعة الإنسان. ولكن بكل بساطة يمكن دفع ذلك بأن المراد المصالح والأغراض التي ترجع إلى الإنسان^(٣). وإن المراد بالعلة هي الحكمة الإلهية في تشريع الحكم.

وبعد هذه المقدمة نستطيع أن نقول إن شروط العلة وإن كانت كثيرة إلا أنها ترجع إلى

الثلاثة الآتية:

١- أن تكون موجودة حسب الظن الغالب للمجتهد^(٤) في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية أو متفاوتة^(٥).

(١) مثل أحمد أمين في كتابه فجر الإسلام، ص ١٥٦، وعلي حسب الله في كتابه أصول التشريع الإسلامي، ص ١٥٦، والإمام شرف الدين الموسوي، النص والاجتهاد، ص ٩٥.

(٢) وبأي في محله إن شاء الله.

(٣) كما جاء في شرح الكوكب النير، ص ٢٨١. أصول فقه الحنابلة من أن قول الفقهاء الباعث على الحكم بكل ما هو كذا لا يريدون به بعث الشارع بل بعث المكلف على الامتثال مثل حفظ النفس باعث على تعاطي فعل القصاص.

(٤) الظن هو الجانب الراجح من تصور أمرين فأكثر، وغلبة الظن: زيادة قوة أحد الجهوزات على غيرها.

مراحل القياس باعتبار علة

ير القياس باعتبار علة بأربع مراحل هي: تخريج المناط، وتحقيق المناط، وتقيح المناط، وتثبيت دوران الحكم مع المناط.

١- تخريج المناط^(١):

وهو الوقوف والإطلاع على علة الحكم التي أناطه بها الشارع وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو تحسينياتها. وهذه العلة قد تكون متصورة وقد تكون مستتبطة.

أ- العلة المتصورة: وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً، فحماية حياة الإنسان

مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله

تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢)، وإذا

تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقاتل الواحد الثابت بقوله تعالى:

﴿أَنْ النَّفْسُ بِالْأَنْفِ﴾^(٣) وَسُغَّ هذا النص عن طريق العلة حتى يشمل القصاص

أكثر من واحد إذا شاركوا في قتل واحد نفس العلة (حماية أرواح الأبرياء) كما فعل

ذلك الخلفاء الراشدون^(٤)، والعمل بالقياس في الجنابيات في مثل هذا المقام عمل

بالنص، فلا يتعارض مع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

ب- العلة المستتبطة: وهي التي لم يرد ذكرها صراحة (عبارة) في نص الحكم ولكن

المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه كحماية الأموال جعلت علة العقوبة

(١) المناط مصدر مبني بمعنى اسم المكان وموضع التوسط أي التعليق والربط وهو مأخوذ من ناطه به أي

علقه وربطه به. وأطلقه الأصوليون على العلة لأن الشارع الحكيم ناط الحكم بها وعلقه عليها وأضاله

إليها. قال الفزالي، المستصفي ٢٣٠/٢ (ويعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم أي ما أضاف الشرع

الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه). وفي كلام الفزالي أيضاً خلط بين السبب والعلة، لأن ما جعله

الشارع علامة على الحكم هو السبب دون العلة كالسرقة جعلت علامة على وجوب النطق وهي سبب

لهذا الوجوب وعلته حماية الأموال وكذلك خلط بينهما في كتابه شفاء العليل، تحقيق الدكتور حمد

الكبيسي، ص ٤٥٦

(٢) سورة البقرة: ١٧٩.

(٣) سورة النساء: ٤٥.

(٤) راجع هامش ١٣، ص ١٢٧.

للسرفات ويستبطلها المجهد من المقارنة بين آية ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ ﴾^(١) وبين آية ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْصِرْ عَوْرَاتِهِمَا جَزَاءً مِمَّا كَسَبَا تَكَلَّافًا مِنْ أَنْفِهِ وَأَلْفَ عَشْرٍ حَكِيمٌ ﴾^(٢)، وجعلت أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة إلى العقوبة الأخروية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال البتاس ظمناً وبدون مبرر شرعي، ويستبطل المجهد^(٣) هذه العلة من سياق قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾^(٤)، ثم عن طريق القياس على الأكل بوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من أسباب إتلاف الأموال كالإحراق وغيره في الحكم المذكور ما دامت العلة واحدة وهي حماية الأموال وبصورة خاصة أموال البتاس لمجزهم عن الدفاع عنها.

٢- تحقيق المناط:

بعد المرحلة الأولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من توفر العلة في القيس^(٥)، فالجهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى: ﴿ وَسَتَقُولُكَ عَنِ الْمَجِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْرِضُوا إِلَيْهَا فِي الْمَجِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهَا حَتَّى يَطْهَرَتْ فَإِذَا طَهَّرْتَهَا فَأَوْهَرْ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الشَّافِقِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴾^(٦)، وتؤكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس^(٧)، ثم بوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل

(١) سورة النساء .٢٩.

(٢) سورة المائدة .٣٨.

(٣) وهذا لا يتعارض مع اعتبار نص حكم القيس عليه عاماً عموماً عقلياً.

(٤) سورة النساء .١٠.

(٥) ولا تشترط في العلة ولو كانت مستتظة أن تكون من أصل مقطوع بحكمه إذ يجوز القياس على ما ثبت حكمه بدليل ظني كخبر الواحد ولا يشترط أيضاً القطع بوجود العلة في الفرع لأن القياس إذا كان دليلاً ظنياً فلا يضر كون مقدماته أو شيء منها ظنياً، شرح الكوكب النير، المرجع السابق .٢٩٨.

(٦) سورة البقرة .٢٢٢.

(٧) هو دم يعقب الولد بعد الولادة.

حالة دم النفاس أيضا في حرمة المعاشرة الزوجية في الحائض (الحيض والنفاس) مادامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة^(١).

٣- تنقيح المناط:^(٢)

بعد حصول المجتهد على علة حكم الأصل وتأكده من وجودها في الفرع يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محلها في التعامل والقوة الشرائية من جهة أخرى.

فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على النعب والفضة في حرمة الكنز وعدم الاستثمار وعدم الإنفاق. ووجوب دفع الزكاة، والالتزام بوفاء الديون منها وغير ذلك. فإنه يتولى في نفس الوقت إثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس عليه والمقيس لا تكون حجر عثرة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه، ومن تلك الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الاقتصادي واستقرارها السياسي وغير ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية.

(١) قال الشوكاني إرشاد الفحول، ص ٢٢٢ (تحقيق المناط: أن يقع الاتفاق على علية وصف بنص أو إجماع فيجهد في وجوده في موضوع النزاع -المقيس- كتحقيق أن النباش سارق، أو أن اللواط زنى كما قال البعض بهذا القياس)، ولكن هذا الكلام من الشوكاني وغيره خلط بين الأصل والفرع - أو بين المقيس عليه والمقيس - فالنباش سارق والنبش صورة من صور السرقة لأنه اخذ مال الغير في حرز مثله خفية مع القصد الجنائي، وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة وهي حماية الأموال، واللواط زنى لأنها لإلاج فرج في فرج محرم مشتبه طبعاً وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة هي حماية الأعراس من البهتك.

(٢) التنقيح لغة: التهذيب والتخليص. وقال البيضاوي (حينما له بن علي) (في اصطلاح الأصوليين بيان المستدل إلغاء الفارق بين الأصل والفرع ليعين المشترك بينهما للعلية، وبذلك تنقيح المناط عبارة عن إلغاء الفوارق بين المقيس عليه والمقيس ببيان عدم تأثيرها على القياس).

وقال الشوكاني، إرشاد الفحول ٣٢١ (التنقيح لغة: التهذيب والتمييز وعند الأصوليين إلحاق الفرع بالأصل بإلغاء الفارق بأن يقال: لا فرق بينهما إلا كذا، وذلك لا مدخل له في الحكم فيلزم اشتراكهما في الحكم لا اشتراكهما في موجهه).

4- تثبيت دوران الحكم مع المناط:

بعد اجتياز المجهود المراحل الثلاث السابقة يأتي دور إثبات دوران الحكم المراد إثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه وجوداً وهدماً، وإجراز هذه المرحلة الأخيرة يعني إكمال القياس وثبات حكم الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم لأن القياس ليس إلا الاستدلال بعلّة حكم مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) أخرى تتوافر فيه هذه العلة.

أنواع القياس باعتبار العلة

للقياس أنواع كثيرة^(١) باعتبارات مختلفة وأهمها التقسيم باعتبار العلة إلى ثلاثة أنواع (القياس الأول والقياس المساوي والقياس الأدنى).

١- قياس الأولى (أو الجلي أو القطعي):

هو قياس تكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، ولذلك يقال أن حكم الأصل ثابت للفرع من باب أولى. ويسمى القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي.

ومن أمثلة الأصوليين لهذا النوع قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِنَّمَا يَلْبِغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آيَةً وَلَا تُنْهَرَهُمَا مِمَّا قُلْتَ

(١) منها قياس العلة وهو ما صرح فيه بالعلّة مثل العملة المعدنية والورقية كالذهب والفضة في التسمية الاجتماعية والاقتصادية، وقياس الدلالة وهو ما لم تكن العلة المشتركة فيه علة الحكم بل دالة عليها كقياس الشافعي مال الفاسر على مال الرشيد في وجوب الزكاة بجماع المال النامي، وقياس المعنى وهو أن يكون الفرع في المعنى بمنزلة الأصل كقياس المرأة على الرجل في حكم ما، وقياس الشبه وهو أن يكون الفرع أصلاً يلحق بأكثرهما شيئاً مثال ذلك في بيع الغنار لا تدخل حقوق الارتفاق ما لم تذكر في صلب العقد بخلاف عقد الإيجار فإنها تدخل فيه رغم عدم ذكرها، لأن الانتفاع للمعين المؤجرة تتوقف عليها، ومن وقف غناراً إن قيس على البيع لا تدخل حقوق الارتفاق وإن قيس على الإيجار تدخل. وصلة الوقف بالبيع أكثر لأن كلياً منهما ينتقل ملكية الرقبة بخلاف عقد الإيجار. ولكن على القاضي أن يقبضه على عقد الإيجار رعاية لمصلحة الموقوف عليه وهذا ما أطلق عليه الاستحسان بمعنى المدول من القياس الجلي إلى القياس الحقي وهو صورة منه.

لَهُمَا قَوْلًا كَكْرِيماً^(١١)، فالحكم حرمة التأفف الذي هو الأصل، والعلة للتحريم دفع الضرر والأذى عن نجس طاعته في غير معصية الله، والفرع (المقيس) كل تصرف مشين من قول كالشتم أو فعل كالضرب يصدر من الولد ضد والديه ويلحق بهما الأذى والضرر المادية والمعنوية، ومن الواضح أن العلة في المقيس أقوى وأشد منها في المقيس عليه. ويرى البعض أن دلالة هذه الآية على كافة أنواع الإيذاءات بالوالدين ليست عن طريق القياس وإنما هي من باب مفهوم الموافقة، فهناك منطوق به (أف) ومسكوت عنه (كافة الإيذاءات) فتدل على الأول منطوقاً وعلى الثاني مفهوماً من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى^(١٢)، لكن كما ذكرنا مراراً القياس دليل كاشف والمقيس مشمول بالنص عن طريقه فيكون من باب العموم العقلي، وبناء على ذلك الخلاف في حجية القياس شكلياً (لفظي). والفرق بين القياس ومفهوم الموافقة اعتباري، فإن فهم حكم المسكوت عنه عن طريقة اللغة فهو من مفهوم الموافقة وإن احتاج إلى الاجتهاد وإدراك العلة فهو من باب القياس.

ومن القياس الأولى ثبوت الحق بأكثر من شاهدين قياساً على الشاهدين اللذين اعتبرهما القرآن بينة شرعية لإثبات الحق فعلى القاضي الأخذ بها كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الْبَيِّنَاتُ مَآسُومَةً شَاهِدَةً بَيْنَهُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَيْسِيَةِ انْتَسَانَ ذُوًا عدْلٍ يَمْسِكُمْ أَوْ مَخْرَجَانِ

(١١) ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آيُ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَكْرِيماً﴾ الإسراء ٢٣، (أبو: اسم لعل انتضر وانكروه)، قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٢٨/١ (ولهجت من قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آيُ وَلَا تَنْهَرُهُمَا﴾ إرادة النهي عن جميع الأذى بالقول والفعل إن لم ترد نصوص أخرى بالنهي عن عموم الأذى فلو بصق رجل في وجه والديه أو ضربهما بالنعل وقال: إني لم أقل لهما أبو لعلد الناس في غاية السخافة والحماقة والمجهول من مجرد تفرقه بين التأليف المنهي عنه وبين هذا الفعل).

(٢٢) قال القاضي عضد الدين الإيجي، شرح مختصر المنهاج الأصولي ١٧٢/٢ (مفهوم الموافقة هو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور-المنطوق-وله أمثلة منها قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آيُ وَلَا تَنْهَرُهُمَا﴾، فعلم من حال التأليف وهو عمل النطق حال الضرب وهو غير عمل النطق مع الاتفاق في الحكم وهو إثبات الحرمة فيهما. قال ابن القيم، المرجع السابق ٢١٩/١ (والعلم بمراد التكلم يعرف تارة من عموم لفظه، وتارة من عموم هلته والحواطة على الأول أوضح لأرباب الالفاظ وعلى الثاني أوضح لأرباب المعاني والفهم والتدبر).

مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَبْتَكُمْ مِثْيَبَةَ الْمَوْتِ ﴿١١﴾.

٢- قياس المساواة (القياس للمساوي):

وهو النسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً كما في قياس الحالة على الحال في الميراث الثابت بقول رسول الله ﷺ ((الحال وارث لمن لا وارث له))^(١)، أي لا وارث له من أصحاب الفروض والمصبات لأن الحال والحالة كالعلم من الأم والعممة من ذوي الأرحام.

فسبب الميراث فيهما قرابة ذات درجة متساوية والعلة وهي حماية مصلحتها المالية وحققها في تركة المتوفى متساوية ولم يبلغ الشارع اعتبار هذه المصلحة كما ألغاه في ميراث البنت مع الابن والأخت مع الأخ، إذن الحكم هو المساواة في الميراث.

٣- لقياس الأدنى:

وهو أن يكون الأصل أولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى ومن التطبيقات الفقهية لقياس الأدنى: قول بعض الحنفية^(٢) بصحة تزويج البنت البالغة العاقلة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها قياساً على تصرفاتها المالية العلة المشتركة بينهما أن المتصرف فيه

(١) سورة المائدة ١٠٦. كما في قوله تعالى: ﴿وَأَنْتَهُمْ ذَوَى عَقْلِ يُنْكِرُ﴾ الطلاق ٢. وقوله تعالى

﴿وَأَسْتَفْتِيهِمْ بَيْنَ بَيِّنَاتٍ مِّنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ﴾ البقرة ٢٨٢.

(٢) عن ابن أمية بن سهل ؓ قال: كتب عمر ؓ إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ قال: (الله ورسوله مولى من لا مولى له، والحال وارث لمن لا وارث له)، أخرجه أحمد في مسنده ٢٨١/١.

(٣) في شرح فتح القدير والهداية شرح بداية البندي ٢٥٦/٣ وما بعدهما (وينقد نكاح العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكراً كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف (أنه لا ينقد إلا بولي)، وعند محمد (ينقد موقوفها على إجازة الولي)، ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حضاها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولبذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق -أي في المقيس عليه- وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز، وإنما يطلب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة، وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاحتراض في غير الكفء. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) (أنه لا يجوز في غير الكفء)، ويتفق معهم بعض فقهاء الجعفرية، الفروضة البهية مع اللمعة ٧١/٢، وبه أخذ المشرع العراقي، حيث لم يعتبر الولاية لا شرطاً للصحة ولا شرطاً للنفاذ.

حق خاص والمصلحة خاصة بها ولا فرق إلا بالمالية وغير المالية وهذا لا يؤثر بطريقة تنقيح المناط على إلحاق التصرف غير المالي بالتصرف المالي في الصحة بجامع المصلحة الخاصة في حق خاص، وتعرض هذا القياس لاتخاذ شديد من قبل جمهور الفقهاء واعتبر قياساً مع الفارق^(١).

ما يجري فيه القياس وما لا يجري!

ولاً- ما لا يجري فيه القياس

ليس كل حكم قابلاً للاجتهاد، والقياس عملية اجتهادية تستهدف توسيع مفهوم النص وتعميمه لمصادقاته، والاجتهاد والتوسيع إن جازا في بعض الأحكام كالمعاملات فإنهما غير جائزين في أحكام أخرى كالجنائيات والعبادات والمقدرات وما لا يمكن تعقل عللها كالأتمى:

١- لا يجوز القياس في الجنائيات لأن الشريعة الإسلامية أول شريعة أتت مبدأ الشرعية (لا

جرمة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات قرآنية كثيرة ومنها قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ

حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهَيْبًا لِلْعَرَبِ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمَهَا

(١) سبق تخريجه واستدل الجمهور بأدلة كثيرة في رد هذا الاتجاه الثابت بالقياس، ومنها:

أ- أنه قياس مع الفارق لأن القياس ليس حفاً خاصاً بها بل مشترك بينها وبين الأولياء.

ب- في اشتراط موافقتها وموافقة الولي معاً لمجامع الزواج واستمراره وتحقيق لماره. قال الإمام مالك والإمام الشافعي رحمهما الله، شرح فتح القدير ٢٥٧/٣ (الزواج لا يبرأ لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا ينطق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهن محل بهذه المقاصد لأنهن سرعات الاغترار وسيدات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن).

ج- ثبت أن أبا يوسف تراجع عن رأيه وانضم إلى محمد فإذا تمارض قول الإمام مع رأي الصحابيين يؤخذ برأيهما.

د- في حالة اختيارها لرجل كفه، فإن امتنع الولي يعتبر عاصلاً وتنقل الولاية إلى إلا بعد أو إلى الغائبي فلا تنظم في كل الأحوال.

هـ- وإضافة إلى هذه الأدلة العقلية المعارضة للقياس المذكور فإن هناك نصاً من رسول الله ﷺ على بطلان الزواج بدون إذن الولي أو من ينوب عنه، وهو قوله (أي) ما امرأة تكلمت بنسب إذن وليها فتكلمها باطل، سبل السلام ١٥٤/٣، ومن شروط صحة القياس أن لا يعارضه النص.

(٢) سورة الإسراء ١٥.

رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا»^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِمَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَنَسَّوْا رِيتًا لَّوَلَا أَرْسَلْنَا رَسُولًا فَتَجْعَلُ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَنْ نَسْأَلَ وَتَعْرِفَ﴾^(٢)، وغير ذلك من الآيات الدالة على أن كل جريمة وعقوبة غير تعزيرية تحدد بنص الهى وتحدد بتشريع وضعى إذا كانتا من الجرائم والعقوبات التعزيرية.

ولا يملك القاضي سلطة استحداث الجريمة أو العقوبة لكن له سلطة التخفيف والتشديد في العقوبات التعزيرية في ضوء الظروف المخففة والمشددة. هنا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القياس دليل ظنى، والظن سبيل الخطأ فهو شبهة فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات وفقاً لقول رسول الله ﷺ ((ادروا الحدود بالشبهات))^(٣)، وأما ما يتكرر في المراجع الأصولية القديمة والحديثة من بعض الأمثلة للقياس في الجنابات كقياس النبيذ على الخمر والتباش على السارق واللواطة على الزنى وما شابه ذلك فإن كل ذلك من باب الخلط بين القياس في الأحكام الشرعية وبين القياس في اللغات. فهذه الأبيسة وأمثالها ليست صحيحة إذا استعملت لإثبات حكم الأصل للفرع لأنها إما تصح في اللغة والتسمية، فالنبيذ يقاس على الخمر في التسمية ليسى خمرًا فيكون مشمولاً بحكم النص لاشتراكهما في المخامرة لأن النبيذ مسكر وكل مسكر مخامر العقل أباً كان نوعه ومصدره، فالنبيذ كثيره من المسكرات مشمول بالنص الذي حرم الخمر لأن الكل خمر^(٤).

وكذلك قياس التباش على السارق إن أريد به القياس الشرعي فهو خطأ لأن الأول صورة من صور الثاني وإن أريد به القياس اللغوي لفرض تسميته سارقاً لأن التبش كالسرقة أخذ مال الغير خفية في حرز مثله بقصد جنائي فهو قياس صحيح ويكون مشمولاً بالنص الذي جاء بعقوبة السرقة بدون القياس الشرعي^(٥).

(١) سورة القصص ٥٩.

(٢) سورة طه ١٣٤.

(٣) أخرجه الدار قطني، كتاب الحدود والديات ٣١/٨٤، والبيهقي، السنن الكبرى ٢٣٨/٨، باب ما جاء في درة الحدود بالشبهات.

(٤) ينظر إعلام الموقعين لابن القيم ١/٢٦٧.

(٥) قال ابن القيم، المرجع السابق ١/٢٦٧ (ومن ذلك أيضاً تفسير طائفة في لفظ السارق حيث أخرجوا منه التباش للقبور ثم راسوا قياسه في القطع على السارق فقال لهم متازعومهم: الحدود والأسماء لا تثبت

وقل مثل ذلك في قياس اللواط على الزنى فهو قياس لغوي لتسمية اللواط زانياً لأن متناهما واحد وهو إيلاج محرم في فرج مشتبه فيكون كل منهما مشمولاً بالنص المتضمن لعقوبة جريمة الزنى بدون القياس الشرعي^(١). وإضافة إلى ذلك فلا داعي للقياس أصلاً في هذه الأمور وأمثالها لا شرعاً ولا لغة، فالتيبذ نوع من الحمرة، والنبتش صورة من السرقة واللواط من الزنى شرعاً.

٢- لا يجوز القياس في العبادات لأن وظيفة أحكامها تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ولا يملك سلطة إنشاء هذه العبادات إلا الله سبحانه وتعالى بخلاف الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان فإنها جاءت في صورة القواعد العامة وتركت التفاصيل والجزئيات للعقل البشري يحصل عليها عن طريق القياس وغيره في ضوء متطلبات وضروريات الحياة في كل زمان ومكان^(٢).

٣- لا يجري القياس في الأمور الاحتياطية والحلقية مثل أقل الحيز وأكثره والحد الأدنى لسن اليأس، وأقل الحمل وأكثره. وأمثال ذلك من الأمور العادية الحلقية الخاضعة للاختلاف باختلاف الأشخاص والأحوال والمناخ والمكان، فليس لها مناط حتى يجري

قياساً فأطالوا وأعرضوا في الرد عليهم ولو أعطوا لفظ السارق حده لראوا أنه لا فرق في حده ومسماه بين سارق الأمان وسارق الأكنان وأن إثبات الأحكام في هذه الصور بالنصوص لا بمجرد القياس.

(١) وقد يكون هنا الخلط بين القياس في الأحكام الشرعية وبين القياس في الأسباب كما وقع في قياس القتل بالقتل على القتل بالمهدد بجامع القتل العمد المدون فهو قياس في السببية أي كما أن القتل بالمهدد سبب للفصاص كذلك القتل بالقتل لأن كلا من القتل والمهدد وسيلة مبيحة غالباً، فالقتل العمد المدون سبب القصاص وكل من القتل بالقتل والقتل بالمهدد من أفراد.

(٢) قال ابن القيم، إجماع الموقعين ٣٤٤/١ (الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم بطلانها حكم بالتحريم والتأنيب ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله ولا تأنيب إلا ما أله الله ورسوله به فاعطه كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله ولا دين إلا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم، والفرق بينهما أن الله لا يبيد إلا بما شرعه على الأمة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي حغو حتى يجرمها).

فيها القياس ، فإذا وجد القاضي امرأة مطلقه من ذوات الحيض أكملت ثلاثة قروء في أقل من ثلاثة أشهر لا يستطيع أن يقيس عليها غيرها لأن القراء يختلف باختلاف النساء.

٤- لا يجري القياس في الأحكام التمهيدية وهي التي لا يدرك العقل عللها لأن القياس فرع تعقل العلة ، فإذا كان الأصل غير خاضع لعقل المجتهد فمن باب أولى لا يخضع له فرعه . فلا يجوز نقل الصيام إلى شهر آخر قياساً على شهر رمضان بحجة أن الكل أيام الله لأن العقل قاصر عن إدراك علة تخصيص هذا الشهر بالصيام.

وكذلك لا يحق للقاضي أن يقيس تعاطي المسكرات على القذف ويحكم على السكران بعقوبة لماتين جلدة لأن العقل لا يدرك علة هذا المقدار وتقدير العقوبة به دون غيره من الأعداد . وما نقل عن سيدنا علي^(ع) من أنه قاس تعاطي المسكرات على القذف لما يؤدي إليه من افتراء فهو من باب التعليل وأما من فهم أنه من باب القياس ففهمه مردود لسبب أحدهما : أن العقل قاصر عن إدراك علة تحديد عقوبة القذف بثمانين جلدة ، وثانيهما : عقوبة تعاطي المسكرات من الحدود فلا تثبت بالقياس.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن القياس جائز في التفصيلات والمجزئيات من الشروط والأسباب والموانع بالنسبة لما ذكرنا مما لا يجوز فيه القياس مثل قياس وجوب النية في التيمم على الوضوء .

ثانياً- ما يجري فيه القياس:

يجري القياس في غير المجالات المذكورة من الأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية ، والأحكام الدولية والأحكام الدستورية وغير ذلك ، لما يتطور بتطور الحياة في العلاقات البشرية ، شريطة أن لا يؤدي القياس إلى ما يخالف قاعدة عامة مجمع عليها أو نص صريح . وفيما يلي نماذج من هذه الأمثلة :

أ- في الأحوال الشخصية

١- قاس الفقهاء قتل الموصى له للموصي على قتل الوارث للمورث في الحرمان (حرمان الوارث من الإرث في المقيس عليه وحرمان الموصى له من الوصية في المقيس) للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية أرواح الأبرياء.

٢- قاس عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل رضي الله عنه الموت على الدخول في وجوب مهر المثل لزوجة مات زوجها قبل الدخول وقيل أن يحدد لها المهر، والعلة المشتركة هي مصلحة الزوجة في تمويها بمهر المثل عن الضرر المعنوي الذي يلحقها بعد الفراق الموجبة لوجوب العدة في الموت وفي الطلاق بعد الدخول، إضافة إلى أنه يروى عن الرسول ﷺ ما يعضد هذا القياس، ورفض سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه هذا القياس لتخلف العلة المذكورة والحديث لعدم الثقة بالراوي^(١) وإنما قاسه على الطلاق قبل الدخول.

ب- في المعاملات المالية:

١- قياس غير البيع في المعاملات المالية التي تشغل من تحب عليه صلاة الجمعة عن إقامتها على البيع في الكراهة والحرمة (حسب الاختلاف) والسبب هو الانشغال عن إقامة الجمعة، والعلة رعاية مصلحة إقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية، ومن قال إن العلة هي الانشغال بالمعاملة عن إقامة صلاة الجمعة فقد خلط بين السبب والعلة.

٢- قياس الوكالة العامة على الوكالة الخاصة الثابتة بسنة الرسول ﷺ لأنه وكل أحد أصحابه ليشتري له شاة بدينار فأشترى له شاتين بدينار واحد فباع إحداهما بدينار ورجع إلى الرسول ﷺ بدينار وشاة فقال له ﷺ ((هل لك الله في صفقتك))^(٢).

والعلة الجامعة هي المصلحة الحاجة إلى النيابة عن الغير في التصرفات الشرعية والقانونية القابلة للنيابة لأن الموكل قد لا يستطيع أن يمارس التصرف بنفسه أما لمرضه أو لكبر سنه أو لكثرة أشغاله أو لبعده أو لعدم خبرته أو لأنه لا يلائم مركزه أو لغير ذلك من العطل الحاجة الأخرى.

ج- القياس في الأحكام الدولية:

كتقييم الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديبية في جواز التحلل أحد أطراف الاتفاقية عن التزامات المترتبة عليها إذا أحل الطرف الآخر بالتزاماته، والعلة المشتركة هي رعاية المصلحة العامة.

(١) وقد سبق بيان ذلك في محله.

(٢) عن عمرو البارقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة، فأشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار واثاء بشاة ودينار فدعا له ﷺ بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى ثراباً لربح فيه. رواه الحمصه إلا النسائي، وأخرجه البخاري، سبل السلام ٢٩٣.

د- القياس في الأحكام الدستورية:

قاس أصحاب رسول الله ﷺ انتخاب أبي بكر لله للخلافة على انتخابه من الرسول ﷺ لإمامة المسلمين في الصلاة في مرض وفاته، والعلّة المشتركة رعاية المصلحة العامة الدينية والدينية. فقال الأصحاب حين الانتخاب (رضيه رسول الله ﷺ لدينا أفلا نرضاه لدينا؟).

حجبة القياس:

يدل على أن القياس حجة شرعية ويستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية (القرآن، والسنة النبوية، وإجماع الصحابة، والعقل السليم).

١- القرآن الكريم

أرشد الله سبحانه وتعالى: عباده إلى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية (الإعادة بعد الموت) على النشأة الأولى (الإيجاد بعد العدم) في قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ نَرِ الْإِنْسَانَ أَنَّا خَلَقْتَهُ مِن نُّطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ ﴿٣٦﴾ وَصَرَّبَ لَنَا أَنتَكَلا وَوَسَوَّيْنَا لَكَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُعِينِي أَلَيْظَمٌ وَهِيَ رَبِيسٌ ﴿٣٧﴾ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴿٣٨﴾، ويعتبر هذا نمطاً خاصاً من القياس العقلي يحال فيه الإنسان إلى العقل السليم.

ومن أظهر الآيات الأمرة بالقياس قوله تعالى: ﴿فَاقْتَرِبُوا يَأْتُوا الْآبَتَيْنِ﴾^(١) لأن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع والمجازة اعتبار لأن معناه العبور والانتقال من مكان إلى آخر والاعتبار مأمور به في هذه الآية والأمر للوجوب لأنه لا قرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره^(٢)، إذن معنى ﴿فَاقْتَرِبُوا﴾ تأملوا وقيسوا أنفسكم بمن سبقكم ممن كانوا

(١) سورة يس ٧٧، ٧٨، ٧٩.

(٢) سورة الحشر ٢.

(٣) والحاصل: إن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع، والمجازة اعتبار بدليل ما نقل عن أحمد بن يحيى المعروف بدائلمب) وهو من أئمة اللغة حين سئل عن الاعتبار من أنه قال (الاعتبار أن يعقل الإنسان الشيء فيفعله)، ونقل القاضي أبو بكر في الترتيب اتفاق أهل اللغة على أن الاعتبار اسم يتناول ثبيل الشيء بغيره وإجراء حكمه عليه والنسوية بينهما في ذلك والاعتبار مأمور به في قوله تعالى ﴿فَاقْتَرِبُوا يَأْتُوا الْآبَتَيْنِ﴾ الحشر: ٢، فيكون القياس مأموراً به وكل مأمور به واجب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

يجزؤون بيوتهم بأبيهم وأبدي المؤمنين لأنكم أناس مثلهم، فإن فعلتم مثل فعلهم نالكم ما نالهم من العذاب.

ويرى بعض الأصوليين أن أصول الشريعة أربعة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس)، وجه المحصر أن الحكم إما أن يثبت بالوحي أو بغيره، فالأول إما أن يكون متلوّاً أو لا؟ فالأول القرآن، والثاني السنة، وإن ثبت بغير الوحي فإما أن يثبت برأي الجميع فهو إجماع، والا فهو قياس.

وكذلك يستدل على حجية القياس بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوه إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١)، وجه الاستدلال به أن الرجوع إلى الله والرسول قد يكون بالنص عند وجوده وقد يكون بالقياس على ما نص عليه القرآن والسنة من القضايا المشابهة لأن القياس دليل كاشف وليس دليلاً منشأً، فالعمل بالقياس يعني الرجوع إلى نص الأصل وإخضاع الواقعة المقيسة لنص الواقعة المقيس عليها.

وهكذا قد اشتمل القرآن على أكثر من أربعين مثلاً للقياسات العقلية وهي تتضمن تشبيه الشيء بظليوه والتسوية بينهما في الحكم، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَلُ نَضُرُّمُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَقُولُهَا إِلَّا الْقَلِيلُونَ﴾^(٢)، فوجه القرآن عقل الإنسان إلى التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين^(٣).

٢- الصلة النبوية:

يقوم من كثير من أقوال الرسول ﷺ حجية القياس، منها أن امرأة خثمية قالت (يا رسول الله إن أبي أدركه فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يمحج، إن حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال لها: ((أرأيت لو كان على أبيك دين قضيته، أكان ينفعه ذلك؟))، قالت: نعم، قال ﷺ: ((للعن الله أحق بالقضاء))^(٤).

(١) سورة النساء: ٥٩.

(٢) سورة العنكبوت: ٤٢.

(٣) مزيد من التفصيل، راجع إعلام الموقعين ١٣١/١ وما بعدها.

(٤) أي أنه من باب قياس الأول، مفتاح الوصول في علم الأصول ١٧٨. في هذا الحديث عملية قياسية مكونة من قياس دين الله على دين آدمي في انقضاء الالتزام بالوفاء والعلية برامة ذمة المدعي، وهذا

ومن سنه الضرورية الدالة على حجية القياس ما روي من انه اقر معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري على الاجتهاد واستعمال القياس حينما بعثهما إلى اليمن وقال ﷺ لهما (مُحكمان؟)، قالا (بكتاب الله، فإن لم نجد في كتاب الله حكمنا بسنة رسول الله فإن لم نجد الحكم في كتاب الله والسنة نقبس الأمر بالأمر فما كان أقرب للحق نعمل به)^(١)، فصوبهما النبي ﷺ في ذلك^(٢)، وقد ورد حديث معاذ بروايات آخر كما سبق.

قال ابن القيم^(٣) (قاس الرسول ﷺ فقضى بتحریم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وهذا التحريم مأخوذ من تحريم الجمع بين الأختين، لكن بطريق خفي، وما حرمه الرسول مثل ما حرمه الله ولكن هو مستنبط من دلالة الكتاب).

٣- الإجماع:

اجمع فقهاء الصحابة إجماعاً سكوتياً على حجية القياس عندما أقروا ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري من أنه قال (الفهم الفهم فيما أدلى البعض بما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قاس الأمر عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق)^(٤)، وهذا الأمر من عمر ﷺ باستخدام القياس علم به كافة الصحابة ولم ينكروه واحد منهم فكان ذلك إجماعاً سكوتياً، وكذلك استخدام الصحابة القياس في اجتهاداتهم دون إنكار من أحد.

القياس للمضهم وليس مصدر الحكم، أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب الحج عن العاجز. صحح مسلم بشرح النووي ١٠٥/٩.

(١) رواه أحمد، وحسنه الجمهور.

(٢) الأستاذ محمد (أبو النور) زهير، أصول الفقه ٢٢/٤.

(٣) زاد المعاد ١١/٤.

(٤) ويلاحظ أن لفظ القياس في كلام ابن القيم لا يراد به القياس الأصولي لأن مصدر الحكم هو السنة دون القياس.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٠/١ وفيه (هنا ما اعتمد عليه القياسيون في الشريعة وقالوا: هنا كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري ولم ينكروه أحد من الصحابة بل كانوا متفتنين على القول بالقياس وهو أحد أصول الشريعة ولا يستغني عنه فقيه).

٤- العقل السليم:

كل من آمن بأن الشريعة الإسلامية خالدة وعرف عن طريق العقل السليم أن نصوصها متناهية وأن ما يواجه البشر من الوقائع والحوادث والتصرفات غير متناهية وأن المتناهي لا يحكم غير المتناهي، أدرك بالضرورة أن الاجتهاد بالقياس واجب لأن رفض القياس يعني حصر الشريعة في القضايا التي وردت فيها النصوص وما عداها لا يخضع لها، وهذا قول يقصور الشريعة الإسلامية وعدم ملامتها لكل زمان ومكان وعدم شمولها لكل قضية، ومثل هذا القول باطل فكذلك القول بعدم حجية القياس باطل.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن الخلاف بين علماء المسلمين في حجية وعدم حجية القياس خلاف لفظي (شكلي) في اعتقادنا لأن من أنكر حججه ظن أنه دليل منشيء للأحكام الثابتة به، ومن قال بحججه رأى أنه ليس دليلاً منشئاً وإنما هو كاشف. وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول بأن الكل متفقون في المعنى والحقيقة على أنه ليس بمنشيء للأحكام التي تنقل بموجبه من المقيس عليه إلى المقيس وإنما مصدرها الحقيقي هو ما دل عليها من النصوص في المقيس عليه كما أن الكل متفقون على أن القياس يصلح أن يكون وسيلة لتوسيع النصوص وكشف أحكام الأشياء وأمثال ما ورد في هذه النصوص فيما عدا الحالات التي لا يجوز فيها القياس كما ذكرنا.

وأهم ما يدل عقلاً على أن القياس يجب أن يعترف به كوسيلة لكشف حكم الفرع هو أن المجتهد إذا غلب على ظنه أن حكم الأصل (المقيس عليه) معطلة بعللة معينة ثم وجد هذه العلة بعينها في واقعة أخرى (المقيس) حصل عنده الظن بأن حكم الأصل امتد إلى ذلك المثل الذي وجدت فيه العلة، وفي نفس الوقت يحصل عنده احتمال مرجوح (الذي يسمى وهماً) لعدم تعليته إليه^(١)، وفي هذه الحالة:

١. أما أن يعمل بما هو راجح (الظن) وما هو مرجوح (الوهم) معاً، وفي ذلك جمع بين التيقين، أي شمولية حكم المقيس عليه للمقيس وعدم شموليته له في وقت واحد.

(١) لأن حصول الظن بالشيء مستلزم لحصول الوهم بنقيضه وحينئذ لا يمكن أن يعمل بالظن والوهم معاً لأنه اجتماع التيقين ولا أن يترك العمل بهما لأنه ارتضاع التيقين ولا أن يعمل بالوهم لأنه حصل بالمرجوح مع وجود الراجح، لمزيد من التفصيل، راجع أصول الفقه للأستاذ محمد (أبو النور) زهير، المرجع السابق.

٢. وأما أن يترك العمل بهما معاً وفي ذلك رفع التقيضين وهو محال أيضاً لأنه يلزم عدم وجود الشمولية واللاشمولية في وقت واحد.
٣. وأما أن يعمل بالمرجوح دون الراجح فيكون ذلك خلاف المنطق ومقتضى العقل السليم.
٤. وأما أن يعمل بالراجح فيكون ذلك عملاً بالقياس وهو المطلوب.

أهمية القياس:

بعد الاستعراض المذكور يتبين لنا بوضوح مدى أهمية القياس في الوصول إلى أحكام قضائياً لم تتناولها النصوص بالمعلاج صراحة، لأن النصوص كما ذكرنا متناهية والحوادث والوقائع غير متناهية، ومن المستحيل أن يحيط التناهي بالامتاهي فالقياس وسيلة من وسائل تفسير النصوص وتوسيعها بحيث تشمل القضايا المسكوت عنها شمولها للقضايا المتطوق بها. والقياس يجمع الأشياء والنظائر تحت قاعدة شرعية عامة، والقياس استدلال بعلة الحكم على ثبوت هذا الحكم لكل قضية تتوافر فيها تلك العلة والقياس من أهم وسائل العمليات الاجتهادية والقياس وسيلة لإرجاع الجزئيات إلى كلييات القرآن، فهو إن كان مهماً في التشريعات الوضعية القابلة للتعديل والتبديل فإنه أهم بكثير بالنسبة للشرعة الإسلامية الخالفة التي انحصرت على القواعد الكلية وتركت التفصيلات والجزئيات للمقول البشرية^(١).

(١) قال إمام الحرمين، البرهان ٧٤٥٣/٢ (والقياس مناط الاجتهاد، وأصل الرأي، ومنه ينشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المقضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية والنهاية. فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة، ومواقع الإجماع معدودة مأثورة، فما ينقل منها متواتراً فهو المستند إلى القطع وهو معدود قليل، وما ينقله الأحاد عن علماء الأعمار ينزل منزلة أخبار الأحاد وهي على الجسلة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها والرأي الثبوت المقطوع به عندنا أنه لا تحظر والفة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع والأصل الذي يترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال فهو إذن أحق الأصول باعتناء الطالب ومن عرف مأخذة وتقاسيمه وصحبه وفاسده وما يصح من الاعتراضات عليها وما يفسد منها وأحاط بمراتبه بجلاء وخفاها، وعرف مجازيها ومواقفها، فقد احتوى على مجامع الفقه.

وقال ابن القيم، إعلام الموقعين ٣٣٧/١ (والصواب أن النصوص محكمة بأحكام الحوادث ولم يخلق الله ولا رسوله على رأي ولا قياس، بل قد بين الأحكام كلها، والنصوص كافية وأقية بها، والقياس الصحيح مطابق للنصوص فهما دليلان للكتاب والميزان. وقد نحى دلالة النص أو لا تبلغ العالم فيعدل

حكم القياس:

وهو يختلف بحسب الأحوال^(١):

- ١- فالقياس واجب عيني عند حادثة رفعت إلى مجتهد وكان قاضياً أو فقيهاً ولم يقم غيره مقامه وضاق الوقت.
- ٢- وهو واجب على الكفاية إن قام غيره مقامه في الفتوى.
- ٣- ومتدوب في المسائل التي لم تحدث بعد ويتوقع حدوثها.

خلاصة الكلام في القياس الأصولي

يتلخص القياس الأصولي في النقاط الآتية:

١. القياس عملية عقلية اجتهادية تتمثل في إرجاع الجزئيات من مستحدثات الحياة إلى كليات القرآن والسنة النبوية على أساس رعاية مصالح الأسرة البشرية التي هي مقاصد الشريعة الإسلامية.
٢. كل نص من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية من شأنه أن يدرك العقل المصلحة (العلة الغائية) المتوخاة من تشريعه وتنفيذ حكمه يكون عاماً عموماً عقلياً شاملاً للمسكوت عنه شموله للمنطوق.
٣. القياس من حيث كونه وسيلة حجة شرعية على المجتهد والقاضي والمفتي أن يتمسك به قضاء وديانةً في حالة غياب النص الواضح الصريح للقضية المعنية بالحكم لا من حيث عده مصدراً منشأً للحكم المقيس لأن مصدره هو نص حكم المقيس عليه وهذه نقطة مما يجب أن لا ينكرها كل من يقول بجواز الاجتهاد وأهميته في الحياة العملية لأن صلة القياس بالاجتهاد وثيقة إلى أن قال الشافعي مؤسس علم الأصول من حيث التأليف (الاجتهاد هو القياس).

إلى القياس ثم قد يظهر موافقاً للنص فيكون قياساً صحيحاً وقد يظهر مخالفاً فيكون فاسداً وفي نفس الأمر لا بد من موافقته أو مخالفته ولكن عند المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته).

(١) ينظر: المتعمد للقاضي عبد الجبار: ٧٦٧/٢.

٤. أطلق كثير من علماء الأصول (العله) على (السبب) المناسب للحكم وهذا الإطلاق مَشْهُؤُ الخلطُ بين العله بمعناها الفلسفي التي تسبق معلولها في الوجود وبين العله بمعناها الشرعي التي تكون مقدمة في التصور ومن هذه الحثية تسمى غرضاً وباعثاً دافعاً للمكلف إلى امتثال الأوامر والتواهي ومؤخرة في الوجود والتحقق وهي بهذا الاعتبار إنا نظر إليها بالنسبة إلى المكلف المنفذ للأحكام تسمى مصلحة وغاية وقائدة ونتيجة وهذا المعنى هو المراد بقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(١) لأن الرحمة في هذه الآية عبارة عن المصلحة الدنيوية والمادية والمنوية الإيجابية (المنفعة المستجلبية) والسلبية (المضرة المستدرأة) وإنا نظر إليها من حيث الحكم المنوط بها تسمى عله وهذا المعنى هو المراد في القياس وإنا نظر إليها بالنسبة إلى شارع الحكم تسمى مقصداً وهذا المعنى الأخير هو المقصود من تعريف مقاصد الشريعة لأنها هي المصالح الضرورية والحاجية والكمالية التي يأتي بحثها في المبحث القادم.

٥. لإيجاد كل شيء ذي فائدة دينية ودنيوية أربع علل (فاعلة ومادية وصورية وغائية) وهذه الحقيقة من المشاهدات الضرورية التي لا تقبل الجدل والتفاش فهي صنع الكرسي: التجار عله فاعله، والخشب عله مادية، والهيئة المكونة من العملية عله صورية والجلوس عليه عله غائية.

وفي تشريع القانون في كل بلد العله الفاعلة هي السلطة التشريعية، والعله المادية هي المواد والتصور القانوني، وعملية تطبيقها وتنفيذها عله صورية والفائدة التي يحققها هذا القانون لمجتمع من حيث النظام والأمن والاستقرار والعيش الكريم عله غائية.

وكذلك في أحكام الله تعالى العله الفاعلة هي السلطة التشريعية الإلهية بمقتضى المحصر الوارد في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَاهُ فِي الْقُرْآنِ وَإِن تَوَلَّوْاْ إِنَّا لَنُنزِّلُ الْوَحْيَ لَنَزِيلٍ ﴾^(٢) ونصوص القرآن والسنة النبوية عله مادية، والهيئة المحاصلة من تطبيقها وتنفيذها عله صورية، والفائدة التي يجنيها منفذها هي العله الغائية.

وبناءً على ذلك أينما ورد ذكر العله في باب القياس يكون المراد بها العله الغائية فهي متأخرة عن الحكم في تحققها ومقدمة عليه في تصورها وكونها الباعث الدافع إلى تنفيذ الحكم.

(١) سورة الأنبياء: ١٠٧.

(٢) سورة الأنعام: ٥٧.

يستتج من الفقرات السابقة الواردة في هذه الخلاصة أن تناول بعض علماء الأصول للموضوعين المعروفين بمسالك العلة (الطرق الدالة على علية الشيء) والقوادح (ما يظمن به في الدليل سواء كان علة أو لا) مبني على الخلط بين أسباب الأحكام الشرعية وعللها إضافة إلى ذلك فإن القوادح يكون محل دراستها علم الآداب والمناظرة ولذا نجد أن أكثر علماء الأصول من المحققين أهملوها في مؤلفاتهم^(١) وقد اقتديت بهم في ذلك بعد أن تبين لي عدم وجود أي ارتباط بين علة القياس التي هي المصلحة البشرية المتوخاة من تنفيذ الأحكام الشرعية وبين طرق معرفة أسباب الحكم وسبل مناقشتها من حيث كونها مناسبة للحكم أو غير مناسبة ومن الواضح أن سبب الحكم الذي أطلق عليه أكثر علماء الأصول مصطلح (العلة) كما ذكرنا هو نوع من أنواع الحكم الوضعي فإذا سلمنا جدلاً فائدة فكرية وذهنية لدراسة مسالك العلة والقوادح فإن محل ذلك يكون في بحث السبب الذي هو نوع من أنواع الحكم الشرعي الوضعي.

(١) كعلماء الأصول من الحنفية والمالكية.

المبحث الثاني المصلحة

التعريف بالمصلحة، ألسماها، حجبتها، شروطها، تمارسها، أهميتها

تعريف المصلحة :

لغةً؛ ما يحقق خيراً للفرد أو المجتمع ، ومنه المصلحة الخاصة والعامة^(١).
وفي اصطلاح الأصوليين : لها تعريفات متعددة أكثرها تدور حول محور واحد وهو جلب منفعة أو دفع مضرة أو ما يكون وسيلة لحفظ مقصود الشارع ، وقد وقع البعض حين تعريف المصلحة في الخلط بين الحكم وبين المصلحة التي ترتب عليه^(٢).
 كما وقع البعض في الخلط بين السبب والعللة في موضوع القياس وقد سبق بيان ذلك.

(١) الصحاح في اللغة والمعلوم ٧٢٩/١.

(٢) قال النزالي (رحمه الله) في المستصفي ، ص ٢٥١ (أما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولنا نعتي به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع مضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعتي بالمصلحة المحافظة على مقصد الشرع في الخلق وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة).

وكلام النزالي هنا يدل على أن المقاصد الذي يحافظ به على الإنسان نفسه هو المصلحة ، وإن القطع الذي يحافظ به على الإنسان ماله المصلحة وهكذا. وهذا خلط واضح بين الحكم وبين المصلحة المترتبة على تنفيذه التي هي مقصود الشارع للخلق.

وقد وقع في نفس الخلط العلامة الطوحي (سليمان بن عبد الكريم بن سعيد الطوحي البغدادي) ، رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي ، ص ٢١١ حيث قال (المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع) ، فالمقاصد مصلحة في نظره لأنه سبب إلى حفظ الدماء وهو تنفع مقصود للشارع ، وعقاب الزاني مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهكذا في حين أن المصلحة حفظ الدماء وحفظ النسل وحفظ المال وهكذا.

والتعريف الذي نختاره: هو أن المصلحة شرعاً عبارة عن منفعة مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية، يجنبها المكلف من عمله بما هو واجب، أو مندوب، أو مباح، ودره مفسدة مستفادة بالامتناع عن العمل بما هو محرم أو مكروه^(١). وهي ترادف الباعث الدافع إلى تشريع الحكم من الشارع وإلى تنفيذ من المكلف، وهذا التعريف المختار مبني على أساس إجماع العلماء من الأصوليين والفقهائ، على أن كل مأموره شرعاً نافع، وكل منهي عنه شرعاً مضر، وهذا يستلزم أن تكون نتائج إطاعة الله بتفيذه أو امره واجتناب نواهيه مقاصد لله ومصالح للإنسان.

فالقاصد والمصالح أمران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار، ومعيار التمييز بين المنافع والفساد معيار شرعي وليس شخصياً^(٢)، لأن الإنسان قد يعتبر شيئاً ما منفعة في نظره في حين أنه مفسدة ومضرة عند الشارع، وإن المصلحة بالمعنى الشرعي ومعيار الشارع هو المصدر للأحكام الفقهية وهي ترجع إلى المصالح الضرورية أو الحاجية، أو التحسينية. والقول بأنها مصلحة مرسله غير دقيق كما يأتي.

أقسام المصلحة من حيث الاعتبار؛

قسم علماء الأصول المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصلحة لمعتبرة:

وهي التي نص الشارع على اعتبارها ورعايتها واجمع الفقهاء على بناء الأحكام عليها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية التي يأتي تفصيلها في تقسيم المصلحة باعتبار الأهمية، واجمع الفقهاء على جواز بناء الأحكام عليها.

(١) ويمكن استنتاج مثل هذا التعريف من مجموع كلام الشاطبي، المؤلفات ٣٧/٢ وما بعدها. وعز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٥/١ وما بعدها. وابن الحاجب والقاضي (عقد اللذة والدين)، مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٢٤٠/٢ وما بعدها وهذا التفسير المختار هو المراد بالرحمة في قوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ الأنبياء ١٠٧.

(٢) وفي الأخذ بالمعيار الشخصي تكون النتائج والمضار بصورة عامة نسبية فقد يكون شيء واحد بالنسبة لشخص منفعة وبالنسبة لآخر مضرة، كما قد يكون شيء معين نفعاً في وقت وضرراً في وقت آخر حتى بالنسبة إلى شخص واحد، هذا بخلاف المصلحة والمضرة في معيار الشارع.

أنواع لثني: المصلحة للمفلاة (أو المهمة أو غير المعتبرة):

هي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ووجوب إهمالها، واجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الأحكام عليها لأنها تصطدم مع العدالة أو تحتم ففة قليلة على حساب ففة كثيرة، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيار الشرع. ومن تطبيقات هذا النوع:

- أ- مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية، وقد نص الشارع صراحة على تحريمها لأنها تحتم ففة على حساب يؤس ففة أخرى^(١).
- ب- مصلحة المحتكر في احتكار أمواله التي يحتاج إليها المستهلكون، وقد ورد النص على تحريمه^(٢).
- ج- مصلحة الغشاش في بيع الرديء بعر الجيد، وقد حرمه الشرع^(٣).
- د- مصلحة مساواة البنت مع الابن أو الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق أو الأخت من الأب مع الأخ من الأب أو الزوج مع الزوجة في الميراث^(٤).

(١) كما في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بَاطِلًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ آل عمران ١٣٠. وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ وَأُولَىٰ أَرْبَابِكُمْ لَا تَلْبَسُوا عَلَيْهِتُمْ مَلَكُوتًا يَكُونُ لَكُمْ سِتْرًا لِمَا عَمِلْتُمْ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَنْتُمْ حَاكِمُونَ ﴾ البقرة ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطيء)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.
 (٣) الغش قد يكون فعلياً كالنصرة وصنع السيارة، وقد يكون قولياً كالكذب في بيع الأمانة (الرابعة والوضيعة، والتولية والإشراك)، وقد يكون سكوتياً كالسكوت عن العيوب الخفية، قال الرسول ﷺ (لا يبل لأحد يبيع شيئاً إلا يبين ما فيه ولا يبل لمن يعلم ذلك إلا بيته). أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٩١/٣.

(٤) كما في قوله تعالى: ﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا زَوَّجْتُمْ ذُرِّيَّتَكُمْ فَلَهُمْ كَمَا لَكُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ النساء ١١، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا كَانُوا مِنَكَ يَمِينًا وَلَا مِمَّا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ أَعْيُنًا لَّكُنَّ مِنْكُمْ أَلْسِنَةً وَأَنْتُمْ خَائِفُونَ ﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿ وَأَلْسِنَتُهُمْ يَتَفَكَّرُونَ فِي مِثْقَالِ ذَرَّةٍ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿ وَأَلْسِنَتُهُمْ يَتَفَكَّرُونَ فِي مِثْقَالِ ذَرَّةٍ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿ وَأَلْسِنَتُهُمْ يَتَفَكَّرُونَ فِي مِثْقَالِ ذَرَّةٍ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿ وَأَلْسِنَتُهُمْ يَتَفَكَّرُونَ فِي مِثْقَالِ ذَرَّةٍ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿ وَأَلْسِنَتُهُمْ يَتَفَكَّرُونَ فِي مِثْقَالِ ذَرَّةٍ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ النساء ١٧٦.

وقد نص القرآن على عدم اعتبار هذه المصلحة لتنافيها مع العدالة التي تقتضي بالمساواة في الحقوق والالتزامات والتزام الرجل أضعاف مضاعفة التزام المرأة في المجالين المالي وغير المالي اتجاه أسرته والمجتمع.

أنواع ثلاثة: المصلحة المرسلة (أو المعلقة):

وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتنوّر بتغير المكان وتطور بتطور الحياة كتظيم المرور للحفاظ على حياة الأبرياء ونحرّم النهرب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية. وتطور الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية ، وغير ذلك من المتطلبات المستجدات.

وقد ترددت آراء الفقهاء بين قبولها ورفضها ، فمنهم من اعتبرها من الأدلة الشرعية التبعية وبنى عليها الأحكام الفقهية ، ومنهم من اعتبرها من الأصول الموهومة^(١١) ، ورفض الاعتراف بها وبناء الأحكام عليها ، ولعل الخلاف يرجع إلى الاختلاف في تحديد معنى المصلحة من جهة وإلى عدم التفرقة بين المصدر المنشيء للأحكام والمصدر الكاشف لها من جهة أخرى ، ولو حللنا محل الخلاف وحددناه لوجدنا أنه خلاف شكلي (لفظي).

ولو أخذنا بالمعيار الشرعي لاعتبار ما هو مصلحة وما هو مفسدة وقلنا إن المصلحة المرسلة مصدر كاشف لأحكام الله لتبين لنا أن تقسيم المصلحة إلى المتبصرة والمهملة والمرسلة لا مبرر له ، لأن المصالح الشرعية كلها معتبرة فلا وجود للمصلحة الملقاة ، لأن الإلغاء يستلزم سبق الاعتراف بالملقاة واعتبارها ثم إلغائها وهو باطل ، وكذلك لا وجود للمصلحة المرسلة غير الخاضعة لعلم الله وإرادته.

وبناء على ذلك فإن التقسيم الصحيح السليم المقبول في ميزان الشرع هو التقسيم إلى المتبصرة وغير المتبصرة ثم تقسيم المتبصرة إلى الضرورية والحاجية والتحسينية.

أقسام المصلحة المتبصرة باعتبار الأهمية :

تقسم المصلحة المتبصرة في ميزان الشرع وبمعياره باعتبار أهميتها بالنسبة للناس إلى ثلاثة أقسام : (الضروريات والحاجيات والتحسينيات)

(١١) كالفزالي في التصنى ، ص ٢٥٠ حيث قال (الأصل الرابع من الأصول الموهومة الاستصلاح).

يكمل الآخر ويرد ذكرهما معاً غالباً في القرآن الكريم^(١)، فإذا تحقق أحدهما بصورة صحيحة في أي إنسان يتحقق الآخر معه لأنه لا يتصور عادة الاعتقاد الجازم الثابت بدون العمل الصالح وكذلك العكس.

ومن حيث الحفاظ حرم الشارع كل تعرض للمدين وأمر بمعاينة أهل البدع السيئة والأفكار المضادة للعقيدة^(٢)، وحرم الارتداد وشرع العقوبات الدنيوية والأخروية ضد كل من يرتد عن دينه^(٣)، وفرض الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم ضد المعتدين على الدين وعلى أهل الدين^(٤).

النوع الثالث: حماية النفس وما دون النفس:

فمن حيث الوجود شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الإنسان وتكوين النفس^(٥). ومن حيث المحافظة حرم الاعتداء على النفس وما دون النفس^(٦). وشرع حق الدفاع الشرعي^(٧) وفرض القصاص^(٨)، وحرم الانتحار وعلى ولي الأمر فرض العقوبات التعزيرية

(١) كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَنَجْتَنِبُكَ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ لَمَّا خَرَجْتَ مِنَ مَكَّةَ ۚ وَقَدْ جَاءَكَ الْبَيِّنَاتُ بِالْحَقِّ ۚ فَمَا كَانَ لَكَ عَلَيْهَا بِسْمٌ ۚ﴾ سورة المائدة: ١٠١.

(٢) كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الْاَافِكَةَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَنَجْتَنِبُكَ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ لَمَّا خَرَجْتَ مِنَ مَكَّةَ ۚ وَقَدْ جَاءَكَ الْبَيِّنَاتُ بِالْحَقِّ ۚ فَمَا كَانَ لَكَ عَلَيْهَا بِسْمٌ ۚ﴾ سورة المائدة: ١٠١.

(٣) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنكُمْ مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُ الْبَيِّنَاتُ فَمَا لَهُ مِنَ اللَّهِ مِن شَيْءٍ ۚ﴾ سورة البقرة: ١٧٧.

(٤) كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَنَجْتَنِبُكَ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ لَمَّا خَرَجْتَ مِنَ مَكَّةَ ۚ وَقَدْ جَاءَكَ الْبَيِّنَاتُ بِالْحَقِّ ۚ فَمَا كَانَ لَكَ عَلَيْهَا بِسْمٌ ۚ﴾ سورة المائدة: ١٠١.

(٥) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنكُمْ مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُ الْبَيِّنَاتُ فَمَا لَهُ مِنَ اللَّهِ مِن شَيْءٍ ۚ﴾ سورة البقرة: ١٧٧.

(٦) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنكُمْ مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُ الْبَيِّنَاتُ فَمَا لَهُ مِنَ اللَّهِ مِن شَيْءٍ ۚ﴾ سورة البقرة: ١٧٧.

(٧) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنكُمْ مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُ الْبَيِّنَاتُ فَمَا لَهُ مِنَ اللَّهِ مِن شَيْءٍ ۚ﴾ سورة البقرة: ١٧٧.

(٨) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنكُمْ مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُ الْبَيِّنَاتُ فَمَا لَهُ مِنَ اللَّهِ مِن شَيْءٍ ۚ﴾ سورة البقرة: ١٧٧.

على كل من يؤدي الغير ويفعل ما يضر بصحته ، وإضافة إلى ذلك خلق ما هو من مستلزمات الحياة واستمرارها كالماء والهواء وأشعة الشمس وأباح له الطيبات بقدر ما يحافظ الإنسان على صحته.

النوع الثالث: حماية النسب والعرض^(١)

فمن حيث الوجود أباح المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي وأمر الأبوين ومن بنوب عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما.
ومن حيث الحفاظ والحماية حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل ، فحرم الغذف واللعان بالكلام^(٢) وحدد للفاضل واللاعن عقوبة وحرّم الاعتداء الفعلي بتحريم الخلوة والزنى وحدد العقوبة للزانية والزاني^(٣).

النوع الرابع: حماية المال:

فمن حيث الوجود شرع لكسب المال أسباباً مشروعة منها الميراث والوصية والتبرعات والمعاضات وأباح الصيد^(٤) والطيبات من الأموال المباحة^(٥).

(١) لوق البعض بينهما ، وبذلك جعل الضروريات سناً بدلاً من المحسوس لكن الأمرين متلازمان تقريباً ، فالحفاظ على أحدهما حفاظ على الآخر.

(٢) ما عود من اللعن لانه بقول الزوج في الحامسة ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ لَزِينَهُمْ وَرَدُّهُم بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ إِلَّا أَن تَأْتِيَهُمْ خَشْيَةٌ ﴾ سورة بقره ﴿ وَمَنْ يُغْرِبْ مُشْرِكًا وَمَلَؤُا مِنْ الْكُفْرَيْنِ أَكْفُرْتُمْ بِهِ ﴾ ﴿ وَاللَّاتِيئَةُ لَأَنَّ فَتَنَّتْ أَقْوَامًا مِنْ كَانُوا مِنَ الْكُفْرَيْنِ ﴾ ﴿ وَتَدْرَأُ عَنْهَا الْعُنَاقُ لَأَنَّ تَشْتَدُّ مِنْ أَفْوَاهٍ يُنَادُونَ بِهَا لِقَاءَ رَبِّهِمْ فِي كُفْرًا ﴾ ﴿ وَاللَّاتِيئَةُ لَأَنَّ فَتَنَّتْ أَقْوَامًا مِنْ كَانُوا مِنَ الْكُفْرَيْنِ ﴾ ﴿ التور ٦-٩ .

(٣) قال نعال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِذَا كَانَ فِي حَيْضَةٍ وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ الإسراء ٣٢ . وقال ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتَيْهَا وَلَا أَفْئِدَتَيْهَا إِذْ يَتَذَكَّرُ فِيهَا مِا رَأَتْهُ فِي يَوْمٍ لَهُمْ كُفْرُهُمْ وَأَهُوَ الْبُيُوتِ الْأَجْرُسُ وَالسُّنْدُ مَخْلُوعًا مَلْفِقَةً مِّنَ الشَّجَرِ ﴾ التور ٢٤ .

(٤) قال نعال : ﴿ لِيُحِلَّ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَكَمَاثِلَهُ مِمَّا كُنْتُمْ كُنْتُمْ تَحْتَهُ وَتَمْرًا لَكُمْ وَفَصِيلَاتُ وَمِزْمَ عَلَيْهِمْ صَيْدُ الْبَحْرِ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الْأَرْحَمَ إِلَهُ الْعَالَمِينَ ﴾ المائدة ٩٦ .

(٥) قال نعال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْكُنُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ وَأَسْكُرُوا يَوْمَ يَأْتِيكُمُ الْمَوْتُ وَأَنْتُمْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة ١٧٢ .

ومن حيث الحفاظ عليه حرم الاعتداء على أموال الغير بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة. وشرع عقوبات منها حدية^(١) ومنها تعزيرية على المعتدين ، وفرض التعميـض العادل على كل من يتلف مال الغير بقض النظر عن أهليته وقصده ، فكل تصرف من شأنه أن يلحق الضرر بمال الغير يجب عليه التعميـض ويستوي في المناط العمـد والسهو والعلم والجهل والرشد والصبا لأن هذه الشريعة بنت التعميـض على أساس الضرر سواء وجد الخطأ^(٢) أم لم يوجد خلافاً للقانون الوضعي.

النوع الخامس: حفظ العقول:

يشترك الإنسان مع سائر الكائنات الحية في الصفات والفرائز الذاتية والمكتسبة كالولادة والمرض والموت والجنس والأكل والشرب والنوم ، وغير ذلك. ويتميز منها الإنسان ببيعة العقل الذي يفضلته تمكن من أن يصل إلى ما وصل إليه من التطورات الحضارية الحديثة المدعشة ، ولأهمية العقل في حياة الإنسان حرم الشارع كل ما يهدد الخلل فيه من المسكرات والمخدرات وحدد العقوبة لمن يتعاطاها لأن وجود العقل وكماله من ضروريات الحياة في جميع الأوقات.

القسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية:

وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيـق وهي تلي المصالح الضرورية في الأهمية وتعتبر مكتملة لها كما يلي :

أ- فيما يتعلق بحفظ الدين من الحاجيات الرخص المخففة في إقامة شعائره عند قيام الأعفان المشروعة والظروف الاستثنائية ، حيث تبدل العزائم عند الأعفان والظروف غير الطبيعية

(١) قال تعالى : ﴿ أُولَئِكَ لَكُمْ عَذَابُهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ۝ وَتِلْكَ أُمَّةٌ قَدْ خَلَتْ لَهَا مَا كَسَبَتْ مِنْ ذُنُوبِهَا وَأَنَّى لَهُمُ اتِّبَاعُ الذُّلَّةِ ۝ ٣٨ ۝ ﴾

(٢) الخطأ في الفكر الغريمي والقانون التأثر به هو إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل لياه وبنوا على ذلك أن التعميـض لا يجب على من أحدث ضرراً للغير وهو ليس له إدراك ، وهذا يتناقض مع العدالة ولكن الشريعة الإسلامية بنت المسؤولية التعصيرية على ثلاثة عناصر : العمل غير المشروع والضرر والعلاقة السببية بقض النظر عن أهلية فاعل العمل غير المشروع.

وتتحول إلى الرخص دفْعاً للحرج^(١)، فالصلاة الرباعية تصبح ثنائية في السفر^(٢)، ويجمع بين الظهر والعصر تقدماً وتأخيراً، وكذلك بين المغرب والعشاء.

ويحق للمريض والمسافر والحامل والمرضة الإفطار والقضاء عند زوال العذر والظرف المخفف^(٣) ولن يبلغ مرحلة الشيخوخة ووجد نفسه أنه لا يستطيع الصيام إلا بمشقة، له الإفطار ودفع الغنية^(٤)، فهذه الأحكام وأمثالها تحقق للإنسان مصالح حاجية وهي رفع الحرج ودفع المشقة، ويرى بعض الفقهاء وجوب الأخذ بالرخص كلما كان لها مبرر لأنها مكرمة ونعمة من الله فلا يجوز للإنسان أن يرد ما أعطاه الله تطلقاً به^(٥).

ب- وفيما يتعلق بالحياة من المصالح الحاجية أمر الشارع بالتداوي عند المرض^(٦)، وأباح أكل مال الغير بدون أئنه، وأكل الميتة عند الجوع الذي يعرضه للهلاك وعدم وجود الطعام المباح استثناء من القاعدة الشرعية العامة القاضية بتحريمهما^(٧)، وأجاز استعمال الدم وقت الحاجة، وأباح كشف العورة عند الفحص، وغير ذلك من الرخص التي هي الحاجيات المحفوظات على الحياة.

(١) قال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا﴾ (١٨٤) **عَلَيْكُمْ لِمَا كُنْتُمْ تَشْكُرُونَ** ﴿ المائدة: ٦.

(٢) قال تعالى: ﴿وَلْيَاذَنْبِرْ فِي الْأَرْضِ يَكْسُ عَلَيْكُمْ حَتَّىٰ أَنْ تَنْسَوُا مِنَ الْإِسْلَامِ إِنَّ مِنْكُمْ أُولَئِكَ كَثِيرًا﴾ (٢٤٣) سورة النساء: ١٠١.

(٣) قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ البقرة: ١٨٤.

(٤) قال تعالى: ﴿وَتَعَلَّ الْأُزْبُكُ بِلِيُونَتِهِ وَقَدِمَتْهُ طَعَامٌ يَشْكُرِينَ﴾ البقرة: ١٨٤.

(٥) في المحلى ٦/٢٤٣ (ومن سافر في رمضان سفر طاعة أو سفر معصية أو لا طاعة ولا معصية ففرض عليه الفطر إذا تجاوز ميلاً وقد بطل صومه حيث لا ليل ذلك وفرق بعض بين سفر الطاعة وسفر المعصية، فلم يروا الفطر في سفر المعصية وهو قول مالك والشافعي. ورواهان صحة قولنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ البقرة: ١٨٤. فعم الأسفار ولم يخلص سفره من سفر).

(٦) قال الرسول ﷺ (تداووا عباد الله فإن الله سبحانه لم يرضع داء إلا وضع معه شفاؤه إلا الهرم).

(٧) قال سبحانه وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَقْدَامُهُمْ وَآصْفَارُهُمْ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَحْمِلْ غُرْبَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يَخَفُ الْغُرْبَ﴾ المائدة: ٣، ثم قال سبحانه استثناء من هذه القاعدة ﴿فَمَنْ أَضْحَكَ فِي عَهْدِهِ غَيْرَ مَتَّعَيْنًا فَلَا يُؤْخَذُ بِذُنُوبِهِمْ﴾ المائدة: ٣.

ج- وفيما يتعلق بالمال من الحاجيات أباح الشارع التوسيع في العقود والشروط حتى تشمل العقود المشتاة من الفوائد الشرعية العامة حاجة الناس إليها كعقد السلم^(١) وعقد الاستصناع^(٢) وعقد الفرر^(٣).

وقال جمهور الفقهاء (الأصل في العقود والشروط الإباحة رعاية حاجة الناس واستناداً إلى التوسع المفهومة من الآيات القرآنية المختلفة برفع الحرج ودفع المشقة والعسر)^(٤).

د- وفيما يتعلق بالأنساب والأعراض من الحاجيات شدد الشارع في إثبات جريمة الزنى وتهمة القذف منعا لتداول الألسنة على أعراض الناس وأنسابهم، فجعل نصاب شهادة أنبات هذه الجرائم الأخلاقية بمن لا يقل عددهم عن أربعة رجال بالغين عاقلين عادلين^(٥)، فإذا شهد أقل من هذا العدد يعاقب بالشهود بالعقوبة المقررة للقذف^(٦). وذلك لستر عيوب الناس وحفظ أعراضهم، وحرم الخلوة بين الذكر والأنثى البالغين سن المراهقة وجاز الزواج بينهما ولم يكن مهما محرم، لأن الخلوة ذريعة إلى الوقوع في خطيئة الزنى وحرم التبرج لأنه وسيلة للفساد الخلقي^(٧).

هـ- وفيما يتعلق بحفظ العقل من الحاجيات حرم قليل المسكر أو المخدر كحرمته كثيرة^(٨) لإبعاده عن تناول الأيدي، وتحريم بيع المواد الأولية التي تصنع منها المسكرات كالنعب والصاح والتمر ونحو ذلك لمن يثبت أنه يحولها إلى المسكر^(٩).

(١) السلم لغة التضميم والتسليم، وشرعاً: اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي الثمن أجلاً، فالبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال والبيع يسمى مسلماً إليه، والمشتري رب السلم، التصريفات للرجزاني، ص ١٢٠.

(٢) وهو يشمل عقد العمل وعقد المقاولة.

(٣) الفرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا.

(٤) كما في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ يَتَسَّرَ لَكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ يَكْمَلَكُمْ﴾ سورة البقرة ١٨٥.

(٥) قال تعالى: ﴿وَلَوْ لَا جَهَنَّمَ كَتَبُوا بِرُحْمَتِكُمْ لَفَسَدَتُمْ﴾ سورة النور ١٣.

(٦) قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزِينُونَ لَكُمْ زِينَةَ تَرْتَابًا يُرْمَوْنَ فِيهَا فَأَلْبَسُوا ثِيَابًا تَقْبَلُونَ فِيهَا النَّارَ وَالَّذِينَ يَأْتِيكَ مِنَ التَّنَجُّسِ مِنْ يَسَاءِ يَكْتُمُونَ فَاسْتَفْهِمُوا لِنَفْسِكُمْ أَنْ تُبَاسِطُوا إِلَيْكُمْ أَرْسُلَهُمْ يَنْسِكُمْ﴾ سورة النساء ١٥.

(٧) قال تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا بَيْعَ الْحَبِيثَةِ الْأُولَى﴾ سورة الأحزاب ٣٣.

(٨) قال رسول الله ﷺ (ما أسكر كثيره فقليله حرام)، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٨٠، السنن الكبرى للبيهقي ٢٩٨/٨.

قسم ثالث لمكائد (المصالح) التحسينية

وهي التي لا يختل نظام الحياة ولا يتزعج الإنسان في ضيق وحرَج ومشفة بتخلّفها كلها أو بعضها، ولكنها لا يستغني عنها الإنسان في وصوله إلى الكمال وتحليه بالهاسن وتحليه عن الرذائل.

من التحسينيات بالنسبة لحماية الدين منع الاطلاع على كتب الديانات لمن لا يستطيع الموازنة العقلية الدقيقة بين الحقائق الدينية، ومنها تجنب التجاسة، وأخذ الزينة للذهاب للمسجد، والتزوّج بالتوافل من الصدقات والقربات.

ومن التحسينيات بالنسبة للنفس حمايتها من الدعاوى الباطلة والسب وغير ذلك مما لا يمس أصل الحياة وحاجياتها ولكن يمس كما لها.

ومن التحسينيات للأموال تحريم التفرير والخذاع فإنه لا يمس المال لذاته ولكن يمس كمالها إذ هو يمس إرادة التصرف في المال غريبة وعرفة.

ومن التحسينيات بالنسبة للنسب والعرض تحريم خروج المرأة في الطرقات بزيتها في قوله

﴿وَلِلنِّسَابِ وَالنِّسَابِ بَيْنَ آبَائِهِمْ وَبَيْنَ أَبْنَائِهِمْ وَبَيْنَ إِخْوَانِهِمْ وَبَيْنَ أُمَّهَاتِهِمْ لِيَلْبَسُوا لِبَاسَهُمْ وَلَا يَكُونُوا كَالَّذِينَ كَفَرُوا قُلُوبُهُمْ مَسْمُومَةٌ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْسِدُونَ﴾^(١)، لأنه يحفظ لكمال الأصل ولأنه شرف وكرامة ومنع المهانة للمرأة فيما يتبع لها اليوم.

ومن التحسينيات لحماية العقل المنع من إعلان الشرب للمحرمات وبيعها في أوساط المسلمين.

وقد طلب الشارع رعاية التحسينيات والكماليات في كل شيء وبصورة خاصة في العبادات والمعاملات والعقوبات والعادات:

١- في العبادات أمر الشارع بنظافة البدن والملبس والمكان عند إقامة العبادات إضافة إلى الأمر بنظافة القلب من الحقد والحسد والبغض والأثامية والظنّان، وأمر بإقامة السنن من صلاة وصيام وصدقات وحب، إضافة إلى الفرائض زيادة في تقوية الصلة بين العبد

(١) قال رسول الله ﷺ (من حبس العنب أباهم القطاف حتى يبيعه من يتخذه غمراً فقد تقحم النار على بصيرة)، رواه الطبراني في الأوسط بإسناد حسن.

(٢) سورة النور: ٣١.

وربه وتقية للسلوك من الشوائب المشينة.

٢- **في المعاملات المالية** حرم الشارع الاحتكار^(١) والتدليس^(٢) والغش^(٣) والجشع في التعامل، لأن هذه الأمور من الصفات الرذيلة، ونهى عن بيع الرجل على بيع أخيه^(٤)، وعن تلقي الركبان، وعن بيع الحاضر للبادي^(٥)، وغيرهما من عقود الغرر، وحرم التعامل بالخبائث كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لأنها تضر بالصحة، قال الرسول ﷺ ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام))^(٦).

٢- **وفي العقوبات** حرم التشييل بجملة من يتخذ عليه القصاص^(٧)، كما حرم التشييل والإهانة بجملة القتلى في الحروب، وحرم المس بكرامة الأسير، وأمر باحترامه، وجعل الشبهة في جرائم الحدود وسيلة لسقوط عقوبتها^(٨)، وفتح باب العفو عن العقوبة أو تخفيفها أمام صاحب الحق، وحث على ذلك في آيات كثيرة^(٩)، وحرم قلع الأشجار،

(١) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطئ)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.

(٢) قال الرسول ﷺ (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير التطيرين (الرأين) بعد أن يبلها أن شاء أسك وأن شاء دها وصاعا من لمر)، متفق عليه، سبل السلام ٣٣/٣، والتصرية ربط أخلاف الناقة والشاة والبقرة وترك حلها حتى يجمع لبنها فيظن المشتري أن ذلك عادتها.

(٣) مر الرسول ﷺ على صبرة (الكومة المجموعة من الطعام) فادخل يده فيها فالت أصابه بللاً فقال ﷺ (ما هنا يا صاحب الطعام)، قال أصابته السماء يا رسول الله، قال ﷺ (أفلا جعلت فوق الطعام كي يراه الناس، من غشنا فليس منا)، أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب من غشنا فليس منا، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٦٨٢/٢.

(٤) قال الرسول ﷺ (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخلب على خطبه)، المرجع السابق، أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطة على خطبة أخيه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/٩.

(٥) قال الرسول ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد)، المرجع السابق ٢٦٦/٣، الركبان: الذين يلبون إلى المدينة محمولاتهم ليبيها فيها، أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حاضر لباد، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٢٠/١٠.

(٦) صحيح مسلم ١٢٠٧/٣.

(٧) قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ لِمَسْكُونًا فَتَحْرُوكَ﴾ سورة الإسراء: ٣٣.

(٨) قال الرسول ﷺ (ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم).

(٩) قال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ الإسراء: ٣٣، وقال: ﴿فَمَنْ عَفَى وَأَمْسَحَ بِرَأْسِهِ﴾ أيوفى حقاً فإنيغ بالتمسوف وأذلك إنيغ بإحسن﴾ البقرة: ١٧٨.

وحرق المزروعات، وهدم البيوت، وقتل الحيوانات أثناء الحروب.

٤- وفي العادات حرم الغيبة والنميمة، والتدخل في شؤون الغير^(١)، والتلاعب بالموازنين^(٢) والتفجير والتفتير في الإنفاق^(٣)، وأمر برعاية الكفاة في الزواج حتى يكون آدم، وأمر باستئذان البنت إضافة إلى إذن الولي في الزواج^(٤)، ومنع أن تتولى المرأة تزويج نفسها بدون إذن وليها حتى لا تنسب إليها الواقعة^(٥)، وحذر من سوء الظن^(٦)، وحرّم الحسد^(٧) والتفاق^(٨) والكذب، واعتبر الرياء والتملق نوعاً من الشرك^(٩)، وأمر بأن يكون ظاهر الإنسان مطابقاً لباطنه وأن يصدق عمله كلامه مهما كلف الثمن.

(١) قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْسُرُوا وَلَا يَنْتَبِهُنَّ بِشَيْءٍ﴾ سورة الحجرات ١٢. وقال الرسول ﷺ (من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه). وروى في صحف إبراهيم عليه السلام (من عد كلامه من عمله قل كلامه إلا فيما يعنيه). والمراد بالكلام ما يشمل العمل. سبل السلام ٢٣٤/١. وقال (الصمت حكمة وقاعله لئيل). المرجع السابق ٢٣٧/٤. أخرجه الإمام أحمد ٢٠١/١٠.

(٢) قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَقِطُوا مِنَ الْيَتَامَىٰ إِذَا كَانُوا عَلَىٰ الْآثَانِ بَسْتَوْفُونَ﴾ ﴿١٠﴾ وَإِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ فَخُتْمُوا يُخْتَمُونَ﴾ (الطهين ١-٣).

(٣) قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْمَلْ بِدَلَّةٍ مَمْلُوءَةٍ إِنْ أَرَادَتْهُ فَلْيَنْصَلْهَا كَلَّ الْبَسِطُ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَنصُورًا﴾ (الإسراء ٢٩. وقال تعالى: ﴿وَمَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَ رَبِّكَ إِلَّا الْمُنْتَهَىٰ﴾ ﴿١٠﴾ وَإِنْ أَرَادَتْهُ فَلْيَنْصَلْهَا كَلَّ الْبَسِطُ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَنصُورًا﴾ (الإسراء ٢٦-٢٧. أخرجه مسلم كتاب النكاح باب استئذان النيب، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٤/٩.

(٤) قال رسول الله ﷺ (لا تنكح الأيم حتى تنكح البكر حتى تستأذن)، سبل السلام ١٥٥/٣.

(٥) قال رسول الله ﷺ (لا نكاح إلا بولي)، المرجع السابق ١٥٣.

(٦) قال رسول الله ﷺ (ياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)، متفق عليه، أخرجه مسلم، كتاب الجبر، باب تحريم الظن، صحيح مسلم بشرح النووي ٣٤٥/١٦.

(٧) قال رسول الله ﷺ (ياكم والحسد فإن الحسد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب)، المرجع السابق ٢٣٨/٤، أخرجه أبو داود، كتاب الأدب باب الحسد ٢٧٨/٤.

(٨) قال رسول الله ﷺ (أبى المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)، متفق عليه، المرجع السابق ٢٤٦/٤.

(٩) قال رسول الله ﷺ (إن أخوف ما أخاف عليكم الشرك الأصغر الرياء)، المرجع السابق ٢٤٣/٤.

صلة بين التام للمصالح:

يتضح لنا من العرض المذكور لأقسام المصالح باعتبار أهميتها أنها في الحقيقة مراتب (أو درجات) وتحتل الضروريات الدرجة الأولى في الأهمية والحاجيات الثانية، والتحسينيات الدرجة الثالثة، فالثالثة متممة للثانية، والثانية للأولى، فالأخيرتان خادمتان لها فتأثران كلياً بفواتها وتأثر هي جزئياً بفواتها كالآتي:

أ- الضروري أصل للحاجي والتحسيني (التكميلي) فالوجود الفنيوي كالأخروي متوقف على رعاية وحماية الضروريات الخمس، فلو عدم الدين لعدم الثواب والعقاب في الآخرة ولا أصبح خلق الإنسان عبثاً وسدى، وقد قال تعالى في استهزام إنكاره ﴿إِنَّمَا أَنتَ نَذِيرٌ﴾^(١)، ولو عدمت الحياة أو العقل لعدم من يتدين، ولو عدم النسل لزال بقاء سلالة الإنسان بالطريقة المطلوبة، ولو فقد المال لاستحال العيش.

ب- اختلال الضروريات يستلزم اختلال الحاجيات والتحسينيات لأن الضروري أصل (وموصوف) وزواله يستلزم زوال فرعه (أو وصفه)، ولو انتفى أصل المقعد لانضى كل اعتبار لشروط عدم الجهالة وعدم الغرر، وكذلك لو سقط القصاص لم يبقَ لاعتبار المماثلة دور، وهكذا.

ج- لا يلزم من اختلال الحاجي أو التحسيني اختلال الضروري دائماً، فالزواج لا يبطل إذا لم يذكر فيه المهر^(٢)، وكذلك المقعد لا يعتبر باطلاً إذا حصل فيه الغرر^(٣)، وهكذا.

د- قد يهودي اختلال الحاجي أو التحسيني إلى اختلال الضروري إذا أهملت رعايته لأن الراعي الذي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه^(٤)، فمن شرب كمية قليلة من

(١) سورة القيامة: ٣٦.

(٢) المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، بل من منعماته، ويدل على ذلك دلالة إشارة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ نِسَاءَكُمْ لَمْ تَمْسُوهُنَّ لَوْ تَفَرَّقْتُمْ لَمَنْ فَهَيْسَةٌ﴾ في البقرة: ٢٢٦، ولأن الطلاق نابع للزواج فالزواج صحيح قبل فرض وتقدير المهر.

(٣) فالعقد الاحتشائي كعقد التأمين فيها الغرر ويعترف بها الفقهاء، والمعقود المنصب على الجوز واللوز وغيرها من ذوات القشور فيها الغرر مع اعتراف الشرع بصحتها.

(٤) قال الرسول ﷺ (إن الحلال بين والحرام بين وبينهما مشابهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه إلا وإن لكل ملك حمى إلا وإن حمى الله محارمه، إلا وإن في الجسد مضغة إذا

المسكرات قد يندفع إلى تناطحي الكميات الكثيرة المخلة بحفظ العقل، ومنع الخلوة مع امرأة أجنبية بدون محرم من الحاجيات، وإخلاله قد يؤدي إلى حدوث الخلل في الضروري (حفظ العرض والنسب) بالوقوع في خطيئة الزنى، وهكذا. ولأن التجريئ على الأخط بالإخلال به معرض للتجرؤ على الأشد، ثم قد يكون في إبطال الكمالات بصورة مطلقة إبطال الضروريات بوجه ما.

هـ- ما جاء في الفقرات الأربع المذكورة يدل بوضوح على أن الإنسان يجب أن يلتزم برعاية وحماية الحاجيات والتحتينيات تبعاً لإلزامه بحفظ الضروريات^(١).

بعد ترتيب المصالح على الأحكام

سبق بيان أن مقاصد الشارع في تشريع أحكامه مصالح الإنسان، ولكن هذا لا يعني أن الترتيب لازم ضروري لا ينفك عن الحكم، بل قد يكون يقينياً وقد يكون ظنياً (وقوعه راجحاً)، وقد يكون متساوي الوجود والعدم، وقد يكون وهمياً (علمه هو الراجع) لأسباب خارجة عن الحكم وماتمة عن ترتيب المقصود عليه كالأتي:

أ- قد يكون تحقق المصلحة بعد تنفيذ الحكم قطعياً كترتب حقوق والتزامات المتعاقدين على البيع الذي يستوي أركانه وشروطه وتنفي موانعه، فبمجرد تمام هذا البيع يترتب حق البائع في الثمن والتزامه بتسليم المبيع وحق المشتري في المبيع والتزامه بدفع الثمن ترتباً يقينياً غير قابل للشك، ومن المعروف أن صحة العقد من الأحكام الشرعية الوضعية.

ب- وقد يكون ظنياً (أي تحققه راجحاً على عدمه) كمصلحة حفظ الحياة المترتبة على تنفيذ القصاص، فالقصاص يحقق الانزجار وقد ثبت بالاستزراء أن الممتنعين عن القتل أكثر بكثير من القدمين عليه بفضل العقوبة، لأن العاقل إذا علم انه إن قُتل قُتل، امتنع غالباً عن الإقدام على ارتكاب جريمة القتل، ومع ذلك يبقى بعض الناس لا يتعظون بالعقوبة.

صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب)، مضى عليه، وقال الغزالي رحمه الله تعالى (لا يراد بالقلب الضغة، إذ هي موجودة للهاشم مدركة بحاسة البصر بل المراد بالقلب لطيفة رباتية وروحانية لها بهذا القلب الجسماني تعلق وتلك اللطيفة هي حقيقة الإنسان وهي المدركة العارفة من الإنسان)، سبل السلام ٤/٢٢٨.

(١) لزهد من التضليل، راجع المواقفات للشاطبي ١٦/٢، وما بعدها.

وكذلك عقوبة قطع اليد لمرتكبي السرقات، تترتب عليها مصلحة حفظ الأموال ترتباً ظاهرياً كما يشهد بذلك واقع البلاد التي تطبق فيها هذه العقوبة^(١).

ومن الواضح أن عقوبة إعدام السارق في بلدنا العراق خلال السنوات الماضية بسبب ظروف الحرب قد قللت من حوادث السرقات ولكن لم تقض عليها قضاءً نهائياً.

ج- وقد يكون وجود المصلحة وعدمها بدرجة متساوية كما في عقوبة تعاطي المسكرات فإن تطبيقها في العصور الإسلامية أثبت أنه لم يكف الناس عن تعاطيها كفاً قطعياً أو ظاهرياً^(٢)، ولعل ذلك قد يرجع إلى عدم شدة العقوبة^(٣) أو إلى تزامن عوامل مشجعة كعدم انتشار الوعي الديني والثقافي وقلة الالتزام ببقية الأحكام الشرعية المنظمة للسلوك.

د- وقد يكون عدم حصول المقصود أرجح لحل لا يرجع إلى أصل الحكم، وإنما لعوامل تحول دون ترتب المصلحة على الحكم كمن تزوج امرأة طاعنة في سن اليأس لغرض التناسل، فإن عدد من لا تنسل منهن أكثر ممن تنسل بمقتضى طبيعة الحال.

حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً للأحكام

رغم أن منظم أهل الشرع قديماً وحديثاً على أن أفعال الله تعالى غير معللة بالأغراض^(٤)، إلا أن الكل متفقون على أن جميع أحكامه متكفلة بتحقيق مصالح العباد إذا خضعوا لها وتنفذوها بالطريقة المطلوبة، ولو رجعنا إلى القرآن الكريم والعقل السليم لوجدنا أن هناك أدلة منها عقلية ومنها عقلية تدل بشكل لا يقبل الجدل والنقاش على حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً لأحكام الله.

أولاً: القرآن الكريم

يتضمن القرآن الكريم مئات الآيات وهي تدل دلالة واضحة على أن بواعث أحكام الله هي مصالح الناس ومنها ما يلي:

(١) كالملكمة العربية السعودية

(٢) مختصر المنتهى الأصولي وشرحه، المرجع السابق ٢٤٠/٢

(٣) ويؤيد ذلك أن الخلفاء الراشدين أضافوا إلى أصل العقوبة (أربعين جلدة) عقوبة تعزيرية كانت عبارة عن أربعين جلدة أخرى عندما وجدوا عدم كفاً بعض الناس عن تعاطي المسكرات.

(٤) وسندهم هو أنه لو كان فعله لغرض لكان نائفاً بفاته مستكماً بغيره وهو محصيل ذلك الفرض، ولكن هنا يرد بأن الفرض يعود إلى الإنسان لا إليه.

أ- قوله تعالى: ﴿ وَكُنْتُمْ فِي الْفَسَادِ حِيوةً يَبْأُوذِي الْأَلْبَنِبِ لَمَلَكْتُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(١) يدل على أن باعث تشريع القصاص هو مصلحة حماية الحياة.

ب- وقوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمِ الصَّلَاةَ وَآتِ الزَّكَاةَ وَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ ﴾^(٢) يدل على أن باعث تكليف الإنسان بإقامة الصلاة هي أنها من الوسائل الاحترازية والوقائية ضد السلوك الإجرامي وهي تحول دون انحرف المصلي نحو ارتكاب الفواحش والمكرات إذا أقيمت بصورة صحيحة، وفي ذلك مصلحة الدين وحفظ الحياة وحماية المال والنسب والعقل.

ج- وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لِمَلَكْتُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٣) يدل على أن في الصيام اكساب التقوى، والتقوى: قمة التحلي بالأخلاق الفاضلة والتخلي عن الرذائل، وجه التسمية أنها تقى الإنسان عن الشر.

د- وقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(٤) يدل على أن باعث إرسال سيدنا محمد ﷺ كسائر الأنبياء هو تحقيق الرحمة (المصلحة) التي تتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة.

هـ- وقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّن حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُذَهِّبَ عَنكُم مِّن ذُرِّيَّتِكُمْ لَمَلَكْتُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٥) يدل على أن تكليف الإنسان بالأحكام لإتمام النعمة عليهم من غير أن يؤدي هذا التكليف إلى الضيق والمشقة والحرَج.

ثالثاً: المقول

العقل السليم يقضي بأن الخالق الذي خلق كوناً لم يعمل ولن يصل العقل البشري بعد لا إلى الإحاطة بأهماده، ولا إلى إدراك ألفاظه، ولا إلى استيعاب مكوناته، ليس بحاجة إلى ما كلفنا به من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيره من سائر العبادات والأعمال الخيرية، كذلك لا

(١) سورة البقرة: ١٧٩.

(٢) سورة العنكبوت: ٤٠.

(٣) سورة البقرة: ١٨٣.

(٤) سورة الأنبياء: ١٠٧.

(٥) سورة المائدة: ٦.

يتأثر بأعمالنا الشريفة ، ولو فرضنا أن عالم الإنسان بأسره يكون مستغرقاً في السجدة أو نهماكاً في الإلحاد والزندقة والفساد لما نقصت ولا زادت ذرة من عظمة الله .

وبناء على ذلك فأحكامه أما أن تستهدف مصالح الناس أو تبقى بدون هدف ، والشق الثاني باطل لأنه عبث ، والله تعالى منزّه من أن يعمل عبثاً ، فبئس الأول وهو المطلوب .
والنتيجة الحتمية لهذا الواقع الشرعي هي أن مصالح الناس علل باعثة على تشريع الأحكام ، وقانون المنطق يرجع جميع الاستدلالات إلى الدليل الإنسي وهو الاستدلال بالمعلول على وجود علته والأثر على مؤثره ، وإلى الدليل اللهي وهو الاستدلال بالعللة على وجود معلوله ، والعمل بالمصلحة لاكتشاف الحكم يرجع إلى الدليل اللهي ، واختلاف العلماء من الأصوليين والفقهاء في العمل بالمصلحة يرجع إلى سببين :

أحدهما عدم تحديد المعنى المراد بالمصلحة .

وثانيهما الخلط بين كون المصلحة دليلاً كاشفاً لحكم الله وبين كونها دليلاً موجهاً له .
أما إذا حددنا المقصود منها بالمصلحة المتبصرة التي ترجع إلى الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات وفسرنا مصدرتها للأحكام بكونها دليلاً كاشفاً لارتفع الخلاف أو لأصبح خلافاً شكلياً (لفظياً).

شروط العمل بالمصلحة:

يشترط لصحة العمل بالمصلحة والاستدلال بها على وجود الحكم وكشفه أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

1. أن تكون مندرجة تحت مقاصد الشارع بأن تكون راجعة إما إلى المصالح الضرورية أو الحاجة أو التحسينية ، فالمصلحة الشرعية التي تعتبر مصدراً لاكتشاف الحكم هي المصلحة المتبصرة وليست المرسله كما ظن أكثر الأصوليين لأنه لا يوجد في شرع الله مصلحة مرسله غير خاضعة لعلم الله ، وبالتالي لا اعتبره لها أو عدم اعتباره ، فجميع المصالح أما معتبرة عند الله إذا رجعت إلى قسم من الأقسام الثلاثة المذكورة وأما مهملة وغير معتبرة وهي ما عدا المعتبرة عند الله سواء كانت معتبرة عند الناس أم لا .

٢. عدم معارضتها لنص تكون دلالة على الحكم قطعية^(١)، أما إذا تعارضت مع نص تكون دلالة على الحكم ظنية بأن يكون عاماً لم يقصد عمومه أو مطلقاً لم يكن إطلاقه مراداً، فعندئذ يعمل بالصلحة فيخصص بها العام ويقيد بها المطلق، وبالتالي تعتبر بياناً لمراد الشارع، ولعل هنا هو قصد العلامة الطوفي^(٢) الذي اتهم بالزندقة حين قال (تقدم الصلحة على النص إذا تعارضت معه)، فهو لم يخرج عما سار عليه الأصوليون والفقهاء كما يأتي بحث ذلك^(٣)، ولم يقصد بالتقديم إهمال النص وأعمال الصلحة بل أراد إعمالها معاً، وكلام الطوفي صحيح بغض النظر عن قطعية دلالة النص أو ثبوته، على أساس أن التعارض بين النص والصلحة يرجع إلى التعارض بين نصين كالتعارض بين قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وبين آية ﴿مَنْ أَشْطَرُ عَرَبِيًّا وَلَا عَرَبًا وَلَا إِيَّامًا عَلَيْكَ﴾ أو يرجع إلى التعارض بين مصليتين كصلحة السارق المحتاج في عدم قطع يده، وصلحة صاحب المال في قطع يد السارق كما قال سيدنا عمر بن الخطاب في عام الجحاة، حين وقف الخلفاء الراشدون قطع يد السارق المحتاج: (في قطع يد السارق حماية الأموال، وفي عدم قطعه حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

٣. عدم تفويتها لصلحة أهم منها، فالمعمل بصلحة بقاء عضو مصاب بمرض السرطان والامتناع عن قطعه تفويت لصلحة أهم، وهي بقاء حياة المصاب وإتقانها يمنع انتشار المرض عن طريق قطع العضو.

كيفية رفع التعارض بين المصالح:

بعد الاستعراض المذكور للصلحة نستطيع أن نستنتج لرفع التعارض بين المصالح المعايير الآتية:

(١) فلا يستدل بالصلحة الاقتصادية على مشروعية القوائد الربوية لأنها أولاً لا ترجع إلى المصالح الشرعية من الأقسام الثلاثة، وثانياً تعارض مع آيات قرآنية دالة على تحريمها دلالة قطعية.

(٢) لا يستدل لصلحة الأثر على التسوية بينها وبين الذكر في الميراث لتعارض هذه التسوية مع التصوص القرآنية.

(٣) عند الكلام على التخفيف والتقييد بالصلحة.

١. إذا تعارضت مصلحة حماية الدين مع مصلحة حماية الحياة أو المال تقدم الأولى لأنه لولا الدين لما كانت للحياة قيمة حقيقية، لذا فرض الله الجهاد بالنفس والمال في سبيل حماية الدين.
٢. إذا تعارضت مصلحة حماية الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى لأنه إذا نعبت الحياة لا تموض بخلاف المال، ولأن المال مقصود لأجل الحياة^(١).
٣. إذا تعارضت مصلحة حماية المال أو الحياة مع حماية مصلحة العرض والكرامة والشرف تقدم الثانية^(٢) لأن الإنسان بدون كرامة لا يساوي شيئاً.
٤. إذا تعارضت المصلحة الضرورية مع الحاجة أو التحسينية تقدم الأولى لأنها أكثر أهمية^(٣).
٥. إذا تعارضت المصلحة التحسينية مع الحاجة تقدم الثانية لأنها أهم^(٤).
٦. إذا تعارضت مصلحتان عامتان أو خاصتان يختار أهمهما.
٧. إذا تعارضت مصلحة عامة مع أخرى خاصة تقدم العامة^(٥).
٨. إذا تعارضت مصلحة مع مفسدة وكانتا متساويتين في الحجم والآثار، أو كانت المفسدة أكثر يجب ترك المصلحة لدرء المفسدة^(٦).

-
- (١) يحرم التهرب في سبيل الحصول على الأرباح، وكذلك يحرم كل فعل يقصد به الحصول على المال والربح إذا كان من شأنه أن يعرض الحياة للخطر.
 - (٢) يجب على الإنسان أن يضحي بحياته ويماله في سبيل حماية شرفه وعرضه لأن الدفاع الشرعي عن الأعراض والأنساب واجب بخلاف الدفاع الشرعي عن المال فإنه حق.
 - (٣) إذا تعارضت مصلحة الحفاظ على حياة امرأة مع مصلحة الحفاظ على ستر عورتها في حالة العلاج جاز كشف العورة أمام طبيب مختص أجنبي ليتولى العلاج أو العملية عند الحاجة.
 - (٤) يجوز للمرأة كشف عورتها أمام الطبيب المختص غير المحرم لغرض العلاج لأن ستر العورة من المصالح التحسينية والأخلاقية، والعلاج من المرض من المصالح الحاجة ورعاية الثانية أهم من التعارض.
 - (٥) مصلحة حرج الكلية تتطلب أن يتولى وظيفة يمد نخرجه ومصلحة البلد تقتضي التحاقه بالجيش ليتدرب على استعمال السلاح ويدافع عن بلده كلما تعرض لخطر العدوان، وتقدم الثانية لأنها أهم ولأن للخروج نصيباً من هذه المصلحة العامة.
 - (٦) لصانتي الخمر والمصالح مصلحة مادية وكذلك للدولة مصلحة مادية في استيراد المشروبات المسكرة، ولكن المفسدة التي ترتب على تعاطي هذه المشروبات سواء بالنسبة إلى الفرد أو المجتمع أكثر بكثير من تلك المصلحة، ولذا قال سبحانه ونعال: ﴿يَتَذَكَّرُكَ عَنِ الْكَمْرِ وَالْمَيْمِرِ كُلِّ نِهْمًا لِيَمَّ كَصَبِيرٍ وَمَنْعِيْنِ وَيَمِيْنِ وَإِسْمُهُمَا أَصْحَابِيْنَ لِيَمِيْنِ﴾ سورة البقرة ٢١٩.

٩. إذا تعارضت مصلحة فعلية قائمة مع أخرى احتمالية تقدم الأولى^(١١).
 ١٠. إذا تعارضت مفسدتان (أو مضرتان) يجب اختيار أقلهما خطورة لدفع أشدهما^(١٢).
 ١١. إذا تعارض الضرر الخاص مع الضرر العام يختار الأول لدفع الثاني^(١٣).
 ١٢. إذا تعارضت مصلحتان وكان في رعاية أحدهما سد الذرائع تقدم هذه على الأخرى^(١٤).
- ومن الواضح أن هناك كثيراً من الأمور الضارة في حد ذاتها لكنها تعتبر منافع بالنسبة لغيرها، ومن هنا التيقيل المخاطرة بالأرواح في حالة قيام حق الدفاع الشرعي عن البلد والمال والنفس والعرض، وكذا عقوبات المجرمين قتل الجناة وحبس المسئدين التجاوزين على حقوق الناس وغير ذلك من كل عقوبة بدنية أو مالية أو نفسية فإنها ضارة في حد ذاتها، لكنها وسائل لحماية الناس في أرواحهم وأعراضهم وأموالهم وغيرها من المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، ولذلك أجازت شرعاً وقانوناً، بل سميت مصالح تجوزاً من قبيل تسمية السبب باسم مسببه من حفظ الدين والحياة والعرض والمال والعقل وما يتعلق بهذه المصالح.

(١١) وعلى هذا الأساس إذا فقد شخص ولم يعرف مصيره جاز لزوجته المتضررة مادياً أو معنوياً أن تطلب التفریق، وبهذا قضى عمر بن الخطاب لله حيث قال (تتضح زوجة المفقود بعد أربع سنين من انقطاع الخبر)، المستصفى، ص ٢٥٧. في هذه الحالة يقوم التعارض بين مصلحة الزوجة في دفع الضرر الحال المؤكد عنها بالتفریق والتزويج، وبين مصلحة الزوج لاحتساق بقائه على الحياة، وفي التفریق إلحاق ضرر به لكنه ضرر غير مؤكد لاحتمال موته، ولذلك تقدم مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج وبمحكم بالتفریق إذا مضت المدة المعقولة وطلبت هي بذلك.

(١٢) وفي هذا المعنى جاء في الجملة ٢٨ (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، فهدم سياج دار الجوار لتفتح الطريق أمام سيارة الحريق مفسدة، واحتراق المحل بما فيه من البضائع والأموال -أيضاً- مفسدة، فيختار الأول لدفع الثانية مع دفع تعويض لصاحب السياج، لأن الجواز الشرعي الاستثنائي لا يتأثر الضمان، أو لأن الاضطراب لا يتأثر الضمان.

(١٣) إذا كانت عمارة مملوكة ملكية خاصة أو عامة أهلة إلى السقوط يجب هدمها دفماً للضرر العام، وهذا أيضاً من باب تقديم مصلحة حماية الأرواح على مصلحة حماية الأموال.

(١٤) مثل ذلك قد يكون في ضرب المتهم مصلحة الاعتراف بهرمته، غير أن هذه المصلحة تتعارض مع أخرى وهي مصلحة المضروب فإنه ربما يكون بريئاً من الذنب، وترك ضرب مذنب أهون من ضرب بريء، لأنه إن كان فيه فتح باب كشف الجريمة إلا أنه يؤدي إلى مفسدة وهي فتح باب تعذيب البريء، المستصفى، ص ٢٥٤.

أهمية المصالح:

- للمصلحة الشرعية الحقيقية أهمية كبيرة في التفسير الاجتهادية والتطبيقات القضائية، والتشريعات الوضعية والتعديلات القانونية كالآتي:
١. المصلحة وسيلة لتوسيع معنى النص وامتداد مجال تطبيقه ليشمل ما هو منطوق به، وما هو مسكوت عنه، لأن كل نص شرعي من نصوص الأحكام يتضمن قاعدة شرعية كلية^(١) دالة على حكم لما هو مذكور فيه (منطوق)، فإذا استطاع المجتهد أن يدرك من هذه القاعدة حكمة ومصلة حكمها تمكن من أن يطبق الحكم على كل مسألة جزئية يمكن أن تندرج تحتها في ضوء المصلحة المتوخاة من تشريعها.
 ٢. المصلحة وسيلة مهمة من وسائل تفسير النصوص الغامضة فإذا كان النص غامضاً لسبب ما لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تطبيقه بحجة الغموض بل يجب عليه أن يستعين بالوسائل المعترف بها شرعاً وقانوناً لإزالة هذا الغموض، ومن أهم هذه الوسائل المصلحة المتوخاة من تشريع النص الغامض^(٢).
 ٣. العمل بالأدلة الشرعية التابعة لأحكام الفقه الإسلامي يرجع في الحقيقة والواقع إلى العمل بالمصلحة، وعلى سبيل المثل ذكرنا سابقاً أن القياس استدلال بعلّة (مصلحة) حكم مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة.
 ٤. وكذلك العمل بالاستحسان عمل بمصلحة لأجلها عدل عن القاعدة الكلية في بعض المسائل الجزئية، وهكذا.
 ٥. النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي تواجه الأسرة البشرية في الماضي والحال والمستقبل غير متناهية، والمتنامي لا يمكن أن يحيط باللامتامي إلا عن طريق قواعد الكلية ورعاية المقاصد (المصالح) التي شرعت هذه القواعد لأجلها.
 ٦. والمصلحة مناط تشريع القانون الوضعي وتعديله وإلغائه، والمشرع في كل بلد من بلاد العالم في التشريع والتعديل والإلغاء يتصرف بمقتضى المصالح العليا في هذا البلد.

(١) أي لا تختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

(٢) للاطلاع على أسباب الغموض راجع مؤلفنا دلالات النصوص وطرق استباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي ص ٢٠٨ وما بعدها.

٧. المصلحة أساس مشترك لتوحيد التشريعات الوضعية في الدول ذات المصالح المشتركة كالدول الإسلامية والدول العربية في الوقت الحاضر، وكدول أوروبا الشرقية أو الغربية، ولا يخفى ما لهذا التوحيد من نتائج مهمة في شتى مجالات الحياة.
٨. والمصلحة وغيرها من المصادر التبعية تعد وسائل لإرجاع الجزئيات إلى كليات النصوص، فهي مصادر كاشفة للأحكام وواسعة الرحاب بحيث لو استعملت بصورة صحيحة لمجلت الفقه الإسلامي مصدراً خصباً لا للقوانين العربية والإسلامية فحسب بل لقوانين دول العالم بأسرها.

حدود المصلحة

لا توجد المصلحة المطلقة لا للأفراد ولا للشعوب ولا للأمم بل حدود مصلحة كل شخص طبعياً كان (كالفرد) أو معنوياً (كالدولة) تنتهي عندما تبدأ حدود مصلحة شخص آخر، قال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَمْتَدُّوهَا﴾^(١)، فكل مصلحة مادية أو معنوية محاطة بقيود على صاحبها أن يراعي تلك القيود، وعلى سبيل المثال مصلحة الملكية مفيدة بقيود منها إيجابية (فعل الشيء) ومنها سلبية (الامتناع عن الشيء) كالآتي:

١- من القيود الإيجابية (التي يتم ركنها التنفيذي بالمعمل):

١. إلزام المالك باستثمار ما يملك من عناصر الإنتاج كالنقود والأرض، قال تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُوَفُّوْنَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ

سَعَابَ أَلِيمٍ﴾^(٢)، وقال الرسول ﷺ ((لجس لهتجر حق بعد ثلاث سنوات))،

والاحتجار وضع اليد على أرض كانت مباحة للجميع قبل استيلائها وتحديد حدودها بالأحجار ونحوها. أي من أهمل أرضه الزراعية ولم يستثمرها ثلاث سنوات متواليات،

لولي الأمر انتزاعها من يده وتسليمها إلى من يحسن استثمارها، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ

صَكَبْنَا فِي الرَّؤُوسِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرْثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾^(٣)، والمصالح من

(١) سورة البقرة: ٢٢٩.

(٢) سورة التوبة: ٣٤.

(٣) سورة الأنبياء: ١٠٥.

بحسن استثمارها.

٢. إزام المالك بأداء زكاة مملوكه إذا كان من أموال الزكاة، قال تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(١)، وهناك آيات كثيرة تأمر المالك بالزكاة.
٣. إزامه بإتفاق ماله الزائد عن حاجته وحاجة من عليه نفقته في سبيل المصلحة العامة، قال تعالى: ﴿ وَأَنْفِقُوا مِنْ مَّا جَعَلَكُمْ مُتَسَلِّطِينَ فِيهِ قَالِينَ: آمَنَّا بِرَبِّنَا وَأَنْفَقُوا لِمَ لَمْ يَكُنِ كَيْدٌ ﴾^(٢).
٤. إزامه بقبول انتزاع مملوكه إذا كان عقاراً^(٣) للمصلحة العامة مقابل عوض عادل، وقد طبق ذلك في عهد الرسالة وعهد الخلفاء الراشدين^(٤).

ب- ومن القيود العملية (التي يتم ركنها المادي بالامتناع)

١. إزامه بالامتناع عن استعمال مملوكه استعمالاً يضر بالغير، قال النبي ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥).
٢. إزامه بالامتناع عن تنمية ماله بطرق غير شرعية كالربا والغش والاحتكار والكذب والجشع ونحو ذلك من الوسائل غير المشروعة.
٣. إزامه بالامتناع عن التفتير والإسراف، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلْ بَدَكَ مَغْلُولَةً لِأَنْ عَصَيْتَ وَلَا تَبْطُحْ بِكُلِّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا ﴾^(٦).
٤. عدم الخروج على فرائض الإرث والوصية، فلا يجوز للإنسان أن يخصص الإرث في حال حياته لبعض الورثة ويحرم الآخرين كما لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة.

(١) سورة البقرة ٤٣.

(٢) سورة الحديد ٧.

(٣) ويقابله الفقول وهو الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بأصله وهبته كالكرسي والنضدة وغيره.

(٤) الشيخ علي الحنفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ١٠٤.

(٥) سبيل السلام، رواد ابن ماجه.

(٦) سورة الإسراء ٢٩.

المبحث الثالث الاستحسان

حقيقته، أسسه، تطبيقه، أهميته

حقيقة الاستحسان:

بعد الاطلاع على عشرات من تعاريف علماء الأصول في مختلف المذاهب الفقهية والأصولية الإسلامية^(١). وبعد اليأس من الحصول على تعريف واضح جامع مانع يتقن هذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي من الحطة غير العادلة التي شنت ولا تزال تشن عليه منذ عهد الإمام الشافعي (رحمه الله) إلى يومنا هذا، حيث اتهم تارة بأنه تفلذ واجتهاد

(١) ومنها تعريف الكرخي من الحنفية، كشف الأسرار ١١٢٣/٣ بأنه (عدول الإنسان عن أن يحكم في المسألة مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول). وقد وجدت هذا التعريف القرب التعاريف إلى حقيقة الاستحسان.

وتعريف الباجي من المالكية، شرح تفتيح القصول، ص ٤٥ (هو القول بأقوى الدليلين). وتعريف الخنازاني من الشافعية، حاشيته على شرح مختصر ابن الحاجب ٢٨٩/٢ (الذي استقر عليه رأي التأخرين في تعريفه هو أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجملي الذي تنسب إليه الألفهام). ويقول الأستاذ محمد تقي الحكيم من الشيعة الإمامية، الأصول العامة للفقه المقارن، ص ٢٦١ (المعروف عن الشيعة الإمامية والظاهرية أنهم من نشأة الاستحسان)، ثم يقول (إن كان المراد من الاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين، فهو حسن ولا مانع من الأخذ به، إلا أن عدده أصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له).

وقال القنوجي من الحنابلة، شرح الكوكب المنير، ص ٣٣٨ (الاستحسان في عرف الأصوليين هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة)، وهذا التعريف قريب من تعريف الكرخي المذكور، وعرفه الشوكاتي من الشيعة الزيدية، إرشاد الفحول ٢٤٠ (بأنه دليل يتقدم في نفس المجتهد ويمسر عليه التعبير عنه)، وهو ائيد التعريفات إلى حقيقة الاستحسان إضافة إلى غرضه. وعرفه السالمي من الإباضية، الألفية بشرح طلحة الشمس ١٨٥ (في البيت الآتي:

وهو يتفق مع تعريف الشوكاتي ولا مجال للتعليل على هذه التعريفات القائمة الدامضة كما لا فائدة له.

وهو يتفق مع تعريف الشوكاتي ولا مجال للتعليل على هذه التعريفات القائمة الدامضة كما لا فائدة له.

بالهوى^(١١)، ومرة بأنه شهوة واتباع للهوى وضلال^(١٢)، وأخرى بأنه عديم الفائدة وتقول على الشريعة الإسلامية^(١٣).

ويعد تردد بين هذه الاتهامات وتصفاته وجدت بلطف من الله أن الاستحسان عبارة عن عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة، إذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي.

وتسمير أوضاع، الإستحسان: استثناء بعض الجزئيات من حكم كليتها لمصلحة أو ضرورة أو عرف.

ولقد أثنى القرآن الكريم على اختيار الأحسن من بين الأمور المتعارضة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿بَلِّغْهُمْ رِسَالَتِي ۗ وَالَّذِينَ بَسَمُوا الْقَوْلَ فَسَمُوا نَسَهُ ۗ﴾^(١٤)، وكذلك أمر بالإحسان الذي هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة^(١٥)، فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرٍ

(١١) قال الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الأم، الجزء السابع، باب إبطال الاستحسان، ص ٢٧ (لا يجوز لمن استعمل أن يكون حاكماً أو منقياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم مما لا يختلفون فيه أي الإجماع-أو قياس على بعض هذا ولا يجوز بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني).

وقال في كتابه الرسالة، ص ٣٥ (ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرون من الاستحسان، وإن القول بخبر خير ولا قياس غير جائز)، إلى أن يقول (وإنما الاستحسان تلذذ).

(٢) قال ابن حزم الظاهري في كتابه (الإحكام في أصول الأحكام ٧٥٨/٥) (والحق حق وإن استبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنته الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال بالله تعالى نموذ من الخذلان). وهذا الفقيه العظيم رغم مكانته العلمية البارزة أنكر كثيراً من البهيميات، ومن أطلع على كتابه المجلد لوجد أنه يعتبر كثيراً من أحاديث الرسول ﷺ موضوعة وغير صحيحة لأنها مخالفة للعبه الذي وصل إليه في اجتهاداته.

(٣) قال الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤ (فعرفت بمجموع ما ذكرنا أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلاً، لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرر، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو من القول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة، وبما يضادها أخرى). هذه نماذج من الحملات غير العادلة على هذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي الذي تبنت حقيقته وأعميته ياذن الله.

(٤) سورة الزمر: ١٧- ١٨.

(٥) قال الإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي (رحمه الله) في كتابه، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٨٩/٢ (وأجمع آية في القرآن للعت على المصالح كلها والزرع عن المفسد بأسرها قوله تعالى: ﴿إِنَّ

بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴿٩٠﴾

إيضاح التعريف:

أ- إن لله تعالى في كل واقعة من وقائع الزمان، وفي كل تصرف من تصرفات الإنسان حكماً، فإن وصل إليه الجتهد فهو مصيب وإلا فهو مخطيء. وقد وردت هذه الحقيقة على لسان رسول الله ﷺ فقال ((إنما حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإنما حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر))^(١). وكذلك له تعالى في كثير من القضايا حكمان، أحدهما يختص بحالات السعة والظروف الاعتيادية ويسمى (عزيمة)، وثانيهما يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة ويسمى (رخصة). والرخصة تبدل الحكم من الصعوبة إلى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي^(٢).

أَفْهَ بِأُشْرٍ وَالْعَدْلُ وَالْإِحْسَانُ وَإِنِّي نَبِيُّكُمْ
لَمَأَلَمَكُمْ تَذَكُّرُونَ ﴿٩٠﴾ النحل ٩٠. فإن الألف واللام في العدل والإحسان للمعوم والاستغراق فلا يقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله تعالى **إِنِ أَفْهَ بِأُشْرٍ بِالْعَدْلِ** ﴿٩٠﴾ ولا يقى من دق الإحسان وجله إلا اندرج في أمره بالإحسان. والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة)، وقال أيضاً ١٣٨/٢ (واعلم أن الله شرع لعباده السمي في تحصيل مصالح عاجلة وأجلة يجمع كل قاعدة فيها علة واحدة ثم استثنى منها ما في ملبسته مشقة شديدة أو مفسدة تربو على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السمي في دوره مفاسد الدارين أو في أحدها يجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو تلك المفاسد وكل ذلك رحمة بعباده ورفق بهم).

(١) سورة النحل ٩٠.

(٢) رواه الشيخان.

(٣) في جميع الخوامع لابن السبكي، وشرحه للمحلي ١١٩/١ ورد الآتي (والحكم الشرعي المأخوذ من الشرع إن تغير من حيث تعلقه من صعوبة له على المكلف إلى سهولة كان تغير من الحرمة للفعل أو الترك إلى الحل له للعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي المتخلف عنه للعذر فرخصة، أي فالحكم التفتير إليه السهل المذكور يسمى رخصة، وهي لفة السهولة كأكل الميتة للمضطر والفقر الذي هو ترك الإمام للمسافر، والسلام هو بيع موصوف في الذمة، ولطفر مسافر في رمضان لا يجهده الصوم أي لا يشق عليه مشقة قوية، واجباً (أي أكل الميتة) وقيل هو مباح، ومتدوباً (أي القصر) ومباحاً (أي السلم)

ب- عندما يجد المجتهد (أو القاضي) تعارض الحكمين (العزيمة والرخصة) (أو تعارض دليلهما) في قضية يوازن ويقارن بينهما، فإن وجد أن تطبيق الحكم الأصلي (العزيمة) يجلب مشقة لا تطاق أو حرجاً لا يتحمل عليه أن يمدل عن العمل بمقتضى دليل الحكم الأصلي إلى العمل بموجب دليل الحكم الاستثنائي، لأنه أحسن لذى العلاقة في هذه القضية من حيث خلوه عن الحرج الذي يباهه القرآن في آيات كثيرة ومنها ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَئِنْ يُرِيدُ لَلْهَلَكَكُمْ وَرَأَيْبٌ مِّنْهُ يَضَعَهُ عَلَيْهِمْ مَا تَلَاحُوتٌ ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(٣).

وأكد الرسول ﷺ ذلك في أقواله ومنها ((بعثت بالحنفية السمحاء))^(٤)، و((إنما بعثت مسيرين ولم بعثوا مصرين))^(٥)، و((إن الله شرع الدين لجملة سهلأ سمحاً ولم يجعله ضيقاً))^(٦).

وقد استنبط الفقهاء والأصوليون من هذه الآيات والسنة قواعد كلية ومنها (المشقة تجلب التيسير)^(٧)، و(إن ضاق الأمر اتسع)^(٨)، و(الضرورات تبيح المحظورات)^(٩) و(الضرورات

وخلاف الأولى (أي فطر مسافر لا يجهده الصوم فإن جهده فالتنظر أولى). واتى بهذه الأحوال اللازمة لبيان أقسام الرخصة من وجوب وندب وإباحة وخلاف الأولى، وحكمها الأصلي الحزمة، وأسبابها الحث في البيت ودخول وقتي الصلاة والصوم في الفطر والتنظر، لأنه سبب لوجوب الصلاة تأمة والصوم، والفرق في السلم وهي قائمة حال الحبل وأحذاره الاضطراب والحاجة إلى لمن الغلات قبل إدراكها.

(١) سورة الحج ٧٨.

(٢) سورة المائدة ٦.

(٣) سورة البقرة ١٨٥.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده.

(٥) الطبراني عن ابن عباس.

(٦) رواه الشيخان من حديث أبي هريرة.

(٧) جملة الأحكام المعدية، م ١٧٣.

(٨) الجملة، م ١٨٣.

تقدر بفئدها^(١) وما جاز بمنزلة يطبل بزواله^(٢)، و(الاضطرار لا يطبل حق الغير)^(٣)، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق أحاد الناس كالجعالة والإجارة فإنهما جرياً على حاجات خاصة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.

أساس فكرة الاستعسان في القرآن:

أرشد القرآن الكريم الإنسان إلى المدلول من تطبيق الحكم الصعب إلى الأخذ بالحكم السهل كلما اقتضى الأمر ذلك في آيات كثيرة ومنها:

أ- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِرِ وَمَا آوَسَ بِهِ يُفْتَرِ اقْوَمَنَ أَشْطَرَعَيْزِ بَايَعٌ وَلَا عَاوَفَلَا إِنَّمِ عَلَيْهِ إِذْ أَنَّهُ عَفْوٌ رَجِيءٌ ﴾^(٤).

ب- وقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾^(٥).

ج- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا مَعَدُوذُنَا فَمَنْ كَانَتْ بَيْنَكُمْ وَرَيْبًا أَرْعَلَ سَعْرَ قَوْسِهِ مِنْ أَيْتَابِهِ أُنْرًا وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ كَعَمَامٍ يَسْكِبُونَ فَمَنْ تَلَوَّحَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٦).

د- قوله تعالى: ﴿ بِمَا هِيَ الْذِيكُ مَا تَمُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَى أَجْمَلٍ تُكْسِنُ كَأَسْتَبِيهِ وَيَلْتَكْسِبُ بَيْنَكُمْ كَتَابًا بِالْعَسَدِ ﴾^(٧)، وقوله ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَعْرٍ وَكُنْتُمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْشُورَةً ﴾^(٨)، وغير ذلك من الآيات الأخرى من هذا القبيل.

(١) هذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ أَشْطَرَعَيْزِ بَايَعٌ وَلَا عَاوَفَلَا إِنَّمِ عَلَيْهِ ﴾ سورة البقرة ١٧٣.

والصواب: لميز المحظورات، لأن الضرورة من مواعن المسؤولية الجنائية، وليست من أسباب الإباحة.

(٢) هذه القاعدة مأخوذة من (غير باع ولا عاود) في الأية المذكورة.

(٣) المجلة، م ٢٣.

(٤) المجلة، م ٣٣.

(٥) سورة البقرة ١٧٣.

(٦) سورة الأنعام ١١٩.

(٧) سورة البقرة ١٨٣-١٨٤.

(٨) سورة البقرة ٢٨٢.

ومن الواضح أن كل آية من هذه الآيات تتضمن حكماً أحدهما أصلي والآخر استثنائي ، فالأولى تدل على أن حكم أكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة لما في ذلك من الضرر الصحية ، أما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح ، فالحكم هو الإباحة بل الوجوب إن توقف عليه إنقاذ الحياة ، وتدل الثانية على أن كل ما حرم على الإنسان في الحالات الاعتيادية يتحول إلى المباح في الحالات الاضطرارية. وتدل الثالثة على أن حكم صيام رمضان في الحالات الاعتيادية هو الوجوب. أما في الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة كالمرض والسفر فيرفع الوجوب ويحل محله الإباحة على أن يقضي الصوم بعد زوال العذر ، وإذا استمر العذر كمرض مزمن ولا يرجى زواله أو شيخوخة يصعب معها الصيام فالبدل هو الفدية.

ونستنتج من هذه الآيات وأمثالها أن أساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه ورفعه بعد الوقوع ، وفقاً لقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(١) . وقد أكد الرسول ﷺ مبدأ الأخذ بالأخف^(٢) ، والاستثناء من القاعدة العامة لدفع الحرج ورفع المشقة في أقضية وأقواله ، ومنها إقراره للتعامل بالسلم^(٣) ، مع مخالفة لقاعدة نهيهِ عن بيع المعلوم ، فبعد أن هاجر ﷺ إلى المدينة المنورة وجد أن التعامل بالسلم عرف متداول ، ورأى أنه يحقق مصلحة التجار في استثمار تقودهم ، ومصلحة أصحاب الأراضي الزراعية في استثمار أرضهم ، فأقره بعد أن نظمهم فقال ((من أسلف في أمر فليسلف في كيل معلوم^(٤) ، ووزن معلوم^(٥) ، إلى أجل معلوم^(٦))) وحكمه الأصلي هو عدم الجواز لأن محل العقد حين

(١) سورة البقرة ٢٨٣.

(٢) سورة الحج ٧٨.

(٣) تخفيف الحكم قد يكون بإسقاطه كما في المجهون أو في تأجيله كالإفطار للمسافر والمريض أو البدل كالفدية بدل الصيام بالنسيئة للشيخ الكبير والمريض مرضاً لا يرجى شفاؤه ، والتقديم والتأخير والتخصيص كصلاة المسافر.

(٤) بعد أن هاجر ﷺ إلى المدينة المنورة ووجد حاجة الناس إليه.

(٥) إذا كان السلم فيه مما يكال.

(٦) إذا كان مما يوزن.

(٧) عن ابن عباس ؓ قدم النبي ﷺ المدينة المنورة وهم يسلفون التمار السنة والستين فقال ((من أسلف في أمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) ، منقذ عليه ، أخرجه البخاري ، كتاب

إنشائه معدوم. وهذا ما قرره الرسول ﷺ في قاعدة فقال ((لا تبع ما ليس عندك))^(١).

القضية الخلفاء الراشدين على أساس فكرة الاستحسان:

من تتبع لمراجع المعتمدة وجد كثيراً من تطبيقات مبدأ الاستحسان في أقضية الخلفاء الراشدين ومنها:

أ- قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالعمول عن العقوبة المحددة لجريمة السرقة ضد الجاني إلى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المشول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب الجريمة، استثناء من قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِمَّا أَوْهَبَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٢) وقال تعالى: ﴿ وَلَا يَزِدُّكَ أُثْمَانًا وَلَا يَنْزِلُكَ أَثْمَانًا ﴾^(٣). كما في قضية سرقة عبيد لحاطب حين سرقوا ناقة رجل من مزينة - قبيلة - فتحروها، ولما وقع الأمر إلى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بقطع أيديهم بمد ثبوت الجريمة، ولكن قبل تنفيذ العقوبة قال لسيدع حاطب (أراك تجيعهم، والله لأغرمنك غرامة تشق عليك)، ثم قال لمالك الأباقة (كم تمنها؟)، قال (كنت أمتعها من أرممئة درهم - أي لم أبيعها بهذا الثمن -)، قضى عمر رضي الله عنه بإعفاء العبيد من العقوبة وبالحكم على حاطب بشماعة درهم^(٤). ومن قضاائه في المعاملات اللغنية حكمه بمواز وصية الصغير المميز والسفيه استثناء من شرط أهلية

السلم. فتح الباري ٥٢٨/٤، سلم. كتاب المساقات، باب السلم. صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤/١١. والبخاري (من أسلف في شيء).

(١) عن حكيم بن حزام، قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم، فقلت: يا رسول الله، يأتي الرجل بسانتي البيع ليس عندني فأبيعه منه ثم ابتاعه في السوق، قال (لا تبع ما ليس عندك)، المتص، شرح الترمذي ٢٦٨/٤. أخرجه الإمام أحمد ٤٠٢/٣. وأبو داود، كتاب البيوع، باب بيع الرجل ما ليس عنده ٢٨١/٣.

(٢) وكذلك قضاه بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة من الأم في الميراث في الأسهم المخصصة لهم من ثلث التركة في المسألة المشتركة، وهي إذا توفيت عن زوج وأم وأخوين من أم وإخوة أشقاء أو الأشقاء والشقيقات، مع أن القاعدة العامة تقضي بالحجب بالاستفراق.

(٣) سورة المائدة ٣٨.

(٤) سورة الأنعام: ١٦٤.

(٥) موطن الإمام مالك ٦٤٤/٢.

التبرع^(١).

ب- قضاء سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه في خلافته بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها استثناء من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث ، بموجب قوله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ أَرْبَعُ مِثْرَاتٌ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كُنَّ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ اثْنَتَا مِثْرَاتٌ ﴾^(٢).

وقد قضى بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف تماضر بعد أن طلقها في مرض موته رعاية لمصلحة الزوجة ، وسدأً للباب أمام من تسول له نفسه أن يطلق زوجته في مرض موته ليحرمها من تركته ، ولم يمترض احد على قضائه هذا ، لذا اعتبره فقهاء المسلمين إجماعاً سكوتياً^(٣) ، ومصداً لحكمهم به ، ولم يشذ عن القول بهذا الحكم الاستثنائي احد سوى الظاهرية^(٤).

ج- قضاء سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه بتضمين الصناع ، القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ((لا ضمان على مؤمن))^(٥) . ومن الواضح أن يد كل صانع وكل ذي حرفة كالنجار والخباط والنساج والمقاول على المواد الأولية المودعة لديه لصنع ما هو المطلوب منها يد أمانة لا يضمن متلفه ما لم يكن متعمداً أو مقصراً ، ولكن رعاية لمصلحة أصحاب تلك المواد الأولية قضى سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه في خلافته بتضمينهم استثناء من القاعدة العامة^(٦).

(١) ذلك لرعاية مصلحة الوصي في الحصول على الأجر والثواب في الأخرة مع عدم انتقال ملكية الوصي به إلى الوصي له إلا بعد وفاة الوصي ، لمزيد من التفصيل ، راجع المتضى شرح موطأ ١٥١/٤٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) راجع المتضى شرح موطأ ٨٦/٤-٨٧ .

(٤) لمزيد من التفصيل والإطلاع على الآراء الخلافية في هذه المسألة ، راجع مؤلفنا شرح قانون الأحوال الشخصية (أحكام الميراث والوصية) ، ص ١٠٣ وما بعدها ، وقد قضى أبو يوسف بتوريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت في مرض موتها استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم الإرث بعد الفقرة الزوجية ، المراجع لأبي يوسف ، ص ١٨٢ .

(٥) نيل الأوطار ٢٩٦/٥ ، البيهقي ٢٨٩/٦ .

(٦) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة ، وفي التفرقة بين الأجير الخاص والأجير المشترك ، راجع الهداية وبداية المبتدي مع شرح فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها .

الاستنتاج

يمكن أن نستنتج من هذا العرض أن للاستحسان النتائج الآتية:

- ١- الاستحسان ليس لذة ولا هوى كما ظن البعض وإنما هو العدول عن تطبيق الحكم الأصلي في واقعة معينة إلى حكم استثنائي لما يقتضيه من جلب نفع أو دفع حرج أو رفع ضيق، وقد أرشدنا إلى ذلك القرآن الكريم في آيات كثيرة كما ذكرنا بعضاً منها^(١).
- ٢- الاستحسان ليس عدولاً إلى أقوى الدليلين كما ظن الكثير من الأصوليين، بل هو عكس هذا التصور لأن المفروض أن الحكم الأصلي إما بنص صريح عام أو بقاعدة شرعية عامة معترف بها من قبل جميع أئمة الفقه، وإن العدول إلى الحكم الاستثنائي ليس ليكون دليلاً أقوى، وإنما لأن الواقعة المعنية بهذا الحكم لها خصوصيتها وظروفها الاستثنائية، بحيث لو طبق الحكم الأصلي لأدى إلى قيام حرج مفروض شرعاً أو فوات مصلحة مقصودة شرعاً.
- ٣- الاستحسان ليس عدولاً عن القياس الجلي إلى القياس الحقي كما تصور البعض، لأن هذا العدول الخاص ليس إلا صورة من صور الاستحسان وهو في حقيقته يرجع إلى العدول عن القاعدة العامة القاضية بالعمل بالقياس الجلي إذا تعارض مع القياس الحقي.
- ٤- تقسيم الاستحسان إلى الاستحسان بالنص والإجماع والعرف والقياس والضرورة^(٢)، تقسيم غير سليم بالنسبة للقسامين الأولين، لأن العدول الثابت بالنص كما في العدول من الصيام إلى الفطر في السفر والمرض، والثابت بالإجماع كما في عقد الاستصناع ليس من باب الاستحسان الذي هو مصدر عقلي تبني كاشف، ولأن مصدر الحكم في هاتين الحالتين هو النص والإجماع، ولا يرجع إلى العمل بالاستحسان عند وجود واحد منهما كما هو واضح.

(١) راجع هامش ص ١٧٧ في مقدمة هذا الموضوع للاطلاع على الآراء والتعاريف التي يصددها تحديد معنى الاستحسان.

(٢) كما ورد هذا التقسيم في المراجع الأصولية الحنفية والمالكية والوليات الحديثة، في فتح الغفار بشرح المنار ٣٠١/٣ (والاستحسان يكون بالنص والإجماع والضرورة والقياس)، وكذلك في كشف الأسرار ١١٢٥/٣، ومصادر التشريع فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الرهاب خلاف، ص ٦١-٦٢، أصول الفقه الإسلامي، الدكتور محمد مصطفي شلي ٢٨٢/١ وما بعدها.

- ٥- والعمل بالاستحسان يرجع إلى العمل بالمصلحة من جلب منفعة أو دفع مضرة، إلا أن العمل بها في صورة الاستحسان يكون من باب الاستثناء من القواعد الكلية والنصوص العامة فكل واقعة يطبق فيها الاستحسان تطبق فيها المصلحة دون العكس.
- ٦- الاستحسان أصل من أصول الفقه الإسلامي أرشدنا إلى تطبيقه القرآن الكريم والسنة النبوية وقضاء الخلفاء الراشدين، وله أهمية كبيرة في الحياة العملية وفي الوقائع المحاطة بالظروف الطارئة. حيث تطبيق الأحكام الأصلية فيها يؤدي إلى حدوث حرج أو تفويت مصلحة مشروعة. والحاصل أن الاستحسان عبارة عن العدول عن العمل بالعمومية إلى العمل بالرخصة لما يدعو إلى ذلك، وأن العمل بالاستحسان هو العمل بالنصوص التي تدعو إلى اليسر ورفع الحرج.
- ٧- كل عزيمة من الأحكام أصل، يجب اتباع هذا الأصل، ما لم يوجد مبرر شرعي يدعو إلى العدول عنه. وكل رخصة استثناء من الأصل، واستحساناً يقتضيه عدل ومبرر شرعي من المصلحة أو الضرورة أو العرف.

تطبيقات الفقهية المستندة إلى مبدأ الاستحسان:

- بني فقهاء المسلمين وبصورة خاصة الحنفية كثيراً من الأحكام الفقهية على الاستحسان ومنها:
- ١- للأب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر، وللجد تزويج حفيده من حفيده استثناء من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد (وعدم جواز صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد)، ذلك رعاية لمصلحة القاصر^(١).
- ٢- إذا ظفر الإنسان بجنس (أو نوع أو صنف) حقه في مال من ظلمه، فإنه يستغل بأخذه بقدر ما يعادل حقه، فيقوم مقام القابض والمقبض لميس الحاجة^(٢).
- ٣- الإنابة في الشهادة فتقبل الشهادة على الشهادة لعذر، رغم أن الشهادة مأخوذة من المشاهدة^(٣) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٤).

(١) فواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق ١٧٥/٢.

(٢) المرجع السابق ١٧٦/٢.

(٣) المحلى لابن حزم ٤٣٨/٩.

٤- عدم قبول شهادة الأصول لمصلحة الفروع ، وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الأصول ، استثناء من الإطلاق الوارد في النصوص ومنها قوله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ يَرْتَضِيكُمُ اللَّهُ ﴾^(١) ، وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٢) .

الاستحسان وتعديل الالتزامات الكونية للقائمة:

قد ينشأ الالتزام صحيحاً سواء أكان سببه تصرفاً (عقداً أو إرادة منفردة) قولياً أم فعلياً أم تصرفاً فعلياً فعلاً نافعاً أو ضاراً أم واقعة شرعية قانونية ولكن قد يستصحبه حين إنشائه سببه أو بعمده ظرف خاص أو شرط تعسفي يجعل تنفيذه بمقتضى سببه المنشئ ضاراً بأحد أطراف العقد أو غير ملائم مع مصلحة عامة ، الأمر الذي يبرر للقاضي أن يتدخل ليعطل الالتزام أو سببه بما يزيل (أو يخفف) الضرر ، أو يحقق مصلحة عامة.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن جميع التعديلات القضائية أو الإدارية بل حتى التشريعية رعاية للعنداة أو المصلحة العامة ترجع إلى تطبيق الاستحسان الذي هو أصل من أصول الفقه الإسلامي.

ومن تطبيقات التعديلات الراجعة إلى هذا الأصل ما يلي :

أولاً- تعديل الالتزام لإزالة (أو تخفيف) الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ: مقتضى القاعدة العامة (العقد شرعية المتعاقدين)^(٣) ، وهو وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه لقوته الملزمة فلا يجوز لأي من أطرافه أو القاضي أن يستقل بنقضه أو تعديله. ومع ذلك إذا طرأ ظرف (أو حادث) استثنائي عام^(٤) ، لم يكن في الوسع توقعه

(١) في المفتي لابن قدامة ٢٠٦/٩ (أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إضفاء الشهادة على الشهادة في الأموال ولأن الحاجة داعية إليها).

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) المفتي المرجع السابق ١٩١/٩ ، المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ٣٣٠/٢ .

(٤) المفتي الفرنسي ، م ٣/١٣٤ ، المفتي المصري ، ١٤٧ .

(٥) في الفقه الإسلامي ، لا يشترط أن يكون عاماً بل يعتبر من الظروف الطارئة الباردة للتعديل المرض والإفلاس ونحوهما.

وترتب على حدوثه إن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً^(١) للمدين بحيث يهدده بمضارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك^(٢). ويعتبر باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن حق طلب إزالة الضرر من النظام العام واصل هذا التعديل هو الاستحسان^(٣).

لثباً- تعديل الالتزام بسبب الاستفلال: إذا كان أحد العاقدين قد استفلت حاجته أو طيشه^(٤) أو هواء أو عدم خبرته^(٥) أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش^(٦)، جاز خلال مدة مبدؤها القانون أو العرف أن يطلب من القاضي تعديل التزامه برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فهذا التعديل من تطبيقات الاستحسان، لأنه عدول عن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلى تطبيق مبادئ العدالة.

-
- (١) أي لا مستحيلاً ولا اقتضى الالتزام تلقائياً وانفسح العقد.
- (٢) في بعض القوانين للمدين أن يطلب النسخ وللمتعاقد الآخر أن يبدأ طلب النسخ بأن يمرض تعديلاً للشروط بما يتفق مع العدالة، وبه أخذ القانون المدني الإيطالي، م ١١٦٧.
- (٣) ومن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يلي:
- أ- أن يكون العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر أو الفوري الموجل أو الدوري.
- ب- أن يحدث بعد العقد ظرفاً (أو حادث) استثنائي عام غير متوقع كالحرب والفيضان والزلازل.
- ج- أن يحمل هذا الظرف (أو الحادث) تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، ومن المعروف أن هذه النظرية لها جذورها وأسسها في الشريعة الإسلامية المشبعة بالقواعد الأخلاقية وقواعد العدالة، وقد ازدهرت النظرية في القانون الدولي ثم انتقلت إلى القانون الإداري وأخذ بها القضاء الإداري ثم أثرها القانون المدني الخاص.
- (٤) الطيش: عدم التفكير بعواقب الأمور.
- (٥) عدم القدرة على تمييز الجيد من الرديء.
- (٦) الغبن الفاحش: بيع السلعة بأكثر من ثمنها الذي تعارف عليه الناس عادة، أو بيعها بأقل من ثمنها المتعارف عليها. وفكرة الغبن ترجع إلى قول رسول الله ﷺ (إذا بايت فضل لا خلاية ثم أنت باختيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارده) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب من يذبح في البيوع. والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم القوميين بخلاف الغبن اليسير، والغبن اليسير مفسوخ إلا إذا كان الغبون قاصراً أو دولة أو جهة الوقف.
- لمزيد من التفصيل، راجع المدني العراقي، م ١٢٥، والمصري، م ١/١٢٩ وشروحهما، والدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ١/٣٦٣ ف ٢٠٦. صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٣٣.

ثالثاً- تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي: الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه، فهو تقدير اتفاقي للتعويض قبل وقوع الضرر. فإذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، في هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي إلى حد يتلاءم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير^(١). وهذا يرجع أيضاً إلى العمل بالاستحسان.

وأخيراً- تعديل الالتزام عن طريق تعديل شروط عقد الإذعان: عقد الإذعان هو عقد لم تسبقه مرحلة التفاوض بين المتعاقدين على شرائطه، فالتعاقد القابل إما أن يسلم بهذه الشروط كما هي دون تعديل أو يدع التعاقد، فهي توضع سلفاً ولا تقبل المناقشة لتمتع واضعها بسلطة اقتصادية نابعة عن الاحتكار الفعلي أو القانوني بالنسبة إلى سلع وخدمات ضرورية يتولى تقديمها للجمهور كالماء والكهرباء والهاتف ووسائل النقل.

فإذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدّعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(٢).

خاصةً- تعديل العقود الإدارية والقرارات الإدارية: من المعروف أن القضاء الإداري لا يتقيد بالنصوص التشريعية بالدرجة التي يتقيد بها القضاء المدني لأنه لا ينظر إلا في الدعاوي ذات العلاقة بالمصالح العامة، وهذا ما يدعو إلى الحرص على أن يوفق بين القواعد العامة وبين ما تقتضيه المصلحة العامة^(٣).

(١) عبد المنعم البدر، مصادر الالتزام، ٩٢/٢.

(٢) للدني العراقي، ٢٢/١٦٧، للدني المصري، م ١/١٤٩.

(٣) م ١١٣٤ للدني الفرنسي التي تنص على (أن العقد شريعة المتعاقدين والتي تسلك بها القضاء المدني الفرنسي إلى ابعده حد لا تلزم القضاء الإداري مطلقاً، ولجلس الدولة الفرنسي أن يعدل العقد بما يتلاءم مع مقتضيات العدالة وما يسائر الظروف الجديدة التي لم تكن في الحسبان)، المذكور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٣٣٣.

وللإدارة تعديل المرفق العام^(١) وتعديل الالتزامات وطرق ووسائل تنفيذ العقد^(٢)، وتعديل اللوائح^(٣).

وهكذا جميع الاستثناءات والتعديلات ترجع إلى الاستحسان الذي هو أصل من أصول الفقه الإسلامي.

(١) يقول بيكيبو (ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليسير أهدافه)، الدكتور عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ص ١٩٦.

(٢) يقول ريبور (إن سلطة التعديل الانفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استناداً لبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة)، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٣) يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٦٠٢ (استقرت القاعدة في فرنسا وفي مصر على أنه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح أو تلغيها أو أن تستبدل غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام).

المبحث الرابع

الذرائع سدها وفتحها

الذرائع، جمع ذريعة، وهي:

لغة الوسيلة التي يتوصل بها إلى تحقيق غرض مطلق، أي بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض الذي يتوصل بها إليه.

وفي اصطلاح الأصوليين له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو إعطاء الوسيلة حكم غايتها^(١)، فالوسائل التي يكون غايتها مشروعية تفتح أبوابها أمام الناس، أما الوسائل التي تؤدي إلى غايات مضرة فاسدة، أو كانت مفسدة تساوي مصالحها أو تزيد عليها فإنها تسد أبوابها ويمنع من مزاولتها.

ومن الواضح أن العالم الذي يعيش فيه الناس عالم الأسباب وليس عالم المعجزات، فكل من لم يباشر السبب لن ينال مسببه، تلك سنة الله في خلقه ولن تجد لسنة الله تبديلاً، وقد قال

(١) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٣٥/٣ لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والفتح منها بحسب إضانتها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقرابات في صحتها، والأذن فيها بحسب إضانتها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصود قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعال شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحرمة وتبئتها له، ومنعاً أن يقرب حواء، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك تقضياً للتحرمة وإغراء للنفوس به، وحكمته تعال وعلمه يابى ذلك كل الإياء بل سياسة ملوك الدنيا نأى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد تالفاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، والافسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال).
ومن تأمل معادها ومواردها علم أن الله تعال ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشيء.

سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَمَا بَيْتَهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبِيلاً ﴾^(١).

فلكل نتيجة مقدمات، ولكل مسبب سبب، ولكل غاية وسيلة ولكل غرض تصرف، ولكل معمل علة، ولكل أمل عمل، والنظر في مآلات تصرفات الإنسان معتبر مقصود شرعاً سواء أكانت التصرفات موافقة للشرع أو مخالفة له^(٢).

وكذلك تصرفات الإنسان قولية أم فعلية تابعة للنيات، والنية روح العمل وقوامه، فهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها وفقاً للقاعدة الشرعية الكلية التي تنطق بها رسول الله ﷺ في جملتين وهما ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى))^(٣). فبين في الجملة الأولى أن العمل الصادر عن البالغ الرشيد المختار لا يقع إلا بالنية، وأن العمل تابع لها صحة وفساداً، قبولاً ورفضاً، ووضع في الثانية أن العامل ليس له من عمله سوى ما نواه سواء أكان المعمل من المعاملات أم من العبادات أم من غيرها^(٤). وتختلف أهمية وخطورة الوسيلة باختلاف أهمية وخطورة غايتها^(٥).

(١) سورة الكهف ٨٤.

(٢) قال الشاطبي الموافقات ١٩٤/٤-١٩٥ (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك إن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظرة إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لفسدة تدور، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لفسدة تنشأ عنه. أو لمصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا اطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى فسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هنا مانعاً من اطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع الفسدة إلى فسدة تساوي أو تزيد فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب اللقائ محمود الفب جار على مقاصد الشريعة).

(٣) وهو من الأحاديث المشهورة بل قال البعض أنه متواتر معنى.

(٤) إعلام الموقعين، المرجع السابق ١١١/٣.

(٥) قال عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٢٣/١ (يختلف أجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها، فالتوسل إلى معرفة الله تعالى ومعرفة ذاته وصفاته أفضل من التوسل إلى معرفة أحكامه... إلى الخرم).

ويقول أيضاً ١٢٦/٢ (ويختلف وزن وسائل المخالفات باختلاف دقائق المقاصد وفسادها، فالوسيلة إلى أرذل المقاصد أرذل من سائر الوسائل، فالتوسل إلى الجهل بذات الله وصفاته أرذل من التوسل إلى الجهل بأحكامه، والتوسل إلى القتل أرذل من التوسل إلى الزنى، والتوسل إلى الزنى أتبع من التوسل إلى الاكل بالباطل والإعانة على القتل بالإسك أتبع من الدلالة عليه... إلى الخرم).

فكم من فعل مشروع لذاته يحكم عليه بعدم المشروعية بالنظر إلى ما يؤول إليه من مضرة ومفسدة وكم من فعل غير مشروع لذاته يعتبر مشروعاً لما يحققه من مصلحة مشروعة.

أقسام الذرائع من حيث المشروعية وعدمها:

ونستنتج من هذه المقدمة أن الذرائع (الوسائل) من حيث المشروعية وعدمها تنقسم إلى أربعة أقسام:

- ١- كل من الوسيلة والغاية مشروعة.
- ٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة.
- ٣- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة.
- ٤- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.

لقسم الأول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل) لما تؤدي إليها من تحقيق منافع ومصالح عامة ومن تطبيقاتها ما يلي:

أ- تحديد ملكية الأراضي الزراعية وتنظيم الري، وتقديم العون من الخزانة العامة إلى كل من يستثمر الأراضي الزراعية، وتوفير الوسائل الحديثة للحراثة والسقي، كل ذلك لغرض تطوير المنتجات والمحصولات الزراعية من حيث الكم والكيف.

ب- بناء القرى العصرية بحيث تتوفر فيها كافة الوسائل الصحية والاجتماعية والثقافية لغرض تشجيع الهجرة العاكسة، أي من المدن إلى القرى والأرياف، لما في ذلك من مصلحة التنمية الزراعية وتأمين الثروة الحيوانية.

ج- مراقبة تطبيق نظام المرور بدقة وتسجيل المخالفات المرورية بالأجهزة الحديثة المتطورة ومحاسبة المخالفين بشدة لغرض حماية سلامة الناس، والمحافظة على وسائل المواصلات والأموال العامة مما يتعلق بالشوارع والطرق والجسور.

د- الاهتمام الزائد بالتعليم في جميع مراحل، والاستمرار على تطوير المناهج في ضوء تطور متطلبات الحياة، مع إعطاء الأولوية لتكوين الكادر التدريسي الكفوء وتقديم الدعم المادي والمعنوي للأسرة التعليمية، كل ذلك لغرض رفع المستوى العلمي.

هـ- كل وسيلة مشروعة أخرى تؤدي إلى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة يجب فتحها أمام الناس والاهتمام بتنفيذها بكل دقة وأمانة.

القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها إلى غايات غير مشروعة:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد أبواب كل وسيلة غير مشروعة في ذاتها تؤدي إلى نتيجة غير مشروعة بمنع ما لم يقع منها ورفع ما هو قائم، ومكافحتها بكافة الطرق الوقائية والعلاجية، وتقع مسؤولية مكافحة هذه الفروع غير المشروعة بغاياتها ونتائجها على الدولة بالدرجة الأولى وعلى الأفراد بالدرجة الثانية، فهي تدخل في باب الحسبة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد أمر القرآن الكريم بذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ السَّالِحُونَ﴾^(١).

وأكد ذلك الرسول ﷺ بأفعاله وأقواله ومنها ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))^(٢).

ومن تطبيقات الدواعي غير المشروعة بغاياتها ونتائجها ما يلي:

أ- منع الأسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية فالسولية في مكافحة هذه الجريمة الخبيثة تقع على المجتمع البشري والأسرة الدولية بأسرها.

ب- صنع المشروبات والمخدرات والمخدرات والاتجار بها من الفروع غير المشروعة بغاياتها وغاياتها، لما فيها من الفساد والمضار الخطيرة بالنسبة للفرد والمجتمع.

ج- إنشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات. فعلى الدولة

وتعاون مع الأفراد سد هذه الفروع التي اعتبرها القرآن من أعمال الشيطان، فقال

سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا لَنَنصِرُكَ وَالْيَمِينَ وَالْأَنْصَارُ وَاللَّامِئَاتُ يَمْشُونَ عَلَى

الْبَيْتِ لِيَكْفُرُوا بِكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ﴾^(٣). فهي إن كانت نافعة من بعض الزوايا المادية

(١) آل عمران ١٠٤.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، صحيح مسلم بشرح النووي ٢/٣٨١.

(٣) سورة المائدة ٩٠.

الضيقة، فإنها مضرة من الناحية الصحية والاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية. كما قال تعالى: ﴿يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْكَفْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آسَافِرٌ مِنْ قَلْبِهِمَا﴾^(١). والمراد بالإثم المضرة والمفسدة.

د- وقوف بعض الرجال والمراقبين المنحرفين أمام مدارس البنات وفي الطرق والشوارع لتضليل أخواتهم وبناتهم لغرض النيل من العرض الذي هو عرضهم، وهتك حرمة الشرف الذي هو شرفهم، وتدني النسب الذي هو من صميم أصالة حياة كلهم. كل ذلك من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها. فعلى السلطة والمجتمع والأفراد التعاون لمكافحة هذه الظاهرة الاجتماعية الفاسدة، فهي أمراض سارية معدية بسرعة، وخطير بكثير من الأمراض التي تجند الدولة إمكانياتها لمكافحتها.

هـ- الغش والاستغلال والاحتيال والجشع والتعامل في السوق السوداء، كلها ذرائع غير مشروعة يكسب من ورائها فئة ضالة أرباحاً غير مشروعة على حساب المصلحة العامة وعلى حساب المستهلكين. فعلى السلطة وتعاون المجتمع والأفراد سد هذه الذرائع غير المشروعة بغاياتها. وقد نهى الرسول ﷺ عن هذه الذرائع في أقواله الثابتة المثبتة في المراجع المعتمدة لا مجال لاستعراضها في هذا البحث الأصولي.

القسم الثالث: ذرائع غير المشروعة في نكاحها والمشروعة في غاياتها:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في أن بعض الوسائل غير المشروعة لنكاحها قد تتحول إلى المشروعة لغيرها، أي للنتائج المشروعة والمصالح العامة التي يمكن أن تحققها هذه الذرائع في حالات غير اعتيادية. فهنا القسم يدخل في باب اجتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة.

ومن تطبيقات هذا القسم ما يلي:

أ- العقوبة سواء أكانت بدنية أم مالية، مادية أم معنوية، قبيحة في ذاتها لأنها مضرة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته وأولاده وغيرهم.

ورغم ذلك أقرتها شرائع الله وقوانين الإنسان، واعترفت بوجود تطبيقها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة إلى ذلك، لأن هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضرتها لما فيها من حماية الأمن والاستقرار والمحافظة على الأموال والأنفس والأعراض والأنساب.

ب- الكذب قبيح وقول غير مشروع، فهو مضررة ومفسدة في الظروف الاعتيادية، لكن قد يصبح حسناً مشروعاً إذا حقق غاية مشروعة ومصصلحة راجحة على مفسدته، كما في الكذب الذي يتخذ ضعيفاً من ظلم قوي، ويحمي عرضاً معرضاً للهلك وغير ذلك.

ج- أكل الميتة ونحوها، وتعاطي الدم من الأمور القبيحة لذاتها، لكن إذا توقف عليه إتقاذ الحياة يتحول إلى المباح بل الواجب.

د- نبش الأموات للكشف عن الجريمة أو لإخراج ما دفن معه من الأموال المفضوعة، وشق بطن الأم المتوفاة لإخراج جنينها المرجو حياته، ونقل عضو من أعضاء الميت وزرعه في جسم حي، وأمثال ذلك من الأمور القبيحة لذاتها لما فيه من هتك حرمة الميت، لكن المصلحة التي يمكن أن تتحقق من هذه الذريعة تكون راجحة على مفسدة الهتك.

هـ- الحجر على أموال السفهاء وبيع أموال المدين الماطل رغم عدم رضائه لتسديد الدين، وتحديد تصرفات المريض مرض الموت، ووضع الحجر على الفلّس وحجر أموال المدين الماطل، وإخذ الشفع المبيح بالشفعة رغم إرادة البائع والمشتري، وغيرها من أمثال هذه القبول السالبة للحرية وللرضى من الأمور القبيحة لذاتها، ولكنها تحقق مصلحة راجحة على مفسدتها، لذا أقرتها الشريعة والقانون وغير ذلك من آلاف التطبيقات من هنا القبيل^(١).

(١) ومنها:

- ١- الغيبة عمل غير مشروع لكنها جائزة في حالة الإشتارة كمن يريد أن يخطب بنت عائلة يشتر بمعرفة فليجب أن يقول المشرار محاسن ومساوي. هذه العائلة بفكر الحاجة.
- ٢- كشف العورة مفسدة لما فيه من هتكها، لكنه جائز في حالات التداوي والعمليات.
- ٣- ذبح الحيوان مفسدة في حقه، لكنه جائز لمصلحة بقاء الإنسان.
- ٤- الفرار صحة زواج المشركين بعد إسلامهم رغم فسادة جائز، لأن الحكم بفساده يقلل من إسلامهم، قواعد الأحكام ١٠٢/١.
- ٥- قطع عضو مصاب بالسرطان متعمداً لإنتشاره.
- ٦- زرع الكلى وغيرها من زراعة الأعضاء البشرية القابلة للزرع، بحيث لا تصطدم مع النص.

القسم الرابع: الفرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بظايرها:

قد تكون الذريعة مشروعة في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة، كمن يهب مالاً لامرأة بقصد بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة باطلة إذا علم الموهوب له بالقصد غير المشروع وللواهب استرداد المال الموهوب.

وقد قسم علماء الأصول^(١) هذا القسم الرابع من الفرائع باعتبار مدى ترتب النتائج والغايات عليها إلى الأنواع الثلاثة الآتية:

النوع الأول: هو أن تفضي الوسائل (الفرائع) إلى سادة (أو مضرة) على وجه القطع أو الظن القريب منه، وهذا النوع من الفرائع لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها، ومن تطبيقات هذا النوع:

١- بيع السلاح وقت الفتنة إذا كان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم أنه يستخدم في الاعتداء وقتل الأبرياء ويكون العقد باطلاً.

٢- بيع المواد الأولية لأصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة، وكان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم استخدامها في صنع المسكرات، ويعتبر العقد باطلاً عند أكثر الفقهاء شأنه شأن بيع وشراء المسكرات ذاتها.

النوع الثاني: أجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة إلى تحقيق المصلحة أكثر من أن تكون ذريعة إلى المفسدة (أو المضرة).

ومن صور هذا النوع:

١- صنع الأسلحة الدفاعية وبيعها في الظروف الاعتيادية، فلا يسد مثل هذه الذريعة لمجرد احتمال استعمالها في العدوان.

٢- زراعة العنب وغيره من الفواكه التي تستخرج منها المسكرات المحرمة، لا تسد ولا تمنع لمجرد احتمال استخدامها من قبل أصحاب معامل صنع المسكرات.

النوع الثالث: اختلف الفقهاء في سده وفتحها، كالفرائع التي تتردد بين المصلحة والمفسدة، فمن رأى أن المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها، ومن قال بوجوب مفسلتها قال بسدها، ومن صور هذا النوع:

(١) لمزيد من التفاصيل ينظر: الفروق للفرائي ٢٢٢/٢ و٢٦٦/٣ القاعدة ١٩٤ الفرق بين قاعدة ما يسد في الفرائع وقاعدة ما لا يسد منها.

- ١- قضاء القاضي بعلمه فإنه متردد بين أن تكون وسيلة إلى حفظ الحق عندما لا تكون هناك بيئة لإثباته ، وبين أن تكون وسيلة لإزهاق الحق عندما يكون القاضي غير خاضع لسultan الإيمان^(١).
- ٢- التحليل ، وهو أن تزوج المطلقة للمرة الثالثة رجلاً آخر بعد انتهاء العدة بتواطئ مضمونه أن يطلقها بعد أن يعاشرها ، حتى تحل للزوج الأول بعقد جديد ، لأن القرآن حرمها على الزوج المطلق للمرة الثالثة ما لم تزوج من زوج آخر ، فقال تعالى : ﴿ فَإِنْ كَلَّفَهَا مَالًا لِمُؤْمِرٍ مَّبْدُئَةً تَنْكِحَ نَفْسًا غَيْرَهُ ﴾^(٢) . والمراد بالزواج في هذه الآية هو الزواج الشرعي الدائم الاعتيادي ، وهذا الزواج هو حيلة استخدمت ذريعة في غير غرضها المشروع . وقد قال المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) (الزواج باطل لأنه لم يقصد به غرض المشروع) ، وقال الشافعية^(٦) والجعفرية^(٧) والظاهرية^(٨) (إذا لم يذكر في العقد الطلاق بعد المعاشرة صحيح والا فباطل)^(٩) ، والاتجاه الأول هو الراجح لقول الرسول ﷺ ((لما الأحكام بالنيات)).

(١) في المفتي لابن قدامة ٥٣/٩-٥٤ (ظاهر المنع ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا في علمه قبل الولاية ولا بعدها) ، هذا قول شريح ، والشمسي ، ومالك وإسحق وإبي عبيد ، ومحمد بن الحسن ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال أبو حنيفة ما كان من حقوق الله يحكم فيه بعلمه ان حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الأديين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به لأنه بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته) ، راجع في تفصيل هذا الخلاف المهمل لابن حزم ٤٢٧/٩ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٣) شرح موطأ الإمام مالك ، لابي الوليد سليمان الباجي ٢٩٨/٣ .

(٤) منتهى الإرادات للإمام محمد الشهير بابن النجار ١٨٠/٢ .

(٥) التاج الذهب ، شرح من الأزهاري في فقه الأئمة الاطهار للإمام احمد الصنعاني ٢٨٠-٢٩٠ .

(٦) الأم ١٨٠/٥ .

(٧) شرائع الإسلام ٣١/٢ .

(٨) المهمل لابن حزم ١٨٠/١٠ .

(٩) مزيد من التفصيل ، راجع مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شرعة السماء وقانون الارض خلال اربعة الاف سنة ، للمؤلف ٢٠٥/١ وما بعدها .

أدلة مشروعية العمل بسد الذرائع

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقرآن والسنة والعقل :

١- القرآن قال سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ قَسَبُوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾^(١) ، فهى المسلمين في صدر الإسلام عن سب آلهة المشركين مع أن السب مطلوب لما فيه من إذلال المشركين وتوهين صفة الشرك ، غير أنه ترتب عليه مفسدة (سبهم لله).

ب- السنة النبوية نهى الرسول ﷺ عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المعارك ضد الأعداء . خشية أن يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم.

ج- المعقول ما أحسن ما قاله ابن القيم (رحمه الله) في تحليله العقلي لسد الذرائع من أنه (إنما حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تنفضي إليه ، فإنه يجرمها ويمنع منها تحقياً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يقرب حماءه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد تناقضاً ولحصول من رعيته ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا لفسد عليهم ما يرومون إصلاحه ، فما الظن بهذه الشريعة التي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟)^(٢).

فصلة بين سد الذرائع في أصول الفقه، والباحث الدافع غير المشروع في القانون:

الصلة وثيقة بين القسم الرابع للذرائع (وسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة) في أصول الفقه الإسلامي وبين الباحث الدافع غير المشروع في القانون الوضعي. ومن المعروف أن النظرية التقليدية ذهبت إلى أن للسبب ثلاثة أنواع :

أ- السبب المنشيء (سبب الحقوق والالتزامات) كالمبيع والإيجار والهبه والعارية وغيرها من عقود المعاوضات والتبرعات.

(١) سورة الانعام ١٠٨.

(٢) إعلام الموقعين ١٣٥/٣.

ب- السبب القسدي (الفرض المباشر) للمتعاقدين ، كالبيع بالنسبة للمشتري والتمن بالنسبة إلى البائع.

ج- السبب الباعث الدافع (الفرض غير المباشر)^(١).

وذهبت النظرية الحديثة إلى أن الباعث الدافع هو السبب في العقد ، خلافاً للتقليدية التي اعتبرت الفرض المباشر (السبب القسدي) هو السبب في عقود المعاوضات ، والاتجاه السائد في الفقه الحديث والقوانين الحديثة والقضاء هو الأخذ بالنظرية الحديثة ، واعتبار السبب في العقود هو الباعث الدافع ، وهو قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع شأنه شأن السبب القسدي ، فما هو مدى تأثيره على صحة العقد في حالة عدم مشروعيته؟

١- لا خلاف في بطلان العقد إذا كان سببه القسدي (الفرض المباشر) غير مشروع.

٢- لا خلاف بين جمهور فقهاء القانون في بطلان العقد إذا كان باعته الدافع غير المشروع مذكوراً في صلب العقد.

٣- وإنما الخلاف في صحة وبطلان عقد يكون باعته الدافع غير المشروع وغير مذكور في صلب العقد ، أو غير متفق عليه قبل العقد ، ومرد هذا الخلاف هو الاختلاف في أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة أو الباطنة عند اختلافهما. ففي التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة ، فالباعث الدافع غير المشروع يجعل العقد باطلاً ، وإن لم يذكر في العقد إذا علم به الطرف الآخر ، أو كان باستطاعته أن يعلم به. أما العبرة في التشريعات الجرماتية الألمانية والقوانين المتأثرة بها بالإرادة الظاهرة ، فالباعث الدافع غير المشروع لا تأثير له على صحة تصرفات الإنسان إذا لم يكن جزءاً منها.

ومن التطبيقات القضائية المبينة على الاتجاه اللاتيني ما يلي :

أ- قضى القضاء الفرنسي بأنه (إذا وهب خليل لخليلته مالا ، فإذا كان الباعث الدافع استيقاظ العلاقة غير المشروعة بينهما كانت البينة باطلة ، وللواهب استرداد الموهوب ، أما إذا كان الباعث الدافع هو تعويضها عما أصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير المشروعة بينهما

(١) وتتميز الباعث الدافع من السبب القسدي بميزتين إحداهما : أن السبب القسدي جزء من العقد وموضوعي ، وأما السبب الباعث فهو ذاتي ونفسي وشخصي وخارج. وثانيهما : السبب القسدي لا يختلف باختلاف الأشخاص بخلاف السبب الباعث ، وعلى سبيل المثال إن الباعث الدافع لدى من يبيع سيارته قد يكون شراء سيارة جديدة ، أو الزواج أو البناء أو فتح مشروع أو تناوي مرض أو غير ذلك ، فهذه البواعث تختلف باختلاف الأشخاص حتى في نوع واحد من العقد.

فالبينة تكون صحيحة^(١).

ب- وقضى القضاء المصري بأن (عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض من هذا القرض أن يتمكن من الاستمرار على المقامرة، وكان المقرض عالماً بهذا القصد، وقد سبق فقهاء الشريعة الإسلامية فقهاء القانون في انضمامهم إلى أنصار الإرادة الظاهرة وأنصار الإرادة الباطنة، وبالتالي في اختلافهم بالنسبة إلى مدى الاعتداد بالباعث الدافع غير المشروع وتأثيره على العقود وسائر التصرفات:

١- اتجاه الاعتداد بالإرادة الظاهرة وقد تزعم هذا الاتجاه الإمام الشافعي فهو لا يمتد بالإرادة الباطنة عند اختلافها مع الإرادة الظاهرة، وبالتالي يرى انه لا تأثير للباعث الدافع غير المشروع ما لم يذكر في صلب العقد كما هو الشأن في القوانين الجزائية والتشريعات الماثرة بها^(٢).

٢- اتجاه الاعتداد بالإرادة الباطنة وبالتالي القول بتأثير الباعث الدافع غير المشروع على صحة تصرفات الإنسان من العقود وغيرها، وإن لم يذكر في صلب هذه التصرفات ما دام الطرف الاخر يعلم به أو كان باستطاعته أن يعلم، وقد تزعم هذا الاتجاه المالكية^(٣) والحنابلة. واخذ فقهاء الحنفية باتجاه وسط بين الاتجاهين المذكورين فقالوا بكون العقد باطلاً إذا ذكر الباعث الدافع غير المشروع في صلب العقد أو لم يذكر ولكن كان بالإمكان استنتاجه من طبيعة محل العقد.

(١) مصادر الحق للاستاذ السهوري ٣٠/٤.

(٢) قال القرني، الفروق ٣٣/٢ (اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره، وتندب، وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والمحج، وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي التضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المقضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه في تحريم وتحليل، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقيع المقاصد أقيع الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطه).

(٣) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٢/٣ (وإن قصد بها-أي بالمقود- ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل، وبعت واشترت بقصد الربا، وبخالفتها بقصد الخيلة على فصل المحلوف عليه. بأن حلف بالطلاق بأنه لا يفعل كذا ثم طلق زوجته قبل الفعل، وقام بفعل المحلوف عليه ثم تزوجها مرة أخرى، وبملكك بقصد الخيلة على إسقاط الزكاة بأن ملك ماله الذي تجب فيه الزكاة قبل حلول الحول شخصاً صورياً ثم أسترده منه حتى تسقط السنة التي هي شرط الوجوب، وما أشبه ذلك فهنا لا يحصل مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه فإن في تحصيل مقصوده تنقيحاً للمحرم وإسقاطاً للواجب وإعانة على معصية ومنافضة لدينه وشرعه).

المبحث الخامس الاستصحاب

تعريفه، أنواعه، الصلة بينه وبين الحيثية

تعريفه:

لغة: مأخوذ من المصاحبة.

وفي اصطلاح الأصوليين عرف بتعريفات متعددة لا فائدة في استعراضها^(١)، ومناقشتها لما في ذلك من ضياع الوقت بدون الخروج إلى نتيجة مشرة.

والتعريف المختار:

هو أن الاستصحاب إستدانة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مزله، وهذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي رغم أهميته من الناحية العملية والقضائية لم يحظ

(١) ومن هذه التعريفات: قول السرخسي الحنفي، أصول السرخسي ٢/٢٢٢ (من الاحتجاج بلا دليل الاستدلال باستصحاب الحال وذلك نحو ما يقول أصحابنا في حكم الزكاة في مال العبيد ان الأصل عدم الوجوب فيستصحب حتى يقوم دليل الوجوب). وقال القرافي المالكي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٧ (معناه إن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال). وقال الجلال الحلبي الشافعي، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢٢٢ (الاستصحاب ثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الأول لتفقدان ما يصلح للتغير من الأول للثاني). وقال الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير ٢٨٢ (الاستصحاب التمسك بدليل عقلي أو دليل شرعي لم يظهر عنه ناقل مطلقاً). وقال الأستاذ محمد تقي الحكيم (من علماء الشيعة الإمامية)، الأصول العامة في الفقه المقارن ٤٤٧ (ودكرت له تعاريف متعددة الا انها تشير إلى مفهوم واحد وهو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقاءه). وقال ابن حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام ٣/٥ (إنما ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في أمره على حكم ما ثم ادعى مدع ان ذلك الحكم قد إنتقل أو بطل فعليه ان يأتي ببرهان، فإن جاء به صح فوله والا فهو مبطل فيما ادعى من ذلك). وقال الشوكاني الزيدي، ارشاد الفحول ٢٢٧ (ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل). وعرفه السالمي الإياضي، طلعة الشمس ١/١٧٩ بالآيات الأتية (إنما ما كان على أصوله، بقيد ظناً ببقاء مدلوله، إلا إذا صح له منقل، فإنه عن أصله ينتقل، إن كان في السلب أو الإيجاب، وهو الذي يدعى بالاستصحاب).

يبحث واضح واف، فالقلماء من الأصوليين بحشوه بأسلوب فلسفي عميق يتسم بطابع الخلاف في حجته وبالتالي عدم أهميته، والباحثون في العصر الحديث لم يأتوا بمجديد من الناحية الموضوعية والشكلية بل اقتصرتم جهودهم على ترديد ما قيل وعلى استعراض الخلافات الأصولية في هذا الأصل دون تقديم نتيجة واضحة تفيد القاضي أو المفتي أو الباحث القانوني حين الاستناد إليه في الأحكام. لذا حاولت استعراضه في نسج جديد بعيداً عن الخلافات العميقة في جميع أنواعه.

أنواع الاستصحاب

سبق أن بينا أن المصادر التبعية التقليدية منها والعقلية إنما هي أصول استنباط يستعين بها الفقيه والقاضي على إكتشاف الأحكام من مصادرها الأصلية، والاستصحاب الذي هو أصل من هذه الأصول كما ذكرنا في تعريفه عملية إجتهدية عقلية غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق لعدم توافر ما يدل على تغييره^(١).

ويتسم الاستصحاب باختيار أسسه^(٢) إلى الأنواع الأربعة الآتية:

نوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء القائمة للإنسان:

والإباحة أحد أنواع الأحكام التكليفية الخمسة للحكم التكليفي، ومصدرها ليس الاستصحاب كما زعم البعض ولا العقل كما ظن الآخرون^(٣)، وإنما هو القرآن الكريم، وقد نص على حكم مُمثلٍ للإباحة في آيات كثيرة منها:

(١) قال ابن ملك في شرح المنار، ص ٢٩٥ (قيل هو الحكم بالثبوت في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول)، ثم انتقد هذا التعريف فقال (الحكم بالثبوت هو فعل المجتهد وهو علة توجب الاستصحاب لأن نفس الاستصحاب لأن الاستصحاب هو الحكم الذي يثبت به الحكم). وهذا الكلام يدل على عدم إيجاب ابن ملك لعنى الاستصحاب.

(٢) لا نجد في مراجع الأصولية معياراً لتضمين الاستصحاب إلى أنواعه وكل قسمه دون وضع معيار دقيق، ففهمه ابن القيم إلى ثلاثة: استصحاب البراءة الأصلية واستصحاب الوصف الميث للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه واستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع. وقسمه صاحب جمع الجوامع إلى استصحاب العدم الأصلي واستصحاب العموم أو النص، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته، وهكذا هناك كثير من التفسيرات لا مجال لذكرها والتعليق عليها.

(٣) كالفنوشي، شرح الكوكب المنير، ص ٢٨٣. جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢، إرشاد الفحول،

أ- قوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَاءَ فِي الْأَرْضِ جَيْدًا ﴾^(١).

ب- وقوله تعالى: ﴿ وَسَخَّرْنَا مَاءَ الْبَحْرِ مَاءً يَمِينًا ﴾^(٢).

وجه الدلالة أن اللام في قوله تعالى (لكم) في هاتين الآيتين وغيرهما للمنفعة والمصلحة، لأن اللام في اللغة العربية تستعمل فيما فيه نفع للإنسان، كما أن حرف (على) تستعمل فيما فيه ضرر للإنسان، وهذا الفرق بين الحرفين واضح في قوله تعالى: ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾^(٣)، ولأن لفظة (ما) في الآيتين اسم موصول ومن صيغ العموم، إضافة إلى تأكيد تأكيد هذا العموم بلفظ (جميع) في كلتا الآيتين.

والنتيجة الحتمية لمضمون الآيتين المذكورتين، أن جميع الأشياء النافعة في الأرض والسماء خلقت وسخرت لمصلحة ومنفعة الإنسان، ويعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة فلا يمكن أن يقال أن الأشياء المخلوقة والمسخرة لنفع الإنسان المأذون له بالانتفاع بها محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي آخر^(٤).

وعلى هذا الأساس فإن للإنسان في كل مكان وزمان أن يستثمر الأراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة أو عامة لشخص طبيعي أو معنوي، وله أن يتنفع بالمراعي والغابات ومقاع الأحجار، وله أن يعيد الطيور والحيوانات الجبلية والصحراوية والبحرية. كل ذلك إذا لم يكن هناك محظور شرعي أو قانوني، والدليل على إباحتها هو النص، وحكمة الحكم هي أنها مخلوقة لاجل أن يتنفع بها الإنسان، فهي مشتركة بين الناس على أساس الإباحة الأصلية لا على أساس الشيوعية كما زعم البعض، والفرق بينهما واضح، فالشيوعية تكون بعد الملكية والإباحة الأصلية إنما هي قبل الملكية.

ص ٢٢٧.

(١) سورة البقرة ٢٩.

(٢) سورة المجاثية ١٣.

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

(٤) قال الحنفية (الحلال ما دل الدليل على حله)، ويترفع على هذا الاختلاف في أن الأصل في الأشياء الحلال أو الإباحة والثاني هو الصحيح.

الدواعي الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية:

من الواضح أن الإنسان يولد وذته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية، وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة (الصلاحيّة لأن يكون له بعض الحقوق) ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية)^(١). ومع ذلك فإن الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية، وينظر إلى هذا الأصل بعد دخوله سن الرشد وحتى بعد ارتكابه مصدراً من مصادر الالتزامات الجنائية، وبعد تصرفاته التي هي مصدر الالتزامات المدنية. ولكن دور هذا الأصل يقتصر على الاستدلال بالوجود السابق للحكم على استمراره في الزمن اللاحق قبل توافر ما يدل على تغييره. وأما مصدر حكم البراءة الأصلية فهو القرآن والسنة النبوية وتؤكدهما القواعد الفقهية الكلية والعقل السليم.

١- القرآن نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بخصوص التجريم والعقاب، لأن القرآن أولى شريعة أقرت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن تلك الآيات:

أ- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ ﴾^(٢).

ب- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكًا الْفَرَسَيْنِ حَتَّى يَبَيِّنَ فِيهِمَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ؕ أَيْنَبْنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْفَرَسَيْنِ إِلَّا وَأَعْلَمُهَا عَلِيلُشُرِكِ ۗ ﴾^(٣).

ج- قوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَا أَهْلُكُمْ بِمَذَابِ بَنِي قَلْبَةَ لَفَأْوَانَنَا لَوْلَا أَرْسَلْنَا إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَقِّحَ أَبْنِيكَ مِنْ قَبْلِكَ أَنْ نَنذَلَ وَعَسْرَيْ ۗ ﴾^(٤). وغير ذلك من الآيات الدالة على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

(١) كالتزكاة عند من يقول بوجودها في أموال الفاسر، وكالضرائب في القانون وثقة من لمحب نفقة على الفاسر، وتمويض إطلاه مال الغير، لكن جميع هذه الالتزامات عارضة لا تثبت إلا بدليل شرعي لأن الأصل براءة الذمة.

(٢) سورة الإسراء ١٥.

(٣) سورة القصص ٥٩.

٢- السنة النبوية من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثيراً من أفعال وأقوال الرسول ﷺ تدل صراحة على البراءة الأصلية لفئة الإنسان وعلى استحبابها للأزمة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك، منها:

أ- قوله ﷺ ((ادأوا الحدود بالشبهات))^(١).

ب- قوله ﷺ ((لو كنت راجعاً أحداً بغيرينة رجعت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيأتها ومن يدخل عليها))^(٢).

ج- قوله ﷺ ((الينة على من ادعى^(٣) واليمين على من أنكر))^(٤).

وغير ذلك من الأحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الأصلية وبصورة خاصة في جرائم الحدود.

٣- القواعد الفقهية الكلية وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية إستنبطوها من القواعد الشرعية الواردة في القرآن والسنة واتفقوا على اعتبارها والمعمل بمقتضاها، وهي تدل صراحة على حكم البراءة الأصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للأزمة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك، ومن تلك القواعد:

أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٥).

ب- القديم يترك على قدمه^(٦).

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم^(٧).

د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(٨).

(١) سورة طه ١٣٤.

(٢) سبق ترجمته، نيل الأوطار ١٩/٧.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللعان. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٨٤/١٠.

(٤) لأنه يدعي خلاف الأصل.

(٥) لأنه ينكر ما هو خلاف الأصل ويتفق مع ما هو الأصل. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الافضية.

باب اليمين على المدعى عليه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٣/١٢.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، ٥٠.

(٧) المجلة، ٦٠.

(٨) المجلة، ٩٠.

٤- العقل السليم يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسروقاً بالعدم لأن الحادث يعني الوجود بعد العدم، ومن الواضح أن التهم التي توجه إلى الإنسان وإن مطالبته بالالتزامات المدنية والجنائية وأسبابها ومصادرها كلها أمور مستحدثة وجدت بعد أن لم تكن، فعليه تكون ذمة الإنسان برئته منها، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل البينة، وعلى من ينكرها البين لأنه مع الأصل.

ونستج بما ذكرنا ما يلي:

أولاً- دليل البراءة الأصلية ليس العقل وحده كما زعم البعض^(١)، وإنما الشرع أولاً ثم العقل السليم.

ثانياً- الإنسان الذي عاش قبل البعثة وإرسال الرسل وإنزال الكتب، والذي يعيش الآن في منطقة نائية بعيداً عن فهم الأحكام الإلهية اتجاهاً ربه واتجاهاً بني نوعه، لا يسأل عنها لا في الدنيا ولا في الآخرة، لا مساءلة مدنية ولا جنائية، لأن الأصل براءة النعمة، ويبقى هذا الأصل يعيش معه إلى أن يثبت خلاف ذلك، وتكليفه ومساءلته قبل الفهم أمر يتعارض مع قوله تعالى: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ تَنْسَأُ إِلَّا وَسَمَهَا﴾^(٢)، وأما ما ذهب إليه المعتزلة من إقرار مسؤولية الإنسان على أساس التحسين والتفجيب العقليين لتصرفات الإنسان بصطدم مع الأدلة المذكورة كما يأتي إيضاح ذلك في عمله بإذن الله.

النوع الثالث: استصحاب الحكم تثبت بدليل شرعي:

إذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الأزمنة، على القاضي أن يعتبر الحكم لا يزال مستمراً في الأزمنة اللاحقة ما لم يثبت لديه خلاف ذلك. لأن الشرع كما أمر أصل الحكم كذلك أمر استمراره بدليل أن الزواج الموقت باطل (مثلاً).

ومن تطبيقات هذا النوع ما يلي:

(١) المجلة، م١٠.

(٢) قال الفتحى، شرح الكوكب المنير، ص ٢٨٣ (وحقيقة استصحاب الحال المتصك بدليل عقلي تارة كاستصحاب حال البراءة الأصلية، فإن العقل دليل على براءتها وعدم توجه حكم إلى المكلف).

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

- أ- إذا رفعت امرأة متزوجة سابقاً طلباً إلى القضاء طالبة تزويجها من رجل آخر، على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبينة الشرعية الفرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق أو الوفاة، إضافة إلى الثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة^(١).
- ب- إذا ثبت ملكية مال منقول أو عقار لشخص طبيعي أو معنوي بسبب من أسباب كسب الملكية الشرعية كالشراء والوصية والميراث والهبة والاستيلاء على الأموال المباحة بالطريقة الشرعية، أو غير ذلك ثم ادعى شخص آخر ملكية هذا المال، على القاضي رد الدعوى واعتباره أنه لا يزال مملوكاً للمالك الأصلي، لأنه ثبت بدليل شرعي ولا يزول إلا بدليل شرعي آخر لاحق إلا إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة الشرعية.
- ج- المدين الذي تنسفل ذمته بحق للغير إذا ادعى أنه قد أوفى التزامه أو اقتضى هذا الالتزام لسبب من أسبابه، على القاضي عدم قبول الدعوى ما لم يثبت بالبينة وفاء الالتزام أو إنقضاءه، لأنه يدعي خلاف الأصل الذي هو بقاء الانشغال بالمدين ويكفي بالنسبة للدائن المنكر للوفاء أو الانقضاء اليمين لأنه مع الأصل.

النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم

- إذا كان شيء واحد صفتان، إحدهما أصلية ولها صلة بالحكم وجوداً وهدماً، والأخرى عرضية:
- فعلى القاضي أن يحكم على هذا الشيء في ضوء صفة الأصلية استصحاباً لها ما لم يثبت لديه تحقق الصفة العارضة، وذلك وفقاً للقواعد العامة ومنها (الأصل في الصفات العارضة العدم)^(٢).
- والصفات الأصلية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود موصوفاتها ولازمة لها لفتاتها، كسلامة المبيع من العيوب، فالأصل في كل مبيع أو محل عقد السلامة، لأن العيب صفة عرضية تنظر بعد السلامة.

(١) في قواعد الزركشي ٣٠٥/١ (السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة ولها حتى يشهد شاهد أنه ليس لها) ولي خاص حاضر وأنها غلبة التكاح والعدنة.

وعلى هذا الأساس إذا حصل الخلاف بين المتعاقدين فادعى المشتري أن العيب قديم حدث قبل القبض، فهو يبرر له فسخ العقد بخيار العيب، إن أنكره البائع وادعى أن العيب حدث بعد القبض، فلا يسمح له بالفسخ، استناداً إلى هذا العيب، فعلى القاضي أن يطلب من المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض، لأنه يدعي خلاف الأصل، فإذا لم يستطع فله توجيه اليمين إلى البائع المنكر لدعوى المشتري ذلك لأنه مع الأصل.

ومن صور هذا النوع:

أ- استحباب صفة العموم:

صفة العموم في النص العام أصلية، فالأصل في كل نص شرعي أو قانوني إذا كان عاماً هو العموم، وتخصيصه بدليل صفة عارضة له، وعلى هذا الأساس على القاضي حين تطبيقه أن يلتزم بعمومه استحباباً له ما لم يثبت لديه دليل مخصص^(١).

ب- استحباب صفة الإطلاق:

صفة الإطلاق في النص المطلق أصلية وصفة التقييد عارضة، فعلى القاضي حين التطبيق أن يحمله على إطلاقه استحباباً ما لم يثبت له دليل يقيده.

ج- استحباب المعنى الحقيقي:

استعمال اللفظ الموضوع لمعنى لغوي أو شرعي أو قانوني أو عرفي في معناه الحقيقي (أي في معناه الموضوع له) هو الأصل، وعلى القاضي حين تفسير النصوص والمعقود حمل الألفاظ الواردة فيها على معانيها الحقيقية استحباباً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

د- استحباب اليقين:

في المفقود (وهو الغائب الذي لا يعرف مصيره من حياة أو ممات)، الحياة صفة أصلية له والوفاة صفة عرضية، إضافة إلى ذلك فإن حياته يقينية ووفاته مشكوك فيها، فإذا تعارض

(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستحباب العموم أو النص إلى ورود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً، فيعمل بهما إلى وروده-أي ورود المغير-)، وفي شرح طلعة الشمس على الإلغية ١٧٩/١ (الأصل إبقاء العموم على عموميه، وإبقاء النص على حاله حتى يثبت المخصص للعموم والناسخ للمخصص، وهكذا كل شيء، علم وجوده أو نفيه من شرع أو عقل أو حس، فإن الأصل بقاؤه على حاله الذي علم عليه حتى يقوم الدليل على انتقاله).

اليقين والشك يقدم الأول وفقاً للقاعدة الفقهية العامة (اليقين لا يزول بالشك)^(١)، وعلى أساس استحباب اليقين (أو الأصل الذي هو بقاء الحياة) لا تزوج تركته ولا تزوج زوجته ولا تنتهي عقودها التي تنتهي بالوفاة، ولا تتضح مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته لأن اليقين لا يزول بالشك^(٢).

الاستنتاج

يمكن أن نستنتج من العرض المذكور للاستصحاب النتائج الآتية:

أولاً- كما أن من يدعي الأصل لا يكلف بالينة، وإنما المطلوب بها من يدعي خلاف الأصل، كذلك القاضي عندما يطبق الاستصحاب لا يطلب بأن يفتش عن الدليل المغير قبل الحكم، بل له الأخذ بعموم وإطلاق النصوص بدون التفتيش عن الدليل المخصص أو المقيد، وله العمل بالإباحة الأصلية أو براءة الذمة أو بالحكم الثابت بدليل شرعي، أو أن يحكم على الشيء في ضوء صفته الأصلية بدون أن يكلف بالبحث عن الدليل المخالف لهذه الأصول، ويؤيد هذه الحقيقة النقل والمقل.

ومن الأدلة الثقلية قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الْبُرُكُ مَأمُورًا لَا تَسْتَلْزَمُونَ أَشْيَاءَ إِن تُدَّعَىٰ لَكُمْ سَوَابُكُمْ﴾^(٣)، وتطبق هذه الآية بصورة خاصة على التوسعين الأولين للاستصحاب.

(١) المجلة، م، ٤.

(٢) اليقين: اعتقاد وجود أو عدم وجود الشيء الجازم الثابت المطابق للواقع كالاتحاد بأن الله موجود وأنه لا شريك له.

الظن: هو التصور المرجح لوجود الشيء أو عدمه كتصور النجاح لدى الطالب المجهتد الذي إستوعب ما يتوقع أن يمتحن فيه مع التصور المرجح لفشله. قال الجرجاني، التعريفات، ص ١٤٤ (الظن هو الإعتقاد المرجح مع احتمال النقيض)، والطرف المرجح يسمى وصفاً. الشك: هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ترجيح أحدهما. قال الجرجاني، التعريفات ١٢٨ (الشك هو المتردد بين التفتيشين بلا ترجيح لاحدهما على الآخر عند شك). الجهل البسيط: هو عدم العلم عما من شأنه أن يكون علماً. الجهل المركب: عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع، المرجع السابق، ص ٨٠.

ومن الأدلة العقلية جواز رد القاضي لدعوى من يطالب بما هو مخالف للأصل إذا لم يقدم بينة تثبت مدعاه، وعلى سبيل المثل إذا طلب ورثة المفقود بعد إعلان فقده توزيع تركته عليهم فيجب على القاضي رد الطلب استصحاباً لحياته بدون أن يكلف بالفتيش والبحث عن بقاء حياته، لكن بعكس ذلك إذا طلبوا منه الحكم بوفاته بعد مضي المدة المقررة شرعاً وقانوناً ليس له الحكم بالوفاة إلا بعد التحري والبحث عنه عن طريق وسائل الإعلام للحصول على الظن بعدم بقاءه، ذلك لأنه خلاف الأصل.

ثانياً- ما شاع في المراجع الأصولية من الخلاف في حجية الاستصحاب ليس صحيحاً على إطلاقه، حيث لا يوجد اختلاف يعتد به في الأنواع الثلاثة الأولى، ولا في بعض صور النوع الرابع كما تبين ذلك من عرضنا السابق، وإنما الخلاف في بعض صور النوع الرابع وبصورة خاصة في أحكام المفقود كالاتي:

أ- قال البعض من الفقهاء والأصوليين (الاستصحاب حجة في الحفاظ على حقوق المفقود المالية وغير المالية الثابتة له قبل فقده، فلا توزع تركته، ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقوده وغير ذلك ما لم يثبت وفاته بدليل شرعي أو حكم قضائي. ولكن ليس حجة لإكساب حقوق جديدة^(١) له فلا يرث من يموت بعده ولا يستحق الوصية أو الية التي انشأت له بعده، إذا لم يظهر حياً، ذلك لأن الحكم بوفاته يكون بالاثار الرجعي إلى تاريخ فقده في حق غيره فتعاضد حصته من التركة إلى بقية الورثة وتبطل الوصية والية له.

ولأن حياته بعد الحكم بوفاته تصح مشكوراً فيها منذ فقده ولا يستحق المفقود الجديدة الا ما يتمتع بحياة محققة، كل ذلك ما لم يكن الحكم القضائي مستنداً إلى تاريخ سابق على وفاة مورثه وإنشاء الوصية والية له، والا فيستحق هذه الحقوق وتكون لورثته إذا سبقها التاريخ، أما في حقوق نفسه فالعبرة بتاريخ الحكم بوفاته، فتتمتع زوجته عدة وفاة من هذا التاريخ، وتوزع تركته على الوارثين الذين تتوافر فيهم أسباب وأركان وشروط الميراث وانتضت فيهم مواعنه في هذا التاريخ. كل ذلك

(١) في جمع الجوامع ٢٢١/٢ (الإستصحاب حجة مطلقاً، وقبل حجة في الدفع عما ثبت له دون الرجوع به لما ثبت كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بموته فإنه دافع للإرث منه وليس برافع لعدم إرثه من غيره للشك في حياته، فلا يثبت استصحابها ملكاً جديداً إذ الأصل عدمه).

استصحاباً لحياته التي كانت محققة قبل فقده واستصحاباً لزوجية وملكية ثابتين
بدليل شرعي فلا نزولان الإبدليل شرعي الآخر.

ب- ونهب الآخرون من الفقهاء والأصوليين إلى أن الاستصحاب حجة مطلقاً في حق
نفسه، وحق غيره، وفي الحفاظ على حقوقه الثابتة واكتساب الحقوق الجديدة،
فيقتد في ذلك بتاريخ الحكم بوفاته، ويعتبر قبل هذا التاريخ حياً استصحاباً. فما
احتفظ به من حصته من تركة من مات بعده وهو يرثه، والوصية أو الهبة التي
أنشأت له بعد فقده وغير ذلك من كل حق جديد يكون لورثته^(١).
ج- وقال البعض (ليس حجة مطلقاً)^(٢).

وفي أحكام المقترنات خلاصات أصولية وقهية:

أ- الاختلاف في المدة التي يجب أن تمضي على فقده حتى يعتبر ميتاً، فهي تتراوح بين أقل
من سنة وبين بلوغ سن تسعين سنة أو موت إقرانه في بلده.

ب- الاختلاف في بداية هذه المدة، هل من تأريخ مراجعة القضاء أو من تأريخ حكم
القاضي لتحديد مدة الانتظار، أو من تأريخ فقده، أو من إعلان فقده، كل ذلك محل
الخلافاً.

ج- الاختلاف في التفرقة بين الظروف الاعتيادية وغير الاعتيادية، فمنهم من حدد المدة
بأربع سنوات مطلقاً، ونسب هذا إلى عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن
عباس رضي الله عنهم، ومنهم من فرّق، فحدد المدة في الظروف غير الاعتيادية كالحرب والقيضان
والوباء والزلازل سنة، كما هو رأي سعيد بن المسيب، وفي قول للمالكية (يحكم
بوفاته بعد رجوع من كان معه سالمين من المشاركين في المعركة، أو المصابين بالوباء أو
الكارثة الطبيعية).

(١) يزيد من المعرفة في تفصيل هذا الموضوع راجع المجلد ١٠/١٣٣، ١٤٢. الحارثي على مختصر سيدي
خليل ٤٠/١٤٨، ١٥٥. المنذري لابن قدامة ٦/٣٢١-٣٢٦. إجابة الطالبين للدمياطي مع فتح العين
٨٣/٤.

(٢) وهو ما اختاره الكمال بن الهمام في تحريره ٣/٢٩١.

د- الاختلاف في طريقة انتهاء العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته ، فمنهم من قال (بالحكم بالوفاة) ، ومنهم من قال (بانتهاه مدة الانتظار) ، ومنهم من قال (بالطلاق من ولي المفقود).

هـ- الاختلاف في طبيعة العدة ، فمنهم من قال (هي عدة الوفاة بعد انتهاء المدة أو الحكم القضائي) ، ومنهم من قال (هي عدة الطلاق) ، ومنهم من قال (هي متاخلة في المدة) ، فضلاً إذا كانت اربع سنوات فتنتهي عدتها بانتهاه هذه المدة.

و- الاختلاف في مصير الزوجة إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته. هل المفقود اولي بها إذا كانت لا تزال في العدة ، أو إذا لم تتزوج وإن انتهت المدة أو إذا لم يدخل بها الزوج الجديد ، أو مطلقاً وإن أنجبت الأولاد ، أو بخير بينه وبين الصداق الذي دفعه ، أو بينها وبين صداق الزوج الجديد ، كل ذلك محل الخلاف.

ز- الاختلاف في مصير أمواله إذا ظهر حياً بعد الحكم بوفاته ، هل يسترد كلها عينا إذا كانت باقية أو بدلاً إذا لم تكن باقية ، أو ليس له الحق الا فيما هو باق بعينه أو بدله؟ أيضاً محل الخلاف.

ولهذه الآراء المتعارضة ، ولاستبعاد الأحكام القضائية المتضاربة ، ولاجل توحيد التشريعات العربية والإسلامية في هذا الموضوع ، ولرعاية العدالة ومصصلحة المفقود وزوجه اوصي بأن تأخذ التشريعات العربية والإسلامية بالمقترحات الآتية :

١- أن يتم انقطاع العلاقة الزوجية بين المفقود وزوجه عن طريق التزريق القضائي ، إذا طلبه الزوجة وكانت متضررة مادياً لعدم الانفاق عليها ، أو مهنياً كخشية وقوعها في خطيئة الزنا ، وتعد بعد التزريق عدة الطلاق لا عدة الوفاة لأن التزريق غير الحكم بالوفاة.

٢- عدم التسرع في اللجوء إلى الحكم بالوفاة كما أقره القانون^(١) بعد مضي أربع سنوات في الظروف الاعتيادية ، أو سنتين في الظروف الاستثنائية ، لأن هذه الطريقة ثبت عدم نجاحها أثناء الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨).

٣- أن يباع من أموال المفقود ما هو معرض للتلف بالسرعة ويحفظ ببدله مع بقية أمواله المثقلة وغير المثقلة تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية الفاسرين.

(١) قانون رعاية الفاسرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ م ، ٩٣-٩٨.

- ٤- أن يعين القضاء نائباً للمفقود بدير أمواله ويستثمرها لقاء بدل يدفع له من هنا المال تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية الفاضرين أو القضاء حتى يحصل اليأس من حياته ، ويترك ذلك لتقدير القاضي حسب الظروف المحيطة بالنقد ، ثم بعد التعقيب والتفتيش عنه بحكم بوفاته ثم توزع تركته بعد الحكم بوفاته ، وعلى من يستحقها وقت الحكم.
- ٥- في حالة ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وبعد توزيع تركته ، يسترد من الورثة ما هو باق بأيديهم من عين أو بدل ، لأن توزيع التركة كان مستنداً إلى سند شرعي ، وهو حكم القاضي.
- ٦- الأخذ بمذهب من قال بأن (الاستصحاب حجة في الحفاظ على الحقوق الثابتة للمفقود قبل فقده ، ولا يصلح حجة لكسب حقوق جديدة ، على أن يأخذ القاضي بالإحتياط في توزيع تركة من مات بعد المفقود وهو يرثه ، استثناء من شرط تحقق الحياة في الميراث ، ويحفظ بمحضته ويحسب له حساب البقاء على الحياة احتياطاً ، فإن ظهر حياً يأخذها هو أو ورثته إن مات بعد ذلك ، والا فترد على بقية الورثة كل بالنسبة إلى حصته)^(١).

صلة بين الاستصحاب والعدة الحييزة في المنقول سند الملكية:

الصلة وثيقة بين النوع الرابع من الاستصحاب في أصول الفقه الإسلامي وبين قاعدة (الحييزة في المنقول سند الملكية) في القانون لأن أساسها الشرعي والقانوني هو استصحاب من النوع الرابع ، ولا يوضح هذه الحقيقة نستعرض القاعدة بصورة موجزة ثم نبين قيام هذه الصلة.

- (١) على القاضي ان يأخذ بالإحتياط في توزيع تركة يكون المفقود احد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والأحكام الآتية:
- ١- إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بنية الورثة ، على تقرير حياته ، توقف التركة كلها إلى ان يتبين مصير المفقود كمن توفي عن ابن مفقود واخوة واخوات.
- ٢- إن كان المفقود لا يحجب غيره حجب حرمان ولكنه يحجب حجب نقصان يعطى لهذا الغير أقل حظيه ، كإبن مفقود واب وام وزوجة يعطى لكل واحد من الإبنين السدس وللزوجة الثمن إلى ان يتبين مصير المفقود أو بحكم بوفاته.
- ٣- الوارث الذي يتأثر نصيبه بمياة أو ممت المفقود يحسب له ما هو الأسوأ في الحالين فمن يرث على تقدير دون تقدير لا يعطى له شي.

الحيازة^(١)

الحيازة: وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء قابل للتعامل بقصد استعمال حق الملكية له أو حق من الحقوق العينية الأخرى.

عناصر الحيازة

نستخرج من هذا التعريف أن الحيازة تتوقف على توافر عنصرين:

١- العنصر المادي وهو عبارة عن السيطرة المادية على الشيء موضوع الحيازة، أي يد الحائز على الشيء الذي يجوز له سواء أكان منقولاً أم عقاراً. والحيازة تختلف باختلاف طبيعة المال المحاز، فحيازة المنزل تكون بالسكنى فيه، وحيازة الأرض تكون باستثمارها، وحيازة السيارة تكون باستعمالها، وحيازة كل منقول تكون بالسيطرة عليه واستخدامه فيما يستخدم فيه عادة، ولا يشترط أن تكون الحيازة مباشرة، فالسيطرة قد تكون بنفسه وقد تكون بواسطة من ينوب عنه.

٢- العنصر المعنوي وهو نية (قصد) التملك، ويجب أن يتوافر عند الحائز شخصياً لأنه عنصر نفسي وذاتي، فلا يجوز النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز^(٢).

شروط تطبيق القاعدة:

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية توافر الشروط الآتية:

أ- أن يكون المحاز منقولاً مادياً بأن يمكن نقله من مكان إلى آخر بدون تلف، أما إذا كان عقاراً فيشترط مع الحيازة توفر عنصر التضادم، وهو يختلف باختلاف القوانين زماناً ومكاناً.

ب- أن تكون الحيازة حقيقية بأن يتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي.

ج- أن يكون الحائز حسن النية يعتقد أنه تلقى الملكية من مالك المنقول^(٣).

(١) الحيازة في القانون يتأهلها وضع اليد في الفقه الإسلامي يد الأمانة حيازة مشروعة، ويد الضمان حيازة غير مشروعة.

(٢) يرى الفقيه الألامني أنه يرجح (أن النية عند الحائز لا تعتبر عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية الذي يتضمن عنصر النية حتماً، وأن السيطرة المادية هي الحيازة بذاتها، السنهوري، الوسيط ٨٠٥٦/٩، وفي موضوع الحيازة، راجع تبصرة الحكام لابن فرحون، هامش فتح العلي المالك ١٠١/٢.

(٣) ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية أهمية في دعاوى الحيازة، لكن له الأهمية من الأوجه الآتية:
أ- للحائز حسن النية إسترداد المصاريف الناتجة التي أنفقها على العين من مالكاها.

د- أن يكون السب صحيحاً، ويرى البعض أن الشرط الثالث ينفي عن هذا الشرط وهم على صواب.

الأثر المترتب على توافر هذه الشروط:

أما توافرت الشروط المذكورة يكسب الحائز الهاز بمجرد الحيازة، وبذلك تكون الحيازة وحدها سبباً من أسباب كسب الملكية للمنقول^(١) لكن بخلاف حيازة العقار فاتها محتاج إلى التصادم وهو يختلف من حيث المدة باختلاف القوانين وحسن النية وسوء النية وطبيعة المال الهاز^(٢).

أساس قاعدة الحيازة هي المنقول سند الملكية:

هناك ثلاث نظريات قانونية تكفلت ببيان هذا الأساس:

١- النظرية القديمة (أو الفرنسية): وهي تنهت إلى أن الأساس هو التصادم الفوري لأن هذا الأساس يتفق مع التطور التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة، حيث كان المنقول في القانون الروماني تكتسب ملكيته بالتصادم كالعقار، وانتقلت القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم، ورعاية استقرار التعامل بالمنقول اقتضت تقييد مدة التصادم شيئاً

ب- الحائز حسن النية ليس مسؤولاً عن تبعات هلاك العين.

ج- في حيازة العقار بشرط مضي (١٥ سنة) بالنسبة لسيء النية و(٥ سنوات) لحسن النية.

د- مجرد الحيازة في المنقول لا يكفي لسيء النية.

(١) هذا خلافاً للفتوى الإسلامية، فإن حيازة المنقول بدون المدة لا تكفي وحدها الأقل عشرة أشهر في المنقول، وعشر سنوات في العقار، ومن شروط الحيازة لكسب الملكية في الفقه الإسلامي ما يلي:

١- وضع يد الحائز على الشيء الهاز.

٢- تصرف الحائز في هذا الشيء كصرف المالك.

٣- إدهاء الحائز ملكية الشيء الهاز.

٤- حضور الهاز عليه (مدعي ملكية الشيء) في نفس المنطقة.

٥- علم الهاز عليه بالحيازة وبأن الهاز ملك له.

٦- سكوت الهاز عليه وعدم اعتراضه على الحيازة.

٧- استمرار الحيازة فترة لا تقل عن عشرة أشهر في المنقول وعشر سنوات في العقار، لمزيد من التفصيل، راجع الحيازة والتصادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبدالجواد محمد، ص ١١٢ وما بعده.

(٢) فترة التصادم في حيازة الوقف والميراث (٣٣ سنة).

فشيئاً إلى أن الغيت دون تغير طبيعة نظام تملك المنقول بالحيازة، فالمنقول يملكه الحائز بالتقادم ولو كانت المدة^(١) لحظة، وهذه النظرية سفسطة محضة لأن مرور الزمان ماخوذ في حقيقة التقادم، فلا وجود للتقادم الفوري في عالم المنطق والعقل السليم.

٢- **نظرية القرينة القانونية:** مفادها (ان الحيازة تنشأ على الفور لمصلحة الحائز قرينة على ملكيته للمنقول، يستطيع بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق)، فالحيازة قرينة قاطعة لا تقبل العكس، وانتضت بأن القرائن القاطعة تقبل النقض بالقرار أو النكول عن اليمين بخلاف الحيازة^(٢).

٣- **النظرية الحديثة:** ومفادها (ان الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون، فالقانون ذاته سبب من أسباب الملكية، وهي حالة من حالات التملك بحكم القانون وتشبه حالة التملك بالاستيلاء)، وصوبها الأستاذ السنهوري فقال (وهي النظرية الصحيحة في نظرنا). وقال (اخذ بها القانون المدني المصري الجديد واجمع عليها الفقه في مصر).

وبلاحظ على هذه النظرية الملاحظات الآتية :-

- أ- أنها من قبيل تعليل الشيء بنفسه، فكانها تقول الحيازة في المنقول سبب الملكية، لأنها وحدها وبذاتها سبب الملكية وتعليل الشيء بنفسه باطل.
- ب- أنها خالية من بيان أي أساس وهي تكونت لبيانه.
- ج- ليست الحيازة وحدها سبب الملكية بحكم القانون بل بقية أسباب كسب الملكية، كذلك الاستصحاب وهو أساس القاعدة.

النوع الرابع: استصحاب الأصلية:

وهو الأساس لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) لأن الحيازة مظهر من مظاهر الملكية وخصيصة من خصائصها الأصلية تحولها الملكية التامة للحائز، شأنها شأن التصرف والاستعمال والاستغلال.

(١) الوسيط، المرجع السابق ١١٤/٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ١١٤٧/٩.

فهذه الأمور الأربعة^(١) هي من ميزات وخصائص الملكية وتسميتها من قبل بعض رجال القانون^(٢) بالعناصر مبنية على الخلط بين العناصر والخصائص، فعناصر الشيء سابقة على وجوده في حين أن صفاته وخصائصه لاحقة لوجوده.

وبناء على ذلك فإن حيازة الحائز للمنفق صفة أصلية ولو ظاهراً، ودعوى الاستحقاق المستندة إلى أنها عرضية لا تقبل إلا بالبينة استصحاباً للصفة الأصلية. فإذا ثبتت الحيازة الأصلية بالاستصحاب ثبتت الملكية بالالتزام، لأن الملكية ملزومه والحيازة لازمة، ووجود اللازم يستلزم وجود ملزومه، إذا لم يكن اللازم اعم.

وإذا ثبتت الملكية في الحال يعتبر الثبوت بالاثار الرجعي إلى بدء وقت الحيازة بالاستصحاب المقلوب وهو ثبوت الأمر في الزمن الماضي لثبوته في الحال^(٣).

(١) الحيازة، والتصرف، والاستعمال، والاستفلال.

(٢) في مصادر الحق للاستاذ السهوري ٣١/١ (وترى من ذلك ان عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي كما

هي في الفقه الغربي ثلاثة: ١- الانتفاع بالعين المملوكة.

٢- الانتفاع باللفة والثمار والنتاج.

٣- التصرف في العين.

(٣) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢٢/٢ (أما ثبوت الأمر في الأولي لثبوته في الثاني فاستصحاب مقلوب، كأن

يقال في الكيال الموجود الآن كان على عهدك لاستصحاب الحال في الماضي. وقد عد بعض الأصوليين

الاستصحاب المقلوب نوعاً خامساً يراجع لتفصيل ذلك الإبهام شرح المنهاج ١٧٠/٣ لشيخ الإسلام

علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي.



القسم الثاني

الأحكام الشرعية العملية



تمهيد

الأحكام الشرعية التي أتت بها الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:
القسم الأول: الأحكام الشرعية الأصولية الاعتقادية (أصول الدين):
 وهي تتعلق بمعتقدات الإنسان من الإيمان بالله وما يترفع عنه من الإيمان بسائر الأمور
 الاعتقادية، ومحل بحث هذا القسم هو علم الكلام (علم العقائد).
القسم الثاني: الأحكام الخلقية:
 وهي أحكام تهذيبية وسلوكية. تتعلق بما يلزم أن يتحلى بها الإنسان من الصفات
 الحميدة، وإن يتخلى عنها من الصفات الرذيلة، ومحل بحثها هو (علم الأخلاق).
القسم الثالث: الأحكام الشرعية العملية:
 وهو القسم المعنى بدراستنا وهي التي تعالج تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ومع نفسه
 ومع غيره من بني نوعه.

الحكم الشرعي العملي: وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه
 الانتضاء أو التخيير أو الوضع.

تعليل التعريف:

المخاطب: هو المخاطب به من النصوص الشرعية الإلبيه الموجهة إلى الأسرة البشرية
 بتنظيم حياتهم الدنيوية والأخروية، مثل قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا
 بِالْحَقِّ ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(٢)، وقوله تعالى

^(١) سورة الإسراء ٣٣.

^(٢) سورة البقرة ١١٠.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَلُّوا مِنْ ظُلُمَاتِ مَا رَزَقْتُمْ ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ شِقَاقَ ذَنْبٍ حَسِبَهُ بِرِئَمِهِ ۖ وَمَنْ يَعْمَلْ شِقَاقَ ذَنْبٍ شَرًّا يَرَهُ ۗ ﴾^(٢) وغير ذلك من آيات الأحكام.

التعلق: هو المنظم والمبين لأحكام التصرفات من حيث المشروعية وعدمها ومن حيث الصحة والبطان والفساد ودور الوقائع في السببية والشرطية والماتمية.

التصرفات: هي كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعلٍ بإرادة حرة مدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً. فالقولوي المشروع كالعقود، وغير المشروع كالغفب والغبية والتنمية. والفعلوي المشروع كإتفاد الفریق وغير المشروع كالقتل بدون حق.

يستتج من التعريف المذكور أن التصرف يتوقف على توفر أربعة عناصر وهي الآتية:

- ١- أن يصدر العمل من الإنسان فكل ما يصدر من غيره كالحیوان والطیعة يكون واقعة.
- ٢- أن يصدر بإرادة فكل ما يصدر من عديم التمييز كالصبي غير المعیز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.
- ٣- أن يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر من المكره والمضطر يكون واقعة.
- ٤- أن يكون بإرادة حرة مدركة فكل ما يصدر من النائم والساهي والخاطن والغافل والسكران فاقد التمييز ونحو ذلك يكون واقعة.

الوقائع: الواقعة (ما حدثت رغم إرادة الإنسان) سواء كانت من نتائج فعل الإنسان كحوادث السيارات أو بقوة قاهرة كتطم الطائرة في الجو، وسواء كانت مادية كتلف المجنون مال الغير أم معنوية كالجنون والقراة والمقل.

الاقضاء: طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية وطلب الترك على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية.

التصغير: ترك الحرية للإنسان في فعل الشيء أو تركه.

الوضع: هو جعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو عده صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

^(١) سورة البقرة ١٧٢.

^(٢) سورة الزلزلة ٧-٨.

أسباب اختيار هذا التعريف

أ- لم أطلع في المراجع الأصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة (المكلف) أو (المكلفين)، ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي^(١)، إضافة إلى ذلك فإن بعضهم^(٢) قسم الحكم التكليفي إلى الحكم التكليفي والحكم الوضعي، وهذا مما يرفضه المنطق لأنه من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره. ومن الواضح أن كل تعريف يتضمن ذكر المكلف هو تعريف للحكم التكليفي فقط.

ب- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الإرادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع إن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان وأن التصرف هو ما ذكرناه آنفاً، وهو يشمل التصرف الفعلي الإرادي كما يشمل القولي. ورغم ذلك حصروا التصرف القولي في المقسم إلى العقد والإرادة المنفردة^(٣)، وهذا مما يباهه المنطق. ومنشأ خلط القانونيين هو خطأهم في تعريف التصرف حيث عرفوه بأنه اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون وهذا التعريف غير صحيح من أوجه متعددة منها:

- ١- التصرف ليس اتجاه الإرادة وإنما هو نتيجة لهذا الاتجاه.
- ٢- التصرف ليس ناشئاً عن الإرادة المتجهة إلى إحداث أثر وإنما هو من صنع القدرة التابعة

^(١) يقول ابن الحاجب (الحكم قبل خطاب الله التعلق بأفعال المكلفين، فورد مثل ﴿ وَأَقِمَّ صَفَاتِكُمْ وَنَاتَمَتُونَ ﴾ الصفات ٩٦، فزيد بالاتقضاء أو التخيير فورد كون الشيء دليلاً وسبباً وشرطاً فزيد أو الوضع فاستقام، مختصر التنهي، ص ٣٣.

وقال العراقي (قال أصحابنا إنه الخطاب التعلق بأفعال المكلفين بالاتقضاء والتخيير)، المحصول ١٠٧/١.

وقال الغزالي (الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشارع إذا تعلق بأفعال المكلفين)، المصنف، ص ٦٩. وعرفه البهاري (بأنه خطاب الله التعلق بفعل المكلف اتقضاء أو تخييراً)، مسلم النبو، ص ٣٢.

^(٢) كأمين السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٤٦/١ وما بعدها قال (إنه خطاب الله التعلق بفعل المكلف من حيث أنه مكلف) ثم قسمه إلى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي.

^(٣) ومن الشواهد على ذلك مشروع القانون المدني العراقي الجديد، م ٣٠٥.

أولاً- التصرف القانوني اتجاه الإرادة لإحداث أثر يعتد به القانون.

ثانياً- يشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة.

وهذه المادة تدل على إدخال التصرفات الفعلية مطلقاً إرادية أو لا إرادية في الوقائع القانونية إذا ربطت مع م ٣٠٦ التي تنص على أن (مصادر الالتزام هي التشريع، والتصرف القانوني والوفاة القانونية).

للإرادة التابعة للإدراك فكما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة بتعلق به الإدراك أولاً ثم الإرادة ثم القدرة فالقدرة هي التي تنشأ التصرف.

٣- أن اثر التصرف ليس مصدره التصرف ولا الإرادة لان التصرف كالعقد (مثلاً) سبب للأثر ومصدره هو الشرع في الآثار الشرعية والقانون في الآثار القانونية.

اقسام الحكم الشرعي

يستتج من التعريف المذكور للحكم الشرعي انه ينقسم إلى قسمين التكليفي والوضعي.

القسم الأول للحكم الشرعي التكليفي:

وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

المكلف: هو الإنسان الذي يتوافق فيه الشروط الخمسة التالية: البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به والاختيار. وإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه إليه التكليف لقوله تعالى ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢). ولقول الرسول ﷺ ((إِنَّ اللَّهَ رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالْإِسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ))^(٣)، وقوله ﷺ ((رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ، عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَحَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْرُقَ وَحَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ - أَوْ يَحْتَضِرَ -))^(٤).

القسم الثاني للحكم الشرعي الوضعي:

وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو الوقائع على وجه الوضع، أي جعلها سبباً أو شرطاً له أو مناعاً له أو عُدُّ التصرف صحيحاً أو باطلاً - أو فاسداً -.

^(١) سورة البقرة ٢٣٣

^(٢) سورة البقرة ٢٨٦

^(٣) رواه ابن ماجه ٦٥٩/١، كتاب الطلاق، باب طلاق الكره والناسي. وابن حبان ١٤٩٨،

ورواه الحاكم ١٨٨/٢ بلفظ (تجاوز الله عن أمي...)، وقال صحيح على شرط الشيخين.

^(٤) أخرجه ابن ماجه ٦٥٨/١، كتاب الطلاق، باب طلاق المتوه والصغير.

وبهذا العرض الموجز يتضح لنا إن لكل قسم خمسة أنواع عند جمهور الأصوليين، ثم إن للحكم الشرعي سواء أكان تكليفاً أم وضعياً ثلاثة عناصر (الحاكم والمحكوم فيه - أوبه - والمحكوم عليه).

ودراسة هذه الموضوعات تتطلب توزيعها على ثلاثة فصول: يخصص الأول: للحكم الشرعي التكليفي وأنواعه، والثاني: للحكم الشرعي الوضعي وأنواعه، والثالث: لعناصر الحكم الشرعي.



الفصل الأول الحكم الشرعي التكليفي

الحكم الشرعي التكليفي كما ذكرنا يتضمن
خمسة أنواع: وهي الإيجاب والاستدباب
والتحريم والاستكراه والإستباحة.
ونخصص لياتها مبحثاً ثم نعقبه بمبحث ثانٍ لما
يتعلق بالواجب بصورة خاصة لأهميته.



المبحث الأول

أنواع الحكم الشرعي التكليفي

للحكم الشرعي التكليفي خمسة أنواع، أربعة منها متدرجة تحت تعبير (الافتضاء)، وخامسها مندرج تحت تعبير (التخيير) وهو الإباحة. رمي كالآتي:

النوع الأول: الإيجاب؛

وهو افتضاء -طلب- الفعل على وجه الحتم والإلزام وصفة الشارع، والأثر المترتب عليه هو الوجوب -الحكم الفقهي- الذي هو صفة الفعل المطلوب ويكون المطلوب واجباً، فالواجب هو ما طلب على وجه الحتم والإلزام، بحيث يستحق التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة^(١) ويستحق اللوم والعقاب تاركه، وتركه جريمة سلبية لأن ركنه المادي فعل سلمي وهو الامتناع عن أداء الواجب^(٢).

الواجب والقرض:

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء لأن المراد بكل منهما فعل طلب على وجه الحتم والإلزام سواء أكان ثابتاً بدليل ظني كحديث الأحاد أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- (القرض ما ثبت بدليل قطعي كأداء الزكاة، والأمر

^(١) في شرح تنقيح القصول للقرافي ص ٧١، (ليس كل واجب يثاب على فعله، ولا كل حرام يثاب على تركه، أما الأول فكثفت الزوجات والأقارب والدواب، ورد المنصوب والودائع والديون فإنها واجبة، فإن فعلها الإنسان غالباً عن امتثال أمر الله تعالى فيها وقمت واجبة مجزئة مجزئة للذمة ولا ثواب حينئذ، أما الثاني فلأن المحرمات يفرج الإنسان عن عهدها بمجرد تركها، وإن لم يشعر بها فضلاً عن قصد إليها فلا امتثال لأمر الله فيها ولا ثواب).

^(٢) وبهذا يتضح الفرق بين الإيجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفة الشارع، والثاني حكم فقهي وصفة تصرف الإنسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الإنسان المكلف، وهكذا في بقية الأنواع.

بالمعروف، والتعاون على البر، الخ...، والواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر، والأضحية، الخ...).

ورأي الجمهور هو الأفتة ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين على وجه الإلزام^(١)، والمطلوب واجب إما لذاته أو لغيره^(٢).

الواجب والالتزام:

لحد كتابة هذه الأسطر لم أطلع لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولا في فقه القانون تعريفاً واضحاً شاملاً جامعاً مانعاً لهذا المصطلح (الالتزام)، ولكن بعد الموازنة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي من جهة، وبين الإيجاب والوجوب والواجب والالتزام من جهة أخرى، تبين لي أن الالتزام هو (تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير إلى انقضائه)^(٣). وذمة الإنسان عنقه. قال تعالى ﴿ وَصَلَّىٰ إِنْسِيْنَ أَلَزَمْتَهُ طَعْمِيَهٗ فِي عَتُوِيَهٗ ﴾^(٤).

ومن البديهي أن سبب الالتزام ليس دائماً تصرفاً إرادياً، فإذا أتلّف مال الغير خطأ أو نسياناً يجب عليه التويض ويلتزم بدفعه إلى هذا الغير، وإذا تحطمت طائرة في الجو فقد تلتزم الدولة أو الشركة بدفع التويض لضحايا الكارثة.

أجل، الالتزام بمعناه اللغوي مصدره إرادة الإنسان، يقال: التزم المال أو العمل، أي

^(١) وظن البعض كصاحب جمع الجوامع ١/ ٨٨، إن الخلاف لفظي، وهذا غير صحيح لأن الخلاف اللفظي لا تترتب عليه الآثار الخلافية في حين تترتب على هذا الخلاف اختلاف الحقيقة مع غيرهم - كالتشافية - في بعض المسائل الفقهية منها: أن الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية، وهي صحيحة عند الحنفية إذا قرأ ما يعادلها من الآيات القرآنية الأخرى، ومن الواضح أن قراءة الفاتحة في الصلاة ثبت بدليل ظني وهو قول النبي ﷺ (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)، أخرجه مسلم ٤/ ٣٤٣، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة، صحيح مسلم بشرح النووي. وقراءة القرآن ثابتة بالقرآن وهو قوله تعالى ﴿مَنْ قَرَأَهُ مَا تَشْرَبُونَ الْقُرْآنَ﴾ سورة المزمل ٢٠. ثم منكر الفرض يكفر عند الحنفية ومنكر الواجب لا يكفر.

^(٢) الواجب لذاته هو فعل حسن لذاته لما فيه من النفع العام كالعدل والصدق والأمانة والتعاون على البر، والواجب لغيره فيجب لذاته، وقد يصبح حسناً لغيره كالقتل دفاعاً عن النفس والعرض والمال.

^(٣) وهذا الحق يسمى ديناً وهو ما تعلق بذمة الغير من مال حكمي أو عمل.

^(٤) سورة الإسراء ١٣.

أوجهه على نفسه، ولكن من الخطأ تفسيره بهذا المعنى الضيق أيضاً في قفه الشرع وفقه القانون بعد الاعتراف بأن أسباب الالتزامات الشرعية تنحصر في الشرع وأسباب الالتزامات القانونية تقتصر على القانون وأما التصرفات والوقائع فهي أسباب للالتزام والقول بأنها مصادر خلط بين السبب والمصدر وقع فيه القانون وشرأحه.

وكذلك من الخطأ تعريفه بالواجب^(١)، لان الواجب هو صفة الأداء في الالتزام والأداء محل الالتزام، والالتزام صفة الملتزم قائمة به (المدين) ولا يحمل أحدهما على الآخر، لان الموضوع والمحمول - أو المبتدأ والخبر - يجب أن يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار. ومن غير المنطق أيضاً تعريفه بأنه (الوجه الثاني للحق الشخصي)^(٢)، أي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يطلب أحدهما - الدائن - من الآخر - المدين - القيام بفعل أو إعطاء أو امتناع عن فعل، فبالنسبة إلى الدائن حق شخصي وبالنسبة إلى المدين التزام، وذلك للأسباب الآتية:

- أ- أن الحق الشخصي والالتزام في هذه الحالة يكونان متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار، وهذا باطل لأن الحق الشخصي عنصر إجمالي في النعمة المالية على الزعم القانوني، في حين إن الالتزام عنصر سلمي، ثم لو صح انهما متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار لجاز حمل أحدهما على الآخر بأن يقال الحق التزام أو الالتزام حق، لكن الحمل غير جائز.
- ب- الالتزام من الأمور الواقعية والرابطة القانونية المذكورة من الأمور الاعتبارية.
- ج- الرابطة من مقولة الإضافة^(٣)، والالتزام من مقولة الانفعال^(٤)، والمقولتان متباينتان والحق من مقولة الكم لأنه يقدر بالمساحة والعدد أو الوزن أو الكيل.

^(١) كما في مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ١١٠، (الالتزام واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر).

^(٢) كما هو المعروف التداول في قوانين البلاد العربية ولدى شرح هذه القوانين المثارة بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، انظر الوسيط للسنهوري ١٥٢/١، المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البدراري ص ٣٧٦. مصادر الالتزام لأستاذنا عبد المجيد الحكيم ١٢/١.

^(٣) الإضافة: نسبة متكررة تصورها يتوقف على تصور أمرين آخرين تصاف إليهما، كالأبوة تصورها يتوقف على تصور الأب والولد، وكذلك البنوة.

^(٤) الانفعال هو التأثر والمطابقة كالتسخن كما إن الفعل هو التأثير كالتسخين.

د- والالتزام صفة للملتزم قائمة به ، بينما الرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين ، ولا يجوز تفسير الصفة الخاصة بالصفة المشتركة.

وبناء على ذلك فإن التعريف الصحيح للسليم هو ما ذكرناه من أنه (تحمّل أداء واجب طوعاً أو كرهاً تشغل به الذمة بحيث لا يغير إلى أن ينقضي بوسيلة من وسائل الانقضاء كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة وغيرها).

مفهوم الالتزام:

الالتزام بمفهومه الاصطلاحي يتوقف وجوده على توافر العناصر الستة الآتية :

- ١- المصدر الملزم وهو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية.
- ٢- الملتزم وهو الشخص المدين سواء أكان طبيعياً كالإنسان أم معنوياً كالدولة.
- ٣- الملتزم له هو الشخص الدائن سواء أكان طبيعياً أم معنوياً.
- ٤- موضوع الالتزام وهو ما ينصب عليه محل الالتزام وغالباً يكون محل العقد.
- ٥- محل الالتزام وهو الأداء (فعل الشيء أو الامتناع عن الشيء) ولا يكون محلاً للالتزام إلا الفعل كالتسليم والوفاء ، لأنه من الأحكام التكليفية التي تتعلق بأفعال الإنسان ، وقد خلط بعض فقهاء القانون بين محل الالتزام وموضوع الالتزام^(١) ، فمن باع سيارة يكون مديناً ملتزماً بتسليمها إلى المشتري الذي هو دائن ملتزم له. ومحل الالتزام هو التسليم ، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن ، وموضوعه المبيع ، ومصدره الشرع أو القانون وسببه البيع.
- ٦- سبب الالتزام هو ما سماه رجال القانون (مصدراً) وهذه التسمية خطأ. لأسباب يتبناها مفصلاً في مؤلفي (الالتزامات في الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية العربية) لا مجال

^(١) كالذكور عبد الرزاق السنهوري حيث قال في كتابه مصادر الحق ١٥٠/١ ، (الالتزام بالدائن محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، والالتزام بالمدين محله عين معينة بالذات) ، وكما قلنا الالتزام من الأحكام التكليفية المطلوبة على وجه الحتم والإلزام ولا تتعلق إلا بفعل الإنسان ، ومحلّه لا يكون إلا فعلاً ، فبي الأمانة المذكورة مبلغ النقود والأشياء المثلية موضوع الالتزام ، وأدائها - ردّها أو تسليمها - محل الالتزام ، وكذلك العين المعنية بالذات موضوع الالتزام ، فتسليمها أو ردّها أو تحليتها محل الالتزام ، وخلط المشرع العراقي بين محل الالتزام ومحل العقد في م ١/١٢٩ : (يجوز أن يكون محل الالتزام معلوماً وقت التعاقد إذا كان يمكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نالياً للجهة والغرض).

لذكرها في هذا الكتاب الأصولي.

أسباب الوجوب والالتزام:

أسباب الوجوب هي نفس أسباب الالتزام وهي في الفقه الإسلامي:

١- **التصرفات الشرعية**: سواء أكانت قولية (كالعقد والإرادة المنفردة) أم فعلية (كالفعل الضار والفعل النافع).

٢- **الوقائع الشرعية**: وهي التي لا تكون بإرادة الإنسان وإن كانت بفعله كحوادث اصطدام السيارات، وقد تكون الوقائع طبيعية، وقد خلط فقهاء القاتون بين التصرفات الفعلية الإرادية والوقائع القانونية^(١١) كما ذكرنا.

ومصادر الواجبات والالتزامات الشرع في المسائل الشرعية والقانون في المسائل القانونية، فجميع الواجبات من العادات والعبادات والعقائد مصدرها الشرع، وفي القوانين المدنية السائدة ومنها المدني العراقي مصادر الالتزام خمسة وهي (العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والعمل غير المشروع، والفعل النافع الكسب دون سبب، والقانون). والأربعة الأولى من هذه الخمسة تندرج تحت التصرفات الشرعية القانونية، وهي أسباب وتسميتها بالمصادر خلط بين السبب والمصدر.

النوع الثاني: الاستحباب (والاستدباب):

استعمله علماء الأصول صفة للشارع، وصفة لتصرفات الإنسان بنفس الصيغة بخلاف النوع الأول الذي كان الإيجاب فيه صفة للشارع والوجوب صفة للتصرف، ويمكن التفرقة باللفظ بأن يقال طلب الفعل على وجه الأولوية استحباب وصفة الشارع وأثره التذب صفة التصرفات.

والمراد بالاستحباب الذي هو صفة الشارع طلب الفعل على وجه الأولوية والأفضلية بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه كزيارة المرضى، وسنن الصلاة والصيام، وغير ذلك من

^(١١) لأنهم جعلوا كلا من التصرفات الفعلية والوقائع القانونية مصدراً واحداً مقابلًا للتصرف القانوني، والقانون عندما حاولوا إرجاع المصادر الخمسة التقليدية للالتزام إلى ثلاثة وهي التصرف القانوني، الواقعة القانونية، والقانون.

جميع الأفعال الحرة ما عدا الواجبات.

والفعل المطلوب على وجه الأفضلية والأولوية كما يسمى مندوباً يسمى مستحباً وسنةً ونفلاً ، والفعل المندوب كما يكون البدء به مستحباً كذلك الاستمرار فيه بعد البدء يكون مستحباً ومندوباً باستثناء المحج^(١) ، لأن نفعه كفرضه في النية فإنها في كل منهما قصد الدخول في المحج وكذا في الكفارة ، وغيرها خلافاً لبعض الفقهاء حيث قالوا (كل مندوب يتحول إلى الواجب بالشروع فيه فيجب إكماله).

النوع الثالث: التحريم:

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ، والأثر المترتب على التحريم الحرمة ، فالأول صفة الشارع وشرعه وحكم أصولي ، والثاني صفة تصرف الإنسان غير المشروع وحكم فقهي.

والفعل المطلوب هو الامتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والإلزام ويسمى محرماً وحرماً ويستحق فاعله الذم والعقاب وتاركه التذير والثواب ، وفعله يشكل جريمة إيجابية لأن ركبتها المادي يتم بفعل إيجابي كالزنى المحرم بقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِتْمَانًا كَانَتْ فَحْيَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾^(٢) ، وكحرمة تزوج المحارم الثابتة بقوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾^(٣).

والإنسان البالغ العاقل كما إنه مكلف وملزم بأداء الواجبات ، كذلك ملزم ومكلف بترك الحرمات ، لكن التحريم المتوقع لا يوجب في الحال الكف عن الفعل وعدم الحل^(٤) والحاصل

^(١) جمع الجوامع ٩١/١ ، وفيه (ولا يجب المندوب بالشروع أي لا يجب إتمامه لأن المندوب يجوز تركه خلافاً لأبي حنيفة في قوله بوجود إتمامه لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَلْبَسُوا الْحَمَاقَةَ ﴾ سورة محمد ٣٣. ووجوب إتمام المحج المندوب بالشروع لأن نفعه كفرضه نية وكفارة وغيرهما).

^(٢) سورة الإسراء. ٣٢.

^(٣) سورة النساء. ٢٣.

^(٤) وتترفع على ذلك فروع فقهية منها: أن للزوجة التصرف في جميع مهرها المقبوض بمجرد العقد رغم أن ملكها له لا يستقر إلا بالدخول ، وللموثر التصرف في الأجرة المقبوضة رغم احتمال فسح الإيجار قبل انتهاء المدد.

إذا كان الركن للمادي المحرم فعلاً كالزنا يسمى جريمة إيجابية، وإذا كان إمتناعاً يسمى جريمة سلبية مثل كتم الشهادة .

توابع المحرم:

ينقسم المحرم إلى نوعين، لذاته ولغيره:

أ- المحرم لذاته: هو ما قصد الشارع تحريمه ذاتياً لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسدة لذاته، فإنه إذا كان عقداً يقع باطلاً كبيع الميتة وتزويج المحرمات من النساء، وإذا كان تصرفاً فعلياً ضاراً يقع جريمة كالسرقة والزنى وخيانة الأمانة والتجسس، وغير ذلك من الأفعال الأخرى القبيحة لذاتها.

ب- المحرم لغيره: وهو ما يكون مشروعاً لذاته ولكن أصبح قبيحاً ومضراً لغيره كالحطبة على خطبة الغير والبيع على بيع الغير ونحوهما، فإن كلاً من الخطبة والبيع عمل باح لذاته لكنه يصبح محرماً إذا كان مؤدياً إلى إلحاق الضرر بالغير. ومع ذلك، الفاعل يعتبر ألماً والتصرف يكون صحيحاً منتجاً لأثاره عند جمهور الفقهاء، ولم يفرق الظاهرية وبعض الخابلية بين النوعين من المحرم في عدم ترتب الآثار الشرعية عليه على أساس أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.

النوع الرابع: الاستكراه:

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل طلباً غير جازم وهو بهذا المعنى صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الكراهة التي هي صفة التصرف، والفعل المطلوب تركه طلباً غير جازم يسمى مكروهاً وهو ما يمدح تاركه ولا يعاقب فاعله، وأمثلة المكروه كثيرة منها:

تسأل الإنسان عما لا يعنيه، كما قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن بُدِّ لَكُمْ سَأَلُكُمْ ﴾^(١). ومنها الزيارات لبيوت الغير في أوقات غير مناسبة وبدون إذن سابق، كما قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْأَلُوا

^(١) سورة المائدة ١٠١.

وَلْيَسِّرُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرَ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١١﴾

المكروه وخلاف الأولى:

فرق علماء الأصول بين المكروه وخلاف الأولى بأن الأول طلب تركه بنص خاص كما في الأبنين المذكورتين، أما خلاف الأولى فهو ما يستفاد من الأمر بالأفعال المتدوية كترك زيارة المريض المأمور بها على أساس أن الأمر بالشيء نهي عن ضده^(١١).

المكروه تحريماً وتنزيهاً:

قال بعض الأصوليين (كالحنفية)^(١٢) المكروه نوعان:

أ- المكروه تحريماً

وهو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام، لكن ثبت هذا الطلب بدليل ظني كحديث الأحاد، ومن أمثله البيع على بيع الغير والخطبة على خطبة الغير، وقد نهى عنهما الرسول ﷺ في قوله ((لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له)). فمعتد ذلك بكون الفرق بينه وبين الحرام أن الثاني ثابت بدليل ظني^(١٣).

ب- المكروه تنزيهاً:

وهو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام وإنما على وجه الأولوية والأفضلية كأكل الأشياء التي لها رائحة كريهة كالثوم في حالة الاحتكاك بالغير كما في وقت صلاة الجمعة والجماعة وفي حالة الجلوس مع الغير.

^(١١) سورة التور ٢٧.

^(١٢) في جمع الجوامع وشرحه ٨٠/١، (أو القضاء غير جازم ينهي بخصوص فكرهه أو بغير مخصوص بخلاف الأول).

^(١٣) تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٥٠. شرح القاضى عضد الدين على مختصر المنتهى ٥/٢. زكي الدين شعبان، أصول الفقه ص ٢٤٢.

^(١٤) وترتب على هذا الفرق أن المكلف يعاقب على فعل المكروه كراهة تحريم، كما يعاقب على فعل الحرام لكن لا يكفر إذا أنكره لأنه ثبت بدليل ظني. لمزيد من التفصيل، راجع بداية البتدئ وشرحه الهداية بتكملة فتح القدير ١٠٠٣/٤.

هل التدخين محرم أو مكروه؟

في رأينا المتواضع أن الحكم الشرعي للتدخين هو الحرمة لأنه مضر بالمدخن والآخرين من الأوجه الآتية:

أ- مضر من الناحية الاجتماعية:

حيث يقلق الناس ويؤثر على راحتهم في الاجتماعات والندوات وأمكنة اللقاء والاحتكاك، وبصورة خاصة الأمكنة غير المستوفية للتنهية للصحة، وفي وسائل النقل البري والبحري والجوي، وضرره على الغير أكثر من ضرر الشوم والبصل المنهي عنهما من الرسول ﷺ.

ب- مضر من الناحية الاقتصادية:

وفيه استقطاع لجزء من حق الغير من تجب نفقتهم على المدخن، وبالتالي أكل بالباطل، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(١).

ج- مضر من الناحية الصحية:

وقد حذر الأطباء الاختصاصيون المدخنين من المواقب السيئة للتدخين، ومن هؤلاء البروفيسور كليرت لاغرو الاختصاصي الفرنسي الشهير في أمراض الكلى والرئتين حيث قال (قد تكون البشرية اعتادت على التعايش مع هذا الوحش الحضاري القاتل الذي اسمه (التدخين) غير أن النتائج الكوارثية الناجمة عن هذا الوحش أصبحت من الضخامة والفتاحة بحيث لم يعد من المعقول الاستمرار في الاستسلام أمامها، ويلفة الأرقام ونتائج دراسة ملفات المتوفين بسبب التدخين يتبين أن الإنسان الذي يدخن عشرين سيجارة يوميا كمن يتضرر من عمره سبع سنوات، ثم يقول أن هناك أربعة أنواع من السرطان مرتبطة بالتدخين: سرطان الرئة، سرطان الخنجر، سرطان الفم وسرطان المثانة، إضافة إلى مضاعفات الشرايين في عضلات القلب بسبب التدخين، وبذلك لا تقل خطورة التدخين عن خطورة المسكرات والمخدرات التي حرمها القرآن بالنص الصريح، ولو كان موجوداً في عهد الرسالة لحرمه بالنص الصريح ولكنه محرم بالقواعد الشرعية العامة الفاضية بأن كل مضر محرم، بل محرم

^(١) سورة النساء ٢٩.

بنص قوله تعالى ﴿يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْحَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آسَرٌ مِنْ قَبْلِهِمَا﴾^(١١)، لأن ضرر التدخين أكثر من نفعه.

ثم إن ضرر التدخين لا يقتصر على المدخن وحده حيث أثبت العلم أن من يدخن أربعين سيجارة في اليوم في بيت يعيش معه طفل يعتبر هذا الطفل قد دخن عشر سجائر لأن الدخان الذي يخرج من فم المدخن يلوث الهواء المحيط به ويستشقه الجالسون معه وهذا يتمكس أثره الصحي السيئ على الكل ويوجه خاص إذا كان في مكان مغلق التهوية بخلاف تعاطي المسكرات فإن ضرره الصحي يقتصر على نفسه فقط وهذا ما يدعوننا إلى القول بأنه لا يوجد أي فرق بين تحريمها والتدخين وكل ما يكون ضرره أكثر من نفعه بمقتضى الآية المذكورة.

النوع الخامس: الاستباحة:

هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع منه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الإنسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب. وإضافة إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة قد يفهم الحكم من تصريح الشارع بالحل كما في قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾^(١٢) وقد يؤخذ من النص على نهي الإثم أو الجناح أو الحرج على من يفعل الفعل كما في قوله تعالى ﴿فَمَنْ أَضَلُّ عَذْرَبِجَاعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١٣)، وقوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةٍ أَسْأَلُوا أَسْتَأْذِنَتْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾^(١٤)، وقوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَحْمَنِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرْهِيِّ حَرَجٌ﴾^(١٥) وغير ذلك من الآيات الدالة على ما هو مباح للإنسان رخصة.

^(١١) سورة البقرة ٢١٩، والمراد بالإثم الضرر وقد أجاب سبحانه وتعالى عن الحكم بعلته تنبيها على أن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو محرم وإن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

^(١٢) سورة المائدة: ٥.

^(١٣) سورة البقرة ١٧٣.

^(١٤) سورة البقرة ٢٣٥.

^(١٥) سورة الفتح: ١٧.

وقد اتفق بعض الأصوليين^(١) اعتبار الإباحة من الأحكام التكليفية بحجة عدم وجود أي نوع من الكلفة في الأشياء والأفعال المباحة ما دامت الحرية في الترك والفعل متروكة للإنسان، ودافع البعض عن اعتبارها من الأحكام التكليفية بأنه مبني على التقلب لأن الأحكام الأربعة الباقية تكليفية.

وفي نظرنا أن الإباحة حكم تكليفي ولا مجال للشك في ذلك لأنها كانت لمصلحة الإنسان والمباح رغم ترك الحرية فيه للإنسان إلا أن تركه بصورة كلية محرم حيث لم يخلق عبثاً، فتناول المباح وفعله من الأمور التي يتوقف عليها الحفاظ على صحة الإنسان ومحافظة الصحة واجبة وكل ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب، إذن فعل المباح في بعض الأوقات واجب أو على الأقل مندوب، ثم إن نوع كل مباح واجب غالباً كالنوم والأكل والراحة والنظافة لتوقف استمرارية الحياة على ذلك. وفي الحتام من الضروري أن أشير إلى خطأ وقع فيه أكثر علماء أصول الفقه حيث إستعملوا الحكم بكون صفة الشارع وصفة تصرفات الانسان تمييزاً واحداً وهو: الندب والكراهة والإباحة، واستبعاداً لهذا الخطأ استعملت: الاستتباب أو الاستحباب، والاستكراه، فالاستباحة للشارع والندب والكراهة والإباحة لتصرفات الانسان.

^(١) كالجلال المهلي في شرح جمع الجوامع ٨٣/١ وحيث قال ذكر التخيير سهوً إذا لا اختصاء في الإباحة. وقال القراني، الفروق ١/١٦٦ (الحكم التكليفي الأصل انه لا يطلق إلا على الوجوب والحرمة لأن الكلفة تعني المشقة وفيما عداها المكلف في سعة لا عقاب على فعله أو تركه غير أن الأصوليين توسعوا في إطلاق اللفظ على الأنواع الخمسة).

المبحث الثاني

الواجب، أقسامه، ادائه، قضاؤه

أردنا هنا النوع من الأحكام التكليفية بمبحث مستقل رغم سبق بيانه، ذلك لأهميته من حيث الأقسام والأداء والقضاء.

أقسام الواجب

ينقسم الواجب إلى أقسام مختلفة بالاعتبارات الآتية

أولاً - باعتبار المقدار المطلوب محدد وغير محدد

- ١- **الواجب المحدد**: وهو الذي حدد مقداره كالزكاة فإن نسبتها في كل مال تجب فيه مقدرة بمقدار معين، ويقال الواجب الشرعي المحدد الواجب القانوني المحدد كالضرائب وأجور الماء والكهرباء والهاتف، وغير ذلك من الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية.
- ٢- **الواجب غير المحدد**: وهو الذي لم يحدد مقداره كالإتفاق في سبيل الله والتبرعات التي على الممكن أن يدفعها للمتكوب في الظروف الطارئة كالفيضانات والزلازل والحرب والحريق.

ثمرة التقسيم

تظهر لمرّة التقسيم في الأحكام الآتية:

- ١- الواجب المحدد يجب ديناً في الذمة وتصح المطالبة به من غير توقف على حكم قضائي أو اتفاق رضائي بخلاف الواجب غير المحدد فإنه لا يتعلق بذمة الإنسان ديناً وبالتالي لا يطالب به إلا بعد قضاء أو رضا. واختلف الفقهاء في نفقة الزوجة، فمن قال إنها واجب محدد قال تجب بمجرد الزواج، وبهذا أخذ المشرع العراقي (م٢٣) لكن اعتبر نفقة الأقارب واجباً غير محدد فلا يقضى بها إلا من تأريخ الادعاء (م٦٣). وفي هذا تحكم وترجيح بلا مرجع.

٢- لا تبرا ذمة المكلف المدين بالواجب المحدد ما لم يوده على الوجه المطلوب وبالقدر المحدد بخلاف الواجب غير المحدد ، فإن أمر أدائه وتحديد مقداره متروك لسعة ومقدرة إرادة الشخص المكلف.

ثانياً - باعتبار محل الأداء معين ومخير^(١)

- ١- الواجب المعين : ما طلب بعينه ولا يجوز المدول إلى البديل بإرادة المدين كالصلاة والصيام والمال المسروق والمغصوب والمعار والمستأجر والوديعة والمبيع.
- ٢- الواجب للمخير: هو ما طلب لا بعينه وإنما في ضمن أمور معينة يكون محل الأداء واحداً غير معين من بين اثنين أو ثلاثة من الأمور المعينة المحددة كإحدى خصال كفارة اليمين ، فالقرآن الكريم حدد كفارة اليمين بواحد من هذه الواجبات (إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير إنسان مستعبد) ، فإن لم يستطع أن ينفذ واحداً منها عليه أن يصوم ثلاثة أيام كما جاء في قوله تعالى ﴿ لَا يُؤَايِدُكُمْ اللَّهُ بِالَّذِي فِي آيَاتِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَايِدُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَلَفْتُمُوهَا ، إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَلْبَسُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتَهُمْ أَوْ تَحْرِيرَ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفْرَتُهُ أَيُّسِّرَ لَكُمْ إِذَا سَفَسْتُمْ وَأَحْمَقَطَرُوا آيَاتِكُمْ كَذَلِكَ يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(٢).

أهمية التقسيم

تبدو أهميته في أن المدين في الواجب المعين لا تبرا ذمته إلا بأدائه بعينه ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على خلاف ذلك ، بخلاف الواجب المخير فإن المكلف تبرا ذمته بأداء واحد من الأمور التي خير فيها ، ثم من ثبت له التخير في حقين فإن اختار أحدهما سقط الآخر ، وإن

^(١) وفي القانون يطلق عليه (الالتزام التخيري) ، كما في ٢٩٨-٣٠٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

^(٢) سورة المائدة ٨٩ ، ومن القواعد الفقهية العامة (ما يجوز فيه التخير لا يجوز فيه التبعيض إلا أن يكون الحق لمعين ورضى به ، ففي كفارة اليمين لا يجوز لمن حث أن يطعم خمسة ويكسو خمسة ، وفي كفارة الظهار لا يجوز أن يصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكياً) .

اسقط أحدهما ثبت الآخر ، إضافة إلى ذلك فالتخيير إنما يكون بين المتجانسين في الحكم.

ثالثاً - باعتبار المطالب بآدائه عيني وكفائي

١- الواجب العيني هو التصرف المطلوب من شخص المكلف ذاته كالصلاة والصيام في الشريعة الإسلامية ويقابله الواجب العيني القانوني كخدمة العسكرية الإلزامية.

٢- الواجب الكفائي هو ما طلب حصوله وأدائه من مجموع المكلفين لا على سبيل التبيين ، بحيث إذا قام بآدائه بعضهم بقدر الكفاية يسقط التكليف عن الكل وارتفع الإثم عن الجميع ، وإذا لم يتم به أحد أو قام به البعض ولكن لم يكن القيام بقدر الكفاية وسد الحاجة أتم الجميع وعم الحرج وتعرض الكل للمسؤولية كتعليم وتعلم المهن والحرف التي يحتاج إليها الفرد والمجتمع ، وكالجهاد والدفاع في حالة العدوان ، وكنشاء المرافق والمؤسسات الثقافية والصحية والاجتماعية وكالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وكقتل جثمان المتوفى إلى مثواه الأخير ، وممارسة مهنة القضاء ، ونحو ذلك مما يحتاج إليه المجتمع في كل زمان ومكان.

وقد يتحول الواجب الكفائي إلى الواجب العيني ، كما إذا لم يوجد في البلد إلا طبيب واحد ولا يوجد في المدينة والمنطقة من تتوافر فيه شروط القضاء إلا شخص واحد ، وكأداء الشهادة ممن لا يوجد غيره ، وكمن يجيد السباحة ويرى أمامه من على وشك الغرق ، ونحو ذلك.

أهمية التقسيم

تظهر أهمية التقسيم مما ذكرنا في إن الواجب العيني لا يقبل النيابة إلا في حالات نص عليها الشارع ، بخلاف الواجب الكفائي فلا يطلب من شخص معين أو أشخاص معينين ، وتعبير آخر في الواجب العيني شخص المكلف مأخوذ بنظر الاعتبار ، أما في الواجب الكفائي فلا ينظر إلى الشخص وإنما إلى العمل ، فاللهم فيه هو أداء العمل أياً كان المؤدي.

رابعاً باعتبار وقت الأداء مطلق ومقيد

١- الواجب المطلق عن التوقيت هو الذي لم يبين له وقت محدد لأدائه مثل كفارة اليمين والوفاء بالنذر المطلق وأداء دين مؤجل إلى أجل غير مسمى.

٢- **الواجب المؤقت** هو ما طلب فعله في وقت محدد له كإقامة الصلاة الواجبة وأداء الصوم الفرض (صوم رمضان)، فالقيام بهذا الواجب في وقته أداء، وبعده قضاء، وتكراره في نفس الوقت إعادة، ويقابله الواجب المؤقت القانوني كعمل الموظف والعامل في الساعات المحددة للعمل، وكحضور الطلبة في أوقات المحاضرات^(١).

أهمية التقسيم

تكون الأهمية في إن الواجب المؤقت يجب أدائه في الوقت المحدد له، فإدائه خارج هذا الوقت بدون عذر مشروع يرتب عليه الإثم والمسؤولية الدينية والدينية^(٢)، بخلاف الواجب المطلق فإنه يكفي أدائه في أي وقت خلال فترة العمر، لكن من المفضل الإسراع في أدائه وإفراغ الذمة من المسؤولية القائمة.

أنواع فوات باعتبار نوره في المؤدى

- ١- أن يكون ظرفاً للمؤدى وسبباً لوجوبه كوقت الصلاة والمراد بكونه ظرفاً أنه يحيط به ويزيد عنه، وحكم هذا النوع اشتراط نية تعيين فرض الوقت.
- ٢- أن يكون معياراً للمؤدى وسبباً لوجوبه كشهر رمضان ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ أَثْهَرَ قَلْبَهُ﴾^(٣)، والمراد بكونه معياراً أنه لا يسع غير الواجب من نوعه فلا يزيد ولا

^(١) كل تصرف عبادة أو معاملة كانت المدة ركناً أو شرطاً فيه لا يكون إلا مؤقتاً كالصلوات الخمس في العبادات، والإجارة والإعارة والساقات والمزارعة في المعاملات المالية.

^(٢) وللواجب المؤقت باعتبار ضيق وسعة الوقت ثلاثة أنواع:

١. الواجب الموسع هو ما يكون وقته كالياً له ولغيره من جنسه كأوقات الصلوات الخمس الواجبة في الشريعة الإسلامية.

٢. الواجب الضيق هو الذي لا يسع غيره من جنسه كوقت رمضان فلا يسع إلا الصيام المفروض فيه.

٣. الواجب ذو الشهيدين كالحج، فإن وقته لا يسع إلا حجاً واحداً في نفس العام، وبهذا يكون كالضيق، ولكن وقته يزيد على أداء مناسكه ومن هذه الجهة يشبه الواجب الموسع.

ولمرة التقسيم: في الواجب الموسع لمحجب نية أداء الواجب، وفي الضيق يكفي مطلق النية وذو الشهيدين كالضيق يسع أدائه بمطلق النية لأنه لا يوجد حج آخر.

^(٣) سورة البقرة ١٨٥.

ينقص ، وحكم هذا النوع انه نكفي فيه نية مطلق الصوم من غير اشتراط التعمين في النية.

٢- إن يكون معياراً وليس سبباً لوجوبه كقضاء رمضان وصوم الكفارات والنذر ، فسبب القضاء واضح وسبب صوم الكفارات الحنث والقتل والظهار وغيرها ، وسبب صوم النذر ، وحكم هذا النوع اشتراط نية التعمين من الليل أو من أول النهار.

٤- أن يشبه الظرف من وجه والمعيار من وجه آخر وهو وقت الحج (ذو القعدة وعشر ذي الحجة) ولكن الحج لا يؤدي إلا في بعض عشر ذي الحجة ، فيكون الوقت الزائد ومن هذا الوجه يكون ظرفاً ، ومن حيث انه لا يؤدي في هذا الوقت إلا حج واحد يكون معياراً ، وحكم هذا النوع أن من رجح جهة المعيارية احتياطاً (كأبي يوسف) قال بتأثم من أخره عن العام الأول لان البقاء إلى العام المقبل مشكوك فيه ، وعند من رجح جهة الظرفية - كمحمد الشيباني - يجوز التأخير بشرط عدم التضييق لان الأصل في الحياة البقاء.

الأداء والقضاء في اللغة

كل منهما عبارة عن الإتيان بالوقتات المأمور بها وغيرها مثل إقامة الصلاة وأداء الزكاة ورد الأمانات.

فالقضاء لغةً ، هو الأداء ويستعمل بمعناه كما جاء في قوله تعالى ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَامًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ﴾^(١) ، وقوله تعالى ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُم مِّنْ صَلَاتِكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ﴾^(٢) . والمراد بالقضاء في هاتين الآيتين ونحوهما هو الأداء ، واستعماله فيه حقيقة لغوية ، فهي اللغة لا فرق بينهما.

الأداء والقضاء في القانون

الأداء هو محل التزام الملتزم ، لأن الالتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق إلا بالأفعال تسليم المبيع إلى المشتري وتسليم الثمن إلى البائع ورد المصوب إلى المصوب منه ورد

^(١) سورة النساء ١٠٣.

^(٢) سورة البقرة ٢٠٠.

المسروق إلى المسروق منه ورد العين المعارة أو المستأجرة أو الوديعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء المدة.

والأداء كما يكون فعلاً إيجابياً كالأمانة المذكورة، كذلك قد يكون فعلاً سلبياً كالامتناع عن القيام بالأفعال المحرمة شرعاً وقانوناً، وكالامتناع عن المنافسة غير المشروعة. ولكن مصطلح (القضاء) بالمفهوم المذكور (الأداء خارج وقته في العبادات، أو أداء المثل صورة ومعنى، أو صورة فقط) لم يستعمله القانونيون ولكنهم يطبقونه من الناحية العملية في الضمانات والمعاملات المالية.

الأداء والقضاء شرعاً في العبادات (حقوق الله)

الأداء والقضاء في حقوق الله يختصان بالعبادات المؤقتة، ولا يتصور الأداء إلا فيما يتصور فيه القضاء^(١). ولهذا قال الفقهاء والأصوليون في أداء وقضاء حقوق الله.

الأداء: هو فعل عين الواجب في وقته المعين له شرعاً كأداء صلاة الظهر في وقتها^(٢)، وأداء الصيام الواجب في شهر رمضان المبارك^(٣)، وهو ينقسم إلى الأداء الكامل والقاصر والشبه بالقضاء.

أ- الأداء الكامل: هو ما يؤديه المكلف على الوجه الذي أمر به^(٤)، بأن يكون مستجمعاً لجميع الأوصاف المشروعة كالصلاة المشروعة فيها الجماعة أداها المصلي جماعة^(٥).

ب- الأداء القاصر: وهو ما ليس بمستجمع لجميع الأوصاف المشروعة فيه كالصلاة^(٦) الواجبة إذا أقامها منفرداً^(٧) والظروف بلا وضوء.

^(١) التلويح على التوضيح شرح التنقيح ٧١/٢.

^(٢) قال فقهاء الشافعية والأصوليون منهم كما في جميع الجوامع وشرحه ١٠٨/١ وما بعدها (الأداء فعل بعض، وقيل كل ما دخل وقته قبل خروجه واجباً كان أو مندوباً، والمؤدى ما فعل من كل العبادة أو بعضها في وقتها. والوقت هو الزمان المقرر له شرعاً مطلقاً سواء كان موسعاً كأوقات الصلاة أو مضيقاً كزمان صوم رمضان).

^(٣) أصول الزيدوي مع كشف الأسرار ١٣٥/١.

^(٤) شرح المنار ابن ملك، ص ١٦٥.

^(٥) في الصحيحين عن رسول الله ﷺ (صلاة الجماعة الفضل من صلاة الفرد سبعا وعشرين درجة)، صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٨/٥.

ج- الأداء الشبيه بالقضاء: كمن اتدى بالإمام في صلاة الجماعة ثم تأخر عنه لأي سبب كان فلم يكملها معه ثم أتتها بعد فراغ الإمام من صلاته^(١٢٦).

القضاء: فعل مثل الواجب في غير وقته المعين شرعاً استدراكاً لما وجب عليه ولم يؤده في وقته كقضاء المسافر والمريض صيام رمضان بعد السفر أو الشفاء، وقضاً لقوله تعالى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(١٢٧)، وقضاء نائم استيقظ من نومه بعد فوات الوقت، أو ناسٍ نسي الواجب إلى أن زال وقته ثم أداه خارج الوقت^(١٢٨).

القضاء بمثل محلول ويمثل غير محلول

أ- القضاء بمثل محلول: هو ما يدرك عقل الإنسان الماثلة بينهما كقضاء الصلاة بالصلاة، وقضاء الصيام بالصيام^(١٢٩).

ب- القضاء بمثل غير المحلول: وهو ما لا يدرك العقل الماثلة بين الأصيل والبديل كقضاء المعاجز عن الصيام بسبب الشبخوخة بالقدية، فعقل الإنسان قاصر عن إدراك الصلة

^(١٢٦) في أصول الشاشي ص ٤٢ (الواجب بحكم الأمر نوعان: أداء وقضاء، فالأداء عبارة عن تسليم عين الواجب إلى مستحقه، والقضاء عبارة عن تسليم مثل الواجب إلى مستحقه. ثم الأداء نوعان: كامل وقاصر، فالكامل مثل أداء الصلاة في وقتها بالجماعة والطواف متوضئاً وتسليم الميع سلبياً كما المنقضاء المقدر إلى المشتري، وتسليم الغاصب العين المنصوبة كما غصبها وحكم هذا النوع أن يحكم بالخروج عن المهدة به).

^(١٢٧) التقرير والتحرير على تحرير الكمال بن الجمام ١٢٧/٢.

^(١٢٨) فالصلاة أداء لأنها في وقتها، وقضاء لأنه التزم بالافتناء بالإمام أن يتنها جماعة ولم ينف بالتزامه، لما وقع بعد فراغ الإمام أداء شبه بالقضاء. التوضيح شرح التلويح ٧٨/٢ وما بعدها. سورة البقرة: ١٨٤.

^(١٢٩) قال الشافعية (القضاء فعل كل وقيل بعض ما خرج وقت أدائه استدراكاً بعد ذلك لشيء سبق له مقتض لأن يفعل وجوباً أو ندباً). جمع الجوامع وشرحه ١١١/١.

^(١٣٠) في البردوي والكنش ١٢٣/١ (إن الله تعالى أوجب القضاء في الصوم بالنس فقلال ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ سورة البقرة: ١٨٤، وجاءت السنة بالقضاء في الصلاة، فقال النبي ﷺ (إذا رقد أحدكم عن الصلاة أو غسل عنها فليصلها إذا ذكرها فإن الله تعالى يشول ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ يَزِيحُهَا عَنْ سُوْرَةِ طه: ١٤ فتح الباري ٨٨/٢، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٨/٥.

والمائلة بين أصل الصيام وبين وجوب الفدية بدلا عنه لا صورة ولا معنى، وقد أمر الله بالفدية مكان الصيام في قوله ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامًا مَشْكُونًا﴾^(١١١)، أي على الذين يستطيعون الصيام بمشقة أن يدفعوا الفدية - ما يعادل وجبة طعام متوسطة لكل فرد للفقره والمساكين بدلا من الصيام عن كل يوم - وقدرها الفقهاء بنصف صاع من البر ونحوه عن كل يوم.

الإعادة فعل مثل الأول على صفة الكمال في نفس الوقت، كمن صلى العصر مثلاً جماعة بعد إقامتها منفرداً، أو فعل الشيء ثانياً وقت الأداء لخلل في فعله الأول.^(١١٢)

الأداء والقضاء في المعاملات المالية (حقوق الناس)

الأداء تسليم نفس الواجب أي عبته إلى مستحقه^(١١٣) لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا عَلَىٰ عِقَبٍ يُتَوَدَّأُ﴾^(١١٤)، يعني أن الأداء تسليم عين موضوع الالتزام كما هو مطلوب شرعاً، كسليم عين المبيع إلى المشتري، وتمكين المتأجر من الانتفاع بالعين الموجرة ذاتها، ورد عين المصوب إلى المصوب منه ورد عين السروق إلى السروق منه وإعادة العين المعارة أو المتأجرة أو المودعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء مدة العقد، وهكذا في كل حيازة وقتية يلتزم الحائز الوقتي أو الحائز حيازة غير مشروعة بإعادة عين المال الحائز إلى الحائز إليه بالصفة التي كان عليها قبل الحيازة، فإذا تأخر عن الأداء والرد بدون عذر وتلف المال أو حصل فيه عيب أو نقص يكون ضامناً لأن يده بمثابة يد الغاصب.

^(١١١) سورة البقرة ١٨٤، قال البعض بتفسير الآية ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ﴾ وفي نظرنا هذا تأويل بعيد لا داعي له لأن صيغة (يطيقونه) تدل على إسكان القيام بالعمل لكن مع المشقة.

^(١١٢) الضمير والتعبير على التحريم ١٢٣/٢ وفيه لصول الميزان الإعادة يعرف الشرع (إتيان مثل الفعل الأول على صفة الكمال) و(الإعادة فعل الشيء ثانياً في وقت الأداء قبل لخلل في فعله أولاً من فوات شرط أو ركن كالصلاة مع التجاسة وقيل لملء من خلل في فعله أولاً أو حصول فضيلة لم تكن في فعله أولاً)، جمع الجوامع وشرحه ١١٧/١.

^(١١٣) التوضيح على التنقيح ٨٢/٢ وأصول الشاشي، ص ٤٢ وما بعدها.

^(١١٤) سورة النساء ٥٨.

الأداء الكامل والأداء ناقصاً^(١).

الأداء الكامل (أو المحض): هو رد عين موضوع الالتزام بنفس ما استلم أو حاز بدون عيب أو نقص ومن غير ترتيب حق عليه للمغير كالرهن ونحوه، وتسليم عين المبيع إلى المشتري وفق المواصفات والشروط المتفق عليها والتي اقتضاها العقد^(٢).

الأداء ناقصاً: هو رد عين موضوع الالتزام بعيب أو نقص أو ترتيب حق عليه للمغير، ففي هذه الحالات يتحمل المدين مسؤولية القصور، أي يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، وعناصر هذه المسؤولية هي في الشريعة (المعمل غير المشروع+الضرر+علاقة السببية)، وفي القانون (الخطأ + الضرر + علاقة السببية)، والخطأ في القانون الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخيل لقيامه، والخطأ يتطلب الأهلية بخلاف المعمل غير المشروع وما في الشريعة هو الصواب.

القضاء هو رد أو تسليم مثل الواجب وهو كامل وقاصر.

أ- القضاء الكامل (أو القضاء بمثل معقول) هو رد أو تسليم المثل صورة ومعنى في حالة عدم إمكان رد الأصل لثقله أو لأي سبب آخر، فمن غصب مالاً أو سرقه أو استأجره أو استعاره وانتهت مدة الإجازة والإعارة ودخل في ضمانه فلم يستطع رده تلف أو غيره، وكان مثلياً فعلياً رد مثله إن وجد^(٣)، ولا يجوز العدول إلى القيمة ما دام رد المثل ممكناً^(٤).

^(١) في التبرير والتجسير على التحريم ١٢٧/٢ (قسم الختية الأداء في المعاملات كما في العبادات إلى كامل وقاصر، والأداء الكامل رد عين المقصوب سالماً على الوجه الذي غصبه فهو كامل لكونه على الوجه الذي وجب، والأداء الناقص هو رده مشغولاً بحق الغير أو بعيب)، مع التصرف بالعبارة. وفي أصول الزدوي مع الكشف ١٥٣/١ (الأداء المحض هو تسليم عين المقصوب إلى المقصوب منه على الوجه الذي غصبه، وتسليم عين المبيع على الوجه الذي اقتضاه العقد).

^(٢) أصول السرخسي ٦٥٣/١.

^(٣) في أصول السرخسي ١٣٤/١ (من غصب شيئاً لزمه تسليم عينه ورده فيصير به مؤدياً، وإن هلك لزمه ضمان فيصير به قاضياً).

^(٤) المال باعتبار تماثل أجزائه وعدم التماثل أما مثلي أو قيسي.

للثلي: هو ما لا تتفاوت أجزائه تفاوتاً يمتد به في القيمة ويقوم بمضه مقام بعض في الوفاء وتوجد له نظائر في الأسواق فالبدل يكون كالأصل من حيث الصورة وهو واضح ومن حيث المعنى (القيمة).

ب- القضاء القاصر (أو القضاء بمثل غير معقول) وهو رد بدل الشيء المتلف بما هو

مثله معنى - قيمة - لا صورة ويكون هذا في حالتين^(١١).

إحدهما: كون المتلف قيمياً لا مثل له كالحیوانات والمقارات.

والثانية: كون المتلف مثلياً ولكن كان مفقوداً في أيدي الناس وفي الأسواق.

ومن الواضح أن الأصل في الضمان أن يكون البديل مثل الأصل صورة ومعنى وهو القضاء الكامل لأنه يمثل معقول، وإذا لم يتيسر ذلك لكون المتلف قيمياً أو لعدم توافر مثله في الأسواق وفي أيدي الناس يصار إلى القضاء القاصر أي المثل معنى -قيمة- لا صورة.

وبناء على ذلك لا يصار إلى المثل معنى -قيمة- إلا عند العجز عن رد المثل صورة ومعنى^(١٢)، فلو أراد المدين الملتزم رد المثل صورة ومعنى وكانت العين باقية في يده، أو أراد رد المثل معنى بدلاً من المثل صورة ومعنى مما كان متيسراً في الأسواق أو في أيدي الناس، يحق للدائن الملتزم له أن يمتنع عن قبوله، ويعتبر من قبيل الفقد في الأسواق وأيدي الناس تغير القوة الشرائية للعملة المتداولة، فيجب رد قيمتها دون مثلها لاقتضاء المثلية في هذه الحالة لتغير القوة الشرائية بتغير الحال، وكل ما تحدد كميته بالعدد أو الوزن أو الكيل أو القياس بالمثل ونحوه فهو مثلي وما عداه قيمي.

القيمي: ما تفاوتت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت ولكن انعدمت نظائره في الأسواق ومن الأموال القيمية المقارات والحيوانات والعدديات المتفاوتة تفاوتاً لا يقتضيه سواء أكان في الحجم أم في النوع -أو الصنف- ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

قاعدة التقسيم: تظهر مرة هذا التقسيم من أوجه كثيرة أهمها ما يلي:

أ- المثلي يستقر دهنياً في نعمة المدين إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي.

ب- ضمان المثلي عند التلف يكون بمثله بخلاف القيمي فالضمان يكون بقيمته.

ج- إذا هلكت موضوع الالتزام (محل الأداء) وكان مثلياً لا ينقضي الالتزام حيث لا يصبح التنفيذ مستحيلًا بل محل محله في الوفاء مثله بخلاف القيمي.

د- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إلا بعد الإقرار بخلاف القيمي.

^(١١) أصول الزدوي مع الكشف ١/١٦٧.

^(١٢) في المرجع السابق ١/١٦٨، (القيمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي المتضارب إذا اقتطع مثله عن أيدي الناس بان لا يوجد في الأسواق وفيما لا مثل له كالحیوان والنبات والعدديات المتفاوتة، فإن الواجب فيها المثل معنى وهو القيمة عند تعذر رد العين).

وقت التقويم وتقدير قيمة المثل

إذا كان المثل مثلياً ولكن فقد مثله ، هل العبرة في تقويمه وتقدير قيمته بتاريخ الحيازة غير المشروعة كأول يوم الغصب أو السرقة ، أو يوم انقطاع مثله في الأسواق ، أو يوم الخصومة أمام القضاء؟.

فيه الخلاف الآتي :

أ- قال أبو حنيفة^(١) (رحمه الله) (تعتبر قيمة يوم الخصومة ، لان المثل قائم بالذمة حكماً ويتصور حصوله إلى وقت الخصومة ولا يثبت عجز المدين عن رد المثل صورةً ومعنى إلا في حالة انقطاع المثل وقت قضاء الفاضي).

ب- وقال أبو يوسف (رحمه الله) (العبرة في تقدير القيمة بوقت الغصب ، لأنه بانقطاع المثل في الأسواق يتحقق فواته ، وفوات المثل ليس موجباً للضمان ، وإنما الموجب أصل الغصب فتعتبر قيمته وقت الغصب ، لان القيمة خلف - بدل - عن رد العين ولهذا كان قضاء ، والخلف إنما يكون واجباً بالسبب الذي به كان الأصل واجباً ، وفيما ليس له صورة يجب قيمته وقت الغصب - أو الحيازة غير المشروعة - ويكون ذلك قضاء بالمثل معنى لما تعذر اعتبار المثل صورةً).

ج- قال محمد (رحمه الله)^(٢) (العبرة في تقدير القيمة بوقت انقطاع مثله في أيدي الناس وفي الأسواق ، أي في آخر وقت وجوده لان الضرورة إنما تتحقق عند انقطاعه في أيدي الناس وإنما يصار إلى القيمة للعجز عن المثل صورةً ومعنى ، والعجز يتحقق بالانقطاع فيعتبر يومه)^(٣).

^(١) في أصول الشاشي ص ٤٧ ، قال أبو حنيفة (رحمه الله) (إذا غصب مثلياً فهلك في يده وانقطع ذلك عن أيدي الناس ضمن قيمته يوم الخصومة لان العجز عن تسليم المثل الكامل إنما يظهر عند الخصومة ، فأما قبلها فلا تصور حصول المثل من كل وجه ، فأما ما لا مثل له لا صورة ولا معنى لا يمكن إيجاب القضاء فيه ، ولهذا المعنى فلنا النافع لا تضمن بالإتلاف لان إيجاب الضمان بالمثل متعذر وإيجاب العين كذلك لان العين لا يمثّل المنفعة لا صورة ولا معنى).

^(٢) التقرير والتحرير شرح محرم الكمال ١٢٩/٢.

^(٣) انصرفتنا في استعراض الآراء الخلافية على فقهاء الحنفية لان هذه المصطلحات (الأداء الكامل والناصر والقضاء الكامل والناصر) من بنات أفكارهم بالنسبة إلى تطبيقاتها في المعاملات المالية. راجع أصول السرخسي ٥٦/١. التقرير والتحرير على التمهيد ١٢٩/٢ ، شرح المنار وحواشيه ، ص ١٨٥ ، أصول

واقفه الأراء هو رأي أبي حنيفة (رحمه الله) لقوة سنده إذا كانت الحيازة قبل التلف مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة فالراجع هو رأي بعض الفقهاء كالثاقفة وهو ضمان أقصى القيمة من يوم الحيازة إلى يوم الخصومة.

ويزي فقهاء الخنيفة على أصلهم القائل (برد المثل صورة ومضى، أو معنى فقط)، قولهم بأنه (إذا تعذر المثل صورة ومضى أو معنى فقط، لا يجب على الضامن أي تصريص - جبران -، ولا بسأل قضاء وإنما يسأل ديانة، فيكون إنما كما في منافع الأموال المسروقة والمفصولة، فمن غصب داراً أو سرق سيارة، فانتفع بها مدة، ثم رد العين أو بدلها، لا يضمن أجرة المثل للمنافع التي انتفع بها بغير وجه شرعي، ذلك لأن الأجرة عين ولا مماثلة بينها وبين المنفعة صورة ولا معنى، أما صورة فواضح، وأما معنى فلان المنافع أعراض لا تبقى وقتين، فلا يتحقق الإحراز فيها ولا تقوم بلا إحراز^(١١).

وخالفهم الجمهور فقالوا (بضمان المنافع كضمان الأعيان، لأن الأعيان غير مقصودة لذاتها وإنما تكسب وتحرز لغرض منافعها والتي لا منفعة لها هي والعدم سيان).

ورأي الجمهور هو التميمين بالأخذ للأسباب الآتية:

١- القول بعدم ضمان المنافع قول مجواز أكل مال الغير بالباطل، وبالتالي رأي مناقض

لقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الْزَّبَبُ﴾. ﴿أَمْتُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾^(١٢).

اليزودي مع كشف الأسرار ١٦٧/١. شرح المنار لابن ملك ص ١٧٥.
^(١١) في التحرير والتحرير على التحرير ١٢٩/٢ (أن بإتلاف المنافع للأعيان كركوب الدابة وسكنى الدار لا ضمان لعدم المثل القاصر لأن المنفعة لا تماثل العين صورة هو ظاهر، ولا معنى لأن العين مال منقوض والمنفعة لا قيمة لها لأن المال ما يباعان ويدخر لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى بل كما توجد تتلاشى والتقوم الذي هو شرط الضمان لا يثبت بدون الوجود لأن التقوم لا يسبق الوجود، إذ المعلوم لا يوصف بأنه منقوض لأنه ليس بشيء، وبعد الوجود لا يحرز لعدم البقاء فلا يتقوم لأن التقوم لا يسبق الإحراز والاتفاق والبيع على نص القضاء بالكامل أي على أن المنافع لا تضمن بمثلها من المنافع وورود العقد عليها لتحقق الحاجة، أي ثبت تقويمها في العقد الذي يرد على المنفعة لقيام العين مقامها للضرورة حاجة الناس، فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فعملت محرزة حكماً خلافاً للقياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه).

^(١٢) سورة النساء ٢٩.

- ٢- مخالف لقول الرسول ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار)).
- ٣- مخالف للعدالة والقواعد الشرعية العامة القاضية بوجود التعويض والجبران للضرر على من أحدثه مباشرة أو نسيباً.
- ٤- في قول الحنفية كما ذكرنا سابقاً (أن المنافع لا تخرز لأنها تتجدد بتجدد الزمان) خلط بين المنفعة والانتفاع، كما وقع في نفس المخلط رجال القانون. ومنفعة الشيء طاقة كاملة فيه لأنها عبارة عن قدرته على إشباع الحاجة، وهذه الطاقة لا تتجدد بتجدد الزمان. وإنما تستهلك بمرور الأيام شأنها شأن الأعيان، فمنفعة الدار هي صلاحيتها للسكنى والانتفاع بها، ومنفعة الألبسة هي صلاحيتها للاستعمال، وهذه الصلابة تزول باستهلاكها، والانتفاع بالدار والألبسة ونحوها هو الذي يتجدد بتجدد الزمان دون المنفعة وقيمة كل شيء من الناحية الاقتصادية تقدر بمنفعتها لا بالانتفاع بها، والانتفاع إشباع الحاجة. ورغم هذا المخلط شعر المتأخرون منهم بأن في رأيهم هذا إجحافاً وظلماً، فحاولوا تدارك ذلك فقالوا (بوجود ضمان المنافع في أموال الوقف والقاصر وفي مال معدن من قبل صاحبه للاستغلال)^(١١).

فداء التلقيات المالية من المديون والأعيان:

- الدين هو كل ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وما عناه عين، والدين إما أن يكون لله أو للادمي، فإن كان لله كزكاة وكفارات وجب أداءه على الفور، وأن كان للادمي فلا يجب أداءه للمجل إلا بانتضاء أجله، ولو عجل قبل الحلول فهل يجبر الدائن على قبوله؟
- الجواب: إن كان له غرض صحيح في الامتناع كخوف نهبه أو غصبه أو سرقته لم يجب عليه قبوله وإلا اجبر على القبض أو الإبراء.
- وأن كان الدين حالاً وكان المديون موسراً رشيماً حياً فهل يجب أداءه قبل الطلب؟
- الجواب فيه الأوجه الخمسة التالية:
- ١- يجب قياساً على دين الله الذي بذمته كالزكاة.

^(١١) في تدوير الأبيصار وشرحه الدر المختار مع حاشية الرد المحتار ٢٠٦/٦ (ومنافع الغصب واسترقاها أو عطفاً فإنها لا تضمن عدنا إلا في ثلاث، أن يكون المفسوب وقتاً، أو مال البييم، أو كان معدناً من قبل صاحبه للاستغلال بأن بناء لذلك أو اشتراء لذلك).

- ٢- لا يجب لأن الدين لشخص معين ولم يطلب به بعد.
- ٣- إن كان سببه معصية كما في النصب والإتلاف بغير وجه شرعي والسرقة وجب أدائه فوراً وإلا فلا يجب.
- ٤- إن كان برضاه كفرض ونحوه لم يجب أو بغير رضاه كالإتلاف ونحوه وجب.
- ٥- إن لم يعلم به ماله وجب وإلا فلا.

ومن وجهة نظري إن الراجح هو الوجه الأول وبوجه خاص إذا كان صاحب الدين محتاجاً إلى دينه أو كان قاصراً، وذلك تنفيذاً لأمر الله ﴿ إِنَّكَ أَنتَ بِأَمْرِكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(١)، والدين أمانة بنعمة المدين والأمر للوجوب والفور إذا لم يقم دليل على خلاف ذلك ولا دليل ظاهراً، وإذا كان ما يجب أدائه عيناً من الأعيان ففيه التفصيل الآتي:

- ١- الأمانات الحاصلة في يد الحائز برضا أصحابها لا يجب أدائها إلا بعد انتهاء مدتها وعقودها كالوديعة والشركة والقراض، وأدائها يكون بتمكين صاحبها من أخذها، ولا تتحول يده إلى يد ضمان إلا بعد المطالبة فلو أوفى المدين الراهن الدين فيقى المرهون في يد العائن المرتهن يبقى أمانة ولا يضمن إلا بالامتناع عن الرد بعد المطالبة أو مرور زمن يقضي العرف بالرد، أي خلال فترة لا تتجاوز حد المعقول لأنه في هذه الحالة يعتبر مقصراً إذا لم يكن له عذر وتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فإذا تلفت ولو بدون تقصير يكون ضماناً.
- ٢- الأمانات الحاصلة بغير إرادة أصحابها وهي أمانات شرعية كما لو طيرت الريح ثوباً أو نحوه إلى داخل حديقة الجار، وكدخل حيوان أو طير للجار في حديقة جاره فالواجب في هذه الحالة أحد الأمرين، أما إعلام المالك به أو الرد على الفور إذا تمكن منه، والواجب هو تمكين صاحبه من الأخذ، وعلى هذا إذا كان المالك عالماً به ولم يطلب لم يضمن بالتأخير ولا يجب عليه مؤنة الرد، ومن هنا القليل اللقطة إذا علم اللاقط صاحبها، أما إذا لم يعلمه فهي قبل التملك أمانة ويعد مضمونة.

^(١) سورة النساء، ٥٨.

- ٣- الأعيان المملوكة بالعقود قبل قبضها مضمونة على من هي بيده كالمبيع قبل القبض من ضمان البائع ، وكالمهر وعوض الخلع ، ويجوز للبائع حبس المبيع حتى يقبض الشئ إن لم يكن موجلاً وإذا قبضه وجب التسليم.
- ٤- الأعيان المضمونة باليد كالمفصوب في يد غاصبه والمسروق في يد السارق والمقبوض بعقد فاسد يجب فيها الرد فوراً ما لم تمنعه من ذلك قوة قاهرة أو عذر مشروع. وفي أداء الواجبات غير المالية أداء الشهادة واجب إذا دعي إليه أو توقف عليها وصول الحق إلى صاحبه^(١).

^(١) تراجع قواعد الزكشي ١٠١/١.

الفصل الثاني الحكم الوضعي



الحكم الوضعي :

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو بالوقائع الشرعية^(١) على وجه الوضع^(٢)، أي جمل شيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه. وبذلك يكون أنواعه ثلاثة: السبب، الشرط، والمانع.

ومن الأصوليين^(٣) من أدرج في الحكم الوضعي العزيمة والرخصة والصحة والبطالان -أو الفساد-.

وقد اخترنا التقسيم الثلاثي لأن كلا من العزيمة والرخصة عاجلناها بالقدر الكافي في موضوع الاستحسان فلا داعي للتكرار، ونرى أن المحل الملائم لبحث الصحة والبطالان والفساد هو موضوع النهي عن تصرفات الإنسان كما يأتي بإذن الله. وفي هذا الفصل خصصنا لكل نوع من الأنواع الثلاثة للحكم الوضعي بحثاً مستقلاً لزيادة الفائدة.



^(١) أضفنا الوقائع إلى الأفعال لأن الأسباب والشروط والمانع كما تكون أفعالاً وتصرفات قولية وفعلية كذلك تكون وقائع شرعية غير خاضعة لإرادة الإنسان.

^(٢) معنى الوضع أن الشارع وضع، أي شرع أموراً سميت أسباباً وشروطاً وموانع، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط، وتنفي بوجود المانع وانقضاء الأسباب والشروط. انظر شرح الكوكب المنير ص ١٣٤.

^(٣) كصاحب جمع الجوامع ٩٤/١ وما بعدها. وكالشاطبي في الموافقات ١٧٨/١. ولجه القسم الثاني من قسمي الأحكام يرجع إلى خطاب الوضع، وهو ينحصر في الأسباب والشروط والمانع والصحة والبطالان والعزائم والرخص فهذه خمسة أنواع.

المبحث الأول

السبب

السبب هي اللغة

ما يمكن التوصل به إلى مقصود ومنه سمي الطريق سبباً، وفي اصطلاح الأصوليين (وصف ظاهر منضبط^(١)) يرتب الشارع عليه حكماً يتحقق بتحقيقه وينفي بانقضائه^(٢).

أنواع السبب:

ينقسم السبب إلى عدة أنواع بالاعتبارات الآتية:

أولاً- باعتبار طبيعته

إما سبب منتهي، أو سبب قصدي (غرض مباشر)، أو سبب دافع (باعث دافع):

١- **السبب المنتهي**: ويقصد به السبب المولد للحقوق والالتزامات الذي سماه القانونيون مصدراً سواء أكان من تصرفات الإنسان الإرادية واللاإرادية أم كان وقائع شرعية، ومحل بحث هذا النوع هو باب خطاب الوضع في أصول الفقه وهو المعنى بدراستنا في هذا البحث.

٢- **السبب القصدي**^(٣)- الغرض المباشر أو المقصود - هو الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه، ففي عقد البيع السبب القصدي لالتزام البائع بنقل ملكية البيع وتسليمه للمشتري هو الحصول على الثمن - أو على التزام المشتري بدفع الثمن -. وكذلك

^(١) أي لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان.

^(٢) في جمع الجوامع وشرحه ١٢/١ (السبب ما يضاف إليه الحكم لتعلقه به من حيث إنه معرف له ودليل على وجوده أو مؤثر فيه بذاته أو بإذن الله، أو باعث عليه) على الخلافات الموجودة في تفسيره. وفي مختصر انتهى وشرحه ٧/٢ والأحكام الثانية بخطاب الوضع أصناف منها الحكم على الوصف بالسيئة وهو جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود الحكم.

^(٣) ويطلق عليه السبب الفعلي أيضاً كما يسمي مقصوداً. قال عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٢١/٢ (كل تصرف يتاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

السبب القصدى لالتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إليه ، وهذا الغرض المباشر لا يختلف من متعاقد إلى آخر ، وهو جزء من العقد ينتش عنه في داخله لأنه معقود عليه وذو طابع واحد ، ومحل بحث هذا النوع من السبب هو باب المعاوضات المالية ، ففي العقود الملزمة للجانبين يبحث الفقه تحت عنوان المقصود^(١) أو القصد الأصلي ، أو المققود عليه^(٢) وهذه التعابير أدق من تعبير (السبب) لأن اصطلاح السبب يعطي فكرة عن شيء سابق.

٣- السبب الدافع (أو الباعث الدافع) إلى التعاقد أو إلى التصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) هو الغرض البعيد - أو الغرض غير المباشر^(٣) - وهو يتميز من النوع الثاني (السبب القصدى) بأنه نفساني وشخصي وخارج عن العقد يختلف باختلاف الأشخاص.

وعلى سبيل المثال الباعث الدافع في بيع السيارة قد يكون عند شخص شراء سيارة جديدة وعند ثاب الزواج وعند ثالث بناء البيت ، وهكذا. وقد يكون في نوع واحد من العقد عشرات البواعث المختلفة ، ومحل بحث هذا النوع هو باب سد الفراغ في أصول الفقه ، وقد سبق بيانه. ويتبين لنا من هذا العرض الموجز عدم صحة قول من قال (أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية السبب)^(٤) ، أو أن حظها يختلف في المذاهب المختلفة^(٥) ، أو أن هذه الشريعة لم تنسج

^(١) يقول الكاساني ، البدائع ١٧٩/٤ (لأن الجهالة - جهالة المققود عليه - المقضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد) ، ويقول السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٢ (قاعدة الثانية كل تصرف يتأعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

^(٢) ويقول فقهاء القانون (السبب في التبرعات نية التبرع) وهذا غير دقيق ، لأن النية صفة قائمة بمن يصدر عنه التصرف ، في حين إن السبب يجب أن يكون دافعاً خارجياً كالباعث الدافع ، وفقهاء الشريعة أقرب إلى الصواب حيث قال الكاساني ، البدائع ١٥/٦ (سبب البية إرادة التحير أو اكتساب المدح والشاء بإظهار الجود والسخاء) وجاء في الدر المختار ١٤٩/٢ (البية سببها إرادة التحير للزواج والوقف سببه إرادة محبوب النفس) أي التحير المراد.

^(٣) وهذا النوع من السبب هو المراد بقول الرسول ﷺ (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) . يقول ابن القيم ، إعلام الموقعين ٨٤/٣ (قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، إن المقاصد والاعتقادات والتصرفات كلها معتبرة كما في العبادات والقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً).

^(٤) ومن قال بهذا القول الأستاذ الفاضل الدكتور حسن علي الفنون ، النظرية العامة للفسخ ١٩١٦ ،

المجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية على أساس من السبب على نحو ما تقرر واستقر في القانون الحديث^(١)، وحجتهم على دعواهم هذه أن ترتب الحكم - الأثار - على السبب إنما هو يجعل الشارع وإرادته، وهو غير خاضع لإرادة المتعاقدين، أي إذا تحقق السبب وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ترتب عليه الحكم - الأثار - سواء أقصد المتعاقدان ذلك أم لا، وسواء رغبا في ترتب هذه الأثار أم لا، فلا يستطيع أي منهما أن يدعي بعد تحقق السبب انه لم يقصد هذه الأثار أو لا يرغب في تحقيقها لأن ترتبها بإرادة الشارع وبجعله ولا دخل لإرادة المتعاقدين إلا في السبب وحده.

وتقول لهؤلاء الأساتذة الأفاضل ومن حذا حذوهم: إن القانون لا يختلف عن الفقه الإسلامي فيما ذكره، حيث إن الأثار ترتب على العقد بإرادة المشرع وبحكم القانون ولا دخل لإرادة المتعاقدين في ذلك. فالبايع والمشتري إذا اتفقا على بيع عقار بمقدار مبلغ معين واستوفى العقد جميع أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ترتب عليه آثاره القانونية بحكم القانون لا بإرادة المتعاقدين، فليس لأي منهما أن يدعي انه لم يقصد هذه الأثار أو لا يرغب في ترتبها، حيث إن دور أو دخل إرادتهما يقتصر على مباشرة السبب - العقد -.

فإن صح ما ذهبوا إليه في الفقه الإسلامي فالمفروض أن يقال أن القانون أيضاً لا يعرف نظرية السبب، وهذا ما لم يقل به أحد.

ثانياً - من حيث دور إرادة الإنسان في السبب

إما إرادي أو لا إرادي:

١- السبب الإرادي: هو الذي يكون من مقدور الإنسان ويكون خاضعاً لإرادته إن شاء فعله وإن شاء تركه، فهو عبارة عن تصرفاته القولية - العقد والإرادة المنفردة -

ص ٧٣ والدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ص ٧٥ و ١٤٨ - ١٤٩.

(١) وهذا ما قاله الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥١/٤. ومن الذين قالوا هذا القول أستاذنا الفاضل الدكتور صلاح الدين التامي، الامتاع المشروع عن الوفاء لصف ٣٦٦ ص ٤٦٩.

وتصرفاته الفعلية - المشروعة وغير المشروعة - ، فالعقود والتصرفات القولية الانفرادية وجميع أعماله المشروعة التي قصد بها إحداث أثر يعتد به الشرع ، وجميع أعماله غير المشروعة كالإتلاف ، والجرائم بكافة أنواعها (جرائم الأشخاص والأموال والأخلاق وجرائم الأمن والاستقرار) كلها أسباب إرادية ، فالعقود والتصرفات الانفرادية أسباب لاتخاذ وكسب الأموال ، وإتلافها سبب للتعويض ، وجرائمها أسباب للعقوبات .

٢- السبب اللإرادي - أو الواقعة الشرعية أو القانونية :- هو الذي لا يخضع لإرادة^(١) الإنسان لأنه ليس من مقدوره أو كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته ، ففي الحالتين لا دخل للإرادته في تكوينه وحدثه ، وهو ينشأ ويرتب الآثار رغم إرادته ، وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي ، لأن الثاني لا يكون إلا في الأسباب الإرادية الصادرة من المكلف - البالغ العاقل العالم بالمكلف به والقادر عليه المختار - .

ومن الأسباب اللإرادية (الوقائع) حوادث الاصطدامات بين وسائل المواصلات وتحطم الطائرات في الجو ، وغرق السفن في البحار ، فهي أسباب تترتب عليها الانتزاعات ، فهي قد تلزم الشركات والأفراد أو الدول بدفع التعويض للمتضرر نفسياً وجسدياً ومادياً بسبب حدوث هذه الوقائع ، ويعتبر من الأسباب اللإرادية كل تصرف يصدر عن الإنسان عديم التمييز كالجنون والصبي غير المميز ، فهذا التصرف سبب للالتزام المدني بدفع التعويض لمن لحقه الضرر ، ولو لم يكن سبباً للالتزام الجنائي والمسؤولية الجنائية وأساس المسؤولية المدنية في الشرع الإسلامي هو الضرر سواء وجد الخطأ أم لم يوجد .

وكذلك من الأسباب اللإرادية الأسباب الوقتية والزمينة بالنسبة لالتزامات الإنسان تجاه ربه ، فدخل وقت الصلاة سبب لوجوبها^(٢) والعلم^(٣) بهلال شهر رمضان المبارك سبب لوجوب الصيام .

^(١) منشيء السبب أما إنسان لم يرد سواء كان له الإرادة ولم يستخدمها في حدوثه كحوادث المواصلات ، أو لم يكن له الإرادة لعدم الإدراك كتصرفات عديم الأهلية الضارة أو ليس المنشيء هو الإنسان وإنما الطبيعة أو الحيوانات التي أتلفت مال الغير بتفصير من أصحابها .

^(٢) كما في قوله تعالى ﴿ أَقْرِضْهُ أَقْرَبَهُ لِيُؤْتِيَهُ الْكُفْرَانَ لِيَنْسِي إِنْ كَسَبَ إِلَيْهِ ﴾ سورة الإسراء ٧٨ .

^(٣) كما في قوله تعالى ﴿ مَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ سورة البقرة ١٨٥ .

وقد ذكرنا سابقاً أن شرّاح القانون كثيراً ما يخلطون بين التصرفات الفعلية للإنسان وبين الوقائع القانونية، حيث يجعلون الوقائع مصادر للالتزام إلى جانب العقود والإرادة المنفردة، ويعدها قسمة لها حين تقسيم المصادر للحقوق والالتزامات إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون^(١).

ومرّة التقسيم أن السبب الجنائي الموجب للعقوبة إرادي دائماً بخلاف السبب المدني الموجب للتعويض فإنه يكون إرادياً ولا إرادياً.

ثالثاً - باعتبار الحكم التكليفي

السبب إما مشروع أو غير مشروع :

١- السبب المشروع : يكون من الحكم الشرعي الوضعي من حيث أنه سبب ومن الحكم الشرعي التكليفي من حيث أنه مشروع إذا كان من تصرفات الإنسان الإرادية كالعقود والصيد والاستيلاء على الأشياء المباحة وهي أسباب لكسب الملكية، وكالزواج سبب لحل نكح كل من الزوجين بالآخر، وسبب لثبوت النسب وغير ذلك من الأسباب الأخرى المشروعة.

٢- السبب غير المشروع : فهو أيضاً يجتمع فيه الحكم الوضعي والتكليفي كالقتل سبب للفصاص، فهو حكم تكليفي من حيث أنه حرام، وحكم وضعي من حيث أنه سبب لوجوب العقوبة، وكالسرقة سبب للعقوبة والإتلاف سبب للتعويض ومحرم من الناحية التكليفية.

رابعاً - باعتبار تأثيره

أما سبب منشئ أو سبب مسقط أو منشئ ومسقط في وقت واحد :

١- السبب المنشئ : هو الذي ينشئ حقاً جديداً أو التزاماً جديداً كالعقود، فهي أسباب

^(١) وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ٣٠١ (مصادر الالتزام هي التشريع والتصرف القانوني والواقعة القانونية)، وم ٣٠٥ (التصرف القانوني اتجاه الإرادة لأحداث أثر يعتد به القانون، ويشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة). وهذا يعني أن جميع التصرفات الفعلية للإنسان سواء أكانت إرادية أم لا إرادية داخلة ضمن الوقائع لتعدد التصرف بالعقد والإرادة المنفردة.

منشئة لكسب الملكية، والزواج سبب منشئ لحل التمتع والنسب والنفقة.

٢- **السبب المسقط فقط** : كالتنازل عن حق النعمة وحق القصاص.

٣- **السبب المنشئ والمسقط** : وهو السبب الذي يسقط حالة شرعية - أو قانونية -

قائمة كالإبراء، فإنه يسقط حق العائن في دينه الذي يذمه المدين، كما أنه يسقط لالتزام المدين وسبب لانقضائه (هنا على تقدير تكييفه بالإسقاط أما إذا كيف بأنه تمليك فإنه يسقط بالنسبة للذات ومنشئ بالنسبة للمدين، وكالتقدم مسقط منشئ وكالاتفاق فإنه سبب مسقط لحالة الزوجية القائمة، فهو مسقط للحقوق والالتزامات الزوجية، ومنشئ لحق الزوجة في نفقة العدة وفي استلامها لمهرها الموجب حيث يسقط التأجيل.

خامساً - لصيب باعتبار وقت

ترتب الحكم عليه ثلاثة أقسام :

١- **قسم يقترن به الحكم** : كما إذا كان السبب فعلاً - تصرفاً فعلياً - كترتب حق الملكية

والحيازة الشرعية على استيلاء المال المباح كالصيد والاحتطاب وإحياء الموات.

٢- **قسم يتقدم الحكم على سببه القراضاً** : فالمبيع إذا كان مالاً قيمياً تلفت بقوة قاهرة

قبل قبض المشتري له يفسخ البيع تلقائياً لاستحالة تنفيذه، فالتلف سبب الانسحاح لكن يتعذر إقترانه به أو وقوعه بعده، لأن الانسحاح عبارة عن رجوع العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، أي رجوع مملك كل إلى صاحبه كما كان قبل العقد، ولا يتصور ذلك بعد تلف المبيع لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً، فيتمين رجوعه إلى ملك البائع قبل تلفه. وكذلك الفتل خطأ سبب لوجوب الدية، لكنها تقدم عليه لتكون مورثة عن القتل، وتقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه، وكل ذلك لا يكون إلا بعد تملك المقتول لها قبيل وفاته.

٣- **قسم يختلف فيه** : كما في حالة كون السبب تصرفاً قولياً، فإذا كان تصرفاً انفرادياً

(إرادة منفردة) كإبراء المدين ورجعة المطلقة، فالأصح أن الحكم (بإرادة اللعنة والزوجية) يقترن بأخر حرف من التصرف القولي (أهرائك، راجعتك).

أما إذا كان التصرف القولي عقداً فالأصح إقترانه بأخر حرف للقبول إذا كان العقد نافذاً،

وإذا كان موقوفاً بتأخر الحكم إلى إجازة المقد من له حق الإجازة، لكن يعتبر بالأثر الرجعي (من تاريخ إنشاء العقد).

وإذا كان ترتب الحكم مشروطاً بوقت أو شرط فالحكم لا يترتب إلا بعد تحققه، فالقراءة سبب الميراث بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده. والوصية سبب الملكية بشرط وفاة الموصي وحياة الموصى له بعده، والطلاق الرجعي سبب انقطاع العلاقة الزوجية بشرط انتهاء العدة وهكذا.

السبب والعلة:

في الصلة بين السبب والعلة آراء مختلفة للأصوليين أهمها:

- أ- السبب والعلة مترادفان فكل منهما أمانة - دليل ظني - أو علامة على وجود الحكم، فالسفر سبب وعلة لإباحة الفطر، ودلوك الشمس سبب وعلة لوجوب الصلاة، والعقد سبب وعلة لكسب الملكية، والقتل سبب وعلة لوجوب العقوبة وهكذا^(١).
- ب- العلة قسيم السبب فالحكم الوضعي أربعة أقسام السبب والعلة والشرط والمانع^(٢).
- ج- العلة أخص مطلقاً والسبب أعم مطلقاً فكل علة سبب وليس كل سبب علة، لأن الإنسان إذا أدرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسيه كالقتل للقصاص، والسرقة

^(١) في كشف الأسرار على أصول البيهقي ١٢٩١/٤ (إن العلة - أي الأسباب الشرعية - غير موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله، والعقد داخله في العلة الشرعية).

^(٢) يقول الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ص ١٦٣ (وأقسام خطاب الوضع أربعة علة وسبب وشرط ومانع)، وقالوا السبب: ما يوجد الحكم عنده لا به وهو الذي يضاف إليه الحكم كدلوك الشمس لوجوب الصلاة والسرقة لوجوب القطع والعلة ما يوجد الحكم به كالكسر للانكسار واستعير السبب في عرف الفقهاء للمعاني الآتية:

١- ما يقابل المباشر: كحضر بئر مع ترديه فالخافر مسبب الهلاك والدافع هو المباشر والضمان عليه.

٢- علة العلة: فالرمي سبب القتل وعلة الإصابة التي هي علة زهوق النفس (القتل).

٣- العلة الشرعية الثالثة بدون شرطها كصاحب الزكاة بدون حولان الحول.

٤- العلة الشرعية الكاملة: (مقتضى الحكم + شرطه + انشاء المانع + وجود المهل + الأهلية).

فحصول ملك البيع حكم، ومقتضيه حاجة الناس وشروطه معروفة في الفقه ومحل البيع والأهلية كون العاقد صحيح التصرف سمي هذا المجموع سبباً استعارة لا علة، لأن علة ما ليست لغتها بل ينصب الشارع لها علامة على الحكم بدليل وجودها دونه، فالإسكار كان موجوداً قبل الشرع بدون التحريم ولو كان علة لما تخلف الحكم.

للقوية والإتلاف للتعميؤ فانه علة كما انه سبب ، وان لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والربط والصلة بينه وبين سببه فهو سبب فقط وليس بعلة كدلولك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر ، والعقل قاصر عن إدراك الصلة بينهما ، وكذلك دخول شهر رمضان بالنسبة لوجوب الصيام^(١).

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب ، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي ، والحكمة المتوخاة من تشريعه^(٢) ، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب وهذه النتيجة هي جلب النافع للناس ودرء المفاسد عنهم ، فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان ، وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء ، وسبب وجوب الجلد هو الزنى ، وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب ، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة ، وعلته هي المحافظة على أموال الناس ، وهكذا^(٣). وهنا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين - كالمعتزلة وغيرهم - (إن أحكام الله معللة بالأغراض) ، وقد عارضهم الآخرون - كالإشاعرة - قالوا (بعدم صحة هذا الكلام لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام والأمر بتطبيقها لسد نقصه وحاجته). ولكن هذا زعم غير دقيق لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج لتشريع الأحكام وتطبيقها إنما هي بالنسبة للمكلفين

^(١) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحللوي ، ص ٢٥٦ (وإن أدرك العقل تأثيره كما ذكرنا في القياس يخص باسم العلة لبعض ما يسمى هنا سبباً يسمى في باب القياس علة ، فالمراد بالسبب ما هو أعم من العلة).

^(٢) قال الشاطبي ، الموافقات ١/ ٢٦٥ (أما العلة فالمراد بها الحكمُ والمصالح التي تعلقت بها الأوامر والإباحة والمفاسد التي تعلقت بها النواهي).

^(٣) والمخاصل علة التحريم هي حماية مصلحة أو حق يراه الشارع جديراً بالحماية الجنائية السبب هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة أو الحق ، فعلة تحريم القتل هي حماية الحق في الحياة ، وعلته تحريم المجرم والضرب هي حماية الحق في سلامة الجسم ، وعلته تحريم القبيح على الأشخاص أو الحبس دون مسير هي حماية الحق في الحرية ، وعلته تحريم الإغتصاب أو هتك العرض هي حماية الشرف والأنساب ، وعلته تحريم السرقة هي حماية الملكية ، وعلته تحريم التزوير هي حماية الثقة العامة في الوثائق والمهرمات. وهكذا في أمثال هذه القضايا ، فالعلة في كل قضية شرعية أو قانونية هي المصلحة المتوخاة من تشريع حكمها والمعنية بالحماية من الشارع (أو المشرع).

بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها.
ثم إن منشأ خلط القائلين بوحدة السبب والعلّة هو الخلط بين العلة بمفهوم الفلسفة اليونانية وبين العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية^(١١).

السبب المباشر والسبب غير المباشر:

من القواعد العامة (إنما اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)^(١٢)، غير إن هذه القاعدة غير صحيحة على إطلاقها، بل العوالب (يضاف الحكم إلى المتغلب منهما وإن تساويا تضامنا في المسؤولية)، فإذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب فإن الحكم الذي يترتب عليه تقع مسؤوليته على المتغلب من فاعله المباشر والمتسبب، ويضرب على هذه القاعدة أحكام منها:

- أ- من حضر بترّاً في مكان غير مسموح به فألقى فيها شخص مال غيره، فالضمان يكون على الملقى لأنه المتغلب دون الحافر.
- ب- من دل سارقاً على مال الغير فسرقه، يكون العقاب والضمان على السارق لأنه المتغلب ولكن الدال يعاقب بعقوبة تمييزية.
- ج- إذا دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقها فالضمان على الوديع لأنه المتغلب بتقصيره في الحفظ.

^(١١) العلة بالمعنى الفلسفي (أو العلة العقلية) عند اليونان يراد بها الوجود والمؤثر والخالق، فالوجود والخالق للأحكام الشرعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال سبحانه وتعالى ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَسُودُ الْأَنْعَامُ: ٥٧﴾. وأما العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية التي استعملها السلف الصالح، فقالوا (هل أحكام الله وأفعاله معللة بالأغراض أو لا) فهي بمعنى الغاية المتوخاة من تشريعها أو النتيجة التي تحقق بسبب تشريع الأحكام وتطبيقها وتنفيذها من جلب نفع دينوي أو أخروي، أو دحر ضرر دينوي أو أخروي، فهذه النتيجة بالنسبة إلى الله تسمى الحكمة، وبالنسبة إلى التصوص تسمى المقصد، وبالنسبة إلى العبد تسمى الغاية (أو الغرض أو المصلحة) وبالنسبة إلى تشريع الحكم تسمى العلة (الباعث)، وبناء على ذلك إطلاق السبب على العلة أو العلة على السبب إطلاق مجازي أو مصطلح عربي لعلماء الأصول أو خلط بين السبب والعلّة.

^(١٢) القاعدة ٨٩ و ٩٠ م من مجلة الأحكام العدلية وهذه القاعدة انتشرت في العالم الإسلامي رغم خطئها، ولم اطلع على مرجع فقهي أو قانوني يتبعها على هذا الخطأ الشائع.

- د- إذا حكم القاضي بناء على الشهادة القائمة المعتبرة ثم رجع الشهود عن شهادتهم، أو بناء على شهادة الزور وهو لا يعلم، فضمان ما خسره المحكوم عليه يكون على الشهود المسيئين دون القاضي لأن التغلب لهم والقاضي يحكم بالظاهر.
- هـ- إذا أكره على إتلاف مال ونفس شخص عديم الأهلية أو من يعتقد إن طاعة المكره واجبة عليه، فالسؤولية على المكره المتسبب دون الفاعل المباشر، لأنه بمثابة آلة التنفيذ في مثل هذه الحالات، فيكون التغلب للمسبب.
- و- إذا لم يمكن التنفيذ إلا بتعاون السبب والمباشر معاً تقع المسؤولية على كليهما بالسوية جنائية كانت أم مدنية، كمن مسك شخصاً فقتله آخر، فالقصاص عليهما معاً.

الخطأ والتسبب:

القاعدة في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن لكل ما يتلفه سواء توافر الخطأ أو لا، فالمجنون والصبي غير المميز والناسي والمخطئ والتائم والمنسى عليه، وأمثالهم مسؤولون مدنياً عن إتلافاتهم لئال غير، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي^(١).

فالمسؤولية التصيرية في الفقه الإسلامي تقوم على العناصر الثلاثة الآتية (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية بينهما). وفي الفقه الغربي والقانون المتأثر به تقوم على العناصر التالية (الخطأ + الضرر + علاقة السببية بينهما)، بخلاف التسبب، فبني ضمانه ومسؤوليته لا يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي (القانوني)، فلا تقوم المسؤولية إلا بعد توافر العناصر الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، فمن ربط دابته وقطعت الحبل فدخلت مزرعة فأتلفتها لا يكون مالكها ضامناً إذا لم يكن مقصراً في الربط، للقاعدة العامة (جنابة المعجماء جبار)^(٢).

^(١) ١/١٨٦م المدني العراقي (إذا تلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبياً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعتمد أو تعدى). و ١/١٩١م منه (إذا تلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). والمراد بالتصدي في المادة الأولى ارتكاب عمل غير مشروع يحدث للضرر سواء أدرك الفاعل ذلك أم لا، وبناء على ذلك فلا يسبر لما أورده بعض شراح هذا القانون من وجود التعارض بين المادتين على أساس أن المشرع اخذ بالفقه الغربي في م ١٨٦م وبالفقه الإسلامي في م ١٩١م، فاشتراط عنصر الخطأ في الأولى دون الثانية.

^(٢) القاعدة ٩٣، م ٩٤، المجلة.

الخطأ :

لغةً ضد الصواب أو تصور الشيء على غير حقيقته فهو يرادف الغلط في القانون، وبهذا المعنى ورد في القضايا المدنية في الفقه الإسلامي أما في المسائل الجنائية فيراد به ما يقابل العمد - أي ما لم يتوافر فيه القصد الجنائي - كما في قوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ يَمَآ لَفَطًا تَنذَرُوهٖ. وَلَٰكِن تَا تَمَدَّتْ قُلُوبُكُمْ وَكَأَن آفَهُ عَقُورًا رَّحِيسًا﴾^(١).

والخطأ - بكسر الخاء - الذنب والاثم كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا تَوُتُّنَّ زُرُقَهُمْ وَإِنَّا كَرُؤُنَا إِنَّ قَلْبَهُمْ كَانَ خِطَاً كَبِيراً﴾^(٢).

الخطأ في القانون

إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه^(٣). فهو يتكون من عنصرين :

موضوعي : وهو الإخلال بواجب قانوني.

وشخصي : وهو التمييز أو الإدراك.

والواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ في الجرائم تحدد بالنصوص القانونية بناء على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وفي المسائل المدنية تحدد بنصوص قانونية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو بالقواعد العامة. وبناء على ذلك يكون الخطأ الجنائي الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية هو مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، والخطأ المدني الذي تبنى عليه المسؤولية المدنية هو إخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله قوانين العقوبات. وبناء عليه يكون الخطأ الجنائي أخص مطلقاً من المدني، فكلما تحقق بتحقيق المدني دون العكس الكلي، لكن من حيث الانتفاء يكون الأمر بالعكس، فكلما انتفى الخطأ المدني يتنفي الخطأ الجنائي دون العكس الكلي.

(١) سورة الأحزاب : ٥.

(٢) سورة الإسراء : ٣١.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ص ٣٦٠.

المبحث الثاني

الشرط

الشرط في اللغة العلامة. ومنه قوله تعالى ﴿ فَمَنْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرُكُهُمْ ﴾^(١) أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي - أو القانوني - ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، كحضور الشاعدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور إكمال الزواج، لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء^(٢).

أنواع الشرط:

يتقسم الشرط باعتبارات مختلفة إلى أنواع متعددة أهمها ما يلي:

أولاً - من حيث مصدره شرعي أو علمي أو علمي أو قانوني أو جبلي:

١- **الشرط الشرعي**^(٣) هو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف أو لصحته أو لتفادته أو لزومه.

أ- في العبادات النية شرط لانعقادها والوضوء شرط لصحة الصلاة.

ب- في المعاملات المالية التمييز شرط لانعقادها، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته، والأهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات، والولاية على التصرف أو على محله شرط لتفادته، وخلو التصرف مما يبرر فسخه شرط لزومه.

^(١) سورة محمد ١٨.

^(٢) عند الشيعة الإمامية ليس شرطاً.

^(٣) في مختصر التنقيح ٧/٢ (الحكم على الوصف بكونه شرطاً للحكم، وحقيقته أن عدمه مستلزم لعدم الحكم). في الإحكام للأمدى ١٠٠/١ (الشرط ما كان عدمه محلاً بحكمة السبب وفي تسهيل الوصول)، ص ٢٥٥، الشرط وصف جعله الشارع شرطاً للحكم.

ج- في عقد الزواج فهم كل من المتعاقدين وموافقة الإيجاب للقبول شرط لانقضاء وحضور الشاهدين شرط لصحته، والولاية على إنشائه شرط لنفاذه^(١)، والكفاة شرط للزومه.

٢- **الشرط العقلي** هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم، فالعقل يقضي بأن الكائنات غير الحية لا علم لها لأن الحياة من شروطه، ولكن لا يلزم من وجودها وجوده، وكالماء والهواء فأنهما من شروط الحياة وإستمرارها عقلاً.

٣- **الشرط العادي** هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة، كنصب السلم لصعود السطح.

٤- **الشرط القانوني** هو الذي يكون مصدره هو القانون، ومن الشروط القانونية، شروط التعيين في وظائف الدولة، وشروط القبول في الكليات، وشروط القبول في المعهد القضائي، وشرط المقابلة بالمثل في الميراث وتسليم المجرمين بين الدول.

٥- **الشرط الجملي - أو الشرط اللغوي** - وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (إن، إذا) وهو لا يتعلق إلا بالأمور المستقبلية، أما الماضية فلا دخل له فيها. وبموجبه يتحدد آثار العقد كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع أو بشرط تقسيط الثمن أو بشرط أن تكون نفقات الشحن أو النقل على أحد الطرفين الذي يحدد في العقد، وكشرط التصليح من قبل الشركات لمدة محددة إذا عطل الجهاز بدون تقصير المشتري، وغير ذلك من عشرات الشروط التجارية السائدة.

وجدير بالذكر أن الشرط الجملي - أو اللغوي - بمثابة السبب لأنه يلزم من وجوده وجود المشروط، ومن عدمه عدمه وهذا هو شأن السبب وطبيعته بخلاف الشرط غير الجملي، حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط.

^(١) أي عند بعض الفقهاء، منهم محمد الشيباني من فقهاء أبي حنيفة (رحمه الله)، في الهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣. وعند محمد بنعقد وقوقا، أي موقوفاً على إجازة الولي إذا تولته البالغة العاقلة بدون إذنه.

الفرق بين تعليق العقد على الشرط الجعلي وبين القترانه به:

١- الشرط المعلق عليه العقد:

هو الشرط الذي يتوقف عليه مصير أصل العقد ذاته بقاءً وانقضاءً، كالعقد على شرط فاسخ أو شرط واقف^(١).

١- العقد المعلق على شرط فاسخ منقذ ونافذ ينشئ آثاراً كاملة منذ انقضاه، ولكنه غير لازم (معرض للفسخ) فإذا فسخ زالت آثاره بالأثر الرجعي ما لم يكن هناك ما يدل على خلاف ذلك، كمن وهب^(٢) داره لأرملة أخيه المتوفى على أن لا تزوج وتبقى مزرغة لثوون أولاد أخيه وتربيتهم، فإذا تزوجت تنسخ الهبة تلقائياً لكن لا بالأثر الرجعي، لأن طبيعة العقد لا تقبل ذلك.

إذن، الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال العقد، فالمعلق على شرط فاسخ ينتقل إلى الخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً^(٣) مع الاحتفاظ بصفة عدم اللزوم. وإذا لم يتحقق الشرط استمر العقد والتصرف والالتزام.

٢- الشرط الواقف: هو الذي يتوقف عليه نفاذ العقد (ترتب الآثار عليه)، فهو إما أن يتحقق أو لا يتحقق، فإذا تحقق يعتبر العقد نافذاً من تاريخ إنشائه، لا من وقت تحقق الشرط، عملاً بفكرة الأثر الرجعي، وإذا تخلف مات العقد الموقوف بدون أن يترك أي أثر، كمن وهب سيارته على أن يتم نقله إلى بلد آخر (بأن يكون النقل مقترحاً وكان

^(١) الشرط الجعلي المعلق عليه هو الأمر المستقبل غير محقق الوقوع الذي ترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، ولا يعتبر الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط يخالف لأداب أو النظام العام، وهذا إذا كان الشرط واقعاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم ولكن الالتزام يبقى قائماً إلا إذا كان الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد، والشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، كأن يعلق الوالد هبته لأحد أولاده على نجاحه في الامتحان الدراسي، فإذا نجح تم التزام الأب وإلا فلا، وبمكس ذلك الشرط الفاسخ هو الذي ترتب عليه زوال الالتزام القائم.

^(٢) أو أوصى بها خلافاً للظاهرية بناء على أصلهم (كل شرط ليس في كتاب الله أو لم يكن مجمعاً عليه فهو باطل). يقول ابن حزم، المجلس ٣٤٢/٩ (ومن أوصى لام ولده ما لم تنكح فهو باطل إلا أن يكون يوقف عليها وفقاً من عقاره، فإن نكحت فلا حق لها فيه، لكن يعود الوقف إلى وجه آخر من وجوه البر).

^(٣) الخلف العام كالوارث والموصى له والخلف الخاص كالشترى والموهوب له.

تحت الإجراءات الشكلية)، فإذا نقل فالعقد يتحول من كونه موقفاً إلى عقد بسيط وترتب عليه آثاره منذ وقت الإنشاء، وإذا لم يتم يعتبر كأنه لم يكن أصلاً^(١١٤).

ب- الشروط المقترن بالمقد:

هو الذي لا يؤثر على أصل العقد بقاءً وزوالاً، ولا على آثاره الأصلية، وإنما يؤثر على الآثار الفرعية، كالشروط الجزائي وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

الآثار الأصلية والآثار الفرعية:

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد كالآتي:

أ- حكم العقد: عبارة عن آثاره الأصلية التي تترتب عليه فور انعقاده نافذاً وهي انتقال

ملكية كل من المعوضين (البديلين) من أحد المعاقدين إلى المتعاقد الآخر، فبمجرد

تمام العقد - مثلاً - ينتقل الحق العيني في المبيع إلى المشتري، والحق الشخصي في

الضامن إلى البائع بمقتضى الشرع أراد المتعاقدان ذلك أم لا ولذا ليس لهما سلطة

تقييد وتحديد هذه الآثار الأصلية بالشروط الجعلية، غير إن العقود العينية كالبيع

والقرض تشئن الالتزام، ولكن لا تنقل الملكية إلا بعد التسليم. وهذا المعنى هو

المراد بالمادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم الذي ينص على أنه (لا تتم

البيع في المنقول إلا بالقبض)^(١١٥).

^(١١٤) وكذلك الالتزام أو التصرف الانفرادي إذا كان وجوده متوقفاً على شرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد

الالتزام وإلا لم يوجد سمي شرطاً واقفاً لأنه يتوقف عليه وجود الالتزام، ومن رأى أن الشرط جزء

مكمل للعقد (أو التصرف)، والسبب هو العقد (أو التصرف) مع الشرط، أي مجموعهما قال إن

وجود العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق الشرط لأن الكل يتوقف وجوده على توافر جميع

أجزائه، ومن رأى أن العقد (أو التصرف) المعلق على الشرط الواقف سبب تام والشرط ليس جزءاً

منسأله بل عدم تحققه مانع من ترتب الآثار قال أن نفاذ العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق

الشرط.

^(١١٥) وكان المشرع الأردني أكثر وضوحاً حيث نصت ٥٥٨هـ على أنه (تعقد البيع بالإيجاب والقبول وتتم

بالقبض). ونصت ٥٦٧هـ على أنه (يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له ويتبع في ذلك أحكام

تسليم المبيع).

ب- حقوق العقد: عبارة عن آثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من العاقدين بتنفيذ التزامه، فهذه الحقوق (الآثار الفرعية) تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجعلية، كتحديد الطرف المسؤول عن نفقات الشحن أو النقل للمبيع مثلاً من البائع أو المشتري بالشروط الجعلية في العقد، ومثل كيفية دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً جملة أو تقيطاً، وكذلك تحديد وقت التسليم والتسلم للمبيع قبل دفع الثمن أو بعده ومكان التسليم، وغير ذلك مما يتعلق بتنفيذ التزامات العقد، فكل ذلك قابل لأن يحدد ويقيّد بالشروط الجعلية المقترن بالعقد، والأثر الذي يترتب على تخلف هذا الشرط هو حق التعويض لمن تم الشرط لمصلحته إذا كان هناك ضرر، وهو ما استقر عليه جمهور فقهاء الشريعة ومن فسروا (لا تنعقد) لم يكن مصيماً وفق ما هو السائد في الفقه الإسلامي، ويسري هذا الحكم في جميع العقود العينية.

العقود التي تقبل التعليق على الشرط:

ليس كل عقد قابلاً لتعليقه على الشرط الجعلية، بل العقود والتصرفات بالنسبة إلى هذا النوع من الشرط تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- ١- **عقود تقبل التعليق على أي شرط جعلي:** وهي العقود غير اللازمة والتي لا يترتب عليها ضرر أحد المتعاقدين إذا علقت على أمر مستقبل، ومن هذا النوع من العقود الوكالة والإعارة والوصية وعقد الرهن بالنسبة للمرتهن، وعقد القراض (المضاربة).
- ٢- **عقود لا تقبل التعليق على الشرط الجعلي:** وهي عقود المعاوضات^(١) كالبيع والإجارة والعقود غير المالية كالزواج، وتستثنى من ذلك صور منها قول البائع (بعتك إن شئت)، وقوله (إن كان هذا المال ملكي فقد بعتك) وكان مالكاً في نفس الأمر.
- ٣- **عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملالم:** كمكفد الكفالة بأن يقول الكفيل للمالكين (إنما لم ينفذ المدين التزامه فأنا كفيل بتنفيذه)، وكالحوالة كأن يقول المحيل للمحال (إنما قبل فلان فقد أحلتك عليه).

^(١) المعاوضات إنما لم تفرق بما يبرر نسخها كالبيع وخيار الشرط وخيار الرقبة ونحوها.

مدى حرية الإرادة في تقييد آثار العقد بالشرط الجمالية:

لفقهاء المسلمين ثلاثة اتجاهات:

١- **الاتجاه الضيق**؛ وهو ما تزعمه فقهاء الظاهرية ومفاده أن الأصل في استحداث الشروط وتقييد العقود والتصرفات بها هو الحظر وعدم الجواز ما لم يرد به نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع^(١) لقول الرسول ﷺ (مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرًا فَهُوَ رَدٌّ)^(٢). وهذا الاتجاه مرفوض في القرآن الكريم الذي نص على أن الله لا يفرض على الإنسان حكماً فيه ضيق وحرَج كما في قوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلْنا عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٣)، والاستدلال بالحديث المذكور غير دقيق لأن المراد من عمل عملاً مخالفاً للكتاب والسنة.

٢- **الاتجاه الواسع**؛ وهو ما تبناه فقهاء الحنابلة ومضمونه أن الأصل في العقود والمعاملات المالية والشروط المقترنة بها بإرادة المتعاقد هو الإباحة، لأن تنظيم العلاقات المالية متروك للعقل السليم في ضوء القواعد والنظام العام والآداب العامة، فللإنسان أن ينشئ ويستحدث ما يشاء من العقود أو الشروط ما لم تتعارض مع نص صريح في الكتاب أو السنة، وما لم تصطدم مع إجماع فقهاء الشريعة، وهذا بخلاف العبادات، فإن الأصل فيها التبعيد، فلا مجال للعقول في اختراع التبعيدات وما يتعلق بها من الشروط.

٣- **الاتجاه المعتدل**؛ الذي اقره جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم الحنفية وأخذت به التشريعات العراقية^(٤) وهو عبارة عن التفصيل الآتي:

^(١) لزهد من التفصيل، راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥٩٨/٥، وما بعدها، وما ورد في هذا المرجع ووجدنا من قال ببطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد، إلا ما جاء بنص بإجازته باسمه وفيه أيضاً (فهذه الآيات وهذا الخبر يبراهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده).

^(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٢٥٧/١٢.

^(٣) سورة الحجج ٨.

^(٤) كالتقنين المدني العراقي الناقد م ١/١٣٦ (بمواز أن يقتصر العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو بلائمه، أو يكون جازياً به العرف والعادة). وقانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩، م ١-٣/٦ ف ٣ (الشروط المشروعة

١- الشرط الصحيح: يجوز اقتراؤه بالمقد ويلتزم المتعاقد بالوفاء به ويعتبر الشرط صحيحاً

في الصور الآتية:

أ- إذا كان مؤكداً لمقتضى العقد كأن بشرط البائع على المشتري ألا يسلم إليه المبيع إلا بعد قبض الثمن كاملاً، أو بشرط عليه في حالة كون الثمن موجلاً أن يوثق الدين بكفالة أو رهن ضماناً له.

ب- أن يلائم العقد كالشرط الذي أفره الشرع مثل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

ج- أو تعارف عليه الناس كعهده الشركات بتصليح المبيع خلال فترة زمنية أو أن تكون نفقات الشحن أو النقل على البائع أو المشتري وفق الشرط المتفق عليه أو غير ذلك من الشروط الواردة في الأعراف التجارية.

د- أو ورد به الشرع كما في خيار الشرط^(١).

٢- الشرط الفاسد: وهو الشرط الذي لا يكون من الأنواع الأربعة المذكورة وبحق مصلحة

مادية لأحد المتعاقدين على حساب الآخر، كالعقد الربوي وكبيع الدار مع اشتراط بقاء البائع فيها مدة تضر بالمشتري دون مقابل، فهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات، لأنه يحدث الخلل في التوازن الذي يجب أن يتحقق في التزامات الطرفين.

٣- الشرط اللغو - أو الباطل - : وهو ما عدا الشرطين السابقين، وسيان وجوده وعلمه،

كمن يبيع سيارته ويشترط على المشتري أن لا يستعمل لها إلا البنزين المحسن.

ثانياً - لشرط من حيث التكميل إما مكمل للسبب أو للسبب - لحكم :-

١- الشرط المكمل للسبب: وهو أن يتوقف ترتب الآثار على السبب على توفر شرط

مكمل له، كشرط القدرة على تسليم المبيع، فإن ترتب بعض الآثار الأصلية كانتقال

التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة بحسب الوفاء بها ()، فـ () للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج () .

^(١) قال الرسول ﷺ: حبان بن منقذ (إنما يابست قفل لأخلاقية) لفقته اشتراط عدم الخداع، سبل السلام ٤٦٣، تقدم ترجمته.

ملكية المبيع إلى المشتري يتوقف على أن يكون البائع قادراً فعلاً على تسليم المبيع في حينه، وكشرط العمدة العدوان للقتل الذي هو سبب القصاص، لأنه إن لم يكن عمداً كالقتل الخطأ، أو كان عمداً ولكن كان بحق كما في حالة الدفاع الشرعي، فإنه لا يوجب القصاص.

٢- **الشرط المكمل للمسبب (الحكم):** أحياناً لا يكفي السبب وحده لترتب المسبب (الحكم) عليه بل يحتاج إلى شرط يضاف إلى المسبب حتى يتحقق، مثل ذلك كل من الزواج والقرابة سبب الميراث، ولكن يشترط في هذا الميراث أن يكون بعد وفاة المورث مع بقاء حياة الوارث، فالميراث يترتب على القرابة بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده.

الشرط والركن^(١)

الشرط والركن عنصران في تصرفات الإنسان الإرادية في العبادات والمعاملات والزواج وأي تصرف آخر يصدر عن الإنسان بقصد أحداث أثر يمتد به الشرع (أو القانون)، وبناء على ذلك يتفقان في إن صحة التصرفات تتوقف عليهما. غير أنهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في إن الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وماهيته كالإيجاب والقبول في صيغ العقود، بخلاف الشرط فإنه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (أو القانوني) للتصرف، لكنه خارج عن حقيقته وماهيته، كأهلية الأمان الكاملة شرط لصحة تبرعته، وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لصحته، ووفاة المورث وحياة الوارث وصلة القرابة أو الزوجية بينهما شروط للميراث، ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على أساس أن المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء سواء أكان جزءاً منه أم لا.

^(١) اختلفوا في تفسير الركن والشرط فقال البعض (هما بمعنى واحد أي ما لا بد منه) ويرى البعض أن الشرط أهم فكل ركن شرط دون العكس، والرأي السائد أنهما مختلفان، فالشرط يكون قبل العمل والركن يكون أثناء العمل، والركن جزء بخلاف الشرط.

السبب المعلق بالشرط سبب في الحال لو بعد وجود الشرط:

هذه المسألة من المسائل الأصولية الخلافية فقال البعض (سبب في الحال أي قبل تحقق الشرط ، إلا إن عدم الشرط مانع من ترتب الحكم عليه). وقال الآخرون (سبب عند وجود الشرط لا قبله ، لأنه إنما يكتسب صفة السببية عند وجود المعلق عليه ، فعدم الحكم ليس لمانع وإنما لعدم المقتضي. فالسبب المعلق بالشرط معدوم في الأصل ويستمر هذا الأصل إلى تحقق الشرط)^(١).

^(١) جاء في أصول الشاشي الحنفي ، ص ٢٤ (قال أصحابنا المعلق بالشرط سبب عند وجود الشرط لا قبله) ، وقال الشافعي (المعلق سبب في الحال إلا إن عدم الشرط مانع من الحكم ، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا قال لأجنبية - امرأة ليست زوجة له - إن تزوجتك فأنت طالق ، يكون التعليق باطلاً عنده لأن حكم التعليق انعقاد صدور الكلام علة والطلاق - صيته - لم يتعقد علة لعدم إضافته إلى المهل - الصالح للوقوع وهو الزوجة - فلا يصح التعليق وعندنا كان التعليق صحيحاً حتى لو تزوجها يقع الطلاق) .

المبحث الثالث

المانع

المانع في اللغة العائق وما يكفك عن الشيء.
وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادي^(١) أو لا إرادي^(٢) إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل
مفعوله وجعله سبباً صورياً أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بمبشيات مختلفة إلى أنواع متعددة منها ما يلي:

أولاً - المانع من حيث متعلقه:

١- مانع الحكم:

قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناء
على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)^(٣)، أي إذا تعارض في شيء أمران
أحدهما يقتضي اعتباره وترتب الأثر عليه، والثاني يقتضي عدم ذلك، يرجع المانع ويوقف
العمل بالمقتضي - السبب - . ووجه تقديم المانع إنه يتضمن حكمة لو لم يقدم على السبب
لقات الحكمة^(٤). ومن تطبيقات هذه القاعدة:

^(١) كقتل الوارث لمورثه بإرادته فإنه مانع من أن يرث منه.

^(٢) كالجنون فإنه لا إرادي للإنسان، ويمنع صحة تصرفاته، كما يمنع المسألة عنه جنائياً إذا ارتكب جريمة.

^(٣) المجلد ١٦ م ١٦٦.

^(٤) في مختصر المنتهى وشرحه ٧/٢ (من الأحكام الثابتة بخطاب الوضع الحكم على الوصف بكونه مانعاً وهو
ينقسم إلى مانع الحكم والسبب، أما المانع للحكم فهو ما يستلزم حكمة تقتضي نقيض الحكم كالأبوة في
النكاح، فإن كون الأب سبباً لوجود الابن يقتضي أن لا يصير الابن سبباً لإعدامه. وأما المانع للسبب
فهو ما يستلزم حكمة تخل بحكمة السبب، كالدين في الزكاة فإن حكمة السبب وهو مواساة الغني
للفقر من فضل ماله، ولم يدع الدين في المال فضلاً يواسي به).

- أ- إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً من ميراثه.
- ب- إذا قتل الوالد ولده تكون الأبوة مانعة من القصاص ، لأن الأب كان سبب وجود الولد ، فلا يكون الولد سبباً لإعدامه.
- ج- إذا باع الراهن المال المرهون لا ينفذ^(١) البيع بحق الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي ، مع أن كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه ولكن كون المرهون مجبوراً عند الدائن المرتهن توثيقاً وضمناً لدينه يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه وإلا لزالته الحكمة من إنشاء الرهن ، وعلى هذا الأساس يقدم المانع على المقتضي.
- د- لو باع ناقص الأهلية ماله بدون إذن وليه يكون العقد موقوفاً على إجازة الولي ورغم إن يعم مع كونه مالكاً للمبيع يقتضي نفاذ العقد ، ولكن كونه ناقص الأهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته ، لذا يقدم المانع على المقتضي.

٢- مانع المصيب:

وهو الذي يكون بطلاً لأصل حقيقة السبب ، بحيث يجعله من الحقيقي إلى الصوري ، فلا يعني له تأثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم مثل ذلك الدين بالنسبة إلى وجوب الزكاة في مال الدين ، فسبب وجوبها هو ملك النصاب^(٢) ، وحكمة جعل هذا السبب موجباً لوجوب الزكاة هي التكافل الاقتصادي ، والتضامن بين الغني والفقير وسد حاجة الفقير عن طريق موازنة الثمّن مالياً للفقراء والمساكين والمحتاجين من فضل ماله ، لكن إذا أصبح هذا الشخص مدبناً بما يعادل ملك النصاب أو أكثر يعتبر وجود النصاب صورياً فنسقط عنه مسؤولية الزكاة ، لأن الشرع الإسلامي يبيّن الأحكام على الحقائق ، لا على الأمور الصورية^(٣).

^(١) أي لا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة الدائن (المرتهن).

^(٢) النصاب : هو المقدار المحدد بالشرع من المال الذي تجب فيه الزكاة ، فإذا بلغ هذا الحد تجب فيه وفيما دون ذلك لا تجب.

^(٣) وإذا اعتبرنا تخلف الشرط مانعاً في الإمكان تقسيمه إلى أربعة أقسام أخرى :

- ١- مانع الاعتقاد كعدم مطابقة الإيجاب والقبول في العقد ويسمى مانع انعقاد السبب.
- ٢- مانع الصعقة كعدم القدرة على تسليم المبيع ويسمى مانع تمام السبب.
- ٣- مانع النفاذ كعدم الولاية على التصرف لنقص الأهلية أو عدم الولاية على المال ويسمى مانع ابتداء الحكم.
- ٤- مانع اللزوم كخيار من خيارات العقد ويسمى مانع تمام الحكم.

ثانياً - موانع من حيث كونه عنراً :

١- المانع المسقط للمسؤولية الجنائية:

يقوم على تخلف ركيزة من الركائز الآتية للمسؤولية الجنائية:

أ- كون الفعل جريمة حين الارتكاب: أما إذا كان الفعل مباحاً لفاعله حين عمله لسبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، فإن الإباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية. ومن الجدير بالذكر إن كل سبب من أسباب الإباحة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس أي ليس كل مانع من المسؤولية سبباً للإباحة لأن الفعل قد لا يفقد صفته الجرمية رغم عدم مساءلة فاعله، كالجرائم التي يرتكبها عديم التمييز لجنون أو صفر أو ما في حكمهما.

ب- التمييز: فكل وصف يعد تمييز الإنسان يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية الجنائية، كالجنون والصفر - إذا كان الصفر دون سن التمييز - وما في حكمهما من النوم والتهمة ونحوهما، لقول الرسول ﷺ (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ الثَّامِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنْ الضَّعِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْقِيَ) ^(١). المجنون إذا ارتكب جريمة حال جنونه أو ارتكبها حال الإفاقة أو الأهلية ثم جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت لا يسأل جنائياً ^(٢)، ولكن يسأل مدنياً عن التعويض (أو الدية) لأن التعويض مبني على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ المبني على الإدراك أم لا، وكذلك الضعيف غير المميز والثام الذي وقع على إنسان من مرتفع قتلته، والمعتوه عنها يكون في حكم المجنون وفي حكم المجنون من فقد تمييزه بمسكر مباح أو كان غير عالم بأنه مسكر أو أكره على تعاطيه أو أجهلته إليه ضرورة وفي غير هذه الحالات لا يعتبر المسكر مانعاً.

ج- الاختيار: فالإكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية عند بعض الفقهاء ^(٣) إذا كان ملجئاً أي معدماً للرضا والاختيار، فإنما يسأل المكره (بمكر الرأء)

^(١) رواد احمد والأربعة الا الترمذي وصححه الحاكم، سبل السلام ٢٣٨/٣، تقدم تخريجهم.

^(٢) الخريفي على مختصر الحليل ٩/٨، الام للشافعي ٣٤١/٦، البسوط للسرخسي ١٨٥/٢٦، الفتني لابن قدامة ٣٤٦/٧، شرايع الإسلام للمحقق الحلبي ٢٧٥/٣، الروض التضيبي ٥١٢/٤.

^(٣) وهم الحنفية، البسوط للسرخسي ٧٢/٢٤ وما بعدها. والزمينية، البحر الزخار ١٠٠/٥.

لقول الرسول ﷺ (رُفِعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ)^(١)، لأن المكره إكراهها ملجئاً بمثابة آلة التنفيذ بيد المكره.

وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعة وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الإنسان بمخطر، لذا لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أجهته إليها ضرورة وقاية نفسه وغيره أو عرض ومال نفسه أو غيره من خطر جسيم أو محدد لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى كالإجهاض لإتخاذ حياة الأم.

د- **القصد الجنائي**: فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع

المسؤولية الجنائية إذا لم يكن خطأ جسيماً، وذلك وفقاً لقوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ يَمِينًا أَسْفَأْتُمْ بِهِ. وَلَكِنْ مَّا تَصَدَّتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(٢). ولكن يسأل مدينياً فتجب عليه أو على عاقلة الدية لقوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَبِئْسَ ثَمْرًا لِمَنْ كَفَرَ اللَّهُ (حق عام)، والدية حق وريثة الجني عليه.

هـ- **العلم بتحريم الفعل**: والجهل به في حالة غياب العلم مانع من المسؤولية الجنائية إذا

لم يكن عالماً حين ارتكاب الفعل بأنه محرم لا يجوز فعله، أو واجب لا يجوز تركه، ولم يكن باستطاعته أن يعلم ذلك فإنه لا يسأل جنائياً لأن جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية خلافاً للقانون، لسيين أحدهما أنه تكليف بما لا يطاق، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣)، وثانيهما أن الشريعة

^(١) رواد ابن ماجه ٢٠٤٥، ورواه الحاكم ١٩٨/٢. قال إمام الحرمين، البرهان ١٢٢٣/٢ (في المكره على القتل ثلاثة ملابح، أحدها أن القصاص على المكره -بمكره الراد-، والثاني أن القصاص على المكره -بفتح الراد-، والثالث أن القصاص عليهما وهو منعب زفر). ونسبة القول الثالث إلى زفر غير مطابقة للواقع.

^(٢) سورة الأحزاب ٥.

^(٣) سورة النساء ٩٢.

^(٤) سورة البقرة ٢٨٦.

الإسلامية أولى شريعة أتت بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وذلك في آيات كثيرة منها ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُتَعَلِّقًا بِالْأَشْرَعِ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ مَا يَتَّبِعُونَ ﴾^(١).

٢- المانع المخفف:

والعذر قد لا يصل إلى درجة أن يكون مانعاً مسقط للمسؤولية لأن مرتكب العمل الإجرامي يتصف بحالة وسطية بين عديم الأهلية فليس مثله حتى يسقط التكليف، وبين كامل الأهلية وليس متنعاً بأهلية كاملة^(٢) حتى يسأل مسامحة جنائية كاملة، فهذه الحالة الوسطية تعتبر عطفة للعقوبة والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي، وهناك أعداد قانونية وظروف قضائية تعتبر من الظروف المخففة، فهي مانعة من مسامحة المتهم مسامحة كاملة ومعايته بالعقوبة التامة المقررة للجريمة المرتكبة في حالة طبيعية غير مقترنة بالأعذار والظروف المخففة^(٣).

ومن أهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة، الأهلية الناقصة. وفي أكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالأحداث، ومحكمة مختصة تسمى محكمة الأحداث^(٤).

ثالثاً - المانع من حيث مده:

١- المانع ابتداءً (إنشاء) واستمراراً:

كمحرمات الزواج تحريماً موقفاً^(٥)، فهي موانع صحة الزواج ابتداءً واستمراراً، وعلى سبيل المثال، الرضاع مانع من إنشاء الزواج ومن استمراره، فإذا كان بين ذكر وأنثى الإخوة

^(١) سورة القصص ٥٩.

^(٢) ويسمى الصغير في هذه الفترة الصبي المميز، ومن البلوغ عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، والاحتلام عادة لا يتأخر عن ذلك إلا لعارض بدني، غير أن أبا حنيفة (رحمه الله) خالف الجمهور وحدد سن الرشد (الأهلية الكاملة) بشماني عشرة سنة للفنئ وسبع عشرة سنة للفنأة. فني اليسوط ١٨٤/٩ (ولي الغلام في إحدى الروايتين بشماني عشرة سنة وهو الأصح بالاعتبار)، والزوايا الأخرى (تسع عشرة سنة)، ويضيق المالكية مع أبي حنيفة غير أنهم اختلفوا، فمنهم من حدها بشماني عشرة سنة ومنهم من قال بأن سن إكمال الأهلية تسع عشرة سنة.

^(٣) انظر ١٢٨-١٣٤ من قانون العقوبات المغربي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

^(٤) تزيد من الضمير، راجع (موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية) للمؤلف، ص ٧٢ وما بعدها.

في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلاً، وكذلك إذا حدثت هذه الأخوة الرضاعية بعد الزواج تبطله، وينسخ تلقائياً، وتصويره أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز في الإسلام ويتولى وليهما الإيجاب والقبول بدلاً عنهما، فإذا أرضعت امرأة الزوجين وهما دون سنتين من العمر يبطل زواجهما، وكذلك إذا أرضعت أم الزوج الزوجة الصغيرة أو أرضعت أم الزوجة الزوج الصغير يبطل الزواج.

ويتحقق الحكم المذكور في المصاهرة أيضاً عند من يقول ببيوتها بالزنا، فالمصاهرة كالرضاع مائة من صحة الزواج ابتداءً فلا يجوز للاب أن يتزوج زوجة أولاده وأولاد أولاده، وإن حصلت الفرقة قبل الدخول لإطلاق قوله تعالى ﴿وَسَلِّطْ أَيْتَاهِكُمْ الَّذِينَ أَصْنَيْكُمْ﴾^(١١)، وكذلك تحرم بالمصاهرة أم الزوجة لقوله تعالى ﴿وَأْتَهَتْ زَيْنَابُكُمْ﴾^(١٢)، وتحرم على الأولاد وأولاد الأولاد زوجات الآباء والأجداد لقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بِيَتَاتِكُمْ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(١٣). هنا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن قال بأن المصاهرة تثبت بالزنا أيضاً، كالمخفية قالوا (إنما زنى الأب بزوجة ابنه أو زنى الابن بزوجة أبيه يبطل الزواج، لأن لفظة - نكاح - حقيقة في الوطء - المعاشرة الجنسية -)^(١٤) سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

٢- المانع ابتداءً لا استمراراً:

فقد يكون المانع مؤثراً في الابتداء يمنع صحة التصرف، لكن إذا تم التصرف ثم حدث المانع

^(١١) في القواعد للزركشي ٣٤٧/٢ (الطائري ينزل منزلة القارن قطعاً كما لو طراً مؤيد محرم قطعه، فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة أو وطن لشبهة هو أمها أو بنتها انسخ النكاح).

^(١٢) سورة النساء ٢٣.

^(١٣) سورة النساء ٢٣.

^(١٤) سورة النساء ٢٢.

^(١٥) في شرح إفاضة الأنوار، ص ٧١ (والنكاح في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بِيَتَاتِكُمْ﴾ في شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ وما بعدها.

فانه لا يؤثر عليه، وبالتالي لا يبطله على أساس قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء)^(١١)، ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا اختلطت زوجة شخص وعاشرها المختطف ثم رجعت إلى زوجها فلا يجوز للزوج أن يعاشرها حتى تنتهي عفتها من تاريخ المعاشرة إذا كانت من ذوات الحيض وفي سن الإغجاب، خشية اختلاط الأنساب، فالعدة مائة من صحة الزواج ابتداء، لكن إذا حدث أثناء الزواج كما في هذه الحالة أو حالة الدخول بالشبهة والمدخول بها تكون زوجة لغير الداخل لا تبطل الزواج.

ب- المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعة من إنشاء الزواج ولكن إذا حدث أثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية، لكن تبطله عند الحنفية^(١٢).

ج- الإحرام في الحج مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الزوج أو الولي عند جمهور الفقهاء، لكن بعد إنشاء الزواج إذا ليس الزوجان أو أحدهما الإحرام لا يبطل زواجهما لأنه مانع ابتداء وليس بمانع لاستمراره^(١٣)، ولا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو اجر شخص داره ثم ظهر من هو مستحق لنصفها مثلاً، فإن الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة رغم أن كون المال مشاعاً مانع ابتداء من إنشاء الإجارة لغير الشريك^(١٤).

^(١١) المجلة، م ٥٦م، وفيهما أيضاً م ٥٥م (ينظر في البقاء ما لا ينظر في الابتداء). وبالعكس ذلك قد ينظر في الابتداء ما لا ينظر في البقاء كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ولكنه ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بين الزوجين بمقد جديد أو الرجعة.

^(١٢) في الروضة البهية واللمعة ٨٦/٢ (وحكم وطء الشبهة والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة لتحرم الموطن بها على أبيه وابنه، وتحرم عليه أمها وبناتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، ولو تأخر الوطء فبهما عن العقد لم تحرم المفقود عليها هذا هو الصحيح).

^(١٣) في الفتن لابن قدامة ٦٤٩/٦ (أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره لكونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح لقول النبي ﷺ (لا ينكح المحرم ولا ينكح)).

^(١٤) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ١١٧/١، وعدم الجواز منعه أبي حنيفة.

٣- المانع استمراراً لا ابتداءً:

كالطلاق مانع من استمرار الزوجية^(١)، ولكن ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد، إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة. وكخيار البلوغ في زواج الصغير والصغيرة إذا كان الولي غير الأب والجهد عند من يجوزه وكخيار الإفاقة في زواج المجنون والمجنونة.

رابعاً- المانع باعتباره تأثيره على صحة العقد :

١- المانع من الانعقاد:

كالوقف فإنه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة، لأن رغبة المال الموقوف ترجع ملكيتها إلى الله، فالموقوف عليه لا يملك إلا المنفعة فهي ملكية ناقصة.

٢- المانع من الصحة:

كالربا فإن الزيادة (الفائدة) مائة من صحة العقد، فينقذ البيع الربوي أو القرض الربوي فاسداً عند الحنفية، ويميد الملك الحثيث بعد القبض، فيجب إما مسح العقد أو إزالة سبب الفساد، فإذا أزيل يتحول إلى الصحيح دون الحاجة إلى إنشائه مرة أخرى. وبهذا يختلف الفساد عن العقد الباطل، فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان بل لا بد من إنشائه مرة أخرى.

٣- المانع من النفاذ:

كتملق حق الغير بمحل العقد، كما في عقد القضولي، فإنه موقوف على إجازة المالك، وكالوصية بأكثر من ثلث التركة، فإنها موقوفة في الزيادة على إجازة الورثة بعد الوفاة، وتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثلث التركة فإنها كالوصية تتوقف الزيادة على إجازة الورثة، وكقص الأهلية فإنه مانع من صحة تبرعات ناقص الأهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي فإنها تتوقف في نفاذها على إجازة الولي.

^(١) ومن موانع الاستمرار دون الإنشاء الجنون والإفلاس، فإذا جن المدين بدين مؤجل أو أفسس، حل دينه وانقضى الأجل لأهلهما مانعاً من استمرار التأجيل كالوفاة، ولكن يجوز للولي أن يستعين للمجنون ديناً مؤجلاً، وكذلك يجوز للمفلس الاستئانة بالأجل، انظر الإبهام شرح المنهاج ١٥٤/٣.

٤- المانع من لزوم العقد:

كسب من عيوب الإرادة (كالإكراه)^(١١)، والنلط في وصف مرغوب فيه والتفريط مع الغبن الفاحش، والاستغلال، فإن هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الإسلامي، ويتفق معه الفقه الغربي حيث يعتبره قابلاً للإبطال، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم بأخذ به المشرع العراقي. فعيوب الإرادة عنده من موانع لزوم العقد^(١٢).
هذه الموانع الأربعة هي نفس ما سماها علماء الأصول مانع انعقاد السبب، ومانع تمام السبب، ومانع ابتداء الحكم، ومانع تمام الحكم.

خامساً- المانع من حيث للمحل الذي يقوم به :

١- المانع القائم بفاضل الفعل:

كالجنون والعتة والصغر والجهل والنوم والإغماء، ونحو ذلك مما يعدم الإدراك والوعي فانه مانع من مساملة من يقوم به إذا ارتكب جريمة حين قيام المانع، فلا يسأل جنائياً لعدم توافر الإدراك، وبالتالي تخلف الركن المعنوي للجريمة لكنه مسؤول مدنياً عن تعويض الضرر الذي يحدته لأنه من باب الحكم الوضعي.

٢- المانع القائم بالفعل المحظور المعاقب عليه شرعاً أو قانوناً:

ككون الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي أو لحق مقرر شرعاً كأدب الولد والعملية الجراحية والألعاب الرياضية وكوقوع الفعل أداء للواجب أو تنفيذاً لقصاص، وغير ذلك من موانع المسؤولية الجنائية العائدة إلى ذات الفعل.

٣- المانع الراجع إلى وسائل الإثبات:

كتراجع الشاهد عن شهادته في جرائم الحدود، وكالتقادم المسقط.

^(١١) في الإكراه خلاف، فعند الخفية العقد فاسد، وعند المالكية العقد غير لازم، وعند الشافعية والظاهرية باطل، وعند الجعفرية وزفر من الخفية موقوف، وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني م ١٣٤.

^(١٢) وما تجدر الإشارة إليه إن نحلل المانع لا اثر له غالباً، فالجنون بعد الرهن وقبل القبض لا يطله، فكذلك بعد الوصية عند الجمهور، ولكن قال البعض لو جن الموصي قبل موته بطلت الوصية وبه أخذ المشرع العراقي إن مات مجنوناً.

٤- المانع المائل إلى صاحب الحق - محل الاحتداء - :

إما بولاية خاصة كتنازل الورثة (أو ولي الدم) عن القصاص، أو بولاية عامة كإعفاء رئيس الدولة الجاني من عقوبة جريمة تعزيرية رعاية للمصلحة العامة.

مناصحا: من حيث الثبوت :

موانع ثابتة: كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً.

موانع غير ثابتة: كمحرمات الزواج تحريماً مؤقتاً^(١١)

المانع والعاجب:

يتضح الفرق بينهما في مسائل الميراث، فالوارث الذي فيه مانع من موانع الميراث وجوده وعدمه سياتي، فلا يؤثر على وارث آخر في الميراث. فمن قتل أباه وكان لأبيه إخوة وأخوات يكون الميراث لهم لأن الابن بمثابة المدوم لا يحجبهم. أما إذا كان الوارث محجوباً بوارث آخر أقوى منه قرابة، فلا يعتبر بحكم المدوم بل قد يكون له التأثير على الورثة الآخرين، مثل ذلك من مات عن أب وأم وأخوين فصاعداً، فالإخوة يحجبون الأم من أوفر حظيها أي من الثلث، فلها السدس رغم أنهم يحجبون بالأب لقوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَيِّهِ السُّدُسُ﴾^(١٢).

الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي:

إضافة إلى اختلاف الحكمين في الحقيقة والمضمون كما ذكرنا فإن بينهما فروقاً جوهرية أهمها:

أ- الحكم التكليفي بما فيه من الكلفة والمشقة وما يترتب عليه من المسؤولية

^(١١) المألومة كالنسب، والرضاع، والمصاهرة، والوفقة كملق حق الغير بالزواج، أو العدة، والجمع بين الأخنتين، وعدم الدين السامري، والطفلة ثلاثاً، واللعان، فاللاعن إذا كذب نفسه يجوز له استئثار الزوجة مع زوجته المقنونة.

^(١٢) سورة النساء ١١.

لا يتعلق إلا بأعمال البالغين العاقلين ، بخلاف الحكم الوضعي فانه من قبيل ربط السبب بمسببه أو الشرط بمشروطه أو المانع بممنوعه ، فلا يشترط فيه البلوغ والعقل بدليل وجوب التعويض في مال القاصر إذا تلف مال الغير^(١) ، ووجوب الزكاة في ماله إذا كان مالك النصاب.

ب- الحكم التكليفي يكون دائماً في تصرفات الإنسان بخلاف الحكم الوضعي فانه كما يكون في التصرفات كالقتل سبب للعقوبة ومانع من الميراث ، وحضور الشاهدين شرط لصحة الزواج ، كذلك يكون في الوقائع الشرعية الخارجة عن تصرفات الإنسان كالقراءة جعلت سبباً للميراث ، ولوجوب النفقة ، والصفرة والجنون جعلاً من موانع صحة التصرفات والعقل فانه شرط لصحة التصرفات ، وكل ذلك وقائع لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينها.

ج- في الحكم التكليفي يشترط علم المكلف بما يكلف به بخلاف الحكم الوضعي فالقاصر يلزم في ماله تعويض إن تلافه ، ونجى الزكاة في نصابه رغم عدم علمه بذلك لعدم إدراكه.

د- في الحكم التكليفي يشترط القدرة على الحكم المكلف به بخلاف الحكم الوضعي فلا يشترط أن يكون من مقدور الإنسان كما في الأمثلة المذكورة في الفقرات السابقة.

وقال البعض^(٢) (يستثنى من عدم اشتراط العلم والقدرة الأسباب التي توجب العقوبات - أي الأسباب الإجرامية - والأسباب التي تنقل الأملاك كالغفود والتصرفات

^(١) في الفروق للقراني ١٦٤/١ (الغني إذا أفسد مال غيره وجب على وليه إخراج الجابر (التعويض) من مال الغني فالإتلاف سبب للضمان وهو من خطاب الوضع ، فإذا بلغ الغني ولم تكن القيمة أخذت من ماله بعد بلوغه لأن السبب قد تحقق في زمن الصفرة وتأخر أثره إلى ما بعد البلوغ ، وإذا كان للقاصر مال وجب على وليه دفعه من هذا المال). في جمع الجوامع وشرحه ٥١/١ (ولا خطاب-أي خطاب تكليف- يتعلق بفعل غير البالغ العاقل وولي الغني والجنون مخاطب بأداء ما وجب في ماله من ماله كإتلافه وضمان التالف كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما أتلفته) ، حيث فرط في حفظها لتتزلزل فعلها في هذه الحالة منزلة لفعله). في التمهيد للأستوي ، ص ١١٦ (لا يشترط التكليف في خطاب الوضع كجملة الإتلاف موجبا للضمان وهو ذلك ولهذا تجب الزكاة في مال الغني والجنون والضمان بفعلهما).

^(٢) كالقراني حيث قال في الفروق ١٦٢/١ (استثنى صاحب الشرع من اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين :

الانفرادية - الإرادة المفردة - فيشترط في هذين النوعين العلم والقدرة) ، ولكن في نظرنا أن اشتراط هذين الشرطين استثناء يرجع إلى سببين :

أحدهما كون هذه الأسباب من الأحكام التكليفية ، كما أنها من الأحكام الوضعية .
والسبب الثاني أن العلم والقدرة من شروط تأثير هذه الأسباب لا لأجل كونيتها واعتبارها من الأحكام الوضعية وتختلفها يعتبر من موانع هذه الأسباب .

هـ- خطاب التكليف إنشاء لأنه طلب وأمر بالفعل أو الترك

أما خطاب الوضع فإنه خبر أي أن الشارع لوضع هذه الأمور أخبرنا بوجود أحكامه وانقضاءها عند وجود تلك الأمور وانقضاءها ، كأنه قال مثلاً (إذا وجد النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة والحول الذي هو شرطه فاعلموا أنني قد أوجبت عليكم أداء الزكاة ، وإذا وجد الدين (الماتع) أو انقض السبب أو الشرط فاعلموا أنها غير واجبة عليكم).

ورغم الفروق الجوهرية المذكورة في الحكمين التكليفي والوضعي ، فإنهما كثيراً ما يجتمعان في بعض تصرفات الإنسان كالبيع فإنه من حيث كونه مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو محرماً حسب ظروفه حكم تكليفي ، ومن حيث أنه سبب الملكية حكم وضعي ، والإتلاف من حيث أنه عمل غير مشروع حكم تكليفي ، ومن حيث أنه سبب التعويض حكم وضعي ، وحضور الشاهدين من حيث أنه عمل مباح أو مندوب حكم تكليفي ، ومن حيث أنه شرط صحة الزواج حكم وضعي ، والقتل من حيث أنه محرم حكم تكليفي ومن حيث أنه مانع من الميراث حكم وضعي ، وهكذا .

والحاصل النسبة بين الحكمين التكليفي والوضعي التباين بحسب المفهوم كما سبق في تعريف كلاً منهما ، إلا أنها عموم وخصوص وجهي بحسب التحقق ، فهما يجتمعان في كثير من التطبيقات الشرعية كالزواج سبب للميراث وواجب أو مستحب أو حرام أو مكروه أو مباح حسب الظرف ، والقتل والجرح محرمان وسيبان للقصاص ، ومن الجدير بالذكر أنهما لا يجتمعان إلا في تصرفات تكون من مقدور الإنسان أن يقوم بها .

الأسباب التي هي أسباب للمعقوبات وهي جنابات ، فيشترط فيها العلم والقدرة لأن رحمة صاحب الشرع تأتي عقوبة من لم يقصد الفساد وأسباب انتقال الأملاك كالبيع والهبة والوصية لأنها لا تنفذ للملك ما لم يتوفر الرضا ولا يكون الرضا إلا مع العلم والقدرة) ، نقلته مع التصرف .

وقد يتحقق الحكم الوضعي بدون الحكم التكليفي وذلك في المجالات غير الخاضعة لسلطة الإنسان، كالقراءة سبب للميراث ولوجوب النفقة، وكالبلوغ والعقل، فهما شرطان لصحة تصرفات الإنسان، وكالجنون فإنه مانع من المسؤولية الجنائية، فهذه الأمور من الأحكام الوضعية فقط، فلا يتحقق فيها الحكم التكليفي لأن من شروطه أن يكون المكلف به من مقدور الإنسان، وقد يتحقق خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات^(١).

^(١) في الفروق للقرافي ١٦٤/١ (خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات فهي من خطاب التكليف فقط فهي وإن كان صاحب الشرع جعلها سبباً لبراءة الذمة وترتب الثواب ودرء العقاب، غير إن هذه ليست أفعالاً للمكلف ونحن لا نعلمي يكون الشيء سبباً إلا كونه وضع سبباً لفعل من قبل المكلف).



الفصل الثالث عناصر الحكم الشرعي

الحكم الشرعي سواء أكان تكليفاً أم وضعياً
لا يتحقق إلا بتوافر ثلاثة عناصر (أركان)

وهي:

الحاكم (الشارع للأحكام).

والمحكوم فيه (التصرفات والوقائع).

والمحكوم عليه (الإنسان المكلف) في الأحكام

التكليفية و(الإنسان مطلقاً والوقائع) في

الأحكام الوضعية.

وأهمية هذه العناصر تتطلب إفراد كل واحد

منها بمبحث مستقل.



المبحث الأول الحاكم (شارع الأحكام)

اجمعت الأمة الإسلامية من الفقهاء والأصوليين والفلاسفة على أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة وسببية وشرطية وماتمية هو الله سبحانه وتعالى كما قال في القرآن الكريم ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾^(١)، كما اتفق الجمهور^(٢) على أن لكل مسألة تواجه الفرد أو المجتمع أو الأمة في جميع مجالات الحياة حكماً شرعياً إلهياً واحداً إن أصابه المجتهد فهو مصيب، وإن وصل اجتهاده إلى غيره فهو خاطئ والدليل على وحدة الحكم لكل مسألة أو قضية القرآن والسنة والإجماع وأقوال الصحابة والمعتول.

١- القرآن؛

قال سبحانه وتعالى ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَصِمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَخَتْ فِيهِمْ سَمَّ الْقَوْمِ وَصَكَّأً وَكَيْفِهِمْ شَاهِدُونَ﴾^(٣).

وجه الاستدلال أن الله تعالى خص سليمان بفهم الحق في الواقعة بعد اشتراكهما في الحكم وذلك يدل على إصابة سليمان دون داود (عليهما السلام)، وإلا لما كان لتخصيص سليمان بالظنم فائدة، وبالتالي يدل على اتحاد حكم الله في الحادثة وكون المصيب في الاجتهاد عند اختلاف المجتهدين في واقعة واحدة واحداً^(٤).

^(١) سورة الانعام ٥٧.

^(٢) وقال لثة لا يبعد برأيهم أن حكم الله هو ما يصل اليه المجتهد في اجتهاده، وبناء على ذلك يجوز أن يكون لمسألة واحدة عدة أحكام في ضوء اختلافات المجتهدين، هذا مرفوض كما ثبت ذلك بالأدلة.

^(٣) سورة الانبياء ٧٨-٧٩، قضى داود عليه السلام بالظنم لصاحب الحرث مقابل الضرر الذي أصابه، وقضى سليمان عليه السلام بان تدفع الظنم إلى صاحب الحرث فينتفع بالبانها وسمونها واصولهاا تمويضاً عن الضرر دون أن تنتقل ملكية الظنم اليه، ويدفع الحرث إلى صاحب الظنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله رد كل واحد منهما ما له إلى صاحبه. يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٠٨/١١.

^(٤) شرح المنار لابن ملك، ص ٨٢٥.

٢- السنة النبوية :

قال النبي ﷺ (إِنَّا حَكَمْنَا حُكْمَكُمْ فَاجْتَهِدُوا) ثُمَّ أَصَابَ قَلْبَهُ أَجْرَانِ فَإِنَّا حَكَمْنَا وَاجْتَهَدْنَا ثُمَّ أَخْطَأْنَا^(١) قَلْبَهُ (أَجْرًا)^(٢). وهذا الحديث من الأدلة القطعية على أن حكم الله في كل مسألة واحد ولو كان متعددًا كما زعم البعض^(٣) لما كان هناك خطأ ولا صواب في الاجتهاد، أما الخطأ فواضح، وأما الصواب فلأنه لا يستعمل إلا لشيء يتصور فيه الخطأ.

٣- الإجماع :

اجتمعت الأمة الإسلامية على شرعية المناظرة بين المجتهدين ولو كان كل مجتهد مصيباً فيما أدى إليه اجتهاده لكانت المناظرة عبثاً، إذ لا فائدة لها إلا الإصابة ومعرفة الحق وتمييزه من الخطأ وإظهار الصواب، وتصويب الجميع ينفي ذلك^(٤).

٤- أقوال الصحابة :

سئل أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن الكلافة فقال (أقول فيها برأيهي فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان، أراه ما خلا الوالد والولد)^(٥).

^(١) أي أراد أن يحكم لأن الاجتهاد يكون قبل الحكم.

^(٢) أي لم يوافق حكمه حكم الله.

^(٣) الحديث متفق عليه، سبل السلام ١٥٥/٤، تقدم ترجمته.

^(٤) شرح المنار ص ٨٢٧.

^(٥) شرح المنار، المرجع السابق.

^(٦) أي الولوث الذي لا يرث عن طريق الأبوة ولا عن طريق البنوة، والكلافة وردت في قوله تعالى ﴿وَلَوْ أَنَّ كِتَابَ رَبِّكَ يُورِثُ كُلَّ نَفْسٍ مَّا نَسَتْ مِمَّا نُزِّلَتْ عَلَيْهَا لَئِن يَرِجُوا إِلَىَّ لَنُنَزِّلَنَّ لَهُمْ كِتَابًا فَهُمْ يُخْتَلَفُونَ﴾. والمراد الاخوة والأخوات من الأم لأن حكم الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بينه قوله تعالى ﴿وَلَوْ أَنَّ كِتَابَ رَبِّكَ يُورِثُ كُلَّ نَفْسٍ لَئِن يَرِجُوا إِلَىَّ لَنُنَزِّلَنَّ لَهُمْ كِتَابًا فَهُمْ يُخْتَلَفُونَ﴾. أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب حجب الاخوة والأخوات من قبل الأم ٢٢٣/٦.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المقوضة^(١١) التي مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يسم لها مهراً (أجتهد برأيي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأً فمني ومن الشيطان^(١٢)) لها الميراث، ولها مهر مثلها، لا وكس ولا شطط).
وهذان الأثران من كبار الصحابة يدلان بوضوح على أن حكم الله في كل مسألة أبداً كان مجالها ونوعها حكم واحد، فالجته الذي يكتشفه يكون مصيباً والذي يذهب إلى حكم آخر مخالف يكون خاطئاً، ومع ذلك ماجور على بذل جهده لاكتشاف حكم الله.

٥- المقول:

أي الدليل العقلي، فالعقل السليم يقضي بأن حكم الله واحد في كل مسألة وإلا للزم التناقض والتضارب في الأحكام لمسألة واحدة، وعلى سبيل المثال قال جمهور الفقهاء (لا يصح الزواج إلا بحضور شاهدين)، وقال الشيعة الإمامية (يصح بلا شهود)، فأحد هذين الرأيين خطأ حتماً وإلا للزم اجتماع التقيضين بين الحكمين المتعارضين (يصح ولا يصح) في مسألة واحدة وفي ظرف واحد، والتناقض مرفوض لأن اجتماع التقيضين مستحيل استحالة منطقية.

دور عقل في اكتشاف حكم الله قبل التبليغ بالشرع:

اختلف الأصوليون وفلاسفة المسلمين من المعتزلة والأشاعرة والماتريدية وغيرهم في هذه المسألة، ثم اخذ الخلاف لدى الباحثين الذين أتوا بعد هؤلاء شكلاً مشوهاً وصورة غير واقعية للأسباب الآتية:

- أ- لم يحاول أكثرهم تحديد محل الخلاف مما أدى بهم إلى استنتاج نتائج بعيدة عن المنطق والحقيقة.
- ب- لم يبينوا أساس الخلاف، ومدى دور الحسن والقبح بتصرفات الإنسان فيما يثبت لها من الأحكام.
- ج- لم يحطوا بالدقة في تفسير كلام المعتزلة مما أدى بهم إلى توجيه النقد اللاذع^(١٣) إلى هذه

^(١١) المقوضة: امرأة تزوج بدون تحديد مهرها ويترك الأمر لها بعد الزواج ويكون لها مهر المثل بعد الدخول.
^(١٢) شرح المنار، المرجع السابق، تقدم تحريجه.

الجماعة من فلاسفة المسلمين الذين يتميزون بالعقل الناضج وبإعطاء المركز الملائم لدور العقل وبناء كثير من الأمور المهمة في الإسلام على العقل. ولكل ذلك من المستحسن تحديد محل الخلاف أولاً وبيان أسسه ثانياً وتفسير مراد المعتزلة ثانياً. ومن الجدير بالذكر أن الله تعالى أمر باستخدام العقل في (٤٩) آية قرآنية.

أولاً- تحليل وتحديد محل الخلاف:

١- لا خلاف في أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية التكوينية والوضعية هو الله سبحانه وتعالى، وأن دور العقل عند من يقول به يقتصر على الاكتشاف دون الإيجاد والتشريع.

٢- لا خلاف في أن استيعاب الأحكام الشرعية بصورة مفصلة لا يكون إلا عن طريق الشرع، وأن دور العقل عند من يقول به يقتصر على الإدراك الإجمالي لهذه الأحكام.

٣- لا خلاف في أن بعض الأحكام الشرعية لا يدركها عقل الإنسان حتى عند المعتزلة ومن هنا حذفهم، كحسن صوم آخر يوم من شهر رمضان، وقبح الصيام في اليوم الذي يليه مباشرة، وهو أول يوم من شهر شوال لأنه يصادف العيد، والصوم في العيد محرم لما فيه من الإعراض عن ضيافة الله.

٤- لا خلاف (أو يجب أن لا يوجد الخلاف) في أن الإيمان بالله واجب عقلي^(١) وثبت بالعقل لا بالشرع، لأنه لو ثبت بالشرع الذي يثبت بالإيمان بالله لزم الاستحالة المنطقية، أي توقف الشرع على الإيمان بالله، وتوقف الإيمان بالله على الشرع، وهو باطل لأنه يستلزم توقف الشيء على نفسه وتوقف الشيء على نفسه يستلزم

^(١) لدعه بلسانه: أوجعه بكلام.

^(٢) في نسمات الاسحار لابن عابدين، ص ١٢٠ (أن السبب لوجوب الايمان حدوث العالم يعني أن سبب الايمان بالله تعالى أي التصديق والإقرار لوجوده ووجدانيته وسائر صفاته على ما ورد به النقل وشهد به العقل هو حدوث العالم أي كون جميع ما سوى الله تعالى من الجواهر والأعراض مسبوقاً بالمعتم، وإنما سمي عالماً لأنه علم على وجود الصانع به بعلم ذلك، ولا خفاء في أن وجوب الإيمان بالجهاب الله، إلا أنه نسب إلى سبب ظاهر تيسيراً على العباد وقطعاً لحجج الماندين والزاماً لهم لئلا يكون لهم ثبوت بعدم ظهور السبب).

تقدم الشيء على نفسه ، واللازم باطل وكذلك الملزوم^(١).

ثالثياً- تحليل وتحديد الأساس:

أساس الخلاف هو التحسين والتضييق لتصرفات الإنسان ، هل هما شرعيان يشتان بالشرع كما يقول الجمهور ، أو عقليان كما يقول المعتزلة؟

١- لا خلاف في أن الحسن بمعنى ملائمة الطبع كالأغذية اللذيذة والمشاعر الطيبة الجميلة ، والقبح بمعنى منافرة الطبع كأكل الميتة والمنظر القبيح والرائحة الكريهة عقليان يدركهما عقل الإنسان ويحكم بقبح هذا وحسن ذلك دون الحاجة إلى الشرع.

٢- لا خلاف في أن الحسن بمعنى صفة الكمال كالكرم والشجاعة والعلم والأخلاق الحميدة ، والقبح بمعنى صفة النقص كالبخل والجبن والجهل والأخلاق الرذيلة عقليان يدركهما العقل ، ويحكم بالحسن والقبح دون اللجوء إلى الشرع.

٣- لا خلاف في أن كل ما أمر به الله حسن لأنه يجلب للإنسان مصلحة ، وإن كل ما ينهى عنه شرع الله قبيح لما يتضمنه من مضرة أو مفسدة يجب استبعادها.

٤- إنما الخلاف في حسن بمعنى ما يوجب المدح عاجلاً والثواب أجلاً ، وقبح بمعنى ما يؤدي إلى ذم فاعله عاجلاً وعقابه أجلاً.

وقد اختلف في ذلك علماء المسلمين من الأصوليين والفلاسفة والفقهاء على ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول:

وهو ما تبناه الأشاعرة من فلاسفة المسلمين ، أن الحسن والقبح بالمعنى الأخير شرعيان لا يمكن إدراكهما عن طريق العقل ، فلا يعرف حسن الشيء ولا قبحه إلا بعد مجيء الشرع ، فمتنزه يدرك العقل أن كل ما أمر به الشرع حسن ، وكل ما نهى

^(١) ليشاح ذلك لو فرضنا أن (أ) كائن موجود يتوقف على وجود (ب) ، وإن (ب) في وجوده يتوقف على وجود (أ) لزم توقف (أ) على (أ) بعد حذف الوسط (ب) وهذا يستلزم تقدم (أ) من حيث أنه خالق على نفسه من حيث أنه مخلوق ، وذلك باطل ، وما يستلزم الباطل أيضاً باطل ، وبناء على ذلك يكون الإيمان بالله واجباً عقلياً يثبت بالعقل وبالنظر والاستدلال به على وجود الخالق ، هذا إضافة إلى أن الإيمان بالله واجب شرعي.

عنه قبيح ، وقد تفالوا في هذا الرأي إلى درجة أن قالوا (لو فرضنا أن المأمور به أصبح منهيًا عنه أو حدث عكس ذلك لتحول الحسن إلى القبيح ، والقبيح إلى الحسن تلقائيًا تبعاً للأمر والنهي ، لأنهما من آثارهما ومن موجباتهما).

الاتجاه الثاني:

وهو ما تزعمت المعتزلة ، مفاده أن الحسن والقبح لتصرفات الإنسان موجودان قبل الشرع لذات التصرف أو لوصفه ، فيدركهما عقل الإنسان قبل الشرع ، لأن الحسن مبني على أساس مصلحة مادية أو معنوية ، والقبح يترتب على قيام مفسدة أو مضرة مادية أو معنوية ، وكل من المصلحة والمفسدة لا تخفى على العقل بحيث يستطيع عن طريقهما إدراك الأحكام الشرعية قبل ورود الشرع^(١)

الاتجاه الثالث:

الذي قال به المتأيدية ومن حذا حذوهم ، هو يتفق مع الاتجاه الثاني في أن العقل يدرك حسن وقبح التصرف اللذين يتفق مع الاتجاه الأول في أن العقل رغم إدراكه للحسن والقبح لا يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية قبل الشرع.

ثالثاً- مراد المعتزلة من قولهم بحاكمية العقل ووجوب الأصلح على الله:

فسر كثير من الأصوليين وغيرهم قول المعتزلة بحاكمية العقل أن العقل هو الشارع والصانع للأحكام الشرعية ، وإن دور التشريعات الإلهية يقتصر على إقرار ما شرعه العقل من الأحكام لتصرفات الإنسان ، وإن المقصود من وجوب الأصلح هو الوجوب بالمعنى المتعارف في الحكم التكليفي^(٢)

^(١) عقل الإنسان قبل تلبغه بالشرع بإمكانه أن يقضي بأن كل عمل إذا كان فعله حسناً وتركه قبيحاً فهو واجب كالعدل ، وإذا كان يعكس ذلك فهو محرم كالظلم ، وإذا كان فعله حسناً وتركه ليس قبيحاً فهو مندوب ، وإذا كان يعكس ذلك فهو مكروه ، وإذا كان كل من الفعل والترك ليس بحسن ولا قبيح فهو مباح.

^(٢) ومن القائلين بالتفسير الحاطن لمراد المعتزلة صدر الشريعة في كتابه التوضيح شرح التصحيح مع التلويح ١٥٨/٢ (الخلاص بيتا وبين المعتزلة في أمرين ، أحدهما أن العقل عندهم حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله وعلى العباد ، أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمية يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة ، وأما على العباد فلأن

وكل من التفسيرين المذكورين غير صحيح وغير مطابق لما قصده المعتزلة^(١) أما عدم صحة الأول فلأن المقصود من حاكمية العقل هو أن العقل يدرك أحكام الله لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو بعده وقبل تبليغ الإنسان به وذلك عن طريق حسن وقبح هذه التصرفات، ثم يحكم في ضوء ذلك على الإنسان بتايغ أحكام الله ويمعلمهم مسؤولية مخالفتها.

وأما عدم مطابقة التفسير الثاني لمعاد المعتزلة من قولهم (بوجوب الأصلح للعباد على الله) فلأن المقصود من الواجب ليس معناه الاصطلاحي الشرعي وهو أن (فاعله بشاب وتاركه يعاقب)، وإنما المراد منه أن حكمة العدالة الإلهية تقتضي معاملة عباده بما يستحقونه في ضوء وعده بذلك في شرائعه، وانه من المستحيل أن يعمل بما يتعارض مع حكمته بما يخالف وعده. وهذا المعنى أطلق عليه المعتزلة مصطلح الواجب تجوزاً وتوسعاً لزيادة الاحتكام بشأنه. والحاصل أن المراد بالواجب هو الواجب العقلي أي أن الأصلح هو من مقتضى عدلته وليس الواجب الذي هو من أقسام الحكم التكليفي.

تكوين رأي المعتزلة:

أثبت واقع الحياة وتطورها صحة كلام المعتزلة في أن العقل يدرك الأحكام الشرعية لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو قبل التبليغ به، فإن كثيراً من الأحكام التي وردت في القوانين الوضعية للبلاد غير الإسلامية تنفق مع الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كحرمة القتل والسرقة وخيانة الأمانة والتجسس

العقل عندهم بوجوب الأعمال عليهم ويحجبها ويحرمها من غير أن يحكم الله فيها بشيء من ذلك). وانظر ذلك ما جاء في حاشية السيد شريف الجرجاني على شرح المضد لمختصر المنتهى الأصولي ١٩٩/١. ^(١) في شرح مسلم النجدي ٢٥/١ (لا حكم إلا من الله تعالى بإجماع الأمة لا كما في كتب بعض المشايخ أن هذا عندنا وعند المعتزلة الحاكم العقل، فإن هذا مما لا يجتريء عليه أحد ممن يدعي الإسلام، بل إنما يقولون أن العقل يعرف لبعض الأحكام الإلهية سواء ورد به الشرع أم لا). وقال الشيخ صالح القبلي البستاني في كتابه العلم الشامخ، ص ١٦٨ وهو يورد على ما قاله صدر الشريعة في كتابه التوضيح ١٥٨/٢ الذي ذكرناه في الباشم رقم ١٠ في هذه الصفحة (ماذا تريد بقولك حاكم؟ تريد به أنه مدرك للحكم الثابت في نفس الأمر الذي قررت فيه أيضاً فإن الأحكام الخمسة ترجع إلى الحسن والقبح، فلا بد بذلك من الاقرار بهذا أم تريد أن العقل يحصل للحكم ومنتشي له في نفس الأمر؟ فلم يقل بهذا أحد).

والاختطاف والتجارة بالإنسان، وكوجوب تقديم العون المادي للمتكويين والمتضررين لأسباب فهرية كالزلازل والفيضانات، ووجوب حرمة المسكن، وكإباحة التعبير عن الرأي الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وحرية اختيار العمل المشروع وحرية التنقل وغير ذلك من الأحكام القانونية، وهي في حقيقتها أحكام الية اكتشفها العقل البشري في تلك البلاد ونظمها بالقانون الوضعي.

ولا نستطيع أن نثبت إنها مأخوذة من القرآن الكريم أو السنة النبوية^(١) وإضافة إلى ذلك فإن بعض الجرائم التي لم يثبت تجريمها بنص شرعي، وإن جميع العقوبات التزيرية في الإسلام ترك استحداثها وتنظيمها بالقانون الوضعي لعقل ولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع عقول أهل الحل والعقد (أهل الشورى).

الاستنتاج:

نستنتج من عرض محتويات هذا البحث:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والمسكوية والزراعية، وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دونه ودنياه يرجع إلى حكم الله لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وإن اكتشافات عقول المهتمين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعاً للجزئيات إلى تلك الكليات.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالباً قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن، وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالباً يدرك الحسن والقبيح وبالتالي يدرك الوجوب والحرمه لتصرفات الإنسان قبل الشرع، فأكثر ما أمره العقل قبل الوحي حكم به الشرع بعده، فإذا رك العقل بيان من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارع، غير أن الأحكام العقلية بمجرد ما لا تبعث على فعل الخير

^(١) في التفرير والتحرير على التحرير ٩٠/٢ (أن قبح الظلم ومقابلة الإحسان بالإساءة مما اتفق عليه العقلاء حتى من لا يتدين بدين ولا يقول بشرع كالبراهمة والنعرية مع اختلاف عاداتهم وأعراسهم).

وترك الشر، فجاء الوحي موازراً لها ومناصراً بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة، والوعد والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع إلا بالنسبة للإيمان بالله لأنه واجب عقلي قبل أن يكون واجباً شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الاستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (الخالق). أما الأحكام التكليفية الأخرى فإن العقل رغم إدراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتفبيح العقليين إلا أنه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملاً وتفصيلياً، فإذا أدرك حرمة السرقة والقتل والزنا وخبائة الأمانة، فإنه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام: قسم يثبت بالعقل كوجود الله وصدق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يثبت بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمفاهيم من الإيمان بالمعالم الآخر ومحاسبته على عمله. وقسم يثبت بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

المبحث الثاني المحكوم فيه

تعريف المحكوم فيه^(١)

عبارة عما يتعلق به خطاب الله من تصرفات الإنسان الإرادية كما في خطاب التكليف أو منها ومن الوقائع الشرعية كما في خطاب الوضع. ولهذا الموضوع أهمية كبيرة في المجالات الفقهية والقانونية والقضائية من حيث التطبيقات العملية، وهذه الأهمية تحتم علينا دراسة من الأوجه الآتية:

- ١- من حيث طبيعته يقسم إلى التصرفات الشرعية والوقائع الشرعية^(٢) ثم ينقسم كل قسم إلى عدة أنواع.
- ٢- من حيث الأثر الذي يترتب على تنفيذه من المصلحة العامة والخاصة، يقسم إلى حق الله (الحق العام)، وحق العبد (الحق الخاص)، والحق المشترك.
- ٣- من حيث ما يقترن به من كلفة ومشقة، يقسم إلى العزيمة والرخصة.
- ٤- من حيث الأداء يقسم إلى ما يقبل النيابة وما لا يقبل.

ولاً- تقسام المحكوم فيه من حيث طبيعته:

ينقسم المحكوم فيه من حيث طبيعته إلى التصرفات الشرعية والوقائع الشرعية. والتصرف الشرعي هو كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة. أما الواقعة الشرعية فهي عبارة عما يحدث بدون أن يكون لإرادة الإنسان دخل مقصود في تكونه وحدوثه كحوادث السيارات التي تقع خطأً وكتحطم الطائرات في الجو وغرق السفن

^(١) في بعض المراجع الأصولية يستعمل تعبير (المحكوم به) بدلا من (المحكوم فيه) ولكن التعبير الثاني أدق من الأول، لأن المحكوم به عبارة عن نفس الحكم من الوجوب والتدب والحرمة والكرامة والإباحة والسبية والماتمية. وفي التفسير والتحرير على التحرير ١١٣/٢ (التعبير عن فعل المكلف بالمحكوم فيه أولى من التعبير عنه بالمحكوم به)، كما في صدر الشريعة والبيضاوي وغيرها.

^(٢) المراد بالشرعية في التصرفات والوقائع خضوعها لتنظيم الشرع سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

في البحر، فهي وقائع مادية. وقد تكون الواقعة منوية كالقراءة الزوجية وهما سببان للالتزام بالنفقة وسيبان له، وكالأبوة مائة من القصاص وعقاب القذف والعقل شرط لصحة التصرفات.

أقسام التصرف الشرعي:

ينقسم التصرف الشرعي إلى القولي والفعلية، وينقسم القولي إلى المشئن والمسقط أو كليهما معاً، وكما ينقسم التصرف الفعلي إلى النافع والضار كما يلي:

١- التصرف القولي المنشيء للحقوق والالتزامات: كمنقود المعاوضات التي تتم بتلافي

إرادتين فأكثر وتنشئ حقوقاً والتزامات متقابلة، وكالتبرعات التي تنشئ الحقوق للمشروع له والالتزام على المتبرع بالإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي).

وقد يكون التصرف القولي جريمة كالقذف والتجسس بالكلام والغيبة والنميمة، ففي هذا النوع من القول يستحق القاتل عقوبة دنيوية وأخرية^(١)، أي يترتب على قوله الالتزام الجنائي اتجاه الناس واتجاهه.

٢- التصرف القولي المشروع المسقط: وهو تصرف ينهي حالة شرعية (أو قانونية) قائمة

كإبراء الدائن مدينته من الحقوق الشخصية التي بذمته، وكالطلاق في حالة عدم وجود النصف وعدم قصد الإضرار بالزوجة، وكالتنازل عن حق الشفعة، والتنازل عن حق القصاص أو الدية أو حق التعويض.

٣- التصرف القولي غير المشروع المسقط: كالطلاق التمسفي، وهو الذي يلحق الضرر

بالزوجة دون مسرر، ففي هذه الحالة يستحق الزوج عقوبة تعزيرية، ومن المفضل أن تكون مالية يعوض بها ضرر الزوجة، ومن قبيل الطلاق التمسفي طلاق الفار، وهو أن يطلق الزوج المريض مرض الموت زوجته دون مسرر وبدون طلبها، اتفق فقهاء المسلمين بالإجماع - باستثناء الظاهرية - حق الزوجة في الميراث من تركة هذا الزوج رغم وقوع الطلاق، ذلك معاملة له بنقيض قصده السيئ.

٤- التصرف الفعلي النافع: كتقديم العون البني لمن يحتاج إليه، مثل المساهمة اليدوية في

صنع شيء، أو تصليح سيارة، أو إعادة بناء جدار جاره بعد انهدامه، وكالتقاط مال

^(١) لأننا نطالب في الدنيا بما يتلاءم مع حجم جرمته بنحو من عقوبة الأخرى.

مفقود بقصد المحافظة عليه وإعادته إلى صاحبه، وكالتضاط طفل صغير مطروح على الشوارع والطرق، وغيرها لأي سبب كان، ذلك بقصد إنقاذ حياته وتربيته بنفسه أو تسليمه إلى جهة تتولى ذلك كدار الحضارة. وكوفاء دين الغير، والإنفاق على زوجة الغائب ونحو ذلك.

٥- التصرف الفعلي الضار: ومن هذا القليل كافة أنواع الجرائم الموجبات للعقوبات وجميع أنواع الإلتلاف غير المشروع المسبب للتعويض^(١)

الوقائع الضمنية:

وهي تنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- الوقائع المادية بفعل الإنسان دون القصد: كحوادث السيارات نتيجة السرعة أو مخالفة نظام المرور خطأ، ففي هذه الحالات وأمثالها تكون الواقعة سبباً لالتزام المقصر بدفع التعويض.

٢- الوقائع المادية بفعل الطبيعة: كتحطم الطائرة بفعل العاصفة الجوية، وغرق السفينة بالأموال البحرية، واصطدام السيارات وانقلابها بالعاصفة الترابية. ففي هذه الحالات وغيرها تكون الواقعة سبباً للالتزام بدفع التعويض من قبل الدول والشركات أو الأشخاص مقابل الخسارة في الأرواح والأموال.

٣- الوقائع المضمومة التي لا تدخل لإرادة الإنسان في تكوينها: كالأبوة المانعة من النكاح، والجنون المانع من صحة التصرفات، والقرابة التي هي سبب الميراث من جهة، وسبب للالتزام بالإنفاق على القريب العاجز عن العمل، والنسب لا يحدد مورداً يكفي لميشه من جهة أخرى.

الاستنتاج

نستنتج من هذا العرض الموجز أن أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية ترجع إلى سببين رئيسيين وهما:

^(١) فعمل الضار الاجمالي لا يتطلب توافر الإدراك بخلاف السلي فالممتنع عن فعل يرتب عليه ضرر عام أو خاص مسؤول ديانة أو ديانة وقضاء إذا كان متنعاً بالإدراك والوعي التامين، لأن هذه المسؤولية تنرتب على فعل سلي مقصود وهو لا يتصور بالنسبة لعدم الأهلية.

- ١- **التصرفات الشرعية**: سواء أكانت قولية أم فعلية، مشروعة أم غير مشروعة.
- ٢- **الوقائع الشرعية**: سواء أكانت مادية أم معنوية، وسواء أكانت من أفعال الإنسان غير المقصودة أم من أفعال الطبيعة، وقد خلط فقهاء القانون بين الوقائع الإرادية وبين التصرفات الفعلية للإنسان بصورة مطلقة، فاعتبروا التصرفات الفعلية الإرادية وقائع وحصروا التصرفات القانونية في العقد والإرادة المنفردة وهذا ما يرفضه المنطق القانوني لأن التصرف كما ذكرنا هو كل ما يصدر من الإنسان بإرادة حرة مدركة سواء كان قولاً أو فعلاً، كما تأثرت القوانين المدنية العربية بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، فجعلت مصادر الالتزام خمسة، وهي العقد والإرادة المنفردة والفعل النافع والفعل الضار والقانون، مع أن أربعة من هذه المصادر تندرج تحت التصرفات الشرعية (أو القانونية) وهي أسباب للالتزامات مصادرها الشرع في الالتزامات الشرعية، والقانون في الالتزامات القانونية.

ثانياً- إقسام المحكوم فيه من حيث ما يتقلب عليه من المصلحة:

كل محكوم فيه من تصرفات الإنسان والوقائع التي يتعلق بها خطاب الوضع، لا يخلو من مصلحة عامة أو خاصة أو مشتركة. وقد شاع إطلاق (حق الله المحض) على ما فيه المصلحة العامة، و(حق العبد المحض) على ما فيه المصلحة الخاصة، و(الحق المشترك) على ما يجمع بين المصلحتين. فمصلحة وجوب الواجبات وندب المستحبات وإباحة المباحات هي المنفعة المستجبة من تنفيذ هذه الأحكام، ومصلحة حرمة المحرمات، وكراهة المكروهات المضرّة أو الفسدة المستدرّاة باجتماعها.

١- حقوق الله المحضنة (الحقوق العامة):

وهي التي تحقق المصالح العامة^(١) فمنها قلبية كالإيمان بالله ورسله وكتبه ويوم الأخرى^(٢) ومنها بدنية محضّة كالصلاة والصيام وغيرهما، والمصلحة العامة فيها هي إنتها وسائل وقائية واحترافية لمكافحة الإجرام، لأنها تهذب سلوك الإنسان.

^(١) وقد قسمها علماء الأصول إلى الأقسام الثمانية الآتية:

١- عبادات محضّة، كالإيمان بالله وما ينشعب عنه من العبادات كالصلاة والصيام.

ومنها مالية بحثة كالزكاة والوقف والإنفاق في سبيل الله ، وفائدتها العامة هي إنها من وسائل التكافل الاقتصادي ، والتضامن المالي لمكافحة الفقر الذي هو عامل رئيس للسلوك الإجرامي.

ومنها مالية وبنية كالحج والجهاد على نفقة المجاهد ، وأهميتها العامة حماية الدين والأرواح والأموال والأعراض بالنسبة للجهاد ، وأما فائدة الحج العامة فهي انه مؤتمر إسلامي سنوي لحل المشاكل القائمة بين الشعوب الإسلامية من جهة ، وبينها وبين الشعوب الأخرى من جهة ثانية. ومن حقوق الله المحضة عقوبات جرائم الحدود التي هي عبارة عن الاعتداء على الحقوق العامة.

٢- عقوبات محضة ، كعقوبات جرائم الحدود وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية للإنسان ، كالاعتداء على الدين والحياة والمال والعرض والعقل.

٣- عقوبات فاصرة على الناحية المالية وعلى الجاني ذاته ، كحرمان الوارث القاتل من ميراث مقتوله ، وحرمان الموصي له القاتل من وصية مقتوله ، فالحرمان حق الله إذ لا تقع فيه للمقتول.

٤- حق دائر بين العبادة والعقوبة ، مثل كفارة حنث البيمين وكفارة الظهار وكفارة القتل خطأ ، فهي تهذب سلوك الجاني كالصيام ، وتحرم الإنسان المستعبد وتسد حاجة المسكين ، إضافة إلى كونها عقوبة رادعة وزاجرة.

٥- عبادة فيها معنى المونة ، كزكاة النضر فيجب على كل مسلم في اليوم الأخير من رمضان مساعدة الفقير بما يعادل وجبة طعام متوسطة عن شخص هو مسؤول عن إعاقته ونفقت إضافة إلى نفسه.

٦- مونة فيها معنى العبادة ، كالزكاة وهي نسبة متوية تدفع سنوياً للمستحقين ، فمن غلب جانب المونة على العبادة فالحج الزكاة في مال الفاقص ، سواء اكان صغيراً أم مجنوناً أم مجرمها ، ومن غلب جانب العبادة على الجانب المالي قال لا تجب الزكاة في مال الفاقص. والرأي الأول هو الراجح لأن الزكاة من باب خطاب الوضع سبب وجوبها وجود النصاب في المال الذي تجب فيه الزكاة بغض النظر عن أهلية مالك المال.

٧- مونة فيها عقوبة ، كالضريبة الحراجية التي فرضت على الذين كانوا يستثمرون الأراضي الزراعية ولا يشتركون في الجهاد من غير المسلمين ، فإنما اسلموا واشتروا في الجهاد تسقط عنهم هذه المسؤولية.

٨- حق قائم بنفسه لا يتعلق بذمة احد ، كحق الدولة في استثمار المعادن الموجودة في ارض الملقبها.

انظر التوضيح شرح الفتح مع التلويح ١١٥/٢ وما بعدها.

بلغة السالك لأقرب المسالك في مذهب الإمام مالك ٢١١/١.

^{١١١} في الألفية مع طلعة الشمس للسالمي الإباضي ٢١١/٢ (ومن حقوق الله في المتقول إيماننا بالله والرسول ﷺ ، وما أتى في الدين بالضرورة ، وهي أمور ليس بالمحصورة ، والمراد بالمتقول ما يقابل العقول ، أي ما نقل البنا من الشرائع الإلهية).

مميزات حق الله المحض (الحق العام):

يتميز هذا النوع من الحقوق بمميزات أهمها ما يلي:

- ١- لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصلح ولا التمديل ولا التبديل، فلا يحق لأي إنسان أي كانت صفته ومنزله ومركزه أن يتنازل عنه أو يتهاون في إقامته وتنفيذه.
- ٢- لا يجزى فيه الإرث، فإذا كان حقاً مالياً كالزكاة يتعلق بتركه بعد الوفاة، فلا توزع على ورثته قبل إخراج هذا الحق منها لأنه دين الله وحق عام. وإن كانت عقوبة كعقوبة الزنا والسرقة تسقط بالموت بالنسبة إلى المسؤولية الجنائية، ولا تنتقل إلى الورثة لقوله تعالى ﴿وَلَا تُرْثُ وَارِثَةٌ وَرِثَةَ الْآبَاءِ﴾^(١). ولكن يسأل عنها يوم القيامة أمام الله أن شاء غفر له وإن شاء عذبه^(٢).
- ٣- يجزى فيه التداخل بالنسبة للعقوبات الحديثة، فمن ارتكب مرات جريمة الزنا مثلاً وثبت عليه يعاقب على المرة الأخيرة لما في المرات السابقة من الشبهة، وقد قال الرسول ﷺ (أدبروا الحنود بالشبهات)^(٣) ولكن إذا عاد إلى الجريمة تعود العقوبة^(٤).
- ٤- يفوض أمر استيفائه لولي الأمر (رئيس الدولة) ومن يتخوله هو.
- ٥- جزاء الاعتداء على الحق العام:

 - أ- عقوبات الحدود التي حددها النص كالجلد والرجم في جريمة الزنا، وقطع اليد في جريمة السرقة.
 - ب- الكفارة المالية أو البدنية كما في حنث اليمين والظهار والقتل خطأ^(٥).
 - ج- حرمان الوارث القاتل من تركته مقتوله المورث، فهذه العقوبة من حقوق الله لا تقبل الإسقاط، رغم إنها عقوبة نجيبة لجريمة القتل، بخلاف القصاص، فإنه حق مشترك يقبل الإسقاط.

^(١) سورة الأنعام ١٦٤.

^(٢) كما قال تعالى ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَسْفَحَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ سورة البقرة ٢٨٤.

^(٣) تقدم نَحْرَبِهِ.

^(٤) في قواعد الزركشي ٢٧/١ (فإن كانت العقوبات لله تعالى من جنس واحد تداخلت كما لو تكررت منه الزنا وهو غير متزوج بحرمة واحدة، وكلما لو سرق أو شرب مراراً).

^(٥) تحرير رقة عند الوجود وإلا فالإطعام والكسوة والصيام.

د- العقوبات التمييزية على كل جريمة اعتداء على الحق العام، وللقاضي سلطة تخفيف وتشديد هذا النوع من العقوبات، ولرئيس الدولة إعفاء الجاني إذا رأى في ذلك إصلاحه ومصلة عامة.

٢ - حقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة):

الحق الخاص هو الذي يحقق مصلحة خاصة مالية كانت أم غير مالية، والحق المالي كالحقوق العينية والحقوق الشخصية المالية (الديون)، والحق غير المالي كحقوق الأسرة غير المالية، مثل تمتع كل من الزوجين بالأخر وحق الحضنة وحق الطلاق وحق الرضاع، وإضافة إلى ذلك توجد حقوق خاصة متعلقة بالمال كحقوق الارتفاق^(١)

مميزات حق العبد المحض (الحق الخاص)^(٢)

- ١- فيجوز فيه العفو والصلح والإبراء والإسقاط.
- ٢- يفرض أمر استيفائه إلى صاحب الحق، ولكن تنفيذه يكون عن طريق السلطة تجنباً عن الفوضى.
- ٣- لا يجري فيه التناخل، فمن الحق الضرر بالغير عدة مرات متواليات أو غير متواليات يجب عليه دفع التعمير عن كل مرة.
- ٤- جزاء الاعتداء على الحق الخاص أما التعمير أو التميزر أو القصاص.
- ٥- ينتقل إلى الورثة في ضوء التفصيل الآتي:

- أ- الحقوق الخاصة المحضة غير المالية لا تنتقل إلى الورثة مطلقاً بإجماع الفقهاء كحق تمتع كل من الزوجين بالأخر وحق الولاية وحق الحضنة وحق الوظيفة.
- ب- الحقوق المالية المحضة الخاصة تنتقل إلى الورثة بالإجماع ما لم يتعلق بها حق الغير.
- ج- والحقوق الخاصة ذات الطبيعة الأزواجية بان يكون فيها الجانب المالي والجانب الشخصي تنقسم إلى الأقسام الثلاثة الآتية:

القسم الأول: ما يكون الجانب المالي فيه هو الغالب على الجانب الشخصي، ولا

خلاف بين الفقهاء^(٣)، في انتقاله إلى الورثة كحق الرهن فهو من باب الاستيثاق

^(١) كحق المرور والجري، والمسبل والشرب.

^(٢) لم أجد في المراجع الفقهية والقانونية ترميماً سليماً للحق. وفي رأينا المتواضع (حق الإنسان في الشهي) مركز شرعي - حاتوني - يبيح له نعمة ويفرض على الغير احترامه.

والاستيفاء، لذا تكون الناحية المالية فيه هي الغالب على الجانب الشخصي الذي يمثل في رضاء الراهن بالمرتهن والاطمئنان إلى أمانته وحسن قيامه على المهون، ومثل حق الرهن فيما ذكرنا حق حبس المبيع إلى استلام الثمن، وحق خيار العيب، وحق خيار فوات الوصف المرغوب فيه ونحو ذلك.

القسم الثاني: ما يكون الجانب الشخصي هو الغالب على الجانب المالي، ولذا اتفق الفقهاء على عدم انتقاله إلى الورثة كحق الانتفاع، فإذا مات الموصى له بمنفعة عين لا ينتقل الموصى به (حق الانتفاع) إلى ورثته ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كذلك حق الانتفاع بالعين المعارة والموجرة.

القسم الثالث: ما لا يظهر فيه مرجح لتغليب أحد الجانبين (المالي والشخصي) على الجانب الآخر، لذا اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من غلب الجانب المالي على الجانب الشخصي لما وصل إليه اجتهاده من مرجح فقال بانتقاله إلى الورثة، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك فقال بعدم انتقاله إلى الورثة مثل حق خيار الشرط وحق الشفعة.

٣- الحقوق المشتركة^(١)

الحق المشترك هو الذي يجمع بين المصلحتين العامة والخاصة في وقت واحد، ولذلك يلحق في الحكم والميزات بالحق العام إذا كانت المصلحة العامة فيه هي الغالبة، وبالحق الخاص إذا كانت المصلحة الخاصة هي الغالبة:

^(١) خلافا للظاهرية.

^(٢) في الأئمة مع شرح طلعة الشمس للسالي الاباضي ٢٤٠/٢.

مثل العبادات وما بها ارتبط	والحق قد يكون لله فقط
وقد يسكون للعباد حكماً	ومثل مال للصالح العام
في القذف والقصاص مما أجزأ	وقد يهيء النوعان فيه مثل ما

أي ينقسم المحكوم به إلى ثلاثة أنواع: لأنه إما أن يكون حفا لله فقط كالعبادات أصولاً وفروعاً، وكالأموال الموقوفة للصالح العام فإنها حق الله -حلياً- أصبغت إليه تعالى لعظم خطرها وعموم نفعها. وإما أن يكون حفا خالصاً للعبد كالحقوق العينية والمالية، أو أن يمتنع به حق الله وحق العبد كالتفصيص.

أ- ومن أمثلة النوع الأول (أي ما كان الحق العام فيه هو الغالب) كل مهنة أو حرفة أو وظيفة يحتاج إليها المجتمع كمهنة الطب والتعليم وكحرفة التجارة والحياطة أو الحداثة ونحوها، وكوظيفة القضاء والإفتاء ونحوهما، وهذا النوع من الحق المشترك يلحق في أحكامه وميزاته بالحقوقي العامة، وللدولة إيجاب ذي المهنة أو الحرفة على ممارستها وإيجاب الشخص الذي تتوافر فيه أهلية القضاء والإفتاء أو التدريس على ممارسة اختصاصه إذا لم يوجد غيره.

ب- ومن أمثلة النوع الثاني (الذي يكون الجانب الخاص فيه هو الغالب) حق القصاص، فعقوبة القتل العمد المدون إذا توافرت أركانها وشروطه تكون القصاص، وهذا الحق مشترك بين الدولة التي تتولى استيفاء الحق العام، وبين ولي الدم (أو ورثة المقتول) فبالاعتبار الأول لا ينفذ القصاص إلا بعد تصديق رئيس الدولة، وبالاعتبار الثاني يجب أخذ رأي الورثة أو ولي الدم لتنفيذ العقوبة.

ففي القانون الجنائي الوضعي الحق العام هو الغالب في القصاص، لأنه من مظاهر سيادة الدولة. أما في الشريعة الإسلامية فالحق الخاص هو الغالب على أساس قاعدة (الغرم بالغرم) لأن المسألة التي تحمل بعائلة وأسرة المقتول نتيجة هذه الجريمة أكثر بكثير مما يحمل بالشعب والمجتمع عن طريق فقد عضو من أعضائه، ولهذا الحكمة قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِثِيهِ سُلْطَنًا﴾^(١١)، والسلطان هو اختيار القصاص أو العدول عنه إلى الدية (التعويض المالي) أو النزول عن كليهما.

ثالثاً - تقسام المحكوم فيه من حيث المشقة عزيزة ورخصة:

كل حكم تكليفي لا يخلو من الكلفة والمشقة وإلا لما سمي حكماً تكليفاً، غير أن درجات هذه المشقة متفاوتة، لذا يكون تأثيرها على الحكم والطلب متفاوتاً كالآتي:

- أ- إذا كانت المشقة فوق طاقة المكلف يسقط التكليف عنه ولا يسأل عن عدم إنجاز العمل المكلف به، بمقتضى قوله تعالى ﴿لَا يَكُفُّ أَلَمَهُ نَسَاً إِلَّا أَوْسَعَهَا﴾^(١٢).
- ب- وإذا كانت المشقة خاضعة لطاقة الإنسان، ولكن من شأنها أن تعرض حياة المكلف أو

^(١١) سورة الإسراء ٣٣.

^(١٢) سورة البقرة ٢٨٦.

صحته للخطر، ففي هذه الحالة يتبدل الحكم من الصوم إلى السهولة بحيث لا يكون في تنفيذه أية خطورة على الصحة والحياة كالصيام بوجمل أداؤه بالنسبة لمن له العذر كالسفر والمرض والإرضاع إلى حين زوال العذر^(١) أما إذا كان العذر غير قابل للزوال كالشيخوخة والمرض المزمن فإن الحكم يسقط أماء وقضاء بالمثل، ويحل محله نوع آخر لا يؤدي إلى أية مشقة، كبديل الصيام إلى الفدية بالنسبة لمن يكون عذره مستمرا، وقد مر تفصيل ذلك في بحث الاستحسان وفي موضوع القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول. ويسمى الحكم المخفض رخصة، لذا عرفت الرخصة بأنها تغير الحكم من صوم إلى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي، والرخصة قد تكون واجبة كأكل الميتة لإتقاذ الحياة، وقد تكون مندوبة كالإفطار عند المشقة.

ج- المشقة التي تكون في حدود طاقة الإنسان ولا تؤثر على حياته وصحته لا يكون لها أي تأثير على الحكم المكلف به، ويبقى مطلوباً أداؤه كما شرع وطلب من الشارع أداؤه عملاً أو كفاً، ويسمى الحكم التكليفي في هذه الحالة عزيمة.

رابعاً - الصيام للمحكوم فيه من حيث قبحه الذميمة :

القسم الأول - ما لا يقبل الثبابة مطلقاً؛ فهو مطلوب من المكلف شخصه لكونه مشتملاً

على مصلحة ترجع إليه ولا تحصل له إلا بالباشرة بنفسه، من تطبيقات هذا القسم اليمين في حالة الخصومة أمام القضاء، يقول الرسول ﷺ (الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)^(٢) فإذا لم يتمكن المدعي من تقديم البيعة، فعلى المدعي عليه اليمين

^(١) الترخيص لغة: التسهيل والتيسير. وفي عرف الشرع: ما شرع من الأحكام لعذر مع بقاء دليل الإيجاب والتعريم لولا ذلك العذر. والرخصة لا تعني تغير الحكم بالنسبة للشارع لأن متعلق الحكم له حكماً غالباً أحدهما للظروف الاعتبارية والثاني لغير الاعتبارية. والتخفيف على خمسة أوجه:

١- بإسقاط المفروض كإسقاط الصلاة عن الحائض والمجنون.

٢- بالتخفيف كالتقصير في السفر.

٣- بالبدل كالتيمم بدل الغسل.

٤- بالتقديم والتأخير كصلاة المسافر الرباعية.

٥- بإباحة الحرم كأكل الميتة للمضطر.

^(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (لو يحط الناس بدعواتهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه)، متفق عليه، وللبيهقي من حديث ابن عباس باسناد صحيح (البيعة على المدعي واليمين على من أنكر)، سبل السلام ١/١٧٤، تقدم تحريجه.

بضه ، فلا يحق له أن يتوب غيره في ذلك ، لأن الغاية من التوب هي الدلالة على صدقه ، وهذا ما لا يحصل بخلف غيره نيابة عنه ، ومنها الصلاة والصيام ، فلا يجوز النيابة فيهما لأن المصلحة المتوخاة من تشريعهما إجلال الله وتقوية الصلة به ، وبالتالي تهذيب النفس وتقويم السلوك ، أو التجنب عن الفحشاء والمنكر ، كما قال تعالى ﴿ وَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لِقَدْ خَلَقْنَاكُمْ لَتَعْلَمُوا أَنَّهَا رِيَاءٌ وَإِنَّهَا لَكَبِيرَةٌ إِذْ كُنتُمْ كَافِرِينَ ١٨٣ ﴾ ، وقوله تعالى ﴿ تَتَّقُونَ ﴾ ^(١١) ، فاكساب النجاة ضد الإجمام بسبب الصلاة والامتناع

بالتقوى عن طريق الصيام لا يحصلان للإنسان عن طريق النيابة في أدائه ، ويقابل هذا في القانون أداء الخدمة الإلزامية العسكرية.

القسم الثاني : ما يقبل النيابة مطلقاً ؛ وهو الذي يكون مشتقاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وحصول هذه المصلحة لا يتوقف على مباشرة المكلف بضه ما دامت الغاية حصول اصل الفعل وأدائه أياً كان المؤدي. ومن تطبيقات هذا القسم وجوب رد المال المفصوب للمفصوب منه ، والمال المسروق للمسروق منه ، والمال المعار للمعير ، والمين الوجرة للموجر بعد انتهاء مدة الإعارة والإجارة ، ومنها قضاء الديون للضامتين ، وتفريق الزكاة على المستحقين ، ويقابل هذه الحالات في القانون تسديد أجور الماء والكهرباء والهاتف ودفع الضرائب ونحو ذلك. فالصلحة في هذه التطبيقات الشرعية والقانونية هي إيصال الحقوق إلى أهلها ، سواء أكان من طريق المكلف والمدين أم عن طريق من يتوب عنه نيابة شرعية أو قضائية أو اتفافية.

القسم الثالث : ما كان مشتقاً على مصلحة منظور فيها بالنسبة للفعل والفاعل ؛ فهو متردد بينهما ، لذا اختلف فيه الفقهاء كالحج ، فإنه عبادة معها إنفاق مال ، فقال البعض ^(١٢) (المصلحة من تشريع الحج تأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله في الديار المقدسة وإظهار الانتقاد له) ، وهذا أمر مطلوب من كل شخص له الاستطاعة

^(١١) سورة المنكوت ١٥ .

^(١٢) سورة البقرة ١٨٣ .

^(١٣) كالإمام مالك (رحمه الله) انظر بلغة السالك لا قرب السالك للصابي على الفرح الصغير للفردير . ١٦٩/٢ .

المالية والبنيوية والعقلية، فلا يقبل النيابة عنه إذا وجب عليه الحج، ثم حل به عند يمنه من أذاته. وقال البعض الآخر^(١١) (المصلحة الرئسية من تشريع الحج هي عبارة عن الإنفاق بالمال في سبيل الله عن طريق الحج، فإذا كان الشخص معذوراً لا يستطيع الغائب إلى الحج بنفسه أو مات بعد أن وجب عليه الحج، يجوز أداء الحج عنه نيابة).

التصرف عن الغير من حيث سببه سيحة الصام:

- ١- التصرف بالولاية المحضة وهو ثابت للأب والجد والحاكم (القاضي).
- ٢- التصرف بالنيابة المحضة بإرادة الأصل كما في الوكالة أو بإرادة الشارع كتصرف القاضي في مال الغائب إذا خيف عليه.
- ٣- التصرف بنيابة مشوبة بالولاية أو ولاية مشوبة بالنيابة، كتصرف الوصي لصالح من تحت وصايته فهو من حيث أنه يتصرف بالتفويض يكون تصرفه بالنيابة ومن حيث أنه يتصرف في حق من لا يلي التصرف من نفسه يكون بالولاية.
- ٤- التصرف عن الغير بالضرورة كالصرف في اللقطة بعد الترميف واليأس من الحصول على صاحبها.
- ٥- التصرف الخارج عن حدود الإذن، كتجاوز الوكيل حدود وكالته في التصرف في ما وكل فيه فهو موقوف على إجازة الموكل في حدود التجاوز فيه.
- ٦- التصرف لمصلحة الغير بمال المتصرف كالإنفاق على زوجة المفقود وأولاده، وكوفاء دين الغير بدون إذنه، وكإعادة البناء على نفقته الخاصة بدون الإذن. ففي هذه الصور وأمثالها يرى أكثر فقهاء الشريعة أن المتصرف يعد متبرعاً ومتطوعاً، فليس له الرجوع على هذا الغير بما أنفقه أو بأجرة ما قام به من العمل ما لم يتجبر القاضي بذلك مسبقاً أو يقوم بالإشهاد قبل البدء بالتصرف على أنه ينوي الرجوع ولا يريد التبرع والتطوع. لكن أرى أن قوله تعالى ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾^(١٢) نص صريح في

^(١١) وهو رأي أكثر الفقهاء. في المتن لابن قدامة ٢٣٣/٣ (لا يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة، والمرأة عن الرجل والمرأة في قول عام أهل العلم، ولا يجوز الحج والعمرة عن حي إلا بإذنه فرضاً كان أو تطوعاً، لأنه عبادة تدخلها النيابة، فلم تجز عن بالغ عاقل إلا بإذنه كالزكاة، وأما الميت فيجوز عنه بنير إذنه وأجبا كان أو تطوعاً لأن النبي ﷺ أمر بالحج عن الميت).

^(١٢) سورة الرحمن ٦٠.

حق الرجوع إذا أراد ذلك.

٧- التصرف في مال الغير لمصلحة هذا الغير بدون إذنه وهو ما يسمى تصرف الفضولي، كمن باع مال غيره أو اشترى مالا بدون الإذن، فعند جمهور الفقهاء التصرف باطل، وعند الحنفية والمالكية موقوف على إجازة صاحب المال، فإن أجازته صح بآثر رجعي، وإلا بطل بآثر رجعي، وبه أخذت التشريعات المتأثرة بهذين المنهيين.

فالقانون المدني العراقي القائم (م١٣٥) على انه (١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطلب الفضولي بالبدل أن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف. وإذا كان العاقد قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تمد منه وكان العاقد الآخر قد أداء عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المقصود عليها لمن تعاقده معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر). هذا بناء على أن التضمين تملك فلا يجوز تملك شيء واحد في وقت واحد لشخصين كل على اتفراده.

والقانون المدني الأردني القائم (م١٧١) على انه (يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره).
واليميني (م١٧٢) على انه (تصرف عن غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن ما لم ينص القانون صراحة على بطلان تلك التصرفات).

المبحث الثالث المحكوم عليه

المحكوم عليه في الحكم الوضعي هو وصف حكم عليه بالسيبة أو الشرطية أو الماتعية^(١) سواء أكان هذا الوصف من فعل الإنسان الإرادي واللاإرادي أم كان واقعة مادية أو معنوية، فالمحكوم عليه في هذه الحالة لا يشترط فيه البلوغ ولا العقل ولا القدرة ولا العلم كما سبق بيان ذلك في أنواع الحكم الوضعي.

أما المحكوم عليه في الحكم التكليفي فهو الإنسان الذي يجب أن تتوافر فيه شروط خمسة البلوغ والعقل والعلم بالمكلف به والقدرة على إنجازه فعلاً^(٢) أو امتناعاً والاختيار. وبناء على ذلك فإن الموضوع بالنسبة للحكم التكليفي يتطلب دراسة الأدوار التي يمر بها الإنسان من كونه جنيناً إلى سن الرشد، وحكم كل دور منها، والأهلية التي يتمتع بها الإنسان في هذه الأدوار المختلفة قوة ودراية وإدراكاً ووعياً، ثم دراسة العوارض التي قد تواجه الإنسان بعد بلوغه وتحول دون صحة أو نفاذ أو مجال تصرفاته.

أدوار حياة الإنسان

قسم فقهاء الشريعة أدوار حياة الإنسان من حيث الأهلية إلى أربعة:

^(١) في مختصر المنهجي الأصولي وشرحه ٧/٢ (خطاب الوضع كالحكم على الوصف بالسيبة الوقتية كالزوال والعتوة كالاسكار والملك والضمان والعقوبات، وبالماتعية للحكم لحكمة تقتضي تقيض الحكم كالأبوة في القصاص، وبالسب لحكمة تخل بحكمة السب كالدين في الزكاة.

^(٢) في الألفية، المرجع السابق ٢٤٥/٢ (ويجب الحكم على المكلف بعد حصول صفة التكليف، وهي التي تعرف بالأهلية عندهم، وهي كمال القدرة في عقله وهي كمال قوته وجسمه وهي تمام صحته، لكن في قوة عقله خفاً، وبالبلوغ حالة قد كشفتها، أي يجب الحكم الشرعي على المكلف وهو من وجدت فيه صفة التكليف وهي كمال قوته في بدنه وعقله، فأما كمال قوته في عقله فهو بلوغ العقل مبلغ العقول الكاملة، فالأهلية عند الأصوليين كمال العقل والبدن.

الدور الأول- دور ما قبل الولادة؛ فالإنسان حين يتكون جنيناً في بطن أمه يفترض له

حياة تسمى (الحياة التضيقية)، وله شخصية شرعية - قانونية - غير مستقرة وغير ثابتة وتستمر بعد ولادته حياً، والدليل على وجود هذه الشخصية الناقصة جواز الوصية، والوقف والهبه له والاحتفاظ بتبنييه من تركة من مات وكان الجنين أحد ورثته، ولكن رغم ذلك لا يعتبر مالكاً حقيقياً للموصى به، ولغلة الوقف وللمال الموهوب وللنصيب الذي حبس لأجله من التركة إلا بعد أن يولد حياً وعندئذ يعتبر مالكاً لتلك الحقوق بالأثر الرجعي. ولقد امر الشرع والقانون للجنين قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة، وهي صلاحية لأن يكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، ووجه^(١) نقصانية هذه الصلاحية هو أن شخصيته الشرعية -أو القانونية- ناقصة قبل أن يولد حياً.

ومن الجدير بالذكر أن القانون لا يعترف بالشخصية القانونية للجنين مطلقاً قبل ولادته حياً، وهذا يتعارض مع القول بجواز الوصية أو الهبة له، لأنهما باطلتان إذا كان الموصى له أو الموهوب له عديم الشخصية.

^(١) في الألفية، المرجع السابق ٢٤٥/٢

يعطى له هناك بعض حكمه	فالطفل مساماً بطن أمه
وارثه وما عليه يجب	يعطى ما أوصى له والنسب
صار عليه ماله كان أملاً	حتى إذا من بطنها قد انفصل
وماله اضطر من الأقسوات	كسفرة الأبدان والزكاة
من ماله ذلك والولي	وهكذا فيخرج الوصي
والبيع والتكاح منهما يقبل	وربث الملك له عقد الولي
يلغ شيء من عبادات البدن	وما عليه أبداً من قبل أن
أشبهها من واجب قد لزمها	كالصوم والصلاة والحج وما
أيضاً فلا يشرك أن أمهله	والاعتقاد فسير لازم له
لما له وما عليه فعلاً	ويعد أن يبلغ صار أهلاً

وفي شرح فتح القدير ٢٩٩/١٠ الجنين مادام محتجاً في البطن ليس له ذمة مالية لكونه في حكم جزء من الأمي، لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفساً له ذمة، فإعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من ارث ونسب أو وصية، وإعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه.

الدور الثاني - دور النضج: يبدأ هذا الدور بالولادة وينتهي بالبلوغ إلى سن التمييز (أي

إكمال السنة السابعة من العمر)^(١١) وللإنسان في هذا الدور أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه بعض الالتزامات. غير أن هذه الالتزامات ليست من باب الأحكام التكوينية، وإنما هي من خطاب الوضع (رطب المسببات بأسبابها)، وعلى سبيل المثال القاصر الذي يملك نصيباً من الأموال التي يجب فيها الزكاة كالثقود والحبوب والأغنام والأبقار يجب على وليه عند أكر الفقهاء إخراج الزكاة من ماله وتوزيعها على المستحقين، إذا تلفت القاصر مال الغير يجب التعويض من ماله، وإذا لم يكن له المال فينتظر إلى الميرة، وإذا كان له زوجة يجب نفقتها عليه عند من يرى وجوب النفقة بمجرد عقد الزواج، ومن الواضح أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز عند جمهور الفقهاء، وبموجب القانون الوضعي تجب الضرائب في أموال القاصرين إذا كان المال حاضراً لقانون الضريبة، ومن البديهي أن الالتزامات القاصر تقتصر على الجانب المالي، أما في القضايا الجنائية والعبادات فلا توجه إليه أية مسؤولية قبل بلوغه سن التمييز.

الدور الثالث - دور التمييز^(١٢): وهو يبدأ بإكمال السنة السابعة من العمر وينتهي بالبلوغ،

ما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسخة، وله في هذه المرحلة أهلية الأداء الناقصة في الصلاحية لممارسة بعض الحقوق، فله قبول كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض لأن التبرع بالنسبة للمتبرع له من التصرفات النافعة نفعاً

^(١١) اختلفت التشريعات الوضعية في سن التمييز في قانون الأحوال المرابي القائم (١٧م) إكمال التاسعة من العمر بالنسبة للقضايا الجنائية.

^(١٢) في مسلم الثبوت للعلامة البهاري ١٠٩/١ وما بعدها (الأهلية كاملة بكمال العقل والبلدن يلزم وجوب الأداء، والقاصرة بقصور أحدهما كالصبي العقل والمعتوه البالغ والثابت منها صحة الأداء والتخصيل في الصبي، أن ما يكون مع الفاصرة أما حق الله وهو ثلاثة حسن محض وقيح محض وبين بين، وأما حق العبد وهو أيضاً ثلاثة نافع محض وضار محض ودائر بينهما. والأول كالإيمان لا يسقط حسه وفيه نفع محض لأنه مناط سعادة الدارين فيصح منه، والحجر من الشارح لم يوجد ولا يهتق به، وضور حرمان الميراث وفرقة النكاح لكفر القرب - بالنسبة للميراث - والزوجة ولو سلم فهو بائع، وكم من شيء ثبت تبعاً لا لفصلاً كقبول حبة القرب من الصبي مع ترتب العتق والثاني كالكفر والقياس أنه لا ينع لأنه ضرر محض، والثالث كالصلاة.

راجع هذا المرجع لزيد التخصيل.

محصاً، فهي صحيحة مطلقاً أجازها الولي أو لم يجزها، أما بالنسبة للمتبرع يكون التبرع من التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي لا تجوز من ناقص الأهلية أجازها الولي أم لم يجزها، ويستثنى من قاعدة عدم صحة تبرعات ناقص الأهلية الوصية، فإنها تصح لسببين أحدهما عدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له قبل وفاة الموصي، وثانيهما حاجة ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية إلى الثواب والأجر من الله، وله ممارسة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وغيرها من المعاملات التي فيها نفع مشوب باحتمال الضرر، فهي تعقد موقوفة على إجازة الولي، لبتضام رأي الولي يتدفع الاحتمال^(١١)

وعبادات ناقص الأهلية صحيحة يثاب عليها، بل يجب على ولي أمره أن يأمره بها حتى يتعود عليها. وكذلك يحاسب على جنائمه حساباً سببياً، لتتخذ بحقه الإجراءات الوقائية والإصلاحية، ولا يعامل في العقاب والإصلاح معاملة كامل الأهلية.

الدور الرابع دور البلوغ: فإذا بلغ الإنسان عاقلاً غير مصاب بعراض من عوارض الأهلية يعتبر ذا أهلية كاملة له ممارسة كافة حقوقه، تنتهي الولاية عليه، وتجب عليه العبادة ويسأل عن الجنائيات، لكن الفقهاء اختلفوا في التحديد الزمني لبداية هذه المرحلة الأخيرة، فقال جمهورهم (يعتبر كامل الأهلية إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر)، ومع ذلك يمكن أن يبلغ قبل هذه المدة بسبب اختلاف التكوين الشخصي والمكان والزمان الذي يعيش وينشأ فيهما.

^(١١) وإذا كان هناك إذن سابق تكون تصرفاته نافذة لازمة في الفقه الإسلامي والقوانين الشارعة به، كالمدني العراقي (٩٨) (للولي بتبرع من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرمة له. ويكون الإذن مطلقاً ومقيداً. وإذا توفي الولي الذي إذن للصغير في التصرفات الدائرة أو انتزل من ولايته لا يطل (إذنه).

وم ٩٩ (الصغير للأذن في التصرفات الدائرة تحت الإذن بمنزلة وبالغ سن الرشد).
وم (١٠٠) (للولي أن يحجر الصغير للأذن ويطل الإذن ولكن يجب أن يحجره على الوجه الذي إذن به).

وم (١٠١) (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحصر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير).

قانون المدني اليمني (رقم ١٩) لسنة ١٩٩٢م ٦١-٦٣.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وبعض المالكية (إن رشد الإنسان يتحقق بإكمال الثامنة عشرة من العمر)، وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي، وأكثر التشريعات العربية.

حوارض الأهلية:

بعد بلوغ الإنسان أو بعد دخول سن الرشد^(١) قد تظهر حوارض وهي لا تأثير لها مطلقاً على أهلية الوجوب بنوعها (الناقصة والكاملة) لأنها صلاحية لا تتأثر بحوارض يقتصر تأثيرها على أهلية الأداء بنوعها (الناقصة والكاملة) فهي قد تعدم أهلية الأداء، وقد يجعلها ناقصة، وقد يقتصر تأثيرها على تحديد تصرفات الإنسان. وفي ضوء ذلك يمكن تلخيص هذه الحوارض^(٢) وحصرتها في ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يعدم أهلية الأداء ويجعل المصاب بهذا العارض عديم الأهلية كالجنون وما في حكمه، وعندئذ يعتبر بمثابة الصبي غير المميز فيما له وفيما عليه.

النوع الثاني: ما ينقص أهلية الأداء الكاملة، ويجعل كامل الأهلية بمنزلة الصبي المميز فيما له وفيما عليه، كالسفه بعد الحجر^(٣) عند جمهور فقهاء الشريعة. ولكن يرى أبو حنيفة (رحمه الله) وفقهاء الظاهرية عدم تأثير السفه على أهلية الأداء، فقال أبو حنيفة (رحمه الله) (لا يجوز وضع الحجر على الإنسان بحجة السفه، لأن حماية كرامة

^(١) وقد تحدث هذه الحوارض قبل البلوغ، وقد تلذ مع ولادة الشخص المصاب بالعارض كالجنون والمتروء.

^(٢) هذه الحوارض كثيرة وقد نظمها السالمي في القية، ص ٢٤٧ قال:

وتستعري أهلية الأداء	حوارض جاءت من السماء
وهي الجنون عنه وصغر	رق ونسيان ونسوم يخطر
والحمض والنفساس صوت ممرض	وهكنا الإغصاء حين يمرض
وسفه وسفر مع هزل	وبعضها مكسب كالجمل
والسكر والخمط والجبر وقد	أتى لكل واحد حكم يمد

^(٣) الحجر أربعة أقسام: أحدها يثبت ويفتق بدون حاكم وهو حجر الجنون والمفسي عليه، والثاني لا يثبت ولا يرتفع إلا بحاكم وهو حجر السفه، والثالث لا يثبت إلا بحاكم وانفكاكه بدون رأيان وهو حجر القلس، والرابع يثبت بدون وفي انفكاكه رأيان وهو حجر الصبي إذا بلغ رشداً، والرابع أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم. وكل حجر يثبت بدون حاكم يسمى الشخص مجبوراً عليه لذاته.

الإنسان أهم من حماية ماله). وقال الظاهرية: (السفيه هو الذي لا يؤمن بالله ويشرائعه ورسله فلا يوجد السفيه من بين المؤمنين حتى يوضع الحجر عليه).

النوع الثالث: عوارض لا تأثير لها على أهلية الأداء لا من حيث الإسقاط ولا من حيث التنقيص، ولكن يحدد هذا النوع من تصرفات الإنسان كمرض الموت، فإن المريض مريض الموت يعتبر كامل الأهلية ما دام متمتعاً بالإدراك والوعي الكاملين، لكن تبرعته فيما تزيد عن ثلث التركة موقوفة على إجازة ورثته بعد وفاته شريطة أن يكون المهيز أهلاً للتبرع وعالماً بمقدار الزيادة.



القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام



تمهيد

النصوص الشرعية - أو القانونية - من حيث سردياتها على المسائل وتناولها للأحكام لها الحثيات الآتية :

أ- من حيث وضعها للمعاني (أو الأحكام) تتميز إما بالعمومية أو الخصوصية أو الاشتراك ومن حيث الاستعمال فيما وضعت له توصف بالحقيقة أو المجاز^(١).

ب- ومن حيث تناولها للأحكام يكون التناول أما منطوقاً أو مفهوماً^(٢).

ج- ومن حيث الجلاء والحفاء تكون الدلالة على الأحكام إما قطعية أو ظنية أو غامضة^(٣).

وتخصر لكل شق من هذه الشقوقات الثلاثة فصلاً مستقلاً لزيادة الإيضاح والفائدة.

^(١) في وجه المحصر يقول ابن نجيم، مشكاة الأنوار في أصول المنار ١٣/١ (إن دل على معنى واحد فأما على الانفراد وهو الخاص، أو على الاشتراك وهو العام، وإن دل على معان متعددة فإن ترجح البعض فهو الأول والا للترك)، وقد أسقط المحققون الأول من درجة الاختيار لأنه ولو كان من المشترك ليس باعتبار الوضع، بل عن رفع إجمال بظني فهي ثلاثة، ثم إن اللفظ إن استعمل في المعنى الموضوع له، فهو حقيقة وإن استعمل في غيره لصلة مع قرينه مائة عن إرادة الموضوع له فمجاز.

^(٢) لأن الحكم (أو المعنى) إن دل عليه اللفظ في محل النطق فمتنطق وبلا مفهوم، غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري الشافعي، ص ٣٦-٣٧. أي إن الحكم إن أخذ مما ينطق به من الألفاظ فهو منطوق، وإن أخذ من روح النص ومن مفزاه، والغاية التي شرع لأجلها، أو من هو يعتبر في الحكم لمفهوم، وقد قسم الحنفية ومن حلوا حلوههم الدلالة بهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع، عبارة وإشارة ودلالة والقتضاء ودلالة إيمان. وجه الضبط لأنها إما ثابتة بنفس معنى اللفظ أو لا، والأولى أما مقصودة بالذات وهي العبارة أو لا وهي الإشارة والثانية إن فهم مدلولها لغة فهي الدلالة، وإلا فإن توقف عليه صدق اللفظ أو صحته فهو الاقتضاء، تيسير التحرير ٨٦/١. وقد اخترت طريقة التقسيم إلى المنطوق والمفهوم لأنها أوضح وأدق وأشمل كما يأتي بيان ذلك في محله.

^(٣) وجه المحصر أن العدالة على المعنى - أو الحكم - بوضوح إن لم يحتمل غيره تكون دلالة قطعية وبلا ظنية، وغير الواضح تكون دلالة غامضة مادام المعنى - أو الحكم - المراد حقيقياً في نظر من يهيم الأمر.



الفصل الأول النصوص باعتبار المعاني وضماً واستعمالاً

اللفظ إن وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد بحيث إذا أطلق شمل أفراده على سبيل التناوب يسمى خاصاً أو إذا كان الشمول على سبيل الاستفراق دفعة واحدة يسمى عاماً وبنائة على ذلك يمكن اعتبار كل من الخاص والعام خاصاً من حيث الوضع لمعنى واحد ومشتركاً معنوياً بينما يتدرج تحت هذا المعنى من الأفراد والأحاد ولا تعارض بين كون الشيء الواحد خاصاً باعتبار لفظه ومشتركاً باعتبار معناه فالخصوص يكون من صفات اللفظ والعموم يكون من صفات المعنى ، ولعل هذا كان سبباً لإهمال علماء الأصول بيان المشترك المعنوي بصورة مستقلة واقتصروا على موضوع الاشتراك اللفظي.

وإن وضع لمعنى واحد على الاشتراك بين جميع أفرادها يسمى عاماً. وإن وضع لأكثر من معنى واحد يسمى مشتركاً لفظياً لأنه مشترك بين جميع معانيه دون أية خصوصية لواحد منها ، وإن استعمل فيما وضع له فعقيدة ، وإن استعمل في غيره لعلاقة بينهما مع قرينة مائعة من إرادة الموضوع له فمجاز. ولأهمية هذه المصطلحات الأصولية في تطبيق النصوص واستنباط الأحكام ، نقرء دراسة كل واحد منها بمبحث مستقل.



المبحث الأول

الخاص

تعريفه، حكمه، أنواعه

تعريفه:

الخاص: كما ذكرنا أننا هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الانفراد أو^(١) لعدد محصور وهو إما واحد بالشخص أو واحد بالصنف، أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس.

أ- الواحد بالشخص:

وهو اللفظ الموضوع^(٢) لمعنى مشخص ولا يشمل غيره كما في أسماء الأعلام وأسماء الإشارة. فلو قال الولي لرجل (زوجتك بنتي فاطمة)، يكون عقد الزواج متصياً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته. ولو قال (بعتك هذه السيارة) متصياً إليها أمام المشتري ينعقد العقد عليها. ولا يجوز تسليم سيارة أخرى بدلاً عنها إلا باتفاق الطرفين، لأنها خصصت بالإشارة.

ب- الواحد بالصنف:

ولو قال شخص لآخر (بعتك طنناً من الأرز العنبر)، يكون محل العقد مخصصاً بصنف معين من الأرز، فلا يجوز تسليم صنف آخر بدلاً عنه إلا باتفاق الطرفين، وإذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف. وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الحنطة أو التمر أو غيرها من أصناف المحصولات الزراعية.

^(١) في أصول البرزدي مع الكشف ٣٠/١ (أما الخاص فكل لفظ وضع لمعنى واحد على انفراد وانقطاع المشاركة، وكل اسم وضع لمعنى معلوم على الانفراد).

^(٢) الوضع: جعل اللفظ دليلاً على المعنى، ولا يشترط مناسبة اللفظ للمعنى الذي وضع له.

ج- الواحد بالنوع:

فلو قال الموصي (أوصيت لفلان بأغنامي أو أبقاري أو غيرها من أي نوع من أنواع الحيوان)، يكون ما يملكه حين وفاته من الأغنام للموصى له إن لم تزد قيمتها عن ثلث التركة، وتكون الزيادة موقوفة على إجازة الورثة، ولا يجوز لمن ينظر وصيته بعد الوفاة أن يسلم إلى الموصى له غير الغنم مثلاً، لأن الموصي خصص الموصى به وحده بالنوع.

د- الواحد بالجنس:

فهو جنس جميع الأنواع المترتبة تحته، كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريعات العراقية كل تصرف ينصب على العقار باستثناء الوصية يكون باطلاً، ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري^(١١)، فلفظ عقار جنس خاص وضع لكل ما لا يمكن نقله^(١٢) إلا بتغير وضعه القائم كالأرض والأشجار قبل للمعها. فإذا باع شخص عقاراً (داراً أو بيتاً) ثم حصل الخلاف فيما يدخل في البيع، وما لا يدخل، على القاضي الرجوع إلى المعنى القاتوني للفظ العقار، فإن لم يوجد يعمل بالمعنى العربي في بلده.

حكمه اللفظ الخاص من حيث أنه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالة عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه إلى التفسير الاجتهادي، لأن هذا التفسير عادة يكون نص يحتمل أكثر من معنى واحد.

والمراد بالنص في القاعدة العامة (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص)^(١٣) هو النص الخاص، أما النص العام أو المشترك فيجوز فيه الاجتهاد، فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه والمشارك أيضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشتراك.

^(١١) في م ٥٠٨ الفني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (بيع العقار لا ينقد إلا إذا سجل في العائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). وفي م ٢/٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (لا ينقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

^(١٢) أي بطريقة اعتيادية وإلا فالتكنولوجيا الحديثة عدم هذا المعيار.

^(١٣) المجلد م ١٤٠. والفني العراقي م ٢٠.

ومن الأمثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ حَتَّىٰ تَبْلُغُوا أَهْلَ الْبَيْتِ وَالْيَتَامَىٰ وَالسَّبْيَ بِأَمْوَالِهِمْ ذَلِكُمْ جُرْمٌ كَبِيرٌ ﴾^(١١)، فلا يجوز للفاضي تبديل أو تعديل هذه العقوبة، لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية، وكذلك من الخاص انفاظ (النصف، والربع، والسدس، والثالث) في قوله تعالى ﴿ وَلَكُمْ مِمَّا رَزَقْنَاهُ أَرْبَعَةٌ حَقٌّ وَلَا تَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَكْتُمُونَ ﴾^(١٢)، فلا يجوز للفاضي تبديل أو تعديل هذه العقوبة، لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية، وكذلك من الخاص انفاظ (النصف، والربع، والسدس، والثالث) في قوله تعالى ﴿ وَلَكُمْ مِمَّا رَزَقْنَاهُ أَرْبَعَةٌ حَقٌّ وَلَا تَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَكْتُمُونَ ﴾^(١٣)، ومن الخاص في النصوص القانونية عبارة (ثلاث سنوات) في (م(١٤٦)) من قانون العقوبات^(١٤) التي نصها (تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم)، فهي تدل دلالة قطعية على جواز إصدار الحكم بإلغاء إيقاف التنفيذ إذا ظهرت حالة من الحالات الواردة في (م(١٤٧)) خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الحكم، كما تدل دلالة قطعية على عدم هذا الجواز إذا ظهرت إحدى الحالات المذكورة بعد انتهاء هذه المدة. ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع أن قطعية دلالة الخاص على الحكم (أو المضي) إنما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً، أما باعتبار استعماله فاته قد يجوز أن يستعمل مجازاً في معنى آخر للعلاقة بين المعنيين مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. وعلى سبيل المثال لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصليبي، ويجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينة، كما إذا أوصى شخص ببعض من ماله لأبناء شخص آخر لم يكن له الأبناء ولكن له أحفاد، فإن

^(١١) سورة النور ٢.

^(١٢) سورة النساء ١٢.

^(١٣) العمري رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

الوصية تنصرف إليهم لأن القاعدة العامة تقضي بأنه (إذا تمذرت الحقيقة بصرار إلى الجواز)^(١١١)، وهذا مالا يتعارض مع قطعية دلالة الخاص باعتبار وضعه^(١١٢).

أنواع الخاص^(١١٣)

للخاص من حيث صيغه وتعاييره بالإرادة الظاهرة في النصوص وفي العقود وغيرها أنواع كثيرة أهمها:

١. الأمر.
٢. النهي.
٣. المطلق.
٤. المقيد.

لأن الحكم المخصوص إما أن يكون مدلولاً عليه بصيغة الأمر أو النهي أو بصيغة مطلقة أو مقيدة، لذا من المفيد توزيع دراسته بهذا الاعتبار على ثلاثة مطالب، الأول في الأمر، والثاني في النهي، والثالث في المطلق والمقيد.

^(١١١) الخلفه، م ٦١.

^(١١٢) في أصول الزيدوي مع كشف الأسرار ٧٩/١ (اللفظ الخاص بتناول المخصوص قطعاً وبقياً لما أريد به الحكم، ولا يخلو الخاص من هذا في أصل الوضع، وإن احتمل التنفير على أصل وضعه - أي بطريق المجاز -، ولكن لا يحمّل التصرف فيه بطريق البيان لكونه بيناً لما وضع له). وعلق عليه صاحب الكشف قائلاً (وفيه إشارة إلى أن دلالة الخاص على المخصوص باعتبار أصل الوضع، والوضع مقدم على الاستعمال وإن احتمل التنفير، أي يقبل أن يراد به غير موضوعه مجازاً إذا قام الدليل، بأن يكون هناك قرينة مانعة من إرادة الموضوع له).

^(١١٣) وجه المحصر: إن صيغة الخاص أما طلبية وإنشائية لفظاً ومعنى، أو خيرية لفظاً وطلبية وإنشائية معنى، فعلى الأول إن كان طلب الفعل فأمر، وإن كان طلب الترك فنهي. وفي الصورة الثانية، المطلوب إذا كان ماهية غير محددة يتوخ أو صنف أو فرد مما يتدرج تحتها يكون الدال عليه مطلقاً، وإن كانت الماهية محددة بواحد منها يكون مقيداً.

المطلب الأول

الأمر

عرف الأصوليون الأمر بتعريفات متعددة وتعايير مختلفة كلها^(١) تدور حول نقطة جوهرية واحدة وهي أن الأمر (طلب أداء من فعل^(٢)، أو امتناع^(٣) على وجه الحتم والإلزام ما لم يتم دليل على خلاف ذلك).

وعلى هذا الأساس الأصل أن يكون الحكم المدلول عليه لأمر الشارع -أو المشرع- هو الإيجاب وأثره الوجوب، والأداء المطلوب به هو الواجب، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك^(٤) لأن الأمر نوع من أنواع الخاص ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية، ولكن

^(١) ومنها ما في كشف الأسرار ١٠١/١ من أنه (اللفظ الدال على طلب الفعل بطريق الاستعلاء، واحتراز بلفظ الاستعلاء عن الالتباس والدعاء، وهذا القرب إلى الصواب). وقال أمام المحرمين، البرهان ٢٠٣/١ (الأمر هو القول المقتضي طاعة للمأمور بفعل للمأمور به).

وفي المسودة لابن تيمية، ص ٥ (وإنما وردت صيغة الفعل من الأعلى إلى من دونه متجردة عن القرائن فهي الأمر). وفيها أيضاً، ص ٤ (الأمر لابد أن يكون أعلى مرتبة من المأمور من حيث هو أمر وإلا كان سؤالاً وتضرعاً ويسى أمراً مجازاً، هنا قول أصحابنا والجمهور).

^(٢) كإقامة الصلاة، وأداء الزكاة في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ سورة البقرة: ١٣. وكالتعاون على البر والتقوى في قوله تعالى ﴿ وَتَسَاهَرُوا عَلَى الْحَنُوفِ وَأَلْتَقُوا ﴾، سورة المائدة: ٢. وكالإتيان في سبيل الله في قوله تعالى ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ سورة البقرة: ١٦٥.

^(٣) كالامتناع عن خدع البيع وكل معاملة أخرى من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة، كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّعْتُمْ فَذُكِّرُوا الصَّلَاةَ إِنَّهَا تُكْرَهُ مِنَ الْجُمُوعِ وَأَنْتُمْ لَا تَذَكَّرُونَ ﴾ سورة الجمعة: ٩.

وكالتجنب عن عبادة الأصنام والقول الزور في قوله تعالى ﴿ فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ يَا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ ﴾ سورة الحج: ٣٠. والقاعدة العامة (كل ترك فعل إذا قصد).

^(٤) في البرهان المرجع السابق ٢١٦/١ (وأما جميع الفقهاء فالشهور من مذهب الجمهور منهم أن الصيغة التي فيها الكلام للإيجاب إذا تجردت من القرائن)، وفي المسودة لابن تيمية (الأصل في الأمر الوجوب نص عليه في مواضع، وبه قال عامة المالكية وجمهور الفقهاء. وفي شرح معالم الدين، أصول الفقه الجعفري (إن صيغة الأمر مثل الفعل وما في معناه من صيغ الأمر حقيقة في الوجوب فقط بحسب اللغة والمعرف على الأصولي ولذا جمهور الأصوليين). وفي الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم

قد يستعمل الأمر لمعان أخرى عند وجود القرأتين. وقد ورد الأمر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معان أخرى كثيرة^(١).

الظاهرى ٢٨٧/١ (لما ورد في الأوامر والنواهي على الصفتين المذكورين فهو لفرض أبدا، ما لم يرد نص أو إجماع على أنه منسوخ أو أنه مخصوص أو أنه مندوب أو أنه بعض الوجوه الخارجة عن الإلزام).

^(١) ومن هذه المعاني ما يلي:

- التدب كما في قوله تعالى ﴿فَلْيَكْتُبُوا مَا فِي بَنَانِهِمْ فِيَوْمَ حَبِيرًا﴾ بمسورة النور ٢٣.
- الإباحة كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ بمسورة المائدة ٢.
- الإرشاد كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدْبَرْتُمْ شَيْئًا فَاصْطَبِرُوا﴾ بمسورة البقرة ٢٨٢. وقال الظاهري الأمر في هذه الآية للوجوب.
- التهديد كما في قوله تعالى ﴿أَخْلُوا مَا يَخْفَى مِنِّي إِنَّي سَأَتَسْمِعُ بِهِمْ﴾ بمسورة فصلت ١٠.
- الامتنان كما في قوله تعالى ﴿وَكُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ وَوَدَّعُوا ظُهُورَهُمْ لِلرَّحْمَةِ﴾ سورة المائدة ٨٨.
- الإكرام كما في قوله تعالى ﴿أَدْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ بمسورة النحل ٣٢.
- التكوين كما في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا أَنزَلْنَا الْقُرْآنَ بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ لِتَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ بمسورة النحل ١٠.
- التصحيح كما في قوله تعالى ﴿فَأَلْفُوا بِسُوءِ زِينِ يَسْتَلْبِذُوا بِمُسُورَةٍ﴾ بمسورة البقرة ٢٣.
- الدعاء كما في قوله تعالى ﴿رَبِّ انصُرْنَا لِنُفِثَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَقْبَلَ كَقَبْلِهِ فَكُنْ حَسْبُ الْوَالِدِينَ﴾ بمسورة الاحزاب ٤١.
- الاعتبار كما في قوله تعالى ﴿انظُرُوا إِلَىٰ نَسَبِ الْوَالِدِ الَّذِي إِنتُمْ تَدْعُونَ﴾ بمسورة الانعام ٩٩.
- الإنذار كما في قوله تعالى ﴿قُلْ تَتَّبِعُوا مَنِّي وَلَا تَتَّبِعُوا سُبُلَهُمْ لِيُرْضُوا﴾ بمسورة الزمر ٨.
- السوية كقوله تعالى ﴿فَلْيَسِّرُوا سُبُلَهُمْ وَلَا تُعَسِّرُوا سُبُلَهُمْ﴾ بمسورة الطور ١٦.
- التحضير كقوله تعالى ﴿الْفُرَاتُ مَا أَشْرَقْتُمْ بَوْلًا﴾ سورة يونس ٨٠.
- الإحسان كقوله تعالى ﴿ذُوقْ لِقَاءَ الْعَذَابِ الْكَبِيرِ﴾ سورة الدخان ١٤.
- التصحيح كقوله تعالى ﴿انظُرْ سَبْعًا سَبْعِينَ نَجْمًا فِي السَّمَاءِ فَلْيَتَلَوَّهُنَّ﴾ سورة الفرقان ٩. ومن الجدير بالإشارة إلى إن التصحيح إما هو بالنسبة إلى المخاطب دون الله.
- التكذيب كقوله تعالى ﴿قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ سورة البقرة ١١١.

صياغة الأوامر:

إن صيغة الأوامر والنواهي لم تأت على محط واحد، بل اتبع القرآن الكريم، وكذلك الحديث الشريف أساليب بلاغية رائعة مختلفة وتفنن في صياغة النصوص الأمرية وفيما يلي ألوان منها:

١- صيغة الأمر المعروفة بـ (افعل) فهي علمي الصرف والنحو مثل (أَوْفُوا) في قوله تعالى ﴿بِمَا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَاتِبٌ مَشْهُورٌ﴾^(٢) و﴿كُونُوا﴾ في قوله تعالى ﴿بِمَا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ أَوْفُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾^(٣)، و﴿وَمَارُوا﴾ في قوله تعالى ﴿وَمَارُوا عَلَى الْبِرِّ وَالْقُرْبَىٰ﴾^(٤).

٢- صيغة الفعل المضارع المصدرية بلام الأمر مثل ﴿فَلْيَسْتَسْئِمْ﴾ في قوله تعالى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّيْءَ فَلْيَسْتَسْئِمْ﴾^(٥)، و﴿وَلْيَخُشِبْ﴾ في قوله تعالى ﴿بِمَا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ أَمْسُوا إِذَا تَدَابَرْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ إِلَىٰ كَسْبٍ فَأَكْتَسِبُوا لَكُمْ خُشْبًا مِمَّا بَيْنَكُمْ سَكَتًا﴾^(٦) و﴿يُسْتَفِيقْ﴾ في قوله تعالى ﴿يُسْتَفِيقْ ذُو سَوْتَيْنِ سَعَتِي وَمَنْ لَوْرَعَلَيْهِ يَرُدُّهُ فَلْيَسْفِ يَسْآءَ كَلِمَتُهُ أَلْفٌ﴾^(٧).

٣- الجملة الخبرية المستعملة لعنى الجملة الطليعية في ﴿يُرِيضِعْنَ﴾ في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ لَا يَرْضِعْنَ أَوْلَادَهُمْ فَيَكْفُلُوهُنَّ فَأُولَٰئِكَ يَكْفُلُنَّ لِمَنَ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَهُنَّ﴾^(٨).

(١) سورة المائدة ١.

(٢) سورة الإسراء ٣٤.

(٣) سورة النساء ١٣٥.

(٤) سورة المائدة ٢.

(٥) سورة البقرة ١٨٥.

(٦) سورة البقرة ٢٨٢.

(٧) سورة الطلاق ٧.

(٨) سورة البقرة ٢٣٣.

٤- تماييز أخرى كثيرة منها لفظ ﴿كَيْفَ﴾ كما في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ لَا يَأْمُرُونَ بِالْكِتَابِ عَلَيْكُمْ الْقِتْلَ فِي الْقِتْلِ﴾^(١١٠)، وتعمير ﴿فَرَضْنَا﴾ كما في قوله تعالى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾^(١١١)، وكلمة ﴿عَلَّ﴾ كما في قوله تعالى ﴿وَقَدْ عَلَّمْنَا الْبَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّ يَنْزِعُوا مِنَ الْمَضَاجِعِ وَاسْتَطَاعُوا لِوَادِعِهِمْ﴾^(١١٢) إلى غير ذلك من الصيغ الأخرى^(١١٣).

مقتضى الأمر

هل هو الفور أو التراخي؟ وهل هو المرة أو الكرة؟

فيه خلاف للعلماء من الفقهاء والأصوليين، ولكن الرأي الراجح الذي استقروا عليه هو أن مقتضى الأمر طلب الأداء من فعل أو امتناع، وإن هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، أما الفورية في تنفيذها أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الأداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟ كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الأمر كعمل الرسول ﷺ، وقوله في بيان ذلك، وكإجماع الفقهاء، وغير ذلك^(١١٤)، وعلى سبيل المثال:

^(١١٠) سورة البقرة ١٧٨.

^(١١١) سورة الأحزاب ٥٠.

^(١١٢) سورة آل عمران ٩٧.

^(١١٣) تعرف الأوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من بطلان التصرف كما في عدم تسجيل العقار المبيع في التسجيل العقاري، أو ترميض كما في عدم استعمال العين المؤجرة أو المعارة من قبل المستأجر والمستعير في الفرض الذي خصصت له العين، أو عقوبة كما في عدم تنفيذ المكلف بواجب واجبه.

^(١١٤) في حصول المأمور من علم الأصول، ص ٧٢ (ذهب جماعة من المحققين إلى أن صيغة الأمر باعتبار البيئة الخاصة موضوعية لطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة والكرة)، ثم يقول (والحق أن الأمر موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور وطلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً). وقال الرازي في المحصول، ج ١، القسم الثاني، ص ١٠ (الأمر اسم لطلق اللفظ الدال على مطلق الطلب). وقال البيهقي في أصوله مع الكشف ١٢٥/١ رداً على الشير (ولنا لفظ الأمر صيغة التصرف لمنها من طلب الفعل).

وقال الآدمي، الإحكام في أصول الأحكام ٢٢/٢ (والمختار أن المرة الواحدة لا بد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل فإن القرن به قرينة أشعرت بإعادة التكرار حمل عليه وإلا كان الانقصار على المرة الواحدة كالتالي).

أ- الأمر بالاستغفار والتوبة والرجوع إلى الله بعد ارتكاب أي ذنب من الذنوب يكون على الفور، كما في قوله تعالى ﴿ وَأَسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبَّ رَحِيمٌ وَدُودٌ ﴾^(١)، بدليل قوله تعالى ﴿ وَسَاوِعُوا إِلَىٰ مَضَاجِرِهِمْ وَرُدُّوهُمْ إِلَىٰ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٢)،

ب- الأمر بالإنتفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٣)، يكون تمجيله وتأخيره تاهماً لحاجة الناس إلى الإنتفاق، وقيام مصلحة عامة تتطلب هذا الإنتفاق عاجلاً أو آجلاً.

ج- الأمر بالحج في قوله تعالى ﴿ وَفَرَّغْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ مِائَةَ رِجَالٍ لِّسَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٤)، لمرة واحدة فكل حج بعدها مندوب.

د- الأمر بالصلاة والزكاة في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(٥)، والتعاون على البر في قوله تعالى ﴿ وَتَصَادِقُوا عَلَىٰ الْبَرِّ وَالْقَوِيٍّ ﴾^(٦)، يكون للتكرار مدى الحياة، وقد ثبت ذلك أيضاً بالسنة النبوية والإجماع.

وإنما على ما ذكرنا فإن صيغة الأمر بمجرد لا إشعار فيها بوحدة ولا تكرار، والخلاف في ذلك عقيم يجب إعماله، ولأن كل أمر ورد في القرآن الكريم بين الرسول ﷺ ما هو المراد منه من المرة أو الكرة.

ولذا نرى حذف موضوعات المرة والكرة والفورية والتراخي في أصول الفقه لأن انشغال الذهن بها من ضياع الوقت والعمر وهما لا يُعوضان إذا ضاعا.

^(١) سورة هود ٩٠.

^(٢) سورة آل عمران ١٣٣.

^(٣) سورة البقرة ١٩٥.

^(٤) سورة آل عمران ٩٧.

^(٥) سورة البقرة ٤٣.

^(٦) سورة المائدة: ٢.

حكم الأمر فوراً بعد الحظر^(١)

أمر الشارع غالباً غير مسبوق بالحظر، لأن كل ما يأمر به فهو حسن لذاته أو لصفته الغائية وفي المصلحة أو المنفعة العامة والخاصة، والمحظور لغير عذر أو لظرف طارئ يكون قبيحاً لذاته أو لصفة ذاتية، ومع ذلك قد يكون مسبوقاً بحظر، ولذا اختلفت الآراء في مدلوله في حالة وقوعه بعد هذا الحظر كما يلي:

- أ- حكم المأمور به بعد الحظر هو الإباحة بالاستبراء، لأنه ثبت بالإحصاء إن كل ما أمر به الشارع بعد الحظر حكمه هو الإباحة.
- ب- حكمه الوجوب لأنه حقيقته الشرعية سواء وقع بعد الحظر أو لا.
- ج- حكمه هو الحكم السابق الذي كان عليه المأمور به قبل الحظر من وجوب أو ندم أو إباحة أو غير ذلك.

د- وفي رأينا يجب أن يفرق بين حظر لم يسبق بالأمر، وبين حظر طارئ مسبوق بالأمر.

١- فإذا كان الفعل لم يؤمر به قبل الحظر، بل كان في أصله محظوراً فإن حكمه الإباحة بالاستبراء التام، حيث لا نجد حسبا اطلمت عليه أمراً بعد الحظر الأصلي إلا وهو للإباحة، كما في زيارة القبور وادخار لحوم الأضحية وغيرها، فمثلاً زيارة القبور كانت محظورة في الأصل لأن الزائر كان يقدس القبر تقدباً قريباً من الشرك، فلما استقر الإسلام ومبادئه في عقول المسلمين قال الرسول ﷺ ((كثت نهيتكم عن زيارة القبور فزودوها))^(٢).

٢- أما إذا كان الحظر مسبوقاً بالأمر وكان المانع أو ظرف طارئ فإذا أمر به بعد زوال العذر المانع يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر من وجوب أو ندم أو إباحة لأن الحظر كان المانع، والقاعدة تقضي بأنه (إنما تمارض المانع والمقتضي قدم المانع)^(٣) إذا زال العذر والظرف المانع يعود إلى ما كان عليه وقضاً لقاعدة (إنما زال المانع عاد

^(١) كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ سورة المائدة ٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا طَلَقْتُمْ نَأْتُواكُمْ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ﴾ سورة البقرة ٢٢٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا حُيِّبْتُمْ فَاصْطَلُوا﴾ سورة الأعراف ١٠١.

^(٢) أخرجه مسلم، كتاب الجنائز، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٠٧.

^(٣) المجلد ٤٦، الفني العمالي ٤.

المتنوع^(١).

ومن الشواهد الدالة على هذه الحقيقة إن الصيام واجب على المرأة المسلمة كما هو واجب على الرجل لكنه محظور عليها في حالة العادة النسائية وفيما بعد الولادة لفترة، فإذا زال هذا الطرف المعارض يجب عليها الأداء، أي يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر وهو الوجوب، الاصطلاح، عمل جباح للإنسان وسبب مشروع من أسباب كسب الملكية لكنه محظور على الحاج أثناء لبس الإحرام وقت أداء مناسك الحج، فإذا تمت هذه المناسك وانتهى واجب الإحرام عاد العمل إلى حكمه السابق وهو الإباحة كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِذَا سَلَّمْتُمْ فَأَمْسِكُوا ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿ فَأَعْتَرُوا نِسَاءَ فِي الْمَحْجِينَ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ﴾^(٣).

المطلب الثاني

النهى

تعريف النهي:

النهى لغة: المنع ومنه تسمية العقل النهي، لأنه ينهى صاحبه عما يخالف الصواب.
وفي الاصطلاح له تعريفات متعددة^(١) كلها تدور حول محور واحد وهو أن النهي طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وبناء على ذلك

^(١) المجلة م ٢٤.

^(٢) سورة المائدة ٢.

^(٣) سورة البقرة ٢٢٢.

^(١) ومنها: تعريف القاضي عضد، شرح مختصر المنتهى الأصولي ٩٥/٢ (حد النهي: انه القضاء كف عن فعل على جهة الاستعلاء). وتعريف أبي إسحاق الشيرازي، اللمع، ص ١٣ (هو القول الذي يستعدي به ترك الفعل عن هو دونه).

وتعريف الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٠٩ (القول الإنشائي الدال على طلب كف عن الفعل على جهة الاستعلاء). وفي لب الأصول، ص ٦٧ (النهى القضاء كف عن فعل إلا ينحو كف أي بغير (كف) و(ذر) و(اجتنب) لأن هذه الصيغ ونحوها لطلب الترك أيضاً إلا إنها تعتبر من الأوامر لا من التواهي).

الأصل في النهي هو انه حقيقة في الحرمة، والفعل المطلوب تركه والكف عنه محرم. وإضافة إلى هذا المعنى الحقيقي للنهي فانه قد استعمل مجازاً في معان كثيرة أخرى في الشرع^(١).

صيغ النهي:

القرآن الكريم نهى الإنسان عن جميع التصرفات التي تتضمن المفساد والمضار بصيغ متعددة وتعبير مختلفة وهي تدل على أسلوبه البلاغي الرائع المعجز، ومن تلك الصيغ الآتي:

١- الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا

^(١) ومن هذه المعاني:

الكرامة: كما في قوله تعالى ﴿يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرَمُوا كَيْفَ بَدَأَ اللّٰهُ لَكُمْ ؕ اَللّٰهُ اَعْلَمُ

الإرشاد: كما في قوله تعالى ﴿يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْتَوُوا مَعَهُ اِنَّ رَبَّكُمْ سَعْدُكُمْ

للآفة: ١٠١. وقال البعض: هذا النهي للكرامة كما ذكرنا سابقاً.

التحطير: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَسْتَدْ عَيْنَكُمْ اِلَّا مَا مَنَعْتُمْ وَاَنْفُسِكُمْ مِنْهُم زَكَرَةً لِّتَذَكَّرُوْا

طه: ١٣١.

بيان العاقبة: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اَللّٰهَ خَفِيْطًا عَمَّا يَتَسَوَّلُ اَلْقُلُوْبُشُوْرُ﴾ إبراهيم ٤٢.

التأسيس: كما في قوله تعالى ﴿يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَاْمَنُوا لَا تَسْتَدْرِكُوْا اَلْيَوْمَ اِنَّمَا اُنشِئْتُمْ

التحريم ٧.

التصبير: كما في قوله تعالى ﴿لَا تَحْزَنْ اِنَّ اَللّٰهَ مَعَكُمْ ؕ اَلنُّوْبَةُ ٤٠.

الدعاء: كما في قوله تعالى ﴿رَبَّنَا لَا تُخِزْ قُلُوْبَنَا بِقَدُوْرٍ مَّعَدِيْنَا﴾ آل عمران ٨.

التحطير: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تُسَوِّئُوْا وَاَلَا تُنشِئُوْا اَلْقُلُوْبُشُوْرُ﴾ البقرة: ١٣٢.

التأمين: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَخَفْ اِنَّكَ مِيْنَ اَلْاٰمِيْنِ﴾ القصص ٣١.

الوفاء والتعاون: كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنسَوْا اَلْعَهْدَ بَيْنَكُمْ اِنَّ اَللّٰهَ يَمَسُّ اَلصّٰلِحِيْنَ﴾ البقرة: ٢٣٧.

و هناك معان أخرى لا مجال لذكرها، والراجع أن استعمال النهي في غير التحريم مبني على الجواز لأنه حقيقة في التحريم.

في إرشاد الفحول، ص ١٠٩-٢١٠ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويورد فيما عداه مجازاً).

قال البرزوي في أصوله مع الكشف ٢٥٦/١ (ومن هذا الأصل أي من الخاص النهي، لأنه خاص في التحريم، كالأمر خاص في الإيجاب).

وفي حصول المأمور من علم الأصول، ص ٧٦ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي، فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويورد فيما عداه مجازاً).

الزينة إنَّه كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ^(٣١) ، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَرْحَمُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ ^(٣٢) ، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ ^(٣٣) ، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ ^(٣٤) .

٢- مشتقات مادة (حريم) كما في قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ ^(٣٥) ، وقوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ النَّسَاءُ وَالَّذِينَ هُنَّ أُمَّهَاتُكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ ^(٣٦) .

٣- مشتقات مادة (نهي) كما في قوله تعالى ﴿ وَتَتَعَنَّ مِنَ الْفِتْنَةِ وَالنَّكَرِ وَالْيَتِيمِ ﴾ ^(٣٧) ، وقوله تعالى ﴿ إِسْكُ الْمَكَلُوفَةَ تَتَعَنَّ عَنِ الْفِتْنَةِ وَالنَّكَرِ ﴾ ^(٣٨) .

٤- نهي الحل كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا يَجِبُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْنَاكُمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾ ^(٣٩) .

٥- اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب عليه كما في قوله تعالى ﴿ قَوْلِي لِلْمُصَلِّينَ ① الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ② الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ ③ وَيَسْتَكْبِرُونَ ④ التَّاعُونَ ﴾ ^(٤٠) .

٦- الاستنهام الإنكاري كما في قوله تعالى ﴿ أَفَأَنْتَ تَكْفُرُ الْإِنْسَانَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ ﴾ ^(٤١) ، وغير ذلك ^(٤٢) .

^(٣١) سورة الإسراء: ٣٢.

^(٣٢) سورة الأنعام: ١٥٢.

^(٣٣) سورة البقرة: ١٨٨.

^(٣٤) سورة الإسراء: ٣٣.

^(٣٥) سورة النساء: ٢٣.

^(٣٦) سورة المائدة: ٣.

^(٣٧) سورة النحل: ٩٠.

^(٣٨) سورة العنكبوت: ٤٥.

^(٣٩) سورة البقرة: ٢٢٩.

^(٤٠) سورة الماعون: ٤-٧.

^(٤١) سورة يونس: ٩٩.

^(٤٢) تعرف التواهي في القانونين بالجزاء المترتب على فعل النهي عنه من بطلان كبيع الأموال الأثرية، أو تمويض كإتلاف مال الغير، أو عقوبة كجرمة القتل.

مقتضى النهي :

النهي بخلاف الأمر لا خلاف في مقتضاه في انه للفور ، أي على الإنسان المكلف أن يكف عن الفعل المنهي عنه فوراً وبدون التراخي ، وكذلك لا خلاف في أن النهي للتكرار والاستمرار مدى الحياة ، لأن في النهي عنه مفسدة ومضرة يجب تجنب عنها ، ولأن الإنسان إذا باشر الفعل المنهي عنه في حياته مرة واحدة يعتبر عاصياً.

أثر النهي على الفعلي عنه صحة وإسناداً:

لا خلاف في أن التصرف المنهي عنه قبيح لذاته أو لوصفه اللازم أو غير اللازم وبالتالي فيه مضرة عامة أو خاصة ، وإن تأثير النهي على هذا التصرف يختلف باختلاف خطورته وحجم الضرر العام أو الخاص فيه ، وكذلك يختلف باختلاف طبيعة الفعل ، فهو قد يكون من الأعمال التي تعد من الجرائم ، كما قد يكون من العبادات والمعاملات المالية وغير المالية^(١).

١- الجرائم

النهي قد يدل على أن المنهي عنه من الجرائم ، وأنه اعتداء أما على النفس كما في القتل ، في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾^(٢) ، أو على الأعراض والأنساب ، كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَجِيسَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾^(٣) ، أو على الأموال كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾^(٤) ، أو على الأمن والمصالح العليا للأمة كالتجسس كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا جَسَّاسًا ﴾^(٥) ، أو على الأمن وراحة الناس كالفساد في الأرض كما في قوله تعالى

^(١) في أصول الشاشي ، ص ٢٨ (النهي نوعان : نهي عن الأفعال الحسية - أي المادة المدركة بالحوس - كالزنا وشرب الخمر والكذب والظلم ، ونهي عن التصرفات الشرعية كالنهي عن الصوم في يوم النحر ، والصلاة في الأوقات المكروهة فالأول قبيح لعينه والثاني قبيح لغيره .

^(٢) سورة الإسراء ، ٢٢ .

^(٣) سورة الإسراء ، ٢٢ .

^(٤) سورة البقرة ١٨٨ .

^(٥) سورة الحجرات ١٢ .

﴿وَلَا تَبْخُ الْأَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُتَعَدِّينَ﴾^(١) ، أو غير ذلك من التصرفات التي تعتبر جرائم.

أما أثر النهي عليها فإنها تعتبر أسباباً لاستحقاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دينية من عقوبات الحدود والنصاص ، أو العقوبات التعزيرية ، فإن لم يعاقب بدون عذر فإنه لا ينجو من عقوبة الآخرة أمام الله ، إضافة إلى هذه العقوبات فإنها لا ترتب عليها الآثار الشرعية ، ففي السرقة والنهب والسلب وخيانة الأمانة والرشوة لا يصح الجاني مالكاً للمال ، وفي جريمة الزنى لا نسب ولا نفقة ولا مهر ولا ميراث ، لأن النهي عن هذه التصرفات الإجرامية إنما هو لقبها الذاتي ومفسدتها ومضرتها ، فيقتضي عدم ترتب أي أثر شرعي عليها ، فهي من التصرفات الحسية القبيحة لغايتها.

ب- العبادات

وإذا كان النهي عنه من العبادات فالنهي لا يمكن أن يتوجه إلى ذات العبادة ، لأن كل عبادة حسنة لغايتها ، فيها منفعة دينية أو أخروية ، ولا يتصور النهي عنها لغايتها وإنما لوصف لازم أو غير لازم. ففي النهي عن العبادة لوصف لازم كصوم يوم العيد تعتبر العبادة غير صحيحة عند جمهور الفقهاء ، وتكون مجزئة ومسقطه للتكليف عند الحنفية رغم فسادها بسبب النهي. وترتب على هذا الخلاف أن من نذر على نفسه صوم يوم مثلاً فيجب عليه الوفاء به ، فإن صام يوم العيد لا يكون مجزئاً ولا مسقطاً عند جمهور الفقهاء لفساده ، فيجب عليه صوم يوم آخر خلافاً للحنفية القائلين بأنه مجزئ ومسقط للمسؤولية ، لأن النهي عن صيام يوم العيد ليس لغايتها وإنما للإعراض عن صيافة الله. وفي النهي عن العبادة لوصف غير لازم كالصلاة في دار منسوبة أو ثياب منسوبة ، والوضوء بماء منسوب ، فإن جمهور الفقهاء قالوا بصحة العبادة ولكن فاعلها آثم أمام الله ، أي ديانة لا قضاء ، وقال الظاهرية^(٢) والحنابلة^(٣) ، ومن حلفا حذوهم (العبادة باطلة للنهي عنها).

^(١) سورة القصص ٧٧.

^(٢) في الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٢٠٧/٣ (ومن صلى بثوب نجس أو منسوب وهو يعلم ذلك أنه لا يجوز له ذلك المقتل ، أو صلى في مكان نهي عن الإقامة فيه كمكان نجس أو مكان منسوب أو في عطن الإبل أو إلى قبر أو من نبح بسكين منسوبة أو حيوان غيره بخير إذن صاحبه أو

ج- المعاملات المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات المالية، فيكون تأثير النهي على التصرف كالآتي:

أولاً- إذا كان النهي لذات المنهي عنه عنصر من عناصره يكون التصرف (أو العقد) باطلاً بإجماع الفقهاء، كالنهي عن التعامل بالبيعة والخنزير والدم والمسكرات، فلا يترتب على التصرف أي أثر شرعي.

ثانياً- وإذا كان النهي لوصف لازم للمنتهي عنه (أي وصف لا ينفك عنه) يكون العقد باطلاً أيضاً عند جمهور الفقهاء، لأن النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره.

وفرق الحنفية بين النهي عن تصرف لذاته (أو لعنصره) وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وينوا على هذا الأصل التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد واستحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وقالوا (العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه). والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع لوصفه.

وبذلك يكون للعقد باعتبار تكوينه وأثاره خمسة أقسام العقد الصحيح والعقد غير الصحيح، فالصحيح أما موقوف أو نافذ غير لازم أو نافذ لازم، وغير الصحيح أما باطل أو فاسد، وقال الجمهور بالتصميم الرباعي على أساس أن الباطل والفاسد مترادفان مفادهما هو (كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه دون تفرقة بين أصله ووصفه)، وعلى سبيل المثال العقد الربوي باطل عند

توضاً بماء منصوب أو بآية فضة أو بإناء منصوب أو بإناء ذهب، فكل هذا لا يأتي فيه فرض، فمن صلى كما ذكرنا فلم يصل، ومن توضاً كما ذكرنا فلم يتوضاً... الخ.)
^(١١) وفي شرح الكوكب النير، ص ٣١٢ (النهي المطلق عن الشيء لعينه أو وصفه أو لمعنى في غيره كالنهي في عقد بيع بعد نداء جمعة، والوضوء بماء منصوب يقتضي فساد النهي عنه شرعاً عند الأمام أحمد وأكثر أصحابه والمالكية والظاهرية والجبالية، بخلاف ما لم يكن النهي لمعنى في غير النهي عنه لحق آدمي كقلبي الركنان إلى آخره).

الجمهور، وفاسد عند الحنفية لأنه مشروع بأصله كييع توافرت أركانه وعناصره، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو كونه مشتقاً على زيادة (فائدة) لأحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، فهذا الوصف فاسد لأنه منهي عنه شرعاً ولكنونه مخالفاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وقال الجمهور (كل عقد رهوي باطل لأنه منهي عنه لوصفه اللازم وهو الفائدة الربوية).

وعلى أبو حنيفة (رحمه الله)^(١١٠) جعله العقد الفاسد منزلة بين المنزلتين^(١١١) قالاً (أصل الماهية)^(١١٢) سالم عن الفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها^(١١٣).

فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد^(١١٤) وبين السالة^(١١٥) عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقاً لسوينا بين الماهية السالة في ذاتها وصفاتها^(١١٦) والمتضمنة الفساد في صفاتها وذلك غير جائز فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حيثشأن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية^(١١٧) سالم عن النهي.

والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة^(١١٨) المتضمنة للفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب).

وقد أتى فقهاء القاتون^(١١٩) على صنيع أبي حنيفة هنا حيث أنكذ كثيراً من المعاملات المالية من الانهيار وساعد على استقرارها بإقرار العقد الفاسد بين الصحيح

^(١١٠) راجع الفروق للفراي الذي أورد فيه هذا الكلام لأبي حنيفة ٨٢/٢-٨١.

^(١١١) أي بين العقد الصحيح والعقد الباطل.

^(١١٢) أي ماهية العقد الفاسد وهي أركانه وعناصره (شروطه).

^(١١٣) أي أن النهي لوصف خارج عن الماهية.

^(١١٤) أي ماهية العقد الباطل لأنها فاسدة وغير مشروعة.

^(١١٥) أي ماهية العقد الفاسد لأن ماهيتها سالة عن الفساد، وإنما الفساد في وصفها.

^(١١٦) وهو العقد الصحيح المشروع بذاته (أصله) ووصفه.

^(١١٧) أي ماهية العقد الفاسد.

^(١١٨) أي في العقد الربوي، لأن الزيادة فائدة ربوية محرمة بالنص.

^(١١٩) مصادر الحق ١/١٥٠.

والباطل ، لأنه يتحول إلى العقد الصحيح تلقائياً بمجرد إزالة سبب الفساد ، بخلاف الباطل فإنه يحتاج إلى الاستئناف والتجديد بعد إزالة سبب البطلان ، وهذا من أهم ميزات التمييز بين الباطل والفاقد^(١١).

ثالثاً- إذا كان النهي لوصف غير لازم^(١٢) ، ومن أمثله النهي عن البيع وعن كل معاملة مالية من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة ، كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّعْتُمْ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾^(١٣) ،

^(١١) قال الحنفية (للعقد الصحيح سبعة عناصر التي هي تمثير أصل العقد ، وخمسة أوصاف مكتملة لبعض هذه العناصر ، التي يعتبر كل واحد منها وصفاً للعقد ، فإذا تحلّف عنصر من هذه العناصر يكون العقد باطلاً ، وإذا تحلّفت العناصر وتحلّف وصف مكمل يكون فاسد) ، قالوا (أركان العقد الإيجاب والقبول ، لأن صيغته تتكون منهما ، وتتطلب هذه الصيغة وجود عاقد يصدر عنه الإيجاب والقبول ، ومعقود عليه ينصب عليه العقد ، وللإيجاب والقبول شرطان التطابق والتماد المجلس ، للعاقد شرطان التمديد - حقيقة أو حكماً - ، والعقل في التبرعات - أو التمييز في الماوضات - ، وللمعقود عليه ثلاثة شروط كونه موجوداً مقدور التسليم وكونه مبنياً أو قابلاً للتمييز وكونه صالحاً للتعامل ، وبذلك يحتاج العقد في صحته إلى سبعة عناصر وهي تلك الشروط المذكورة ، فالثلاثة الأولى لا تحتاج إلى وصف مكمل بخلاف الأربعة الباقية :

أ- عنصر العقل أو التمييز الذي يتوقف عليه قيام الرضا يحتاج إلى وصف مكمل هو خلوه من عيب الإكراه.

ب- عنصر قدرة التسليم يحتاج إلى وصف يكمله وهو خلوه من الضرر.

ج- عنصر تعيين المثل أو كونه قابلاً للتمييز يحتاج إلى وصف مكمل هو خلوه من الغرر.

د- عنصر صلاحية المثل للتعامل يحتاج إلى وصفين مكملين أحدهما عدم الاقتران بشرط فاسد وثانيهما عدم وجود الربا - وعدم وجود زيادة بدون مقابل لأحد العاقدين على حساب الآخر - ، وبذلك تكون أسباب فساد العقد عند الحنفية خمسة وهي الإكراه والضرر والغرر والشرط الفاسد والربا .

وفي رأينا أن اشتراط عدم الربا يدخل في شرط عدم وجود الشرط الفاسد لأن الزيادة في العقد الربوي التي يشترط من يحصل عليها شرط فاسد ، كما إن شرط عدم وجود الضرر يرجع إلى شرط عدم وجود الضرر.

^(١٢) المراد بالوصف غير اللازم هو ان الوصف قد يتفك عن هذا التصرف بحيث كما يتحقق معه قد يوجد مع تصرف آخر ، فالخاق الضرر بالخطيب الأول من الخطيب الثاني بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن ان يتحقق بطريقة أخرى.

^(١٣) سورة الجمعة ٩.

وكأنه من التجش^(١١) وعن تلقي الركبان وعن بيع المحاضر لباد^(١٢)، وعن بيع الرجل على بيع أخيه، وعن خطبته على خطبة أخيه^(١٣)، وعن بيع الشيء قبل قبضه^(١٤)، وعن بيع العريان^(١٥)، وعن التصرية للحيران إذا أريد بيعه^(١٦)، وغير ذلك من العقود المنهي عنها، لا لذاتها ولا لوصفها اللازم وإنما لوصف غير لازم وهو إلحاق الضرر بالغير.

قال جمهور الفقهاء بصحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم^(١٧)، ولكن فاعله أثم أمام الله، أي يسأل ديانة لا قضاء، ولكن إذا كان هناك غبن فاحش مقترن بالتفريط والتدليس يحق للمغبون طلب رفع الغبن أو فسخ العقد^(١٨).

^(١١) التجش (يقع الترن وسكون الجيم): لغة تغير العبد واستارته من مكانه ليصاد، وفي الشرع: الزيادة في لمن السلعة المروضة للبيع لا لبشرها بل لغير بذلك غيره، عن ابن عمر رضي الله عنهما (نهى رسول الله عن التجش)، سبل السلام ٢٣/٣، تقدم تحريمه.

^(١٢) تلقي الركبان هو الخروج من المدينة واستقبال أهل القرى والأرياف قبل أن يدخلوها ممن يملكون محصولاتهم الزراعية والحيوانية وغيرها للبيع ويشترونها منهم دون علمهم بسم السوق، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد). سبل السلام ٢٦/٣. سئل ابن عباس عن بيع المحاضر للبادي قال (لا يكون له سساراً)، نيل الأوطار ١٨٥/٥، تقدم تحريم هذه الأحاديث.

^(١٣) قال رسول الله ﷺ (ولا تاجشوا ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه)، المرجع السابق ٢٩/٣، تقدم تحريمه.

^(١٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتأبه)، رواه مسلم، المرجع السابق ١٩/٣، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال (من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه).

^(١٥) عن عمرو بن شعيب قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع العريان، المرجع السابق ٢١/٣، أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب النهي عن العريان ٣٤٢/٥.

^(١٦) العريان: بضم العين وسكون الراء هو العريان كأن يرد شخص إن يشتري مالا ليدفع له مقدماً مبلغاً، فإن اشتراه فهو جزء من الثمن والأفلا يسترده جزاءً لإعراضه عن إكمال العقد، وقد اختلف فيه الفقهاء، فقال مالك والشافعي (العقد باطل لاقرانه بشرط فاسد وللقرن ولما فيه من أكل مال الغير بالباطل).

^(١٧) موضوع تصرية الحيوان سبق مفصلاً عند بحث السنة النبوية في القسم الأول.

^(١٨) أي خارج عنه يفتك عنه في بعض موارده في الفوائد للملاني ١٧١/١ (النهي عن الشيء هل يقتضي فساده؟ قاعدة مذهب الشافعي نعم، إن كان لعين الشيء أو لوصفه اللازم، أما إذا كان الأمر خارجاً عنه يفتك عنه في بعض موارده، لم يقتض فساده سواء أكان ذلك في العبادات أم في العقود. أم في الإيضاعات، فالأول كالصلاة بلا وضوء، وبيع الميتة والخمر والحزير ونكاح المحارم، والثاني كصوم يوم العيد، وبيع الطير في البهوه والسمنك في اللجة، ونكاح الثمة والشفتر وعقد الربويات، والثالث كالصلاة في الدار المنصوبة، والبيع وقت نداء الجمعة).

وقال الظاهرية^(١١) والزيدية^(١٢) (النهى^(١٣) يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لفظاً منتهي عنه أو لوصفه غير اللازم).

وفرق المالكية^(١٤) والحنابلة^(١٥) بين النهى عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق الله^(١٦) أو المصلحة العامة^(١٧)، ففي هاتين الحالتين يكون المقعد باطلاً، وبين النهى رعاية لحق الفرد (الحق الخاص)^(١٨) والمصلحة الخاصة، فمتنئذ يحق لمن لحقه الضرر الخيار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة أيام من علمه بهينه.

د- المعاملات شهر المالية

إذا كان التصرف منتهي عنه من المعاملات غير المالية كالزواج فإن اثر النهى لفظاً منتهي عنه البطلان كزواج المحرمات محرماً موبئاً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة والدخول يعتبر جريمة الزنى في حالة العلم بالبطلان.

وإذا كان النهى لوصف لازم يكون الزواج فاسداً كزواج الشغار، عن ابن عمر رضي الله عنهما ((نهى رسول الله ﷺ عن الشغار))^(١٩) وزواج المحرم لقول الرسول ﷺ ((لا يُتَكَحُّ الْمُحْرِمُ

^(١١) لقول الرسول ﷺ حيان بن مند، وكان يفتع في البيع (إذا باعت فقل لا خلاية - لا خديعة - ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك وإن سخطت فارده)، سبل السلام ٤٦/٣، تقدم تحريجه.

^(١٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٣٠٧/٣ وما بعدها، المحلى ٤٥٣/٨.

^(١٣) في إرشاد الفحول، ص ١١١ (والحق أن كل نهى من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم النهى عنه وفساده المراد للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك، فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي لقول الرسول ﷺ (كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد)، وما كان مردوداً فهو باطل)، تقدم تحريجه.

^(١٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٥٩/١٢، المغني لابن قدامة ٢١١/٤.

^(١٥) تصويبات الكوكب المنير، ص ٣١٢.

^(١٦) كالتنهي عن البيع بعد التناء إلى صلاة الجمعة، ويقاس على البيع أي معاملة أخرى.

^(١٧) كالتنهي عن بيع الحاضر لباد لأنه يضر بمصلحة المستهلكين.

^(١٨) أي رعاية حق خاص يمكن استنواكه، فالبائع في تلقى الركبان يغير بين امضاء المقعد مع قبول الفجين وبين فسخه، أي أن البيع يتعد صحيحاً تالفاً غير لازم رغم أن الطرف الرابع على حساب الآخر أتم أمام الله، أي يسأل ديناً لا قضاء.

^(١٩) الشغار كأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق. أخرجه البيهقي في كتاب النكاح ٢٠٠/٧.

- ولا يَنْكَحُ^(١١١)، وزواج المتعة عن علي عليه (نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خبيس)^(١١٢)، وإذا حصل الدخول في الزواج الفاسد تربت عليه الآثار التالية:
- ١- شرعية نسب الجنين الذي يتكون من هذا الدخول حماية لمستقبل الطفل.
 - ٢- وجوب المهر للمدخول بها تعويضاً عن الضرر الأدهي الذي لحق بها بالدخول.
 - ٣- وجوب العدة على المدخول بها منعاً لاختلاط النسب أو تعيداً.
 - ٤- ثبوت المصاهرة بالدخول شأنه شأن الدخول الشرعي.
 - ٥- سقوط عقوبة الزنى للشبهة.

وجدير بالذكر أن هذه الآثار قال بها غير الحنفية لا على أساس التفرقة بين الفاسد والباطل وإنما على أساس وجود الشبهة فالدخول في الزواج الذي يسميه الحنفية فاسداً مقترناً بالشبهة. ثم إن ما شاع بين الناس من انه لا فرق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في الزواج صحيح بالنسبة لوجوب التصديق بين الزوجين في الحالتين أما من حيث الآثار فإن الفرق بينهما واضح فهي غير موجودة في حالة الدخول في الزواج الباطل بخلاف ذلك في الزواج الفاسد.

وإذا كان النهي لوصف غير لازم فالزواج صحيح عند الجمهور^(١١٣)، والفاعل آثم كالزواج بعد الخطبة على خطبة الغير، قال الرسول ﷺ ((لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خَطْبَةِ أَهْوِيٍّ))^(١١٤)، وعند ابن حزم الزواج غير صحيح بناءً على أصله (كل نهي يقتضي الفساد)^(١١٥).

^(١١١) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٥/٩.

^(١١٢) المرجع السابق ١٩٩/٩.

^(١١٣) في سبيل السلام ١٤٨/٣ (وأما العقد مع محرم الخطبة فقال الجمهور يصح). وقال داود - أي داود الظاهري - يفسخ النكاح قبل الدخول وبعدة.

^(١١٤) المرجع السابق ١٤٨/٣، تقدم ترجمته

^(١١٥) وهو يتفق مع داود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية

المطلب الثالث

المطلق والمقيد

حقيقة المطلق

ذكرنا سابقاً أن الخاص هو الذي وضع لعين معين واحد يكون دلالة عليه قطعية، فهو إما واحد بالخاص كأسماء الأعلام، أو واحد بالصفة كأرز عسبر، أو واحد بالنوع كالخنطة، أو واحد بالجنس كالجريرة.

ومن الواضح أن كلا من الواحد بالخاص والواحد بالصفة لا يندرج تحتها أنواع أو أصناف حتى يكون اللفظ الدال عليه مطلقاً شاملاً لأنواعه وأصنافه، ولذا لا يصلح كل منهما لأن يكون مطلقاً.

أما الواحد بالنوع فإنه يشمل ما يندرج تحته من الأصناف، كما أن الواحد بالجنس يشمل على سبيل التناوب الأنواع المترتبة تحته، فكل منهما قبل تقييده بنوع معين أو صنف معين يكون مطلقاً يصلح لأن يراد به كل نوع من أنواعه أو أي صنف من أصنافه على سبيل البدل والتناوب، للفظ (جريرة) موضوعة شرعاً وقانوناً وعرفاً لكل فعل محظور يستحق فاعله العقاب ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، ودلائلها على هذه الحقيقة قطعية. وهذا المضمون قدر مشترك بين جميع أنواع الجرائم ومنها جريمة الاعتداء على الأموال كالسرقة، وجريمة الاعتداء على الأشخاص كالقتل، وجريمة الاعتداء على الأعراس والنسب كالزنى وغيرها من أنواع الجرائم الأخرى، فإذا ذكرت دون تقييدها بواحدة منها تكون مطلقة تصلح لأن يراد بها أي نوع منها على سبيل البدل والتناوب. وكذلك لفظ (التمر) نوع من أنواع المحصولات الزراعية تندرج تحته أصناف كثيرة، فإذا ذكر دون تقييده بصنف منها يكون مطلقاً شاملاً لكل على سبيل التناوب.

ونستنتج من هذه المقدمة تعريفاً واضحاً مبدءاً عن الغموض الذي يكتنف تعريفاته في المراجع القديمة والحديثة^(١١) وهو الآتي:

المطلق

لنظ نال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد، وعلى سبيل المثال إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع زراعة أو اشتري حيواناً أو عمل تزويراً أو باع سيارة أو غرس نخلة، يكون كل من (جريمة، وزراعة وحيوان) مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل التناوب كما يكون كل من (تزوير وسيارة ونخلة) أيضاً مطلقاً ونوعاً يمتثل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب، وبهذا يعتبر المطلق من الخاص باعتبار معناه، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف للواحد.

حكم المطلق^(١٢)

من المسلم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بتقييد، فالأصل أن يعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيد ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة)^(١٣) أي صراحةً أو ضمناً.

^(١١) قال ابن الحاجب، مختصر المنتهى وشرحه ١٥٥/٢ (المطلق ما دل على شائع في جنسه).

قال الأمدى، الأحكام ١٦٢/٢ (وهو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه). ←

وقال ابن السكيت، جمع الجوامع وشرحه ٣٠٢/٢ (المطلق الدال على الماهية بلا قيد من وحدة أو غيرها).

وقال العلامة البهاري، مسلم الثبوت ٢٨٨/١ (المطلق ما دل على فرد منتشر).

وقال جماعة منهم الرازي (المطلق الدال على الحقيقة من حيث هي).

وقال عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ١٩٢ (المطلق هو ما دل على فرد غير مقيد لفظاً بأي قيد).

وقال عباس متولي حمادة، أصول الفقه، ص ٣٩٨ (المطلق ما دل على فرد أو أفراد شائعة).

وفي للسودة لأبن تيمية، ص ١٤٧ (ذكر صاحب جنة الناظر أنه اللفظ الدال على واحد لا بعينه).

^(١٢) الإذن في الشيء، إذن في ما يقتضي ذلك الشيء. إيجابه، فالوكيل بالبيع مطلقاً له قبض الثمن لأنه من توابع البيع ومقتضاؤه، وله تسليم البيع بعد توفى الثمن.

^(١٣) مجلة الأحكام العدلية، م ٦٤.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الأحوال الشخصية :

أ- العمل بمقتضى الإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿ وَأَسْهَنَتْ مِنَّا بِكُمْ ﴾^(١١) ، في

التحريم أي حرم عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم سواء أحصل الدخول أم لا ، لأن النص ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول وقد اجمع فقهاء الشريعة على الأخذ بهذا الإطلاق حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن أو في السنة على تقيده.

ب- وكذلك العمل بالإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجَهُمْ يَرْضَوْنَ بِأَنْفُسِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾^(١٢) ، فإنه يدل على وجوب عدة الوفاة على

زوجة المتوفى سواء أدخل بها أم لم يدخل.

ومثل ذلك في الإطلاق آيات الموارث الواردة مطلقاً عن قيد الدخول في ميراث أحد

الزوجين من الآخر ، فإذا مات أحدهما بعد الزواج وقبل الدخول يرثه الآخر وفقاً لإطلاق النص^(١٣).

ومن تطبيقاتها في المعاملات المالية :

أ- الأجير الذي استجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره^(١٤) ، لكن لو أطلق

العقد حين الاستئجار ولم تكن النية موجهة إلى شخص الأجير للقيام بالعمل بنفسه ، فللاجير أن ينيب غيره عن نفسه للقيام بالعمل^(١٥).

ومن الجدير بالإشارة أن البيع المطلق يقتضيه له اللزوم وتقيده بخيار الشرط يرتفع اللزوم ، وإطلاق الثمن يقتضي الحلول ، وإذا شرط الأجل ارتفع الحلول.

ب- إذا كانت الإعارة مطلقاً ولم يقيد بها بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع

كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريد ، لكن يقيد ذلك بالعرف والمادة^(١٦).

^(١١) سورة النساء ، ٢٣ .

^(١٢) سورة البقرة ، ٢٣٤ .

^(١٣) كما في قوله تعالى ﴿ وَلَهُمْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكَلَةٌ فَسُورَةُ النِّسَاءِ ، ١٢ .

^(١٤) المجلة ، م ٥٧١ .

^(١٥) المجلة ، م ٥٧٢ .

^(١٦) المجلة ، م ٨١٩ .

- ج- في عقد المضاربة المطلقة يكون المضارب مأدوناً بالعمل في مستلزمات المضاربة والأمور التي تتعلق بها ، ويجوز له البيع والشراء بقصد ونسيئة وتحديد اجل معشاد ، وله التوكيل والحوالة والسفر إلى بلد آخر للمعاملات التجارية^(١) .
- د- في الوكالة بالبيع المطلق ، للتوكيل أن يبيع مال موكله بالثمن الذي رآه مناسباً ، لكن ليس له أن يبيع بأقل مما عينه الموكل^(٢) .

حقيقة المقيد

بعد معرفة حقيقة المطلق تكون حقيقة المقيد واضحة لدى كل من يستوعب المطلق ، لأن المقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شجوعه ، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك .

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق

- أ- في قوله تعالى ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَكَاوٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾^(٣) ، فقيد القتل المحرم بأن يكون بغير حق ، فإذا كان بحق كالتفصيص أو منع انتشار الفساد في الأرض فإنه لا يعتبر جريمة موجبة للعقوبة .
- ب- في قوله تعالى ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَوَيْهٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِيهِمْ وَلَا أَنْ يَعْزَذَبُوا ﴾^(٤) ، فقيد القتل الموجب لتحرير الرقبة والدية بأن يكون خطأ ، وقيد الرقبة بأن تكون مومنة .
- ج- قوله تعالى ﴿ وَرَبِّبْتُمْ كُمْ أَلَيْحِي فِي حُبُورِكُمْ مِنْ ذِكَابِكُمْ أَلَيْحِي دَعَلْتُمْ بِهِمْ فَإِنْ كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ دَعَلْتُمْ بِهِمْ فَلَا تُجَازَعُ عَلَيْكُمْ ﴾^(٥) ، فقيد تحريم

(١) المجلد ، م ١٤١٤ .

(٢) المجلد ، م ١٤٤٩ .

(٣) سورة المائدة ٣٢ .

(٤) سورة النساء ٩٢ .

(٥) سورة النساء ٢٣ .

بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بقيد الدخول، أما إذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، فيحق له أن يتزوج بنتها التي هي من زوجها السابق^(١١).

د- قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(١٢)، فالوصية في هذه الآية وردت مطلقة شاملة للوصية بكل التركة أو بعضها، لأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض مطلقاً، إلا أن السنة النبوية بينت أن هذا الإطلاق غير مراد وقيداً بالثالث فقد روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه انه قال: قلت يا رسول الله أنا ذوم مال - وفي رواية كثير للمال - لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بشطره - نصفه -؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال ﷺ: الثلث والثلث كثير اتك إن تلو ورتكك أخنياء خير من أن تلوهم حالة^(١٣) يتكفنون^(١٤) الناس^(١٥).

ونستنتج من هذا أن القيد الذي يقيد المطلق لا يشترط أن يكون في نفس النص المطلق أو من نوعه، بل يجوز تقييد إطلاق القرآن بالقرآن والسنة، وتقييد السنة بالقرآن والسنة وتقييد كليهما بالإجماع أو القياس أو العرف^(١٦) أو المصلحة العامة الشرعية في ميزان الشرع. ولهذه الصور من التقييد تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي لا مجال لذكرها.

^(١١) والسر في حرمة أم الزوجة بمجرد عقد الزواج بينها وإن لم يدخل الزوج بها، وفي عدم حرمة ابنة زوجة من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج، هو أن الزوج بملحة إلى الخلوة مع أم زوجته بعد زواجه لإكمال مطلقات هذا الزواج، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس.

^(١٢) سورة البقرة ١٨٠.

^(١٣) جمع عائل وهو الفقير.

^(١٤) أي يسألون الناس بأكتفهم.

^(١٥) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري، الأدب المفرد، حديث رقم ٥٢٠. ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثالث، صحيح مسلم بشرح النووي ٨٥/١١.

^(١٦) قال السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩ (قال الفقهاء، كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف ومثلهو بالحرز في السرعة، والتصرف في البيع، والقبض ووقت الحيفض وقدره والأحياء، والاستيلاء، في الغصب... الخ).

ومن النصوص القانونية التي ورد فيها تقييد المطلق:

أ- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرثها في دار واحدة بغير رضاها، فالمنع مقيد بحالة عدم الرضا.

ب- الشرع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنابة أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها^(١١)، فقيد المشرع الفعل بأن يكون بقصد ارتكاب جنابة أو جنحة، وهذا يدل أنه لا شروع في المخالفات، وقيد الأسباب بأن لا دخل لإرادة الفاعل فيها ولا فلا يعتبر الشرع جريمة معاقباً عليها.

ج- لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو^(١٢)، فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل وأما قبله فانه جائز.

حكم المقيّد

كما أن من الواجب أن يأخذ الفقيه والقاضي والمفتي بإطلاق المطلق حتى يثبت دليل على تقييد، كذلك يجب عليهم رعاية القيد الوارد في النص المعتبر في الحكم وبحيث يطبق الحكم الوارد فيه إذا تحقق هذا القيد، وسمى الحكم منطوق النص، وإن تخلف فيجب تطبيق نقيض هذا الحكم الذي يسمى مفهوم المخالف، يأتي بينهما مفصلاً بإذن الله.

فحكم التزوج من بنت زوجته من زوجها السابق هو الحرمة والبطلان إذا دخل بأمرها بعد الزواج، ثم حصلت الفرقة بينهما، أما إذا تخلف قيد الدخول الذي ورد في قوله تعالى ﴿يَنْكِحُوا أَبْنَاءَهُمْ﴾^(١٣) قبل الفرقة بينهما، فإن الحكم هو الحل والصحة. وهما نقيضاً الحرمة والبطلان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إعمال القيد الوارد في النص إذا كان معتبراً في الحكم.

^(١١) م ٣٠ من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

^(١٢) م ١٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

^(١٣) سورة النساء، ٢٣.

حمل المطلق على المقيد

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقاً فقط أو مقيداً فقط ، ولكن ما الحكم إذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً ؟ .

الشقوقات المتصورة ثلاثة :

- أ- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيداً والعمل بالتصين على أساس رعاية القيد.
 - ب- استئصال كلٍّ عن الآخر وإبقاء المطلق على إطلاقه ، والمقيد على تقييده دون أن يتأثر أحدهما بالآخر.
 - ج- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقاً أيضاً والعمل بالتصين على أساس إلغاء القيد.
- هذا الشق الأخير الذي ذهب إليه البعض^(١) ليس قبيحاً بالبحث ، لأنه رأي شاذ والشقان الآخران يطبقان في ضوء إرجاع مدى صلة المقيد بالمطلق إلى صورة من الصور الأربع الآتية :
- ١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم.
 - ٢- مختلفان في الحكم والسبب.
 - ٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب.
 - ٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب.

الصورة الأولى/ وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب

ففيها يحمل المطلق على المقيد بالإجماع إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق^(٢).

^(١) في جمع المرواح وشرحه ٣/٢ (وقيل يحمل المقيد على المطلق بان يلفى القيد لأن ذكر المقيد ذكر لجزئي المطلق فلا يتقيد كما أن ذكر فرد من العام لا يخصه).

^(٢) قال الأمدى ، الإحكام ١٦٣/٢ (فإن كانا مثبتين فلا نعرف خلافاً في حمل المطلق على المقيد ، وإن كانا متفيين أو نهي عنهما لا خلاف في العمل بمدلولهما) ، وفي قوله (فلا نعرف خلافاً محل نظر لأن هذا رأي البعض والجمهور على خلاف ذلك).

واشترط الحنفية إضافة إلى شرط كونهما مثبتين أن لا يثبت تأخر المقيد عن المطلق في التشريع بان علم بتشريعهما معاً أو جهل التاريخ ، وإلا فإن علم التأخير فالمقيد ناسخ ، وإن ورد قبل العمل بالمطلق. قال البيهاري ، مسلم الثبوت ٢٩٠/١ (فإن كانا متفيين فيعمل بهما اتفاقاً ، وإن كانا مثبتين فإن وردا معاً حمل المطلق على المقيد ضرورة أن السبب الواحد لا يوجب المتسايفين في وقت واحد ، والمعية قرينة البيان ، وإن جهل فكل ذلك لعدم الترجيح فيرجع البيان ، وإن علم المتأخر فالمقيد المتأخر ناسخ عندنا أي

وإذا كانا منفيين أو كان القيد متأخراً عن العمل بالطلق، فحمل المطلق على القيد مختلف فيه، فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض. فقالوا (يعمل بهما إذا كانا منفيين)^(١١١)، ويعتبر القيد ناسخاً للمطلق إن تأخر عن العمل به، والراجع هو قول الجمهور.

تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن كلمة (دم) وردت مطلقة نارة ومقيدة بقيد (مسفوح) نارة أخرى، قال سبحانه وتعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْسِنَتُهُ وَآذَانُهُ وَنَجْوَاهُ إِنَّكُمْ لَعِندَهُ عَاوِدُونَ يَسْتَمِعُونَ مَا كَلَّمْتُمْ بِغَيْرِ إِذْعَانٍ وَلَا يَكُونُ لَكُمْ بِهِ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(١١٢)، وقال تعالى ﴿ قُلْ لَا آيِدِي فِي مَآ أُرْسِي بِلَدِّي مَعْرُومًا عَلَى ظَاهِرٍ يَتَعَلَّمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إِحْسَائِهِ كِتَابٌ فِي الْأَيْدِي وَالْأَفْئِدَةِ مِمَّا كَفَىٰ لِقَوْمٍ ذُرِّيًةً يَسِرَّةً وَقَدْ كَفَرْنَا بِهِ قَدْرًا كَثِيرًا مِمَّا كُنْتُمْ تُخْفُونَ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾^(١١٣) أي سائلاً ومحولاً من مكانه الأصلي إلى مكان آخر.

إيجاب القيد ورفع - إلغاء - للإطلاق المراد أولاً.

ويضيق الشافعية مع المخنفة في أن القيد المتأخر ناسخ لكن بشرط أن يتأخر عن العمل بالطلق بان لا يكونا في تشريع واحد أو زمن واحد.

قال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٢٣/٢ (انهما إن اتحد حكمهما وموضوعهما وكانا مشيئين وتأخر القيد عن وقت العمل بالطلق فالقيد ناسخ للمطلق، وإلا بان تأخر عن وقت الخطاب (التشريع) بالطلق دون العمل، أو تأخر المطلق عن القيد مطلقاً، أو تفرنا أو جهل تأريخهما حمل المطلق على القيد جمعاً بين العدلين. وان كانا منفيين بقيد المطلق بالقيد عند القائل بحجة مفهوم المخالفة وهو الراجع).

وعند جمهور الفقهاء لا يوجد هذا التضييق والتفريق بل يحمل المطلق على القيد إذا اتحد حكماً وسبباً، وعلى سبيل المثال قال المالكية، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ١٠٧ (إذا اتحد في الحكم والسبب فلا خلاف في أن يحمل المطلق على القيد).

وكذا قال القرآني، شرح تنقيح الفصول، ص ٢٦٦، وفي مفتاح الوصول، ص ١٠٧ (فأما إن اتحدت - أي صورة التنفيذ - في السبب والحكم فلا خلاف أن يحمل المطلق على القيد كتولده ﴿ لا تكاح إلا بولي وصدائق وشاهدين ﴾، وفي رواية أخرى (لا تكاح إلا بولي وصدائق وشاهدي عدل). فإنه يجب تنفيذ الشهود بالمعادة). تقدم تحريجه.

^(١١١) أي عند القائلين بعدم حجة مفهوم المخالفة، أما عند القائلين بها فيقيد المطلق بالقيد كما لو كانا مشيئين.

جمع الجوامع وشرحه.

^(١١٢) سورة المائدة ٣.

^(١١٣) سورة الأنعام ١٢٥.

فالطلق والقييد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضراً بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي، لأنه كما ثبت في الطب الحديث يعتبر أخصب وسط لنمو الجراثيم، إضافة إلى أنه يحمل إفرازات سامة^(١١١)، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المراد من الدم مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح، وإن ما ورد في سورة الأنعام هو بيان لهذا المراد.

أما إذا لم يكن مسفوحاً بأن يتماطأ الإنسان مع اللحم والمظلم أو بأن يسحب من جسم شخص إلى قنبه ومنها إلى شخص آخر كما هو التبع في المستشفيات في الوقت الحاضر، فانه ليس محرماً لأنه ثبت بالتجربة عدم مضرة الدم في هذه الحالة بل هو مفيد بحيث يتقذ حياة المريض أحياناً، والتحريم للمضرة، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعمداً.

من تطبيقات هذه الصورة أيضاً في القانون الوضعي:

ما جاء في م ١٢١ م و ١٣٤ م من القانون المدني العراقي، حيث ورد التفرير في م ١٢١ م مقيداً بقيد (الفين الفاحش)^(١١٢)، فالتفرير هو استعمال الطرق الاحتياطية لإيقاع شخص في الغلط أو لاستنراعه على الغلط الذي وقع فيه بقصد حمله على التعاقد، لا يعتبر وحده عيباً مستقلاً ما لم يتربط عليه غيب فاحش، وهو مالا يدخل في تقويم المفومين.

وورد في م ١٣٤^(١١٣) مطلقاً عن هذا القيد، ولكن بما أن السبب في النصين واحد وهو التفرير، والحكم أيضاً واحد وهو كون العقد موقوفاً (غير نافذ) غير منتج للأثار من الحقوق والالتزامات، يحمل المطلق على القيد ويعتبر التفرير في هذه المادة أيضاً مقيداً بالفين الفاحش. وبناء على ذلك لا يرد^(١١٤) على المشرع العراقي انه خرج في م ١٣٤ م عن أصله في أن كلام من

^(١١١) الإسلام والطب الحديث، الدكتور عبد العزيز إسماعيل تقياً عن الأستاذ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١.

^(١١٢) م ١/١٢١ (إذا غرر أحد المتعاقدين بالأخر وتحقق أن في العقد غيباً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على إجازة التعاقد المبثوث) ويكتفي التفرير وحده في القانون المصري م ١٢٥ المتأثر بالمذني الفرنسي م ١١٦. وفي القانونين سبب لعدم لزوم العقد وجواز إبطاله من المدلس عليه.

^(١١٣) م ١/١٣٤ (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تفرير جاز للعاقدين ان ينقض العقد بمد زوال الحجر، أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التفرير كما له ان يجيزه)

^(١١٤) قال أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم (الموجز شرح القانون المدني ٣٠٩/١) ويلاحظ على المادة المقدمة م ١٣٤، أنها اعتبرت العقد موقوفاً للتفرير فقط، وكان يجب أن تنص على إقراره بالفين الفاحش، فالقانون المدني العراقي كما سبق أن رأينا لم يعتبر التفرير لوحده عيباً من عيوب الرضا

التفريغ والغبن لا يعتبر وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، كما هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الغربي.

الصورة الثانية/ أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه

وحكم هذه الصورة إجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يرفع بالمقيد، ولعدم توافر أية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد.

ومن تطبيقات هذه الصورة:

كلمة (يد) وردت في آية الوضوء لإقامة الصلاة مقيدة ب(المرفق) فقال سبحانه وتعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الْيَدُ إِذَا قُضِيَ إِلَيْهَا الْأَعْكَازُ فَغَسِلُوا أَيْدِيَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾^(١١١)، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١١٢)، فهاتان الأيتان رغم ورودهما في سورة واحدة إلا أن كل واحدة منهما عاجلت حكماً لا صلة له بالحكم الموجود في الأخرى، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد، وسببه التطهر لإقامة الصلاة، وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد، وإنما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف).

الصورة الثالثة والرابعة

اختلف فيها الفقهاء، فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيها لعدم التعارض حتى يرفع بالحمل، في حين ذهب البعض إلى حمل المطلق فيها على المقيد، كما في الصورة الأولى^(١١٣).

^(١١١) سورة المائدة ٦

^(١١٢) سورة المائدة ٣٨

^(١١٣) على أساس أنه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط أو وحدة الحكم فقط. في المسودة لآل تيمية ص ١٤٤، (وحمل المطلق على المقيد إذا اختلف السبب واتحد جنس الواجب كتفدية الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وإطلاقها في غيرها، وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية).

من تطبيقات الصورة الثالثة الاتحاد في الحكم والاختلاف في السبب في القرآن الكريم إطلاق الشاهد في شهود المدانة وتقيده بالعدل في شهود الطلاق والرجعة، ففي المدانة يدين موجل بعد أن أمر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّكْتَبٍ فَاكْتُبُوهُ ۖ وَزَيِّنْكُمْ بَيْنَكُمْ حَسَابًا بِالْعَدْلِ ﴾^(١)، قال زيادة للتوثيق ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ بَيْتِكُمْ ﴾^(٢)، ولم يشترط ظاهراً أن يكون هذان الشاهدان عادلين، بل ترك الأمر مطلقاً فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين. وفي سورة الطلاق بعد أن أمر أن يكون الطلاق وقت العدة أي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة، بأن لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً بل تكون في طهر لم يعاشرها فيه قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِيَدْرِيَنَّكُمْ ﴾^(٣)، قال ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْإِمْلَانُ^(٤) فَأَمْسِكُوهُنَّ بِسُرُوفٍ^(٥) أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِسُرُوفٍ^(٦) وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(٧)، أمر بأن يكون الشاهدان عادلين، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق أو الرجعة، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المدانة، فمن اعتبر في الاعتداد بشهادتهم العدل حمل المطلق في آية المدانة على القيد في آية الطلاق أو الرجعة سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور أم واجبة.

^(١) سورة البقرة ٢٨٢.

^(٢) سورة البقرة ٢٨٢.

^(٣) سورة الطلاق ١.

^(٤) أي فارين من انقضاء العدة.

^(٥) أي المراجعة بالمعروف.

^(٦) أي التزويج حتى تنفضي عدتهن فيمكن أنفسهن.

^(٧) سورة الطلاق ٢، والحاصل: ورد تقييد الشهود بالعدل في سورة الطلاق في قوله تعالى ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ سورة الطلاق ٢، وورد مطلقاً في قوله تعالى ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ بَيْتِكُمْ ﴾ سورة البقرة ٢٨٢. فالحكم في النصين واحد سواء كان وجوباً أو ندياً، ولكن السبب يختلف، فسبب الإشهاد في النص القيد الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بعد الطلاق الرجعي، وسببه في النص المطلق هو الدين الوجل، فقال البعض كالإمام الأوزاعي (يحتمل المطلق على القيد) انظر فقه الأمام الأوزاعي، تحقيق د. عبد الله الجبوري ١/٤٩٥، فتح الباري، كتاب الطهار ١/٥٤٩.

ومن الواضح أن السبب في كل من المطلق (شهود المداينة) والمقيد (شهود الطلاق أو المراجعة) مختلف، فسي المطلق السبب هو المداينة إلى أجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين العاتين والمدنين.

وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء^(١)، والرجعة كما قال البعض الآخر^(٢)، وحكمة اشتراط الإشهاد هي أن لا يقع بين الزوجين التجاحد، والا يتم الزوج بإسائه دون علاقة زوجية، لئلا يدعي الباقي منهما على قيد الحياة بعد موت الآخر ثبوت الزوجية ليرث منه. والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الإشهاد كما قال البعض، وتنبه كما قال الجمهور.

الصورة الرابعة

أن يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد، وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة، ويبدو أن أكثر الفقهاء يميلون إلى عدم الحمل وإبقاء المطلق على إطلاقه والمقيد على تقيده دون أن يتأثر المطلق بالمقيد لاختلاف الحكم وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى يرفع بالحمل.

^(١) اختلف الفقهاء في أمرين:

أحدهما هل الإشهاد يرجع إلى الطلاق المذكور في صدر الآية أو إلى الرجعة المذكورة في قوله تعالى ﴿فَأَشْكُرْهُمْ بِنِكَاحِهِمْ﴾ سورة الطلاق ٢. قال الجمهور (يرجع إلى الرجعة لأنها أقرب، والمقيد إذا دار بين القريب والبعيد يحتمل على القريب). وقال فقهاء الجعفرية ومن وافقهم (المقيد يرجع إلى الطلاق، والأشهاد ركن من أركانه). فسي الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٥٤/٢ (الركان الطلاق أربعة، الصيغة، المطلق، المطلقة والأشهاد على الصيغة). وفي تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٥٧/٨ في تفسير قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ بِمُورَةِ الطَّلَاقِ ٢﴾. (أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق).

وثانيهما اختلف القائلون بأن الإشهاد للرجعة في أنه شرط الصحة أو الأمر للاستحباب. قال القرطبي، المرجع السابق (فإن راجع من غير إشهاد فسي صحة الرجعة قولان للفقهاء) وقال أيضا (واختلف الناس، هل الشهادة فرض أو نداء، والصحيح أنها نداء). والذي ظهر لنا من المراجع المتضمنة أن الإشهاد واجب في أحد قولي الإمام أحمد وفي القول القديم للشافعي، الإعانة على فتح المعين ٢٩٤/١، ومنذوب عند جمهور الفقهاء.

^(٢) قال الجمهور في الرجعة (الأشهاد مندوب لجواز الرجعة بالنفل كالمأثرة الخنسية أو التظليل).

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الوجه واليدين إلى المرفقين لإقامة الصلاة: إذا وجد الماء زائداً عن حاجة الإنسان له، وفي حالة لا يضر استعماله بصحة الإنسان كما في ظرف الجو البارد، أو في حالة المرض أو عند وجود جرح أو كسر في اليد، وفي حالة وجود عنبر من هذه الأعنابر أمر بالتييم، فقال ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُضِيَ إِلَيْهِمْ أَجَلُهُمْ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَنَسْتُمْ إِلَىٰ نِسَاءٍ فَلَمْ تُحِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا^(١١) فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ ﴾^(١٢). فلي هذه الآية كما هو واضح قيد غسل اليد بان يشمل المرفق، بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الأمر مطلقاً. فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو إقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق.

وبعد هذا العرض يمكن أن نستجمل الخلاصة الآتية:

إذا كان كل من الحكم والسبب واحداً في كليهما يجب حمل المطلق على المقيد، وإذا كان كل منهما مختلفاً في كليهما لا يجوز الحمل، وفيما عدا هاتين الصورتين يترك الأمر لتقدير القاضي والمفتي. ولكن القاضي في بعض الحالات ملزم بحمل المطلق على المقيد رغم عدم اتحاد السبب والحكم إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك كما في ٨م و ٩م من قانون الأحوال الشخصية العراقي^(١٣)، ففي ٨م منح الولي من تزويج موليته متناً غير مسرور بما هو جدير بالاعتبار يجعله عاجلاً، فيكون سبباً لانئصال الولاية إلى القاضي كما هو رأي فقهاء الشريعة^(١٤).

^(١١) أي ترابها نظيفاً

^(١٢) سورة المائدة ٦

^(١٣) لرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

^(١٤) نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة (إذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي أن يباذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البنية بعد موافقة وليه الشرعي. فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، إذن القاضي بالزواج).

وفي ٩م^(١١١) امتناع الولي يكون سبباً لعقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالفراغة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى ، فالسبب في التصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليته ، والحكم فيهما مختلف لأنه في ٨م انتقال الولاية إلى القاضي ، وفي ٩م حكم القاضي بالعقوبة والمنع (أو الاعتراض) ، ورد في النص الأول مقيداً بقيد (غير جدير بالاعتبار) ، ومفهوم مخالفته أن المنع إذا كان مسرراً بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية إلى القاضي ، وبالتالي لا يحق له الإذن بالزواج. وورد المنع في النص الثاني مطلقاً عن هذا القيد ، ورغم ذلك على القاضي أن يقيد به فلا يحق له أن يحكم بالعقوبة إذا كان المنع مسرراً بما هو جدير بالاعتبار ، كأن يكون الزوج غير كفه للبت ، أو أن الزواج يضر بمصلحتها أو بسمة العائلة.

تكييف التقييد المطلق:

اختلف الأصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد ، هل هو بيان للمراد من المطلق ، أو تأويل أو نسخ.

أ- قال الحنفية والشافعية (إذا تأخر التقييد عن العمل بالمطلق يكون ناسخاً) بل ذهب الحنفية إلى أبعد من ذلك فقالوا (إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وإن لم يعمل به قبل النسخ).

ب- قال المالكية (التقييد تأويل^(١١٢) ، والتأويل هو المعدول من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل في لفظ يشمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر).

^(١١١) نص الفقرة الأولى والثانية من المادة التاسعة :

١- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً ، إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

٢- يعاقب من مخالفت أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالفراغة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى ، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

^(١١٢) قال التلمساني المالكي ، مفتاح الوصول في علم الأصول ، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد) ، فإن أصول السرخسي ١٢٨/١ وما بعدها.

ج- وقال جمهور الأصوليين (التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما أن التخصيص بيان للعام، فالشارع إذا لم يرد بالمطلق إطلاقه يذكره في مجال آخر مقيداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيد أيضاً).

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام قهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سنتها؟

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد -ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي- الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء وهذا يتأني بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن -وهو دليل قطعي- بحديث الأحاد -وهو دليل ظني- واللازم باطل فكذلك الملزوم.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الثاني لإطلاق الأول. ودليل البطان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الأحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الأحاد إلى مرتبة القرآن، أو إنزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الأحاد وكلاهما باطل، والمستلزم للباطل باطل.

والراجع في رأينا المتواضع

أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن بزيادة في حديث الأحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

- ١- النسخ في القرآن إغناء وحي سابق بوعي لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.
- ٢- الزيادة تجمع مع المزيد عليه وتفترق به، في حين أن الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقترنان.
- ٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب أن يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ مَآسُوا أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمُ وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ لِمَالِكِكُمْ قَلِيلًا مِّنْكُمْ﴾^(١١)، لم يفصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك أصبحا من الجمل فيهنما الرسول ﷺ^(١٢).

^(١١) سورة الحج ٧٧.

^(١٢) عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فدخل رجل فجلس على النبي ﷺ فقال للرجع فصل فانك لم تصل . فرجع فصلى كما صلى . ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل فارجع فصلى كما صلى . ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل . فقال والذي بعثك بالحق ما احسن غيره . فعلمني . فقال إذا قممت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ، ثم اعمل ذلك في الصلاة كلها . متفق عليه . نيل الأوطار ٢/٢٩٤.

المبحث الثاني

العام وصيغته، والتخصيص وأنواعه

تناول دراسة الموضوع في مطلبين زيادة للإيضاح ونحنه بمطلب ثالث يُخصص لدراسة النسخ والفروق الجوهرية بينه وبين التخصيص.

المطلب الأول

العام وصيغته

العام في اللغة بمعنى الشامل، يقال مطر عام أي شامل.

وفي اصطلاح الأصوليين عرف بتعريفات مختلفة في التعابير^(١) ولكنها متفقة على مضمون واحد وهو أن العام (لفظ)^(٢) موضوع لمعنى واحد، بحيث يشمل جميع ما من شأنه أن

^(١) ومن هذه التعاريف ما ورد في المراجع الأصولية الآتية:

قال ابن السكيت، جمع الجوامع وشرحه ١٣٩٨/١ (العام لفظ يستغرق الصالح له)، وقال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول ٢/١، ص ٥١٣ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد)، وقال الشاشي أصول الشاشي، ص ٣ (العام كل لفظ ينتظم جمعا من الأفراد، أما لفظا كقولنا مسلمون، وأما معنى كقولنا ﴿ من وما ﴾)، وقال الحلبي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد)، وهذا نفس تعريف الرازي. وقال الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، ص ٤٨ (العام استغراق ما تناوله اللفظ)، وقال الحسين - العالم الأصولي الزبيدي -، هداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول ١٩٤/٢ (العام الكلمة الدالة دفعة على جميع ما تصلح له بوضع واحد)، وقال ابن همام الدين، التحرير في أصول الفقه، ص ٦٢ (العام ما دل على استغراق مفهوم)، وقال بهادر، حصول المأمول من علم الأصول، ص ٨٧ (العام اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة واحدة)، وغير ذلك من مئات التعاريف التي لا فائدة في نقلها.

يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك)، ورغم أن علماء الأصول أرادوا بالعام ما ذكرنا، إلا أن تعارضهم له اقتصر على تعريف العموم اللغوي، ولم يتطرقوا للتوعين الآخرين (العرفي والعقلي) إلا بالنسب وفي غير محلها كما في عموم المتنصي ومفهوم الموافقة وعموم العلة، ولذا فإن التعريف الذي اقترح أن يؤخذ به هو (أن العام هو ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغة أو عرفاً أو عقلاً).

أقسام صيغ العموم:

تنقسم صيغ العموم إلى أقسام متنوعة باعتبارات مختلفة أهمها ما يلي:

أولاً - من حيث مصدر دلالتها على العموم تنقسم إلى اللغوية والعرفية والعقلية^(١١)

١- العام اللغوي: لفظ وضع لمنى (قدر) مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً، والأصناف إن كان نوعاً، والأفراد إن كان صنفاً، والأجزاء إن كان كلاً. ومن الصيغ الدالة على العموم على أساس الوضع اللغوي كل وجميع وكافة وعمامة وقاطبة ومعشر ومعاشر والرجال والنساء والأموال والأزمنة والأمكنة والمجرمون،

^(١١) أي غالباً ولا فقد يأتي العموم من غير لفظ كعموم المفهوم، في المسودة لآل تيمية، ص ٩٧ (لا صحابنا في ذلك ثلاثة أوجه، أحدها: أنه من عوارض الألفاظ فقط، والثاني من عوارض اللفظ والمعنى الفعني، والثالث من عوارضهما مطلقاً وهو أصح).

^(١٢) قال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج ١/٢، ص ٥١٦ (المفيد للعموم العام إما أن يقيد لغة أو عرفاً أو عقلاً، أما الذي يقيد لغة إما أن يقيد على الجمع أو على البدل، والذي يقيد على الجمع إما أن يقيد لكونه اسماً موضوعاً للعموم، أو لأنه الفترن به ما أوجب عمومه... إلى آخره). مزيد من التفصيل راجع هنا المرجع الذي يعتبر من أهم المراجع الأصولية المعتمدة.

وفي جمع الجوامع وشرحه ٤١٥/١ (قد يسم اللفظ حرفاً كالفحوى - مفهوم الموافقة بضمه الأوزل والمساردي نحو ﴿فَلَا تَقُلْ أَشْأَقِي﴾ سورة الإسراء، ٢٣. ﴿وَإِنَّ الَّذِينَ يَأْتُونَكَ بِبَأْسٍ كَرِيمٍ﴾ سورة النساء، ١٠. قبل نقلهما العرف إلى تحريم جميع الإيقاعات والإنلاقات، ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ سورة النساء، ٢٣. نقله العرف عن تحريم المعين إلى تحريم الاستمتاع بالقصود من النساء). وفي مسلم الثبوت وشرحه ٦٨٥/١، وإذا علل الشارع حكماً جملة بأن يقول الحرام لأنه مسكر عم في ما يوجد فيه تلك العلة بالقياس لا بالصيغة ومن الواضح أن القياس عملية عقلية.

وغير ذلك من الألفاظ التي حين وضعها أهل اللغة العربية راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، ومنها أسماء الشرط والموصولات.

٢- العام اللغوي: هو لفظ نقله أهل العرف الشرعي والقانوني أو غيرهما من معناه اللغوي

واستعمله في معنى اعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية. ومن الصيغ

الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ

يَأْكُلُونَ أَمْزَلَ آمَنًا لَمْ يَسْتَنْزِلُوا إِلَّا مَا يَكْفِيهِمْ نَارًا وَسَخَّرْنَا لَكُمْ رَبِّكُم مَّا فِيهَا

قُرْبَىٰ مِمَّا بَيْنَ يَدَيْكُمْ فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تَكْفُرْ﴾^(١٠٠)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْحَانِ وَاذْكُرُوا يَوْمَ أَنْ كُنْتُمْ رِجَالًا مِمَّا يَتَذَكَّرُ لَكُمْ يَوْمَ تَأْكُلُونَ

مِمَّا كَفَرْتُمْ بِآيَاتِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ يُغْنِي عَنْكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١٠١)، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْحَانِ إِلَّا أَنْ تُكُونُوا بِرِضًا مِمَّا بَيْنَكُمْ

وَاللَّهُ يَكْفُرُ عَنْكُمْ مِمَّا كُنْتُمْ تُخْفُونَ مِنَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُكْفَرُونَ﴾^(١٠٢)، فعادة (أكل) في هذه الآيات وغيرها معناها اللغوي واضح ولكن لم يرد

الشارح هذا المعنى اللغوي، وإنما أراد ما هو اعم منه بحسب العرف وهو أن كل إتلاف

لمال الغير وحقه وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي حرام على الإنسان كحرمه الأكل

بالمعنى اللغوي بدون إذن صاحبه وبدون حق.

٣- العام العقلي: وهو دوران الحكم مع علته وجوداً وعملاً، ومن صيغه كلمة (أف) في

قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا آتَىٰ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^(١٠٣) وهذه

الكلمة تبين لغة عن التضجر والاستفقال أو صوت بنين عن ذلك، ولكن الله لم يرد

هذا المعنى اللغوي عند أكثر علماء الأصول^(١٠٤)، وإنما أراد ما هو اعم منه عقلاً وهو كل

تصرف قولي أو فعلي من الولد يؤذي قلب والده ويمتسر تجاوزاً منه حدود الاحترام

والتكريم لهما. وجدير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من باب العموم

^(١٠٠) سورة النساء ١٠٠.

^(١٠١) سورة البقرة ١٨٨.

^(١٠٢) سورة النساء ٢٩.

^(١٠٣) سورة الإسراء ٢٣.

^(١٠٤) وحمل البعض لفظ (أف) على المعنى اللغوي المذكور وقاس عليه غيره من كافة التصرفات المؤذبة الأخرى في التحريم بجماع علة مشتركة وهي الإيذاء والأخذ بالعموم العقلي الله من القياس.

العقلي، والصيغ الدالة على العموم عقلاً هي التي تبرز عن علل أحكامها، فتدل دلالة عقلية على العموم أي على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهذا العموم يكون عادة في المجالات التي يجري فيها القياس^(١١)، فكل من القياس ومفهوم الموافقة والعام العقلي يعطي معنى واحداً وهو أن الحكم يتحقق متى تحققت العلة. ومن القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم يطبق في كل مجال تتحقق فيه علته ويوقف العمل به إذا تخلفت العلة، فهذا العموم يؤخذ من النص عن طريق العقل المستند إلى هذه القاعدة العامة^(١٢).

^(١١) فالمراد بالذبح والفضة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْوَيْسِقَ وَلَا يُؤْتُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنَتْ لَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ﴾ سورة التوبة ٣٤، هو كل عملة ورقية ومعدنية حلت محلها في التعامل الدولي والداخلي واكتسبت القوة الشرائية، ووجه هذا العموم أن عقل المجتهد أو القاضي يستنبط من هذه الآية الكريمة أن عملة تحريم الكنز هي المضررة الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالمصلحة العامة في المجتمع بسبب الكنز، ولا يختلف الذبح والفضة عن غيرها من كل عملة متداولة في جميع دول العالم في هذه العلة. ومن الجدير بالذكر أن العموم في مثل هذه المسألة يرجع إلى القياس عند بعض أو إلى مفهوم النص عند بعض، وكل من هذين الاتجاهين يرجع إلى العموم العقلي، لأن العقل يدرك العلة ويقضي بعموم الحكم أياً كانت التسمية. في التحرير لابن ممام، ص ٩٩ (إذا علل -أي الشارع- حكماً عم في مجالها بالقياس، وقيل بالصيغة).

^(١٢) اختلف الأصوليون في أن العموم هل هو صفة الألفاظ أو المعاني أو لا يوصف به أي منهما، ويمكن تلميح الخلاف في الآتي:

- أ- ذهب جمهور الأصوليين إلى أن (العموم من صفات الألفاظ وتوصف به حقيقة، ولا توصف به المعاني إلا مجازاً)، ورغم ذلك بنوا اتفاق اللفظ بالعموم على أساس معناه الذي يشترك كثيرون فيه أي مشترك معنوي.
- ب- وقال البعض (هو من صفات الألفاظ والمعاني معاً، فكما يصدق لفظ عام يصدق معنى عام، فالعموم مشترك معنوي بينهما -موضوع للشامل- أو مشترك لفظي لموضوع لكل منهما).
- ج- وقال البعض لا يوصف به أي منهما لا حقيقة ولا مجازاً، وقالوا (هذا القول ساطع وشاذ). جمع الجوامع وشرحه ١٠٣/١. نهاية القول ١٩٩/٢.

تقوم هذه الخلافات: إنها خلاقات عقيدة أساسها عدم وجود تعريف دقيق جامع شامل لجميع أنواع العموم كما ذكرنا، ثم أن هذا الخلاف لفظي أن لم يقصد به العموم اللقوي فقط لأن العموم في صيغ الجميع الدالة على العموم لغة صفة الألفاظ والمعاني معاً وفي غير صيغ الجميع أو ما في معناه مثل من وما صفة المعاني وكذا في العموم العربي وأما في العموم العقلي فليس صفة لا للألفاظ ولا للمعاني وإنما هو صفة العلية ودوران الحكم، فليس هذا قولاً شاذاً كما قالوا.

ثانياً - من حيث هيئتها وتركيبها تنقسم صيغ العموم اللغوي إلى عام بصيغته

ومعناه وإلى عام بمعناه دون صيغته^(١).

- ١- العام بصيغته ومعناه: هو كل ما كان لفظه من صيغ الجمع^(٢) سواء أكان جمع مذكر سالم^(٣) أم جمع مؤنث سالم^(٤) أم جمع تكسير^(٥) وسواء أكان جمع التوكير جمع القلة أو جمع الكثرة^(٦). فالعموم في هذه الصيغ صفة الألفاظ والمعاني معاً.
- ٢- العام بمعناه دون صيغته: عبارة عما عدا صيغ الجمع من الأسماء التي تفيد العموم لذاتها أو لغيرها، مثل الأسماء الموصولة وغيرها مما يأتي بيانها في التقسيم الآتي. فالعموم في هذه الصيغ وأمثالها وفي العموم العربي صفة المعاني.

وإن كان محل الخلاف واحداً كالعموم اللغوي في الصيغ اللغوية كما هو ظاهر من تماريهم. فالخلاف لا يتسم بالدقة والواقعية. وهذه الخلافات الأصولية وأمثالها رغم كونها من دقائق الأفكار ومن مشكلات الأذهان ومن التعمق في المعاني والمباني، إلا أنها عملياً الانتشال بها من ضيق الوقت العالي في حياة الإنسان الغالي.

^(١) في كشف الأسرار مع أصول الزدوي ٣٠٩/١ (ألفاظ العموم فسمان، عام بصيغته ومعناه، عام بمعناه دون صيغته، أما العام بصيغته ومعناه فهو صيغة كل جمع مثل الرجال والنساء والمسلمين، أما صيغته فموضوع للجمع، وأما معناه فكذلك، وذلك شامل لكل ما ينطلق عليه، وأدنى الجمع ثلاثة، وأما العام بمعناه دون صيغته فأنواع... إلى آخره)، راجع هذا المرجع المعتمد لمزيد من التفصيل.

^(٢) في البرهان لإمام الحرمين ٤٣٩/١ (قل الجمع ثلاثة)، وهذا المقعب يمزى إلى ابن عباس وابن مسعود والأخوان عند ابن عباس لا بمحجان الأم من التثنية إلى السدس لأن المذكور في كتاب الله (الأخوة)، فقال الله تعالى ﴿إِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلْيَأْتِيَهُمْ مِّنْهُنَّ﴾. سورة النساء، ١١، وقال بعض الأصوليين (قل الجمع الثتان)، وبه أخذ جمهور الفقهاء.

^(٣) جمع المذكر السالم (ما دل على أكثر من اثنين من العقلاء أي من هو أهل للعقل ولو كان مجنونا بإضافة واو ونون رفعاً وياه ونون نصباً وجراً، ولم تشير صورة مفردة مثل مجتهدون ومجتهدتين.

^(٤) جمع المؤنث السالم هو (كل اسم مجموع بزيادة ألف وتاء في آخره ولم تشير صورة مفردة، مثل طالبات).

^(٥) جمع التكسير هو (ما دل على أكثر من اثنين وتشيرت صورة مفردة عند الجمع مثل رجال).

^(٦) جمع التكسير فسمان، جمع القلة مثل أنهر وهو (ما دل على عدد من ثلاثة إلى تسعة)، وجمع الكثرة مثل الأنهار وهو (ما دل على عدد من ثلاثة إلى ما لا نهاية) راجع الشامل، معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها، ص ٣٥١ و ٥١٨.

وأما في العموم العقلي فليس صفة للألفاظ ولا للمعاني ، وإنما هو صفة العلة ودوران الحكم معها.

ثالثاً - من حيث الاستعمال تنقسم صيغ العموم إلى ثلاثة أقسام:

١- قسم يستعمل لذوي العقول (الإنسان) ولا يستعمل لغيرهم إلا قليلاً^(١١). ومن هذا

القسم (من) و(الذين) و(اللاتي) ، كما في قوله تعالى ﴿ مَنْ حَمَلَ صِغْلًا فَلْيَفْسِدْهُ. وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ ﴾^(١٢) . وقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِرَّكُمْ وَيَدْعُونَ إِلَىٰ تَوْبَتِكُمْ وَأُتِيَهُم بَأْسُهُمْ بِيَوْمِهِمْ فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾^(١٣) . وقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ ﴾^(١٤) . وقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ ﴾^(١٥) . وقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ ﴾^(١٦) .

أَقْبَلْنَاكُمْ فَلَا تَتَّبِعُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا^(١٧) . وكما في (٤٧م) من قانون العقوبات العراقي (بعد فاعلاً للجريمة من ارتكبتها وحده أو مع غيره) ، وقد يستعمل لفظ (من) للمعاقل وغيره مما كما في قوله تعالى ﴿ وَفِي بَيْتِهِمْ مِنَ الشَّجَرِ الْأَرْضِ ظُلُمًا ذَرِيًّا ﴾^(١٨) .

٢- قسم يستعمل لغير ذوي العقول أي للكائنات الحية ما عدا الإنسان وللجمادات ،

ولا يستعمل لذوي العقول إلا قليلاً^(١٩) . مثل (ما) كما في قوله تعالى ﴿ هُوَ الَّذِي

^(١١) كما في قول الشاعر

أَسْرَبَ الْفَطَا هَلْ مِنْ بَعِيرٍ جَنَاحَهُ لِعَلِيٍّ إِلَىٰ مِنْ قَدْ هَوِيَ أَطِيرُ

والهزجة في هذا البيت للتداء ، والسرب: القطيع من كل شيء ، والفتاة: جمع فتاة وهو طائر محجم الحمام.

^(١٢) سورة فصلت ٤٦ .

^(١٣) سورة البقرة ٢٣٤ .

^(١٤) سورة النساء ٣٤ .

^(١٥) سورة الرعد ١١٥ .

^(١٦) كما في قوله تعالى ﴿ تَأْتِيكُمْ أَنَاكَابٌ لَكُم مِّنَ السَّمَاءِ مَتْنٌ وَكُلْتُمْ وَيُؤْتِي عِيسَىٰ السُّورَةَ النَّاسِ ٣ .

خَلَقَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ جِجِيَعًا^(١). وكما في (م ١/٧٥٠) من الفسائون المسني العراقي (على الموجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في الموجر أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه).

٣- قسم يستعمل للوي العقول وغيرهم من الكائنات مثل (أي) و(كل) و(جميع)، ومن استعمال (أي) للوي العقول قوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ لِيَعْلَمَ بِمَا تَكْفُرُونَ﴾^(٢)، ومن استعمالها لغير ذوي العقول قوله تعالى ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾^(٣)، وقد وردت كلمة (أي) لكليهما في (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر)^(٤).

رابعاً - من حيث الظرفية والحال:

تنقسم صيغ الموم إلى عموم الزمان مثل متى ومتى ما، أو عموم المكان مثل أين وأينما، أو لعموم الأحوال مثل كيف وكيفما.

خامساً - من حيث نكتية وعرضية الصيغ في الدلالة على العموم:

تنقسم إلى الدالة على العموم لذاتها، وإلى الدالة لغيرها.

القسم الأول: الصيغ التي تدل على العموم لذاتها.

الصيغ التي تدل على العموم لذاتها كثيرة ومنها أسماء الشرط والأسماء الموصولة والأسماء المؤكدة.

^(١) سورة البقرة ٢٩. في الإحكام للامدي ٥٥/٢ (صيغ الموم إما عامة فيمن يعقل وما لا يعقل جمعا وإفرادا). ومن الجدير بالإشارة أن كلا من (من) و(ما) يستعمل للمذكر والمؤنث والجمع والثنائية والفرد.

قال ابن مالك: ومن وما وأل تساوي ما ذكر

وهكذا ذو عند طي قد شهر

^(٢) سورة الملك ٢.

^(٣) سورة لقمان ٣٤.

^(٤) فكلمة (أي) في هذه المادة تارة استعملت لذوي العقل وهو أحد الزوجين وأخرى لغيره وهو الإجراء.

١- أسماء الشرط

هي التي تتضمن معنى الشرط وهي تنقسم إلى اسم مبهم ، وظرف زمان وظرف مكان.

أ- من أسماء الشرط المبهمة الدالة على العموم لفظاتها (من)^(١١١) و(ما) الشرطيتان^(١١٢)، كما في قوله تعالى ﴿ **مَنْ يَمَسَّ سَومًا يَجْزَ بِهٖ** ﴾^(١١٣) وقوله تعالى ﴿ **وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَسْكُنْهُ اللَّهُ** ﴾^(١١٤)، وكما في (م ٤٠٥) من قانون العقوبات (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

ب- أسماء الشرط لعموم الزمان مثل (متى).

ج- أسماء الشرط^(١١٥) لعموم المكان مثل (أينما). كما في قوله تعالى ﴿ **أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بَرٍّ مَجِيدٍ** ﴾^(١١٦).

د- وقد تأتي أسماء الشرط لعموم الأحوال كما في قوله تعالى ﴿ **يَسْأَلْكُمْ حَرْبٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْبَكُمْ أَنْ يَشْقَى** ﴾^(١١٧) أي كيف شتمت في جميع الأحوال^(١١٨)، وليس لعموم المكان

^(١١١) في البرهان لإمام الحرمين ٣٦٠/١ (من بين الألفاظ المبهمة وهي إحدى صيغ العموم في المتضاه الاستفراق إذا وقع شرطا، ويتناول الذكور والإناث، ونعيب إلى هذا أهل التحقيق من أرباب اللسان والأحوال، ولا خلاف أن (من) إذا أطلق بهما شرطا لم يختص بذكر أو أنثى وجمع أو وحدان، وهذا مستسر في الألفاظ الشرعية وألفاظ المتصرفين في الحلول والعقود والأيمان والتعليقات، وهو الجبازي في نظم ذوي العادات). متفق عليه في وضع اللفات.

^(١١٢) فنعقد بجزم كل منهما فعلمين على أساس أن أحدهما شرط والأخر جواب شرط.

^(١١٣) سورة البقرة ١٢٣.

^(١١٤) سورة البقرة ١٩٧.

^(١١٥) في السودة لآل تيمبه، ص ١٠١ (من أعلى صيغ العموم الأسماء التي تقع أدوات في الشرط وهي تنقسم إلى ظرف زمان ومكان واسم مبهم يختص بمن يعقل، واسم يختص بما لا يعقل، فكل اسم وقع شرطا عم متضاه، فإذا قلت (من أتاني أكرمه) عم كل آت من العقلاء، وإذا قلت (متى جئت أكرمك) عم كل زمان، وإذا قلت (حيثما أتيتني أكرمك) عم كل مكان.

وقال الأشموني على النبية ابن مالك ١٠/٤ (أسماء الشرط في حلق ما ثلاثة أنواع، نوع لا يهزم إلا مقترنا بها وهو حيث وإنا، ونوع لا يلهته ما وهو: من وما ومهما وأنى، ونوع يجوز فيه الأمران وهو أي ومتى ولئن وأيان).

^(١١٦) سورة النساء ٧٨.

^(١١٧) وكما في قول الشاعر:

بدليل كلمة (حرث)، وبدليل الآية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى ﴿ فَأَعْتَبْنَا فِي الْآيَةِ فِي الْمَجِيئِ وَلَا تَقْرُؤُهُمْ حَتَّىٰ يَتْلُوهُمْ فَإِذَا تَعَلَّمُوا فَأَوْهُمْ مِنْ حَيْثُ أَمَرْتُمْ اللَّهُ ﴾^(٣١).

٢- الأسماء الموصولة^(١)

الموصولات من صيغ العموم سواء كانت الصيغة على هيئة الجمع أو التثنية أو المفرد، ومن هذه الصيغ:

أ- من: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تكون موصولة مفيدة للعموم^(٢) كما في قوله تعالى ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٣) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٤) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٥) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٦) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٧) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٨) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(٩) وَآيَةُ الْآيَةِ: ﴿ قَاتِلْ مَنْ طَغَىٰ ﴾^(١٠)

مهما تكن عند امرئ من خليفة- وإن خالها تحصي على الناس تعلم
فعل (يكن) هنا تامة، خليفة أي طيبة.
^(١١) سورة البقرة: ٢٢٣.

^(١٢) أي قياما وقعودا أو اضطجاعا ومن الخلف في قبلها لا في دبرها، فهذا الذي اجتمع علماء المسلمين عليه، لكن اشبه الأمر على بعض الناقلين فنلظ عليهم الفالط البح الفلظ وأتبعه، وفسره بعمل قوم لوط.
وقد قال تعالى ﴿ فَأَوْهُمْ مِنْ حَيْثُ أَمَرْتُمْ اللَّهُ ﴾^(١٣) سورة البقرة: ٢٢٢. فما جاء في كتاب اختلاف الفقهاء للطبري من أن الشافعي أباح الواطئة مع الزوجة خطأ وخلط وسوء فهم.
^(١٤) سورة البقرة: ٢٢٢.
^(١٥) قال ابن مالك:

وموصول الأسماء الذي الأشي التي	والياء إذا ما شيئا لا تبيت
بيل ما تليه أوله العلامة	والنون أن تشدد فلا ملامة
والنون من ذهن وثين شلدا	أهضا وتوضيئ بذلك قصما
جمع السذي الأل السذين مطلقا	وبعضهم بسالوار رفعا نطقا
بساللا واللاسي التي قد جمعا	والسلا كالذنين نزرأ وقعا
ومن وما وال نساوي ما ذكر	وهكفا ذو عند طسي قد شهر

^(١٦) وهي ترد شرطية كما ذكرنا، واستهائية وموصولة وتكرة موصوفة. وفي المسودة، المرجع السابق، ص ١٠٠ (لكل اسم معرفة ذي أفراد يفيد العموم فيتدرج فيه العلم الجنسي والإشارة إلى عدد، والمضمرات الجامعة والموصولات والمرقات باللام بالإضافة من الجموع وأسماء الجموع).

مَنْ حَاتَ مَقَامَ رِيٍّ. وَنَهَى أَنْفَسَ عَنِ الْقَوْلِ ﴿١١﴾ إِنَّ أَلْبَنَةَ هِيَ السَّائِرُ ﴿١٢﴾. وكما في القاعدة القانونية (الدولة وارثة لمن لا وارث له).

ب- ما: وهي كما تكون اسم شرط تنفيذ العموم كذلك تنفيده إذا كانت موصولة كما في قوله تعالى ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَلَا تَقْرَأُوا مِنْهُ عِنْدَ حَبِصَتِهِ﴾^(١١) وكما في (٣/١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (يدون ما تضمنت البيان في السجل ويوقع بإمضاء العقادين أو بصمة إيهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج).

ج- (أي) و(أية)^(١٢) كما في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَىٰ كَمَا لِلرِّجَالِ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١٣) وقوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَعَلْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ رِيسَةً لِّمَا يَسْتَبْهَرُونَ إِنَّهُمْ لَخَسِرَ عَمَلًا﴾^(١٤). وكما في (٣/٤٧م) من قانون العقوبات (يعد فاعلاً للجريمة من دفع بأية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب)، و (٣/٤٨م) (يعد شريكاً في الجريمة من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة، مع علمه بها أو ساعده عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المنعمة لارتكابها).

د- غير ذلك من بقية الأسماء الموصولة وهي تنفيذ العموم لذاتها ما لم يقم دليل على

^(١١) سورة النازعات ٣٧-٤١. ومن الجدير بالذكر أن أكثر الأسماء الموصولة تسم الذكور والإناث، وكذلك كل لفظ عام لا يخص الرجال فقط أو النساء فقط بعم الجميع. قال الرازي، المحصول ٥٩٩/١ (اللفظ الذي يتناول الذكر فقط، أو الموث فقط لا يشمل الآخر، فلفظ الرجال لا يشمل الإناث، كما أن لفظ النساء لا يشمل الذكور إلا بقرينة، وما عدا ذلك يشمل ما لم تكن قرينة على خلافه مثل (من وما).

^(١٢) سورة طه: ٨١.

^(١٣) أي يفتح الهمزة وتشديد الباء، تستعمل للمذكر والمؤنث والفرد والجمع وذو العقل وغيره، مثل ما قال ابن مالك:

أي كما وأعربت ما لم تعطف وصلوا وصلها ضمير المخدوف

أي ترفع بالضم وتنصب بالفتحة ونجر بالكسرة حسب القام، أما إذا أضيفت وحذف الضمير الموجود من صلتها تكون مبنية، وهي من الأسماء المهمة يزيل غموضها وإيهامها شيطان، المضاف اليه وصلته.

^(١٤) سورة النساء: ١١.

^(١٥) سورة الكهف: ٧.

خلاف ذلك^(١). وكما في (م ٨٥٤) من القانون المدني (يجوز للمستعير أن يودع العارية في كل موضع يملك فيه الإعارة، فإن هلكت عند الوديع بلا تعديه فلا ضمان، ولا يجوز له الإيداع في جميع المواضع التي لا يملك فيها الإعارة، فإن أودعها فهلكت عند الوديع فعلى المستعير ضمانها)^(٢).

٣- الأسماء المؤكدة:

مثل جميع واجمع وأجمعون وجمعاء واكتح وكافة وقاطبة وكل.
ومن الجدير بالذكر أن الأصوليين فرقوا بين هذه الصيغ الثلاث (كل، جميع، من)-رغم اتفاقهم على أنها تنفيذ العموم- بالميزات الآتية:

أولاً: كلمة (كل) تنفيذ العموم والإحاطة على سبيل الانفراد، فإذا أضيفت إلى التكررة توجب العموم فيها بإحاطة أفرادها كما في (م ١/١٥٧) من قانون العقوبات (يعاقب بالإعدام كل مواطن التحق بأي وجه بصغوف العدو أو القوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع العراق). أي كل فرد من أفراد المواطنين ما لم يقد دليل على خلاف ذلك. وكما في (م ٨٠) في المدني الأردني (كل شهادة تضمنت جر مضمّن للشاهد أو دفع مفرم عنه ترد)، وإذا أضيفت إلى المعرفة تنفيذ عموم الأجزاء، كأن يقال (كل الكتاب مطلوب في الامتحان) أي كل جزء من أجزائه وكل موضوع من مواضعه^(٣).

ثانياً: صيغة (جميع) عامة مثل (كل) إلا أنها توجب العموم والإحاطة بصفة الاجتماع قصداً دون الانفراد، كأن يقال (على جميع العراقيين الدفاع عن بلدهم) أي عليهم القيام بهذا الواجب على سبيل الاجتماع لا على سبيل الانفراد.

ثالثاً: لفظة (من) تنفيذ العموم دون أن يؤخذ بنظر الاعتبار الانفراد أو الاجتماع، فالقاضي يحكم على القاتل المتعمد المتعمدي بالسجن المؤبد أو الموقت وفق (م ٤٠٥) من قانون

^(١) يرى البعض كالسمرقندي، ميزان الأصول، ص ٢٧٣ (أن الأسماء الموصولة - التي تسمى الأسماء المهمة - لأنها لا تنهه بذواتها وإنما تنهه بصلاتها، تكون عامة بنيتها أي بصلتها وعلى سبيل المثال قول رسول الله ﷺ من دخل دار أبي سفيان فهو آمن)، أخرجه أبو داود، باب ما جاء في خبر مكة ١٦٠/٣، إنما يعم بمعومه صلته وهي الدخول فكانه قال (الدخول في دار أبي سفيان آمن).

^(٢) في هذه المادة ثلاث صيغ للعموم وهي: (كل موضع) و (فلا ضمان) و (جميع المواضع).
^(٣) لفظ كل في اللغة وضعت للإحاطة، فإن دخل على التكررة يحيط بجميع الأفراد من جنسها وهي تستلزم العموم، وإذا دخل على الفرد المرف بتفضي إحاطة الأجزاء فيوجب عموم أجزائه لا عموم الأفراد.

العقوبات العراقية (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) سواء ارتكب القتل وحده أم مع شريك آخر، فصفة الانفراد أو الاجتماع لا تأثير لها على أصل العقوبة ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك، ويترتب على اختلاف هذه الصيغ الثلاث للمعوم في الميزات المذكورة الاختلاف في بعض الآثار المترتبة على استعمال إحداها دون الأخرى، وعلى سبيل المثال:

أ - إذا قال قائد معركة لعشرة (مثلاً) من جنوده (كل من احتل منكم الموقع كفا للعدو أولاً فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فلكافة تكون للأول، وإذا احتلوه معاً دون التعاقب يستحق كل واحد منهم عشرة آلاف، لأن لفظ (كل) يفيد المعوم على سبيل الانفراد، فيوجب تناول كل واحد على الانفراد كأنه ليس معه غيره.

ب - وإذا قال لهم (جميع من احتل منكم هذا الموقع أولاً فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فالمبلغ للأول منهم، وإذا استولوا عليه معاً وزع بينهم المبلغ بالسوية فلكل واحد منهم ألف دينار، لأن لفظ (جميع) يفيد المعوم على سبيل الاجتماع دون الانفراد فيصير باعتباره جميع الداخلين كشخص واحد في أنهم أول فله المبلغ بالاشتراك والمساواة.

ج - وإذا قال لهم (من احتل منكم أولاً هذا الموقع للعدو فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب يكون المبلغ للأول، وإذا احتلوه معاً فلا يستحقون شيئاً، لأن كلمة (من) بدون (كل) لا توجب الإحاطة فصلاً^(١١).

^(١١) لمزيد من التفصيل، راجع كشف الأسرار مع أصول البيزوي ٣٢٨/٢ - ٣٣٠.

وفي شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار للشيخ علاء الدين المحصفي مع نسمات الأسرار لابن عابدين، ص ٥٦ (وكل عامة بمعناها لأنها للإحاطة ولكن على سبيل الانفراد فيتناول كل فرد أصالة، وإذا وصلت كل بما الصدورية أوجب الأفعال، وكلمة (الجميع) توجب إحاطة الأفراد على سبيل الاجتماع).

وفي أصول السرخسي ١٥٨/١ (وكلمة الجميع بمنزلة كلمة كل في أنها توجب الإحاطة، ولكن على وجه الاجتماع لا على وجه الأفراد، حتى لو قال - جميع من يدخل منكم الحصن أولاً فله كذا -، فدخل عشرة معاً استقوا نقلاً واحداً، بخلاف قوله - كل من دخل -، لأن لفظ - الجميع - للإحاطة على وجه الاجتماع، وهم سابقون بالدخول على سائر الناس وكلمة - كل - للإحاطة على وجه الأفراد، فكل واحد منهم كالمفرد بالدخول سابقاً على سائر الناس ممن لم يدخل).

القسم الثالث: الصيغ التي تفيد العموم بغيرها.

ما ذكرناه من الصيغ كانت دلالتها على العموم لذاتها، وهنا صيغ أخرى تفيد العموم بوساطة ما ينضم إليها من (أل) الاستفراق، أو الإضافة إلى المعرفة أو الوقوع في حيز النفي أو النهي أو الشرط أو وصف عام أو غير ذلك، ومن هذه الصيغ ما يلي:

أ- **الجمع المهلى بأل الاستفراق** سواء كان جمع مذكر سالماً أو جمع مؤنث سالماً أو جمع تكسير، ومن جمع المذكر السالم صيغ (الكاطمين، العافين، المحسنين) في قوله تعالى ﴿ **الَّذِينَ يُضْفِرُونَ فِي أَثَرَاءِ وَأَصْرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي الْأَسْجَارِ وَأُولَئِكَ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقُرْبَانُ** ﴾^(١١)، ومن جمع المؤنث السالم (المحصنات) في قوله تعالى ﴿ **وَالَّذِينَ يَزِينُونَ لِحُجْرَتِمْ أَزْوَاجَهُنَّ مُتَبَدِّلِينَ وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ وَلَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيَحْبُونَ** ﴾^(١٢)، ومن جمع التكسير (الرجال والنساء) في قوله تعالى ﴿ **الرِّجَالُ نَجِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَجِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَجِيبًا مِمَّا تَرَكَ** ﴾^(١٣).

ولقد تضمنت (م ١١١٥) من المدني العراقي الأنواع الثلاثة (البحيرات، الأنهر، المجاورين)، فصحت على أن (الأرض التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر تكون ملكاً خاصاً للدولة، وللمجاورين حق أخفها بيدل الثل)، وغير ذلك من الأمثال^(١٤).

^(١١) سورة آل عمران ١٣٤.

^(١٢) سورة النور ٤.

^(١٣) سورة النساء ٧.

^(١٤) في التمهيد للإسنوي، ص ٣١٠ (الجمع إذا كان مضافاً أو محلى بأل التي ليست للمعهد بعم عند جمهور الأصوليين إذا لم تقم قرينة على عدم العموم)، وفي التبصرة، ص ١١٨ (لساء الجموع إذا تجردت عن الألف واللام لم تقتض العموم). وتأتي آل للمعاني الآية:

للاستفراق كما في الأمثلة المذكورة وللمعهد الذكري - كما في الرسول ﷺ - في قوله تعالى ﴿ **إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَيْكَ رَسُولًا قَدْ خَلَوْا مَا أَرْسَلْنَا إِلَى رِجْسٍ مِّنْ رَّسُولٍ لَّا يُنْفِقُونَ إِلَّا قَلِيلًا مِّنْ دُونِهَا** ﴾ سورة المزل ١٥-١٦، وللمعهد الذهني مثل (جاء القاضي) إذا لم يكن هناك إلا قاض واحد، وللماعبة والحقيقة مثل (الذعب خير من الفضة).

ب- الجمع المضاعف إلى المعرفة: مثل (أولادكم) في قوله تعالى ﴿يُؤَيِّدُكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ (تعداد أسرار الغائب أو المفقود إليه عند حضوره).

ج- الصفة المعرفة بأل الاستفراق: مثل (الزانية والزاني) في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَانقِلُوا عَلَٰنَتِهِمَا يَا مَعْزُومِي﴾^(١١١)، ومثل (السارق والسارقة) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا ذِكْرًا مِّنْ أَعْيُنِ النَّاسِ﴾ (الحاكم) في قول الرسول ﷺ ((إنا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران))، وغير ذلك.

د- المفرد المضاعف إلى المعرفة: مثل (مطل الفني) في قول الرسول ﷺ ((مطل الفني ظلم))^(١١٢)، ومثل (نفقة الزوجة) في (م ١/٢٤)^(١١٣) (تعتبر نفقة الزوجة غير الناشئ ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق)^(١١٤).

^(١١١) سورة النساء: ١١.

^(١١٢) راحة القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

^(١١٣) سورة النور: ٢.

^(١١٤) سورة المائدة: ٣٨.

^(١١٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢. وفي رواية (لي الواجد ظلم يحمل عرضه وعقوبته)، أي يجوز ذكره بما يدل على الذم وعقوبته إلى حبه. أخرجه الإمام أحمد من حديث عمرو بن الشريد ٢٢٢/٤.

^(١١٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

^(١١٧) في روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١١٦ (ألفاظ المصوم خمسة، الأول كل اسم عرف بالألف واللام لغير المصوم، وهي ثلاثة أنواع، الأول ألفاظ المجموع والثاني أسماء الأجناس، وهو ما لا واحد له من لفظه كالتناس والحيوان والماء، والثالث لفظ الواحد كالسارق والسارقة والزانية. وفي القسم الثاني: من ألفاظ المصوم ما أضيف من هذه الأنواع الثلاثة إلى معرفة. والقسم الثالث: أدوات الشرط كمن يسمن يعقل، وما فيما لا يعقل، وأي في الجمع، وأمين وأيمان في المكان، ومنى في الزمان ونحو... والقسم الرابع: كل وجميع. وفي القسم الخامس: النكرة في سياق النفي. في قواعد الصلاة ٢٦٨/١ (الاسم المطلق بأل والمضاعف والمفرد والمضاعف للمصوم في الأصح).

هـ- النكرة إذا وقعت في إحدى الحالات الآتية^(١١)

١- إذا وقعت في حيز النفي^(١٢) مثل (ضرر، ضرار، نكاح، وصية) في هذه الأحاديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(١٣)، (لا نكاح إلا بولي)^(١٤)، (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(١٥)، ومثل (جريمة، عقوبة) في (م ٢١ب) من الدستور العراقي المؤقت (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون).

٢- إذا وقعت في حيز النهي مثل (قوم، نساء) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ مَأْتُوا لَا يَخْفَرُونَ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا يَسْأَلُونَ عَسَى أَنْ يَكُنْ خَيْرًا مِنْهُمْ﴾^(١٦).

٣- إذا وقعت في حيز الشرط^(١٧) مثل (فاسق) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ مَأْتُوا إِنْ جَاءَ كَرَاهِيَةً لِنِسَاءٍ فَتَشِيئُوا أَنْ تُبَيِّرُوا قَوْمًا بِمَهَلِهِمْ فَتَصْهِرُوا عَلَنَ مَا قَلَّمْتُمْ نَدِيمِينَ﴾^(١٨)، في هذا النص القرآني توجه مهم إلى المحققين والقضاة، وبصورة خاصة في القضايا الجنائية فليعلم أن يتحلوا بالصبر والتأني والنزاهة، وعدم التسرع في اتخاذ الإجراءات غير السليمة المستندة إلى أخبار المخبرين الفاسقين، فمن الضروري عدم الاعتماد على كل تقرير يقدم إلى الجهات المسؤولة إلا بعد التأكد من صحته بأدلة وقرائن أخرى.

ومثل (أحد) في قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ

^(١١) التكرير في غير الحالات المذكورة بنيد التوحيد، فتبين نكرة لا تدل على ما زاد على واحد، فقال (رأيت رجلاً).

^(١٢) في التمهيد، ص ٣١٨. النكرة في سياق النفي تعني سواء باسرها النفي مثل (ما أحد قائماً)، أو باسرها عاملها مثل (ما قام أحد)، وسواء كان التالي (ما) أو (لم) أو (لن) أو (ليس) أو غيرها، وإن الاسم إذا كان مبنيًا على الفتح كان ناصاً في العموم مثل (لا أحد في الدار)، وفي المحصول للرازي، ٥٦٤/١ (لو لم تكن النكرة في النفي للعموم لما كان قولنا (لا إله إلا الله) نفيًا لجميع الأكلة سوى الله تعالى).

^(١٣) تقدم مخزبمه. المراد النهي عنهما لا نفيهما لوقوعهما.

^(١٤) تقدم مخزبمه.

^(١٥) تقدم مخزبمه.

^(١٦) في التمهيد، ص ٣٢٤ (النكرة في سياق الشرط تعني والمراد بالشرط هو الشرط اللغوي أي الجملة المصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (أن) و(إذا)).

^(١٧) سورة الحجرات ٦.

كَلِمَ أَنْفُوئُذْ أَلْفِيئُهُ مَأْمَنُذْ ذَالِكْ يَأْتِيَهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١١﴾

٤- إذا وصفت بوصف عام مثل (قول وصدقة) كل منهما موصوف بالصفة التي تليها في قوله تعالى ﴿ قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَدَىٰ وَأَلْفَةٌ عَيْنٌ جَلِيَّةٌ ﴾^(١١).

٥- إذا وقعت في سياق الاستغمام الذي هو للإنكار مثل قوله تعالى ﴿ هَلْ تَقْتُلُوهُ سَيِّئًا ﴾^(١٢)، وقوله تعالى ﴿ وَكَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُم مِّن قَرْنٍ هَلْ يُخَشِئْتُهُمْ مِّنْ أَسْلُوَازٍ تَسْعَ لَهُمْ رِكْرًا ﴾^(١٣).

الخاص المراد به العام:

الخاص المراد به العام قد يكون النص خاصاً في صياغته ولكنه عام في حكمه، كالخطاب الموجه إلى النبي ﷺ المراد به كل إنسان متزوج يريد أن يطلق زوجته في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِيَدَّبَّرْتُمْ ﴾^(١٤)، أي وقت عدتهن بان تبدأ العدة بعد الطلاق مباشرة استبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالزوجة المطلقة بسبب تأخر عدتها، وهذا الوقت هو أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه فيه فلا يطلقها في الحيض أو في النفاس أو في طهر يماسرها فيه ثم يطلقها، لأن هذه المعاشرة قد تؤدي إلى تكوين الجنين الذي يكون مصدر ضرر إذا نشأ تحت رعاية غير الأب، أو قد يؤدي الحمل إلى الندم في الطلاق، كما أنه يؤخر عدة الزوجة حيث عليها التريص حتى تضع الحمل.

^(١١) سورة التوبة ٦.

^(١٢) سورة البقرة ٢٦٣.

^(١٣) سورة مريم ٦٥.

^(١٤) سورة مريم ٩٨. الركن: الصوت الخفي. أي استأصلناهم بالهلاك جميعاً حتى لا يرى منهم احد ولا يسمع له صوت خفي.

^(١٥) سورة الطلاق ١. في تفسير القرطبي ١٨/١٥٠ (من طلق في طهر لم يجماع فيه نفذ طلاقه وأصاب السنة، وان طلقها حائضاً نفذ طلاقه وأخطأ السنة، وقال بعض الفقهاء - كالمحقرية - لا يقع طلاق الحائض استناداً إلى هذه الآية.

ومن قبيل الخاص المراد به العام قوله تعالى ﴿لَيْنَ أَشْرَكْتُمْ لِيَحِبَبَنَّكُمْ﴾^(١١) وقوله تعالى ﴿وَلَا تُكْفِرَنَّ بِالْكَافِرِينَ حَتَّىٰ حُكِمَ﴾^(١٢)، وغير ذلك من كل نص خاص في الخطاب وعام في الحكم.

طبيعة دلالة العام

هل دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الأفراد ظنية أو قطعية؟

أ- لا خلاف في قطعية دلالة عند وجود قرينة دالة عليها كما في قوله تعالى ﴿لِيَسْمُرُوا أَنَّ أَفَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَوِيرٌ وَأَنَّ أَفَّهَ قَدْ أَسْلَطَ بِكُلِّ شَيْءٍ ظُلْمًا﴾^(١٣).

فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على أن الله قادر على كل شيء. يمكن وعالم بكل شيء بقرينة وأن خلاف ذلك نقص له تعالى وهو منزه عن كل نقص.

ب- لا خلاف في قطعية دلالة على ما يندرج تحته من الحد الأدنى وهو ثلاثة أو اثنان على الخلاف في اقل الجمع^(١٤).

ج- لا خلاف في ظنية دلالة بعد التخصيص، فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد إخراج البعض بالتخصيص ظنية، لأن بابه قد فتح فيحتمل تخصيصها آخر^(١٥) إنما الخلاف فيما عدا تلك الحالات كالآتي:

١- قال جمهور العلماء من الأصوليين والفقهائ (أن دلالة ظنية لأنه ما من عام إلا وهو قابل للتخصيص، وإخراج بعض أفراد من الحكم بدليل شرعي ما لم يتم دليل على خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة)^(١٦).

^(١١) سورة الزمر ٦٥.

^(١٢) سورة النساء ١٠٥.

^(١٣) سورة الطلاق ١٢.

^(١٤) في التبصرة لأبي إسحاق الشيرازي، ص ١٢٧ (الجل للجمع ثلاثة، ومن أصحابنا من قال اثنان). في البرهان لإمام الحرمين ٣٤٨/١ (قد اضطرب رأي العلماء في اقل الجمع منهم، قال ثلاثة وهذا يعمى إلى ابن عباس وابن مسعود ولم يتقل عنهما تخصيص، لكن قال ابن عباس أن الأخوين لا يجهبان الأم من الثلث إلى السدس لأن المذكور في كتاب الله الأخوة).

^(١٥) وفي أصول الفقه لأبي اليسر عابدين ٦٤/١ (العام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً حتى يجوز نسخ الخاص به، فإن خلفه خصوص معلوم أو مجهول لا يبقى قطعياً لكن لا يسقط الاحتجاج به).

٢- وقال البعض وفي مقدمتهم الحنفية (أن دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه على أن الحكم ثابت لجميع أفراده دلالة قطعية لأنه وضع ليبدل على ذلك، والمدلول لازم لداله، فأينما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية ما لم يتم دليل على خلاف ذلك)^(١٧).

ثمرة الخلاف

يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الآتية:

^(١٧) في جمع الجوامع وشرحه ١٠٧/١ (دلالة العام على اصل المعنى من الواحد فيما هو غير جمع، والثلاثة أو الأثنين فيما هو جمع قطعية، وهو عن الشافعي وعلى كل فرد بخصوصه ظنية وهو من الشافعية لاحتماله للتخصيص وان لم يظهر لخصيص لكثرة التخصيص في المسموات).
وفي كشف الأسرار على أصول البيهقي ٣٠٤/١ (اختلف في موجب العام، فعند الجمهور من الفقهاء والمكلمين موجه ليس بقطعي، وهو منقب الشافعي، واليه ذهب الشيخ أبو منصور ومن تابعه من مشايخ سمرقند).

وفي مسلم الثبوت وشرحه ٢٦٥/١ (موجب العام قطعي عندنا، فلا يجوز تخصيصه إذا وقع في الكتاب بخبر الواحد لكونه ظني الثبوت ولا بالقياس لكونه ظني الدلالة، وأكثر من الشافعية والمالكية وبعض متأكلامي أبي منصور المتربدي على انه ظني محتمل للخصوص احتمالاً صحيحاً عرفاً ناشئاً عن دليل).

^(١٨) في مسلم الثبوت ٢٠٠/١ (يجوز تخصيصه وان كان في الكتاب بخبر الواحد والقياس). (موجب العام قطعي، فلا يجوز تخصيصه بخبر الواحد، ولا بالقياس، والأكثر على انه ظني، فيجوز لنا لأنه موضوع للمعوم قطعاً فهو مدلوله وثابت به قطعاً كالتخصص إلا بدليل).

وفي أصول الشافعي، ص ٤ (العام الذي لم يخص عند شافعي فهو بمنزلة الخاص في حق لزوم العمل به لا محالة)، وعلى هذا قلنا (إذا قطع السارق بعدما هلك السرقة عنده لا يجب عليه الضمان).

لأن القطع جزاء جميع ما اكتسب به السارق، فإن كلمة (ما) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْتَصِرَا إِلَيْهِمَا جَزَاءُ مِمَّا كَسَبَا تَكَفَّلًا مِنْ أَهْلِ السُّورَةِ الْمَائِدَةِ ٣٨. عامة تتناول جميع ما وجد من السارق -أي من الاعتداء على الحق العام والحق الخاص- ويتغير إيجاب الضمان بكون الجزاء هو المجموع، فلا يترك العمل به بالقياس على النقص.

وفي شرح المنار، ص ٩٠ (اعلم أن القطع في السرقة مع الضمان لا يمتنعان عندنا الحنفية- سواء هلك المال في يد السارق أو استهلكه).

وقال الشافعي (يضمنان لأنهما مختلفان حكماً -حكمة وعلة- لأن الضمان لجبر المحل والقطع للزجر، وسبباً لأن سبب القطع الجنابة على حق الله تعالى، والسبب الأخر جنابة على حق العبد، ومحللاً لأن محل أهدمها اليد ومحل الأخر الفم، وأضافوا إلى ذلك أن التضمين تمليك بالآثر الرجعي، فهو يقطع على ملكه).

- أ- على القول بأنها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الأحاد أو القياس أو العرف أو مصلحة ظنية أو أي دليل ظني آخر، لأن التخصيص لرفع التعارض، ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية فيترك العمل دائماً بالظني ويؤخذ بالقطعي، وأما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فإن تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع، وهذا ما استقر عليه السلف الصالح من الحنفية الراشدين والتابعين، فخصصوا كثيراً من النصوص العامة بالأدلة الظنية رعاية لحماية الدين أو النفس أو العرض أو المال أو العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة.
- ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يكلف الفقيه أو القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام بخلاف ما إذا قلنا بأن دلالة ظنية، وعلى هذا يرى أكثر الأصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن المخصص¹¹¹.

تقويم الخلاف

الأقفة من وجهة نظرنا هو أن دلالة العام على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته دلالة ظنية ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، وإن القاضي لا يكلف بالبحث عن المخصص مطلقاً للأسباب التالية:

١. تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من أئمة الفقه النص العام بالأدلة الظنية كأخبار الأحاد والقياس والعرف والمصلحة، وهذا يدل على ظنية دلالة العام وإلا لم يخصص بما ذكر ولم يعرف منهم إلزام القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالة إذ قد يؤدي إلى ضياع حقوق الناس أو إلحاق الضرر

¹¹¹ في شرح معالم الدين في الأصول، ص ١٤ (إذا وجدنا دليلاً عاماً نحو **لَا يَجِبُ عَلَيْكُمْ إِلْيَابًا** مسورة البقرة ١٨٣، هل يجوز العمل به من دون البحث والنقص عن وجود المخصص أم لا؟ قال قوم بجواز الاستدلال بالعام قبل إتمام البحث في طلب الخاص، وقال قوم بعدم الجواز). وفي المسودة لآل تيمه، ص ١٠٩ (يجب العمل بالعموم واعتقاده في الحال في إحدى الروايتين - أي عن الإمام أحمد - وبها قال أبو بكر الصيرفي من الشافعية وأبو سفيان من الحنفية والثانية لا يجب اعتقاده، ولا العمل به في الحال حتى يبحث وينظر هل هناك دليل مخصص؟ فإذا بحث ولم يجد تميم العمل به). وفي مسلم التوثيق ٢٠١/١ (يجوز العمل بالعام قبل البحث عن المخصص). وفي المحصول للرازي ٣٠١ (قال الصيرفي: يجوز التسلك بالعام ما لم يظهر دلالة مخصصة، وإلا لما جاز التسلك بالحقبة إلا بعد طلب حمل وجد ما يقتضي صرف اللفظ عن الحقيقة، ولأن الأصل عدم التخصيص).

بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام، إضافة إلى ذلك فإنه قد استقر رأي العلماء^(١١) على أن لأصل في العام هو العموم. والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم^(١٢) كما أن الأصل في المطلق هو الإطلاق حتى يثبت دليل التضييد.

٢. استلزام العال لدلوله يختلف عن استلزام العام لثبوت حكمه لجميع أفرادها، لأن أساس الأول وضع الدال لدلوله. وأما الثاني فهو عمل اجتهادي واستنتاجي، وقد خلط الحنفية بين هذين الأمرين في استدلالهم المذكور^(١٣).

٣. كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة بأحاديث الأحاد وهي ظنية.

دلالة العام على عموم الأحوال والأزمنة

صفة العام كما تدل دلالة ظنية على ثبوت الحكم لجميع ما يتدرج تحته، كذلك تدل على أن ثبوت هذا الحكم لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

فالقول بغير حق محرم بالنسبة لجميع الأشخاص، وفي جميع الأحوال والأزمنة والأمكنة لمعوم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْسَلُوا أَنْفُسَ الْبَنِي حَرَمَ اللَّهِ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(١٤).

والزنى جريمة بالنسبة للمتزوج وغير المتزوج في منزل الزوجية أو خارجه، داخل القطر أو خارجه، بين المسلمين أو غير المسلمين، سواء أكان الزاني قادراً على الزواج أم فقيراً، لمعوم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِذْهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(١٥).

وأكل مال الغير والتجاوز على حقوقه المالية محرم بين الأقارب والأباعد، وبين المسلم وغير المسلم، وبين جميع الأقوام والشعوب، وفي جميع الأحوال والأمكنة، ما لم يقم دليل

^(١١) وفي الإيهام شرح المنهاج ١٦٩/٣ (النوع الثاني من الاستصحاب العموم إلى أن يرد مخصص وهو دليل عند القائلين به). وفي جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (استصحاب العموم أو النص إلى ورود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً فيعمل بهما إلى وروده).

^(١٢) مجلة الأحكام العدلية، ٩٠ في الأصل في الصفات العارضة العدم.

^(١٣) في الفقرة (ب) في ومن الواضح أن العام وضع لفرد مشترك بين ما يتدرج تحته دفعة ولم يوضع لأنه يدل على أن الحكم الوارد في النص المتضمن للعام ثابت لجميع ما يتدرج تحته.

^(١٤) سورة الأنعام ١٥١.

^(١٥) سورة الإسراء ٢٢.

على خلاف ذلك، لعموم قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الذُّرُبُ﴾، أَمْثُلًا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ وَالْبَيْطِلِ إِلَّا أَنْتَكُمُ بِمَكْرَةٍ عَنْ تَرَاوُسٍ مِنْكُمْ ^(١١).

ورد الأمانة إلى صاحبها واجب سواء طالب بها أو لا، وسواء يملك البيعة على إثباتها أو لا، وسواء أكان مستغنيا عنها أم كان محتاجاً إليها، وسواء أكان مالك الأمانة شخصاً طيباً أم كان شخصاً معنوياً كالدولة، وذلك لعموم قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرِكُمْ لَفُؤَدُّوا الْأَمْثَلِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ^(١٢)﴾ (وم ٦٤) من قانون العقوبات (لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها). لا تفرق في هذا العنصر بين العراقي وغيره، وبين الذكر والأنثى والقوي والضعيف، داخل العمران أو خارجه.

العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب

إنما شرع نص عام لسبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، كما في حديث خيار الغبن، فعندما اشتكى إلى الرسول ﷺ أهل حبان بن منقذ بأنه يتخدع في المعاملات المالية، فقال لحبان (إنما بايعت قتل لا خلافة ^(١٣)) ثم أتى بالحيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فان رضيت فامسك وإن سخطت أردد ^(١٤). كلمة خلافة نكرة واقعة في حيز النفي نفيد العموم

فاستتج قضاة المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة - رغم ورودها لسبب خاص - أصلاً من أصول المعاملات المالية، وهو أن كل من قام بتدليس (تفريغ) الغير بان استعمل معه طرفاً احتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد وترتب على ذلك غبن فاحش، يحق للمغبون الحيار بين إمضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن أو المبيع حسب كونه بائعاً أو مشترياً ^(١٥).

^(١١) سورة النساء ٢٩.

^(١٢) سورة النساء ٥٨.

^(١٣) الخلافة بكسر الحاء: الخدعة، تقدم نخرجه.

^(١٤) سبل السلام ٤٥/٣.

^(١٥) في إرشاد القبول، ص ١٣٣ (إنما ورد العام على سبب خاص فلاختيار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وحكوا ذلك إجماعاً). وفي البصرة، ص ١٤٤ (إنما ورد اللفظ العام على سبب خاص واللفظ مستقل

(ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال) إنا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم يتضمن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقيه أو القاضي أو المفتي أن يستحدث باجتهاده شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لذكر مع النص، مثل ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلما أو أسلم الزوج فقط وكانت زوجته كاتبة^(١١)، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفائة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوهم من محرمات الزواج كالتب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك أن الزوجين غير المسلمين إذا طلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عما محرمات الزواج، فإن ذلك قد يصبح حجر عثرة أمام إسلامهما. وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال ((قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي اختان، فقال رسول الله ﷺ طلق أختكما شئت))^(١٢).

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً^(١٣)، فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شروطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الاستفصال دال على أنه لا فرق بين أن تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.

بنفسه حمل على عمومه ولم يقتصر على سبه وآفة السارق والسارقة نزلت بسبب أن رجلاً سرق رداء صفوان).

وفي مختصر انتهى الأصولي ١٠٠/٢ (إنا ورد العام جواباً بالسؤال الخاص أو سبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبارة بعموم النص لا بهذه الخصوصيات).

^(١١) فتح القدير ٤٢٢/٣.

^(١٢) وفي رواية (قال فيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: اختر أختكما شئت، وفارق الأخرى)، أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٢٢/٤، وأبو داود، كتاب الطلاق ٢٨٠/٢.

^(١٣) المرجع السابق، فقال له (أسلك أربعاً وفارق سائرهن)، ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معاً أو على الترتيب، ومن الواضح أن مثل هذا العقد، إذا كان معاً فالكامل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الأختين باطل، والزواج الخامس في أكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

الفرق بين العام والمطلق^(١)

بين هذين المصطلحين الأصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والأحكام كما ذكرنا كثيراً منها سابقاً، ونضيف إليها هنا ما يلي:

أ- الذي يلخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهية بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء، في حين أن المهم المعبر في العام هو ما يندرج تحته من الأفراد المشمولين بالحكم الوارد في النص.

ب- العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي، فالعموم الشمولي كلي يحكم فيه على كل فرد دفعة واحدة، أما العموم البدلي فهو كلي من حيث أنه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البدل والمناوئة لا دفعة واحدة، وعلى سبيل المثال والإيضاح لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية، وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع أو صنف أو فرد الجريمة، في حين أن لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار أخذ مالا متقولاً مخلوكاً للغير في حرز مثله بقصد جنائي، فسي المطلق ينظر إلى الماهية، وفي العام ينظر إلى الأفراد.

ج- صيغ العموم محددة ومحصورة لغة أو شرعاً أو عرفاً بخلاف صيغ المطلق. ورغم هذه الاختلافات فإن كلا منهما مشترك معنوي، لأنه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء ويتناوله دفعة، كما في العام أو على سبيل التناوب كما في المطلق.

^(١) يزيد من التصيل، راجع تهذيب الفروق، هامش الفروق ١/١٧٢، إرشاد الضحول، ص ١١٤. الحديث أخرجه الإمام أحمد ١٣/٢، وأبو داود، كتاب الطلاق ٧٩/٢.

المطلب الثاني

التخصيص

حقيقته، أحكامه، تكيفه

عرف الأصوليون التخصيص بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو انه (قصر العام على بعض أفراده بإخراج بعض ما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه)^{١١١} فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات، وترتب على تعريفاتهم هذه اختلافهم في أن العام حقيقة في الباقي أو مجاز أو فيه تفصيل.

ومن وجهة نظري أنهم لو عرفوه بتعريفه الحقيقي لما وقعوا في تلك الخلافات العميقة التي لا ترتب عليها حمرة عملية. لذا، أرى أن تعريفه السليم هو أن التخصيص (هو بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده بدليل متصل أو منفصل)، وعلى سبيل المثال في قوله تعالى ﴿لِيُرِيَهُمْ جَحِيمَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلْيُنْذَرَهُمْ حَسْبَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ

^{١١١} ومن هذه التعاريف:

قال ابن السبكي الشافعي، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض الأفراد). وقال القرطبي المالكي، تنقيح القصول، ص ٥١ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام أو ما يقوم مقامه بدليل).

وقال الحلبي الشيعي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٩ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه، وهو إما متصل أو منفصل، وهذا نفس تعريف الرازي في المحصول ٧/١).

وقال البهاري الحنفي، مسلم الثبوت ١/٢٣٣ (التخصيص قصر العام على بعض مسمياته)، وهو نفس تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الأصولي، ص ١٢.

وعند أكثر الحنفية (قصر العام على بعض مسمياته بمستقل مقترن بغير المستقل كالاستثناء والشرط والصفة والغاية والبدل ليس مخصصاً لعدم التعارض بينه وبين العام، والتخصيص لا يكون إلا بعد التعارض بين العام والدليل المخصص ليرفع بالتخصيص).

والمستقل المتأخر ناسخ لأن التأخير يضلل المكلف فيعمل بما ليس مراداً في العام، لأن عموم العام في التخصيص غير مراد بخلاف النسخ. راجع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/٣٠٠.

وَالْأَقْرَبُونَ وَمَا كَانَ مِنْهُ أَوْ كَرَّ تَجْيِيسًا مَفْرُوحًا ﴿١١﴾

لفظ (الرجال والنساء) من صيغ العموم لأنهما من جمع التكسير المجلى بال الاستفراق ويشمل (الرجال) كل ذكر، كما تشمل (النساء) كل أنثى غير أن هذا العموم غير مراد الله تعالى بالنسبة لحكم الميراث، فالقاتل من الذكور والإناث لا يثبت له هذا الحكم، لذا بين الرسول ﷺ هذا المراد بقوله (لا يرث القاتل)^(١١) فهنا الحديث الشريف لم يخرج القاتل من كونه من الرجال أو من النساء وإنما سلب منه حكماً شرعياً وهو الميراث. إذن أبين الإخراج وأبين البالي بالنسبة لصيغة العام حتى ترتب عليه تلك الخلافات التي لا مبرر لها^(١٢).

عناصر التخصيص

يؤخذ مما ذكر أن التخصيص يتطلب توافر العناصر الآتية:

١ - وجود عام يدل ظاهراً على أن جميع أفرادها ينطبق عليهم الحكم الوارد في النص.

^(١١) سورة النساء ٧.

^(١٢) تقدم لمخرجه.

^(١٣) أكثرهم قالوا (بمجاز في البالي)، ومنهم من قال (حقيقة إن كان البالي غير محصور)

ومنهم من قال (حقيقة في البالي إن كان المخصص متصلاً).

ومنهم من قال (إن كان شرطاً أو استثناء).

ومنهم من قال (إن كان المخصص شرطاً أو صفة حقيقة وإلا فمجاز).

ومنهم من قال (حقيقة إن كان المخصص لفظاً وبمجاز إن كان عقلاً).

ومنهم من قال (حقيقة في التناول لما يلي بعد التخصيص لا في الإقتصار عليه).

ومنهم من قال بنفس هذا القول على أن يكون المخصص بدليل مستقل إلى غير ذلك.

ومن الغريب أن الخلاف لم ينفذ عند هذا الحد، بل اختلفوا في حجة النص المخصص في البالي أيضاً،

فمنهم من قال (حجة مطلقاً).

ومنهم من قال (حجة أن خصص بمتصل).

ومنهم من قال (أن خصص بمعين).

ومنهم من قال (إن أبى عنه العموم).

ومنهم من قال (ليس حجة مطلقاً).

وقيل (حجة في أقل الجمع).

لزيد من التفصيل راجع جمع الجوامع وشرحه ٤/٢-٧. وهداية العقول إلى غاية السور في علم الأصول

- ٢- أن يكون الحكم قابلاً للتخصيص ببعض أفراد العام دون بعض، وإلا فيكون باطلاً^(١١).
- ٣- أن يكون الدليل المخصص معترفاً به في ميزان الشرع، وإلا فالتخصيص باطل.
- ٤- أن يكون العموم غير مراد في الأصل، وإلا فيكون الإخراج نسخاً جزئياً عند الأصوليين.
- ٥- إذا كان المخصص نصاً يجب أن يكون صادراً من مصدر العام، فقاتون دولة لا يختص عموم قاتون دولة أخرى.
- ٦- أن يتعلق التخصيص بالحكم^(١٢) لأن القابل له هو الحكم الذي ثبت لمتعدد لفظاً أو معنى^(١٣).
- ٧- وجود التعارض الظاهري بين النص العام وبين الدليل المخصص.

السلام للمخصص باعتباره الاستثنائية وعدمها

الدليل المخصص للعام إما أن يكون جزءاً من النص الذي وردت فيه صيغة العموم أو يكون مستقلاً عنه، ففي الحالة الأولى يسمى مخصصاً متصلاً، وفي الحالة الثانية يسمى مخصصاً منفصلاً.

^(١١) إذا كان الحكم ثابتاً لجميع أفراد العام بدليل قطعي تقلي أو عقلي فلا يجوز حصره على بعضها بإخراج بعض، كما في قوله تعالى ﴿وَمَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ بِسُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ١٠٩﴾. فلفظ (ما) من صيغ العموم فلا يجوز تخصيصه بإخراج بعض ما في السموات والأرض من ملك الله.

^(١٢) في جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص لمر العام على بعض أفراده والقابل للتخصيص حكم ثبت لتعدد لفظاً أو معنى كالمنهوم)، وعلق عليه المهلي قائلاً (به بهذا على أن المخصوص في الحقيقة الحكم)، وهذا يؤيد ما قلنا من أن (التخصيص يتعلق بالحكم لا باللفظ العام)، فلا يسرر للخلاف في أن المخصص حقيقة في الباقي أو مجاز.

^(١٣) كالعموم العربي والعقلي، أما العموم اللغوي أو الشرعي أو القانوني فإنه يكون عن طريق اللفظ والتخصيص إخراج أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم لا من كونهم مشمولين بصيغته، فصيغته تبقى حقيقة بعد التخصيص فلا يسرر للخلاف الحاد بين بعض الأصوليين في أنها حقيقة بعد التخصيص أو مجاز، وفي أن دلالتها قطعية أو ظنية، فهي قطعية بالنسبة للمعنى الموضوع له وظنية بالنسبة لدلالته قبل التخصيص على شمول الحكم لجميع أفرادها.

القسم الأول - الأدلة المخصصة المتصلة:

أهم الأدلة المخصصة المتصلة المعروفة في أصول الفقه خمسة أنواع وهي: الاستثناء والشرط والصفة، وبدل البعض من الكل والغاية كما في التفصيل الآتي:

النوع الأول: الاستثناء المتصل^(١)

قسم علماء النحو الاستثناء إلى متصل ومنقطع، فقالوا:

المتصل هو (الذي يكون المشتى من جنس المشتى منه، كأن يقال على كل عراقي ذكر أكمل الثامنة عشرة من العمر أن يؤدي الخفمة العسكرية الإلزامية إلا من له عذر قانوني).

المنقطع هو (الذي لا يكون المشتى من جنس المشتى منه، كأن تقول عندي عشرة آلاف دينار إلا دولاراً).

ويشترط في التخصيص

١- أن لا يكون الاستثناء من المشتى المنقطع لأن المروض أن الأفراد الذين لم يكونوا مرادين بالحكم مشمولون به ظاهراً لولا التخصيص.

٢- وأن يكون المشتى متصلاً بالمشتى منه عادة ولا يوجد الفصل الزمني.

٣- وأن يكون كل من المشتى والمشتى منه صادراً من جهة واحدة.

٤- وان لا يكون الاستثناء مستغرقاً للمشتى منه، كأن يقول (علي ألف إلا ألفاً).

ومن النصوص الشرعية العامة المخصصة بالاستثناء قوله تعالى ﴿وَالْقَصْرِ ۝ إِنَّ

^(١) في شرح الكوكب المنير، ص ١٨٢ (والمخصص هو المخرج، وهو إرادة المتكلم الإخراج، ويطلق المخصص مجازاً على الدليل الدال على الإرادة وهو المراد منها، وهو قسمان: منفصل وهو ما استقل بنفسه بان لم يكن مرتبطاً بكلام آخر ومنه الجنس والعقل، ومتصل وهو ما لا يستقل بنفسه وإنما هو مرتبط بكلام آخر، وهو أقسام: أحدها استثناء متصل وهو إخراج ما لولاه لوجب دخوله لفة بالاً أو إحدى أخواتها، وأدوات الاستثناء المشهورة ثمانية منها: حروف باتفاق وهي إلا، أو حروف على الأصح وهو حاشاً، فإنها حرف عند سيويه، ويقال حاش وحاشاً، ومنها ما هو فعل بالاتفاق كلاً يكون، أو فعل على الأصح وهي ليس، ومنها ما هو متردد بين الحرفية والقلمية بحسب الاستعمال، فإن نصب ما بعده كان فعلاً، وإن جر ما بعده كان حرفاً، وهو خلا بالاتفاق وعدا عند سيويه، ومنها ما هو اسم وهو غير وسوى، ويقال فيه سوى بضم السين وسواء بفتحها والمد ويكسرهما والمد، ثم يشترط لصحة الاستثناء أن يكون كل من المشتى والمشتى منه صادراً من متكلم واحد. نقلته مع التصرف. وفي روضة الناظر وجنة الناظر، ص ١٣٢ (وحده انه قول ذو صيغة متصل بدل على أن المذكور معه غير مراد بالقول الأول).

أَلَسْتَ نَرَى خَشْيَةَ ① إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ②﴾^(١).

وقول الرسول ﷺ (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)^(٢) فلفظاً (الإنسان) و(الصلح) من صيغ العموم بسبب ال الاستفراق وقد خصص عمومهما بالاستثناء.

ومن النصوص القانونية العامة المختصة بالاستثناء (م ٢٣٩)^(٣) (لا عذر على جريمة إلا في الحالات التالية)، و (م ١/٥٤٧)^(٤) (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع)، و(م ١/٦٤)^(٥) (لا يجوز توجيه أي سؤال إلى الشاهد إلا بإذن القاضي أو المحقق). فلفظ (شيء) في النص الثاني من صيغ العموم لكونه نكرة في حيز النفي، وكذلك لفظ (أي) في النص الثالث لأنه من الأسماء الموصولة، وقد خصص عموم كلي منهما بالاستثناء.

ويطلق الاستثناء في عرف القانونيين على إخراج بعض المسائل الجزئية من حكم القاعدة الكلية^(٦) لرعاية مصلحة عامة وهو ما يطلق عليه في عرف علماء الأصول (الاستحسان).

حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متصلة:

إذا ورد الاستثناء بعد جمل متعددة مطوف بعضها على بعض هل يعود إلى جميعها أو إلى الأخيرة ؟، في الخلاف الآتي^(٧).

^(١) سورة العصر ١-٣.

^(٢) وفي رواية أبي داود (المؤمنون على شروطهم إلا شرطهم حرم حلالاً أو أحل حراماً)، ورواه الترمذي وصححه، كتاب الأحكام ٦٣٤/٣، وقال (حسن صحيح).

^(٣) من قانون العقوبات السوري.

^(٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ﴿ هنا من باب ضمان العقد لا ضمان اليد ﴾.

^(٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

^(٦) كاستثناء شهداء فلسطين من شرط الخدمة المدنية أو العسكرية المحددة بالقانون في العراق في منح عوائلهم المرتب التقاعدي.

^(٧) في التمهيد، ص ٣٩٨ (الاستثناء عقب الجمل المطوف بعضها على بعض يعود إلى الجميع عند الشاخص ما لم يتم دليل على إخراج البعض). وقال أبو حنيفة (يعود إلى الأخيرة خاصة)، وفي ميزان الأصول

أ- قال جمهور من الأصوليين والفقهاء (يرجع إلى الجميع ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لأن الرجوع إلى الكل هو الظاهر، ولا يبدل عن الظاهر إلا بدليل).
 ب- وقال البعض (كالخفية) يرجع إلى الجملة الأخيرة لأنه التيقن، ولأن عودة الاستثناء إلى ما قبله للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها فهي تندفع بالرجوع إلى واحدة منها، وتضمن أن تكون هي الأخيرة لقرنها^(١).

وترتب على هذا الخلاف الاختلاف في بعض الأحكام، ففي قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْسِنَاتِ ثُمَّ يَنْتَهُنَّ عَنْ مُبَايَعَةِ مَنْ يَحِبُّوهُنَّ فَلَيبُدُوهُنَّ عَنِينٍ جَلَدًا وَلَا يَقُولُوا لَهُمْ مَحْزَنَةً أَدْءَابُهُنَّ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْقَبِيحَاتِ ۗ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ يَتُوبُ أَيْنَ عَادَ إِلَيْكُمْ وَأَسْمَأُ بِنْتُ أَبِي لَهَبٍ تَعْتَبُ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(٢).

قال جمهور العلماء (يرجع الاستثناء إلى العقوبة الثانية والثالثة فترفعها التوبة)، وقال الخفية (ترجع للأخيرة فلا تقبل شهادة القاذف مطلقاً تاب أم لا).
 وأجمع الكل على عدم رجوع الاستثناء إلى العقوبة الأولى لأنها حق مشترك بين الله وبين المذنب فلا تسقط بالتوبة.

تقويم الخلاف

الألفه هو أن يترك الأمر في الاستثناء وفي أي قيد آخر لاجتهاد الفقيه والقاضي في ضوء طيبة القضية وظروفها وملاساتها عند عدم وجود قرينة دالة على رجوع الاستثناء أو القيد

١٦١/١ (الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو النسق عندنا)، وعند الشافعي (يرجع إلى جميع ما سبق، وأرى أن هذا غير دقيق لأنه لا يرجع إلى الأول بالإجماع لما فيه من حق الله وحق العبد).
 وفي مسلم الثبوت، ص ٢٠٠ (الاستثناء بمد جمل متعاطفة يتعلق بالأخيرة عندنا -الخفية-، ويتفق الجعفرية مع الخفية كما جاء في مبادئ الوصول للحلي، ص ١٣٦، وقال القراني، تنقيح الفصول، ص ١١٩) (إنما تعقب الاستثناء الجمل يرجع إلى جملتها عند مالك والشافعي وأصحابهما، وإلى الأخيرة عند أبي حنيفة، ومشارك بين الأمرين عند الشريف المرتضى علي بن الحسين).

^(٢) في حاشية البتاني على جمع الجوامع ١١/٢ (إنما قال شخخص علي عشرة إلا أربعة وإلا ثلاثة وإلا اثنين يلزمه واحد لأنه مع حرف العطف ترجع المستثبات إلى المستثنى منه الأول، وإنما قال علي عشرة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة يلزمه ستة، لأنه بدون حرف العطف يرجع كل إلى ما قبله بناء على قاعدة) الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي).

^(٣) سورة النور ٤.

للكل أو للبعض. وعلى سبيل المثال في (م ٤٣/٨)^(١١) (إذا تمتر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تنيه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة)، القيد الأخير يرجع إلى الحكم عليه فقط ولا يرجع إلى التنيه والفقْد والاختفاء بقرينة ما هو معمول به في القضاء العراقي، وبدلالة (م ٤٣/٧)، وفي (م ٤٣/٢)^(١٢) (موافقة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها)، قيد (كرها) يرجع إلى الكل بدليل طبيعة الموضوع.

النوع الثالث: الشرط

المراد به هو الشرط اللغوي أي جملة مصدرية: أداة من أدوات الشرط مثل (إن) و(إذا)، وقد خصص عموم قوله تعالى ﴿وَلَسَّكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾^(١٣) بالشرط الوارد بعده في الآية نفسها ﴿إِنْ أَرَادَ بِكُمْ نِكَاحًا﴾^(١٤). كما خصص عموم استحقاق الجدة للسدس بان لا يكون معها أم المتوفى أو جدة فرس في قول الرسول ﷺ (للجدة السدس) - إن لم يكن دونها أم -^(١٥). ومن النصوص القانونية التي خصص عمومها بالشرط (م ٦٦/ب)^(١٦) (لمن لا قدرة له على الكلام أن يدلي بشهادته كتابة، أو بالإشارة الممهودة إن كان لا يستطيع الكتابة)، فبدلاء الشهادة بالإشارة لا يقبل من الأخرس إن كان قادراً على الكتابة، وكذلك خصص عموم (لا جريمة) بالشرط في (م ٣٩)^(١٧) (إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون).

^(١١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

^(١٢) من قانون العقوبات العراقي، نص المادة (حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يبيح القتل عمداً إلا إذا أريد به دفع احد الأمور الآتية:

- ١- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.
- ٢- موافقة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها بفتح الكاف من الإكراه.

^(١٣) سورة النساء ١٣

^(١٤) سورة النساء ١٣.

^(١٥) سبل السلام ١٣٠/٣، النسخ ٤٥٩/٢، نيل الأوطار ٧٦/٦. أخرجه ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة ٩٠٩/٢.

^(١٦) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^(١٧) قانون العقوبات العراقي.

ومن الجدير بالإشارة أنه لا خلاف في رجوع الشرط إلى جميع الجمل التي تقع قبله لما له من الصدارة فيعتبر أنه مقدم عليها لذا يرجع إلى الكل إذا وقع بعد جمل متعددة^(١١).

النوع الثالث: الصفة:

أي الصفة المعنوية^(١٢) وهي الحالة التي تصرف العام عن عمومته سواء كانت نعتاً نحوياً أم تمييزاً أم حالاً أم ظرفاً أم غير ذلك، فصي قوله تعالى ﴿وَأَن كَانَتْ رَجُلٌ يُّورِثُ كَنَانَةَ أَوْ امْرَأَةً وَهِيَ أُمٌّ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَجِلٍ مِّنْهُمَا الشُّدُوسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^(١٣) لفظ (رجل) وكذلك (امرأة) نكرة في حيز الشرط موصوف بجملة (بورث كنانة) والمراد هنا الأخ من الأم والأخت من الأم، لأن القرآن بين ميراث الأخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب في آيات أخرى.

وكذلك لفظ (هرق) في قول الرسول ﷺ (ليس لمرق^(١٤) ظالم حق)^(١٥) نكرة في حيز النفي خصص عمومته بوصف (ظالم)، فمن بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بدون إذنه ظالم ولا حق له في ما أحدثه، بل له ما انفق على ما أحدثه.

ومن العام المخصص بالصفة في النصوص القانونية (م١٤٢)^(١٦) (على أعضاء الضبط القضائي أن يتخذوا جميع الوسائل التي تكفل المحافظة على أدلة الجريمة)، فالجملة الأخيرة (الوسائل وصلته) صفة مخصصة لعموم (جميع الوسائل).

النوع الرابع: الغاية

غاية الشيء، نهايته، والمراد غاية تقدمها عموم يشملها لو لم تكن هي وإلا فالغاية تكون

^(١١) في مسلم الثبوت ٢٦٩/١ (الشرط كالاستثناء إلا في نعبه الجمل لأنه للجميع لأنه مقدم تقدماً إذ حقه الصدارة كالاستفهام والنهي).

^(١٢) في شرح الكوكب النير، ص ٢٠١ (الثالث المخصص المتصل بالصفة، وهو ما اشترى بمعنى يتصف به المراد العام سواء أكان الوصف نعتاً أم عطف بيان أم حالاً أم غير ذلك من القيود الأخرى المشترطة بالوصف).

^(١٣) سورة النساء ١٢.

^(١٤) الحديث أخرجه ابن ماجه مقطعا برقم ٢٢١٣.

^(١٥) سبل السلام ٩٤/٣، هو يرادف ما جاء في سنن أبي داود ٦١/٣ قوله ﷺ (من زرع في أرض قوم بغير إنهم فليس له من الزرع شيء وله ثقته). الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٦٥/٣، وأبي داود، كتاب البيوع، باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها ٢٥٩/٣.

^(١٦) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

لتوكيد عموم ما قبلها، وألفاظها (حتى) و (إلى)، والتخصيص بالغاية يقتضي أن يكون الحكم فيما بعدها بخلاف حكم ما قبلها^(١١١) والغاية بعد عموم (ولا تقرؤون) في (حتى بطهرن) من قوله تعالى ﴿ وَتَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ مَا عَظَّمْتُمُ النِّسَاءَ فِي الْحَيِضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَكَوِّفِينَ ﴾^(١١٢) ليست للتخصيص وإنما لتحفيظ عموم ما قبلها لأنها لم يتضمنها عموم يشمل ما بعدها لاختلاف حالتي الطهر والحيض، ومن الجدير بالذكر أنه قد ثبت بالطب الحديث أن معاشررة الزوجة حينما تكون في الحيض ترتب عليها نتائج سلبية على صحة الزوجين في الجهاز التناسلي. وبعد انقطاع الحيض الحكم يرجع إلى ما كان عليه قبله وهو إباحة المعاشررة، ومن تطبيقات التخصيص بالغاية تخصيص عموم (لا تنكح الأيم) بـ (حتى تستأمر)، وعموم (لا تنكح البكر) بـ (حتى تستأذن) في قول الرسول ﷺ (لا تنكح الأيم^(١١٣) حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن)، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال ﷺ (أن تسكت)^(١١٤).

وتخصيص عموم (أيدبكم) بـ (إلى المرافق)، وعموم (أرجلكم)^(١١٥) بـ (إلى الكمين) في قوله تعالى ﴿ يَتَأْتِيهَا الذَّبِيرُ مَا تَوَدَّتْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ

^(١١١) في إرشاد القمحول، ص ١٥٥ (والتخصيص لغاية وهي نهاية الشيء. المقضية لثبوت الحكم قبلها وانصاته بعدها، ولها لفظان وهما (حتى) و (إلى) كقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ سورة البقرة: ٢٢٢، وقوله تعالى ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ سورة المائدة: ٦. لكن الشوكاني في الثال الأول لم يكن دقيقاً لأن حرف (حتى) لتوكيد عموم ما قبلها لا للتخصيص.

^(١١٢) سورة البقرة: ٢٢٢.

^(١١٣) الأيم التي فارقت زوجها لطلاق أو موت (حتى تستأمر) أي يطلب أمرها بعض الرضا والإذن الصريح، والمراد بالبكر البالغة العاقلة لأنه لا يبعد بإذن غيرها.

^(١١٤) الحديث منقح عليه، أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يزوج الأب وغيره البكر واليتيم إلا برضاها، فتح الباري ٢٣٩/٩، وسلم، كتاب النكاح، باب استئذان اليتيم، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٤/٩

^(١١٥) وكل من الأيدي والأرجل في هذه الآية بنيد عموم الأجزاء لأنه جمع مضاف إلى المعرفة.

إِلَى الْمُرَافِقِ وَأَنْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجِلِكُمْ إِلَى الْكَلْبِيِّينَ ﴿١١﴾.

ومن عموم النصوص القانونية المخصص بالغاية بوساطة (حتى) أو (إلى) تخصيص عموم (وقف الفصل في الأولى) - (حتى يتم الفصل في الثانية) في (م ١٦٠/١)^(١١) (إنما كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى فيجب وقف الفصل في الأولى حتى يتم الفصل في الثانية).

وتخصيص عموم (وقف الإجراءات الجزائية) - (إلى حين عودة أو معرفة مصيره) في (م ١٦٠/ب) (إنما ثبت أن المتهم قد غاب غيبة غير معروفة الأجل لأسباب خارجة عن إرادته كان يكون أسيراً أو مفقوداً، يصدر قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية حسب الأحوال قراراً بوقف الإجراءات بحقه مؤقتاً ووقف سير الدعوى المدنية إلى حين عودته أو معرفة مصيره).

ومن تخصيص القواعد العامة بالغاية

- أ- كل مفقود يعتبر حياً إلى أن يثبت خلاف ذلك بالبينة على موته أو حكم القاضي به^(١٢).
- ب- لا نفاذ لتصرف الوارث في التركة المدنية حتى يوفى الدين أو يميزه الدائن^(١٣).
- ج- على الأباء الإنفاق على بناتهم إلى أن يتزوجن^(١٤).

^(١١) سورة المائدة: ٦.

^(١٢) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

^(١٣) لولا هذه الغاية لاستمر اعتباره حياً مطلقاً.

^(١٤) لولا الغاية لبقي التصرف على عدم نفاذه وشمل المصوم حالة الوفاء والإجازة أيضاً.

^(١٥) لو لم تكن هذه الغاية لشمل عموم وجوب الإنفاق ما بعد الزواج أيضاً، بخلاف قوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْأَشْتَرَ كَيْفَ سَخَّرَ بِرُءُوسِهِمْ﴾ سورة البقرة: ٢٢١. فالغاية ليست للتخصيص لأن ما بعدها لا يدخل فيما قبلها لاختلاف الإيمان والشرك وإنما لتحقيق عموم ما قبله.

الدواعي الخاصة: بديل البعض من الكل^(١)

تخصيص عموم (الناس) بـ (من استطاع إليه سبيلاً) في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْنَا بَعْضَ الْبَشَرِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٢)، فلفظ (الناس) محلي بالاستفراق بعيد العموم ويشمل الصغير والكبير والفقير والغني والشباب والشيوخ، وكل من له عذر وغير.

لكن هذا العموم غير مراد لقوله تعالى ﴿لَا يُكْرَهُ أَنْ تُنْفَسَ إِلَىٰ أُولَٰئِكَ مِنْكُمْ وَإِنْ عَضَتْكُمْ ذُنُوبُكُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا مِنَ النَّاسِ أَعْدَاءً وَلَا أَوْلِيَاءَ﴾^(٣) لنا خصصه بمن له استطاعة بدنية ومالية وعقلية.

وقال بعض العلماء^(٤) (أن العموم في هذه الآية مخصص بالمقل) وهذا القول مردود لأنه لا يصار إلى التخصيص بالمقل إذا وجد نص مخصص.

ومن عموم القانون المخصص ببديل البعض من الكل عموم (الحائز) المخصص ببدله البعض (حسن النية) في (م ١٦٥)^(٥) (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد، وما استفاد من المنافع مدة حيازته)، وتخصيص عموم (المتهم) ببديل بعضه (الهارب) في (م ١٢١هـ)^(٦)

^(١) قال ابن مالك (التابع المقصود بالحكم بلا واسطة هو المسمى بدلا، وهو كلمة تابعة تذكر بعد كلمة أخرى والمقصود في الكلام هو التابع - البديل - والفرض من تقوية الكلام وتوضيحه، وله أقسام أربعة:

١- بديل الكل من الكل وهو أن يكون نفس البديل منه إلا أنه أوضح، مثل قوله تعالى ﴿فَبِمَا نَحْنُرْ بِأَعْيُنِنَا﴾^(٧) بديلا لـ ﴿بِمَا نَحْنُرْ﴾، وهو أن يكون نفس البديل منه إلا أنه أوضح، مثل قوله تعالى ﴿فَبِمَا نَحْنُرْ بِأَعْيُنِنَا﴾^(٧) بديلا لـ ﴿بِمَا نَحْنُرْ﴾.

٢- بديل البعض من الكل كما في آية ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْنَا بَعْضَ الْبَشَرِ﴾^(٨) سورة آل عمران ٩٧.

٣- بديل الاشتغال بأن يشتمل البديل من على البديل مثل (أعجبتني القاضي عدله).

٤- البديل المباين - أو بديل المباينة - بأن يكونا متباينين وله الأنواع الآتية:

أ- بديل الغلط بأن يلفظ القائل أولا ثم يصحح غلطه بديل.

ب- بديل النسيان بأن يذكر شيئا خطأ لنسيان ثم يصححه.

ج- بديل الإضراب بأن يذكر شيئا أولا ثم يعيد عنه إلى آخر.

^(٧) سورة آل عمران ٩٧.

^(٨) سورة البقرة ٢٨٦.

^(٩) كالقزالي، المتصفى، ص ٣٤٧، والأمدى، الإحكام في أصول الأحكام ١٤٣/٢، والإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق د. طه جابر ١١١/١.

^(١٠) القانون المدني العراقي، فالحائز بهم حسن النية وسين النية.

^(١١) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، المتهم عام يشمل الهارب وغيره.

(يعطى لمن كان المتهم الهارب مكلفاً بالإنتفاق عليه شرعاً أو قانوناً نفقة شهرية من أموال المهجوزة).

التخصيص الثاني - الأدلة المخصصة المنفصلة

يعتبر كل دليل مخصص للامام ما عدا الخمسة المذكورة من الأدلة المنفصلة المستقلة عن النص المتضمن للامام كما في التفصيل الآتي:

أولاً - تخصيص النص بالنص في الشريعة الإسلامية

الشقوقات المتصورة أربعة وهي تخصيص القرآن بالقرآن أو بالسنة، وتخصيص السنة بالسنة أو بالقرآن.

١ - تخصيص القرآن بالقرآن قوله تعالى ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(١)

لفظ (الطلقات) جمع مؤنث سالم محلى بال الاستفراق يفيد العموم فيشمل المدخول بها وغيرها، وذوات الحيض وغيرهن، والحامل وغيرها، وهذا العموم غير مراد، لذا خصص ببيان عدم شمول غير المدخول بها فلا تجب عليها العدة كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسُوهُنَّ مِمَّا فَكَّرْتُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْدُونَهَا ﴾^(٢).

وبيان عدم مراد الحامل بالحكم فإن عدتها بوضع الحمل كما في قوله تعالى ﴿ وَأَزْلَلْتُ الْأَعْمَالِ أَجَلَهُنَّ أَنْ يَصْنَعَنَّ حَمَلَهُنَّ ﴾^(٣). وخصصت (الطلقات) أيضاً بإخراج البائس التي دخلت سن اليأس وانقطع حيضها، وإخراج الصغيرة التي لم تصل بعد سن الحيض فان عدة هاتين تكون بالأشهر كما في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِي يَتَّبِعُ مِنَ الْغَيْبِ مِنْ نِسَائِكُنَّ إِذَا رُزِقْنَ مِنْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَا يَحْضُنَّ ﴾^(٤)، ومن تخصيص

^(١) سورة البقرة ٢٢٨.

^(٢) سورة الأحزاب ٤٩.

^(٣) سورة الطلاق ٤.

^(٤) أي شككنم وجعلتم قدر العدة والقد ليس له مفهوم مخالفة.

^(٥) سورة الطلاق ٤.

٣- تخصص عموم السنة بالسنة ومن ذلك قول الرسول ﷺ (فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً^(١١) العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر)^(١٢) فكلمة (ما) تشمل القليل والكثير من المحصولات الزراعية مما تجب فيه الزكاة، وهذا غير مراد، لذا خصص الرسول ﷺ هذا العموم وبين الحد الأدنى لنصاب زكاة المحصولات الزراعية فقال (ليس فيما دون خمسة أوسق من الثمر صدقة^(١٣) - زكاة -)، ولم ير أبو حنيفة النصاب في المحصولات الزراعية أخفا بعموم الحديث الأول مع أنه ظاهر والثاني نص، والنص يقدم على الظاهر، وكذلك خصص عموم (لا تبع ما ليس عندك)^(١٤) بحديث السلم وجوازه فقال (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(١٥).

٤- ومن تخصيص عموم السنة بالقرآن قول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(١٦) فلفظ (ضرر وضرار) نكرتان في حيز النهي يفيدان العموم بحيث لا يجوز إلحاق الضرر بالغير، ولا المقابلة بالمثل في الضرر كما هو مفاد (لا ضرار) سواء كان بغير أو بدون عثر في

^(١١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢١٦/١٢.

^(١٢) يفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الباء هو الذي يشرب بعروقه ويعثر على الماء القريب منه. والنضح يفتح التون وسكون الضاد: الساقية من الإبل والبقر وغيرها، ويشمل كل وسيلة من الوسائل الحديثة كالناحور والمضخة.

^(١٣) رواد البخاري، سبل السلام ١٧٤/٢. وفي رواية (فيما سقت الأنهار والعيون وفيما سقي بالساقية نصف العشر). نيل الأوطار ١٥٧/٤. فتح الباري، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء ٤٤٣/٣.

^(١٤) نيل الأوطار ١٥٨/٤ وفيه (لهذا تخصص للحديث السابق وذهب ابن عباس وزيد بن علي والنخعي وأبو حنيفة إلى العمل بالعام، فقالوا: تجب الزكاة في القليل والكثير ولا يحشر النصاب). الحديث أخرجه البخاري، كتاب الزكاة باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، فتح الباري ٤٤٦/٣.

^(١٥) تقدم تحريجه.

^(١٦) متفق عليه، سبل السلام ٦٤/٣ (في كيل معلوم إذا كان من المكبل، ووزن معلوم إذا كان مما يوزن، فالسلم جازع مع أنه بيع الإنسان لما ليس عنده والجواز للحاجة استثناء من القاعدة العامة). الحديث أخرجه البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، فتح الباري ٥٣٩/٤. ومسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤١/١١.

^(١٧) تقدم تحريجه.

المائل المدينة والجنائية، غير أن هذا العموم غير مراد لنا خصص عموم (لا ضرر) بقوله تعالى ﴿فَمَنْ أَشْطَرُّ عَرَبِيًّا وَلَا عَارِفًا لِمَنْ عَلَيْهِ﴾^(١) فبين عدم شمول الحكم للضرر بالعذر فيجوز في حالة الاضطرار أكل مال الغير مثلا بدون إذنه، لأن الضرورات تبيح المحظورات، لكن يجب الضمان- التعميـض - لأن الجواز الشرعي لعذر لا ينافي الضمان، وكذلك خصص عموم (لا ضرار) بقوله تعالى ﴿وَكَيْفَ تَعْلَمُونَ فِيهَا أَنْ تَنْفَسَ بِالتُّفَيْسِ وَالْعَمِيرِكِ بِالْعَمِيرِ﴾^(٢) فيفسى قوله (لا ضرار) يطبق في المسائل المالية، فمن لحقه ضرر مالي من الغير فعليه أن يطلب التعميـض ولا يجوز أن يقابله بمثل الضرر.

ثالثاً - تخصيص عموم النص الشرعي بغير نص:

عموم نصوص القرآن والسنة كما يخصص بالنص كذلك خصص منذ عهد فقهاء الصحابة بغير نص كالإجماع والمصلحة العامة والقياس والعرف والعقل وغير ذلك.

ومن تطبيقات هذا التخصيص ما يلي:

أ- التخصيص بالإجماع: خصص عمومه قوله تعالى ﴿يَأْتِيهِمُ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ثُرُوا لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٣) فبين عدم شمول الحكم للنساء بالإجماع فلا تجب عليهن صلاة الجمعة^(٤)، وبالتالي يجوز لهن البيع وكل تعامل آخر بعد النداء إلى صلاة الجمعة، فاقصر حكم المنع على الرجال فقط.

(١) سورة البقرة ١٧٣.

(٢) سورة المائدة ٤٥.

(٣) سورة الجمعة ٩.

(٤) إباح الرسول ﷺ للنساء الخروج للمساجد للصلاة كما رواه أبو داود، السنن ١٥٥/١ فقال (لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن ثقلات غير متطيات)، ثم بعد وفاة الرسول ﷺ قالت عائشة (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث بالنساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني إسرائيل)، ثم تم الإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة عليهن. مستند الإمام أحمد ٦٩١/٦.

ب - التخصيص بالمصلحة العامة : فخصص الخلفاء الراشدون عموم قوله تعالى

﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَالسَّارِقَةَ فَاَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(١١) ببيان عدم شمول من يرتكب جريمة

السرقة حاجته حماية^(١٢) لمصلحة الأرواح وهي مقدمة على مصلحة حماية الأموال.

وخصصوا أيضاً عموم قول الرسول ﷺ (لا ضمان على مؤتمن)^(١٣) ببيان عدم شموله

لأجير المشترك، فهو ضامن رغم أن يده يد الأمانة على ما يوضح تحتها، فالحديث

عام لأن كلا من (ضمان) و(مؤتمن) نكرة في حيز النفي، وعلى هذا العموم كل من

كانت يده على مال الغير يد أمانة لا يكون ضامناً إذا تلف أو نقص بدون تقصير منه،

كالمستأجر بالنسبة للمعين المستأجرة والمستعير في العين المأجرة. والأجير المشترك (مقابل

الأجير الخاص)^(١٤) وهو الذي يعمل لأكثر من واحد كالحياط والتجار والمقاول، ويد

هؤلاء على المواد الأولية يد أمانة ولكن الخلفاء الراشدين قضوا بضمانهم في حالتها

التلف والنقص لتلك المواد وإن لم يكن لهم تقصير، لأن الأجرة التي يستحقونها

مضمونة على المالك فيلزم أن يكون المعمول فيه مضموناً، ولأن فيه رعاية لمصلحة

أصحاب المواد الأولية التي توضع في حيازة الأجير المشترك، وأول من قضى به سيدنا

عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقال علي (لا يصلح الناس إلا

ذلك)^(١٥) وهو مذهب أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى.

^(١١) سورة المائدة ٣٨.

^(١٢) فلم يطبقوا عقوبة السرقة على مرتكبها في سنة الجماعة.

^(١٣) نيل الأوطار ٢٨٩/٥ تقدم تحريمه.

^(١٤) في الهداية بشرح تكملة فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها (الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص،

فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو لغيره

كان له أن يعمل للعامة لأن متاعه لم تصرف مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، والتمتع

أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة (رحمه الله) وهو قول زفر ويضمنه عندهما - عند

أبي يوسف ومحمد - إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو الكبير، لهما - أي دليلهما - ما روي

عن عمر وعلي رضي الله عنهما كانا بضمان الأجير المشترك).

^(١٥) الروض النضير ١٤/٤. الأثر تقدم تحريمه.

ج- التخصيص بالعرف: ومنه تخصيص بعض الفقهاء كالمالكية^(١) عموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَالَهُمْ طَوِيلًا مَّا يُؤْتُونَ﴾^(٢) فقالوا (إنا كان عرف بلد يقضي بان ولي الطفل يتكفل بتأمين مرضع بدلا من والدته يجب عليه ذلك ما لم تطوع الأم بالإرضاع).

د- التخصيص بالقياس: يرى أكثر علماء الأصول جواز تخصيص عموم النص بالقياس ومن ذلك تخصيص عموم قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ مَأْمُومًا﴾^(٣) أي من ارتكب جريمة خارج الحرم (بيت الله الحرام) ثم التجأ إليه لا يخرج بالقوة لهاكته وعقابه بل يمنع منه كل شيء حتى يضطر أن يخرج بنفسه ذلك لاحترام الحصانة المقدسة لهذا البيت، ومن الواضح أن لفظ (من) من صيغ العموم غير أن من يرى تخصيص القرآن بالقياس قال (يخرج من هذا العموم المجرم الذي كان مهتر الدم كمن يجب عليه القصاص فيخرج جبرا وبماكم ويعاقب بقياس جريمة القتل على جريمة الاعتداء على ما دون النفس من الأطراف)^(٤).

^(١) تفسير القرطبي ١/١٦١. التفرقة للقراني ١/٢٨٢. مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١١٨.

^(٢) سورة البقرة ٢٢٢.

^(٣) قال الرازي، المحصول ١١٨ (يجوز تخصيص عموم الكتاب والسنة المتواترة بالقياس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأبي الحسن البصري والأشعري وأبي هاشم، ووجه الجواز: أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص فوجب تقديمه).

^(٤) سورة آل عمران ٩٧.

^(٥) في كشف الأسرار مع أصول البيهقي ١/٢٩٦ قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ مَأْمُومًا﴾ سورة آل عمران ٩٧. فبما الدم برودة أو زنى أو قطع طريق أو قصاص إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه عندنا - أي الحنفية - ولا يولدى ليخرج، ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يهالس ولا يبيع حتى يضطر للخروج فيقتل خارج الحرم، لقوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ مَأْمُومًا﴾ سورة آل عمران ٩٧. علق الأمر بالشرط فيثبت عند وجود الشرط لا أن يكون ثابتا قبله، فكان معناه والله اعلم صار أمنا، ولا يتحقق الأمن إلا بإزالة الخوف، وغير الجاني ليس بخائف فلا يتصور ثبوت الأمر في حقه، ففرقنا أن النص متناول للجاني فيثبت الأمن في حقه، وقال الشافعي (رحمه الله) (يقتل فيه)، لأن الجاني قد خصص من الآية بما روى إلى النبي ﷺ لما دخل مكة يوم الفتح أمر بقتل نفر منهم ابن أخطب فوجدوه متعلقا بأستار الكعبة فقتلوه، وقوله ﷺ (الحرم لا يبيد عاصبا ولا فارا بدم). أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد ٣/٥٩، باب قتل الأسير. وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها، صحيح مسلم بشرح النووي ١/١٢٤.

هـ- **التخصيص بالعقل:** ^(١١) يرى الكثير من الأصوليين والفقهاء أن مخصص النص العام قد يكون العقل السليم ^(١٢) ومثلا لذلك بآيات عامة وهي مخصصة بالعقل، منها قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ ^(١٣) وقوله تعالى ﴿ وَتَوَعَّلْ آتَايَ جِيعَ الْيَتِيمِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ^(١٤) فقالوا (بمخصص تعميم هذه الآيات ونحوها من آيات الأحكام التكليفية بالعقل، فهو يخرج من عمومها من لا يتوافر فيه شروط التكليف من البلوغ والعقل والقدرة، كالمجنون والصبي غير المميز).

وبالقياس - أي خص بالقياس - على الطرف فإنه لو كان عليه قصاص في الطرف فدخل الحرم استوفى مت في الحرم، فلما لم يظلم أدون الحقين بالحرم فأعلاهما أول، وبالقياس على ما إذا نشأ القتل فيه فإنه يقتل فيه بالاتفاق، فكذا إذا نتجا إليه.

^(١١) في سلم الثبوت ونواتج الرحمت ٣٠١/١ (التخصيص بالعقل جائز خلافا للبعض منهم الشافعي). قال السبكي (لا نزاع في أن ما يقضي العقل بخروجه خارج البنية ولا يشمل الحكم، إنما النزاع في أن اللفظ هل يشمل لغة أم لا ؟ فمن قال نعم يشمل سماءا مخصوصا فانه حيثئذ عام لغة قد قصر على البعض، ومن قال لا يشمل لغة كما هو ظاهر كلام الشافعي لم يسمه تخصيصا إذ لا قصر حيثئذ، لنا العموم لغة والقصر عقلا في قوله تعالى ﴿ وهو على كل شيء قدير ﴾، إذ لا شيء من الواجب لفته والمتع بمقدوره عقلا فلا يتأوله وقد كان داخلا لغة).

^(١٢) في الأحكام للأمدني ١٤٣/٢ (مذهب الجمهور من العلماء جواز تخصيص العموم بالدليل العقلي، كما في قوله تعالى ﴿ وَتَوَعَّلْ آتَايَ جِيعَ الْيَتِيمِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ بمسورة آل عمران ٩٧. فان الصبي والمجنون من الناس حقيقة وهما غير مرادين من العموم بدلالة نظر العقل على امتناع تكليف من لا يفهم ولا معنى للتخصيص سوى ذلك. لمزيد من التفصيل حول تخصيص العام بالعقل، راجع ميزان الأصول للسمرقندي علاء الدين (أبي بكر محمد بن أحمد)، تحقيق الدكتور عبد الملك السعدي ١٦٧/١ وما بعدها. وفي المصدر نفسه ١٦١/١ تحت عنوان التخصيص بالعقل (الدليل العقلي يصلح مخصصا كما في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ بمسورة البقرة ٤٣. لأن العقل بأسى خطاب من لا يفهم وخطاب العاجز في الفعل تكليف بما ليس في وسع المخاطب).

^(١٣) سورة البقرة ٤٣.

^(١٤) سورة آل عمران ٩٧.

ومن وجهة نظري أن المخصص لعموم مثل هذه الآيات هو القرآن نفسه كما في قوله تعالى ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْمًا﴾^(١)، وأرى أن العقل مخصص في الأحكام العقلية لا في الأحكام الشرعية.

الثالث - تخصيص النصوص القالونية العامة:

في التخصيص بالأدلة المخصصة المتصلة لا يوجد أي فرق بين نصوص الشريعة ونصوص القانون كما يتبين ذلك من الأمثلة التي أوردناها لكل منهما حين البحث عن الأنواع الخمسة للأدلة المخصصة المتصلة، وكذلك لا نجد الفرق في التخصيص بالقياس والمصلحة والعرف والعقل بين الشريعة والقانون بل من المفروض أن يكون مجال هذا التخصيص في القانون أكثر.

أما التخصيص بالنص فإن العام ومخصمه قد يكونان في قانون واحد، وقد يكون كل واحد منهما في قانون، وهذا أمر جائز ما دام مصدر القانونين سلطة تشريعية في بلد واحد، ولكن لا يجوز تخصيص قانون دولة بقانون أخرى مهما كانت الصلة قوية بينهما، لأنه يتعارض مع السيادة. ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر إذا أراد تخصيص النص العام بغير النص كالمصلحة وغيرها، ومن الواضح أن القاضي يخصص عموم النص القانوني إذا تعارض مع معاهدة أو اتفاقية تكون دولته طرفاً فيها.

ويخصص العام من القانون بالقرارات الإضافية التي تصدر من سلطة مخولة بالتشريع استناداً إلى الدستور والتعليمات الوزارية التي تصدر لإيضاح القانون، وبمقرحات مجلس الشورى المتفق عليها قياساً على جواز تخصيص نصوص الشريعة بالإجماع. إضافة إلى ذلك فإن للقاضي أن يخصص النص لمتعضيات العمالة، لمصلحة عامة أو لعرف صحيح، أو لاتفاق المتعاقدين على ما هو مخالف لعموم النص إذا لم يكن من النصوص الأمرة حيث لا يجوز الاتفاق على ما هو مخالف للنظام العام.

تملاص من تطبيقات تخصيص النصوص القالونية العامة:

أ- تخصيص النص العام بنص خاص في قانون واحد كتخصيص عموم (٦م) من قانون العقوبات العراقي (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في

^(١)سورة البقرة ٢٨٦.

العراق) بـ(١١م) منه (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقرررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي)، لأن منطوق (جميع الجرائم التي ترتكب في العراق) كل جريمة ترتكب في الإقليم العراقي برأً وبحراً وجواً من أي شخص عراقي أو غير عراقي خاضع لهذا القانون، وبما أن هذا العموم غير مراد وإن هناك من لا يخضع لأحكامه، بادر المشرع إلى استثنائه وإخراجه من هذا العموم في (١١م).

ب- تخصيص عموم (١٠٦م) من القانون المدني العراقي (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)، والمواد الأخرى التي تطابقها من التشريعات العراقية في اعتبار كمال الأهلية وسن الرشد بإكمال الثامنة عشرة من العمر بـ(م٣/١) من قانون رعاية القاصرين (ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة، وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية)، فهذه المادة أخرجت من عموم (١٠٦م) (كل متزوج عراقي وكل متزوجة عراقية في اكساب أهلية الأداء في المعاملات المالية لا في الجنائيات بالزواج إذا تم بإذن القاضي بعد إكمال الخامسة عشرة من العمر)، وكان على المشرع أن يقيد الأهلية بالأداء حتى لا تفسر تفسيراً واسعاً بحيث تشمل القضايا الجنائية^{١١١}.

ما مصير هذه الأهلية إذا حصلت الفرقة ؟

إذا حصلت الفرقة قبل إكمال الثامنة عشرة بين الزوجين اللذين اكسبا أهلية الأداء بالزواج لا يرجعان إلى ما كانا عليه قبل الزواج سواء كانت الفرقة بالوفاة أم بالطلاق أم بالتفريق القضائي للأسباب الآتية:

- ١- هذا الحكم ليس جديداً لأن كل إنسان أكمل الخامسة عشرة ولم يصب بعراض من عوارض الأهلية يعتبر كامل الأهلية في المعاملات المالية عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي الدين الرسمي للدولة بموجب الدستور.
- ٢- هذا المركز القانوني يعتبر حقاً مكتسباً لا يزول بزوال سببه.
- ٣- سكوت قانون رعاية القاصرين في مرض الحاجة يان لعدم رجوعهما إلى الخضوع لهذا القانون بعد الفرقة.

^{١١١} ذهب القضاء العراقي في تفسير هذه الأهلية إلى أن المراد بها أهلية القاضي في كل ما لهُ علاقة بالزواج وكثارة، وهذا تفسير ضيق لا يمتصه إطلاق تعبير (كامل الأهلية).

- ٤- غاية المشرع هي التشجيع على الزواج المبكر، فرجوعهما بالفرقة إلى ما كان عليه قبل الزواج يقلل من أهمية هذا التشجيع.
- ج- تخصيص عموم النص الذي لم يكن من النصوص الأمرة باتفاق المتعاقدين كما نصت على ذلك (٣٩٨م) من القانون المدني العراقي (نقطة الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بخير ذلك). ومن الجدير بالذكر أن الاتفاق يكون باطلاً إذا كان النص العام يتعلق بالنظام العام.
- د- تخصيص عموم النص بالعرف لأنه إذا كان مصدراً للأحكام بموجب القانون^(١)، فمن باب أولى يكون مخصصاً، ولأن (٣٩٨م) المذكورة نصت على (تخصيص عموم النص باتفاق المتعاقدين وبالعرف)، ولأن فقهاء القانون كفقهاء الشريعة متفقون على تخصيص العموم بالعرف كما في الوكالة الواردة في النفاذ عامة فلا يجوز للوكيل أن يتصرف تصرفاً مضرراً بالموكل.
- هـ- وللقاضي أن يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقتضي به العدالة أو المصلحة العامة أو الحاجة الماسة والضرورة.

^(١)م ٢/١ من القانون المدني العراقي والمصري (٢- ١) لأنها لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف).

المطلب الثالث

النسخ والفروق بينه وبين التخصيص

وتناول الموضوع في فرعين:

الأول لبيان النسخ.

والثاني للفروق بينه وبين التخصيص.

الفرع الأول

النسخ

النسخ لغة ورد بعدة معانٍ منها الإزالة، والتبديل، والتحويل، والنقل. وفي اصطلاح السلف يُطلق على كل ما يطرأ على ظاهر النص كتبديل المطلق، وتخصيص العام، وبيان الجمل، والتدرج، والرخصة.

وهند الأصوليين الغاء حكم شرعي سابق بدليل شرعي لاحق. والنسخ في القرآن -على فرض وجوده- الغاء وحي سابق بوحى لاحق.

إمكانية النسخ:

- ١- لا خلاف في نسخ أحكام الشرائع السابقة مما تختلف باختلاف الزمان والمكان بالقرآن الكريم، لأنه الدستور الأخير الذي عدلّ الدساتير السماوية السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل.
- ٢- لا خلاف في نسخ السنة بالقرآن، كنسخ التوجه إلى بيت المقدس بالأمر بالتوجه إلى بيت الله الحرام. كما قال تعالى ﴿قَوْلِي وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْمَكْرَمِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾^(١). لأن التوجه إلى بيت المقدس لم يثبت بالقرآن، حيث قال

تعال ﴿وَمَا جَعَلْنَا الْآيَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا﴾^{١١٤}، ولم يقل القيلة التي أمرناك بها.
 ٣- لا خلاف في نسخ السنة بالسنة، كسرخ منع زيارة القبور بالأمر بها في قوله ﷺ ((كنت
 نهيتكم عن زيارة القبور، إلا فروروها))^{١١٥}.

وجدير بالذكر أن إلغاء الأعراف والعادات والتقاليد الجاهلية بالقرآن أو بالسنة النبوية
 لا يُسمى نسخاً، كما أن إيقاف العمل ببعض الآيات لإنتهاء أسبابها لا يُسمى نسخاً
 أيضاً، كإيقاف العمل بالآيات الواردة في صدر الإسلام بشأن تنظيم حياة العبيد
 والجواري، فبعد أن أُلغى القرآن نظام الرق في الإسلام، توقف العمل بكل آية تتعلق
 بهذا النظام.

٤- لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن عقلاً، لأنه أمر ممكن، والله تعالى قادر على
 جميع الممكنات. وإنما الخلاف في وقوعه. وقد ظنَّ الكثير من علماء الإسلام أن هناك
 آيات قرآنية منها ما سُخِّت حكماً وتلاوة، كزعم أن حديث ((لَوْ كَانَ لِإِبْنِ آدَمَ وَأَوَّلِيَّانِ
 مِنْ مَالٍ لَاتَّقَى ثَابِتًا وَلَا يَمْلَأُ جَوْفَ إِبْنِ آدَمَ إِلَّا التُّرَابُ وَيَتَوَبُّ اللَّهُ عَلَى مَنْ تَابَ)) كان
 آية قرآنية سُخِّت حكماً وتلاوة. وهذا خطأ لا يُغتر من وجهين:
 أحدهما إنه لم يثبت تواتراً، مع أن كل جملة أو كلمة من القرآن ثابتة بالتواتر.
 والثاني أن حكمه باقٍ في الحديث النبوي. فإذا كان منسوخاً حكماً وتلاوة، فكيف ثبت
 إقرار حكمه من الرسول ﷺ.

ومنها ما سُخِّت تلاوة وبقيت حكماً، كزعم نسخ ((الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَبَا ،
 فَارْجُمُوهُمَا الْبَيْتَةَ بِمَا قَضَى مِنَ اللَّذَّةِ))، وهذا أيضاً خطأ جسيم من أوجه أربعة:
 أحدها أن هذا الكلام كان عرفاً جاهلياً.
 وثانيها إنه لم يثبت بالتواتر.

وثالثها إن من له ذوق سليم يعلم بأنه ليس من كلام الله، فخلوه عن كل معالم بلاغية.
 ورابعها الحكم والتلاوة متلازمان، لا ينفك أحدهما عن الثاني، لا في الفهن ولا في
 خارج الفهن.

ومنها ما سُخِّت حكماً وبقيت تلاوة، وذهب أكثر الفاتلين بالنسخ آيات كثيرة حكماً لا

^{١١٤} البقرة ١٧٣

^{١١٥} صحيح مسلم، باب: في زيارة القبور والاستغفار لهم، رقم الحديث ٤١٩.

تلاوة، ومنهم آية الله هبة الله بن سلامة البغدادي (ت-٤١٠هـ) في كتابه الناسخ والمنسوخ^(١١) ان آية السيف وهي قوله تعالى ﴿ فَإِذَا نَسَخَ الْأُمُورَ لِلْمُرْمِ قَاتَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذْتُمُوهُمْ وَأَخْرَجْتُمُوهُمُ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(١٢) نسخت من القرآن مائة آية وأربعاً وعشرين آية، ثم صار اخرها ناسخاً لاولها وهو قوله تعالى ﴿ إِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ ﴾، اضافة الى الآيات الاخر المنسوخة بغير آية السيف وهي تلتس في القرآن، ويقول ((ان كل ما في القرآن مثل اعرض، وتول عنهم، وذرههم وما اشبه ذلك، فناسخه آية السيف)).

ثم يقول ابن حزم الاندلسي^(١٣) نسخ الكل (١١٤) آية بقوله ﴿ قَاتَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ... الآية ﴾ وهي الخامسة من سورة التوبة وسماها دعاء نسخ آية السيف، هنا اضافة الى قوله بنسخ آيات أخر وهي منسوخة بغير آية السيف البالغ عددها (١٠٠) آية، لأن مجموع الآيات المنسوخة في القرآن عنده (٢١٤) آية، وهو يدعي نسخ هذه الآيات بدون ان يُقيم دليلاً واحداً ولو لمرة واحدة على الثبات دعواه، اضافة الى ذلك فإن كتابه (الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم) ملين بالتناقضات، منها قوله بأن آيات الأخبار لا يشملها النسخ، ثم يدعي نسخ عدة من آيات الأخبار في كتابه، ومنها قوله ان الاستثناء والتخصيص لبا من النسخ، ثم يحكم على كثير من الآيات بالنسخ بالتخصيص والاستثناء^(١٤). و عدد الآيات المنسوخة في الحكم دون التلاوة وهي تقرأ في المصاحف (٢٤٧) آية عند ابن الجوزي^(١٥) و (٢١٣) آية عند ابن سلامة^(١٦) و (١٣٤) آية عند أبي جعفر النحاس^(١٧) و (١٦)

^(١١) ص ١٢٨.

^(١٢) سورة التوبة / ٥.

^(١٣) وهو ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري الاندلسي ت-٣٢٠هـ وهو خير بن حزم الظاهري (علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت-٤٥٦هـ) المكتى بأبي محمد). ينظر الناسخ والمنسوخ لابن حزم الاندلسي ص ٥. الرأي الصواب في منسوخ الكتاب للامام جواد متولي محمد حفانة ص ٣٣.

^(١٤) وعلى من يريد مزيداً من التفضيل فليراجع مؤلفه المذكور.

^(١٥) ينظر مؤلفه نواسخ القرآن.

^(١٦) هبة الله بن سلامة البغدادي (ت-٤١٠هـ) الناسخ والمنسوخ المنار العربية للموسوعات.

آية عند عبد القاهر البغدادي^(١).

وحصرها السيوطي^(٢) في (٢٠) آية، ورد عليه العالم الأصولي الشيخ محمد الحضري وأثبت عدم نسخ آية واحدة منها^(٣) وحصرها مصطفى زيد^(٤) في خمس آيات وثابت الأستاذ موسى جواد عفانة^(٥) عدم صحة نسخ تلك الآيات الخمس. وقد اثبتنا بالأدلة العقلية والنقلية في كتابنا (التيان لرفع غموض النسخ في القرآن) عدم وجود آية قرآنية واحدة منسوخة في القرآن الكريم.

لا نسخ هي القرآن للأدلة العقلية والنقلية:

أ- من الأدلة العقلية البالغة دلالة قطعية على عدم وجود النسخ في القرآن:

النسخ في القرآن على فرض وجوده يكون مبنياً على أحد الأسس الستة الآتية:

١ / لم يلمح سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح من المنسوخ قبل النسخ، وهذا يستلزم نسبة الجهل إلى الله، واللازم باطل ومستحيل بإجماع العقلاء والعلماء، فكذا ذلك الملزوم.

٢ / علم سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح، ولكن كان عاجزاً في البداية أن يأتي به، وهذا يستلزم نسبة العجز إلى الله سبحانه وتعالى، واللازم باطل ومستحيل بإتفاق العقلاء والعلماء، فكذا ذلك الملزوم.

٣ / علم سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح، لكنه أهمل في البداية، وهذا يستلزم نسبة العيب إلى الله، واللازم باطل بالإتفاق، فكذا ذلك الملزوم.

٤ / كان الإسلام في البداية ضعيفاً، فأقر بعض الأحكام مجاملة وتسامحاً ورعاية لشعور غير المسلمين، ولما تقوى مركزه انقلبت الشريعة المهدية السلمية إلى شريعة إرهابية، فألغت كل تسامح ومرونة ورعاية لشعور الآخرين، وهذا

^(١) محمد بن أحمد بن إسماعيل الصفار (ت- ٣٣٨هـ) ينظر في مؤلفه الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم.

^(٢) في كتابه الناسخ والمنسوخ نقله عنه محمد بن أحمد المرزوي واستنسخه في ٦١٢هـ.

^(٣) الاتقان في علوم القرآن ٢١/٢ وما بعدها.

^(٤) ينظر كتابه (أصول الفقه) ص ٢٥٠-٢٥٥.

^(٥) في كتابه النسخ في القرآن.

^(٦) ينظر مؤلفه الرأي الصواب في منسوخ الكتاب.

أيضاً باطل ، لأن الطرف الداعي إلى الإسلام هو الله وليس محمداً واصحابه ،
وتصور الضعف بالنسبة إلى الله باطل بإتفاق العقلاء والعلماء . وهذه النقطة
الرابعة هي اتجاه المستشرقين من غير المسلمين .

٥ / كان النسخ لرعاية مصلحة تغيرت تلك المصلحة وجاءت مصلحة جديدة
ملائمة مع النسخ ، فجاء النسخ لرعاية المصلحة الجديدة المنسجمة مع الحكم
الجديد . وهذا هو رأي علماء التفسير . ولو صحّ نسخ أكثر من (٢٥٠) آية - كما
يقول المفسرون - في (٢٣) سنة من عمر الوحي ، على اساس تغير المصالح في
بيتة متخلفة كالجزيرة العربية ، للزم الآن إلغاء العمل بكامل القرآن بعد أن
تغيرت المصالح البشرية أكثر من مئة ضعف .

٦ / وتشريع حكم في يوم وإلغائه بعد مدة من سمات النقص ، والله منزّه عن كل
نقص ، والنقص إنما يكون للبشر ، والقول بالنسخ في القرآن يستلزم القول بأن
القرآن من صنع محمد ﷺ وليس وحياً إلهياً ، وهذا ما استدلّ به المستشرقون
على عدم وحي القرآن ، واستدلوا على ذلك بوجود النسخ والنسخ في
القرآن .

ب- من الأدلة النقلية :

١ / آيات قرآنية تدل دالة قطعية على عدم التغير والتبدل في القرآن ، منها قوله
تعالى ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَنَكُونُونَ ﴾^(١) .

٢ / دلالة القرآن على أن نسخ الوحي بالوحي يكون للكاتب السابقة ، كما جاء في
آيته (١٠٥ و ١٠٦) من سورة البقرة ، فقال في آية (١٠٥) ﴿ مَا يَوْذُوُ الَّذِينَ
كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الَّذِينَ أَنْزَلْنَا عَلَيْهِمْ مِنْ خَيْرٍ
رَبِّكُمْ وَأَلَّهُ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ ﴾ ،
وقال في آية ١٠٦ ﴿ مَا نُنسخ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِخْهَا فَأَمْرٌ إِذْ يَسْأَلُكُمْ
عَلَىٰ أَنْ أَنتُمْ عَلَىٰ شَيْءٍ مُّعْتَدِينَ ﴾ . وهذا يدل على أن المراد بالآية هي آيات الكتب
السابقة ، لأن الآية الثانية جاءت جواباً للآية الأولى .

٣- عدم إمكان توافر شروط النسخ الأربعة في القرآن وهي:

١- ثبوت قرآنية كل ما يُسمى النسخ والمنسوخ في القرآن ثبوتاً قطعياً بالتواتر لإجماع علماء المسلمين قديماً وحديثاً أن كل سورة من سور القرآن وكل آية من آياته، وكل جملة من جملة، وكل كلمة من كلماته، ثبتت قرآنتها بالتواتر، ووصلت إلينا بالتواتر وثبتت في مصحف الإمام الموجود بين أيدي المسلمين بالتواتر.

٢- ثبوت تأخر النسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر، لأن حكم المنسوخ كان قبل النسخ من القرآن، وثبت قرآنته بالتواتر. وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بما ثبت بالتواتر، للقاعدة الشرعية العامة المصق عليها (اليقين لا يزول إلا باليقين).

٣- قابلية الحكم للنسخ، فالقرآن أحكامه خمسة أقسام:

أ. المعتقدات، والأحكام الاعتقادية لا تقبل الإلغاء، لأنها اعتقاد جازم ثابت بوجود الله وما يتفرع عنه من المغييات.

ب. أحكام أخلاقية، وهي لا تُلغى ولا لأرتفع الفرق بين الإنسان والحيوان.

ج. أحكام عملية، وهي ترجع إلى الأوامر والنواهي، ولو كانت الآيات بصيغ الأخبار، أو الوعد والوعيد، وهي غير قابلة للنسخ بإجماع العلماء والمفكرين.

د. قصص وأخبار حول الأمم السابقة، ونسخ الخبر يستلزم نسبة الكذب إلى الله-نموذ بالله- وهذا مستحيل.

هـ. أحكام كونية، والكون والأحكام التي تحكمه غير قابلة للنسخ، لأن أحكامه طبيعية، وهي لا تقبل النسخ والإلغاء.

٤- التناقض بين الآيتين (النسخ والمنسوخ) لأن النسخ يأتي لرفع التناقض، وإذا كان الأصل معدوماً، يكون فرعه غير موجود أيضاً.

الفرع الثاني الفروق الجوهرية بين النسخ والتخصيص

ومن أهم الفروق الجوهرية بين النسخ والتخصيص ما يلي:

١- من حيث الطبيعة: طبيعة النسخ الإلغاء وطبيعة التخصيص البيان. فالنسخ مقصود حين تشريعه ومطلوب العمل به والمخصص بقدر التخصيص غير مقصود من بده تشريعه.

وتعبير آخر التخصيص بيان حيث يبين أن ما أخرج من حكم العموم لم يكن المتكلم قد أراد شمول حكمه له ولم يرد تكليف المكلف به لا في الماضي ولا في الحاضر ولا في المستقبل بخلاف النسخ فإن الحكم كان مطلوباً والمخاطب كان مكلفاً به ثم الغي هذا الحكم لسبب من أسباب الإلغاء وبناماً على ذلك يكون التخصيص دائماً بياناً لما أريد والنسخ إلغاء لما أقر.

٢- الدليل المخصص كما يكون نصاً فقد يكون غير نص أيضاً كالصلحة العامة المشروعة بخصص بها نص عام^(١) وكالعرف الصحيح^(٢) والإجماع^(٣) والقياس^(٤) والعقل^(٥)، ونحو ذلك بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالنص وهذا ما اتفق عليه علماء المسلمين.

٣- النسخ لا يكون في الأخبار لأن نسخ الخبر يستلزم تكذيب خبره وهذا منزه عنه سبحانه وتعالى. وبناماً على ذلك ينحصر مجال النسخ في الأحكام الشرعية (التكليفية

^(١) تخصيص النص العام بالصلحة كتخصيص عموم آية ﴿ وَالنَّكَاحُ وَالْمَنَاقَةُ فَاقْكُمَا لِجَوْرِهِمَا بِالْمَعْرِفَةِ ﴾ ٣٨ بالنسبة للجنات المضطر لان حماية الأرواح أهم من حماية الأموال.

^(٢) التخصيص بالعرف كتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَوَّلَدَهُمْ خَوَلِينَ كَأُولِي آبِهِمْ هَسِرَةٌ ﴾ البقرة: ٢٣٣ بالعرف.

^(٣) تخصيص العام بالإجماع كالإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة على النساء بتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا نُؤْتِكُمْ إِبْرَاهِيمَ بَيْنَ يَدَيْكُمْ إِصْلَاحًا لِمَن بَرَّ مِنَ الْجِنَّةِ فَاستَمِرُّوا لَكُمْ ذِكْرُهُ وَأَنَّهُ ذُرِّيَةُ النَّبِيِّ الْمَسْرُورَةِ ﴾ الجمعة: ٩.

^(٤) التخصيص بالقياس كتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ وَمَن ذَكَرَكَ كَانَ مَكَرًا ﴾ البقرة: ١٧، بأن هذا العموم لا يشمل مهتر الدم قياساً على ارتكاب جريمته داخل الحرم كما قال بعض الفقهاء.

^(٥) التخصيص بالعقل كالأوامر والنواهي الموجهة للإنسان، فإنها لا تشمل عديم التمييز.

- (الوضعية) الثابتة بالأوامر والنواهي بخلاف التخصيص فإنه يرد في الأخبار كما يرد في الأحكام لأن التخصيص بيان لما أريد ولا توجد فيه شائبة التكنيب.
- ٤- النسخ لا يكون في الوعد والوعيد والتهديد لنفس السبب الذي ذكرناه في الفقرة السابقة.
- ٥- التخصيص قد يكون بدليل أدنى قوة وإلزاماً من النص العام كتخصيص القرآن الكريم بحديث الأحاد أو العرف الصحيح أو المصلحة كما ذكرنا في حين أن الناسخ يجب أن يكون دائماً أقوى من المنسوخ كتسخ السنة بالقرآن أو مساوياً له في القوة الإلزامية كتسخ القرآن بالقرآن-على فرض وجوده-، ونسخ السنة بالسنة، وإلغاء القانون بالقانون.
- ٦- الدليل المخصص قد يكون متصلاً بالنص العام وقد يكون منفصلاً ومستقلاً عنه في حين أن النسخ لا يكون إلا بدليل مستقل منفصل غالباً لأن المفروض أن الناسخ والمنسوخ متناقضان لا يجتمعان لا في الحكم ولا في التحقق.
- ٧- النسخ لا يكون إلا بدليل متأخر في تشريعه من المنسوخ في حين يجوز أن يكون الدليل المخصص سابقاً على نسخ العام الذي يخصه كما يجوز أن يكون متأخراً عنه أو مقارناً له.
- ٨- التخصيص لا يكون إلا للنص العام في حين أن النسخ يرد على النص العام والخاص على حد سواء.
- ٩- يجوز نسخ شريعة بشرية أخرى كتسخ الشرائع السابقة بالقرآن الذي هو الدستور المعدل الأخير للدراسات الإلهية السابقة بخلاف التخصيص فلا يجوز تخصيص نص عام في الشريعة الإسلامية بنص آخر في الشرائع السابقة.
- ١٠- النسخ يكون بعد العمل بالحكم المنسوخ على الرأي الراجح عند علماء المسلمين.
- أما التخصيص فلا يشترط فيه هذا الشرط لأنه بيان وقد يكون مقترناً متصلاً بالنص العام في التشريع كما في الأدلة المخصصة المتصلة كالاتثناء والصفة والشرط والغاية وبدل البعض من الكل.
- ١١- للنسخ بديل غالباً بخلاف التخصيص لأن الحكم بعده يبقى مقتصراً على الباقي فلا داعي للبدل عنه.

- ١٢- التخصيص لا يخرج العام عن الاحتجاج به مطلقاً في مستقبل الزمان فإنه يبقى معمولاً به في ما عدا ما يتناوله التخصيص بخلاف النسخ فإن المنسوخ يلغى ولا يجوز العمل بالملغى.
- ١٣- التخصيص كما يكون بالقول يجوز أن يكون أيضاً بالفعل كأفعال الرسول ﷺ المينة والمخصصة لبعض النصوص العامة في القرآن الكريم بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالقول.
- ١٤- التخصيص لتقليل والنسخ لتبديل.
- ١٥- النسخ لا يرد في الأحكام الاعترافية بخلاف التخصيص.
- ١٦- النص العام يجوز نسخه كلياً حتى لا يبقى منه شيء بخلاف التخصيص فإنه لا يجوز إيراده على جميع ما يندرج تحت العام بحيث لا يبقى منه شيء وقد اختلف الأصوليون في الحد الأدنى الذي يجب أن يبقى عليه العام بعد التخصيص بعد أن اتفقوا على أنه لا يجوز أن يزيل التخصيص النص العام كلياً.
- ١٧- أمهات الأحكام التكاليفية للأسرة البشرية لا تنسخ ولا تلغى لا في الشرائع السماوية ولا في القوانين الوضعية ما دام الإنسان محضاً بإنسانيته ولم ينزل إلى مستوى وحوش الغاب.
- ومن هذه الأحكام التعامل مع الناس بالحسنى وتوجيههم إلى طريق الصواب بالحكمة والموعظة الحسنة ومناقشتهم بالتي هي أحسن، والصبر والصمود أمام التيارات المعادية ما لم يصل إلى حد الاعتداء على المصالح الضرورية وبالتالي إلى جواز استخدام حق الدفاع الشرعي، وكوجوب العدل والصدقة والأمانة والإخلاص وكل صفة من الصفات الحميدة التي يجب على الإنسان أن يتحلى بها وهذا المعنى العام هو المراد من قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا أَمْرٌ إِتْمَارُهَا ﴾ في آية ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْتُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ﴾^(١).
- ومعنا تحريم الزنى والقذف والسرقة وقطع الطريق وغيابة الأمانة والكذب والحقد والحسد والأناية ونحو ذلك من جميع الصفات الرذيلة التي يجب على كل إنسان أن

ينتخى عنها في كل زمان ومكان وهذه الأحكام وأمثالها لا تنعرض للنسخ والإلغاء في جميع الأديان والقوانين كالقرآن الكريم لم ينسخ شيئاً منها من الأديان السابقة. ويقابل هذه الأحكام ما يطلق عليه علماء الفلسفة والقانون مصطلح (القانون الطبيعي) الذي هو عبارة عن قواعد وأحكام مثالية ثابتة خالدة لا تتأثر بالموثرات الكونية والبشرية.

ورغم ذلك فإن هذه الأحكام جميعها تقبل التخصيص بحسب الظروف والحالات الاستثنائية، وعلى سبيل المثال قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١) لا يقبل الإلغاء والنسخ مطلقاً ولكن يقبل التخصيص لمصلحة المضر الجائع الذي يسرق لقمة العيش لإتقاز حياته وكذلك قوله تعالى ﴿أَرْزُقْنَاهُ أَزْوَاجًا وَقَبِيلُهُمْ كُلٌّ لِوَجْهِهِمْ يَوْمَئِذٍ يَلْقَوْنَ﴾^(٢) عمومته بمخصص لحالات عارضة كالجنون والإكراه ونحوهما. ١٨ - لا يشترط وجود التناقض بين النص العام والخاص بل لا يوجد أصلاً أي تعارض حقيقي لأن التعارض القائم بينهما إنما هو ظاهري فالمعوم من البدء غير مراد وبين هذا المراد بالنص الخاص في حين أن النسخ لا يكون إلا في حالة قيام التناقض الحقيقي بين النصين (أو الحكمين) بحيث يكون العمل بأحدهما يستلزم ترك الآخر كلياً وكذلك ترك أحدهما يستلزم العمل بالآخر لأن من القواعد البدعية الثابتة أن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان (يسقطان).

١٩ - التخصيص لا يرد على الأمر بأمور واحد أو نهى شخص واحد عن منهي عنه كما في الأحكام التي هي كانت خاصة بالرسول العظيم بخلاف النسخ فإنه يتصور فيه ذلك. ٢٠ - ثبوت نسخ القرآن بالقرآن لا يكون إلا بالتواتر فلا يثبت عن طريق الاجتهاد والأدلة الظنية لأن ما ثبت قرآنيته بالتواتر وبالدليل القطعي لا يجوز الحكم بزواله إلا بدليل قطعي آخر بخلاف التخصيص فإنه كما يجوز بدليل ظني كذلك يجوز إثبات هذا التخصيص بدليل ظني.^(٣)

^(١) سورة المائدة: ٣٨.

^(٢) سورة المائدة: ٣٨.

^(٣) لمزيد من التصيل في هذه الفروق راجع:

المحصل في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين الرازي القسم التحقيقي ج/ ١، ق/ ٣٧، ص ٩ وما بعدها.

٢١- من حيث العناصر (الشروط): شروط التخصيص تسعة كما سبق بيانها وأما شروط النسخ فقد اختلف فيها الأصوليون بين مقل ومكثر والصواب أن شروط النسخ في القرآن-على فرض وجوده- أربعة:

الشروط الأولى: ثبوت القرآنية لكل ما يسمى بالناسخ والمنسوخ في القرآن بناءً على القاعدة المجمع عليها من لدن علماء المسلمين من السلف الصالح والخلف على (أن كل جزء من أجزاء القرآن متواتر) وعلى أن عكس النقيض الموافق لهذه القاعدة الذي يجمع عليه هو (أن كل ما لم يكن متواتراً ليس جزءاً من القرآن)^(١).

الشروط الثانية: ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر.

الشروط الثالثة: قابلية الحكم للنسخ فأحكام الأخبار والوعد والوعيد لا تقبل النسخ^(٢). لأن الحكم المنسوخ - على حد زعمهم - كان قبل النسخ من القرآن وثبت قرآنيته بالتواتر وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بالتواتر. وتعبير آخر أن ما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين.

الشروط الرابعة: وجود التناقض بين النقيضين (الناسخ والمنسوخ) إذ لا يكفي القول بنسخ أحد النقيضين للآخر مجرد التعارض بينهما لأن كل متناقض متعارض دون العكس فالتعارض قد يكون تناقضاً وقد لا يكون لأن التعارض يمكن رفعه بالجمع بين المتعارضين أو بترجيح أحدهما على الآخر ومن الواضح والمعروف المجمع عليه أن

إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٤٢، ١٤٣.

مختصر المنهاج الأصولي لابن الحاجب ص ١٠٦ وما بعدها.

السودة لآل تيمية ص ١٣٤ وما بعدها.

^(١) فلا صحة للقول بأن الرضاع المحرم كان في القرآن عشر رضعات نسخت بخمسة رضعات ذلك لأن كلاً من الناسخ والمنسوخ من أحاديث الأحاد في السنة النبوية كما أنه لا صحة للقول بأن الشيخ والشيخة إذا زنيا فلرجموهما البتة من القرآن لأن هذا إضافة إلى كونه من أخبار الأحاد كان قولاً شائعاً في عرف العرب قبل الإسلام وكذلك أمثال هذه الروايات التي اعتبرت من الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم وهو بعيد عنها بعد السماء عن الأرض.

^(٢) وكذا المعطيات وأمهاث الأحكام التي لا تختلف باختلاف الأديان لأنها تنهي بانتهاها الوقت والأحكام الواردة.

التناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان وأن التناقض لا يتحقق بين نصين أو دليلين أو شيئين إلا بعد اتحادهما في أمور تسعة واختلافهما في أمرين:

أ- الاتحاد في الأمور التسعة التالية :

١. وحدة الموضوع (أو المحكوم عليه أو المستدل به) فلا تناقض بين (عقد كامل الأهلية صحيح) و (عقد عديم الأهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع. وكذلك لا تناقض بين قوله تعالى ﴿وَاللَّهِ بِأَيْمَانِكُمْ أَكْبَرُ مِنَ الْمَوْتِ أَتَىٰ بِأَيْمَانِكُمْ فَآتَىٰ بِمَوْتِكُمْ لَئِن مَّمَّنَ اللَّهُ لَأُكْفِلَنَّ سَبِيلًا﴾^١ وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ بَاتُوا بِمَنَازِلِهِمْ أَتَىٰ بِمَوْتِكُمْ لَئِن مَّمَّنَ اللَّهُ لَأُكْفِلَنَّ سَبِيلًا﴾^٢ وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ بَاتُوا بِمَنَازِلِهِمْ أَتَىٰ بِمَوْتِكُمْ لَئِن مَّمَّنَ اللَّهُ لَأُكْفِلَنَّ سَبِيلًا﴾^٣ لأن

موضوع الحكم في هذه الآيات الثلاث يختلف، فموضوع الآية الأولى جريمة المساقفة بين الأتانيين، وموضوع الثانية جريمة اللواط بين الذكورين، وموضوع الثالثة جريمة الزنا بين الذكر والأنثى. فلا تناقض بين هذه الآيات حتى تُعتبر المتأخرة منها ناسخة للمقدمة، كما زعم كثير من الناس.

٢. وحدة المعمول فلا تناقض بين (عديم الأهلية يسأل مدنيا) و (عديم الأهلية لا يسأل جنائياً) أي في حالة إلحاق الضرر بالغير. وكذلك لا تناقض بين آية ﴿وَالَّذِينَ

يَتَّقُونَ مِنكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجَكُمْ يَرْحَمُونَ بِأَيْمَانِهِمْ أَرْوَاحَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا لَقِنَ الْجَلْهَنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمْ فِيمَا قَعَلُوا فِي أَيْمَانِهِمْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَقْرَبَ مَا صَعَلُوا حَيْثُ﴾^٤ وبين آية ﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجَكُمْ يَرْحَمُونَ

^١ النساء : ١٥

^٢ النساء : ١٦

^٣ النور : ٢

^٤ البقرة : ٢٣٤

- لَا تَزِدْهُمْ مَنًّا إِلَىٰ الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ حَرَجْنَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِهِمْ مِنْ مَقْرُونَةٍ وَأَنْفُسِهِمْ حَكِيمٌ^١ . لأن الآية الأولى خاصة بحق الله ، والآية الثانية تخص حق الزوجة . فالتناقض أصل النسخ ، لأن النسخ يأتي لرفع التناقض ، فإذا كان الأصل معدوماً ، فلا وجود للرفع .
- ٣ . وحدة الزمان فلا تناقض بين (يجب الصيام في نهار رمضان) و (لا يجب الصيام في ليالي رمضان) .
- ٤ . وحدة المكان فلا تناقض بين (يسري قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في إقليم العراق) و (لا يسري على الجرائم التي ترتكب خارج إقليم العراق) .
- ٥ . وحدة الشرط فلا تناقض بين (المتهم يعاقب بشرط ثبوت التهمة الموجهة إليه) و (المتهم لا يعاقب بشرط براءته من التهمة) لاختلاف الشرط .
- ٦ . وحدة الإزالة فلا تناقض بين (المتهم يدان بالنسبة الى الجريمة التي ارتكبتها) و (المتهم لا يدان بالنسبة للجريمة التي لم يثبت ارتكابها منه) .
- ٧ . وحدة القوة والفعل فلا تناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة والامكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته .
- ٨ . وحدة الكل والجزء فلا تناقض بين (الرمان يؤكل أي جزؤه) وهو اللب و (الرمان لا يؤكل أي كله) لأن القشر لا يؤكل .
- ٩ . وحدة العزيمة أو الرخصة : العزيمة عبارة عن الحكم الأصلي كما هو المطلوب من الشارع . والرخصة هو تغير (أو تبديل) الحكم من الصعوبة إلى السهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي . وبناءً على ذلك لا تناقض بين آية ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ حَذْرًا مِنْ النَّجَسِ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ فِي غَافِلِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والآية ﴿ وَإِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَلَا يُجْزَى الْكُلُّ وَالْجُزْءُ مِنْهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٤] .

يَقْفُورُ ﴿١١﴾ وبين آية ﴿الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّكُمْ مَخْفَاً لَّئِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ يَأْتِيَهُ صَائِرَةٌ يَأْتِيُوا بِأَتِينًا وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَأْتِيُوا أَلْفَيْنِ وَيَأْتِي اللَّهُ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴿١٢﴾، لأن الحكم في الأولى عزيمة وفي الثانية رخصة. وتبدل الحكم من العزيمة إلى الرخصة لا يُسمى نسخاً باتفاق العلماء والعقلاء، وإنما يُسمى رخصة، ومن قال بالنسخ خلط بينه وبين الرخصة، لأن من قام بحكم العزيمة عند وجود العذر وهو كثرة المسلمين وقلة العزيمة بسبب هذه الكثرة، يُناب على ما قام به، أكثر مما لو قام بالرخصة.^(١)

وكذلك يُعد من باب عدم الوحدة في العزيمة والرخصة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا جَعَلْنَا الرِّسَالَ فَعْدُوا بَيْنَ يَدَيْكُمْ سَدَقَةً ذَلِكَ سَبِيلُكُمْ وَالْمُهْرُ لَنْ تَرْتَدُّوا لَنْ آتَى اللَّهُ عَشْرًا رَحِيمًا ﴿١٣﴾ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا بَيْنَ يَدَيْكُمْ سَدَقَةٌ فَإِذَا تَرْتَدُّوا فَكَلِمَاتٌ فِي اللَّهِ عَلَيْكُمْ فَأَيُّسُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٤﴾.

ففي الآية الأولى تقييد لحرية إرادة المراجعين للرسول ﷺ حتى يصرغ لمعالجة الأمور المهمة التي تخص المسلمين، كما هو موجود في الأنظمة الدولية، حيث لا يُسمح للمواطنين مراجعة رئيس الدولة في كل صغيرة وكبيرة، وإنما تكون هذه المراجعة للقضايا المهمة المستعصية.

وفي الآية الثانية خفف الحكم من تقديم الصدقة التي كانت غير متيسرة لكل مراجع، فبدلها بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

ب- الاختلاف في الأمرين :

١. الاختلاف في الكيف (الإيجاب والسلب أو الصحة والبطلان أو الجواز والحظر) : فلا تناقض بين : (الدفاع الشرعي واجب والدفاع الشرعي جائز) لعدم اختلافهما في الكيف والحكم لأن كل واجب جائز.

^١ الأنفال : ٦٥

^٢ الأنفال : ٦٦

^٣ هذا الشرط من زيادتي، لأن شروط التناقض في الوحدة بميزان علم النطق لمالية كما ذكرنا.

^٤ المجادلة : ١٢-١٣

٢. الاختلاف في الكم: فلا تناقض بين: (الأصل في الأشياء الإباحة - أي بعضها وهي النافعة - والأصل في الأشياء المحظر - أي بعضها وهي الضارة) لأن الكم (البعضية) واحد.

٢٢- التخصيص يكون دائماً بطريقة صريحة بخلاف النسخ (أو الإلغاء) فإنه نوعان الإلغاء (النسخ) الصريح والإلغاء الضمني:

الإلغاء أو النسخ الصريح: هو أن يدل نص في القرآن الكريم على أن الآية كذا نسخت بآية كذا أو يدل على أن الحكم كذا ألغي بدون بديل أو نحو ذلك فمثل هذا النوع من الإلغاء لا يوجد في القرآن الكريم بخلاف السنة النبوية فقد يدل الحديث السابق على أن الحكم السابق قد ألغي بلائح كما في قول الرسول ﷺ (كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها)، فإنه يدل صراحة على أن حكم زيارة القبور السابق كان هو التحريم وقد ألغي ببديل مناقض له وهو الجواز أو الإباحة.

لذا نجد الفاتلين بالنسخ في القرآن الكريم قد اعتمدوا على النسخ الضمني وهو اجتماع نصين متناقضين بحيث لا يمكن إزالة هذا التناقض إلا باعتبار أحدهما ناسخاً للآخر لأن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان.

ومن الواضح أن النسخ أو الإلغاء الضمني يتطلب توافر الشروط التي ذكرناها سابقاً وهي (ثبوت قرآنية الناسخ والمنسوخ بالتواتر + ثبوت تأخر الناسخ في النزول بالتواتر + قابلية الحكم للإلغاء + وجود تناقض بين النصين يتوافر فيه أحد عشر شرطاً وهي الإجماع في أمور لمانية والاختلاف في ثلاثة).

ومن تتبع آيات القرآن الكريم بعمق ودقة يجدد من الصعب - إذا لم يكن من المتصنّف - وجود نصين متعارضين تتوفر فيهما شروط التناقض.

ومن البدهي أن النسخ لا يكون إلا لرفع التناقض فإذا كان التناقض مفقوداً فلا وجود للنسخ الذي يعد من أخطر الأمور التي تناولها بالبحث علماء الشريعة الإسلامية قديماً وحديثاً.

تكييف التخصيص

اختلف علماء الأصول في تكييف التخصيص كما اختلفوا في تكييف تقييد المطلق، هل هو بيان أو تأويل أو نسخ؟

- أ- قال الحنفية^(١٦) (إن كان الدليل المخصص للنص العام مقارنا له في التشريع يكون بياناً، وإن كان متأخراً عنه بان يتم تشريعه في زمن متأخر عن زمن تشريع العام يكون نسخاً).
- ب- وقال المالكية^(١٧) (التخصيص تأويل لأن الأصل هو حمل العام على عمومه، والدلول عن الأصل إلى التخصيص يكون تأويلاً).
- ج- وقال الجمهور (التخصيص بيان لمراد الشارع مطلقاً لأنه لم يرد عموم النص حين تشريعه، ثم بين هذا المراد هو أو المجتهد بالتخصيص).

التكويم

الرأي الذي نراه افقه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن التخصيص بيان لمراد الشارع لأن النص العام لم يكن عمومه مراداً، وهذا المراد خفي على كثير من الناس فيتم بيانه بالتخصيص. ثم من تعمق في الموضوع لا يجد لمراد للخلاف سوى أن التأويل يكون دائماً من المجتهد، فقيهاً أم قاضياً، ولا يتصور أن يكون من الشارع (أو المشرع) بخلاف البيان أو النسخ^(١٨).

^(١٦) لزيد من التصيل، راجع كشف الأسرار مع أصول البيهقي ١٣٠/١ وما بعدها.
^(١٧) في مفتاح الوصول إلى علم الأصول للشمساني المالكي، ص ١٠١ (التأويل السابع التخصيص، وهو قد يكون متصل، وقد يكون بمنفصل).

^(١٨) النسخ رفع حكم شرعي ثابت بنص سابق بالنص اللاحق وهو بمراد الإلغاء في القانون، وقد أسرف البعض في القول بالنسخ في القرآن، ومرد ذلك أسباب كثيرة منها:
 أ- عد التلويح في القرآن من النسخ كما في آيات محرم الخمر.
 ب- فهم أن الحكم الذي شرع لسبب ثم زال هذا السبب من المنسوخ فعملوا جميع الآيات التي نزلت في الحث على الصبر في الشكائد وتحمل أذى الكفار في صدر الإسلام منسوخة بآيات السيف.
 ج- فهمهم أن إبطال الإسلام لما عليه الناس من قبل يكون نسخاً كإبطال التبني وتكاح نساء الأباء، وهذا ليس نسخاً، لأنه ليس حكماً شرعياً ثابتاً بنص سابق.
 د- توهم وجود التعارض بين نصين في القرآن مع عدم وجوده في الواقع.
 هـ- الخلط بين النسخ والتخصيص في كثير من الآيات، فعلى سبيل المثال آيات الميراث خصصت آية الوصية الواجبة، فالتصرت على غير الوارث في حين اعتبر الكثيرون أنها ناسخة لها.
 و- وغير ذلك من أسباب أخرى لا مجال لذكرها، ومن الواضح أن الظروف خاضعة لإرادة الله وليست إرادته خاضعة لها كما في المشرع الوضعي حتى يمدل ويلغي كلما تغيرت الظروف، ثم إن الله عالم بالماضي والحاضر والمستقبل خلافاً للمشرع الوضعي للقوانين.

المبحث الثالث

المشترك

تعريفه ، أنواعه ، استعماله ، تأثيره

تعريفه :

عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(١) كلها ركزت على المشترك اللفظي ، ولم نجد تعريفاً جامعاً شاملاً لنوعي المشترك (اللفظي والمعنوي) ، ويبدو أن سبب ذلك يعود إلى أمرين :

أحدهما : الاستثناء عن بيان أحكام المشترك المعنوي ببيان أحكام المطلق^(٢) والعام.
وثانيهما : أنهم كانوا يعددون اشتراك الألفاظ بين المعاني ، والمشترك المعنوي من صفات المعاني دون الألفاظ^(٣) . ورغم كل ذلك فإنه لبيان طبيعة وتأثير المشترك المعنوي على النصوص من حيث الغموض أهمية كبرى فمن الضروري إفراده بدراسة مستقلة.

^(١) ومن هذه التعريفات : تعريف أبي البركات ، شرح المنار ، ص ٣٩ (المشترك يتناول أفراداً مختلفة المعداد على سبيل البديل).

وتعريف الحلبي ، شرح جمع الجوامع ٢٩٢/١ (المشترك هو اللفظ الواحد المتعدد المعنى الحقيقي) .
وتعريف القزويني ، تنقيح الفصول ، ص ٢٩ (المشترك هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر كالمعين).

وتعريف السيزوري ، تهذيب الأصول ، ص ٣٠ (اللفظ والمعنى متحدان ويعبر عنه بتحد المعنى ، أو متحدان ويعبر عنه بالتباين ، أو يكون المعنى واحداً واللفظ متعدداً ويعبر عنه بالتزادف ، أو يكون بالعكس ويعبر عنه بالمشترك).

وتعريف البهاري ، مسلم الثبوت ١٣٥/١ (اللفظ الفرد أن تمدد معناه فإن وضع لكل فمشترك).
وتعريف الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص ١٩ (المشترك هو اللفظة الموضوعه لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعا أولاً من حيث هما كذلك).

^(٢) لأن المطلق والعام من حيث وضعهما معنى واحد يكون من الخاص ومن حيث اشتراك هذا المعنى بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد يكون مشتركاً معنواً.

والتعريف الذي يختاره هو أن المشترك (ما وضع لأكثر من معنى بأوضاع متعددة أو لعدد مشترك فيه بوضع واحد). وحرف (أو) في تعريفنا هذا للتقسيم لا للتديد فلا يرد الاعتراض بعدم جواز استعمالها في التعريف. فهو بالاعتبار الأول مشترك لفظي لأن اللفظ مشترك فيه بين عدة معان، وبالاعتبار الثاني مشترك معنوي لأن المعنى قدر مشترك فيه بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد. وتخصص لدراسة كل نوع مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

المشترك اللفظي ومدى تأثيره في غموض النصوص

المشترك اللفظي كما ذكرنا لفظ وضع بأوضاع متعددة لأكثر من معنى واحد، وتصير أدق (ما اتحد لفظه وتمدد وضعه ومعناه). وعلى سبيل المثال لفظ (عين) وضعه أهل اللغة العربية تارة للياصرة وتارة للعين الجارية ومرة للشمس وأخرى للذهب، كما وضعه فقهاء الشريعة لما يقابل الدين، فقالوا (الدين ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وهو يقابل الحق الشخصي في القانون، وما عداه من النقولات والمقارنات فهو عين^(١) ويقابل الحق العيني في القانون أيضاً).

^(١) للتمييز بينهما يوجد معياران: أحدهما في المشترك اللفظي بتعدد الوضع للمعاني، بخلاف المعنوي فإن الوضع واحد، والثاني: المشترك في المشترك اللفظي هو اللفظ، وفي المعنوي هو المعنى.

^(٢) في رد المحتار ١٥٧/٥ (الدين ما وجب في الذمة بقصد أو استهلاك، وما صار في ذمته ديناً باستقراضه، فهو أهم من الفرض، والفرض لفة ما تعطيه لتفاضله، وشرعاً ما تعطيه من مثلي لتفاضله).

وفي مرشد المهران (م ١٦٨) (الدين ما وجب في ذمة المدين بقصد أو استهلاك مال أو ضمان منسوب). والواقع أن كل ملتزم فيه يلتزم الإنسان بأدائه من حمل أو امتناع عن العمل فهو دين وإن تعلق بالأعيان بعد تعلقه بالذمة كالدين الذي يتصل بالتركة بعد وفاة المدين وبالمال المرهون بعد الرهن وبأموال المجهور عليه بعد الحجر، فالدين والحق الشخصي مترادفان كترادف العين والحق العيني خلافاً لما تصوره المرحوم الأستاذ السنهوري (مصادر الحق ١٨/١) من أن الدين في الفقه الإسلامي أصيب تطلقاً من الحق الشخصي في القانون على أساس أنه إذا تعلق بالمال كما في الأمثلة المذكورة آنفاً يتحول إلى العين، وإن العين في الفقه الإسلامي أوسع تطلقاً من الحق العيني في القانون لأنه يشمل كل حق عيني وكل حق شخصي يتصل بالأموال كالدين المتعلق بالتركة وبمال المجهور.

الاشتراك اللفظي يجري في الأسماء والأفعال والحروف:

- أ- من الأسماء المشتركة اشتراكا لفظيا (قرء) مشترك بين الحبيص والطهر، ولفظ (عين) مشترك بين المعاني التي سبق ذكرها.
- ب- من الأفعال المشتركة فعل (عسس) بمعنى أقبِل وأدبر، وفعل المضارع المشترك بين الحاضر والمستقبل.
- ج- ومن الحروف المشتركة بعض حروف المعاني^(١) مثل (ل) و (على)، وقد يدل لفظ واحد على معنيين متضادين بسبب حروف المعاني، وعلى سبيل المثال، فعل (خلع) إذا تعدى بـ (على) يكون بمعنى (ألبس)، وإذا تعدى بحرف (عن) بمعنى (نزع). وكذلك فعل (رغب) إذا تعدى بحرف (عن) يكون بمعنى (اعرض)، وإذا تعدى بحرف (في) يكون بمعنى (قبل) و(أحب) و (أراد).
- وكالمؤنوج لاشتراك حروف المعاني وتأثيرها على معاني النصوص، نورد فيما يلي بعض معاني حرفي (اللام) و(على) وهما من حروف الجر:

^(١) تنقسم الحروف إلى قسمين: حروف المعاني، وحروف الباني

وحروف المعاني هي التي وضعت للمعاني، ولكنها في الدلالة عليها غير مستقلة بلفظها لا تفيد المعنى إلا بعد استعمالها في الجملة لأن وظيفتها الربط بين الجمل ومفرداتها، ومن هذه الحروف (إن) و(أن) و(أي) و(إذنا) و(ذيل) و(ثم) و(حتى) و(رب) و(لو) و(لولا) و(كي) و(في) و(لن) و(من) و(ما) و(والواو) والياء والقائه واللام.

وحروف الباني هي التي ليس لها معانٍ أصلا وإنما وظيفتها المساعدة في بناء الكلمة، ومن هذه الحروف: ث، ج، خ، ذ، ر، ز، ش، ص، ض، ظ، ق، ع، غ.

وحروف الباني بما أنها لم توضع للمعاني ليس لها أي تأثير على معاني النصوص، بخلاف حروف المعاني فإن النصوص الشرعية والقانونية تتأثر من حيث المعنى باختلاف هذه الحروف واختلاف معانيها. وعلى سبيل المثال إذا ورد في النص (للمحكمة أن تحكم بكذا)، فإن هذا يدل على الجواب وترك الأمر للقاضي أن شاء حكم وإن شاء رفض، بخلاف ما إذا قيل (على المحكمة أن تحكم بكذا)، فإن هذا يدل على الحتم والإلزام بسبب حرف (على)، فليس للقاضي سلطة تقديرية، بل هو ملزم بالحكم المنصوص عليه في المادة.

١- من معاني حرف (اللام)

- ١- الظرفية كما في قوله تعالى ﴿ وَصَحَّ السَّوْمَ لِيَوْمِ الْيَوْمِ ﴾^(١١) أي في يوم القيامة. وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِيَدِّيهِنَّ ﴾^(١٢) أي وقت عتقهن وهو وقت طهر لم يسها فيه.
- ٢- للصيورة والعاقبة والمآل كما في قوله تعالى ﴿ فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾^(١٣).
- ٣- للتعليل كما في قوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾^(١٤).
- ٤- للاختيار والصلاحية كما في (م ١٠١) من المدني العراقي (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز^(١٥) عند امتناع الولي عن الإذن، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير).
- ٥- للملكية كما في (م ٤١٠) المدني (إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المقصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المقصوبة قصاصا بالدين إلا إذا تقاض الطرفان بالتراضي).
- ٦- السببية كما في (٣/١٣٨) المدني (وسع ذلك^(١٦) لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل لنقص الأهلية أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)، أي إذا أبطل (أو فسخ) العقد بسبب ناقص الأهلية^(١٧).

^(١١) سورة الأنبياء ٤٧.

^(١٢) سورة الطلاق ١.

^(١٣) سورة القصص ٨.

^(١٤) سورة النحل ٤٤.

^(١٥) تأذن له في التجارة إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر.

^(١٦) مع ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة من أنه (إذا أبطل العقد بعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد).

^(١٧) كان اشترى ناقص الأهلية مالا فاستلمه ثم رفض وله إجازة هذا العقد.

ب- من معاني (على)

١- الإلزام والإيجاب كما في قوله تعالى ﴿ وَفَرَعَلْنَا أَيُّهَا جِبْعُ الْأَنْبِيَاءِ جِبْعُ الْأَنْبِيَاءِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(١١) وكما في (٣/٢٥) من قانون الأحوال الشخصية (على المحكمة أن تترث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها).

٢- التعليل كما في قوله تعالى ﴿ وَكُنْتُمْ بِرُؤْيَا اللَّهِ عَلَنَ مَا هَدَيْنَاكُمْ ﴾^(١٢) أي لهدايتكم، وكما في (٣١م) من قانون العقوبات العراقي (بعاقب على الشروع في الجنابات والجنح).

٣- الظرفية كما في قوله تعالى ﴿ وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينٍ غَفْلَةٍ مِنْ أَهْلِهَا ﴾^(١٣) أي في وقت غفلتهم.

٤- المقابل والبدل كما في (٦٨٢م) من المدني العراقي (وتحوز شركة الأعمال على أن يكون المكان من بعض الشركاء والآلات والأدوات من الآخرين)، وكان يقول الزوج لزوجته (أنت طالق على مهرك الموجل).

٥- الشرطية مثل (بعتك داري هذه بكفا على أن تسلمني الثمن نقدا أو تقدم لي كفيلا به).

٦- المضرة كما في قوله تعالى ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾^(١٤).

ومن الجدير بالذكر أن علماء الأصول لم يتفقوا على اعتبار حروف المعاني كلها من المشترك اللفظي أو بالنسبة لجميع معانيها. فمنهم من قال (بان الاشتراك لفظي)، ومنهم من قال (إنه اشتراك معنوي)، ومنهم من يرى (أن كل واحدة منها حقيقة في معنى من معانيها وبماز في سائرهما)، ومع كل ذلك فإن لمعرفة معاني حروف المعاني أهمية كبيرة بالنسبة لمن يتعامل مع النصوص سواء أكان فقيها أم قاضيا أم شارحا. لذا نوصي بمراجعة المراجع الأصولية المعتمدة^(١٥) لاستيعاب معانيها.

^(١١) سورة آل عمران ٩٧.

^(١٢) سورة البقرة ١٨٥.

^(١٣) سورة القصص ١٥.

^(١٤) سورة البقرة ٢٨٦.

^(١٥) مثل جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١ وما بعدها. فواتح الرحموت ٢٢٩/١. التمهيد للإسنوي، ص ٢٠٨ وما بعدها. شرح الكوكب المنير، ص ٧٢ وما بعدها.

المشترك اللفظي للقنوي والشري والقانوني

ينسب الاشتراك إلى واضع المشترك لمعانيه:

- أ- إذا كان الواضع أهل اللغة يكون اللفظ مشتركاً لفظياً لغوياً كلفظ (عين) وضعت القبائل العربية لعدة معان منها: الجاسوس وعين الماء والباصرة والذهب والشمس وغير ذلك.
- ب- وإذا كان الواضع أهل الشرع يكون مشتركاً لفظياً شرعياً كلفظ (صلاة) وضعها أهل الشرع للمعبادة المعروفة^(١) والرحمة والاستغفار^(٢).
- ج- وإن كان الواضع أهل القانون يكون مشتركاً لفظياً قانونياً، كلفظ (عميد) للعميد في الجيش وعميد الكلية، وكلفظ (غريم) للدائن والمدين^(٣).

استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه معا:

اختلف فيه علماء الأصول:

- أ- منهم من قال لا يجوز قياساً على الكسوة، فكما أن كسوة واحدة لا يكسبها شخصان كل واحد بكاملها في زمان واحد، فكذلك المشترك اللفظي لا يمكن أن يراد به جميع معانيه في نص واحد وفي وقت واحد.
- ب- وقال البعض بالجواز ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، لأنه حقيقة في جميع معانيه. وقال البعض يصح عقلاً لا لغة.
- ج- وقال البعض بالتفصيل، فهو جائز إذا كان في حيز النفي مثل (لا غريم في دارنا) - أي لا دائن ولا مدين - ولا يجوز في الإثبات.

^(١) كما في قوله تعالى ﴿ وَأَقْبِسُوا السَّكُونَةَ لِمَسْرَةٍ هِيَ: ٤٣.

^(٢) كما في قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ ﴾ سورة الاحزاب: ٥٦.

^(٣) إذا كان المصطلح الشرعي أو القانوني منقولاً من معناه اللغوي يكون حقيقة في المعنى الجديد عند أهل الشرع والقانون أو غيره من أهل النقل، ومجازاً في معناه الأصلي اللغوي، وكذلك العكس أي يكون حقيقة عند أهل اللغة في معناه اللغوي ومجازاً في المعنى الجديد. ولكن بالنسبة لطرف ثالث غير الناقل والفقول عنه يكون مشتركاً لفظياً لأنه حقيقة بالنسبة إليه في المعنى. وإذا دار اللفظ في النصوص الشرعية أو القانونية بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني يجب على المجهد أو القاضي حمله على المعنى الجديد دون اللغوي لأنه مستعمل في النص الشرعي والقانوني، هذا ما لم يقدم دليل على أن المراد به معناه اللغوي.

ومن وجهة نظري: لا يوجد مانع شرعي أو عقلي في استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه في وقت واحد ما لم تكن هذه المعاني متضادة فيما بينها، فلا يراد بالقرء الحيض والطهر معا لتضادهما، وكذلك لا يقصد بفعل (عمس) اقبل وأدبر لنفس السبب بخلاف لفظ (نكاح) عند من يرى أنه مشترك لفظي بين العقد والمعاشرة الجنسية، فلا مانع إذا أريد به في قوله تعالى ﴿إِن كَلَفْتُمَا ظِلًّا جَلًّا لَّهُمَّ يَوْمًا يَكُونُ فِيهِ النَّكاحُ وَالنَّكاحُ وَالنَّكاحُ﴾^(١١) العقد والدخول معا. وكذلك الملاسة في قوله تعالى ﴿أَوَلَمْ نَسْمُكُمُ الْإِنسَانَ﴾^(١٢)، تحتمل اللمس باليد والمعاشرة الجنسية.

تأثير الاشتراك اللفظي على معاني النصوص سواء أكانت حقائقية هيئتها أو مجازيا هي أحدهما وحقائقية هي الآخر.

لوجود المشترك اللفظي في النصوص الشرعية أو القانونية تأثير كبير على تعدد المعنى المراد منها واستنباط الأحكام ما لم يتم قرينة على ذلك. فالنص المتضمن للمشترك اللفظي يكون غامضا ولو بالنسبة إلى بعض دون بعض من الفقهاء والقضاة والشراح.

ومن الواضح أن إعمال النص في القضايا المدنية بحجة أنه غامض أمر مرفوض^(١٣) ويعد نكرا للعدالة، لذا من الضروري البحث عن المعنى المراد بالاستعانة بوسائل إزالة الغموض. ويعتبر الاشتراك اللفظي في نصوص الشريعة الإسلامية من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية. وعلى سبيل المثال، اختلفوا في المعنى المراد بالقرء في قوله تعالى ﴿وَالْمَطْلَقَتُ يَوْمَئِذٍ الْبَرصَةُ﴾^(١٤) قال الحنفية^(١٥) والحنابلة^(١٦) والاباضية^(١٧)

^(١١) سورة البقرة ٢٣٠.

^(١٢) سورة النساء ٤٣.

^(١٣) في أصول السرخسي ١٦٢/١ (ويشترط أن لا يترك طلب المراد به إما بالتأويل في الصبغة، أو الوقوف على دليل آخر به يبين المراد، لأن كلام الحكيم لا يخلو عن فائدة).

^(١٤) سورة البقرة ٢٢٨.

^(١٥) هبةاية وشرح فتح القدير ٣٠٨/٤.

^(١٦) المغني لابن قدامة ٤٥١/٧.

^(١٧) كتاب النكاح للجانوني، ص ٣١٢.

(المراد به هو الحيض)، وقال الشافعية^(١١) والمالكية^(١٢) والشيعة الإمامية^(١٣) والظاهرية^(١٤) (المراد به الطهر)^(١٥).

ثمرة هذا الخلاف

ثمرة هذا الخلاف هي الاختلاف في الأحكام الآتية:

- ١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الأول الذاهب إلى أن المراد به الحيض دون الثاني، لأن العدة تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة لاعتبار الجزء من الطهر الذي طلقت فيه قرناً.
- ٢- يجوز زواج أخت مطلقة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٣- لها أن تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأن الحيضة التي طلقت فيها لا تعتبر قرناً.
- ٥- إذا كان الطلاق رجعياً يلحق بها الطلاق والخلع في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأنها لا تزال زوجة حكماً.
- ٦- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٧- إذا مات أحدكما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على الرأي الأول دون الثاني، إذا كان الطلاق رجعياً.

^(١١) مفني المحتاج للشريني ٣/٣٨٥.

^(١٢) المقرشي ١/١٣٦.

^(١٣) الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢/١٥٦.

^(١٤) المحلى ١٠/٢٥٧.

^(١٥) ثمرة الخلاف: لا تحسب الحيضة التي طلقت فيها على الرأي الأول، فتنتهي العدة بالدخول في الحيضة الرابعة، وبحسب بها الطهر الذي طلقت فيه على الرأي الثاني وتنتهي العدة بالدخول في الحيضة الثالثة بعد الطلاق.

ومن أمثلة الاختلاف في المشترك اختلاف الفقهاء في تحديد المنس من الشفق، فيما روي من أن النبي ﷺ صلى العشاء حين غاب الشفق، رواء البيهقي ١/٣٦٩. والشفق مشترك بين الأحمر والأصفر والأبيض. عن أبي هريرة (أن المراد به البياض)، وبه قال أبو حنيفة وعنه قول متأخر إنه الحمرة، وقال الغزالي في الوسيط (إنه الحمرة)، وقال إمام الحرمين (يدخل وقت العشاء بزوال الحمرة والصفرة). انظر قواعد العالتي، بتحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجوني ١/١٢٥ وما بعدها.

المطلب الثاني المشترك المعنوي

تعريف المشترك المعنوي^{٥١}

هو لفظ وضع بوضع واحد لفة أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر لفظ مشترك بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد.

ولفظ (جريمة) وضع شرعاً وقانوناً لفعل محظور معاقب عليه، فهذا المعنى مشترك بين جميع أنواع الجرائم (جريمة الاعتداء على الأشخاص أو الأموال أو الأعراض أو الأمن والاستقرار أو غيرها).

ولفظ (قتل) موضوع شرعاً وقانوناً لإزهاق الروح، وهذا المعنى مشترك بين جميع أصناف القتل (القتل عمداً وعدواناً والقتل شبه العمد والقتل خطأ، والقتل بحق وغيره).

ولفظ (إنسان) موضوع لفة للكائن الحي الناطق بالطبع فهو مشترك بين جميع أفرادها، وهكذا.

ونستنتج من هذا أن المشترك المعنوي والمطلق يلتقيان من حيث الاشتراك بين ما يندرج تحتها من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد، فلا تعارض بين كون المطلق من أقسام الخاص وكون دلالة على معناه قطعية باعتبار لفظه الموضوع لمعنى واحد بالجنس أو النوع أو الصنف، وبين كونه من أقسام المشترك باعتبار معناه المشترك فيه بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد مما يندرج تحته ويمكن تصور ذلك بالنسبة إلى العام أيضاً. ولم أطلع على هذا التحقيق في أي مرجع أصولي.

تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص:

للمشترك المعنوي كالمشترك اللفظي تأثير كبير على فهم معاني النصوص بالتحديد، وتشخيص المراد منها، فيؤدي ذلك إلى الاختلاف في تفسير النص، وبالتالي الاختلاف في

^{٥١} المشترك المعنوي صفة المعنى، فالقروض أن يكون توصيف الألفاظ به على سبيل المجاز.

الحكم المستبطن منه، كما حدث ذلك بالنسبة إلى قول الرسول ﷺ (لا يرث القاتل شيئاً)^(١١) أو (ليس لقاتل ميراث)، أو (ليس للقاتل من الميراث شيء) على الروايات المختلفة. فقد اختلف الفقهاء في تفسير (القاتل) المشتق من القتل (المشترك العنوي) بين جميع أصناف القتل وبالتالي اختلفوا في تحديد القتل المانع من الميراث^(١٢).

مواقف الفقهاء من قتل المانع:

لم يتطرق المشرع العراقي للقتل المانع من الميراث، بل أحال القاضي في (م ٩٠) من قانون الأحوال الشخصية إلى الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد بيان أحكامه في هذا القانون. ومن الواضح أن هذه الإحالة بالنسبة لتحديد الصنف المانع من أصناف القتل قد تؤدي إلى إرباك القاضي، وبالتالي إلى تضارب وتعارض الأحكام القضائية في قضايا مماثلة من المسائل الميراثية التي يكون فيها أحد الورثة قاتلاً لورثته، ذلك بسبب اختلاف المذاهب الفقهية في هذا التحديد، ثم إن المشرع رغم أنه يبيّن في هذا القانون (أن قتل الموصى له يطلّ الوصية ويحرّمه من الوصى به)^(١٣)، إلا أنه لم يحدد أيضاً الصنف المانع، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً.

^(١١) تقدم ترجمته.

^(١٢) قال الخنفي، الدر المختار ٧٦٧/٦ (المانع هو القتل الموجب للتصاص، أو الكفارة ويكون بالباشرة دون النسب).

وقال المالكية نعمة الحكام ٣١٤/٢ (المانع هو القتل العمد العدوان على وجه الظلم).

وقال الحنابلة، المني ٢٩١/٦ القاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أم خطأ.

وقال الجعفرية الخلاف للطوسي ٣٩/٢ (القاتل إذا كان في مصيبة فإنه لا يرث المقتول بلا خلاف، وإن كان عمداً في طاعة فإنه يرث عدنا، وإن كان خطأ فإنه لا يرث من دبه ويرث ما سواه، وهم يتفقون مع المالكية).

وقال الزيدية، البحر الزاخر ٣٦٧/٥ (المانع هو القتل العمد العدوان).

وقال الإباضية، شرح النيل وشفاء العليل ٢٦٩/٨ (القتل مانع بجميع أنواعه).

وللشافعية، المهذب ٢٤/٢ (أراء مختلفة ومضطربة، فكل رأي يتفق مع مذاهب من المذاهب المذكورة).

وقال الظاهرية، المهلى ٣٠٦/٩ (القتل لا يعتبر مانعاً مطلقاً لأن هذا الحديث بجميع رواياته لم يثبت ثبوتاً يبطئ قوة بحيث يخصص عموم آيات القرآن التي لا تفرق بين القاتل وغيره).

والرأي الذي نراه أقرب إلى العدالة وروح الشريعة هو رأي المالكية والجعفرية والزيدية في أن (المانع هو القتل العمد العدوان).

^(١٣) في (م ٢/٦٨) التي تنص على أنه (يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصى).

ولما تفرح إعادة النظر في الموضوع لاعتبار القتل العمد العدوان ماتعاً بنصر صريح سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً، وسواء أكان القتل مباشرة أم تسيباً، أخفاً بمذهب المالكية والجمهورية والزيدية وأسوة بسائر التشريعات العربية والإسلامية^(١).

^(١) من هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية المصري حيث نصت (م٥) منه على أن من مواع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي). وتطابقها (م ٢٢٣) و(م ٢٦٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري. ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفصل ١٩٨. وقرب منها الفصل ١٧٩ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الرابع

الحقيقة والمجاز

قسم كثير من علماء الأصول والفقهاء ألفاظ النصوص باعتبار استعمالها في معانيها إلى أربعة أقسام: الحقيقة والمجاز والصريح والكتابة. ولكن في الحقيقة والواقع أن الثالث والرابع من أقسام الأول والثاني، لأن كلا من الحقيقة والمجاز إن كان واضحاً في دلالاته على المعنى المراد فهو صريح وإلا فكتابة^(١).

الحقيقة وهي في اصطلاح أهل اللغة والشرع وعلماء البيان لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب.

المجاز لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب لصلته بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. ونستنتج من هذين التعريفين ما يلي:

- ١- لا يوصف اللفظ لا بالحقيقة ولا بالمجاز قبل استعماله في المعنى.
- ٢- يجب وجود علاقة بين المعنى الحقيقي والمجازي كالشجاعة بين الحيوان المفترس والرجل الشجاع الذي يطلق عليه لفظ (أسد).
- ٣- من الضروري وجود قرينة تدل على أن اللفظ لم يستعمل في معناه الحقيقي بأن تكون مانعة من إرادته^(٢) مثل (رأيت أسداً في ساحة المعركة)، فساحة المعركة قرينة مقابلة تدل على أن المراد بلفظ الأسد الإنسان الشجاع كالضابط والجندي، وإذا أوصى

^(١) في التلويح على التوضيح ٢٩٤/١ (الصريح والكتابة من أقسام الحقيقة والمجاز وليست الأربعة أقساماً متباينة. أما عند علماء الأصول فلأن الصريح ما اكتشف المراد منه في نفسه، أي بالنظر إلى كونه لفظاً مستعملاً، وبالكتابة ما استمر المراد منه في لفظه سواء كان المراد فيها معنى حقيقياً أم معنى مجازياً).

^(٢) هذا عند علماء البيان، لكن عند الأصوليين غالباً يهتمون ذكر هذا القيد في تعريف المجاز وعلى هذا الأساس لا مانع لديهم من أن يطلق اللفظ ويعد به معناه الحقيقي والمجازي مما كلفظ تكاح في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بِرَبِّكُمْ أَلَسَاءَ لِلنِّسَاءِ ٢٣﴾. حيث استعمل في العقد المعنى الحقيقي، والوطء المعنى المجازي عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى.

شخص لأولاد شخص آخر فإنما لم يكن له إلا أولاد الأولاد يحمل عليهم لفظ الأولاد مجازاً بالقرينة الحالية لأنه إذا تعذر الحقيقة بصر إلى المجاز.

٤- في حالة وصف اللفظ بالحقيقة أو المجاز يجب أن ينسب هذا الوصف إلى الواضع، فإن كان أهل اللغة يكون الوصف حقيقة لغوية ويقابلها المجاز اللغوي، وإن كان أهل الشرع يكون حقيقة شرعية ويقابلها المجاز الشرعي، وإن كان أهل العرف يكون حقيقة عرفية ويقابلها المجاز العرفي، وهكذا.

أقسام الحقيقة والمجاز:

يؤخذ مما ذكرنا أن أقسامها من حيث الواضع ثلاثة:

١- **الحقيقة اللغوية** وهي اللفظ المستعمل من أهل اللغة فيما وضعوه له، وإذا استعملوه في معنى آخر لعلاقة بينه وبين الموضوع له يكون مجازاً لغوياً، كاستعمال لفظ (أسد) في الحيوان المفترس حقيقة وفي الإنسان الشجاع مجازاً.

٢- **الحقيقة الشرعية** هي لفظ مستعمل من أهل الشرع فيما وضعوه له ويكون مجازاً شرعياً أن استعملوه في معنى آخر له الصلة بالموضوع له، فالصلاة في العبادة المعروفة حقيقة شرعية وفي الدعاء مجاز شرعي.

٣- **الحقيقة العرفية** في اللفظ المستعمل من أهل العرف العام أو الخاص فيما وضعوه له، ومجاز عرفي في معنى آخر له العلاقة مع المعنى الموضوع له، كاستعمال لفظ (الدولة) من أهل العرف العام في شخصية معنوية ذات سيادة مستقلة معترف بها وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي العام، فيكون حقيقة عرفية عامة، وفي شخصية معنوية خاصة لم تتوفر فيها عناصر الدولة يكون مجازاً عرفياً عاماً. وكاستعمال لفظ (الاستحسان) من أهل الأصول في استثناء مسائل جزئية من القاعدة الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف يكون حقيقة عرفية خاصة، وفي اعتبار الشيء حسناً يكون مجازاً عرفياً خاصاً، وهكذا.

قواعد التفسير

بعد استكناه ما ذكرنا من أقسام الحقيقة والمجاز نستطيع أن نصل إلى النتائج الآتية:

أولاً: ألفاظ الحقائق الشرعية والعرفية غالباً مسبوقة بوضعها لمعاني لغوية مع وجود الصلة

بين المعنى السابق واللاحق ، فالربا لغة مطلق الزيادة وشرعا زيادة يحصل عليها احد المتعاقدين دون مقابل على حساب الآخر.

والشروع لغة البدء في الشيء مطلقا ، وقانونا البدء بتنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها.

والفيتو (Veto) لغة مطلق الاعتراض ، وفي العرف الدولي العام رفض (أو اعتراض) بالنسبة لقرار من قرارات مجلس الأمن في المسائل الموضوعية من إحدى الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي.

ثانياً : اللفظ المشترك بين المعنى اللغوي وبين الشرعي ، أو بينه وبين العرفي إذا استعمله أهل الشرع أو أهل العرف في معناه اللغوي يكون مجازاً شرعياً أو عرفياً ، وإذا استعمله أهل اللغة في المعنى الشرعي أو العرفي يكون مجازاً لغوياً.

ثالثاً : إذا دار اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي وهو ضمن النصوص الشرعية فعلى الفقيه أو القاضي أن يجعله على المعنى الشرعي ، وكذلك إذا دار بين المعنى اللغوي والمعنى القانوني في النصوص القانونية يجعل على معناه القانوني.

وأخيراً : لا يمكن أن يراد باللفظ معناه الحقيقي والمجازي في وقت واحد عند من يشترط في تعريف المجاز وجود قرينه ماثمة من إرادة الموضوع له ، لكن يجوز عند من لا يأخذ بهذا القيد.

خاصةً : الأصل في الاستعمال^(١١) الحقيقة ، ومن القواعد العامة (إذا تعذر الحقيقة بصر إلى المجاز)^(١٢) وهي مبنية على قاعدة (إعمال الكلام خير من إعماله)^(١٣) وإذا تعذر المجاز أيضاً يهمل بناء على قاعدة (إذا تعذر إعمال الكلام يهمل)^(١٤).

^(١١) م ١٢ من مجلة الأحكام العدلية (الأصل في الكلام الحقيقة).

^(١٢) المجلة ، م ٦١.

^(١٣) المجلة ، م ٦٠.

^(١٤) المجلة ، م ٦٢ ، فمن ادعى نبوة شخص وكان الواقع بكنهه.

صلة بين نظرية تحول العقد وقاعدة إعمال الكلام لولي من إعماله

أساس نظرية تحول العقد هو كل من القاعدتين المذكورتين، لأن العقد حقيقة في اتفاق إرادتين فأكثر على إحداث أثر يعتد به الشرع^(١) - أو القانون -، فإذا تعذرت هذه الحقيقة كما في العقد الباطل بصار إلى الجواز وهو التصرف المتحول إليه، لأن إعمال الكلام خير من إعماله، فالبيع إذا كان باطلاً لكون منه شيئاً نافهاً بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع يتعذر على القاضي أن يجعله على معناه الحقيقي، بل يصار إلى معناه المجازي، وهو أقرب تصرف توافر فيه عناصر البيع كالبية، مع إمكان انصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك على تقدير علمهما بطلان التصرف الأصلي.

ونستنتج من هذا أن عناصر نظرية التحول ثلاثة وهي:

- ١- أن يكون العقد - أو التصرف - الأصلي باطلاً، فإذا كان صحيحاً يحمل على معناه الحقيقي ولا يصار إلى الجواز لأن الأصل في الكلام الحقيقة.
- ٢- أن يتضمن العقد - أو التصرف - الأصلي جميع عناصر المتحول إليه، فإذا أضيف إليه عنصر جديد لا يكون هناك تحول وإنما هو تصحيح العقد، كمن اشترى شيئاً ظاناً أنه أثري ثم تبين خطأ فأراد فسخ العقد، وعرض عليه البائع ما أراده فقبل ذلك، نكون أمام تصحيح العقد بإضافة عنصر وهو الشيء الأثري المطلوب.
- ٣- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى المتحول إليه لو علموا بطلان التصرف الأصلي المتحول، فلو أعطى المدين للدائن سناً عادياً للمدين ثم قدم له كميالة لم تستوف شروطها القانونية، فتكون باطلة لكن لا تتحول إلى السند العادي لأن الدائن زود به سابقاً فلا تصرف إرادة الدائن والمدين إلى السند العادي في هذه الحالة لو علموا بطلان الكميالة.

ولكن إذا تعهد شخص لآخر بأن يكون وارثاً له بعد وفاته ولم تكن بينهما صلة القرابة أو الزوجية، فإذا توفي مصرأ على تعهده يتحول إلى الوصية لتعذر حملها على معناه الحقيقي (الميراث) لعدم توافر سبب من أسبابه وهي القرابة والزوجية، لذا يحمل على معناه المجازي

^(١) حقيقة العقد: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بالقبول الصادر من العاقد الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه فإذا لم الاتفاق أو الارتباط ولكن لا على وجه يثبت أثره في العقود عليه يكون باطلاً.

لأن أقرب تصرف إلى الميراث هو الوصية، ولأن عناصر الوصية متوافرة في هذا التصهد. ثم لو علم التصهد بطلان تهمده لأقدم على الوصية لأنه أراد أن يقدم للمتصهد له خدمة مالية وهي تحقق بالوصية أيضا، وكذلك الحوالة بشرط عدم براءة المهيمل تبطل الحوالة وتصح كفاالة، والكفاالة بشرط براءة الأصبل عن الدين تبطل كفاالة وتصح حوالة.

الاستنتاج

نستنج من هذا التحقيل في إثبات الصلة بين نظرية العقد وبين القواعد الأصولية والفقهية المذكورة عدم صحة القول من بعض شراح القاتون^(١) بأن نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان، لأن علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء سبقوا فقهاء القاتون في إقرار هذه النظرية في الفقه وأساسها في أصول الفقه.

الصريح والكفاية:

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار وضوح المعنى المراد منه وعدم وضوحه^(٢) إلى الصريح والكفاية^(٣).

الصريح: هو كل لفظ - أو كلام - ظهر المراد به ظهورا بينا تاما حقيقة كان أم مجازاً، فالمعيار الذي يميزه من الكفاية هو كونه مكشوف المعنى بين المراد ببعض النظر عن كون الاستعمال في معناه الحقيقي أو المجازي المتعارف عليه.

حكمه: هو العمل بمقتضى معناه المكشوف والأخذ بالإرادة الظاهرة، ولا ينظر إلى نية المتكلم وما قصده منه ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك. وتعبير آخر يؤخذ بالإرادة

^(١) كالأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ١٠٠/٤ حيث قال (نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر واخذ بها الضنين المدني في نص صريح هو م ١٤٠)، وعلى نهج الضنين المدني الألماني سار الضنين المدني الجديد). ومن الجديد بالذكر أن المدني العراقي (م ١٤٠) نص على أنه (إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تصرف إلى إبرام هذا العقد).

^(٢) مسلم الثبوت وشرح فواتح الرحموت ٢٢٦/١.

^(٣) لمزيد من التفصيل، راجع أصول السرخسي ١٨٧/١ وما بعدها. التنقيح مع التوضيح والتلويح ٢٩٤/١ وما بعدها. التار وشرحه، ص ٥١٢ وما بعدها.

الظاهرة في كل تصرف قولي تكون صيغته صريحة، ولا ينظر قضاء إلى ادعاء قائله بأنه نوى بتدبيره غير معناه الظاهر وإن إرادته الباطنة مخالفة لما يدل عليه تعبيره (الإرادة الظاهرة) ما لم يتم دليل على تأييده. فلو قال الزوج لزوجته (أنت طالق أو مطلقة) واعترف بهذه الصيغة الصريحة أمام القاضي أو المفتي أو شاهدين لا تسمع دعواه بعد ذلك بأنه لم يرد بذلك فرقة الزواج ما لم يتم دليل (أو قرينة) يعزز صدقه^(١).

ولو حدد المتعاقدان محل العقد بالاسم أو الإشارة، ثم ادعى أحدهما أنه أراد غيره لا تسمع دعواه بدون بينة تؤيد ذلك. ولا يحق للقاضي أن يسأل عن قصد المتعاقدين إذا كانت صيغة العقد صريحة، ولا عن قصد الشاهد إذا أدلى بشهادته بعبارة صريحة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، لأن البحث عن الإرادة الباطنة في حالة صراحة الإرادة الظاهرة قد يؤدي إلى ضياع العدالة وعدم استقرار المعاملات.

الكتابة: (٢) لفظ (أو كلام) لا يكون مكشوف المعنى ولا يبين المراد بحيث لا يعرف المقصود منه إلا بالتفسير أو القرينة.

حكمها: يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة التي تكشف إما ببيان النية أو القرينة. فلو قال الزوج لزوجته (الحقسي بأهلك)، أو (انهسي إلى اهلك)، أو (أنت علي حرام)، أو (أنت كاختي أو كأمي)، أو نحو ذلك لا يحق للقاضي أن يحكم بوقوع الطلاق ولا للمفتي أن يفتي به، سواء اعترف الزوج بأنه نوى بكلامه هذا الطلاق أم لا عند فقهاء الجعفرية والظاهرية، لأن الطلاق عندهم لا يقع بالكتابة مطلقاً نوى بهما الزوج الطلاق أم لا، وقال جمهور الفقهاء أن اعترف بأنه نوى الطلاق يحكم بوقوعه^(٣).

^(١) في مسلم التتبع وشرحه ٢٢٦/١ (لو جرى على لسانه غلطاً (أنت طالق) يقع الطلاق ولو أراد الطلاق من وثاق وهو المعنى الأصلي فهي زوجته دهانة ولا يقع الطلاق إلا قضاء لأنه حاكم بالظاهر لا بالسرائر).

^(٢) وهي في اصطلاح علماء البيان استعمال اللفظ في لازم معناه الحقيقي مع جواز إرادة هذا المعنى أو ذكر اللزوم وإرادة اللزوم كذكر المعنوية في نص للدلالة على أن الفعل العاقل عليه جريمة مثل قوله تعالى ﴿وَإِذَا كُنْتُمْ بِالْحَرْبِ فَاصْبِرُوا لَوَأَن تُصِيبُوا كَلِمًا إِثْمًا بِالْغَيْبِ أَوْ تَطُوَرُونَ أَوْ تَكْفُرُونَ﴾ الآية ١٠٠.

^(٣) قال الحنفية، المبسوط ٧٧/٦ (معيار الصريح استعمال اللفظ في الطلاق ويقع به الطلاق ولو بدون نية، وما عداه كتابة لا يقع به الطلاق إلا مع النية). وقال الجعفرية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢

الامتثال نستنتج مما ذكرنا أن العبرة بالإرادة الظاهرة إذا كانت صيغة التعبير صريحة ، وبالإرادة الباطنة إذا كانت الصيغة كتابية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وهذا المعيار الدقيق لدى علماء المسلمين من الأصوليين والفقهائ للأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة اتفق بكثير مما لدى فقهاء القانون من الأخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً كما هو اتجاه التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها ، أو بالإرادة الظاهرة مطلقاً كما هو المقرر في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها^(١١).

قصة التقسيم

أهمية - أو حمرة - تقسيم اللفظ - أو الكلام - إلى الصريح والكتابة تتجلى فيما تترتب عليه من آثار أهمها ما يلي :

- أ- الصيغ الصريحة للعقود والتصرفات الانفرادية - الإرادة المنفردة - المنشئة للحقوق والالتزامات ، أو المسقطه لحالة شرعية - أو قانونية - قائمة تترتب عليها آثارها الشرعية والقانونية ما دام المتعاقد - أو المتصرف - كامل الأهلية بخلاف الصيغ الكتابية ، فإن الحكم يترتب آثارها بتوقف على معرفة نيات أصحابها أو قيام قرائن تحدد المراد منها.
- ب- لا تقبل قضاء دعوى مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة متى كانت صيغة التعبير صريحة ، فمن قال لزوجته وهو بالغ عاقل مختار (أنت طالق) لا يقبل منه قضاء إذا ادعى أنه لم يرد به الفرقة الزوجية أو أنه كان هازلأ أو ناسياً أو مختطاً^(١٢) ما لم يقم دليل على

(صريح الطلاق - أنت طالق - أو - هي طالق - أو فلانة طالق - ، ويقع به الطلاق مع التية وماعدا ذلك لا يقع به الطلاق ولو كان مع التية).

^(١١) قال السهوري ، الوسيط ٩٥/١ (مذهب الإرادة الباطنة هو المذهب اللاتيني يفت عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس). وقال أيضاً ، مصادر الحق ٣٣/٤ (العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة).

وحلل الفقهاء الألمان اعتمادهم بالإرادة الظاهرة بالسيين التاليين :

أحدهما أن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً ، أما إذا بقيت إرادة باطنة كامنة في خفايا النفس فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية ، والقانون إنما يمتني بالظواهر الاجتماعية. ولتتبعهما أن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتماً بها ولدت هذه الإرادة من مظاهر الحسان إليها الناس في التعامل ، فوجب الاعتداد بالصيغ ، أي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

^(١٢) وذلك للأسباب الآتية :

صدقه، لكن يجوز للمفتي أن يأخذ بما يدعيه ديانة تاركاً أمره بينه وبين الله، بخلاف ما إذا كانت صيغة التعبير كتابة فإنه يؤخذ قضاء وديانة بما يدعيه الشخص من موافقة إرادته الظاهرة للباطنة أو مخالفتها لها.

ج- إذا وردت ألفاظ كتابية في إفادات الشهود، أو في إقرار المتهم في تهم جرائم الحدود، لا يقضي القاضي بقوية الحد لما في الكتابة من الشبهة^(١١) في تحديد المراد، والحدود تدراً بالشبهات وفقاً لقول الرسول ﷺ (ادروا الحدود بالشبهات)^(١٢) بخلاف التمايز الصريحة فإنها خالية عن الشبهة.

د- عند من يفرق بين الرضى والاختيار^(١٣) ترتب الآثار على التصرفات الصريحة التي تقبل الفسخ فينقذ زواج المكره ويقع طلاقه وتصح رجعتة، لأن هذه الصيغ لصراحتها ووضوحها تقوم عباراتها مقام معانيها^(١٤) أما التصرفات التي لا تقبل الفسخ، كالبيع والإجارة والرهن فتكون فاسدة عند تخلف الرضى، والفساد صفة وسطية بين الصحة والبطلان على رأي هؤلاء^(١٥).

١- التصد ليس شرطاً في صحة الطلاق ما دامت الصيغة صريحة

٢- الخطأ أو الهزل أو النسيان أمر باطني لا يعرف إلا بمن يدعيه وقد يكون كأنياً في دعواه.

٣- الأصل في الإنسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ أو النسيان أو الهزل، ويكفي هذا الأصل أن يكون حجة على صحة ألفاظه، وترتب الآثار عليها. هنا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة، لكن قال الشيعة الإمامية والظاهرية (تقبل دعوى مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة ولو كانت الصيغة صريحة).

^(١١) في أصول السرخسي ٨٩/١ (الكتابة فيها لصور باعتبار الاشتباه فيما هو المراد ولهبنا قلنا أن ما يتدرئ بالشبهات لا يثبت بالكتابة حتى أن المقر على نفسه بعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنى والسرق لا يصير موجبا للعقوبة).

^(١٢) وفي رواية (ادروا الحدود ما وجدتم لها مدلها)، سبل السلام ١٩/٤ الحديث تقدم تحريمه.

^(١٣) كالتخفيف فقالوا (الاختيار لغة ترجيح فعل الشيء، على تركه، وشرعاً: مباشرة السبب - أو التصد إلى السبب -، والرضى لغة: الارتياح إلى فعل الشيء، وشرعاً رغبة الإنسان في أن ترتب الآثار على السبب الذي يباشره).

^(١٤) للثار وشرحه، ص ٥١٢.

^(١٥) وهم يرون أن الرضى والاختيار يتكون من مجموعهما الركن المتوي للتصرف، فإذا تحققا معا يكون التصرف صحيحاً، وإن تحققا معا، كما في تصرف عديم التمييز يكون باطلاً، وأنا تخلف الرضى يكون فاسداً، ولا يتصور تخلف الاختيار مع تحقق الرضى. فطلاق المكره يقع إذا كانت الصيغة صريحة لأنه

تصرف لا يقبل الفسخ ويبيعه يفسد في حالة التمسير الصريح لأن البيع يقبل الفسخ. والفرق بين الباطل والفاسد عندهم أن الفاسد له الوجود لأنه يتحول إلى الصحيح بمجرد إزالة سبب الفساد، كإجازة المكره بعد زوال الإكراه وحذف الفائدة في العقد الربوي، والتنازل عن الشرط الفاسد المفسد، بخلاف التصرف الباطل فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان.

وقال جمهور الفقهاء (الرضى والاختيار مترادفان، وكذلك الفاسد والباطل).



الفصل الثاني دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً

من البديهيات أن الغاية المتوخاة من تشريع الأحكام وتفنين القوانين هي المصالح البشرية من جلب المنافع لهم ودفع الأضرار عنهم ، وتزويد الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالمصالح الروحية والأخروية اهتمامها بالمصالح المادية والدنيوية.

ومن الواضح أيضاً أن النصوص قوالب الأحكام ، والألفاظ أوعية المعاني ، ومسؤولية اكتشاف الأحكام تقع على عاتق الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة ، وكذلك من المعروف أن دلالة النصوص على الأحكام لا تجري على نمط واحد ، بل من هذه الأحكام ما هو منطوق يؤخذ من ألفاظ النصوص وعباراتها ، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومفزاها وعللها ، والمنطوق صريح وغير صريح ، وغير الصريح إشارة واقتضاء وإيماء^(١) والمفهوم موافق ومخالف.

وبذلك يكون أمام الفقيه والقاضي ست قنوات لاستقراء الأحكام من يتأيمها وهي :

^(١) في شرح الكوكب المنير ، ص ٢٣٨ (دلالة اللفظ تنقسم إلى منطوق وهو ما دل عليه لفظ في محل نطق ، وهو نوعان : صريح سواء كانت دلالة مطابقة أو تضمن ، حقيفة أو مجازاً وغير صريح وتسمى هذه الدلالة دلالة التزام ، وتنقسم ثلاثة أقسام : اقتضاء وإشارة وتنبه ، ويسمى التنبه إيماء).



١- المنطوق الصريح^(١):

وهو ما دل عليه النص بألفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية^(٢) مطابقة أو تضام^(٣) فقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْسَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِالْبُرْهَانِ فَكُلُّهُنَّ عَلِيْمَةٌ جَلِيْدَةٌ وَلَا يَقْبَلُوْنَ لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾^(٤) يدل على مجموع العقوبات الثلاث مطابقة وعلى كل واحدة منها ضمن المجموع دلالة تضمنية.

٢- المنطوق غير الصريح^(٥):

وهو ما دل عليه النص دلالة عقلية التزامية، فهي عقلية لأن مدرك الصلة بين الدال والمدلول هو العقل، والتزامية لأنه لازم للمنطوق الصريح، فأينما تحقق يتحقق معه ويدرك ذلك كل من كان من ذوي الاختصاص في الموضوع.

والمنطوق غير الصريح ثلاثة أقسام:**١- إشارة النص (أو دلالة الإشارة):**

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له^(٦).

^(١) دلالة المنطوق الصريح عند الأصوليين من الحنفية تسمى دلالة العبارة أو عبارة النص، كما تسمى دلالة المفهوم دلالة النص، والتقسيم إلى المنطوق والمفهوم أقرب إلى الواقع، وأدق معياراً وأقرب وأوضح للفكرين فهماً واستيعاباً.

^(٢) بتعبير آخر ما سبق له النص أصالة يسمى منطوقاً صريحاً لأنه منطوق به صراحة، وما دل عليه النص تبعاً وعقلاً يسمى منطوقاً غير صريح.

^(٣) في مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ١٧١/٢ (المنطوق ينقسم إلى صريح وغير صريح، فالصريح ما وضع له اللفظ فبدل عليه بالمطابقة أو التضامن. وغير الصريح بخلافه فيدل عليه بالالتزام وينقسم إلى دلالة القضاء وإيماء وإشارة).

^(٤) سورة النور ٤.

^(٥) سماء الأمدي غير المنظوم فقال (غير المنظوم وهو ما دللته لا بصريح صيغته ووضعه، وذلك لا يخلو أما أن يكون مدلوله مقصوداً للمتكلم أو غير مقصود، فإن كان مقصوداً فلا يخلو أما أن يتوقف صدق المتكلم أو صحة المفروض به عليه أو لا يتوقف، فإن توقف فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف فلا يخلو أما أن يكون مفهوماً في محل تناوله اللفظ نطقاً أولاً فيه، فإن كان الأول فنسمى دلالة التبيين والإيماء، وإن كان الثاني فنسمى دلالة دلالة المفهوم. وأما أن كان مدلوله غير مقصود - أي بالذات - للمتكلم فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة، الإحكام ٢٠٨/٢.

ب- دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن هناك كلمة (أو عبارة) تقتضي دلالة النص على المعنى (الحكم)^(١٦) المراد مراعاتها.

ج- دلالة الإيحاء:

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن حكمه معلل بعلّة يدور معها وجوداً وعلماً^(١٧).

٣- مفهوم الموافقة (أو المفهوم للموافق)^(١٨)

وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته، ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته.

٤- مفهوم المخالفة - أو المفهوم للمخالف -

وهو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد وارد فيه ومعتبر في الحكم^(١٩). ويتبين لنا من هذه المقدمة عيب صياغة الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي^(٢٠) والمدني المصري^(٢١) وكل قانون آخر حفاً حذوهما^(٢٢) في هذه الصياغة {تسري

^(١٦) كدلالة مجموع قوله تعالى ﴿وَوَحَّيْنَاهُ فَوَضَّلْنَاهُ لِنُجُومِهِ﴾ الإلهام ١٥. وقوله تعالى ﴿وَوَضَّلْنَاهُ﴾

عَلَمِينَ ﴿ لقمان ١٤. على أن أقل مدة للحمل سنة أشهر. وذلك يطرح المدة الثانية من المدة الأولى. كدلالة قول الرسول ﷺ (رفع عن أمي الخطأ والسيان وما استكرهوا عليه)، على أن في هذا الكلام كلمة محذوفة تجب رعايتها وهي (المواخذة) أو (العقاب) أو نحو ذلك، الحديث تقدم نخرجه.

^(١٧) كدلالة قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا إِنَّهَا ظُلُونٌ فِي ظُلُونِهِمْ نَارًا وَسَبَّحُواكَ سُبْحَانَكَ﴾ هجاء ١٠. على أن علة تحريم أكل مال اليتيم هي حماية أمواله.

^(١٨) وبسبب دلالة المفهوم أيضاً كما يسمى عند الحنفية دلالة كدلالة قوله تعالى ﴿فَلَا تَقْرَأُ لِي سِوَةَ الْإِسْرَاءِ ٢٢﴾. على تحريم كافة الإبداعات من الضرب والشتيم وغيرها، فهو يدل بمنطوقه الصريح على تحريم التأنيب، وبمفهومه الموافق على تحريم تلك الإبداعات.

^(١٩) كدلالة قوله تعالى ﴿وَرَبِّهِمْ كَيْفُ الَّذِينَ فِي سُجُورِكُمْ يَنْ إِسَاءَ كَيْفُ الَّذِينَ دَخَلْتُمْ بُيُوتَهُمْ﴾ النساء ٢٢. بمنطوقه الصريح على تحريم زواج الربية بعد الدخول بأهلها، وبمفهومه المخالف على عدم تحريمه إذا طلق أهلها أو توفيت قبل أن يدخل بها، وهذا المفهوم يؤخذ من قيد ﴿الَّذِينَ دَخَلْتُمْ بُيُوتَهُمْ﴾ هجاء ٢٢. فهو قيد معتبر في الحكم (التحريم).

النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها} ، لأن ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة ، وبذلك لا يتحول القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من إحدى هاتين القناتين.

ولهذا انقص التشريعي نترح تعديل هذه الفقرة بالآتي (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها) . لأن المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح ، وغير الصريح يشمل أقسامه الثلاثة والمفهوم بعم مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة.

ولأهمية معرفة هذه الأنماط من دلالات النصوص بالنسبة لكل من يتعامل مع النصوص ، نخصص لدراسة كل من المنطوق والمفهوم بحثاً مستقلاً.

^(٤٦) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

^(٤٧) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

^(٤٨) كالفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

المبحث الأول منطوق النصوص

المنطوق: - كما سبق - صريح وغير صريح.

والمنطوق الصريح^(١) هو ما تناوله النص في لفظه من حكم لا يتوقف استنباطه منه على غيره، وهو قطعي الدلالة إن دل على معنى لا يحتمل غيره، وظني الدلالة إن احتمل معنى آخر^(٢) كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

والمنطوق غير الصريح هو ما تناوله اللفظ إشارة أو اقتضاء أو إيحاء، ولزيادة الإيضاح نوزع دراسة هذه الأقسام الثلاثة للمنطوق غير الصريح على ثلاثة مطالب^(٣).

^(١) عند الأصوليين من الخفية يطلق على المنطوق الصريح مصطلح عبارة النص (من عبرت الرؤيا إذا فسرتها وسميت الألفاظ الدالة على المعاني عبارات لأنها تميز عما في النفس). شرح المنار، ص ٥٢٠. ومن الجدير بالإشارة أن اصطلاح المنطوق لا يختص بالنصوص الشرعية والقانونية لأنه من خواص الألفاظ مطلقاً.

^(٢) وعند بعض الأصوليين كالثعالبي يسمى المنطوق غير الصريح نصاً إن كانت دلالاته قطعية، ويسمى ظاهراً إن كانت دلالاته ظنية. جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١.

^(٣) وجه التركيز على دراسة المنطوق غير الصريح هو أن المنطوق ملزوم وغير الصريح لازم له، فبشيء من تحقق المنطوق غير الصريح يتحقق منه المنطوق الصريح لأن اللازم إذا كان مساوياً للزومه لا يتحقق بدونه.

أولاً - الأحكام المنطوق بها صراحة:

- ١- يجب -أو يندب- إرضاع الأطفال على أمهاتهم ، فهو واجب في حالة قيام الزوجية ما لم يكن هناك عذر ، مندوب بعد الفارقة بين الزوجين بقرينة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَ بِالْحِلِّ ۚ وَإِنْ أَنْجَبْتُمْ بِنِعْمَةِ رَبِّكُمْ أَنْ يَرْضَعُوا فَأُولَٰئِكَ بِلَهُمْ وَأُمَّهُمِ ۚ وَرِضَاعُ الْحَالِطِ كَالْحَلِيِّ ۚ وَالَّذِينَ يَرضَعُونَ مِنْ حِلِّ مَتْنِ رِضَاعٍ أُولَٰئِكَ يَتَّخِذُونَ الْوَالِدَ الَّذِي يُرْضَعُونَ مِنْهُ أَوْلَادًا ۚ ﴾^(١) ، لأنه لا يجوز أخذ الأجر على الواجب ، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْضَعُونَ مِنْ حِلِّ مَتْنِ رِضَاعٍ أُولَٰئِكَ يَتَّخِذُونَ الْوَالِدَ الَّذِي يُرْضَعُونَ مِنْهُ أَوْلَادًا ۚ ﴾^(٢) لأنه جملة طلبية^(٣) معنى وان كانت خبرية لفظاً.
- ٢- يندب أن تكون مدة الرضاعة حولين كاملين تحقيقاً لا تقريباً ، وهذا التحديد ليس على وجه الحتم والإلزام لأنه منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴾^(٤) ، فليس الإتمام بإرادة الوالدين وبقرينة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا ﴾^(٥) أي أن أراد الوالدان فطام الطفل قبل إتمام الحولين لهما ذلك ما لم يكن مضراً به ، فحكم المدة هو الندب.

- ٣- يجب على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا أو نقدا عوضاً عن قيامها بإرضاع الطفل وحضانه ، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ وَالرَّكُوبُ عَلَى الْمَرْوِيِّ ﴾^(٦) لأن حرف (على) للإلزام. والمراد بالوالدات الزوجات المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن بدليل ما يلي:

- ١- هذه الآية أتت بعد آيات أحكام الطلاق ، فهي متممة لهذه الأحكام ، ومن آثار الطلاق وجوب نفقة المطلقة مقابل الإرضاع ، أما في حال قيام الزوجية فإنه واجب عليها لأنها زوجة وأم ، والإنفاق واجب على والد الطفل لأنه زوج ، فالنفقة للزوجية لا

^(١) سورة الطلاق ٦.

^(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٣) نشرت جريدة الجمهورية - أي في العراق - ، العدد ٨٤٣٧ في ٢٩/٢/١٩٩٥ تحت عنوان متخصصون يؤكدون أهمية الرضاعة الطبيعية (أثبتت الدراسات والتجارب التي قدمتها منظمة اليونيسف أن الرضاعة الطبيعية تمنح إصابة الأطفال بكثير من الأمراض).

^(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٥) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٦) سورة البقرة ٢٣٣.

للإرضاع.

ب- من الأمور الطبيعية أن يحصل التباغض والتعادي بين الزوجين بعد القرقة، الأمر الذي قد يجعل المرأة على إيذاء الولد، لأنه إيذاء للزوج بصورة غير مباشرة، أو قد ترغب في أن تتزوج زوجاً آخر فتهمل أمر طفلها.

ولبذة الأسباب وغيرها أمر الله سبحانه وتعالى الأمهات المطلقات طلاقاً باتناً بإرضاع أطفالهن مقابل أجره عينية أو نقدية ليشها بالمعروف. أما المطلقة طلاقاً رجعياً فهي في حكم الزوجة الحقيقية في وجوب الإرضاع عليها.

٤- الواجب من النفقة والكسوة يكون على قدر حال الزوج في إعساره ويساره، لأنه ليس من المعروف والعدل إلزام الممسر بأكثر مما يقدر عليه ويمكنه، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ يُنْفِقْنَ وَكَسَوْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تَكْلَفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾^(١).

٥- يحرم على كل من الأبوين أن يضر الآخر بسبب ولدهما الرضيع في تنفيذ أحكام الرضاعة، فلا تأتى الأم أن ترضعه أضراراً بابه، ولا يجوز أن تطلب هي أكثر من اجر مثلها، ولا يحل للاب أن يمنع الأم من الإرضاع إذا رغبت فيه، ولا أن يضر عليها في شيء مما يجب عليه، فلا تكلف الأم العسر على الضعيف، كما لا يكلف الأب بما هو إسراف وما لا يقدر عليه، بل يجب أن يكون كل ذلك بالمعروف، كذلك ليس له أن يتنزع الولد منها بدون سبب شرعي. وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُوداً لَهُ يُولَدُوهَا ﴾^(٢).

٦- إذا مات الأب أو عجز عن الإنفاق على الزوجة المطلقة المرخصة يتنقل الوجوب إلى نعمة وارث الطفل الرضيع، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَنْتَقِلُ ذَلِكَ ﴾^(٣).

^(١) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٣) سورة البقرة ٢٣٣. وقال البعض -كالرازي-، التفسير الكبير ١٣١/٦ (المراد وارث الأب فيجب عليه عند موت الأب ما كان واجباً على الأب، لكن هذا خلاف ظاهر الآية التي تشير إلى أن هذا من باب القرم،

- ٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على إنهاء فطام الطفل قبل إكمال الحولين (الستين) ما لم يكن ذلك مضراً بالطفل ، فالتحديد للكمال على وجه التدب ، وليس الحتم والإلزام ، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿ فَإِن أَرَادَا فِصَالًا ﴾^(١١).
- ٨- يجوز للأباء أن يسترضعوا أولادهم ، ويطلبوا لهم من يرضعهم من النساء سوى أمهاتهم ، شريطة أن يسلموا إليهن ما أرادوا تسليمه من الحق المتفق عليه أو المهدد بالعرف دون ماطلة أو نقص ، لأن عدم توفير أجرهن يعيثن على التساهل بأمر الصبي والضيء في شأنه. على أن جواز استرضاع غير الأم مشروط بعدم المضارة بالأم لما ورد في الآية من قوله تعالى ﴿ لَا تُنْكَرُوا بَيْدَ الْوَالِدِهَا ﴾^(١٢). وحكم استرضاع غير الأمهات منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَإِن أَرَدْتُمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾^(١٣).

ثانياً - الأحكام المدلول عليها دلالة إشارة:

- ١- نسب الأولاد يكون لأبائهم دون أمهاتهم ، وجه الدلالة أن لام (له) حقيقة في الملكية ، ولتعذر حملها على معناه الحقيقي تحمل على اقرب معنى إلى الملكية وهو النسب^(١٤) وشم أن حرف (أل) في (المولود له) بمعنى الذي^(١٥) والتقدير (وعلى الذي يولد له) ، وهذا يدل إشارة على أن الوالدات إنما ولدن لهم ، وهذا هو سر اختيار المولود له بدلا

فنفقة الطفل تكون على الوارث يرثه لو مات وله مال.

^(١١) سورة البقرة ٢٣٣.

^(١٢) سورة البقرة ٢٣٣.

^(١٣) سورة البقرة ٢٣٣. لمزيد من التفصيل في معرفة هذه الأحكام ، راجع التفسير المصنف الآية:

التفسير الكبير للرازي ١٢٤/٦ وما بعدها ، تفسير النسي ١١٧/٢ وما بعدها

تفسير القرطبي ١٦٠/٣ وما بعدها. أحكام القرآن للجصاص ١٠٤/٢ وما بعدها.

أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٢/١ وما بعدها.

^(١٤) في فواتح الرحموت ، شرح مسلم الثبوت ٤٠٧/١ الآية لإيهاب النفقة على الأباء ، ولكن قد حبر سبحانه عنهم بالمولود له ، ونسب الولد إليهم بحرف اللام ، ففيه إشارة إلى اختصاص الولد بالوالد نسباً ، إذ لم يرد التملك قطعاً فينفرد ولا يجب شيء منها على الأم.

^(١٥) لأن (أل) إذا دخلت على اسم الفاعل أو اسم المفعول تكون موصولة بمعنى الذي أو التي ، ويستوي فيه الذكر والمؤنث ، والفرد والجمع ، قال ابن مالك في الفقيه:

ومن وما وأل تساوي ما ذكر
وهكذا ذو عند طي شهر

من الوالد.

- ٢- على الأب وحده في حال حياته وتمكنه نفقة أولاده الفاقسين ذكورا كانوا أم إناثا، وإتفائه على المرضعة في فترة الرضاع إتفاق على الطفل الرضيع بصورة غير مباشرة، فهو واجب عليه أيضاً.
- وجه الدلالة أن الأب وحده يتميز بخصوصية النسب، وفي مقابل هذا الغنم عليه غرم النفقة أخفاً بقاعدة (الغرم بالغنم)^(١١) أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.
- ٣- يفضل لبن الأم على لبن غيرها لما له من التأثير على صحة الطفل وسلوكه.
- وجه الدلالة توجيه الأمر بالإرضاع إلى الأمهات أولاً، ثم استثنى من هذا الأصل جواز الاستعانة بغير الأمهات إذا دعت ضرورة إلى ذلك من رعاية مصلحة الطفل، فقال سبحانه وتعالى ﴿وَلَيْنَ آرْتَهُمْ أَنْ فَتَرِيصُوا أَوْلَادَهُمْ﴾^(١٢).
- ٤- للوالد وحده حق التصرف في مال ولده بدون إذنه^(١٣) استثناء من قاعدة تحريم أكل مال الغير بدون رضاه أو طية نفسه في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الْكُوفِيتُ يَأْمُرُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَضْرَةٍ عَنْ تَرَافُؤِ بَيْنِكُمْ﴾^(١٤) وقال الرسول ﷺ (لا يحل مال امرئ إلا بطية نفسه)^(١٥).
- وجه الدلالة ما للأب من نسب وما عليه من نفقة، ومن ثمين كافة متطلبات عيش ولده حتى يبلغ أشده ويقدر أن يعتمد على نفسه.
- ٥- إذا قتل الوالد ولده قتلاً عمداً عدواناً، لا يجب عليه القصاص، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجن.

^(١١) مجلة الأحكام العدلية، م ١٨٧.

^(١٢) سورة البقرة ٢٣٣.

^(١٣) في الفقه لابن قدامة ٦٧٨/٥ (للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء، ويملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صفيراً كان الولد أم كبيراً، بشرطين: أحدهما أن لا يحذف بالابن، ولا يضربه ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته. والثاني: أن لا يأخذ مال ولده فيعطيه لأخر).

^(١٤) سورة النساء ٢٩.

^(١٥) رواه مسلم.

وجه الدلالة أنه سبب وجوده فلا يكون هو - أو قتله - سبباً لإعدامه، وعلى هذا الأساس قال علماء الأصول (الأبوة مائة من الفصاص)^(١٤١) وكذلك إذا قذف ولده لا يعاقب بمقوبة حد القذف المقرر بالنص، بل يعزر.

٦- وجوب نفقة الأقارب لا يقتصر على قرابة البنوة كما قال البعض^(١٤٢)، ولا على الوارث ذي الرحم كما هو رأي البعض^(١٤٣)، إنما يشمل كل قريب وارث.

وجه الدلالة أن لفظ (الوارث) في قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ يَسُّلُ ذَلِكَ﴾^(١٤٤) معرف بالاستفراق يفيد العموم، ولم يثبت دليل يخصصه، ثم أن الحكم - وجوب النفقة - تعلق بوصف - الوارث - وتعلق الحكم بالمشق يدل على علية - سببية - مأخذ الاشتقاق، فالسبب هو الوارث فيدور معه وجوداً وعملاً.

٧- الأم أحق بمحضاة ولدها.

وجه الدلالة أن الله قد أمرها بالإرضاع وهو جزء من المحضاة^(١٤٥)، والمحضاة كالرضاع لهما صفة مزدوجة فكل منهما حق والتزام، فمن حيث إنه التزام لا يحق لها أن تتنازل عن أي منهما بدون عذر مشروع إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الطفل، وكذلك ليس لها الامتناع عن الإرضاع أن لم تجد من يتفق عليها، كما أن التزامها بالعدة لا يسقط أن لم يكن هناك من يتفق عليها أثناء العدة.

^(١٤١) قال عمر الحجازي في أصوله، بخطوطه مكتبة الأوقاف - بندا (وَعَلَى الْوَارِثِ يَسُّلُ ذَلِكَ) وَتَسْتَوْجِبُ اللَّهُ بِمَسْرَةِ الْبِئْرَةِ: ٢٣٣ عبارة عن إيجاب النفقة على الأب، إشارة إلى أن نسبة الوالد إليه، وأن له حقا في ماله ونفسه، وأنه لا يعاقب بسببه، وأن ينفرد الأب بنفقته، والابن المورس بنفقة أبيه إليه بلام الملك).

^(١٤٢) كاشفاهي فقال (لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين)، كشف الأسرار ٥٣٢/٢.

^(١٤٣) كالحنفية، المرجع السابق، قال ابن أبي ليلى (تجب النفقة على كل وارث نظائر قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ يَسُّلُ ذَلِكَ﴾ بمسرة البيرة: ٢٣٣).

^(١٤٤) سورة البقرة: ٢٣٣.

^(١٤٥) قال ابن العربي، أحكام القرآن ٢٠٤/١ (قال علماؤنا المحضاة دليل هذه الآية للأمة والنصرة للأب، لأن المحضاة مع الرضاع)، ويبنى على هذا ما جاء في (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المتأخذ من أن (الأم أحق بمحضاة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

وحكمة أحقية الأم بالحضانة هي مالها من الحنان والشفقة والسكينة النفسية، مما له الأثر الفعال بالنسبة لسلوك الطفل إذا تولت بنفسها الإشراف عليه مباشرة.

أ- على الزوجة الغنية نفقة زوجها الفقير.

وجه الدلالة أنها وارثة له^(١) وقد ربط سبحانه وتعالى بين الإنفاق والميراث فقال ﴿وَعَلَّ الْوَارِثُ بِمَثَلِ ذَلِكَ﴾^(٢) وهذا يدل على أن مسؤولية الإنسان بالإنفاق على الغير مبنية على أساس أنه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها إذا مات قبلها فتجب عليها نفقة إذا كانت غنية وهو فقير، وبناء على ذلك تكون نسبة الالتزام بالإنفاق حسب نسبة الاستحقاق في التركة في حالة التعدد، فالفقير الذي له أخت وأخ من الأبوين أو من الأب عليهما النفقة أثلاً لأن استحقاقهما تركته^(٣) يكون وفق قاعدة (للكر مثل حظ الأثين)^(٤). ومن الآيات الأخرى في القرآن الكريم التي تدل على على الأحكام دلالة إشارة قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٥) يدل إشارة على صحة الزواج بدون ذكر المهر فيه، وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٦) يدل إشارة على صحة

^(١) قال ابن حزم المحلى ٩٢/١٠ (فيما عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك أن أسرى)، برهان ذلك قول الله عز وجل ﴿وَعَلَّ الْوَارِثُ بِمَثَلِ ذَلِكَ بِمَسْرَدِ الْبَيْتِ ٢٣٣﴾. فقال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقة بنص القرآن.

^(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

^(٣) خلافاً للظاهرية، فني المحلى ١٠٧/١٠ (لا يجوز أن كان الورثة كثيراً أن يتفقوا على المحتاج إلا على عديم لا على قدر موارثهم لأن النص سوى بينهم بإيجاب ذلك عليهم).

^(٤) في كشف الأسرار على أصول البيهقي ٥٣٢/٢ (وفيه إشارة إلى أن النفقة تجب بقدر الميراث، لأن الإرث علة لوجوبها فيجب بناء الحكم على معناه وهو الإرث، والحكم يثبت بقدر العلة لأن النعم بآراء الفسح، وقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً بِمَسْرَدِ الْبَيْتِ ٢٣٦﴾ يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٥) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٦) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٧) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٨) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(٩) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَيْلٌ لَكُمْ نَيْسَاءُ الْيَسَايِرِ أَزْوَاجٌ لَكُمْ﴾^(١٠) يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر.

^(٥) سورة النساء: ٢٣٦.

^(٦) سورة البقرة: ١٨٧.

صيام رمضان مع الحدث الأكبر لأنه مسموح للزوجين المعاشرة الجنسية إلى اللحظة الأخيرة من الليل، ومن الواضح أن الفصل بين نهاية الليل وبداية الفجر متعذر.

ب- أنموذج من النصوص القانونية الدالة على الأحكام دالة إشارة؛

١- (١/٣٧٨م)^(١) من قانون العقوبات العراقي القائم (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر).
فالتطوق الصريح للفقرة الأولى من هذه المادة هو أن أحد الزوجين إذا ارتكب جريمة الزنى فلا يجوز لأي شخص أن يحرك الدعوى ضده إلا الزوج الآخر البريء المجني عليه، علماً أن الادعاء العام هو الجهة التي يتم بواسطتها تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية.

وتدل دلالة إشارة على أن جريمة زنى أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الآخر، وينبغي على ذلك أن لهذا الزوج المعتدى عليه مطلق الحرية في تحريك الدعوى وعلمه وفي التنازل عن حقه قبل الدعوى وبعدها، وقبل صدور الحكم بالعقوبة وبعده، وفي حالة التنازل ليس للقضاء الحكم بالعقوبة، ولا للجهة التنفيذية تنفيذ الحكم.

وتعتبر جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية اعتداء على الحق العام، أي على قيم المجتمع، وأخلاقه وأعراضه وأنسابه، ومخالفة لحكم الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ إِتْمًا كَانَ فَتْحَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢). ولا تفرق هذه الشريعة في

^(١) وكذلك (١/٣م/١٠١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية: زنى الزوجية، أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية).

وم ٢٧٤ من قانون العقوبات المصري (المرأة المتزوجة التي يثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت).

وتضمنت م ١/٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي ما يلي أيضاً (ولا تقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ- إذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ج- إذا ثبت أن الزنى تم برضاه الشاكي).

^(٢) سورة الإسراء ٣٢.

التجريم والتحریم بين زنى أحد الزوجين وغيره، كما أنه لا وجود للرجم في القرآن^١، وهي لا تحمي حقاً خاصاً لأحد الزوجين لأنه قد يكون برضاه، أو يمارس نفس الجريمة ويغض النظر عن ممارسة الآخر لنفس الجريمة، ولا تستهدف حماية حق الزنى بها لأنه قد يكون الزنى برضاها، إنما تحمي الحق العام والنظام العام والآداب العامة. وكذلك عقوبة الزنى عقوبة حدية من حقوق الله ومن الحقوق العامة، لا يملك أحد سلطة المعفو أو التنازل عنها أو تعديلها. وينبغي على ذلك أن لكل بالغ عاقل أن يساهم في مكافحة هذه الفاحشة بنفسه أو بإعلام الجهات المختصة لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٢- م ١٦٣ من القانون المدني العراقي القائم (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^٢، تدل بمنطوقها الصريح على أن للعرف في تقييد العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به. وتدلل دلالة إشارة على أن المتعاقد الملزم بالوفاء بالتزامه بمقتضى العرف إذا لم ينضد هذا الالتزام جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد.

٣- من أوصى بمنفعة عقاره دون رقبته دل تصرفه بمنطوقه الصريح على أن الموصى له يتضح بالمنفعة الموصى بها بعد وفاة الموصي مادام باقياً على قيد الحياة ما لم تقيّد الوصية بالمدّة، وتدلل دلالة إشارة على أن شخصية الموصى له مأخوذة بنظر الاعتبار لدى الموصي، بحيث إذا توفي لا تنتقل إلى ورثته بل ترجع المنفعة إلى من يملك الرقبة من الورثة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.

٤- من وهب ماله لشخص وتوافرت شروط هبته دل عقد الهبة بمنطوقه الصريح على تملك الواهب للموهوب له في حال حياته على سبيل التسرع. ودل دلالة إشارة على الإذن بالقبض، فإذا قبضه الموهوب له بدون إذن الواهب يكون القبض صحيحاً ينتج آثاره الشرعية والقانونية ما لم ينص صراحة على منع القبض بلا إذن منه، وإلا فلا يحصل بدلالة الإشارة وفقاً لـ (م ١٥٧) من القانون المذكور (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح).

^(١) وقد أتينا ذلك بالأدلة العقلية في مؤلفنا (لا رجم في القرآن).

^(٢) ملغاة (٤٣). مجلة الاحكام العدلية.

المطلب الثاني دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها

قد يترك الشارع -أو المشرع- كلمة-أو عبارة- في نص تقتضي دلالة على المعنى المراد وعنايتها واعتبارها جزءاً من هذا النص، ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص. والسري في عدم ذكر هذه الكلمة - أو العبارة - رغم أهميتها يعود إما إلى وضوحها وإمكان إدراكها بأدنى تأمل، أو إلى إبقاء النص على عمومته بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون أمام القضاء مجال واسع لتقدير ما يتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها، كما يجوز أن يكون الترك لأسباب أخرى بالنسبة لمن كلف بإعداد مشروع القانون الوضعي كالجعل بأهمية القيد المحذوف أو النسيان أو الخطأ أو غير ذلك.

وأياً كان سبب عدم الذكر، فإن عبء إدراكه واعتباره حين استنباط الحكم من النص يقع على المجهتد أو القاضي أو كل من يهمه فهم المراد من هذا النص^(١) ويسمى المقتضي (بكسر الضاد) ودلالة الاقتضاء موجودة في كثير من النصوص الشرعية والقانونية.

أ- من النصوص الشرعية المقتضية لضم ضميمية:

أولاً: إذا تعلق الحكم بعين - أو ذات - فإنه يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان يكون مناسباً

^(١) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول، ص ١٠٥ (الاقتضاء معناه لغة الطلب، والنص قد يطلب زائداً عليه ليصح المنصوص عليه فلا يوجب النص شيئاً إلا بتقديم ذلك المقتضي عليه ليكون شرطاً لعمل النص سابقاً عليه، إذ الشرط يتقدم على المشروط دائماً، فكان النص مقتضياً إياه لتصحبه، فلها أن تسبب المقتضي - بفتح الضاد - مع حكمه إلى النص وهو المقتضي - بكسر الضاد - وكان كلمة من دلالة النص، فهناك أمور أربعة المقتضي وهو النص، والمقتضي وهو ذلك الشرط (القيد) والاقتضاء وهو النسبة بين المقتضي والمقتضي وحكم المقتضي وهو الثابت به).

ومعنى الدال بالاقتضاء اصطلاحاً (اللفظ الدال على شيء مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على ذلك المسكوت) كما في قوله ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان)، أي حكم الخطأ والنسيان لأنهما لم يرفعا عنهم لوقوعهما منهم).

وفي أصول الشاشي، ص ٣١. أما المقتضي فهو زيادة على النص لا يتحقق معنى إلا به كأن النص الاقتضاء ليصح في نفسه معناه.

للمقام والحكم ، لأن متعلقات الأحكام التكليفية لا تكون إلا من أفعال (تصرفات) الإنسان لذا عرف علماء الأصول الحكم بأنه (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخير أو الوضع) ، ومن أمثلة ذلك :

١- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾^(١) أي حرم عليكم الزوج بأمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ، وغيرهن من محرمات الزواج تحريماً موقداً والتزوج فعل الإنسان.

٢- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالَّذُومَةُ وَالْحَمِيمَةُ ﴾^(٢) أي حرم عليكم الانتفاع بالميته وتعاطي الدم وأكل لحم الخنزير ، لأن التحريم يتعلق بهذه الأفعال والتصرفات لا بذات الميته أو الدم أو لحم الخنزير.

٣- قوله تعالى ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ﴾^(٣) أي أكل طعام أهل الكتاب - كل من يؤمن بكتاب سماوي ورسول من الرسل - حل لكم وأكلهم لطعامكم حل لهم.

وهكذا في كل نص تعلق حكمه بعين أو ذات يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان.

ثانياً: إذا ورد في نص رفع أو نفي شيء، وهو واقع في نفس الأمر، فإن صدق النص - أو صحته - يتوقف على تقدير ما يرفع هذا التناقض الظاهري بين الوقوع في الواقع واللاوقوع في النص ، ومن أمثلة ذلك :

١- قول الرسول ﷺ (رفع عن أمي الخطأ والنسيان)^(٤) وما استكروها عليه)^(٥) ومن الواضح أن كل إنسان معرض للخطأ والنسيان وللإكراه ، فكل من هذه الأمور الثلاثة لم يرفع لا من أمة محمد ولا من أمة أخرى ، ولذلك يجب تقدير ما هو مناسب في هذا المقام فقال البعض بتقدير الكلام: رفع العقاب أو الإثم أو - المواخظة - على أساس أن

^(١) سورة النساء ٢٣.

^(٢) سورة المائدة ٣.

^(٣) سورة المائدة ٥.

^(٤) السهو زوال الصورة عن الذاكرة مع بقائها في الحافظة والنسيان زوالها عنها مما يحتاج في حصولها إلى سبب جديد. ابن عابدين ٧٠٩/٣.

^(٥) وفي رواية دفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ والنسيان والأمر بكرهون عليه. وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال (أن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه). راجع العتبر في تخرجه أحاديث المهاج والمختصر للزركشي، تحقيق الأستاذ حمدي السلفي، ص ١٥٤.

هذه الأعذار من موانع المسؤولية الجنائية، فالإنسان إذا ارتكب جريمة في حالة النسيان أو الخطأ أو تحت ضغط الإكراه ولا يتوافر لديه القصد الجنائي لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً عن تعويض ضرر مادي ناتج عن تصرفه غير المشروع لأن التعويض من باب خطاب الوضع، أي ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن سوء قصد المسبب أو حسن نيته.

وقال البعض: رفع حكم تصرف الناسي والمخطئ والمكروه، ومن المعروف أن الحكم اعم فيشمل كل اثر لهذا التصرف.

والألفه هو التقدير الأول لأن هذه الأعذار من موانع المسؤولية الجنائية عند جمهور الفقهاء.

٢- قول الرسول ﷺ (لا نكاح إلا بولي)^(١١) ومن البيهقي أن النكاح بلا ولي قد وقع ويقع مرات لا حصر لها، وبناءً على ذلك من يرى أن إذن الولي شرط صحة الزواج قدر في هذا الحديث كلمة (لا صحة) أي لا صحة لزواج لم يتم بإذن الولي الحائض أو العاصم (كالقاضي)، ومن ذهب إلى صحة الزواج ولو بدون إذن الولي قدر لفظ (كمال) أي لا كمال لزواج لم ينشأ بإذن الولي.

ثالثاً: أي سبب آخر في النص يقتضي ضم ضميعة إليه ليدل على المعنى أو الحكم المراد به.

ب- من النصوص القانونية:

١- م ٩٥ من قانون رعاية القاصرين العراقي (يعتبر صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته) فهي تقتضي إضافة العبارة الآتية إليها (ما لم يستند إلى تاريخ سابق).

٢- م ٨٧٥ من مشروع القانون المدني العراقي (أولاً - للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله، أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة)، فإنها تقتضي أن يضاف إليها ما يلي (ما لم يتعلق بها حق للغير)، لأنه إذا تعلق بالوكالة حق للغير فلا يجوز لأي من الموكل والوكيل إنهاء الوكالة إلا بإذن هذا الغير^(١٢).

^(١١) رواه أحمد والأربعة، سبل السلام ١٥٣/٣.

^(١٢) على سبيل المثال: إذا اشترطت الزوجة وقت الزواج على زوجها أن يوكلها بتطبيق نفسها إذا تزوج عليها زوجة أخرى، فولكلها بذلك فلا يستطيع أن يعزلها بالقول لتعلق حطبها بالوكالة، لكن يستطيع العزل بالتملأ بأن يطلقها قبل أن تنطلق هي نفسها، وإذا وكل المدين الراهن شخصاً بناءً على طلب الدائن

ج- من القواعد العامة المقتضية للتقدير:

- ١- قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، فهي تقتضي تقدير نفاذ التصرف، أي لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد تسديد الديون المتعلقة بها أو إذن الدائن، ذلك لأن التركة تنقل ملكيتها إلى الورثة في لحظة الوفاة على الرأي الراجح لدى فقهاء الشريعة أخفاً بعموم آيات الميراث، لكن حفاظاً على حقوق الدائنين يكون تصرف الورثة في التركة أو في جزء منها موقوفاً في المقدر الذي يقابل الدين ما لم يتم وفاء الدين من التركة أو من مال الوارث أو من جهة أخرى إلا إذا كان التصرف بإذن الدائن الذي يكون أهلاً للتبرع.
- ٢- قاعدة (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص)، أي لا مسأغ للاجتهاد في مورد نص يكون دلالة على الحكم قطعية، أما إذا كان ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى -أو حكم- واحد فإنه يجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين هذه المعاني المحتملة.
- ٣- قاعدة (الجواز الشرعي يناهي الضمان)، فهي تقتضي تقدير لفظ -الأصلي-، فالجواز الشرعي الأصلي هو الذي يناهي الضمان، كمن حضر بشراً في حديقة داره أو في بستانه فوقع فيه شيء دون تقصير منه فلا ضمان عليه، لأن تصرفه كان مشروعاً أصلاً، بخلاف ما إذا كان الجواز الشرعي مبنيًا على قيام عذر شرعي كجائع أكل مال الغير بدون إذنه لإتقاز حياته فإنه غير آثم، لكن يجب عليه الضمان، وكذلك السائق الذي يغير اتجاه سيرته فجأة عندما يجد إنساناً أمامه على الشارع العام - أو الطريق العام - فيؤدي ذلك إلى إتلاف مال للغير كهدم سياج - حائط - الحديقة، فإنه -أيضاً- لا يسأل جنائياً لكن يجب عليه الضمان أخفاً بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

المرتحن بأن يبيع المال المرهون ويوفي من ثمنه الدين إذا لم يتم وفاءه قبل الأجل، ليس له عزله كما لا يحق للوكيل أن يتحى عن الوكالة إلا بإذن الدائن لأنه يضر بمصلحته.

المطلب الثالث

دلالة الإيماء وتطبيقاتها

من البديهيات أن لكل حكم شرعي - أو قانوني - لتصرفات الإنسان أو الوقائع سببا وعلة، وهي الغاية المادية أو المعنوية التي تترتب على تنفيذ الحكم والموجبة لتشريعها. فالسبب في كل قضية سابق في وجوده على حكمه كالسرقة للمقومة والقتل للقصاص والإتلاف للتعويض. أما علة الحكم وهي الغاية المتوخاة في تشريعها فهي سابقة في التصور ولاحقة للحكم وتنفيذه في التحقق كحماية الدين في وجوب الجهاد، وحماية الأموال في وجوب عقوبة السرقات، وحماية الأزواج في وجوب القصاص وحماية الأعراس في وجوب عقوبات الزنى والذف.

فسبب الحكم وعلته أمران مختلفان في الحقيقة والماهية لكنهما مرتبطان إلى حد التلازم، فكل منهما يكمل الآخر في الاهتمام بالحكم تشريعا وتطبيقاً وتنفيذاً، وهذا التلازم هو الذي جعل بعض علماء الأصول أن يقع في الخلط بينهما، أو يقول السبب أعم مطلقا والعلة أخص مطلقا على أساس أن العقل إن أدرك المناسبة بين السبب والحكم فهو علة وسبب وإلا فسبب فقط، وقد سبق بيان هذا الموضوع في القياس والمصلحة، ويبنى على ما ذكرنا أن لكل حكم علة سواء أدركها العقل أم لم يدركها، وموضوعنا (دلالة الإيماء) يكون مجال تطبيقه هي النصوص التي تدل على علل أحكامها ضمنا، وعلة الحكم قد يدل عليها النص صراحة كما في قوله تعالى ﴿ وَكُلَّمْ فِي الْفُتُوحِ حَيَّوةٌ ﴾^(١) لكن الغالب المتداول في النصوص الشرعية

^(١) سورة البقرة: ١٧٩. كان العرب قبل الإسلام يقولون في تدليل القصاص (القتل أنسى للقتل) وهو يقابل قوله تعالى ﴿ وَكُلَّمْ فِي الْفُتُوحِ حَيَّوةٌ ﴾ سورة البقرة: ١٧٩. وكلام الله أبلغ منه من الأوجه الآتية:

- ١- أقل حروفا.
- ٢- فيه النص على علة الحكم صراحة وهي حماية الحياة.
- ٣- التكثير في لفظ حياة للتنظيم (أي حياة عظيمة).
- ٤- اطراء القاعدة مطردة لأن القصاص يكون دائما لغرض حماية أرواح الناس وسلامتهم، في حين أن القتل قد يكون ظلما فيؤدي إلى توسع رقعة العداوة والمضاغبات فلا يكون أنسى للقتل.
- ٥- خلوه عن التكرار وقد تكرر لفظ (القتل) في (القتل أنسى للقتل).
- ٦- استغناؤه عن تدوير محذوف، بخلاف القول المذكور، فإن تدويره (القتل أنسى للقتل من تركه).

والتأنيونية تكون دلالات النصوص على علل أحكامها ضمنية وعن طريق الإيماء.

١- دلالة الإيماء هي النصوص الشرعية:

١- قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١) بسدل بمنطوقه الصريح على أن نصيب الذكر من البنين عند الاجتماع مع البنات والاختوة مع الأخوات - لغير الأم - ضعف ما للأنتى من التركة، ويدل دلالة إيماء على أن علة هنا التمييز في الميراث هي حماية الحقوق ورعاية النسبة الطردية بين حقوق الشخص والتزاماته، فيستحق زيادة الحقوق كلما زادت التزاماته بنفس النسبة والاختل ميزان العدالة. وإذا كانت الدساتير الوضعية لدول العالم المتحضر تسمى إلى رعاية التوازن بين حقوق والتزامات المواطنين فإن الدستور الإلهي أولى بهذه الرعاية، وقد قال تعالى ﴿وَكُلٌّ لِّشَرِّهِمْ بَدِئَةٌ﴾^(٢) فكل ذكر بالغ عاقل يجب عليه الجهاد في حالة تعرض دينه أو عرضه أو نفسه أو ماله للاعتداء، قال تعالى ﴿فَمَنْ أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ فَأَعَدُّوا عَلَيْهِمْ يَبِئْسَ مَا أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ﴾^(٣) والأنتى غير مسؤولة عن هذا الواجب بحكم تكوينها الذاتي الذي لا يتحمل مشقة القتال، وعلى الزوج - دون الزوجة - نفقة الزوجة والأولاد، وعليه تكاليف ونفقات الزواج، وغير ذلك من الالتزامات التي لم يكلف بها جنس الأنتى لا شرعاً ولا قانوناً.

٧- الجمع بين المتضادين في الكلام وهما النقصان والحياة وهو من صنعة الطباق ومن مظاهر بلاغة الكلام.

٨- جعل نفوت الحياة طرفاً للحياة، وهذا أيضاً من باب بلاغة الكلام...

لزيد من التفصيل راجع كتاب الطول في علم البلاغة للعلامة سعد الدين التفتازاني (رحمه الله)، ص ٢٣٣ وما بعدها.

^(١) سورة النساء ١١.

^(٢) سورة الرعد ٨.

^(٣) سورة البقرة ١٩٤.

- ٢- كذلك قول النبي ﷺ (لا يقضي القاضي وهو غضبان)^(١٦) معتل بما يدهش العقل عن إتمام الفكر.
- ٣- قوله ﷺ (لا يرث القتيل)، يدل بمنطوقه الصريح على أن من قتل مورثه يحرم من تركه، فلا يرث شيئا. ويدل دلالة إيحاء على أن علة الحرمان من الميراث حماية أرواح الأبرياء لأن الوارث إذا علم أن قتله لمورثه يحرمه من تركه لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة غالباً.
- ٤- قوله ﷺ (من غشنا فليس منا)^(١٧) يدل بمنطوقه على تحريم الغش والتدليس ويدل دلالة إيحاء على أن علة تحريم الغش هي حماية حقوق المستهلكين ومنع أكل أموال الناس بالباطل.

ب- دلالة الإيحاء في النصوص القانونية:

- ١- م ٤٠٦^(١٨) من قانون العقوبات العراقي تدل بمنطوقها الصريح على أن عقوبة جريمة القتل هي الإعدام إذا اقترنت بظرف من الظروف القانونية المشددة الواردة فيها. وتدل

^(١٦) أخرجه البيهقي، كتاب آداب القاضي ١٠٥/١٠ (والمراد بالغضب كل عرض يؤثر على تفكير القاضي وبالتالي إلى الحكم بغير عدل).

^(١٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه (أن الرسول ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فالت أصابعه بللا فقال ما هذا يا صاحب الطعام ؟) قال أصابعه السماء يا رسول الله قال ﷺ (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني)، رواه مسلم- سبل السلام ٣٧/٣.

^(١٨) نص الفقرة الأولى من المادة «بمقابض بالإعدام من قتل نفسا عمدا في إحدى الحالات الآتية:

- أ- إذا كان القتل مع سبق الإصرار أو التردد.
- ب- إذا حصل القتل باستعمال مادة سامة أو مفرقة أو متفجرة.
- ج- إذا كان القتل للدافع ذني، أو مقابل أجر أو إذا استعمل الجاني طرقا وحشية في ارتكاب الفعل.
- د- إذا كان القتول من أصول القتيل.
- هـ- إذا وقع القتل على موظف، أو مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك.
- و- إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد.
- ز- إذا القتل عمدا بجرمة أو أكثر من جرائم القتل عمدا أو الشروع فيه.
- ح- إذا ارتكب القتل فهيدا لارتكاب جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أو تسهيدا لارتكابها أو تنفيذها لها أو تمكينا لمركبتها أو شريكه على الفرار أو التخلص من العقاب.
- ط- إذا كان الجاني محكوما عليه بالسجن المؤبد عن جريمة قتل عمدي وأرتكب جريمة قتل عمدي أو شرع فيه خلال مدة تنفيذ العقوبة.

دلالة إيماء على أن علة الحكم خطورة الجرم على حياة المجتمع ، وهذه الخطورة تؤخذ من الظرف المترن بالقتل.

٢- م ٢٨٧^(١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تدل بمطوقها الصريح على أنه (إذا وجدت المرأة المحكوم عليها بالإعدام حاملاً فلا تنفذ العقوبة قبل وضع الحمل ، وقبل مضي أربعة اشهر على تأريخ الولادة).

وتدل دلالة إيماء على أن علة عدم جواز التنفيذ هي حماية الحمل من الموت الذي يلاقيه بسبب إعدام أمه وهو رغم أنه في بطنها وجزء منها إلا أنه غير مشمول بهذه العقوبة لأنها شخصية لا تنصب إلا على شخص الجرم. وبناء على ذلك إذا ثبت بالطرق العلمية أن الطفل ميت في بطن أمه أو غير موجود فإن التنفيذ لا يؤجل بناء على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وهدماً.

وكذلك علة عدم التنفيذ قبل مضي أربعة اشهر على الولادة هي حماية سلامة الطفل الذي قد يتعرض للخطر إذا فقد أمه مباشرة بعد الولادة ، أو خلال الفترة المذكورة. ومن الجدير بالإشارة أن الرسول ﷺ قد أمر بتأجيل تنفيذ إعدام الغامدية إلى ما بعد ولادة طفلها ، والى أن أرضعتها ستين كاملتين بعد ولادته^(٢).

أهمية إدراك القاضي لعلة الحكم

إدراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص الذي بنوي تطبيقه على القضية المرفوعة إليه له أهمية كبيرة لتحقيق العدالة ، ولأن يأخذ كل ذي حق حقه ، ذلك لأن الحكم يدور مع علته

^(١) نص المادة (١-أ) إذا وجدت المحكوم عليها حاملاً عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى إدارة السجن إخبار رئيس الإعدام العام ليقدم مطالعته إلى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه ، ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالعة إلى رئيس الجمهورية ، ويؤخر تنفيذ الحكم حتى يصدر أمر مجدد من الوزير استناداً إلى ما يقرره رئيس الجمهورية ، وإذا كان الأمر المجدد يقضي بتنفيذ عقوبة الإعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة اشهر من تأريخ وضع حملها سواء وضعت قبل ورود هذا الأمر أم بعده.

^(٢) في سبيل السلام ١٤/٤ (عن عمران بن حصين أن امرأة من جهينة هي المعروفة بالغامدية أتت النبي ﷺ وهي حبلية من الزنى فقالت يا نبي الله أصبت حنناً فأقمه علي ، فدعا رسول الله ﷺ وليها فقال أحسن إليها فإذا وضعت فأنني بها ، ففعل فأمر بها ، فشكت (شدت) عليها تباها ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها) ، إلا أنه قد ثبت في رواية أخرى أنها رجمت بعد أن فطمت ولدتها وأتت به وفي يده كسرة خبز. أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب من أعترف على نفسه بالزنى ، صحيح مسلم بشرح النووي . ٢١٦/١١

وجوداً وعدمًا، فإذا اقتنع بتحقيق العلة طبق الحكم المنصوص عليه وإلا فلا، ومن تطبيقات دوران الحكم مع علته ما يلي:

١- كان امتناع الرسول ﷺ عن الأمر بالتسمير، وحكم فقهاء التابعين به كان تبعاً لاختلاف العلة وجوداً وعدمًا. عن انس رضي الله عنه قال غلا السر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس يا رسول الله غلا السر فسر لنا، فقال رسول الله ﷺ ((إن الله هو السر القابض الباسط الرازق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال))^(١)، وقد أثنى فقهاء التابعين بالتسمير، فعلة عدم إجازة الرسول ﷺ بالتسمير هي حماية حقوق التجار والباعة، لأن الغلاء لم يكن بسبب الاستغلال والجشع وإنما كان لفلة الإنتاج وعلى أساس قانون العرض والطلب، وحكم فقهاء التابعين بالتسمير علته كانت حماية حقوق المستهلكين بعد أن ظهر الاستغلال والجشع.

٢- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم لتخلف العلة وهي حماية الدين ونشر الرسالة من شر هؤلاء، فبعد أن تقوى مركز الإسلام زال خطر هذا الشر.

٣- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق العقوبة في آية ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(٢) في سنة الجماعة على الذين ارتكبوا السرقات لإنقاذ أرواحهم من الموت، لأن كل من تعرض لخطر الموت بسبب الجوع لا يتردد من سرقة أموال الغير لحماية حياته رغم علمه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة، ففي هذه الحالة الاضطرارية لا تتحقق علة الحكم وهي حماية أموال الناس، ثم أن العقوبة تحمي الأموال والسرقة تنفذ حياة المضطر، ورعاية حماية الحياة أولى من رعاية حماية المال.

ونستنتج من هذه التطبيقات وغيرها أن العقوبات التمييزية التي يقرها ولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع أهل الشورى - أو أهل الحل والعقد - لحماية الدين والنفس والعرض والمال والعقل، وغير ذلك من المصالح العامة الأخرى يجب تعديلها أو تبديلها إذا ثبت عدم جدوى هذه العقوبات في تحقيق غايتها -الغايات المترخاة من

(١) سنن الترمذي ١٣١٤.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

تشرعها-.

٤- في م ٢٨٧ المذكورة (لا يوجبل تنفيذ عقوبة المحكوم عليها الحامل إلى ما بعد وضع الحمل إذا ثبت بالطرق العلمية ثبوتاً قطعياً أن الجنين قد مات قبل ولادته. وكذلك لا يوجبل التنفيذ بعد الولادة إلى أن تخضي مدة أربعة أشهر على وضع الحمل إذا مات الطفل بعد الولادة مباشرة) ، لأن الحكم - تأجيل التنفيذ - يدور مع علته - حماية حياة الطفل - وجوباً وعدمياً^{١١}.

^{١١} في أصول الشاشي ، ص ٣٠ ، قال الإمام القاضي أبو زيد (لو أن قوماً يمدون التأليف كرامة لا يحرم عليهم تأليف الأيوين ، ولو فرصنا يوماً لا يمنع العقادين من السعي إلى الجمعة بأن كانوا في سفينة - أو سيارة - تجري - أو تسير - نحو الجامع لا يكره البيع. وعلى هذا قلنا من حلف لا يضرب فلانا لفضريه بعد موته لا يحث لاتعدام معنى الضرب وهو الإيلام).

المبحث الثاني

مفهوم النص

قسم علماء الأصول المفهوم إلى قسمين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة، ولتيميز كل منهما بمتنصر وأحكام خاصة إضافة إلى ما لهما من الأهمية للقضاء وشرح القانون نوزع دراستهما على مطلبين.

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

من الأمور البديهية التي لا تغيب النقاش، أو يجب أن لا تناقض أن النصوص سواء أكانت شرعية أم قانونية غير مقصودة لغاتها، وإنما الغاية من تشريعها ما يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الإنسان لطلب نفع له أو درء ضرر عنه.

إن هذه الغاية لا تتأني دائماً من التمسك بحرفية النص، بل رُبَّ تقييد بهذه الحرفية يحدث الخلل في التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها النص على التصرفات والوقائع، وبالتالي يؤدي إلى ترجيح إحدى كفتي ميزان العدل على الأخرى لمصلحة أحد الأطراف من ذوي العلاقة على حساب غيره، وهذا مما يباهه الدستور الإلهي - القرآن الكريم - الذي ربط في كثير من آياته بين النص والحكم والعدل والميزان والحق، ومنها قوله تعالى ﴿ وَإِذَا حَكَتُمْ بُيُوتَ أَنْثَاهِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿ وَإِنْ حَكَتْ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ أَعْيُنَ النَّاسِ رَاجِعَةٌ إِلَىٰ رَبِّكَ يَوْمَئِذٍ لِّمَنِ الْعِلْمُ ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ الْاُنثَانِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ ﴾^(٣)

^(١) سورة النساء. ٥٨.

^(٢) سورة المائدة. ٤٢.

^(٣) سورة ص. ٢٦.

وقوله تعالى ﴿ اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْيَمْرَأَانَ ﴾^(١١) وقوله تعالى ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(١٢)، وغير ذلك من الآيات الأخر التي تؤكد وجوب رعاية القاضي - أو الحاكم - إحقاق الحق وتحقيق العدالة قبل أن يراعي حرفية النص والتمسك بمعناه الموضوع له، وعليه أن يزن كل حكم بميزان العدل قبل أن ينطق به حتى يتحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحكوم عليه والمحكوم له.

وإضافة إلى ذلك فإن القرآن بصفته دستوراً لم يتطرق للتصيلات والأحكام الجزئية إلا قليلاً، وإنما ركز على الأسس العامة والقواعد الكلية لتطبيق على كل مسألة جزئية تتدرج تحتها مع رعاية الظروف والملابسات والخلفيات لكل جزئية، وهذه الرعاية التي تسمى (التفريد) هي التي تساعد على تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه. وينبئ على ما ذكرنا أن الفقيه - أو القاضي - كما يأخذ الحكم من عبارات وألفاظ النصوص، وهذا ما يسمى (منطوق النص) كذلك قد يستنبطه من روح النص ومعناه، ومن العلة الموجبة لتشريعه، ويسمى عندئذ مفهوم النص. ومن الجدير بالذكر، أن مفهوم النص دائماً يكون أوسع من منطوقه لأنه يشمل ويشمل غيره من المسكوت عنه.

وعلى سبيل المثال:

تحريم كنز الذهب أو الفضة في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَفْقَهُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَبَرَّهُمْ وَعَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾^(١٣) منطوق النص، وتحريم كنز كل عملة ورقية أو معدنية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول هو مفهوم النص، وتحريم الأكل بمعناه اللغوي في قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَهُمْ كُلْمًا إِيْمًا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾^(١٤) منطوق النص، وتحريم كل إتلاف آخر

^(١١) سورة الشورى ١٧.

^(١٢) سورة الحديد ٢٥.

^(١٣) سورة التوبة ٣٤.

^(١٤) سورة النساء ١٠.

لمال القاصر ظلماً سواء أكان بالإحراق أم الاستهلاك أم غير ذلك مفهوم النص، وتحريم التأنيب في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أُنزِلَ﴾^(١١) منطوق النص، وتحريم كل إيذاء آخر للوالدين أو أحدهما بأي قول أو فعل يشعر بالإهانة أو عدم الاحترام مفهوم النص. وهكذا كل نص آخر حكمه يكون معولاً لعله يدرجها له منطوق ومفهوم.

وهذان المصطلحان كما يطلقان على الحكم غالباً فقد يراد بهما محل الحكم كالذهب والفضة وكل عملة حلت محلها في آية تحريم الكنز. وعلى الإطلاق الأول إذا كان كل من المنطوق والمفهوم من نوع واحد كالتحريم في الآيات المذكورة يسمى المفهوم (موافقة) أو (مفهوم موافقة) أو (مفهوم الموافقة)، كما يسمى (فحوى الخطاب)^(١٢)، و (لحن الخطاب)^(١٣) (ودلالة النص)^(١٤)، وعلى الإطلاق الثاني يسمى المحل المذكور في النص - كأكل مال اليتيم^(١٥) - منطوقاً به، والمحل غير المذكور - كإتلاف مال اليتيم - مسكوتاً عنه.

ومن التصور القانوني الدالة على الأحكام بمنطوقها ومفهومها (م ٢٣٧) من قانون العقوبات المصري (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى وقتلها في الحال هي ومن زنى بها

^(١١) سورة الإسراء ٢٣.

^(١٢) أي معناه يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه أي مما تضمنت من رادده بما كلفه أي وجدت ورائحه، وفي الحديث الشريف ﴿تسموا روح الحياة﴾، أي وجدوا نبيها. راجع حاشية الشريفي على هامش شرح جمع الجوامع مع الباتني ٢١١/١. وعادة يسمى فحوى الخطاب في حالة كون موجب تشريع الحكم في المسكوت عنه أقوى للإيذاء في الضرب والشتم بالنسبة للتأنيب في آية ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أُنزِلَ﴾ سورة الإسراء ٢٣.

^(١٣) أي معناه كما في قوله تعالى ﴿وَرَوَّعْتُمْ يَوْمَهُمْ فِي لَعْنِ الْقَوْلِ﴾ بحسب معناه ٣٠. ويستعمل هذا المصطلح إذا كان موجب الحكم في كل من المنطوق به والمسكوت عنه متسارياً كالضرب في أكل مال اليتيم وفي إتلاف بطريقة أخرى.

^(١٤) علماء الأصول من الحنفية يستعملون مصطلح دلالة النص بدلاً من مفهوم النص، كما يستعملون عبارة النص بدلاً من منطوق النص. في أصول الشاشي، ص ٣٠ (دلالة النص هي ما علم علة للحكم المنصوص عليه لئلا لا اجتهاداً ولا استنباطاً، ففي قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أُنزِلَ﴾ بحسب الإسراء ٢٣. المعالم بأوضاع اللغة يفهم بأول سماع تحريم التأنيب لرعب الأذى عنهما وحكم هذا النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعدم علة، ولهذا المعنى قلنا بتحريم الضرب والشتم).

^(١٥) أي في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلماً إِنَّهَا بِأَكْبَرِ يَوْمَ تُنْفَخُ الْأَشْجَارُ وَسَبَّحْتَ كُوراً﴾ بحسب معناه ١٠.

يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في م ٢٣٤ و ٢٣٦). فهي تدل بمنطوقها على أن عقوبة هذا القاتل في حالة القتل تخفف من الأشغال المؤبدة أو المؤقتة أو السجن إلى الحبس بسبب الظرف المخفف المترن بالجريمة.

وتدل بمفهومها من باب أولى على تخفيف العقوبة في حالة الجرح أو الضرب المفضي إلى إصابة الزوجة المزني بها ومن زنى بها بعامة مستديمة دون الموت. وأما م ٤٠٩^(١) من قانون العقوبات العراقي فإنها قد نصت بمنطوقها الصريح على تخفيف العقوبة في الحالتين - حالة القتل وحالة الإصابة بالعامة المستديمة -^(٢).

تكييف دلالة المفهوم:

اختلف علماء الأصول في تكييف دلالة النص بمفهومه على الحكم حسب التخصيل الآتي:

أ- قال بعضهم^(٣) دلالة المفهوم دلالة عقلية قياسية على أساس أن الفقيه - أو القاضي - ما لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع إلتحاق الثاني بالأول في الحكم، ولا يعني القياس سوى ذلك^(٤) وعلى هذا الرأي يعتبر عموم المفهوم عقلياً.

^(١) نص المادة (عقاب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه في حال تلبسها بالزنى أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال، أو قتل أحدهما، أو اعتدى على أحدهما اعتداء أفضى إلى الموت، أو إلى عاهة مستديمة ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر، ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة).

^(٢) ومطابق صريح المشرع الأردني في (م ٤١٨) من قانون العقوبات صنيح المشرع العراقي في إدراج حالاتي القتل والعامة المستديمة تحت المنطوق الصريح.

^(٣) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٢/١ قال الشافعي وإمام الحرمين والإمام الرازي (الدلالة على مفهوم الموافقة قياسية، والعلة في المثال الأول ﴿فَلَا تَقْتُلْ نَفْسًا﴾ الإيذاء، وفي المثال الثاني - آية تحريم أكل مال اليتيم - الإلتاف، والمراد بالعلة هنا السبب المناسب وإلا فالعلة الحقيقية هي حماية كرامة الوالدين في المثال الأول وحماية مال اليتيم في الثاني).

^(٤) لأن القياس إلتحاق واقعة - كضرب الوالدين - لم يرد بشأنها نص خاص بواقعة أخرى ورد بصدد نص خاص - كإللاف - في الحكم - كالتحريم - لا لاشتراك الواقعتين في علة الحكم - كالإيذاء - جاء في مفتح الوصول إلى علم الأصول، ص ٩٠ (لمت عموم الحكم لعموم علقته كما في القياس- أي من العام عموم الحكم لعموم العلة -).

- ب- وقال البعض: إنها دلالة لفظية مجازية من قبيل ذكر الأخص وإرادة الأعم^(١١).
وعلى سبيل المثال دُكِرَ الأكلُ في آية تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً وأريد به كل إتلاف لأموالهم بدون مبرر، والقرينة هي أن النص سبق لحماية حقوق القاصرين وهم لا يستطيعون أن يدافعوا عنها بأنفسهم، ولفظ (أف) في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمْ أَوْلِيًّا﴾ أريد به كل إيذاء مادي أو معنوي بقرينة وجوب احترام الوالدين فيعتبر مجازاً لغوياً عاماً.
- ج- وقال جماعة: إنها دلالة لفظية حقيقية عربية، فأهل العرف نقلوا محل (متعلق) الحكم كالأكل في الآية المذكورة من معناه اللغوي الخاص إلى معنى عرفي عام وهو الإتلاف، وهجروا المعنى الأصلي اللغوي بحيث أصبح اللفظ حقيقة عربية في المعنى الجديد العام^(١٢) - واستعمله الشارع - أو المشرع - بهذا المعنى الجديد، فأصبح المعنى العربي للذهب والفضة النقود، وللأكل الإتلاف وللتأنيب الإيذاء.
- د- وقال البعض دلالة لفظية انتقالية^(١٣) وينقل الذهن من المنطوق إلى المفهوم بمجرد إدراك اللفظ وفهم المعنى المنطوق، فالاستعمال في الأول عقلي وفي الثاني مجازي وفي الثالث حقيقي وفي الرابع التزامي.

ثمرة الخلاف

يرى الكثير من علماء الأصول أن هذا الخلاف حقيقي، ورتبوا عليه بعض النتائج منها^(١٤) أن دلالة المفهوم إذا كانت قياسية لا تثبت بها الجرائم والمعقوبات لا في الشريعة ولا في القاتون

^(١١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٣/١ (قال الغزالي والأمدني من قائلني هذا القول: فهمت الدلالة على المفهوم من السياق والقرائن، لا من مجرد اللفظ فلولا دلالتها - أي السياق والقرائن - في آية الوالدين على أن المطلوب بها تنظيمهما واحترامهما ما فهم منها من منع التألف منع العزب، ولولا دلالتها في آية مال اليتيم على المطلوب بها حفظه وصيانته ما فهم منها من منع أكله منع إحقاقه، والدلالة حيثذ مجازية من إطلاق الأخص على الأعم. فأطلق المنع من التألف في آية الوالدين وأريد المنع من الإيذاء، وأطلق المنع من أكل مال اليتيم في آية وأريد المنع من إتلافه، أي ذكر الأخص وأريد به الأعم مجازاً بقرينة الحال والمقام).

^(١٢) في المرجع السابق ٢٤٤/١. (وقيل نقل اللفظ للدلالة على الأعم عرفاً بدلاً عن الدلالة على الأخص لغة).

^(١٣) في المرجع السابق (والمفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، أي أن الدلالة ليست وضعية بل انتقالية والتزامية فإن الذهن ينتقل من إدراك المنطوق إلى إدراك المفهوم).

وفقاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص) ، ويناقش هذا الكلام بأنه مبني على أساس أن القياس دليل - مصدر - منشيء مع أنه مصدر كاشف ، فالجريمة أو العقوبة التي يصل إليها القاضي عن طريق القياس إنما تثبت بالنص الخاص بحكم المقيس عليه لا بالقياس ذاته. وأرى أن الخلاف لفظي - شكلي - ولا يترتب عليه أثر ، فحكم المسكوت عنه يفهم من روح النص ومن مغزاه ومن أدراك الغاية الموجبة لتشريعہ بفض النظر عن طبيعة الدلالة ، هل هي قياسية أو لغوية أو عرفية أو التزامية ؟ وهل هي حقيقية أو مجازية ؟ وفي اعتقادي أن العموم في المفهوم عقلي إذا لم يكن عرفياً.

¹¹¹ ومنها (أن المسكوت عنه يعتبر منطوقاً به على الرأين الثاني والثالث لأنه يدل عليه اللفظ سواء أكانت الدلالة مجازية أم حقيقية عرفية. وبناء على ذلك يعتبر حجة ملزمة بالنسبة لمن يعمل بالمفهوم الظاهرية ويناقش هذا أيضاً بأن الظاهرية لا يستطيعون أن يقولوا: التأليف حرام والضرب حلال وأكل مال اليتيم حرام وإسرافه مباح سواء أكانت الدلالة من باب المنطوق أم المفهوم).

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

ما سبق بيانه في المطلب السابق من مفهوم الموافقة كان عبارة عن حكم يستتبع من روح النص ومعقوله ، وكان موافقاً دائماً مع المنطوق. أما مفهوم المخالفة فهو يختلف عن مفهوم الموافقة من وجهين.

أحدهما مفهوم المخالفة مع منطوق النص حكمان متضادان لا يجتمعان تحت نوع واحد من أنواع الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي ، فإذا كان أحدهما جوازاً فالآخر يكون حظراً ، وإن كان أحدهما صحة فالآخر يكون بطلاناً ، وهكذا. في حين أن المنطوق ومفهوم الموافقة يكونان من نوع واحد دائماً كما ذكرنا في المطلب الأول.

وثانيهما يختلفان في الأساس ، فالأساس الذي يستقى منه مفهوم الموافقة هو روح النص ومعناه ومعقوله. أما أساس مفهوم المخالفة فهو تخلف قيد معتبر في المنطوق ، وهذا هو الجانب المهم المعنى بالدراسة في هذا المطلب.

أساس مفهوم المخالفة

العبود التي ترد في عبارات النص وضمن جملتها منها ما كان ل مجرد الربط بين العبارات والجمل ، ومنها ما يكون بمثابة الشرط لتطبيق الحكم - المنطوق - الذي يدل عليه النص بألفاظه بحيث إذا تحقق يطبق الحكم وإذا تخلف فإن الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق ، أو على الأقل هو الحكم المخالف له.

وعلى سبيل المثال في قوله تعالى ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَوَيْفَ مَا قَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَرْضَوْهُنَّ الَّذِي يَدْوَى عَقْدَةُ الرِّجَالِ ﴾^(١) قيسد ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسُوهُنَّ ﴾ معتبر في الحكم المنطوق وهو ﴿ فَوَيْفَ مَا قَرَضْتُمْ ﴾ فال مهر بعد الطلاق قبل الدخول ينشطر ، نصفه يرجع للزوج لأنه لم يتنع بالزوجة ، ونستحق الزوجة

^(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

النصف الآخر تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي أصابها بسبب الطلاق، هذا هو منطوق النص، أما مفهومه المخالف فهو وجوب كل المهر المسمى إذا حصل الطلاق بعد الدخول. وكما في (١/١٢٩) من المنهي العراقي يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان يمكن الحصول في المستقبل، وعين تانياً للجهالة والضرر، وبمقتضى هذه المادة يكون جواز محل الالتزام معدوماً حين إنشاء العقد مقيداً بقيدين يجب توفرهما:

أحدهما: أن يكون هذا المحل يمكن الحصول في المستقبل، وثانيهما: أن يعين تانياً للجهالة والضرر.

وإذا تخلف القيدان أو أحدهما يكون الحكم عدم الجواز وعدم الصحة، فالجواز والصحة منطوق النص، وعدم الجواز وعدم الصحة مفهوم مخالف للنص. ونستطيع بعد هذه المقدمة أن نعرف مفهوم المخالفة بأنه (حكم مخالف للمنطوق يستنبط من تخلف القيد الوارد في النص المتبر في حكمه).

القيود المعتبرة في الحكم

لم أجد في المراجع الأصولية المتمدة تحديداً متفقاً عليه لدى علماء الأصول والفقهاء للقيود التي من شأنها أن تكون معتبرة في الحكم المنطوق فهي تختلف فيها من حيث التعداد والاعتبار^(١١). وفي اعتقادي لا يمكن تحديد أنواع القيود الواردة في التصور المعتبرة في أحكامها بعدد محصور على أساس معيار يميز القيد المعتبر من غير المعتبر لسببين:

(١١) قال الأمدى، الإحكام ٢/٢١٢ (وأما مفهوم المخالفة فهو يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق. هو عند القائلين به عشرة أصناف متفاوتة في القوة والضعف: الأول منها ذكر الاسم متفترناً لصفة خاصة، الثاني مفهوم الشرط والجزاء، الثالث مفهوم الغاية، الرابع مفهوم إتمام الخامسة التخصيص بالأوصاف التي تظراً وتزول بالذكر، السادس مفهوم القلب، السابع مفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس، الثامن مفهوم الاستثناء، التاسع تعلق الحكم بعدد خاص، العاشر مفهوم حصر المبدأ والحقير).

وفي حين اعتبرها ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٢/١٧٣ (أربعة وهي: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط مثل ﴿وَلَدَيْنِ﴾ أو ﴿وَلَدَيْنِ﴾ أو ﴿وَلَدَيْنِ﴾، والغاية مثل ﴿مَنْ تَنَكَّحَ بِمَسْرَةِ الْمَرْءِ﴾، والعدد الخاص مثل ﴿تَسْتَيْنِ جَدَّةً﴾ بمسرة: السرة).

أحدهما: رجوع اعتبار وعدم اعتبار القيد إلى الشارع - أو المشرع - فهو ليس أمراً اجتهادياً راجعاً إلى الفقيه - أو القاضي - ليتولى آخر اعتباره أو علمه. ثم القيد قد يكون معتبراً في ظرف آخر في ضوء مستلزمات التعامل ومتطلبات الحياة.

وثانيهما: مطابقة عنوانين هذه القيود، فعلى سبيل المثال يمكن إدراج كثير من القيود تحت عنوان (الصفة أو الشرط)، وبصورة خاصة صرح علماء الأصول كثيراً بأنه (ليس المراد بالصفة الثمت النحوي)^(١) وإنما كل حالة من الحالات المتبصرة قبلاً للحكم سواء أكانت نعتاً نحوياً أم حالاً أم تمييزاً أم ظرفاً أم نحو ذلك).

وعلى هذا الأساس اقتصرنا على أهم هذه القيود وهي أربعة أنواع: الصفة والشرط والغاية والعدد، تاركين غيرها للقاضي الذي من وظيفته بذل الجهود للتمييز بين ما هو معتبر في الحكم وما ليس بمعتبر مستعيناً بالقرائن وسياق النصوص وطبيعة الأحكام.

أولاً - الصفة:

وهي كل حالة من الحالات التي يمكن اعتبارها صفة مقيدة لحمل الحكم ومعتبرة في الحكم من حيث تطبيقه عند توافر القيد، وتطبيق حكم مخالف له - أو نقيض له - عند تخلفه، ولأنه لو ثبت المنطوق مع انتفاء الصفة لعري تعليقه عليها عن الغائبة.

لنمن وكل شخصاً ليشتري له سيارة من نوع سوبر، ومن صنع سنة ١٩٩٠ مثلاً، ومن ذات لون احمر، واشترى له سيارة تخلفت فيها صفة من هذه الصفات يكون العقد غير نافذ فيتوقف على إجازة الموكل، لأن مفهوم مخالفة هذه الصفات عدم تحويل الوكيل بشراء سيارة موصوفة بصفات أخرى^(٢). فعلى الوكيل دائماً التمسك بالقيود الواردة في الوكالة الخاصة، وبالقيود المتبصرة في الوكالة العامة بمقتضى العرف السائد رغم عدم ذكرها لأن المعروف عرفاً كالشروط شرطاً.

^(١) في جميع الجوامع وشرحه ٢٤٩/١ (المراد بالصفة لفظ مقيد لأخر ليس بشرط ولا استثناء ولا غاية لا الثمت فقط).

^(٢) في التصديق للإسنوي، ص ٢٥٩ (مفهوم الزمان والمكان حجة عند الشافعي والجمهور فإذا قال لوكيله - العمل هذا -، ثم قال - العمله في هذا اليوم - أو قال - في هذا المكان - فقياس ما قاله الشافعي أن يكون معنا له فيما عدا ذلك).

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لصفة معتبرة في الحكم قوله تعالى ﴿إِنْ أَسْرَأَ هَلَكَ لَيْسَ لَكَ وَوَلَدٌ وَوَلَدٌ وَأَخْتٌ فَلَهَا يَصِفُ مَا تَرَكَ﴾^(١١)، فمنطوق النص: لأخت المتوفى نصف تركته إن لم يكن له ولد، وجملة ﴿لَيْسَ لَكَ وَوَلَدٌ﴾، صفة لـ ﴿أَسْرَأَ﴾ مفهوم مخالفتها أنها لا تترث النصف إن كان له ولد مع التفضيل الأمي:

١- إن كان الولد ذكراً لا تترث الأخت شيئاً بإجماع فقهاء الشريعة.

ب- إن كان الولد أنثى فقد اختلفوا في ميراث الأخت المجتمعة معها:

١- قال جمهورهم إنها في حالة اجتماعها مع بنت المتوفى أو بنت ابنه تكون عصبية مع الغير لها الباقي بعد نصيب البنت أو ابنة الابن والوارثين الآخرين إن وجدوا، وفسر الجمهور لفظ (ولد) بالذكر^(١٢).

٢- وقال ابن عباس^(١٣) (الأخت مع الولد ذكراً كان أم أنثى لا تترث شيئاً) لأن الولد في

اللغة العربية يشمل الذكر والأنثى، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الجعفرية.

ومن النصوص القانونية المشتملة على صفة معتبرة في الحكم (م ٣/٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الشروط الشرعية التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها).

فمنطوق النص هو وجوب الإيفاء بالشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج إذا كانت متصفة بصفة المشروعية. ومفهوم المخالفة هو عدم وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في حالة كونها غير مشروعة.

^(١١) سورة النساء ١٧٦.

^(١٢) واستدعهم هو ما روي عن مزبل بن شرحبيل من أنه قال (سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال (للأبنة النصف وللأخت النصف)، واثبت ابن مسعود، فسئل ابن مسعود، واخبر بقول أبي موسى فقال (لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين أنضي لها بما قضى النبي ﷺ للبت النصف ولأبنة الابن السمس نكلمة الثلثين وما بقي فلأخت). وعن الأسود (إن معاذ بن جبل ورث أختاً وابنة جعل لكل واحد منهما النصف وهو باليمن، والنبي ﷺ يومتد حي)، أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة، فتح الباري ١٢/١٧. وأبو داود كتاب الفرائض ٣/١٢٠.

^(١٣) في التبصرة لأبي إسحاق الشيرازي، ص ٢١٩ (روي أن ابن عباس خالف الصحابة في توريث الأخت البنت، واحتج بقوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ عَلَى اللَّهِ يَعْزِمُكَ فِي الْكَلْفَةِ إِنْ أَسْرَأَ هَلَكَ لَيْسَ لَكَ وَوَلَدٌ وَوَلَدٌ وَأَخْتٌ فَلَهَا يَصِفُ مَا تَرَكَ﴾ بحسب، النساء ١٧٦. أي على أساس أن الولد يشمل الذكر والأنثى).

وجود ظرف مشدد أو أقل عند قيام ظرف مخفف، ومن الجدير بالإشارة أن من خصائص عقوبات الحدود عدم قبولها للتخفيف والتشديد والصلح والعفو من ولي الأمر - رئيس الدولة - أو من صاحب العلاقة أو من غيرها.

ومن النصوص القانونية (م ٢٤٣/١) من أصول المحاكمات الجزائية (يبلغ المحكوم عليه بالحكم الصادر عليه طبقاً لما هو منصوص عليه في م ١٤٣ فإذا اتقضى ثلاثون يوماً على تبليغه بالحكم الصادر في المخالفة وثلاثة أشهر على تبليغه بالحكم الصادر في الجنحة وستة أشهر في الجنابة دون أن يقدم نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى أي مركز شرطة، ودون أن يعترض عليه خلال المدة المذكورة أصبح الحكم بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية بمنزلة الحكم الوجاهي)، مفهوم مخالفة المدة المذكورة في هذا النص أنه إذا قام المحكوم عليه بتقديم نفسه إلى محكمة الموضوع أو إلى مركز الشرطة أو اعترض على الحكم خلال المدة المحددة، لا يعتبر الحكم بمثابة الحكم الوجاهي.

شروط العمل بمفهوم المخالفة:

بشروط للعمل بمفهوم المخالفة بمقتضى القيد الوارد في النص أن لا تكون لهذا القيد فائدة أخرى غير اعتيادية بمثابة الشرط لتطبيق الحكم المنطوق، بحيث إنه يطبق إذا تحقق هذا القيد ويطبق مفهومه المخالف شروط أهمها ما يلي:

- ١- أن لا يكون المسكوت عليه أولى بالحكم من المنطوق به، وإلا لا يكون هناك مجال لتطبيق مفهوم المخالفة بل يكون حكم المسكوت عنه مفهوم موافقة من باب أولى. وعلى سبيل المثال في (م ١١٠٧) من القانون المدني العراقي (لداني التركة العاديين وللموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية)، صفة (العاديين) ليس لها مفهوم المخالفة لأن للدائن غير العادي حق هذا التسع والملاحقة من باب أولى كالدائن المرتهن إذا باع الورثة الرهون بعد وفاة المدين الراهن، وكدائني الديون الممتازة المتعلقة بالتركة كمدني الدولة، وتفقة الزوجة الواجبة على الزوج إذا تراكمت في نمته حال حياته.

٢- أن لا يكون القيد بياناً للواقع ولا يكون للقيد مفهوم المخالفة كما في قوله تعالى ﴿بِمَا بَيْنَ يَدَيْكَ الرَّبِّ مَاتُوا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ مَخْصَفَةً﴾^(١١) فبند ﴿أَمْوَالَهُمْ مَخْصَفَةً﴾ ليس له مفهوم المخالفة، ولا يدل على إباحة الربا إذا لم يكن أضماً مضاغفة لأنه لبيان الواقع الذي كان عليه المجتمع آنذاك، ولقوله تعالى ﴿وَيَنْ تَبْتَزُّنَّ فَلَئِمَّ زُورُهُمْ أَتَى لَكُمْ لَا تَقْرُبُونَ وَلَا تَقْلَمُونَ﴾^(١٢).

٣- ألا يكون القيد قد خرج مخرج الأغلب المعناد كقيد ﴿الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ في قوله تعالى ﴿وَرَبِّبْكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(١٣) فإنه ليس له مفهوم المخالفة فقال معظم الفقهاء وعلماء الأصول - باستثناء البعض كالظاهرية - (ليس لهذا القيد مفهوم المخالفة لأمرين أولهما أنه مبني على الغالب المعناد وهو انتقال البنت من زوج سابق مع والدتها إلى بيت الزوج الجديد إذا تزوجت أمها بعد الطلاق أو وفاة الأول).

وثانيهما قوله تعالى ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(١٤) نص صريح على أن القيد الوحيد المعبر في الحكم هو قوله تعالى ﴿الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(١٥) فمناط التحريم هو الدخول بدور معه وجوداً وعدماً^(١٦).

٤- أن لا يتعارض مفهوم المخالفة مع المنطوق الصريح لدليل آخر كما في قوله تعالى ﴿وَكَلِّمُوا بَنَاتِكُمُ الَّذِينَ يَنْ أَسْتَبِيحُكُمْ﴾^(١٧) أي حرمت عليكم محرمات مؤبدات

^(١١) سورة آل عمران ١٣٠. قال الرازي، التفسير الكبير ٢/٩ (كان الرجل في الجاهلية إذا كان له على إنسان مائة درهم إلى أجل، فإذا جاء الأجل ولم يكن المدين واجداً لذلك المال قال: زدني في المال حتى أزيد في الأجل، فربما جملة مائتين، ثم إذا حل الأجل الثاني فعل مثل ذلك، ثم إلى أجل كثيرة يأخذ بسبب تلك المائة أضماً لها، وهذا هو المراد من قوله ﴿أَمْوَالَهُمْ مَخْصَفَةً﴾).

^(١٢) سورة البقرة ٢٧٩.

^(١٣) سورة النساء ٢٣.

^(١٤) سورة النساء ٢٣.

^(١٥) سورة النساء ٢٣.

^(١٦) جمع الجوامع وشرحه ٢٤٦/١.

زوجات أبنائكم من النسب، وهذا القيد ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ﴾^(٢٢) ليس له مفهوم المخالفة، فكما أن زوجات أبناء النسب محرم على والدعم تزوجهن بعد الطلاق أو وفاة الابن قبل الدخول أو بعده، كذلك الحكم بالنسبة لزوجات أبناء الرضاع لقول الرسول ﷺ ((محرم من الرضاع ما محرم من النسب))^(٢٣) والحاصل يشترط أن لا يظهر للقيد فائدة غير نفي الحكم، وإلا فلا يدل على النفي^(٢٤).

حجية مفهوم المخالفة^(٢٥)

اختلف الفقهاء وعلماء الأصول في حجية مفهوم المخالفة وبالتالي في التزام الفقيه - أو القاضي - بالعمل بموجبه.

أ- قال جمهورهم إنه حجة أي على الفقيه أو القاضي الأخذ بمنطوق النص في حالة تحقق القيد الوارد في النص، وأما في حال تخلفه فيجب الأخذ بمفهوم المخالفة - الحكم المخالف للمنطوق -، واستدوا إلى أدلة منها:

١- المتبادر إلى ذهن من أساليب العرب وعرفهم في استعمال العبارات والجمل إن تعيد الحكم بشرط أو وصف أو تحديده بغاية أو عدد هو ثبوت الحكم لمحله كلما توافر هذا القيد معه وانتزاه حيث انتهى القيد.

٢- إذا أقر الشارع - أو المشرع - قيداً في النص ولم يكن له مفهوم المخالفة أو فائدة أخرى محددة يكون عبثاً، والنصوص الشرعية منزهاً عن العبث، والمقروض أن النصوص القانونية أيضاً بعيدة عن العبث والحشو والعبث.

ب- وقال البعض - ومنهم الحنفية - (إن النص الشرعي - وكذا القانوني - العدل على حكم واقعة أو تصرف إذا قيد بوصف أو شرط أو غيرهما من القيود الأخرى لا يكون

^(٢٢) سورة النساء ٢٣.

^(٢٣) سورة النساء ٢٣.

^(٢٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٠٢/٦.

^(٢٥) قواعد العلامي ١٢١/١.

^(٢٦) للاطلاع على الأدلة الثقلية والمقلبية على حجية مفهوم المخالفة راجع الإحكام في أصول الأحكام للامدي ٢٢٠-٢١٥/٢.

حجة إلا على حكمه في المحل الذي ورد فيه، وأما المحل الذي لا يتوافر فيه هذا القيد فليس للنص شأن فيه بل يكون ساكناً عن بيان حكمه، فليس المجتهد - أو القاضي - أن يفتش عن أدلة أخرى للوصول إلى حكمه، ومن هذه الأدلة استصحاب الإباحة الأصلية واستدلوا بأدلة منها:

- ١- ليس مطرداً في الأساليب العربية أن تنفيذ الحكم بقيد كالوصف والشرط أو غيرها يدل على ثبوت الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي.
- ٢- إن كثيراً من النصوص الشرعية - وكذا القانونية - المنضمة للأحكام والمشتمة على القيود تطبق أحكامها رغم تخلف القيود.

تعويم الخلاف

من وجهة نظري أن هذا الخلاف لفظي - شكلي - مبني على الاختلاف في كون القيد معتبراً من الشارع - أو المشرع - في الحكم أو ليس بمعتبر، فلا أحد من الفقهاء وعلماء الأصول قال بأن من تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها أو توفيت يجوز له أن يتزوج بنتها من زوجها السابق لأن الكل متفقون على أن قيد ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ معتبر في هذا الحكم - تحريم زواج البنت بعد الدخول بأهها -.

وكذلك لا يوجد أحد يرى حل الربا إذا لم يكن اضماً مضاغفة لإجماع الكل على أن قيد ﴿أَضْمَكُمَا مُضْمَعَةً﴾ غير معتبر في الحكم في قوله تعالى ﴿يَكْفِيهَا الْزَيْبُ مَا مَثُورَ وَلَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْمَكُمَا مُضْمَعَةً﴾^(١).

ولكن حين اختلفوا في اعتبار وعدم اعتبار قيد ﴿وَأَنْ كُنَّ أَوْلَئِكَ حَمَلٌ﴾ في قوله تعالى ﴿وَأَنْ كُنَّ أَوْلَئِكَ حَمَلٌ فَأَنْبِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ﴾^(٢) اختلفوا في نفقة المتدة إذا كان الطلاق باتناً والمطلقة غير حامل:

- ١- فقال الحنفية ومن واقفهم (الشرط الوارد في الآية ليس قيداً معتبراً في الحكم لما تجب النفقة لمتدة الطلاق سواء أكان الطلاق رجماً أم باتناً، وسواء أكانت المطلقة حاملاً أم

^(١) سورة آل عمران ١٣٠

^(٢) سورة الطلاق ٦.

حائلاً، لأن سبب وجوب النفقة هو حبسها وعدم تمكنها من الزواج^(١) وهذا السبب يستمر إلى انتهاء العدة فلها النفقة أثناء عدتها إلى نهايتها).

وقالوا (إن الآية أتت لتؤكد وجوب نفقة الحامل لأن عدتها تكون غالباً أطول من عدة غير الحامل، ولأن احتباسها يستمر إلى أن تضع حملها. وسبق بيان أن المشرع العراقي قد أخذ بهذا الرأي^(٢)).

ب- وقال الجمهور (إذا كان الطلاق بائناً، ليس للمطلقة النفقة خلال فترة العدة إذا لم تكن حاملاً، أخذاً بمفهوم مخالفة الشرط ﴿وَأِنْ كُنَّ أَتَتْ حَمْلًا﴾^(٣)، ولأن العلاقة الزوجية تنقطع بمجرد الطلاق إذا كان بائناً، وهذه العلاقة هي السبب لوجوب النفقة فيزول المسبب إذا زال سببه^(٤)).

^(١) في بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩٧/٥٠ (سبب وجوب نفقة الزوجات اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا - أي الحنفية - سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالتمسك بالزوج عليها). وقال الشافعي سرحمه الله - (السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له)، وبنوا على هذا الخلاف اختلافهم في وجوب نفقة المعتدة المطلقة طلاقاً بائناً.

^(٢) في م ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية.

^(٣) سورة الطلاق ٦.

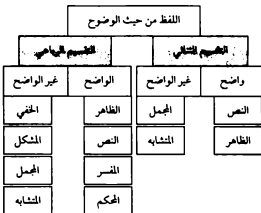
^(٤) ومن الجدير بالإشارة أن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن معتدة الفرقة من زواج فاسد والمعتدة للدخول بالشبهة لا نفقة لها خلال العدة سواء أكانت حاملاً أم حائلاً لأنها لا تستحق النفقة قبل العدة لا بزواج فاسد ولا بالدخول المقترن بالشبهة.



الفصل الثالث

دلالات النصوص وضوحاً وخفياً

اختلف علماء الأصول في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفائها، فمنهم من قسم كلا من واضح الدلالة وخفي الدلالة إلى أربعة أقسام، وتزعم هذا الاتجاه الأصوليون من الحنفية^(١)، ومنهم من سلك منهج التقسيم الثنائي، وتبنى هذا النهج الأصوليون من المتكلمين^(٢).



^(١) أصول الزيدوي مع كشف الأسرار ٤٦/١ وما بعدها، أصول السرخسي ١٦١/١ وما بعدها المتعدد ٣١٧/١ وما بعدها، شرح المعتمد على مختصر التمهيد ٣٠٢/٢.
^(٢) المحصول للرازي ج ١ ق ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها، البرهان لإمام الحرمين ٥١١/١ وما بعدها جمع الجوامع ٣١/٢ وما بعدها.



التقسيم الرباعي :

أ- ينقسم واضح الدلالة حسب تسلسله الصمودي في الوضوح والثبات إلى الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم^(١).

١- الظاهر^(٢) هو لفظ - أو كلام - يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ، كقوله تعالى ﴿ وَأَحْلَ أَهَّ أَبَسَّجَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٣)، فهو ظاهر في حل كل بيع وتحريم كل ربا رغم انه جاء لنفي المماثلة بينهما ردا على المشركين القائلين بدمم التفرقة بينهما لقوله تعالى ﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَسَّجُ شِئْلُ الرِّبَا وَأَحْلَ أَهَّ أَبَسَّجَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٤).

حكمه حكم الظاهر هو العمل بمقتضاه ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.

٢- النص^(٥) هو لفظ (أو كلام) يكون أكثر وضوحاً من الظاهر في الدلالة على المراد بسبب انه سبق أصالة لهذا المراد، مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ كقوله تعالى ﴿ فَأَنبِكُمْ مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ الرِّسَالَةِ مَتَنٌ وَتَلَّتْ وَرَبَّعَ ﴾^(٦) فهو ظاهر في راحة

^(١) وجه المحصر : أن واضح الدلالة إما أن يحتمل التأويل أو التخصيص أو لا فإن احتمل وكان الوضوح مجرد صيغته ولم يسبق له أصالة فهو ظاهر ، وإن سبق له أصالة فهو نص وإن لم يحتمل التأويل ولا التخصيص وكان قابلاً للنسخ (الإلغاء) فهو مفسر وإن لم يقبل النسخ فهو محكم.

^(٢) فهو مشتق من الظهور وهو الوضوح والاكتشاف، وتعرفه هو اللفظ الذي اكتشف معناه واتضح للسامع من أهل اللسان بمجرد السماع.

^(٣) واستعمال تعبير النسخ في تعريفاتي اتباع وتقليد لعلما اصول الفقه والا فهو غير وارد مطلقاً بعد وفاة الرسول ﷺ (لا في القرآن ولا في غير القرآن ولا قبل وفاته بالنسبة للقرآن) ولكنه وارد بالنسبة للتصوص القانونية لان النسخ في الشريعة يرادف الالغاء في القانون.

^(٤) سورة البقرة ٢٧٥.

^(٥) سورة البقرة / ٢٧٥.

^(٦) فهو الظاهر الذي سبق له الكلام الذي أريد بالإسراع.

^(٧) سورة النساء / ٣.

أصل الزواج ونص في تحديد الحد الأعلى لعدد الزوجات لأنه شرع لهذا المراد حكمه هو وجوب العمل بمقتضاه^(١١).

٣- للمفسر: هو ما ازداد وضوحاً على النص لعدم احتماله للتخصيص إذا كان عاماً والتأويل إذا كان خاصاً بسبب تفسير الشارع أو المشرع له. كقوله تعالى ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ﴿١٥﴾ إِنَّ مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا ﴿١٦﴾ وَإِنَّا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا ﴿١٧﴾﴾. وقد فسر الله أيضاً في هذا الآية الكريمة معنى الهلوع بأنه من إذا أصابه الفقر والحاجة أو المرض أو نحو ذلك فهو كثير الجرع، وإذا أصابه الخير من الغنى والمركز والسعة ونحو ذلك فهو كثير المتع والإمساك.

حكمه وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالاته على الحكم قطعية.

٤- الحكم: وهو ما ازداد قوة في الموضوع والبيات على المفسر، بأن لا يقبل النسخ - الإلغاء - إضافة إلى عدم قبوله للتخصيص والتأويل من باب أولى لكون الحكم من ضروريات الحياة كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّهَا حَرَّمَ اللَّهُ بِهَا﴾^(١٢).

حكمه: وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالاته على الحكم قطعية.

ب- وينقسم غير واضح الدلالة حسب تسلسله الصمودي في الحفاء والإبهام إلى الحقيقي، والمشكل، والمجهل، والتشابه^(١٣).

١- الحقيقي: هو لفظ - أو كلام - استتر معناه المراد بالنسبة لبعض أفراد لا لصيغته بل معارض كخفاء شمول السارق النباش الذي يسرق الأموال المدفونة مع الميت، والطارر الذي يسرق ويشق الجيوب ورغم بقلتها أصحابها فهذه التسمية الخاصة هي

^(١١) رغم احتماله للتأويل إن كان خاصاً، والتخصيص إن كان عاماً، وجواز حمله على المعنى المجازي عند وجود قرينة.

^(١٢) سورة المارج / ١٩- ٢١.

^(١٣) سورة الإسراء / ٣٣.

^(١٤) وجه المحصر أن غير واضح الدلالة: خفاء إما لنفس الصيغة أو لعاراض خارجي فالثاني يسمى خفياً، والأول إن أمرك العقل بالتأمل والاجتهاد معناه المراد فهو مشكل وإن لم يدركه إلا بالتفسير النشري فهو مجهول، وإن لم يدركه أصلاً فهو متشابه.

التقسيم الثاني:

أ- واضح الدلالة ينقسم إلى النص والظاهر^(١).

١- النص: هو الذي لا يحتمل أكثر من معنى - حكم - واحد كدلالة قوله تعالى ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ** ﴾^(٢) على عقوبة الزنى التي حددت بمائة جلدة. والمراد بالنص ما يقابل الظاهر لا ما قابل الإجماع والقياس لأنه بالمعنى الثاني من القرآن والسنة ودلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.
حكمه: وجوب العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. والنص بهذا المعنى هو المراد بقاعدة (لا مسأغ للإجتihad في مورد النص)^(٣).

٢- الظاهر: هو لفظ - أو كلام - يدل على معنى راجح مع احتمال له معنى آخر مرجوح، فهو باعتبار المعنى الراجح ظاهر، وباعتبار معناه المرجوح مؤول كقوله تعالى ﴿ **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بَيْنَ أَيْسَاءِهِمْ** ﴾^(٤) فالنكاح ظاهر في عقد الزواج ويحتمل المعاشرة الجنسية على أساس أنه حقيقة في المعنى الأول وبجواز في الثاني وقال البعض بالعكس وقال الآخرون مشترك بينهما وبنوا على ذلك ثبوت المصاهرة بالزنى.

حكمه: هو العمل بمقتضى معناه الراجح ما لم تقم قرينة على إرادة المعنى المرجوح.

ب- غير واضح الدلالة ينقسم إلى الجمل والمشابه^(٥):

١- الجمل وهو ما لم تتضح دلالة^(٦) فيشمل الحفي والجمل والمشكل في التقسيم الرابعي.

٢- المشابه هو نفس المشابه في التقسيم الرابعي من حيث المضمون والحكم.

^(١) وجه المحصر أن اللفظ إن لم يحتمل أكثر من معنى (حكم) واحد فهو نص والا فهو ظاهر.

^(٢) سورة النور ٢.

^(٣) المادة (٢) من القانون المدني العراقي الناخذ.

^(٤) سورة النساء ٢٢.

^(٥) وجه المحصر أن اللفظ غير واضح الدلالة إن أمكن الوصول إلى معناه المراد بالاجتهاد، أو بالتفسير التشريعي فهو جمل والا فمشابه.

^(٦) مختصر المتهى لابن الحاجب وشرحه للمعتمد ٢٨٧/٢

المنهج المختار :

المسلك المتبع في دراسة وضوح وخفاء الدلالات هو التقسيم الثلاثي الذي استنتجته من الأقسام المذكورة لوضوح الدلالة وخفيهاً وهو التضمين باعتبار الوضوح والختفاء إلى الدلالة القطعية والظنية والغامضة وذلك للأسباب الآتية :

- ١- إنه تقسيم علمي فهو أقرب إلى الواقع العملي ، وأكثر انسجاماً مع التطبيقات الفقهية والقضائية.
 - ٢- إنه يشمل جميع أقسام التقسيم الرباعي والثلاثي رغم اختصاره وفيه المحاولة للتقريب بينهما وجمع محصلتهما تحت عنوان واحد.
 - ٣- إنه أوضح فهماً وأسهل استيعاباً وبصورة خاصة بالنسبة للقانونيين.
- ولهذه الأسباب وغيرها أفردت دراسة كل من الدلالة القطعية والظنية والغامضة بمبحث مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.

المبحث الأول

الدلالة القطعية

قسم علماء الشريعة الإسلامية الأحكام الكلية الأصلية والفرعية باعتبار الأدلة التي تثبت بها إلى أقسام ثلاثة وهي:

١- **أحكام لا يمكن إثباتها إلا بدليل عقلي قطعي** كوجوب الإيمان بوجود الله عز وجل، وتصديق الأنبياء والرسل فيما بلغوا الناس بها من الرسائل الإلهية، فهذه الأحكام لا تثبت بالدليل النقلي من غير دليل عقلي لأن الأدلة النقلية هي نصوص الشارع فهي لا تثبت للإنسان إلا بعد إيمانه بالله وبالرسل. فلو ثبت الإيمان بهما بتلك النصوص للزمت الاستحالة المنطقية لأن ذلك يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل مستحيل فكذلك للزوم، وقد سبق بيان ذلك في محله. ورغم ذلك فإن الشارع هو الذي أرشدنا إلى الاستدلال على هذه الأحكام بالمقل بالأبيات التي دعانا فيها إلى النظر في أنفسنا، وفي الآفاق وإلى التفكر في خلق السماوات والأرض واختلاف الليل والنهار.

٢- **أحكام لا تثبت إلا بالأدلة النقلية** كالأحكام الاعضادية المتعلقة بالمغيبات من الجنة والنار، ومحاسبة الإنسان أمام الله. ونيل الثواب على الخير وإصابة العقاب على الشر في الآخرة كما قال سبحانه وتعالى ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴿١٠٤﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿١٠٥﴾﴾^(١) وكالأحكام العملية المتعلقة بالعبادات التي كلف بها الإنسان في حياته والتي جعلت وسيلة لتهديب سلوكه وتعديل سيرته، حتى يصبح عضواً صالحاً في مجتمعه يجلب الخير ويستبعد الشر.

^(١) سورة الزلزلة ٧-٨.

٣- أحكام تثبت بالنقل والمقل وهي ما عدا القسمين السابقين من الأحكام التي تنظم حياة الإنسان.

وأدلة القسم الثاني والثالث من حيث الثبوت والدلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، فالشقوقات المتصورة أربعة وهي:

١- قطعي الثبوت وقطعي الدلالة: كنص ثابت بالتواتر يكون دالاً على معنى - حكم - لا يحتمل غيره مثل قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ يَصِفُ مَا تَرَكُوا أَزْوَاجُكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يُرِيدُونَ أَن تَحْسِنُوا فِيهَا﴾^(١) وقوله تعالى ﴿أَلْزَامَةُ وَالزَّانِ تَلْجِدُوا كُلَّ دَهْرٍ مِنْهَا مِائَةَ جَلْدٍ﴾^(٢) وغيرهما من الآيات القرآنية التي لا تحتمل كل واحدة منها أكثر من حكم واحد.

٢- ظني الثبوت وظني الدلالة: كحديث الأحاد العال على أكثر من معنى - حكم واحد - مثل قول الرسول ﷺ ((إنا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى يقبضه))^(٣) هذا الحديث الشريف

ثبوته ظني لأنه لم يصل إلينا عن طريق التواتر فهو من أحاديث الأحاد، وظني الدلالة على تحديد نوع البيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه حيث اختلف الفقهاء في مدلول الشيء، فمنهم من قال: لفظ (شيئاً) في هذا الحديث يشمل الطعام وغير الطعام من المنقولات والعقارات لأنه مطلق فيجب الأخذ بإطلاقه ما لم يثبت تقييده. أو لأنه عام لكونه نكرة في حيز الشرط فيؤخذ بعمومه. وذهب البعض إلى أن المراد به هو الطعام فقط بدليل ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن الرسول ﷺ من أنه قال ((من اشتري طعاماً فلا بيعه حتى يكتاله))، وفي رواية أخرى ((حتى يستوفيه ويقبضه))^(٤) أي إلا بعد إفرازه^(٥) ومفهوم مخالفة الطعام هو إن غيره بخلافه.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) ومن حذا حذوه (إن المراد به هو المنقول من الطعام وغيره

^(١) سورة النساء: ١٢.

^(٢) سورة النور: ٢.

^(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٠٣/٣.

^(٤) البخاري، هامش الفتح ٢٣٩/٤.

^(٥) ملكة الأموال المثابة لا تنقل بمجرد العقد بل بالإفراز بعده.

ولا يشمل العقار بدليل ما رواه زيد بن ثابت من أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلعة حيث تباع (تشتري) حتى يحرزها التجار إلى رحالهم^(١١).

وقال ابن عباس (رضي الله عنه) في تفسير قول الرسول ﷺ ((من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه)) (لا أحسب كل شيء إلا مثله)^(١٢). ولنظية دلالة الحديث المذكور على المعنى المراد من لفظ (شيئاً) حصل هذا الخلاف فمنهم من قال يشمل كل شيء، ومنهم من قال يشمل المنقول دون العقار، ومنهم من ذهب إلى أن المراد به هو الطعام فقط، لأنه سريع التلف.

٣- قطعي الثبوت وظني الدلالة: كما في قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِإِخْوَتِهِ أُنْثَىٰ﴾^(١٣) فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث الثبوت لأنها كبقية الآيات وصلت إلينا عن طريق التواتر، ولكنها ظنية في الدلالة على العدد المراد من الإخوة الذي يحول الأم من أوفر حظيها (الثلاث) إلى (السدس)، فهل هو ثلاثة فما فوق كما يقول ابن عباس رضي الله عنهما لأن الأقل الجمع ثلاثة، أو اثنان من الذكور أو الإناث أو الذكور والإناث كما هو رأي جمهور الفقهاء لأن الأقل الجمع اثنان، أو اثنان من الذكور أو من يعادلها من الإناث كما يقول فقهاء الجعفرية؟ ودليلهم أن الأقل الجمع اثنان وإن المراد بالإخوة اثنان من الذكور أو من يعادلها من الإناث (كأربع أخوات فما فوق، أو أخ واختان).

٤- ظني الثبوت وقطعي الدلالة: ككل حديث من أحاديث الأحاد تكون دلالاته على المعنى (الحكم) المراد به قطعية لا يحتمل غيره مثل ما رواه عبد الله بن عمر من أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجرني له حواء^(١٤) وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ (أنت أحق به ما لم تتكحي)^(١٥). فهذا الحديث ظني الثبوت لأنه لم ينقل عن طريق التواتر، لكن دلالاته على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ما لم يكن هناك مانع قطعية.

^(١١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٥١/٥، وأبو داود، كتاب البيوع ٢٨٠/٣.

^(١٢) المرجع السابق.

^(١٣) سورة النساء ١١.

^(١٤) بكسر الحاء هو المكان الذي يموي الشيء أي يضمه ويحميه.

^(١٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٨٢/٢، وأبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد ١٩٢/٢.

القطعية الذاتية والمرضية :

المراد بقطعية الدلالة - كما سبق - هو أن اللفظ (أو الكلام) أو النص يدل على المعنى (أو الحكم) المراد به دلالة يقينية بحيث لا يحتمل غيره ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وهذه القطعية - أو اليقينية - إما ذاتية نابعة من ذات الصيغة الدالة وإما عرضية ناتجة من تفسيرها تفسيراً غير اجتهادي^(١) كالنصير التشريعي من الشارع - أو المشرع - للنص أو المصطلح الشرعي - أو القانوني -.

أما خروج من النصوص الشرعية والقانونية الدالة على الأحكام دلالة قطعية ذاتية :

١- في القرآن الكريم

١- قوله تعالى ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٢) يدل لذاته دلالة قطعية على أن عدة المطلقة الحامل تكون بوضع الحمل وتنتهي به وللزوجة أن تتزوج بعد وضعه مباشرة.

٢- قوله تعالى ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(٣) يدل لذاته دلالة قطعية على تحريم الجمع في الزواج بين الأختين.

وكذلك نصوص المقادير والعقوبات والنصوص التي تكون دلالتها قطعية لا مجال للاجتهاد فيها.

ب- في السنة النبوية:

١- قول الرسول ﷺ ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))^(٤) يدل لذاته دلالة قطعية على جواز الصلح في الحقوق الخاصة.

٢- قول الرسول ﷺ ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^(٥) يدل لذاته دلالة قطعية على أن المطلوب من المدعي لإثبات ما يدعيه هو البينة لأنه يدعي خلاف

^(١) لأن النصير الاجتهادي لا يفيد إلا الظن . إذ الاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب.

^(٢) سورة الطلاق . ٤ .

^(٣) سورة النساء . ٢٣ .

^(٤) سبل السلام ٣ / ٧٦ .

الأصل (براءة الذمة)، ومن المدعى عليه لنفي المدعى به هو اليمين في حالة عدم قيام البينة من المدعي لأنه مع الأصل.
وغير ذلك من النصوص التي تدل على معنى ولا تحتمل معنى آخر ومع هذا الاحتمال لا يوجد القطع بالنسبة لأي من تلك المعاني.

ج- في القانون:

- ١- (م ١٢٩) من قانون العقوبات العراقي (العذر المعفي من العقاب يمنع من الحكم بأية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية) تدل لذاتها دلالة قطعية على أن الإعفاء من العقاب لعذر مشروع يشمل جميع أنواع العقوبة.
- ٢- (م ٣٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين) تدل لذاتها دلالة قطعية على عدم سقوط دين النفقة بالفرقة بين الزوجين.

صور من النصوص لدلالة على المعنى المراد دلالة قطعية عرضية:

ولما يلي صور من المصطلحات الشرعية والقانونية التي نقلت من معانيها اللغوية إلى المعاني الاصطلاحية في الشرع أو القانون فأصبحت غامضة لا يعرف المراد بها لذاتها، ففسرها صاحب الشرع فصارت دلالتها قطعية عرضاً بسبب التفسير التشريعي.

١- تفسير القرآن بالقرآن:

- ١- قوله تعالى ﴿إِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ خُلُقًا مُّطَهَّرًا ۝١١ إِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ لَشَرِّ رِجْزٍ ۝١٢ وَإِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ خُلُقًا مُّطَهَّرًا ۝١٣﴾ لفظ (هلوع) غامض - مجمل - لذاته في دلالته على المعنى المراد ففسر بأنه هو الذي إذا ناله الشر اظهر شدة الجزع، وإذا ناله الخير يحل به ومنعه الناس^(١).

^(١) سبل السلام / ٤ / ١٧٤.

^(٢) سورة المارج - ١٩ - ٢١.

^(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي / ١٨ / ٢٩٠

الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّغُؤْمٍ يُتَمَثَّلُونَ ﴿١١٤﴾ ﴿١١٤﴾

جـ- تفسير القانون بالقانون:

أولاً: لفظة (جناية): فرما الشرع العراقي بأنها (جريمة معاقب عليها بإحدى العقوبات التالية: ١- الإعدام. ٢- السجن المؤبد. ٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة (م ٢٥ ق.ع.ع.))، وبذلك أصبحت دلالتها على هذا المعنى المراد قطعية عرضاً.

ثانياً: لفظ (قاصر): فرمه الشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين فقال (يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والمجنون ومن تقرّر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقدتها والغائب والمفقود، إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك (م ٣/ثانياً) ^(١١)).

صلة لدلالة القطعية بالتقسيم الرباعي والثلاثي:

دلالة كل من المفسر والمحكم في التفسير الرباعي لواقع الدلالة قطعية لأنه بدل لذاته أو بواسطة التفسير على معنى - حكم - لا يحتمل غيره إلا بدليل، وكذلك دلالة النص في التقسيم الثلاثي قطعية لأنه عرف بأنه ما يبدل على معنى لا يحتمل غيره بدون دليل فيشمل الدال دلالة قطعية كلاً من المفسر والمحكم والنص.

الدلالة القطعية والاجتهاد:

لا صلة بين النص الدال على الحكم المراد دلالة قطعية وبين الاجتهاد، لأن الاجتهاد سواء أكان من الفقيه أم القاضي أم غيرهما إنما يكون في نص يحتمل أكثر من معنى واحد أو كانت دلالاته غامضة، فبالاجتهاد يحدد المعنى المراد من المعاني المحتملة أو يزيل الغموض. ولذلك اجتمع فقهاء الشريعة والقانون على انه (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) والمراد بالنص هنا هو الدال على الحكم دلالة قطعية.

^(١١) سورة النحل ٦٤.

^(١٢) وكما في (م ١٠٢) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أن (القرينة الفضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة).

القطعية (البيديهية)، والقطعية النظرية من حيث لثبوت والإثبات:

ما سبق من القطعية الغائية والعرضية كانت بالنسبة إلى الدلالة، أما البيديهية والنظرية فهما تكونان بالنسبة إلى التصريح والأدلة الغائية على المعاني والأحكام، وكذلك بالنسبة لوسائل الإثبات والأخبار والوقائع، فهذا الموضوع ذو صلة بالقضاء أكثر من غيره، والقاضي غير ملزم بأن لا يحكم إلا باليقين بل يكفي الظن الغالب الذي يكسبه من الأدلة والبيانات، ولكن اليقين أولى من الظن إذا أمكن كسبه لما فيه من الصواب والعدالة مطلقاً.

والأمور القطعية هي اليقينية، واليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، واليقينيات إما بديهيات - ضروريات - أو مكتسبة من البديهيات، فالضروري هو البيدهي، والنظري هو المكتسب من البيدهي.

١- البديهيات:

وهي ستة أنواع:

- ١- **اللتواترات**: وهي معلومات نقلها جمع من الناس لا يتصور العقل عادة تواترهم على الكذب، كهجرة سيدنا محمد ﷺ من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة، وكلمتنا بأن موسكو عاصمة روسيا، ولندن عاصمة إنكلترا.
- ٢- **المخصوصات**: وهي القضايا التي يحكم بها العقل بوساطة الحس الظاهري^(١).
- ٣- **الوجدانيات**: وهي القضايا التي يحكم فيها العقل بوساطة الحس الباطني كالحكم بأن للإنسان المأ وحزناً وفرحاً وجوعاً وعطشاً، وغير ذلك مما يدرك بالحس الباطني.
- ٤- **المجربيات**: وهي القضايا الثابتة ثبوتاً يقينياً عن طريق الخبرة والتجارب، كالقضايا العلمية التكنولوجية أو الطبية أو الكيماوية أو الفيزيائية أو غير ذلك من الأمور الحاصلة للتجارب، وهي لا تكون حجة على غير المجرب لأنها لا تنبئ علماً ضرورياً -يقيناً- بالنسبة للغير.

^(١) كالحكم بإحراق النار وحلاوة العسل ورياض الثلج وطية روائح العطور وحسن ولح الأصوات.

ج- ووجود بكتريا بروسيللا (Brucilla) على الإصابة بحمى الماعز (Brucellosis).
د- ووجود بكتريا سالمونيللا تايپي (Salmonella Typhi) على حمى التايپوئيد (Typhoid Fever).

٢- البرهان الإثبي:^(١) هو الاستدلال بوجود المسبب (الأثر) على وجود السبب (المؤثر) كالاستدلال بآثار الجريمة عن الطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد شخص المجرم. ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال أهل الخبرة والمختصين في الطب الشرعي والبحث الجنائي على ثبوت الجريمة، أو تحديد الشخص المجرم بآثار البصمات أو آثار الأسلحة النارية أو آثار الحرق الممسي أو آثار الأقدام أو آثار الآلات والإطارات أو آثار الأنسجة أو الشعر أو البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب، أو نحو ذلك.

فهذه الآثار ونظائرها التي يستدل بها على إثبات الجريمة أو تشخيص المجرم استدلال بالآثار على وجود مؤثره وبالسبب على قيام سببه فهي إن كانت قطعية بسبب التجارب والمشاهدات المتكررة أو غورها تسمى برهاناً على القاضي أن يحكم بمقتضاها لأنها تفيد اليقين. وإن لم تصل إلى درجة القطع واليقين تسمى إمامة (دليلاً ظاهرياً) وهي قابلة لإثبات العكس، ومع ذلك للقاضي أن يحكم بموجبها لأنها تفيد الظن، والقاضي ليس ملزماً أن يحكم دائماً باليقين لأنه لو الزم بذلك لأدى إلى ضياع كثير من الحقوق والالتزامات، وفي هذا الكون أمور كثيرة لا تدرك إلا بآثارها، ومن الخطأ الظن بأن ما لا يقع تحت الحس الظاهر لا حقيقة له.

^(١) سمي الدليل إثباتاً لأنه يفيد إثباته، فهو منسوب لأن لأنه يؤتى بأن غالباً. الدليل هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. الإمامة هي التي يلزم من العلم به الظن بوجود شيء آخر. التعليل هي تبين علة الشيء.

المبحث الثاني

الدلالة الظنية

تكون دلالة النصوص وصيغ العقود ووسائل الإثبات ظنية، إذا كان الدال محتماً لأكثر من معنى - أو حكم - واحد، ولو كانت هذه الدلالة بدرجات متفاوتة وضوحاً وخفياً. وقد أجمع علماء الأصول والفقهاء على جواز الاكتفاء بالظن في الفروع - الأحكام الفقهية أو القضائية -، واليقين غير مطلوب إلا في الأحكام الاعتقادية - أصول الدين -، ولو اشترط اليقين من الفقيه في استنباط الأحكام أو من القاضي في حسم الخصومات لتعطلت كثير من المصالح والحقوق المالية وغير المالية، ذلك لأن إفادات الخصوم وشهادات الشهود كلها أخبار، وكل خبر من حيث هو يحتمل الصدق والكذب، وبالتالي لا يفيد إلا الظن.

وكذلك أكثر النصوص ودلالاتها ظنية سواء أكانت في الشرائع أم في القوانين لأنها إما أن تختمل أكثر من حكم واحد أو تنسم بطابع المرونة والمطاطية أو تتأثر أحكامها بالظروف والملايسات وخلفيات القضية المعنية بالحكم وحسم الخصومة فيها.

وإضافة إلى ذلك، فإن الفقيه أو المفتي أو القاضي كما لا يلزم بالمعمل باليقين دائماً بل يكفي حصول الظن الغالب في حالات غياب اليقين، كذلك لا يجوز له أن يعمل بالشك أو الوهم أو التخيل، بل الحد الأدنى هو الظن بإجماع فقهاء الشريعة والقانون.

وجدير بالذكر أن إدراكات الإنسان إما تصورات أو تصديقات، وإن ما يدركه في كل مفردة أو قضية - أو مسألة - يكون داتراً بين الوقوع واللاوقوع، فهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

- ١- إن تساوى - الوقوع واللاوقوع - عند العقل من غير رجحان أحدهما على الآخر فالإدراك المتعلق بكل منهما يسمى شكاً.
- ٢- وإن ترجح أحدهما عند المدرك بنوع من الإذعان والقبول يسمى تصديقاً.
- ٣- الاعتقاد إن لم يصل إلى درجة الجزم يسمى (ظناً)، والطرف المقابل له يسمى (وهماً).
- ٤- الاعتقاد الجازم إن لم يكن ثابتاً بأن كان قابلاً للزوال بشكيك المشكك يسمى (تقليداً)، والطرف المقابل له يسمى تخيلاً - أو تخيلاً -.

- ٥- الاعتقاد الجازم الثابت إن لم يكن مطابقاً للواقع يسمى (جهلاً مركباً).
- ٦- الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع يسمى (يقيناً). والقاعدة العامة تقضي بأن (اليقين لا يرتفع إلا باليقين).
- والوهم والشك والتخيل من أقسام التصورات لعدم وجود الإذعان (التسليم لدى المخاطب) فلا يجوز الحكم بمقتضاها، والظن والتقليد والجهل واليقين من التصديقات، فالحكمم يكون باليقين إن وُجد وإلا فبالظن الغالب.

ظنية دلالات النصوص والاختلاف في أحكامها:

تعتبر ظنية دلالات النصوص من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، وقد سبق بيان بعض من تلك النصوص، وأكرر بصورة مختصرة للتذكير بعضاً منها.

- ١- قال تعالى في حكم الإيلاء: ﴿لِيَذِيرَ يَتُؤَلِّمِينَ مِنْ بَيْنِ سَائِبِهِمْ تَرْتُدَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ كَانَ فِي ذَلِكَ آيَةٌ مِنْ رَبِّكَ فَلْيُحْلِلُوا فِيهَا وَفِي الْإِيْلَاءِ آيَةٌ مِنْ رَبِّكَ﴾^(١)، وظنية دلالة هذه الآية على الحكم المرتبط بالإيلاء اختلف فيه الفقهاء كالآتي:
- أ- قال جمهورهم: (للزوجة بعد المدة - أربعة أشهر - مراجعة القضاء والمطالبة بالمعايشة المعروفة أو الطلاق، فالتقاضي يجبر الزوج على أحدهما، فإن امتنع حل محله في الطلاق وحكم بالتفريق).
- ب- وقال الجعفرية والظاهرية: (يجبره القاضي على أحدهما، فإن أبى لا يحل محله في الطلاق ولكن يجسه أو يعذبه إلى أن يختار أحدهما أو يموت في الحبس).
- ج- وقال الحنفية والإباضية: (يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة، لأن هذا هو معنى {وان عزموا الطلاق}^(٢)). وقال المالكية لا يشترط في الإيلاء الحلف في ترك المعايشة، لأن مجرد الترك ظلم، ورفع الظلم واجب على القاضي أو من ينوب عنه.
- ٢- قال تعالى في ميراث الأم: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَيِّهِمْ السُّدُسُ﴾^(٣)، وظنية دلالة هذه الآية على العدد المراد بالأخوة اختلف فيه الفقهاء:

^(١) سورة البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧.

^(٢) لمزيد من التوضيح، راجع كتاب الطلاق خلال أربعة آلاف سنة للمؤلف (٢/٧٥-٩٠).

^(٣) سورة النساء: ١١.

- أ- قال جمهورهم: (اثنتان فما فوق من الذكور والإناث أو من كليهما).
- ب- قال الجعفرية: (المراد ذكران أو من يعادلها - أي أربع أخوات أو أخ وأختان - فما فوق).
- ج- وقال ابن عباس: (ثلاثة فما فوق من الذكور أو الإناث، لأن أقل الجمع ثلاثة).
- ٣- قال تعالى في ميراث الأخت: ﴿إِنْ أَسْرَمْنَا هَكَذَا لَيْسَ لَهُ وَوَلَدٌ لَهُ وَأُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَوَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ أَنْثَى فَلَهَا النِّصْفَانِ بِمَا تَرَكَ﴾^(١١)، ولظنية دلالة هذه الآية على المعنى المراد بلفظ (ولد) اختلف فيه الفقهاء كالآتي:
- أ- قال ابن عباس وفقهاء الجعفرية: (المراد ما يشمل الذكر والأنثى لأن هذا هو معناه اللغوي، فلا ترث الأخت مع البنت أو بنت الابن).
- ب- قال الجمهور: (أراد به القرآن معناه العربي - أي الذكر - فترث الأخت الشقيقة أو لأب بعد نصيب البنت أو بنت الابن الباقي، لأنها عندئذ عصبه مع الغير)^(١٢).

ظنية دلالة النص والتأويل:

النص القابل للتأويل هو الذي تكون دلالة على المعنى المراد ظنية، فلا تأويل في نصوص تكون دلالتها على المعاني - الأحكام - قطعية.

وقد عرف علماء الأصول التأويل بأنه: (صرف النص عن معناه الظاهر - أو الراجح - إلى معنى غير ظاهر - أو مرجوح - لدليل يقتضيه)^(١٣). واقترح أن يعرف بأنه: (هو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة إلى ما يحتمله من حكم آخر لدليل يقتضيه).

^(١١) سورة النساء: ١٧٦.

^(١٢) لزيد من التضييق، وراجع شرح قانون الأحوال الشخصية للمؤلف، ص ١٥٤ وما بعدها.

^(١٣) يقول التلمساني المالكي، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص: ٩٣ - ١١٠ (المؤول متضح الدلالة في المعنى الذي تولوه فيه، لأنه راجح فيه إلا أن رجحانه لما كان بدليل منفصل كان في التصاح دلالاته ليس كالظاهر، ولما كانت أسباب الظهور ثمانية كانت التأويلات ثمانية: الأول: حمل اللفظ على مجازه لا على حقيقته. الثاني: الاشتراك وهو في الحقيقة ليس بتأويل، لأن الاشتراك أقرب إلى الإجمال، لكن إذا ثبت الستل أن اللفظ حقيقة في واحد من المعنيين اللذين يحتملها اللفظ فله بعد ذلك أن يرجح أحد المحتملين بأدنى مرجح ويكتفيه ذلك. والثالث: الإضمار. والرابع: الترادف. والخامس: التأكيد. والسادس: التعميم والتأخير. والسابع: التخصيص. والثامن: التضييق).

ويعتبر التأويل استثناء من الأصل ، فالأصل هو حمل اللفظ على معناه الحقيقي ولا يعدل إلى الجواز إلا إذا تعذرت الحقيقة.

والأصل في العام هو العمل بعمومه ما لم يثبت تخصيص بخصوصه ، والأصل في المطلق هو تركه على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقيده ، إلى غير ذلك من الأصول الأخرى التي يعتبر العلول عنها تأويلاً عند بعض علماء الأصول والفقهاء كالمالكية.

ولكون التأويل استثناء من الأصل ، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات اليهود اشترط علماء الأصول لصحته شروطاً أهمها ما يلي:

١- أن يكون النص قابلاً للتأويل ، بأن تكون دلالته على الحكم ظنية ، بحيث يحتمل أكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات.

٢- أن يكون التأويل موافقاً لوضع أهل اللغة أو عرف الاستعمال أو اصطلاح الشرع في النصوص الشرعية أو اصطلاح القانون في النصوص القانونية ، فإذا خرج عن هذا الإطار كان تأويلاً فاسداً ، فالعام إذا صرف عن عمومه وأريد به بعض أفرادها بدليل معتبر فهو تأويل عند من يرى التخصيص تأويلاً ، لأن دلالة النص العام على شمول حكمه لجميع ما يتناوله من الأفراد والمصادقات دلالة ظنية عند جمهور العلماء ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

وكذلك النص المطلق إذا صرف عن شيوعه وحمل على المقيد أو قيد بقيد معتبر كان ذلك تأويلاً عند من يرى أن التقييد تأويل. وكذلك حمل اللفظ على معناه الجبازي لتعذر المعنى الحقيقي يكون تأويلاً.

٣- أن يقوم دليل^(١) يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر إلى المعنى المرجوح المحتمل ، لأن الأصل هو العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك^(٢).

^(١) حصر الظاهرة أدلة التأويل في ثلاثة فقط وهي : نص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة ، وكل تأويل دليله من غير هذه الثلاثة يكون باطلاً. ومن الواضح أن في هذا الرأي الضيق حرجاً وهو مرفوض بموجب قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الْقُرْآنِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ سورة الحج : ٧٨.

^(٢) يقول القرطبي ، شرح تنقيح الفصول ، ص : ١١٢ (يحمل اللفظ على الحقيقة دون الجباز والعموم دون التخصيص والأفراد دون الاشتراك والاستقلال دون الإضمار وعلى الإطلاق دون التقييد وعلى التماسيل دون الزيادة وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد وعلى البقاء دون

- ٤- أن يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل ، كالمصلحة الشرعية أو الحاجة الضرورية أو غيرها مما يستتجة الفقيه أو القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملازماتها وخلفياتها ونتائجها^{١١١}.
- ٥- الأهلية الاجتهادية: يشترط فيمن يتولى عملية التأويل أن يكون أهلاً للاجتهاد، لأنها عملية اجتهادية يتولاها من يكون من أصحاب الملكة الفقهية في المسائل الشرعية والعقلية القانونية في المسائل القانونية.
- ومن متطلبات هذه الأهلية: الإلمام بخواص اللغة العربية وبأسرار التشريع وعلل الأحكام والأسباب الموجبة، إضافة إلى معرفة أحكام العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين وتمييز قطعي الدلالة من ظنيها والحقيقة من المجاز، وغير ذلك من مؤهلات الاجتهاد.

التأويل القريب والتأويل البعيد:

قسم علماء الأصول التأويل إلى القريب والبعيد، فقالوا (القريب: هو الذي يكفي فيه للعدول من المعنى الظاهر الراجح إلى المرجوح غير الظاهر أدنى دليل، والبعيد: هو الذي لا يتبادر إلى الذهن، وإنما تدل عليه قرأتان وأمارات، . أدلة ظنية .) لكن الواقع هو عدم وجود معيار علمي موضوعي دقيق للتمييز بين ما هو قريب وما هو بعيد من التأويلات وإنما المعيار

النسخ وعلى الشرعي دون العقلي وعلى المرعي دون اللغوي، إلى أن يدل دليل على خلاف ذلك، لأن جميع ما ذهبنا تقديمه ترجح عند العقل احتمال وقوعه على ما يقابله والعمل بالراجح متعين، أي ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.

^{١١١} يقول الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ٩٩/٣ - ١٠١

(براهي في اللؤلؤ به أوصاف ثلاثة:

أن يرجع إلى معنى صحيح في الاعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين، ويكون اللفظ المؤول قاهلاً له، وذلك أن الاحتمال اللؤلؤ به إما أن يقبله اللفظ أو لا، فإن لم يقبله فاللفظ نص لا احتمال فيه، فلا يقبل التأويل، وإن قبله اللفظ لإما أن يجري على مقتضى العلم أو لا، فإن جرى على ذلك فلا إشكال في اختياره، لأن اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لا بأهـ.

ووجه ثان: وهو أن التأويل إنما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو أقوى منه.

ووجه ثالث: وهو أن تأويل الدليل لمعناه إن يحمل على وجه يصح كونه دليلاً في الجملة، فرده إلى ما لا يصح رجوع إلى أنه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين التقيضين، نقلته مع التصرف.

أ- دفع الطعام إلى المسكين عينا كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك من القوت الذي يعيش به الإنسان.

ب- أو استضافة المسكين وتقديم الطعام له بما يأكله هو وأهله.

ج- أو إعطاء قيمة الطعام للمسكين.

د- أو تخويل غيره بتنفيذ هذه الكفارة سواء أكانت من مال الأصيل أم من مال التائب.

هـ- أو إطعام مسكين واحد بإحدى الطرق المذكورة في ستين يوماً^(١).

وقد تعرض هذا التأويل لنقد شديد من بقية الفقهاء^(٢) على أساس انه بعيد لا يحتمله

النص، ولكن في الحقيقة والواقع انه تأويل قريب من روح الشريعة الإسلامية ويعبر

عن التيسير الذي نص عليه القرآن في آيات منها ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي آلَائِنَ مِنْ

حَرَجٍ ﴾^(٣) و﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(٤)، لأن الغاية هي

سد حاجة الفقراء والمساكين من جهة وعقاب المذنب من جهة أخرى شريطة ألا يؤدي

ذلك إلى الساهل والإضرار بمصلحة المسكين.

٢- قال الرسول ﷺ في زكاة النعم: ((إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة، فلإذا زادت

على عشرين ومائة إلى مائتين ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاث مائة ففيها

ثلاث شياه، فإذا زادت على ثلاث مائة ففي كل مائة شاة))^(٥) وأول بعض الفقهاء^(٦)

^(١) فيكون المعنى عاماً شاملاً لخالتين: إطعام ستين مسكيناً، أو إطعام طعام ستين مسكيناً.

^(٢) في المرجع السابق ٢٧١/٤ (قال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد: لا يجزيه، وهو قول

أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً وتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصبر هو ستين، فكان

التعليل بأن المقصود سد حلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مطلقاً لفتنى النص، فلا يجوز لأن الظاهر إنما هو

عدد ومعدوده فوات المساكين مع عقلية أن العدد بما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول

الشفعة واجتماع القلوب على الحبة والدعاء).

وفي شرح الكوكب المنير، ص: ٢٢٥ (لجعلوا المعدوم وهو طعام مذكورا مفعولاً به، والمذكور وهو

قوله - ستين - معدوماً لم يعملوه مفعولاً به، مع ظهور قصد العدد لفضل الجماعة وبركتهم، وتضارفهم

على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد في الواحد).

^(٣) سورة الحج: ٧٨.

^(٤) سورة البقرة: ١٨٥.

^(٥) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة النعم، فتح الباري ١٠٤/٣.

^(٦) وهم الحنفية أيضاً ومن تبعهم.

هذا الحديث بالنسبة إلى الشاة الواجب دفعها بأن المراد بها ذات الشاة أو قيمتها^(١)، لأن الغاية سد حاجة الفقير بالشاة ذاتها أو بقيمتها على أن تكون القيمة حقيقية لا صورية، وإن لا يضر العدول إلى القيمة بمصلحة الفقير. وتعرض هذا التأويل للنقد أيضاً على أساس أنه بعيد عن معنى النص، ولا يحتمله. وزعم بعض^(٢) من أنصار هذا النقد (أن من قال بالتأويل ذهب إلى أن الواجب القيمة دون الشاة ذاتها). وهذا الزعم غير مطابق للواقع كما ذكرنا بل قالوا (بخير بين دفع الشاة ذاتها أو قيمتها مع رعاية مصلحة من يستحق صرف الزكاة له). فهو بمثابة الواجب المخير وإن هذا التعميم لا يتعارض مع الغاية المتوخاة من تشريع الزكاة من مكافحة الفقر وسد حاجة المحتاجين وتضييق نطاق النظام الطبقي في المجتمع وإيجاد المهبة والوثام بين الطبقة المدمعة والطبقة الغنية عن طريق الزكاة.

ب. من صور التأويل المضيق لنطاق النص:

١- قال الرسول ﷺ: (أيما امرأة تكهت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر)^(٣). فأوّل بعض الفقهاء^(٤) هذا الحديث بأن المراد امرأة لم تتوازر فيها الأهلية الكاملة، أما البالغة العاقلة فلها أن تتزوج بدون إذن وليها قياساً على صحة تصرفاتها في سائر حقوقها الخاصة. وقد انتقد الجمهور هذا التأويل بأنه بعيد لا يحتمله النص، وهو انتقاد في محله للأسباب الآتية:

^(١) ويعود هذا الاتجاه ما رواه البخاري في صحيحه : من أن معاذ بن جبل حين بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن ، قال لأهل اليمن : أتوني بعرض ثياب : خيمص أو ليس في الصدقة مكان الفرة والشعر أمون عليكم وحرر لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة .

^(٢) في شرح التوكب المنير، ص: ٢٣٥ (وابعث من ذلك - أي من التأويل السابق - تأويلهم في أربعين شاة على قيمتها - قيمة الشاة - وهو يؤدي إلى بطلان الأصل لأنه إذا وجبت القيمة لم تجب الشاة - فعاد هذا الاستيلاء على النص بالإبطال).

^(٣) سبل السلام ١٥٤/٤.

^(٤) وهم الحنفية، في بداية البتدي، والهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣ (وينتقد نكاح المرأة العاقلة البالغة برضاها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ينتقد موقوفاً أي على إجازة الولي ووجه الجواز: أنها تصرفت في خالص حضا وهي من أهله).

أولاً - يتعارض مع العموم الصريح في النص لأن صيغة (أيما) من صيغ العموم، والعام يؤخذ بعمومه ما لم يتم دليل على تخصيصه ولم يثبت هذا الدليل. ثانياً - تصرف المرأة في نفسها لا يقاس على تصرفها في حقوقها المالية الخاصة لعدم وجود العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

٢. قال الرسول ﷺ لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يمدع في البيوع ((إذا باهمت فقل لا خلافة ثم أنت بالخير في كل سلعة ابتمتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فلردد)). وهذا الحديث كما ذكرنا سابقاً هو المصدر الأول للقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي النافذ من أن (الغبن الفاحش الناتج من التفرير - التذليس - سبب لعدم لزوم العقد، أو لتوقفه). غير أن بعض الفقهاء أولوه بتأويلات بعيدة أدت إلى تضيق نطاق تطبيقه:

أ - فمنهم من قال (أنه خاص بمن يكون ضعيف العقل - كالمعتوه - بدليل ما روي مع هذا الحديث من أن رجلاً كان يبايع وكان في عقله ضعف فقال له الرسول ﷺ ما ورد في الحديث المذكور على أساس أن ضعيف العقل ناقص الأهلية تصرفاته في المعاوضات موقوفة على إجازة وليه، وهذا التأويل بعيد لأن الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي).

ب - ومنهم من أركه على أنه من باب خيار الشرط بدليل ما ورد في هذا الحديث من قول ((إذا باهمت فقل لا خلافة))، وهذا التأويل أيضاً بعيد لأن الخيار مبني على أساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التفرير من المتعاقد الآخر سواء وجد هذا الشرط أم لا.

ج - ومنهم من أوله على أنه خاص بمن قبل الحديث بصدده وهو حبان بن منقذ، وهذا أيضاً بعيد لأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

ونستنتج من التطبيقات المذكورة أن التأويل قد يكون قريباً وقد يكون بعيداً وفي كلتا الحالتين إما موسع لنطاق النص المؤول أو مضيق له.

التأويل والتفسير :

يشترك التأويل والتفسير في أن كلاً منهما عملية اجتهادية باستثناء التفسير التشريعي فإنه تشريع له قوة المفسر في الإلزام. وكذلك يشتركان في أن الغرض من كل واحد منهما هو بيان ما هو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليها. ورغم هذا الشبه فإنهما يختلفان في فروق جوهرية أهمها ما يلي :

- ١ . التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك في حين أن التفسير هو استجلاء الغموض الموجود في النص.
- ٢ . التفسير قد يكون من الشارع . أو المشرع . ويسمى تفسيراً تشريعياً ، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهاءً ، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً ، في حين أن التأويل لا يتصور من الشارع . أو المشرع . إلا عند من يرى أن التخصيص والتقييد تأويل.
- ٣ . القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضاً في المسائل غير الجنائية لأنه ليس له إعماله بحجة الغموض ، وإلا اعتبر نكراً للمدانة ، بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.
- ٤ . التفسير التشريعي يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى . المحكم . المراد في حين أن النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنيه الرجوع والمرجوح.
- ٥ . النص المؤول يحتمل معنيين فأكثر . المعنى الرجوع الظاهر الأصلي والمعنى المرجوح الذي صرف إليه . بخلاف المفسر .
- ٦ . وسائل التفسير والإيضاح تكون أقوالاً وأعمالاً كما فسر الرسول ﷺ الصلاة والحج بأقواله وأفعاله ثم قال لأصحابه : (صلوا كما رأيتموني أصلي) و (خذوا عني مناسككم) ، في حين أن التأويل لا يكون إلا بالأقوال.
- ٧ . الباعث الدافع للتفسير إزالة غموض النص ، أما التأويل فباعثه مصلحة أو حاجة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر.
- ٨ . التأويل يبان بدليل لا لقطع باب الاحتمال بل تبقى دلالة النص بعد التأويل ظنية قابلة لاحتمال آخر بخلاف التفسير فإنه غالباً لا يدع الجبال أمام الظن أو الاحتمال أن يلعب دوره.

المبحث الثالث

الدلالة الغامضة

الغامض: لفظ -أو كلام- لا تكون دلالاته على المعنى -أو الحكم- المراد واضحة، وهو يشمل الأنعام الأربعة لغير واضح الدلالة - الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه - في التقسيم الرباعي والمجمل والمتشابه في التقسيم الثنائي.

والذي يهتما في هذه الدراسة هو معرفة أهم أسباب الغموض، ووسائل إزالته وهي تختلف باختلاف النصوص والقضايا الغامضة لها، كما تختلف باختلاف المفسرين والشراح والفضاة وكل من يتعامل مع النصوص. فربُّ نص غامض في نظر شخص يكون واضحاً لدى شخص آخر لتفاوت الناس في الاستعداد والفهم وصفاء الذهن وسعة الإطلاع والملمكة الفقهية والعقلية القانونية.

وإضافة إلى ما ذكرنا فإن علماء الأصول وفقهاء الشريعة والقانون لم يتمكنوا من القيام باستقراء تام وإحصاء كامل لأسباب الغموض في النصوص. ومرد ذلك عمومية وتجرد القواعد الشرعية والقانونية، وعدم الاكتراث لدقائق الأمور وتفصيل الجزئيات حتى لا يفيد الفقيه أو القاضي بأن يتمسك بحرفية النص في جميع الأحوال والظروف. كما لا توجد ضوابط لأسباب غموض النصوص كذلك لا توجد معايير دقيقة لتحديد وسائل إزالة الغموض، فلكل غامض وسيلة خاصة لاكتشاف المراد به، وبناء على ذلك تقتصر على استعراض نماذج من أسباب الغموض ووسائل إزالته.

أسباب الغموض

أولاً - الغموض في سريان النص على بعض ما صدقته^(١)

لما يتصف به هذا البعض من تسمية خاصة أو طبيعة متميزة كما يلي:

أ. من الغامض من حيث السريان في نصوص الشريعة قوله تعالى: ﴿وَالْكَافِرِينَ وَالْمَنَافِقِينَ﴾

^(١) أي ما يتدرج تحته معنى وصدق عليه لفظاً.

فَأَقْطَعُوا آيَاتِهِمَا جَزَاءً يَمَّا كَسَبَا تِلْكَ آيَاتُ الَّذِينَ هَارَوْا وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿١١﴾، وقد ذهب بعض العلماء من الأصوليين والفقهاء إلى أن سرمان هذه الآية على النباش والطرار - النشال - غير واضح لتخلف بعض عناصر السرقة فيهما، لأن النباش يسرق مالا غير مملوك لأحد فما يأخذه السارق من القبر ليس ملكاً للميت لأنه غير أهل للملكية، وليس ملكاً للورثة لأنهم تخلوا عنها، إضافة إلى أن القبر لا يعتبر حرز المثل لتلك الأموال، فالاستيلاء عليها لا يعتبر سرقة. وإن الطرار يسرق المال من اليقظان، في حين أن السرقة عبارة عن أخذ مال مملوك للغير خفية في حرز مثله بقصد سيء.

ثم إن استلالية كل من هذين النوعين من السراق باسم السراق قد أوردت شبهة في صدق السارق عليهما، وأحوجت الفقه والقضاء إلى البحث والاجتهاد لإزالة هذا الموضوع في الشمول عن طريق علة تشريع الحكم تجزئاً وعقوبة، وقد وصل اجتهاد الفقهاء إلى أن العلة هي حماية الأموال، فهي قائمة بالنسبة للنباش والطرار لإعتداتهما على حق مالي للقبر. ثم إن مرد اختصاص النشال (أو الطرار) بهذا الاسم الخاص إلى زيادة في مضمونه فهو سارق مع الزيادة، فالسارق يسرق الأعين النائمة، والطرار يسرق الأعين المستيقظة بخفة يده ومهارته، وبذلك يعتبر أخطر من السارق الاعتيادي على المجتمع ويستحق العقوبة من باب أولى، فلا يسبر للتردد في كونه مشمولاً بآية السرقة، وهذا ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة.

أما بالنسبة إلى النباش فقد ذهب البعض إلى أنه يعاقب بعقوبة تعزيرية لأن المسروق لا مالك له، والقبر لا يعتبر حرزاً، ونُسب هذا الرأي إلى أبي حنيفة (رحمه الله)، ولكن قال الجمهور^(١١): (إن النباش مشمول بأحكام السرقة وأنه سارق حقيقة)، إضافة إلى ارتكاب جريمة هتك حرمة الميت، وإن المال المدفون مع الميت قد يكون من الأموال النفيسة دفن معه اعتزازاً بالميت كما هو المتعارف لدى بعض الأقوام وبصورة خاصة في العصور الغابرة، وقد يكون المسروق عضواً صناعياً من المعدن النفيس.

وجدير بالإشارة أن هذا الخلاف موجود لدى فقهاء القانون فذهب أكثر شراح القانون الجنائي إلى أن الأشياء المدفونة مع الميت كالخاتم والأسنان والأعضاء الصناعية

^(١١) سورة المائدة: ٣٨.

^(١٢) لزهد من التصليل، راجع: فتح القدير ٢٣١/٤ وما بعدها. تفسير القرطبي ١٦٠/٦ وما بعدها.

وغيرها، لا تعتبر متروكة بل لا تزال مملوكة لورثة الميت أو لأصدقائه الذين قدموها له، لما في ذلك من معنى التضدير وتحليل الهبة، ولذا يكون الاستحواذ عليها ارتكاباً لجرعة السرقة، وقد تبين هذا الرأي القضاء الفرنسي^(١). وقال بعضهم: (لا يعتبر سرقة لأن الأشياء المدفونة مع الميت تعتبر متروكة قد تخلط عنها أصحابها).

ب- ومن غموض النص من حيث الشمول والسيان في النصوص القانونية م ٣١١ من قانون العقوبات المصري^(٢) (كل من اختلس متقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق).

وجه الغموض: هو خفاء شمول المتقول في هذه المادة بالنسبة لما هو متصل بالأرض كالمحصولات الزراعية والأشجار والثمار والقوة الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى. وقد تدارك المشرع العراقي هذا الغموض فنص صراحة في (م ٤٣٩) من قانون العقوبات القائم على ما يعتبر متقولاً فقال: (السرقة اختلاس مال متقول مملوك لغير الجاني عمداً. ويعتبر مالاً متقولاً لتطبيق أحكام السرقة النيات وكل ما هو متصل بالأرض، أو مفروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطعها والقوى الكهربائية والمائية، وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى). وبهذا التفسير للمتقول استبعد غموض سريان النص لهذه الأشياء.

ثانياً - الغموض في النص بسبب اضطراب صياغته:

كما في (م ٩٠، ٨٩م، ٩١م) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ^(٣):

أ- ١/٩م (ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول).

وجه الغموض في هذا النص: هو استعمال لفظ (باطل) لبيان صفة عقد المكره مع إضافة عبارة (إذا لم يتم الدخول)، لأن لفظ (باطل) في التشريعات العراقية^(٤) لا يراد به إلا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لا يتحول إلى الموجود بالإجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول.

ووسيلة إزالة غموض هذا النص هي تعديله بتبديل الباطل إما بالموقوف أو الفاسد، لأن مصطلح العقد الفاسد وإن لم يأخذ به المشرع العراقي في القانون المدني إلا أنه أقره

^(١) جيلرسون، شرح م ٢٧٩ بند ٥٣٨. نقل عن د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات النافذ ١٤١/٢.

^(٢) ذي رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

^(٣) ذي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

^(٤) في التشريعات المصرية قد يراد به البطلان النسبي وهو يرادف غير اللازم.

في قانون الأحوال الشخصية^(١). وجدير بالذكر أن الفاسد للإكراه يتحول إلى الصحيح بإجازة كالعقد الموقوف بخلاف فاسد لأسباب أخرى فإنه لا يتحول إلى الصحيح إلا بإزالة سبب الفساد.

ب- م ٨٩ (الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم:

١- الأبوان والأولاد، وإن نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢- الجد والجدات، والأخوة والأخوات، وأولاد الأخوة والأخوات.

٣- الأعمام والعمات. والأخوال والحالات، وذوو الأرحام.

٤- تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في المحجب).

وجه الغموض: أن هذه المادة بسبب اضطراب صياغتها لا تدل صراحة على اتجاه المشرع العراقي، هل أخذ بالفقه السني أو بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة واستحقاقهم للتركة؟^(٢)، ولذلك حصل التناقض في تفاسير محكمة التمييز لها في العراق. وقد فسرتها بقرارها المرقم ١١/شخصية/١٦٤ في ١٩٦٤/٣/٢٨ بأنها (أخذت بالفقه السني، ولم تأخذ بنظام المراتب)، في حين فسرتها عام ١٩٨٥^(٣) بأنها (أخذت بالفقه الجعفري وأقرت نظام المراتب، فكل وارث من الفقرة الأولى ذكرًا كان

^(١) في م ٢٢ إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح - الفاسد - فإن كان المهر مسمى فيلزم للمل المهرين من المهر المسمى والمثل، وإن لم يسم فيلزم مهر المثل.

^(٢) في الفقه السني: الورثة ثلاثة أقسام:

١- أصحاب الفروض وهم الورثة الذين حددت نسبة نصيبهم بالنص.

٢- العصبات وهم الذكور المتسومون إلى الميت مباشرة أو عن طريق الذكور.

٣- ذوو الأرحام وهم ما عدا النصيب المذكورين من الأقارب.

وفي الفقه الجعفري للورثة ثلاث مراتب - أو طبقات -:

المرتبة الأولى: من ورد في الفقرة الأولى من م ٨٩.

المرتبة الثانية: من ورد في الفقرة الثانية منها.

المرتبة الثالثة: من ورد في الفقرة الثالثة.

وقالوا: إذا وجد واحد في المرتبة الأولى لا يرث أحد من الثانية والثالثة، وإذا وجد واحد من الثانية لا يرث أحد من الثالثة.

^(٣) كما في قرارها المرقم ٢٩٤/موسعة أول/ ٨٤ - ٨٥ في ١٩٨٥/٦/٢٦ وقرارها المرقم ١٩٨٣/موسعة أول/ ٨٦ - ٨٧ في ١٩٨٧/٥/٦.

أم أنشى بحجب من الميراث كل من ورد في الفقرتين الثانية والثالثة، وكل وارث من الفقرة الثانية بحجب من ورد في الفقرة الثالثة). وكان هذا التناقض في التفسير نتيجة غموض المادة، والتفسير الأول هو الصحيح لما يلي:

١. استعمال مصطلح - ذوي الأرحام - في الفقرة الثالثة وهو لا يوجد في الفقه الجعفري.
٢. استعمال لفظ - جد - مفرداً في الفقرة الثانية يعني الجد من الأب لأنه من جانب الأم يعتبر من ذوي الأرحام، وهذا غير وارد في الفقه الجعفري الذي يستعمل عادة في المرتبة الثانية تعبير - الأجداد - أي الجد من جانب الأب والأم.

إضافة الفقرة الرابعة^(١١) إلى م ٨٩، والفقرة الثانية^(١٢) إلى م ٩١ تكون من باب العبث والحشو إذا كانت أحكام م ٨٩ مأخوذة من الفقه الجعفري^(١٣) لأن هذه الإضافة من باب تحصيل الحاصل بالنسبة إلى الفقه الجعفري.

ج - م ٢/٩١ (تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم).

وجه الغموض: أن هذه الفقرة تتضمن حكمتين غريبتين أحدهما: لا مثل له في العالم الإسلامي وغير الإسلامي وهو جعل البنت أقوى من الابن في الميراث، وعلى سبيل المثال من مات من أهل السنة عن جد وجدة وبنت تكون تركته كلها للبنت بموجب هذه الفقرة، لأنها تحجب كل الورثة باستثناء الأبوين والزوجين وابن المتوفى، وإذا مات عن جد وجدة وابن فلكل من الجد والجددة السدس والباقي للابن. وثانيهما: يخالف لإجماع فقهاء المسلمين من أهل السنة والشيعة فمن مات عن أب وأم وبنت فالسألة الفرضية تكون من (٦) فعند أهل السنة للبنت النصف (٦/٣) وللأم السدس (٦/١) وللأب السدس (٦/١) فرضاً والباقي تعصيباً.

^(١١) أضيفت هذه الفقرة إليها بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٣، التعديل الثامن من قانون الأحوال الشخصية.

^(١٢) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.

^(١٣) لأنه في هذا الفقه البنت كالابن عند عدم وجوده، والأخت الشقيقة كالأخ الشقيق عند عدمه، فلا حاجة إلى هذين التعديلين.

وعند أهل الشيعة لكل من الأبوين السدس وللبنت النصف والباقي يهاد توزيعه على الكل بالنسبة إلى حصصهم وترد المسألة من (٦ إلى ٥) في حين يكون الباقي للبنت إضافة إلى حصتها المقررة وذلك بمقتضى تلك الفقرة من م ٩١ .
وسيلة إزالة هذا الغموض : هي تعديل الفقرة المذكورة بالآتي : (وتعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) وذلك أسوة بما جاء في الفقرة الرابعة من م ٨٩ أخذاً بالفقه الجعفري ، لأن هذا هو غرض المشرع من تعديل المادة ، لكن الصياغة أتت غير موفقة .

ثالثاً - الغموض بسبب الاشتراك:

سواء أكان لفظياً كما في لفظ (قرء) في قوله تعالى : ﴿ وَالسَّلَاقَتُ يُرِيضُكَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(١) ، أم معنوياً كما في لفظ (قاتل) في قول الرسول ﷺ : (لا يرث القاتل) ، وقد سبق بيان ذلك في بحث المشترك ، ومثل لفظ (تمام) هو يحتمل أن يراد به الانقضاء أو الصحة أو النفاذ أو المزوم ، وقد تردد شراح القانون المدني العراقي بين هذه الاحتمالات في القبض في العقود العينية كما في م ٦٠٣ من القانون العراقي . ولكن الواقع هو أن المعنى الصحيح لتعبير (تم) في هذه المادة (وتمت الهبة بالقبض) هو أنها تتم آثارها لأن العقد العيني ينشئ الالتزام ولكن لا ينشئ الحق إلا بالقبض .

رابعاً - تردد اللفظ - أو الكلام - بين احتمالين فاصتر:

ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة منها :

أ- تردد التقييد الوارد بعد عدة جمل معطوف بعضها على بعض بين رجوعه إلى الكل أو إلى الأخيرة حينما لا توجد قرينة تحدد المرجع ، كما ذكرنا بالنسبة للاستثناء في بحث التخصيص .

ب- تردد جملة . أو كلام . بين مضمونين محتملين كما في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَوَضَعْنَ عَلَيْهِنَّ يَدَهُنَّ فَإِنْ يَسُوهُنَّ يَسُوءَ الَّذِي يَسُوءُ عَهْدَةَ الْكَيْفِ وَأَنْ تَمْسُوهُنَّ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفِعْلَ بَيْنَكُمْ فَإِنْ

^(١) سورة البقرة : ٢٢٨ .

اللَّهُ يَسْتَمْتُونَ بِبَيِّنٍ ﴿١١﴾

وجه الغموض: أن جملة (الَّذِي يَتَوَدَّ عَقْدَةَ الْكَلْحِ) مترددة بين الزوج الذي يده دوام الزواج والعصمة وبين الولي لأنه الذي يتولى التزويج، ولها حصل الخلاف فيه. فمنهم من قال^(١١): (المراد هو الزوج لأن للمطلقة قبل الدخول نصف مهرها المسمى تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي يصبها بسبب الطلاق ما لم يتنازل عنه، ويرجع النصف الآخر للزوج لأنه لم يتسع بها ما لم يتنازل عنه لها، ولا يكون العفو والتنازل إلا بمن يملكه)، ولما فقد الشيء، فالمهر ليس ملك الولي حتى يتنازل عنه ثم إن الولي إذا أبرأ الزوج قبل الطلاق فالإبراء باطل وكذلك بعده. ومنهم من فسره^(١٢) بالولي لأنه يده عقدة الزواج، ولا يبقى للزوج سلطة على الزواج بعد الطلاق، لأنه لو أراد الله به الأزواج لقال: (إلا أن تفضوا أو تفنونا).

فالمدلول من صيغة المخاطب في صدر الآية إلى الغائب دليل على أن الكلام موجه إلى غير الأزواج. ووسيلة إزالة هذا الغموض هي الاجتهاد والنظر فيما يرجح أحد المعنيين، والذي يبدو لنا أن التفسير الأول هو الراجح بقرينة أن العفو يكون ممن يملكه وهو الزوج، ولأن الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في نهاية الآية إنما يكون لمن يملكه وهو الزوجان، ثم إن الطلاق والرجعة بعد الطلاق الرجعي بعد الزواج والمراد بالعفو التملك إن كان المهر عيناً والإبراء إن كان ديناً^(١٣).

خاصماً - كحل زيادة هي النص لا تظهر فيها قلادة جلية، وكل نقص يحل بالمقصود، وكل إضمار - تقدير - يقتضيه النص للدلالة على الحكم

^(١١) سورة البقرة: ٢٣٧.

^(١٢) كعلي بن أبي طالب عليه السلام من الخلفاء الراشدين، وسعيد بن المسيب من التابعين وأبي حنيفة والشافعي في قوله الجليل، والإمام أحمد على الراجح في منحه من أئمة المذاهب الفقهية.

^(١٣) كإبي عباس من فقهاء الصحابة وطاووس وعطاء والشعبي من فقهاء التابعين والإمام مالك وفقهاء الجعفرية من أئمة المذاهب، في كثر العرفان في فقه القرآن للمحقق الحلبي ٦١/٢: (كما يجوز للمرأة العفو عن حضا كذلك يجوز لولها وهو المشار إليه بقوله: (الَّذِي يَتَوَدَّ عَقْدَةَ الْكَلْحِ) سورة البقرة: ٢٣٧.

^(١٤) مزيد من التوضيل، راجع أحكام القرآن للجصاص ٢٠٠/١. أحكام القرآن لابن العربي ٢١٩/١. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٤/٣.

المراد، وكل سبب آخر هي ذات النص يؤدي إلى عدم وضوح دلالتها، ولو كان ذلك بالتنصيص إلى بعض دون بعض:

ومن أمثلة تلك الأسباب ما يلي:

أ- م ٢٠٤ من قانون المرافعات العراقي^(١) (مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البغداد والاستئناف، وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محاكم البغداد ومحاكم الأحوال الشخصية).

وجه الغموض: أن إحدى المادتين بالنسبة للطعن بطريق التمييز في أحكام محاكم البغداد زائدة لأنها تارة حددت بثلاثين يوماً وأخرى بعشرة أيام، وهذا مما يؤدي إلى إرباك القضاء. فهل المتمد الزمن الأول أو الثاني؟ ووسيلة إزالة الغموض إعادة النظر وحذف إحدى المادتين.

ب- م ١٧٤^(٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم^(٣) (إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بمحكم الحي عند وفاة أي منهما، ويتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً حسب الأحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة)، فني هذه المادة غموض ناتج عن نقصها لأن الأحماد لا يستحقون الوصية الواجبة إذا ملكهم المتوفى. قبل وفاته. مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية، أو نسبة منها، فني الحالة الأولى لا يستحقون شيئاً من الوصية الواجبة، وفي الحالة الثانية تكمل النسبة إلى أن تصل استحقاق والدهم أو والدتهم على تقدير الحياة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة.

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هي إضافة فقرة جديدة إلى المادة كالآتي:

٢- لا يستحق هؤلاء الأحماد الوصية الواجبة إذا ملكهم بلا عوض الجد أو الجدة في حال الحياة مقدار ما يستحقونه بها أو أكثر، فإن ملكهم أقل منها وجبت تكملته، ثم إن هذا النص لا يشمل الطبقات الأخرى كأولاد أولاد الأولاد إذا اجتمعوا مع أولاد الأولاد.

^(١) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

^(٢) عدلت هذه المادة بالفانون المرقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩، التعديل الثالث.

^(٣) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

ج- م ٨٧٥/أولاً لمشروع القانون المدني العراقي^(١) (للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة، ولا عبارة بأي اتفاق بخلاف ذلك). في هذه المادة غموض ناتج عن الإضمار الذي تجب رعايته وهو (ما لم يتعلق بها حق الغير)، ولا نجد هنا الغموض في م ٩٤٧ من القانون المدني الحالي القائم لأنها نصت صراحة على هذا القيد^(٢).

سادساً - الغموض الناهي من إيجاز النص:

كما في قوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿ وَاقْرَأْ كَمَا تَرَى ﴾^(٤)، ولا تدل هذه الآيات صراحة على أن كان وشروط الصلاة والحج، ولا على الأموال التي تجب فيها الزكاة، ولا على الكمية الواجبة، وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بيان كل ذلك كما سبق في موضوع وظائف السنة النبوية وبذلك أزال الأجمال - الغموض - الموجود فيها قبل بيان المراد بها.

سابعاً - لزم اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني:

كما في لفظ (نكاح) في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾^(٥)، فمعناه اللغوي الدخول - الوطء - ومعناه الشرعي عقد الزواج وحمله الجمهور على المعنى الشرعي بناء على قاعدة أن اللفظ في النصوص الشرعية يحمل على معناه الشرعي إذا دار بينه وبين المعنى اللغوي - وكذلك في النصوص القانونية - ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لكن فسر البعض - كالحنفية - بالمعنى اللغوي أو كليهما، وعلى هذا الأساس اثبتوا المصاهرة بالزنى.

^(١) لسنة ١٩٨٦.

^(٢) م ١/٩٧٤ (للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبارة بأي اتفاق بخلاف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقيد دون رضا هذا الغير)

^(٣) سورة البقرة: ٤٣.

^(٤) سورة آل عمران: ٩٧.

^(٥) سورة النساء: ٢٢.

ومثل لفظي (الركوع والسجود) في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْكُمْ أَرْضًا مَأْسُومًا وَارْتَعَدُوا﴾^(١١)، فحملها الحنفية على المعنى اللغوي ففسروا الركوع بالميل من الاستواء والسجود لوضع الرأس - أو الجبهة - على الأرض وحملها الجمهور على المعنى الشرعي فقالوا (الركوع: الميل من الاستواء مع الطمأنينة، والسجود: وضع الرأس على الأرض معها لقول الرسول ﷺ ((اركع حتى تطمئن راکعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً))^(١٢) وأرى أن الجمهور هم على صواب بالنسبة للركوع والسجود ذلك لأن الشارع نقلهما من معناهما اللغوي إلى المعنى الشرعي بإضافة الطمأنينة فأصبحا من الجمل، وبينه الرسول ﷺ بالحديث المذكور لأن البيان من وظيفته. بموجب قوله تعالى ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ يُخَبِّرُ بَيْنَ الَّذِينَ ظَلَمُوا وَبَيْنَ الَّذِينَ عَدَلُوا مِنْ آلِهِمْ﴾^(١٣).

ثامناً - عدم ملائمة مضمون النص لحكمة حكمه:

كما في م ١/٤٤٠ من قانون العقوبات العراقي (بمقاب بالسجن المؤبد أو الموقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: أ- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها) ، أي وقوعها في الليل بمعناه الفلكي - الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشروقها.

وجه الغموض: أن الفترة التي تقع قبيل الشروق وبعيد الغروب حكمها النهار فلا تتوافر في هاتين الفترتين حكمة التشديد، وهي ما في الظلام من الرهبة في نفوس الناس من جهة، وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة أخرى، ولرعاية هذه الحكمة على القاضي أن لا يحمل الليل على معناه الفلكي، بل يحمله على المعنى اللغوي أو العرف، أي وقت الظلام.

^(١١) سورة الحج: ٧٧.

^(١٢) نيل الأوطار ٢/٢٩٤ مزيد من التفصيل راجع شرح المنار لابن ملك، ص: ٣٧٧ وما بعدها. الحديث أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب أمر النبي ﷺ الذي لا يتم ركوعه بالإعادة، فتح الباري ٢/٣٥٢.

^(١٣) سورة النحل: ٤٤.

^(١٤) وكان المشرع المصري أكثر توفيقاً في المادة (٣١٣) من قانون العقوبات التي نصها (بمقاب بالأشغال الشاقة المؤبدة من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الآتية أولاً - أن تكون هذه السرقة قد حصلت ليلاً).

تاسعا - الفموض بسبب التعارض بين حصون شاكثين.

ما هو التعارض ؟

وأين مجال وقوعه ؟

ولماذا يكون سببا للفموض ؟

وبأية وسيلة يزال فموضه ؟.

ولجيب فيما يلي عن هذه الأسئلة :

تعريف التعارض^(١)

عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(٢) كلها تدور حول محور واحد وهو : أن يدل أحد الدليلين . ولو ظاهراً . على منافي ما يدل عليه الآخر تنالياً كلياً أو جزئياً كان يدل أحدهما على الجواز ، ويدل الآخر على المنع ، فدليل الجواز يمنع التحريم ودليل التحريم يمنع الجواز ، فكل منهما معارض للآخر ومانع له ، وكالتعارض بين الحديثين الأئيبين : عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ ((لا ينكح المحرم^(٣) ولا ينكح^(٤))) ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما زوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم^(٥) ، فالأول يدل على تحريم وعدم صحة زواج المحرم ، والثاني يدل على جوازه وصحته.

مجال التعارض:

لا تعارض بين دليلين قطعيين سواء أكانا تقليين أم عقليين وإلا للزم اجتماع التقيضين وهو متع لأن صدق كل منهما يستلزم كذب الآخر.
وكذلك لا يقع التعارض بين دليلين يكون أحدهما قطعياً والآخر ظنيا لعدم تعادلهما في

^(١) لغة مأخوذة من العارض بمعنى المنع كما في قوله تعالى : ﴿وَأَنْ تَسْمُوا أَقْرَبُ لِتَقْفُوا وَلَا تَسْمُوا النَّضْلُ يَسْمُوكُمْ بِسْمَةِ الْبَدْرَةِ: ٢٢٤. أي لا يجهلوا الله مانعاً يعترض بينهم وبين ما يترجم إليه ويعنى الإظهار كما في قوله تعالى : ﴿لَنْ نَعْرَبَهُمْ عَلَى الْمَلَكَةِ بِسْمَةِ الْبَدْرَةِ: ٣١. وغير ذلك.

^(٢) ومنها في أصول السرخسي ١٢/٢ تقابل الحديثين المتساويين على وجه يوجب كل واحدة منهما ضد ما توجه الأخرى ، كالحلل والحرمة والنفي والإثبات.

^(٣) أي من لبس الإحرام للحج.

^(٤) رواه مسلم ، سبل السلام ١١٢/٣.

^(٥) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب نكاح المحرم ، فتح الباري ٢٠٥/٩ ، وسلم ، كتاب النكاح ، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٤/٩ وما بعدها ، وأحمد في مسنده ٢٨٥ / ١.

القوة الإلزامية، فلا يقف الظني ضد القطعي بل يقدم عليه القطعي إذا كان ما يفيد أحدهما متافيا لما يدل عليه الآخر، باتفاق آراء جميع الفقهاء.

ولا يقوم التعارض بين دليلين ظنيين من نصوص الشريعة الإسلامية إذا لم يمكن الجمع بينهما، ولا يوجد مرجح لتقديم أحدهما على الآخر، ولا يكون أحدهما ناسخا للآخر لأنه في هذه الحالة يجب أن يسقط كلاهما عملاً بقاعدة (إنا نعارضنا ناسخاً)، وهذا غير وارد بالنسبة لنصوص الشريعة^(١) لكن يمكن وقوعه في النصوص القانونية وأدلة الإثبات.

لماذا يكون التعارض سبباً للفموض ؟

التعارض بين نصين يؤدي إلى حدوث الفموض بالنسبة إلى كل منهما لا من حيث المعنى وإنما بالنسبة إلى التطبيق حيث يتردد الفقيه في النص الواجب التطبيق من المتعارضين في القضية المعنية بمعرفة الحكم. لذا يجب بذل الجهد لرفع التعارض بإحدى الطرق المعروفة لدى علماء الأصول.

طرق رفع التعارض لإزالة الفموض:

وضع علماء الأصول ثلاث طرق لرفع التعارض وإزالة الفموض الناشئ عنه وهي حسب التسلسل (الجمع بين النصين وترجيح أحدهما على الآخر، واعتبار التأخر في التشريع ناسخاً للمتقدم).

أولاً - محاولة الجمع بين نصين:

يجب على الفقيه والقاضي اللجوء أولاً إلى محاولة الجمع بين النصين لأن في الجمع عملاً بكليهما، وأعمال الكلام أولى من إعماله. وجليد بالذكر أن هذه الطريقة لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة لنصين تكون النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه بأن يكون كل منهما عاماً من وجه وخصوصاً من وجه آخر، مثل ذلك في القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضَّنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَزْوَاجَهُنَّ عَشْرًا﴾^(٢)، وقال تعالى:

^(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢: يتمتع تعادل الفاطمين أي تقابلهما بأن يبدل كل منهما على متافيا ما يدل عليه الآخر، إذ لو جاز ذلك لثبت مدلولهما فيجتمع المتأنيان، وكذا يتمتع تعادل الأمارتين أي تقابلهما، من غير مرجح لأحدهما في نفس الأمر على الصحيح فحذا من التعارض في كلام الشارع.

^(٢) سورة البقرة: ٢٣٤.

﴿وَأَزَلَّتْ الْأَحْمَالُ أَيْلَهُنَّ أَنْ يَحْتَضَنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١١)، فهاتان الآيتان متعارضتان ظاهراً لأن الأولى تدل على عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء أكانت الزوجة المتوفى عنها زوجها حاملاً أم حائلاً وتدل الثانية على أن عدة الحامل وضع الحمل سواء كانت مطلقاً أم كانت من المتوفى عنها زوجها.

ولذا حصل الخلاف لدى فقهاء الشريعة في اختيار طريقة رفع التماضر فجمهورهم^(١٢) اختاروا طريقة ترجيح العمل بالثانية بالنسبة للحامل، على أساس أنها مخصصة للأولى فتكون عدة الحمل وضع الحامل سواء أكانت مطلقاً أم كانت من المتوفى عنها زوجها، وتبقى الأولى تطبق على المتوفى عنها زوجها عندما تكون غير حامل.

وقال بعض فقهاء الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب^(١٣) باستعمال طريقة الجمع بين الآيتين لأن في الجمع عملاً بكلتيهما وأعمال الكلام أولى من إهماله. وينوا على ذلك أن عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً تكون أبعد الأجلين فأيهما أطول مدة من وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام به تنتهي عدتها ووجه اختيارهم لهذه الطريقة هي أن النسبة بين الآيتين العموم والخصوص من وجه فالأولى خاصة بالوفاة وعمامة من وجه آخر فتشمل الحامل والحائِل والثانية خاصة بالحامل ولكنها عامة من حيث أنها تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها. وقد أخذ بهذا الرأي الثاني المشرع العراقي^(١٤) وحسناً فعل.

(١١) سورة الطلاق: ٤.

(١٢) في بداية المجهت ونهاية المقصد لابن رشد ٧٩/٢ - ٨٠ (الحامل التي يتوفى عنها زوجها قال الجمهور وجب فقهاء الأمصار عدتها أن تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأَزَلَّتْ الْأَحْمَالُ أَيْلَهُنَّ أَنْ يَحْتَضَنَ حَمْلَهُنَّ﴾: مسدود الطلاق: ٤. وإن كانت الآية في الطلاق، وأخذ أيضاً بحديث أم سلمة، ومضمون الحديث: أن سبعة الأسلمية وضعت حملها بعد وفاة زوجها بنصف شهر، قال لها الرسول ﷺ ((لقد حطت لانتكسي من شئت)).

وفي الميزان الكبيرى للشرعاني ١١٧/٢ (اتفقت الأئمة - أي أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد - على أن عدة الحامل مطلقاً بالوضع، سواء المتوفى عنها زوجها، أو المطلقة).

(١٣) وفي تفسير القرطبي ١٧٤/٣ (عدة الحامل المتوفى عنها زوجها وضع حملها عند جمهور العلماء، وروي عن علي بن أبي طالب وابن عباس أن تمام عدتها آخر أجلين واختاره سحنون من فقهاها أي من المالكية، ويضق معهم الشيعة الإمامية).

(١٤) في المادة ٣/٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

ثالثاً - ترجيح أحد التصيين بمرجّح مقبول:

إنّنا لم يتمكن المجهّد - أو القاضي - من الجمع بين التصيين يلبّجاً إلى الطريقة الثانية لرفع التعارض وهي طريقة ترجيح أحدهما بمرجّح مقبول في ميزان الشرع في النصوص الشرعية ، وميزان القانون في النصوص القانونية ، فالبدأ العام (إنّ تعارض العام والخاص يرجح الخاص على العام فيما يتعارضان فيه) ، ومن تطبيقات هذا المبدأ في التشريعات العراقية (م ٩٣١) من القانون المدني تجيز الوكالة في كل تصرف يقبل النيابة حيث نصت على أنه (يصح تخصيص الموكل به وتعميمها بتعيينه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق خوله وبالحصومة في كل حق له صحت الوكالة).

وهذه المادة باعتبار عمومها تتعارض مع (م ٢/٣٤) من قانون الأحوال الشخصية التي لا تجيز الوكالة في الطلاق فهي تنص على أنه (لا يحد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق ، فيرجح العمل الثانية على العمل بالأولى فيما يتعلق بالطلاق). و (م ٢/٩٣٠) من القانون المدني تجيز توكيل غير البالغ إنّا كان عاقلاً مميّزاً سواء كان الموكل فيه تصرفاً عقارياً أم لا ، في حين لا تجيز ذلك (م ١٩٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي^(١) التي تشترط في الموكل والوكيل أن يكونا كاملتي الأهلية ، فيرجح العمل بالثانية لأنها من النصوص الخاصة وتبقى الأولى تطبق في التصرفات غير العقارية.

وكذلك في التعارض بين النص المطلق والنص المقيد يرجح الثاني على الأول في العمل به كما ذكرنا في (م ٨م و ٩م) من قانون الأحوال الشخصية في حمل المطلق على المقيد ، فهذا الحمل يعني ترجيح المقيد على المطلق.

وقد زعم البعض أن رفع التعارض بين العام والخاص بتخصيص الأول بالثاني ، ورفع التعارض بين المطلق والمقيد بحمل الأول على الثاني يكون من باب الجمع بين الدليلين ، وهذا خطأ لأنه لا يحمل بالعام ولا بالمطلق فيما هو محل تعارض التصيين وإنّما العمل بالخاص والمقيد كما ذكرنا. وقد بين علماء الأصول أموراً كثيرة للترجيح ، وبصورة خاصة في تعارض الأحاديث^(٢) ولا مجال لذكرها هنا.

^(١) الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.^(٢) ولما يلي نماذج منها:

١. الترجيح باختيار الإسناد: ١. كثرة الرواة لأحدهما. ٢. رواية الكبير على الصغير.
٣. رواية الصحابي على غيره. ٤. كون أحدهما مباشراً لما رواه.

ثالثاً - اعتبار النص اللاحق ناسخاً للمسبق:

إذا لم يمكن رفع التعارض بالطريقتين (الأولى والثانية) فلا يقضى أمام الفقيه (أو القاضي) إلا البحث عن تأريخ تشريع النصين المتعارضين، فإذا ثبت له أن أحدهما متأخر عن الآخر في التشريع فعلياً أن يعتبر المتأخر ناسخاً للمقدم، وهذا ما يسمى إلغاء القانون السابق بالقانون اللاحق في اصطلاح القانونيين.

الإلغاء - التصريح - الإلغاء لضممني:

الإلغاء لا يكون دائماً بنص صريح لاحق بل قد يستنتج ذلك من المعارضة بينهما، لذا يقسم إلى الآتي:

أ - الإلغاء الصريح: وهو أن ينص عليه التشريع اللاحق صراحة^(١) بأن تخصص في الأخير مادة أو فقرة تنص على إلغاء كل قانون سابق يتعارض مع هذا القانون الجديد، في هذه الحالة لا يحدث أي غموض بسبب التعارض لأن القاضي ملزم بتطبيق الجديد دون القديم.

وهذا النمط من الإلغاء لا نجد له نظيراً في القرآن الكريم فلا توجد آية ناسخة تنص

ب. الترجيح باعتبار المتن: ١. تقديم الخاص على العام.

٢. تقديم العام الذي لم يتخصص على العام الذي خصص.

٣. تقديم الحقيقة على المجاز. ٤. تقديم المتطوق على مفهوم المخالفة.

٥. تقديم مفهوم الموافقة على مفهوم المخالفة.

ج. الترجيح باعتبار المفعول:

١. ما كان مقرواً لحكم الأصل والبراهة على ما كان ناقلاً لهذا الحكم.

٢. ما هو أقرب إلى الاحتياط على ما ليس بأقرب. ٣. ما يقيد سقوط الحد على ما يقيد لزومه.

د. الترجيح بحسب أمور خارجية:

١. ما عهده دليل آخر على ما لم يعضده دليل آخر.

٢. ما هو قول على ما هو فعل لأن للفعل صيغة.

٣. ما عمل عليه أكثر السلف. ٤. ما هو موافق لعمل الخلفاء الراشدين.

^(١) كما نصت المادة ٥٠٤ من قانون العقوبات العراقي ذي رقم ١١١ لسنة ٢٩٦٩ على أنه ﴿ يقضى قانون العقوبات الجنائي ونحوه وتعديلاته ويقضى بوجه عام كل نص عثماني في قانون يتعارض صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون ﴾.

صراحة على إلغاء المنسوخة إن صح القول بوجود النسخ - أو الإلغاء - في القرآن الكريم وهذا ما لا نؤمن به ، فكل ما سماه الأصوليون نسخاً فهو تخصيص بالنص أو الزمان أو المكان أو علة الحكم ، ولكن نجد في السنة النبوية ما يشبه القانون الوضعي في النص صراحة على إلغاء - نسخ - السابق كما في قول الرسول ﷺ : ((كُتبت نهيكم عن زيارة القبور فزوروها))^(١١) .

ب - الإلغاء الضمني : وهو أن يتضمن التشريع اللاحق حكماً يتعارض مع حكم التشريع السابق^(١٢) بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح أحدهما على الآخر في هذه الحالة قد يحدث الغموض بالنسبة للقاضي فعليه أن يجتهد ويستنتج من هذه المعارضة أن اللاحق قد ألغى السابق .

وسائل إزالة الغموض:

كما لم يحدد علماء الأصول عن طريق الاستقراء التام أسباب غموض النصوص كذلك لم يضحوا ضوابط ومعايير لما يعتبر وسيلة يستعين بها الفقيه أو القاضي على إزالة الغموض ، والسر في ذلك أن لكلٍ شئونها خاصة ولكل واقعة طبيعة متميزة فما صلح وسيلة لإزالة الغموض في نص قد لا يصلح بالنسبة إلى نص آخر غامض . ورغم ذلك فإن الباحث يستطيع أن يستنتج من القواعد الأصولية العامة أهم تلك الوسائل وفيما يلي نماذج منها :

١- المصلحة - أو حكمة التشريع :-

من الواضح أن كافة الشرائع الإلهية وجميع القوانين الوضعية تستهدف تحقيق مصلحة الإنسان - جلب المنفعة له ودرء الضرر عنه - وبوجه خاص تمييز الشريعة الإسلامية والشرائع التي سبقتها أن صاحبها في غناء مطلق عنها وعن الخاضعين لها فالمصلحة مرعية بالنسبة إلى العباد في حياتهم الدنيوية والأخرية وفي المجالين المادي والمعنوي . وبناء على هذه الحقيقة

^(١١) رواه مسلم . سبل السلام ١٥١/٢ .

^(١٢) كما نجد نظير ذلك في قانون الإيجار العراقي القائم فيه أحكام تعارض مع أحكام القانون المدني العراقي فيما يتعلق بإنهاء الإيجار والتخلي وغيرهما . ومن المواد المتعارضة في المدني لقانون الإيجار المادة (٧٧٩) التي تنص على أنه : « في ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما لم يكن مشروطاً في العقد أن الإيجار يمتد إلى مدة أخرى محددة أو غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين قبل انتهاء مدة الإيجار » .

يستطيع الفقيه أو القاضي^(١١) أن يستعين بالملصحة (أو حكمة التشريع) في تفسير النصوص وإزالة غموضها وفقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدمًا.

٢- التقریب بین النصوص:

النصوص المتقاربة في معالجة الأمور المشابهة تكمل بعضها بعضاً، ففي القرآن الكريم آيات تفسر وتبين معانيها آيات أخرى، أو نصوص من السنة النبوية، وكذلك من الأحاديث النبوية ما يوضحه القرآن والحديث، وقد ذكرنا في موضوع القطعية العرضية نماذج من بيان غامض القرآن بالقرآن والسنة وعلى نفس النمط يمكن التقریب بين النصوص القانونية وتفسير بعضها ببعض^(١٢).

٣- أسباب النزول - أو الأسباب الموجبة :-

تعتبر أسباب النزول لآيات القرآن الكريم، والأسباب الموجبة لتشريع أو تعديل القانون من الوسائل التي معرفتها تساعد الفقيه والقاضي على إزالة غموض النص، بقول العلامة السيوطي: (لمعرفة أسباب النزول فوائد، ومنها الوقوف على المعنى أو إزالة الإشكال. أي الغموض - وقال الواحدي: (لا يمكن معرفة تفسير الآية دون الوقوف على قصتها، وبيان سبب نزولها)، وقال ابن دقيق العيد: (بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني القرآن)، وقال ابن تيمية: (معرفة سبب النزول يعني فهم الآية، فإن العلم بالسبب، يورث العلم بالمسبب، وقد أشكل على جماعة من السلف معاني آيات حتى وقفوا على أسباب نزولها)^(١٣).

^(١١) في فن القضاء لأستاذنا ضياء شيت خطاب، ص ٦٥: (الحكمة من التشريع هو الفرض الذي يتبنى القانون تحقيقه وهي سبب وجوده إذ أن لكل نص قانوني هدفاً يسعى إليه ومن ثم يجب لفهم النص القانوني إدراك حكمته التشريعية إذ أن الحكمة من القانون هي نقاط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة).

^(١٢) وفي المرجع السابق، ص ٦٧: (فررت بحكمة التمييز أن قانون العمل وقانون التقاعد الاجتماعي يكمل بعضه بعضاً في النصوص القانونية)، وفي المصطلحات تطبيقات للفقيرين (ب، ج) من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، وإن القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لتعوضه في أن جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر وحدة يكمل بعضها بعضاً لأنهما متكاملان.

^(١٣) لياق القول في أسباب النزول للسيوطي (عبد الرحمن بن أبي بكر)، ص: ٣ وما بعدها.

وفي مقدمة تشريع القوانين وتعديلها توجد الأسباب الموجبة، وهذه الأسباب أهمية كبيرة في معرفة مقاصد المشرع من هذه القوانين والتعديلات، وبالتالي تساعد القاضي على إزالة غموض ما هو غامض من نصوصها.

٤- المصادر التاريخية:

المصدر التاريخي هو الذي استقى منه المشرع نصوص التشريع، وهذا لا يتصور بالنسبة للشريعة الإسلامية والشرائع الإلبيه السابقة لأن مصدرها هو الوحي فقط. والرجوع إلى المصدر التاريخي للنص الغامض يساعد القاضي غالباً على فهم المراد منه عن طريق هذا المصدر، وبصورة خاصة إذا كانت لغة النص مختلفة عن لغة المصدر لأن الغموض قد ينشأ عن عدم دقة الترجمة. والفقه الإسلامي لا يزال هو المصدر الوحيد لقوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي، والمصدر الرئيس للقانون المدني العراقي فيمكن الرجوع إليه لمعرفة ما هو المراد من النص المأخوذ منه.

٥- الأعمال التحضيرية:

وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي سبقت وصاحبت صدور التشريع كالمذكرات التفسيرية. أو الإيضاحية - التي تصاحب التشريع عند صدوره وهذه الأعمال تجمع وترتب عادة في ضوء المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ومحاضر لجنة مراجعة المشروع، والمذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي ومناقشات المجلس التشريعي ولجان وأعمال اللجان الفنية التي قامت بإعداد المشروع.

فهذه الأمور من أهم الوسائل التي يمكن أن يستعين بها القاضي في إزالة غموض النصوص الواردة في المشروع بعد اكتسابها الصفة القانونية^(١).

^(١) ومن الجدير بالذكر أن الأعمال التحضيرية رغم أنها من وسائل إزالة الغموض إلا أنها لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه أو مكملته له لذا إن ما يرد في الأعمال التحضيرية لا يعد ملزماً للقاضي فهي كثير من الأحيان تكون المذكرة الإيضاحية للقانون متضمنة اجتهادات شخصية من قبل واضعيها من تفسير النصوص واستخراج الأحكام منها والاجتهاد بحتمل الخطأ والصواب، لذا من الضروري مراعاة الحذر الشديد عند الاستئانة بالأعمال التحضيرية. لمزيد من التوضيح، راجع المدخل للقانون الخاص لأستاذنا الدكتور عبد التعم البدرابي، ص: ٢٢٢.

٦- السوابق القضائية:

استعان كثير من الفقهاء وأئمة المذاهب الفقهية الإسلامية في فهم نصوص القرآن والسنة النبوية فهماً دقيقاً وفي استخراج الأحكام بالسوابق القضائية للخلفاء الراشدين بصورة خاصة وفقهاء الصحابة والتابعين بصورة عامة. وقد ذكرنا في موضوع حجية قول الصحابي لمناذج من تلك السوابق والتطبيقات القضائية ما يفني الفرائض الكريمة في إثبات استعانة الفقهاء بالسوابق القضائية في الإسلام. أما بالنسبة للقوانين الوضعية فإن للسوابق القضائية أهمية كبيرة سواء في مجال تفسير النصوص وإزالة غموضها أم بالنسبة لصيورتها مصدراً من مصادر القانون. ويوجه خاص قرارات محكمة التمييز باعتبارها أعلى سلطة قضائية تقرر مصير قرارات أحكام المحاكم من حيث التصديق أو الرفض. ثم إن السوابق القضائية في بعض البلاد المتقدمة اعتبرت ملزمة للقاضي في القضاء اللاحق^(١).

٧- طرق رفع التعارض:

إذا كان غموض النص ناشئاً عن التعارض فإن الوسيلة الوحيدة لرفعه وإزالة الغموض هي الطرق الثلاث المذكورة في موضوع التعارض حسب التسلسل الطبيعي: محاولة الجمع فإن لم يمكن فاللجوء إلى الترجيح، وإلا فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق.

٨- الرجوع إلى المصمم:

وبصورة خاصة معجم المصطلحات للحصول على المعنى المراد وعلى سبيل المثال لفظ (تمدي) أحدث شكوكاً لشراح القانون المدني العراقي القائم بصدد التعارض بين (م ١٨٦/١ وم ١٩١/١)^(٢) على أساس أن المشرع العراقي أخذ بالفقه الغربي في الأولى واشترط عنصر الخطأ وبالفقه الإسلامي في الثانية في عدم اشتراط هذا العنصر، لكن بالرجوع إلى المراجع

^(١) فالأحكام الصادرة في إنكلترا من مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم الأخرى بما فيها إلى وقت قريب مجلس اللوردات ذاته وأحكام محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم بما فيها محكمة الاستئناف فيما عدا مجلس اللوردات وأحكام محكمة العدالة العليا يجب أن تحترمها المحاكم الأدنى وعلى الرغم من أنها ليست ملزمة قانونياً فإن لها قيمة إقناعية كبيرة. وعادة تحترمها الدوائر التابعة للمحكمة العليا.

^(٢) م ١٨٦/١ (إذا تلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو نسبياً يكون ضامناً إذا كان في إحداث الضرر قد تمعد أو تمدي. م ١٩١/١) إذا تلف صبي ميز أو غير ميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضامن من ماله.

اللغوية لمجد أن معنى التحدي هو الفعل الضار غير المشروع بغض النظر عن إدراك وقصد في
أهلية الفاعل. وبناء على ذلك لا تعارض بين المادتين وإن المشرع العراقي أخذ بالفقه الإسلامي
فيهما.

٩- آية وسيلة أخرى

يمكن أن يستهدي بها الفقيه أو القاضي لإزالة الغموض حسب المقام وطبيعة الموضوع.

تكملة في الاجتهاد والتقليد

تعريفه:

الاجتهاد لغة: مشتق من الجهد^(١) (بضم الجيم وفتحه) بمعنى بذل الطاقة البدنية^(٢) والفكرية.

وفي الاصطلاح: له تعريفات كثيرة كلها تدور حول محور واحد وهو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتضاده للقضية المعنية بالحكم.

شروطه: يؤخذ من تعريفه أن الاجتهاد في الأحكام الشرعية يتوقف على الشروط الآتية:

- ١- أن يكون من يتولاه فقيهاً وهو من تتوافر فيه العناصر الآتية:
 - ١- الإلمام بقواعد النحو والصرف والبلاغة لأن الأحكام تؤخذ من القرآن والسنة بلغتها الأصلية (العربية) لا من ترجمتها أي كانت لغة الترجمة.
 - ٢- الإلمام بقواعد أصول الفقه والمنطق والفلسفة لمعرفة خواص الألفاظ وأوجه دلالاتها على الأحكام وطرق الاستنباط كما يأتي تفصيلها في الجزء الثاني من هنا الكتاب.
 - ٣- الإلمام بعلوم الحديث لمعرفة أنواعه ودرجة قوته الإلزامية.
 - ٤- الإحاطة بمقاصد الشريعة وبالمصالح الدنيوية والأخروية وتمييزها من المفاسد وفهم الصلة بين الشريعة والحياة فالجاهل بواقع الحياة ومتطلباتها يجهل هذه الصلة وبالتالي يخطأ في معالجة المستجدات.
 - ٥- الالتزام بالشريعة والتحلي بالقيم والتخلي عن كل رذيلة.

^(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٢١٦/١.

^(٢) كمراجعة أوليات القضية والاطلاع على أحكام القضايا المشابهة ومحاولة معرفة رأي الآخرين ونحو ذلك فإنها تدخل في الجهد البدني إضافة إلى الجهد الفكري.

- ٦- الإلمام بالقواعد الفقهية لكافة المذاهب الفقهية المدونة لإدراك مدارك الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى الكليات لأن هذه القواعد بمثابة النظريات في القوانين الوضعية.
- ٧- الإطلاع الواسع على المسائل الخلافية الفقهية مع التحليل والتعليل والاستنتاج والترجيح.
- ٨- معرفة طرق استنباط فقهاء الصحابة والتابعين وأصول المذاهب الفقهية.
- ب- بذل ما في الوسع من الطاقة العلمية والجهد الفكري والمملكة الفقهية للوصول إلى حكم الله في القضية فهو مكلف ببذل العناية لا بتحقيق الغاية لنا يكون مثابا في حالة عدم إصابته للحكم الواقعي.
- ج- أن تكون الغاية من الاجتهاد حصول الظن كحد أدنى بأن ما يصل إليه هو حكم الله وإن تكون المسألة المعنية بالحكم من المسائل الاجتهادية التي لم يحسم حكمها بنص قطعي الدلالة ولا بإجماع مع رعاية قاعدة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) لاستبعاد الاضطراب في الأحكام السابقة ورعاية استقرار المعاملات المالية وغير المالية هذا إذا لم يكن الاجتهاد السابق متعارضاً مع نص قطعي الدلالة أو إجماع والاي يجب نقضه.

أهمية الاجتهاد بصورة عامة :

- ١- الاجتهاد من ضروريات الحياة التي إذا اختلت يختل النظام ويتخلف المجتمع وبالتالي ينحرم من ميراث الأرض وخيراتها (١) فالطور الحضاري المدعش اليوم ليس إلا ثمرة الاجتهاد فكل جيل جديد استثمر المعلومات التي ورثها من الجيل السابق وأضاف إليها جديداً وسلم رأس المال والروح إلى الجيل الذي يليه وهكذا. وعلى سبيل المثال البعد بين تصميم طائرة اليوم وتصميم الطائرة الأولى التي استحدثت كبعد السماء عن الأرض ، وقس على الطائرة سائر الأجهزة التقنية الحديثة المتطورة التي منحرم منها العالم الإسلامي. فكل شيء تطور في العالم سوى الفقه الإسلامي ولو كتب للثروة الفقهية التي تركها لنا السلف الصالح أن تستثمر بصورة صحيحة بحيث يخدم منها ما

^(١) إشارة إلى قوله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزُّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ لَكُمْ الْأَرْضَ بِرِثَتِكُمْ ﴾

ألفكثيرون محمد: الأنبياء/ ١٠٤. والمراد بالصالح من يحسن استثمارها.

انقضى دوره كأمانة العبد والجارية وأضيف إليها جديد في كل جيل عن يملكون الكفاية العلمية ويتقيدون بالقيم الإسلامية لأصبحت هذه الثروة مصدرًا خصبًا لجميع قوانين دول العالم الإسلامي وغير الإسلامي.

٢- القرآن الكريم دستور إلهي كما ذكرنا سابقاً اقتصر على الكليات وغول العقل البشري في كل جيل إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات وهذا الإرجاع لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد.

٣- من البدهي أن النصوص الشرعية متناهية ومحدودة وإن الحوادث والوقائع في حياة الإنسان غير متناهية ومن المستحيل أن يحيط المتناهي باللامتناهي إلا عن طريق الكليات وإرجاع المستجدات والمنفردات إليها عن طريق الاجتهاد.

حكم الاجتهاد

يؤخذ من ضرورة الاجتهاد وأهميته أن حكمه هو فرض الكفاية على كل مسلم ومسلمة من شأنه أن يصل إلى مرتبة الاجتهاد ولما فيه من الاستعداد الذاتي والنضج العقلي وهذه الصلاحية لم ينفرد بها الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي والإمام مالك والإمام أحمد والإمام جعفر الصادق وابن حزم وغيرهم (رحمة الله على أرواحهم الطاهرة)، فالاجتهاد غير الرسالة قال تعالى في سورة الأحزاب ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّنْ رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَسَخَّرَ اللَّهُ لِيَأْتِيَنَّكُمْ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾ ولكن لم يقل (إن أبا حنيفة أو مالكا أو الشافعي أو غيرهم حاتم الفقهاء)^(١) كما لم يرد نص في القرآن أو السنة على اتباع أقوال هؤلاء إلى يوم القيامة وتقديس النصوص الفقهية كتقديس النصوص الشرعية. فالقرآن قال لنا ﴿ فَتَتَلَوْنَهَا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَاتَعْلَمُونَ ﴾^(٢) وأهل الذكر كل من يملك أهلية الاجتهاد والفتوى في كل زمان ومكان.

لكن علينا أن نحترم هؤلاء الفقهاء وإن نعتز بفضلتهم على الأمة الإسلامية وإن لا ننسف ما بنوه لنا ولا نترك ما تركوه من الثروة الفقهية العظيمة.

^(١) سورة الأحزاب / ٤٠.

^(٢) سورة الأنبياء / ٧٧.

طريقة الرجوع إلى الاجتهاد:

قلنا: إن الاجتهاد فرض كفاية فإذا قام به البعض انتفت مسؤولية الجميع وإن أهمل أتم الكل وفي مقدمة الأئمين الحكام والمسؤولون عن شؤون شعوبهم في كل بلد ولاستبعاد هذه المسؤولية يجب استحداث معهد للتأهيل الاجتهادي في كل بلد عربي وإسلامي مع رعاية الآتي:

١- شروط القبول في هذا المعهد:

- ١- أن يكون المرشح من الخمسة الأوائل في كليات الشريعة والقانون.
- ٢- أن ينتمي إلى أسرة ملتزمة بالقيم الإسلامية، أو يكون الشخص نفسه ملتزماً.
- ٣- أن يتميز بعقلية مرنة قادرة على التحليل والتعليل والاستنتاج.
- ٤- أن لا يكون متعصب لأي مذهب أو طائفة.

ب- طريقة التأهيل الأولي في كليات الشريعة والقانون:

تجب مقارنة جميع مواد الشريعة مع القانون وجميع مواد القانون مع الشريعة لأن الشريعة هي قانون الأمة والمجتمع وفرق الله سبحانه وتعالى بين الدين والشريعة في القرآن وبيّن لنا أن الدين ينظم شؤون حياة الآخرة والشريعة تنظم حياة الدنيا كما ذكرنا سابقاً.

ومن الموصف أن نرى الشيوخ وأساتذة كليات الشريعة يظنون أن القانون كله كفر لأنهم يجهلونه، كما يظن أساتذة القانون أن الشريعة لا تصلح لهذه الحياة المتطورة لجهلهم بها فضاعت الشريعة وتاعت القوانين بين هذين الجهلين.

مدة الدراسة للتأهيل للاجتهادي:

- ١- أن لا تقل المدة عن خمس سنوات، سنتين للماجستير، وثلاث للدكتوراه ثم يمنح الخريج شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون.
- ٢- فتح دورة لقاتية بين طلبة جميع المعاهد في العالم الإسلامي للمناظرة والمناقشة وتبادل الآراء والتدريب على التحليل والتعليل والاستنتاج.
- ٣- إيجاد طلبة معاهد التأهيل الاجتهادي إلى العالم غير الإسلامي من الدول المتقدمة في التشريعات الوضعية للاطلاع على سير التشريعات والقضاء والاستفادة منها فيما لا

يتعارض مع الشريعة الإسلامية لأن القوانين تستقى من واقع الحياة والله سبحانه لم يقل لنا افتحوا القرآن واستخرجوا منه قوانين شؤون دنياكم وإنما قال استقوا هذه القوانين من واقع متغيرات ومتطلبات حياتكم على أن يكون ذلك داخل العاترة الأخلاقية التي صنعها لنا في القرآن.

عمود المنهجية في معامد التفسير الاجتهادي:

١- العلوم الآلية الإسلامية (أصول الفقه والمنطق والبلاغة والفلسفة) أسوة بالسلف الصالح.

٢- القواعد الفقهية لجميع المذاهب المدونة.

٣- المسائل الخلافية الفقهية في المذاهب مع التحليل والتعليل والترجيح.

٤- تاريخ الفقه والفقهاء وأصول المذاهب الفقهية.

٥- متون أهم القوانين في العالم الإسلامي وغير الإسلامي لفهم الربط بين الشريعة والحياة والاستفادة من تلك القوانين فيما لا يتعارض مع الشريعة لأن القاتون نتاج العقل السليم الذي أشار القرآن إلى أهميته في (٤٩) آية.

٦- التدريب على معالجة مستحدثات الحياة التي لم يرد بشأنها نص خاص في القرآن والسنة.

٧- المقارنة بين القرارات القضائية ذات الطابع العام في العالم الإسلامي وغير الإسلامي.

ومما هو جدير بالذكر أن دعوتي هذه إلى التصارب بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية هي نتيجة خبرة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون منذ أكثر من ربع قرن في كليات القنون العراقية تدريجاً وتالياً وإشراقاً.

التقليد

أسبابه وأهميته وخطورته

التقليد هو تلقي الأحكام من مجتهد معين واعتبار أقواله كأنها نصوص من الشارع يلتزم المقلد بتابعها.

أسباب انتشار التقليد بعد النهضة الفقهية

الأسباب كثيرة أهمها ما يأتي:

- ١- **الضعف السياسي في الدولة الإسلامية**: منذ منتصف القرن الرابع الهجري بدأ انقسام الدولة الإسلامية إلى عدة أقسام يناهض بعضها بعضاً وعلى كل قسم منها حاكم سعى نفسه أمير المؤمنين حتى تفككت الروابط وحل الضعف محل القوة وكان لهذا أثر كبير سلبي على نشاط الحركة العلمية فضعفت الروح العلمية وفترت همة العلماء فماتت فيهم روح الاستقلال والثقة بالنفس واتعدام الاجتهاد.
- ٢- **تلوين المذاهب الفقهية**: فأصبح الناس عالة عليها واستغنوا بها عن تكلف البحث والتتقيب من جديد واقتصرت همم العلماء على اختصار ما هو مفصل وتفصيل ما هو مختصر من مدونات المذهب.
- ٣- **التنصب للمذهبي**: فصار كل فقيه يتسنى إلى مذهب معين محامياً يدافع عنه بكل ما في وسعه ووصل الأمر إلى حد عدم التمييز بين النصوص الشرعية والنصوص الفقهية وفي هذا المجال يقول الكرخي^(١): (الأصل أن كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ أو على الترجيح والأولى أن تحمل على التأويل من جهة التوفيق).
بينما كان أبو حنيفة (رحمه الله) يقول عن السلف: ((هم رجال ونحن رجال، ولني أن اجتهد كما اجتهدوا)).

^(١) فتاوى المفتي أبو الحسن الكرخي ملحق تأسيس النظر ص ١١٦.

٤- فساد نظام التعليم وتوسع علماء الشريعة في الاشتغال بالمعلوم الآلية تلمأ وتعلمياً (كأصول الفقه والمنطق والفلسفة والبلاغة...) بدون استخدامهما في غاياتهما. لا يزال يتردد في ذاكرتي القول الحكيم الذي قاله لي في سنة ١٩٤٧م احد رؤساء عشار بشر وهو شبة أُمي حضر مدرستي ضيفاً واستمع إلى درسي حين كنت أدرس مادة المنطق^(١) قال: (أيها المشايخ أنتم تبتلون جهود كل حياتكم في سبيل صنع مفتاح لفتح باب، ثم تضيق جهودكم هذه وينتهي عمركم قبل أن تفتحوه) كان يقصد بالمفتاح العلوم الإسلامية الآلية التي تستخدم في استنباط الأحكام وبالباب باب القرآن الكريم مصدر الأحكام.

٥- نزاحم الفقهاء ومجادلهم فيما بينهم فإنهم لما تزاحموا في الفتوى كان كل من أفتى بشيء نوقض في فتواه ورد عليه فلم ينقطع الكلام إلا بالوقوف على تصريح في المسألة لواحد من المتضمين. وهذه الظاهرة موجودة في هذا العصر أيضاً، قلت لأحد شيوخي: إن الشافعي (رحمه الله) عاش ٥٤ سنة وملا الأرض فقهاً وأنت تدرس العلوم الإسلامية منذ سبعين سنة، فأين إنتاجك الفقهي؟ قال: لم أستطع أن اجتهد وأفتي باسمي خشية تطاول أئمة زملائي من المشايخ.

أهمية التقليد

كما أن الاجتهاد من ضروريات الحياة كذلك التقليد لا يقل أهمية من الناحية العملية من الاجتهاد لأن السواد الأعظم من الناس يجهلون كثيراً من أحكام دينهم وهم لا يستطيعون مراجعة مصادر تلك الأحكام فالحل الوحيد هو السؤال عنها لدى من هو أهل للإجابة وقد يكون الجيب أيضاً مقلد ليكون الجواب على سبيل الفتوى دون الاجتهاد، لذا قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢).

^(١) في كتاب البرهان للكنيتوي.

^(٢) النحل: ٤٣.

خطورة التقليد

تكمن هذه الخطورة في أمور منها:

- ١- عدم تمييز المقلد بين نصوص مُقلَّده ونصوص القرآن والسنة في القدسية وعدم تصور أي خطأ في المذهب الذي اعتقه.
- ٢- التبريد بمذهب معين مدى الحياة يرثه الخلف من سلفه وهذا ما يؤدي إلى التعصب المذهبي وبالتالي إلى تمزق الأمة. يقال: إن أحد الولاة العثمانيين في بغداد كان حنياً وكان على طريقته جامع للشافعية فأمر بهدمه ولم ينفذ أمره إلى أن وقف يوماً أمام الجامع وقال لمن حوله: إلى متى أرى هذه الكنيسة قائمة؟ وقد أخذ الصراع بين المقلدين في بعض المصور شكلاً أشبه بالصراعات الحزبية السياسية اليوم.
- ٣- التقليد يقتل روح الإنتاج ويبقى المقلد جامداً في تحركه متحجراً في عقله واقصاً حجر عثرة أمام كل تطور فكري، الأمر الذي يؤدي إلى التخلف عن ركب الحضارة البشرية والتقدم العلمي كما يشهد بهذه الحقيقة الوضع الحالي للعالم الإسلامي.

وفي الختام أقول: الحمد لله الذي ولقني على تقديم هذا الجهد المتواضع لطلبة العلم. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا وَالْحَمْدُ لِلصَّالِحِينَ

المراجع

بعد القرآن الكريم والسنة النبوية كان الاعتماد في محتويات هذا المؤلف على المراجع الأصولية المعتمدة الآتية:

أ - أصول الفقه الحنفي:

- الفصول في الأصول للمحاصر، أحمد بن علي الرازي.
- شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (عبد الله بن مسعود) مع التلويح للإمام سعد الدين القضاة وحواشي الفنري وملا خسرو عبد الحكيم والمرجاني.
- ميزان الأصول في نتائج المنقول في أصول الفقه للسمرقندي (محمد بن أحمد)، تحقيق الدكتور عبد الملك السعدي.
- أصول السرخسي للفقيه الأصولي السرخسي (أبي بكر محمد بن أحمد).
- كشف الأسرار لمبد العزيز البخاري على أصول الإمام فخر الإسلام علي بن محمد الزيدوي.
- شرح المنار للعلامة عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك على من المنار للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد التنسي.
- التخرير والتيسير شرح ابن أمير الحاج على تحرير الإمام الكمال بن الهمام.
- تيسير التخرير للعلامة محمد أمين على التخرير لابن الهمام.
- مسلم الثبوت للعلامة الهجري.
- تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد الحلواني.
- مشكاة الأنوار في أصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم).
- أصول الشاشي للشاشي (إسحاق بن إبراهيم الحراساني).

ب - أصول الفقه المالكي

- شرح تنقيح الفصول في المختصر المحصول للقرابي (أحمد بن إدريس).
- الفروق للقرابي.
- أحكام الفصول في أحكام الأصول للبايجي (سليمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري.
- الموطأ في أصول الشريعة للشاطبي (إبراهيم بن موسى القنطاطي).
- مختصر المنهجي الأصولي لابن الحاجب بشرح القاضي عضد.
- مفتاح الوصول إلى علم الأصول للتملساني (محمد بن أحمد).

ج - أصول الفقه الشافعي

- المستصفى، للإمام الذهلي. تحقيق محمد أبو العلاء.
- شفاء الغليل، للإمام النزاهي. تحقيق الدكتور حمد الكبيسي.
- المنقول، للإمام الفزاري. تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- التبصرة في أصول الفقه، لأبي إسحاق الشيرازي (إبراهيم بن علي). تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف)، تحقيق الدكتور عبد العظيم الدهيب.

- منهاج الوصول في علم الأصول للفاضل البيضاوي بشرح البغدادي للإمام محمد البغدادي والإسنوي (نهاية السؤل) للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي.
 - الأحكام في أصول الأحكام للأمامي (سيف الدين علي بن محمد).
 - جمع الجوامع لابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) بشرح الجلال الحلبي مع حاشية البناي.
 - المحصول في علم أصول الفقه للعلامة فخر الدين بن محمد بن عمر الرزقي ، تحقيق الدكتور طه العلواني.
 - غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري.
 - مختصر من قواعد العلواني وكلام الإسنوي للفحوي القيومي (محمود بن أحمد). تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني.
 - المنثور في القواعد للزركنشي (محمد بن بهادر).
 - التمهيد في تفریح الفروع على الأصول للإسنوي (عبد الرحيم بن الحسن) ، تحقيق الدكتور محمد هبتر.
- د - أصول الفقه الحنبلي
- روضة الناظر وجنة الناظر في أصول الفقه على منذهب الإمام أحمد لابن لقمان (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد القفسي).
 - للسودة في أصول الفقه تتابع على تصنيفه ثلاثة من آل نبيهة.
 - شرح الكوكب المنير للمسئ مختصر التحريو للفتوحى (أحمد بن عبد العزيز). تحقيق محمد حامد القفني.
- هـ- أصول الفقه الجعفري
- مبادئ الوصول إلى علم الأصول للعلامة الحلبي ، تحقيق عبد الحسين البقال.
 - شرح معالم الدين في الأصول للتهريزي (الشيخ مصطفى الاحتشاهي).
 - تهذيب الأصول للسيزولاري (السيد عبد الأعلى الموسوي).
 - الأصول العامة للفقه المقارن للأستاذ محمد تقي الحكيم.
 - معالم الدين في أوليات أصول الفقه لأبي منصور جمال الدين الحسن بن الشهيد الثاني.
- و - أصول الفقه الزيدي
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول للشوكتاني (محمد بن علي).
 - هداية المقول إلى غاية السؤل في علم الأصول للحسين بن القاسم بن محمد.
- ز - أصول الفقه الظاهري
- الأحكام في أصول الأحكام للفقيه الأصولي علي بن حزم الأندلسي الظاهري.
- ح - أصول الفقه المعتزلي
- للمتصد لأبي الحسين البصري (محمد بن علي).
- ط - أصول الفقه الإباضي
- شرح طلمة الشمس على الأئنة المسماة شمس الأصول للعلامة عبد الله بن حميد السالمي.