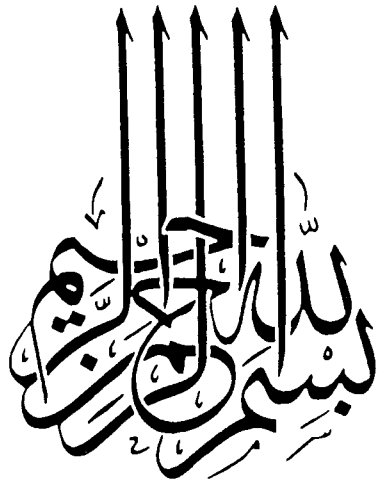


الاستثناء

القواعد الفقهية



بحث حصلت به الأستاذة على شهادة الماجستير في أصول الفقه
من كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر سنة ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م تحت عنوان:
«المسائل المستثناة من القواعد الفقهية العامة وأسباب استثناها».

الاستنباء

في

القواعد الفقهية

بقلم

لله شافه سعاد او هلا بنت محمد الطيب

دار ابن حزم

مركز الإمام الشعالي
للدراسات ونشر التراث

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م

ISBN 978-9953-81-257-1



9 789953 812571

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث
الجزائر - هاتف وفاكس : 017029011 - جوال : 072745624

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

قال الله تعالى:

﴿وَمَا كَانِ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ
مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ
لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ (١٢٢)

[التوبة: ١٢٢]

حديث شريف

قال الإمام محمد بن إسماعيل البخاري: حدثنا سعيد بن عفير
قال: حدثنا ابن وهب عن يونس، عن ابن شهاب قال: قال
حميد بن عبد الرحمن: سمعت معاوية خطيباً يقول: سمعت
النبي ﷺ يقول: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، وإنما
أنا قاسم والله يعطي، ولن تزال هذه الأمة قائمة على أمر الله
لا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر الله».

[أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم،

باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين].



100



إهداء



إلى مَنْ غرس في الجَد في العمل... وقوة الإرادة لبلوغه...
وشجعني دائماً على التفوق وبلوغ العلى... وكان المثل الأعلى في
ذلك...

والذي رحمه الله...

إلى مَنْ غرست في الحب... والصبر... والتضحية... وكانت
وراء كل نجاح...

والدتي رحمها الله...

أهدي هذا العمل... الذي طالما انتظراه وشجعاني على
بلوغه... ثم لم يكتب لهما رؤيته واقعاً يتحقق...

أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل ثواب هذا العمل في صحائفهما
ويجزيهما عني خير الجزاء...

... رب ارحمهما كما ربياني صغيراً...

فَاللَّهُمَّ آمِينَ...







شكر وتقدير



أحمد الله الذي وفقني لهذا وأشكره كما يليق بجلاله وعظيم منته وإحسانه... ومن شكر الله شكر من أحسن إليه من الناس^(١)... لذلك لا يسعني إلا أن أشكر كل من كانت له يد في تنشيتي العلمية، وأخص بالذكر أساتذتي بكلية الشريعة بجامعة دمشق محمد سعيد رمضان البوطي، والأخوين وهبة ومحمد الزحيلي، ونور الدين العتر، وبديع السيد اللحام، وأحمد حجي الكردي، ومصطفى ديب البغا... وغيرهم، وكذلك شيوخي وأساتذتي بدمشق من خارج الجامعة أذكر منهم مصطفى سعيد الخن وأبو الحسن الكردي، ومحمد سكر، وعمر الرياحان... وغيرهم، ثم زوجي ورفيقي ومعيني في هذا الدرب الأستاذ أحمد معبوط الذي هياً لي الالتقاء والاستفادة من كل هؤلاء، وقبل هؤلاء جميعاً أخي الدكتور نذير أوهاب الذي كان له بالغ الأثر في سلوكي هذا الطريق منذ نعومة أظفاري، فهؤلاء جميعاً أدين لهم بالكثير.

كما أشكر كل من قدم لي خدمة تتعلق بإعداد هذا البحث وكتابته، وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور مصطفى سعيد الخن الذي تفضل عليّ بالإشراف على هذه الرسالة في بداية الأمر إذ لم يبخل عليّ بتوجيهاته

(١) في ذلك حديث عند أبي داود والترمذي وأحمد وغيرهم: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله».



وفيض علمه، أسأل الله له العافية، ثم تابع ذلك الدكتور عبد المجيد بيرم مشكوراً إذ لم يدخر جهداً في متابعة هذا البحث توجيهاً ونصحاً، بل هياً لي المراجع عند افتقادها في بعض الأحيان...

ولا أنسى إدارة كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر التي قبلت تحويل تسجيل رسالتي إليها بعد تغيير إقامتي من دمشق إلى الجزائر وهيأت لي فرصة المتابعة فيها.

كما أشكر الأساتذة المناقشين على توجيهاتهم التي ستكون إن شاء الله عوناً لي على تلافي الخطأ وإصلاح الخلل، إتماماً للنقص وإغناء للبحث بكل مفيد...

والحمد لله أولاً وآخراً



مقدمة

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده، وله الشكر كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه، وأصلي وأسلم على سيدنا وحبينا محمد الذي أرسله الله رحمة للعالمين هادياً ومعلماً لهذه الأمة يفقهها في دينها ويبين لها سبل الخير بشريعة لهم فيها صلاح دنياهم وسعادة آخرتهم، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ . . .

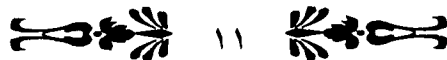
وبعد:

فإن علم الفقه من أشرف العلوم، بل هو غايتها ومنتهاها، والعلوم بشتى فروعها خادمة له وهي كلها مترابطة متكاملة تكون بمجموعها بناءً متراصاً يتجه نحو هدف واحد هو تنظيم أفعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم وربطهم بخالقهم ومعبودهم وهي الغاية التي خلق من أجلها الإنسان، ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ (٥٦) [الذاريات: ٥٦].

فحياة المسلم كلها تقوم على أساس علم الفقه والإمام به والاطلاع على تفاصيله والسير على الخطوط التي يرسمها.

وهذا يقتضي الديمومة والاستمرار والبقاء ما بقي الزمان والمكان والإنسان وهي خصوصية هذه الشريعة الخالدة؛ ونحن نؤمن بكمال شريعتنا وأن الله سبحانه وتعالى ما ترك قضية إلا وبين حكمها، ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨].

فكل ما يجد من قضايا ونوازل فإن الله فيها حكماً: قال الشافعي



رحمه الله: «فليس تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها»^(١). لذلك اهتم علماء المسلمين بالفقه اهتماماً بالغاً، وأولوه الكثير من العناية والاهتمام وتنوعت مسالكهم في خدمة هذا العلم، فمنهم من اهتم به من الناحية الفرعية فبسط فروع وأبوابه ومسائله ومنهم من عمل على تأصيل هذه المسائل بإرجاعها إلى أصولها واستنباطها من أدلتها العامة. وطائفة اهتمت بربط هذه المسائل بقواعدها وضوابطها، فاستقروا المسائل الفقهية وقارنوا بينها، واستخرجوا منها جامعاً مشتركاً فكانت القاعدة الفقهية.

واليوم وقد أغرقتنا الحضارة الحديثة بسيل من الاكتشافات العلمية تدخل في تفاصيل حياة الإنسان كلها من نوازل وقضايا تجعل المسلم الحريص على التزام شرع الله في حيرة من أمره في التعاطي مع هذه المستجدات الطارئة. وهنا تقع المسؤولية على فقهاء المسلمين في التصدي لها، وإعمال تلك الثروة الفقهية العظيمة التي ورثوها عن أسلافهم من أصول وقواعد في تخريج ما لم ينص عليها وما استجد من نوازل على ضوئها، فإن لم يوجد اليوم لجزئية ما حكماً فلا لوم على الشريعة، إنما يقع اللوم على كاهل الفقهاء لأن تقاعسهم عن مواجهة مثل هذه المشاكل قد يوهم من لا دراية لهم ومن في قلوبهم مرض أن الشريعة عاجزة عن مواكبة العصر ويتخذ ذلك ذريعة للهجوم على الشريعة والنيل منها.

ثم إن تطبيق شرع الله على النوازل والمستجدات يتطلب فهماً دقيقاً لأحكام الشريعة وإدراكاً لمقاصد الشارع بما يحقق مصالح المكلفين وسعادتهم في الدنيا والآخرة.

لذلك فإن الفقهاء الأوائل اتفقوا في أصول هذا العلم وكلياته واختلفوا في جزئياته اختلاف تنوع وتقويم وتحقيق في الفروع الفقهية وجزئياتها تحقيقاً لهذه المصلحة المتوخاة.

(١) «الرسالة» ص ٢٠.

إن هذا العمل العلمي العظيم الذي قام به الأولون ذلل الكثير من الصعوبات التي تقف في طريق البحث العلمي، فضبط هذه الكثرة الكاثرة من الفروع الفقهية وحصرها في قواعد تندرج تحت كل منها مجموعة متجانسة يضبطها حكم واحد، يفسر عصارة هذا الفقه وزيدته احتلت مكاناً مرموقاً على الساحة العلمية مما جعل الكثير من العلماء يؤكدون على تحصيلها واعتبروا من لا يعتبر بها مفرطاً في الفقه غير ضابط له. حتى قال القرافي رحمه الله: «وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى وتكشف ومن جعل تخريج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات»^(١).

أهداف وأسباب اختيار الموضوع:

- بناء على الأهمية القصوى للقواعد الفقهية، وإضافة إلى شغفي وحيي للبحث في الفروع الفقهية الذي نشأت عليه، حدى بي - لما تعين علي من كتابة بحث أتقدم به لنيل درجة الماجستير في العلوم الشرعية - أن أتوجه مباشرة إلى هذا الجانب، أنمي به مداركي في هذا المجال، لأن ضبط الفروع وضمها إلى كلياتها يعطي تصوراً أعمق لهذا العلم أضيف به لبنة لبناء شخصيتي العلمية.

- وقد لفت نظري موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية إذ مع كثرة البحوث المقدمة في القواعد الفقهية ظلت ظاهرة الاستثناء فيها نقطة غامضة تثير تساؤل كل من يريد الاطلاع أو دراسة هذا الجانب الفقهي، إذ لم تطرق من قبل الباحثين إضافة إلى أنها لم تتناول بشكل خاص وموسع فيما بين أيدينا من مصنفات المتقدمين، فرغبت أن أبحث في هذا الموضوع للوقوف على تفسير لسبب هذه الاستثناءات في القواعد الفقهية وأكون بذلك قد

(١) «الفروق» (٣/١).

قدمت مساهمة متواضعة تضيف لبنة جديدة إلى هذا العلم الذي ألمس توجهاً محموداً في الاهتمام به وتوسيع الدراسات وتكثيفها في مجاله حيث يتوالى ظهور مثل هذه الدراسات والبحوث في السنوات الأخيرة، ولا أدل على ذلك من وجود هيئة تتابع موضوعات القواعد الفقهية في المجمع الفقهي بجدة.

فإن وفقت لذلك فذلك فضل من الله ومنة، وإلا فأكون بهذه المحاولة قد سلطت الضوء على جزئية لطالما ظلت غامضة في هذا العلم وأثرت من خلالها الموضوع ليتناوله أهل الاختصاص.

الدراسات السابقة:

١ - تعرض الفقهاء في مصنفاتهم في القواعد الفقهية إلى تصنيف هذه القواعد كما نرى ذلك في كتب الأشباه والنظائر، واهتم فريق آخر بشرح هذه القواعد كغمز عيون البصائر للحموي، وشرح القواعد للزرقا من المعاصرين، وكان عملهم في ذلك محصوراً في شرح القاعدة والتطبيق عليها، وربما أشاروا إلى بعض المسائل التي تخرج عنها استثناء دون ذكر سبب أو تفسير لذلك وهو المنهج العام في هذا النوع من المصنفات.

٢ - المصنفات التي تناولت موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية بوجه خاص وبعناوين يدل ظاهرها على معالجة هذه الجزئية إنما تشير في أحسن الأحوال إلى الاستثناء دون ذكر أسبابه إضافة إلى أنها مصنفات مذهبية، فتناول الإمام البكري مثلاً - وهو المصنف الوحيد (فيما أعلم) الذي يوجد مطبوعاً بين أيدينا - الذي اعتنى بالاستثناء في القواعد الفقهية يذكر القواعد مع الضوابط ويذكر المسألة المستثناة كل ذلك وفق المذهب الشافعي.

٣ - لم أعر على دراسات أو بحوث معاصرة تناولت موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية بالتحليل أو الدراسة لأسبابه.

منهج البحث:

- اعتمدت في معالجة هذا الموضوع المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن. ذلك أن الأمر يتوقف على تتبع القواعد الفقهية والوقوف على المسائل المستثناة منها مع محاولة معرفة سبب ذلك الاستثناء واعتبار ذلك استثناء أو لا مع بيان قوة التعليل أو ضعفه، إلا أن البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية يقتضي في بادئ الأمر الخوض في كون القاعدة كلية أو أغلبية، لأنه الأصل الذي ينبنى عليه العمل في البحث في المستثنيات وهو أول صعوبة واجهتني في هذا البحث إذ اطلعت على مجموعة هائلة من التعريفات للقاعدة الفقهية بعضها يجزم بكليتها وطائفة أخرى تصرح بأنها أغلبية لا كلية لخروج بعض جزئياتها استثناء.

حاولت أن أحقق القول في هذه المسألة: هل القاعدة الفقهية كلية أو أغلبية؟ وذلك بعرض أقوال العلماء في المسألة ومناقشتها.

ثم أردفتها بمباحث تمهيدية بينت فيها مقومات القاعدة الفقهية والفرق بينها وبين غيرها من الكليات الأخرى، ثم تناولت مصادر القاعدة لعلاقتها الوثيقة بنص القاعدة الذي هو مادة بحث الاستثناء وختمت هذه المباحث الأولية بدليلية القاعدة التي تعتبر عنصراً جوهرياً في هذا البحث.

فهذه المباحث التمهيدية ذات أهمية في هذه الرسالة فهي تساعد على إدراك طبيعة الموضوع.

- افتتحت ما يليها مباشرة من مباحث، وفق التسلسل المنطقي، بدراسة نظرية حول ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية، بالتعرض لنشأتها والمؤلفات التي اعتنت بهذا الموضوع، وطريقة تناوله، ثم شرعت في ذكر أسباب الاستثناء، مقدمة لذلك بلمحة نظرية عن السبب المراد تناوله وتطبيق الاستثناء في القواعد عليه دون الدخول في تفاصيله واختلاف الأصوليين ومذاهبهم إلا بقدر الحاجة.

- اخترت في هذه المحاولة أن أتناول مجموعة من القواعد الفقهية العامة كنموذج تطبيقي لتوضيح ظاهرة الاستثناء في القواعد عموماً بشرح

أسبابه، ثم أذكر المسألة المستثناة دون التقييد بمذهب بعينه أعرض فيه القاعدة الفقهية العامة بالشرح والتطبيق عليها^(١)، ثم أردفها بأمثلة تطبيقية لما استثنى منها من فروع ضمن السبب المذكور وأعرض آراء الأئمة في هذه المسألة إذ قد تكون مستثناة من القاعدة لهذا السبب عند إمام في حين يعتبرها غيره فرداً من أفراد القاعدة مبينة حجة وأدلة كل رأي أو مذهب.

- اعتمدت في هذا البحث ذكر القواعد الفقهية العامة ولم أتعرض للقواعد المذهبية - المختلف فيها - وإن حصل فهو نادر وقد نهت إليه، لأن القاعدة إذا لم تكن معتمدة عند مذهب ما فإن اعتبار ذلك الفرع مستثنى منها عند ذلك الإمام يكون عبثاً.

- اعتمدت صيغة القواعد من مجلة الأحكام العدلية، ورمزت لرقم المادة بالحرف «م» متبوعاً برقم المادة التسلسلي حسب ورودها فيها؛ لأنها الصيغة التي استقرت عليها القاعدة وإن كان هناك تعديل على تلك الصيغة أشرت لذلك، كما أنني حاولت أن أنتقي قواعد مختلفة وكذا في المسائل المستثناة إذ أوردت أمثلة موزعة على مختلف أبواب الفقه من العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والحدود و... إلخ.

- لم أتقص أسباب الاستثناء جميعها لأن ذلك من شأنه إطالة البحث فيزيد بكثير على القدر المسموح به في مثل هذه الدراسات فاقترصت على الأدلة المتفق عليها وأهم الأدلة المختلف فيها إذ نجد أن المذاهب كلها اعتمدتها على التحقيق على اختلاف بينهم في العبارة والاصطلاح وعلى تفاوت بينهم من حيث الأخذ بها في حين أن المتتبع يجد أن الأدلة الأخرى كسد الذرائع، أو قول الصحابي، كانت أسباباً لاستثناء بعض المسائل من قواعدها. كما أنني لم آت على كل الاستثناءات من كل قاعدة لأن هذا يطول بل يستحيل لكن أخذت بعض المسائل كمنادج في خروجها عن حكم كليتها لتلك الأسباب المذكورة.

(١) الأمثلة التطبيقية لمفردات القاعدة تنطبق عموماً على المذهب الحنفي تبعاً للشروح التي اعتمدتها في «شرح القواعد» ولم أر ضرورة في تحقيقها على المذاهب الأخرى.

- حاولت أن أرجع في دراسة المسألة المستثناة وبيان رأي كل مذهب إلى مراجعه الأصلية وغالباً ما أنقل نصوصاً من كتب الفقهاء لبيان حكم المسألة مع التعليل وهذا زيادة في الإيضاح وبيان مأخذ الحكم وارتباطه بالقاعدة المستثناة. وقد استعملت أحياناً كثيرة عدة طبعات في المرجع الواحد وذلك على حسب ما تيسر، وكذلك الأمر في سائر مراجع هذا البحث.

رأيت أن أختتم هذا البحث بملحق جمعت فيه نماذج لقواعد فقهية أعيدت صياغتها بإضافة قيد أو شرط تكون القاعدة به أكثر شمولاً وأقوى استيعاباً وبالتالي تقل استثناءاتها، كعلاج أو نتيجة لهذه الظاهرة.

- خرّجت الأحاديث والآثار فغزوتها إلى مصادرها الأصلية بالشكل الذي يفي بأغراض البحث دون تقصير أو إطناب.

- وقد ذيلت البحث بملحق لتراجم الأعلام الواردة أسماؤهم في البحث اعتقاداً مني أن ذلك أيسر على القارئ وأضبط. ثم أردفته بفهارس علمية: للآيات القرآنية، ثم للأحاديث والآثار، ثم للقواعد والضوابط الفقهية، ثم للأعلام والمراجع. أما فهرس المحتويات فآثرت أن يكون مرة مفصلاً وأخرى مجملاً تيسيراً على القارئ.

خطة البحث:

قسمت بحثي هذا إلى مقدمة وثلاثة أبواب وملحق بها وخاتمة. أدرجت تحت كل باب فصلاً وضمنت الفصول مباحث والمباحث مطالب إذا اقتضى الأمر ذلك. وذيلت البحث بملحق لتراجم الأعلام وفهارس علمية للآيات والأحاديث والآثار والقواعد والضوابط والأعلام. وتفصيلها كالتالي:

* المقدمة.

* الباب التمهيدي.

الفصل الأول: تعريف القواعد الفقهية وتحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية.

- المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية .
- المبحث الثاني: تحقيق القول في كون القواعد الفقهية كلية أو أغلبية .

الفصل الثاني: مقومات القاعدة الفقهية

- المبحث الأول: أركان القاعدة الفقهية .
- المبحث الثاني: شروط القاعدة الفقهية .

الفصل الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والكليات الأخرى

- المبحث الأول: مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .
- المبحث الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .
- المبحث الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .

الفصل الرابع: مصادر القاعدة الفقهية

- المبحث الأول: نصوص الشرع .
- المبحث الثاني: القواعد الفقهية التي هي نصوص من أقوال الأئمة .
- المبحث الثالث: القواعد الفقهية المخرجة من تراث الأئمة .

الفصل الخامس: دلالية القاعدة الفقهية

- المبحث الأول: أهمية القاعدة الفقهية .
- المبحث الثاني: هل تكون القاعدة الفقهية دليلاً يستنبط منه الحكم؟
- المبحث الثالث: آراء العلماء في دلالية القاعدة الفقهية: عرض ومناقشة .

الفصل السادس: ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية

- المبحث الأول: تعريف الاستثناء لغةً واصطلاحاً .

- المبحث الثاني: أقسام الاستثناء.

- المبحث الثالث: بروز الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم الكتب التي اعتنت به.

* الباب الأول: الاستثناء في القواعد الفقهية وأسبابه من الأدلة المتفق عليها

الفصل الأول: الاستثناء بسبب النص

- المبحث الأول: النص.

المطلب الأول: التعريف بالنص لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التعريف بالكتاب.

المطلب الثالث: التعريف بالسنة.

المطلب الرابع: العمل بالنص أو لا اجتهاد مع النص.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «الخراج بالضمان».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «البينة على المدعي واليمين

المدعى عليه».

المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «جرح العجماء جبار».

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع

- المبحث الأول: الإجماع.

المطلب الأول: تعريف الإجماع.

المطلب الثاني: حجية الإجماع.

المطلب الثالث: مستند الإجماع.

المطلب الرابع: أنواع الإجماع.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة «الرخص لا تناط بالمعاصي».

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات».

الفصل الثالث: الاستثناء بسبب القياس

- المبحث الأول: القياس.

المطلب الأول: تعريف القياس.

المطلب الثاني: حجية القياس.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «الميسور لا يسقط بالمعسور».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة «العادة محكمة».

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «الزعيم غارم».

المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه

عوقب بحرمانه».

* الباب الثاني: الاستثناء في القواعد الفقهية وأسبابه من الأدلة المختلف

فيها

الفصل الأول: الاستثناء بسبب الاستحسان

- المبحث الأول: الاستحسان.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان.

المطلب الثاني: حجية الاستحسان.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان.
المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «الأمر بمقاصدها».
المطلب الثاني: المثال الثاني: نذر التصديق بماله (من نفس القاعدة السابقة).

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «الحدود تدرأ بالشبهات».
المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته».

المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة «لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب

- المبحث الأول: الاستصحاب.

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.

المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب.

المطلب الثالث: حجية الاستصحاب.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «ما جاز لعذر بطل بزواله».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قدرة المتمتع على الهدى بعد الشروع الصوم (مستثناة من نفس القاعدة السابقة).

المطلب الثالث: المثال الثالث: حكم المسافر إذا قدم نهراً في رمضان (مستثناة من نفس القاعدة السابقة).

المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته».

المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

المطلب السادس: المثال السادس: قاعدة «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».

الفصل الثالث: الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسلة)

- المبحث الأول: المصالح المرسلة.

المطلب الأول: تعريف المصلحة.

المطلب الثاني: أقسام المصلحة.

المطلب الثالث: حجية المصالح المرسلة وموقف المذاهب منها.

المطلب الرابع: شروط الأخذ بالمصلحة.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصالح المرسلة.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «الأجر والضمان لا يجتمعان».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة».

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه».

المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «المباشر ضامن وإن لم يتعمد».

الفصل الرابع: الاستثناء بسبب العرف

- المبحث الأول: العرف.

المطلب الأول: تعريف العرف والعادة لغةً واصطلاحاً والنسبة بينهما.

المطلب الثاني: أقسام العرف.

المطلب الثالث: تحكيم العرف.

المطلب الرابع: أدلة اعتبار العرف.

المطلب الخامس: شروط اعتبار العرف.

المطلب السادس: الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف.

المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة «الإقرار حجة قاصرة».

المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة «التابع تابع».

المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة «بيع المعدوم باطل».

* ملحق بالبحث: نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية:

تمهيد:

القاعدة الأولى: «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

القاعدة الثانية: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد».

القاعدة الثالثة: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً».

القاعدة الرابعة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه».

القاعدة الخامسة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته».

القاعدة السادسة: «الأصل في الصفات العارضة العدم».

القاعدة السابعة: «التابع تابع».

القاعدة الثامنة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه».

* الخاتمة: نتائج وتوصيات.

* ملحق بتراجم الأعلام.

* الفهارس :

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس القواعد والضوابط الفقهية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .



الباب التمهيدي

وفيه ما يلي:

الفصل الأول: تعريف القواعد الفقهية وتحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية.

الفصل الثاني: مقومات القاعدة الفقهية.

الفصل الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والكلية الأخرى.

الفصل الرابع: مصادر القاعدة الفقهية.

الفصل الخامس: دلالية القاعدة الفقهية.

الفصل السادس: ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية.

الفصل الأول

تعريف القواعد الفقهية وتحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية

وفيه ما يلي :

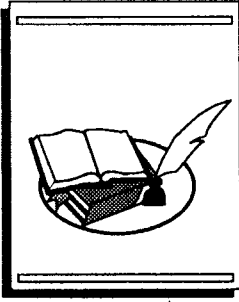
- تمهيد .
- المبحث الأول: تعريف قواعد الفقه .
- المبحث الثاني: تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية .

تمهيد

نهج كثير من العلماء سواء القدامى منهم أو المعاصرين على تعريف القواعد الفقهية بمعناها اللقبى لا بكونها وصفاً مركباً من جزأين: قواعد وفقهية. فدخل في تعريفهم للقواعد الفقهية جميع ما هو صالح للدخول تحت مصطلح القاعدة بمعناها العام. وأدى السير وفق هذا المنهاج إلى إثارة طائفة من الإشكالات والاعتراضات على هذه التعريفات تعرض لها من أتى بعدهم من الباحثين بالمناقشة والنقد والتعقيب دون أن يفرقوا بين من قصد منهم إلى تعريف القاعدة بمعناها العام ومن قصد الدلالة الخاصة للقواعد الفقهية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى اختلفوا في تعريفهم للقاعدة بناءً على اختلافهم في مفهومها: هل هي قضية كلية أم أغلبية؟ لذلك كثرت وتنوعت انتقاداتهم تارةً بكونها غير مانعة من دخول القواعد غير الفقهية فيها، وتارةً بكونها ليست كلية بل أغلبية. لذلك فإننا في هذا البحث سوف نتعرف للقاعدة بمفهومها العام ثم نحدد مفهومها الفقهي.

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن معنى القاعدة ليس مختصاً بعلم بعينه وإنما هو قدر مشترك بين جميع العلوم ومعلوم لدى العلماء منذ وقت مبكر وإن لم يحدوه. شأنه شأن أكثر العلوم قبل تنظيرها. وأن الاستقراء هو أساس القواعد في مختلف العلوم وأساس استنباط مناهج وأصول وقواعد العلماء من تفريعاتهم.



المبحث الأول

تعريف قواعد الفقه

المطلب الأول

تعريف القاعدة بوصفها علماً مركباً

قواعد الفقه مركب إضافي يتكون من المضاف وهو القواعد والمضاف إليه وهو الفقه والإضافة وهي الأمر المعنوي: وبما أن معرفة المركب تتوقف على معرفة مفرداته ضرورة توقف معرفة الكل على معرفة أجزائه فإننا نبدأ بتعريف القاعدة ثم الفقه ثم نخرج على الإضافة.

أ - تعريف القاعدة:

لغة: تجمع على قواعد: وهي أساس الشيء وأصله وقد وردت في اللغة العربية بمعان متعددة حسية ومعنوية تؤول كلها إلى المعنى المذكور: وهو الأساس والأصل.

وتفيد مادة: قعد (ق - ع - د) معنى الاستقرار والثبات، قال ابن فارس (ت ٣٩٥): «القاف والعين والذال أصل مطرد منقاس لا يخلف، وهو يضاهاى الجلوس، وإن كان يتكلم في مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس»^(١).

(١) «معجم مقاييس اللغة»: لابن فارس (١٠٨/٥).

وقواعد البيت أساسه، وهي بمعنى أساطين البناء وأعمدته ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧]، وقوله تعالى: ﴿فَأَقْ أَتَى اللَّهُ بُيُوتَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾ [النحل: ٢٦].

ومنه قواعد اليهودج، جاء في القاموس: «قواعد اليهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تركب عيدان اليهودج منها»^(١).

وقواعد السحاب: أصولها في آفاق السماء شَبَّهت بقواعد البناء.

قال ابن الأثير: «أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيهاً بقواعد البناء»، قال ذلك في بيان حديث رسول الله ﷺ حين سأل عن سحابة مَرَّتْ، فقال: «كيف ترون قواعدها وبواسقها»^(٢).

كما جاء لفظ القواعد بمعناها المعنوي في القواعد من النساء: وهي المرأة الكبيرة المسنة: وسميت قاعداً: لأنها قعدت عن الحيض والولد. وقال الزجاج في تفسير قوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٦٠]، هي اللواتي قعدن عن الأزواج^(٣).

وإن كان هذا المثال الأخير يبدو التحاقه بالمعنى المذكور غامضاً لكن بالتأمل نجدها تعود إلى نفس المعنى ولو بضرب من التأويل؛ لأن القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً يلتفت إلى معنى استقرارهن وقعودهن في بيوت أوليائهن وقعيده الرجل تسمى قعيده لثبوتها واستقرارها في بيت زوجها.

كما أنهن بعد قعودهن عن الأزواج والولد فقد أنجبن من صرف خلائف لهن فهن بالنسبة لغيرهن كالأساس للبناء وأصول خلائفهن فروع.

(١) «القاموس المحيط» للفيروزآبادي (١/٣٤٠)، و«لسان العرب»: لابن منظور (مادة قعد) (٣/٣٦).

(٢) «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير (٣/٢٩٦). و«الحديث في كنز العمال» رقم (١٥٣٤٧) ج ٦ ص (١٧٤).

(٣) «لسان العرب» (٣/٣٦١).

ومنهُ شهر ذو القعدة الذي تقعد فيه العرب عن الأسفار .

هكذا فالمعنى العام الذي تدور حوله الاستعمالات اللغوية لكلمة القاعدة: هو الأصل والأساس سواء كان ذلك في الحسيات كما مر أو في المعنويات كقواعد الإسلام وقواعد العلم فهي أصوله وأساسه التي تبنى عليها فروعه وجزئياته نظراً لابتناء الأحكام عليها كابتناء الجدران على الأساس .

اصطلاحاً: عرفت القاعدة بمعناها التجريدي - وهو المطلوب هنا - بتعاريف كثيرة، نختار أجزها وأشملها وهو تعريف صدر الشريعة إذ يقول: «القواعد قضايا كلية»^(١).

والقضايا: جمع قضية سميت بذلك لاشتمالها على الحكم لأنه أهم أجزاء القضية ويسمى الحكم قضاء كما في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا لِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]. والقضية تشتمل على جميع أركان الحكم: من الحكم، والمحكوم به، والمحكوم عليه.

فقد أطلق المناطقة القدامى مصطلح القانون أو القضية على مسائله، فقالوا: إن قوانينه «قضايا كلية منطبقة على جزئيات»؛ نحو: كل إنسان حيوان ينتج عنها بعض الحيوان إنسان. وكذا عند أهل النحو: كل فاعل مرفوع ينتج عنه بعض المرفوع فاعل وهكذا.

فكلمة قضية عند أهل المنطق وكذا مصطلح القانون عند بعضهم هي بمعنى القاعدة.

قال الفارابي في تعريف القوانين:

«والقوانين في كل صناعة: أقاويل كلية، أي: جامعة، ينحصر في كل واحد منها أشياء مما يشتمل عليه تلك الصناعة وحدها حتى يأتي على جميع الأشياء التي هي موضوعة للصناعة أو على أكثرها»^(٢).

(١) «التوضيح بحاشية التلويح» (٢٠/١).

(٢) «إحصاء العلوم» للفارابي ص (٥٧) بتحقيق عثمان أمين.

والقوانين ضوابط جميع المعارف لا تختص بالمنطق وحده. وفي القاموس المحيط: أن القانون مقياس كل شيء^(١).

والكلية: هي أساس القاعدة ولا يتحقق معناها من دونه والمراد بها المحكوم على جميع أجزائه، أو كافة أفراد القضية. وسيأتي تعريف القاعدة في الاصطلاح بالتفصيل عند تعرضنا لتعريف القاعدة الفقهية بمفهومها اللغوي.

ب - تعريف لفظة «الفقهية»:

الفقهية: نسبة إلى الفقه لإخراج ما ليس فقهياً، كقواعد النحو والأصول والحساب وغيرها.

والفقه: لغة الفهم، جاء في القاموس المحيط: الفقه (بالكسر): العلم بالشيء والفهم له، وقال في المصباح: الفقه: فهم الشيء^(٢). وقد اختلف معناه عند علماء اللغة على ثلاثة أقوال:

أولاً: مطلق الفهم، سواء كان فهم الشيء الواضح أو الخفي. وهو ما عليه جمهور أئمة اللغة، وهو ما يستفاد من قوله تعالى في شأن الكفار: ﴿قَالَ هَؤُلَاءِ أَلْقَوْمٍ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨]. يستفاد من الآية أن فهمهم لأي حديث ولو كان واضحاً يسمى: فقهاً^(٣).

ثانياً: فهم الشيء الدقيق وهو أعم من أن يكون غرضاً لمتكلم أو لغيره وهو قول أبي إسحاق المروزي وهو محجوج بالآية السابقة.

ثالثاً: فهم غرض المتكلم من كلامه سواء أكان الغرض واضحاً أم غير واضح وهو قول الإمام الرازي. قال الإمام السبكي في الإبهاج: «وقولنا: غرض المتكلم من كلامه إشارة إلى أنه زائد على مجرد دلالة اللفظ الوضعية

(١) «القاموس المحيط»: مادة (ق ن ن) ص (١٥٨٢).

(٢) «القاموس المحيط» (٥٩/٢)، و«المصباح» (٥٩/٢).

(٣) «أساس البلاغة» للزمخشري (٢١٠/٢).

فإنه يشترك في معرفتها الفقيه وغيره ممن عرف الوضع»^(١).

وهو مردود بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يَسِجُّ بِجَدِّهِ وَلَكِنْ لَا نَفْقَهُونَ تَسْيِيحَهُمْ﴾ [الإسراء: ٤٤]. فإن ذلك يدل دلالة واضحة على تسمية ما ليس غرضاً لمتكلم فقهاً.

والفقه: اصطلاحاً: عرفه علماء الاصطلاح بتعاريف كثيرة اشتهر منها ولاقى استحساناً تعريف البيضاوي - الذي سوف أقتصر عليه هنا - حيث قال: «هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»^(٢).

العلم: جنس: والمقصود من العلم: مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق. بالأحكام: قيد أول للعلم لإخراج ما ليس بأحكام كأحكام الصفات والذوات والأفعال فهي تصورات.

والحكم: إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً و«ال» للاستغراق، أي: المقصود جميع الأحكام.

الشرعية: قيد ثان للعلم لإخراج الأحكام غير الشرعية كالحسابية والهندسية وغيرها مما ليس شرعاً. والشرعية النسبة فيها إلى الشرع.

العملية: قيد ثالث لإخراج الأحكام الإعتقادية كقولنا: «القدرة لله واجبة». والعملية، أي: المتعلقة بصفة الثابتة للعمل من وجوب وحرمة وندب وغيرها.

من أدلتها: قيد رابع لإخراج ما علم من غير دليل كعلم النبي المتلقى عن غير طريق الوحي. من أدلتها، أي: من أدلة الأحكام.

التفصيلية: قيد خامس احترازاً من الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بشيء معين كمطلق الأمر أو الإجماع ومطلق القياس فالبحث فيها من

(١) انظر: «الإبهاج في شرح المنهاج» للرازي (١٥/١).

(٢) انظر: «البحر المحيط» للزرکشي (٢١/١)، و«شرح العضد على مختصر ابن الحاجب» (١٨١/١).

الأدلة الكلية الإجمالية من شأن علماء الأصول^(١).

ج - الإضافة بين القواعد والفقهية:

الإضافة لفة: الضم والإمالة ومطلق الإسناد.

والإضافة في اصطلاح النحاة: نسبة تقييدية بين اسمين فوجب لثانيها الجبر وهو ضم الأول إلى الثاني ليكتسب منه التعريف أو التخصيص^(٢). أو إسناد اسم إلى غيره على تنزيل الثاني من الأول منزلة تنوينه أو ما يقوم مقام تنوينه^(٣). والمراد بها هنا: اختصاص المضاف إلى المضاف إليه باعتبار مفهوم المضاف إليه.

فقواعد الفقه تختص بالفقه باعتبار أن فروعه مبنية على تلك القواعد فهي نسبة تقييدية بين القواعد وهذا العلم دون غيره.

المطلب الثاني

تعريف القواعد الفقهية بمفهومها اللقبى

عرّف العلماء القاعدة بتعاريف كثيرة متقاربة في كثير من الأحيان، مختلفة اختلافاً صورياً أو جزئياً أحياناً أخرى، يصدق عليها التعريف المنطقي التجريدي للقاعدة بوجه عام؛ كما حاول البعض منهم تخصيص القاعدة الفقهية بالتعريف وهذا قليل جداً.

وسنستعرض بعض التعاريف من الطائفة الأولى مغفلين ما تطابق منها تطابقاً تاماً خشية التطويل لكثرتها، ثم نحاول إلقاء الضوء بالدراسة والتحليل على التعاريف التي خصت القاعدة الفقهية لانتقاء ما نراه الأوفى بالمعنى.

(١) نفس المرجع السابق ص(١٨).

(٢) انظر: «المصباح المنير» (٧/٢).

(٣) انظر: «شرح التصريح على التوضيح» للشيخ خالد الأزهرى (٢٣/٢).

غير أنني سوف لن أتعرض لنقد كل التعاريف المقترحة إلا بقدر ضرورة التوضيح لما يستدعيه البحث^(١).

١ - قال التهانوي في الكشاف: «هي في اصطلاح العلماء تطلق على معان ترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد، وعرفت بأنها: (الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه). وإنه يظهر لمن تتبع موارد الاستعمالات أن القاعدة هي الكلية التي يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها»^(٢).

وقريب منه تعريف الفيومي في المصباح^(٣).

وتابعهما على ذلك تاج الدين السبكي^(٤). لكنه اختار بعد قوله القاعدة هي: الأمر الكلي، أن يبين أن الانطباق يكون على أكثر الجزئيات لا على كلها للتخلص من إفادة العبارة الانطباق الكلي التام آخذاً بعين الاعتبار استثناءات القاعدة.

وآثر بعضهم استعمال لفظة «قضية» أو «الحكم» أمثال صدر الشريعة فقد عرفها بأنها «القضايا الكلية»^(٥). وتابعه على ذلك الشريف الجرجاني^(٦) وأبو البقاء الكفوي^(٧) وذكر انطباقها على جزئياتها.

(١) للرجوع إلى نقد التعاريف بشكل مفصل انظر: كتاب «القواعد الفقهية» للدكتور الباحثين فهو يحوي دراسة نظرية مميزة للقاعدة الفقهية وقد استفدت منه كثيراً في هذا البحث.

(٢) «كشاف اصطلاحات الفنون» (١٦٧٦/٥ - ١٦٧٧). ط. بيروت.

(٣) «تعريف الفيومي»: «الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته». «المصباح المنير» (٢/٧٤).

(٤) «تعريف تاج الدين السبكي»: هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه». «الأشباه والنظائر» (١١/١٠) بتحقيق عادل أحمد عبدالموجود وعلي محمد معوض. ط. دار الكتب العلمية.

(٥) «التوضيح بحاشية التلويح» (٢٠/١).

(٦) «تعريف الجرجاني»: «قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها». «التعريفات» (١٧١).

(٧) «تعريف أبو البقاء الكفوي»: «قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها». كليات أبي البقاء (٤/٤٨).

واختار العلامة التفتازاني لفظة الحكم فقال: «القاعدة: حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(١). وكذا ابن خطيب الدهشة بنفس الألفاظ^(٢).

وقد انتقد بعضهم لفظ الأمر؛ لأنه يوهم إرادة «المفهوم الكلي» وهو ما لا يمنع تصور الشركة فيه بل قد توهمه بعضهم لكن التهانوي انتصر لرأيه ونعت هؤلاء المتوهمين بالقاصرين^(٣).

والحق أن التعبير عن القاعدة بالأمر فيه من التعميم ما ليس في القضية أو الحكم، والتعبير بالحكم إنما هو على سبيل التجوز مجازاً بإطلاق الجزء على الكل.

قال العلمي (ت ١٠٦١) في حاشيته على التصريح: «القاعدة قولنا كل فاعل مرفوع وليس هي الحكم فقط»^(٤).

إلا أن التعبير بالقضية أتم وأشمل لتناولها جميع الأركان؛ الحكم والمحكوم عليه والمحكوم به، وإنما يطلق الحكم على القضية لأنها أهم أجزائها.

٢ - هذا من ناحية ومن ناحية ثانية عبر العلماء في تعريفهم للقاعدة باندرج مجموعة من الجزئيات المتجانسة في الحكم أو الأصل الكلي لكن اختلفوا فمنهم من ذكر الانطباق الكلي أو الاشتمال على كل جزئيات القضية كقولهم: «من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئياتها»، أو تنطبق على جميع جزئياتها لتعرف أحكامها منه، أو يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها. وقد أضاف بعضهم مباشرة ليخرج القاعدة الأصولية التي يتعرف منها الحكم الفقهي لكن بواسطة الدليل^(٥).

(١) «التلويح على التوضيح» (٢٠/١).

(٢) «المختصر من قواعد العلاني وكلام الإسوي» (٦٤/١).

(٣) كشف اصطلاحات الفنون (١١٧٦/٣).

(٤) انظر: «حاشية الدسوقي على شرح التهذيب» ص (٦٦).

(٥) انظر: تعريف أحمد بن عبدالله بن حميد في مقدمته على قواعد المقرئ (١٠٧/١).

لكن البعض الآخر تبني فكرة «أن القواعد الفقهية أغلبية أو أكثرية» وليست كلية، وصرح في التعريف بانطباقها على معظم جزئياتها أو أكثر جزئياتها أو أنها حكم أغلبي كما فعل الحموي في تعريفه إذ قال في شرحه على الأشباه والنظائر لابن نجيم: «أن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي» معرّفاً لها: «القاعدة: حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(١).

الخلاصة:

وعليه فإننا إذا أمعنا النظر في هذه التعريفات فإننا نأخذ صورة واضحة للقاعدة من جهة معناها العام الاصطلاحي، فالقاعدة في جميع العلوم كما اجتمعت عليه هذه التعريفات وإن اختلفت بعض عباراتها: هي كلية وهو القيد الأساس للقاعدة سواء عبروا عنه بالقضية أو الحكم أو الأمر وأن هذه الكلية تشتمل على جزئيات متشابهة أو متجانسة تدرج في هذا الأصل الكلي غير أنه لا بد من الإشارة هنا من أن اطلاقهم على القاعدة حكم الكلية هو من باب التغليب لأنه قد تشذ بعض الجزئيات. فالقاعدة سواء في النحو؛ نحو الفاعل مرفوع، أو في أصول الفقه؛ نحو الأمر للوجوب، أو ما سواهما من العلوم تنطبق على جميع جزئياتها، وإذا كان هناك شاذ فإنه نادر لا حكم له ولا ينقض القاعدة. والعلماء يدركون ذلك قطعاً غير أن منهم من اهتم بالقاعدة من حيث أصلها غير ملتفتين إلى ما قد يصيبها من استثناء لأن الأصل في القاعدة أن تطرد وتنطبق على جميع جزئياتها، فالاطراد فيها أصل والشذوذ والاستثناء طارئ وهو ما جنح إليه التهانوي والشريف الجرجاني وأبو البقاء الكفوي وغيرهم.

بينما أثر بعضهم تجنب ما يدل على الاطراد مشيراً إلى ما تتعرض إليه القاعدة من شذوذ واستثناء كما فعل تاج الدين السبكي فعبر بانطباق أكثر

(١) «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» لابن نجيم شرح أحمد بن محمد الحموي

الجزئيات على الحكم الكلي لا جميعها، وقد أخذ بعضهم بعين الاعتبار القاعدة الفقهية وما يطرأ عليها من استثناء على وجه الخصوص كما صرح به العلامة الحموي فقال: إن القاعدة الفقهية غيرها عند الأصوليين والنحاة وبالتالي جاء تعريفه واضح الدلالة على وجود الاستثناءات في القاعدة الفقهية وأن الحكم فيها أغلبي يندرج معظم الجزئيات فيه لا كلها وقد سبق ذكر التعريف، وسوف نرجع إلى قضية كلية وأغلبية القاعدة الفقهية في مبحث خاص نحقق فيه قول العلماء في هذه القضية ومدى الفصل فيها وذلك بعد التعرض لطائفة من تعريفات العلماء والباحثين المعاصرين الذين خصوا القاعدة الفقهية بالتعريف.

أ - ذكر من تعرض لتعريف القاعدة الفقهية على وجه الخصوص:

اهتم بعض العلماء والباحثين بتعريف القاعدة الفقهية على وجه الخصوص فحاول أن يضيق من العبارة الفضفاضة للقاعدة بمعناها العام التجريدي المطرد وذكر بعض خصوصية القاعدة الفقهية وتحديد عناصرها.

وقد أشرنا فيما سبق إلى تعريف الحموي ولا بأس من إعادته هنا لأن دخوله ضمن هذه الطائفة من التعريفات أنسب وسوف نبدأ به.

تعريف الحموي: قال الحموي: «هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(١).

تعريف أبي عبدالله المقرئ: فقد جاء مختلف العبارة من سابقه وقد وصف تعريفه بالدقة ولاقى استحساناً عند طائفة كبيرة من الباحثين في هذا العلم رغم ما يكتنفه من غموض لاحظته عليه منتقدوه.

قال أبو عبدالله المقرئ المالكي (ت ٧٥٨) في قواعده: هي «كلى أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»^(٢).

(١) «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» (٢١/١).

(٢) «القواعد» (٢١٢/١) تحقيق د. أحمد بن عبدالله الحميد.

وممن استحسن هذا التعريف وعبر عن أرحميته الدكتور محمد الروكي في كتابه قواعد الفقه الإسلامي وكذا كتابه التقعيد الفقهي فقال في هذا الأخير: «أما تعريف المقرري فهو في نظري ألصق التعاريف بحقيقة القاعدة الفقهية وأخص ما يكون بماهيتها»، وذلك أنه جعل القاعدة الفقهية وسطاً بين الأصول الشرعية العامة والضوابط الفقهية الخاصة، ثم يبين الأصول العامة فقال: «هي القواعد الكلية التي تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع أو تعلم من الدين بالضرورة وذلك كحليّة الطيبات وحرمة الخبائث ورفع الحرج في الدين ومراعاة مقاصد المكلفين وغير ذلك من القواعد الشرعية. ثم قال: إن وصفها بالشرعية هو الذي يحدد ماهيتها ودائرتها الاصطلاحية، والفرق بين القواعد الشرعية والقواعد الفقهية كالفرق بين الشرع والفقه، فالمراد بالشرع هي النصوص الشرعية من قرآن وسنة وما دلا عليه من أحكام، أما الفقه فهو فهم هذه النصوص واستخراج الأحكام منها بإعمال وفهم العالم فمن عرّف الضوابط الفقهية بأنها أخص من القواعد الفقهية ودونها في استيعاب الفروع كون القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد كما عرفه كثير من العلماء أمثال السيوطي وابن نجيم والسبكي وغيرهم، ومن خلال ذلك يظهر لنا أن الضوابط الفقهية هي أضيّق نطاقاً من القواعد الفقهية هذا إذا اعتبرنا المعنى الاصطلاحي الخاص للضابط وقد رادف بينه وبين القاعدة كثير من العلماء تجوّزاً وهذا ما جعل أبا عبدالله يصف الضوابط بأنها خاصة»^(١).

لكن رغم ما في هذا التعريف من حصر لمفهوم القاعدة الفقهية كما بينه الروكي. وهذه مزية في التعريف لم يدركها غيره ممن عرّف القاعدة الفقهية من العلماء القدامى - إلا أنه لا يزال فيه شيء من الإبهام والغموض في تحديد القاعدة بدقة بين هذه المفاهيم التي ذكرها. وهذا ما أخذه الدكتور الباحثين على التعريف خاصة بعد ما لاحظته من فرق بين تفسير

(١) «التقعيد الفقهي» ص (٤٨ - ٥١) بتصرف.

الروكي وأبي العباس المنجور لنفس التعريف.

قال المنجور مفسراً كلام المقرئ: بأنه لا يقصد القواعد الأصولية العامة ككون الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس حجة، وكحجية المفهوم والعموم وخبر الواحد وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك، ولا القواعد الفقهية الخاصة كقولنا: «كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور»، و«كل عبارة بنية»، وإنما المراد ما توسط بين هذين مما هو أصل لأمتهات مسائل الخلاف فهو أخص من الأول وأعم من الثاني^(١).

قال الدكتور الباحثين: «وهذا التفسير لا يزيل الإبهام الذي في التعريف، إذ لا يوجد مقياس يحدد لنا ما هو المتوسط بين هذين النوعين الذين ذكرهما، كما أن تفسيره للقواعد بما هو أصل لأمتهات مسائل الخلاف يحصر القواعد في دائرة محدودة، هي دائرة ما اختلف فيه من الضوابط والقواعد وهذا ما ينطبق على قواعد المقرئ، إذ هي غالبها من الضوابط الفقهية المختلف فيها وكثيراً ما تورد بصيغة الاستفهام»^(٢).

رغم أن ملاحظة الدكتور في محلها من أن الإبهام قائم لعدم وجود مقياس يحدد لنا ما هو المتوسط بين هذين المفهومين غير أن قوله: «أن غالب ما جاء في قواعد من الضوابط الفقهية المختلف فيها»، فهو على غرار من كتب في هذا العلم من القدامى خاصة من كتب القواعد المذهبية كما هو حال المقرئ يدرجون القواعد مع الضوابط في مؤلفاتهما بل كثير منها فروع فقهية ليس إلا، ولا يمكن اعتبارها قواعد بالمفهوم المصطلح عليه وهذا كثير في مؤلفاتهم أمثال: قواعد ابن رجب، الفوائد البهية لمحمود حمزة والإمام الزركشي في المنثور وابن السبكي في أشباهه لكن هذا الأخير قد تنبه إلى هذا الموضوع فقال في كتابه الأشباه والنظائر: «وراء هذه القواعد ضوابط يذكرها الفقهاء وليس عندنا من القواعد الكلية، بل من

(١) «شرح المنهج المنتخب» (١٠٩).

(٢) «القواعد الفقهية» للباحثين (٤١ - ٤٢).

الضوابط الجزئية الموضوعية لتدريب المبتدئين لا لخوض المجتهدين، ولتمرين الطالبين ولتحقيق الراسخين»^(١).

ولم يذكر المقري أنه التزم تعريفه للقاعدة في مؤلفه لذلك يدخل في عموم من ذكرنا. ويبقى أنه حصر مفهوم القاعدة وإن لم يحدده بدقة.

ب - تعريفات بعض المعاصرين:

حاول بعض الباحثين المعاصرين وضع تعريف للقاعدة الفقهية مجتهداً في إخراجها من العموم الذي وقع فيه المتقدمون، كل منهم اقترح حداً جمع فيه عناصر القاعدة الفقهية في نظره، وصاغها صياغة تجريدية رأى أنها الأوفى بالمقصود سنعرض أهمها.

١ - تعريف الأستاذ الزرقا: وصفها الأستاذ الزرقا في المدخل الفقهي بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»^(٢).

ثم قال شارحاً: «فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الفقهية فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم»^(٣).

٢ - تعريف الندوي: وقد انتقى منه الندوي تعريفه للقاعدة فقال: «هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة في أبواب متعددة من القضايا التي تدخل تحت موضوعه»^(٤).

٣ - تعريف الروكي: عرفها الدكتور الروكي بعد تعرضه لطائفة من التعريفات بالنقد بأنها: «حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة

(١) «الأشباه والنظائر» (٢/٩٠٥).

(٢) «المدخل الفقهي» (٢/٩٦٥).

(٣) «ألفاظ العموم في اصطلاح أصول الفقه» هي الألفاظ الموضوعية لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستقراء.

(٤) «القواعد الفقهية» للندوي (٤٣).

تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية»^(١).

ومما يميز هذا التعريف عن غيره في نظر مؤلفه أنه لا بد للقاعدة من سند شرعي تستقي منه حجيتها وشرعيتها لكن «قوله» يستند إلى دليل شرعي «غير كاف بل غير مانع في هذا الباب لدخول غير القواعد الفقهية ممن يستند أيضاً إلى دليل شرعي كقواعد العقائد وما شابهها مما ليس من الأحكام العملية»^(٢).

٤ - تعريف أحمد بن عبدالله الحميد: قال في مقدمته لتحقيق قواعد المقرئ: «هي حكم أغلبى يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة»^(٣).

وكما يلاحظ فإنه مأخوذ من تعريف الحموي وأضاف إليه كلمة «فقهية» كقيد لإخراج غيرها من القواعد كالنحوية وغيرها. وهذا غير كاف كما قال الدكتور الروكي أثناء نقده للتعريف؛ «لأن تمييز الفقهية من غيرها ليس هو إضافة «الفقهية» فقط بل الأمر أكبر من ذلك. فالقاعدة الفقهية لا تتميز عن غيرها إلا إذا أدرجنا في تعريفها ما يحدد عناصرها وما تقوم به ماهيتها فالفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة النحوية مثلاً هو الفرق بين الفقه والنحو فهو فرق علمي موضوعي ينبغي أن يتضح تماماً بمعالمه وحدوده في تعريف القاعدة»^(٤).

٥ - تعريف محمد بن عبدالغفار الشريف: في مقدمة تحقيق كتاب «المجموع المذهب»، قال: «القاعدة قضية شرعية عملية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها»^(٥).

وهذا التعريف كما نلاحظ خرج من النقد الموجه للتعريف السابق بأن قيد القواعد بأنها شرعية عملية وهو حد الفقه، كما عرفه الأصوليون بأنه

(١) «نظرية التقعيد الفقهي» (٤٨).

(٢) انظر: في نقد التعريف قواعد الباحثين (٥٢).

(٣) «مقدمة تحقيق قواعد المقرئ» لأحمد بن عبدالله الحميد (١٠٧/١).

(٤) «نظرية التقعيد الفقهي» (٤٦).

(٥) «مقدمة تحقيق المجموع المذهب» للمنجور، تحقيق محمد الشيخ أحمد الأمين (٢٨/١).

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وهو تعريف جيد وشامل في نظري، لأنه ذكر قيماً هاماً لم يذكره غيره هو صلب موضوع القاعدة الفقهية. فقد وصفها أولاً بأنها كلية وهو ما يحمل معنى العموم والتجريد وهما قيذان مهمان في القاعدة عموماً، ثم يميزها من غيرها من الكلّيات بالقيّد المناسب لموضوعها وهو الفقه بكونه يتضمن أحكاماً تشريعية عملية.

ثم ذيلها بعنصر آخر للقاعدة: هي كونها يتعرف منها أحكام جزئياتها وهذا يعني استيعابها لجزئيات كثيرة تدخل تحت موضوعها وأشار إلى عملية التخرّيج بقوله يتعرف منها. وهذا هو المطلوب في التعريف عموماً بأن يكون جامعاً لعناصر موضوعه بحيث يدخل فيه كل ما يجب دخوله ويخرج منه ما يجب خروجه وهو المعبر عنه بقولهم في الحد: «أن يكون جامعاً مانعاً».

رغم أنّ الدكتور الباحثين في كتابه القيم «القواعد الفقهية» أخذ على كل من ذكر عملية التخرّيج في تعريف القاعدة وهم كثير بل أغلب التعاريف سواء من المتقدمين منهم أو المعاصرين ذكروا دخول جزئيات القاعدة ليتعرف أحكامها منها بأساليب مختلفة كما ذكرنا سالفاً. وقال: «أنها ثمرة من ثمرات كلية القاعدة لكن لا تدخل في ماهيتها». غير أنني - والله أعلم - أرى أن في ذكرها عنصراً هاماً من عناصر القاعدة والتي لا تخرج عن ماهيتها وهو عنصر الاستيعاب والشمول لكثير من الجزئيات لأنه إذا لم يكن حكمها مستوعباً للجزئيات كان جزئياً لا كلياً. وإذا أخذنا بعين الاعتبار ملاحظة الدكتور نقتصر على التعريف الآتي: «القاعدة الفقهية هي قضية كلية شرعية عملية».

٦ - تعريف الدكتور يعقوب الباحثين: نختم بتعريف الدكتور الباحثين الذي استخلصه من دراسة مستفيضة دقيقة ونقدية لموضوع القاعدة بكل جوانبه. قال: «هي قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية». وجمع في تعريف آخر شرعية عملية في لفظة فقهية^(١).

(١) «القواعد الفقهية» للباحثين (٥٤).

أما الجزء الأول من التعريف فهو كسابقه جمع عناصر القاعدة الفقهية وقد سبق التعليق على ذلك .

لكن الجديد في هذا التعريف والذي لم يسبق إليه أحد من المتقدمين أو المعاصرين هو تحديد «جزئياته» بأنها «قضايا كلية» وهذا لم يذكره غيره، ويرر ذلك بأن القضايا الكلية يتسع معناها حتى يشمل أحكام الجزئيات ذات التجريد والعموم كما هو في القواعد القانونية والأحكام الفقهية الجزئية التي يمثل كل منها قاعدة كلية باعتبار تجريد موضوعها وعمومه نحو: «من أفطر نهار رمضان عاماً فعليه القضاء والكفارة» و«من أتلف مال غير فعليه الضمان»، فإذا اكتفينا في تعريف القاعدة بأنها قضية كلية دخلت أمثال هذه القضايا في التعريف إذ هي لا تقتصر على شخص بعينه، بل تحكم عليه بصفاته العامة التي لا تختص به .

وكونهم يطلقون عليها جزئيات لا يعني سلب معنى القاعدة عنها ولهذا فإننا نجد أنّ رجال القانون يسمّون هذه الجزئيات قواعد قانونية^(١) .

ينقلنا الدكتور من خلال تعريفه إلى العلاقة بين القاعدة والضابط فقوله: جزئياتها قضايا كلية، فيه إشارة إلى الضوابط، فالقاعدة في الواقع تتسع لتشمل كثيراً من الفروع والجزئيات وتتفاوت بعضها مع بعض فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية ومن أبواب فقهية متعددة قد تكون منها ضوابط لبعض الأبواب الفقهية كالقواعد الكبرى أمثال: «الأمر بمقاصدها»، و«اليقين لا يزول بالشك»... إلخ. ومنها ما كان دونها في الاستيعاب، لذلك نجد أمثال السيوطي وابن نجيم في كتابيهما «الأشباه والنظائر» قسما القواعد إلى أقسام أو فنون .

ثم إن قوله فيما مهد به لتعريفه المختار: إن تعريف القواعد الفقهية ينبغي أن لا يعتمد على الجانب النظري وحده، بل لا بد فيه من النظر إلى واقع القواعد الفقهية المنقول إلينا في كتب التراث شاهد عليه وليس له، إذ

(١) «قواعد الباحسين» (٥٤).



أن إطلاق الضابط على القاعدة أمر شائع مطرد في المصادر الفقهية وكتب القواعد وهذا التمييز الذي نراه الآن اصطلاح حادث في العصور المتأخرة، كما بينه هو نفسه في غير موضع من كتابه. لذلك فإن تحديد جزئيات القواعد وحصرها في قضايا كلية أيضاً تضييق لواسع فيما أرى لأن شمولية القاعدة كما تستوعب القضايا الكلية تتسع أيضاً لجزئيات شتى قد يضبطها ضابط معين وقد لا تدخل تحت أي ضابط وهذا لا ينفي عنها صفة العموم، وكان تعبير الأستاذ الزرقا مناسباً وواضحاً لما قال: «تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». وهذا أقرب للمعنى من التعبير بجزئياتها قضايا كلية.

من هنا كانت أهمية القواعد الفقهية كونها تخرج عليها ما يحدث من النوازل التي تدخل تحت موضوعها، وليس بالضرورة أن تكون قضايا كلية. من جهة أخرى فإن آخر التعريف ينقض أوله إذا عبرنا عن الجزئيات بأنها كلية فما المقصود بكلية القاعدة التي صدرنا بها التعريف؟ والله أعلم.

ج - شرح التعريف المختار: «القاعدة: هي قضية كلية شرعية عملية يتعرف منها أحكام جزئياتها»:

قضية: تجمع على قضايا سميت بذلك لاشتمالها على الحكم الذي يسمى: قضاء، قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]. وقال التفتازاني: «أن المركب التام المحتمل للصدق والكذب يسمى من حيث اشتماله على الحكم قضية»^(١).

وقد يعبر عنه بالحكم باعتبار الحكم أهم أجزاء القضية لأنه الذي ينصب عليه التصديق والتكذيب إلا أن التعبير بالقضية أشمل لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة مما يرجح أولوية استعمال لفظة «القضية».

كلية: وهو قيد أساس في القاعدة لأن معناها لا يتحقق من دونه،

(١) «التلويح» (٢٠/١).

والمراد بها القضية المحكوم على جميع أفرادها كما سبق أن بيناه.

وقد جنح العلامة الحموي إلى تفسير القاعدة الكلية بأنها التي لا تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى وإن خرج منها بعض أفرادها^(١).

وهذا التفسير مخالف لما ذكره المحققون من العلماء؛ لأنه يلزم من كلامه خروج قواعد مجمع على كليتها في اصطلاح العلماء أمثال: «الضرورات تبيح المحظورات» لدخولها تحت قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

الشرعية: أي: ما كان مستندها شرعياً تستقي منه حجيتها وشرعيتها؛ لأن التععيد ضرب من الاستنباط لكن للكليات لا للجزئيات، وإخراج ما ليس شرعياً من أحكام العلوم الأخرى.

العملية: قيد آخر يميز القاعدة الفقهية من غيرها من القواعد الشرعية الأخرى، كقواعد العقائد نحو: «القدرة لله واجبة» وما أشبهها من الأحكام غير العملية.

يتعرف منها أحكام جزئياتها:

- يتعرف: بصيغة التفعيل: فيه إشارة إلى الكلفة والمشقة؛ فيخرج من التعريف القضايا الكلية التي تكون فروعها بديهية غير محتاجة إلى تخريج.

وطريق التعرف أن يأتي بالقاعدة الفقهية على هيئة قضية كلية نجعلها مقدمة كبرى في قياس منطقي بأن يكون موضوع تلك القاعدة محمولاً على المسألة الصغرى، ثم نسلك طريق الإنتاج بحذف الحد الأوسط فيحصل المطلوب. وهو ما عبر عنه صدر الشريعة بكون القضية الكلية ما تكون إحدى مقدمتي الدليل إلى مسائل الفقه ونص على أنها كبرى القياس.

فإذا أخذنا قاعدة أو ضابط: «كل تصرف أو جب زوال الملك في

(١) «غمز عيون البصائر» (١/٥١).

(٢) انظر: «قواعد الباحثين» ص (٣٥).

الموصى به فهو راجع عن الوصية» قضية كبرى يعرف منها حكم جزئيات موضوعها، نضم صغرى سهلة المأخذ إليها، فإذا ما باع الموصي الموصى به، وجدنا أن هذا التصرف يوجب زوال الملك في الموصى به فيكون داخلاً في الكبرى ومعلوماً بالقوة، فإذا أردنا تخريج هذه الجزئية على القاعدة ضممنها إلى الكبرى فحصلت النتيجة: كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به هو رجوع عن الوصية، هذه كبرى يضاف إليها بيع الموصى به تصرف يوجب زوال الملك، هذه صغرى، فتكون النتيجة أن بيع الموصى به رجوع عن الوصية.

هذا التعرّف على حكم الجزئية من القاعدة يسمى: تخريجاً^(١).

- أحكام جزئياتها:

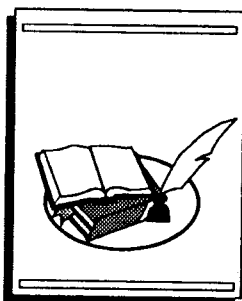
وفيه تحديد لعنصر مهم من عناصر القاعدة وهو الاستيعاب والشمول فإذا لم يكن حكماً مستوعباً للجزئيات كان حكماً جزئياً لا كلياً.

والمراد بالجزئيات: أفراد ذلك المفهوم الكلي الذي هو موضوع القضية والتي لها زيادة تعلق بتلك القضية بأن يتوقف صدق كلية القضية على وجود تلك الجزئيات.

وتوضيح ذلك في قاعدة المشقة تجلب التيسير؛ فللمشقة مفهوم كلي الذي هو موضوع القاعدة له أفراد في الخارج كتجنب ذرق الطيور وطين الشوارع أو دم البراغيث من أجل الطهارة. وحمل المفهوم الكلي على هذه الأفراد نقول: تجنب ذرق الطيور مشقة وكذا طين الشوارع ودم البراغيث وبانطباق الأمر الكلي على هذه الأفراد تعرف أحكامها وهي أنها تجلب التيسير^(٢).

(١) انظر: «مقدمة محقق الدر المشور» للزركشي (١١/١).

(٢) انظر: «قواعد الباحثين» (٢٦).



المبحث الثاني

تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية

يلاحظ من تعريف العلماء للقاعدة الفقهية اختلافهم في التعبير عن انطباقها على جزئياتها؛ فمنهم من وصفها بالكلية وجعل انطباقها على جميع جزئياتها، وغض الطرف عما قد تتعرض له من مستثنيات، ومنهم من حرص على الحكم عليه بالأغلبية وعدم الاطراد لخروج بعض الفروع عنها استثناء لأسباب نبيتها في حينها من هذا البحث، وللتحقيق في هذه المسألة نستعرض آراء العلماء في ذلك .

١ - قرر الشاطبي في موافقاته أن الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقض كلية القاعدة ولا يقدح في عمومها وقد عالج الموضوع بشكل أوسع وأعم من مجرد حصره في القواعد الفقهية بنظرته المقاصدية العامة في الشريعة الإسلامية، فقرر أن الاستثناء وعدم الاطراد عام في كل القواعد الاستقرائية التي تندرج القواعد الفقهية فيها، فهو شامل لكليات الشرع بل يلفت النظر إلى أن الله سبحانه وتعالى ضبط الخلق إلى قواعد عامة جرت سنة الله في الكون إلى أنها أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، ثم يقرر أن الكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عنها جزئي ما، فالعموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف بل الذي يوجب عدم التخلف إنما هو العموم العقلي لأن العقليات طريقها البحث

والنظر، وأما الشرعيات فطريقها الاستقراء ولا ينقضه تخلف بعض الجزئيات.

يقول الشاطبي:

«إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرج عن كونه كلياً وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار القطعي». ثم قال: «إن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت وهذا شأن الكليات الاستقرائية، وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحاً في الكليات العقلية. فالكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات»^(١).

وقال في موضع آخر:

«أصول الشريعة فما تحتها مستمدة من الأصول الكلية شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنصر مثلاً في جزئي معرضاً عن كلية فقد أخطأ».

ثم قال: «فالحاصل أنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها وبالعكس وهو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق وإليه ينتهي طلقهم في مرامي الاجتهاد»^(٢).

٢ - ويرى فريق من الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاماً إستحسانية وهي في هذا أشبه بالقياس في أصول الفقه؛ فإنه كثيراً ما ينخرم ويُعدل به إلى حلول إستحسانية مراعاة لمقاصد الشرع من حيث السهولة واليسر ورفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد أو أن بعضها يخصص أو يقيد البعض الآخر.

(١) «الموافقات» (٥٢/٢ - ٥٣).

(٢) «الموافقات» (٥/٢ - ٩) بتصرف.

يقول الآتاسي شارح المجلة:

«إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية، لكن ربّما يعارض بعض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس إمّا بالأثر كالسلم والإجارة في بيع المعدوم، وإمّا بالإجماع كالاتصناع، وإمّا بالضرورة كطهارة الحياض والآبار، وإمّا بالقياس الخفي المعبر عنه بالاستحسان يقدم على القياس الجلي».

ثم يقرر أن ذلك لا يخل بكليتها فيقول:

«إن بعض هذه القواعد وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاتها بعض المستثنيات للأسباب المارة لكن لا تختل بذلك كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص أو يقيد بعضاً آخر»^(١).

٣ - من ناحية أخرى يورد الدكتور الباحثين ملاحظة في غاية الأهمية أنه قد يكون خروج الجزئيات من القاعدة بسبب وجود مانع فيها أو عدم تحقق شرط من شروطها، وليس هذا خاصاً بالقاعدة الفقهية إذ أنه حتى القواعد الأصولية يتحقق فيها مثل هذا، يقول في هذا الصدد: «إذا تبعنا أكثر ما يستثنونه وجدناه لم ينطبق عليه شرط القاعدة، إذ أنهم يذكرون القاعدة مجردة من الشروط التي لا بد من تحققها، وقد يكون خروج الجزئيات المذكورة عن القاعدة بسبب وجود مانع فيها، وهذا الأمر ينطبق على جميع القواعد وليس القواعد الفقهية وحدها فقاعدة «الأمر للوجوب» الأصولية لا يقدح في كليتها قوله ﷺ: «كل مما يليك»^(٢)، ولا قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، لوجود القرينة الصارفة عن مقتضاه إلى

(١) «شرح المجلة» (١١/١ - ١٢).

(٢) جزء من حديث رواه البخاري عن عمر بن أبي سلمة، كتاب الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين رقم (٥٣٧٦).

التأديب أو الندب في الأول وإلى الإباحة في الثاني فإذا قيّدنا القاعدة بقولنا: «الأمر المجرد عن القرائن للوجوب» استقامت القاعدة الكلية وهذا ما يمكن أن يقال في القاعدة الفقهية وغيره^(١).

وهذا ما نلاحظه في كثير من القواعد التي عدّلها بعض الفقهاء، وقد قام الشيخ الزرقا في شرحه للقواعد بتعديل الكثير منها بإضافة شرط فيها أو غيره حتى يقلل من مستثنياتها مثل: قاعدة «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» هذه عبارة القاعدة في المجلة - أي: مجلة الأحكام العدلية - والمقصود بلا إذن المالك. وقد صاغها الدكتور مصطفى الزرقا بحذف الضمير أي: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن» ليشمل إذن المالك وإذن الشارع، كما قد يكون مصدر الإذن الشرع أو العرف كما لو ذبح الراعي شاة أصيبت ولا ترجى حياتها فإنه لا يضمن، ونفذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعاً؛ لأنه مستند إلى ولاية^(٢).

ومثال ثاني: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» عدّل القاعدة: «الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان».

قال: القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان الجواز مقيداً فإنه لا ينافي الضمان، لذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه، مع أن أكله واجب لا جائز فقط، وذلك أن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير. وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمها أو بفمها وذلك لأن السير في الطريق العام وإن كان جائزاً فهو مقيد شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه^(٣). وبهذا التخريج تقلل مستثنيات هذه القاعدة فإن

(١) «القواعد الفقهية» للباحسين (٤٧ - ٤٨).

(٢) «المدخل الفقهي» (١٠٤٠/٢ - ١٠٤١).

(٣) المرجع السابق: (١٠٥٤/٢ - ١٠٤٦).

الشراح يعدّون هذين الفرعين من المستثنيات وسوف نبسط القول بمزيد الأمثلة والإيضاح لمسألة تعديل القاعدة الفقهية في المبحث الخاص بهذا الموضوع.

٤ - في كثير من الأحيان تخلف مسألة ما عن حكم قاعدة ما يلزم منه اندراج هذه المسألة تحت حكم قاعدة أخرى، فالمسألة المخرّجة تندرج ظاهراً تحت حكم قاعدة ولكنها في الحقيقة مندرجة تحت حكم قاعدة أخرى وهذا من باب تنازع المسألة بين قاعدتين^(١).

يقول ابن السبكي في هذا:

«وربما جزموا بإعطائه الفرع حكماً وذلك ينقض على الأصل لقوة أصل آخر عليه اجتذب ذلك الفرع وانتزعه وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد»^(٢).

ومثل ذلك كثير في باب استثناء القاعدة بسبب العرف كثيراً منها تدخل تحت قاعدة «العادة محكمة» وهكذا.

وحاصل الرأي الذي أكاد أقول أجمع عليه العلماء أن القاعدة أعم من أن تكون كلية أو أغلبية وأن الاستثناءات التي توجد في القاعدة لا تخل بكليتها. وأن الخلاف الواقع في التعريفات شكلية أو اصطلاحية بالدرجة الأولى لأن من عرّف القاعدة بأنها كلية إنما ذهب إلى ما بيناه سابقاً ولم يكونوا ليغفلوا موضوع الاستثناءات في القاعدة. ومن عرفها بالأغلبية إنما فضل التصريح والدقة.

وكما قال الندوي في هذا الشأن: أنه لا داعي إلى وضع قيود تفضي إلى تحجير الواسع وتضييق النطاق بحيث يصعب تطبيق ذلك على كثير من القواعد التي أدرجها الفقهاء في كتب القواعد^(٣)، والله أعلم.

(١) «موسوعة القواعد الفقهية» للبورنو (٢٤/١).

(٢) «الأشباه والنظائر» (٤٨).

(٣) «القواعد والضوابط» للندوي (١٠٨).

الفصل الثاني

مقومات القاعدة الفقهية

وفيه ما يلي:

تمهيد.

المبحث الأول: أركان القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: شروط القاعدة الفقهية.



تمهيد

للقاعدة الفقهية مقومات علمية أساسية تتكون منها حقيقتها وتكتسب منها ماهيتها، شأنها في ذلك شأن جميع العلوم. وقد تناول بعض الباحثين المعاصرين هذا الموضوع - على قلة من بحث فيه - عند دراسة قواعد معينة كما فعل الدكتور هرموش مثلاً عند دراسة لقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»^(١). فقد تعرض لذكر شروط القاعدة. وكذا الدكتور «الزرقا» عندما تحدّث عن شروط العرف والقاعدة^(٢) وغيرهم...

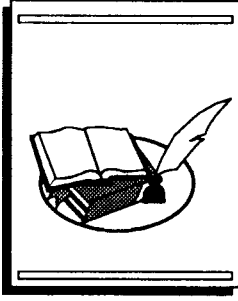
لكنني لم أجد - فيما أعلم - من تعرّض لدراسة مقومات القاعدة الفقهية بشكل عام أو بمفهومها التجريدي كقاعدة فقهية من حيث هي قاعدة بوجه عام إلا ما كتبه الدكتور الروكي في كتابه «التقعيد الفقهي» حيث بحث هذه المقومات على شكل عناصر أساسية أربعة هي: الاستيعاب والاطراد أو الأغلبية، التجريد، وإحكام الصياغة.

لكن إذا نظرنا إلى ما كتبه نجده أقرب إلى خصائص القاعدة الفقهية منه إلى ما نريد بحثه هنا: مقومات؛ من تمييز لأركان وشروط القاعدة الفقهية بوجه عام.

وهو ما بحث الدكتور الباحثين في كتابه - القواعد الفقهية - ومنه نقيّد هذا المبحث، لأننا لم نجد غيره تعرّض لهذه الجزئية في الدراسة النظرية للقاعدة الفقهية على كثرتهم.

(١) «القاعدة الكلية»: إعمال الكلام أولى من إهماله (٥٤) وما بعدها.

(٢) «المدخل» (٨٧٩ - ٨٨٠) وما بعدها.



المبحث الأول

أركان القاعدة الفقهية

الركن لغةً: الركن لغة كما جاء في «المصباح»: الجانب القوي من الشيء.

واصطلاحاً: «هو ما لا وجود للشيء إلا به وهو داخل في ماهيته»^(١).

ولما كانت القاعدة قضية كلية وفق ما توصلنا إليه في المبحث السابق فلا بد أن تكون أركانها أركان القضية، وقد بحث رجال المنطق أركان القضية، وأقسامها، وأجمعوا على أن أركان القضية ثلاث: موضوع ومحمول والرابطة، أي: النسبة بينهما، لكن الظاهر من القضية أنها فقط الموضوع والمحمول، أما الرابطة فهي أمر ملاحظ في الذهن.

جاء في «ضوابط المعرفة»: «القضية الحملية إذن مسند ومسند إليه بحسب اصطلاح النحاة، أو محكوم به ومحكوم عليه بحسب اصطلاح البلاغيين. أما في اصطلاح المناطقة فالمسند إليه هو «الموضوع» سواء كان مبتدأً أو فاعلاً أو ما هو قائم مقام أحدهما، والمسند هو المحمول، سواء أكان خبراً أو فعلاً أو ما هو قائم مقام أحدهما. وسبب هذه التسمية أن المناطقة يلاحظون أن المسند إليه يوضع أولاً في التصور ثم يحمل عليه المسند، فسموا المسند إليه: موضوعاً، والمسند: محمولاً، وسموا القضية

(١) «التعريفات» للجرجاني (٩٩).



كلها حملية نسبة إلى معنى الحمل الموجب أو السالب الذي يجري فيها.

أما النسبة بين الموضوع والمحمول فهي الرابطة الملاحظة في الذهن، أما في الكلام فيدل عليها دالّ ما، وهو إمّا أن يكون مجرد الاقتران اللفظي كقولنا: «جاء موسى» وإمّا أن يستخدم للدلالة عليها ضمير الفصل، وهو رابط غير زمني كقولنا: «الله هو ربّنا» أو فعل الكون وهو رابط زمني كقولنا: «إنّ الله كان عليمًا حكيمًا»^(١).

وهو ما عبّر عنه الباحثين بأنّ الرابطة أو علاقة الاتّصال أو الانفصال بين الموضوع والمحمول تفهم ضمناً في هذه اللغة - يقصد اللغة العربية - وفي غالب الأحوال لا نجد تصريحات بهذه الرابطة، وعلى هذا نجد أنّ ذكرها ركناً في القصة يعد نافلة من القول.

وعليه فإنّ للقاعدة ركنين:

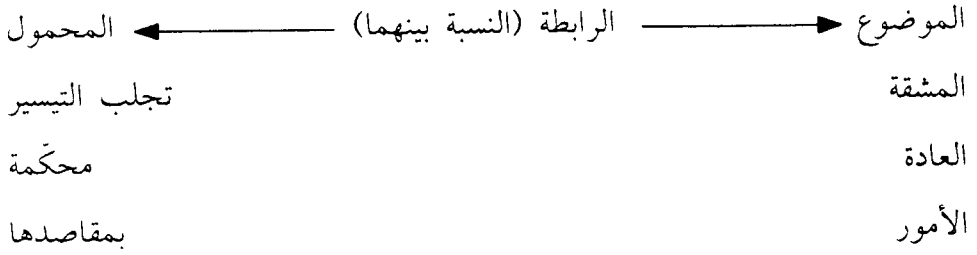
١ - الركن الأول: وهو الموضوع أو المحكوم عليه: وهو الذي وضع ليحمل عليه الحكم أو ليحكم عليه كالمشقة في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، والضرر في قاعدة: «الضرر يزال»، واليقين في قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

٢ - الركن الثاني: المحمول: أو المحكوم به، وهو ما حمل على الموضوع أو أخبر به عنه أو نسب، أو أسند إليه بوساطته تثبت أو تنفي وصفاً عن الموضوع. ولا بد أن يكون ذلك الوصف بياناً لحكم شرعي أو لماله صلة بالحكم الشرعي كإثبات التيسير للمشقة، والإزالة للضرر، ونفي إزالة الشك لليقين. وقد يقع المحمول اسماً كقولهم في قاعدة: «العادة محكمة» و«الأمر بمقاصدها». وقد يقع فعلاً كقولهم قاعدة: «الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير»^(٢).

(١) «ضوابط المعرفة» للميداني (٨٢).

(٢) «القواعد الفقهية»: (١٦٩ - ١٧٠).

بيان توضيحي





المبحث الثاني

شروط القاعدة الفقهية

المطلب الأول

شروط أركان القاعدة الفقهية

لا بد لركني القاعدة الفقهية من شروط لتحقيقها:

أولاً - شروط الموضوع:

١ - التجريد:

التجريد في اللغة: التعرية، يقال: «جرّده من الثياب إذا عرّاه منها، وجريد النخل: السعف يعري عن الخرص»^(١).

والمعنى الاصطلاحي لا يتباين مع المعنى اللغوي فالتجريد في القاعدة أن تكون مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها، أي: يكون الحكم الذي تقوم على أساسه القاعدة موضوعياً جامعاً مستوعباً، صالحاً للانطباق على كل أو أغلب الجزئيات المعلولة بعلمته^(٢).

وتوضيحاً لذلك فإن قاعدة: «الضرر يزال» لا تعني ضرراً معيناً في

(١) «مختار الصحاح» (١١٤).

(٢) «التعديد الفقهي» (٦٣).

واقعة خاصة بل كل ضرر تنطبق عليه صفات الضرر الذي أمر الشارع بإزالته، كما أنه لا يتناول شخصاً بعينه، بل إن إزالة الضرر ينبغي أن تشمل كل شخص مورس ضده.

٢ - العموم:

والمراد هو الشمول، يقال في اللغة: عمّ الشيء عموماً شمل العامة، كما يقال: عمّمهم بالعطية شملهم بها أيضاً.

والمقصود بالعموم في القاعدة: أن موضوع القضية لا بد أن يتناول جميع أفراد الذين ينطبق عليه معناه. وهو ما عبّر عنه الدكتور الروكي في ذكره لعناصر القاعدة بعنصر الاستيعاب، أي كون القاعدة تشتمل على حكم جامع يندرج فيها بقوته وسريانه كثير من الفروع، لذلك عبّر بعضهم في تعريفه للقاعدة بقوله: «من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئياتها»، كما سبق أن بيّناه. وهذا أيضاً ما يميز القاعدة عن غيرها - في الاستيعاب والعموم - من الكليات الأخرى كالضوابط والحدود.

وعموم القاعدة مترتب على تجريد موضوعها، لذلك استغنى بعض الباحثين في القانون بصفة التجريد عن صفة العموم باعتبار أن القاعدة إن كان موضوعها مجرداً فهي عامة حتماً^(١).

ومما ينبغي التنبيه إليه أن العموم والتجريد في القاعدة، إنما هما وصفان لها في مرحلة سكونها قبل أن تتحرك لتتنطبق على شخص معين وواقعة بعينها.

ثانياً: شروط المحمول:

١ - أن يكون حكماً شرعياً: وهذا الشرط نابع من طبيعة القاعدة، لأننا قلنا: إنها قضية كلية شرعية عملية فلا بد أن يكون الحكم فيها شرعياً ويغلب في صيغ القواعد أن تحدد محمولها الجواز أو عدمه دون تفصيل

(١) «قواعد الفقه» للباحثين (١٧٢ - ١٧٣).

لنوع الحكم، تكليفيًا كان أو وضعيًا وقد يفهم من صيغتها الطلب بغير الأسلوب المعروف عند الأصوليين نحو: «المشقة تجلب التيسير» و«الضرر يزال» و«العادة محكّمة»... وفي كل ذلك يعتمد على القرائن والأمور الخارجية في تعيين نوع الحكم، ف«المشقة تجلب التيسير» تفيد الترخيص، لكن حكم التيسير والترخيص يختلف باختلاف نوع المشقة التي تستدعي ذلك، فقد يكون الأخذ بالتيسير واجباً وقد يندب وقد يباح وكل ذلك يفهم - في الغالب - من خارج القاعدة لا من الصيغة نفسها^(١).

٢ - أن يكون حكماً باتاً غير متردد فيه: ذلك أنّ التردد يجرد القاعدة من طبيعة الحكم ويفقدها قوتها والامتثال لهذا الحكم.

ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّ القواعد التي صاغها العلماء بصيغة الاستفهام كقولهم: الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟ والعبرة بالحال أو بالمآل؟... وغيرها. فهذه القواعد وأمثالها تمثل ما اختلف فيه العلماء ولا يمكن أن تعدّ كل واحدة منها بصيغتها المذكورة قاعدة، بل هي قاعدتان تمثل كل واحدة منهما وجهة نظر.

فقاعدة الإقالة: هل هي فسخ أو بيع؟ تمثل حكمين مختلفين أو وفق وجهتي نظر مختلفتين هما:

أ - كل إقالة بيع.

ب - كل إقالة فسخ.

وأرى - والله أعلم - أن نضيف شرطاً ثالثاً للحكم (المحمول) ذكره الدكتور الروكي ضمن عناصر القاعدة، وأرى أنّه شرط أساسي للحكم في القاعدة وهو الاطراد.

٣ - الاطراد: والاطراد لغةً: هو التابع والاستمرار. واصطلاحاً: هو

(١) المرجع السابق (١٧٤ - ١٧٥).

ما يوجب الحكم لوجود العلة وهو التلازم في الثبوت^(١).

وهذا المعنى أصل في القاعدة الفقهية إذ أنّ انطباق الحكم على كل جزئياتها مستمر ومتتابع كلما جد من الحوادث ما هو نظير جزئياتها إلا واندرج معها في حكمها. لكن - وكما أسلف أن بينّا - قد يتخلف بعض الجزئيات فينقل الحكم إلى الأغلبية بدل الاطراد. والاطراد أو الأغلبية مرتبطان بشمول الموضوع وعمومه^(٢).

المطلب الثاني

شروط تطبيق القاعدة

١ - مراعاة الشروط الخاصة بكل قاعدة: إضافة إلى الشروط العامة فإن لكل قاعدة شروط خاصة لتطبيقها يجب ملاحظتها حتى ندفع الطعن في كلية القاعدة الفقهية.

وعلى خلاف الشروط العامة المدروسة سابقاً فإننا نجد كثيراً من العلماء والباحثين قد تعرّضوا للشروط الخاصة ضمن الدراسات الخاصة لقواعد معينة وتوضيحاً لذلك نقول:

أ - قاعدة «المشقة تجلب التيسير» مثلاً، لا تطبق إلا بعد تحقق طائفة من الشروط:

١ - أن تكون المشقة فيها حقيقية.

٢ - أن تزيد على المعتاد.

٣ - أن لا يؤدي بناء الحكم عليها، إلى تفويت ما هو أهم من ذلك.

٤ - أن لا يكون للشارع مقاصد من التكليف بهذه المشقة.

(١) انظر: «التعريفات» للجرجاني (١٤١).

(٢) انظر: «الروكي في التقعيد» (٦٢ - ٦٣).

ب - قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» فإنها لا يعمل بها، ولا تطبق على جزئياتها إلا بشروط معينة منها:

- ١ - أن تكون الضرورة محققة لا متوهمة.
- ٢ - أن تكون إزالة الضرورة متفقة مع مقاصد الشارع.
- ٣ - أن لا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها.
- ٤ - أن لا يترتب على إزالتها إلحاق ضرر بغيره.
- ٥ - أن تقدر الضرورة بقدرها.

ومثل ذلك يمكن أن يقال في سائر القواعد.

٢ - أن لا يعارضها ما هو أقوى: من نص أو إجماع أو أصل ثابت لكون الحكم المستفاد من القاعدة أضعف من الحكم الثابت بالنص والإجماع، وهذا إذا كانت القاعدة ثابتة بطريق الاستقراء لا مستفادة من نص شرعي لأننا ننتقل حينئذ إلى حالات الترجيح بين النصوص والتخصيص والتقييد وما إلى ذلك.

مثال: عدم انطباق قاعدة «الأصل في الميتات التحريم» على السمك والجراد لمعارضته النص الشرعي الذي أفاد حليتها وهو قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»^(١).

والحاصل: أننا إذا أعملنا الشروط الخاصة بتطبيق كل قاعدة من القواعد الفقهية فإننا نتخلص من كثير من المستثنيات أو نضيّق من دائرتها على أقل تقدير؛ لأن أسباب الاستثناء كما سنرى لاحقاً تتلخص في كون القاعدة أضعف من السبب الذي من أجله استثنى ذلك الفرع.

(١) انظر: «قواعد الباحثين ص (١٧٧) وما بعدها. والحديث رواه أحمد (٩٧/٢) وابن ماجه كتاب الأطعمة باب الكبد والطحال رقم (٣٣١٤) ومختصراً في الصيد رقم (٣٢١٨) والبيهقي (٢٥٧/٩) من رواية عبدالرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر.

الفصل الثالث

الفرق

بين القواعد الفقهية والكليات الأخرى

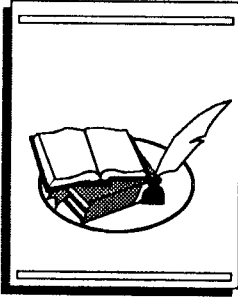
وفيه ما يلي:

المبحث الأول: مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الفرق بين القاعدة والضابط.

المبحث الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

المبحث الرابع: الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية.



المبحث الأول

مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي

تعريف الكلي: الكَلِّي - أو الكَلِّيَّة - سمي بذلك نسبة إلى لفظه «كل»، لأن القاعدة غالباً ما تتصدر بهذه اللفظة كقول المناطقة: «كل متغير حادث» وقول النحاة: «كل ما لا يعقل يذكر ويؤنث»، وقول الأصوليين: «كل صيغة أمر عزيت عن القرائن فهي للوجوب»، وقول الفقهاء: «كل سلف جرّ نفعاً فهو حرام»، وهكذا... وحتى إذا لم تتصدر القاعدة بلفظة «كل» فإن معناها يتضمنها.

ونشأ استعمال الكليات في سائر العلوم بالنظر إلى وضعها اللغوي في دلالتها على الشمول باعتبار كلمة «كل» صيغة من صيغ العموم، فلا يرجع ذلك في الأصل إلى اصطلاح المناطقة، وإن كان للذوق المنطقي لدى الفقهاء أثر في شيوع هذا التعبير، والحق أنها صيغة عربية أصيلة جرت على السنة فصحاء العرب قبل أن يصل المنطق إلى المسلمين، ولنا أمثلة كثيرة في جوامع كلم النبي ﷺ منها: «كل راع مسؤول عن رعيته»^(١)، «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٢)، «كل مسكر حرام»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» عن ابن عمر: كتاب النكاح، باب المرأة راعية في بيت زوجها، رقم (٥٢٠٠).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» عن عائشة: كتاب البيوع، باب إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل، رقم (٢١٦٧).

(٣) أخرجه مسلم في «صحيحه» عن عائشة: كتاب الأشربة، رقم (٥٢١٣).

من العبارات الاصطلاحية التي دخلت مجال الفقه وأصوله عبارة «الكلية» التي يراد بها كون «المفهوم كلياً حقيقياً كان أو إضافياً، وتكون لها جزئيات مندرجة تحتها»^(١). ومن المؤلف المعهود أن الكلام الذي استهل بكلمة «كل» في الفقه انسحب عليه مفهوم الكلية غالباً، سواء كان من قبيل القواعد أو الضوابط، ويكون لكلمة الأصل عند فقهاءنا الأوائل نفس المفهوم، وأوضح مثال على ذلك ما أورده الإمام الكرخي في رسالته المسماة: «أصول الإمام الكرخي»، حيث صدر كل قاعدة منها بلفظ الأصل.

ثم تعاقب العلماء يستخدمونها عبر القرون وربما جرت على ألسنتهم وأقلامهم عفواً أو قد يستعملونها لكل مفهوم كلي له جزئيات مندرجة تحته. فقد أطلق الشاطبي على المقاصد الشرعية الضرورية والحاجية والتحسينية «كليات الشريعة» مؤكداً أن لهذه الكليات جزئيات لا تستغني عن الاندراج تحتها^(٢). وقد وصف ابن نجيم قواعده الفقهية التي أدرجها تحت الفن الأول بالكلية وأراد بها القواعد العامة الجامعة لفروع من أبواب شتى^(٣).

وهكذا إذا وقفت على المدونة التي دونت فيها آراء الإمام مالك بن أنس وأصحابه وجدت نصوصاً تشعر بأن ضبط المسائل بالكليات كان محل اعتبار واعتناء عندهم جميعاً. وكذا كتاب الأم للشافعي فإنه يحوي نصوصاً في شتى أبواب الفقه يتحقق فيها مفهوم الكلية وغيرهما.

وكان من أثر ذلك أن تظافرت الكليات في كتب المتأخرين من فقهاء المذاهب، بل أكثر من ذلك فقد اعتبر بعضهم الحكم الفقهي الفرعي - باعتبار تعدد جزئيات الواقع التي تنجم في واقع حياة الناس - يكون كلية ولاحظ صعوبة تطبيقه في علم القضاء.

قال أبو عبدالله محمد بن عبدالسلام التونسي (ت ٧٤٩هـ): «علم القضاء

(١) انظر: «كشاف اصطلاحات الفنون» (٢/١٢٦٤).

(٢) «الموافقات» (١/٣٠).

(٣) «الأشباه والنظائر» (١٦٦).

وإن كان أحد أنواع علم الفقه، لكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء وربما كان بعض الناس عارفاً بفضل القضاء وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه . . . ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الواقع بين الناس وهو عسير على كثير من الناس»^(١).

ولا يخفى تطبيق الكليات الفقهية على جزئيات الواقع ضرب من الاجتهاد لا ينقطع مدى الزمن والحاجة إليه أكيدة^(٢). وهذا ما أكده الإمام الشاطبي في الموافقات في معرض حديثه عن تحقيق المناط.

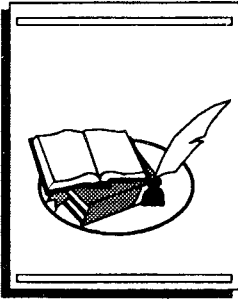
وهكذا فإننا نجد أن كثيراً من فقهاءنا كانوا يصوغون أحكاماً فقهية في قالب الكلية بمفهومها المنطقي، وقد وجدوا في صيغتها ما يساعد على التعبير عن مفهوم العموم المقصود.

على أن هذه الكلية الفقهية قد تسمو إلى مستوى القاعدة العامة وقد تكون مجرد ضابط لا يتجاوز باباً معيناً من أبواب الفقه فتصبح أقرب إلى الحكم الفرعي.

والحاصل: أن الكلية معنى يمثل روح القاعدة الفقهية وركنها وماهيتها وحقيقتها التي تقوم عليها، لكن من حيث مضمونها فهي تتفاوت بعضها مع بعض فنجدها أصنافاً ومراتب، فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية وفي جميع الأبواب مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» و«الضرر يزال» . . . ومنها أقل شمولاً: «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني». ومنها ما يختص بباب واحد كقولنا: «كل كفارة سببها معصية فهي على الفور». لذلك فإننا نجد خلطاً اصطلاحياً واضحاً عند الفقهاء بين هذه المفاهيم الكلية. نحاول في المباحث الآتية إلقاء الضوء على الفرق بين القاعدة الفقهية التي هي موضوع بحثنا وغيرها من الكليات.

(١) «مواهب الجليل» (٦/٨٧).

(٢) انظر: كليات المقرئ، مقدمة المحقق (٣٧ - ٣٨).



المبحث الثاني

الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

المطلب الأول

بيان معنى الضابط

لغةً: يجمع على ضوابط، وهو في اللغة مأخوذ من الضبط الذي هو لزوم الشيء وحبسه، وقال الليث: الضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء وضبط الشيء حفظه بالحزم.

والرجل ضابط، أي: حازم، والضبط: إحكام الشيء وإتقانه، وضبط الكتاب أصلح خلله^(١).

وللضبط معان لا تعدو في أغلبها معنى الحصر والحبس والقوة.

اصطلاحاً: لم يفرق معظم الفقهاء في تعريفاتهم بين القاعدة والضابط فقد جمعوا الكل تحت مفهوم القضية الكلية كما سبق أن ذكرنا، بل قد يدخل ضمن هذا التعريف جملة من الكليات الأخرى، فقد استعمله العلماء بمفهوم الحد أو المقياس كقول ابن السبكي:

«ضابط العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى»^(٢).

(١) انظر: مادة (ض ب ط) في: «لسان العرب»، «المعجم الوسيط».

(٢) «الأشباه والنظائر» (٢/٣٠٤).

وقول القرافي في إطلاق الضابط بمعنى المقياس :

«ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف هو كذا...»^(١).

لكن أشار بعضهم إلى هذا الفرق كما رأينا في تعريف أبي عبد الله المقري للقاعدة فقد قال: «القاعدة الفقهية أعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»^(٢)، فقد جعل الضوابط أضيق دائرة من القواعد.

ولعل خير من ميز هذا الفرق بوضوح تاج الدين السبكي إذ نص على أن الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى: «ضابطاً»^(٣).

وقد أقر هذا التعريف بل هذا الفرق كل من «جلال الدين السيوطي» و«ابن نجيم» في أشباههما، فقال السيوطي في كتابه:

«إن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمع فروعاً من باب واحد»^(٤).

وتبعه على ذلك ابن نجيم في كتابه «الأشباه والنظائر»، فقال في مقدمة الفن الثاني: «والفرق بين الضابط والقاعدة، أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل».

إذن فما ضمّ صوراً متشابهة واختص بباب واحد فهو الضابط لكن المصطلحات العلمية لا تستقر على نمط معين إلا بكثرة استعمالها في المواضيع المختلفة وتردها على الألسنة، وهي تنتقل من طور إلى طور وتتغير مع تعاقب العصور، فقد يكون الاصطلاح عاماً في فترة من الفترات فيتطور إلى أخص مما كان عليه أولاً. وإطلاق الضابط على القاعدة أمر شائع في كتب الفقه^(٥).

(١) «الفروق» (١/١١٨).

(٢) «قواعد المقري» (١/٢١٢).

(٣) «الأشباه والنظائر» (١/٧).

(٤) «الأشباه والنظائر» (١٩٥).

(٥) انظر: «قواعد ابن رجب» و«قواعد المقري» و«الاستغناء» للبكري.

الفرق بين الضابط والقاعدة

١ - يقع كل من القواعد والضوابط ضمن مفهوم الكليات ويستعمل في كليهما عبارة «كل»، فإنها تصاغ غالباً في الفقه الإسلامي على مفهوم الكلية سواء كان من قبيل القواعد أم الضوابط لدلالاتها على العموم والشمول.

٢ - يبدو من خلال التعريفات المذكورة أن الفرق البين بين القواعد والضوابط هو ما ذكر ابن السبكي وتبعه عليه غيره من العلماء من أن الضابط أقل شمولاً من القاعدة، إذ هو ما اختص بباب واحد وقصد به نظم صور متشابهة في حين أن القاعدة تشمل فروعاً من أبواب شتى.

٣ - بناءً على الفرق السابق، فإننا نجد الشذوذ في القواعد أكثر من الضوابط إذ تقل فيه المستثنيات لأنها تضبط موضوعاً واحداً^(١).

٤ - اعتبر الدكتور الروكي الضابط مرتبة من مراتب القاعدة فقال:

«للخروج من هذا الإشكال والحيرة في التفريق أو عدم التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يجرننا الحديث عن أنواع القاعدة الفقهية، وهل فعلاً للقاعدة أنواع منضبطة ومحددة أم لا؟ فالناظر في هذه الثروة الضخمة من القواعد الفقهية يجد أنها أنواع كثيرة جداً من حيث مضمونها وتفاوت بعضها مع بعض من حيث الشمول... ومن حيث صلة بعضها ببعض إذ نجد أن منها القواعد الأساسية التي هي أصل لغيرها ولا تتفرع هي عن غيرها مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، مع «الضرر يزال» و«الضرر لا يزال بالضرر»...^(٢).

وانطلاقاً من ذلك يتضح لنا أنه: من الصعب حصر القاعدة الفقهية في أنواع وأصناف محددة، لا من حيث طبيعتها ولا من حيث مراتبها، لذلك

(١) المصدر السابق.

(٢) «قواعد الفقه الإسلامي» للروكي (١١٢ - ١١٣).

اكتفى الفقهاء بتسميتها: قواعد فقهية كلية، دون وضع أنواع لها لعسر ذلك وصعوبته.

ثم خلص إلى أنه لا داعي للتفريق بين القاعدة والضابط ما دام يمثل مرتبة من مراتب القاعدة.

وفي اعتقادي أن هذا تخريج جيد ولا يتنافى مع ما أوضحناه من فرق أقره العلماء من أن الكل يصنف ضمن مفهوم الكلية والتفاوت، إنما هو واقع في مقدار الشمولية في كل منهما، كما سبق أن ذكرنا في تعريف ابن السبكي.

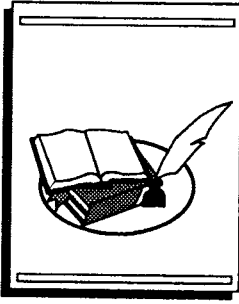
وللتوضيح إليك هذين المثالين، يبين كل منهما أن الضابط مرتبة من مراتب القاعدة: فقولنا مثلاً:

- «كل حال قدر المصلي فيها على تأدية فرض الصلاة كما فرض الله تعالى عليه: صلاها وصلّى ما لا يقدر عليه كما يطيق». فهذا الضابط يدخل ضمن القاعدة العامة: «الميسور لا يسقط بالمعسور».

- «وكل ثوب جهل من ينسجه، أنسجه مسلم أو مشرك أو وثني أو مجوسي أو كتابي، أو لبسه واحد من هؤلاء أو صبي، فهو على الطهارة حتى يعلم أن فيه نجاسة»^(١). فهو ضابط ضمن القاعدة العامة: «اليقين لا يزول بالشك».



(١) المثال من الفقه الشافعي «الأم» (١/٥٥).



المبحث الثالث

الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

يتبادر للذهن لأول وهلة عند سماع المصطلحين: قواعد فقهية أو قواعد أصول الفقه أنه لا فرق بينهما لأن كل منهما غاية لمعرفة الأحكام الشرعية لأفعال العباد، إلا أنه في الحقيقة توجد فوارق جوهرية لا بد من إيضاحها حتى نُخَلِّص ذهن الناظر في بحوث القواعد الفقهية من شوائب تداخلها وتميزها عما عداها من الكليات الأخرى (خاصة القواعد الأصولية).

ومن أجل هذا الغرض نجد القرافي رحمه الله في مقدمة فروقه أول ما أراد التعرض للقاعدة الفقهية باشر التفريق بينها وبين القاعدة الأصولية فقال: «إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأن أصولها قسمان:

القسم الأول: المسمى بـ: أصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

القسم الثاني: قواعد كلية فقهية، جليلة القدر، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر فيها شيء في أصول الفقه»^(١).

(١) «الفروق» (١/٣٥٢).

وأول فرق يظهر لنا من خلال كلام القرافي رحمه الله:

١ - أن القواعد الأصولية ناشئة عن الألفاظ العربية وما يعرض لها، أي: أن الأصولي إذا أراد أن يثبت حكماً شرعياً فإنه ينظر في لفظ النص الذي يريد إثبات الحكم به.

فإذا نظر إلى قوله تعالى: ﴿أَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾، فإنه يجده من قبيل الأمر المجرد عن القرينة ثم يستحضر ما تفرد عنده من قواعد أصولية في الأمر المجرد فيجده يفيد الوجوب. فيقول ﴿أَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾، أمر مجرد، والأمر المجرد عن القرينة يفيد الوجوب فينتج عنده: «الصلاة واجبة»، فهو قصر نظره عن اللفظ دون المعنى.

في حين أن الفقيه إنما ينظر في قواعد الفقه من حيث المعنى، فلو أراد أن يثبت حكم حادثه ما، كأن يريد بيان حكم رجل توضعاً ثم شك في انتقاض وضوئه فإنه ينظر فيه من حيث المعنى، فيقول: وضوء متيقن طراً عليه الشك.

والقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»، فالوضوء باق لم يزل، إذاً فهو ينظر إلى معنى القاعدة دون لفظها^(١).

الفرق الثاني الذي لمح إليه القرافي: أن القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمته، يقول الطاهر بن عاشور في هذا المعنى: «إن معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقاصدها ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من الألفاظ بواسطة قواعد يتمكن العارف بها من انتزاع الفروع منها»^(٢). في حين أن القواعد الفقهية، في اندراج مجموعة من الجزئيات تحت حكم واحد: تمهيد للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها، أي: بناءً على المفهوم الرابط بين هذه الجزئيات.

٢ - ذكر كثير من العلماء والباحثين أن القاعدة الأصولية يستخرج منها

(١) «الاعتناء في الفرق والاستثناء» للبكري - مقدمة المحقق.

(٢) محمد الطاهر بن عاشور: «مقاصد الشريعة» (٦).

حكم الجزئيات بالواسطة وليس مباشرة بخلاف القاعدة الفقهية التي يستخرج منها حكم الجزئيات مباشرة، فالقاعدة الأصولية: «الأمر للوجوب» تفيد «وجوب الصلاة» ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾. في حين القاعدة الفقهية: «الأمور بمقاصدها» تفيد وجوب النية في الصلاة مباشرة من دون واسطة^(١).

٣ - علم أصول الفقه علم يبحث فيه إثبات أدلة الأحكام فقواعد هذا الفن وسط بين الأدلة والأحكام، فهي يستنبط بها الحكم من الدليل، فموضوعها هو الأدلة والأحكام، أما القاعدة الفقهية فموضوعها دائماً هو فعل المكلف.

واعتبر «ابن تيمية» في هذا الباب: أن الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية أن أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة، فالفرق هنا، كالفرق بين الفقه والأصول، فالأصول أصل والفقه فرع، وإنما جاءت القواعد على هيئة قضايا كلية لا أحكام جزئية.

٤ - وعليه فإن القاعدة الفقهية ليست أصلاً في إثبات حكم جزئياتها بل حكم القاعدة نفسها مستمد من تتبع حكم جزئياتها، فهي جمع لأشتاتها وربطها تحت ضابط ذلك الحكم، وعليه فإنها متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع.

أما القواعد الأصولية فهي أصل في إثبات الأحكام لأنها القيود التي أخذ بها الفقيه نفسه عند استنباط الأحكام والفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع، لذلك اعتبر الشيخ أبو زهرة: أن القواعد الفقهية هي ضابط للثمرة المتحققة من أصول الفقه.

قال - رحمه الله -: «أصول الفقه هي مصادر الاستنباط فيه، وطرائق الاستنباط وقوة الأدلة الفقهية ومراتبها، وكيف يكون الترجيح بينها عند

(١) «القواعد» للمقري مقدمة المحقق (١٠٧ - ١٠٨).

تعارضها، أما القواعد الفقهية فهي ضوابط كلية توضح المنهاج الذي انتهى إليه الاجتهاد في ذلك المذهب، والروابط التي تربط بين مسائله الجزئية^(١).

أشار الندوي في ختام بحثه لهذه الفروق، أن هناك بعض القواعد تتراوح بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، كالعرف وسد الذرائع فإذا نظر إليهما باعتبارهما فعلاً للمكلف اعتبرتا قواعد فقهية.

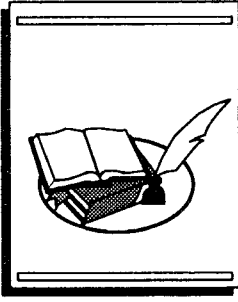
فقاعدة: «كل مباح أدى فعله إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة»، كانت فقهية. وإذا قيل: الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت القاعدة أصولية.

والعرف: إذا فسر بالإجماع العملي كانت قاعدة أصولية، وإذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين، أو الفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية^(٢).



(١) محمد أبو زهرة «مالك» ص(٢٢٦ - ٢٢٧).

(٢) «الندوي القواعد» (٧٠ - ٧١).



المبحث الرابع

الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية

إن كلمة «نظرية» بالمعنى المراد لها عند من يطلقونها هي كلمة مستحدثة منقولة عن مصطلحات القانونيين الوضعيين الغربيين ولم تطلق عند العلماء المسلمين على هذا المعنى الحادث، إنما استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي ودراسة القانون الوضعي، خلال احتكاكهم وموازنتهم بين الفقه والقانون، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد ثم أفردوا له مؤلفات.

من أجل ذلك اختلط الأمر حتى على بعض الباحثين المعاصرين فمنهم من رادف بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية، أمثال الشيخ محمد أبو زهرة حيث سوى بين القاعدة والنظرية الفقهية فقال في كتابه «أصول الفقه»: «وإنه يجب التفريق بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية وهي التي في مضمونها يصح أن يطلق عليها: «النظريات العامة للفقه الإسلامي»^(١).

مثله الشيخ أحمد أبو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لقواعد الوشرسي حيث قال: «النوع العام وهي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة من أبواب مختلفة - غالباً - يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر - النظريات العامة للفقه الإسلامي، لاستيعابها أحكاماً لا تحصى في أقصر

(١) «أصول الفقه» ص(٨).

عبارة وأوسع دلالة»^(١). وغيرهما كثير.

وهذه خصائص القاعدة الفقهية كما هو واضح، ثم أن قوله بلغة العصر دليل على أن المصطلح حادث ولم يكن مستوعباً جيداً من قبل العلماء لأنه دخيل على الفقه الإسلامي، فظن البعض أن المسألة اصطلاحية لا غير، ورفضه البعض الآخر، فهذا الدكتور محمد البورنو يقرر في موسوعته لقواعد الفقه الإسلامي قائلاً: إن علماءنا السابقين رحمهم الله تعالى عندما قعدوا هذه القواعد وأصلوا هذه الأصول أرادوا أن تكون أسساً وأصولاً تنبني عليها أحكام ثابتة لمسائل واضحة ولذلك أعطوها اسماً هو: الأصول، وآخر هو: القواعد، دلالة رسوخها في معانيها، ودلالاتها كرسوخ أسس البناء وثباتها، أما النظرية فهي مشتقة من النظر الذي يراد به هنا البحث العقلي وهو ما يتوقف حصوله على نظر واكتساب كتصور النفس والعقل، وقد يكون ما يتوصل إليه عن طريقه حقاً وصدقاً، وقد يكون باطلاً وكذباً، ثم يضرب أمثلة فيقول: نحن معشر المسلمين ما عرفنا الملكية أو العرف... عن طريق النظر والبحث العقليين، إنما عرفناهما عن طريق الشرع، ليس العرف دليلاً شرعياً تبعياً عند أكثر الأصوليين والفقهاء وثبت اعتباره حجة في كثير من الأحكام بأدلة شرعية كثيرة من الكتاب والسنة.

فلم لا يقال: «دليل العرف»، ولم يقال: نظرية العرف؟ والعرف لم يعرف اعتباره إلا عن طريق الشرع، وكذلك حق العقد والتعاقد لا نظرية العقد، ومثل ذلك واجب الالتزام لا نظرية الالتزام.

ثم يقرر أن النزاع ليس في الاصطلاح إنما كونها مصطلحات مستوردة ليست نابعة من صلب فقهننا، ثم إنها ما دامت كذلك لن تدل على حقيقة المصطلح الفقهي الذي وضعت للدلالة عليه^(٢).

وللمحافظة على روح القاعدة الفقهية وماهيتها ومعناها العلمي الذي

(١) «مقدمة إيضاح المسالك» للشيخ أحمد أبو طاهر الخطابي ص(١١١).

(٢) انظر: «الموسوعة الفقهية» (٩٩/١).

تقدم، لا بد من التفريق بينها وبين النظرية الفقهية، وحتى يظهر هذا التمايز لا بد من تعريف النظرية ثم بحث الفروق بينهما.

المطلب الأول

تعريف النظرية الفقهية

النظرية مشتقة من النظر وهو في اللغة تأمل الشيء بالعين، والنظري: هو الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب كتصور النفس والعقل والتصديق بأن العالم حادث. ونظرية تجمع على نظريات: «وهي عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية»، وقالوا: «النظرية هي جملة تصورات مؤلفة تاليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات»^(١).

وعرفها العلماء بتعاريف متقاربة.

نذكر ما عرفها به الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه «الفقه الإسلامي وأدلته» حيث قال: «النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق ونظرية الملكية...»^(٢).

وقريب منه تعريف الأستاذ الزرقا في المدخل، شارحاً النظرية بتلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً مبنياً في الفقه الإسلامي لإثبات الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام وذلك كفكرة الملكية وأسبابها وفكرة العقد وقواعده ونتائجه... إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل

(١) انظر: «الصحاح في اللغة» - إعداد وتصنيف نديم وأسامة مرعشلي (٢/ ٥٨٠ - ٥٨٣) و«مختار الصحاح»: ن ظ ر.

(٢) «الفقه الإسلامي وأدلته» (٧/٤).

المطلب الثاني

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية وبيان التداخل بينهما

النظرية غير القاعدة كما سبق أن أشرنا إليه في التعريف والفرق الأساسي: أن القاعدة الفقهية تتضمن معنى التأصيل، فهو حكم فقهي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع تحتها، فقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تتضمن حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النظرية الفقهية فهي تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه وفصوله وموضوعاته، ثم تصنف ذلك كله تصنيفاً تنتظم به كل مجموعة من القضايا المتجانسة والمتشابهة في إطار كبير واحد يجمعها، فالنظريات العامة - إذاً - هي بمثابة الوحدات الكبرى أو المحاور الأساسية التي تدور في فلكها أحكام فقهية كثيرة ومتشابهة^(٢).

فنظرية العقد مثلاً تتناول تعريف العقد وبيان الفرق بينه وبين التصرف والإلزام، وبيان أركانه وشروطه وصيغته، وأهلية العاقدين ومحل العقد وعيوبه وآثاره على العقد... إلخ. إذاً فالقاعدة حكم شرعي والنظرية دراسة وبحث وتجميع.

بين القواعد والنظريات تداخل:

فمن ناحية، النظريات أوسع نطاقاً من القواعد، ومن الممكن أن تدخل القواعد في إطار النظريات وتخدمها فقد يكون بعض القواعد ضوابط خاصة تتضمن ناحية معينة من النظرية، فقاعدة: «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني» مثلاً ليست سوى ضابط من ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وإذا رجعنا إلى ما كتبه فقهاؤنا في القواعد والكليات فإننا نقف على

(١) «المدخل الفقهي» (٣٥/١).

(٢) انظر: «قواعد الندوي» (٦٤) و«قواعد الروكي» (١١٥ - ١١٦).

جملة من القواعد التي ترسم أحكاماً كلية لدائرة العقد ومنظومته مثل :
الشرط الباطل لا يؤثر في العقد، الإكراه يبطل العقد، العقد على الأعيان
بالعقد على منافعها، الجهالة تبطل العقد، كل ما كان لأحد المتعاقدين
فسخه بوجه كان للآخر فسخه بمثله، كل عقد فاسد مردود إلى صحته . . .
وغيرها .

وقد تكون القاعدة أعم من النظرية من جهة أخرى لأن القاعدة لا
تتقيد بموضوع ولا باب معين، في حين أن النظرية حين يكون موضوعها
العقد أو الملكية مثلاً لا يدخل فيها ما يتعلق بالعبادات أو غير ذلك مما لا
صلة له بالنظرية^(١) .

وعليه فإن القاعدة الفقهية أدق وأخص مدلولاً من النظرية الفقهية، في
حين أن النظرية أوسع نطاقاً حيث تمثل وحدة موضوعية كبرى في دراسة
الفقه الإسلامي، وهذا لا ينقص من قدر القاعدة ومكانتها، لكن إذا كان
دراسة الفقه على شكل نظريات حديثة من شأنه أن يسهل دراسة الفقه
بتجميع شتات محاور الموضوع الواحد، فهذا وإذا كان المصطلح مستوراً
فإن المادة مبثوثة في مصنفات فقهاءنا العظام في شكل جزئيات وكليات وما
على الفقهاء المعاصرين إلا إعادة صياغتها بالشكل الذي يخدم الفقه
الإسلامي ومن خلاله الأمة. والأمر ليس بدعاً في الدين إنما هي من باب
«الحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها فهو أحق بها» .



(١) انظر: «قواعد الباحثين» ص (١٥٠).



الفصل الرابع

مصادر القاعدة الفقهية

وفيه ما يليه:

تمهيد.

المبحث الأول: نصوص الشرع.

المبحث الثاني: نصوص العلماء والأقوال المخرّجة لهم.

المبحث الثالث: القواعد المخرّجة من تراث الأئمة.



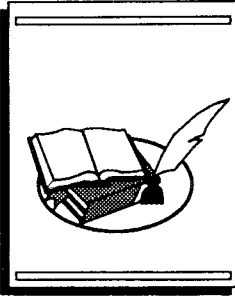
تمهيد

أعني بمصادر القواعد الفقهية، منشأ كل قاعدة منها وأساس ورودها. فالقاعدة الفقهية وإن تميزت بالكلية «أو الأغلبية» فهي في النهاية حكم شرعي، ولا بد للحكم الشرعي من أصول ومصادر شرعية يستند إليها، وتستمد منه قوتها ودليلها.

ومصادر القاعدة الفقهية مرتبطة تمام الارتباط بمصادر الأحكام الشرعية، غير أن هذه أحكام جزئية، وتلك أحكام كلية.

وإذا تأملنا ما صاغه الفقهاء قديماً وحديثاً من قواعد فقهية وجدناها خاضعة لمصادر الشرع وأدلته النقلية والعقلية.

ونستطيع أن نقسمها إلى ثلاثة أقسام رئيسية نتناول كل قسم منها في مبحث كما سيأتي.



المبحث الأول

نصوص الشرع

وهو القسم الأول، والمراد بالنص عند الفقهاء هو القرآن والسنة وقد وردت على لسانه الشريف أحاديث كثيرة وهو من أوتي جوامع الكلم ﷺ جرت مجرى القواعد عند العلماء.

يقول ابن القيم في هذا: «إذا كان أرباب المذاهب يضبطون مذاهبهم ويحصرونها بجوامع تحيط بما يحل ويحرم عندهم مع قصور بيانهم، فالله ورسوله المبعوث بجوامع الكلم^(١) أقدر على ذلك، فإنه ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة وهي قاعدة عامة وقضية كلية تجمع أنواعاً وأفراداً. وهذا كما سئل ﷺ عن الأشربة كالبتع والمزر^(*)، فقال: «كل مسكر حرام»^(٢)... وقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٣)... إلى أن يقول:

(١) إشارة لقوله ﷺ فيما أخرجه البخاري في «صحيحه» من حديث أبي هريرة: «بعثت بجوامع الكلم، ونصرت بالرعب...» الحديث. كتاب الاعتصام بالحديث والسنة، رقم (٧٢٧٣).

(*) البتع والمزر: البتع بسكون التاء: نبيذ العسل وهو خمر أهل اليمن، والمزر بالكسر: نبيذ يتخذ من الذرة، وقيل: من الشعير أو الحنطة. [ابن الأثير: «النهاية»: (٩٤/١) - (٣٢٤/٤)].

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر حرام عن عائشة بلفظ: «كل شراب مسكر حرام» رقم (٥٢١٣).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل رقم (٢١٦٧)، ومالك في «الموطأ» كتاب العتاق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق (١٤٢/٢)، «موطأ مالك مع تنوير الحوالك».

وسمى النبي ﷺ هذه الآية جامعة فأدّة: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴿٨﴾﴾ [الزلزلة: ٧، ٨]»^(١).

والقواعد التي مصدرها النصوص الشرعية على ضربين:

- ١ - أن يرد النص القرآني أو الحديث بصياغة موجزة جامعة فتكون قواعد جاهزة ناطقة بشرعيتها لأنها نص شرعي.
- ٢ - قواعد استخرجها الفقهاء عن طريق الاجتهاد في النصوص الشرعية استنباطاً واستقراءً لها، ثم صاغوها بتعبيرهم وأسلوبهم وفق ضوابط التقعيد وعناصره.

المطلب الأول

النصوص التي هي قواعد فقهية مباشرة (أو القاعدة الفقهية نصاً شرعياً)

وترد في غالب الأحيان بالصيغة نفسها أو بتغيير بسيط أحياناً أخرى. وأذكر هنا بعض القواعد كنماذج لذلك، ولا أريد بذلك الحصر:

- ١ - قاعدة الخراج بالضمان^(٢): هذه القاعدة هي نص حديث نبوي جاء في بعض طرقه عن عائشة رضي الله عنها: «أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد فيه عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان»». والقاعدة اعتمدها الفقهاء بنصها وساققتها مجلة الأحكام العدلية ضمن قواعدها (المادة: ٨٥).

(١) ابن القيم: «إعلام الموقعين»: (١/٣٣٣ - ٣٣٥) بتصرف يسير.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في «سننه»: كتاب البيوع رقم (١٢٨٥) وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في «سننه»: كتاب التجارات باب الخراج بالضمان رقم (٢٢٤٣)، كما أخرجه أبو داود في «سننه» عن عائشة: باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً رقم (٣٥٠٨).

والخراج معناه: الغلة والمنفعة، ومعنى الحديث: إن المنتفع بالخراج إنما حل له ذلك بكون الأصل مضموناً من ماله إن هلك.

٢ - البينة على المدعي واليمين على من أنكر: القاعدة المذكورة نص حديث النبي ﷺ وقد ورد بروايات متعددة جاء في بعض طرقه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجل أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١). وهي نص المادة ٧٦ من مجلة الأحكام العدلية.

وفي هذا الحديث قاعدة محكمة هامة في باب القضاء، بل هي ركن في فض النزاعات والخصومات ورد الحقوق لأربابها.

٣ - ليس لعرق ظالم حق: هذه القاعدة جزء من حديث صحيح عن رسول ﷺ قال فيه: «من أحمأ أرضاً مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له، وليس لعرق ظالم حق»^(٢).

لم تأت هذه القاعدة ضمن مواد المجلة وإنما وردت كقاعدة في كتب المعاصرين، وربما كان الأستاذ مصطفى الزرقا أول من ذكر هذا الحديث على أنه قاعدة وقد جعلها من جملة القواعد التي أضافها إلى قواعد المجلة^(٣).

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب الأفضية، باب اليمن على المدعى عليه رقم (٤٤٧٠). والترمذي في «سننه»: كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم (١٣٤١). وأخرجه البيهقي في «سننه» والدارقطني بطرق أخرى.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» تعليقاً في الحرث، باب من أحمأ أرضاً مواتاً، تحت رقم (٢٣٣٤) (١٩/٥)، وأبو داود في «سننه»: باب إحياء الموات من كتاب «الخراج والإمارة والفيء» رقم (٣٠٧٣)، بلا زيادة لا يكون فيها حق لمسلم، والترمذي في «سننه»: باب إحياء الموات في أبواب الأحكام رقم (١٣٧٨)، بلا زيادة لا يكون فيها حق لمسلم، وصححه السيوطي في «الجامع الصغير»، ورواه مالك في الأفضية مرسلأ في «الموطأ» رقم (١٤٢١).

(٣) انظر: «قواعد الباحثين» ص (١٩٩).

والمراد بالعرق: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق، قال ابن الأثير: «هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحيها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الأرض»^(١).

قال الأستاذ الزرقا: «هذا الحديث أساس في أن العدوان لا يكسب المعتدي حقاً. فمن غصب أرضاً فزرع فيها، أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها بالقيمة أو البقاء فيها بأجر المثل ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات»^(٢).

وهناك نصوص لأحاديث كثيرة اتخذت قواعد بصيغتها:

- ٤ - لا ضرر ولا ضرار.
- ٥ - الزعيم غارم.
- ٦ - كل معروف صدقة.
- ٧ - الحدود تدرأ بالشبهات.
- ٨ - العجماء جرحها جبار.
- ٩ - المسلمون عند شروطهم.
- ١٠ - كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل... وغيرها كثير.

ومن الملاحظ أن بعضها قواعد عامة تشمل أبواباً فقهية عدة وبعضها خاص بباب معين من الفقه، يقول عليه السلام: «لا طلاق في إغلاق»، و«العجماء جرحها جبار»... إلخ^(٣). وقد يدخل فيما اصطلح عليه بمفهوم الضوابط كما بينا سابقاً.

(١) «نهاية ابن الأثير» (٨٦/٣).

(٢) «المدخل الفقهي» (١٠٨٢/٢).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الزكاة، باب في الركاز الخمس، رقم (١٤٩٩). ومسلم في «صحيحه»: كتاب الحدود، باب جرح العجماء والبئر والمعدن جبار، رقم (٤٤٦٥). وأبو داود (٥٤٩٣). والترمذي في «سننه»: كتاب الزكاة، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس رقم (٦٤٢) والنسائي (٤٥) =

النصوص الدالة على القواعد بطريق الاجتهاد

وله طريقان:

- الاستنباط عن طريق تعليل النصوص.
- الاستنباط عن طريق استقراء النصوص.

والنصوص في هذا الباب كثيرة لا مجال للقول باستيعابها والإحاطة بها كلها من قبل العلماء قديماً وحديثاً. نذكر بعضها هنا للتمثيل والتوضيح:

أ - القواعد المأخوذة من النصوص التشريعية المعللة:

١ - الأمور بمقاصدها: هذه القاعدة من أهم القواعد وأشهرها وأعمقها جذوراً في الفقه الإسلامي حتى قال ابن رجب رحمه الله: «هاتان كلمتان جامعتان وقاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شيء»^(١).

وقد نالت قسطاً عظيماً من جهد العلماء واهتمامهم من شرح وتفريع... لأن النية هي مدار الأحكام الشرعية، وإن أعمال الإنسان وتصرفاته تختلف أحكامها من الصحة والبطلان ونتائجها من ثواب وعقاب باختلاف مقصود الإنسان من تلك التصرفات والأعمال.

ونجد في كتاب الله والسنة المطهرة من الآيات والأحاديث ما لا يحصى والتي تشهد لهذه القاعدة.

= وابن ماجه (٢٦٠٧٣)، مالك في «الموطأ» رقم (١٥٨٣). وأحمد في «مسنده» (٢/ ٢٢٨)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه والطبراني في «الكبير».

(١) «جامع العلوم والحكم» ص (١١).

والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»^(١).

ويشهد لهذا المعنى آيات كثيرة في كتاب الله منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠]، وقوله تعالى في الأيمان: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]، وقوله تعالى: ﴿وَيُؤْمِنُ أَهْلُ بَيْتِهِ فِي ذَلِكَ إِنَّ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾... [البقرة: ٢٢٨]، أي: لمن قصد الصلاح دون الضرر.

وقوله ﷺ للسائل حين سأله: «ما القتال في سبيل الله فإن أحدنا يقاتل غضباً ويقاتل حمية؟!»، قال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَاتَلَ لَتَكُونَ كَلِمَةَ اللَّهِ هِيَ الْعَلِيَا فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»^(٢).

وفي الباب أحاديث كثيرة، والقواعد المتفرعة عن هذه القاعدة أمثال: «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني». وقاعدة: «لا ثواب إلا بنية»، وثيقة الصلة بهذه النصوص وأمثالها.

٢ - الميسور لا يسقط بالمعسور: قال ابن السبكي رحمه الله: «هي من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما

(١) حديث: «الأعمال بالنيات»، متفق عليه: البخاري في مطلع «صحيحه» (باب ما جاء أن الأعمال بالنية الحسنة) رقم (٥٤) ومواضع أخرى. ومسلم باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال رقم (٤٩٢٧). وأخرجه أيضاً الترمذي (فيمن يقاتل رياء) رقم (١٦٤٧). وابن ماجه رقم (٤٢٢٧). وقد أشار القسطلاني إلى تعدد طرقه ثم قال: «وقد اتفق على أنه لا يصح مسنداً إلا من رواية عمر». [إرشاد الساري شرح صحيح البخاري] (٧٥/١ - ٧٦).

(٢) «صحيح البخاري»: باب من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا رقم (٢٧١٠) وباب من سأل وهو قائم عالماً جالساً. عن أبي موسى.

استطعتم»^(١). وهو تفسير لقوله تعالى: ﴿فَأَنقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

والقاعدة تدل على أن المكلف إذا أمر بفعل شيء فقدّر على فعل بعضه دون بعض فإن عليه الإتيان بما قدر عليه ولا يسقط المقدور عليه بما عجز عنه.

وينبني على هذه القاعدة فروع كثيرة.

٣ - اليقين لا يزول بالشك: دليل هذه القاعدة والأصل فيها قوله ﷺ: أنه شكى إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(٢).

وقال الإمام النووي في استناد القاعدة لهذا الحديث: «هذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ عليها»^(٣).

المطلب الثالث

النصوص الدالة على القواعد بطريق الاستقراء

يعد الاستقراء من أهم مصادر القاعدة بوجه عام، وهو عملية تتبع للجزئيات المتشابهة في النصوص الشرعية وإدراك ما بينها من علاقة للتوصل إلى قضية كلية، وتلك القضية هي القاعدة أو القانون، وهو منهج علمي صحيح اتبعه العلماء في شتى المجالات للوصول إلى نتائجهم وقوانينهم.

- (١) «الأشباه والنظائر» (١ - ١٥٥). والحديث رواه الشيخان عن أبي هريرة: «صحيح البخاري»: كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنن النبي ﷺ رقم (٧٢٨٨)، و«صحيح مسلم»: باب فرض الحج مرة في العمر رقم (٣٢٥٧).
- (٢) أخرجه البخاري في باب لا يتوضأ من شك حتى يستيقن رقم (١٣٧)، ومسلم في باب من يقن الطهارة وشك في الحدث من «صحيحه» رقم (٨٠٤).
- (٣) «شرح صحيح مسلم» (٤/٤٩).

ومن القواعد التي دل عليها استقراء النصوص الشرعية:

١ - المشقة تجلب التيسير: هذا أصل عظيم من أصول الشرع ومعظم الرخص الشرعية منبثقة عنه بل صارت أصلاً مقطوعاً به لتوافر وتظافر الأدلة عليه.

قال الشاطبي - رحمه الله -: «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الآية بلغت مبلغ القطع»^(١).

والآيات والأحاديث التي تدل على مراعاة التيسير والمرونة ورفع الحرج في الدين لا تحصى. ومنها على سبيل المثال لا الحصر: قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٨]. وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وقوله أيضاً: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]. ومنها قوله ﷺ في صحيح البخاري عن أنس رضي الله عنه: «يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا»^(٢). وقوله ﷺ في السواك: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة»^(٣). وقوله عليه الصلاة والسلام في رخصة الفطر في صوم المسافر: «ليس من البر الصيام في السفر»^(٤).

وكل ما دل من نصوص الكتاب والسنة المطهرة عن التيسير ورفع الحرج وعدم التشدد خشية المشقة، وما شرع له من رخص وتخفيفات يدخل ضمن هذه القاعدة وتنتج ضمنها القاعدة المشهورة أيضاً: «إذا ضاق الأمر اتسع».

(١) «الموافقات» (١/٢٣١).

(٢) «صحيح البخاري»: كتاب الأيمان، باب ما كان النبي ﷺ يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، رقم (٦٩)، من حديث أنس بن مالك.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الجمعة، باب السواك يوم الجمعة، رقم (٨٨٧)، من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ لمن ظل عليه واشتد الحر: «ليس من البر الصيام في السفر» رقم (١٩٤٦) من حديث جابر.

وضمن هذا الباب أيضاً نجد قاعدة:

٢ - **الضرورات تبيح المحظورات:** ويدل أيضاً على يسر هذا الدين وسعته ومرونته أحكامه ليشمل كل الظروف، فهنا رخصة أخرى للمفطر في ظروف استثنائية باللجوء إلى المحظور، والآيات الدالة على ذلك كثيرة منها: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا أَضْطَرُّتُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣]، ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

٣ - **العادة محكمة:** من القواعد المشهورة أيضاً التي ترجع إلى نصوص شرعية حتى من الكتاب والسنة؛ لأن للعرف والعادة نصيب وافر في تغيير الأحكام بل يرجع إليه ابتداء في بعض الأحكام الشرعية كتحديد الإطعام في الكفارات بأنواعها وتقدير المكييل. وحكم العرف في فض بعض النزاعات، وفي أحوال النساء من حيض وبلوغ... إلخ.

والآيات والأحاديث في ذلك كثيرة نذكر منها:

قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

قال الإمام القرطبي في شرح الآية: «العرف والمعروف والعارف، كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس»^(١).

ويقول تعالى في كفارة الأيمان: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ كِسْوَتِهِمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

فجعل الله سبحانه وتعالى ضابطاً وهو الوسط، لكن بقي نوع الطعام وقلته وكثرته موكولاً لعرف الناس وعاداتهم في هذه الكفارة وسائر الكفارات التي لم ينص عليها الشرع.

(١) «تفسير القرطبي»: (٣٤٦/٧).

وقوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١). ولم تكن هند عارفة بكون المعروف مدين في حق الغني ومُداً في حق الفقير ومُداً ونصف في حق المتوسط، وقد نص تعالى على أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [البقرة: ٢٣٣]، أي: ما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار بحسب يساره وتوسطه وإقتاره»^(٢).

وكذلك السكن وماعون الدار يرجع فيهما إلى العرف من غير تقدير، والغالب ما رُدَّ في الشرع للمعروف أنه غير مقدر وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس.

وقوله ﷺ: «الوزن وزن مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة»^(٣).

وهو تقرير لرسول الله ﷺ في الاعتداد بالعرف الجاري بين الناس في المكان الذي هم فيه لتكون حكماً بين الناس يحملون عليه إذا تداعوا.

قال العيني في شرح صحيح البخاري: «كل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلي أو وزني فيعتبر في عادة أهل كل بلدة على ما بينهم من عرف فيه، لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية»^(٤).

ومنه قول سيدنا عمر للغزاليين عند التنازع: «سنتكم بينكم». أي: عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة، من البيوع والآجال وغيرها»^(٥).

وفي أحوال النساء وعوارضهن كثير من الأحكام ترجع إلى العرف والعادة كقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش عندما سألته قالت: إني أستحاض

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها... رقم (٥٣٦٣).

(٢) «تفسير ابن كثير»: (١/٥٠٤).

(٣) أخرجه أبو داود في «سننه»: كتاب البيوع، باب قوله ﷺ: «المكيال مكيال أهل المدينة»، عن ابن عمر، رقم (٣٣٤٠).

(٤) «عمدة القارئ شرح البخاري» (١٦/١٠٢).

(٥) المصدر السابق.

فلا أظهر أفادع الصلاة؟ فقال: «لا، إن ذلك عرق لكن دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي وصلّي»^(١).

وفيه دلالة واضحة إلى إعادة الأمر إلى العادة.

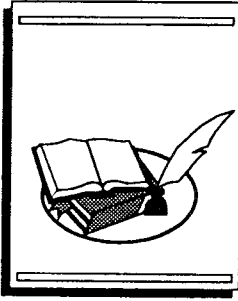
قال الخطابي في «معالم السنن»: «وهذا أصل في قياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض والحمل والبلوغ وما أشبه هذا من أمورهن، على اعتبار حالها بحال من مثلها في مثل سنها وأهل إقليمها»^(٢).

وعلى ضوء تلك النصوص الشرعية ونظائرها اهتدى الأئمة إلى وضع هذه القاعدة واحتكموا إليها في كثير من المسائل والقضايا، وما ذكر هنا غيض من فيض لأنه ليس مجال البحث.



(١) «صحيح البخاري»: كتاب الحيض، باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض، رقم (٣٢٥).

(٢) «معالم السنن» (١/١٨٤) بتصرف.



المبحث الثاني

نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم (أو القواعد المخرجة على أقوال العلماء)

وهو القسم الثاني، من المصادر التي عملت على تكوين القاعدة نصوص العلماء، سواء كانوا من العلماء المجتهدين أو ممن سبقهم من علماء الصحابة والتابعين، فمنها ما كان على هيئة قواعد وضوابط أو أصول ابتداء - وهو قليل - . وأكثرها استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال المسائل التي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم . فانصرف الأتباع إلى تحريرها وترتيبها وصلل عباراتها عبر العصور كل من كتب مذهبه، حيث وردت القواعد فيها بصورة متناثرة ثم جرى الجمع والتدوين في كتب مستقلة بالقواعد شيئاً فشيئاً في العصور المتأخرة .

وهذه القواعد التي استنبطها الفقهاء المتأخرون من خلال أحكام المسائل التي أوردها أئمة المذاهب في كتبهم أو نقلت عنهم لا تخرج عن نطاق أدلة الأحكام الشرعية الأصلية أو التبعية الفرعية، فالناظر لهذه القواعد والباحث في أدلة ثبوتها وأساس التعليل بها يراها تدرج كل منها تحت دليل شرعي، إما من الأدلة المتفق عليها كالكتاب والسنة والإجماع، وإما من الأدلة الأخرى كالقياس والاستصحاب والمصلحة والعرف...^(١) .

(١) انظر: «موسوعة القواعد الفقهية»: (٤١/١) .

أمثلة من القواعد المنقولة عن الأئمة بنصها:

١ - قول الإمام مالك رحمه الله:

أ - «كل ما لا يفسد الثوب لا يفسد الماء»^(١).

ب - «لا يرث أحد أحداً بالشك»^(٢).

وهي ضوابط كما نرى.

٢ - قول الشافعي رحمه الله:

أ - «لا ينسب لساكت قول»^(٣).

ب - «إذا ضاق الأمر اتسع»^(٤). وقد عزاها الخطابي له في الكلام عن ذباب يقع في الماء.

ج - «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم». لكن السيوطي ذكر أن أصلها قول سيدنا عمر رضي الله عنه: «إنني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أسرت رددته، فإن استغنيت استعفت»^(٥).

د - قال: «الأشياء كلها مردودة إلى أصولها، والرخص لا يتعدى بها مواضعها»^(٦).

٣ - قول الإمام أحمد رحمه الله:

أ - «كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن»^(٧).

(١) «المدونة الكبرى» (٦/١).

(٢) المصدر السابق (٩٥/٣).

(٣) «الأشياء والنظائر» للسيوطي (١٥٨).

(٤) المصدر السابق (٩٢).

(٥) المصدر السابق (١٣٤).

(٦) «الأم» (٥٣/١).

(٧) «مسائل الإمام أحمد» لأبي داود السجستاني تقديم السيد رشيد رضا.

٤ - وقد ورد للإمام أبي يوسف في كتابه «الخراج» مجموعة من القواعد كانت بمثابة مواد للقضاء لما وُليّه على عهد الخليفة هارون الرشيد، منها:

أ - «كل مَنْ مات من المسلمين لا وارث له فماله لبيت المال»^(١).

ب - «إن أقر بحق من حقوق الناس من قذف أو قصاص في نفس أو دونها أو مال ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه»^(٢). وهي القاعدة المعدلة لاحقاً: «المرء مؤاخذ بإقراره» المادة ٧٩ من المجلة.

٥ - قول الكرخي من الأحناف في أصوله نختار منها:

أ - «الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»^(٣).

ب - «الأصل أن ما مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص»^(٤).

٦ - كما وصل إلينا من مصادر الأئمة قواعد للإمام محمد بن الحسن الشيباني في كتابه «الأصل»، نقتبس منه بعض القواعد وهو يعلل للأحكام الفقهية ويؤصل لها:

أ - كل مَنْ له حق فهو على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك. واليقين أن يعلم أو يشهد له الشهود العدول^(٥).

(١) كتاب «الخراج» (٢٠١).

(٢) كتاب «الخراج» (١٨٣).

(٣) «أصول الكرخي» مع تأسيس النظر ص(١٦٤). وانظر: في «قواعد الأئمة»، «قواعد الباحثين» (١٢١ - ١٢٥).

(٤) نفس المرجع السابق.

(٥) كتاب «الأصل»، بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني (١٦٦/٢).

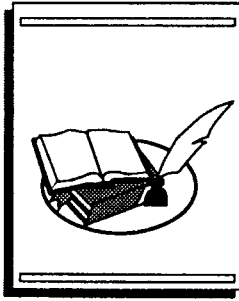
ب - لا يجتمع الأجر والضمان^(١). وهي القاعدة المنقولة إلينا بصياغتها أو قريباً منها في المجلة المادة ٨٦: «الأجر والضمان لا يجتمعان».

ج - كل شيء كره أكله والانتفاع به على وجه من الوجوه فشراؤه وبيعه مكروه، وكل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه^(٢).



(١) المصدر السابق (٤٥/٣).

(٢) انظر: «الموسوعة الفقهية» (٤١/١ - ٤٢).



المبحث الثالث

القواعد المخرّجة من تراث الأئمة

وهو القسم الثالث، والمراد بالتخريج هنا: التوصل إلى قواعد الأئمة الفقهية من خلال النظر في الجزئيات المنقولة عنهم والمنسوبة إليهم بالطرق المعهودة لدى أهل التخريج^(١).

وبدأت ظاهرة التخريج بعد أن استقرت المذاهب الاجتهادية وظهر التقليد مع وجود ثروة فقهية عظيمة حيث دونت أقوال الأئمة، واشتغل من أتى بعدهم بالأدلة، وخلاف المذاهب والترجيح بينها.

يقول العلامة ابن خلدون في هذا:

«لما صار مذهب كل إمام علماً مخصوصاً عند أهل مذهبه ولم يكن سبيل إلى الاجتهاد والقياس، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق وتفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذهب إمامهم»^(٢).

المطلب الأول

التخريج عن طريق القياس

القياس هو أخصب وأوسع المصادر وأكثر وسائل الاستنباط والتخريج

(١) «قواعد الباحثين» (٢٣٠).

(٢) «مقدمة ابن خلدون» (٤٤٩).

استعمالاً في التعرف على أحكام النوازل غير المنصوصة بالحكم التي يرجع إليها الفقيه في المصادر العقلية، بل إن عملية التقعيد الفقهية هي بذاتها عملية قياسية ما دامت قائمة في أساسها على الجمع بين المتشابه والمتناظر من الفروع والمسائل الفقهية كما يقول الدكتور الروكي في عملية التقعيد بالقياس.

وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري ما يؤكد ذلك. قال رضي الله عنه: «ثم قايِس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال».

والمراد بمعرفة الأمثال: إدراك ما تشابه وتمائل في الحكم من القضايا والنوازل، ومعرفة هذه الأمثال والنظائر والأشباه مرتبطة بمعرفة المقايسة وأصول التقعيد^(١).

وأسوق هنا نماذج من القواعد الفقهية التي اعتمد فيها العلماء على القياس في بناء أحكامها، وهي كثيرة جداً نكتفي ببعضها:

١ - «الغالب كالمحقق»: وهي من قواعد المقرري (ق١٧) وعبارته:

«الغالب مساوٍ للمحقق في الحكم، وهو مشهور مذهب الإمام مالك». ومعناها: أن ما غلب على الظن وقوعه كان كالواقع فعلاً، فإعطاء حكم المحقق للغالب هو من باب القياس.

أ - فإذا أدرك الصيد منفوذ المقاتل وظن أنه المقصود جاز أكله، لأن إصابته إياه وإن لم تكن محققة فالغالب أنها كذلك، لأن ما يغلب على الظن وقوعه هو كالمحقق.

ب - إذا صلى في ثياب الكافر المستعملة، أعاد الصلاة في مذهب مالك رحمه الله، لأن الغالب في ثيابه المستعملة النجاسة، وقد سئل مالك رحمه الله عن الصلاة في ثياب أهل الذمة فقال:

«لا يصلي في ثياب أهل الذمة التي يلبسونها»^(٢).

(١) انظر: «نظرية التقعيد الفقهي» (١١٣).

(٢) «المدونة» (٤٠/١).

٢ - «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان» مجلة الأحكام العدلية (م٧٥):

والمراد بالبرهان: الأدلة القضائية المثبتة لدى القاضي في مجلس القضاء التي تسمى بـ: البيّنات عن الحوادث أو نتائجها الشرعية، يعتبر كأنه محسوس مشاهد بالعيان يقضى بالاعتماد عليه لأن احتمال خلاف الثابت لديه وإن كان موجوداً فهو موهوم بالنسبة للبينة الظاهرة^(١).

من فروعها:

١ - جواز الحكم بقرائن الأحوال إذا أفادت علماً أو ظناً غالباً، ولم تخالف نصاً كإثبات حد الشرب بقريئة الرائحة والترنج في المشي.

٢ - ومنه إجازة مالك شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل إذا لم يتفرقوا أو كان بينهم كبير - قد يلقنهم - وهو ما يسمى عند مالك بـ: قياس المصلحة.

قال ابن رشد معلقاً على تجويز مالك رحمه الله لشهادة الصبيان على بعضهم في القتل والجرح:

«إجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة»^(٢).

والتواعد في هذا الباب كثيرة منها:

■ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

■ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

■ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

■ ما حرم أخذه حرم عطاؤه.

■ كتابة الأخرس كإشارته أو الكتاب كالخطاب.

(١) «المدخل الفقهي» (٢/١٠٥٥).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/٤٥٢).

التخريج عن طريق الاستصحاب

المراد بكون الاستصحاب مصدراً للقاعدة الفقهية: أن الفقيه يعتمد في عملية التقعيد على فكرة الاستصحاب، وأكثر العلماء يحتجون به وأساسه مبني على العلم بعدم المغير للحالة السابقة.

وكما اعتمد عليه العلماء في التعرف على أحكام الجزئيات فإنهم عملوا على إجرائه في الأحكام الكلية، بعضها جاء بمعنى الاستصحاب نفسه كالقاعدة المشهورة:

١ - «الأصل بقاء ما كان على ما كان» (م ٥) من مجلة «الأحكام العدلية»:

وهي قاعدة لكل حالة ثبت فيها حكم في وقت، ثم استصحب بقاؤه فيما بعده من الأوقات ما دام لم يقم دليل على خلاف ذلك الحكم، والحالات الفرعية في هذا لا تحصى.

ومن القواعد التي أصلها الاستصحاب:

٢ - «الأصل في الذمة البراءة» (م ٨ من المجلة):

تطلق الذمة على محل الالتزام عموماً، وهي بهذا المعنى وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه وهذا هو المعنى المقصود في هذه القاعدة.

والأصل أن الإنسان يولد وذمته فارغة من حقوق الغير، ومن ثم كان الأصل في كل ذمة أنها بريئة إلى أن يثبت بدليل كالإقرار أو البينة.

٣ - ومنه: الذمة إذا عمرت بيقين لا تبرأ إلا بيقين:

ومن فروعها:

إذا اقترض شخص مبلغاً من المال وأقام على ذلك شهود ثم ادعى أنه

رد المقرض ماله، لا يقبل منه إلا بينة لأن ذمته قد شغلت بدليل فلا تبرأ إلا بدليل.

كذلك المصلي إذا دخل عليه وقت الصلاة وشك هل صلى أم لا، فإنه يجب عليه أن يصلي لأنه لما دخل عليه وقت الصلاة فقد شغلت ذمته بيقين فلا تبرأ إلا بيقين^(١).

ومنها قواعد كثيرة.

٤ - الأصل في الأمور العارضة العدم.

٥ - القديم يترك على قدمه.

المطلب الثالث

التخريج عن طريق الاستصلاح - أو المصالح المرسله -

وهو أن يتوصل الفقيه إلى أحكام كلية عن طريق الاستصلاح، فكما يتوصل به إلى معرفة الأحكام الجزئية للإفتاء بها في الوقائع، يتوصل به إلى معرفة الأحكام الكلية، والطريق لذلك هو تتبع مقاصد الشريعة، وأكبر أصل أو قاعدة في هذا المجال هي سد الذريعة فقالوا:

١ - سد الذريعة وفتحها منوط بالمصلحة:

والمراد بذلك: أن الذريعة إذا أفضت إلى مصلحة كانت المصلحة في فتحها، وإذا أفضت إلى مفسدة كانت المصلحة في سدها، لأن درء المفسدة وإغلاق بابها هو في ذاته مصلحة لذلك^(٢).

حين وازن العلماء في الشرع بينهما قالوا:

٢ - درء المفسدة أولى من جلب المصلحة.

(١) انظر: «شرح القواعد» للزرقا (٧٧) وما بعدها و«التقعيد الفقهي» (١٣٤ - ١٣٩).

(٢) انظر: «التقعيد الفقهي» (١٤٣ - ١٤٥).

وهذا من باب التقييد بالترجيح .

٣ - ما يفضي إلى الحرام حرام .

٤ - خطأ القاضي في بيت المال^(١) .

٥ - من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . (م ١٠٠ من المجلة) .

وغيرها من القواعد التي مبناها على المصلحة .

المطلب الرابع

التخريج عن طريق الاستدلال العقلي

وهذا باب واسع منها ما استنتجه العلماء من علاقة التلازم بين حكمين أو استحالة الجمع بين متناقضين أو بالنظر في علة الحكم وتحقيق مناطه وتنقيحه . لذلك سوف أقتصر على نماذج من هذه القواعد وأختتم بقواعد الترجيح بين الأحكام .

* في التخريج عن طريق التلازم قواعد كثيرة منها:

١ - إذا سقط الأصل سقط الفرع (م ٥٠ المجلة) .

٢ - إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م ٥٢ من المجلة) .

٣ - من ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته (م ٤٩ من المجلة) .

* وفي علاقة التضاد:

١ - ما جاز لعذر بطل بزواله (م ٢٣ المجلة) .

٢ - إذا زال المانع عاد الممنوع (م ٢٤ المجلة) .

* وفي تحقيق المناط أو تنقيحه:

١ - القياس لا يصار إليه مع النص .

(١) «الفوائد البهية في القواعد الفقهية» (٢١٤) .

- ٢ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (م٣٩ المجلة).
٣ - لا ينسب إلى ساكت قول (م٦٧ المجلة).
٤ - «العبرة بالغالب والنادر لا حكم له». ونص المجلة م٤٢: «العبرة بالغالب والشائع لا للنادر».

* في التخريج عن طريق الترجيح:

- ١ - إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (م٤٦ المجلة).
٢ - إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما (م٢٨ المجلة).
٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (م٢٦ المجلة).
٤ - درء المفسد أولى من جانب المصالح (م٣٠ المجلة).
٥ - إذا اجتمع السبب المباشر قدم المباشر (م٩٠ المجلة).



الفصل الخامس

دليلية القواعد الفقهية

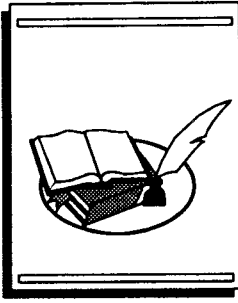
وفيه ما يلي:

المبحث الأول: أهمية القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلاً يستنبط منه الحكم؟

المبحث الثالث: مناقشة آراء العلماء وأدلتهم في الموضوع وبيان الراجح منها.





المبحث الأول

أهمية القاعدة الفقهية

المقصود بهذا الفصل التعرض لحجية القاعدة الفقهية للحكم الشرعي وبعبارة أخرى: هل تصلح القاعدة أن تكون دليلاً لحكم شرعي؟ ثم هل يجوز أن تكون مستنداً للفتوى والقضاء؟ وقبل ذلك لا بد أن أبين مدى أهمية القاعدة الفقهية ومكاتها في هذا العلم ثم وظيفتها التي تتحقق من وراء تحصيلها.

يقول الإمام قطب الدين السنباطي (ت ٧٢٢هـ) في كلمة جامعة تشير إلى أهمية هذا العلم: «إن الفقه معرفة النظائر»^(*) (١). وقد أوضح ذلك كثير من العلماء مبينين جانب الأهمية في هذا الركن العظيم من أركان الفقه، وأورد هنا نصاً للإمام القرافي يفصل لنا ما أوجزه السنباطي يبين فيه أهمية القواعد الفقهية ووظيفتها.

يقول العلامة القرافي في هذا الشأن: «وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه

(*) النظائر: المقصود بها هنا في القواعد والفروق الفقهية: وهي المسائل التي يشبه بعضها بعضاً في حكمه أو هي الفروع المتشابهة ولو كان الشبه طفيفاً المتناظرة، وقد سمي ما صنف في هذا الفن ب: «الأشباه والنظائر»، وقد تحوي هذه المصنفات فنوناً أخرى لها صلة بالموضوع اعتباراً بالفروع المتشابهة والمتناظرة في علم الأصول والفقه وأحياناً علم الكلام، كما في «أشباه السيوطي». «وابن نجيم».

(١) «مقدمة الأشباه والنظائر» للسيوطي ص(٦).

ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع^(١) وحاز قصب السبق فيها وبرع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقست عليه الفروع واختلقت وتزلزلت خواتمه فيها واضطربت وضاعت نفسه لذلك وقنطت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقص عند غيره، وتناسب وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد^(٢).

من خلال هذا النص نستطيع أن نستخلص أهمية القواعد الفقهية ووظيفتها في النقاط التالية:

١ - لم شتات المسائل الفقهية الفرعية وربط ما تناثر منها في مسلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة، فهو كما قال ابن رجب: «تنظم منشور المسالك في مسلك واحد وتفيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد»^(٣). أي:

● يسهل استحضاره على الفقيه في أي وقت شاء.

● ييسر للباحثين تتبع جزئيات الأحكام، واستخراجها من موضوعاتها المختلفة وحصرها في موضوع واحد، وبذلك يتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة.

● يستغني طالب العلم عن حفظ الجزئيات الكثيرة عند ضبطها في قاعدة واحدة.

(١) القارح: ما أوفى من الإبل خمس سنين، والجذع: ما أوفى منها الستين. «مختار الصحاح».

(٢) «الفروق» (٣/١).

(٣) «القواعد» ص (٣).

• يسر عملية الإفتاء ويقربها ويوفر فيها الوقت وعناء البحث .

يقول الشيخ الزرقا: «ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام فروعاً مشتتة، قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار»^(١).

٢ - تربى في الباحث الملكة الفقهية وتجعله قادراً على الإلحاق وتخريج ومعرفة أحكام المسائل المستجدة غير المنصوص عليها لديه لذلك سماها القرافي: «عظيمة المدد». يقول الإمام السيوطي في هذا: «اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان»^(٢).

ثم إن في تسمية هذا الفن بالأشباه والنظائر ما فيه من المعاني الدالة على المنهاج القياسي الذي ينطق برحابة مضامين هذه القواعد ويمدها بعنصر الوحدة والتجميع والربط والتأصيل، كما يقول الدكتور الروكي في قواعده^(٣). وقد أشار إلى هذا المنهاج القياسي الشيخ الزرقا في مدخله^(٤).

٣ - من فوائد هذا العلم أيضاً: إدراك مقاصد الشريعة وهو ما أشار إليه القرافي بقوله: «مشملة على أسرار الشرع وحكمه». وقال السيوطي: «به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره»^(٥).

وقد ذكر الشيخ ابن عاشور أن القواعد الكبرى تساعد على إدراك مقاصد الشريعة، لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح وما شابه ذلك من القواعد التي ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد الشرع، أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع

(١) «المدخل الفقهي العام» (٩٤٣/٢).

(٢) «الأشباه والنظائر».

(٣) «قواعد الفقه الإسلامي» (١٢١).

(٤) انظر: «المدخل العام» (٩٦٦/٢).

(٥) «الأشباه والنظائر» (٥).

والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها ومن ثم إدراك المقاصد الشرعية التي دعت إليها^(١).

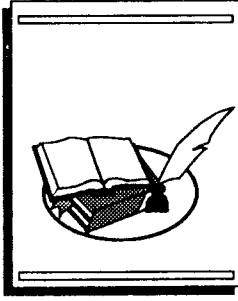
٤ - تعتبر القواعد الفقهية قمة الفقه الإسلامي وعصارتة كما يقول الدكتور الروكي، فهي تبلور العقلية الفقهية القادرة على التجميع والتأصيل، كما تكشف أيضاً عن الملكة العلمية والطاقة الذكائية والحفظية الهائلة التي تمتع بها فقهاؤنا الأوائل، فصاغوا مسائل الفقه وفروعه المتناثرة في قوالب وأطر جامعة، ودققوا فيما تشابه منها وما تفرق، فلا يقل عملهم في القواعد عن عملهم في تقعيد علمي الأصول والحديث، وما أحوجنا اليوم لهذه العقلية نواجه بها المشاكل التي تزخر بها حياتنا المعاصرة، أمام ثروة فقهية عظيمة ورثناها عن أسلافنا!

٥ - إن القواعد الفقهية تيسر لغير المتخصصين في الشريعة الإسلامية من رجال القانون وغيرهم من الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه.

إذن، إذا كان لهذه القواعد كل هذه الأهمية الوظيفية في الفقه الإسلامي، هل يمكن أن تكون دليلاً يستنبط منه الحكم ويكون مرجعاً للفتوى؟ ثم هل يمكن أن يسد عجزاً قانونياً يستند إليه القضاة؟



(١) «مقاصد الشريعة الإسلامية» ص(٦).



المبحث الثاني

هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلاً يستنبط منه الحكم؟

هذه المسألة على جانب كبير من الأهمية والخطورة لأنها تتعلق بمصادر الشرع الذي يفترض أن يكون دستوراً لحياتنا، ففي الوقت الذي نطلع على هذه الأهمية العظيمة للقواعد الفقهية وهذا الجهد الذي أفنى فيه العلماء حياتهم خدمة لهذا العلم، فهل يمكن أن تقتصر ثمرة مجهودهم هذا على ما تحقق من فوائد سبق ذكرها من تجميع الفروع وتسهيل لحفظها أم أنها تتعدى ذلك إلى نتيجة عملية نحن الآن أحوج ما نكون لها في مجال القضاء والفتوى؟

في الوقت ذاته نجد أن كتب الفقه تزخر بهذه القواعد يستدل بها الفقهاء على أحكامهم على الفروع، فهل كان فعلهم هذا لمجرد الاستئناس كما قرر كثير من الباحثين؟ لأنه لم يسبق أن وجدنا أحداً من العلماء ذكر القاعدة الفقهية ضمن المصادر الشرعية. فهل يعتبر هذا إجماعاً منهم على أنها ليست مصدرراً من مصادر الشرع وأن دورها يقتصر على ما ذكر على أهميته؟

لكن الحاجة اليوم في تقنين الفقه الإسلامي تدعو للتحقيق في هذه المسألة، لأن هذه القواعد يمكن أن تسد ثغرة عظيمة تسللت من خلالها القوانين الوضعية الأجنبية لقضائنا بدعوى عجز الفقه الإسلامي؟!!

سنحاول أن نستكشف من خلال النقول الآتية لآراء العلماء: معرفة موقفهم من القضية وتحليل أسباب ذلك ومناقشته، ومن ثم استخلاص الرأي الراجح في المسألة.

الذي أجمع عليه الباحثون، والذي تبين لي من خلال بحوثهم في هذا الباب هو التفصيل في حجيتها وفق مصدر القاعدة، إذ القاعدة الفقهية تعتبر:

١ - دليلاً يحتج به، إذا كان لها أصل من الكتاب والسنة كقاعدة الأمور بمقاصدها، فإن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها وهو حديث: «إنما الأعمال بالنيات»، وهكذا.

٢ - أما ما عدا ذلك من القواعد التي أسسها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية فذهب أكثر العلماء إلى أنها شاهد يستأنس به.

ففي التقرير الذي صدرت به مجلة «الأحكام العدلية» - وهي التي اتخذت مصدر للقضاء رداً من الزمن - جاء في المادة الأولى من مواد هذه المجلة:

«إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقريرها في الأذهان».

قال الشيخ الآتاسي في شرحه لهذه النقطة:

«أي: يتنور بها المقلد، ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم، فلعل بعضاً من حوادث الفتوى خرجت عن اطرادها لقيود زائد أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها، وهذا يحتاج إلى نظر دقيق وتبحر عميق يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية ويستثني منها ما خرج عنها بقيد أو سبب»^(١).

وجاء فيها أيضاً:

«فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد

(١) «مجلة الأحكام العدلية» (١٢/١) شرح خالد الآتاسي.

الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل»^(١).

وقد نقل عن ابن نجيم عدم الاحتجاج بالقواعد الفقهية فقد صرح في الفوائد الزينية:

«أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية خصوصاً أنها لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه»^(٢).

وأيد هذا الاتجاه من المعاصرين الشيخ الزرقا، إذ صرح أن هذه القواعد لا تصلح نصوصاً للقضاء بل تتخذ دساتير للتفقيه مؤيداً قول المجلة.

يقول في المدخل الفقهي:

«ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلماً تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاماً استثنائية خاصة، ومن ثم لم تسوغ المجلة أن يقتصر القضاء في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادث المقضى فيها لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء»^(٣).

وقد أيد هذا الرأي وسلك طريقه كثير من الباحثين المعاصرين من أمثال الدكتور الندوي رغم أنه في بحثه القيم يورد نقولاً كثيرة لأمثلة تطبيقية للقواعد في مجال الإفتاء والقضاء، قد أفرد لها مبحثاً، إلا أنه يرى بعدم صلاحيتها للاستدلال وفق المذهب الذي ذكرنا إذ يقول:

(١) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» لحيدر علي (١٠).

(٢) «غمز عيون البصائر» (١/٣٧).

(٣) «المدخل الفقهي» (٢/٩٣٤ - ٣٩٥).

«على الرغم من عدم صلاحية معظم هذه القواعد من حيث الاستدلال بها في الإفتاء والقضاء، ينبغي لمن ينصب نفسه للقضاء والفتيا أن يكون مسلماً بها قادراً عليها، حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية والقضائية»^(١).

المذهب الثاني: من ناحية أخرى نجد أن طائفة من العلماء اتخذت من القاعدة الفقهية دليلاً يحتج به في الأحكام الفقهية، رغم ما يقال عن خروج بعض جزئياتها استثناءً.

ونلاحظ ذلك كثيراً عند فقهاء المالكية. فقد أشار القرافي رحمه الله عند تنويعه بالقواعد الفقهية إلى كونها مصدراً من مصادر الشريعة، إذ جعلها قسماً للقواعد الأصولية وخص أهميتها في باب الفتوى والقضاء إذ قال:

«إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والقضاء لا توجد في أصول الفقه»^(٢).

وقد نقل الدكتور البورنو عن القرافي رحمه الله في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام في باب الاستدلال كلاماً صريحاً في استدلاله بالقاعدة الفقهية قال:

«الاستدلال: هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة وفيه قاعدتان... قال: «القاعدة الثانية: «إن الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع بأدلة السمع، لا بأدلة العقل - خلافاً للمعتزلة - وقد تعظم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبتهما، فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة... إلى أن قال: «يعلم ما يصحبه الوجوب أو التحريم أو الكراهة من الشريعة وما عهدناه في تلك المادة»^(٣).

(١) انظر: «قواعد الندوي» (٣٣٣).

(٢) «الفروق» (٣/١).

(٣) «شرح تنقيح الفصول» (٤٥٠ - ٤٥١) بتصرف انظر: «موسوعة القواعد الفقهية» (٤٩).

وعملياً فقد بنى أحكامه أو توجيهاته على القواعد، فصرح بنقض حكم القاضي في المسألة السُّرِّيَّة^(*) لمخالفته قاعدة صحة احتجاج الشرط مع المشروط.

جاء في قواعد الدكتور الباحثين:

«وممن بنى بعض أحكامه أو ترجيحاته عليها (أي: القاعدة) أبو العباس القرافي (ت ٦٧٤) الذي رد فتاوى من لم يوقع الطلاق في مسائل الدور التي منها قول القائل لزوجته: «إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، وقال بنقض قضاء من حكم ببقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق، وعلل ذلك بمخالفته قاعدة الشرط التي هي صحة اجتماعه مع المشروط، قال: «ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناءً على المسألة السريجية نقضناه، لكونه على خلاف القاعدة: «إن الشرط قاعدته صحة اجتماعه من المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، فإن تقدم الثلاث، لا يجتمع مع لزوم الطلاق، بعدها»^(١).

ومعنى ذلك: إلغاء الشرط غير الصحيح في إيقاع الطلاق الذي أوقعه بعد ذلك^(٢).

وصنيع القرافي هذا رفع من درجة الاحتجاج بالقاعدة وجعلها من الحجج القوية التي ينقض لها حكم القاضي كالنص والإجماع...

وقد نقل عن الإمام ابن عرفة (ت ٨٠٣) جواز نسبة القول إلى المذهب استنباطاً من القاعدة الفقهية، قال الحطاب:

«سئل ابن عرفة: هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق: هذا مذهب

(*) السُّرِّيَّة: مسألة مشهورة بين الفقهاء سميت بذلك نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي (ت ٣٠٦) وهي ما لو قال لزوجته: إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً، وقد أفتى ابن سريج بعدم وقوع الطلاق والحالة هذه. انظر: «إيضاح المسالك» ص (٤٠٧).

(١) «الفروق» (٤٠/٤).

(٢) «قواعد الفقه» للباحثين (٢٧٦ - ٢٧٧).

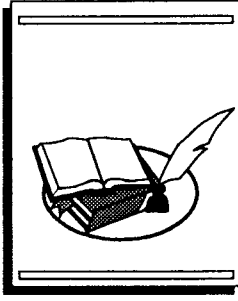
مالك؟ فأجاب: من له معرفة بقواعد المذهب ومشهور أقواله والترجيح والقياس: يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكره في قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك»^(١).

وهذا يدل على أن ابن عرفة يرى صحة الحكم استناداً إلى القاعدة وشمل لفظ قواعد المذهب - القواعد الأصولية مع القواعد الفقهية، فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناءً على القاعدة جاز الحكم بها^(٢).



(١) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» (٣٨/١).

(٢) «قواعد المقرئ - مقدمة المحقق» (١١٨/١).



المبحث الثالث

مناقشة آراء العلماء وأدلتهم في الموضوع وبيان الراجح منها

إذا نظرنا إلى تلك الآراء الراضة لدليلية القاعدة الفقهية نجدها جازمة شديدة عند القدامى وتتميز بنوع من التحفظ والتحرز من التعميم عند الباحثين المعاصرين، ومدار ذلك يرجع لسببين رئيسيين هما المسوغ لرفض الاحتجاج بالقواعد الفقهية عند هؤلاء:

- السبب الأول: إن القواعد الفقهية ليست كلية، وقد يكون الفرع المراد إلحاقه والحكم عليه وفق القاعدة داخلاً في مستثباتها.

- السبب الثاني: إن القواعد الفقهية استقرائية، والاستقراء ليس دليلاً قوياً لاستنباط الأحكام، ثم أن القاعدة هي ثمرة لاستقراء فروع كثيرة، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة دليلاً لاستنباط أحكام لفروع أخرى، فكأنها أحكام فروع مبنية على فروع أخرى ولا دليل؟!!

مناقشة هذه الأدلة:

أولاً: أما السبب الأول فنرجع إلى ما قلناه عن كلية القاعدة وأن الجزئيات لا تنهض أن تنقض الكلّيات.

وأنقل هنا قول الشاطبي الذي يرى الاستدلال بالقاعدة على الأحكام الشرعية مع أنها محتملة لما يجعلها غير صالحة للأخذ بها وبناء الأحكام

عليها لما يعترها من استثناء، إذ يساوى بينها وبين ما هو أصل من مصادر الأحكام الشرعية اتفاقاً كالقياس وأخبار الآحاد. يقول: «لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي، لا العموم الكلي التام الذي لا يتخلف عنه جزء ما».

قال الدكتور عبدالوهاب الباحسين في قواعده مبيناً هذه النقطة: «أما كون الشريعة على ذلك الوضع فظاهر، ألا ترى أن وضع التكاليف عام وجعل على ذلك علامة البلوغ وهو مظنة لوجود العقل الذي هو مناط التكليف، لأن العقل يكون عنده في الغالب لا على العموم، إذ لا يطرد ولا ينعكس كلياً على التمام، لوجود من يتم عقله قبل البلوغ، ومن ينقص وإن كان بالغاً، إلا أن الغالب الاقتران وكذلك أناط الشارع الفطر والقصر بالسفر لعللة المشقة، وإن كانت المشقة قد توجد بدونها وقد تفقد معها، ومع ذلك لم يعتبر الشارع تلك النوادر بل أجرى القاعدة مجراها، ومثله حد الغنى في النصاب وتوجيه الأحكام بالبينات وإعمال أخبار الآحاد والقياسات الظنية، إلى غير ذلك من الأمور التي قد تتخلف مقتضياتها في نفس الأمر، ولكنه قليل بالنسبة إلى عدم التخلف فاعتبرت هذه القواعد كلية عادية لا حقيقية.

وإذا ثبت ذلك ظهر أن لا بد من إجراء العمومات الشرعية مع مقتضى الأحكام العادية من حيث هي منضبطة بالمظنات إلا إذا ظهر معارض فيعمل على ما يقتضيه الحكم فيه^(١).

إننا حين تكلمنا عن أركان القاعدة وشروطها بينا أن كثيراً من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلاً، إما لأنها لم يتحقق فيها مناط القاعدة أو لفقدتها بعض الشروط، أو لقيام ما يمنع من انطباق حكم القاعدة عليها، لأنها قد عارضها ما يمنع من انطباقها على جزئياتها.

(١) «الموافقات» (٢/١٩٧ - ١٩٨). انظر: «قواعد الباحسين» (٢٧٦، ٢٧٧).

إذاً بالدراسة الجيدة للحالة المراد إلحاقها بالقاعدة أو إعطاؤها حكم القاعدة كقيلة بتلافي مثل هذه المحاذير أو المخاوف.

ثانياً: أما القول بأن القواعد إنما هي نتيجة الاستقراء ومن المحتمل أن يكون حكم ما لم يستقرأ مخالفاً لحكم ما تم استقراؤه وهو ما سموه بـ: الاستقراء الناقص. فإن أهل الاختصاص من العلماء لم يستنكروا إطلاق «قواعد كلية» على نتائج الاستقراء مع اعترافهم بأن الحكم بالكلية تابع لوجوده في أكثر الجزئيات لا كلها. فقد عرفوا الاستقراء الناقص بأنه «الحكم على الكلي لوجوده في أكثر جزئياته»^(١). واحتج به جمهور الفقهاء والأصوليين، وسموه: إلحاق الفرد بالأعم الأغلب، وقالوا: إنه يفيد الظن وهو كاف في إثبات الأحكام الشرعية. ولا بأس أن نوضح هذه المسألة أكثر فيما يلي:

حجية الاستقراء: لمزيد من إيضاح حجية الاستقراء واعتماد الفقهاء عليه في إثبات الأحكام الشرعية لا بد من التعرف على الاستقراء وأقوال العلماء في حجيته. فالاستقراء نوعان وهما: الاستقراء التام والاستقراء الناقص:

أولاً: الاستقراء التام: وهو «تتبع جزئيات كلي ليثبت حكمها له»^(٢).

ويفيد هذا النوع من الاستقراء العلم القطعي في ثبوت الحكم لكل فرد على الإجمال لثبوته في كل فرد على الإطلاق والعموم، فيثبت الحكم في صورة النزاع - كذلك - طالما تتبع كل ما عداها. مثاله: لا بد من وجود الطهارة في كل صلاة، فرضاً كانت أو نفلًا.

ثانياً: الاستقراء الناقص: وهو «تتبع أكثر جزئيات كلي يثبت حكمها له»^(٣).

(١) «المنطق التوجيهي» (١٢٢) - «ضوابط المعرفة» (١٩٣ - ١٩٩).

(٢) «شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني» (٣٤٥/٢). وانظر: «المستصفى» (٣٣/١).

(٣) نفس المرجع السابق.

ويصطلح على تسمية الاستقراء الناقص بالأعم الأغلب، ويعتبر هذا النوع مفيداً للظن الغالب دون القطع، لأن احتمال تخلف بعض جزئيات المستقراً موجود فتحمل صورة النزاع أو المسألة على حكم الاستقراء وإن كان ظنياً.

هذا الاستقراء عند المناطقة، والمراد بالبحث عند الأصوليين هو النوع الثاني وهو الاستقراء الناقص، لأن الغرض هو الاستدلال به لثبوت حكم في جزئي من جزئيات الكلي وهو ما يهمننا في هذا البحث أيضاً. ذلك أن الأحكام الشرعية إنما بنيت على الأغلب، والظن المستفاد من الاستقراء الناقص مبني على الأغلب، لأنه عندما نجد أكثر الجزئيات على صفة معينة فيغلب على الظن أن الباقي كذلك، إضافة إلى أن المذاهب الأربعة قد احتجت بالاستقراء في كثير من الأحكام الشرعية كتقدير مدة الحيض والنفاس.

وقد استدل الشاطبي على صحة هذا الاستقراء بما يلي:

١ - أن أهل العلوم العقلية والنقلية يحتجون بحكم الاستقراء، ويجرون حكمه في العقليات والشرعيات، سواء كان قطعياً أو ظنياً في كل مسألة متصورة متنازع فيها، داخله في الاستقراء أم لا.

٢ - أن التواتر المعنوي إنما حصل بالاستقراء لجزئيات مختلفة تتفق على معنى واحد كرفع الحرج في الشريعة، فقد ثبت في وقائع كثيرة كالتميم والقصر والفطر، وإباحة الميتة للمضطر... وغير ذلك مما يستنتج من حكم عام في رفع الحرج في الشريعة الذي كان نتيجة الاستقراء الذي يثبت به معنى عام لتواتره وتعاضد جزئيات كثيرة على تأكيده.

٣ - عمل السلف بالاستقراء: فقد ترك أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الأضحية حتى لا يظن أنها واجبة. وترك عثمان رضي الله عنه القصر في منى عندما وقع التقصير بأدائها. وإنما أخذوا بها سداً للذريعة مما ثبت لديهم من جزئيات كثيرة شاهدها في الشريعة، كقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَعَيْنَا﴾ [البقرة: ١٠٤]، وقوله: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ

يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴿[الأنعام: ١٠٨]... إلخ. فقد استخرجوا من هذه الآيات ما جعلوه دليلاً على حكم عام بدلالة الاستقراء دون نظر إلى خصوصيات بعض الجزئيات لعدم ثبوت اعتبار تلك الخصوصيات^(١).

ولو دققنا النظر في معنى الاستقراء لوجدناه يرجع إما إلى العموم المعنوي - كما يقول الشاطبي - أو إلى القياس الفقهي للمعنى الجامع بين الجزئيات. وأن نتيجة الاستقراء المهمة وغايته المرادة إنما هي من حيث الدليل الذي يتوصل إليه بالاستقراء. فلا يحتاج المجتهد بعد استقراء معنى عام من أدلة جزئية مختلفة إلى دليل خاص لكل مسألة تطراً بل يجد لها حكماً من خلال ما يتوصل إليه بإدخالها في حكم الاستقراء العام وهو أقوى من القياس بوجه من الوجوه وإن كان كلاهما ظنياً إذ القياس دليل خاص، وحكم الاستقراء قد تضافرت عليه أدلة كثيرة مما يدانيه من التواتر المعنوي^(٢).

واحتجوا بالقياس التمثيلي^(*)، فقالوا: إن القياس التمثيلي حجة عند القائلين بالقياس في الحكم الشرعي وهو أقل مرتبة من الاستقراء، لأنه حكم على جزئي لثبوتيه في جزئي آخر، والاستقراء حكم على جزئي لثبوتيه في أكثر جزئياته فيكون أولى من القياس التمثيلي^(٣).

(١) «الموافقات»: (٣/٢٩٨ - ٣٠٤). وانظر: «أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء» للبغا (٦٥٢ - ٦٥٣).

(٢) المصدر السابق. و«سلم الوصول» للمطيعي (٨٢/٤ - ٨٣).

(*) القياس التمثيلي: عرفه الغزالي بقوله: «هو أن يوجد حكم في جزئي معين واحد. فينقل حكمه إلى جزئي آخر يشابهه بوجه ما». وعرفه المناطقة بأنه: «قول مؤلف من قضايا تشتمل على بيان مشاركة جزئي لآخر في علة الحكم فيثبت الحكم له». وهو يفيد الظن ويصلح دليلاً للظنيات كالأحكام العملية لا العقائد ولا العقليات المحضة». [ضوابط المعرفة]: (٢٩٠ - ٢٩٢).

(٣) «الإبهاج» (٣/١٧٤) - «منهاج الوصول» (٢/١٣٣)، «نهاية الوصول في دراية الأصول» (٨/٤٠٥٢).

واعترض على ذلك بأنه مدخول، لأنه يشترط في إلحاق الجزئي الآخر في القياس الجامع بينهما، وهذا الأمر غير متحقق في الاستقراء الذي هو حكم على الكل بمجرد ثبوته في أكثر جزئياته.

ويرد على هذا بأنه لا يسلم، لأن تكوين الأحكام الكلية في الاستقراء مع أن التبع لم يكن إلا لبعض الجزئيات، يستند إلى قانونين أساسيين هما:

١ - قانون العلية.

٢ - قانون الاطراد.

فأما قانون العلية فهو يعني: «أن كل حادثة في الكون وكل تغيير يحدث في الأشياء أو كل ظاهرة من الظواهر، لا بد لها من سبب أو علة تنتج عنها».

أما قانون الاطراد: فيقوم على أن العلل المتشابهة تنتج معلومات متشابهة.

وبسبب هذين القانونين أمكن استخراج القواعد والقوانين الكلية في جميع المجالات، ومما يجدر ذكره هنا هو أن الاتصال القائم على العلية بين الأشياء ليس مطرداً في جميع الأحوال، فهناك أحكام كلية اعتمدت على الاستقراء لا تستند إلى قانون العلية، مما أطلقوا عليه اسم: «الاستقراء الإحصائي» كقولهم: كل طائر بيض وكل طائر له صماخ، وكل حيوان ذي ثدي يلد، فلا البيض علة في الطيران ولا الطيران علة في كونه يبيض، وهكذا في سائر ما ذكر. مع ذلك اعتمد العلماء الاستقراء الإحصائي في بناء الأحكام الكلية، وإن عدم وجود العلية لا يمنع من تعميم الحكم على الأشياء التي توجد فيها^(١).

أما اعتلالهم بأن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفرعية المختلفة وجامع لها ولذلك لا يصح أن يجعل دليلاً لاستنباط الأحكام لفروع أخرى. فإن

(١) «قواعد الباحسين» (٢٨٣ - ٢٨٥).

هذا باطل، لأن قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم وكانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية المنقولة عن الأئمة الأقدمين، ولم يقل أحد أنه لا يجوز أن نستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها.

وكذلك قواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة واللحن، وهي القواعد التي يستند إليها في استنباط أحكام اللغة العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية^(١).

الحاصل: بعد هذا الذي بيناه من موقف العلماء من حجية القاعدة بعرض آرائهم ومناقشتها، فإن الذي خلصت إليه هو ما خرج به أكثر الباحثين المعاصرين وإن تردد فيه بعضهم أو تحرز ببعض الشروط بعض آخر، وصرح به آخرون وفق منهجية في العرض والاستدلال والاستنتاج.

١ - إن القواعد التي هي نصوص شرعية، أو كان مصدرها نص شرعي من كتاب أو سنة وإن طرأ عليها تغيير في صياغتها تعتبر حجةً ودليلاً، شأنها في ذلك شأن النص الذي أخذت حجيتها منه وهذا بإجماع العلماء والباحثين وهو واضح.

٢ - القواعد المستنبطة وهنا يقع الاختلاف:

أ - القواعد المستنبطة أو المخرجة عن طريق الاجتهاد كالقياس أو الاستصحاب أو عن طريق الاستدلال العقلي أو التعارض والترجيح فهي تابعة لنوع الدليل ومدى الأخذ بما يترتب عليه من الأحكام، وهي تختلف قوة وضعفاً للاتفاق أو الاختلاف في ذلك بين الفقهاء وذلك لا يؤثر في حجية القاعدة إنما يضيق دائرة من يعمل بها.

ب - أما ما كان منها مستنبطاً عن طريق الاستقراء فقد بينا أن الاستقراء كاف في إثبات الأحكام الشرعية العملية عند جمهور العلماء لأن

(١) انظر: «الموسوعة الفقهية» (٤٨ - ٤٩).

المطلوب فيه تحقق الظن وهو كاف في بناء الأحكام الشرعية شأنه في ذلك شأن القياس مثلاً، وإذا قام دليل على إخراج بعض جزئياتها عمل ما يقتضيه الدليل في تلك الجزئيات، وإخراج بعض الجزئيات عن مقتضى الدليل بطريق الاستحسان لا يؤثر في بقاء الدليل والعمل به^(١).

إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النصوص والقواعد العامة للشريعة أو بناء على مصلحة رأوها أو عرف اعتبروه أو استقراء استقرؤوه، فعلى من تعرض لمثل هذه المسائل أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بالقواعد الفقهية وما بنيت عليه كل قاعدة أو استنبطت منه، وما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها^(٢).

يقول الدكتور الباحثين في هذا الصدد:

«فهذه القواعد التي أجهد العلماء أنفسهم في جمعها وترتيبها وتدوينها وشرحها وبيان طائفة من أحكامها، ليس غرضهم من ذلك هو ما ذكر من فوائد هذه القاعدة من تسهيل الحفظ، وجمعها في سلك واحد، وما أشبه ذلك، نعم إن هذا أمر محقق - ولا شك - لكن ليس هو وحده المقصود من ذلك، فليست القواعد مجرد «ديكور» يزين المعرض الفقهي، بل هي إلى جانب تلك الفوائد مصدر مشروع يتعرف منها على أحكام ما لم ينص عليه. ويستفيد منها المجتهد والمفتي والقاضي وغيرهم، كل في مجاله الذي يعمل فيه. ولا ندري ما معنى قولهم: «إن القاعدة الفلانية تدخل في سبعين باباً من الفقه، وأن القاعدة الفلانية هي ثلث العلم، أو ربه، أو أكثر من ذلك، إذا كانت لا تصلح للحجج»!

وإن كتب الفقه شاهد، غير مدفوع، على قيام الفقهاء بالاعتماد عليها في مجال الاستنباط، أو التخريج، أو الترجيح،... وما قيل من المنع من

(١) المصدر السابق: (٢٨٧).

(٢) «الموسوعة الفقهية» (٤٨).

البناء على القواعد الفقهية، من قبل بعض العلماء، لا يعني حسم الموضوع، فإن مثل هذه الأقوال وردت على ألسنة طائفة من العلماء حتى في القواعد الأصولية، لكن الراجح عند العلماء جواز ذلك، بشرط عدم وجود النص، والقدرة العلمية لمن يتولى هذا العمل...

وأكتفي هنا، بذكر مثال واحد يبين منهج العلماء في ذلك، والفائدة الممكنة تحقيقها من التفريع على القواعد الفقهية.

ذكر علماء الحنفية أن الأصل عند محمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) أنه: [إذا اجتمعت الإشارة والتسمية في العقد، فإن كان المسمى من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى] وبينوا توجيه ذلك.

ومما ذكروه تفرعاً على هذا الأصل أنه: إذا باع جارية، فإذا هي غلام لم ينقذ البيع، وإذا باع كبشاً، فإذا هو نعجة، انعقد البيع وتنجز، وذلك لأن الغلام والجارية جنسان عندهم؛ لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرها. والجارية لخدمة داخل البيت، كالاستفراش والاستيلاء اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية: أما الكبش والنعجة فهما جنس واحد؛ لأن الغرض الكلي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل، والذكر والأنثى في ذلك سواء، فالمعتبر في اختلاف الجنس، واتحاده، تفاوت الأغراض^(١).

وعلى هذا فمعرفة هذا الضابط أو الأصل يمكننا من استنباط وتخريج أحكام كثير من الفروع الفقهية،... فلو باعه... فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج أو جهازاً على أنه آلة تصوير فإذا هو راديو...، بطل البيع لاختلاف الجنس باختلاف الأغراض. ولو باعه فصاً على أنه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر أو هذا الثوب المصري فإذا هو مغربي لم يبطل البيع وخير المشتري لفوات الوصف. وهكذا يمكن طرد هذا في عشرات بل

(١) «فتح القدير» (٣/٢٠٦).

النتائج:

- أن القواعد الفقهية لا ترقى إلى مصاف القواعد الأصولية في استنباط الأحكام منها لكن هنا يكمن القول بالاستئناس بها.
- أن استخراج الحكم من القاعدة العامة لا يتوقف على الاجتهاد بل يتأتى من كل قاض وكل مفت متى توفرت لهما أهلية التخريج وإدراك مقاصد الشرع.
- فإذا كانت حادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلاً، كأن لم يتعرض لها الفقهاء، كالوقائع الحادثة والقضايا المعاصرة، ووجدت القاعدة التي تشملها، فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها تخريجاً عليها، اللهم إلا إذا قطع أو ظن الفرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة.
- وعليه فيمكن أن تكون القواعد الفقهية على شكل مواد قانونية تتخذ دستوراً للقضاء على نحو ما كانت عليه مجلة «الأحكام العدلية» على عهد الدولة العثمانية مستنداً للفتوى والقضاء.



(١) «قواعد الباحثين» (٢٨٨ - ٢٩٠). وانظر: تأسيس النظر فقيه طائفة من هذه الأصول.

الفصل السادس

ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية

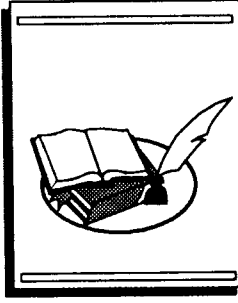
وفيه ما يلي:

المبحث الأول: تعريف الاستثناء.

المبحث الثاني: أقسام الاستثناء.

المبحث الثالث: بروز الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم المؤلفات التي اعتنت به.





المبحث الأول

تعريف الاستثناء

الاستثناء أحد الأساليب الشائعة في اللسان العربي وله أركان ثلاث: المستثنى والمستثنى منه وأداة الاستثناء.

أ - الاستثناء لغة:

مصدر استثنى يستثنى من الشيء: والسين والتاء زائدان لا تفيدان معنى الطلب هنا، كما تفيدانه في بعض الأماكن.

وللشيء في اللغة معان كثيرة:

منها: الصرف: تقول ثنيته عن حاجته: إذا صرفته عنها.

ومنه قول الأعرابي لراعي الإبل: (ألا واثن وجوهها عن الماء)^(١)،

أي: أصرفها عنه.

وجاء في الحديث: «مَنْ قَالَ قَبْلَ أَنْ يَشْنِي رَجُلَهُ»، أي: يصرفها عن

وضعها التي كانت عليه في التشهد^(٢). والمتكلم يصرف كلامه بالاستثناء عن

(١) «لسان العرب»: (ثنى).

(٢) هو جزء من حديث رواه الترمذي عن أبي ذر أن النبي ﷺ قال: «من قال في دبر صلاة الفجر وهو ثان رجله قبل أن يتكلم: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير، عشر مرات كتب له عشر حسنات، ومحى عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات، وكان يومه ذلك كله في حرز من الشيطان ومن كل مكروه، ولا ينبغي لذنب أن يدركه في ذلك اليوم إلا =

صوبه الأول إلى مجرى آخر، فإن كان الكلام إثباتاً جعله نفيًا، وإن كان نفيًا جعله إثباتاً.

ومنها: العطف، تقول: ثنيت الحبل: إذا عطفته بعضه على بعض^(١).
وكما جاء في قول الشاعر:

لعمرك أن الموت ما أخطأ الفتى لما لطول المرخي وثنياه باليد^(٢)
أي: طرفاه المعطوفتان.

ويقال: ثنيت الثوب فانثنى، واثنوني: إذا عطفته فانعطف^(٣).

وفي الحديث: «مَنْ قَالَ عَقِبَ الصَّلَاةِ وَهُوَ ثَانٌ رَجُلِيهِ»^(٤)، أي: عاطف رجله في التشهد.

وفي الآية: ﴿أَلَا إِنَّهُمْ يَتَّبِعُونَ صُدُورَهُمْ لِيَسْتَخْفُوا مِنْهُ﴾ [هود: ٥]، أي: يعطفونها عليه استخفاءً من الله.

ب - تعريف الاستثناء اصطلاحاً:

عرفه الفخر الرازي بقوله: «الاستثناء: ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه، ولا يستقل بلفظه ولا يستقل بنفسه». وعرفه أيضاً ب: «إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ» إلا «أو ما يقوم مقامها»^(٥).

وعرفه القاضي أبو يعلى رحمه الله بأنه: «كلام ذو صيغ محصورة تدل على أن المذكور فيه لم يرد بالقول الأول»^(٦).

= الشوك باالله «سنن الترمذي» كتاب الدعوات، باب (٦٤) رقم الحديث (٣٤٧٠).

(١) «لسان العرب».

(٢) لبيد لطفة بن العبد في معلقته: «الشعر والشعراء» لابن قتيبة (٧٧).

(٣) «لسان العرب» و«القاموس المحيط» للفيروزآبادي: (ثنى).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) «المحصول» (٣٨/١).

(٦) «العدة» للقاضي أبي يعلى (٦٥٩/٢).

وعرفه صدر الشريعة ب: «المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام في حكمه بإيالا وأخواتها»^(١).

وقال ابن الحاجب: «إخراج إيالا وأخواتها»^(٢).

فالإخراج جنس يشمل كل إخراج سواء كان بالاستثناء أو بغيره، كان الغير متصلاً كالشرط والصفة والغاية أو منفصلاً.

وخرج عن هذا الجنس ما لا يفيد الإخراج كالأستثناء المنقطع - على رأي الجمهور - فلا يسمى استثناء حقيقة، لأنه لا إخراج فيه لشيء ضروري أن المستثنى لم يكن داخلياً.

وقوله بالإخراج به كل المخصصات سواء كانت متصلة أو منفصلة لأن الإخراج فيها ليس بإيالا ونحوها بل بأمر آخر فلا يسمى واحد منها استثناء. والمراد إيالا وأخواتها في العمل والحكم وهي خلا، عدا، وحاشا، وسوى، وليس، ولا يكون^(٣).

ج - هل الاستثناء من النفي إثبات، والعكس؟

اتفق العلماء على أن المستثنى إيالا أو إحدى أخواتها لا يثبت له حكم المستثنى منه، بل يكون خارجاً عن هذا الحكم، ولكنهم اختلفوا: هل خروجه عن حكم المستثنى منه يقضي بثبوت نقيض هذا الحكم له وبذلك يكون الاستثناء من النفي إثباتاً ومن الإثبات نفيّاً أو لا يقضي بنقيض هذا الحكم؟

فقد اختلفوا على أن الاستثناء من الإثبات نفي^(٤).

أما الاستثناء من النفي، فذهب الجمهور إلى أنه إثبات وذهب الحنفية

(١) «التوضيح» (٢٠/٢).

(٢) «المختصر» (١٣٢/٢).

(٣) «أصول الفقه» لأبي النور زهير (٢٧٢/٢ - ٢٧٣).

(٤) انظر: «البحر المحيط» للزرکشي (٣٠١/٣ - ٣٠٢).

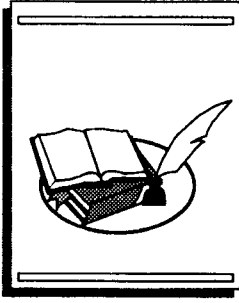
إلى أن الاستثناء لا يكون إثباتاً، وجعلوا بين الحكم بالإثبات والحكم بالنفي واسطة وهي عدم الحكم؛ قالوا: فمقتضى الاستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه لا بالنفي ولا بالإثبات.

واختلف كلام فخر الدين الرازي فوافق الجمهور في المحصول واختار مذهب الحنفية في تفسيره^(١).

قال الشوكاني في إرشاد الفحول: «والحق ما ذهب إليه الجمهور، ودعوى الواسطة مردودة، على أنها لو كان لها وجه لكان مثل ذلك لازماً في الاستثناء من الإثبات، واللازم باطل بالإجماع فالملزوم مثله. وأيضاً نقل الأئمة عن اللغة يخالف ما قالوه ويرد عليه، ولو كان ما ذهبوا إليه صحيحاً لم تكن كلمة التوحيد توحيداً، فإن قولنا: «لا إله إلا الله» هو استثناء من نفي. وقد استدل الحنفية بأن الاستثناء مأخوذ من قولك: «ثبت الشيء» إذا صرفته عن وجهه، والاستثناء يزيل الحكم ويبقى المستثنى مسكوتاً عنه غير محكوم عليه بنفي ولا إثبات. واستدلوا بـ: «لا نكاح إلا بولي»^(٢)، لا يلزم منه وجود النكاح عند وجود الولي، وكذا: «لا صلاة إلا بطهور»^(٣)، لا تحقق الصلاة عند حضور الوضوء بل يدل على عدم صحتها عند عدم الوضوء»^(٤).



-
- (١) انظر: «المحصول» للرازي (٥٦/١)، و«التفسير الكبير» له أيضاً (٢٢٨/١٠).
- (٢) أخرجه أبو داود في «سننه»: كتاب النكاح، باب في الولي. والترمذي في «جامعه» وحسنه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١١٠١). وابن ماجه في «سننه»: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١٨٨١).
- (٣) أخرجه أبو داود رقم (١٠١) وابن ماجه رقم (٣٩٩) كلاهما في كتاب الطهارة، باب التسمية على الوضوء من رواية أبي هريرة بلفظ: «لا صلاة لمن لا وضوء له».
- (٤) «إرشاد الفحول» (٥٣٧/٢ - ٥٣٨).



المبحث الثاني

أقسام الاستثناء

يقسم العلماء الاستثناء إلى قسمين:

متصل: وهو ما كان المستثنى من جنس المستثنى منه، مثل: رأيت القوم إلا محمداً.

منقطع: وهو ما كان المستثنى ليس من جنس المستثنى منه نحو: رأيت القوم إلا كلبهم.

وقد اتفق العلماء على أن الاستثناء حقيقة في المتصل ولكنهم اختلفوا في المنقطع، هل هو حقيقة فيه أو مجاز على أقوال أربعة:

الأول: وهو المختار لجمهور العلماء: أن الاستثناء حقيقة في المتصل، مجاز في المنقطع.

ودليلهم الاستعمال، فإنه شائع في المتصل حتى إذا أطلق يتبادر إلى الذهن أنه المقصود فكان حقيقة فيه، فإذا استعمل في المنقطع تعين أن يكون مجازاً.

القول الثاني: هو حقيقة في كل منهما لكنه لم يوضع لكل منهما استقلالاً وإنما وضع للقدر المشترك بينهما، وهو مخالفة ما بعد الأداة لما قبلها، فهو مشترك معنوي كقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ﴾، وإبليس ليس من جنس الملائكة والأصل في الاستعمال الحقيقة.

وقول الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس^(١)

واليعافير: وهي الحمر الوحشية، والعيس: وهي الإبل البيضاء التي يخالط بياضها شقرة ليس من جنس ما يؤنس وهو الإنسان.

القول الثالث: هو حقيقة في كل منهما وقد وضع لكل من المتصل والمنقطع بوضع مستقل، فهو مشترك لفظي. ودليلهم أيضاً الاستعمال فإنه جرى في المتصل والمنقطع على حد سواء، والأصل في الاستعمال الحقيقة، فبطل القول بأنه مجاز.

القول الرابع: الوقف لتعارض الأدلة ولا مرجح^(٢).

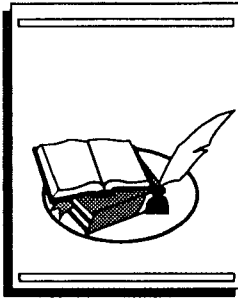
وهكذا نجد أن هذه التعريفات تشترك في أن الاستثناء إخراج للمستثنى مما أخبر به عن المستثنى منه وإن اختلفت بعض عبارات الأصوليين في ذلك، والملاحظ أن الأداة المستعملة دوماً في كتب القواعد الفقهية عند التعرض للاستثناء هي «إلا» دون غيرها من أدوات الاستثناء المعروفة.

فيذكر المؤلف القاعدة ثم يقول: «إلا في المسألة كذا» أو «المسائل...» هذا في المتقدمين، أما في كتب المعاصرين أمثال الشيخ الدكتور البورنو في موسوعته فهو يذكر القاعدة وما يتفرع عليها من مسائل ثم يفرد عنواناً خاصاً بما استثنى من القاعدة من مسائل قبول: «المستثنيات»، وكذا الشيخ الزرقا في شرحه للقواعد: يأتي بالقاعدة ثم الشرح ثم التطبيق ثم الاستثناء مفرداً لكل ذلك بعنوان خاص.



(١) البيت مغزوءٌ لعامر بن الحارث راجع «العيني» (١٤٨/٢) «الشاهد» (٣٤٣) وفي «ديوان الشاعر» (٥٣).

(٢) «أصول الفقه» لأبي النور زهير (٢٧٠ - ٢٧١). انظر: «المحصول» (٣/٣١ - ٣٧).



المبحث الثالث

الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم المؤلفات التي اعتنت به

المطلب الأول

نشأة الاستثناء

ورد الاستثناء في كلام العرب شعره ونثره وفي القرآن الكريم، واهتم به علماء اللغة، والفقهاء والأصوليون.

أما اللغويون، فلأنه باب عريض من صميم اختصاصهم من أبواب اللغة وقد توسعوا في معالجة أقسامه وأنواعه وكل ما له صلة بهذا الباب.

أما الأصوليون، فلأن القواعد الأصولية ناشئة عن الألفاظ العربية وما يعرض لها كما سبق أن بيناه^(١). وبهم يتأثر الفقهاء في بناء الأحكام الفقهية الفرعية.

فقد اختلف العلماء مثلاً فيما إذا جاء الاستثناء بعد جمل متعاطفة هل يعود الاستثناء إلى جميع ما ذكر قبل أداة الاستثناء «إلا» أم يعود إلى الجملة الأخيرة فقط. وهي قاعدة عند علماء الأصول تعرف بالتخصيص

(١) انظر: «مبحث الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية» السالف الذكر.

بالاستثناء... (١) وهكذا. أما الاستثناء في القواعد الفقهية فهو إخراج لمسألة أو أكثر، أو صورة أو أكثر كما عبر عنها بعضهم من حكم القاعدة إذ لا تشملها ضمن فروعها لسبب من الأسباب التي سنبينها في حينها.

وقد وجد الاستثناء بوجود القواعد ونشأ بنشاطها للزوم وجود المستثنيات من القواعد، وحرص العلماء على تبيين الفروع الداخلة تحت تلك القاعدة والتي تخرج عنها، ولعل في قول سيدنا عمر رضي الله عنه لسيدنا أبي موسى الأشعري (٢): «أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك» إشارة إلى أن من الأمثال والأشباه ما يخالفها في الأحكام لمدرک خاص به وهذا الخارج هو المستثنى ولذلك قال: «ثم قس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبها للحق».

المطلب الثاني

أهم المؤلفات التي اعتنت بالاستثناء

عند التعرض لبحث المؤلفات التي اعتنى مؤلفوها بذكر المستثنيات في القواعد الفقهية نميز بين مجموعتين:

الأولى: من يذكر المستثنيات عرضاً أو تبعاً لذكر القواعد: والمقصود من المؤلف هو ذكر القواعد أو الضوابط ثم ذكر ما يستثنى منها كتنبيه على خروج هذه المسائل من القاعدة وربما لم يستقصوها. وهذا هو الاتجاه الموجود في كتب القواعد الفقهية بوجه عام فإنهم يذكرون القاعدة وما يندرج تحتها من فروع فقهية ثم يستثنون بعض المسائل أو الصور كما يعبر عنها السيوطي. فيقول في القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها وخارج على هذا الأصل صور: من عزم على معصية ولم يفعلها أو لم يتلفظ بها لا يآثم

(١) انظر: «أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء» للدكتور مصطفى الخن ص (٢٣٥) وما بعدها.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/١١٥).

لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت بها نفوسها ما لم تتكلم أو تعمل به»^(١)...^(٢).

وقد يكون بعض ما أخرجه في الأشباه كقوله: «خرج عن هذه القاعدة... إلخ» الخروج الذي يراد بالاستثناء المنقطع. فإنه يراد به أن لا يكون داخلاً في صدر الكلام أصلاً، وقد يراد منه الدخول في صدر الكلام وبالإستثناء لم يخرج عن عين الحكم، بل خالف ما قبله في أن له حكماً آخر كقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾، أي: الجمع بين الأختين الذي سلف داخل في الحرمة، لكنه غير مخرَج من حكم صدر الكلام وهو الحرمة، لأنه حرام أيضاً، لكنه أثبت فيه حكماً آخر وهو أنه مغفور، وحمل الخروج هنا على المعنى الأول^(٣).

وأحياناً يضع بعضهم عنوان «الفائدة»، كما يفعل ابن نجيم في أشباهه والعلامة أبو بكر الحصني في قواعده، مثل قول هذا الأخير «فائدة: فيما يستثنى من القواعد المستقرة إما للضرورة أو الحاجة الماسة، وفيه صور: منها استعمال الماء في الحدث سالباً لطهوريته، وملاقاة الماء القليل للنجاسة سالباً للطهارة. لكن استثنى من تلك ما قبل الانفصال عن العضو وعن التراب المغسول إذ لولا ذلك لما تصور رفع حدث ولا إزالة نجاسة»^(٤).

وكذا ابن نجيم في أشباهه يقول في قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»: «الفائدة الأولى يستثنى منها مسائل: المستحاضة المتحيرة يلزمها الاغتسال لكل صلاة وهو الصحيح...» ثم يذكر بقية المسائل المستثناة.

وربما أتى بها بعضهم من خلال مناقشة المسائل المتفرعة عن القاعدة كما يفعل المقري في قواعده فيقول مثلاً في القاعدة الخمسون من قواعده:

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره...، رقم (٥٢٦٩).

(٢) «الأشباه والنظائر» (٢٥).

(٣) انظر: «شرح المجلة» لخالد الآتاسي ص (١١١).

(٤) «قواعد الندوي» (٢٤٢).

«أصل النجاسة الاستقذار؛ فما خرج إلى ضد ذلك منها فقد خرج بالكلية عنها كالمسك فإنه خارج^(١)، والعنبر عند من يرى نجاسة الأرواث مطلقاً كالشافعية...»^(٢) ودون تعرض لتعليل ذلك أو ذكر لسبب لهذا الاستثناء إلا إشارات نادرة ورغم ذكر هؤلاء للمستثنيات فمستثياتهم قليلة بل لا يستثنون من بعض القواعد أحياناً. وغيرهم ممن ألف في هذا المجال كابن الوكيل وابن رجب يذكرون القواعد مجردة عن الاستثناء.

الثانية: من ألف في الاستثناء في القواعد الفقهية أصالة: وهو المقصود من هذا المبحث: فهذه كتب قليلة جداً إذا قيست بما ألف في القواعد الفقهية عموماً، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على عدم التفات هؤلاء العلماء إلى هذه الجزئية في القواعد، وجل من ألف في هذا الباب إنما يذكرون ذلك مع الفروق الفقهية ومرد ذلك فيما أرى إلى أمرين:

أ - ما ذكرناه في بداية هذا البحث من اهتمام العلماء وصب جام جهدهم على تفعيد القواعد، جمع ما يندرج تحتها من جزئيات دون التركيز على مستثياتها لقلتها، لأن الأصل في القواعد عموماً كليتها وأن الاستثناء فيها شاذ.

ب - أنها بحثت ضمن الفروق الفقهية، لأنها تعد واحدة من صورها ذلك أن المستثنى يفترق عما استثني منه في الحكم.

يقول الدكتور يعقوب الباحسين: «ذكر الاستثناء ضمن كتب الفروق الفقهية» ويعرض كيفية تعرض مؤلفها لذلك فيقول:

بعد التعرض إلى قواعد وضوابط الباب الفقهي، ثم ذكر ما يستثنى من الدخول في تلك الضوابط والقواعد، ولا يتعرض إلى بيان وجه الفرق إلا في مسائل محدودة من ذلك يوردها على هيئة اعتراض وجواب والكتب

(١) المسك أصله دم والدم معلوم أنه نجس، ولكن لأنه خرج عن الاستقذار فيحكم بطهارته.

(٢) «قواعد المقرئ» ص (٢٧٢) تحقيق أحمد بن عبدالله بن حميد.

المؤلفة وفق هذا المنهاج يرد في عنوانها ذكر الفرق والاستثناء كما في كتاب البكري الاستغناء في الفرق والاستثناء... أما الفروق فكان التعرض إليها كما سبق الكلام غير كثير، والذي نقصده من ذلك هو بيان وجه الفرق أو علله وأسبابه. وإلا فإن الاستثناء نفسه يعني الاختلاف، وافتراق ما استثني عما استثنى منه في الحكم^(١).

أهم الكتب التي اعتنت بالاستثناء:

١ - المناقضات في الحصر والاستثناء لأحمد بن الحسين الفناكي (ت ٤٤٨هـ). وهي تسمية تعبر عن هذا النوع من التأليف بما هو أقرب إلى تصويره من تعبير الفرق والاستثناء.

قال ابن الصلاح: «رأيت له كتاب «المناقضات» ومضمونه الحصر والاستثناء، شبه موضوع تلخيص ابن القاص (ت ٣٣٥)».

ومن أمثله ما ذكره السبكي في طبقاته قال: «وفيه يقول الفناكي: من اشترى شيئاً شراءً صحيحاً لزمه الثمن إلا في مسألة واحدة وهي المضطر يشتري الطعام بثمن معلوم، فإنه لا يلزمه الثمن، وإنما تلزمه القيمة. ذكره أبو علي الطبري واحتج بأن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر»^(٢).

غير أن الكتاب غير موجود بين أيدينا اليوم مطبوعاً أو مخطوطاً.

٢ - الاستغناء في الفرق والاستثناء لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن البكري الشافعي توفي في أوائل القرن التاسع الهجري.

ويعتبر أوسع الكتب ذكراً للمستثنيات فعنوانه يدل على أنه وضع للاستثناء ولقد وفي بما وضع كتابه له. رتب مؤلفه على أبواب الفقه مبتدئاً بكتاب الطهارة ومنتهاً بكتاب أمهات الأولاد. وفي كل باب يقدم له بعرض أركانه وشروطه، ثم يذكر ما فيه من ضوابط مطلقاً عليها اسم القواعد، ثم

(١) «الفروق الفقهية والأصولية» (٨١ - ٨٢).

(٢) «طبقات الشافعية» لابن الصلاح (٧/٣).

يذكر ما يستثنى منها مبيناً عدد مستثنياتها؛ فيقول: إلا في مسألة أو مسألتين، وإن كان جمعاً قال: في مسائل، فإن وجد خلال عرضه للأحكام ما يثير وجه افتراق بين مسألتين يُبَيِّنُهُ غير أن التنبيه عن الفروق كان قليلاً رغم ذكر ذلك في العنوان ومقارنة بحجم الكتاب، وما تضمنه من ثروة فقهية عظيمة مما حوته من الفروع الفقهية تدل على ما امتلكه مؤلفه من باع طويل واطلاع واسع وحفظ للمسائل الفقهية وموهبة نادرة في مظان المسائل الفقهية وذكر لاختلاف الأقوال وعزوها لأصحابها، فهو كما قال عنه محققه: «ولهذا يعتبر هذا الكتاب كتاب أقوال وطرق، ووجوه وأقوال شاذة أو غريبة وحتى الأقوال الضعيفة في المذهب»^(١).

إضافة إلى الحشد الهائل من المستثنيات التي ذكرها إذ لم أجد في الكتب الموجودة بين أيدينا اليوم من ذكر لمؤلف حوى من المستثنيات ما حواه الاستغناء.

وهو مع ذلك على غرار من ألف في القواعد من المتقدمين أغلب ما جاء في الكتاب من الضوابط، بل كثير منها أحكام جزئية، وقد يطيل في تفسير حكم جزئي وعرض لأحكامه ثم يسمي هذا قاعدة. مثل قوله في كتاب الصلاة في القاعدة الحادية والعشرين: «يستجيب للإمام أن يخفف الصلاة من غير ترك الأبعاض والهيئات. وهي التشهد الأول وقعوده والصلاة على النبي ﷺ فيه والصلاة على آله في التشهد الأخير، والقنوت والقيام. فإن رضي القوم التطويل وكانوا محصورين فلا بأس»^(٢).

كيفية عرض للمستثنيات:

كان رحمه الله تعالى يذكر المستثنيات سواء كان المستثنى، لا خلاف فيه، أو كان تفريراً على الراجح، أو على المرجوح، وقد يكون التفرير على

(١) «الاستغناء في الفرق والاستثناء» مقدمة المحقق، ص(١٦).

(٢) لمعرفة المزيد عن هذا المؤلف، انظر: «مقدمة المحقق» الدكتور سعود الشبتي (٨٧ - ٨٩) ج(١).

قول ضعيف أو شاذ أو غريب وأحياناً على قول عالم واحد^(١). غير أن هذه المستثنيات المذكورة كانت عارية عن أي شرح أو ذكر لسبب هذا الاستثناء.

ما عدا هذين الكتابين كان تناول الاستثناء من الأحكام أو القواعد يرد تبعاً، ولم يكن من أهداف المؤلفين ذلك. وهذه ظاهرة موجودة، كما ذكرنا، في سائل كتب القواعد والضوابط الفقهية وقد ذكر بعضهم ضمن هذا النوع من التأليف، كتاب «التلخيص» لأبي العباس ابن القاص (ت ٣٣٥هـ). وهو في واقعه كتاب في الفقه موجز. لكنه كبير الفائدة، حسن التأليف دال على دقة مؤلفه وحسن نظره، وهو كثيراً ما يذكر الضوابط والأحكام ثم تتبع ذلك بما يستثنى منها، وبهذا شبه به كتاب «المناقضات» للفناكي^(٢).

ومثله كتاب «القواعد» في فروع الشافعية للشيخ عيسى بن عثمان الغزي (ت ٧٩٩هـ) فقد ذكره صاحب «كشف الظنون» ضمن الكتب التي اختصت بذكر الفرق والاستثناء. وقال: «أنه يذكر القاعدة وما يستثنى منها، وأدخل فيها ألباز الإسنوي وزاد عليها»^(٣).

يقول الدكتور الباحسين: «غير أن مثل هذا الاتجاه يؤدي إلى إضاعة ما بين الأنواع من الفواصل والحدود، ويدخل عشرات الكتب في هذا النطاق، وفي ذلك من التساهل ما فيه»^(٤).



(١) نفس المصدر السابق.

(٢) «طبقات الشافعية» لابن الصلاح (١/٣٣٩).

(٣) «كشف الظنون» (٢/١٣٥٩).

(٤) «الفروق الفقهية والأصولية» (١١٠).

المبابة الأول

الاستثناء في القواعد الفقهية وأسبابه من الأدلة المتفق عليها

وفيه ما يلي:

تمهيد.

الفصل الأول: الاستثناء بسبب النص.

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع.

الفصل الثالث: الاستثناء بسبب القياس.

تمهيد

لقد تبين فيما قررناه في مطلع البحث أن الفقهاء لما أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، لم يغفلوا مسألة كلية القاعدة أو أغلبيتها، إنما اعتبر المحققون من العلماء أن الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقص من كلية القاعدة ولا يقدر في عمومها، بل هو شأن كل القواعد الاستقرائية، وهي صحيحة وإن تخلف عنها بعض جزئياتها، والواجب على الفقيه اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كليتها وبالعكس.

والذي يفقد القاعدة كليتها ويسلب منها بعض جزئياتها أسباب أقوى مؤثرة ومعتبرة عند الفقهاء تعارض حكم تلك القاعدة في هذه الجزئية فتخرجها منها وتعطيها حكماً مخالفاً يحقق مقصود الشرع بلا شك، وقد تكون بحكمها الجديد أنسب بالدخول تحت قاعدة أخرى.

يقول الشيخ خالد الآتاسي في شرح المجلة موضحاً هذا المعنى في مسألة الاستثناء في القاعدة الفقهية:

«إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وفهمها في بادئ الأمر لكن ربما يعارض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس إما بالأثر كالسلم والإجارة في بيع المعدوم، وإما بالإجماع كالاستصناع، وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار، وإما بالقياس الخفي المعبر عنه

بالاستحسان وهو ما قوي أثره يقدم على القياس الجلي»^(١).

وفيما يلي نفضل القول في هذه الأسباب - أي: أسباب الاستثناء من القواعد الفقهية - مشفوعاً بمسائل تطبيقية توضح كيفية خروج تلك المسائل عن حكم قواعدها مع ذكر آراء الفقهاء في كل مسألة، وآثرت أن أتناول القسم الأول منها وهو الاستثناء بسبب الأدلة المتفق عليها في هذا الباب، أما القسم الثاني وهو الاستثناء بسبب الأدلة المختلف فيها فنتناوله في الباب الثاني.



(١) «شرح المجلة» (١١/١ - ١٢).

الفصل الأول

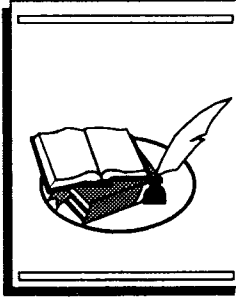
الاستثناء بسبب النص

وفيه ما يلي:

المبحث الأول: النص: تعريفه، أقسامه، حجتيه.

المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص.





المبحث الأول

النص

المطلب الأول

التعريف بالنص

أ - لغة:

النص في اللغة: رفع الشيء، من نص الحديث نصّاً؛ رفعه.
ومنه قول عمرو بن دينار: «ما رأيت رجلاً أنصّ للحديث من
الزهري»، أي: أرفع له، وأسند وهو مجاز.
وأصل النص: رفعك الشيء.
قالوا: وكل شيء أظهرته فقد نصصته.
ومنه حديث هرقل كما في النهاية: ينصّكم^(١)، أي: يستخرج رأيكم
ويظهره. وقال الشاعر:
أنصّ الحديث إلى أهله فإن الأمانة في نصّه
ونص العروس، أي: رفعها على المنصة.

(١) «النهاية» (٤/١٤٨). و«مختار الصحاح» ن ص ص.

والنص، أيضاً: التحريك حتى يستخرج أقصى سير الناقة.
ومنه: نصت الدابة في السير: إذا أظهرت أقصى ما عندها^(١).

ب - اصطلاحاً:

يختلف مدلول النص باختلاف أهل الفن، فمعناه عند الفقهاء غيره عند غيرهم، ففي عرف الأصوليين يطلق بإطلاقين بيانهما فيما يلي:

١ - ذكر الغزالي أن النص مشترك يطلق على ثلاثة أوجه:

الأول: وهو الأشهر: ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً «كالخمسة» مثلاً فإنه نص في معناه لا يحتمل شيئاً آخر. فكلما كانت دلالة اللفظ على معناه بهذه الدرجة سمي بالإضافة إلى معناه نصاً في طرفي الإثبات والنفي، أعني: في إثبات المسمى ونفي ما لا يطلق عليه الاسم.

الثاني: ما لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضده دليل.

الثالث: ما أطلقه الشافعي من تسمية الظاهر نصاً وهو منطبق على اللغة ولا مانع منه في الشرع فالنص على هذا، هو الذي يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع. فيكون هو والظاهر سواء^(٢).

٢ - هو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة سواء كان ظاهراً أو نصاً أو مفسراً، حقيقة أو مجازاً عاماً كان أو خاصاً لأن عامة ما ورد من صاحب الشرع نصوص.

وقد أشار إلى هذا الإطلاق ابن حزم في كتابه «الإحكام» حيث قال: «الأصول التي لا يعرف شيء من الشارع إلا منها أربعة هي: نص القرآن ونص كلام رسول الله ﷺ الذي هو إنما عن الله تعالى مما صح عنه عليه السلام وثقه الثقات، والتواتر وإجماع جميع الأمة ودليل منها لا يحتمل إلا

(١) «القاموس المحيط» (٨١٦) مادة نص. انظر: «لسان العرب» في نفس المادة -
«المصباح المنير» (١٦٨).

(٢) «المستصفى» (٣٨٤).

وجهاً واحداً^(١). وهذا المعنى هو المراد عند الفقهاء.

ومن الواضح أننا نريد النص بهذا الإطلاق الثاني وهي الآيات والأحاديث الدالة على الأحكام من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وهي ما يقابلها الإجماع والقياس، ولا علاقة لنا بمفهوم النص المقابل للظاهر في دلالات الألفاظ.

ومن أمثلة النص قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلًا لِّمَا كُنتُمْ تَكْفُرُونَ﴾ [النساء: ٢٣]. فإنه نص في بيان العدد الحلال من النساء وقصر على هذا العدد.

المطلب الثاني

أقسامه

أولاً: الكتاب:

أ - تعريفه لغةً:

كتب كتاباً أو كتاباً: خط.

والكتاب: ما يكتب فيه والصحيفة والكتبة أن تكتب أو تنسخ كتاباً.

وكتب: جمع، ومنه الكتيبة: الجماعة. وقد سمي الكتاب كتاباً لما كتب فيه، ولأنه صحف قد جمعت^(٢).

ب - تعريفه اصطلاحاً:

هو اللفظ المعجز الموحى به إلى محمد ﷺ، المتعبد بتلاوته المنقول

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم (١/٩٥).

(٢) الفيروزآبادي «القاموس» (١٦٥).

إلينا بالتواتر^(١).

ج - حجية الكتاب:

إن أصل الشّرع كلّهُ هو الكتاب المنزّل لأنّه كلام الله تعالى وحده، وإليه تعود المصادر الأخرى، ولا يجوز لأحد أن يتجاوزهُ ويتعدى حدوده، بل يجب المحافظة عليه تعلّماً وعملاً بحيث تعقّل معانيه ومراميهِ فهو الحاوي لكلّيات الشريعة ومقاصدها وأحكامها المتعبّد بها.

يقول الشاطبي رحمه الله في هذا المعنى: «فإذا نظرنا إلى رجوع الشريعة إلى كلياتها المعنوية وجدناها قد تضمّنتها القرآن على الكمال وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات ومكتمل كل واحد منها وهذا كلّهُ ظاهر، وأيضاً فالخارج من الأدلة عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس وجميع ذلك إنّما نشأ عن القرآن وقد عدّ الناس قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر: ٧]، متضمناً للسنة، وقوله: ﴿وَتَّبِعْ عِزَّ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥]، متضمناً للإجماع وهذا أهم ما يكون»^(٢).

ثانياً: السنة:

أ - تعريفها لغة:

السنة لغة: ما قد يتّخذهُ الإنسان لنفسه من طريقة في الحياة بقطع النظر عن كونها محمودة أو مذمومة وهي المعنى المراد من «السنن» في قوله تعالى: ﴿قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ﴾ (١٣٧). [آل عمران: ١٣٧]. وهو المراد من قوله عليه الصلوة والسلام: «مَنْ سَنَّ سَنَةً حَسَنَةً فَلَهُ أَجْرُهَا وَأَجْرُ مَنْ عَمِلَ بِهَا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ سَنَّ سَنَةً سَيِّئَةً كَانَ عَلَيْهِ وِزْرُهَا وَوِزْرُ مَنْ عَمِلَ بِهَا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»^(٣).

(١) «مباحث الكتاب والسنة» (١٣)، وانظر: «نشر البنود» للشنقيطي (٧٩/١).

(٢) «الموافقات» (٢٧٥/٣).

(٣) أخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة، من حديث =

ومما يجدر ملاحظته أنّ السّنة لا يعبر بها في اللّغة عن الطّريق الحسي الذي يسلكه الإنسان في الأرض، وإنّما يعبر بها عن الطّريقة المعنوية التي هي رديف المبدأ أو المنهاج^(١).

ب - تعريفها اصطلاحاً:

للسّنة عند أهل الشرع جملة من الاستعمالات، فهي عند الأصوليين: «ما صدر عن النّبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير» وجرى الخلاف في الوصف.

أما عند الفقهاء: فهي: «ما واضب على فعله النّبي ﷺ مع ترك ما بلا عذر»، أو هي: «كل حكم شرعي يترتب عليه ثواب ولا يستلزم تركه عقاب»^(٢). وبهذا المعنى فهو حكم من أحكام التكليف. على أن من علماء الشريعة الإسلامية من يطلقون السنة على الطريقة التي أثرت عن النّبي ﷺ أو من خلفائه الراشدين وصحابته الكرام في مختلف شؤون الحياة، وإنّما يقابلها بهذا المعنى البدعة، وهي كل ما ابتدع واستحدث في الدّين، مما لا يعهد في حياة النّبي عليه الصّلاة والسّلام ولا في عهد خلفائه الراشدين، فتكون السنة بهذا المعنى أقرب إلى مدلولها اللّغوي العام من اصطلاحها الشرعي.

ج - حجية السّنة المطهّرة ومرتبته من القرآن الكريم:

لقد أطال العلماء في بيان مرتبة السّنة من القرآن من حيث حجيتها ودلالاتها على الأحكام الشرعية، وانتهى أكثرهم إلى أن السّنة إنّما تأتي في الدرجة الثانية بعد كتاب الله واستشكل بعضهم أن هذا الترتيب يتنافى مع ما هو ثابت من أن أكثر السّنة إنّما جاء بياناً لما في القرآن فهي تعد بذلك

= ابن جرير رقم (٢٣٥١). والترمذي في «سننه»: كتاب العلم، باب فيمن دعا إلى هدى فاتبع رقم (٢٦٧٥)، وقال: حديث حسن صحيح بلفظ من سن سنة خير...

(١) «لسان العرب» مادة سنن (٢٢٥/١٣).

(٢) انظر: «مختصر المنتهى» لابن الحاجب (١٨/٢)، «إرشاد الفحول» (١٥١/١)، مباحث الكتاب والسّنة (٢٥).

قاضية عليه، والإشكال الثاني أن هذا الترتيب لو صح لوجب على المجتهد ترك السنّة كلما ظهر له تعارض مع القرآن.

ولرفع هذا اللبس الواقع لا بد من الرجوع إلى ما ذكرناه من قبل من المعنى في كون القرآن هو المصدر الوحيد في الحقيقة للأحكام الشرعية، والأخذ منه إنما يكمل في الخضوع لأوامره ونواهيه ويكون أيضاً بالرجوع إلى الموازين التي أمرنا بالرجوع إليها وأولها السنّة ثم الإجماع ثم القياس... إلخ. فالأخذ بالسنّة ليس واجباً إلا من حيث أن القرآن أوجبه وكذا سائر المصادر الأصلية والفرعية الأخرى، لقوله تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠]، وقوله: ﴿وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولَ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧]، و﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]، إلى آخر ما هنالك من الآيات القاطعة الدالّة على أن السنّة ترجمان القرآن وشرحه الذي لا ينفك عنه، وفي هذا المعنى يقول الشافعي رحمه الله: «فمن قبل عن رسول الله عليه الصلّاة والسّلام فعن الله قبل»^(١).

د - استقلال السنّة بالتشريع:

اتفق من يعتد به من أهل العلم على أنّ السنّة المطهّرة مستقلة بتشريع الأحكام وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام وتفصيل الأحكام وقد ثبت عنه ﷺ أنه قال: «ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه»، أي: أوتيت القرآن، وأوتيت مثله من السنّة التي لم ينطق بها القرآن وذلك كتحریم لحوم الحمر الأهلية وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير. والجمع بين البنت وخالتها والبنت وعمتها، وتفصيل أحكام الصلاة وغير ذلك ما لا يأتي عليه الحصر.

قال الأوزاعي - رحمه الله -: «الكتاب أحوج إلى السنّة من السنّة إلى الكتاب».

(١) «الرسالة» (٧٨).

وقال ابن عبد البر: «أنها تقضي عليه وتبين المراد منه».

والحاصل: أن ثبوت حجية السنة المطهرة واستقلالها بالتشريع ضرورة دينية ولا يخالف في ذلك إلا من لاحظ له في دين الله^(١).

وإذن فليس من مستلزمات هذا الترتيب البتة إهمال السنة كلما قام مظهر من تعارض بينهما؛ لأن التعارض الحقيقي بين القرآن والسنة الصحيحة الثابتة منفي بالدليل العقلي والنقلي، فبقي معنى التعارض - إن وجد - محصوراً في مظهر يوهم ذلك، أو في حالة لم يتأكد فيها من ثبوت السنة، وقد تولّى العلماء تفصيل ذلك في مواضعه مما يطول عرضه في هذا البحث.

المطلب الثالث

لا اجتهاد مع النص

قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦]. ويقول تعالى: ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [الحجرات: ١].

ونهى أن يقول أحد: هذا حلال وهذا حرام لما لم يحرمه الله ورسوله وأخبر، أن فاعل ذلك مفتر على الله الكذب فقال: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾ [١٦] مَتَّعَ قَلِيلٌ وَهُمْ وَعَذَابُ أَلِيمٌ [١٧]. والآيات في هذا المعنى كثيرة.

ومن السنة في الصحيحين من حديث ابن عباس أن هلال بن أمية كذب امرأته بشريك ابن سحماء عند النبي ﷺ فذكر حديث اللعان إلى أن

(١) «عن إرشاد الفحول» (١/١٥١ - ١٥٧) بتصرف.

قال: فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»^(١)، يريد - والله أعلم -: بكتاب الله، قوله تعالى: ﴿وَيَذُرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَنْزِعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ...﴾، ويريد بالشأن - والله أعلم -: أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به ولكن كتاب الله فصل الحكومة وأسقط كل قول وراءه ولم يبق للاجتهد بعده موقع.

ومن أقوال العلماء في العمل بالنص:

وهي من الكثرة بحيث لا يمكن حصرها لكننا نكتفي بذكر جملة منها:

قال الشافعي: «أخبرني من لا أتهم عن ابن أبي ذئب قال: أخبرني مخلد بن خفاف قال: ابتعت غلامه فاستغلته، ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه إلى عمر بن عبدالعزيز ف قضى لي برده وقضى عليّ برد غلته فأتيت عروة فأخبرته فقال: أروح إليه العشية، فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني به عروة عن عائشة عن رسول الله ﷺ، فقال عمر: ما أيسر هذا عليّ من قضاء قضيته: اللهم إنك تعلم أنني لم أرد فيه إلا الحق، فبلغتني فيه منه عن رسول الله ﷺ، فأرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله فراح إليه عروة، ف قضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به عليّ له»^(٢).

وقال الشافعي: «أجمع الناس على أن من استبان له سنة رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد من الناس». وقال: «كل مسألة تكلمت فيها صح الخبر فيها عن النبي ﷺ عند أهل النقل بخلاف ما قلت فأنا راجع عنها في حياتي وبعد موتي». ومثله روي عن باقي الأئمة.

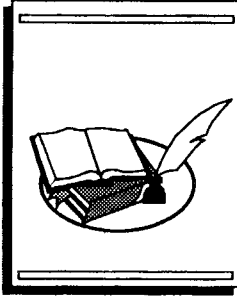
(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي: البخاري كتاب «التفسير» سورة النور رقم (٤٧٤٧)، أبو داود (٢٢٥٤)، الترمذي (٣١٧٩)، ابن ماجه (٢٠٦٧)، أحمد (٢٣٩).

(٢) سبق تخريجه ص (٨٤).

ثم يقول ابن القيم بعد سرد ما جاء في هذا الصدد من كتاب الله وسنة رسوله الكريم وأقوال العلماء: «وهذا هو الواجب على كل مسلم، إذ اجتهد الرأي إنما يباح للمضطر كما تباح له الميتة والدم عند الضرورة، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم»^(١).



(١) «إعلام الموقعين» (٢/٢٨٢) وما بعدها.



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة «الخراج بالضمان»

١ - شرح القاعدة:

الخراج: هو العلة التي تحصل عنها من الشيء، كمنافع الأشياء وأجرة الدابة.

الضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير، فقد عرفه ابن عرفة: «الضمان: شغل ذمة أخرى بحق».

وهذه القاعدة نص حديث نبوي شريف^(١)، وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها أن شخصاً اشترى عبداً واستغله زماناً ثم وجد فيه عيباً قديماً، فخاصم البائع إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ف قضى برده على البائع فقال: يا رسول الله، إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان».

ومعناه: أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي: تحمل تبعة الهلاك، فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة.

(١) الحديث سبق تخريجه ص (٨٤).

والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة على أن يكون مستند إلى حالة مشروعة كالشراء وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث.

فإن كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغصب فإنه لا يبيح للضمان خراج الشيء المضمون، ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامناً له.

أما الزوائد المتولدة كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر، فإنها تحكم فيها قاعدة شرعية أخرى تجعلها لمالك أصولها المتولدة منه دون النظر إلى الضمان وعدمه لأنها أسباب الملكية المتولدة من المملوك، ولذلك إذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للمالك لا للغاصب مع أن ضمان هلاكها على الغاصب. وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها للمشتري فولدها للمشتري.

وليس للبائع أن ينتفع بها أو يؤجرها مع أن ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري هو على البائع.

ولهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لا تكون مثل هذه الأحكام مشكلة على القاعدة ومستثناة منها لأنها خارجة عن المعنى المقصود بنص الحديث^(١).

٢ - الاستثناء: «حديث المصرة»^(٢):

قاعدة: «الخراج بالضمان» عامة لا يستثنى منها إلا ما ثبت بالنص

(١) «المدخل الفقهي العام» (١٠٣٦/٢).

(٢) التصرية: جمع اللبن في الضرع، صرى الشاة، وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف وصرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع.

قال البخاري: أصل التصرية: حبس الماء، «يقال: صربت الماء، وتسمى المصرة: محفلة، ومنه سميت مجامع الناس: محافل، وجاء في الحديث: «بيع المحفلات خلابة والخلابة لا تحل لمسلم» رواه ابن عبد البر. عن «المغني» (٢٥٢/٤).

لذلك يسري حكمها على كل مشمولاتها من الجزئيات المندرجة تحتها إلا المصرة، فإنها إذا ردت للبائع ردت ومعها صاع من تمر لورود الحديث في ذلك وهو قوله ﷺ من حديث أبي هريرة: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر» متفق عليه^(١).

وليس معنى ذلك أن حديث: «الخراج بالضمآن» محمول على حديث المصرة بل هو عام كما تقدم لا يستثنى منه إلا هذه الجزئية بدليل: «أن الرجل إذا اشترى بقرة ووجد بها عيباً غير التصرية، فله أن يردها بالعيب ولا شيء عليه فيما استفاده من خراجها»^(٢). وهكذا كل مبيع يريد أن يرده المشتري، فهو له الحق بالرد واسترجاع ثمنه دون أن يكون عليه أي شيء مقابل خراج المبيع المعين، فالصاع إذاً يكون عوضاً عن الخراج في حالة التصرية فقط.

وقد اتفق العلماء على العمل بقاعدة: «الخراج بالضمآن»، واختلفوا في حكم استثناء المصرة، فقد استثنى الجمهور القاعدة بنص الحديث وخالفهم الأحناف، وإليك تفصيل ذلك.

مذهب الجمهور:

قال ابن رشد: «التصرية عند مالك والشافعي عيب وحجتهم حديث المصرة المشهور، قالوا: فأنبت له الخيار بالرد مع التصرية، وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً، قالوا: وأيضاً فإنه مدلس، فأشبهه التذليس سائر العيوب»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل بالإبل والبقر والغنم رقم (٢١٤٨)، ومسلم في «صحيحه»: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه. وتحريم التصرية رقم (٣٧١٥).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٢٥٥).

(٣) «بداية المجتهد» (١٧٥/٢).

قال المازري: «حديث المصرة أصل في تحريم الغش وفي الرد بالعيب لأن العيب في المبيع أو في غلته، وفيه أن التدليس لا يفسد البيع وإنما يوجب الخيار»^(١).

وقد علل بعضهم مقابلة الثمن في المصرة للبنها دون غيرها: أن لبن المصرة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن، فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه، وغير المصرة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد القيمة^(٢).

مذهب الحنفية:

خالف أبو حنيفة وأصحابه؛ فردوا النص ولم يقولوا برد الصاع تماشياً مع عموم القاعدة والأصول العامة وعملاً بالقياس. جاء في «المبسوط»: أما الحديث فإن من مذهبنا أنه يقبل من أحاديث أبي هريرة ما لا يخالف القياس، فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لأنه ظهر تساهله في باب الرواية.

وقالوا: ليست التصرية عيباً للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة وخرج لبنها قليلاً أن ذلك ليس بعيب، بدليل أنه لو لم تكن مصرة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل، ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد. جاء في «المبسوط»: وحثنا في ذلك أن مطلق البيع يقتضي السلامة وبقلة اللبن لا تنعدم السلامة لأن اللبن ثمرة وإذا انتفى العيب لا يثبت الخيار للغرور لأن المشتري مغتر في تباطئه عن السؤال لأن التحفيل من عادات الناس، واشترط غزارة اللبن عندنا مفسد للبيع كشرط الحمل^(٣).

(١) «الأبي في إكمال الإكمال» (١٨٦/٤).

(٢) «المجموع» (٢٩٣/١١)، وانظر: «مواهب الجليل» (٤٣٧/٤).

(٣) «المبسوط» (٢٠٤/٦).

أما معارضته للأصول فمن وجوه:

منها: أنه معارض لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وهو أصل متفق عليه.

ومنها: أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق.

ومنها: أن الأصل في المتلفات إما القيمة أو المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة وليس مثلاً.

ومنها: بيع الطعام المجهول، أي: الجزاف بالمكيل المعلوم، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وقد يقل ويكثر والعوض هنا محدود^(١).

ورد العلماء حجة الأحناف بأقوال منها:

أن قياسهم للتصرية على انتفاخ البطن باطل لأن انتفاخ البطن قد يكون من الأكل والشرب ولا معنى لحمله على الحمل على أن هذا قياس يخالف النص واتباع قول رسول الله ﷺ أولى^(٢).

كما ردّ ابن القيم رحمه الله مقولة مخالفة الحديث للأصول الثلاثة التي ذكرها الأحناف فقتطف منه هذه الفوائد لنكمل الإجابة:

قال رحمه الله: «أما أصل «الخراج بالضمان» فهو، وإن كان حديثاً مرفوعاً، إلا أن حديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث. فلا تصح معارضته به على أنه لا تعارض بينهما؛ لأن الخراج اسم للغلة الحادثة بعد العقد مثل: كسب العبد وأجرة الدابة.

ولبن المصراة موجود حال العقد، فهو جزء من المعقود عليه والشارع الحكيم جعل الصاع عوضاً عنه، لا عن اللبن الحادث بعد العقد فضمانه هو محض العدل والقياس.

(١) «بداية المجتهد» (٢/١٧٥).

(٢) انظر: «المغني» (٤/٢٥٢).

وأما أنّ الأصل في متلف الشيء أن يغرم مثله فلا يتأتى هنا تطبيقه، ذلك أن اللبن المضمون إنما هو اللبن الموجود في الضرع حال العقد، واللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو قوبل هذا اللبن المحفوظ بلبن محلوب الآن لكان ذلك ظلماً تنزه عنه الشريعة العادلة، ثم أن اللبن الموجود حال العقد قد اختلط باللبن الحادث بعده، فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، وقد يكون أقل منه أو أكثر فيفضي إلى الرّبا.

وأيضاً، لو وكل تقديره إلى أحدهما أو كلاهما لكثير النزاع، لذلك فصل الشارع الحكيم فيها وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن، فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتاً لهم وهو مكيل كما أن اللبن مكيل، وكلاهما مطعوم مقتات وبدون صنعة أو علاج بخلاف الحنطة والشعير ونحوهما، فالتمر أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن^(١).

والحاصل: فالجمهور يخصصون حديث: «الخراج بالضمان»، وهو نص عام بحديث التصرية وبالتالي استثنيت هذه المسألة من القاعدة العامة، بينما يرى الحنفية أن القاعدة باقية على عمومها بناءً على أصولهم التي اعتمدها.

المطلب الثاني

المثال الثاني: قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»

١ - شرح القاعدة:

الجواز الشرعي: هو كون الأمر مباحاً - فعلاً كان أو تركاً - ينافي الضمان^(٢)، لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف، لكن بشرط:

(١) «إعلام الموقعين» (٢/٤٠).

(٢) سبق شرحه في المثال السابق.

أ - أن لا يكون ذلك الأمر مقيداً بشرط السلامة.

ب - أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتناً.

مثاله: إذا كان الأمر المباح فعلاً فهو ما أفادته المادة بقولها: مثلاً: لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به أو في طريق عام لكن بإذن ولي الأمر، فوقع فيها حيوان أو وقع فيها إنسان فهلك فلا يضمن حافر البئر شيئاً، لأن التصرف إنما كان في ملكه الخاص في الحالة الأولى وكان بإذن الولي في الطريق العامة في الحالة الثانية فلا ضمان عليه.

أما إذا كان الأمر مباحاً تركاً فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن؛ أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده أو آخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم لأن امتناع من ذكر جائز والجواز الشرعي ينافي الضمان.

يقول الزرقا رحمه الله: «إنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ليخرج، ما لو أتلف بمروره بالطريق العام شيء، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئاً بيدها أو فمها، وهو راكبها أو سائقها أو قائدها فيضمن، لأن مروره وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة. وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته»^(١).

وقد وضع الشيخ الزرقا هذه القيود حتى يتقلص وتقل الاستثناءات من القاعدة لأنه بدون هذه الشروط يتسع مجال الاستثناء منها.

(١) «شرح القواعد الفقهية» بتصرف (٤٤٩ - ٤٥١). وانظر: «شرح المجلة» المواد (٩٢٣)

٢ - الاستثناء: ضمان اللقطة (*):

خرج عن هذه القاعدة حيث اجتمع الجواز الشرعي والضمان ما في كتاب اللقطة من أن الملتقط بعد الإشهاد عليها وإعلان المدّة التي بينها الفقهاء، إذا غلب على ظنّه أن صاحبها لا يطلبها فله الخيار، إن شاء تصدّق بها، وإن شاء أبقاها حتى يأتي صاحبها، فإن شاء أجاز ما فعل والثواب له، وإن شاء ضمّن الملتقط قيمتها ولو كانت العين قائمة بيد المتصدّق عليه أو الملتقط أخذها ولا ضمان.

والأصل في ذلك قوله ﷺ فيما رواه زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال: «اعرف وكاءها^(١) وعفاصها^(٢)» ثم عرّفها سنة؛ فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه^(٣).

قال شارح المجلة: «أما الضمان في اللقطة فقد ثبت بالحديث الشريف وهو قوله ﷺ: «مَنْ وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظ عفاصها ووكاءها؛ فإن جاء صاحبها فلا يكتم وهو أحقّ بها وإن لم يجرئ صاحبها فهو مال الله يؤتية مَنْ يشاء»^(٤). علق الشارع ﷺ التصدق بها وهو قوله: «فهو مال الله يؤتية مَنْ يشاء». على عدم مجيء صاحبها، فيستفاد

(*): اللقطة: هي المال الضائع من ربّه يلتقطه غيره؛ قال الخليل بن أحمد: اللقطة بفتح القاف: اسم للملتقط لأن ما جاء على وزن فعلة: فهو وزن للفاعل، واللقطة - بسكون القاف -: المال الملقوط، لكن الأصمعي والأعرابي والفرّاء قالوا: هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً.

- شرعاً: هي مال محترم شرعاً عرض للضياع - «المغني» (٦/٢٥٦).

(١) وكاءها، الوكاء: الخيط الذي يربط به رأس القربة.

(٢) العفاص: الوعاء الذي هي فيه وقد كان يتخذ من الجلد. انظر: «مختار الصحاح» مادة و ك ء ومادة ع ف ص.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب اللقطة، باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده، رقم (٢٤٣٦). وأخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب اللقطة، باب معرفة العفاص والوكاء وضالة الإبل، رقم (٤٥٠٢).

(٤) رواه ابن ماجه في «سننه»: باب اللقطة، رقم (٢٥٠٥).

أنه متى جاء قبل التصدق بها أو بعده فهو أحق بها عيناً أو بدلاً.

والحاصل: أن الإذن الشرعي إنما أعقبه بالجمليتين الشرطيتين لبيان ماذا يكون من العمل بعد الرفع فهو تفصيل بعد إجمال، والضمان المعلوم من قوله: «فهو أحق بها»، ما تسبب عن الرفع حتى يجتمع الجواز الشرعي والضمان، ولأنه أخذ مال الغير بلا عوض ولا عقد حرام فقبول بالضمان^(١).

لكن حديث الشيخين أصرح في جواز تملكها شرعاً بقوله: «فاستنفقها»، ففيه دليل على جواز تملكها شرعاً بعد سنة من تعريفها لمن شاء ذلك، وفي قوله: «ولتكن ودیعة عندك»، دليل على جواز حبسها وتركها لقطعة كما كانت وفي كلتا الحالتين فإن حق صاحبها لا ينقطع فإما أن يأخذ بدلها في الحالة الأولى من الملتقط، وإما أن يأخذها بعينها في الحالة الثانية.

وقد نقل الإمام النووي إجماع الأمة بأن من تملكها يضمنها إذا جاء صاحبها فقال رحمه الله تعالى: «وقد نقل القاضي وغيره إجماع المسلمين على أنه إذا جاء صاحبها بعد التملك ضمنها المتملك إلا داود فأسقط الضمان، والله أعلم». اهـ^(٢).

وقال: «وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إلى إذن سلطان وهذا مجمع عليه، وفيها أنه لا فرق بين غني وفقير، وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور»^(٣).

أما التصدق بها عن ربها فالأصل فيه ما أخرجه البزار والدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعاً فإن جاء صاحبها فليرده إليه وإن لم يأت فليصدق به، فإن جاء فليختره بين الأجر وبين الذي له»^(٤).

(١) «شرح المجلة للاتاسي» (١/٢٥٣ - ٢٥٥).

(٢) «شرح صحيح مسلم» للنووي (١٢/٢٥).

(٣) المرجع السابق (١٢/٢٧).

(٤) أخرجه الدارقطني والبزار.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه:

«إذا مضى على اللقطة حول فللملتقط التصديق بها فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمّن الملتقط وله الانتفاع بها بتملكها إن كان فقيراً وإلا فلا»^(١).

أما الإمام الشافعي فقال:

«لا فرق في تملكها بين الغني والفقير، وإذا جاء ربها ضمنها بالقيمة إن كانت مقومة، وبمثلها إن كانت مثلية وله حبسها وإبقاؤها لصاحبها ضالة كما كانت وفي هذه الحالة لا ضمان عليه إن تفلت بغير تفريط»^(٢) لأنها في حكم الوديعة وهو نظير مذهب مالك في هذا.

جاء في «مواهب الجليل»:

«إذا مضت سنة على اللقطة بعد تعريفها المطلوب ولم يعرفها أحد فللملتقط التصرف بها بالتملك غنياً كان أو فقيراً، أو التصديق بها عن ربها أما التصديق بها عن نفسه فكتملكها وله حبسها عنده لتبقى لقطة كما كانت فإذا تملكها الملتقط ضمنها لربها، وإذا تصدق بها عنه فإنه - أي: ربها - مخير بين إمضاء الصدقة أو تضمين لقطته للملتقط، كما يضمنها الملتقط إذا نوى تملكها قبل تعريفها ومضى سنة عليها»^(٣).

أما الإمام أحمد فقال:

«إن اللقطة إذا عرفت ومضت عليها سنة فإنها تدخل في ملك الملتقط مباشرة، ولو لم يرد تملكها، فلو أبقاها بعد الحول وهكلت بدون تفريط منه ضمن قيمتها إن كانت مقومة وبمثلها إن كانت من ذوات الأمثال سواء فرط في حقها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرّش النقص لأن جميعها مضمون إن تلف»^(٤).

(١) «الهداية» (١٧٦/٢ - ١٧٨).

(٢) «مغني المحتاج» (٤٥/٢).

(٣) «مواهب الجليل» (٧٤/٦).

(٤) «المغني» لابن قدامة (٣٠٧/٦).

وقد ذكر ابن قدامة رحمه الله توجيهاً للفقهاء في ضمان اللقطة فقال:

«وقد بين الفقهاء وجه الضمان في اللقطة بأنه ملك بغير عوض في ذمة الملتقط يزول بمجيء صاحبها، كتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق قبل الدخول ويستحق المطالبة ببدلها إن تلفت كما تجدد له ملكها لقوله ﷺ: «فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإذا جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه».

ولأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزم ضمانها إن أتلفها، ولأنه مال معصوم لم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر إلى مال غيره.

ثم قال:

وفي الجملة أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها نماء ملكه، وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل لا أعلم في ذلك خلافاً.

وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله سواء فرط في حفظها أو لم يفرط، وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش النقص لأن جميعها مضمون إذا تلفت فكذلك إذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي الحول.

وقال بعضهم:

«إذا تملك العين وأتلفها بعد الحول لم يضمنها تمسكاً بقوله ﷺ في الرواية الأخرى فإن جاء ربها وإلا فهي مال الله يؤتية من يشاء»^(١). فجعلها مباحاً.

(١) «المغني» (٦/٣٦٦ - ٣٦٧).

فالعلماء يجعلون نص الحديث مستثنى من عموم القاعدة السابقة إلا أنهم يقيدون هذا الاستثناء بشروط كما وضعنا سابقاً.

المطلب الثالث

المثال الثالث: قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١)

١ - شرح القاعدة:

أ - البينة: هي الحجّة الواضحة، قال تعالى: ﴿أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ يَدَيْهِ مِن رَّبِّي﴾ [هود: ٨٨].

وفي «القاموس»: يقال: بأن الشيء أبان واستبان، وتبين وبينت، أي: ظهر واتضح، وتأتي هذه الصيغ متعدية، يقال: بينت الشيء وأبنته واستبينته، وتبينته وأبنته، أي: أظهرته وأوضحته^(٢).

ب - واليمين: مؤنث وهو القسم سميت باسم يمين لأنهم كانوا يتماسحون بأيمانهم فيتحالفون وفي «الصحاح»: لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه. يجمع على أيمن (بضم الميم)، وأيمان^(٣). واليمين باصطلاح الفقهاء تطلق على نوعين:

الأول: تأكيد المخبر به وتقويته نفيًا أو إثباتًا بالقسم باسمه تعالى.

الثاني: التعليق، أعني: الشروط التي يتعلق بها، مثل: الطلاق والعتاق.

(١) نص حديث رواه البخاري في «صحيحه»: كتاب الشهادات، وكتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن، رقم (٢٥١٤). ومسلم في «صحيحه»: كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعي، رقم (٤٤٧٠). والترمذي في «سننه»: كتاب الأحكام، باب ما جاء في البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم (١٣٤١)، وابن ماجه في «سننه»: باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، من حديث ابن عباس رقم (٢٣٢١). وفي معناه روايات عدة كثيرة.

(٢) «القاموس المحيط» باب النون.

(٣) «الصحاح» مادة (ي م ن).

قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، وفي لفظ: «اليمين على من أنكر» أصل عظيم في القضاء وهي لفظ حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول وهي جزء من حديث لابن عباس رضي الله عنهما أخرجه البخاري ومسلم رحمهما الله - واللفظ لمسلم في كتاب القضاء باب اليمين على المدعى عليه: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١).

ج - المدعي والمدعى عليه: اختلف في حده، فقليل: المدعي: من لا يستحق إلا بحجة بالخارج، والمدعى عليه: من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد، وقيل: المدعي: من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه: من يتمسك بالظاهر. والحد المختار الذي عليه الأكثر هو: «المدعي من إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه» وهو حد صحيح جامع لأفراد المحدود مانع من دخول غيره فيه^(٢).

ومعرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من أهم ما يبني عليه مسائل

الدعوى:

قال الإمام محمد رحمه الله تعالى: «في الأصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي، غير أن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه ودقة وذكاء، إذ العبرة للمعنى دون الصورة، فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو إنكار في المعنى، كالمودع عنده إذا ادعى رد الوديعة، فإنه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى، فيحلفه أنه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على أنه ردها لأن اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار، لأنه ينكر الوجوب عليه والأصل براءة الذمة فكان القول له»^(٣).

(١) «شرح القواعد» للزرقي (قاعدة (٧٥)). و«شرح المجلة» للاتاسي (١/٢١٥). انظر: «موسوعة القواعد الفقهية» (٢/١٣٢). والحديث سبق تخريجه. وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم: أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) «شرح المجلة» (٢١٥).

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٥٠٦).

وفي «البدائع»: «جعل النبي ﷺ: البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لأنّ المدعى، يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهار ولا يستحق بمجرد الدعوى لأنها خبر يحتمل الصدق والكذب، وللبينة قوة إظهار، لأنها كلام من ليس بخصم، وهم الشهود فجعلت حجة المدعي، واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله الأعظم لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، وإن كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعي، وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة». اهـ^(١).

٢ - الاستثناء: حكم اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة قائمة:

المعلوم من الشرع في مجال القضاء والفصل بين المتنازعين، أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهو ما أوضحناه سابقاً، وبناء على هذا الأصل فإن المتبايعين إذا تنازعا في الثمن بعد قبض المبيع فعلى المدعي البينة سواء كان بائعاً أو مشترياً وإلا فله يمين المدعى عليه بائعاً كان أو مشترياً.

لكننا نجد أنه قد ورد في هذه المسألة نص، وهو ما يسمّى عند الفقهاء بـ: حديث التحالف، وهو ما رواه أحمد والنسائي عن أبي عبيدة أن رجلين تبايعا سلعة، فقال المشتري: أخذت بكذا وكذا، وقال البائع: بعث بكذا وكذا، فأتيا النبي ﷺ، فأمر البائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

وفي رواية لابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا»، وفي رواية النسائي: قال: «حضرت رسول الله ﷺ أتى بمثل هذا فأمر البائع أن يستحلف، ثم

(١) «بدائع الصنائع» (٦/٣٤٨).

يختار المبتاع فإن شاء أخذ وإن شاء ترك^(١). وعليه فإن حديث التحالف يشكل استثناء من القاعدة العامة، أو الأصل العام، في إثبات البينة.

وبه قال جمهور الفقهاء وزاد زفر من الحنفية وأبو ثور سواء كان اختلافهما في الثمن أو في الأجل أو في خيار الشرط. ونسب ذلك إلى المالكية في رواية أخرى.

جاء في «المغني»:

«إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع: بعتك بعشرين، وقال المشتري: بل بعشرة، ولأحدهما بينة حكم بها وإن لم تكن لهما بينة تحالفاً، وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية وقال الشعبي: القول قول البائع أو يُرَادَان البيع، وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه الله - يقصد الإمام أحمد - لرواية ابن مسعود عن النبي ﷺ: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع»، رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما والمشهور في المذهب الأول، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحد، وأن القول قول البائع مع بيمينه فإذا حلف فرضي المشتري ذلك أخذ به وإن أتى حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما لأن في بعض ألفاظ الحديث من رواية ابن مسعود: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفاً»، ولأن كل واحد مدعي ومدعى عليه^(٢).

وقال أبو حنيفة رحمه الله:

«يبدأ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبه أقوى»^(٣).

وقال الشافعية:

«يبدأ البائع باليمين لأن جانبه أقوى لأن المبيع يعود إليه بعد

(١) «سنن النسائي» باب أخلاف المتبايعين في الثمن من كتاب البيوع رقم (٤٦٥٣).

(٢) «المغني» لابن قدامة (٢٨٨/٤).

(٣) المرجع السابق نفسه. وانظر: «البدائع» (٧/٢٢٤٧ - ٢٢٤٨)، «فتح القدير» (٥/

١٠٨).

الفسخ»^(١).

وبمثلته قال الإمام مالك وعندهما سواء كان اختلافهما في الثمن أو في الأجل أو في الخيار أو في الرهن قولاً بعموم الخبر وظاهره.

جاء في «مختصر خليل»:

«إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن أو نوعه حلفا وفي قدره كمثلونه أو قدر أجل أو رهن أو حميل حلفا وفسخ».

أما اختلافهما في قدر الثمن فقد قال الباجي:

«إن اختلفا في الثمن قبل قبض السلعة فقال البائع: بعشرة، وقال المبتاع: بخمسة، بدىء بالبائع فقبل له: إن أبيت ما قال المبتاع فاحلف أنك بعثتها بعشرة؛ فإن حلف قيل للمبتاع: إن أبيت ما قال البائع فاحلف أنك اشتريتها منه بخمسة؛ فإن حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر.

وأما إن اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتها فروى أشهب وابن القاسم عن مالك أنهما يتحالفا ويتفاسخا. أما إذا فاتت السلعة بزيادة أو نقص أو حوالة فروى ابن القاسم عن مالك أن القول قول المبتاع وروى أشهب أنهما يتحالفا، وأما في المثلون ففي «المدونة» في السلم: إن قال هذا في فرس، وهذا في حمار تحالفا وتفاسخا. أما اختلافهما في الأجل فالمشهور عن ابن القاسم أنهما يتحالفا ويتفاسخا ومثله في الرهن والحميل.

وقال المازري:

«كل ما يؤدي إلى الاختلاف في الثمن فهو كالاختلاف فيه وهو الصحيح عند أصحابنا لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياساً على اختلافهما في الثمن إذ ليس فيه ذكر حال من الاختلاف دون حال»^(٢).

وعند أصحاب الرأي لا يتحالفتان إلا عند اختلافهما في الثمن لأن

(١) «مغني المحتاج» (٢/٩٦).

(٢) «مواهب الجليل» (٤/٥٠٩ - ٥١٠).

الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لأنه منكر والقول قول المنكر.

قال أبو حنيفة:

«القول قول من ينفى ذلك مع يمينه لأن الأصل عدمه فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لأنه منكر والقول قول المنكر»^(١).

المطلب الرابع

المثال الرابع: قاعدة: «جرح العجماء جبار»

١ - شرح القاعدة:

جناية العجماء: أي: ما تفعله البهيمة من الأضرار بالنفس أو المال.

جبار: أي: هدر وباطل لا حكم له: إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار، كسائق أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة.

ثم إن القاعدة المذكورة مأخوذة من حديث شريف صحيح عن عمرو بن عوف رضي الله عنه بلفظ: «العجماء جرحها جبار»^(٢).

ومما يتفرع على هذه القاعدة:

ما لو كان راكب الدابة يسير في ملكه فنفتحت برجلها أو بذنبها أو كدمت بفمها أو ضربت بيدها فلا ضمان عليه. بخلاف ما لو داست شيئاً وأتلفته فإنه يضمنه وإن كان يسيراً في ملكه، لأنه جنايته لا جنايتها.

ومنه: ما لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان على صاحبها^(٣).

(١) «المغني» (٢٨٨/٤). وانظر: «البدائع» (٢٢٤٨/٧)، «معالم السنن» للخطابي (١٦٥/٥).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص (٨٦).

(٣) «شرح القواعد» للزرقي ص (٤٥٧ - ٤٥٨).

٢ - الاستثناء: حكم جنابة العجماء بالليل:

اتفق الفقهاء على أنه لا ضمان على صاحب الدابة فيما تتلفه بالنهار إذا لم يكن معها عملاً بالقاعدة. واختلفوا فيما تتلفه بالليل، هل يستوجب الضمان أم لا؟ فذهب الأحناف وأصحاب الرأي إلى أنه لا ضمان على صاحب الدابة فيما أتلفته سواء كان ذلك ليلاً أو نهاراً لعموم القاعدة.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن على صاحب الدابة الضمان فيما أتلفته بالليل استثناء من القاعدة، لحديث البراء بن عازب: «أن ناقة له دخلت حائطاً فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»^(١).

قال الإمام البغوي يعلل رأي الجمهور: «... لأن في عرف الناس أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار وأصحاب المواشي يريحونها بالنهار ويردونها بالليل إلى المراح، فمن خالف هذه القاعدة كان خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حد التضييع»^(٢).

وقال ابن رشد: «اختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب...».

قال: «وممن قال: يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار، مالك والشافعي وعمدتهم في هذا الباب شيثان قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ...﴾ [الأنبياء: ٧٨]، والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا. والثاني رواية مرسله عن ابن شهاب: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط

(١) وأبو داود في «سننه»: كتاب البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم، رقم (٣٥٧٠). وابن ماجه في «سننه»: في كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي رقم (٢٣٣٢).

(٢) «شرح السنّة» للبغوي (٢٣٦/٨).

بالنهار حفظها، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها» أي مضمون. وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «العجماء جرحها جبار». وقال الطحاوي: «وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة - أي: مع حافظ - أما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن»^(١).

الخلاصة:

والذي نخلص إليه في هذا المبحث - أعني: الاستثناء بالنص - أن القواعد التي سقناها كنماذج مع ما استثني منها؛ منها: ما هي نصوص أحاديث شريفة وهي أعلاها حجية - بناء على درجة قبول الحديث أو رده - وقد أشرنا إلى ذلك في مصادر القاعدة. ومنها: ما كان استنباطاً من النصوص. ومنها: ما كان نتيجة الاستقراء والاستدلال وقد بينا ذلك في موضعه. فالسؤال المطروح في الاستثناء بسبب النص: هل هناك تعارض بين القاعدة وما استثني منها خصوصاً إذا كانت القاعدة نصاً قابله نص آخر استثني منه؟

لا بد هنا من النظر في القاعدة الشرعية الكلية وهي امتناع التعارض فيما ثبت في الشرع بل لا بد أن تعرف هذه المستثنيات إلى تخصيص للعام بذلك الجزئي أو تقييد لمطلقه.

يقول الشاطبي موضعاً خصوص الجزئيات مع اعتبار عموم كلياتها فقد قرر أن الكلي لا ينخرم بجزئي ما، والجزئي محكوم عليه بالكلي، لكن بالنسبة إلى ذات الكلي والجزئي لا بالنسبة إلى الأمور الخارجة.

ولا يقال: هذا تناقض، لأننا نقول: إنه لا يلزم أن يعتبر كل جزئي، وفي كل حال بل بعض الجزئيات في بعض الأحوال قد يأخذ حكماً غير حكم الكلّي. بل المراد بذلك أنه يعتبر الجزئي إذا لم تتحقق استقامة الحكم بالكلي فيه. كالعرايا وسائر المستثنيات ويعتبر الكلي في تخصيصه للعام بالجزئي أو تقييده لمطلقه وما أشبه... .

(١) «ابن رشد في بداية المجتهد»: (٣٢٣/٢)، «حاشية ابن عابدين»: (٧٧٤/٧)، «تحفة الفقهاء»: (١٢٦/٣).

ويقول في موضع ترتيب مقاصد الشرع باعتبار الكلّيات مع جزئياتها للمحافظة على المراتب في الكلّيات مع جزئيات فقد يعتبر الشارع من ذلك ما لا تدركه العقول إلا بالنص عليه، وهو أكثر ما دلت عليه الشريعة في الجزئيات ثم يقول: «فلا يصح إهمال النظر في هذه الأطراف فإن فيها جملة الفقه».

أما إذا كانت القاعدة مصدرها الاستقراء ثم أتى النص يستثني جزئي منها، فلا بد من اعتباره دون هدم كلية القاعدة.

يقول الإمام الشاطبي في هذا:

«إذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية، ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة فلا بد من الجمع في النظر بينهما، لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفظ لتلك القواعد، إذاً فالقواعد معتبرة لم يهدمها هذا النص في هذا الجزئي، ولكن هذا لا يقض باعتبار الكلّي وحده مطرداً ويلغي الجزئي، فلا بد من اعتبار الكلّي في غير موضع المعارضة حتى لا يهدر الكلّي ولا الجزئي»^(١).



(١) «الموافقات» (٣) من (٦) إلى (١١) بتصرف.

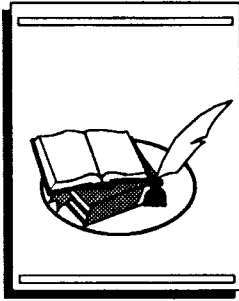
الفصل الثاني

الاستثناء بسبب الإجماع

وفيه ما يلي:

- المبحث الأول: الإجماع: تعريفه، حججه، مستنده، أنواعه.
- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع.





المبحث الأول

الإجماع: تعريفه، حجيته، مستنده، أنواعه

المطلب الأول

تعريف الإجماع

أ - لغة: يقال: الإجماع في اللغة بالاشتراك على معنيين:

أحدهما: العزم، قال الله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ﴾ [يونس: ٧١]، أي: اعزموا عليه.

وقال ﷺ: «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»^(١)، أي: لم يعزم عليه.

ثانياً: الاتفاق: يقال: أجمع القوم على كذا، إذا اتفقوا عليه.

ب - اصطلاحاً: عرّفه الأصوليون بتعاريف عدّة تختلف باختلاف آرائهم في تحديد شروط الإجماع المقبولة ونختار تعريف الشوكاني:

قال: «الإجماع هو اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ في عصر من الأعصار على أمر من الأمور»^(٢).

(١) أخرجه النسائي في «سننه»: كتاب الصيام، رقم (٢٣٣٦).

(٢) «إرشاد الفحول» (١/٢٨٦).

والمراد بالاتفاق: الاشتراك إما في الاعتقاد أو القول أو الفعل.

ويخرج بقوله: «مجتهدي أمة محمد ﷺ»: اتفاق العوام، فإنه لا عبرة بوافقهم ولا خلافهم، وهذا باتفاق الجمهور من العلماء، قالوا: لأنّ العامي لا يملك الآلة ودخولهم في الإجماع يكون بموافقتهم لمجتهديهم، إلا ما كان من الآمدي حيث اعتبر العامي في الإجماع موافقة ومخالفة^(١).

ويخرج بقوله: «أمة سيدنا محمد»: الأمم السابقة. فلا بد أن يكون المجمعون من المسلمين ولذلك لم يرد الشرع بعصمة أمة غير أمة سيدنا محمد ﷺ.

ويخرج بقوله: «بعد وفاته»: الإجماع في عصره ﷺ فإنه لا اعتبار به.

ويخرج بقوله: «في عصر من العصور»: ما يتوهم من أن المراد بالمجتهدين جميع مجتهدي الأمة في جميع الأعصار إلى يوم القيامة، فإن هذا توهم باطل لأنه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع، بل المراد بالعصر عصر من كان من أهل الاجتهاد في الوقت الذي حدثت فيه المسألة، فلا يعتد بمن صار مجتهداً بعد حدوثها.

ويقوله: «على أمر من الأمور»: يتناول الشرعيات، والعقليات والعرفيات واللغويات ولكن حدد بعضهم في تعريفه للإجماع بالأمر الشرعي^(٢) أو الأمور الدينية^(٣) وذهب بعض العلماء إلى اعتبار قول أهل كل فن من العلوم في فهم فيعتبر قولهم جميعاً لانعقاد الإجماع في الفن - العلم المتخصصين فيه - لعلمهم بأدلة اختصاصهم كأهل الطب في فهمهم، والفيزياء، والهندسة والصناعة... إلخ. لأنه لا علاقة لهم بالحكم الشرعي لأنهم عوام أيضاً بالنسبة لهذا العلم، فلا يعقل موافقتهم وخلافهم، كل عامي بالنسبة للعلم الذي لا يعرفه.

(١) انظر: «الإحكام في أصول الأحكام» (١/١٦٧).

(٢) انظر: «تعريف ابن الهمام»: «التحرير» (٣/٨٠).

(٣) «الغزالي في المستصفى» (١/١١٠).

وجمع الإمام الغزالي بين الرأيين فذهب إلى أنه لا يعتبر علماء الفنون - العلوم - المختلفة في الإجماع من حيث الأحكام الشرعية لعدم معرفتهم بأدلة الاجتهاد ومناهج الاستنباط، ولكن يعتبر هؤلاء فيما ينبنى من الأحكام الشرعية على علومهم^(١).

وتعتبر هذه القيود في التعريف هي ذاتها شروط الإجماع وزاد بعضهم اشتراط انقراض العصر، والتحقيق أنه لا يشترط.

المطلب الثاني

حجية الإجماع

ذهب الجمهور إلى أن الإجماع إذا استوفى شروطه يكون حجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع، وإن كان بعض من ذهب إلى حجتيه ينازع في إمكان وقوعه أو إمكان العلم به، أو إمكان نقله إلينا، ويطول عرض الآراء ومناقشتها، وليس هذا موضوع البحث فليرجع إليه في مضانه لمن أراد ذلك.

وقد وصف الآمدي الجمهور القائلين بأن الإجماع حجة بأنهم أهل الحق^(٢).

وشذ عن الجمهور في حجية الإجماع إبراهيم النظام، والإمامية وبعض الخوارج فذهبوا إلى أن الحجة في مستنده إن ظهر لنا^(٣).

ودليل قول الجمهور من الأصوليين قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بُيِّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥].

(١) «المستصفى» (١/١١٦).

(٢) «الإحكام» (١/١٠٣).

(٣) انظر: «إرشاد الفحول» (١/٢٩٢)، «أثر اختلاف القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء» للدكتور الخن ص (٤٥٦).

وقوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(١). والأحاديث في هذا المعنى كثيرة وتفيد القطع بتضافرها^(٢).

المطلب الثالث

مستند الإجماع

المراد بمستند الإجماع هو الدليل الذي استند عليه المجمعون، وإن لم ينقل هذا الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهياً بلا دليل شرعي، وما قيل من أن الله تعالى قد يلهم الأمة الاتفاق على الصواب ولا حاجة إلى مستند إنما هو كلام ساقط لا يعول عليه ولا يلتفت إليه. لكن العبرة في حجية الإجماع وجوده ونقله إلينا لا عن دليله إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للإجماع بينما هو في ذاته حجة^(٣).

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالإجماع: ميراث الجدة مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وجد فإن الجدة عند عدم الأب يحل محل الأب ويرث السدس كالأب، ثبت ذلك بإجماع الصحابة. وكذا صحة عقد الاستصناع فقد قررها واعتمدها جمهور أئمة الفقهاء وجرى عليها الإجماع العملي، والأصل أن قواعد الشريعة تأبى هذه العقود لأن الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه والأصل أنه لا يجوز لأنه بيع المعدوم، لكن وقع الإجماع على صحته للحاجة.

وهذه الأمثلة من الإجماعات لا شك أن لها مستنداً من الكتاب والسنة

(١) الحديث أخرجه الترمذي في «سننه» عن ابن عمر: أبواب الفتن، باب في لزوم الجماعة، رقم (٢١٦٧). وابن ماجه في «سننه» عن أنس بن مالك: أبواب الفتن، باب السواد الأعظم، رقم (٣٩٥٠).

(٢) انظر: «الموافقات» للشاطبي: مباحث الإجماع من كتاب الأدلة.

(٣) انظر: «الوجيز في أصول الفقه» للدكتور محمد حسن هيتو (٣٤٣).

وقد يكون المستند قياساً جلياً، مثل: إجماعهم على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه، وإجماعهم على إراقة الزيت الذي وقعت فيه فأرة قياساً على السمن، وإجماعهم على إمامة أبي بكر قياساً على تقديمه في الصلاة، وإجماعهم على قتال مانعي الزكاة قياساً على الصلاة.

المطلب الرابع

أهم أنواع الإجماع

المراد بأنواع الإجماع: الصور التي يتحقق فيها الإجماع، سواء كانت مقبولة أو مردودة، وتعدد صور الإجماع إما أن يكون بسبب المجمعين كإجماع الصحابة وأهل المدينة أو الحرمين أو أهل البيت، وإما أن يكون بسبب كيفية الإجماع من قول أو فعل أو سكوت، نذكر أهمها:

١ - إجماع الصحابة: ومذهب جماهير علماء الإسلام على أن إجماع الصحابة حجة يجب العمل بها لما لهم من خصوصية فضل وصحة وسماع من رسول الله ﷺ وتفقه عليه، وقد ثبتت لهم الخيرية لقوله ﷺ: «خير القرون قرني»^(١)، والأمر بالاعتداء بهم لقوله ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي»^(٢)، والإجماع من سنتهم وطريقتهم.

واختلف في إجماع الخلفاء الأربعة فاعتبره بعضهم إجماعاً للحديث السابق. وقال الجمهور: إن إجماعهم على أمر مع وجود المخالف لهم لا يكون حجة على غيرهم، لأن الدليل في الإجماع هو جميع مجتهدي الأمة في عصر من العصور وحصر الدليل فيهم حجة لا إجماع وقد خالفهم عدد

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» من حديث عمران بن حصين وعبدالله بن عمر رضي الله عنه: كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم (٢٦٥١) و(٢٦٥٢)، وأخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب فضائل الصحابة، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم... رقم (٦٤٧٠).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه»: كتاب فضائل الصحابة.

من الصحابة في كثير من آرائهم ولم ينكر عليهم وعمل آخرون على خلاف قولهم من غير تكبر أيضاً. لكن قولهم مرجح يصار إليه عند التعارض.

٢ - إجماع أهل المدينة: والمراد به: اتفاق مجتهدي المدينة في عصر من العصور على أمر شرعي. ومحل النزاع منحصر في القرون الثلاثة المفضلة التي جاءت الآثار بالثناء عليهم، وهم عصر الصحابة، والتابعين وتابعا التابعين، أما بعدهم فهم كغيرهم من مجموع الأمة. والتحقيق أنه على قسمين:

الأول: ما كان من نقلهم لطريقة العمل والحكاية عن النبي ﷺ سواء كان نقلاً لقوله كالأذان والإقامة وغيرها، أم لفعله كصفة صلاته أو إقراراته أو تروكه كتركه أخذ الزكاة من الخضراوات مع علمه بكونها كثيرة عندهم.

فهذا النوع حجة ملزمة عند المالكية - وحتى عند غيرهم - ويترك ما يخالفه من قياس أو خبر آحاد لأنه نقل متواتر أو مشهور موجب للعلم القطعي وإن وجد خلاف في فرع فقهي فليس لعدم اعتبار حجيته بل للدليل آخر أقوى في نظر المخالف.

يقول ابن القيم: «فهذا النقل وهذا العمل حجة يجب اتباعها وسنة متلقاة القبول على الرأس والعين وإذا ظفر العالم بذلك قرت عينه واطمأنت نفسه»^(١).

الثاني: ما كان طريقه الاستدلال والاستنباط وهذا النوع هو محل النزاع، فذهب بعض المالكية إلى أنه حجة وخالفهم الجمهور من المالكية وغيرهم.

واختاره ابن الحاجب وانتصر له، قال: «إجماع أهل المدينة من الصحابة وغيرهم حجة عند مالك»^(٢). لكن الأمدي قال: «اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم في

(١) «إعلام الموقعين» (٢/٣٧٣).

(٢) انظر: «العقد على ابن الحاجب» (٢/٣٥).

حالة انعقاد إجماعهم...»^(١). وقد نقل الكثير من كلام العلماء في هذه المسألة في غير موضع الخلاف ودون تحرير مما جعل القاضي عياض والقاضي عبدالوهاب وغيرهم يحققون القول فيها بما لا يحتاج إلى مزيد بيان^(٢).

٣ - الإجماع الفعلي: هو أن يطبق مجتهدوا عصر على فعل ما من الأفعال بحيث أن من يرى هذا أو يعلمه يقطع بجواز ما أقدموا عليه من الفعل المذكور لعدم الإنكار عليه من أحد. مثاله: جمع عمر الناس في صلاة التراويح حيث أقرهم على عملهم وقال: «نعمت البدعة هذه»^(٣).

ومثله: تضمين الصناع، والبيع بالمعاطاة، حيث جرى عليه العمل ولم ينكره أحد فكان إجماعاً عملياً^(٤).

٤ - الإجماع السكوتي: «هو أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول ينتشر ذلك في المجتهدين من أهل ذلك العصر فيسكتون ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار»^(٥).

اختلف العلماء في حجتيه على مذاهب عدة؛ أهمها:

١ - قال داود الظاهري وابنه: «إنه ليس بإجماع ولا بحجة».

٢ - إنه إجماع وحجة، وبه قال جماعة من أهل الأصول وأحد الروايات عن الشافعي والخلاف في تسميته إجماعاً مع كونه حجة مقطوع بها.

(١) «الإحكام» (١/٢٢١).

(٢) انظر: «ترتيب المدارك» للقاضي عياض (١/٦٧) وما بعدها، المعونة للقاضي عبدالوهاب (٣/١٧٤٣) وما بعدها، «الجواهر الثمينة» للمشاط (٢٠٧) وما بعدها، صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية (٢٨) وما بعدها.

(٣) «الاعتصام» (٣٥٢).

(٤) انظر: «الوجيز في أصول التشريع» لهيتو (٣٤٩).

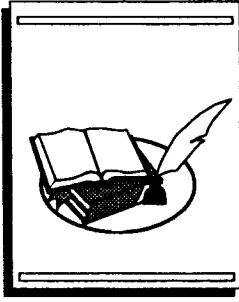
(٥) «إرشاد الفحول» (٨٤).

٣ - إنه إجماع بشرط انقراض العصر لأنه يبعد مع ذلك أن يكون السكوت عن خوف أو إكراه، وبه قال الماوردي وابن السمعاني والآمدي من الشافعية وابن الحاجب من المالكية.

٤ - إنه إجماع بشرط إفادة القرائن العلم بالرضا وهو اختيار الغزالي في «المستصفى»، وهو أحسن المذاهب وأوجهها، لأن إفادة القرائن العلم بالرضا كإفادة النطق به فيصير كالإجماع القطعي. وهناك آراء أخرى يطول ذكرها^(١). ومن فروعها جمع القرآن على عهد عثمان على حرف واحد وسكت عنه علماء الصحابة فكان إجماعاً سكوتياً.



(١) «إرشاد الفحول» (٨٤).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع

تمهيد:

بناءً على ما سبق فإن جماهير العلماء من أهل السنة والجماعة يعتبرون إجماع المجتهدين من أمة محمد ﷺ في كل عصر من العصور حجة قطعية يحرم مخالفتها. وبالتالي يعتبر الإجماع من أقوى الأدلة وأنه قاض على الأدلة الظنية ومن ثم فإنه من نافلة القول بقول بصحة إخراج جزئية من حكم كلي بسبب الإجماع لقوته، فالقواعد الفقهية مهما كان مصدرها، سواء كانت حديثاً آحاداً أو استقراءً أضعف من الإجماع فإذا وجدت قاعدة كلية واشتملت تحت حكمها جزئيات وأتى إجماع يستثني فرداً من أفراد القاعدة قطعنا بعدم دخول هذه الجزئية تحت حكم القاعدة. وبناءً على القول بأن من شروط القاعدة عدم وجود أصل أقوى منها. وسوف أتناول في ما يلي تطبيقات توضح خروج بعض جزئيات القاعدة بسبب الإجماع.

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة:

«العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»

١ - شرح القاعدة: القاعدة المذكورة فرع لقاعدة عظيمة، وهي

«الأمر بمقاصدها»، لأن مدار تصرفات المكلف وأقواله مبنية على النية، فالقصد والنية يجعل العمل عبادة، أو غير عبادة، طاعة أو معصية، حلالاً أو حراماً، صحيحاً أو فاسداً، إلى غير ذلك من الصور التي يرتب فيها العمل بحسب النية والقصد، لا فرق بين أن يكون العمل قولاً أو فعلاً. والدلائل على هذه القاعدة تفوق الحصر، والأصل فيها قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»^(١).

أما الدليل على أن العمل تابع للنية والقصد فمنها قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعياً: ﴿وَعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرِزْقِهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وقوله: ﴿وَلَا تُنكِهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْتِدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]. وذلك أنص في أن الرجعة إنما ملكها الله لمن قصد الإصلاح دون من قصد الضرار.

وفي الوصية قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍ﴾ [النساء: ١٢]. فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها. وكذا قوله: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوَصِّ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٨٢]. فرفع الإثم عن من أبطل الجنف والإثم من وصية الموصي ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذي تحرم مخالفته^(٢).

وقاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، تدل على أن الشارع جعل القصد في العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها له وحقائقها أو قصد غيرها. وإليك تقسيمات لصيغ العقود توضح وتفضل الصور التي تكون عليها العقود.

تقسيمات لصيغ العقود:

المتكلم بصيغ العقود، إما أن يكون قاصداً للتكلم بها أو لا يكون قاصداً:

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) «إعلام الموقعين» (٣/٩٥ - ٩٦).

أ - فإن لم يقصد التكلم بها؛ كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء - وإن كان في بعض ذلك نزاع وتفصيل - والأدلة على ذلك كثيرة؛ منها: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، وقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١). ومنها: حديث الذي من شدة فرحه قال: «اللهم أنت عبدي وأنا ربك، أخطأ من شدة الفرح»^(٢).

ب - إن كان قاصداً التكلم بها:

١ - فيما أن يكون عالماً بغاياتها متصوِّراً لما ترتب عليها أحكامها والتزاماتها في حقه.

٢ - أو يكون عالماً بغاياتها ومتصوِّراً لها لكنه لا يقصد معناها ولا غيره فهو كالهازل وسنذكر حكمه.

٣ - أما إذا كان لا يدري معانيها البتة بل هي عنده كأصوات ينطق بها، فإن لم يكن عالماً بمعناها ولا متصوِّراً، لم يترتب عليه أحكامها أيضاً ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك.

وهكذا، فالتكليف الذي يترتب عليه الثواب والعقاب، إنما يتعلّق بالعمل ما دام مصحوباً بالقصد والنية، أما إذا عرّي عنهما فلا تكليف حينئذٍ.

٢ - الاستثناء: حكم عقود الهازل: يستثنى من ذلك الهازل والمستهزىء فإنهما وإن كانا غير قاصدين حقيقة ما ينشئانه من عقود وتصرفات إلا أنهما يعاقبان بلزوم عقودهما، لأن الهزل والاستهزاء ليسا من الأعدار المسقطه للتكليف بل هما من منهيات الشرع: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال: ﴿وَلَكِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ

(١) رواه ابن ماجه في «سننه»: كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم (٢٠٤٣).

(٢) رواه مسلم في «صحيحه»: كتاب التوبة من حديث أنس، رقم (٦٩٦٠).

وَلَعَبٌ قُلُّ أَيْلَهُ وَعَائِيْلُهُ وَرَسُولُهُ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٦٥﴾ [التوبة: ٦٥] (١).

تعريف الهزل:

أ - لغة: ضد الجد، والمراد به: المزاح، ومادة الهاء، والزاي واللام: كلمتان في قياس واحد تدلان على ضعف، فالهزل ضد الجد، والهزل ضد السمن (٢).

ب - اصطلاحاً: هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له اللفظ، أي: أن لا يراد من اللفظ لا المعنى الحقيقي ولا المجازي، بل يراد به غيرهما مما لا تصح إرادته من اللفظ (٣).

وهو لا ينافي الأهلية أصلاً (٤) ولا الاختيار والرضا بالتكلم بصيغة العقد، بل أن ذلك كان برضاه واختياره، ولكنه ينافي في اعتباره ثبوت الحكم، أي: الأثر المترتب عليه ورضاه به.

الأمر التي يمكن أن يعترها الهزل ثلاثة أقسام:

١ - الاعتقادات: فالهزل فيها استخفاف بالدين، ويعتبر الهازل في أمور العقيدة كافراً. قال تعالى: ﴿إِنَّمَا كُنَّا نَحْوُكُمْ قُلُّ أَيْلَهُ وَعَائِيْلُهُ وَرَسُولُهُ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٦٥﴾ لَا تَعْدِرُوا فَمَا كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴿٦٥﴾ [التوبة: ٦٥]. فقد بين الله أن اللهو واللعب والاستهزاء بآيات الله أو بشعيرة من شعائره كفر بالدين لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ جَزَاءُكُمْ جَهَنَّمُ بِمَا كَفَرُوا وَاتَّخَذُوا آيَاتِي وَرُسُلِي هُزُوًا ﴿١٠٦﴾﴾. وإنما جهنم جزاء للكافرين فيجري على الهازل في أمور الاعتقاد أحكام الردة.

(١) انظر: «قواعد الفقه الإسلامي» للروكي ص (١٧٧) و«إعلام الموقعين» (٣/١٢١) - (١٢٢).

(٢) «معجم مقاييس اللغة» (٦/١٥١).

(٣) «التلويح» (٢/١٩٤)، «التقرير والتحبير» (٢/١٩٤).

(٤) اعتبره الأحناف من عوارض الأهلية بسبب تأثيره في بعض الأحكام.

٢ - الإخبارات: والهزل مبطل لها لأنه كذب، فمن أقر بزواج أو طلاق أو بيع أو إجارة هازلاً كان إقراره لغواً.

٣ - الإنشاءات: وقد قسمها الفقهاء قسمين: ما يؤثر فيه الهزل وما لا يؤثر فيه الهزل أخذاً من الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة»، وفي بعض الروايات: «العناق» و«اليمين» بدل «الرجعة». فقد رأى الفقهاء أن التصرفات التي نص عليها الحديث لا تتأثر بالهزل، واختلفوا فيما عداها من عقود كبيع الهازل وشرائه، فقال الجمهور: «أن العقود المذكورة صحيحة نافذة وما عداها باطل»، وذهب الحنفية إلى أن عقودهم المذكورة صحيحة نافذة لما قدمنا وصحيحة ينقصها الرضا بآثار العقد فيما عداها فتكون موقوفة على إجازة صاحبها بعد زوال الهزل؛ فإن أجازها نفذت وإلا بطلت^(١).

أحكام عقود الهازل:

مما يعترض على عموم القاعدة ويعتبر استثناء منها بإجماع العلماء نفاذ طائفة من تصرفات الهازل مع أن قصده منتف عمّا صدر عنه، وهذا معارض لمقتضى القاعدة: «الأمور بمقاصدها» أو «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، فإن نكاح الهازل وصريح طلاقه ورجعته واقع بإجماع العلماء وهو المحفوظ عن الصحابة والتابعين أخذاً من الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»^(٢). قال الترمذي: «حديث حسن غريب». وقد ورد هذا الحديث بروايات جاء في بعضها: اليمين بدل

(١) انظر: «غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول» (١٠٦ - ١٠٨) و«إعلام الموقعين» (١٢٥/٣ - ١٢٦).

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي: أبو داود في «سننه»: كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، رقم (٢١٩٤)، الترمذي في «جامعه»: كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق رقم (١١٨٤)، ابن ماجه في «سننه»: كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً رقم (٢٠٣٩).

الرجعة، وجاء في بعضها الآخر: العتاق، لذلك ألحقت العتاق واليمين في لزوم حكمهما على الهازل. قال ابن المنذر رحمه الله: «أجمع كل من أحفظ من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روي هذا عن عمر بن الخطاب، وابن مسعود، ونحوه عن عطاء وعبيدة، وبه قال الشافعي وأبو عبيد، وأهل العراق»^(١).

وقد جاء في «مختصر خليل»: «ولزوم الطلاق ولو هزلاً». قال ابن عرفة: «وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقاً». وقد علق ابن العربي على قياس الأحناف للمكره على الهازل بقوله: «وهذا قياس باطل لأن الهازل قاصد إلى إيقاع الطلاق وراض به والمكره غير راض»^(٢).

وقد ذهب جماعة - منهم بعض المالكية وبعض الحنابلة - إلى أن اللفظ الصريح يفتقر إلى النية. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فدلّت على اعتبار العزم والهازل لا عزم له، وأجاب صاحب «البحر» بالجمع بين الآية والحديث فقال: «يعتبر العزم في غير الصريح لا في الصريح، والاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله لأنها نزلت في حق المولى فلا تحتاج إلى الجمع»^(٣).

وعلق ابن القيم رحمه الله على لزوم نكاح الهازل وطلاقه وعتقه بقول شاف جاء فيه: «والفقه فيه أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى، لأن ذلك لا يقع على اختياره، وذلك أن الهازل قاصد للقول ومريد له مع علمه بمعناه وموجه وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما»^(٤).

الخلاصة: خلاصة ما تقدم أن اعتبار عبارات الهازل في المجالات

(١) «المغني» (٨/٢٨٠).

(٢) «مواهب الجليل» (٤/٤٤ - ٤٥).

(٣) انظر: «نيل الأوطار» (٦/٢٧٨).

(٤) «إعلام الموقعين» (٣/١٢٤).

المتقدمة كان عقاباً له على استخفافه بالدين، وتجربته على العبث في أمر ينبغي أن يسان عن ذلك، إذ أنها مما يتعلّق بها إلى جانب حقوق العباد حق الله سبحانه وتعالى فالهزل والمزاح في حقوق الله تعالى غير جائز، فيكون جد القول وهزله سواء، بخلاف جانب العباد لذلك من فرق بين النكاح وبابه والبيع وبابه في ترتيب أحكام الهازل عليها قال بالحديث والأثر، وإن البيع تصرّف في المال الذي هو محض حق الآدمي ولهذا يملك بذله بعوض وبغير عوض. وللعلماء تفصيل في ترتيب الأحكام على الهازل في الأبواب الأخرى للفقهاء الإسلاميين لا نجد داعياً لذكرها هنا كونها مما لا يتعلّق بها غرض في هذا الموضوع.

المطلب الثاني

المثال الثاني: قاعدة: «العصيان ينافي الترخيص» أو «الرّخص لا تناط بالمعاصي»

١ - شرح القاعدة:

الترخيص: المراد بالترخيص: منح المكلف رخص الشرع وتخفيفاته، وذلك بالتقصان من التكليف كقصر الصلاة، أو بإسقاطه كإسقاط الجمعيات والصوم والحج بأعذار معروفة، أو بالإبدال كإبدال الوضوء والغسل بالميم، أو بغير ذلك من صور التخفيف. ويكون ذلك لأسباب يعتبرها الشرع ويعتد بها، كالسفر والمرض، والإكراه... إلخ^(١).

والأصل في التكليف الإتيان به على وجه العزيمة كما سبق أن بيّنا في المثال السابق، لكن قد يصيب المكلف من الحالات والعوارض ما يتعذر به عليه ذلك فينتقل به إلى حالة الرخصة. والمفروض أن يكون انتفاع المكلف برخص الشرع في حالة الطاعة، أما إذا كان عاصياً كأن سافر لقطع طريق أو

(١) «قواعد الأحكام»: (٣٧٣).

إخافة سبيل، فإن ذلك يتنافى مع ترخيص الشرع وتخفيفاته وهذا هو معنى القاعدة: «العصيان ينافي الترخيص»، ويعبر عنها الفقهاء أيضاً بقولهم: «الرخص لا تناط بالمعاصي»، وهي مستنبطة من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِنْهُمْ عَلَيْهِ﴾ والآية فيها إجمال واشتراك جملي، لأنها تحتل معنيين:

أ - غير باغ ولا عاد: أي: غير قاطع سبيل ولا مفارق جماعة، ولا خارج في معصية.

ومعنى الآية في هذا الاحتمال: أن المسافر إذا اضطر إلى أكل الميتة أو غيرها من المحرمات فله ذلك إذا كان سفره سفر طاعة لا سفر معصية، فإذا كان سفر معصية فلا رخصة له في ذلك.

ب - غير باغ ولا عاد: أي: غير متجاوز حدود الضرورة ولا متعد الذي أبيع له. ومعنى الآية على هذا الاحتمال: أن المسافر إذا اضطر إلى أكل الميتة فله ذلك في حدود ما يسد به رمقه ويذهب عنه الضرر والهلاك المتوقع^(١).

ونشأ عن هذا الاشتراك اللفظي اختلاف بين الفقهاء في القاعدة المستنبطة من هذه الآية لذلك فإنها كثيراً ما تصاغ بصيغة الاستفهام: «العصيان هل ينافي الترخيص؟».

إذ ذهب كل فريق إلى التمسك بأحد المعنيين ومن ثم الحكم على العصي بسفره بناءً عليه: هل يحق له التمتع برخص الشرع أم لا؟ فرخص له الأحناف بناءً على مذهبهم لأنه لا فرق عندهم بين سفر الطاعة وسفر المعصية في الانتفاع بالرخص ويمثل ذلك قال بعض المالكية وبعض الشافعية. وحجتهم المعنى الثاني للآية، أي: غير متجاوزين حد الضرورة. ومنعه الحنابلة وطائفة من المالكية. وفصل بعضهم فأقرها في العبادات ولم يقرها فيما عداها، وهو مذهب الإمام الشافعي بناءً على أن المراد بالبغي

(١) «جامع البيان» للطبري (١٦/٢) إلى (٨٨).

والعدوان في الآية في العصيان في السفر وهو المعنى الأول المشار إليه سابقاً.

٢ - الاستثناء: أكل الميتة للعاصي بسفره:

إذاً - وبعد البيان السابق - هل يشكل أكل الميتة بالنسبة للمضطر في سفر المعصية فرداً من أفراد هذه القاعدة وبالتالي يجري عليها الخلاف المذهبي السابق أم أنها تخرج استثناءً، لأن الأمر هنا تعلق بحفظ النفس وهي أعظم كليات الشرع؟

قال الجصاص - من الحنفية -: «من امتنع عن المباح حتى مات كان قاتلاً نفسه متلفاً لها عند جميع أهل العلم. ولا يختلف في ذلك عندهم حكم العاصي والمطيع، بل يكون امتناعه عند ذلك من الأكل زيادة في عصيانه»^(١). فلم يروا مسوغاً للعمل بالقاعدة بالمرة محتجين بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ونقل عن الشافعية القولان: الصحيح منهما القول بالجواز:

الأول: ما جاء في «الأم» للإمام للشافعي: «من خرج عاصياً لم يحل له شيء مما حرم الله عز وجل بحال؛ لأن الله تبارك وتعالى إنما أحل ما حرم بالضرورة على شرط أن يكون المضطر غير باغ ولا عاد ولا متجانف لإثم»^(٢).

الثاني: القول بجواز أكل الميتة للعاصي بسفره، وقد صححه إلكيا الهراسي وبرر ذلك بقوله: «ليس تناول الميتة من رخص السفر أو متعلقاً بالسفر بل هو نتائج الضرورة سفيراً كان أو حضراً، وهو كالإفطار للعاصي المقيم إذا كان مريضاً. وهو الصحيح عندنا»^(٣).

(١) «أحكام القرآن» للجصاص (١/١٤٧).

(٢) «الأم» (٢/٢٧٧).

(٣) «أحكام القرآن» لإلكيا الهراسي (١/٤٢).

وكذا ذكر عن المالكية قولان، احتج الفريق الأول بحجج الحنابلة. قال ابن العربي عن رخص السفر للعاصي: «لا تباح له بحال: لأن الله تعالى أباح له ذلك عوناً، والعاصي لا يحل أن يعان فإن أراد الأكل فليتب ويأكل»^(١).

وصحح القرطبي المذهب الثاني وعقب على ابن العربي بقوله: «والصحيح خلاف هذا فإن إتلاف المرء نفسه في سفر معصية أشد معصية مما هو فيه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾، وهذا عام، ولعله يتوب في ثاني حال فتمحو التوبة عنه ما كان»^(٢).

وعلى هذا الذي ذهب إليه أغلب المالكية أمثال: ابن خويز مندداً، والقاضي عبدالوهاب وهو المشهور من مذهب مالك رحمه الله تعالى^(٣).

وذهب الحنابلة إلى التفسير الأول كما أسلفنا وقالوا: «الرخصة إنما تجوز ما لم يصحبها بغي وعدوان، فإن صحبها بغي وعدوان سقطت إلا أن يتوب العاصي». غير أن ظاهر كلام العلامة ابن قدامة يخالف إمامه في ذلك لأنه جعل لفظ الاضطرار عام في كل حال، وأن حفظ النفس عن الهلاك أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات فقال: «وتباح المحرمات عند الاضطرار لها في السفر والحضر جميعاً لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين وقوله: ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ﴾ لفظ عام في حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة وفي السفر، وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات، وهذا المعنى عام في الحالتين، وظاهر كلام أحمد أن الميتة لا تحل لمن يقدر عن دفع ضرورته بالمسألة»^(٤).

والحاصل: أن الفقهاء في كل المذاهب متفقون على أن حالة

(١) «أحكام القرآن» لابن العربي (٤٢/١).

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» (٢٣٢/٢).

(٣) انظر: «الإشراف» (١١٦/١)، «المتقى» للباي (٣/١٣٨ - ١٣٩).

(٤) «المغني» (٧٦/١١).

الاضطرار لا فرق فيها بين العاصي والمطيع، في السفر أو الحضر، لأن المحافظة على النفس مصلحة مقدمة ومقصد عظيم من مقاصد الشرع والمحافظة عليها مأمور بها نصاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ و﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾.

وقد حقق الإمام القرافي رحمه الله تعالى في المسألة تحقيقاً دقيقاً نقل فيه إجماع العلماء على الترخيص للعاصي بسفره في أكل الميتة، دون القصر والفطر، ففرق بين كون المعصية سبباً للرخصة وبين كونها مقارنة لأسباب الرخص فعمل في الأول بالقاعدة واستثنى الثاني بسبب الإجماع.

قال رحمه الله مفرعاً على الفرق بين المقاصد والوسائل: «وتفرع على هذا الفرق فرق آخر وهو الفرق بين كون المعاصي أسباباً للرخص وبين قاعدة مقارنة المعاصي لأسباب الرخص، فإن الأسباب من جملة الوسائل، وقد التبست ههنا على كثير من الفقهاء، فأما المعاصي فلا تكون أسباباً للرخص ولذلك العاصي بسفره لا يقصر ولا يفطر، لأن سبب هذين السفر وهو في هذه الصورة معصية فلا يناسب الرخصة، لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعي في تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها، وأما مقارنة المعاصي لأسباب الرخص فلا تمنع إجماعاً، كما يجوز لأفسق الناس وأعضاهم التيمم إذا عدم الماء وهو رخصة، وكذا الفطر إذا أضر به الصوم والجلوس إذا أضر به القيام في الصلاة، ويقارض، ويساقي، ونحو ذلك من الرخص ولا تمنع المعاصي من ذلك لأن أسباب هذه الأمور غير معصية، بل هو عجزه عن الصوم ونحوه والعجز ليس معصية. فالمعصية ههنا مقارنة للسبب لا سبب، وبهذا الفرق يبطل قول من قال: إن العاصي بسفره لا يأكل الميتة إذا اضطر إليها، لأن سبب أكله خوفه على نفسه لا سفره»^(١).

ويؤكد ابن خويز منداد هذا المعنى فيقول: «فأما الأكل عند الاضطرار: فالطائع والعاصي فيه سواء، لأن الميتة يجوز تناولها في السفر والحضر،

(١) «الفروق» (٢/٣٣ - ٣٤) الفرق الثامن والخمسون.

وليس بخروج الخارج إلى المعاصي يسقط عنه حكم المقيم، بل أسوأ حالة من أن يكون مقيماً وليس كذلك الفطر والقصر، لأنهما رخصتان متعلقتان بالسفر، فمتى كان السفر سفر معصية لم يجوز أن يقصر فيه، لأن هذه الرخصة تختص بالسفر، ولذلك قلنا: إنه يتيمم إذا عدم الماء في سفر المعصية، لأن التيمم في الحضر والسفر سواء، وكيف يجوز منعه من أكل الميتة والتيمم لأجل معصية ارتكبها وفي ترك الأكل تلف نفسه، وتلك أكبر المعاصي، وفي تركه التيمم إضاعة للصلاة. أيجوز أن يقال له: «ارتكبت معصية فارتكب أخرى؟». وهو مشهور مذهب مالك رحمه الله^(١).

والحاصل: فرغم أن القاعدة مختلف فيها بين الفقهاء كما رأينا بين مجيز ومانع من الانتفاع برخص الشرع للمعاصي بسفره، غير أن القاعدة هنا تعارضت مع أصل عظيم من أصول الشرع وهو المحافظة على النفس لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ وهذا أصل مجمع عليه لا يدع مجالاً للاختلاف في استثناء هذه المسألة من القاعدة.

المطلب الثالث

المثال الثالث: قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»

١ - شرح القاعدة:

أصل الضرورات: أصل الضرورات قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

قال الجرجاني: «الضرورة^(*) مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا

(١) انظر: «المنتقى» للباي (٣/١٣٨ - ١٣٩).

(*) الضرورات في الفقه الإسلامي خمس هي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ العرض، وحفظ المال ويكون حفظها بإيجادها ابتداءً والمحافظة عليها، أما ما دون ذلك فهو على ضربين إما حاجي أو تحسيني ولكل مكملاته.

مدفع له»^(١).

الاضطرار: الحاجة الشديدة.

المحظور: أي: المنهي عن فعله، أي: الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة.

ولقد حدد الإمام الشافعي رحمه الله ميزان الضرورة التي يباح بها المحرم، قال رحمه الله: «المضطر: الرجل يكون بالموضع لا طعام فيه ولا شيء يسد فورة جوعه من لبن وما أشبهه، ويبلغه الجوع ما يخاف فيه الموت أو المرض وإن لم يخف الموت أو يضعفه أو يضره، أو يعتل، أو يكون ماشياً فيضعف عن بلوغ حيث يريد أو ركباً فيضعف عن ركوب دابته أو ما في المعنى من الضرر المبين»^(٢).

ما يتعلق بأفعال المكلفين: يتعلق بأفعال المكلفين من جهة التصرفات الحسية حكمان:

- حكم متعلق بذات الفعل لمقاصد دنيوية: لكون الفعل صحيحاً أو باطلاً منعقداً أم لا... إلخ.

- حكم متعلق بذات الفعل لمقاصد أخروية: وهي إما عزيمة أو رخصة:

أ - أما العزيمة: فهي ما شرع ابتداء غير مبني على أعدار، ولا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون دون بعض، ولا بعض الأحوال دون بعض، كالصلاة مثلاً فإنها مشروعة على الإطلاق والعموم على كل شخص وفي كل حال، وكذا شعائر الإسلام الكلية. ويدخل ضمن هذا ما شرع لسبب مصلحي في الأصل، كالمشروعات المتوصل بها إلى إقامة مصالح العباد في الدارين، من البيع والإيجار وسائر عقود المعاوضات

(١) «التعريفات» (١٨٠).

(٢) «الأم» (٢/٢٧٦).

وأحكام الجنايات والقصاص والضمان وبالجملة جميع كليات الشريعة.

ب - أما الرخص: فما شرع لعذر شاق استثناه من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه، فكونه مشروعاً لعذر مستثنى من أصل كلي، يبين أن الرخص ليست بمشروعة ابتداءً فلذلك لم تكن كليات في الحكم، وإن عرض لها ذلك فبالعرض؛ فإن المسافر إذا أجزنا له الفطر والقصر فإنما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة والصيام، فإن الاستثناء ثان عن استقرار حكم المستثنى منه على الجملة وكذلك أكل الميتة للمضطر في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وكونه مقتصراً به على موضع الحاجة خاصة من خواص الرخص أيضاً لا بد منه، وهو الفاصل لما شرع من الحاجيات الكلية، وما شرع من الرخص الجزئية يقتصر فيها على موضع الحاجة^(١).

أنواع الرخصة: الرخصة أنواع وتترتب على كل حكمه الشرعي:

- فنوع هو مباح كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر عند المجاعة والغصة أو العطش (الملجئ) أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو. فهذه الأشياء تباح عند الضرورة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطَرَّرْتَهُ إِلَيْهِ﴾، أي: دعتكم شدة المجاعة إلى أكلها والاستثناء من التحريم بإباحة.

وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق بالإكراه، فيباح تناول ولا يباح الامتناع حتى لو امتنع حتى مات أو قتل يؤاخذ لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه في التهلكة، وقد نهي عن ذلك.

وإن كان الإكراه ناقصاً كحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف، لا يحل له أن يفعل.

- ونوع لا تسقط حرمة بحال ولكن يرخص فيه: كإتلاف مال المسلم والقذف في عرضه وإجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان إذا كان الإكراه تاماً فهو في نفسه محرم مع ثبوت الرخصة، فأثر الرخصة في

(١) «الموافقات» (١/٢٢٣ - ٢٢٥).

تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذه لا في تغيير وصفه وهو الحرمة، والامتناع عنه أفضل، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً^(١).

تطبيقات القاعدة: من تطبيقات القاعدة:

١ - نظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض، فإنه يرخص له ويرفع به الإثم للضرورة، لا الحرمة.

٢ - وكأكل مال الغير عند المخمصة اضطراراً يسقط عنه الإثم لكن لا يسقط حرمة مال الغير بل يجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه.

وعليه؛ فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة، قواعد فرعية أخرى منها: الضرورة تقدر بقدرها، وما جاز لعذر بطل بزواله، والحاجة منزلة منزلة الضرورة عامة أو خاصة، والاضطرار لا يبطل حق الغير، وغير ذلك مما يطول شرحه هنا.

٢ - الاستثناء: الإكراه على قتل المسلم:

يستثنى من هذه القاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» القتل، فقد أجمع الفقهاء على أنه من أكره على قتل النفس فإنه لا يجوز له ذلك بحال ولو أدى امتناعه إلى هلاكه.

قال القرطبي رحمه الله تعالى:

«أجمع العلماء على أنه من أكره على قتل غيره لا يجوز له الإقدام على قتله، ولا انتهاك حرمة، ويصبر على البلاء الذي نزل به ولا يحل له أن يفدي نفسه بغيره»^(٢).

وجاء في «المغني»:

«وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبح له قتله إجماعاً ولا إتلاف

(١) «شرح المجلة» للآتاسي (١/٥٥ - ٥٦).

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» (١٠/١٨٣).

عضو منه مسلماً كان أو كافراً، لأنه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلاف غيره، وهذا لا خلاف فيه»^(١).

وفي «بدائع الصنائع»:

«أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً فهو قتل المسلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصاً أو تاماً لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال. قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾، وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك»^(٢).

وقد اعتمد المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك في مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً يأكله»^(٣).

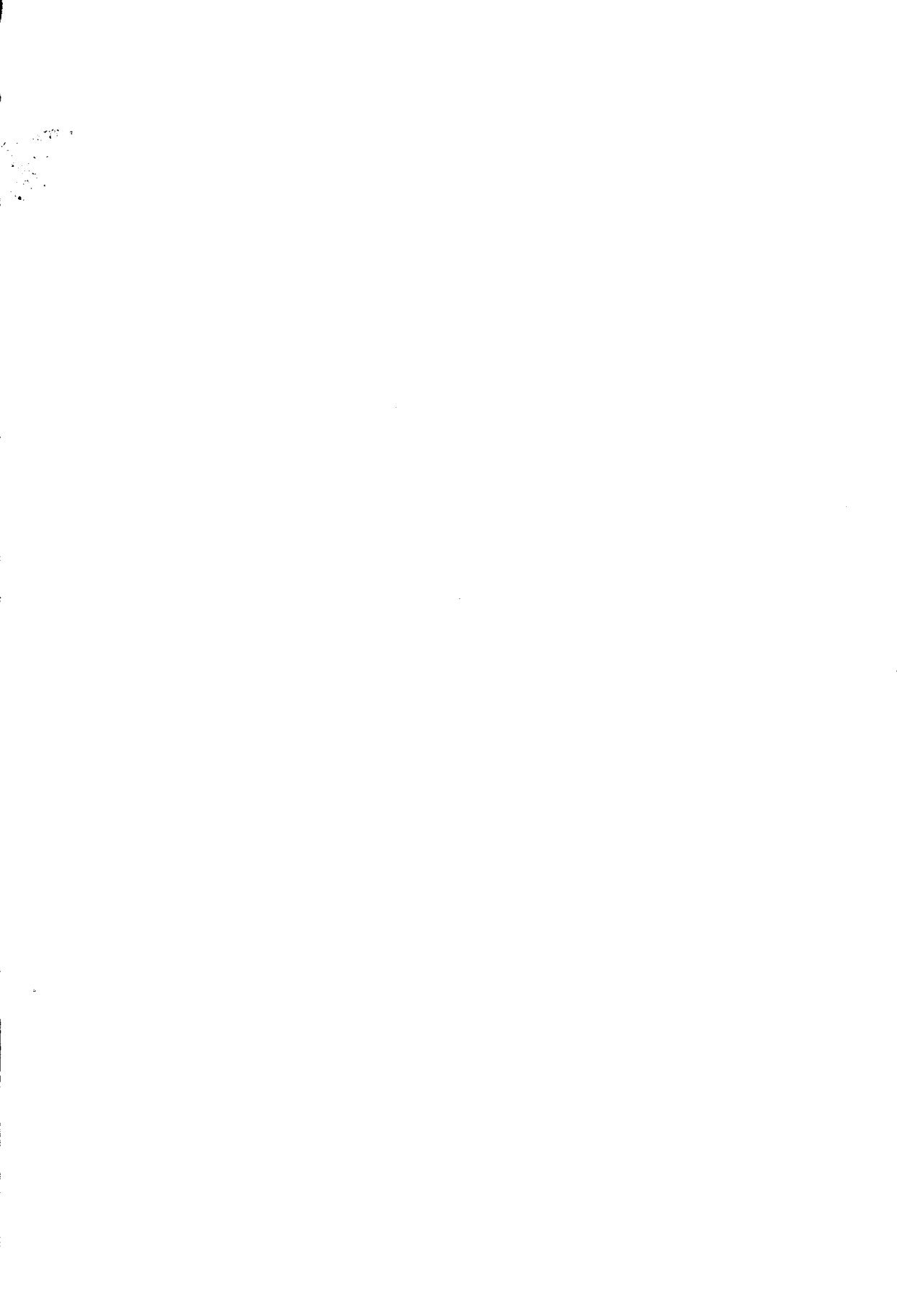
والحاصل: رغم أن منطوق القاعدة يفيد أن الضرورة تبيح المحظور بإطلاق، وظاهر الأمر أن المكره حالة من حالات الاضطرار، غير أن القاعدة مقيدة بقاعدة أخرى يندرج هذا المثال تحتها أو يشكل واحداً من جزئياتها وهي قاعدة: «الضرر لا يزال بالضرر» و«الضرر لا يزال بمثله» م ٦٥ المجلة، فمهما كان الضرر واجب إزالته فيما أن تكون إزالته بلا ضرر أصلاً، أو بضرر أخف منه، أما بضرر مثله فهذا لا يجوز شرعاً ولا عقلاً، أما من ناحية الشرع فواضح وقد سقنا إجماع الأمة بل إجماع الشرائع السماوية على حفظ النفس، أما عقلاً فإنه سعى لإزالة ضرر بمثله وهذا عبث.

إذن رغم أن هذا المثال يذكر استثناء من القاعدة في كتب القواعد إلا أنه عند التحقيق يتبين أن لا استثناء، لأنه يشكل فرداً من أفراد القاعدة: «الضرر لا يزال بالضرر» التي هي قيد للقاعدة الكبرى: «الضرورات تبيح المحظورات».

(١) «المغني» (٨٠/١١).

(٢) «بدائع الصنائع» (٢٨٣/٧).

(٣) «بداية المجتهد» (٣٩٦).



الفصل الثالث

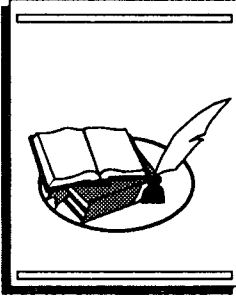
الاستثناء بسبب القياس

وفيه ما يلي :

المبحث الأول : القياس : تعريفه ، حجتيه .

المبحث الثاني : مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس .





المبحث الأول

القياس: تعريفه، حجيته

المطلب الأول

تعريف القياس

أ - لغة:

القياس في اللغة: التقدير والمساواة، يقال: قست النعل بالنعل: إذا قَدَرْتَه به، فساويته؛ وقست الثوب بالذراع، أي: قَدَرْتَه به؛ وفلان لا يقاس بفلان، أي: لا يساوي به^(١).

وقد وردت المقايسة أيضاً بمعنى المسابقة.

قال الشاعر:

لعمري لقد قاس الجميع أبوكم فهلاً تقيسون الذي كان قائساً

وهذا المعنى - أي: المسابقة والسبق - راجع إلى المعنى السابق أي: «التقدير»، لأن المسابقة بين اثنين إنما هي تقدير يجري أحدهما بالنسبة للآخر.

(١) «القاموس المحيط» (٣٥٥) - لسان العرب مادة قيس (١٨٧/٦).

ويقال أيضاً: «جارية تميمس ميساً وتخطو قيساً»، أي: تأتي بخطاها مستوية ومتساوية. وهذا المعنى راجع أيضاً إلى التقدير، لأن مساواة شيء بشيء لا تعرف إلا بالتقدير^(١).

ومن هنا نشأ اختلاف العلماء في كون لفظ «القياس» حقيقة في المعنيين معاً أو في أحدهما مجازاً في الآخر:

فذهب بعضهم إلى أنه مشترك لفظي بين التقدير والمساواة، ووجهته في ذلك أن اللفظ قد استعمل فيهما معاً، والأصل في الاستعمال الحقيقة.

وذهب البعض الآخر إلى أنه حقيقة في التقدير مجاز في المساواة، ووجهته في ذلك أن المساواة لازمة للتقدير، والتقدير ملزوم، واستعمال اللفظ في لازم المعنى مجازاً لا حقيقة.

وذهب فريق ثالث إلى أنه مشترك معنوي بين الأمرين.

ولفظ القياس مصدر قست الشيء إذا اعتبرته - جمع أقيسة - قياساً وقياساً ومنه: قيس الرأي، وسمي: «امرؤ القيس» لاعتبار الأمور برأيه^(٢).

وذكر صاحب «الصحاح» فيه لغة بضم القاف يقال: قست، أقوسته، وقوساً، وهو على اللغة الأولى من ذوات الياء، وعلى اللغة الثانية من ذوات الواو. اهـ^(٣).

وهو في استعماله بمعنى المساواة والتقدير تعدى بالياء، أما إذا استعمل بمعنى البناء والحمل كما هو معروف عند الفقهاء فإنه يتعدى بـ(على)، فيقال: النبيذ مقاس على الخمر، أي: محمول عليه في الحكم^(٤).

(١) «أساس البلاغة» (٢/٢٨٨).

(٢) انظر: «إرشاد الفحول» (٢/١٢٦ - ١٢٧).

(٣) «الصحاح» مادة ق و س.

(٤) «إرشاد الفحول» (٢/١٢٧).

ب - اصطلاحاً:

أما القياس عند الأصوليين فقد اختلفوا في تعريفه تبعاً لاختلافهم في كونه دليلاً شرعياً كالكتاب والسنة، نظر المجتهد أو لم ينظر، أو هو عمل من أعمال المجتهد فلا يتحقق إلا بوجوده.

فمن ذهب إلى الأوّل كالأمدي وابن الحاجب، عرّفه بأنه «مساواة فرع لأصل في علة حكمه»، أو ما يقرب من ذلك.

ومن ذهب إلى الثاني كالباقلاني، والإمام الرازي، والبيضاوي وغيرهم فعرّفه بما يفيد أنه عمل من أعمال المجتهد مثل: «تشبيه فرع بأصل لوجود العلة فيه»، أو «حمل معلوم على معلوم آخر لاشتراكهما في العلة»^(١).

وقد عرّفه الأصوليون بتعريفات متقاربة، الجامع فيها على أنه لا بد في القياس من أصل وفرع وعلة وحكم الأصل هي أركان القياس الأربعة.

المطلب الثاني

حجية القياس

اختلف العلماء في أمر التعبد بالقياس في الشرعيات^(٢) على أربعة مذاهب:

١ - أنه يستحيل التعبد به عقلاً، وهو قول إبراهيم النظام والشيعة وجماعة من معتزلة بغداد.

٢ - وذهب أهل الظاهر إلى أن التعبد بالقياس جائز عقلاً، لكن الشرع لم يرد به بل منعه، غير أن داود الظاهري وابنه محمد، والقاشاني

(١) انظر: «المحصول» (٩/٢)، «المستصفى» (٣٢١/٢)، «الأحكام للآمدي» (٤/١٨٦)، «أصول الفقه» لأبي النور زهير (٤٤٣).

(٢) وقع الاتفاق على أن القياس حجة في الأمور الدنيوية، قال الفخر الرازي: «كما في الأغذية والأدوية» «المحصول» (٢٥/٢).

والنهرواني كانوا يقولون بالقياس فيما كانت علقته منصوصاً عليها أو موماً إليها .

٣ - وجوب التعبد به عقلاً وهذا هو قول القفال من الشافعية وأبي الحسين البصري .

٤ - جواز التعبد به عقلاً ووقوعه شرعاً، وهذا هو قول السلف من الصحابة والتابعين وعليه الأئمة الأربعة، أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأكثر الفقهاء والمتكلمين^(١) .

أدلة الجمهور في إثبات القياس:

احتج القائلون بالقياس بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول .

١ - القرآن :

فقد أمر الله تعالى عباده بالاعتبار فقال تعالى في سورة الحشر: ﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَدَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُجْرِبُونَ يَوْمَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا بِأُولَى الْآبَصْرِ ﴿٢﴾ .

والاعتبار عند أهل اللغة: هو تمثيل الشيء بغيره وإجراء حكمه عليه ومساواته به، وهذا المعنى هو عينه معنى القياس، وقد روي عن ثعلب أن المراد بالاعتبار: القياس، ومعنى الآية: أنكم إذا صرتم إلى الخلاف والشقاق صارت حالكم حال بني النضير، واستحققتكم من العذاب مثل الذي استحقوه .

قال البيضاوي: «واستدل به على أن القياس حجة من حيث أنه أمر بالمجازة من حال إلى حال وحملها عليه في الحكم لما بينهما من

(١) «إرشاد الفحول» (١٢٩/٢ - ١٣٤) وانظر: «الأحكام للآمدي» (٦٤/٣) وما بعدها،

«المحلى» لابن حزم (٥٦١/١) «المستصفى» (٦٤/٢) .

المشاركة المقتضية له»^(١).

وقد احتج الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم وأقام الحجة على عباده بما رأوا من آثار الأمم التي أصابها العقاب بمخالفة أمره سبحانه، ولو لم يكن القياس حجة لم يكن في ذلك توبيخ ولا إقامة للحجة على الظالمين. ولما كان ذلك حجة على الظالمين بإجماع المسلمين ثبت أن القياس حجة ودليل شرعي بكتاب الله تعالى.

٢ - السنّة:

أما السنّة فقد ورد فيها الشيء الكثير مما يدل على حجية القياس، سواء من ذلك السنّة القولية أو الفعلية أو التقريرية ومن أمثلة ذلك:

١ - حديث معاذ لما أنفذه إلى اليمن فقال عليه الصلاة والسلام: «بما تقضي؟»، فقال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد؟»، قال: بسنّة رسول الله، قال: «فإن لم تجد؟»، قال: أجتهد رأيي، والنبّي ﷺ أقرّه على ذلك وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يوحى إليه ورسوله»^(٢). والقياس صورة من صور الاجتهاد، لأن الاجتهاد بالرأي لا يكون معتبراً إلا إذا كان مردوداً إلى أصل.

٢ - حديث سيدنا عمر أنه سأل النبي ﷺ عن قبلة الصائم فقال: «أرأيت إن تمضمضت هل كان عليك من جناح؟»، قال: لا، قال: «فقيم إذا؟»^(٣)، فقد قاس النبي ﷺ القبلة على المضمضة في عدم الإفطار بهما.

٣ - حديث الخثعمية التي جاءت تسأل النبي ﷺ عن حجها عن أبيها؟ فقال لها النبي ﷺ: «أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته؟»، قالت:

(١) «تفسير البيضاوي» (٧٠٣).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه»: كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم (٣٥٩٢). والترمذي في «جامعه»: كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم (١٣٢٧).

(٣) أخرجه أبو داود في «سننه»: كتاب الصيام، باب القبلة للصائم، رقم (٢٣٨٥).

نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»^(١). قال الباجي: «وهذا أمر بقياس وجوب قضاء دينه تعالى على دين الخلق»^(٢).

وقد ورد عنه عليه السلام أنه علل كثيراً من الأحكام إرشاداً للعلماء إلى اعتبار العلل ووجود الأحكام بوجودها وانبائها عليها وهذا هو القياس. منها قوله عليه السلام: «كنت قد نهيتكم عن لحوم الأضاحي أن تذخروها فادخروا»، ثم قال: «إنما نهيتكم لأجل الدافة»^(٣). فأخبر عن علة النهي وأنه يجب اعتباره إذا وجد وزوال الحكم بزواله^(٤).

٣ - الإجماع:

فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين اتفقوا على أعمال القياس فيما لا نص فيه دون إنكار من أحد منهم، والقضايا التي رجعوا فيها إلى القياس لا تكاد تحصى. منها:

- تصريح سيدنا عمر في كتابه لأبي موسى الأشعري وحثه على القياس فيما لا نص فيه عندما ولّاه القضاء وفيه: «أعرف الأشباه والأمثال، ثم قس الأمور برأيك».

- قول سيدنا علي في حد الشارب: أنه «إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري فحدّوه حدّ المفترين» قاس الشارب على القاذف.

- اجتهاد الصحابة واختلافهم في توريث الجد مع الأخوة وعمل كل فريق بالقياس فالذين ورثوا الإخوة مع الجد من الصحابة - كزيد بن ثابت - قاسوا سبب إرث الأخوة على سبب إرث أبناء الأبناء، والذي حجّبهم به

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» في الحج، ومسلم في الحج (٤٠٨) وأبو داود برقم (١٨٠٩).

(٢) «إحكام الفصول» (٤٩٥).

(٣) رواه البخاري ومسلم في الأضاحي: البخاري برقم (٥٥٦٩)، مسلم برقم (٥١٠٣) واللفظ له.

(٤) «إحكام الفصول» (٤٩٥).

قاسوا الجد على الأب، وقد كثرت مناظراتهم في هذه المسألة حتى قال ابن عباس: ألا يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً، يعني بذلك: أن ابن الابن كالابن في كونه يرث مثله عند عدم وجوده، وأنه مثله أيضاً في كونه يحجب الأخ، أما أب الأب - وهو الجد - فإنه ليس كالأب في حجب الأخ، فالأب يحجب الأخ، والجد لا يحجبه بل يرث معه وكل ذلك راجع إلى القياس.

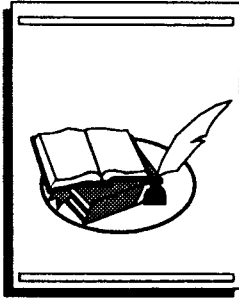
- قول سيدنا عمر لما قيل له: أن سمرة قد أخذ الخمر من تجار اليهود العشور وخللها وباعها فقال رضي الله عنه: «قاتل الله سمرة»، أما علم أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فجملوا وباعوها وأكلوا ثمنها»^(١). قاس الخمر على الشحم وإن تحريمها تحريم لثمنها.

إلى غير ذلك من الوقائع التي تدل دلالة قاطعة على أن الصحابة مثلوا الوقائع بنظائرها وشبهوها بأمثالها، وردوا بعضها إلى بعض في أحكامها دون نكير منهم على أحد رغم اختلافهم فكان إجماعاً سكوتياً، وهو حجة مغلبة على الظن^(٢).



(١) رواه البخاري في «صحيحه»: كتاب أحاديث الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل، رقم (٣٤٦٠). ومسلم في «صحيحه»: كتاب المساقاة، باب تحريم الخمر والميتة... رقم (٤٠٥٠).

(٢) انظر: «الإحكام» للآمدي (٤/٣٨ - ٥٧).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»

١ - شرح القاعدة: هي قاعدة مهمة من قواعد الفقه تمسك بها جماهير الفقهاء، وقد نصّ عليها الجويني رحمه الله في كتابه «الغياثي» فقال: «إن المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه»^(١).

وعبر عنها القرافي في تفريقه بين خطاب الوضع وخطاب التكليف في الفرق الثالث والسبعون والمائة بين قاعدة ما يبطل التابع في صوم الكفارات والنذور وغير ذلك وبين قاعدة ما لا يبطل التابع فقال رحمه الله: «الأحكام الشرعية على قسمين: خطاب وضع، وخطاب تكليف، فخطاب الوضع هو ما نصب من الأسباب والشروط والموانع والتقديرات الشرعية، وخطاب التكليف هو الأحكام الخمسة المعروفة^(*)، فأما خطاب الوضع فلا يشترط فيه علم المكلف ولا قدرته ولا إرادته، كالميراث يدخل في ملك الإنسان

(١) انظر: «القواعد الفقهية» للندوي (٤٣٥ - ٤٣٦).

(*) المقصود بالأحكام الخمسة: أحكام التكليف، الواجب، المندوب، الحرام، المكروه، المباح.

بالنسب لا يعلم بذلك ولا هو من قدرته ولا إرادته... إلخ، وخطاب التكليف يشترط فيه العلم والقدرة والإرادة فما لا قدرة له عليه لا يكلف به... والقاعدة: أن المتعذر يسقط اعتباره والممكن يستصحب في التكليف لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾، وقوله ﷺ: «إِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»^(١).

وقد تعرض لذكرها الإمام عز الدين في القواعد مع بيان بعض الفروع لها فقال:

«إن من كلف بشيء من الطاعات فقدّر على بعضها وعجز عن بعض فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما يعجز عنه لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾...» [البقرة: ٢٨٦]^(٢).

ومبنى القاعدة على التيسير والاعتدال، وأنها مستقاة من الأدلة التي تنص على رفع المشقة عن العباد مع الإتيان بما هو مستطاع.

يقول ابن تيمية مشيراً إلى هذه القاعدة:

«فإن أصول الشريعة تفرق في جميع مواردّها بين القادر والعاجز، والمفرط والمعتدي والتفريق بينها أصل عظيم معتمد وهو الوسط الذي عليه أمة الوسط»^(٣).

ومن فروع القاعدة:

- القادر على بعض الفاتحة يأتي بها بلا خلاف.

- من قدر على بعض السترة فعليه ستر القدر الممكن.

(١) من حديث مطول في «صحيح مسلم» باب الحج، رقم (١٣٣٧) وأوله خطبنا رسول الله ﷺ: «يا أيها الناس، قد فرض الله عليكم الحج فحجوا». انظر: «الفروق» (١٩٣/٣ - ١٩٧).

(٢) «قواعد الأحكام» (٣٧١).

(٣) انظر: «القواعد الفقهية» للندوي (٤٣٥ - ٤٣٦).

٢ - الاستثناء: حكم من وجد ماء لا يكفيه للوضوء:

خرج عن هذه القاعدة: الواجد لبعض الماء، هل يتيمم أم يتوضأ بالقدر الموجود على بعض الأعضاء ويتيمم على الباقي؟

أجازه الشافعية تماشياً مع القاعدة، ومنعه جمهور العلماء قياساً على القادر على بعض الكفارة فإنه ينتقل إلى البدل ولا يأتي بالمقدور عليه ويسقط عليه الباقي، وإليك التفصيل:

حكم من وجد ما لا يكفيه من الماء:

اختلف الفقهاء فيمن وجد ما لا يكفيه للوضوء، فذهب أبو حنيفة ومالك، والثوري، والأوزاعي إلى أنه يتيمم ولا يلزمه استعمال الماء، وهي إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال الشافعي في القديم واختاره المزني وابن المنذر وقال البغوي: «هو قول أكثر العلماء».

وذهب الشافعي في الحديث إلى أنه يستعمل ما معه من الماء ثم يتيمم وهي الرواية الثانية عن أحمد واختاره النووي^(١).

قال ابن رشد رحمه الله:

«وقد اتفقنا نحن وأبو حنيفة، على أن من وجد ماء لا يكفيه لطهارته يتركه ويتيمم، وقال الشافعي: (يجب عليه استعماله ثم يتيمم)، وقال القرطبي: (والذي يراعى من وجود الماء أن يجد منه ما يكفيه لطهارته، فإن وجد أقل من الكفاية يتيمم ولم يستعمل ما وجد منه، هذا قول مالك وأصحابه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وهو قول أكثر العلماء، لأنه تعالى جعل فرضه أحد الشيئين، إما الماء، وإما التراب فإن لم يكن الماء مغنياً عن التيمم كان غير موجود شرعاً، لأن المطلوب منه وجود الكفاية، وهذا الرأي تسانده قاعدة فقهية أخرى هي: (ما لا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كله)، وذلك بناءً على أن الوضوء لا يتجزأ فتعذر

(١) «المجموع شرح المهذب» (٢/٢٦٨).

بعضه كتعذر كله»^(١).

قال القاضي عبدالوهاب في «الإشراف» منتصراً لهذا المذهب ومدلاً عليه قال: «لأنها طهارة من حدث فإذا عجز عما يفعل به جميعها لم يلزمه منه فعل بعضها، أصله التيمم، ولأنه فرض له بدل فعدم بعضه كعدم كله أصله كفارة الظهار والقتل، ولأن البدل والمبدل لا يجتمعان»^(٢).

فقاس الواجد لبعض الماء كالواجد لبعض الكفارة، فإنه ينتقل للبدل، لأن الواجد لعتق بعض الرقبة لا تجب عليه قطعاً، لأن الشرع قصده تكميل العتق ما أمكن فيسقط عليه وينتقل للبدل، ولأن إيجاب بعض الرقبة مع صيام الشهرين جمع بين البدل والمبدل منه وصيام شهر مع عتق بعض الرقبة تبويض للكفارة.

ووجه القول الثاني وهو ما رجحه أحمد في إحدى روايتين، وأحد قولي الشافعي أن الله تعالى قال: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء: ٤٣]، وهذا قد وجد الماء فيجب أن لا يتيمم وهو واجد للماء لأنه بدل شرع للضرورة فلا ينوب إلا في موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة.
جاء في «المغني»:

«إذا وجد جنب ما يكفي بعض أعضائه لزمه استعمال وتيمم للباقي نص عليه أحمد فيمن وجد ما يكفيه لوضوئه وهو جنب قال: يتوضأ ويتيمم وبه قال عبدة بن أبي لبابة ومعمّر ونحوه قال عطاء، وهو أحد قولي الشافعي وقال الحسن والزهري وحماد ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر والشافعي في القول الثاني: «يتيمم ويتركه»، لأن هذا الماء لا يطهره فلم يلزمه استعماله كالمستعمل. ولنا قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ وخبر أبي ذر في التيمم عدم الماء وهذا واجد. وقال النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^(٣). ولأنه وجد من الماء ما يمكنه استعماله في بعض

(١) «مواهب الجليل» (١/٣٣٢).

(٢) «الإشراف» (١/٣٥ - ٣٦).

(٣) رواه البخاري وقد سبق تخريجه.

جسده فلزمه ذلك كما لو كان أكثر بدنه صحيحاً وبقية جريحاً، ولأنه قدر على بعض الشرط فلزمه كالسترة وإزالة النجاسة. وإذا كان أكثر بدنه صحيحاً، ولا يسلم الحكم في المستعمل، وإن سلمنا فلائنه لا يظهر شيئاً منه بخلاف هذا، هذا في الجنب أما في الحدث الأصغر فعلى وجهين:

الأول: يلزمه استعماله لما ذكرنا في الجنب.

والثاني: لا يلزمه لأن الموالاة شرط فيما إذا غسل بعض أعضائه دون بعض لم يف بخلاف الجنابة، وفارق ما إذا كان بعض أعضائه صحيحاً وبعضه جريحاً، لأن العجز ببعض البدن يخالف العجز ببعض الواجب بدليل أن من بعضه حر إذا ملك رقبة لزمه إعتاقها في كفارته ولو ملك الحر بعض الرقبة لم يلزمه إعتاقه^(١).

وفرق الإمام الزركشي بين أن يكون المقذور عليه من الوسائل أو المقاصد وجعل ضابطاً لذلك فقال:

«الأحسن أن يقال: إن كان المقذور عليه ليس هو مقصوداً من العبادة بل هو وسيلة لم يجب قطعاً كما مراراً الموسى على الرأس في الحلق والختان، لأنه إنما وجب لقصده الحلق والقطع وقد سقط المقصود فتسقط الوسيلة... وإن كان مقصوداً نظر فإن كان لا يدل له وجب كستر العورة وغسل النجاسة وإن كان له بدل ينظر فإذا كان اسم المأمور به يصدق على بعضه وجب أيضاً كالماء، لأن القليل منه يطلق عليه اسم الماء وإن كان لا يصدق لم يجب كبعض الرقبة فإنه لا يسمى رقبة»^(٢).

الحاصل: وبالنظر إلى أدلة الفريقين نجد أن المسألة تتجاذبها عدة قواعد، الأولى: «الميسور لا يسقط بالمعسور»، وقاعدة: «الأصل والبدل لا يجتمعان» و«ما لا يتجزأ فحكمه بعضه كحكم كله» بما رأينا في أدلة الجمهور.

(١) «المغني» (١/ ٢٧٠ - ٢٧١).

(٢) «المنثور في القواعد» للزركشي (١/ ٢٣٣).

وهذا ما أكدّه الدكتور الروكي في قوله :

«وسبب الخلاف راجع إلى القاعدة المشهورة (الأصل والبدل لا يجتمعان) فالذين أقروا بالقاعدة - وهم الجمهور - منعوا من اجتماع الأصل والبدل في مسألة واحدة وعملوا بقياس الدلالة في صورة التنافي وقالوا: أن واحد ما لا يكفيه من الماء يتيمم ولا يستعمل بعضه لأنه في حكم فاقد الماء، والآخرون قالوا: يجمع بينهما»^(١).

المطلب الثاني

المثال الثاني: قاعدة: «العادة محكمة»

١ - شرح القاعدة:

أصلها: أصل هذه القاعدة قول عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

معناها: معنى القاعدة: أن العادة - عامّة كانت أو خاصّة - تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً، أو ورد ولكن عامّاً، فإنّ العادة تعتبر حينئذٍ^(٢).

والعادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرّة بعد أخرى وهي المراد بالعرف العملي^(٣).

فالمراد بها حينئذٍ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين المستقيم

(١) «التقعيد» للروكي (٥١٣).

(٢) حديث حسن أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» موقوفاً على عبدالله بن مسعود. وإنه وإن كان موقوفاً فله حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه وأخرجه أيضاً البزار والطيالسي والطبري والبيهقي، انظر: «المقاصد الحسنة» (٣٦٧)، «مجمع الزوائد» (١/ ١٧٧ - ١٧٨) قال: رجاله موثوقون... انظر: «شرح القواعد» للزرقا (٢١٩).

(٣) المصدر السابق، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢٠١).

والفطرة السليمة والعقل المستقيم ولا منكرأ في نظرائهم. والمراد من كونها عامة، أن تكون مطردة أو غالبية في جميع البلدان، ومن كونها خاصة، أن تكون كذلك في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة.

وهي أنواع ثلاثة:

١ - العرفية العامة: كوضع القدم، كمن حلف أن لا يضع قدمه في دار فلان فالمراد به عرفاً الدخول.

٢ - العرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، أو ما اصطلى عليه في بيع ونحوه بين التجار.

٣ - العرفية الشرعية: كالصلاة والزكاة والحج وتركت معانيها اللغوية لمعانيها الشرعية: كالدعاء في معنى الصلاة تركت للمعنى الشرعي الذي هو الصلاة المعروفة في الشرع بأقوالها وأفعالها.

حجيتها: اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا: كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف. فقد نقل عن ابن عابدين: «أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه فإذا ورد النص فإما أن يكون في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها عامة كانت أو خاصة لأن النص أقوى من العرف»^(١).

وكذلك عند المالكية تخصص العام وتقيّد المطلق وتفسر الألفاظ والأيمان وسائر الألفاظ المتعارف على مفاهيمها^(٢).

واعتمدها الشافعية وغيرهم في أقل سن الحيض والبلوغ وفي قدر الحيض والنفاس وكذلك في إحراز المال المسروق وفي ضابط قصر الزمان وطوله عند الموالاة في الوضوء، وفي البناء على الصلاة وفي الاستئناف وكثرة الأفعال المنافية للصلاة، وفي الرد بالعيب، وفي الشرب وسقي

(١) «مجموعة رسائل ابن عابدين» (١٤٤/٢) وما بعدها.

(٢) انظر: «الفروق» للقرافي (١٧٣/١) و«قواعد المقرئ» (٣٣٦).

الدواب من الجداول والأنهار المملوكة المجرى إذا كان لا يضير مالها، إقامة للعرف مقام الإذن اللفظي وكذلك الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة. وما جهل حاله في الوزن والكيل في عهد النبي ﷺ رجع فيه إلى عادة بلد البيع على الأصح^(١).

شروط اعتبار العرف والعادة:

وللعرف والعادة أنواع ليس هنا مجال تفصيلها وسيأتي في بحث العرف، إنما لا بد من الإشارة إلى أن العرف بجميع أنواعه مراعى في الشريعة الإسلامية ومرجوع إليه، لكن إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

١ - أن يكون مطّرداً أو غالباً، أي: أن يكون جريان الناس عليه حاصلًا في جميع الحوادث التي هي من مشمولاته أو في أكثرها.

٢ - أن يكون سابقاً للتصرفات المراد تحكيمه فيها، أي: إذا كان متأخراً عنها فلا عبرة به، لذلك قال الفقهاء: «لا عبرة بالعرف الطارىء»، فقد نبه العلماء إلى أن النصوص الشرعية يجب أن تفهم على ضوء الدلالة اللغوية والعرفية في عصر صدورهما، ولا عبرة بما طرأ من الأعراف بما يقتضي تبدل مفاهيم بعض الألفاظ.

٣ - أن لا يعارضه تصريح بخلافه: فإذا انعقد بيع بين الاثنيين، وكان العرف الجاري في بلديهما هو نقل المبيع على البائع، لكن اشترط المشتري في العقد أن يتحمل البائع نقل المبيع، فإن هذا الشرط صريح في مخالفة العرف. قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صح»^(٢).

٤ - أن لا يعارض بنص شرعي معارضة يستحيل معها الجمع بينهما، فحينئذ لا عبرة بهذا العرف، لأن اعتباره مع هذه المعارضة يؤدي إلى تعطيل

(١) «المثور» للزرکشي (٢/٣٥٦).

(٢) «قواعد الأحكام» (٢/١٥٨).

النص، والعرف الذي يؤدي إلى تعطيل النص فاسد باطل. كمن أوصى لأقاربه لا يدخل الوارث للنص «لا وصية لوارث».

فإذا توفرت هذه الشروط الأربعة كان العرف معمولاً به ومحكماً في تصرفات الناس وما ينشئونه من عقود والتزامات. وقد تتبدل أعراف الناس وعوائدهم، فينبني على ذلك تبدل الأحكام والفتاوى لدى المجتهدين وهو معروف عندهم: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»^(١).

٢ - الاستثناء: حكم البيع بالمعاطاة:

صورة المعاطاة: هو أن يعطي أو يضع المشتري الدراهم ويأخذ في مقابلته شيئاً ولا يوجد لفظ بينهما، فيكون الإيجاب والقبول مدلولاً عليها بالسكوت أو أن يكون الإيجاب من أحد الطرفين ويسكت الطرف الآخر، كأن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو ما هو عليه الحال في يومنا هذا من تقييد السعر على المبيعات فيأخذها المشتري ويسلم للبائع الثمن، والقرينة وجود الرضى من الجانبين حصلت المعاطاة. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فالفعل يدل على الرضا عرفاً^(٢).

استثناء الشافعية للبيع بالمعاطاة: جمهور الشافعية على الرغم من رجوعهم إلى العرف في كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في اللغة ولا في الشرع كما نقلنا عنهم سابقاً، إلا أنهم استثنوا البيع بالمعاطاة عملاً بالقياس على النكاح، والعقار والنفاس.

يقول الإمام السيوطي في «الأشباه» بعد أن ذكر جملة من الأمثلة التي يرجع فيها الشافعية إلى ضبطها بالعرف:

(١) وانظر: «إعلام الموقعين» (٣/٣) وما بعدها ففيها أمثلة كثيرة. وسيأتي التفصيل في بحث العرف.

(٢) «المغني» (٥/٤).

«وخرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة، منها بيع المعاطاة على أصل المذهب فلا يصح بها ولو اعتدت»^(١).

جاء في «المجموع»:

«المشهور في مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا تصح في قليل ولا كثير وبهذا قطع الجمهور، ووجه المشهور القياس على النكاح، فإنه لا ينعقد إلا باللفظ وقياساً على العقار والنفائس»^(٢).

جوازه عند الجمهور: وأجاز هذا النوع من البيع المالكية والحنابلة وابن سريج من الشافعية. والأحناف ونقل عن القاضي جوازه في المحقرات دون نفائس الأشياء.

جاء في «المغني»:

«نص أحمد على صحة هذا البيع فيمن قال لخباز: كيف تبيع الخبز؟ قال: بكذا درهم، قال: زنه وتصدق به، فإذا وزنه فهو عليه»^(٣).

وعند المالكية: ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة جاء في «مواهب الجليل»، قال الشيخ زروق: «هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب، لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً، والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يدك بعوض يرضاه فلا يشترط القول ويكفي الفعل بالمعاطاة»^(٤).

وصححه الحنفية لعدم التعبد في البيع بصيغة الإيجاب والقبول،

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي، قاعدة: «العادة محكمة» ص(٦٩). وانظر: «المنثور» للزرکشي (٣٥٦/٢).

(٢) «المجموع» (٩/١٩٠ - ١٩١).

(٣) «المغني» (٥/٤).

(٤) «مواهب الجليل» (٤/٢٨٨).

وقالوا: «إنما المعنى الذي شرع له متعقل، وهو الإرفاق بالناس والمصلحة لهم فيقوم حينئذ المعاطاة مقامه للعرف». ونقل عن القاضي من الحنفية صحته في خسائس الأشياء دون نفائسها، لأن العرف إنما جرى به في اليسير^(١).

وقريب منه قول ابن سريج من الشافعية.

جاء في «المجموع» أيضاً:

«فخرج ابن سريج من ذلك القول وجهاً في صحة البيع بالمعاطاة ونقل عنه أن كل ما جرت به العادة فيه بالمعاطاة وعدّه الناس بيعاً فهو بيع وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجواني والعقار لا يكون بيعاً، وقال: «إن البيع كان معهوداً قبل ورود الشرع فورد به ولم يغيّر حقيقته بل علق به أحكاماً فوجب الرجوع فيه إلى العرف ولم ينقل عنهم لفظ التبايع...». ووجه ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة، خرّجه من مسألة الهدى إذا قلده صاحبه فهو يصير بالتقليد هدياً منذوراً فيقام الفعل فيه مقام القول»^(٢).

والحق أن العبرة في البيع بالتراضي الذي يحصل بصدور الإيجاب والقبول، فإذا صدرا سليمين متحدين متصلين فقد انعقد البيع سواء كانت وسيلة صدورهما هي الكلام، أو غيرها من الوسائل، لأن الناس في عاداتهم وأعرافهم وسائل كثيرة للتعبير عن تراضيتهم وإبراز رغبتهم في التعاقد وقد تتغير وتتجدد هذه الوسائل من عصر لآخر ومن مكان لمكان لذلك عرّف بعض الفقهاء العقد عموماً بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي، فالعقد لا يتوقف انعقاده على خصوص الكلام بل بكل وسيلة مفهومة كاشفة عن حقيقة الإيجاب والقبول إذا كان مصحوباً بقرائن تدل على التراضي.

(١) «فتح القدير» (٧٧/٥).

(٢) «المجموع شرح المهذب» (١٩٠/٩ - ١٩١).

المثال الثالث: قاعدة «الزعيم غارم»

١ - شرح القاعدة: القاعدة نص حديث رواه أبو أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «العارية مؤداة»^(١)، والمنحة مردودة^(٢)، والدين مقضي، والزعيم غارم»^(٣).

والكفالة أو الضمان والحمالة والزعامة بمعنى الالتزام، يقال: ضمن الشيء يضمه ضمناً أو ضماناً، كفل به فهو ضمين وكفيل، والكفيل والحميل والزعيم سواء.

قال الخطابي: «والزعيم: الكفيل، والزعامة: الكفالة، ومنه قيل لرئيس القوم: الزعيم، لأنه المتكفل بأمرهم»^(٤).

والكفالة بمعنى الضمان: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما. وقال القاضي: «هو مشتق من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن الحق».

وتعريفه اللغوي لا يختلف عن تعريفه الشرعي فقد عرفه ابن عرفة بقوله: «التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له» أو «هو شغل ذمة أخرى»^(٥).

والأصل في جوازه: الكتاب العزيز لقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ، حِمْلُ

(١) أي: أنها مضمونة.

(٢) المنحة: ما يمنحه الرجل صاحبه من أرض أو حيوان أو شجر أو غير ذلك بقصد الاستفادة منه مدة معلومة.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع، باب تضمين العارية رقم (٣٥٦٥).

(٤) «معالم السنن» (١٧٦/٣).

(٥) «شرح حدود ابن عرفة» (٣١٩). وانظر: «مواهب الجليل» (٩٦/٥).

بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿يوسف: ٧٢﴾، وقال ابن عباس: «الزعيم: الكفيل».

أما السنّة فالحديث المتقدم: وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، وروى البخاري عن سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ: أتى برجل ليصلى عليه، فقال: «هل عليه دين؟»، قالوا: نعم، ديناران، قال: «هل ترك لهما وفاء؟»، قالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لا تصلي عليه؟ فقال: «ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه»، قال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله. «فصلى عليه النبي ﷺ»^(١).

والكفالة أنواع: إما كفالة بالمال، وهو التزام غير محجور ديناً. وضمن الوجه، وهو كما عرفه ابن عرفة: «طلب من عليه الدين لمن هو له، أي: طلب المكلف غير السفيه والتزامه شخصاً عليه دين لمن له الدين، فإن كان على وجه الإتيان به فهو ضمان الوجه، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحطة فهو ضمان الطلب»^(٢).

وقد أجمع العلماء على جواز الكفالة بالجملة وإنما اختلفوا في فروع منها، كما نقل ابن المنذر إجماعهم على عدم جواز الكفالة في الحدود والقصاص.

٢ - الاستثناء: كفالة المجهول:

وتمسك الجمهور بعموم الحديث وعملوا بالقاعدة في صحة الكفالة واستثنى الشافعية حالة كفالة المجهول قياساً على البيع بجامع أن كلاً منهما عقد على حال مجهول، فخصصوا عموم الحديث بالقياس.

وحجة المجيزين عموم الحديث الذي انتزعت منه القاعدة: «الزعيم غارم». ولقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف:

(١) أخرجه البخاري: كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون والأبدان وغيرها رقم (٢٢٩٥).

(٢) «حدود ابن عرفة» (٦/٨٣).

[٧٢]، وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة.

قال مالك رحمه الله :

«من أوجب المعروف على نفسه لزمه، والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين». عزاه ابن القاسم له في «المدونة»^(١).

وبه قال أبو حنيفة :

«أما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المال المكفول به أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً»^(٢).

وفي «البدائع» :

«لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال جل شأنه : ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ، حَمَلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ، زَعِيمٌ﴾، أجاز الله تعالى الكفالة لحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان»^(٣).

جاء في «المغني» :

«صحة ضمان المجهول كقوله : ما أعطيته فهو عليّ، وهذا مجهول، فمن قال : أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضي به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك، صح الضمان. وقال الثوري، والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : «إنه لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كالثمن في المبيع»^(٤).

وفي «المهذب» :

«لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فامتنع بالجهالة كالبيع».

(١) «المنتقى» (٦/٨٣).

(٢) «البدائع الصنائع» (٥/٤١١).

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) «المغني» (٥/٧٢).

وقال في «المجموع» «التكملة»:

«يشترط أن يكون الدين معلوماً فلا يصح ضمان المجهول قدرأً أو جنساً أو صفة فلا بد من بيان ذلك، كأن يقول: ضمنت مالك على زيد من دين قدره عشرون جنيهاً مصرياً أو إستيرلينياً أو نحو ذلك، فلو قال: ضمنت مالك على زيد من دين، وسكت أو قال: ضمنت لك العشر من الذي عند زيد، ولم يبين، أو قال: ضمنت لك العشرين جنيهاً، ولم يبين صفتها فإنه لا يصح»^(١).

المطلب الرابع

المثال الرابع:

قاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»

١ - شرح القاعدة: الصيغ التي وردت بها القاعدة: عبر عنها بعض الفقهاء بصيغ قريبة نحو قول الزركشي: «من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»، وفي موضع آخر: «المعارضة نقيض المقصود وعدمه»^(٢).

وفي المجلة من شرح الآتاسي نقله عن «الكفاية»:

«من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده»^(٣).

مفهوم القاعدة:

أن من استعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد وطلب الحصول عليه «قبل أوانه»، أي: قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب

(١) «المجموع» (٢٠/١٣).

(٢) «المنثور» للزركشي (١٨٣/٣).

(٣) «شرح المجلة» (٢٦٨/١).

قبل ذلك الأوان «عوقب بحرمانه»، أي: يحرم من النفع الذي كان استحققه لو لم يتعجل، لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محذور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب المحذور^(١).

وهذه القاعدة ذات صلة وثيقة بالقاعدة الأصولية العامة: «سد الذرائع».

وحكمة مشروعيتها: صيانة حقوق الناس ومنع التعسف في استعمالها.

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة:

- إذا قتل شخص مورثه قتلاً يوجب القصاص - عمداً أو شبه عمد - يحرم من الميراث ويبطل الوصية، لأنه أساء في قصده فرد الشرع قصداً عقاباً عليه^(٢).

- ومن هذا القبيل إثبات الشفعة للشريك في الشرع، وتوجيهه أن الشريك لا غرض له من البيع من أجنبي، ولو باعه من شريكه حصل مقصوده من الثمن واندفع عن الشريك الضرر، فإذا باعه من شريكه حصل مقصوده من الثمن واندفع عن الشريك الضرر، فإذا باعه من غيره وقد ندبه الشرع إلى عرضه على شريكه راغمه الشرع على قصده وصرف البيع إلى الشريك^(٣).

- ومن فروعها أيضاً عند الأئمة الثلاثة: من طلق امرأته في مرض موته يحرمها من الإرث بدون رضاها، ومات قبل انقضاء العدة، ترثه.

(١) «شرح القواعد» للزرقا (٤٧١).

(٢) انظر: «القواعد» للندوي (٤٢٠)، «شرح المجلة» للاتاسي (٢٨٦/١)، «شرح الزرقا» (٤٧٢)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١٥٢).

(٣) انظر: «المنثور» للزركشي (١٨٤/٣).

٢ - الاستثناء: حكم إرث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت (طلاق الفار):

ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه لا توارث بينهما مطلقاً، وحجته في ذلك القياس. وإليك تفصيل المسألة:

اتفق الأئمة على أن التوريث بين الزوجين قائم، إذا كان الطلاق رجعياً وكان الموت في العدة.

واتفقوا أيضاً على أنه لا توارث إذا كان الطلاق في الصحة وبانت قبل الموت، واختلفوا فيما إذا طلق المريض زوجته طلاقاً بائناً، ومات من مرضه هل ترثه أم لا؟ مع اتفاقهم على أنه لا يرثها إذا ماتت قبله:

فذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنها ترثه، وسمى ذلك بعضهم: طلاق الفار، على اختلاف بينهم في توريثها ما دامت في العدة أو مطلقاً.

فقال أبو حنيفة وأصحابه: «أنها ترثه ما دامت في العدة، فإذا مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها».

وحججتهم في ذلك الاستحسان وقول الصحابي، جاء في «الهداية»: «إن امرأة الفار ترث استحساناً»^(١).

وفي «تحفة الفقهاء»: «فأما المريض إذا طلق وهو صاحب الفراش طلاقاً رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً، ثم مات من ذلك المرض، وهي في العدة، فإنها ترثه عندنا خلافاً للشافعي والقياس معه لكننا استحسنا بإجماع الصحابة»^(٢).

وهذا الإجماع هو أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبي من عبدالرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في

(١) «الهداية» (٣/١٥٥).

(٢) «تحفة الفقهاء» (٢/٢٧٨).

العدة وكان بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً.

قال ابن الهمام: «وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوجها - كقول مالك - إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط محل هذه العلة الإمكان وهو بقاء العدة بناءً على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون بنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك، وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة، فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها». اهـ^(١).

وقال مالك: «ترثه مطلقاً ولو تزوجت ومات بعد زواجها».

جاء في «الموطأ»: قال مالك: «وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها، وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث»^(٢).

قال ابن رشد: «وأما المريض الذي يطلق طلاقاً بائناً ثم يموت من مرضه، فعند مالك وجماعة: ترثه زوجته كانت في العدة أو لم تكن، تزوجت أو لم تتزوج، عملاً بسد الذرائع». والمعنى: منعها من حظها من الميراث قائم سواء مات في العدة أم بعدها، تزوجت أو لم تتزوج.

وكذلك ما رواه مالك في «موطئه»: أن عبدالرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها. وكذلك ورث عثمان نساء ابن مكمل منه، وكان طلقهن وهو مريض^(٣).

واشترط الإمام أحمد توريثها في العدة وبعدها ما لم تتزوج.

أما قولهم بتوريثها ولو بعد انقضاء العدة عملاً بالرواية السابقة الذكر في «الموطأ» من أن عثمان رضي الله عنه ورث طليقة عبدالرحمن بن عوف بعد

(١) انظر: «فتح القدير» (٣/١٥٠).

(٢) «الموطأ»: (٢/٥٧٢).

(٣) «بداية المجتهد»: (٢/٨٢ - ٨٣).

انقضاء عدتها والمعنى الذي ذكروه من أن السبب في توريثها فراره من ميراثها لا يزول بانقضاء العدة.

أما حجتهم في عدم توريثها إذا تزوجت فإجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين وهذه وارثة من زوج فلا ترث زوجاً سواء كسائر الزوجات. وأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة.

والعلة التي أوجبت الميراث هي التهمة، وبزواجها ترتفع التهمة، لأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها^(١).

ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه لا توارث بينهما مطلقاً، وقد استثنوا هذا الفرع من القاعدة مع أنهم عملوا بها في غيرها من الفروع، كحرمان القاتل عمداً، وإثبات الشفعة للشريك، وعدم طهارة الخمر إذا طرح فيها شيء لتتخلل...^(٢).

جاء في «الأم»: «فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنا، فمنهم من قال: لا ترثه، وذهب إلى أن حكم الطلاق يقع على الزوجة، وأن الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه، لأن الله تعالى ذكره إنما ورث الزوجة من الزوج والزوجة ما كانا زوجين، وهذان ليسا بزوجين، ولا يملك رجعتها فتكون في معاني الأزواج فترث وتورث... وأن الزوجة تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهذه لا تعتد من الوفاة، وأن الزوجة إذا كانت وارثة إن مات زوجها كانت مورثة إن ماتت قبله، وهذه لا يرثها الزوج، وأن الزوجة تغسل الزوج ويغسلها، وهذه لا تغسله ولا يغسلها، وأنه ينكح أختها وأربعاً سواها. قال: وكل هذا يبين أن ليست زوجة، وإذا لم تكن زوجة فلا ميراث لها بحال»^(٣).

(١) «المغني»: (٣٩٥/٥).

(٢) انظر: «المشور» للزركشي (١٨٣/٣).

(٣) «الأم»: (٢٣٥/٥).

وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أن يورث المرأة وإن لم يكن للزوج عليها رجعة إذا طلقها وهو مريض ولهم أقوال ثلاث مثل أقوال الأئمة التي سبق توضيحها.

وقد ذكر ابن قدامة تمسك المذهب الثاني بقول ابن الزبير رضي الله عنه في طلاقه: «لو كنت أنا لم أورثها»، أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك، قال: وهو بعد انعقاد الإجماع فلا يقدر.

لكن حجتهم في ذلك القياس لأن الأصل عند الشافعية لو اختلف بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في شيء فقال بعضهم فيه شيئاً وقال بعضهم بخلافه كان أصل ما نذهب إليه أن نأخذ بقول من معه القياس^(١).



(١) انظر: «الأم»: (٦٨/٣).

الباب الثاني

الاستثناء في القواعد الفقهية وأسبابه من الأدلة المختلف فيها

وفيه ما يلي:

تمهيد.

الفصل الأول: الاستثناء بسبب الاستحسان.

الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب.

الفصل الثالث: الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصلحة المرسلة).

الفصل الرابع: الاستثناء بسبب العرف.

تمهيد

إن استثناء جزئية ما من حكم كلياتها لا بد أن يكون بسبب أقوى اقتضاه دليل شرعي خاص، وهي في ذات الوقت دليل قوي على مرونة الشريعة الإسلامية، ومبناها على رفع الحرج، وجلب المصلحة، ودرء المفسدة كأصل ومبدأ كلي مقدم، وكل كلي أدى القول به والوقوف عند عمومه إلى مشقة وحرج إلا ووجدت له أحكاماً استحسانية اعتباراً لمصلحة أو عرف. وهو ما سنوضحه بالأمثلة في هذا الباب.



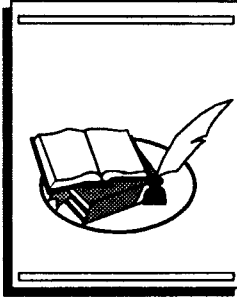
الفصل الأول

الاستثناء بسبب الاستحسان

وفيه ما يلي:

- المبحث الأول: الاستحسان: تعريفه، حججه.
- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان.





المبحث الأول

الاستحسان: تعريفه، حجيته

المطلب الأول

تعريف الاستحسان

أ - لغة:

الاستحسان في اللغة: استفعال من الحسن، وهو عد الشيء واعتقاده حسناً. أو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره^(١).

وقد ورد لفظ الاستحسان في الكتاب والسنة وفي أقوال العلماء:

جاء في كتاب الله العزيز في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الزمر: ١٨]، وقوله في شأن التوراة لسيدنا موسى: ﴿فَخَذَهَا بِقُوَّةٍ وَأَمَرَ قَوْمَكَ بِأَخْذِهَا بِأَحْسَنِهَا﴾ [الأعراف: ١٤٥].

وورد في السنة قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٢).

(١) «لسان العرب» [مادة حسن].

(٢) «مسند الإمام أحمد» (٣٧٩/١) موقوفاً عن عبدالله بن مسعود وأخرجه أيضاً البزار والطيالسي والطبري والبيهقي، انظر: «المقاصد الحسنة» (٣٦٧)، «مجمع الزوائد» (١/ ١٧٧ - ١٧٨) قال: ورجاله موثوقون.

ومن أقوال العلماء:

قال الشافعي رحمه الله في المتعة^(١): «أستحسن أن تكون ثلاثين درهماً».

وقال في الشفعة: «أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام»^(٢).
ب - اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الأصوليين في تحديد مفهومه، فمنها: ما يؤدي إلى معنى مقبول إجماعاً، ومنها: ما يؤدي إلى معنى مردود إجماعاً، ومنها: ما هو موضع خلاف ونظر. لذلك سوف أعرض تعاريف علماء المذاهب للاستحسان ثم أحرر محل النزاع فيه.

١ - الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين:

أ - عرفه الكمال بن الهمام بأنه:

«قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي».

ب - وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي بقوله:

«هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر للدليل أقوى يقتضي هذا العدول سواء كان هذا الدليل نصاً أو إجماعاً»^(٣).

٢ - وعرفه أبو إسحاق الشاطبي المالكي:

«هو - في مذهب مالك - الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي»^(٤).

٣ - وقال الباجي:

(١) المتعة: ما يعطى للمرأة المطلقة غير المدخول بها والتي لم يعين لها مهر.

(٢) «أصول الفقه» لأبي النور زهير (١٨٦/٤).

(٣) «كشف الأسرار» (٣/٤) و«الإحكام» (١٣٧/٤) وأغلب كتب الأصول.

(٤) «الموافقات» (٢٠٥/٤).

«الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك، وهو القول بأقوى الدليلين كتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، فالأصل فيه المنع لأنه بيع الرطب باليابس لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج لمصلحة المحتاجين، ومثله القرض فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم لكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين»... قال: «فإن سموه: استحساناً، فلا مشاحة في التسمية»^(١).

٤ - عرّفه الغزالي في «المستصفى» بأنه:

«ما يستحسنه المجتهد بعقله»، وقال عن هذا التعريف: «إنه هو الذي يسبق إلى الفهم»^(٢).

٥ - عرّفه الموفق بن قدامة المقدسي الحنبلي بقوله:

«أن المراد به: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة»^(٣).

٦ - وقد عرّفه بعض المتقدمين:

«بأنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد، ويعسر عليه التعبير عنه».

المطلب الثاني

حجية الاستحسان

أولاً: تحرير محل النزاع:

١ - في البداية لا بد من الإشارة أن الخلاف ليس في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه، فإن هذا اللفظ وارد ومستعمل كما سبق في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين.

(١) «إحكام الفصول» للباقي (٦٨٧).

(٢) «المستصفى» (١/١٣٧).

(٣) «روضة الناظر» (٨٥).

٢ - ثم لا خلاف أيضاً في أن الاستحسان إذا كان المراد به القول بالهوى والتشهي من غير مستند من دليل شرعي، أنه مردود وباطل باتفاق الأمة - قبل ظهور المخالف - على أنه لا يجوز أن يقول أحد في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير مستند من دليل شرعي يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

٣ - إذا نظرنا إلى التعريفات السابقة ومثلها أكثر ما عبّر به الأصوليون عن معنى الاستحسان وجدنا أنه لا يخرج عن أدلة الفقهاء المعمول بها لديهم وإن اختلفت عباراتهم، وتكاد تجمع على أنه العدول عن دليل إلى ما هو أقوى منه والرجوع إلى الدليل الأقوى مقبول غير مردود عند الجميع.

يقول سعد الدين التفتازاني:

«اعلم أن الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو: أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً، لأنه:

إمّا بالأثر: كالسلم، والإجارة، وبقاء الصوم في النسيان.

وإمّا بالإجماع: كالاستصناع.

وإمّا بالضرورة: كطهارة الحيض والآبار.

وإمّا بالقياس الخفي وأمثله كثيرة»، ثم قال: «وأنت خبير بأنه على هذه التفاسير ليس دليلاً خارجاً عما ذكر من الأدلة»^(١).

يقول الغزالي بعد إيراده هذا المعنى:

«وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع الإنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً، من بين سائر الأدلة»^(٢).

(١) «حاشية السعد على العضد» (٢/٢٨٩). انظر: «أثر الأدلة المختلف فيها» للدكتور البغا (١٢٥).

(٢) «المستصفى» (١/٤١٠ - ٤١٤).

ومثله نقل عن القاضي يعقوب في تعليقه على تعريف ابن قدامة للاستحسان قال:

«القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله وهو: أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه، وهذا مما لا ينكر وإن اختلفت في تسميته فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى».

ذكر الأمدي رحمه الله تعالى في «الإحكام»:

«أن النزاع إنما هو إطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل إلى العادة»^(١).

على أن أكثر الأصوليين ومنهم الأمدي يرون أن هذا المعنى لا يصلح محلاً للنزاع لأن العادة: إن كان يراد بها ما ثبت في زمانه ﷺ من غير إنكار من أحد كان الحكم ثابتاً بالسنة، وإن كان مما جرى في عهد الصحابة ﷺ من غير نكير من أحد منهم كان إجماعاً منهم على الحكم، كما أن العلماء رجعوا إلى تحكيم العرف والعادة المعتمدة شرعاً فيما لم يرد به الشرع أو اللغة في الأيمان، المكاييل، أحوال النساء والبلوغ... مما سبق ذكره.

أما فيما يتعلق بالعرف وهل يقدم على القياس إن حدث تعارض بينهما؟ فهذا محله في مباحث العرف، فإذن لا يصلح هذا المعنى محلاً للنزاع في معنى الاستحسان، فليرجع إليه في بحث العرف.

ومثله يقال فيما اعترض به على تعريف المالكية من: أن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، فالمسألة هنا النزاع فيها في حجية المصلحة المرسله وليس في الاستحسان، إذ أن العدول هنا عنها تقتضيه القواعد القياسية إلى حكم آخر استثناء إذا كان الحكم بالقياس يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر غالب أعظم من المصلحة المتوخاة في أعمال القياس وهذا وارد في السنة مثل السلم، وإجماع الأمة كما في الاستصناع

(١) «الأحكام» (٤/١٣٨).

إذ كلا المسألتين معدول بهما عن القياس للحرص، وابتغاء المصلحة العامة .
يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى إذ يقول بعد أن يورد
تعريفه للاستحسان :

«ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل إلى القياس؛ فإن من
استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد
الشارع في الجملة من أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي
القياس أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو
جلب مفسدة كذلك...»، قال: «فإن قيل: هذا من باب المصالح المرسلة
لا من باب الاستحسان»، قلنا: «نعم، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور
الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة»^(١).

لأن بناء الأحكام على مقتضى المصلحة المرسلة لا يشترط فيها أن
يكون ثمة قياس يعارضها أو تستثنى منه بخلاف الاستحسان^(٢).

ويظهر محل النزاع في تعريف الغزالي عندما قال:

«الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله، حيث أن هذا المعنى هو
الذي يسبق إلى الفهم، والظاهر من كلامه أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله
دون أن يكون هناك دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس،
ولذلك وصفه الشافعي: إنما الاستحسان تلذذ، ويؤكد هذا قوله: «لو جاز
تعطيل القياس جاز لأهل العقول - من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس
فيه خبر بما يحضرون من الاستحسان».

وقال: «لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً ومفتياً أن يحكم ولا أن
يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك من الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل
العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز له أن يحكم
بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني».

(١) «الموافقات» (٢٠٦/٤)، وانظر: «الاعتصام» (١٤١/٢).

(٢) انظر: «أثر الأدلة المختلف فيها» للبغا (١٢٥) وما بعدها.

يقول الشيخ أبو زهرة معقّباً على كلام الشافعي:

«هذه الجملة لها نظائر في كتاب «إبطال الاستحسان»، وفي كتاب «جماع العلم» وفي «الرسالة» وفي غيرها في ثنايا كتاب «الأم»، وهي - ونظائرها - تدل على أن كل اجتهاد لم يعتمد المجتهد على الكتاب، أو السنّة أو أثر، أو إجماع أو على قياس على واحد منها يكون استحساناً، لأن المجتهد يكون قد أخذ فيه بما يستحسن لا بما أعطاه الدليل بنصه أو بدلالته»^(١).

غير أن هذا المعنى الذي قصده الشافعي ومرده إلى القول في الدين من غير دليل مردود من قبل الأئمة اتفاقاً كما سبق أن ذكرنا، ولا ينطبق على معاني الاستحسان التي ذكرها القائلون بالاستحسان كما سبق بيانه، ولا يصلح هذا المعنى محلاً للنزاع لأنه لا قائل به. ومثله القول بما ينقدح في ذهن المجتهد تعسر عبارته عنه، فقد وصفه الغزالي بأنه هوس ووهم وخيال^(٢).

غير أن أكثر الأصوليين يرون أن هذا المعنى متردد بين القبول والرد، فإن كان ما ينقدح في ذهنه مستند إلى دليل فلا خلاف في وجوب العمل به، أو كان شاكاً متردداً فيما انقدح في ذهنه فهو دليل محقق أو وهم فاسد، فلا خلاف في رده، وبطلان هذا الدليل إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الوهم والشك^(٣).

أختم بما قاله الإسنوي بعد أن استعرض أقوال العلماء في الاستحسان وخلافهم حول هذا المسمّى لا في معناه:

«وقد تلخص من هذه المسألة: أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار

(١) «الشافعي» لمحمد أبو زهرة (٢٨٦)، وانظر: «الأم» (٧/٢٧٠) و«الرسالة» (٥٠٥) - (٥٠٨).

(٢) انظر: «المستصفى» (٤١٣/١).

(٣) «إرشاد الفحول» (٢/٢٦٣).

إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وقال: «فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع»^(١).

ويقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في ضوابط المصلحة موضحاً إنكار الشافعي للاستحسان:

«قلت: ذكر السعد في حاشيته على التوضيح بعد أن أوضح أن الاستحسان آيل على اختلاف معانيه إلى الأدلة الشرعية المتفق عليها ما نصه... ولما اختلفت العبارات في الاستحسان مع أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان مستقبحاً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنًا، حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه». اهـ. وأقول: لا ريب أن هذا الكلام شديد في توجيه إنكار القول بالاستحسان، فالإنكار ليس من حيث أنه دليل مستقل لم يأت به الشرع بل من حيث أن هذه الكلمة ترجمة غير لائقة، إذ الاستحسان إما أن يكون نابعاً من الرأي المجرد وهو استحسان باطل بالاتفاق، وعليه يحمل قول الشافعي: «من استحسن فقد شرع»، وإما أن يكون نابعاً من الشرع وقد استحسن الشرع ما استحسنته من الأحكام بالأدلة المعروفة والمتفق عليها فلا داعي إلى الاستعاضة من هذه الأدلة بترجمة أخرى... ويقول أيضاً: وإذا استعرضت الفروع الفقهية في كتب الحنفية، وجدت أن كثيراً من الأحكام التي يخرجونها باسم الاستحسان قد أخذ بها غيرهم أيضاً ممن لا يقولون بالاستحسان كالشافعية، كمعظم أحكام المعفوات القائمة على الضرورات والخرج في باب النجاسات والمعاملات وغيرها، ولا داعي إلى أن نطيل بعرض مزيد من النماذج...» اهـ^(٢).

إذاً، فنسبة القول بالاستحسان إلى بعض الأئمة دون البعض الآخر باطل بل قد ينكره علماء المذهب الواحد.

(١) الإسنوي (٣/١٤١) - «حاشية الباني» (٢/٣٥٣).

(٢) «ضوابط المصلحة» للبوطي (٢١٤ - ٢١٥).

فقد نسب القول به إلى أبي حنيفة رحمه الله حتى قال فيه محمد:
«أن أصحابه كانوا ينازعونه القياس، فإذا قال: استحسنت لم يلحق به
أحد، ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح، فإذا قبح القياس،
استحسن ولاحظ تعامل الناس». اهـ^(١).

وقد أكثر الحنفية من الاستدلال بالاستحسان في كتبهم حتى اشتهر
أنهم هم وحدهم من يقول به كما تذكر كتب الأصول.

كما تذكر كتب الأصول نسبة القول به لدى الحنابلة.

جاء في «الإحكام» للآمدي: «وقد اختلف فيه: فقال به أصحاب
أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وأنكره الباقر»^(٢).

ويؤيد هذا القول الموفق بن قدامة الحنبلي حيث قال: «قال القاضي
يعقوب: القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله»^(٣).

وقد أنكر القرطبي رحمه الله نسبه إلى مالك فقال: «ليس معروفاً من
مذهبه».

وقال ابن الحاجب في «المختصر»: «قال به الحنفية والحنابلة وأنكره
وغيرهم»^(٤).

في حين يروي عنه ابن القاسم قوله رضي الله عنه: «تسعة أعشار
العلم الاستحسان»^(٥).

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه «مالك»:

«تضافرت المصادر التي كتبت أن مالكا رضي الله عنه كان يأخذ بالاستحسان،

(١) انظر: أبو حنيفة للشيخ أبو زهرة (٣٤٢).

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام» (١٣٦/٤).

(٣) «روضة الناظر» (٨٥).

(٤) «مختصر ابن الحاجب» (٢٨٨/٢).

(٥) «الموافقات» (٢١٠/٤).

فالقرافي يذكر: أنه كان يفتي على مقتضى الاستحسان أحياناً ويقول فيه: قال به مالك رحمه الله في عدة مسائل في تضمين الصانع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحمالين للطعام والإدام دون غيرهم...» اهـ^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن ما يعنيه المالكية بالاستحسان ليس دائماً ما يعنيه الحنفية بدليل الأمثلة التي ذكرها القرافي، وإن كان يلتقون معهم في بعض أنواعه.

أما الشافعية، فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون به، بل شددوا النكير على من اعتبره حجة في استنباط الأحكام وقد كتب الشافعي رحمه الله رسالة في إبطال الاستحسان وقوله المشهور: «من استحسن فقد شرع»، وقد أوضحنا في تحرير محل النزاع إنكار الشافعي للاستحسان والمراد منه ووجه: الخلاف الذي بسطه الدكتور البوطي في ضوابط المصلحة.

ثانياً: أدلة حجية الاستحسان:

تمسكوا بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع:

أ - الكتاب:

قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الزمر: ١٨].
وجه الاستدلال: ورود الآية في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول.

قال السرخسي: «والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن».
وقوله: ﴿وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥].
وجه الاستدلال: أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان، والأمر للوجوب، ولولا أنه حجة لما كان كذلك^(٢).

(١) مالك رضي الله عنه (٣٠٢).

(٢) «المبسوط» (١٤٥/٢٠).

ب - السنّة:

قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١).

قالوا: «دلّ على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله تعالى، وما هو حق وحسن عند الله تعالى فهو حجة».

ج - الإجماع:

وهو أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجره و عوض عن الماء، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه، وكذلك استحسانهم شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة واستحسن الناس تركه^(٢).

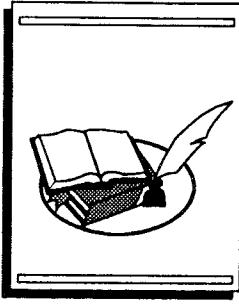
وقد ذكر الشاطبي أمثلة كثيرة في الشرع للاستحسان في مذهب مالك رحمه الله منها: «منع القرض فإنه ربا في الأصل لكنه أبيع لما فيه من الرفقة والتوسعة على المحتاجين ومنها: العرايا، والمساقاة، القراض، والاطلاع على العورات للتداوي... وإن كان الدليل العام يقتضي المنع لكن البحث بالنظر إلى المآل، وتحقيق المصالح ودرء المفاسد...» ثم قال: هذا النمط من الأدلة الدالة على صحة القول بقاعدة الاستحسان وعليها بنى مالك وأصحابه^(٣).



(١) سبق تخريجه ص (٢٣٢).

(٢) انظر: «المستصفي» (١/١٣٨)، «الإحكام» (٤/١٣٩) وغيرهما في أدلة القائلين بالاستحسان ومناقشتها وقد اعتبر بعضهم أن هذه أمثلة تصلح للاستصلاح.

(٣) «الموافقات» (٤/٢٠٧).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان

المطلب الأول:

المثال الأول: قاعدة: «الأمور بمقاصدها»:

١ - شرح القاعدة:

سبق شرح القاعدة لكنني أضيف هنا ما يستدعيه مثال الاستثناء إتماماً للفائدة .

الأمور: جمع أمر والأمر استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء^(١). وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَيْهِ يُرْجَعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ﴾، وقوله: ﴿قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ﴾، وقوله: ﴿وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧]، أي: ما هو عليه من قول أو فعل. والمقصود بالأمر هنا: عمل الجوارح ومنها اللسان وفعله القول^(٢).

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها: «يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر».

(١) انظر: «مختار الصحاح» ق ص د و «معجم لغة الفقهاء» لعتيبي وقلعه جي (٨٩).

(٢) «شرح القواعد» للزرقي (٤٧).

بمقاصدها: المقاصد جمع مقصد بفتح الصاد، من القصد: وهو إتيان الشيء، تقول: قصدته وقصدت له وقصدت إليه بمعنى. والمقصد، بكسر الصاد: الوجهة. وقصد في الأمر قصداً: توسط وطلب الأسد، ولم يجاوز الحد^(١).

والقصد والنية والإرادة، والاعتماد، واليتم، والاستقامة والوجهة عبارات تتوارد على معنى واحد وهو التوجه إلى الشيء وإرادته، والقصد أقوى من الإرادة، لأن لفظه يوحي بقوة العزم وصدق الإرادة.

معنى هذه القاعدة: القاعدة على وجازتها ذات معنى عام وشامل لفظ الأمور عام لدخول «ال» الجنسية عليه ولفظ المقاصد كذلك، لإضافته إلى ضمير لفظ عام.

ومغزى هذه القاعدة: «أن أعمال المكلف وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية المترتبة عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات»^(٢).

أصل هذه القاعدة قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات...»^(٣).

النية عبادة مشروعة تترتب عليها آثارها في الأعمال وتنبني عليها أحكامها وهي أساس العمل وقاعدته ومداره عليها صحةً وفساداً، قبولاً ورداً.

والنية تدخل في جل أبواب الفقه إن لم يكن كلها، وبها تتميز العبادات عن العادات، فالجلوس في المسجد مثلاً يكون للاستراحة وللاعتكاف والعبادة والنية تميز ذلك.

وبالنية تتميز العبادات بعضها عن بعض، فالتقرب إلى الله تعالى يكون بالفرض والنفل وشرعت النية لتمييزها.

(١) «معجم لغة الفقهاء» مادة ق ص د.

(٢) «المدخل الفقهي» للزرقا (٢/٩٦٥).

(٣) سبق تخريجه.

وقد ذكر ابن نجيم في أشباهه اشتراط النية في العبادات بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ﴾^(١) [البينة: ٥].

وقد جعل العلماء افتقار الفعل إلى النية أقسام ثلاثة: قسم وجبت فيه النية، وقسم لا تجب فيه النية، وثالث اختلف في وجوب النية فيه.

قال صاحب «التوضيح»:

«وحاصله أن الفعل أقسام: قسم تمحض للعبادة كالصلاة فالإجماع على وجوب النية فيه. الثاني: مقابله كإعطاء الدين ورد الودائع والغصوب، فالإجماع على أنه لا تجب فيه النية. الثالث: ما اشتمل على الوجهين كالزكاة والطهارة، لأن الزكاة عقل معناها وهو رفق الفقراء وبقية الأصناف، لكن وكونها إنما تجب في قدر مخصوص وعلى وجه مخصوص لا يعقل معناه، وكذلك الطهارة عقل معناها وهي النظافة لكن كونها في أعضاء مخصوصة على وجه مخصوص لا يعقل معناه، فاختلف في وجوب النية... والمذهب افتقارها ويعني بالطهارة المائية دون الترابية فإنها محض تعبد»^(٢).

٢ - الاستثناء: تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة:

اتفق الأئمة على أنه لا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة لعزل مقدار الواجب أو دفعه لمستحقه، لأن الصدقة متنوعة فيشترط لها نية الفرضية.

لكن إذا وجبت الزكاة على المكلف وتصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة هل يسقط عنه الواجب أو يبقى في ذمته؟

يعتبر هذا الفرع فرداً من مفردات القاعدة لأن الزكاة عبادة يتميز فرضها عن نفلها بالنية وعلى هذا مشى جمهور الفقهاء فقالوا: لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه، وخالف الحنفية فاستثنوا هذا الفرع من القاعدة بالاستحسان.

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم الحنفي (١٤).

(٢) «شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب» للمنجور (٧١٨).

جاء في «المغني»: «ولنا قول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وأداؤها عمل ولأنها عبادة فتنوع إلى فرض ونفل فافتقرت إلى النية كالصلاة.

ولو تصدق الإنسان بجميع ماله تطوعاً ولم ينو الزكاة لم تجزئه وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب أبي حنيفة: «يجزئه استحباباً». ولا يصح لأنه لم ينو بها الفرض، فلم يجزئه، كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو بها الفرض»^(١).

وهو مذهب الشافعية جاء في «المجموع»: «لو تصدق بجميع ماله، ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف»... وقال: «دلينا أنه لم يتمحض للفرض فلم تصح عنه كالصلاة»^(٢).

وهو المشهور من مذهب مالك رحمه الله جاء في «مختصر خليل»: «ووجبت نيتها، يعني: أنه يجب عند إخراج الزكاة أن ينويها وهذا هو المشهور».

قال القرافي في «الذخيرة»: «قال سند: لو عزل زكاته بعد وزنها للمساكين ودفعها لهم بعد ذلك بغير نية أجزاءه اكتفاء بالنية الأولى الفعلية، أي: إذا عينها لم يحتج إلى نية عند دفعها للمساكين وإن لم يعينها ويعزلها عن ملكه وجبت النية عند التسليم».

وفيها، أي: «الذخيرة» أيضاً:

«لو تصدق بجملة ماله فإن نوى زكاة ماله وما زاد تطوع أجزاءه وإلا فلا خلافاً لأبي حنيفة، وإن لم ينو بشيء منه الزكاة لم يجز وهو قول أصحاب الشافعي».

ومقابلته - أي: المشهور - عدم اشتراط النية وبه قال بعض أصحابنا وقاسه على الديون والودائع. واستدل بأخذ الإمام لها كرهاً ويجزئه هذا بلا

(١) «المغني»: (٢/٥٠٢ - ٥٠٣).

(٢) «المجموع شرح المذهب» (١٥١/٦).

خلاف على عدم اشتراط النية وباشتراطها. قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل رضي الله عنهم بما فيها من شائبة التعبد من جهة مقاديرها في نصبها الواجب فيها وغير ذلك». اهـ^(١).

والتحقيق أن الحنفية لا يشترطون النية:

جاء في «الهداية»:

«من تصدق بجميع ماله، لا ينوي الزكاة، سقط فرضها عنه»^(٢).

وعمدتهم في إسقاط الواجب عنه: الاستحسان.

قال صاحب «العناية»: والقياس أن لا تسقط، لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان، فلا بد من التعيين، كما في الصلاة.

ووجه الاستحسان: أن الواجب جزء من جميع ماله، وهو ربع العشر فكان متعيناً في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى تعيين لأنّ الفرض آتاه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب^(٣).

وبهذا الاستدلال أخرج الأحناف هذه الجزئية من القاعدة الكلية: «الأمر بمقاصدها» استحساناً خلافاً للجمهور.

المطلب الثاني

المثال الثاني: نذر التصدق بماله

النية شرط في العبادات كلها فإنه لا يصح بدونها والمنذور من العبادة

(١) «مواهب الجليل» (٢/٣٥٦ - ٣٥٧)، وانظر: الفروق: الفرق الحادي والسبعين والمائة قاعدة ما يجزىء فيه فعل غير المكلف عنه وبين قاعدة ما لا يجزىء فيه فعل غير المكلف عنه.

(٢) «الهداية» (١/٤٩٣).

(٣) «العناية» (٥/١٢٦).

كالمفروض، قال ابن نجيم في «أشباهه»: «والمندور في النية كالمفروض، ولو نذر حجة الإسلام لا يلزمه إلا حجة الإسلام كما لو نذر الأضحية»^(١).

واختلف الفقهاء فيمن نذر ماله كله في سبيل الله هل يلزمه التصدق بكل ما يملك أم بجزء منه؟

فذهب المالكية والحنابلة إلى أن الواجب عليه التصدق بثلث ما يملك من الأموال. وذهب الشافعية وزفر من الحنفية إلى أنه يلزمه التصدق بكل ماله لأن الأمور بمقاصدها - تماشياً مع القاعدة -.

وذهب أبو حنيفة وصاحبيه إلى أن الواجب عليه التصدق بكل أمواله التي يجب فيها الزكاة استحساناً، كالنقدين والسوائم وأموال التجارة... إلخ.

جاء في «فتح القدير»:

«الأصل فيما إذا قال: مالي صدقة: في القياس: ينصرف إلى كل مال له - وهو قول زفر - وفي الاستحسان: ينصرف إلى مال الزكاة خاصة.

ووجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله، إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به، لثلاثين إلى الشركة، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة، فكذا إيجاب العبد، وما أوجب به الشرع التصدق ذكر بلفظ العموم وعلق الإيجاب ببعضه قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، ولم يعم كل المال»^(٢).

ومدرك ذلك عند الحنفية - ما عدا زفر - من وجهين:

الأول: دلالة العرف الشرعي، وذلك أن كلمة المال عندما تطلق في مجال الصدقات والزكاة وخلال أبحاثها، إنما ينصرف إلى أنواع معينة، وهي الأموال النامية المتعلقة بها حق الزكاة، ذلك أن الله عز وجل قال: ﴿وَالَّذِينَ

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (١٦) قاعدة الأمور بمقاصدها.

(٢) انظر: «الهداية» وشروحها (٢/٣٣٤).

فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُورِ ﴿٢٥﴾ [المعارج: ٢٤، ٢٥]، وأراد أموالاً مخصوصة مع أنها كلمة عامة شاملة لجميع ما يسمى مالاً في اللغة فلينصرف معنى المال في المثال هنا أيضاً إلى المعنى المخصوص الذي انصرف إليه في القرآن بجامع أن الموضوع في كلا المحلين هو الصدقة وهي التي أثرت في استعمال هذا الاصطلاح الخاص لكلمة المال.

المدرک الثاني: هو أنه لو استعملت كلمة المال في المثال المذكور بمعناها العام وألزم الرجل بالتصدق بجميع أمواله لوقع في ضرر وخرج عظيمين ولأصبح عالة على الغير، بعد أن كان في غنى عنهم، ومنع الضرر أصل من الأصول التي اعتمدها الشارع في أحكامه، فكان في هذا قرينة أخرى صارفة لكلمة المال بمعناها العام إلى اصطلاحها الشرعي في باب الصدقات^(١).

وأما المالكية وأحمد فحجتهما ما رواه مالك في «الموطأ»:

«من أن أبا لبابة بن عبد المنذر رضي الله عنه حين تاب الله عليه قال: يا رسول الله، أهجرت دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك، وأنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله، فقال رسول الله ﷺ: «يجزيك من ذلك الثلث»^(٢).

قال ابن رشد:

«وهو نص في مذهب مالك، وأما الأصل فيوجب أن اللازم له إنما هو جميع ماله حملاً على سائر الذنور، أعني: أنه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسألة من هذه القاعدة إذ قد استثنائها النص».

لكن ابن رشد يلفت النظر إلى أن مالكا رحمه الله ورضي عنه لم يلزم في هذه المسألة أصله ذاك حيث قال:

(١) «ضوابط المصلحة» (٢١٣ - ٢١٤)، انظر: «المبسوط» ج (١٢) ص (٩٣).

(٢) «الموطأ» (٣٢١) حديث رقم (١٠٣٣) جامع الأيمان.

«إن حلف أو نذر شيئاً معيناً لزمه وإن كان كل ماله، وكذلك يلزم عنده إن عيّن جزءاً من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه»، قال: «ولعل مالكاً لم يصح عنده هذه الآثار»^(١).

فمالك على هذا الرأي يوافق الشافعية وأحمد وزفر وحجة هذا المذهب أيضاً ما روي عن كعب بن مالك رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله، فقال رسول: «أمسك عليك بعض مالك» رواه البخاري. وفي رواية أبو داود: «يجزىء عنك الثلث»^(٢).

وفي «المغني»:

«قال الخرقى: من نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه»^(٣).

قال: ولنا قول النبي ﷺ لأبي لبابة: «يجزئك الثلث»، وهذا دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي الإيجاب لأنها إنما تستعمل غالباً في الواجبات ولو كان مخيراً بإرادة الصدقة لما لزمه شيء يجزىء عنه بعضه.

أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة؛ لأن النبي ﷺ لا يمنع أصحابه من القرب ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به، ولما فيه من الضرر اللاحق به لقوله ﷺ في رواية: «فهو خير لك».

وأما الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى فقد تمسكا بعموم قوله ﷺ فيما ترويه عائشة رضي الله عنها:

(١) «بداية المجتهد» (٤٢٨/١).

(٢) البخاري في «صحيحه»: كتاب الأيمان والنذور، باب إذا أهدى ماله على وجه النذر والتوبة، رقم (٦٦٩٠). وأبو داود في «سننه»: كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يتصدق بماله، رقم (٣٣١٩).

(٣) «المغني» (٣٤١/١١).

«من نذر أن يطيع الله عزَّ وجلَّ فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه»^(١).

وهذا نذر طاعة، فيلزمه الوفاء به على الوجه الذي قصده كسائر النذور ولفظ المال في قوله: مالي، عام يتناول كل مال، فيلزمه التصديق بكل مال يملكه^(٢).

المطلب الثالث

المثال الثالث: قاعدة: «الحدود تدرأ بالشبهات»

١ - شرح القاعدة:

القاعدة نص حديث أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها:

«ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلمين مخرجاً فخلوا سبيلهم. فإن الإمام إن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة»^(٣).

وأخرج الطبراني عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً: «ادروا الحدود والقتل عن عباد الله ما وجدتم لها مدفعاً»^(٤).

قال الشوكاني: «الصواب أن الحديث موقوف وأصح ما فيه عند عبدالله بن مسعود موقوفاً: «ادروا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم».

وفي «فيض القدير» للمناوي: «عن عبدالله بن مسعود موقوفاً بلفظ:

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة، رقم (٦٦٩٦). وابن ماجه رقم (٢١٢٦).

(٢) «الأم» (٢٢٨/٢).

(٣) الترمذي باب ما جاء في درء الحدود حديث رقم (٤٢٤/١).

(٤) رواه ابن ماجه، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات رقم (٢٥٤٥).

«ادرؤوا الحدود بالشبهة» بلفظ الإفراد. وقال ابن حجر: وهو موقوف حسن الإسناد». اهـ^(١).

والحد: يجمع على حدود وهو الحاجز بين الشيئين، وحد الشيء: منتهاه، كما يطلق الحد على المنع، ومنه يقال للبواب أو للسجان: حداد^(٢).

والحد اصطلاحاً: الحدود في الشريعة الإسلامية: «عقوبات مقدرة ثبت حقاً لله تعالى»^(٣).

وهذا عند أكثر الفقهاء، إذ يخرجون القصاص من تعريف الحدود، لأنه ثبت حقاً لولي الدم، وبعض الفقهاء يدرج القصاص في الحدود ويعرفها بأنها: «عقوبات مقدرة من الشارع» والتعريف الأول أدق.

والشبهة: «ما يشبه الثابت وليس بثابت».

والقاعدة جليلة في باب القضاء، مشهورة في باب الحدود يتجلى فيها الاحتياط والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء بها، والقاعدة وإن كان نصها موقوف كما حكم بذلك معظم المحدثين إلا أن لها شواهد كثيرة تؤيدها وتعززها من السنة المطهرة جرت وقائعها على عهد ﷺ تبين اعتبار هذه القاعدة.

قال العلامة ابن الهمام في «فتح القدير»: «وفي تتبع المروري عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسألة، فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لما عز: «لعلك قبلت، لعلك لمست، لعلك غمزت...»^(٤)، كل ذلك

(١) انظر: «نيل الأوطار» (١٢٤ - ١٢٥).

(٢) «مختار الصحاح» و«المصباح المنير» مادة «حد».

(٣) المدخل الفقهي، أحمد حجي الكردي (١٩٧ - ١٩٨): مقرر كلية الشريعة جامعة دمشق.

(٤) أخرجه البخاري بلفظ آخر عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت...» «صحيح البخاري»: كتاب المحاربيين من أهل الكفر والردة، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت رقم (٦٨٢٤).

يلقنه أن يقول «نعم» بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك، وإلا لا فائدة... ولم يقل لمن اعترف عنده بدين: لعله كان وديعة عندك فضاعت، ونحوه. والحاصل من كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك، فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع^(١).

وقد أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات.

ومعنى درء الحدود بالشبهات، أنه متى وجد مخرجاً لإسقاط العقوبة عن المتهم بالجريمة فلنسقطها عنه، وذلك كأن يقر شخص على نفسه بجريمة ثم يرجع عن إقراره فيحتمل أن يكون صادقاً في رجوعه عن إقراره فيسقط عنه الحد بهذه الشبهة أو يرجع بعضهم بحيث ينقص بهم نصاب البينة فإن رجوعهم يعتبر شبهة. وهكذا كلما خفت وقائع الجريمة بقرائن تشكك في ثبوتها، فإنه يسقط الحد عن المتهم ويعدل به الحاكم إلى تعزيره عن الكذب لمن شهد عن الجريمة ثم تراجع، أو يحد آخر أخف منه كحد القذف في حق من شهد على آخر بالزنا إذا تراجع البعض ولم يبلغ نصاب الشهادة في هذه الجريمة بالنسبة للباقي.

لكن استثنى الأحناف بعض الفروع في باب الحدود لم يعملوا فيها بالقاعدة فلم يدرؤوا الحد بتلك الشبه نذكر بعضاً منها فيما يلي.

٢ - الاستثناء: اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل:

تعريف الزنا الموجب للحد: الزنا الموجب للحد في اصطلاح الفقهاء: «وطء الرجل المرأة المشتهاة في القبل في غير الملك وشبهته»، هذا عند الحنفية وزاد الأئمة الثلاثة: «ودبر ذكر وأنثى كقبل» لتدخل اللواط لأنها موجبة للحد عند الجمهور^(٢).

وقد شدد واحتاط الشرع في إثبات الزنا الموجب للحد ما لم نلاحظه في غيره من الحدود فلا يثبت الحد في الزنا إلا بأحد طريقين:

(١) «فتح القدير» (٤/١٣٩ - ١٤٠).

(٢) «فتح القدير» (٤/١٥٠) و«المدخل الفقهي» لأحمد حجي الكردي (١٩٨).

١ - الإقرار .

٢ - والشهادة .

ولا تقبل في الشهادة أقل من أربعة شهود لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَازِبَتُوهُنَّ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، ذكور عدول، يزكون ظاهراً وباطناً لدى القاضي، يشهدون على الزنا الصريح كالميل في المكحلة كما عبّر عن ذلك الفقهاء فإن أبى أحد الشهود الإدلاء بشهادته لم يثبت الزنا واعتبر الثلاثة قذفة وأقيم عليهم حد القذف، ولا يستثنى غير الزوج فإنه لا يعدّ قاذفاً إذا اتهم زوجته بالزنا ولكن يحكم عليه باللعان بينهما، وأحكامه مفصلة في كتب الفروع لا مجال لتفصيلها، وإن وجدت أي شبهة أو لم يتوفر شرط يدرأ الحد.

اتفق الأئمة على أنه إذا اختلف شهود الزنا: فشهد اثنان أنه زنا بها في بلد كذا أو بيت كذا وشهد الآخرون ببلد مخالف أو بيت آخر فالاتفاق على أن هذه البيّنة لا تقبل ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت وشهد الآخرون أنه زنى بها في زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعداً، فالجمهور على أنها شبهة تدرأ الحد. وهذه المسألة عندهم بهذا التخريج فرد من القاعدة.

واستثنى الإمام أبو حنيفة وأصحابه هذه المسألة فقالوا بوجوب الحد عليهما. فأخرجوا هذه المسألة من القاعدة بالاستحسان كما سنفصله لاحقاً. قال ابن رشد: «وجمهورهم على أن شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا مكان إلا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة»^(١).

وحجّتهم في ذلك الاستحسان وإليك تفصيل المسألة:

مذهب الحنفية:

أما الأحناف: فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه تقبل هذه الشهادة

(١) «بداية المجتهد» (٢/٤٣٩).

ويقام عليهما الحد ولم يعملوا القاعدة في هذه المسألة وحجتهم في ذلك الاستحسان .

قال في «الهداية» :

«وإن شهد إنسان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة، درىء الحد عنهما جميعاً، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة» .

قال : «ومعناه: أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية» . قال : «وهذا استحسان، والقياس: أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة»^(١) .

وذكر ابن الهمام أن وجه الاستحسان: «أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت صغير - والكلام فيه - والفعل وسطه . فكل من كان من جهة يظن أنه إليه أقرب، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل واحد وذلك يفرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية ثم صارا إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل وذلك ممكن لصغر المكان»^(٢) .

بل صرح الكساني اشتراط البيت أن يكون صغيراً فإن كان كبيراً لا تقبل وهو بمثابة البيتين كما جاء في «البدائع» قال: «ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه بجواز أن ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهاه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرا بهما، فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لأنه يكون بمنزلة البيتين»^(٣) .

مذهب الجمهور:

قالوا: بأن هذا الفرع فرد من أفراد القاعدة يعمل فيها بدرأ الحد بالشبهة كما صرح به الغزالي رحمه الله .

(١) «الهداية» (٤/١٦٧) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) «بدائع الصنائع» (٧/٩٧) .

جاء في «الشرح الكبير»:

«ويثبت (أي: الزنا) بالبينة العادلة: أربعة رجال يروونه كالمروود في المكحلة برؤيا وزمن اتحدا»^(١). ويقصد بالرؤيا هنا: رؤيتهما في مكان الفعل.

وقال النووي في «المنهاج»:

«ولو عين شاهد زاوية لزنائه، والباقون غيرها لم يثبت»^(٢).

واشترط الحنابلة أن يكون البيت واسعاً والزاويتان متباعدين فإن كان البيت صغيراً والزاويتان متقاربتان ثبت وأقيم عليهما الحد.

جاء في «المغني»:

«وإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية من البيت وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه أخرى، وكانت الزاويتان متباعدين فالقول فيهما كالقول في البيتين، وإن كانت متقاربتين كملت شهادتهم، وحد المشهود عليه». قال: «ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في إحداهما وتمامه في الأخرى، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا». اهـ^(٣).

وحجة الذين تمسكوا بدرء الحد للشبهة أنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فاشية ما لو قال بعضهم: زنى بالغداة، وبعضهم: زنى بالعشي.

قال ابن رشد في «بداية المجتهد»:

«وسبب الخلاف هل تلتفق الشهادة المختلفة بمكان أم لا تلتفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلتفق، والمكان أشبه بالزمان، والظاهر من الشرع إلى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في

(١) «الشرح الكبير» (٣١٩/٤).

(٢) «المنهاج» (١٥١/٤).

(٣) «المغني» لابن قدامة (٧٤/٩).

سائر الحدود»^(١).

وقال الغزالي في معرض الردّ على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة: «وهذا هوس لأننا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه، كما لو شهد ثلاثة وكما لو شهدوا في دور، وندراً الرجم من حيث لم نعلم يقيناً، إجماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن»^(٢).

المطلب الرابع

المثال الرابع: قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»

١ - شرح القاعدة:

هذه القاعدة نابعة من الأصل المعتبر عند الأصوليين المعروف باستصحاب الحال أو «الاستصحاب» وهي تندرج تحت القاعدة الشهيرة: «اليقين لا يزول بالشك»، وقد ترددت على أعلام الفقهاء وألسنتهم في مواطن التعليل والترجيح كما أنها حكم عند الاختلاف في أحكام الحوادث المختلف في تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب على الحال حتى يثبت الأبعد لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك. فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك فيصار به إلى الأقرب عملاً بقاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

وقد وردت بصيغ عديدة متقاربة منها:

«الحوادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات».

وقد أوردها بعضهم بصيغة الجمع فقال:

«الحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات».

(١) «بداية المجتهد» (٢/٤٣٩).

(٢) «المستصفى» (١/٤١٤).

ويعبر عنها أيضاً بأن: «الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن»^(١).
والحادث: مصدر حدث وجمعه حوادث والحادث هو: «الشيء الذي
كان غير موجود ثم وجد، والحادث نقيض القديم»^(٢).

تطبيقات القاعدة:

منها:

١ - لو رأى في ثوبه نجاسة وقد صلى فيه، ولا يدري متى أصابته،
يعيدها من آخر حدث أحدثه وإن كان منياً ولم يذكر احتلاماً، تجب إعادة
صلاته من آخر نومة نامها.

٢ - ومنها لو ضرب بطن حامل فانفصل الولد حياً وبقي زماناً غير
متألم، ثم مات، فلا ضمان على الضارب، لأن الظاهر أنه مات بسبب
آخر، بخلاف ما لو مات عند ضربه أو بقي متألماً حتى مات، تجب دية
كاملة لتحقيق حياته.

٣ - لو تبين في المبيع عيب بعد القبض وادعى البائع حدوثه عند
المشتري وادعى المشتري حدوثه عند البائع، فالقول لمدعي الوقوع في
الزمن الأقرب ويعتبر العيب هنا حادثاً عند المشتري، فليس للمشتري حق
في فسخ البيع حتى يثبت أن البيع قديم عند البائع إلا أن يكون العيب مما
لا يحدث مثله بل هو من أصل الخلقة^(٣).

ملاحظة:

١ - إن اعتبار هذه القاعدة مقيد بأن لا يؤدي إلى نقص ما هو ثابت
مقرر، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال
لا بدليل أو جب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح

(١) انظر: «قواعد الندوي» (٣٩١ - ٣٩٢) و«القواعد الكبرى» للسدلان (١٤٦ - ١٤٧).

(٢) انظر: «مختار الصحاح» مادة حدث.

(٣) انظر: المراجع السابقة في القواعد.

لنقض ما هو ثابت والظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً.

٢ - إذا تعارضت قاعدة: «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» مع قاعدة: «الأصل براءة الذمة» أو «الأصل بقاء ما كان على ما كان» تترك ويعمل بهاتين القاعدتين دونها لأنهما أقوى^(١).

٢ - الاستثناء: حكم نجاسة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة:

قال العلامة ابن نجيم في «أشباهه»:

«في مسألة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة فقد عمل الشيخان بهذه القاعدة فحكم بنجاسة البئر إذا وجدت فيها فأرة ميتة من وقت العلم بها ومن غير إعادة شيء، لأن وقوعها حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته وخالف الإمام الأعظم رحمه الله فاستحسن إعادة الصلاة ثلاثة أيام إن كانت منتفخة أو متفسخة، وإلا فمذ يوم وليلة عملاً بالسبب الظاهر دون الموهوم احتياطاً»^(٢).

اتفق الفقهاء على أنه من توضأ بماء نجس لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاها بوضوء من ذلك الماء، لأنه تيقن الطهارة فيما مضى وشك في نجاسته فلا يحكم بنجاسته بالشك وإنما يعمل بالقاعدة والحال هذه: «أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته» ولا يعيد إلا الصلاة التي تيقن أنه صلاها بوضوء من ذلك الماء النجس.

وهو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ومحمد وأبو يوسف من الحنفية وخالف الإمام أبو حنيفة فاستحسن إعادة صلاة ثلاثة أيام إن كانت منتفخة أو متفسخة وإلا فمذ يوم وليلة وعملاً بالسبب الظاهر.

جاء في «المدونة»:

«إن مات بري ذو نفس سائلة بماء لا مادة له كالجب لا يشرب منها

(١) «قواعد الزرقا» (١٢٦).

(٢) «الأشباه والنظائر» (٧١) وشرحه «غمر عيون البصائر» (١/٩٤ - ٩٥).

ولا يتوضأ منها وينزح الماء كله بخلاف ماله مائة. ابن عرفة: وتطهير ذي المادة بنزح ما يطيبها. يقدر الدابة ومكثها، وفي «العتبية» قال مالك في ثياب أصابها ماء بثر وقعت فيها فأرة فماتت وتسلخت: «يغسل الثوب وتعاد الصلاة في الوقت»^(١).

وقد روي عن ابن الماجشون:

«أنه مشكوك في طهارته وذلك يقتضي إعادة المتوضىء منه الصلاة أبداً»^(٢).

وعند الشافعية:

«لو توضأ من بثر ثم أخرج منها دجاجة ميتة منتفخة لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاها بماء نجس»^(٣).

وهو مذهب الحنابلة.

جاء في «المغني»:

«وإن توضأ من الماء القليل وصلى ثم وجد فيه نجاسة أو توضأ من ماء كثير ثم وجدته متغيراً بنجاسة وشك هل كان قبل وضوئه أو بعده فالأصل صحة طهارته، وإن علم أن ذلك كان قبل وضوئه بأمانة أعاد وإن علم أن النجاسة قبل وضوئه ولم يعلم أكان دون القلتين أو كان قلتين فنقص بالاستعمال أعاد لأن الأصل نقص الماء»^(٤).

والأصل عند الشافعية والحنابلة أن الماء يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر وحد الكثرة عندهما قلتين لقوله ﷺ: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث»^(٥).

(١) «التاج والإكليل لمختصر خليل» (٥/١).

(٢) «المنتقى» (٥٨/١).

(٣) «المجموع» (١٥٦/١).

(٤) «المغني» (٦٧/١).

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في «سننه»: باب ما ينجس الماء رقم (٦٣)، والترمذي في =

وفسّروا القلتين: من قلال هاجر^(١).

أما الأحناف فقد قال أبو يوسف ومحمد بقول الجمهور وتماشيا مع القاعدة.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى استحسان إعادة صلاة ثلاثة أيام استثناء من القاعدة.

ولو توضع من بئر وصلى أياماً ثم وجد فيها فأرة ميتة، فإن علم وقت وقوعها أعاد الصلاة من ذلك الوقت لأنه تبيّن أنه توضعاً بماء نجس، وإن لم يعلم فالقياس أن لا يعيد شيئاً من الصلوات ما لم يستيقن بوقت وقوعها، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وفي الاستحسان: إن كانت منتفخة أو متفسخة أعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها.

جاء في «البدائع»:

«وجه القياس في المسألة: أنه تيقن طهارة الماء فيما مضى وشك في نجاسته لأنه يحتمل أنها وقعت في الماء وهي حية فماتت فيه، ويحتمل أنها وقعت ميتة بأن ماتت في مكان آخر ثم ألقاها بعض الطيور في البئر على ما حكى عن أبي يوسف أنه قال: كان قولي مثل قول أبي حنيفة إلى أن كنت يوماً جالساً في بستانني، فرأيت حداة في منقارها جيفة فطرحتها في بئر،

= «جامعه»: باب: إن الماء لا ينجسه شيء رقم (٦٧)، والنسائي: باب التوقيت في الماء رقم (٣٢٩)، وابن ماجه: باب مقدار الماء الذي لا يتنجس رقم (٥١٧)، والحاكم في «المستدرک» (١/١٣٢).

(١) هجر: قرية من المدينة وليست هجر اليمن وكانت تعمل بها قلال تأخذ الواحدة منها مزادة من الماء. سميت قلة لأنها ثقل، أي: ترفع وتحمل. «النهاية لابن الأثير» مادة قلل، انظر: مادة هجر.

القلّة: هي الجرّة: ولم يثبت في شيء من الحديث بيان نوع الجرّة وصفتها إلا إن الشافعية فسروها بقلّة من قلال هجر واستنبطوا ذلك من شهرتها لكثرة ذكرها في أشعار العرب، وجعلوا المراد منها الأكبر حجماً بدليل أن الشارع جعل الحد مقداراً بعدد فدل على أنه أشار إلى أكبرها لأنه لا فائدة من التقدير بقلتين مع وجود واحدة كبيرة وتقدر القلتان بمائتين وأربعة كيلو غراماً، «إعلام الأنام شرح بلوغ المراد» للدكتور نور الدين عتر (١/٥٣ - ٥٤).

فرجعت عن قول أبي حنيفة، فوقع الشك في نجاسة الماء فيما مضى فلا يحكم بنجاسته بالشك وصار كما إذا رأى في ثوبه نجاسة ولا يعلم وقت إصابتها لأنه لا يعيد شيئاً من الصلوات، كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن وقوع الفأرة في البئر سبب لموتها، والموت متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه كموت المجروح فإنه يحال به على الجرح وإن كان يتوهم موته بسبب آخر، وإذا حيل بالموت إلى الوقوع في الماء فأدنى ما يتفسخ به الميت ثلاثة أيام ولهذا يصلى على قبر ميت لم يصل عليه إلى ثلاثة أيام وتوهم الوقوع بعد الموت إحالة بالموت إلى سبب لم يظهر وتعطيل للسبب الظاهر وهذا لا يجوز فبطل اعتبار الوهم والتحقق الموت في الماء بالمتحقق إلا إذا قام دليل المعاينة بالوقوع في الماء ميتاً فحينئذ يعرف بالمشاهدة أن الموت غير حاصل بهذا السبب ولا كلام فيه. وأما إذا لم تكن منتفخة فلأنا إذا أحلنا بالموت إلى الوقوع في الماء ولا شك أن زمان الموت سابق على زمان الوجود خصوصاً في الآبار المظلمة العميقة التي لا يعاين ما فيها، ولذا يعلم يقيناً أن الواقع لا يخرج بأول دلو فقدر ذلك بيوم وليلة احتياطاً لأنه أدنى المعايير المعتبرة^(١).

والحاصل: أن قاعدة: «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» هي على عمومها عند جمهور الفقهاء واستثنى منها الإمام أبو حنيفة هذه المسألة استحساناً.

المطلب الخامس

المثال الخامس: قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول،

ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»^(٢)

١ - شرح القاعدة: هذه القاعدة هي مجموع قاعدتين، الثانية منهما قيد واستثناء من الأولى.

(١) «بدائع الصنائع»: (١/١٧٥ - ١٧٦).

(٢) المادة (٦٧) من المجلة.

١ - لا ينسب إلى ساكت قول: لأن السكوت أمر أصلي والكلام هو الأمر الطارئ والشارع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد فمادامت الإرادة أمر خفي استعيض عنها بالكلام الدال عليها، كما استعيض عنها - عند تعذر الكلام - بالكتاب والإشارة، أما السكوت فليس عوضاً عن الإرادة ولا دليلاً عليها، فلا يعطى حكم الكلام، ولا يترك الأمر الأصلي المتيقن - الذي هو السكوت هنا - ولا يحكم بتغييره إلا بدليل.

٢ - لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان: تعتبر هذه القاعدة قيد واستثناء من الأولى: وهي قاعدة ذكرها الأصوليون وجعلوا السكوت في بعض الحالات في حكم النطق، وذلك في موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان ويسمونه: بيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام:

أ - إما لدلالة الحال في المتكلم تدل على أن سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي أن يسكت عنه. كسكوت صاحب الشرع - عند أمر يعاينه - عن التغيير فيكون سكوته إذناً به.

ب - إما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاماً لأجل حاله. كسكوت البكر البالغة في إجازة النكاح لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال.

وكسكوت الناكل عن اليمين، فإنه يجعل بياناً لثبوت الحق عليه وهو أنه امتنع عن أداء ما لزمه - وهي اليمين - مع القدرة عليها فيدل ذلك الامتناع على الإقرار بالمدعى.

ج - أو لضرورة دفع الضرر. كسكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع جعل إسقاطاً للشفعة لدفع الضرر عن المشتري إذ لو لم يجعل إسقاطاً لنقض عليه تصرفه. وهكذا.

ثم إن الفقرة الأولى هي الأصل لما ذكرنا أن المعاملات مربوطة بالعقود والألفاظ الصريحة فليس لجزئياتها عدد يدخل تحت الحصر، بخلاف

الفقرة الثانية فإنها محصورة بمسائل معدودة بالاستقراء^(١). وقد عدّ ابن نجيم في «أشباهه» منها سبع وثلاثون مسألة^(٢).

٢ - الاستثناء: سقوط حق الزوج إذا شرطاً في عقد النكاح تأجيل كل المهر:

استثنى المالكية وأبو يوسف من الحنفية هذه المسألة من القاعدة بالاستحسان.

قال الزرقا في «الاستثناء» من قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»:

«أنّ الزوجين لو شرطاً في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترطاً الدخول قبل حلول الأجل فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحساناً وبه يفتى. وعللوه هنا بأنّ الزوج لما طلب تأجيل كلّ المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع بدون قول منه»^(٣).

وتفصيل المسألة:

المهر أو الصداق: ما وجب بنكاح أو وطىء، سمّي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذلة في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر. وله ثمانية أسماء مجموعة في قول الشاعر:

صداق ومهر نحلة وفريضة حياء وأجر ثم عقر علائق

قال الماوردي: «هو العوض المستحق في عقد النكاح».

وفي السنّة: لا ينعقد النكاح إلا بصداق لحديث سعد بن سهل الساعدي قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ: فقالت: إني وهبت من نفسي فقامت

(١) انظر: «شرح المجلة» للآتاسي (١/١٧١ - ١٧٢)، «المدخل الفقهي» لأحمد حجي

الكردي (٥٧)، «شرح القواعد» للزرقا (٣٣٧ - ٣٤١).

(٢) «الأشباه والنظائر» (١٧٨ - ١٨١).

(٣) «شرح القواعد» للزرقا (٣٤١).

طويلاً، فقال رجل: زوّجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال عليه الصلاة والسلام: «هل عندك من شيء تصدقها؟»، قال: ما عندي إلا إزاري، فقال: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً. فقال: ما أجد شيئاً». فقال: «التمس خاتماً من حديد». فلم يجد. فقال: «أمعك من القرآن شيء؟»، قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا لسور سمّاها، فقال: «قد زوجتكها على ما معك من القرآن». رواه مالك والبخاري واللفظ له^(١).

وفي الحديث دليل على أنه يستحب أن لا ينعقد النكاح إلا بصدّق، لأنه أقطع للنزاع وأنفع للمرأة من حيث أنه لو حصل طلاق قبل الدخول وجب نصف المسمى^(٢).

ويجب في النكاح الصحيح بالعقد لأنه إحداث الملك والمهر يجب بمقابلة العوض ولأنه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضاً في العقد أو لم يكن.

ولأنّ المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد، وقد ثبت الملك في أحد العوضين وهو البضع عقب العقد فيثبت في العوض الآخر تحقيقاً للمعاوضة المطلقة إلا أنه يجب بنفس العقد وجوباً موسعاً وإنما يتضيق بالمطالبة كالثمن في البيع، وإذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولاً لأن حق الزوج في المرأة متعين، وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد، إنما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم^(٣).

والمهر إما أن يكون معجلاً أو مؤجلاً، أو بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً، ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول، أما التأجيل فإن قوماً لم يجزوه أصلاً وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئاً منه إذا أراد الدخول، (وهو مذهب مالك أيضاً)، والذين أجازوا التأجيل، منهم من لم يجزه إلا لأجل

(١) «صحيح البخاري»: باب التزويج على القرآن وبغير صدّق من كتاب النكاح رقم (٥١٤٩). «الموطأ»: كتاب النكاح، باب ما جاء في الصدّق والحباء رقم (١١٠٧).

(٢) انظر: «المجموع» (١٨٢/٢١).

(٣) «بدائع الصنائع» (٢٨٣/٣).

محدود وقدّر هذا البعد، وهو مذهب مالك، ومنهم من أجاز له لموت أو فراق وكذا إذا ذكر مؤجلاً بإطلاق فإنه يحل بالموت أو الفراق عرفاً وهو مذهب الأوزاعي، والشافعي وأحمد وسبب اختلافهم، هل يشبه النكاح البيع في التأجيل، أو لا يشبهه؟ فمن قال: يشبهه، لم يجز التأجيل لموت أو فراق، ومن قال: لا يشبهه، أجاز ذلك، ومن منع التأجيل فكونه عبادة^(١).

فعند المالكية إذا كان الصداق شيئاً معيناً، عقاراً معيناً، أو حيواناً، وكان موجوداً في بلد العقد، فيجب تسليمه للزوجة أو وليها يوم العقد، ولا يجوز أن يشترط في العقد تأخير تسليمه إلى أجل بعيد، ويفسد النكاح إذا اشترط ذلك لما فيه من الغرر والمخاطرة، لأنه لما كان معيناً، كان ما يصيبه من عيب أو ضياع يقع على الزوجة، لأنه في ضمانها من يوم العقد فإذا اشترط تأجيله، فقد لا يسلم لها في نهاية الأجل. ويجوز اشتراط تأجيله لأيام قليلة كأربعة أيام، أو خمسة لأن الغالب في ذلك السلامة، فإن رضيت بتأجيله من غير شرط، ولو لأمد بعيد جاز فإن كان الصداق المعين غائباً عن بلد العقد، جاز اشتراط تأجيله إلى أجل قريب، بحيث لا يتغير فيه غالباً، وإلا فسد النكاح، فإن لم يكن معيناً بل موصوفاً في الذمة مثل: النقود والمكيلات والموزونات التي يراد نوعها دون عينها، جاز تعجيله وتأجيله أو تأجيل بعضه، بشرط وبغير شرط، إلا أنه يكره الدخول بالمرأة قبل أن تقبض شيئاً من صداقها^(٢).

وفي «المغني»:

«يجوز أن يكون الصداق مؤجلاً ومعجلاً، وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً لأنه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن، ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله وإن شرطه مؤجلاً ولم يذكر أجله، فقال القاضي: «يصح»، وحكمه الفرقة عند أصحابنا، قال أحمد:

(١) «بداية المجتهد» (٢٢/٢).

(٢) انظر: «حاشية الدسوقي» (٢٩٧/٢).

«إذا زوج على العاجل والآجل لا يحل إلا بموت أو فرقة»، وقال أبو حنيفة والثوري...: «يبطل الأجل ويكون حالاً»، وعند الشافعي: «فساد المسمى ولها مهر المثل، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كثرمن المبيع».

قال: ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل عليها ولم يعطها شيئاً.

وروت عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطها شيئاً»^(١).

ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة، وأمّا الأخبار فمحمولة على الاستحباب ولعادة الناس^(٢).

فإذا اشترط تأجيل الصداق عند من يقول به فهل للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها حتى تقبض الصداق؟

ذهب الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة ومحمد أنه ليس لها ذلك قياساً على سقوط حق البائع في تسليم المبيع إذا شرط تأجيل الثمن وخالف المالكية وأبو يوسف فقالوا لها ذلك.

وذهب الإمام مالك والزهري إلى أنه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً. قال الزهري:

«مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً، لما روي أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً، فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء، فقال له النبي ﷺ: «أعطها درعك»، فأعطها درعه ثم دخل بها، ورواه ابن عباس أيضاً قال: لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله ﷺ: «أعطها شيئاً». قال: ما عندي: قال: «أين

(١) رواه أبو داود في «سننه»: باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن يعطها شيئاً رقم (٢١٢٨)، قال أبو داود: وخيثة لم يسمع من عائشة.

(٢) «المغني» (٢٦/٨).

درعك الخطيئة؟»^(١).

وفي «المدونة»:

«للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها مؤجلاً ما حل قبل البناء كحال .
قال ابن القاسم: «إن بني بها قبل دفعه شيئاً من مهرها بإذنها فليتماد معها
وليس لها أن تمنعه نفسها»، والظاهر هنا أنها أسقطت حقها في مهرها بإذنها
البناء بها قبل أن تستلمه. قال ابن المواز: «لها منع نفسها كأول بنائه»^(٢).

وعند الشافعية:

لها الامتناع عن تسليم نفسها إن كان الصداق حالاً دون المؤجل .

جاء في «المجموع»:

«إن كان الصداق حالاً، فلها الامتناع عن تسليم نفسها حتى تقبض
صداقها كبائع السلعة له أن يمتنع عن تسليمها إلى المشتري حتى يقبض
ثمنها، أما إذا سلمت نفسها قبل القبض، ثم أرادت بعدها الامتناع عليه
لقبض الصداق فليس لها ذلك .

أما إذا كان الصداق مؤجلاً، فليس لها الامتناع كما في «الروضة» فإن
حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع على الأصح، وبه قطع أكثر
الأصحاب، وقال القاضي أبو الطيب واختاره الروياني: «لها أن تمتنع لأنها
تستحق الآن المطالبة به». والسبب أنها رضيت بتأخير حقها وتعجيل حق
الزوج كالبيع بالثمن المؤجل فيسلم البائع السلعة قبل قبض الثمن»^(٣).

وعند الأحناف:

فللمرأة أن تمنع الزوج عن الدخول بها حتى يعطيها جميع المهر إذا

(١) رواه أبو داود في «سننه»: باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً رقم

(٢١٢٦). والنسائي في «سننه»: كتاب النكاح، باب نحلة الخلو رقم (٣٣٧٧).

(٢) «التاج والإكليل لمختصر خليل» (٦٠).

(٣) «المجموع» (٢٢/١٨).

كان معجلاً أو مسكوتاً عنه لأن له حكم المعجل، وإن كان مؤجلاً لوقت معلوم فليس لها أن تمنع نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: «لها أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة معلومة أو مجهولة»، وهو كقول المالكية.

جاء في «البدائع»:

«إذا كان المهر معجلاً بأن تزوجها على صداق عاجل أو كان مسكوتاً عن التعجيل والتأجيل، لأن حكم المسكوت حكم المعجل لأن هذا عقلاً معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمرأة عيّنت حق الزوج فيجب أن يعين الزوج حقها، وإنما يتعين بالتسليم، إذا ثبت هذا فللمرأة قبل دخول الزوج بها أن تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها إلى زوجها.

وإن ذكروا وقتاً معلوماً للمهر فليس لها أن تمنع نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها: أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة.

وجه قول أبي يوسف: أن من حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال، ألا ترى أنه لو كان معيناً أو غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضا بتأخير حقه في القبض بخلاف البائع إذا أجل الثمن أنه ليس له حبس المبيع ويبطل حقه في الحبس بتأجيل الثمن لأنه ليس من حكم الثمن تقديم تسليمه على تسليم المبيع لا محالة، ألا ترى أن الثمن إذا كان عيناً يسلمان معاً فلم يكن قبول المشتري التأجيل رضا منه بإسقاط حقه في القبض.

وجه قولهما: أن المرأة بالتأجيل رضيت بإسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبائع إذا أجل الثمن أنه يسقط حق حبس البيع وهذا قياس والاستحسان قول أبي يوسف^(١).

(١) «البدائع الصنائع» (٣/٢٨٣).

وعليه فقد أعمل الفريق الأول من أحناف وشافعية وحنابلة القاعدة: بأنه لا ينسب إلى ساكت قول وقالوا بحقه في الدخول بزوجه بعد العقد مع تأجيل مهرها فقد أسقطت حقها بالتأجيل فليس لها الامتناع أما هو فلا ينسب له إلتزام بسكوته .

أما الفريق الثاني فاستثنوا هذه الجزئية من القاعدة استحساناً كما وجه ذلك الإمام أبو يوسف فقالوا: إن سكوته وعدم اشتراط الدخول وهو حاجة بيان فيه إسقاط لحقه في المطالبة بتأجيله المهر، وبخصوصية هذا العقد إذ يشترط في الأنكحة ما لا يشترط في سائر العقود من الألفاظ والأولياء والشهود تمييزاً للكناح بما لا مجال لتسويته بعقد البيع وقياسه على أحكامه من كل وجه . واعتمد الزهري كما رأينا على السنّة بحديث ابن عباس .



● والحاصل:

أن قاعدة الاستحسان مبنية على الاستثناء من أصل عام اقتضاه دليل شرعي خاص حفاظاً على يسر أحكام الشريعة. وقد أشار الشاطبي رحمه الله إلى أن منشأ القول بالاستحسان مبني على هذا الملحظ من حيث أن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل العام الذي يؤدي إلى الغلو في الحكم والمبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع استثناء لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع. يقول في الموافقات ينقل تفسير ابن العربي للاستحسان: «بأنه إيثار مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله أقساماً: فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الإيمان إلى العرف، وتركه إلى المصلحة كتضمين الأجير المشترك أو تركه للإجماع أو تركه في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق...»^(١).

وإذا تأملنا المسائل أو النماذج التي استثنيت بالاستحسان إنما خرجت عن حكم نظائرها وعدلوا بها من القياس لمدرك سموه: استحساناً، لكن كان مستنده إما العرف أو المصلحة كما رأينا فيمن تصدق بجميع ماله، أو بالضرورة كالحكم بطهارة الآبار التي تنجست، إذ القياس يقتضي أن لا تطهر أبداً لبقاء الماء النجس ولو قليلاً مع اختلاف بين الفقهاء كما رأينا في ذلك، ولا داعي للإطالة بعرض مزيد من النماذج لكن لا بد من الإشارة هنا أن ما سماه الحنفية استحساناً سماه غيرهم بمستنده الأصلي الذي هو العرف، أو المصلحة أو الضرورة.

إذا عرفنا هذه الحقيقة من عود الاستحسان إلى أحد الأدلة الشرعية المتفق عليها. هذا لا يستلزم أن تكون جزئيات الأحكام القائمة على الاستحسان متفقاً عليها، لأن الدليل وإن كان متفقاً عليه إلا أن استنباط المدلولات منه قائم على الاجتهاد وهو مثار خلاف الفقهاء في كثير من

(١) «الموافقات» (١٤٨/٤) وما بعدها.

المسائل إذ كيفية الاستنباط وعوارض الأدلة تختلف من مجتهد لآخر، فالسنة أصل لا خلاف فيه ومع ذلك فكثيراً ما يقع الخلاف في الاعتماد عليه أو في كيفية الاستدلال به وكذا القول في القياس فكونه أصلاً متفقاً عليه لم يمنع من الاختلاف في جزئيات الأحكام المترتبة عليه وهكذا... (١).

فاستثناء جزئية من حكم كلي بسبب الاستحسان إنما هو جزء من هذا المفهوم العام.



(١) انظر: «ضوابط المصلحة» للبوطي (٢١٤).

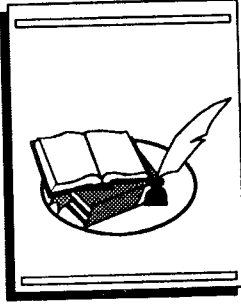
الفصل الثاني

الاستثناء بسبب الاستصحاب

وفيه ما يلي:

- المبحث الأول: الاستصحاب: تعريفه، أنواعه، حجته.
- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب.





المبحث الأول

الاستصحاب: تعريفه، أنواعه، حجته

المطلب الأول

تعريف الاستصحاب

أ - لغة:

هو استفعال من الصحبة، وهي الملازمة.

قال في «المصباح المنير»: كل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه، واستصحبت الكتاب وغيره: حملته صحبتي، ومن هنا قيل: استصحبت الحال: إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة^(١).

ب - اصطلاحاً:

عرفه الإسنوي بقوله:

«هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول، لفقدان ما يصلح للتغيير»^(٢).

(١) «مختار الصحاح» (٣٥٦) مادة ص ح ب.

(٢) «الإسنوي على المنهاج» (١٣١/٣).

وعرفه ابن القيم:

«استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفيّاً، أي: بقاء الحكم القائم - نفيّاً أو إثباتاً - حتى يقوم دليل على تغيير الحالة»^(١).

وعرفه شهاب الدين الزنجاني بأنه:

«الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل، وهو الملقب بـ: الاستصحاب»^(٢).

وهي تعاريف متقاربة تعني استمرار حكم قائم حتى يثبت بالدليل تغييره نفيّاً أو إثباتاً.

المطلب الثاني

أنواع الاستصحاب

ذكر الأصوليون أنواعاً للاستصحاب لخصها الشوكاني في صور خمسة قال:

«إحداها: استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان لقول المقتضي له، وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح، فهذا لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض.

الثانية: استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغييره، كنفي صلاة سادسة.

قال القاضي أبو الطيب: «وهذا حجة بالإجماع أي من القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع».

(١) «إعلام الموقعين» (١/٣٣٩).

(٢) «تخريج الفروع على الأصول» (٧٩).

الثالثة: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة، فإن العقل عندهم يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي، وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات.

الرابعة: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً أو نسخاً إن كان الدليل نصاً، فهذا أمر معمول به بالإجماع.

وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبتته جمهور الأصوليين ومنعه المحققون منهم إمام الحرمين في «البرهان»، وابن السمعاني في «القواطع» لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب.

الخامسة: الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع: وهو راجع إلى الحكم الشرعي بأن يتفق على حكم في حالة، ثم يتغير صفة المجمع عليه فيختلفون فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال.

مثاله: إذا استدل من يقول: إن المتيّم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا تبطل صلاته لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك، فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطله.

وهذا النوع في محل الخلاف فذهب الأكثرون منهم: القاضي الباقلاني وأبو إسحاق الشيرازي وابن الصباغ والغزالي إلى أنه ليس بحجة، وقال الماوردي والرويانبي: إنه قول الشافعي وجمهور العلماء فلا يجوز الاستدلال بمجرد الاستصحاب بل إذا اقتضى القياس أو غيره إلحاقه به وإلا فلا.

وذهب أهل الظاهر وآخرون على أنه حجة واختاره الآمدي وابن الحاجب^(١).

(١) «إرشاد الفحول» (٢/٢٥١ - ٢٥٢). وانظر: «العدة» (١/٧٣)، «المستصفي» (١/

٢٢٣)، «المحلي على جمع الجوامع» (٢/٣٥٠)، «الإحكام» للآمدي (٤/١٣١).

حجية الاستصحاب

١ - تحرير محل النزاع:

ذكر ابن القيم: أنه لا خلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل والشرع على ثبوته وكذا لا خلاف في وجوب العمل باستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه، وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه لتجاذب المسألة أصلين متعارضين.

أما الخلاف فهو في البراءة الأصلية والعدم الأصلي وهذا المعنى هو المراد غالباً عند إطلاق الاستدلال بالاستصحاب، وكذلك استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع وذكر الجلال المحلي أنه لا خلاف في استصحاب العدم الأصلي، وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبت الشرع^(١).

وقد سبق أن ذكرنا ما جعله الشوكاني حجة من صور الاستصحاب.

وعليه فالذي يؤخذ من كلام الأصوليين - والذي تدل عليه استدلالات الفقهاء من خلال الفروع - أن الخلاف واقع في جميع أنواع الاستصحاب لأنه ما ذكره أحدهم على أنه لا خلاف فيه ذكره الآخر أنه محل خلاف؟

غير أنه أجمع الفقهاء الأربعة على الأخذ به لكنهم اختلفوا في مقدار ذلك فأقلهم أخذاً به الحنفية على طريقتهم في الأخذ بالاستصحاب وهو ما سنفصله لاحقاً. وأكثرهم استدلالاً به الحنابلة ثم الشافعية، وبين الفريقين المالكية، ويظهر أن مقدار أخذ الأئمة بالاستصحاب كان تابعاً لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها كما قال الشيخ أبو زهرة^(٢).

(١) «إعلام الموقعين» (١/٣٤١ - ٣٤٤).

(٢) «ابن حنبل» لأبي زهرة ص(٢٧٩).

٢ - مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب:

ونفصلها فيما يلي:

١ - ذهب أكثر الأصوليين أن الاستصحاب حجة عند مالك والشافعي وأحمد وغيرهم في إبقاء الأمر على ما كان إثباتاً ونفيًا، أي: أنه حجة في النفي والإثبات.

يقول الشيخ أبو زهرة موضحاً ذلك:

«الحكم الذي يثبت باستمرار الحال أو على التحقيق يستمر باستمرار الحال له جانبان:

جانب إيجابي مثبت، وجانب سلبي مثبت ولعل أوضح مثال نقرر به هذين الجانبين: المفقود قبل الحكم بوفاته، فإن الحال التي كانت ثابتة هي الحياة، فيفرض استمرارها وتستمر معها الأحكام وهي ذات جانبين:

أ - اكتساب الحقوق التي تثبت للحي قبل غيره كميراثه من غيره وانتقال ملك الغير إليه بمثل الوصية والميراث، فإن هذا جانب إيجابي يجلب حقوقاً جديدة.

ب - ملكيته للأموار الثابتة ملكيتها قبل الفقد، ومنع غيره منها لفرض استمرار حياته ويسمى ذلك حقاً سلبياً^(١). أي: لا يحكم بموته فنوزع تركته مثلاً.

٢ - ذهب أكثر المتأخرين من الحنفية: إلى أنه حجة في النفي الأصلي (أي: كما قدمنا في المثال ملكيته للأموار الثابتة)، دون إثبات الحكم الشرعي، أي: أنه حجة في الدفع دون الإثبات، فلا يصلح حجة لترتب حقوق جديدة باعتبار الأمر على ما كان ووفق المثال السابق: الاستصحاب عندهم حجة في إثبات حقوقه الثابتة له كبقاء زوجته على ذمته، ولا تقسم أمواله على ورثته باستمرار حال حياة المفقود لكن لا يثبت له ميراثاً جديداً ووصية موصى له مثلاً.

(١) المرجع السابق.

٣ - ذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعية وأبو الحسن البصري وجماعة من المتكلمين إلى أنه ليس بحجة أصلاً، لا لإثبات ولا لنفي^(١).

١ - حجة الفريق الأول:

احتج القائلون بالاستصحاب مطلقاً بما يلي:

الكتاب: قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥]. وهذا احتجاج بعدم الدليل.

السنة: قوله ﷺ: «أن الشيطان يأتي أحدهم فيقول: أحدثت، أحدثت، فلا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(٢). وهو الحكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه وهو عين الاستصحاب.

الإجماع: وذلك أن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة ولو شك في بقائها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه لما لزم ما ذكرنا في صورتين.

العقل: وذلك أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو عدمه، حتى أنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على ما أقر به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل إبقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك^(٣).

وأيضاً، فإن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول ﷺ هي

(١) انظر: «أصول السرخسي» (٢/٢٢٥) وما بعدها، «إعلام الموقعين» (١/٣٤١)،

«العقد على ابن الحاجب» (٢/٢٨٤)، «الإحكام» للآمدي (٤/١٣٣).

(٢) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة، باب الشك في الحديث رقم (١٧٧) ص (٣٦) مع اختلاف في بعض ألفاظه.

(٣) «الإحكام» للآمدي (٤/١٣٣).

ثابتة في حقنا ونحن مكلفون بها وطريق إثباتها في حقنا إن هو إلا الاستمرار وبقاء ما كان على ما كان، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا، لجواز أن تكون قد نسخت، ولكان احتمال النسخ مساوياً لاحتمال البقاء أو يكون ثبوتها ترجيحاً بلا مرجح^(١).

٢ - حجج القائلين أنه حجة للدفع لا للإثبات وهم متأخري الحنفية:

إن الدليل الموجب والمثبت لحكم في الشرع لا يوجب بقاءه لأن حكمه الإثبات، والبقاء غير الإثبات، فلا يثبت به البقاء كالإيجاد لا يوجب البقاء لأن حكمه الوجود لا غير.

وما قلنا من أن الدليل الموجب لشيء لا يوجب بقاءه، لأن البقاء بمنزلة أعراض تحدث، فلم يصلح أن يكون وجود شيء علة لوجوده غيره من غير انضمام دليل آخر إليه فلا يصلح نفس وجود الحكم على بقائه، فثبت أن الدليل الموجب للحكم لا يوجب بقاءه، فلا يكون البقاء ثابتاً بدليل، بل بناء على عدم العلم بالدليل المزيل مع احتمال وجوده فلا يصلح حجة على الغير^(٢).

٣ - حجج النافين مطلقاً:

استدل القائلون ببطان الاستصحاب بأدلة منها:

١ - الطهارة، والحل والحرمة ونحوها من الأحكام الشرعية لا تثبت إلا بدليل منصوب من قبل الشرع، وأدلة الشرع منحصرة في النص والإجماع والقياس إجماعاً والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات.

٢ - لو كان الأصل البقاء لكانت بيّنة النفي أولى بالاعتبار من بيّنة الإثبات لأن بيّنة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية، فيكون الظن الحاصل بها أقوى، وهذا باطل، لأن البيّنة لا تعتبر من النافي، وهو المدعى عليه، وتقبل من المثبت وهو المدعى إجماعاً.

(١) انظر: «أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء» للخن (٥٤٣ - ٥٤٤).

(٢) «كشف الأسرار»: (٣٨٠/٩ - ٣٨١).

٣ - أن التمسك بالاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة، فإن من استصحب حكماً من صحة فعل له وسقوط فرض، كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابله كما لو قيل: أن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء فكذلك إذا رآه بعد دخوله في الصلاة باستصحاب ذلك الوجوب إذا قيل هذا أمكن أن يعارض: بأن الإجماع قد انعقد على صحة شروعه في الصلاة وانعقد الإحرام وقد وقع الاشتباه في بقاءه بعد رؤية الماء في الصلاة فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب، ولا شك أن هذا تعارض، وما أدى إلى مثله كان باطلاً^(١).

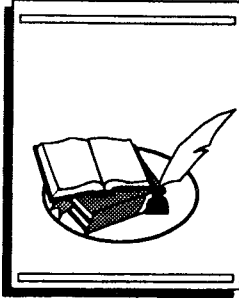
وهناك حجج أخرى أقام عليها النافون للاستصحاب مذهبهم لكن لا بد من الإشارة هنا إلى ما ذكره الإمام الدبوسي في مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله في الاستصحاب إذ يؤكد الأخذ به - على التحقيق - إذ يقول في تأسيس النظر - في أصول الحنفية -:

«الأصل عند أبي حنيفة: أنه متى عرف ثبوت الشيء عن طريق الإحاطة والتيقن لأبي معنى كان فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه، كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو على طهارته، وكمن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو على الحدث ما لم يتيقن الطهارة وعند الإمام القرشي أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه وأرضاه كذلك وعلى هذا مسائل»^(٢).

ثم أخذ بسرد المسائل التي تؤيد أخذ الإمام أبو حنيفة النعمان رضي الله عنه بالاستصحاب والتي اتفق فيها مع الإمام الشافعي، وهذا ما يؤكد ما نقلناه سابقاً عن الإمام أبو زهرة في أخذ الأئمة الأربعة بالاستصحاب مع التفاوت وفق سلم قوة الأصول التي تختلف قوة وضعفاً، تقديماً وتأخيراً من إمام لآخر وهو ما يظهر من خلال التطبيقات.

(١) المرجع السابق.

(٢) «تأسيس النظر» للدبوسي (١٧ - ١٩).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء من القواعد بسبب الاستصحاب

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله». (م ٢٣ من المجلة)^(١)

١ - شرح القاعدة:

أي: أن ما كان جوازه بسبب العذر، فهو خلف عن أصل متعذر، فإذا زال العذر وأمكن العمل بالأصل انتقل إلى الأصل ولم يعد هناك مبرر لذلك البديل فلو جاز العمل بالخلف أيضاً للزم الجمع بين الخلف والأصل فلا يجوز، كما يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة.

ومعنى البطلان: شامل لسقوط اعتباره من حيث أنه يصير في حكم العدم كالمتميم إذا وجد الماء ينتقض وضوءه بالحدث السابق، حتى لو وجد أثناء الصلاة بطلت ويفترض عليه الوضوء، ولوجوب الانسلاخ عنه كلبس الحرير لمن كان في جسده حكة ثم زالت.

(١) انظر: ابن نجيم في «الأشباه» ص(٩٥)، والسيوطي (٩٤)، الزرقا (١٨٩)، «قواعد الأحكام» (٣٧٠) فيما يتدارك إذا فات بعذر.

فروع القاعدة: لهذه القاعدة فروع في العبادات والمعاملات:

منها: المعتدة عن وفاة زوجها يجب عليها المكث في بيتها المعتدة فيه إلى إكمال عدتها لكن إذا اضطرت للخروج لضرورة الكسب حيث لا نفقة لها جاز لها الخروج، فمتى حصل ما يغنيها عن الخروج، فقد زال العذر فلا خروج لها.

ومنها: الوكيل إذا عزل الموكل ولم يبلغه العزل، ثم عمل بالوكالة جاز على موكله فإذا زال جهله وعلم بالعزل، فلا يجوز له التصرف.

ويتخرج على هذه القاعدة كثير من أحكام العوارض على أهلية الإنسان سواء كانت سماوية أو مكتسبة، كعذر السفر المؤدي إلى مثل إباحة الفطر، وقصر الصلاة وترك الجمعة، فإذا زال العذر يرتفع ذلك الحكم. وكأعذار الصغر والجنون والعتة والسفه والمماثلة الموجبة للحجر على الصغير والمجنون والسفيه والمديون المماطل، يرتفع الحجر بزوالها^(١).

وهذه القاعدة مرتبطة بقاعدة: «الضرورات تقدر بقدرها» وأن ما أبيع بناءً على ضرورة أو رخصة أو مصلحة غالبية توقفت الإباحة فيه على بقاء ما شرع وأبيع من أجله. فإذا زالت الضرورة أو الرخصة أو المصلحة زالت الإباحة معها وعاد الحكم إلى سابق عهده من الحظر، وفقاً للقاعدة: «الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا»^(٢).

وعليه فقد بنى الحنفية حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة على هذا الأصل فقالوا بانتقاض تيممه وتبطل صلاته التي هو فيها، لأن التيمم طهارة ضرورية فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها وبه قال أحمد في المشهور من مذهبه.

جاء في «المغني»: «المشهور من المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه سواء كان في الصلاة أو خارجاً منها، فإن كان في

(١) انظر: «شرح المجلة» للآتاسي (١/٦٠ - ٦١).

(٢) «المدخل الفقهي» (٦٩).

الصلاة بطلت لبطلان طهارته ويلزمه استعمال الماء فيتوضأ إن كان محدثاً ويغتسل إن كان جنباً، وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة وقال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر: «إن كان في الصلاة مضى فيها»، وقد روي ذلك عن أحمد. ثم قال: «ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك»^(١).

دل بمفهومه على أنه لا يكون طهوراً عند وجود الماء وبمنطوقه على وجوب إمسائه جلده عند وجوده ولأنه قدر على استعمال الماء فبطل تيممه بالخارج من الصلاة، ولأن التيمم طهارة ضرورة فبطلت بزوال الضرورة يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث وإنما أبيع للتيمم أن يصلي مع كونه محدثاً لضرورة العجز عن الماء زالت الضرورة فظهر حكم الحدث كالأصل^(٢). وقالوا أيضاً في إطلاق الحديث دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة^(٣).

٢ - الاستثناء: حكم التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة:

استثني هذا الفرع من القاعدة في مذهب مالك والشافعي باستصحاب حال صحة صلاته بعد الشروع فيها صحيحة بالتيمم بناءً على العذر المبيح له، وما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها.

وقد اعتبر الزنجاني أن القول في هذه المسألة مبني على القول باستصحاب حكم الإجماع قبل ورود الخلاف، فإنه قال في تخريج الفروع على الأصول بعد ذكره خلاف الأصوليين في ذلك:

«يتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها: أن التيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته: لا تبطل صلاته عند

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي ذر: كتاب الطهارة، باب الجنب يتيمم رقم (٣٣٢).

والنسائي من حديث أبي ذر: كتاب الطهارة، باب الصلوات بتيمم واحد رقم (٣٢٣).

(٢) «المغني» (٣٠٣/١).

(٣) «فتح القدير» (٩٢/١).

الشافعي رضي الله عنه لأن الإجماع قد انعقد على صحة صلاته حالة الشروع، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع»^(١).

وهو حجة المالكية أيضاً، جاء في «الموطأ»:

«قال مالك في رجل تيمم حين لم يجد ماء، فقام وكبر ودخل في الصلاة، فطلع عليه إنسان معه ماء، قال: لا يقطع صلاته، بل يتمها بالتيمم وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات»^(٢).

وفي «الشرح الكبير»:

«وصلاته صحيحة لأنه دخل الصلاة بوجه جائز، ولم تثبت سنة عن النبي ﷺ، توجب قطع الصلاة بعد الدخول فيها بوجه مشروع، وتستحب له الإعادة في الوقت»^(٣).

وقال الشافعي في «الأم»:

«إذا تيمم فدخل في المكتوبة، ثم رأى الماء لم يكن عليه أن يقطع الصلاة وكان له أن يتمها، فإذا أتمها توضأ لصلاة غيرها»^(٤).

وقد خالف الشافعي رحمه الله ما ذهب إليه في هذه المسألة وسار وفق القاعدة في غيرها من الفروع فقال في الأمة إذا أعتقت وقد صلت ركعة تقنعت فيما بقي من صلاتها، وفي المريض يقوم إذا أطاقه أثناء الصلاة فما جاز لعذر بطل بزواله هنا.

وقد أجاب عن هذا فقال:

«لأنهما في صلاتهما بعد، وحكهما في حالهما فيما بقي من

(١) «تخريج الفروع على الأصول» ص (٢١).

(٢) «الموطأ» (٥٥/١).

(٣) «الشرح الكبير» (١٥٩/١).

(٤) «الأم» (٤١/١).

صلاتهما أن تقنع هذه حرة، ويقوم هذا مطيقاً، ولا أنقض عليهما فيما مضى من صلاتهما شيئاً، لأن حالهما الأولى غير حالهما الأخرى.

والوضوء والتميم عملان غير الصلاة، فإذا كان مضياً - وهما يجزيان - حل للداخل الصلاة، وكانا منقضيين مفروغ منهما، وكان الداخل مطيعاً بدخوله في الصلاة... والذي يحل له أول الصلاة يحل له آخرها. وقال: فلم يجز أن يحبط عمله عنه ما كان مكتوباً له فيستأنف وضوءاً وإنما أحبط الله الأعمال بالشرك به: فلم يجز أن يقال له: توضأ وابن على صلاتك»^(١).

وقد ردّ ابن رشد احتجاج هذا المذهب بظاهر الآية: ﴿وَلَا يُبْطَلُونَ أَعْمَلَهُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، فقال:

«اتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة، واختلفوا هل ينقضها طرّوه في الصلاة؟

فذهب مالك والشافعي وداود إلى أنه لا ينقض الطهارة في الصلاة، وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما إلى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم أحفظ للأصل، لأنه أمر غير مناسب في الشرع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة، ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْطَلُونَ أَعْمَلَهُمْ﴾، فإن هذا لم يبطل الصلاة بإرادته، وإنما أبطلها طرّو الماء كما لو أحدث»^(٢).

والحاصل: أن القاعدة على عمومها عند الأحناف والحنابلة، واستثنى الشافعية والمالكية منها بعض الجزئيات استصحاباً لحكم الإجماع، منها صحة صلاة التميم إذا وجد الماء أثناءها وسوف تأتي أمثلة أخرى لذلك.

(١) «الأم» (٤١/١)، وانظر: «مغني المحتاج» (١٠٢/١).

(٢) «بداية المجتهد» (٧٣/١).

المثال الثاني: قدرة المتمتع على الهدى بعد الشروع في الصوم

هذه المسألة نظير المسألة السابقة ارتأيت أن أشفع بها المثال السابق لانضوائها تحت نفس القاعدة واستثنيت للأسباب ذاتها وهذا بيانها:

المتمتع: هو الذي يحرم بعمره في أشهر الحج ويتحلل منها، ثم يحرم بالحج من مكة دون أن يخرج إلى الميقات.
والهدى: ما يذبح في الحرم من المواشي.

وقد اتفق الفقهاء على أن المتمتع بالحج يجب عليه الهدى فإن لم يجد الهدى وجب عليه الصوم لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَمَنَّعَ بِالْعِمَّةِ إِلَى الْحَجِّ فَلَا شَيْءَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَصِيَامَ تِلْكَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتَ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة: 196]، لكن إذا دخل المتمتع في الصوم بعد عجزه عن الهدى، ثم قدر عليه - أي: على الهدى - قال الحنفية: إنما انتقل إلى البدل لتعذر الأصل وما جاز لعذر بطل بزواله فمتى قدر على الهدى أثناء صوم الأيام الثلاثة، أو بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدى، لأن الصوم خلف عن الهدى، وإذا قدر على الأصل - قبل تأدي الحكم بالخلف - بطل الخلف. والمقصود هو التحلل، فإذا قدر على الهدى قبله وجب الانتقال إليه وإذا لم يقدر حتى تحلل فقد حصل المقصود بالخلف.

قال في «فتح القدير»:

«فإن قدر على الهدى في خلال الثلاثة، أو بعدها قبل يوم النحر، لزمه الهدى وسقط الصوم»^(١).

واستثنى الأئمة الثلاثة هذه المسألة من القاعدة كما استثنوا سابقتها لاستصحاب الحال.

(١) «فتح القدير» (٢/٢٠٧ - ٢٠٨).

قال ابن رشد:

«هذه المسألة نظير مسألة طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم»،
فقال مالك: «إذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه إلى الصوم وإن وجد
الهدى في أثناء الصوم». وقال أبو حنيفة: «إن وجد الهدى في صوم الثلاثة
الأيام لزمه وإن وجده في صوم السبعة لم يلزمه»، وإنما فرق أبو حنيفة بين
الثلاثة والسبعة لأن الثلاثة الأيام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست
بدل»^(١).

قال في «المغني»:

«ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدى لم يلزمه الخروج إليه - أي: إلى
الهدى - لصوم السبعة»^(٢).

وقال النووي:

«والخلاف فيها - أي: في هذه المسألة - شبيه بالخلاف بين الشافعي
وبينهما - أبي حنيفة والمزني - في رؤية المسافر الماء في أثناء صلاته
بالتيمم»^(٣).

ووجه الاستصحاب: أنه حين شرع بالصوم كان هو الواجب في حقه،
وكان مجزئاً عنه، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمامه ولا يلزم الخروج منه.

المطلب الثالث

المثال الثالث: حكم المسافر إذا قدم نهاراً في رمضان

ونظير المسألتين السابقتين اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلفهم
فيهما، فذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين إلى

(١) «بداية المجتهد» (١/٣٦٩).

(٢) «المغني» (٣/٥١٢).

(٣) «المجموع» (٧/١٨٦).

أن المسافر إذا قدم في نهار رمضان وقد أفطر بعض يومه أخذاً برخصة الفطر المشروعة للمسافر لا يلزمه الإمساك بقية اليوم استصحاباً لحال الفطر المستفاد من الرخصة للسفر.

قال القاضي عبدالوهاب في «الإشراف»:

«المسافر إذا قدم بعض اليوم مفطراً والحائض تطهر^(١) لا يلزمهما الإمساك بقية اليوم ولا يكره لهما الأكل، لأن كل من أكل بعذر يبيح له الفطر في رمضان ظاهراً وباطناً، فإن حكم الإباحة، لا يزال في بقية اليوم، أصله لو استدام السفر، لأنه يوم جاز له الأكل في أوله بغير شبهة فجاز له الأكل في آخره كسائر الأيام، ولأن صوم اليوم الواحد عبادة واحدة بدليل أن أوله يفسد بفساد آخره، فلا يجوز أن يكون آخرها واجباً وأولها غير واجب كالصلاة الواحدة^(٢).

ذكر صاحب «المغني» الروائتين عن أحمد فقال:

«فأما من يباح له الفطر في أول النهار ظاهراً أو باطناً كالحائض والنفساء والمسافر والصّبي والمجنون والكافر والمريض إذا زالت أعذارهم في أثناء النهار فطهرت الحائض والنفساء، وأقام المسافر وبلغ الصبي وأفاق المجنون وأسلم الكافر وصح المريض المفطر ففيهما روايتان.

قال: إحداهما: لا يلزمهم الإمساك وهو قول مالك والشافعي وروي ذلك عن جابر بن زيد وابن مسعود أنه قال: من أكل أول النهار فليأكل آخره، ولأنه أبيض له فطر أول النهار ظاهراً وباطناً، فإذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار كما لو دام العذر^(٣).

وذهب أبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية عنه: أنه يلزمه الإمساك بقية

(١) مثل المسافر كل من كان له عذر إفطار ثم زال عنه في نهار رمضان كالحائض والنفساء إذا طهرتا في نهار رمضان، وكالمريض إذا زال عنه المرض في نهار رمضان والمجنون إذا أفاق وغيرهم من ذوي الأعذار.

(٢) «الإشراف في مسائل الخلاف» (١/٤٤٤).

(٣) «المغني» (٣/٧٥).

اليوم. وبه قال الثوري والأوزاعي؛ قالوا: لأنه معنى وجد قبل الفجر أوجب الصيام فإذا طرأ بعد الفجر أوجب الإمساك كمن أصبح مفطراً لعدم الرؤية ثم قامت له البينة بالرؤية^(١).

ويرجع هذا الخلاف أيضاً لسبب ثان هو اختلافهم في قاعدة: مشهورة لدى الفقهاء - من القواعد المختلف فيها - هي إذا تعارضت الرخصة والعزيمة هل تقدم العزيمة؟^(٢) فالذين رجحوا العزيمة قالوا: يلزمه الإمساك بقية اليوم. والذين رجحوا الرخصة قالوا: لا يلزمه الإمساك^(٣).

المطلب الرابع

المثال الرابع:

قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته». (م ١١ المجلة)

١ - شرح القاعدة وتطبيقاتها:

أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ما فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تقم بينة تثبت نسبته إلى زمن أبعد فإذا ثبت يحكم بذلك. ووجه حكم القاعدة في إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين لما اتفقا على حدوثه وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب - فيحكم به - وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك، والآخر ينكره فالقول للمنكر حتى يثبت المدعي دعواه. وقد سبق شرح القاعدة^(٤).

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) ملاحظة: تصاغ قواعد الخلاف عموماً بصيغة الاستفهام.

(٣) انظر: «الروكي في التعميد الفقهي»: «اختلاف الفقهاء بسبب التعميد بالترجيح» ص (٥٦٧).

(٤) انظر: «شرح القواعد» للزرقا (١٢٥).

٢ - الاستثناء: ادعاء زوجة النصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها فهي تستحق الميراث:

إذا ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونه حين وفاته على دينه، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث فالقول للورثة عند جمهور العلماء، مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة لأن إسلامها أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب، وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل، والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المسألة وأن اختلاف الدين الذي هو سبب الحرمان من الإرث موجود بالحال وبلاستصحاب، وهو أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها وبهذا الاستصحاب المقلوب تعتبر الزوجة في الزمان السابق مسلمة أيضاً^(١).

جاء في «الهداية»: «إذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته، وقال الورثة: أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة. وقال زفر رحمه الله: القول قولها».

وقال في «الهداية» أيضاً: «ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيمياً للحال. قال في «العناية»: إن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيمياً للحال - أي: باستصحاب الحال - وهذا الحال ظاهر نعتبه لدفع استحقاقها الميراث، وهو الصحيح، وهو - أعني: زفر - يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا»^(٢). وهذا مبني على أصلهم - أي: الأحناف - في أن الاستصحاب حجة للدفع دون الاستحقاق، كما أوضحناه سابقاً.

(١) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ص(٢٦).

(٢) «الهداية» (٥١٥/٥ - ٥١٧).

أما الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله فإن الاستصحاب عندهم حجة مطلقاً فيصلح للاستحقاق كما يصلح للدفع ولذلك قالوا بقول من يدعي استمرار الحال حتى يثبت بالبينة خلافه.

قال ابن قدامة: «لو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة، فالقول قول الورثة، لأن الأصل عدم ذلك، أي: عدم ما ادعته من إسلامها قبل موته». وقال: «ولنا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه»^(١).

وقال الشافعي رحمه الله تعالى في مسألة مماثلة: «إذا مات المسلم وله امرأة فقالت: كنت أمة، فأعتقت قبل أن يموت، أو ذمية فأسلمت قبل أن يموت، أو قامت عليها بينة أنها كانت مسلمة أو ذمية، وادعت العتق والإسلام قبل أن يموت الزوج، فأنكر ذلك الورثة وقالوا: إنما كان العتق والإسلام بعد موته. فالقول قول الورثة وعلى المرأة البينة لأنها عرفت بحال فهي من أهلها حتى تقوم البينة على خلافها»^(٢). وهو الاستصحاب كما هو واضح.

أما عند المالكية فلم أعرثر على المسألة ذاتها لكن قالوا فيمن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرث أصلاً^(٣).

وجاء في «الشرح الكبير» صورة نظير لمثالنا فيها: «أنه إن ادعى أخ أسلم أن أباه أسلم ومات مسلماً وادعى الأخ النصراني أنه استمر على النصرانية ومات على نصرانيته فالقول للنصراني. قال: هذا إذا كان دينه المعلوم النصرانية استصحاباً للأصل المتفق عليه»^(٤).

(١) «المغني» (١٠/٢٧٥ - ٢٧٧).

(٢) «الأم» للشافعي (٦/٢٤٦).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/٣٥٦).

(٤) «الشرح الكبير» (٤/٢٢٤).

المثال الخامس: قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»

١ - شرح القاعدة:

المصلحة مقصود الشرع فيما أمر به أو ما نهى عنه وتتحقق هذه المصلحة بجلب خير أو دفع شر قد يتبدى لنا وقد يخفى علينا، لأن المصلحة أمر نسبي في الغالب، فالجهاد مثلاً ينطوي على بعض المفساد من قتل أرواح أو دمار يحل بساحة الجهاد إلا أن فيها مصلحة أعظم حجة وهي حفظ الدين. وقد ضبط الفقهاء هذه المصالح بمجموعة من القواعد الفقهية منها هذه القاعدة التي بين أيدينا: «لا ضرر ولا ضرار».

والقاعدة نص حديث شريف رواه عدد من الصحابة عن رسول الله ﷺ منهم: أبو سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنه، وأخرجه مالك في «الموطأ» عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا^(١). كما رواه الحاكم عن طريق أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار ومن ضارّ ضارّه الله، ومن شاقّ شاق الله عليه»^(٢). والشطر الثاني من الحديث ورد في صحيح البخاري وهو: «مَنْ شاقّ شاق الله عليه يوم القيامة»^(٣). وأخرجه أبو داود وابن ماجه من طرق أخرى وكذا الدارقطني عن عائشة قال عنها ابن الصلاح في درجة

(١) «الموطأ» (٤٤٦).

(٢) «المستدرک علی الصحیحین» للحاکم النیسابوری ج(٥٧).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الأحكام، باب من شاق شق الله عليه، رقم (٧١٥٢)، ج(٣/١٢٧) ط دار. وأخرجه أبو داود في «سننه»: كتاب القضاء، باب في القضاء، رقم (٣٦٣٥) بلفظ: «مَنْ أضرّ أضرّ الله به ومن شاقّ شاق الله عليه». وابن ماجه في «سننه»: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤٢) ولفظ: «لا ضرر ولا ضرار» عن ابن عباس وعبادة بن الصامت برقم (٢٣٤٠) - (٢٣٤١) من نفس الباب.

الحديث: أسنده الدارقطني من وجوه مجموعها يقوي الحديث ويحسنه وقد نقله جماهير أهل العلم واحتجوا به. فعن أبي داود قال: «الفرقة يدور على خمسة أحاديث»، وعد هذا الحديث منها^(١).

شرح مفردات القاعدة:

الضر: بالضم والفتح: وهو ضد النفع، يطلق على ما يؤلم الظاهر من الجسم وما يتصل بمحسوسه في مقابلة الأذى وهو إيلاام النفس وما يتصل بها. وتشعر الضمة في الضر بأنه عن قهر وعلو، والفتحة بأنه ما يكون من مماثل أو نحوه.

والضرار: فعال بكسر أوله من ضار ومضارة^(٢).

والضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً.

والضرار: مقابلة الضرر بالضرر دون ملاحظة الجزاء.

وقالوا: الضرر هو أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بما لا ينتفع هو به^(٣).

والضرار هو المضارة ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْعِمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَاعَدُ وَلَا يُزَادُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِعُوا فَأُولَئِكَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَالْقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وهو النهي أن يتخذ أحد الزوجين الطفل لمضارة الطرف الآخر.

(١) «فيض القدير» للمناوي (٤٣٢/٦).

(٢) «المصباح المنير» للفيومي (٤٢٥/٢).

(٣) «المدخل الفقهي»: لأحمد حجي الكردي ص(٤٥). وانظر: «غمز عيون البصائر» (١٨٨/١).

ومثله قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُو﴾ [البقرة: ٢٣١]. والضرر هنا مراجعة الزوج زوجته قاصداً إضرارها فلا هو أمسكها بمعروف ولا سرحها بإحسان.

فهذه بعض الجزئيات تشهد للقاعدة.

ومعنى القاعدة:

النهي عن الإضرار بالناس مطلقاً سواء أكان الضرر مبتدأً أو بعد ضرر سابق عليه، هذا إذا لم يكن الإضرار بعد ضرر سابق عليه على وجه الجزاء، فإذا كان على وجه الجزاء جاز بقدره، وإلا منع قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾^(١) [البقرة: ١٩٤].

قواعد متفرعة عنها:

للقاعدة الكبرى قواعد متفرعة عنها ومندرجة تحتها منها ما هي ضوابط لها مثل: الضرر يزال - الضرر يدفع بقدر الإمكان - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف - يختار أهون الضررين - يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام - درء المفسد أولى من جلب المصالح... وغيرها.

تطبيقاتها:

هذه القاعدة ذات تطبيقات واسعة في الأحكام الفقهية نذكر منها على سبيل المثال:

- الرد بالعيب لإزالة الضرر على المشتري، ومنها جميع أنواع الخيار.

- الحجر بأنواعه للمحافظة على مال غير القادر على التصرف السليم فيه كالسفيه والمفلس والقاصر لما في أعمالهم من إضرار بأنفسهم وبالآخرين.

(١) المرجع السابق.

- القصاص يدفع الضرر عن أولياء القتيل، والحدود لدفع الضرر عن المجتمع.

- فسخ النكاح بالعيوب والإعسار... لرفع الضرر عن الزوج أو الزوجة.
- شرعت الشفعة للشريك والجار وذلك دفعاً لضرر المشتري الجديد المحتمل عليهما^(١).

٢ - الاستثناء: شفعة الشريك المقاسم والجار:

تعريف الشفعة:

الشفعة بضم الشين وسكون الفاء لغة: مأخوذ من الشفع، وهو الزوج خلاف الفرد، أو من الضم والزيادة: لأن الشفيع يضم حصة شريكه ويزيد بها حصته، أو تكون حصة واحدة فيشفعها بثانية.

وقيل من الشفاعة والإعانة، فقد كان الرجل في الجاهلية إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أتاه شريك البائع، فيشفع إليه ويتوسل بأن يعينه ويوليه إياه حتى يتوصل إلى ملكه أو يندفع عنه الضرر، فسمي ذلك: شفعة، وسمي الآخذ: شفيعاً، والمأخوذ منه: مشفوعاً عليه.

والشفعة في عرف الفقهاء: استحقاق شريك أخذ ما باعه شريكه بثمنه الذي باعه به. أو استحقاق الإنسان انتزاع حق شريكه من مشتريها^(٢).

وقد أقر الإسلام ما كان عليه الناس في الجاهلية من أخذ الشريك بالشفعة لما فيها من مصلحة ودفع الضرر عن الشريك.

مشروعيتها:

وهي مشروعة بالسنة والإجماع:

أما السنة فبما روي عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ

(١) انظر: «الزرقا شرح القواعد» ص(١٦٧)، «المدخل الفقهي» للكردبي (٤٥ - ٤٦)، «الأشباه» لابن نجيم (٩٤).

(٢) «المقدمات الممهدة» (٦١/٣) والمغني (٥٥٩/٥).

بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». متفق عليه مع اختلاف ألفاظه^(١).

أما الإجماع فقد قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، والمعنى في ذلك: أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصده من توقع الخلاص والاستخلاص. فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر. فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك على نفسه ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضرار بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضرر المالك. قال ابن قدامة: وليس بشيء لمخالفته الآثار»^(٢).

فقد اتفق الفقهاء أن الشفعة تثبت للشريك الذي لم يقاسم واختلفوا في الشريك المقاسم والجار. فذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى أن الشفعة تثبت للشريك المقاسم إذا لم يوجد الخليط. فإذا لم يوجد المقاسم تثبت للجار وفقاً للقاعدة.

جاء في «بداية المبتدي»: «الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق، ثم للجار»^(٣).

ذلك أن ملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال تآبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة. والاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار، إذ هو مادة المضارة، وقطع هذه المادة بتملك الأصل - وهو الشفيع - أولى^(٤).

(١) البخاري باب الشفعة ح رقم (٢٢٥٧) ومسلم رقم (٤١٢٨).

(٢) «المغني» (٤٦٠/٥).

(٣) «بداية المبتدي» (٤٠٧/٧).

(٤) انظر: «الهداية» (٤١٠/٧).

وقد عزز قوله هذا بأدلة نقلية منها:

قوله ﷺ: «جار الدار أحق بالدار والأرض، ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(١).

وقوله ﷺ: «الجار أحق بسقبه». قيل: يا رسول الله، ما سقبه؟ قال: «شفعته». ويروى: «الجار أحق بشفعته»^(٢).

والسقب: القرب، ومعناه: أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة، والمراد بالجار: الشريك في حق الدار، بدليل قوله: «إن كان طريقهما واحداً».

وبهذا فقد اعتبر الأحناف الشفعة للجار والشريك المقاسم أحد أفراد القاعدة إذ أن إثبات حق الشفعة لهما هو من باب دفع الضرر عنهما كما عبّروا عن ذلك في معقول أدلتهم.

واستثنى الأئمة الثلاثة الجار والشريك المقاسم من الشفعة وعمدتهم في ذلك الاستصحاب، فقالوا: الأصل في انتقال ملك شخص لآخر لا يكون إلا برضاه فيعمل بهذا الأصل إلى أن يدل دليل بخلافه، والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم، فيبقى فيما عداه على الأصل فلا تثبت الشفعة للجار ولا للشريك المقاسم.

(١) قال الزيلعي: الحديث مركب من حديثين صدره أخرجه النسائي في «سننه»: كتاب البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها، رقم (٤٧٠٧). وأبو داود (٣٥١٧). والترمذي في «جامعه»: كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، رقم (١٣٦٨) بلفظ: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض»، مع اختلاف في بعض ألفاظه. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وبقية الحديث أخرجه أيضاً أصحاب «السنن»: أبو داود رقم (٣٥١٨). الترمذي رقم (١٣٦٩). انظر: «نصب الراية» (١٧٤/٤).

(٢) القسم الأول أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، ح رقم (٢٢٥٨). وأما قوله: ما السقب؟ قال: الجوار. هي من قول عمرو بن الشريد أحد رواة الحديث. انظر: «نصب الراية» (١٧٤/٤). والرواية الثانية أخرجه أبو داود رقم (٣٥١٦).

جاء في «بداية المجتهد»: «عمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه، وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب، أي: ثبوت الشفعة للشريك المقاسم والجار وعدم ثبوتها فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول»^(١).

قال: «وقال أهل المدينة: لا شفعة للجار ولا للشريك الذي لم يقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبدالرحمن وسعيد بن المسيب (أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة)، وحديث جابر أيضاً (أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة)^(٢).

قال مالك في «موطئه» بعد ذكر الحديث: (وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا)^(٣).

ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار، وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم^(٤).

وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول: «لا شفعة للجار عند الشافعي رضي الله عنه مصيراً منه إلى أن الشفعة تملك قهري تأباه العصمة، غير أن الشرع ورد به في الشريك مقروناً بدفع أنواع من الضرر، فيتقدر بقدر

(١) «بداية المجتهد» (٢/٢٥٦ - ٢٥٧).

(٢) أخرجه مسلم رقم (٤١٢٨) (باب الشفعة) - أبو داود باب الشفعة رقم (٣٥١٥) - الترمذي باب ما جاء في الحدود ووقعت السهام فلا شفعة رقم (١٣٧٠).

(٣) «الموطأ» (٥٠٣) رقم حديث سعيد بن المسيب (١٣٩٤).

(٤) «بداية المجتهد» (٢/٢٥٧).

الضرورة، وضرر الجار لا يساويه في اللزوم، فإنه يمكن دفعة بالمرافقة إلى السلطان، ولذلك إذا اجتمعا قدم الشريك على الجار، ولو تساويا في الضرر تساويا في الاستحقاق كما في الخليطين، فلا يلحق به»^(١).

وقد احتج الشافعي من الأثر بحديث جابر ومرسل ابن المسيب الذي سبق ذكرهما وقال في «الأم»: «وبهذا نأخذ»^(٢). كما احتج بها الحنابلة.

وجاء في «المغني»: «ولا يجب الشفعة إلا للشريك المقاسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. قال: وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه وإجبار له على المعارضة لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت إلا بشروط وذكر من بين الشروط أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم، فأما الجار فلا شفعة له، وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبدالعزيز وذكر منهم الشافعي ومالك والأوزاعي... إلخ»^(٣).

وعلى هذا فقد أخرج الأئمة الثلاثة من حكم قاعدة الضرر، حق الجار والشريك المقاسم في الشفعة باستصحاب أصل قوي أيضاً هو أنه لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت كما جاء عن الإمام أبي يوسف، وفي قاعدة أخرى: إلا بسبب شرعي^(٤). ولم يثبت لديهم ما يستحق به الجار والمقاسم الشفعة لتعارض الأدلة وقوة ما استدلوا به من الأثر لديهم.

وقد حمل حديث البخاري: «الجار أحق بصقبه»، معرفة ما للجار من حقوق الجوار، ومنها العرض عليه عند إرادة البيع قبل الأجنبي، وبذلك لا يتعارض معناه مع حديث الشفعة فيما لم يقسم، والجمع بين الأحاديث ما

(١) «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني (١١٩).

(٢) «الأم» للشافعي (٢٣٢/٣).

(٣) «المغني» (٤٦٠/٥ - ٤٦١).

(٤) قاعدة المجلة: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي» م (٩٦). انظر:

«الخراج» لأبي يوسف (٦٥ - ٦٦).

أمكن أولى من حملها على التعارض^(١). في حين اعتبر الأحناف الشفعة للجار والشريك المقاسم أحد أفراد القاعدة لأن إثبات الشفعة لهما هو من باب دفع الضرر عنهما.

المطلب السادس

المثال السادس: قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»

١ - شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المهمة المتصلة بمبحث التعارض والترجيح، سارية في باب الحلال والحرام، يتمثل فيها جانب الاحتياط في الدين، ولها ألفاظ مختلفة وردت بها في كتب القواعد. منها:

«إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر»^(٢).

«إذا اجتمع المبيع والمحرم غلب جانب المحرم»^(٣).

«إذا تعارض المقتضى والمانع يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»^(٤).

«الأصل أنه إذا تعارض دليلان؛ أحدهما: يوجب الحظر، والآخر: يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر»^(٥).

وهذه القواعد كلها تدل على معنى متحد وهو أنه إذا اجتمع في شيء واحد دليلان؛ أحدهما: يحلل هذا الشيء، والآخر: يحرمه، وجب تغليب

(١) «مدونة الفقه المالكي وأدلته» (١٦٣/٤).

(٢) «مختصر قواعد العلائي» (٥٧٧/٢).

(٣) «المنثور» للزرکشي (١٢٥/١)، «الأشباه» للسيوطي (١٠٥)، «الأشباه» لابن نجيم (١٠٩).

(٤) المرجع السابق. المجلة المادة (٤٦).

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (٣٠٥/١).

جانب التحريم، والعلة في ذلك أن في تغليب جانب التحريم درء مفسدة، وتغليب الحلال جلب مصلحة، ودرء المفسدة يغلب دائماً على جانب المصلحة؛ لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه الإتيان بالمأمورات^(١).

أصل القاعدة قوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبها لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يقع فيه، ألا وإن لكل شيء حمى، ألا وإن حمى الله محارمه»^(٢).

والمشتبهات: هو كل ما ليس بواضح الحلال والحرام مما تنازعت الأديلة وتجادبته المعاني فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال. وقد أجمع العلماء على عظيم موقع هذا الحديث وكثرة فوائده إذ منها الحث على فعل الحلال واجتناب الحرام، والإمساك عن الشبهات والاحتياط للدين والعرض، وعدم تعاطي ما يسيء الظن ويوقع في محذور^(٣).

وعبارة القاعدة لفظ حديث أورده جماعة: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال».

قال الحافظ العراقي: «لا أصل له».

وضعه البيهقي قال: حديث رواه جابر الجعفي - رجل ضعيف - عن الشعبي عن ابن مسعود وهو منقطع...

قال تاج الدين السبكي في «الأشباه والنظائر»: «غير أن القاعدة في نفسها صحيحة». ونقل عن الجويني قوله في السلسلة: «لم يخرج عنها إلا

(١) انظر: «قواعد الفقه» للندوي (٣٠٩) و«موسوعة قواعد الفقه الإسلامي» (٤٢٢/١).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» باب فضل من استبرأ لدينه رقم (٥٢)، ومسلم في المساقاة: أخذ الحلال وترك الشبهات رقم (١٥٩٩).

(٣) «فتح المبين في شرح الأربعين» لابن حجر الهيتمي (١١٢ - ١١٣).

ما ندر»^(١).

وقد وردت وقائع كثيرة قضى بها النبي ﷺ والصحابة من بعده ما يشهد للحكم الذي تضمنته القاعدة، منها: ما ورد في «صحيح البخاري» في باب تفسير المشتبهات من حديث عدي بن حاتم قوله: قلت: يا رسول الله، أرسل كلبى وأسمي، فأجد معه على الصيد كلباً آخر لم أسم عليه، ولا أدري أيهما أخذ. قال: «لا تأكل، إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر»^(٢).

ومن هذا القبيل قول عثمان بن عفان رضي الله عنه لما سئل عن جمع الأختين بملك اليمين فقال: «أحلتها آية وحرمتها آية، والتحريم أحب إلي».

وفي رواية أخرى: «فبلغ ابن مسعود فقال: لا تجمعهما»^(٣).

والمراد بالآية التي أحلتها عموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾ [النساء: ٣]، فعموم كلمة «ما» تدل على حل كل مملوكة سواء كانت مجتمعة مع أختها في الوطاء أو لا، أما الآية التي حرمتها فقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، فتدل على حرمة الجمع بين الأختين سواء كان الجمع بالنكاح أو بطريق الوطاء بملك اليمين.

تطبيقات القاعدة:

- إذا اشتبهت محرمة بأجنبيات محصورات لم يحل الزواج بإحداهن.
- إذا كان أحد أبويه مأكول اللحم والآخر غير مأكول اللحم لا يحل أكله على الأصح.

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (١٢١)، و«قواعد الفقه» للندوي: هامش ص(٣٠٩).

(٢) «صحيح البخاري»: باب تفسير المشتبهات من كتاب البيوع رقم (٢٠٥٤).

(٣) الدارقطني (٢٠١/٣). والبيهقي: «السنن الكبرى» (١٦٤ - ١٦٥).

- لو رمى صيداً فوقه في ماء أو سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتمال أن يكون مات بالتردي أو بسقوطه في الماء... ، بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداءً؛ فإنه يحل لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره.

- ومنها: لو شارك الكلب المعلم غير المعلم، أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمداً حرم^(١).

- ومنها: منع التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وخنزير وآلات اللهو ولو أن فيها أرباحاً اقتصادية.

- وهذه القاعدة ليست على إطلاقها بل مقيدة بما إذا لو يكن الحرام قليلاً ويتعذر تمييزه، فإنه حينئذ يغلب الحلال رحمة بالعباد ورفقاً للمشقة عنهم ويتضح ذلك من خلال الأمثلة الآتية:

١ - إذا اختلط إناء فيه نجاسة بآنية كثيرة طاهرة، فإنه يجوز التوضؤ بواحد منها.

٢ - إذا اختلط لحم ميتة بلحوم كثيرة مذكاة جاز الأكل من بعضها.

٣ - إذا اختلطت على رجل إحدى محارمه بنساء بلد، فله أن يتزوج من شاء منهن.

ومثلها ما جاء في أشباه ابن نجيم من فتاوى قاضي خان: صبية أرضعها قوم كثير من أهل قرية أقلهم أو أكثرهم لا يدري من أرضعها، وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها.

قال الفقيه أبو القاسم الصفار: «إذا لم تظهر له علامة ولا يشهد أحد له بذلك يجوز نكاحها، وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النكاح»^(٢).

قال الروكي في التععيد تعقيباً على هذه الأمثلة: «هذه الأمثلة وأشباهاها

(١) انظر: «الأشياء والنظائر» لابن نجيم (١٢١ - ١٢٢).

(٢) المرجع السابق ص (٧٥) تحت قاعدة الأصل في الأبضاع التحريم.

يغلب فيها الحلال على الحرام عملاً بالاستصحاب، فإذا انعكس الأمر وصار الحرام كثيراً رجعنا حينئذ إلى القاعدة وغلبنا الحرام»^(١).

٢ - الاستثناء: حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد:

أصل إباحة الصيد الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَعًا لَّكُمْ وَاللَّسِيَّارَةُ وَحَرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، مع قوله: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢].

وفي جواز الصيد بالكلب المعلم قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤].

أما السنة، فروى أبو ثعلبة الخشني قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله، أنا بأرض صيد أصيد بقوسي وأصيد بكلبي المعلم وبكلبي الذي ليس بمعلم فأخبرني ماذا يصلح لي؟ قال: «أما ما ذكرت أنكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم فأدرت ذكاته فكل»^(٢).

ومنه حديث عدي بن حاتم الذي سيأتي.

كما أجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد والأكل من الصيد^(٣).

وللصيد شروط منها: ما هي في الصائد، ومنها: في المصيد، ومنها: في المصيد به، وليس مجال تفصيله هنا فينظر في مظانه في كتب الفروع.

(١) «التفعيد الفقهي» (٥٦٢).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الذبائح والصيد، باب صيد القوس، رقم (٥٤٧٨). ومسلم برقم (٤٩٨٣).

(٣) «المغني» (٣/١١ - ٤).

والذي يهمننا هنا شروط الحيوان المصيد به، وهو الجارح فلا خلاف بين أهل العلم في أن يكون معلماً لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة لكن اختلف في شرط أكل الكلب المعلم من الصيد.

فعند جمهور العلماء: إن أكل الكلب المعلم من الصيد لم يحل صيده لحديث عدي: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسك عليك». قلت: «وإن قتل»، قال: «وإن قتل إلا أن يأكل الكلب، فإن أكل فلا تأكل فإنني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه»^(١). متفق عليه.

وقال مالك - وفي رواية للشافعي وأحمد -: يحل الصيد ولو أكل منه الكلب لعموم قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾، وحديث أبي ثعلبة الخشني قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل»^(٢).

وما رواه في «موطئه» عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول في الكلب المعلم: «وإن أكل وإن لم يأكل».

وعن مالك أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد، فقال: «كل وإن تبقي إلا بضعة واحدة»^(٣).

والمسألة التي بين أيدينا الخلاف فيها بين من يقول بحرمة ما أكل منه الكلب المعلم، فإذا أرسل على صيد كلب معلم فأكل من الصيد هل يؤكل هذا الصيد وما سبقه من صيود أم لا؟

لأن حكم ما سبق من الصيود الحل وما أكل منه الحرمة - عند من يقول بحرمتها - فاجتمع حلال وحرام، فذهب الإمام أبو حنيفة إلى تحريم ما أكل منه وما سبقه من صيود لتغليب الحرام على الحلال وفقاً للقاعدة خلافاً لصاحبيه.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الذبائح والصيد، باب إذا أكل الكلب، رقم (٥٤٨٣). ومسلم برقم (٤٩٧٤) باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(٢) أبو داود ح رقم (٢٨٥٧).

(٣) «مدونة الفقه المالكي وأدلته» (٢/٢٣٤).

قال في «بداية المبتدي»: «لو صاد صيوداً ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد، لا يؤكل هذا الصيد، أما الصيد التي أخذها من قبل فما ليس بمحرز بأن كان في المفازة ولم يظفر به صاحبه بعد تثبت فيه الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما».

قال ابن عابدين: «والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستنداً، وهما بالاعتصار على ما أكل والأول أقرب إلى الاحتياط وهو الصحيح».

ووجه الصاحبين: أن الأكل لا يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة قد تنسى، وما أحرزه أمضى الحكم فيه والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، لأن المقصود قد حصل بالإحراز بخلاف غير المحرز لعدم حصول المقصود فيه من كل وجه لبقائه صيداً من وجه فحرم احتياطاً^(١).

وعليه فقد غلب الإمام أبو حنيفة الحرام وفقاً للقاعدة لأن الكلب في صيده الأول هو بحكم المعلم وصيده في حين حكم بجهله في الصيد الذي أكل منه فغلب الحرام، وكذا الصاحبان فيما لم يحرز بعد من الصيد غلب فيه الحرام احتياطاً كما قال ابن عابدين.

أما الإمام الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى في أصح الروايتين والأظهر من قولي الشافعي، أنه لا يؤكل ذلك الصيد الذي أكل منه، وأما الصيد التي صادها قبل الصيد الذي أكل منه فإنها تؤكل عندهما قولاً واحداً.

جاء في «المنهاج»: «ولو ظهر كونه معلماً ثم أكل من لحم صيد، لم يحل ذلك الصيد»^(٢). وفيه إشارة إلى أنه لا يسري التحريم على ما اصطاده قبله وذلك قوله: «ذلك صيد».

وفي «المجموع»: قال أصحابنا: «ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل وهذا لا خلاف فيه عندنا»^(٣). وحجته في ذلك الاستصحاب.

(١) «بداية المبتدي» (١٧٦/٨) وحاشية ابن عابدين (٤٦٧/٦).

(٢) «المنهاج» (٢٧٥/٤).

(٣) انظر: «المنهاج» (٢٧٥/٤ - ٢٧٦)، و«المجموع» (١٠٩/٩).

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول: «إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة، لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين، ولم يحرم ما مضى من فريسته قولاً واحداً، استصحاباً للحل الثابت قبل الأكل، فإنه ثابت يقيناً»^(١).

وفي المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة في الشرط الخامس: «أن لا يأكل من الصيد، فإن أكل منه لم يباح في أصح الروايتين، والرواية الثانية: يباح. قال: وإذا ثبت هذا فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم. قال: لأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به، ولهذا حكمنا بحل صيده، فإذا وجد الأكل: احتمل أن يكون لنسيان، أو لفرط جوعه، أو نسي التعليم، فلا يترك ما ثبت يقيناً بالاحتمال.

كما استشهد بعموم الآية والأخبار وإنما خص منه - أي: بالتحريم - ما أكل منه ففيما عداه يجب القضاء بالعموم»^(٢).

وعند المالكية فالمذهب أنه لا يحرم صيد المعلم وإن أكل منه فالصيود التي سبقت الصيد الذي أكل منه لا تحرم من باب أولى.

وعليه فقد حكم الأحناف بتغليب الحرام فيما اجتمع فيه حلال وحرام تماشياً مع القاعدة، واقتصر الجمهور على تحريم الصيد الذي هو موضوع الحرمة وعمل في الباقي باستصحاب أصل الحلية لأن الكلب الذي صاده معلم بيقين فما صاده حلال بيقين ولا يحكم بحرمة إلا بدليل، فكان القول بحلية ما اصطاده الكلب قبل أكله من فريسته هو استثناء بالاستصحاب مما اجتمع فيه حلال وحرام.



(١) «تخريج الفروع على الأصول» (٨٠).

(٢) «المغني» (٩/١١ - ١٠).

الفصل الثالث

الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسله)

وفيه ما يلي:

تمهيد.

- المبحث الأول: المصالح المرسله: تعريفها، أقسامها، حجتها، شروط الأخذ بها.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصلحة المرسله.

تمهيد

إن الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية والذي أجمع عليه فقهاء المسلمين هو اعتبار مصالح الناس في الدارين وأن جملة الفقه الإسلامي قائم على جلب المصالح ودرء الفاسد فما كان مصلحة فهو مطلوب ومرغب فيه، وكل ما هو مضر نهى عنه الشرع وتضافرت الأدلة على منعه. والمطلع على نصوص الشريعة الإسلامية من كتاب، وسنة، وفتاوى الصحابة، وجملة القواعد العامة للتشريع، يرى بوضوح سعي الشارع الحكيم في تحصيل مصالح العباد عاجلة وأجلة مما يوفر لهم السعادة الحقيقية في الدارين. غير أن الخلاف بين المجتهدين واقع في المسائل التي لا نص فيها ويريدون إقامة حكم شرعي فيها على أساس المصلحة من غير قياس على مسألة منصوص عليها.





المبحث الأول

المصالح المرسلة:

تعريفها، أقسامها، حجيتها، شروط الأخذ بها

المطلب الأول

تعريف المصلحة

أ - تعريف المصلحة لغة:

الصالح ضد الفساد وبابه دخل ونقل الفراء صلح أيضاً بالضم، والإصلاح ضد الإفساد. والمصلحة واحدة المصالح، وهي كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وقد صرح صاحب «لسان العرب» بالوجهين فقال: «والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل، كاستحصال الفوائد واللذائذ أو بالدفع والاتقاء، كاستبعاد المضار والآلام، فهو جدير بأن يسمى: مصلحة»^(١).

ب - تعريف المصلحة اصطلاحاً:

المصلحة: «هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ

(١) انظر: «مختار الصحاح» و«لسان العرب» مادة ص ل ح .

دينهم، ونفوسهم وعقولهم ونسلهم، وأمواهم، طبق ترتيب معين فيما بينها». والمنفعة: هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم، أو ما كان وسيلة إليه. أو هي: اللذة تحصيلاً أو إبقاءً. فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء: الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها^(١).

وقد سماها بعض الأصوليين بـ: المصالح المرسلة، وبعضهم بالمناسب المرسل وعرفه الأصوليون بأنه: وصف مناسب للحكم لم يعلم من الشارع اعتباره كما لم يعلم عنه إلغاؤه^(٢).

المطلب الثاني

أقسام المصالح

والباحث إذا نظر إلى المصالح من ناحية اعتبار الشارع لها وجدها على ثلاثة أنواع:

الأول: مصالح اعتبرها الشارع وقام الدليل على رعايتها:

وهي ثلاثة:

١ - مصالح ضرورية «الضروريات».

٢ - مصالح حاجية «الحاجيات».

٣ - مصالح تحسينية «التحسينيات».

المصالح الضرورية: وهي التي يتوقف عليها قيام مصالح الناس في حياتهم الدينية والدنيوية، وإذا اختلت لم يستقم أمر هذه الحياة وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال. لذا أمر الشارع بإقامتها والحفاظ عليها.

(١) ضوابط المصلحة» (٢٧)، وانظر: «المحصول» للرازي (٤٣٤/٢).

(٢) «أصول الفقه» لأبي النور زهير (١٨٣/٤).

اعتبارها، وهذا النوع مردود لا سبيل لقبوله، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين:

كالانتحار مثلاً فقد يجلب لصاحبه منفعة يتوقعها من التخلص من ألم مرض أو حرمان يعانيه، لكن الشارع لم يعتبر هذا النوع من المصالح بل نص على إلغائه في محكم كتابه وسنة رسوله فقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢١﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿٣٠﴾﴾ [النساء: ٢٩، ٣٠]. وقد قال رسول الله ﷺ في رجل كثر عليه جراحه، فانتزع سهماً من كنانته فانتحر بها فقال عليه الصلاة والسلام: «أما إنه من أهل النار»^(١).

أو ما يدعى من مصلحة اقتصاد البلد في تصنيع الخمر والتعامل بها وقد أشار الله تعالى إلى تلك المصلحة الموهومة فقال: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ﴾، ثم يقول: ﴿وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا﴾، ثم نص القرآن على إلغاء هذه المصلحة فقال: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [المائدة: ٩٠]^(٢).

ثالثاً: المصالح المرسلة:

وهي التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها. وحقيقتها: كل منفعة داخلية في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء، فإذا حدثت واقعة لم نجد لها من الشرع حكماً، ولم نتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيه أمر مناسب لتشريع حكم من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً، فهذا الأمر المناسب يسمى: المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة. ووجه أنه مصلحة: هو بناء

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير باب لا يقال: فلان شهيد، رقم (٢٨٩٨).

(٢) انظر: «أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء» (٣٤).

الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء.

وليس معنى هذا الكلام أن المصلحة المرسلة مجردة عن أي دليل تستند إليه أو مجردة عن أي دليل يلغيها، بل لا بد أن تكون مستندة إلى دليل ما، قد اعتبره الشارع، غير أنه دليل لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها، كجنس حفظ الأرواح والعقول، والأنساب وأن لا يعارضها نصّ أو قياس صحيح لأن هذا شاهد على إغائه، فبطل أن يكون مرسلًا.

وإن لم يختلف الفقهاء في تحديد المراد من المصلحة، وأنها المحافظة على مقصود الشارع فإنهم قد اختلفوا في شروط اعتبارها، وكان ذلك الخلاف مصدرًا للخلاف في الاستصلاح، فقال بالاستصلاح بعض رجال المذاهب وبنوا عليها الأحكام ورفضه آخرون، وهذا ما سنبينه فيما يلي^(١).

المطلب الثالث

حجية المصالح المرسلة وموقف المذاهب منها

تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أن القول بالاستصلاح أمر مختلف فيه وأن الراجح من الآراء أنه لا يصلح الاستدلال به، إذ لا دليل على اعتباره، وأنه لم يذهب إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه الله.

يقول الإمام الشاطبي في «الاعتصام»: «إن القول بالمصالح المرسلة ليس متفقاً عليه، بل قد اختلف فيه أهل الأصول على أربعة أقوال:

أ - ذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى رده، وأن المعنى لا يعتبر ما لم يستند إلى الأصل.

(١) المصدر السابق.

ب - وذهب مالك إلى اعتبار ذلك وبنى الأحكام عليه على الإطلاق وكذا اشتهر عن الحنابلة.

ج - وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة، هذا ما حكى الإمام الجويني.

د - وذهب الغزالي إلى أن المناسب إن وقع في رتبة التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين. وإن وقع في رتبة الضروري فميله إلى قبوله لكن بشرط. قال: ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، واختلف قوله في الرتبة المتوسطة وهي رتبة الحاجي فردّه في «المستصفى» وهو آخر قوله، وقبله في شفاء الغليل كما قبل ما قبله^(١).

وهذا الذي ذكره الشاطبي - رحمه الله - لم ألمسه في ما انقله هنا عن الغزالي في «المستصفى» عن المصلحة إذ يقول: «كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود الشرع فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسّن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول، لكنه لا يسمّى قياساً، بل مصلحة مرسلّة، إذ القياس أصل معيّن، وكون هذه المعاني مقصودة عرف لا بدليل واحد بل بأدلة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال، وتفاريق الأمارات فسّمى لذلك مصلحة مرسلّة.

وإذا فسّرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة^(٢).

وهذه الاعتبارات التي ذكرها الإمام الغزالي هي في الحقيقة ما يستند

(١) «الاعتصام» (٢/ ١١١ - ١١٢).

(٢) «المستصفى» (١/ ٤٢٩ - ٤٣٠).

إليه القائلون بالمصلحة وإن اختلفت العبارة، ولم يعمل من يقولون بالمصلحة بهذا الأصل بدون ضوابط كما سيأتي.

أما من ذهب إلى عدم الاحتجاج بها فوجه قولهم: إن المناسب المرسل متردد بين المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة، ولا مرجح لاعتباره على إلغائه فلا يكون حجة في إثبات الأحكام الشرعية، لأن الأصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها.

لكن وإن ضيق الشافعية على أنفسهم من جهة ولم يعتبروا المصلحة ما لم يأت بها النص، أو تحمل على النص بالقياس، غير أنهم وسعوا عليها من جهة ثانية واعتبروا كل مصلحة لم يأت بها النص ولكن شهد الشرع باعتبارها راجعة إلى القياس وبذلك وسعوا دائرة القياس إذ أدخلوا كثيراً من مسائل الاستحسان والاستصلاح في مسائل القياس. ولذلك رفضوا الاستصلاح والأخذ بالمصالح المرسله كما رفضوا الاستحسان، بل اعتبروا كل ذلك استحساناً، وقالوا: ليس للمجتهد أن يشرع، ومن استحسّن فقد شرع.

أما الأحناف، فإنهم وإن لم ينقل عنهم القول بالاستصلاح فقد قالوا بالاستحسان والاستحسان كما عرفنا من قبل هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها، والخروج عن القواعد العامة إلى الاستثناء لوجه أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة، فالأحناف إذاً إذ أخذوا بالاستحسان فقد قالوا بالخروج عن النظائر وعن القواعد العامة لضرورة المصلحة، ومن قال بذلك فقد قال من باب أولى بالأخذ بالمصلحة إذا لم يكن هناك نظائر تعارضها، ولا قواعد عامة تناقضها، فالأخذ بالمصلحة حينئذٍ مقصود بالشرع ويجب المحافظة عليها. وهذا مما لا يجوز أن يكون فيه خلاف وعلى هذا ليس من الموافق للحقيقة والواقع بأن الأحناف لم يأخذوا بالمصالح المرسله^(١).

(١) انظر: «المدخل الفقهي» للزرقي (١/٢٩٥ - ٢٩٧).

وما سنعرضه من فروع فقهية يؤكد هذا فإذا رجعنا إلى تتبع فقه المذاهب واجتهاداتهم في مراجعتها الأصلية رأينا أنهم جميعاً كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية على وفق المصلحة المرسلّة وإن لم ينصوا على هذا الاصطلاح فالشافعي الذي لم يعد الاستصلاح دليلاً مستقلاً من أصوله بل شدد النكير على من يحكم بغير خبر لازم من كتاب ثم سنّة، أو ما قاله أهل العلم غير مختلفين فيه أو قياس على بعض هذا^(١). نجد في فقهه ما يدل على أنه تجاوز هذه الأصول الثلاثة وعمل بالمصلحة المرسلّة وإن لم يسمّها.

جاء في «الأم»:

«إن الرجوع عن الشهادة ضربان فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه، أو ينال مثل: قطع أو جلد أو قصاص في قتل أو جرح، وفعل به ذلك، ثم رجعوا فقالوا: عمدنا أن ينال به ذلك منه بشهادتنا فهي كالجناية عليه، ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل، وما لم يكن فيه قصاص أخذ فيه العقل وعزروا دون الحد»^(٢).

فالقول بهذا لا يعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنّة، إذ ليس في شيء منهما مما دل على شرعة القصاص، ما يدل على أن الشهود يقتص منهم إذا رجعوا عن شهادتهم بل إن نيل من المشهود عليه بسببها، وإنما هو استصلاح يعتمد ما تقتضيه مصلحة حقن الدماء وصونها من غائلة المكر والأحقاد وهو ملائم لشرعة القصاص^(٣).

قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول:

«ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى التمسك بالمصالح المستندة إلى

(١) انظر: «الأم» في باب إبطال الاستحسان.

(٢) انظر: «ضوابط المصلحة» (٣٧٨ - ٣٨٠).

(٣) المصدر السابق.

كلي الشرع - وإن لم تكن إلى الجزئيات الخاصة - جائز». وذكر أمثلة على هذا ثم قال: «واحتج في ذلك: بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جزئي»^(١).

وعند الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا تغريب على البكر الزاني ومما استدلووا به لقولهم هذا: أن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة، ولأنها قد تحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس فتتخذ زناها مكسبة، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبارها.

وفي «الدر المختار»:

«إذا أخذ الساحر أو الزنديق المعروف الداعي قبل توبته، ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل»^(٢).

وهو نفس الحكم على ما بناه المالكية على المصلحة المرسلة.

وقد قالوا كالمالكية، بالاستصناع وبتضمين الصانع تارة تحت مصطلح الاستحسان وتارة اعتماداً على العرف.

أما الحنابلة فعلى الرغم من أن أتباعه لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة ضمن أصولهم إلا أن كتب الفروع لديهم لا تخلو من الاعتماد عليها في بناء الأحكام، فمما نقله ابن القيم عن الإمام أحمد من رواية المروزي وابن منصور أنه قال: «والمخنث ينفى لأنه لا يقع منه إلا الفساد، والتعرض له، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فيه فساد أهله وإن خاف به عليهم حبسه».

(١) «تخريج الفروع على الأصول» (١٦٩ - ١٧١).

(٢) «الدر المختار» (٤٥٨/٣).

وفيمن طعن في الصحابة نص الإمام أحمد: «أنه وجب على السلطان عقوبته، وليس للسلطان أن يعفو عنه، بل يعاقبه ويستتيبه فإن تاب وإلا أعاد العقوبة»^(١).

هذه بعض النقول من فقه أئمة المذاهب تبين اعتماد الجميع على الاستصلاح على وجه الإجمال وإن كانوا يختلفون في مدى الاعتماد عليه أو تحت مسميات أخرى كما ذكرنا.

وأذكر هنا ما قاله الإمام القرافي في هذا المجال: «أما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكن تجدهم عند التفريع يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة»^(٢).

هذا، وعلى الرغم مما أثبتناه من اعتماد الأئمة على المصالح المرسلة دليلاً في اجتهاداتهم في الفروع فقد اختلفت آراؤهم في أحكام بعض المسائل المصلحية، وقد يبدو للناظر أن سبب الخلاف هو الأخذ بالمصلحة المرسلة بالاعتبار أو عدمه، والحقيقة أن الأمر ليس كذلك فالخلاف ناتج عن أسباب أخرى تمثل غالباً في اختلافهم في تحقيق المناط، أي: مصدر خلافهم في جلاء المصلحة المرسلة في هذه الفروع فقد يرى بعضهم أنها تتحقق في فرع ما فيستصلح بموجبها ويبني الحكم عليها، في حين يرى البعض الآخر أن تلك المصلحة غير وافية الشروط أو أن مصلحة أخرى تعارضها وأن أصلاً آخر من أصول الشريعة يصادمها فيحجم عن الأخذ بها وبناء الحكم عليها رغم اتفاقهم على مبدأ الأخذ بالمصلحة المرسلة. ولعل هذا أهم العوامل الذي يخيل للباحث أن الأئمة مختلفون في أمر المصالح المرسلة.

دليل حجية الاستصلاح:

استدل القائلون بالاستصلاح بما يلي:

(١) «إعلام الموقعين» (٤/٣٧٧ - ٣٧٨).

(٢) «تنقيح الفصول» (١/١٤٤).

١ - الاستقراء: ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح العباد لجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم والأدلة على ذلك لا حصر لها وعليه يكون الشارع قد اعتبر جنس المصالح في جنس الأحكام، واعتبار جنس المصالح يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة المتنازع فيها - وهي المصالح المرسلة - لكونها فرداً من أفراد المصالح والعمل بالظن واجب إجماعاً فينتج أن العمل بالمصلحة المرسلة واجب^(١).

٢ - إجماع الصحابة: وبيانه أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد اشتغالها على مصلحة راجحة دون أن يتقيدوا بمراعاة قيام شاهد معين على اعتبار تلك المصلحة ولم ينكر عليهم في ذلك أحد، فكان ذلك إجماعاً منهم على اعتبار المصلحة ومن المعلوم أن إجماعهم حجة يجب العمل بها.

من ذلك ما فعله سيدنا أبو بكر رضي الله عنه من جمعه القرآن الكريم من صحف متفرقة في مصحف واحد رعاية لمصلحة حفظ كتاب الله وذهاب تواتره بموت حفاظه، ومن محاربته لمانعي الزكاة، واستخلافه عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع أن الرسول ﷺ انتقل إلى الرفيق الأعلى ولم يستخلف.

وما فعله سيدنا عمر بن الخطاب من إبطال سهم المؤلف قلوبهم من الصدقات لعدم الحاجة لذلك بعد أن عز الإسلام، وإسقاط حد السرقة عام المجاعة مع ثبوتها بالنص، وتدوين الدواوين واتخاذ السجون.

وكتابة سيدنا عثمان المصحف على حرف واحد، واتفاق الصحابة على تضمين الصناع، إلى غير ذلك من الوقائع التي اعتمد فيها الصحابة على مجرد المصلحة المرسلة دون أن يتقدم في شأنها أمر أو نظير.

٣ - حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه: لما بعثه رسول الله ﷺ

(١) انظر: «شرح الإسنوي على المنهاج» (٤/٣٩٤)، «الوسيط في أصول الفقه» للزحيلي

إلى اليمن قاضياً وقوله لرسول الله ﷺ حين سأله: «فإن لم تجد في كتاب الله ولا سنة رسوله؟»، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله ورسوله»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن رسول الله ﷺ أقر معاذاً على اجتهاد الرأي وأثنى عليه، وما اتبع قضية النظر في المصلحة إلا وجه من وجوه الاجتهاد بالرأي^(٢).

٤ - المعقول: لو لم نعتبر المصلحة المرسلة، واقتصرنا في أدلة الأحكام على النصوص والأقيسة للزم خلو بعض الوقائع من الأحكام، لأن النصوص وما عمل عليها من أقيسة محدودة محصورة والوقائع متعددة وما تتضمنه من مصالح غير محدودة إذ الحياة في تطور مستمر، وأساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغير في كل زمان وبينة، وغير المحصور لا يفي به المحصور فلو اقتصرنا على الأحكام المبنية على نص الشارع لتعطلت مصالح الناس بل لتوقف التشريع عن مسابرة الزمن وهذا غير واقع رغم طول المدة وكثرة الوقائع من لدن عصر الصحابة والتابعين والأئمة السابقين، فلم تخلو واقعة من حكم شرعي على كثرة المسائل وازدحام الأفضية والفتاوى وقد أشار إلى هذا الإمام الشافعي رحمه الله فيما نقله عنه إمام الحرمين فقال: «إنا نعلم قطعاً أنه لا يجوز أن تخلو واقعة عن حكم الله تعالى معزو إلى شريعة محمد ﷺ»^(٣).

إن خلو بعض الوقائع عن الأحكام يؤدي إلى لحوق الضرر العظيم بالعباد ووقوعهم في حرج وضيق والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

(١) الحديث سبق تخريجه (٢٠٦).

(٢) انظر: «المنحول» ص (٣٥٨).

(٣) «البرهان» للجبوني (٢٦١). وانظر: الأصول التي اشتهر بها إمام دار الهجرة (٢٣٣) وما بعدها.

شروط الأخذ بالمصلحة

اتفق العلماء على أن العمل بالمصالح المرسلة لا يكون في قسم العبادات لأن الأصل في هذا النوع من التكاليف التعبد فالنصوص فيه غير معللة وأنه لا يلتفت فيها إلى البواعث والغايات التي من أجلها شرعت إنما الواجب على المسلمين الإيمان بأن هذه التكاليفات تنظم علاقة الإنسان بربه وإنها في مصلحة الإنسان، والوقوف فيها على النصوص بخلاف قسم العادات: الذي يضبط معاملة بني الإنسان مع بعضهم فإنها مبنية على الالتفات إلى المعاني والبواعث والتشريع فيها يدور مع رعاية مصالح الناس في الدين والتي تتفق مع مقاصد الشرع.

يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى بعد ذكره عدم التفات مالك رحمه الله إلى المعاني في العبادات:

«بخلاف قسم العادات - الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول - فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية - نعم، مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله...»^(١).

نستنتج من خلال كلامه أن المالكية إنما عملوا بالمصالح المرسلة بشروط:

اشترط المالكية شروطاً ثلاثة للعمل بالمصالح المرسلة احتياطاً للاحتجاج بها حتى لا تكون باباً للتشريع بالهوى والتشهي:

١ - أن تكون المصلحة حقيقية، أي: ملائمة لمقاصد الشرع تجلب نفعاً وتدفع ضرراً محققين وأن تكون من جنس هذه المقاصد وإن لم يشهد لها دليل خاص.

(١) «الاعتصام» (٢/١٣٢ - ١٣٣).

٢ - أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة فردية أو طائفة معينة لأن أحكام الشريعة موضوعة لجميع الناس .

٣ - أن لا يعارض التشريع لهذه المصلحة حكماً ثبت بالنص أو الإجماع أو أي دليل قطعي فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن وال بنت في الإرث لأن هذه المصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن .

ومن هذا القبيل عدم صحة الفتوى التي أفتى بها يحيى الليثي فقيه الأندلس وتلميذ الإمام مالك أحد ملوك الأندلس أفطر عمداً في رمضان فقال: لا كفارة لإفطاره إلا أن يصوم شهرين متتابعين مع أن عتق الرقبة مقدم على صيام شهرين متتابعين عند الجمهور، وعلى التخيير عند المالكية بين الإعتاق، وصيام شهرين، وإطعام ستين مسكيناً، بلا تفريق بين ملك وفقير، فلما سئل قال: لو فتحنا له هذا الباب لسهل عليه أن يباشر كل يوم ويعتق رقبة ولكن حملته على أصعب الأمور. فهذه الفتوى التي برأيه أقامها على المصلحة لا يقصد بها لأنها ملغاة، لكونها تعارض نصاً صريحاً في تشريع ما يليق بحالة كل من يفطر عمداً في رمضان^(١).

وبهذا يتبين أن المصلحة بضوابطها التي وضعها العلماء ليست أصلاً مبنياً على الأهواء والشهوات، بل أصل شرعي ثابت استند إليه العلماء قديماً تحت مسميات مختلفة وهي من الأصول التي تؤكد أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، لأن مصالح الناس متجددة دوماً وقد رعاها الشارع في كل زمن وفي أي بيئة إما أن يجعل شاهد لها في الشرع بنصوصه الثابتة وإما بمجموع النصوص والأدلة الكلية التي أطلق عليها العلماء «الاستدلال بالمرسل» أو المصلحة المرسلة التي دل عليها أعمال هذه النصوص ومجموع الأدلة التي يراعى فيها مقصود الشارع .

يقول ابن القيم في هذا المعنى:

«من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة المرسلة فجعلوا الشريعة

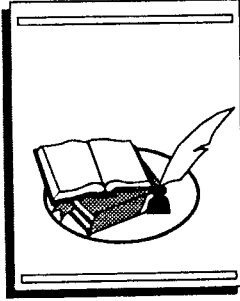
(١) «أصول الفقه» لعبد الوهاب خلاف (٨٧).

قاصرة، لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها، وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من طرق الحق والعدل»^(١).

ولا شك أن العمل بالمصالح المرسلة بضوابطها وفق منهاجها الصحيح يجعل الشريعة الإسلامية خصبة مثرية، منتجة مشبعة بحاجات الناس في كل عصر وفي أي مكان متجددة مع تجدد النوازل مستجيبة لمتطلبات كل عصر بما يصلح أمر الناس لأن حاجات الناس لا تتوقف خاصة في عصرنا وتعقد الحياة فيه، فإذا خاض فيها الناس خارج موازين الشرع فسدت دنياهم وأخراهم.



(١) «إعلام الموقعين» (٧/٣).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصلحة المرسله

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة: «الأجر والضمان لا يجتمعان»

١ - شرح القاعدة:

الأجر: أي: بدل المنفعة وهو العوض، ومنه سمي الثواب: أجراً، لأن الله يعوض العبد على طاعته أو صبره على مصيبته.
الضمان: الغرامة المترتبة لقيمة الشيء أو نقصانه.

لا يجتمعان: أي: إذا اتحدت جهتهما، في محل واحد ومن أجل سبب واحد، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدمه، وبينهما منافاة والضمان أن يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، والأجير إنما قبض بإذن المالك، والعين في يده أمانة، فلا يمكن والحال هذه اعتباره مستأجراً أميناً وغاصباً ضمياً في آن واحد لتنافي الحاليتين^(١).

(١) «شرح القواعد» للزرقا (٤٣١).

مثلاً: لو غضب رجل بعير آخر واستعمله حتى هزل وطراً على قيمته نقصان فضمن لصاحبه نقصان قيمته، لا أجر عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان، لأنه بمجرد صيرورة اليد على الشيء يد ضمان، لا تجب فيه الأجرة، وإن لم يتحقق الضمان بعد بالفعل، فلو استعمل أحد مالا بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب، لا يلزمه أداء منفعه، أعني: أجر المثل، لأنه لو هلك لهلك في ضمانه، فلا يلزمه أجرة إلا في مال الوقف واليتيم، وإلا في المعد للاستغلال إذا لم يكن بتأويل ملك أو عقد^(١). ولو استأجر أرضاً على أن يزرعها حنطة فزرعها شيئاً آخر يضر بالأرض. فإذا ضمن نقصان الأرض فلا أجرة عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان^(٢).

قيدنا باتحاد الجهة أو السبب لأنه يجوز اجتماع الأجر والضمان عند اختلاف الجهة أو السبب وذلك كما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم برّ مثلاً فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت، فإذا كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله، وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصباً.

ومثله لو استأجرها إلى مكان ثم جاوز بها إلى أبعد منه، فإن تلفت في ذهابه أو إيباه يلزمه ضمان القيمة أو النقصان للتعدي، والأجرة أيضاً لأنه استوفى المنفعة المعتود عليها ويده عليها يد أمانة وبتجاوزه انقلبت يد غضب فعليه الضمان فسبب لزوم الأجرة استيفاء المنفعة، وسبب الضمان التعدي^(٣).

٢ - الاستثناء: تضمين الصناع:

الصانع: هو الأجير المشترك وهو صاحب الصنعة يتقبل أعمالاً لائتين

(١) هذا في الفقه الحنفي، وله اتصال وثيق بنظرتهم المشهورة في عدم ضمان الغاصب منافع المغصوب. أما في المذاهب الأخرى فإن المستأجر في هذا المثال يلتزم بأجر المثل عن المنافع التي استوفاهها بلا حق بحسب المدة، ويضمن فوق ذلك قيمة الأصل يوم الهلاك إذا هلك. انظر: «المغني» (٤٠٢/٥).

(٢) «شرح المجلة» للآتاسي: المادة رقم (٨٦) ص (٢٤٣).

(٣) انظر: «شرح المجلة» (٢٤٤).

وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ولا يستحق الأجر إلا بالعمل.

والأجير على ضربين، خاص ومشارك.

فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً، سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

والمشارك: الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين، وسمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته، فالأجير المشترك هو الصانع^(١).

ولا خلاف بين الأئمة في أن الأجير الخاص ليس بضامن لما هلك في يده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى، فإذا تعدى فلا خلاف أيضاً أنه ضامن بتعديه.

وبهذا يكون الأجير فرداً من أفراد القاعدة إذ لا ضمان عليه ولأنهم مؤتمنون، لكن من العلماء من استثنى الأجير المشترك، فرغم أن يده على ما استؤجر عليه يد أمانة وأنه ينال أجراً على صنعته إلا أنهم قضوا بتضمينه لمصلحة الناس، وقد ذكر الشاطبي رحمه الله أن من الخلفاء الراشدين من قضى بذلك حتى أن الإمام علي رضي الله عنه قال: «لا يصلح الناس إلا ذلك»^(٢).

ووجه المصلحة فيه: أن الناس لهم حاجة إلى الصانع، وهم يغيبون الأمتعة في غالب الأحوال إلى جانب أنهم في الغالب مجهولو الصنعة

(١) «المغني» (٦/١١٧ - ١١٨).

(٢) «الاعتصام» (٢/٢٩٢). روي القول به عن عمر وعلي رضي الله عنهما، وسكوت بقية الصحابة يعتبر إجماعاً منهم على الحكم فكان الحكم فيه مستنداً إلى إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

والأمانة، ويغلب فيهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ذلك لأفضى الأمر إلى أحد شيئين: إما إلى ترك الاستصناع بالكلية، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا شيئاً فيفتح لهم بذلك باب الكذب والاحتيال واختلاس الأموال، ولذلك كانت المصلحة في التضمين، وهي مصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معيّن من الشرع إلا أنّها لا تعارض أيضاً نصّاً أو دليلاً ثابتاً^(١). وبهذا قال المالكية وأحمد رحمه الله.

قال ابن قدامة:

«الأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى وهو ضامن لما جنت يده. وقال: «فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لها ضامن لما أفسد. نص أحمد على هذا في رواية ابن منصور»^(٢).

جاء في «بداية المجتهد»:

«وأما تضمين الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك: فقال مالك: يضمنون ما هلك عندهم»، ثم قال بعد استعراض باقي المذاهب: «ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة. ووجه هذه المصلحة: أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم»^(٣).

ويضمن الصانع ما أصابته أيديهم أثناء الصنعة من كسر أو خرق أو قطع أو حرق أو فساد، كمن يريد أن يصلح نعلاً فيخرقه، أو محرك سيارة فيكسره أو يفسد جزءاً آخر منها فإنه يضمن ما يفسده. ويستثنى من ذلك الأعمال الدقيقة التي لا تخلو عادة من تغرير ومخاطرة فلا ضمان عليهم فيها، شرط أن يكونوا قد تناولوها على الوجه الصحيح ولم يعلم تعديهم

(١) «ضوابط المصلحة» (٣١٠).

(٢) «المغني» (١١٨/٦).

(٣) «بداية المجتهد» (٢٣٢/٢).

ولا تفريطهم، وذلك مثل: ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص واحتراق الخبز والكعك من الفرن فلا ضمان عليهم فيما فسد من ذلك دون تفريط، لأن صاحب السلعة داخل على احتمال الإصابة في مثل هذه الأشياء لدقتها واحتمال عدم السلامة دائماً.

ومثله ضمان الطبيب والمعالج؛ أما الطبيب فيعالج المريض بدواء أو جراحة فيموت من الدواء أو من الجراحة أو قلع ضرس أو كي، وكذا الختان يختن الصبي فيموت من الختان، أو البيطار يعالج الحيوان، فيموت كل هؤلاء، لا ضمان عليهم فيما نتج عن فعلهم بشرطين:

١ - أن يكون ذلك الفاعل من أهل المهنة المؤهل لها.

٢ - أن يتناول العمل على وجه صحيح دون خطأ أو تفريط.

أما إذا كان غير مؤهل له، أو تناوله على غير وجهه، أو أخطأ الدواء فعليه الضمان ويكون الضمان أو الدية على العاقلة إن كان فاعل الخطأ مؤهلاً للعمل ويعلم من نفسه أنه يؤديه على وجهه، إلا أن يكون أقل من ثلث الدية ففي ماله الخاص وإن كان المخطيء غير مؤهل للعمل أساساً، أو يعلم من نفسه أنه لا يحسنه فعليه العقوبة والدية يتحملها في ماله وهو قول مالك، وقيل على العاقلة^(١).

ويلزم الصانع وأصحاب المهن ضمان ما أتلفوه.

ولو اشترطوا عدم الضمان، وشرطهم غير نافع ويفسد العقد، وإذا أسقطوه صح العقد وترتب لهم أجر المثل، ولأن الأجر المسمى قد يكون أقل أو أكثر، وإنما رضوا به من أجل إسقاط الضمان عنهم.

ويكون الضمان بقيمة ما أفسده يوم دفع له إلا أن تكون قيمته يوم أتلفه أكثر من قيمته يوم دفع إليه، فتلزمه قيمته يوم التلف.

وإذا أنجز الصانع الصنعة فدعى ربها لأخذها فلم يأخذها وضاعت

(١) «مدونة الفقه المالكي وأدلته» (٣/٥٣٠).

ضمنها الصانع إذا لم يقبض أجره، فإن قبض أجره ودعا لأخذها فلم يأخذها لا ضمان عليه، لأنها تحولت عنده إلى أمانة، وخرجت من حكم الإجارة إلى الوديعة^(١).

وجاء في «التاج والإكليل»: «أن الصانع ضامنون فقط لما غابوا عليه إذا ادّعوا تلفه دون بينة لهم تشهد على صدقهم، فإن تلف شيء وصاحبه حاضر لم يغيبوا هم عليه بأن كان صاحب السلعة ملازماً للصانع وقت الصنعة أو كانت السلعة في بيت صاحبها، أو غابوا عليه وكانت لهم بينة تشهد على صدقهم بأنه سرق أو احترق مثلاً دون تفريط منهم فلا ضمان. هذا قول مالك. وقال أشهب: «هم ضامنون ولو قامت لهم بينة على التلف سداً للذريعة». قال ابن رشد: «وقول مالك أصح»^(٢). وبه قال بعض الحنابلة.

جاء في «المغني»:

«ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل: الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما، قال: ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط لأنه مسلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص، قال: ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الجمل فتلف حملة لم يضمنه الجمال لأن رب المتاع لم يسلمه إليه. قال: ومذهب مالك والشافعي نحو هذا، قال أصحاب الشافعي: لو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يده عليه فلم يضمن من غير جنابة ويجب له أجر عمله، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه»^(٣).

(١) انظر: «التاج والإكليل» (٤٣١/٥) و«الشرح الكبير» (٢٩/٤).

(٢) انظر: «التاج والإكليل» (٤٣٠/٥ - ٤٣١).

(٣) «المغني» (١١٩/٦ - ١٢٠).

وزهد الشافعي وأبو حنيفة - وزفر من أصحابه - رحمهم الله تعالى إلى أنه لا يضمن إلا بالتعدي .

جاء في «الأم» :

«قال الربيع: الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لا ضمان على الصانع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن ييوح بذلك خوفاً من الضياع»^(١).

وقال في «بداية المبتدي» :

«الأجراء على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار، والمتاع أمانة في يده، وإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وهو قول زفر»^(٢).

وحجتهم في ذلك القياس على الأجير الخاص والمودع، وذلك أن العين في يد كل منهما أمانة لأن القبض حصل بإذن المالك، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه، ولو كان مضموناً لضمنه كما في المغصوب .

جاء في «الهداية» :

«أن الضمان نوعان :

ضمان جبر: يجب بالتعدي والتفويت، ولم يوجد، لأن قطع يد المالك حصل بإذنه والحفظ لا يكون خيانة .

وضمان الشرط: يجب بالعقد ولم يوجد عقد موجب للضمان، فبقيت العين أمانة في يده فلا يضمن بالهلاك كالوديعة»^(٣).

واحتج الشافعي على قوله في «الأم» فقال :

(١) «الأم» (٣/٢٨٤).

(٢) «بداية المبتدي» (٧/٢٠٠ - ٢٠١).

(٣) «الهداية» (٧/٢٠٠ - ٢٠٥).

«الأجراء كلهم سواء، فإذا تلف في أيديهم شيء من جنائيه، فلا يجوز أن يقال إلا واحد من قولين.

أ - أن يكون من أخذ الكراء على شيء، كان له ضامناً حتى يؤديه على السلامة أو يضمه وعليه فالأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته، لا معطى أجراً على شيء مما دفعت إليه، وإعطائي هذا الأجر، تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل.

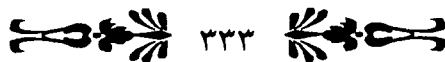
ب - أو لا ضمان على أجير بحال، من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ على منفعة له فيه: إما بتسليط على إتلافه، كما يأخذ سلفاً فيكون مالاً من ماله، فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله، وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه.

والصانع والأجير: من كان ليس في هذا المعنى، فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده، كما يضمن المودع ما جنت يده، وإذا ثبت هذا، فلا فرق بين أجير وأجير إلا بدليل ولا دليل على الفرق. قال: وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث من أحد أصحاب النبي ﷺ، وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت^(١) ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أو لا، من التضمين أو ترك التضمين. قال: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع ولا عن أجير، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع: فلا مسألة فيه فهم ضامنون، كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولأن الجنائية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا^(٢).

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أنه ضامن لما هلك في يده، إذا كان الهلاك بسبب الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها، أما إذا لم يكن الاحتراز عنه، كالغرق والحريق الغالب فلا ضمان عليه.

(١) وقد روى الشافعي هذا القول عن علي بن أبي طالب بسنده لكن لم يضمن إلى ثبوت ذلك عنه رضي الله عنه ولا عن غيره. انظر: «ضوابط المصلحة» (٣١٠).

(٢) «الأم» (٣/٢٦١ - ٢٦٣).



وعمدتهم في ذلك الاستحسان فقد جاء في «الهداية»:

«لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس، قال الزيلعي: وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم»^(١).

ولا يخفى كما بينا في باب الاستحسان أن الأحناف يطلقون مصطلح الاستحسان على ما عدل به عن القياس لمصلحة أو ترك الدليل لمصلحة.

وحاصل القول في هذه المسألة استثناء الأجير المشترك من قاعدة: «الأجر والضمان لا يجتمعان».

أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان عدم التعدي، أما الآخرون فتقاربت أقوالهم في تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس وصيانة لأموالهم.

المطلب الثاني

المثال الثاني: قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»

١ - شرح القاعدة:

الولاية: بالفتح معناها لغة: النصر، وبالكسر معناها: السلطة والتمكن^(٢).

وشرعاً: نفاذ التصرف على الغير شاء أم أبى. وتكون خاصة وعامة:

الولاية الخاصة: هي سلطة شرعية يسوغ لصاحبها التصرف بالشئ محل الولاية تصرفاً نافذاً^(٣). وهي في النفس والمال معاً أو في المال فقط،

(١) «الهداية» (٧/٢٠٠ - ٢٠٥).

(٢) «مختار الصحاح» مادة و ل ي.

(٣) «شرح المجلة» للأناسي م(٥٩) (١/١٤٧)، «شرح القواعد» للزرقا (٣١١ - ٣١٢)، «المدخل الفقهي» لحجي الكردي (٨٦ - ٨٧).

وتقسيم ذلك على أربعة أضرب، قوية فيهما، وضعيفة فيهما وقوية في إحداهما، ضعيفة في الأخرى.

أما القوية فيهما: فولاية الأب ثم الجد - أب الأب - وإن علا، فإنهما يملكان على هذا الترتيب تزويج الصغار والتصرف في أموالهم على ما عرف في النكاح والوصايا بشرط حرية، وتكليف، واتحاد في الدين.

الولاية الضعيفة فيهما: ولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو من الأقارب وكان هناك أقرب منه له، فإنه يلي التصرف في نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة يتمكن بموجبها تأديبه، ودفعه في حرفة تليق بأمثاله، ويشترى له ما لا بد منه، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله.

الولاية القوية في النفس الضعيفة في المال: فولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام فإنهم يملكون التصرف في نفس الصغير والمعتوه بشرط الكفاءة ومهر المثل، ويملكون هم وأوصياؤهم شراء ما لا بد منه للصغير وقبض الهبة والصدقة وحفظ ماله دون التصرف فيه ولو موروثاً له من قبل موصيهم^(١).

أما القوية في المال الضعيفة في النفس: فولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي على الصغار فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف كتصرف من كانوا في حجره من الأجانب.

أما ولاية المال فقط، فولاية متولي الوقف في مال الوقف، وولاية الوصي في مال الكبير والغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة، إلا لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين^(٢).

أما الولاية العامة: وهي ولاية السلطان، والقاضي، والموظفين العاميين نيابة عن المسلمين.

(١) «شرح القواعد» للزرقا (٣١٢).

(٢) المرجع السابق.

فولاية القاضي بالنسبة لمتولي الوقف، ووصي اليتيم، وولي الصغير ولاية عامة وأعم منها ولاية السلطان أو إمام المسلمين الإمام الأعظم.

وكلما كانت الولاية المرتبة بالشيء أخص وأقوى مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده، فهي أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم، فتكون الولاية العامة كأنها انفكت عما خصصت له الولاية الخاصة، ولم يبق لها إلا الإشراف، فالقوة بحسب الخصوصية لا الرتبة^(١).

وهذه القاعدة تشير إلى ضابط الولاية وهو: إذا تعارضت ولاية عامة وولاية خاصة، كانت الولاية الخاصة هي الأقوى وهي المقدمة، وكذلك فإن الولاية الخاصة أوسع صلاحية في التصرفات من الولاية العامة. وعليه:

- إذا اختلف في زواج الصغير الولي والقاضي قدم الولي لقوة ولايته وكذلك التصرف في المال.

- وإذا أذنت الفتاة البالغة لأبيها بتزويجها من غير الكفاءة فزوجها جاز ولزم. فإذا أذنت للقاضي بذلك لم يلزم لأن القاضي لا يملك ذلك بخلاف الولي حفاظاً على حقه.

- لولي الدم أن يعفو عن القاتل المتعمد فيسقط القصاص بذلك وليس للقاضي أن يعفو عن القاتل إذا لم يكن للقتيل ولي دم، ولكن يقتصر أو يصالح.

٢ - الاستثناء: تطبيق القاضي على المولي:

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات تكون الولاية العامة فيها أقوى من الولاية الخاصة، وذلك لأدلة خاصة، من ذلك:

١ - الإقراض من مال القاصر، فإن للقاضي أن يقرض من مال القاصر لمن شاء وليس للوصي ذلك، وذلك لأن القاضي قادر على تحصيل الدين لشوخته وليس الوصي كذلك.

(١) «شرح المجلة» للأناسي (١/١٤٧).

٢ - للقاضي إيجار عقار الوقف مدة طويلة، وكذلك عقار القاصر، وليس للمولي ولا للناظر إيجار عقار الوقف أكثر من سنة إن كان مسكناً، وثلاث سنوات إذا كان أرضاً زراعية، وذلك خشية أن يظن بالمستأجر ملكيته للعقار المستأجر مما تفوت معه مصلحة الوقف وذلك غير وارد في حق الإمام والقاضي لشوكتهما^(١).

ملاحظة: على أن هذه القاعدة مضبوطة بقاعدة عامة مشهورة أيضاً: «أن تصرف القاضي على الرعية منوط بالمصلحة».

وبناء على هذه القاعدة فقد أجاز الفقهاء للقاضي أن يطلق عن المولي إذا أبى الفيء أو الطلاق دفعاً للضرر عن الزوجة استثناء من الأصل الذي جعل الطلاق بيد الزوج فهو الذي حوّل له الشرع السلطة في رفع أو حل النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظه المخصوصة وفق شروطه المعروفة، فسلطته في الطلاق الخاصة وسلطة القاضي عامة وقدمت هنا سلطة القاضي العامة على سلطة الزوج التي هي خاصة وأقوى بناء على المصلحة إذ الشرع جاء برفع الضرر على المكلف، والزوج إذا أبى الفية أو التطليق كان هذا إضراراً بالزوجة ولا يرفع هذا الضرر إلا بالتطليق على الزوج، وللقاضي في هذه الحالة السلطة في التصرف بمقتضى المصلحة.

تفصيل مسألة تطليق القاضي على المولي:

معنى الإيلاء:

الإيلاء والتألي: الحلف والقسم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى﴾ [النور: ٢٢]، وفي الحديث: «أين المتألي على الله لا يفعل المعروف»^(٢). قاله عليه السلام حين سمع صوت خصم

(١) «المدخل الفقهي» (٨٨).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح، رقم (٢٧٠٥).

بالباب يستوضح أحدهما الآخر، ويستترفه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل، والله لا أفعل.

والإيلاء في الشرع: «حلف الزوج المكلف القادر على الوطء عادة، على ترك وطء زوجته مدة تزيد على أربعة أشهر لقصد الإضرار».

ويكون الإيلاء بكل لفظ يدل على امتناع الرجل من وطء زوجته مصحوباً بيمين سواء كان اللفظ الدال على امتناع الوطء صريحاً، مثل لفظ: «لا أطأها ولا أجامعها، أو ضمناً مثل: لا أغتسل منها من جنابة». وسواء كان اليمين بالله أو بصفة من صفاته، أو كان بطلاق أو صدقة، مثل: صيغ التعليق والنذر، فإن الفقهاء يسمونها: يمينا، كأن يقول الزوج: إن وطئها فعليه صيام كذا، أو صدقة بألف دينار أو زوجته طالق... إلخ. والمدة كذلك قد تكون صريحة في مدة الإيلاء، مثل الحلف على ألا يقربها خمسة شهور أو أزيد، وقد تكون غير صريحة كأن يحلف ألا يطأها حتى يرجع فلان من سفره، فيكون مولياً إذا لم يقدم فلان قبل أربعة أشهر، وتحسب المدة من وقت اليمين.

ولا يكون الإيلاء إلا باليمين على ترك الوطء مدة الإيلاء كاملة^(١).

حكم الإيلاء ورفع الضرر عن المرأة:

أحكام الإيلاء في الشريعة الإسلامية الهدف منها رفع الظلم عن المرأة ومنع الإضرار بها، إذ كان الرجل في الجاهلية إذا كره المرأة وأراد إضرارها، حلف ألا يقربها، فيتركها معلقة، لا هي مطلقة، ولا هي ذات زوج، ويتزوج هو غيرها وينزول الآية التي ذكر الله فيها الإيلاء، وضع القرآن حداً لما كان يفعله الناس في الجاهلية، وجعل للحالف على هجر امرأته أمداً لا يتجاوز الأربعة أشهر فإن زاد فهو مخير، إما أن يرجع إلى زوجته ويكفر يمينه، وإما أن يطلق ولا يمسكها اعتداءً وضراراً وهو معنى

(١) «مدونة الفقه المالكي» (٣/٣٥ - ٣٧).

قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (٢٢٦) وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧].

فإذا أصر الزوج على عدم التطلق ظلماً وضرار وأمر الطلاق بيده فقد جعل الشارع الحكيم للمرأة الحق أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها ضرر من الزوج، وجعل للقاضي الحق في أن يطلق على الزوج على الرغم منه إذا ثبت له الضرر، وهو ما تقتضيه نصوص القرآن التي تأمر بالعدل والإحسان والعشرة بالمعروف وطبقاً للقاعدة الشرعية الشهيرة: «لا ضرر ولا ضرار».

وترك الجماع كما سوء العشرة، وعدم الإنفاق على الزوجة، وغياب الزوج مدة معينة حددها الفقهاء أسباب يحق بموجبها للمرأة أن ترفع دعوى الطلاق على الزوج وللقاضي حينئذٍ كامل التصرف في إثبات دعوى الضرر والإجراءات التنفيذية إذا ثبت ذلك لديه ليس مجال تفصيلها هنا.

فذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية والحنابلة على الأصح في المذهب إلى أن الرجل إذا آلى من امرأته، ومضت مدة الإيلاء ورفع الأمر إلى القاضي فطلب منه أن يطلق أو يفئ، فأبى، فإن للقاضي أن يطلق عليه.

وقال أهل الظاهر: «لا يطلق عليه القاضي، وإنما يحبسه حتى يطلقها بنفسه».

جاء في «المحلى»:

«فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره لا حاكم ولا غير حاكم، وقال: إما أن يفئ وإما أن يطلق، فالواجب أن يجبر على أيهما شاء ولا بد، فإن الله عز وجل يقول: ﴿وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]. فجعل عزيمة الطلاق إلى الزوج المولي لا إلى غيره»^(١).

(١) «المحلى» (١١/٢٥٠ - ٢٥١).

وهي رواية لأحمد.

قال ابن قدامة:

«وعن أحمد رواية أخرى: ليس للحاكم الطلاق عليه وإنما يحبس
ويضيق عليه حتى يفي أو يطلق»^(١).

أما عمدة المالكية فالنظر إلى المصلحة المرسله وقد صرحوا بذلك في
مراجعهم. أما الشافعية والحنابلة فقاوسا المسألة على سائر الحقوق التي تجب
على المكلف وامتنع على أدائها وهي مما يقبل النيابة أو يصح الإجار عليها
فإن أبي فللحاكم أن يوقع ذلك بالنيابة ودفعاً للضرر، فقد اعتمدوا ظاهراً على
القياس لكن في الحقيقة أن الأصل الذي وصلوا إليه هو المصلحة.

قال ابن رشد:

«من راعي الضرر الداخل على ذلك من النساء قال: يطلق السلطان
وهو نظر إلى المصلحة العامة، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل،
والمنقول عن مالك العمل به»^(٢).

وفي «الشرح الكبير»:

«فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة فإن امتنع منها أمر بالطلاق فإن
امتنع طلق عليه الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه»^(٣).

أما في مذهب الشافعية:

فقال الإمام الشافعي في «الأم»:

«إذا آلى الرجل من امرأته، فمضت أربعة أشهر وقف عليه وقيل له:
إن فتت وإلا فطلق، فإن فاء، وإلا قلت له: طلق، فإن طلق لزمه الطلاق،
وإن لم يطلق طلق عليه السلطان واحدة. فقال: وإنما جعلت له أن يطلق

(١) «المغني» (٨/٥٤٣).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/١٠١).

(٣) «الشرح الكبير» (٢/٤٣٦).

عليه واحدة، لأنه كان على المولي أن يفيء أو يطلق، فإذا كان الحاكم لا يقدر على الفيئة إلا به، فإذا امتنع قدر على الطلاق عليه ولزمه حكم الطلاق، كما نأخذ منه كل شيء وجب عليه أن يعطيه، من حد، وقصاص، ومال، وبيع، وغيره، إذا امتنع من أن يعطيه، وكما يشهد على طلاقه فيطلق عليه، وهو ممتنع من الطلاق جاحد له»^(١).

وقول الشربيني في «مغني المحتاج» أوضح في اعتماد الشافعية على المصلحة برفع الضرر إذ يقول:

«وأن للقاضي - إذا رفعته إليه - يطلق عليه طلقة نيابة عنه، لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة، لأنها لا تدخل تحت الإيجاب والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع، كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل»^(٢).

وعند الحنابلة، قال ابن قدامة:

«ولنا ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين. قال: وهذا أصح في المذهب، وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها، وإنما الحاكم يستوفي لها الحق عند طلبها»^(٣).

ومجمل هذا الاستدلال من جمهور العلماء يصب في أصل واحد وهو مصلحة الزوجة ورفع الضرر عنها، وقد تولاهما القاضي استثناء بسبب هذه المصلحة بموجب ولايته العامة لأن الأصل من له ولاية على محل الطلاق هو الزوج. ويمكن اعتبار هذه الجزئية فرد من أفراد قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» وهو ما أشرنا إليه في بداية البحث من استثناء جزئية من قاعدة ما لأنها بدخولها في قاعدة أخرى أولى.

(١) «الأم» (٢٥٦/٥).

(٢) «مغني المحتاج» (٣٥١/٣).

(٣) «المغني» (٥٤٣/٨).

ملاحظة: رأي الحنفية في هذه المسألة غير وارد؛ لأن الطلاق يقع على المولي منها حكماً بانتهاء مدة الإيلاء.

المطلب الثالث

المثال الثالث: قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»

١ - شرح القاعدة:

القاعدة نص حديث نبوي شريف وهي ركن في رفع الخصومات في باب القضاء.

والقاعدة تبين أن المدعي بالحق لا تقبل دعواه ولا يحكم له بالحق المدعى به إلا إذا أثبتها بالبينة، أما المنكر للحق وهو المدعى عليه فيأمكنه رد دعوى المدعي يمينه إذا لم يثبتها المدعي بالبينة^(١).

وقد اتفق جمهور الفقهاء من أحناف وحنابلة وشافعية على أنه إذا كانت الدعوى في الأموال ولم يكن للمدعي بينة وجبت اليمين على المدعى عليه عملاً بالقاعدة التي هي نص حديث.

٢ - الاستثناء: عدم تحليف المدعى عليه إذا لم يكن بينه وبين المدعي خلطة:

غير أن الإمام مالك رحمه الله أخرج واستثنى من تحليف المدعى عليه من لم تكن بينه وبين المدعي مخالطة، وقال: «لا يحلف المدعى عليه إلا إذا كانت بينه وبين المدعي مخالطة»، وقد بنى مذهبه هذا على النظر إلى المصلحة.

قال ابن رشد:

«قال مالك: لا تجب اليمين إلا بالمخالطة، وقال بها السبعة من فقهاء

(١) سبق شرح القاعدة وتخريج الحديث في مبحث الاستثناء بسبب النص.

المدينة، وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة، لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنت بعضهم بعضاً وإذابة بعضهم بعضاً»^(١).

وقد روى رحمه الله في «موطئه» عن جميل بن عبدالرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبدالعزيز وهو يقضي بين الناس، فإذا جاءه الرجل يدعي على رجل حقاً نظر، فإن كان بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف الذي ادعى عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه، قال مالك: «وعلى ذلك الأمر عندنا. قال الزرقاني: وبه قال فقهاء المدينة السبعة وغيرهم»^(٢).

وقد ذكر الإمام ابن القيم في الطرق الحكمية أنه مذهب علي بن أبي طالب^(٣).

وقد برر الزرقاني رحمه الله بقوله:

«كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء، فيجروهم إلى الحاكم طمعاً في ابتزاز أموالهم فاشترطت الخلطة لهذه المفسدة»^(٤).

وقد دعم الإمام مالك رحمه الله مذهبه هذا بعمل أهل المدينة الذي هو أصل قوي في مذهبه إذ يقدمه على خبر الآحاد في كثير من الأحيان يدل على ذلك قوله: «وعلى ذلك الأمر عندنا».

ويدخل في معنى المخالطة الصانع وتجار السوق لأنهم نصبوا أنفسهم للناس^(٥).

وعمدة الأئمة الثلاثة عموم قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، فإنه يتناول كل مدعى عليه، ولم يفرق النبي ﷺ بين مدعى عليه وآخر.

(١) «بداية المجتهد» (٤٧٣/٢).

(٢) «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣٨٦/١).

(٣) «الطرق الحكمية في مذهب أهل المدينة في الدعاوى» ص (١٠٠).

(٤) المرجع السابق.

(٥) انظر: «مواهب الجليل» (١٢٧/٤).

قال الشافعي:

«ووجدت النبي ﷺ يقول: «واليمين على المدعى عليه»، فلا يجوز أن تكون على مدعى عليه دون مدعى عليه إلا بخبر لازم يفرق بينهما، وبما أنه لا يوجد خبر يفرق بين مدعى عليه وآخر وجب الحكم باليمين على كل مدعى عليه حيث لا بينة للمدعي.

وورد أنه ﷺ سأل المدعي: «ألك بينة؟»، فقال: لا. فقال: «لك يمينه»^(١).

وجه الاستدلال بهذه الرواية: أنه ﷺ رتب وجوب اليمين على فقد البينة ولم يستفسر عن شيء سوى ذلك.

وقال في موضع آخر: «وسواء كانت بينهما مخالطة أم لم تكن في إشارة إلى الرد على المالكية فيما ذهبوا إليه»^(٢).

وجاء في «المغني»:

«وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً، امرأة أو رجلاً، وقال: فإذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرئ»^(٣).

وفي «الهداية» عند الأحناف:

«إذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها فإن اعترف قضى عليه بها، وإن أنكر سأل المدعي البينة فإن أحضرها قضى بها وإن عجز عن ذلك طلب يمين خصمه استحلّفه عليها»^(٤).

(١) أخرجه البخاري (عن الأشعث بن قيس بلفظ: «فليحلف» بدل: «لك يمينه») في «صحيحه» كتاب الأيمان، باب اليمين الغموس، رقم (٦٦٧٧).

(٢) انظر: «الأم» (٢٣٩/٦).

(٣) «المغني» (١٠).

(٤) «الهداية» (١٥١/٦).

وعليه، فإن جمهور الفقهاء على الأصل العام في وجوب البيئة على المدعي واليمين على من أنكر لا فرق بين مدع وآخر، في حين اشترط المالكية المخالطة استثناء لمصلحة صيانة أموال الناس وأعراضهم خاصة وأن لهم سند معتبر عندهم وهو عمل فقهاء المدينة السبعة بذلك.

المطلب الرابع

المثال الرابع: قاعدة: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد».

(م ٩٢) من المجلة

١ - شرح القاعدة:

المباشر للفعل: المباشر هنا، المراد به: مباشر الفعل الضار الذي ينشأ عنه الضمان بنفسه دون واسطة. يضاف الفعل في الشرع إلى الفاعل ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً؛ لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها لا من حيث ذواتها ولا ينسب الفعل إلى الأمر به، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر، ولأن الأمر قد يكون سبباً والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها، لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها، لأنها موصلة إليها في الجملة والموصل دون المؤثر. فالمباشر يضمن إذا وإن كان مخطئاً سواء كان الخطأ في نفس الفعل نحو: أن يقصد صيداً فأصاب شاة لإنسان، أو في ظن الفاعل نحو: أن يظن الشاة حجراً فأصابها بسهمه أو لم يكن هذا ولا ذلك. كما لو انقلب وهو نائم على مال فأتلفه. قال: «وإن لم يتعمد» لأنه مع التعمد من باب أولى وعليه الإثم، وبدونه ضمان ولا إثم^(١).

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الأمر

(١) «شرح المجلة» للأناسي (١/٢٥٥).

مجبراً، أي: مكرهاً للفاعل على الفعل، فإذا كان مكرهاً له عليه فحينئذٍ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه لا إلى الفاعل، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره. فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الأمر إلا أن يكون الأمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذٍ إذا كان إكراهه له بملجىء، ولا معتبر بغير الملجىء^(١).

ويدخل ضمن هذا أمر السلطان، أو منفذ حكم القضاء فإن الضمان على الأمر لا على المنفذ لأنه بحكم الآلة في يده.

فالقاعدة تقرر أن المباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامناً لما نتج عن فعله من الأضرار، سواء تعمد الضرر - وهذا من باب أولى - أو لم يتعمد.

يهمنا أيضاً في هذا المثال قاعدة أخرى لصيقة بهذه من حيث ترتب آثار الفعل من حيث المباشرة والتسبب وهي: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر». وقد تقدم شرح المباشر أما المتسبب المراد به الذي كان سبباً في التعدي الموجب للضمان.

والسبب في اللغة: الحبل، ثم استعير إلى ما يتوصل به إلى الشيء^(٢). أما اصطلاحاً: فهو عند علماء الأصول: «ما توقف عليه الشيء وجوداً وعدمًا، وكان خارجاً عن ماهيته»، أو هو: «الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطاً لوجود الحكم»^(٣).

وهذه القاعدة تشير إلى أنه إذا اجتمع في إتلاف واحد مباشر وآخر متسبب تعلق الحكم وهو الضمان بالمباشر دون المتسبب، ذلك أن المباشر

(١) «شرح القواعد» للزرقا (٤٤٣ - ٤٤٤).

(٢) «المصباح المنير» مادة (سبب).

(٣) «بحوث في أصول الفقه» لأحمد حجي الكردي (١٩٢).

متعد مطلقاً. أما المتسبب فقد يكون متعدياً وقد لا يكون، ولهذا قدم المباشر عليه في حق الضمان ثم إن المباشر ألصق بالاعتداء من المتسبب لعدم الوساطة فكان أولى بالضمان.

والفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها أن الأولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر، فكان علة مؤثرة في الإلتلاف وهذه العلة من الظهور بحيث لا تدع حاجة إلى النظر إلى فاعلها وقصده أو تعمده لأن الفعل الضار المباشر ينسب إلى فاعله عادة لإحداثه إياه، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمنين لذلك. وهذا بخلاف المتسبب لأن فعله لا يتصل بذاته بمحل الضرر كالمباشر بل بأثره لذا لم يكن تسببه في إحداث الضرر ظاهر ظهور المباشرة ولا قوياً قوتها^(١).

ففعل المتسبب للضرر أضعف وأخفى من المباشر، ومع هذا الضعف والخفاء النسبي لا يرتفع إلى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور بدليل نسبة الفعل أو الضرر إلى المباشر عادة دون المتسبب لذا قدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما، وأضيف الحكم بالتضمنين إلى المباشر دون المتسبب وهذا باتفاق بين المذاهب لوجود مسوغ الترجيح عند تعارضهما وهو قوة المباشرة وظهورها^(٢).

يقول القرافي في هذا:

«أسباب الضمان إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول تقديماً للمباشرة على التسبب لأن الشريعة تقدم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره فإن القصاص يجب عليهما ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب. وكتقديم السم لإنسان في طعامه فيأكله جاهلاً به فإنه مباشر

(١) انظر: «النظريات الفقهية» للدريني ص(٢٢٠) وما بعدها في نظرية الضمان.

(٢) المرجع السابق.

بقتل نفسه وواضع السم متسبب والقصاص على المتسبب وحده»^(١).

٢ - الاستثناء: ضمان خطأ القاضي، أو خطأ القاضي في بيت المال:

إذا وبناءً على ما تقدم من كلام القرافي إذا ارتفع السبب إلى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة أضعف حكم التضمين إلى المتسبب وحده أو إليهما معاً على السواء لانتفاء سبب الترجيح استثناء من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، فقاعدة تقديم المباشر على المتسبب المتفق عليها ليست على إطلاقها، بل مقيدة بأن لا يصبح السبب في معنى العلة من حيث القوة والأثر والظهور وهو ما ينطبق على مثالنا الذي اخترنا استثناءه من القاعدة وهو: ضمان خطأ القاضي.

فإذا ما حكم القاضي بإتلاف شيء من الأموال أو النفوس بناءً على شهادة شهود، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم لو تبين ما يخل بأهليتهم للشهادة:

أ - فإن كان في الأموال: فالضمان على الشهود المتسببين وحدهم لا على القاضي المباشر للإتلاف للأسباب الآتية:

١ - لأن الشهود قد ألجأوا القاضي إلى الحكم الذي هو علة الإتلاف.

٢ - إنه ليس في عمل القاضي تعد، وهو شرط في حكم التضمين.

٣ - إن التعدي مع التسبب كانا متوافرين في الشهادة، أما التسبب فظاهر، وأما التعدي فللرجوع والتزوير، ثم ألجأوا القاضي إلى الحكم بشهادة زور فالمباشرة هنا مبنية على التسبب وكان ظهور التأثير وقوته في الشهادة لا في قضاء القاضي، فارتفعت إلى مستوى العلة من حيث الظهور

(١) «الفروق» (٢/٢٠٨). مع ملاحظة اختلاف المذاهب في مسألة القصاص في حالة القتل بالإكراه.

وقوة التأثير . وكما قيل الحاكم أسير الشاهد^(١) .

وكذا إذا كان في النفوس أو الحدود فإن القاضي هنا يضمن الشهود أرش الحد أو الدية في القصاص أو إقامة حد القذف في شهود الزنا زوراً... إلخ . لأنه يشترط لضمان بيت المال في خطأ القاضي أن لا يكون هناك من المكلفين غير القاضي من يصلح لتحمل الضمان وهنا الشهود برجوعهم يتحملون الضمان .

لكن إذا قضى القاضي بناءً على شهادة شهود ثم تبين أنهم غير عدول أو عبيد... أو ما يخل بأهليتهم ونفذ الحكم وقد قصر القاضي في السؤال عنهم والتحري عن حال الشهود فإن دية القتل أو أرش الحد في بيت المال لا في ماله استثناء من الأصل تحمل كل مكلف ضمان خطئه وذلك بناءً على المصلحة العامة إذ لو ضمنا القاضي مع كثرة الخصومات لكان في ذلك عتياً ولا تمتع الناس عن ولاية القضاء فيفسد حال الأمة فكان العدل - والشرع كله عدل - أن يكون «الغرم بالغنم»، وذلك أن صواب القاضي يقوم على الأمة بالخير فكذلك خطؤه ينبغي أن يكون على عاتقها أيضاً ما دام القاضي لم يتعمد الخطأ وهذا باتفاق العلماء .

قال القرافي : «إن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكم»^(٢) .

ولأن القاضي نائب عن الشرع، عامل لغيره، وليس في وسعه التحرز عن الوقوع في الخطأ قطعاً، وقد وجب عليه القضاء بالظاهر على وجه لو تركه يأنثم ويصير فاسقاً فإذا أتى بما وسعه في التأمل وتعديل الشهود، يسقط عنه ما وراءه فلا يؤاخذ به . ولأنه لو وجب عليه الضمان مع عجزه عن

(١) انظر: «النظريات الفقهية» للدريبي (٢٢١ - ٢٢٢).

(٢) «الفروق» (٢/٢٠٨).

التحرز لتقاعد الناس عن تقلد القضاء فيتعطل تنفيذ الأحكام ومصالح العامة وإقامة حقوق الشرع. ولأنه كالوكيل يرجع على الموكل فيما يلحقه من العهدة، فإذا وقع القضاء للعامة، فإنه يرجع في بيت المال لأنه حقهم.

قال الحصري:

«هذه قاعدة قضائية مهمة ترفع الحرج عن الحكام وخلصتها، إن خطأ القاضي غير مضمون عليه لأن تصرفه منوط بمصلحة الغير، والحديث المروي عن النبي ﷺ أنه: «إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»^(١). وفيه دليل أيضاً على أن الحاكم أو القاضي لا يغرم بخطئه»^(٢).

ونجد الإمام عز الدين بن عبدالسلام رحمه الله ينبه على هذه القاعدة في مواضع عديدة من قواعد الأحكام منها:

«أن الإمام والحاكم إذا أتلغا شيئاً من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام، لأنهما لما تصرفا صار كأن المسلمين هم المتلفون، لأن ذلك يكثر في حقهما فيتضرران به». ويقول: «وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان إلا في حق الحكام ونواب الحكام إذا غلطوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام، أو بالنيابة عن الحكام، لأن التغريم يكثر ويشق عليهم، ويزهدهم في ولاية الأموال»^(٣).

وفي المذهب الحنبلي قال ابن قدامة في «المغني»:

«إذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال، قال: لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم

(١) أخرجه الإمام مسلم من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه: «صحيح مسلم»، كتاب الأقضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم (٤٤٨٧).

(٢) «التحرير» (٣٥٦).

(٣) «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» (١٦٥/٢).

وخطأ الوكيل في حق موكله عليه، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فيوجب الضمان فيما يخطيء فيه على عاقلته إجحاف بهم فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال. وقيل على عاقلته: مخففة مؤجلة»^(١).

وعند الأحناف جاء في «البدائع»:

«الأصل أن القاضي إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف أنه لا يؤاخذ بالضمان لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة، ثم ينظر إما أن يكون المقضى به من حقوق العباد، وإما أن يكون من حقوق الله عز وجل كالقطع في السرقة، والرجم في زنا المحصن، فإن كان في حقوق العباد، فإن كان مالاً وهو قائم رده على المقضي عليه، لأن قضاءه وقع باطلاً ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترده»، ولأنه عين مال المدعى عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به وإن كان هالكاً فالضمان على المقضى له لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان، ولأنه إذ عمل له فكأن هو الذي فعل بنفسه.

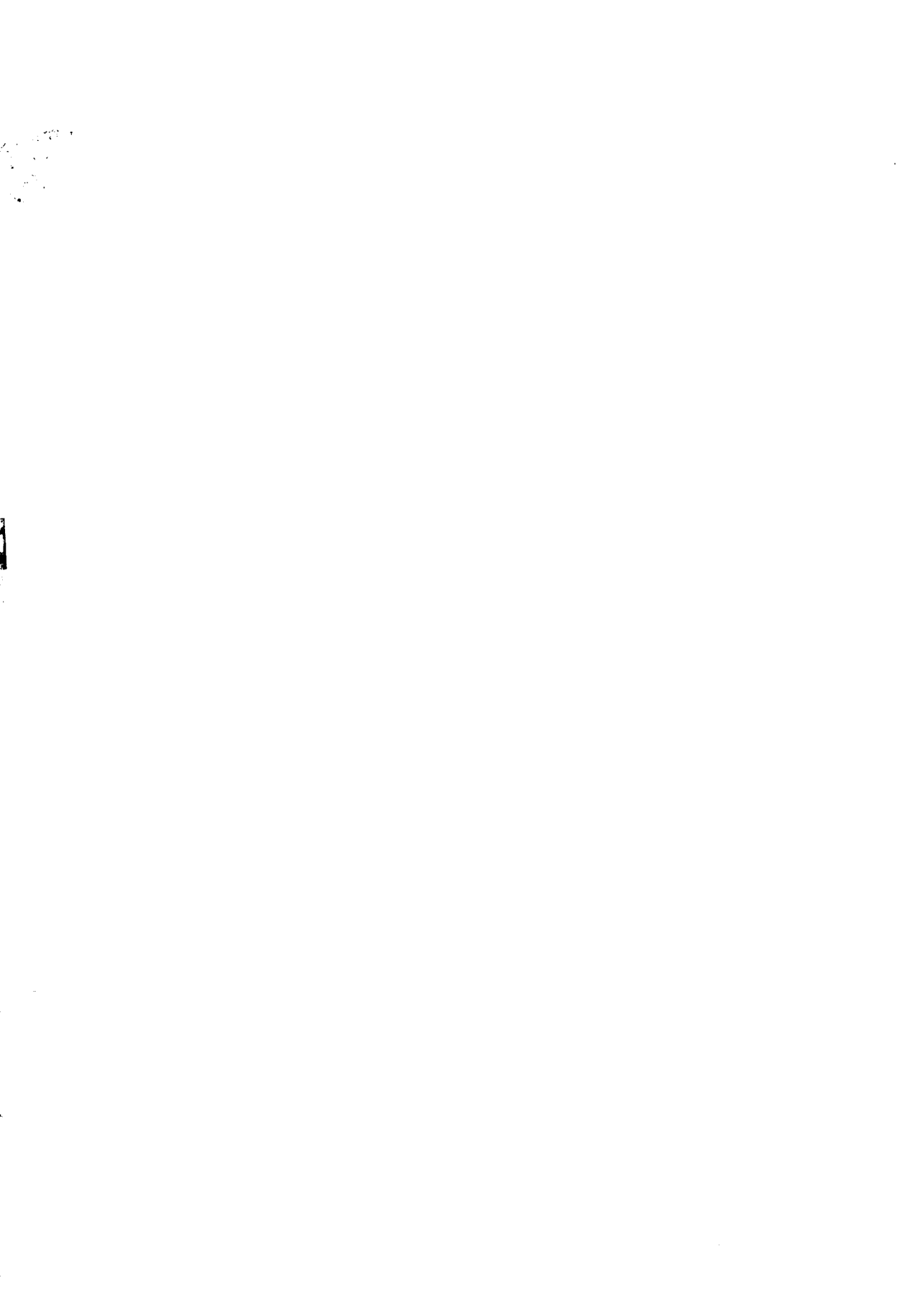
أما إذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه في بيت المال لأنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر، فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدي من بيت المال ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاذ أيضاً لأنه عمل بأمر القاضي»^(٢).

وهكذا فقد تبين أن مضمون القاعدة مبني على المصلحة العامة فاستثني من القاعدة العامة في الضمان على المتلف.



(١) «المغني» (١٢/١٥٠).

(٢) «بدائع الصنائع» (٧/٥٦).



الفصل الرابع

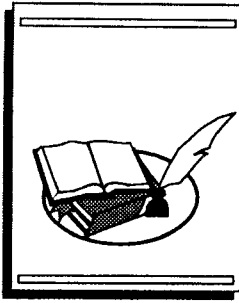
الاستثناء بسبب العرف

وفيه ما يلي :

- المبحث الأول: العرف: تعريفه، أقسامه، تحكيمه، أدلة وشروط اعتباره، الاحتجاج به.

- المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف.





المبحث الأول

العرف: تعريفه، أقسامه، تحكيمه،
أدلة وشروط اعتباره، الاحتجاج به

المطلب الأول

تعريف العرف والعادة لغةً واصطلاحاً والنسبة بينهما

أ - العرف:

لغةً: قال ابن فارس في «المقاييس»: «[العين والراء والفاء] أصلاً صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض والآخر على السكون والطمأنينة»^(١).

وقد ورد العرف في اللغة بمعان كثيرة، منها ما قال ابن منظور في «اللسان»: «عرف الرمل والجبل وكل عال: ظهره وأعالیه، قال: وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها: منبت الشعر والريش من العنق. قال: والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبساً - أي: تأنس - وتطمئن إليه، وقال: العرف والمعروف: الجود، وقيل: هو اسم ما تبذله وتسديه. قال: والعرف بالضم والعرف بالكسر: الصبر، قال الشاعر:

(١) «مقاييس اللغة (١١١/٢٨١)».

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات^(١)

قال: والعرف اسم من الاعتراف، ومن قولهم: له علي ألف عرفاً، أي: اعترافاً، قال: وطار القطا عرفاً عرفاً: بعضها خلف بعض.

وعلى الجملة فإن الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسنات وكرم من المعاني، والمعنى الأخير يشعر بمتابعة البعض للبعض^(٢).

وقد وردت كلمة «العرف» في القرآن الكريم بهذه المعاني السابقة، قال تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، قال الزمخشري: «العرف هو المعروف الجميل من الأفعال».

وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْآعْرَافِ رِجَالٌ﴾ [الأعراف: ٤٦]، قال الزجاج: أي: أعالي السور بين الجنة والنار.

وقال تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾ [المرسلات: ١]، الملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس، ويجوز أن يكون المراد: والمرسلات بالمعروف والإحسان. كذا يفهم من الألويسي^(٣).

ب - العادة:

العادة كما في «لسان العرب» هي: الديدن وهي الدأب والاستمرار على الشيء، وهي مأخوذة من العود والمعادة وتكرار الشيء حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع لذا قيل: العادة طبيعة ثانية^(٤).

اصطلاحاً: «هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية».

فإذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية وهي التي يحكم فيها العقل

(١) البيت معزو للشاعر أبو دهبيل الجمعي.

(٢) «لسان العرب» مادة عرف.

(٣) «العرف والعادة في رأي الفقهاء»: (٨ - ٩).

(٤) «المدخل» (١/٨٦٧) عن الراغب الأصفهاني في مفردات القرآن.

بهذا التكرار لم يكن عندئذٍ من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلي كحدوث الأثر كلما حدث المؤثر، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي.

والعادة حالة متكررة سواء كان منشؤها طبيعياً كإسراع البلوغ في الأقاليم الحارة وإبطائها في الباردة، أو ناشئة عن أهواء وشهوات فساد الأخلاق من كذب وأكل مال بالباطل، أو ناشئة عن حادث خاص كفضو اللحن الناشئ عن اختلاط العرب بالعجم وقد اعتبرها الفقهاء وراعاها المفتون والقضاة وقرروا ما يناسبها من أحكام^(١).

أما العرف في المعنى الاصطلاحي: فقد عرفه الأستاذ أبو سنة كما في «المستصفى» أنه: «ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(٢).

ثم قال معلقاً: يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفتة وتحقق في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.

ولا بد هنا من ملاحظة الفرق بين ما ذكره الأستاذ الزرقا عن العلاقة العقلية التي يحكم بها العقل عند تكرر حدوث الأثر كلما حدث المؤثر، وبين استحسان العقل في تعريف العرف. فالأول المقصود به علاقة التلازم والتأكيد على عدم وجود أي ارتباط بينها وبين العادة التي منشؤها طبيعة الشيء أو التطبع عليه بالتكرار. أما استحسان العقل في تعريف العرف، فهو

(١) «المدخل» (٨٧٠ - ٨٧١).

(٢) نقله الأستاذ أبو سنة عن عبدالله بن أحمد النسفي وليس عن «مستصفى الغزالي» كما يتبادر إلى الذهن.

حكمه على ما تكرر بين الناس واستقر في نفوسهم فلم يحكم بقبحه وإنكاره مما قد يفشو بين جماعة عن ضعف في نفوسهم من تعاطي منكرات أو تقاعس عن فعل الخيرات فهذا لا يسمى عرفاً لأنه تمجه الطباع السليمة وتستقبحه العقول السوية .

وعرفه الدكتور الزرقا في المدخل بأنه: «عادة جمهور قوم في قول أو فعل»^(١). يؤخذ من هذه التعريفات ما يلي:

١ - أن العرف نوع من العادة، فالعادة جنس أعم تحته أنواع من العرف كما سنوضحه في النسبة بين العرف والعادة.

٢ - تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس لا بد منه، وهو أن يكون موضوع العرف قد اعتاد أكثر القوم في مكان جريانه - وهو ما يستفاد من لفظ الجمهور - فإن لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين أكثر القوم لا يتكون به عرف معتبر بل يكون من قبيل العادة الفردية أو المشتركة - ولا تأخذ حكم العرف.

٣ - يشير التعريف إلى أن العرف أنواع قولية وعملي وهو صريح في التعريف الثاني ومستفاد من عموم لفظ «ما» في قوله ما استقر في النفوس.

٤ - أنه عرف عام، وعرف خاص وهذا مستفاد من تنكير لفظ قوم، فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة.

كما يستفاد من قوله: من قول أو فعل أن العادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختيار، كالتعامل في بعض المكيلات والموزونات أو ما يتعامل به في بعض العقود من ألفاظ ومعاملات فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الأمور الناشئة عن عوامل الطبيعة كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطيئة في الباردة فهذا الأمر وإن كان مطرداً أو غالباً فهو عادة لا عرف لعدم الاختيار والتفكير فيه، وكذا ما حدث اتفاقاً كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة ينفع لهم فدعاهم ذلك إلى

(١) «المدخل الفقهي» (١/٨٧٢).

تعارف فعلها أو بسبب حادث خاص كفشو اللحن بسبب الاختلاط .
وهو ما يستفاد أيضاً من قولهم من جهة العقول في التعريف الأول^(١) .
ويخرج بقولهم ما «استقر في النفوس» ما حصل بطريق الندرة ولم
يعتده الناس فإنه لا يعد عرفاً^(٢) .

ج - النسبة بين العرف والعادة:

أ - من العلماء من جعل العرف والعادة بمعنى واحد .

قال ابن عابدين :

«العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى
صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا
قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث
المصدر وإن اختلفا من حيث المفهوم»^(٣) .

وهذا ما يؤخذ من عطف العرف على العادة في تعريف صاحب
«المستصفى» الذي نقلنا تعريفه سابقاً في قوله: «العرف والعادة ما
استقر...» . وعلى هذا الرأي سار لفيف من المعاصرين أمثال الشيخ
أبو زهرة، والشيخ عبدالله خلاف .

قال الشيخ أبو زهرة :

«إذا اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها، فعادة الجماعة وعرفها

(١) أطلق علماء الاجتماع على كل ما تتابع الناس فيه بعضهم بعضاً سواء أكان مصدره
العقل أو الغريزة أو الصدقة والاتفاق وهو ما أطلق عليه في أصل اللغة، واقتصر
الفقهاء على ما كان مصدره العقل وخالفوا الاجتماعيين في هذا التعميم وسبب ذلك
أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث أنه قاعدة تبنى عليها الأحكام العملية
والاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره في الجماعة. انظر: «العرف والعادة في رأي
الفقهاء» ص(١٢) .

(٢) انظر: المرجع السابق و«المدخل الفقهي» .

(٣) «مجموعة رسائل ابن عابدين» (١٤٤/٢) .

متلاقيان في المؤدى»^(١).

وقال الأستاذ خلاف:

«والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد»^(٢).

ب - من العلماء من جعل بينهما عموم وخصوص وهو ما يتضح في ما قدمناه في شرح التعريف وهو أن العادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية أو المشتركة وعادة الجمهور التي هي العرف.

فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق لأن العادة أعم مطلقاً وأبدأ والعرف أخص إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً^(٣).

المطلب الثاني

أقسام العرف

ينقسم العرف إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة:

١ - باعتبار متعلقه وسببه ينقسم إلى عرف لفظي وعرف عملي:

أ - العرف اللفظي (القولوي): هو غلبة استعمال اللفظ في معنى غير معناه الأصلي حتى يصير هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاقه من غير حاجة صارفة عن إرادة المعنى الأصلي، وهو باعتبار من يصدر عنه ينقسم إلى قسمين:

(١) «مالك لأبي زهرة» ص (٤٤٧).

(٢) «مصادر التشريع لخلاف» ص (١٤٥).

(٣) انظر: «المدخل الفقهي» (١/ ٨٧٢ - ٨٧٣). «العرف والعادة» لأبي سنة (١٥).

عرف الشرع: وهو أن يغلب استعمال الشرع لفظاً في معنى غير معناه اللغوي حتى يصير هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاقه من غير قرينة صارفة عن المعنى اللغوي، مثاله: غلبة استعمال لفظ «الصلاة» في الأركان المخصوصة في عرف الشرع فإن الشرع نقل لفظها عن معناه الأصلي - وهو الدعاء - إلى الأركان المخصوصة، حتى صار هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاق اللفظ وصار المعنى الأصلي كالمهجور.

وكذا الحج فإنه في اللغة القصد، واستعمله الشارع في زيارة الكعبة في الأشهر المعلومة وبالأفعال المخصوصة فصار هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق وهجر معناه الأصلي.

أما عرف الناس: فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح هذا المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة، مثاله: استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها، فإذا أطلقت كان المراد بها: النقد الغالب في البلدة، مع أنها في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين.

ومنها: لفظ الدابة: يطلق على ذات الحافر والقوائم والإطلاق في حين أنها في اللغة تطلق على كل ما له ديبب وهكذا.

ب - العرف العملي: هو ما جرى عليه العمل بين الناس واعتادوه في بعض أعمالهم العادية ومعاملاتهم المدنية كاعتيادهم تعطيل أيام معينة من الأسبوع أو كل نوع خاص من اللحوم أو ما يجري بين الناس من عادات في بيوعهم وأنكحتهم، كأن يعتادوا أن يكون حمل المبيع الثقيل على البائع أو على المشتري وكتأجيل بعض المهر في بعض البلدان.

٢ - نقسم العرف من حيث مصدره إلى عرف عام، وعرف خاص:

أ - العرف العام: وهو ما اعتادته هيئة غير مخصوصة في سائر البلدان في أمر من الأمور.

قال ابن عابدين في نشر العرف:

« هو ما تعامله عامة أهل البلاد، سواء أكان قديماً أو حديثاً». اهـ^(١).

أي: هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور. وذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم فإنه شاع بين الناس في جميع البلدان وقد درجوا عليه من قديم الزمان.

وكذا: تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية.

ب - العرف الخاص: هو ما تعامل به فئة مخصوصة، أو ما كان في مكان دون آخر كالأعراف التي تجري بين التجار أو الصناع أو كإطلاق ألفاظ تعارف عليها أهل بلد دون آخر كلفظ الدراهم في المثال السابق^(٢).

وقسمها العلماء بتقسيمات أخرى مردها إلى الذي فصلناه.

ذكر ابن نجيم في «الأشباه» تقسيماً للسراج الهندي إلى أنها ثلاثة

أنواع:

«العرفية العامة: كوضع القدم، والعرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقص للنظار، والعرفية الشرعية: كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية لمعانيها الشرعية». اهـ^(٣).

وقسمها الشاطبي في «الموافقات» إلى عادة شرعية، وغير شرعية - في تقسيم مخالف نوعاً ما - فالشرعية هي التي كلف بها الشرع أمراً أو نهياً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، كستر العورة في الصلاة وإباحة بيع العرايا والقصاص في القتل العمد العدوان، وجعل الدية في الخطأ على العاقلة وسلب العبد أهلية الشهادة، وحكمها أنها ثابتة لا تبديل فيها ما دامت السماوات الحسن منه ما حسنه الشرع والقبیح ما قبحه وإن اختلفت فيه آراء الناس، فلا يصح أن يقال: أن القصاص في القتل العدوان وحشية تتنافى الآن وطبيعة الإنسان وما هو عليه من التمدن فيجب أن يحرم. وهذا لأن العوائد الشرعية بعد

(١) «نشر العرف» ص(٤).

(٢) «أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء» للبا ص(٢٤٧).

(٣) «الأشباه» لابن نجيم (١٠١).

النص عليها صارت من الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فتبديلها بالاستحسان والاستقباح نسخ ولا نسخ بعد وفاته ﷺ.

وعادة غير شرعية وهي التي لم يتناولها الدليل الشرعي بإثبات أو نفي. وتقسم إلى ثابتة ومبتدلة، فالثابتة هي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال كالانزجار عند الزجر وجود شهوة الطعام والشراب، والمتبدلة هي التي تختلف عما تقدم وأنواعها كثيرة، فمنها: ما يكون تبده بسبب أمر طبيعي كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة حيث تختلف بسببها العادة في إسراع البلوغ وإبطائه، ومنها: ما يكون تبده بسبب الأقوال كاختلاف الألفاظ في التعبير عن المقصود وفهمه منها بحسب الأمم وبحسب الأقاليم والطوائف كأهل العلوم والصناعات، أو في الأفعال، كالعادة في البيع بالأجل وبيع الوفاء وقبض نصف الصداق قبل الدخول، والعادة في الصنائع كبناء الدور على أشكال متجانسة أو متفاوتة، أو في الأوصاف حسناً وقبحاً، ككشف الرأس بالنسبة لذوي المروءات فإنه يقبح عند بعضهم ويحسن عند البعض.

وحكم العادات غير الشرعية أن الأحكام تبتنى عليها وتترتب على وفقها ثباتاً واختلافاً فما كان منها ثابتاً فالحكم المترتب عليه ثابت أبداً وما كان منها متبدلاً فالحكم المبتنى عليه يختلف بحسبه، كتزليل الأحكام على العادات القولية في الأيمان والعقود والفسوخ صراحة وكناية، وككشف الرأس يكون قادحاً في العدالة عند من يستقبحه، غير قادح عند من يستحسنه^(١).

المطلب الثالث

تحكيم العرف

يعتبر العرف في نظر الشريعة الإسلامية مستند لكثير من الأحكام

(١) «الموافقات» (٢/٢١٥ - ٢١٦).

العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه وله سلطان واسع في توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقييدها. فالعرف، تولده الحاجات المتجددة المتطورة، ثم يكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، وينير محجة القضاء كما أن العرف لا تغني عنه نصوص التشريع والتقنين، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات كما أن كثيراً من أحكامها الآمرة نفسها مبني على العرف ويتبدل الحكم فيه بتبدله.

وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه حتى باب الجرائم والعقوبات ففي جريمة التعدي على الكرامة بالإهانة والشتم يعتبر من الكلام جريمة يستحق قائلها عقوبة تعزيرية ما يعتبر في عرف الناس شتماً والعقوبة التعزيرية شرعاً، القدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم^(١).

جاء في «الأشباه»:

«واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في «الأصول» في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة»^(٢).

المطلب الرابع

أدلة اعتبار العرف

استدل على اعتبار العرف أصلاً من أصول الأحكام بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر نبيه ﷺ أن يأمر بالعرف، وهو ما تعرفه

(١) انظر: «المدخل» (١/٨٧٩ - ٨٨٠).

(٢) ابن نجيم (١٠١).

الناس واستطابته نفوسهم، فمراعاته هي مقتضى الأمر في الآية الكريمة وهو دلالة اعتباره في الشرع.

وأما السنّة فقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١). ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أن ما تعارفه المسلمون وكان مستحسناً بينهم فهو حسن عند الله، وما كان حسناً عند الله فهو مشروع.

لكن هذا الاحتجاج لم يسلم فقد وردت عليه عدة انتقادات أهمها: أنه إن كان ظاهر المراد من الآية أنها العادات التي تعامل بها الناس وعرفوها من جهة العقل ليست عين ما عرف أنه من الدين، ولا يستلزمها، فلا دلالة للآية على المطلوب.

وقد فسر العرف بتفاسير عديدة، منها: كل ما عرفته من الوحي، ومنها: الأخلاق الحسنة، ومنها: كلمة لا إله إلا الله، وتفاسير أخرى لا مجال للتخصيص ببعضها دون بعض.

أما الحديث: فقد طعن في رفعه كما طعن في دلالة على المطلوب. قال العلائي: «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف إنما هو قول ابن مسعود موقوفاً عليه».

أما الطعن في دلالة فلأن المراد بالمسلمين في الحديث المجتهدون لا مطلق المسلمين بقريئة إسناد الرأي إليهم، والرأي في عرف الصحابة - والحديث موقوف على ابن مسعود - عرفه ابن القيم بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تعارض فيه الأمارات. وذلك كالاستنباط من طريق القياس والمصلحة وسد الذرائع وهذا لا يكون إلا من المجتهدين وحينئذ يكون المعنى وارد في إجماع أهل الحل والعقد منهم - أي: من المسلمين - وذلك الإجماع وهو غير محل النزاع.

ويجوز أن تكون «اللام» في المسلمين للعهد والمعهود هو الصحابة فيكون المراد من المسلمين هم الصحابة.

(١) سبق تخريجه في «الاستثناء بسبب الاستحسان» ص (١٨٩).

ومجمل القول: أن الحديث إما وارد في الإجماع أو في الصحابة وكل هذا لا يتنهض دليلاً على اعتبار العرف^(١).

وقد سلك الأستاذ أبو سنة في اعتبار العرف بناءً على ما يستنبط من نصوص الشرع في اعتبار العرف مسلكاً حصر فيه استعمالات الفقهاء للعرف بأربعة أنواع أوجزها فيما يلي:

١ - العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً:

وهذا النوع مرده إلى الأدلة الشرعية الصحيحة، كالسنة التقريرية والإجماع العملي أو المصلحة المرسلة، أو أصل الإباحة. ضرب لذلك أمثلة: من إقرار النبي ﷺ التعامل بالمضاربة إذ بعث والناس يتعاملون بها، وبالاستصناع في الإجماع العملي، وقد ذكر المشقة في نزاع الناس عن عاداتهم وما استنبطه الفقهاء من النصوص في التيسير ورفع الحرج ومراعاة مصالح الناس وما اعتادوا عليه.

ثم استنتج أن قول الفقهاء يجوز كذا للعرف ليس استدلالاً به وإنما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعي، وأن قول الفقهاء في نزاع الناس عن عاداتهم حرج عظيم إشارة إلى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر، وحاصلة التعليل بالمشقة لحكم التيسير وهو نظير التعليل بالمصلحة المرسلة خاصة عند المالكية الذين لم يشترطوا في المصلحة أن تكون ضرورية.

٢ - العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث:

والأصل فيه نصوص الشرع التي يستلزم تطبيقها الرجوع إلى الشرع، منها: قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾. [المائدة: ٨٩]، فأحال الشارع في تقدير الوسط من الطعام إلى العرف والآيات في هذا كثيرة.

(١) انظر: «العرف والعادة» لأبي سنة (٣١ - ٣٢).

ومنها: قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»، أي: القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية.

فهذه النصوص تدل على أن الشارع اعتبر العرف مرجعاً في تطبيق الأحكام المطلقة.

٣ - الاتفاق على اعتبار العرف القولي في التخصيص والتقييد:

ومرده أن المتكلم يستعمل اللفظ في معناه المتعارف عليه مكاناً وزماناً وقد هجرت حقيقته اللغوية وقد بينا ذلك في العرف القولي.

٤ - مثله الاتفاق على صحة بعض التصرفات اعتماداً على ما جرى به العرف:

كدخول الحمام مع عدم التصريح بعقد الإجارة، وتناول الضيف الطعام المقدم له إذن عرفي في تناوله.

فاعتبار هذا النوع من العرف بمعنى أن قيامه بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف عاقداً أو حالفاً أو غيرهما بما يفيد مضمونه، فإذا كان العرف في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل إلى أول الشهر كان ذلك اشتراطاً للتأجيل في العقد من غير تصريح به لجريان العرف.

ثم خلص في الأخير إلى أن معنى اعتبار الفقهاء للعرف كونه قاعدة فقهية محكمة^(١). أي: ليس أصلاً قائماً بذاته كغيره من أصول الفقه إنما أخذت حجيتها من استقراء النصوص التي استلزم تطبيقها الرجوع إلى العرف، وفي ذلك اعتبار للشارع للعرف ثم اعتبار الشارع للأسباب العادية ورعايته لمصالح الناس التي إذا ما خولفت شق ذلك على الناس وكان تكليفاً بما لا يطاق كما يقول الشاطبي في الاستدلال على اعتبار العرف من لدن الشارع الحكيم^(٢).

(١) «العرف والعادة» لأبي سنة: (٥٦ - ٥٥) بتصرف.

(٢) انظر: «الموافقات» (٢/٢٨٦ - ٢٨٧).

شروط اعتبار العرف

ولكون العرف إنما اعتبر بمواصفات معينة وليس مطلقاً فلا بد من شروط تتوفر لاعتبار العرف المراد تحكيمه في الوقائع. ويمكن إجمالها فيما يلي:

١ - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً: ومعنى الاطراد: أن يكون العمل به لدى متعارفيه مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها. ومعنى الغلبة: أن يكون جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن جميعها، وليس معناه جميع القوم أو أغلبهم. لأن شيوع العرف ركن أساسي لا يتحقق بدونه سواء كان عرفاً عاماً أو خاصاً قولياً، أو فعلياً.

قال السيوطي في «الأشباه»:

«إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا». اهـ^(١).

٢ - أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف، أي: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها معمولاً به، أي: بأن يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف لذلك قال الفقهاء: «لا عبرة بالعرف الطارئ»^(٢).

ولذلك نبه العلماء إلى أنه لا يجوز تفسير النصوص الشرعية بما طرأ من أعراف الناس أخيراً بل يجب أن تفهم على ضوء الدلالة اللغوية والعرفية لها في عصر صدورهما، ولا عبرة بما طرأ من الأعراف التي تقتضي تبدل مفاهيم بعض الألفاظ.

قال القرافي في هذا: «دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١٠١).

(٢) المصدر السابق (٦٨) و«أشباه ابن نجيم» (١١٠).

العرف ناسخ للغة والناس يقدم على المنسوخ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على التقود المعتادة وقت العقد ولا عبرة بتبدل العادات بعده في التقود كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات»^(١).

كذلك نصوص العباد لا يجوز أن تفسر إلا حسب ما يقتضيه عرف الاستعمال السائد إبان حدوثها وإن تغير بعد، وعليه فإن ألفاظ الوقف والوصايا ونحوها يجب أن تفسر طبقاً لعرف المتصرفين السائد في زمانهم دون نظر إلى ما طرأ وتغير بعدها.

٣ - أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، أي: أن لا يوجد بين المتعاقدين عند إنشاء العقد تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى عليه العرف، لأن دلالة اللفظ أقوى من دلالة العرف فيقدم صريح اللفظ عليه. فإذا كان العرف مثلاً تقسيط الثمن وصرح المتعاقدان بنقده حالاً فلا عبرة بالعرف.

قال ابن عبدالسلام في «قواعد الأحكام»: «كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»^(٢).

٤ - أن لا يخالف نصاً من نصوص الشرع مخالفة يستحيل معها الجمع بينهما، فلا عبرة حينئذ بهذا العرف كاعتياد الناس وفسو التعامل بالربا بينهم فإنه عرف فاسد لا عبرة به لأنه يخالف نصاً صريحاً في تحريم الربا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وغيره مما اعتاده الناس مما هو مخالف للشرع، فالاختلاط بين النساء والرجال وغيرها من المنكرات التي اعتادوا عليها وصارت معروفاً بينهم فلا التفات إليها بل يجب تغييرها والقضاء عليها.

وهذا الشرط يجزنا إلى حالات:

(١) «الفروق»: (٧٦/١)، وانظر: «المدخل» للزرقا (٢/٨٧٨).

(٢) «قواعد الأحكام» (٢/١٨٦).

أ - تعارض العرف مع النص:

١ - أن يخالف العرف النص من سائر الأوجه ويصطدم معه فهذا عرف فاسد مردود.

٢ - أن يخالف العرف النص من بعض الوجوه دون بعض فهذا مخصص للنص كما في جواز السلم والعرايا.

٣ - أن يكون النص الذي جاء العرف بمخالفته مبنياً على العرف والعادة السائدين في زمان نزوله فإنه عند بعض الأئمة يترك النص ويصار إلى العرف إذا تبدلت بتبدل الزمان، وفيه تفصيل للأئمة يطول ذكره وليس مجاله هذا البحث.

٤ - أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي، وكثير منها ما بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان المجتهد في الزمان الذي حدث فيه العرف لقال بخلاف ما قال أولاً فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة ولو خالفت حكماً سابقاً مبنياً على عرف مخالف، وهذا كله مبني على قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان».

مثاله: إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين إذ لو اشتغلوا بغير أجره لزم ضياعهم وعيالهم، ولو اشتغلوا بحرفة أخرى ضاع العلم والدين فأفتوا بجوازه، وكذا الإمامة والأذان^(١).

ب - تعارض العرف واللغة:

ذكر الأستاذ أبو سنة أن الأصوليين حكوا الاتفاق على أن العرف يخصص العام ويقيد المطلق، وتترك له حقيقة اللفظ إذا كان عرفاً قولياً، وذكر أن للشافعية اختلاف في بعض الفروع. قال السيوطي في «الأشباه

(١) انظر: «غاية المأمول في توضيح الفروع على الأصول» (٤٥٤). وسيأتي في نهاية هذا المبحث.

والنظائر» تحت عنوان: فصل في تعارض العرف واللغة: من أن في ذلك وجهين؛ أحدهما: وإليه ذهب القاضي حسين، الحقيقة اللفظية مقدمة عملاً بالوضع اللغوي، والثاني: وعليه البغوي، أن الدلالة العرفية مقدمة لأن العرف يحكم في التصرفات سيما في الأيمان.

وقد اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف كما أنهم أجمعوا على أن النية لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان.

هذا في العرف اللغوي، أما العرف العملي: فإنه يقيد المطلق ويخصص العام إن كان العرف عاماً أما إذا كان خاصاً فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد كمن حلف لا يأكل خبزاً ولا يلبس ثوباً، فحنت بأكل خبز الشعير، ولبس الكتان، ولو كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير^(١). وقد فصل الأستاذ أبو سنة القول في هذا وساق أمثلة لأقوال العلماء وليس مجال تفصيله هنا.

المطلب السادس

الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية

إن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف وتحكيمه في فهم نصوص الشرع وبناء شطر عظيم من الأحكام عليه.

قال القرافي رحمه الله: «أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها»^(٢).

في المذهب المالكي: يعتبر العرف أصلاً مهما تبني عليه الأحكام ويخصص ويقيد الأثر.

قال صاحب «الذخيرة» في تعليل جواز الشرط في البيع إذا كان

(١) «العرف والعادة» (٩١ - ١٢٣) وما بعدها.

(٢) «الفروق» (٧٦/١).

متعارفاً: «لأن التعارف والتعامل حجة يترك بها القياس ويخص به الأثر». وقال: «في الشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»^(١).

وعد القرافي أدلة مشروعية التصرفات - أي: الأدلة التي انبنت عليها الأحكام - تسعة عشر وعد منها العوائد^(٢).

وقد نقلنا كلام الشاطبي عند تقسيمه العادات وقال بمشروعية العوائد الجارية واعتبارها شرعاً.

وفروع المذهب زاخرة بالأمثلة على ذلك:

فقد أرجع تقدير الحرز في السرقة إلى ما اعتاده الناس في الحفظ، قال ابن رشد: «الحرز عند مالك بالجملة هو: كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه»^(٣).

وقالوا بجبر الزوجة على الإرضاع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، واستثنوا ذوات الأقدار والشرف إلا أن يكون الولد لا يقبل إلا ثديها وعلله القرطبي بالعرف والعادة.

ورد رب المال والعامل في مقدار الربح في المضاربة عند الاختلاف إلى تحكيم العرف ويكون القول قول العامل مع يمينه إن جرى عرف بمثل ما يدعيه.

جاء في «الموطأ»: «قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فربح فيه ربحاً، فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك على أن لك الثلث، قال مالك: القول قول العامل وعليه اليمين إذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحواً مما يتقارض عليه الناس»^(٤).

(١) نقله الأستاذ أبو سنة في «العرف والعادة» ص (٣٥).

(٢) «تنقيح الفصول» (١٩٨).

(٣) «بداية المجتهد» (٤٤٠/٢).

(٤) «الموطأ» (٤٩٢).

ولقد عقد ابن القيم في كتابه «إعلام الموقعين» فصلاً بعنوان: تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وساق أمثلة كثيرة لهذه القاعدة من فقه المذاهب ثم ختم الفصل بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف. قال: «وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد النقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل، أضر ما على أديان الناس وأبدانهم، والله المستعان»^(١).

في المذهب الحنفي: الحنفية كالمالكية يقولون بمراعاة العرف بل يعتبرونه أصلاً من أصول المذهب حتى قال ابن الهمام في «شرح الهداية»: «العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص»^(٢).

ونقل الشيخ أبو زهرة في كتابه «أبو حنيفة» كلام سهل بن مزاحم يصف أصول مذهب أبي حنيفة رحمه الله قال: «كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من الفتح والنظر في معاملات الناس وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم، يمضي الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون». قال أبو زهرة: «وفي الجملة: إن ذلك النص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدرأ من مصادر الاستنباط، وأصلاً من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه»^(٣).

وقال ابن عابدين في نشر العرف: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في «الأصول»: في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة، هكذا

(١) «إعلام الموقعين» (١٩/٣).

(٢) «فتح القدير» (١٥٧/٦).

(٣) «أبو حنيفة» لأبي زهرة (٣٥٠).

في «الأشباه»، وقال في الشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وفي «المبسوط»: الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(١).

وقد نقل الأستاذ أبو سنة مجموعة من أمثلة عند الحنفية في احتجاجهم بالعرف أذكر منها ما يلي:

قال فخر الدين الزيلعي في دليل شرعية المضاربة: «فإنه ﷺ بعث والناس يتعاملونها، فتركهم عليها وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم».

وقال أيضاً في تعليل قول أبي يوسف ومحمد والرواية عن أبي حنيفة بجواز بيع أراضي مكة ما نصه: «وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج»^(٢).

وقال في «المبسوط» من باب البيوع إذا كان فيها شرط ما نصه:

«وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً كما لو اشترى نعلًا وشراكاً على أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأنه في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً».

وقال في «آداب القاضي»: «وأقرب ما قيل في حق المجتهد: أن يكون حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنّة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيباً في القياس عالماً بعرف الناس»^(٣).

في المذهب الشافعي: الشافعية أيضاً يرجعون إلى العرف في ضبط الأحكام وتفسير بعض الألفاظ. وقد ذكر السيوطي ضمن القواعد التي أسس عليها الفقه عند الشافعية قاعدة: «العادة محكمة»، وقال في أثناء الحديث عنها: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه الفقه في مسائل لا تعد كثرة»^(٤).

(١) «نشر العرف» ص (٣).

(٢) «العرف والعادة» لأبي سنة (٣٤ - ٣٥).

(٣) «المبسوط» (١٣ - ١٤) و (١٦ - ٦٢).

(٤) «الأشباه والنظائر» (٩٩).

وقد عقد العز بن عبدالسلام في كتابه «القواعد» فصلاً طويلاً بعنوان: تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما. فقال في تحكيم الأيمان إلى العرف: «قاعدة الأيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة»، وقال: «قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف». وذكر أمثلة كثيرة يرجع فيها في الفقه الشافعي إلى العرف كالضابط في حفظ الودائع والأمانات والحرز في السرقة وفي إجارة وسائل النقل يحمل على المعتاد من المسافة والأماكن وما يحق للمستأجر تحميله واستصناع الصناعات وغيرها مما جعل ضابطه العرف^(١).

في المذهب الحنبلي: رجع فقهاؤهم فيها إلى العرف في استدلالهم على الأحكام.

قال ابن القيم رحمه الله: «وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع». ثم عدد منها نقد البلد، وتقديم الطعام إلى الضيف، وعدد أمثلة متفق على بعضها، ومختلف على بعضها الآخر، وساق الشواهد الكثيرة لذلك. وقال في موضع آخر في الإفتاء: «لا يجوز للمفتي أن يفتي في الإقرار والأيمان والوصايا وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف أهلها والمتكلمين بها، فيحملها على ما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتاده وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية فمتى لم يفعل ذلك ضل وأضل»^(٢).

وفي الفقه الحنبلي ما يشهد لاعتبار العرف منها: ما جاء في «المغني» لابن قدامة في البيع بالمعاطة قوله:

«ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم

(١) انظر: «قواعد الأحكام» (١٢٦/٢) وما بعدها.

(٢) «إعلام الموقعين» (٢٢٨/٤).

وبياعاتهم على ذلك»^(١).

الخلاصة: والخلاصة بعد ذكر النصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة وعرض بعض المسائل الفقهية يتضح أن جميع الأئمة متفقون على مراعاة العرف على الجملة لذا قال القرافي: «أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك» وقد بيناه.

أما قول بعضهم بتوسع المذهب المالكي أكثر من غيره في اعتبار العرف إنما هو تابع لتوسعهم في مراعاة المصلحة المرسله باعتبار أن المصلحة أحد مدارك العرف بل أن العرف يعتبر ضرباً من ضروب المصلحة، وهو ما نقلناه عن العلماء في قولهم بأن نزع الناس عن أعرافهم فيه من الحرج والتضييق على الناس.

إنما الخلاف بينهم في بعض المسائل الفرعية التي مبناه على العرف لاختلافهم في مدى سلطانه وقوته إذا عارضه أصل آخر، أو لاختلاف العرف نفسه أو في وجوده أو عدمه، أو اطراده واضطرابه، وسنرى ذلك عند التعرض للأمثلة التطبيقية في استثناء المسائل بسبب إعمال العرف من القواعد العامة للفقهاء.

وفي آخر هذا العرض للاحتجاج بالعرف أذكر مجموعة من القواعد التي تعتبر ضابطاً لكثير من المسائل الفرعية عند الفقهاء.

١ - العادة محكمة (م٣٦). وتضبطها: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت» م٤١.

٢ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م٤٣).

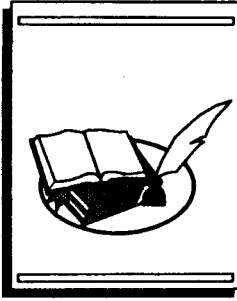
٣ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م٤٥).

٤ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م٤٤).

٥ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (م٣٩). وهذا أهم مجالات

العرف.

(١) «المغني» (٦/٤).



المبحث الثاني

مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف

تمهيد:

بناءً على ما أوضحناه من سلطان للعرف وتحكيمه في بناء الأحكام الفقهية من تخصيص وتقييد وتفسير للنصوص التي أحالها الشرع لحكم العرف بل جعلها بعضهم بمنزلة الإجماع كما نقلنا ذلك عن ابن الهمام، وإن اجتهادات الفقهاء ترجح العرف على القياس وهو الذي يستند إلى النص ولو بطريق غير مباشر - عن طريق العلة -، فالأصل القياسي مثلاً يمنع بيع النحل ودود القر قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفدع لعدم ماليتهما، لكن الفقهاء أجازوها لما رأوا من تعامل الناس بها بيعاً وشراءً وكذا القياس يقضي بنجاسة نجو الحمام قياساً على نجو الدجاج لكن عفي عنه، كما قال السرخسي:

«تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها...»^(١).

وذكر القرافي في «الأحكام» عن مالك أن الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها فالقول للزوج مع أن القياس عدم القبض، لكن العرف

(١) انظر: «العرف والعادة» (فصل العرف والقياس) ص (١٣٢) وما بعدها، و«المدونة» (١٦٢/٢).

يقضي بأن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض صداقها أو جزءاً منه^(١).
وغيرها من الأمثلة التي ترك فيها القياس لأجل العرف.

وقد يكون عند الأحناف من قبيل الاستحسان الذي تترك فيها الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف أو عند المالكية الذين يتركون الأدلة القياسية للمصلحة أو الضرورة.

يقول الإمام ابن عابدين في هذا:

«الاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة، والعرف غالباً دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض»^(٢).

أقول: فإذا كان هذا هو حال العرف ومنزلته من الأصول الاجتهادية فمن باب أولى أن يكون سبباً قوياً لاستثناء بعض الجزئيات من حكم كلياتها. لأن الأحكام الكلية جزء من هذه المنظومة الاجتهادية والتي مردها إلى استقراء النصوص أو قد تكون نصوصاً، فلا بد أن يسري عليها الحكم السابق في منزلة العرف من النص، من تخصيص أو تقييد أو تفسير ويتوضح ذلك بالأمثلة التطبيقية التالية:

المطلب الأول

المثال الأول: قاعدة: «الإقرار حجة قاصرة»

١ - شرح القاعدة:

وردت هذه بالفاظ مختلفة عند العلماء نذكر منها:

(١) «الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» سؤال (٣٩) ص(٦٨).

(٢) «نشر العرف» لابن عابدين (١١٦/٢).

١ - الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حق^(١).

٢ - إقرار الإنسان على نفسه مقبول، وعلى غيره غير مقبول^(٢) أو مردود^(٣).

٣ - الإقرار حجة في حق المقر كقضاء القاضي^(٤).

٤ - الإقرار حجة قاصرة - أي: على المقر - والبينة حجة متعدية^(٥).

معنى الإقرار، أقر بالحق: اعترف به، فالإقرار في اللغة هو الاعتراف من الإنسان على نفسه بحق غيره أو بفعل نفسه، ويقابل الإقرار الإنكار^(٦).

اصطلاحاً: الإقرار في اصطلاح الشرع هو معناه في اللغة، أي: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيقر لفلان بدين عليه، ولفلان بأنه ابنه أو أخوه.

وقد ذكر الإمام ابن عبد البر هذه القاعدة مقرونة بالآية: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزِرْ وَاِزْرَةً وَلَا نُزِرْ أُخْرَى﴾^(٧). [الأنعام: ١٦٤].

وفي السنّة حكم النبي ﷺ بالإقرار بقوله: «أغد يا أنيس على امرأة هذا فسلها، فإن اعترفت فارجمها»^(٨)، ورجم النبي ﷺ ماعز والغامدية بإقرارهما.

(١) «أصول الكرخي» (مطبوع مع تأسيس النظر) ص(١١٢).

(٢) «أشباه السيوطي» (٤٦٤).

(٣) «المنثور» للزركشي (١/١٨٧).

(٤) «أشباه ابن نجيم» (٢٦٥).

(٥) المجلة المادة (٧٧) - «المدخل الفقهي» الفقرة (٦٦٧).

(٦) «المصباح» مادة ق ر.

(٧) «قواعد الندوي» (١٢٥) نقلاً عن «التمهيد» (٨/١٨٧).

(٨) رواه الجماعة: البخاري في كتاب الحدود، باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحدّ غائباً عنه رقم (٦٨٥٩)، مسلم باب الحدود رقم (٤٤٣٥)، أبو داود رقم (٤٤٤٥)، الترمذي رقم (١٤٣٣)، ابن ماجه رقم (٢٥٤٩).

وإذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالإقرار وهو من الريبة أبعاد وأولى.

والقاعدة مادة قضائية مهمة جداً في مجال العقوبات والجنايات.

والإقرار أقوى حجج وبراهين الإثبات، إذا كان الإقرار اختياراً دون إكراه.

غير أن القاعدة تدل على أن الإقرار يصلح دليلاً لإثبات الحق فيما يخص المقر وحجة ملزمة وبرهان قاطع في حق المقر، لأن الإنسان العاقل المختار لا يعترف ولا يقر على نفسه بحق لغيره أو بفعل لنفسه يستحق عليه العقوبة كاذباً^(١).

والإقرار حجة في حق المقر ولا تتجاوز إلى غيره، فمن أقر لآخر بحق مشترك له عليه وعلى شريكه وأنكر الشريك ثبت الحق عليه فقط ولم يثبت على شريكه، ومن أقر لآخر بأنه أخوه وأنكر الأب ذلك، لم يثبت النسب من الأب إلا في حق المقر فقط، فإذا مات الأب شارك المقر له المقر في حصة من الميراث، ولم يشارك الورثة الآخرين^(٢).

٢ - الاستثناء: إقرار أب أو وصي البكر بقبض مهرها:

ذكر الزرقا في المدخل مسائل تعدى فيها حكم الإقرار إلى الغير منها:

أنه لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها فإنه حجة عليها وتبرأ به من ذمة الزوج. ومبنى ذلك هو أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وأن من ملك القبض ملك الإقرار به^(٣).

وقبض صداق البكر من قبل أبيها أمر متفق عليه بين المذاهب والعرف يخول له وللجد عند عدم الأب بالقبض والتصرف لأنه محل الشفقة عليها ولحياتها من مباشرة أمور النكاح بنفسها والصداق تبع له.

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٢٧) و«المدخل» (١٢٠).

(٢) انظر: المراجع السابقة في القواعد.

(٣) الزرقا في «المدخل» الفقرة (٦٦٧).

وقد صرح بذلك صاحب «البدائع» فقال: «وللأب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ويبرأ الزوج بقبضه، أما الصغيرة فلا شك فيه لأن له ولاية التصرف في مالها، وأما البالغة فلأنها تستحي من المطالبة به بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضا بقبض الأب كما جعل رضا بالنكاح، ولأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب لأنه يقبض مهرها فيضم إليه أمثالاً فيجهزها به، هذا هو الظاهر فكان مأذوناً بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك القبض ولا يبرأ الزوج وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه. وإن كانت ابنته عاقلة وهي ثيب فالقبض إليها لا إلى الأب ويبرأ الزوج بدفعه إليها لا إلى الأب، وما سوى الأب والجد من الأولياء ليس لهم ولاية القبض سواء كانت صغيرة أو كبيرة»^(١).

وفي «المجموع» عند الشافعية: أن ولاية النكاح تثبت للأب والجد بالنص والإجماع لكمال شفقتهم وشفقة غير الأب والجد قاصرة وقال: إن كانت المنكوحة صغيرة أو راشدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها، وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها، وقالوا في البكر البالغة أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة، وهو الذي ذهب إليه المالكية إذ يقولون بأن ولاية الأب على ابنته البكر ولاية إجبار فله أن يزوجه بأقل من مهر المثل كما له أن يضع من صداق ابنته البكر خلافاً لأبي حنيفة^(٢).
ومن له مثل هذا السلطان في التصرف في المهر فله الإقرار أيضاً من باب أولى.

بل جوز المالكية أن يضمن الأب مهر ابنته، قال ابن عرفة في إنكاحه ابنته في مرضه ضامناً مهرها: «صحيح»، وقال مالك: «يثبت في ثلثه». وقال اللخمي: «إن ضمن عن الزوج صداق ابنته في صحته ثم مات ولم يخلف شيئاً كان الزوج بالخيار بين أن يدفع ذلك إليها أو يفارقها ولا شيء عليه».

(١) «بدائع الصنائع»: (٣/٢٠٤).

(٢) «المجموع» (١٨/٢٠). انظر: «بداية المجتهد» (٢/١٦).

وقال ابن لبابة في جواز قبض الأب مهر ابنته البكر: «أن الأصل الذي أوجب الرضا بالصداق هو الرضا بالزوج والصداق فرع له، وحكم الفرع أن يكون تابعاً للأصل، فلما كان صماتها يجزىء في الأصل كان الصداق تابعاً له»^(١).

وفي مسألة العفو عن نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول لمن يقول: إن المخاطب في الآية هو الولي، دلالة على أن للولي سلطة التصرف في مهر البنت من قبض وعفو وبالتالي إقرار من باب أولى.

وذلك في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى...﴾ [البقرة: ٢٣٧].

والعفو في كلام العرب بمعنى: الإسقاط، أو الهبة واختلف فيمن بيده عقدة النكاح المقصود بالآية، فقال مالك والشافعي في القديم وأحمد في أحد قوليه: هو الولي، وقالوا: لو كان المقصود هو الزوج لقال: إلا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم إلى الغائب دل على أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، ولأنه لا ولاية للزوج عليها بعد الطلاق.

ووضع صاحب المجموع شروط خمسة، فقال: إذا قلنا: إنه الولي، لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط ذكر منها:

١ - أن يكون - الذي يعفو - أباً أو جداً، لأنهما لا يتهمان فيما يريان من الحظ للولد ومن سواهما متهم.

٢ - أن تكون بكرةً فأما الشيب فلا يجوز العفو عن مالها، لأنه لا يملك الولي تزويجها.

٣ - أن تكون صغيرة أو مجنونة، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو

(١) انظر: «التاج والإكليل شرح مختصر خليل» (١/٦٣٣).

عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال^(١).

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في أحد قوليهِ: أن المقصود هنا هو الزوج لأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج، فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس إلى الولي منه شيء لأنه ليس له التصرف إلا بما فيه مصلحة ولاحظ لها في هذا الإسقاط^(٢).

وعليه فإن قوة سلطان العرف في هذه المسألة أخرج هذه الجزئية من حكم قاعدة: «الإقرار حجة قاصرة» إذ أن ولاية النكاح وكمال شفقة الأب والجد على الصغيرة يجعل العرف قاضياً على القاعدة في هذه المسألة.

المطلب الثاني

المثال الثاني: قاعدة: «البينة على المدعي

واليمين على المدعى عليه (على من أنكر)»^(٣)

١ - شرح القاعدة:

هذه سبق شرحها وإنما أكتفي بذكر ما له علاقة بهذه المسألة.

اتفق الفقهاء على أن الصداق يجب على الزوج بالدخول أو الموت.

أما وجوبه بالدخول فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتَهُمْ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾ [النساء: ٢٠، ٢١].

(١) انظر: «المجموع» (٢١/١٨) وما بعدهما و«المغني» (٧٠/٨)، و«بداية المجتهد» (٢/٢٥ - ٢٦).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القاعدة سبق شرحها.

أما وجوبه بالموت فلانعقاد الإجماع على ذلك^(١).

فإذا اختلف الزوجان في قبض المهر بعد الدخول فالقاعدة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر وبه قال جمهور الفقهاء.

٢ - الاستثناء: اختلاف الزوجين في قبض المهر بعد الدخول:

استثنى المالكية هذه المسألة معتمدين على العرف فقد جاء في «المدونة»: «قال: أرأيت إذا تزوج الرجل المرأة فدخل بها فادعت أنها لم تقبض من مهرها شيئاً، وقال الزوج: قد دفعت إليك جميع الصداق؟ قال: قال مالك: «القول قول الزوج»، قال مالك: «وليس يكتب الناس في الصداق البراءات». قال ابن القاسم: «لأنها مكنته من نفسها»^(٢).

وفسر ذلك ابن رشد في «بداية المجتهد» قال: «قال أصحاب مالك: إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع المهر»^(٣).

وقال جمهور الفقهاء: «القول قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئه منه»، وتمسكوا بالحديث الذي هو نص القاعدة.

جاء في «المغني»: «وجملة ذلك أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها، سواء ادعى أنه وفي لها، أو أبرأته منه، أو قال: لا تستحق علي شيئاً، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده. وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا: إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة

(١) «بداية المجتهد» (٢٢/٢).

(٢) «المدونة» (٢٣٦/٢).

(٣) «بداية المجتهد» (٣١/٢).

يقطع الصداق، وبه قال مالك، قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة، أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة، لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه.

ولنا أن النبي ﷺ قال: «اليمين على المدعى عليه»، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول^(١).

وتمسك الشافعية باستصحاب عدم الأصلي.

جاء في «المجموع»: «إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فادعى الزوج وقال: أقبضتك مهرك فأنكرت، وقالت: لم أقبضه، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تقبضه، لأن الأصل عدم القبض، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده»^(٢).

واحتج القرافي رحمه الله بعدم مخالفة المالكية للحديث الذي هو نص القاعدة، فأجاب في تهذيب الفروق بالفروق بين المدعي والمدعى عليه: بأن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أحدهما، ويقرب من هذا قول بعض فقهاءنا المدعي من يتمسك بخلاف الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وعليه فلا مخالفة للحديث، لأن من ادعى شيئاً وشهد له العرف ثبتت له يد اختصاص وصار مدعى عليه^(٣).

وخالف الجمهور فقالوا: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» يدل على أن من ادعى شيئاً كان عليه البينة ولا يمين عليه وإن شهد له العرف^(٤).

(١) «المغني» (٤٣/٨ - ٤٤).

(٢) «المجموع» (١٥٩/١٨).

(٣) انظر: «الفروق» (١٨٩/١).

(٤) انظر: «العرف والعادة» ص (١٥٧)، و«نصب الرأية» للزيلعي أو كتاب «الدعوى»،

و«مذهب الشيرازي» (٣٣٥/٢).

المثال الثالث: قاعدة: «التابع تابع»^(١) (٤٧م)

١ - شرح القاعدة:

التابع: هو ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تابع لوجود غيره، فإن كان جزءاً مما يضره التبعض، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء وذلك كالجنين، وكالفص للخاتم فلو أقر بخاتم دخل فسه، أو كان وصفاً فيه كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار وكالعجول للبقرة الحلوب، والمفتاح للقفل والجفن للسيف.

ومعنى القاعدة: أن ما كان تابعاً لغيره في الوجود سواء كان جزءاً من متبوعه أو من ضمنه أو ضروراته ولوازمه، أو فرعاً له فإنه لا يفرد بالحكم. ومنها القاعدة: «التابع لا يفرد بالحكم» بل إن الحكم الذي يثبت لأصله يثبت له ويسري عليه.

ومن تطبيقاتها:

- إذا بيعت دابة في بطنها حمل يدخل الحمل في البيع تبعاً لأمه ولا يجوز إفراده بالبيع.

- إذا أقر إنسان لآخر بشاه دخل في الإقرار معها حكماً صوفها وحليها.

- إذا اشترى داراً دخل فيها كل ما وضع فيها للاستقرار من رفوف ونوافذ وأبواب، فيسري عليها حكم البيع وفقاً للقاعدة. وكذا الشرب والطريق، أي: حق المرور يدخلان في بيع الأرض تبعاً.

(١) «أشباه السيوطي» ص(١٧٧)، ابن نجيم (١٢٠)، المجلة المادة (٤٧)، «قواعد الونشريسي» «إيضاح المسالك» (٥٢)، «قواعد ابن رجب» (٨٤) - قواعد الزركشي «المتشور» (٢٣٤).

- لو أخطأ الإمام في الصلاة بما يوجب سجود السهو وجب السجود
للسهو أيضاً على المقتدي تبعاً لإمامه^(١).

- اختلف في حكم نماء الرهن، فيسري عليه حكم الرهن تبعاً للقاعدة
عند الحنفية وخالف الأئمة الثلاثة استثناء من القاعدة واحتج المالكية لذلك
بالعرف.

وسوف أفصل المسألة فيما يلي:

الرهن:

تعريفه لغةً: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن، أي: راكد، ونعمة
راهنه، أي: ثابتة دائمة، وهو أيضاً اللزوم والحبس، وكل شيء محبوس
فهو مرهون. قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]، أي:
محبوسة بكسبها، فمعتقها أو موبقها ويجمع على رهان، ورهن، وقرىء
بهما في قوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. [البقرة: ٢٨٣]، وسمي الرهن رهناً
لأنه محبوس في الدين، ممنوع مالكة من التصرف فيه.

والرهن في عرف الشرع: «جعل المال وثيقة في دين، ليستوفى منه
عند تعذر وفائه»^(٢).

مشروعيته: الرهن مشروع حضراً وسفراً، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى
سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وتقييد الرهن بالسفر في
الآية خرج مخرج الغالب، لأن السفر هو الحالة التي يغلب معها عدم وجود
الكاتب لوثيقة الدين فحاجة الناس إلى الرهن في السفر أشد منها في الحضر
وليس ذكره في السفر دلالة على عدم جواز الرهن في الحضر، ففي السنة
روت عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً

(١) انظر: «شرح القاعدة وتطبيقاتها»: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا ص(٢٥٣)، «المدخل
الفقهي» للكردي (٩٨ - ٩٩)، «موسوعة القواعد الفقهية» للبورنو (٥٧/٣)، «أشباه ابن
نجيم» (١٣٣)، «شرح المجلة» للأتاسي (١٠٧) وما بعدها.

(٢) انظر: «المغني» كتاب الرهن (٣٩٧/٤) و«مدونة الفقه المالكية وأدلته» (٦٢٦/٣).

ورهنه درعه»^(١).

وفي البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه كان يقول: «الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدر إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٢).

وأجمع المسلمون على جواز التعامل به في الجملة.

حكمه: جائز في السفر والحضر، سواء كان مشروطاً أو متبرعاً به، وليس واجباً لأنه وثيقة بالدين لقوله تعالى: ﴿إِن أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمْنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٢ - الاستثناء: حكم نماء الرهن وزوائده:

نماء الرهن بعضه يدخل في الرهن اتفاقاً وبعضه لا يدخل. فالنماء المتصل، كسمن الدابة ونماء الصغير من الحيوان فهو يتبع الرهن اتفاقاً أما النماء المنفصل مثل: الثمرة في الشجر المرهون، ومثل: الغلة والولد هل يدخل في الرهن أم لا؟

فذهب أبو حنيفة وأحمد إلى أن جميع ما كان من زوائد الرهن ونمائه في يد المرتهن يكون رهنأ كأصله، وعمدتهم أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصول، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة وكذا الثمر واللبن والصوف لأنه متولد وحادث من عين الرهن فيسري إليه حكم الرهن^(٣).

جاء في «الهداية»: «ونماء الرهن للراهن، وهو مثل: الولد والتمر

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في «صحيحه»: كتاب السلم، باب الرهن في السلم وفيه: «إلى أجل معلوم ورهنه درعاً من حديد» رقم (٢٢٥٢)، ومسلم في «صحيحه»: باب جواز الرهن في الحظر والسفر رقم (٤١١٧).

(٢) البخاري في «صحيحه»: كتاب الرهن في الحظر، باب الرهن مركوب ومحلوب، رقم (٢٥١٢).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/٢٧٦).

واللبن والصوف لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل تابع له فيثبت له حكمه فيكون ملكاً للراهن ويدخل في الرهن، لأن الأصل أن الأوصاف المستقرة في الأمهات تسري إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها»^(١).

وفي «المغني» لابن قدامة: «وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمره الشجرة المرهونة من الرهن. وقال: جملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم - أي: في العبد - والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر، وقال: لأنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك في البيع، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاء»^(٢).

وبها يكون الأحناف والحنابلة يطبقون القاعدة ويجعلون أن هذا الفرع جزئي من حكم القاعدة الكلية: «التابع تابع»، والتابع لا يفرد بالحكم، وفرد من أفرادها.

وذهب الشافعي إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل منه شيء في الرهن، قالوا: «لأنه نماء زائد على ما رضيه رهناً، فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد».

قال الشافعي في «الأم»: «وأصل معرفة هذا أن للمرتهن حقاً في رقبة الرهن دون غيره، وما يحدث منه - مما قد يتميز منه - غيره»^(٣).

فلو رهنه ماشية مخاضاً فنتجت فالنتاج خارج عن الرهن واحتجوا أيضاً

(١) «الهداية» (٢٣٥/٨ - ٢٤٠)، وانظر: «أثر القواعد المختلف فيها» للبغا (٣١٦ - ٣١٧).

(٢) «المغني» (٤٧٠/٤ - ٤٧١).

(٣) «الأم» للشافعي (١٤٣/٣ - ١٤٤)، «بداية المجتهد» (٢٧٦/٢)، «أثر القواعد المختلف فيها» (٣١٦).

بعموم قوله ﷺ: «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»، ويقوله ﷺ من حديث أبي هريرة الذي رواه البخاري: «الرهن مركوب ومحلوب»^(١).

قال الشافعي: «يشبه قول أبي هريرة - والله أعلم - أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها، لأن له رقبته، وهي محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرهن، ولا يُمكن الراهن برهنه إياها من الدر والظهر - الذي ليس هو الرهن - فالرهن الذي هو غير الدر والظهر»^(٢).

أما المالكية فقد استثنوا هذه الجزئية من حكم كليتها رغم قولهم بالقاعدة فيما عداها كالتطبيقات السابق ذكرها.

والسبب في ذلك رجوعهم لتحكيم العرف وعمل أهل المدينة حيث كانوا يفرقون بين ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته، فإنه داخل في الرهن حكماً كولد الجارية مع الجارية قياساً على البيع فقالوا: إن الولد حكمه حكم أمه في البيع فهو تابع لها بغير شرط وهنا عملوا بالقاعدة كالنماء المتصل.

وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن سواء كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام.

قال في «الموطأ»: «إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنيناً في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب»^(٣).

وقال: «وفرق بين الثمر وولد الجارية، أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٤). قال: والأمر

(١) ترجمة الباب: الرهن مركوب ومحلوب. كتاب الرهن في الحضر. من «صحيح البخاري» رقم (٢٥١٥) وجدته بلفظ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً. وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

(٢) «الأم» للشافعي (٣/١٤٣ - ١٤٤).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/٢٦٧)، «الموطأ»: القضاء في رهن الثمر والحيوان (٥١٧).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل رقم (٢٣٧٩).

الذي لا خلاف فيه عندنا، أن من باع وليدة أو شيئاً من الحيوان وفي بطنها جنين، أن ذلك الجنين للمشتري، اشترطه المشتري أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان، وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه^(١).

وهو حجة أخرى قوية عند المالكية وهو عمل أهل المدينة وفيه توضيح لفساد وجه القياس بين الرهن والبيع في هذه الحالة.

ومثل ذلك إخراج المالكية رهن الثمر دون الأصل من القاعدة وعمدتهم دائماً جريان العرف كما هو ثابت في قوله السابق: «إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل».

وشاركهم في هذا الشافعية والحنابلة مع شيء من الاختلاف في ما لم يبد صلاحه^(٢).

وخالفهم الأحناف فقالوا: إن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغير المرهون، والقبض في الرهن شرط كما هو معلوم.

قال في «بداية المبتدي»: «ولا يجوز رهن المتاع، ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها».

قال في «الهداية»: «لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان بمعنى الشائع». قال صاحب «العناية»: «فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في الرهن وحده، لاختلاطه بغيره»^(٣).

وهنا تجري القاعدة التابع لا يفرد بالحكم أو التابع تابع.

(١) «بداية المجتهد» (٢/٢٦٧).

(٢) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤/٤٧٠ - ٤٧١)، و«مغني المحتاج» (٢/١٢٤).

(٣) «الهداية» (٨/٢٠٣ - ٢٠٥)، «أثر القواعد المختلف فيها» ص (٣١٨).

المثال الرابع: قاعدة: «بيع المعدوم باطل»^(١). (٢٠٥م)

١ - شرح القاعدة:

أصل القاعدة نص الحديث الشريف: «نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم». وفي رواية حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢). والمراد بالمعدوم: الهالك أو المستهلك، وهو غير موجود^(٣). وفي «الدر المختار»: هو بيع ما سيملكه قبل ملكه له، إلا بطريق السلم^(٤). فبيع الهالك وغير الموجود حقيقة باطل، لا يترتب عليه شيء لأن الشرط في المبيع إمكان تسليمه وقبضه، والمعدوم لا يمكن فيه ذلك.

تطبيقات القاعدة:

منه: بيع النتاج، أي: ما سينتج من الحيوان قبل حبله إذا باع ما ستحملة هذه الفرس في المستقبل، فالبيع باطل، لأن المعقود عليه معدوم حين العقد. ومنها بيع الثمرة والزرع قبل ظهوره، لأنه معدوم.

ومثل المعدوم بيع ماله خطر العدم، فبيع الجنين في بطن أمه، واللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف باطل.

ومنه ما يعد معدوماً عرفاً كبيع ما في الثمر من نوى وما في القطن من حب، لأنه باطل لأن النوى والحب معتبر عدماً هالكاً في العرف، فإنه يقال: هذا ثمر وقطن، ولا يقال: هذا نوى في ثمره ولا حب في قطنه،

(١) المجلة المادة (٢٠٥)، «موسوعة القواعد الفقهية» (١١٨/٣).

(٢) رواه أبو داود في «سننه»: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (٣٥٠٣).

(٣) «موسوعة القواعد الفقهية» (١١٨/٣).

(٤) «المجلة» (٩٢/٢) نقلاً عن «الدر المختار».

هذا بخلاف الجوز واللوز والفسق في قشرها الأول - أي: الأعلى - فإنه يجوز.

ومن بيع المعدوم أيضاً بيع ما أصله غائب، أي: ما ينبت في باطن الأرض كجزر وفجل إذا كان لم يثبت أو ثبت ولم يعلم وجوده وقت البيع، فإذا علم جاز وله الخيار، أي: خيار الرؤية، وتكفي رؤية البعض^(١).

٢ - الاستثناء: عقد الاستصناع:

تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: طلب العمل من الصانع.

أما شرعاً: فقد اختلفت عبارات الفقهاء في هذا النوع من البيع. فقالوا: هو عقد على مبيع في الذمة. وقالوا: هو أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص، وصورة ذلك أن يطلب شخص إلى حذاء أن يصنع له حذاء ويكون الجلد من عند الصانع، ويبين له نوع المصنوع وصفته ويتفقا على الثمن.

وقولنا: مادته من عند الصانع هو احتراز عن الإجارة فإن المادة فيها من عند المستأجر وعلى الأجير العمل فقط، وقولنا: على وجه خاص، أي: جامع لشرائط الاستصناع التي هي بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته وقدره، وكونه مما جرى باستصناعه العرف. وهو احتراز عما لم يستجمع الشرائط حيث يكون استصناعاً فاسداً^(٢).

والصحيح هو التعريف الأخير لأن العقد على مبيع في الذمة هو السلم والاستصناع يختلف عنه.

قال الآتاسي: «لأن الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، لأن العقد على مبيع في

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر: «العرف والعادة» (١٧٤).

الذمة يسمى: سلماً، وهذا يسمى: استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل
اختلاف المعاني في الأصل»^(١).

مشروعيته:

اختلف العلماء في تكييف عقد الاستصناع وبالتالي في مشروعيته.
فأجازته الحنفية فيما جرى فيه العرف استثناء من الأصل فللقاعدة العامة أن لا
يشرع أصلاً للنص لأنه بيع الإنسان ما ليس عنده وقد نهى النبي ﷺ عن
ذلك، وذلك لحاجة الناس إليه وتعاملهم به استحساناً كما استثنى السلم.
وقد استصنع النبي ﷺ خاتماً ومنبراً^(٢). وتعامل الناس به من لدن
رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا. ووجه الاستحسان: الإجماع العملي وهو
قاض على القياس.

وقد ذكر الحنفية في مشروعيته تفصيلاً بين أن يذكر فيه أجل السلم
أولاً: فإن ذكر فيه أجل السلم فهو سلم مشروع بأدلة مشروعية السلم فتراعى
فيه شرائطه. وإن لم يذكر فيه أجل السلم، قال أبو حنيفة وصاحباؤه: «يجوز
فيما جرى به التعامل ولا يجوز في غيره»، وقال زفر: «لا يجوز مطلقاً»،
وهو مذهب الشافعي.

واشترطوا أن يكون العرف المجوز للاستصناع عرفاً عاماً لأنه مخصص
للنص الشرعي وقصروا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول
به عن القياس.

قال في «الهداية»: «ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو
نحو ذلك إن كان يعرف وإن كان لا يعرف فلا خير فيه». ثم قال: «وإن
استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل».

(١) «شرح المجلة» للاتاسي (٤٠٠ - ٤٠١).

(٢) رواه البخاري: كتاب الإيمان والندور، باب من حلف على الشيء، بسنده إلى ابن
عمر رضي الله عنهما ولفظ: «أن رسول الله ﷺ استصنع خاتماً من ذهب» رقم
(٦٦٥١).

قال صاحب «العناية»: «فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام»^(١).

لكن الأستاذ أبو سنة بيّن في كتابه «العرف والعادة»: أن ما جرى في عرف الناس في أي زمان يجري عليه حكم الاستصناع قال:

«الفقه أن ما جرى به العرف صح استصناعه كالخفاف والأحذية والأواني وأثاث المنزل وعدة الحرب والثياب، وأما تصريح فقهاءنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان ويشترط في العرف المجوّز للاستصناع أن يكون عاماً لأنه قاض على الدليل الشرعي»^(٢).

أما غير الحنفية من المذاهب المعتمدة: المشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد لكن أجازوه بشروط وأحقوه بالسلم.

فالمالكية ألحقوه بالسلم واشتروا فيه ما يشترط في السلم من وجوب دفع الثمن مقدماً وتأجيل السلعة إلى أجل معلوم، وعدم تعيين مادة الصنعة ولا صانع بعينه، فإذا قال مثلاً للصانع: اصنع لي أبواباً صفة خشبها كذا أو ثوباً صفة غزله كذا، وصفة صنعها كذا وكذا بثلاثة شروط:

١ - أن لا يعين خشباً أو غزلاً بعينه، كأن يقول من هذا الخشب الموجود عنده ويعينه، لأن السلم لا يكون في شيء بعينه ولكن في الذمة.

٢ - عدم تعيين الصانع الذي ينفذ العمل، لأن تعيينه يؤدي إلى الغرر فقد يتعذر عليه فيقوم مقامه غيره.

٣ - تعجيل الثمن وتأجيل السلعة إلى أجل معلوم لأن في تأجيل الثمن لأجل بعيد يصير ديناً بدين.

(١) «الهداية» (٥/٣٥٤ - ٣٥٥). وانظر: «أثر الأدلة المختلف فيها» (٣٠٨).

(٢) «العرف والعادة» (١٧٦).

جاء في «الشرح الكبير»: «يجوز الشراء من الحدّاد والنّجار والحبّاك، وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه وكذلك استصناع السيف والسرّج سلم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرّجاً كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه»^(١).

وأجازه أشهب من المالكية مع تعيين الصانع والسلعة المصنوع منها كما قالوا فيمن استأجر بناءً يبني له بيتاً والمواد من عند الصانع^(٢). وهو الأرفق بالناس.

وكذا الأمر عند الحنابلة فيما يمكن ضبطه والإحاطة به أجازوه من باب السلم وإلا فلا يجوز.

جاء في «المغني»: «ويصح السلم في النشاب والنبيل، وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونعل، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة.

قال: ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه، كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به، ولا يتفاوت كثيراً، فلا يمنع، كالثياب المنسوجة من جنسين.

وقال: إذا ثبت هذا فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حلالاً في الذمة صح ومعناه معنى السلم وإن افترقا في اللفظ»^(٣).

أما الشافعية فمنعوا الاستصناع فيما لا ينضبط مقصوده بأن يجمع أجناساً مختلفة لا يعلم مقدار كل واحد منها، بخلاف ما انضبط مقصوده بأن كان من جنس واحد كالشوب من غزل أو من جنسين معلوم مقدار

(١) «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٢١٧/٣).

(٢) انظر: المرجع السابق و«التاج والإكليل» (٥٣٩/٤).

(٣) «المغني» (٣٤٠/٤).

كل منهما واشترطوا تسليم رأس المال في المجلس لأنه سلم.

قال الشافعي رحمه الله مبيناً ما يجوز من ذلك وما لا يجوز:

«ولا بأس من أن يسلفه في طست أو تور^(١) من نحاس أحمر أو أبيض أو رصاص أو حديد ويشترطه بسعة معروفة ومضروباً أو مفرغاً، وبصفة معروفة ويصفه بالشخانة أو الرقة ويضرب له أجلاً، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده.

وقال: ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته ولا يوقف على حد بطانتها ولا تشتري هذه إلا يداً بيد.

ولا بأس أن يبتاع منه صحافاً أو قداحاً على نحو معروف وبصفة معروفة وقدر معروف من الكبر والصغر والعمق والضيقة، ويشترط أي عمل ويشترط جنس قواريرها ورقته وثخانتها، ولو كانت القوارير بوزن مع الصفة كان أحب إلي وأصح للسلف وكذلك كل ما عمل ولم يخلط بغيره^(٢).

ويصح عنده حالاً وإلى أجل لأنه سلم والسلم عنده لا يشترط فيه الأجل.

وعليه نجد أن عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة - على الصفة التي اشترطها كل واحد منهم - جائز من حيث أنه عقد سلم بشروطه وأدلته مستثنى من قاعدة «لا تبع ما ليس عندك».

هذا وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظيمة في عصرنا هذا، إذ انتشرت الصناعات وعمت المصانع وتنوعت الحاجة إليها فالمعاملة مع أصحاب المصانع والشركات والصفقات التي تعقد معها على أنواع المصنوعات أساسها عقد الاستصناع، وكذا المنشآت العمرانية والمجمعات السكنية وغيرها التي تنفذ بموجب مخططات وخرائط يتفق عليها فأصبحت الحاجة ماسة إليه ولا يمكن فصله عن الحياة.

(١) إناء كان معروفاً لديهم.

(٢) «الأم» للشافعي (١١٦/٣)، وانظر: «أثر القواعد المختلف فيها» (٣١٠).

ملحق بالبحث:

نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية

وفيه ما يلي:

تمهيد.

القاعدة الأولى: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م ٩١).

القاعدة الثانية: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م ٩٣).

القاعدة الثالثة: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً» (م ٦٩).

القاعدة الرابعة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» (م ٩٦).

القاعدة الخامسة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» (م ١١).

القاعدة السادسة: «الأصل في الصفات العارضة العدم» (م ٩).

القاعدة السابعة: «المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة» (م ٨٤).

القاعدة الثامنة: «التابع لا يفرد بالحكم» (م ٤٨).

القاعدة التاسعة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» (م ١٠٠).

تمهيد

رأيت أن أختتم هذا البحث بما وجدته ماثوفاً في الكتب المعاصرة للقواعد الفقهية ضمن الشروح لمختلف القواعد، خاصة في المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا، وكذا في شرح القواعد لوالده أحمد الزرقا من الإشارة أحياناً لتعديل قاعدة ما، وكان الغرض دائماً تقليص مستثنيات القاعدة، وبالتالي استيعابها لعدد أكبر من الفروع، من ثم ارتقاؤها في سلم الكلية وقوة دليليتها؛ لأنه كما رأينا في بدايات البحث أن أعظم ما وقف عائقاً أمام قوة دليلية القاعدة هو قولهم بأغلبيتها لخروج بعض المستثنيات منها.

وما دام بحثنا في الاستثناء في القواعد الفقهية، فإنه من المناسب بعد أن شخصنا ما يمكن أن يعد خلافاً وبحثنا أسبابه، أن نعرض على سبل التخلص من النقص، أو التخفيف منه على الأقل قدر الإمكان. لذا سوف أتعرض في هذا الملحق لمجموعة من القواعد بصيغها المعروفة، وهي متقاربة في جميع كتب القواعد المتوفرة بين أيدينا اليوم، معتمدة الصيغة الواردة في مجلة الأحكام العدلية، ثم أذكر الصيغة المعدلة المقترحة، وأثار هذا التخريج الجديد على مشتملات القاعدة.

لا ريب أن القواعد الفقهية، شأنها شأن غيرها من العلوم، لم تصنف ابتداءً على النحو الذي وصل إلينا ونراه اليوم في كتب القواعد ومصنفاتها المختصة بهذا الفن. فبنظرة بسيطة إلى صيغة القاعدة الفقهية من لدن المتقدمين، وتبعنا تطورها التاريخي، يبدو واضحاً لنا اختلاف عبارة القاعدة

وصيغتها في كتب المتقدمين عنها في كتب المتأخرين، وهذا ما يعكس التطور والصقل الذي تعرضت له حتى وصلت إلينا في هذه العبارة الدقيقة والشاملة لعدد لا يحصى من الفروع الفقهية.

وتفصيلاً لهذا، ودون الغوص في نشأة وتطور القاعدة، فهو بحث يطول وليس هذا مجاله^(١). نقول: إن القواعد الفقهية بدأت كلمات جامعة مبثوثة في كتب الأقدمين تعليلاً للأحكام في أغلب الأحيان، واستنباطاً ذكياً قائماً على الربط بين طائفة من المسائل والأقوال مما ورد على لسانه الشريف ﷺ من «جوامع الكلم» ومن نصوص الكتاب العزيز، وهما المصدر الأول للشرع، وقد بينا ذلك في مصادر القاعدة وذكرنا نماذج لذلك، وعُدت أساساً للقواعد الفقهية وأصول الشرع كافة.

إنما الذي نقصده هنا هو تطور علم من العلوم بناءً على اجتهاد ونظر واستقراء العلماء، احتاج فترة زمنية ليست بالقصيرة، نما فيها الفقه وازدهرت فروعه ونضجت مباحثه، وهذا لا ريب يُبحث فيه بعد عهد النبي ﷺ، يُتلمس في آثار العلماء واجتهادهم في استخراج أحكام الوقائع والأحداث بناءً على ما يستنبطونه من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ.

وتعتبر الكتب الفقهية هي المصادر الأولية والمراجع الأصلية التي استخلص منها المدونون تلك القواعد وجمعوها في كتب مستقلة.

إنما نعد بدايات نشأة هذا العلم من عهد الصحابة رضوان الله عليهم فنجد في عبارات الصحابة ما يعد مشاريع لقواعد هي بين أيدينا اليوم بصيغة المبادئ الدستورية كما وصفها الزرقا رحمه الله في تعريف القاعدة.

فنجد مثلاً قول سيدنا عمر: «من أخذ من الثمر شيئاً فليس عليه قطع

(١) انظر: «في نشأة وتطور القاعدة الفقهية»: «قواعد الندوي» (٩٠ - ١٥٨) فهناك تفصيل لمراحلها مع التعرض لتطور القاعدة في كل مذهب، ومبحث المسار التاريخي للقاعدة الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين ص (٢٩٨) وما بعدها.

حتى يؤديه الجرين»^(١). وقوله: «إنني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت»^(٢)، التي صاغها الإمام الشافعي فيما بعد بقوله: «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم»، وهذا أصل القاعدة التي بين أيدينا اليوم: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»^(٣)، وهذا نموذج جيد لتطور القاعدة.

ومنها قول علي رضي الله عنه: «ليس على صاحب العارية ضمان»، وهي أصل في القاعدة التي بين أيدينا اليوم: «الجواز الشرعي ينافي الضمان». (م ٩١ من المجلة).

وقوله رضي الله عنه: «إذا ساق الرجل دابته سوقاً رقيقاً فلا ضمان عليه وإذا أعنف في سوقها فأصابت فهو ضامن»^(٤)، وهي أصل لقاعدة: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد». (م ٩٤). ثم نجد في كتب أئمة المذاهب كماً وفيراً ومادة غزيرة في هذا الباب خاصة كتاب «الخراج» لأبي يوسف و«الأم» للشافعي.

فمن أمثلة ما ورد على لسان الإمام الشافعي رضي الله عنه والتي أخذت مكانها في كتب القواعد قوله: «لا ينسب إلى ساكت قول قائل، ولا عمل عامل وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله»، وقوله: «فلا ينسب الذي لم يرد عنه إلى خلافه، ولا موافقته، لأنه إذا لم يقل لم يعلم قوله، ولو جاز أن ينسب إلى موافقته جاز أن ينسب إلى خلافه»^(٥)، وكانت هذه الأقوال أساس القاعدة الفقهية: «لا ينسب إلى ساكت قول» (م ٩٧) ثم زادها العلماء

(١) «الخراج» لأبي يوسف (١٧٣). وانظر: «قواعد الباحثين» (٢٩٩).

(٢) «السيوطي في الأشباه» ص (٩٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) «المصنف» لعبد الرزاق (١٧٩/٨)، وانظر: «قواعد الباحثين» (٣٨٠).

(٥) «المصنف» لابن أبي شيبة (٢٥٩/٩).

إيضاحاً بالزيادة المعروفة: «والسكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

وقد نسبت إليه قاعدة: «إذا ضاق الأمر اتسع»^(١) (م١٨) هي أصل القاعدة: «المشقة تجلب التيسير» (م١٧)، وكذا «الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ مال الغير»^(٢)، وهي قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير». (م٣٣) من المجلة.

غير أن كتاب «الخراج» لأبي يوسف يشكل حلقة قوية في سلسلة هذا العلم ويعتبر بحق أقدم مصدر له لما حوى من عبارات فقهية رشيقة تتسم بسمات القواعد من حيث شمولها. وأسوق بعض الأمثلة كنماذج لأن المقصود في هذه العجالة ربط القواعد التي بين أيدينا بأصولها حتى نتعرف على مدى التعديل الذي تعرضت له القاعدة عبر مراحل تطورها.

لنأخذ مثلاً قوله: «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٣).

وهي نظير القاعدة: «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٤). وبينهما عموم وخصوص، إذ عدلها الأستاذ الزرقا فأخرجها من كونها خاصة بالإمام إلى العموم.

وقوله: «ليس لأحد، أي: يحدث مرجأ في ملك غيره، ولا يتخذ فيه نهراً ولا بئراً ولا مزرعة إلا بإذن صاحبه، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله».

وهذه نظير القاعدة المدونة في مجلة الأحكام العدلية بعد الصقل والتطوير والتعديل والتي تقول: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» (م٩٦).

وكما نلاحظ في التعديل هنا جعل القاعدة أشمل إذ قاعدة الخراج تفيد

(١) «الأم» (١/١٥٢).

(٢) «المشور» للزركشي (١/١٢٠ - ١٢١).

(٣) «الأم» (٢/٧٧).

(٤) «الخراج» (٧١). وانظر: «القواعد» للندوي (٩٤).

الحظر على التصرف الفعلي، في حين أن قاعدة المجلة يتسع نطاقها إلى منع التصرف القولي مع الفعل.

هكذا في كل طبقة وجد من العلماء من تميز في استدلالاته وتعليقاته للأحكام بذكاء في ربط المسائل وحسن صياغتها تعرضت من خلاله القاعدة لجهود متتابعة صقلت العبارة وعممت المفهوم. إلى بداية عهد التدوين حيث ظلت القاعدة تعوزها الصياغة القويمة.

ثم كانت معظمها قواعد مذهبية تنسجم مع مذهب دون آخر ولكل مذهب قواعده. ونضرب لذلك مثلاً حيث نجد في أصول الإمام الكرخي الحنفي وهو من أوائل ما ألف في هذا العلم مستقلاً قوله: «الأصل: أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقاً». فإذا قارناها بالصياغة الحديثة لنفس الأصل ندرك الفرق بين هذه القواعد وأصولها وهذا الأصل يمثل القاعدة المشهورة: «الإقرار حجة قاصرة» (٧٨م)^(١).

ثم استقرت القاعدة في العهد العثماني حيث وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبدالعزيز خان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد.

ورغم الصيغة العلمية التي وصلت إليها القاعدة، والصياغة الرشيقة التي تميزها، لا زالت قرائح العلماء تجود بقوالب جديدة ونظر وتقليب مستمر من تقييد لمطلق أو حذف أو إتمام أو تعديل عبارة ترتقي به القاعدة إلى شمولية أكبر ودقة أكثر.

وهذه نماذج جمعتها مما تناثر في مختلف شروح القواعد الفقهية كنماذج لهذا التعديل والذي فعلاً تقلص حجم إشكال الاستثناءات في القواعد الفقهية:

(١) «المدخل الفقهي» (٩٨٢/٢).

القاعدة الأولى

«الجواز الشرعي ينافي الضمان» (٩١م)

ومعنى القاعدة: أن الإنسان لا يترتب عليه ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزاً. وعليه لو حفر إنسان في ملكه الخاص حفرة فتردى فيها حيوان لغيره فإنه لا يضمنه، بخلاف لو حفرها في طريق عام فإنه عندئذ متعمداً على حق العامة فيضمن الضرر.

لكن هذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان الجواز مقيداً فإنه لا ينافي الضمان، ولذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذ أكله لدفع الهلاك عن نفسه من أن أكله واجب لا جائز فقط وذلك لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير، وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام، وإن كان جائزاً فهو مقيد بشرط السلامة من كل ما يمكن التحرز منه.

وبهذا التخريج تقل مستثنيات هذه القاعدة، فإن الشراح يعدون هذين الفرعين وأمثالهما من المستثنيات، وعليه ينبغي أن تصاغ القاعدة كما يلي: «الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان»^(١).

فبإضافة كلمة «المطلق» ضبط وتقييد لمفهوم القاعدة حتى يخرج منها كل ما كان جائزاً شرعاً بشروط.

القاعدة الثانية

«المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (٩٣م)

ومعنى القاعدة: أن المتلف أو فاعل ما يفضي ويوصل إلى الضرر

(١) «المدخل الفقهي» (١٠٤٥ - ١٠٤٦) ج(٢).

إما أن يكون مباشراً أو متسبباً في ذلك الضرر، فالمباشر للفعل الضار الذي ينتج عنه ضمان يعد ضامناً تعمد أم لم يتعمد وهذا ليس موضوع قاعدتنا.

أما المتسبب فهو ما لا يصلح بانفراده علة مستقلة للإتلاف، هنا ينظر إلى الفعل الذي تسبب في الإتلاف، أهو فعل مباح للفاعل أو غير مباح؟ فإن كان غير مباح له وجب الضمان عليه مطلقاً، تعمد الإضرار أم لم يتعمد، لأن قيام الاعتداء يقوم مقام قصد الإضرار، فيعتبر متعمداً حكماً فيضمن كالذي حفر بئراً في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فسقط فيها رجل فمات، فإنه يضمنه مطلقاً.

وإن كان الفعل مباحاً له نظر: إن تعمد الإضرار بالآخرين ضمن وإلا فلا، مثال ذلك: رجل له جدار مائل على الشارع، تهدم وقتل إنساناً ماراً في الشارع فإن أشهد عليه بذلك ضمن، لقيام ذلك مقام قصد الإضرار حكماً، وإن لم يشهد عليه لم يضمن، لعدم التعدي^(١).

ويرى الدكتور أحمد حجي الكردي أن مناط الضمان في حالتي التسبب والمباشرة هو التعدي فقط دون التعمد وعدمه، إلا أن التعدي في حالة المباشرة موجود في كل صورها فأنيط الحكم بها مباشرة، أما حالة التسبب، فإن التعدي قد يكون فيها وقد لا يكون، ويعلل ذلك بأن الفقهاء يفرقون بين متسبب متعمد في السبب، ومتسبب غير متعمد فيه، فألزموا بالضمان المتسبب المتعمد مطلقاً تعمد الإضرار أم لا، أما المتسبب غير المتعمد فلم يلزموه بالضمان - وأيضاً فإن الشراح يخرجون هذه الحالة من القاعدة استثناء - إلا إذا تعمد الإضرار فعلاً، لأنه ما لم يتعمد الإضرار غير متعمد فلا يضمن، فإذا تعمد الإضرار بفعله المباح له أصلاً، اعتبر متعمداً بذلك لتعسفه في استعمال حقه فلزمه الضمان لذلك، ولكي يجنب القاعدة هذا اللبس ويدخل فيها ما ليس من مفرداتها أقترح أن تكون صياغتها

(١) انظر: «شرح القواعد» للزرقا (٩٥٥)، وانظر: «شرح المجلة» (١/٢٥٦ - ٢٥٨) المادة

كالآتي: (المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي) بدلاً من التعمد لئلا يتوهم أحد أن التعمد موجب للضمان لغير التعدي^(١).

القاعدة الثالثة

«يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً» (٦٩م)

وشرح القاعدة أنه ينسب حكم الفعل إلى الفاعل، لأن الشارع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها، ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً، ولم يصح أمر الأمر، وهذه القاعدة تقرير للقاعدة الأخرى وهي: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر».

ومعناها: أنه لو أمر إنسان إنساناً آخر بالقيام بالاعتداء على ثالث فضمن آثار الاعتداء يكون على الفاعل لا الأمر، ذلك أن الفاعل المباشر للاعتداء والأمر متسبب فيه، أو هو دون المتسبب في بعض الأحوال ولهذا يكون الضمان على المباشر دونه. اللهم إلا أن يكون الأمر مكرهاً^(٢) للفاعل على الفعل إكراهاً حقيقياً فعندها يضمن الأمر دون الفاعل، لأن الفاعل يكون كآلة في يد الأمر فيكون الأمر بذلك مباشراً للاعتداء فيضمن.

هذا، ويلحق بالإكراه الحقيقي الإكراه الحكمي، والتعزير وذلك كأن يأمر بالغ عاقل صغيراً قاصراً أو مجنوناً بالاعتداء على مال ثالث، فإن الضمان يكون على الأمر لأن الصغير في يد البالغ كآلة فيكون كالمكره، وكذلك إذا كان الأمر سلطاناً، فإن الضمان يكون عليه، لأن أمره إكراه حكماً نستطانه، وكذلك إذا قال بالغ لآخر: افتح لي في هذا الجدار نافذة، ففتحتها ظاناً أن الجدار له فإذا به لغيره، فإن الضمان على الأمر، بخلاف ما لو قال له: (احفر)، دون أن يقول: (لي)، فإن الضمان على الفاعل، فإذا

(١) انظر: «المدخل الفقهي» لأحمد حجي الكردي (١١٢ - ١١٣). وفي المسألة تفصيل في فقه المذاهب فلينظر في مضانه.

(٢) الإكراه: له ضوابطه وأنواعه وأحواله ولكل منها حكم خاص في الضمان وعدمه.

كان الأمر ساكناً الدار كان غاراً مطلقاً والضمان عليه إلا أن يعلم الفاعل أن الجدار ليس للأمر^(١).

لهذا فقد اقترح الأستاذ مصطفى الزرقا ضبط هذه القاعدة بضابط آخر يجعلها أكثر شمولاً لمدلولاتها فتصبح (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً أو مغرراً) واقترح الدكتور أحمد حجي الكردي إضافة ضابط آخر إليهما يجعلها أكثر وضوحاً فتصبح (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مغرراً أو مجبراً حقيقة أو حكماً) وذلك ليدخل فيها حالة أمر السلطان أحد مواطنيه، أو أمر الكبير للصغير والمجنون، وبهذا تصير القاعدة أكثر شمولاً^(٢).

القاعدة الرابعة

« لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه » (٩٦م)

وشرح القاعدة أنه لا يجوز لأحد - أي: لا يحل له ولا يصح منه - أن يتصرف تصرفاً فعلياً في ملك الغير، سواء كان خاصاً أو مشتركاً بلا إذنه، سابقاً منه أو إجازته لاحقاً، لأن الإذن السابق توكيل، وكذا إذا غصبت عين فالواجب ردها إن كانت قائمة وضمانيها إن تلفت فإذا لحقتها إجازة المالك وكانت العين قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة وإن كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

وإن كان التصرف قولياً كبيع الفضولي فيفسر عدم الجواز بعدم النفاذ لأن تصرف الفضولي يتوقف عقده على إجازة المالك فله الخيار في قبولها أو رفضها^(٣).

(١) انظر: «شرح القواعد» للزرقا (٤٤٣) وما بعدها، و«شرح المجلة» المادة (٩٠) و«المدخل» للكردي (١١٤ - ١١٥).

(٢) انظر: «المدخل الفقهي» للكردي (١١٤ - ١١٥).

(٣) انظر: «شرح القواعد» للزرقا بتصرف (٤٦١ - ٤٦٢).

وقد صاغها الدكتور مصطفى الزرقا في المدخل بحذف الضمير، أي: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن»، قال: ليشمل إذن المالك وإذن الشارع كما قد يكون مصدر الإذن الشرع أو العرف، كما لو ذبح الراعي شاة أصيبت ولا ترجى حياتها فإنه لا يضمن لتعارف الناس على ذبحها في هذه الحال دون إذن مالكتها لضرورة الموقف.

ونفذ تصرف الولي أو الوصي على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذون به شرعاً لأنه مستند إلى ولاية^(١).

وأراد الدكتور الندوي أن تكون العبارة أكثر إيضاحاً فقال:

«فالأولى أن يقال: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن مع زيادة أو (إباحة من الشرع)، لأن هذا التعبير أوفى وأشمل، يدخل فيه إذن الشرع أو العرف، ثم إنها تحتاج إلى إضافة (أو بولاية) حتى تكون القاعدة أكثر جمعاً للفروع ويقل عدد المستثنيات منها»^(٢).

لكنني أرى أن تنكير لفظة «إذن» بحذف الضمير كاف في أن تستوعب القاعدة بعموم هذه الكلمة إذن الشرع والعرف والولاية، لأنها مستندة إلى الشرع كما أوضح الزرقا.

هذا من ناحية قوة الاستيعاب والشمولية، ومن ناحية ثانية حفاظاً على رشاقة العبارة التي بها تتميز القاعدة، والله أعلم.

القائمة الخامسة

«الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» (م ١١)

كثيراً ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى

(١) انظر: «المدخل» ج (٢) ص (١٠٤٠ - ١٠٤١).

(٢) «القواعد الفقهية» للندوي (١٥٨).

يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك. فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك، ولا يترك اليقين للشك. وقد سبق شرحها والتمثيل لها لكن أضيف هنا ما اقترحه الفقهاء من قيود تعديلاً للقاعدة وتضييقاً لمجال استثنائها^(١).

ولهذه القاعدة مستثنيات كثيرة، لأنها مقيدة في نظر الفقهاء بـ«أن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت».

فقد نقل عن العلامة علي حيدر أفندي في شرحه عن الفتاوى الولوجية في كتاب «الدعوى» ما نصه:

«الأصل في الحوادث التي يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت»^(٢).

وتتضح فائدة هذا القيد من مستثنيات هذه القاعدة، لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عن القاعدة لأن تطبيقها عليها يستلزم نقض ما هو ثابت مقرر.

فلو أخذنا مثلاً: اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع لعيب فيه بعد أن استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً فقال البائع: استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقه في الرد، وقال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب. فالقول للمشتري مع يمينه مع أن القاعد تقتضي أن القول للبائع لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته. ووجه كون القول للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده. إن

(١) انظر: «شرح القواعد الفقهية» لأحمد الزرقا (١٢٥)، و«شرح المجلة» (٢٩/١ - ٣٢).

(٢) «المدخل الفقهي العام» (٩٥٤/٢).

خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة فيتقرر بقاءه إلى أن يوجد المسقط يقيناً، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاءه إلى أن يوجد المسقط يقيناً، لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاءه إلى أن يقوم الدليل بخلافه، ودعوى البائع هنا بسقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المقرر، فلو حكمنا بقوله بناءً على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت^(١).

القائمة السادسة

«الأصل في الصفات العارضة العدم» (٩م)

جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي:

«الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه»^(٢).

فالصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، وهذه تسمى: الصفات العارضة، والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال.

ثانياً: الصفات التي يكون وجودها في الشيء، مقارنة لوجوده فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً، وهذه تسمى: الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود كبكرة الجارية والصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فالأصل فيها حينئذ البقاء.

مثال ذلك: لو اشترى إنسان من آخر سلعة، ثم ادعى المشتري أن في

(١) «شرح القواعد» للزرقا (١٢٩).

(٢) «الأشباه» للسيوطي (٦٣ - ٦٤).

السلعة عيباً قديماً لم يقبل قول المشتري حتى يثبته بيينة، لأن الأصل خلو المبيع من العيب لأنه صفة عارضة.

ومنها لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة، فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك، لأن الأصل عدمه^(١).

هذا نص القاعدة في المجلة، لكن الكثير من الفقهاء يعبرون في تعليلاتهم بلفظ «الأمر» بدلاً من «الصفات»، وهذا هو المراد بالقاعدة، فإنه لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض والعيوب، بل تشمل الأمور المستقلة كال عقود والإتلافات كما في المثال السابق.

ومثله لو تباع اثنان فادعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط في العقد لنفسه الخيار ويرد الفسخ والرد وأنكر الآخر هذا الشرط فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه، وذلك لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هي خلوه عن الشروط الزائدة فيكون عدمها هو المتقين ووجودها مشكوك فيه ويحتاج إلى إثبات^(٢).

ولهذا فصيغة القاعدة بلفظ الأمور تكون على النحو التالي: «الأصل في الأمور العارضة العدم» وبالتالي تكون أكثر شمولاً بعموم لفظ الأمر بخلاف لفظ الصفات.

القاعدة السابعة

«التابع لا يفرد بالحكم» (٤٨م)

هذه القاعدة ناطقة بمفهوم المخالفة لقاعدة التابع تابع، وهي تبين أن

(١) انظر: «شرح القواعد» للزرقا، «الأشياء والنظائر» لابن نجيم (٩٢ - ٩٣)، والسيوطي (٦٢ - ٦٣)، و«شرح المجلة» (٢٧/١ - ٢٨).

(٢) «المدخل» (٩٥٥/٢ - ٩٥٦).

التابع لا يجوز إفراده بحكم مستقل غير حكم متبوعه، وهو في حكم المعدوم لعدم استقلاله بنفسه.

هذا إذا كان جزءاً من متبوعه، فإذا لم يكن جزءاً منه كأكاف الحمار، وثياب العبد، جاز إفراده بالحكم.

فحمل البقرة تبع لأمه يدخل في بيعها تبعاً بغير نص عليه في العقد بموجب القاعدة، فلا يجوز بيعه منفرداً وكذا حق الشرب بدون الأرض، وحق المرور بدون الدار... والأمثلة كثيرة.

لكن يذكر الشراح أن هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع؛ لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة.

ونظراً: أن التابع الذي هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلاً في العقود، أي: معقوداً عليه بخصوصه.

فبيع العضو من الغنمة وهي حية باطل ولو ذبحت بعد ذلك وأمكن فصله، وبيع جنين الدابة الحامل دون أمه باطل، واستثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع.

أما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن أن يفرد بالحكم.

فمثال من ضرب بطن الحامل فأسقطت جنينها ميتاً يضمن الضارب ديته تعتبر من مستثنيات القاعدة^(١)، لكن لو أضفنا إلى القاعدة: «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يكن مقصوداً» يصير فرداً من أفرادها. ولو كان تابعاً بغير قصد، لما أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً^(٢).

وكذا يجوز بيع المفتاح دون قفله، والرص دون دابته، وإن كانا يدخلان في البيع تبعاً لها إذا لم يذكر في العقد، ولكن إذا قصد بهما العقد جاز، ولا يعتبران توابع لا تفرد بالحكم.

(١) انظر: «شرح الزرقا» (٢٥٨).

(٢) «المدخل» (١٠٠٣/٢ - ١٠٠٧).

«من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» (م١٠٠)

الأصل في هذه القاعدة ما نقل عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها، بأنها تحرم على هذا الزوج الثاني إن دخل بها حرمة مؤبدة، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى السياسة الشرعية في الزجر وسد الذرائع.

ذلك لأن الله سبحانه وتعالى خلق الأشياء وأناط بها أحكاماً وجعل لهذه الأحكام شروطاً وأوقافاً لا تبتّ الأحكام إلا باستكمالها وحلولها، فالصلاة لا تصح قبل وقتها، والميراث لا يثبت إلا بعد موت المورث، وهكذا... فإذا ما حصل إنسان السبب المؤدي للحكم قبل حلول وقته بقصد الوصول إلى الحكم المراد مبكراً، فهل يجاب إلى طلبه ويحكم له بالذي قصد إليه؟

فالقاعدة تقول: «من استعجل الشيء» الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه «قبل أوانه»، أي: قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان «عوقب بحرمانه» لأنه افتأت وتجاوز.

والأمثلة في ذلك متعددة نذكر منها:

- الموت سبب الإرث في الشرع، فإذا أسرع الوارث في تحصيل السبب فقتل المورث، فإنه يحرم من الإرث عقوبة له على إسراعه ذلك.
هذا ما دام القتل بغير حق، كمن قتله بحق الدفاع عن النفس أو إقامة الحد.

وكذا القتل المانع من الإرث يمنع من الوصية.

- الطلاق البائن قاطع للزوجة ومانع من إرث الزوجة من زوجها، فإذا طلق رجل زوجته بائناً في مرض موته فراراً من استحقاقها الإرث بعد وفاته

عوقب بنقيض قصده وحكم لها بالإرث من تركته ما دامت في عدتها عند وفاته .

غير أن هذه القاعدة غير مطردة ولها استثناءات كثيرة، بل إن المستثنيات من الأحكام أكثر مما هو منضبط بها، فمن ذلك مثلاً:

- إن أم الولد تعتق بموت سيدها، فإذا قتلت سيدها فإنها تعتق أيضاً .

- من المقرر أن الديون المؤجلة تحل بوفاة المدين، فإذا قتل الدائن المدين ليحل دينه، حل دينه أيضاً^(١) .

ويوجه الدكتور أحمد حجي الكردي في المدخل الفقهي هذه الاستثناءات بقوله:

«وضابط المستثنيات في ذلك: أن الأحكام هذه كلها هي مصالح غالبية مقصودة للشارع، ولهذا لم يؤثر فيها القصد المخالف واستعمال السبب كالتعق ووفاء الدين»^(٢) .

لذلك قال السيوطي بعد التعرض لشرح القاعدة والتطبيق عليها:

«إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصورة الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها» .

ثم قال: «وكنت أسمع شيخنا قاضي القضاة علم الدين البلقيني يذكر عن والده أنه زاد في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء فقال: (من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم يكن لمصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه)»^(٣) .

فهذه الصيغة تدخل المستثنيات السابقة ضمن أفراد القاعدة .

لكن رغم وجود المصلحة في الأمثلة السابقة غير أنها لا تبرر العمل غير المشروع وسوء النية المبيتة .

(١) انظر: «شرح القواعد» للزرقا (٤٧١) وما بعدها .

(٢) «المدخل» لأحمد حجي الكردي (٢٤ - ٢٥) .

(٣) «الأشباه والنظائر» (١٠٤) .

وهذا الذي لاحظته الدكتور مصطفى الزرقا وصاغ القاعدة بصيغة أخرى ركز فيها على ملاحظة سوء النية والتذرع للعمل الذي فيه مصلحة ظاهراً بعمل غير مشروع فقال: يلاحظ على هذه القاعدة أن صياغتها التقليدية التي أتت بها المجلة تضيق نطاق القاعدة فتقصره على سوء القصد المرتبط بالاستعجال، بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير، إذ تشمل كل التصرفات التي تقوم على سوء النية والقصد، ولو تذرع لها الشخص بوسائل مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممنوعة.

قال: فإن الأمثلة تشترك جميعها في وجود سوء نية من الشخص المتصرف وفي عقوبته برد قصده عليه فأوجب الفقه معاملة بنقيض ما قصده حماية للأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف فيحولها عن قصدها التي شرعت لأجلها ويسيء بذلك إلى غيره، وهذا في الحقيقة هو روح هذه القاعدة التي جاءت صياغتها قاصرة وأضيق من هدفها التشريعي الشامل، لذا أقترح إحدى الصيغتين: (يعامل سييء النية في التصرف بنقيض قصده) أو (من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده).

ومن الاجتهاد المالكي في هذه القاعدة: أن من طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها ثم طلقها من غير أن يمسه، أنه إن قصد بذلك مضاربتها بتطويل العدة عليها، لا تستأنف عدة جديدة بل تبني على ما مضى من عدتها^(١).

وفي هذا السياق فتوى المولى أبي السعود التي صدرها أمر سلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله قطعاً لما يلجأ إليه بعض المدينين من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين، وهذا معاملة للمدين سييء النية بنقيض قصده^(٢).

(١) انظر: «المدخل» للزرقا، نظرية التعسف في استعمال الحق ص(٢٦٢).

(٢) «المدخل» (١٠٥٩ - ١٠٦١) بتصرف.

الخاتمة النتائج والتوصيات

بعد الانتهاء من عرض فصول هذا البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية العامة وقد وضحت أسبابه وفصلت مسائله، فإني أضع في هذه الخاتمة أهم النتائج التي وقفت عليها من خلال بحثي هذا والتوصيات التي أراها مناسبة لتوظيفه وتطويره:

١ - تبين لنا من خلال البحث في مفهوم القاعدة الفقهية أن العلماء عند تعرضهم لتعريف القاعدة الفقهية قد وقعوا في اختلاف واضطراب ناتج عن الخلط بين تعريف القاعدة بمفهومها التجريدي العام وبين القاعدة الفقهية باعتبارها علماً على فن معين.

والخلاصة أن القاعدة بمفهومها التجريدي العام هي: القضية الكلية: وهو مفهوم مشترك للقاعدة في جميع العلوم.

أما القاعدة الفقهية بمفهومها الخاص والذي استخلصناه بعد أن تعرضنا لجملة ما كتبه الباحثون - القدامى والمعاصرون - في تعريف القاعدة الفقهية إلى التعريف المختار وهو: «قضية كلية شرعية عملية يعرف منها أحكام جزئياتها» أو «قضية كلية شرعية عملية». فهو أوفى التعاريف بالمقصود بهذا العلم وقد تميز عن غيره بوضع القيد المناسب بموضوع هذه القضية الكلية وهو: «الأحكام الشرعية العملية» وتلافى النقد الموجه لما سواه من التعاريف.

٢ - كثر الحديث عن كلية القاعدة أو أغلبيتها، والذي خرجنا به من معالجة هذه الأقوال أن من وصف القاعدة بالكلية غض الطرف عن المستثنيات التي تخرج عنها أو أنه يرى عدم تأثير هذه المستثنيات عن كلية القاعدة. وأما من عرّفها بكونها أغلبية فضل التصريح والدقة مشيراً إلى خروج بعض الجزئيات عنها.

على أن المحققين من العلماء قرروا أن الاستثناء وعدم الاطراد لا ينقض كلية القاعدة ولا يقدر في عمومها، لأنها سمة كل القواعد الاستقرائية، فالعموم العادي المبني على الاستقراء لا يوجب عدم التخلف بل الذي يوجبه إنما هو العموم العقلي، أي: البحث في العقلية التي طريقها البحث والنظر، وأنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كليتها وبالعكس كما يقول الشاطبي، وأن الكلي لا ينخرم بتخلف جزئي ما وأن الجزئي محكوم عليه بذلك الكلي بالنسبة إلى ذات الكلي والجزئي.

٣ - ما دامت القاعدة الفقهية قضية كلية لا بد لها من مقومات تتمثل في أركان وشروط هذه القاعدة، شأنها شأن كل قضية في شتى العلوم، والذي يكون الموضوع والمحمول والنسبة الرابطة بينهما أو الحكم أركانها الأساسية.

وتتميز القاعدة الفقهية عن غيرها - من مجموع التعاريف المنطقية للقاعدة - بشروط لأركانها بما يتوافق وموضوع القاعدة الفقهية. ومن خلال البحث في شروط القاعدة خلصنا إلى أنه متى توفرت الشروط الخاصة بموضوع القاعدة ولم يعارضها ما هو أقوى منها من دليل خاص أو قاعدة أخرى متفق عليها حصرنا أفراد هذه القاعدة ودفعنا الطعن في كليتها لأن المستثنيات إنما تكثر عندما يتخلف شرط أو يوجد أصل أقوى من القاعدة يخرج ذلك الفرع منها أو دخوله تحت قاعدة أخرى من باب أولى، وفي تعديل القواعد الفقهية بإضافة قيد أو شرط معالجة لتخفيف المستثنيات من القواعد.

٤ - إن مفهوم الكلية - أو الأصل عند المتقدمين - معنى مشترك بين

القواعد والضوابط وغيرها من المفاهيم الداخلة ضمن هذا المصطلح، والواقع أن الضابط أقل شمولاً من القاعدة إذ هو ما اختصّ بباب واحد وانتظمت فيه صور متشابهة، في حين أن القاعدة تشمل فروعاً من أبواب شتى. قد يشكل الضابط جزءاً من جزئياتها، كما قد تشكل القاعدة أحد المحاور ضمن منظومة النظرية الفقهية.

٥ - ترتيب القواعد والضوابط ذات الموضوع الواحد على شكل نظريات يعطي تصوراً جيداً لموضوعها ويرسي أسساً قوية في بحثها ويسهل دراسة الفقه بتجميع شتات محاور الموضوع الواحد، فكما كان للقواعد الفقهية دور بارز في تيسير الفقه الإسلامي ولمّ شتاته عن طريق نظم الفروع المبددة المتناثرة في سلك واحد فلا ريب أن توسيع البحوث وفق منهجية النظريات الفقهية تخرج الفقه الإسلامي في ثوب جديد يوظف فيه الضوابط والقواعد الفقهية في الموضوع الواحد بصورة أشمل وأوسع تبعث فيها الجدّة، لأن الدراسات العلمية المعاصرة في مختلف التخصصات تدعو لمثل هذا الأمر وليس هذا تغيير في مضمون الفقه الإسلامي إنما في طريقة عرضه.

ونبه هنا إلى أن هناك دراسات موجودة في الساحة اليوم لكنها قليلة مثل: نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، ونظرية العرف للدكتور مصطفى الزرقا، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدبريني... وغيرها.

٦ - القاعدة الأصولية موضوعها الأدلة، فهي الواسطة بين الحكم والدليل، أي: استنباط الحكم من الدليل، أما القاعدة الفقهية فموضوعها فعل المكلف، تجمع أشتات الأحكام الشرعية على هيئة قضايا كلية، لكن تعتبر مرتبة بين الأحكام الخاصة والأدلة العامة، يدرك الناظر من خلال الرابط بين جزئيات الحكم الواحد الدليل أو الأصل الذي يربطها.

وقد نبه إلى ذلك الإمام القرافي رحمه الله عندما قال: «للشريعة أصول وفروع،... ثم قال: أما أصولها فقسمان...»، وجعل القواعد الفقهية قسماً للقواعد الأصولية، لذلك نجد أن دراسة القواعد الفقهية تربي في

الباحث ملكة تجعله قادراً على الإلحاق والربط بين المسائل المتناثرة، وتخريج المسائل المستجدة غير المنصوص عليها لديه، وتلك فائدة عظيمة للقواعد، لأن الوقائع لا تنتهي فهي متجددة وفي تطور مستمر، وإذا اعتمدنا على النصوص فالنصوص متناهية.

٧ - إن القاعدة الفقهية، وإن كانت لا ترقى إلى مصاف القاعدة الأصولية في استنباط الأحكام، غير أنها يمكن أن تكون مستنداً للقضاة والمفتين في تخريج المسائل التي لم ينص عليها الفقهاء مما تشملها القاعدة ولم يقطع أو يظن أنها خارجة عنها، إذ أن عملية التخريج لا تتوقف على الاجتهاد فإن القاضي أو المفتي متى توفرت فيه أهلية التخريج وكان محيطاً بمقاصد الشرع أمكن الاعتماد على القاعدة في ذلك. وأرى أنه قد يكون من المجدي تصنيف القواعد الفقهية على شكل مواد دستورية أو قانونية تعتمد في القضاء تسد مسد القوانين الوضعية الوافدة على ديننا وأعرافنا ومجتمعاتنا.

٨ - إن ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية وجدت بوجود القواعد ونشأت بنشأتها للتلازم الواقع بينهما، فقد حرص العلماء على توضيح ما يدخل من الفروع ضمن مشتملات القاعدة وما يخرج عنها، غير أن أفراد هذا الباب بالتأليف لم يكن مقصود العلماء في القديم ولا في الحديث إلا ما ندر، مثل: كتاب «الاستثناء في الفرق والاستثناء» للبكري، و«المناقصات في الحصر والاستثناء» للفناكي، والأول مطبوع وموجود بين أيدينا اليوم بخلاف الثاني، وقد حوى كتاب الإمام البكري حشداً هائلاً من المستثنيات في شتى مسائل أبواب الفقه، ولم نجد من اهتم بهذا الباب سواه، مع ذلك فإنه يذكر الاستثناءات مجردة عن أي توضيح أو ذكر سبب. ما عدا هذين الكتابين فقد كان تناول الاستثناء من القواعد يرد تبعاً ولم يكن مقصود المؤلفين. وهنا تكمن صعوبة البحث في هذه الجزئية من الفن، وهو أيضاً الدافع الذي من أجله اخترت هذا الموضوع للبحث في مسائله وأسبابه.

٩ - إن البحث في الاستثناء في القواعد الفقهية ليس بخارج عن

المنظومة الفقهية العامة القائمة على عملية الاستدلال والاستنباط والتي ترجع إلى أصول الفقه العامة، لذلك ينطبق عليها ما ينطبق على هذه المنظومة من الخلاف الفقهي بأسبابه المعروفة، لأن القواعد هي في حد ذاتها أحكام مستنبطة من نفس الأدلة التي تستنبط منها الأحكام الجزئية، إلا أن القواعد أحكام كلية تستمد كليتها من استقراء جزئيات الأحكام وتعدد الآراء واختلافها في مسألة ما يخرجها عن حكم كليتها عند إمام من الأئمة لأصل أقوى من تلك الكلية لديه، وليس هذا خاصاً بالكليات الاستقرائية. فالقواعد الفقهية المنتزعة من النصوص الشرعية الأحادية^(١) مثلاً، تكون هذه النصوص بدورها محل اختلاف الفقهاء من جهة ثبوتها أو دلالتها أو غير ذلك مما يتعلق بها، لنأخذ مثلاً «العجماء جبار» التي مرت معنا خلال البحث، مصدرها النص، لكن مع ذلك اختلف الفقهاء، فمنهم من حملها على العموم الذي هو صيغة الحديث الذي وردت به، فلم يضمن صاحب الدابة ما تتلفه بالليل أو النهار، ومن حكم على صاحب الدابة بالضمان لما تتلفه بالليل، خص القاعدة بحديث البراء بن عازب، فكانت هذه الجزئية مستثناة من القاعدة بسبب هذا النص المخصص. والأحناف عملوا فيه بأصلهم في قطعية صيغة العموم عندهم. وهكذا نلاحظ أن اختلاف الفقهاء الجاري بينهم وفق الأصول المعتمدة عند كل إمام ينعكس على الفروع التي هي جزئيات القاعدة الكلية.

١٠ - وهذا الذي يجري على النصوص يجري على القواعد الاستقرائية أيضاً، إذ يعتمد كل فقيه إلى ما قوي لديه من الأدلة، وقد يجمعون على استثناء جزئية من حكم كلي، وهذا أقوى أسباب الاستثناء، ويكون مستند إجماعهم إما على النص كما رأينا في أحكام الهازل الثلاث، أو على العرف كمثال الاستصناع الذي مرّ معنا، أو لمصلحة كتضمنين الصناعات.

وقد يعتمد بعضهم لاستثناء مسألة عن حكم نظائرها لحديث آحاد قوي لديه أو لقياس قدم على خبر آحاد كمثال المصرة عند الأحناف.

(١) بخلاف القاعدة الشرعية التي تضافرت عليها نصوص الشرع فهي قطعية كقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

فرغم أن القاعدة في كثير من الأحيان محل اتفاق بين الفقهاء ولكنهم يختلفون في كيفية تخريج الفروع عليها.

١١ - الاستثناء يخضع لقاعدة الاستحسان، فالاستثناء والعدول عن الأصل المفرع منه هو في الحقيقة تطبيق لقاعدة الاستحسان، لأن الأصل أن عملية التعيد الفقهي عملية قياسية، لأنها قائمة على الجمع بين المتشابه والمتناظر من الفروع، وقد يعمد الفقيه إلى بعض الفروع فيعدل بها عن إلحاقها بالأصل ويستحسن استثناءها لأسباب معتبرة لديه، وقد يلحقها بقاعدة أخرى.

وقد نبه الشيخ الزرقا في المدخل إلى هذا المنهاج القياسي إذ قال: «وهذه القواعد الفقهية أحكام أغلبية غير مطردة، لأنها إنما تصوّر الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها، والقياس كثيراً ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسألة، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة وجلب المصالح ودرء المفاسد ودفع الحرج... ثم قال: لذلك كانت القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة»^(١).

١٢ - إن كثيراً من الفروع المستثناة من بعض القواعد إنما استثنت لأنها أجدر بالتفريع على قاعدة أخرى، فالتداخل في القواعد الفقهية أمر واسع وبيّن في ظاهرة الاستثناء، وأبرز مثال على ذلك المسائل المستثناة بسبب العرف، فإنها كلها أفراد من قواعد العرف المعروفة، إذ أن الفقهاء أحالوا كثيراً من مسائل المعاملات في المواطن التفصيلية منها لحكم العرف

(١) «المدخل الفقهي» (٢/٩٦٦) (دار القلم، ط ١، دمشق).

كما رأينا في سريان إقرار ولي البكر البالغة بقبض المهر عليها، فهذه المسألة استثنيت من كلية الإقرار حجة قاصرة، لكنها داخلية في قاعدة العادة محكمة.

١٣ - تخضع قوة اتساع سبب الاستثناء بأصل معين في كل مذهب بحسب قوة الأصل لديه، ففي حين نجد أن أغلب ما استثنى بالاستحسان مثلاً كان المذهب الغالب فيه الأحناف، نرى من جانب آخر أن ما استثنى بالمصلحة أو العرف كان المذهب الغالب فيه المالكي أو القياس عند الشافعي... وهكذا.

١٤ - ظاهرة الاستثناء رغم ما قيل في سلبيتها من حيث تأثيرها على كلية القاعدة، غير أنها دليل ناصع على مرونة الشريعة، وأنها مبنية على رفع الحرج وجلب ما فيه مصلحة للناس ودرء للمفاسد عنهم كأصل ومبدأ كلي مقرر، وأن كل كلي أدى القول به والوقوف عند عموميه إلى حرج إلا ووجدت له استثناءات كحلول استحسانية، يظهر ذلك جلياً في اعتبار مصلحة أو عرف في مقابلة أحكام كلية، فإذا وجد حكم كلي ثم كان في بعض جزئياته ما يحمل مفسدة للناس إذا وقفنا على كُلي أو عنت في حمل الناس على غير ما اعتادوه - وفق الضوابط والشروط المعروفة للعادة والعرف - استثنى هذا الجزئي من حكم كُلي. إضافة إلى وجود قواعد كلية مبناه على جلب المصالح ورفع الحرج كقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» و«لا ضرر وضرار» و«الضرر يزال» و«درء المفاسد أولى من جلب المصالح»... وغيرها مما يدل على رعاية الشريعة الغراء بكلياتها وجزئياتها لهذا المعنى المقدس.

وبعد هذه الجولة في محاور هذا البحث والنتائج المتحصلة من خلاله أرجو أن أكون قد سلطت الضوء على هذه الجزئية في القواعد الفقهية التي لم تنل حظها من الاهتمام، ولا أدعي أنني وقّيت الموضوع غايته لكن أرجو أن أكون قد حققت الهدف المرجو منه وهو تسليط الضوء على مسألة الاستثناء في القواعد الفقهية. فإن كنت وفقت فيه للصواب فهو من الله

العليم القدير وفيض كرمه وإن قصرت فهذا مبلغ جهدي، أسأله تعالى أن
يعلمنا ما ينفعنا وينفعنا بما علمنا وأن يزدنا علماً، وآخر دعوانا أن الحمد لله
رب العالمين.



ملحق بتراجم الأعلام

* أبو الحسين البصري: محمد بن علي بن الطيب، أصولي شافعي ومتكلم من أئمة المعتزلة، له في الأصول كتاب المعتمد الذي هو مختصر لكتابه «شرح كتاب العهد أو العمدة» للقاضي عبدالجبار في أصول الفقه. توفي سنة ٤٣٦هـ ببغداد في ربيع الآخر. وكان من أذكى زمانه، وكان يقرى الاعتزال ببغداد، وله حلقة كبيرة. قال ابن خلكان: كان جيد الكلام، مليح العبارة، غزير المادة، إمام وقته، وله التصانيف الفائقة في الأصول. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٧٢/٥، «العبر»: ١٨٩/٣، «وفيات الأعيان»: ٢٧١/٤].

* أبو الطيب (القاضي): طاهر بن عبدالله بن طاهر، أبو الطيب الطبري. كان ورعاً عارفاً بالأصول والفروع، حسن الخلق، صحيح المذهب، ولي القضاء ببغداد. توفي سنة ٤٥٠هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٨٤/٣، «طبقات الشافعية»: ١٧٨/٣].

* أبو ثور (الكلبي): هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، أبو ثور الكلبي، كنيته: أبو عبدالله، ولقبه: أبو ثور، أحد أصحاب الشافعي في بغداد، وأحد الأربعة الذين رووا عنه مذهبه القديم فيها، روى عنه مسلم خارج الصحيح، وأبو داود، وابن ماجه، وروى عن سفيان، وابن مهدي، والشافعي، وغيرهم، كان على مذهب أهل الرأي حتى قدم الشافعي ببغداد فرجع إلى مذهب أهل الحديث، له مؤلفات منها: كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي ومذهبه هو، توفي سنة ٢٤٠هـ. [انظر: «تاريخ بغداد»: ٦٥/٦، «طبقات الشافعية»: ٧٤/٢، «طبقات الشيرازي»: ٧٥، «العبر»: ٤٣١/١، «شذرات الذهب»: ٩٣/٢، «شذرات الذهب»: ٩٣/٢، «تهذيب التهذيب»: ١١٨/١، «الأعلام»: ٣٠/١].

* أبو حنيفة: النعمان بن ثابت، ولد سنة ٨٠هـ، أصله من بلاد فارس، كان يبيع الخبز ويطلب العلم، ثم تفرغ للعلم، عرض عليه القضاء فرفضه أكثر من مرة فحبس حتى مات سنة ١٥٠هـ. وهو أشهر من أن يعرف. [انظر: «الطبقات السنية»:

٧٣/١ - ١٦٩، «سير أعلام النبلاء»: ٣٩٠/٦ وما بعدها، «تاريخ بغداد»: ٣٢٣/١٣، «وفيات الأعيان»: ٤١٥/٥ - ٤٢٣].

* أبو داود: سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر. وقيل غير ذلك. وهو الإمام، شيخ السنّة، مقدم الحفاظ، أبو داود، الأزدي السجستاني، محدث البصرة. ولد سنة ٢٠٢هـ، ورحل، وجمع، وصنف، وبرع في هذا الشأن. مات في ١٦ شوال سنة ٢٧٥هـ. سمع بمكة والكوفة. وحدث عنه جماعة منهم: الترمذي والنسائي وغيرهما. وكان مع إمامته في الحديث وفنونه من كبار الفقهاء. وكتابه السنن مشهور. [انظر: «سير أعلام النبلاء»: ٢٠٣/١٣ - ٢٢١، «تاريخ بغداد»: ٥٥/٩ - ٥٩، «طبقات الحنابلة»: ١٥٩/١ - ١٦٢].

* أبو سلمة: قيل: اسمه: عبدالله، وقيل: إسماعيل، وقيل: اسمه وكنيته واحد، وهو أبو سلمة بن عبدالرحمن بن عوف الزهري، كان ثقة كثير الحديث وفقهياً، قيل: إنه أحد الفقهاء السبعة، توفي سنة ٩٤هـ، وقيل: ١٠٤هـ. [انظر: «تقريب التهذيب»: ٤٣٠/٢، «العبر»: ١١٢/١، «الخلاصة»: ٣٨٠].

* أبو يعلى (القاضي): محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء. القاضي أبي يعلى ولد سنة ٤٥١هـ. تفقه على الشريف أبي جعفر وبرع في الفقه وأفتى وناظر. وكان عارفاً بالمذهب متشديداً في السنّة. له تصانيف منها: «المجموع في الفروع»، «رؤوس المسائل»، «طبقات الأصحاب». توفي سنة ٥٢٦هـ. [انظر: «الذيل على طبقات الحنابلة»: ٢١٢، «شذرات الذهب»: ١٣٠/٦، «العبر»: ٤/٦٩ - ٧٠].

* أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي الأنصاري، قاضي القضاة، صاحب أبي حنيفة. توفي سنة ١٨٢هـ وقيل غير ذلك. [انظر: «وفيات الأعيان»: ٣٧٨/٦، «شذرات الذهب»: ٢٩٧/٢].

* الآتاسي (خالد): هو خالد بن محمد بن عبدالستار الآتاسي ولد بحمص وتولى الإفتاء فيها وكانت وفاته سنة ١٣٢٦هـ (١٩٠٨م)، اشتغل بالفقه والأدب وصنف شرح مجلة الأحكام العدلية من كتاب «البيوع» إلى المادة ١٧٢٨ وأكمله ولده محمد طاهر، وله أيضاً «الأجوبة النفاث في حكم ما اندرس من المقابر والمساجد والمدارس». [انظر: «الأعلام»: ٢٩٨/٢].

* أحمد بن حنبل: ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ، وانكب على طلب العلم ورحل طلباً له شرقاً وغرباً، تعرض لمحنة خلق القرآن أيام المأمون وسجنه المعتصم لامتناعه عن القول به، وفي أيام الواثق والمتوكل أكرم مقامه. توفي سنة

٢٤١هـ. [انظر: «سير أعلام النبلاء»: ١٧٧/١١ وما بعدها، «شذرات الذهب»: ١٨٥/٣ - ١٨٩، «العبر»: ٤٣٥/١].

* **إسحاق**: الإمام، عالم المشرق، أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي، المروزي، النيسابوري جمع بين الحديث والفقہ والورع، روي أنه يحفظ سبعين ألف حديث، وقال عن نفسه: ما سمعت شيئاً إلا وحفظته، ولا حفظت قط فنسيته، وقال عنه أحمد بن حنبل: لم يعبر الجسر إلى خراسان مثل إسحاق. توفي ليلة النصف من شعبان سنة ٢٣٨هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢/٨٩، «وفيات الأعيان»: ١٧٩/١، «تذكرة الحفاظ»: ١٩/٢، «العبر»: ٤٢٦/١، «طبقات الشافعية»: ٨٣/٢].

* **الإسنوي**: عبدالرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي المصري الملقب ب: جمال الدين. ولد سنة ٧٠٤هـ حفظ التنبيه ولم يجاوز السابعة عشرة من عمره. أخذ الفقه عن السبكي والقزويني والعربية عن أبي حيان. من مصنفاته: «المبهمات على الروضة في الفقه»، و«نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول والتمهيد في تنزيل الفروع على الأصول». توفي سنة ٧٧٢هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٨٣/٨، «الذيل على العبر»: ٣١٤، «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة: ٣/١٣٢ - ١٣٥].

* **أشهب**: هو أبو عمر أو أبو عمرو أشهب بن عبدالعزيز العامري القيسي الجعدي، قيل: اسمه: مسكين، وأشهب لقب له، إليه انتهت رئاسة مصر بعد ابن القاسم، أخذ عنه سحنون وخرج له أصحاب السنن، مولده سنة ١٤٠ أو ١٥٠هـ ووفاته ٢٠٤هـ بعد الشافعي بـ ١٨ يوماً. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ٥٩/١، «الأعلام»: ٣٣٥/١].

* **إلكيا الطبري الهراسي**: شمس الإسلام، أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري الهراسي، شيخ الشافعية، ومدرس النظامية، رحل فتفقه بإمام الحرمين وبرع في المذهب وأصوله، وقدم بغداد، فولى النظامية سنة ٤٩٣هـ إلى أن مات تخرج به الأئمة، وكان أحد الفصحاء، له تصانيف حسنة منها: «شفاء المسترشدين في مباحث المجتهدين» و«أحكام القرآن». مات في المحرم سنة ٥٠٤هـ، وله ثلاث وخمسون سنة وشهران. [انظر: «سير أعلام النبلاء»: ٣٥٠/١٩ - ٣٥٢، «وفيات الأعيان»: ٢٨٦/٣ - ٢٩٠، «طبقات السبكي»: ٢٣١/٧ - ٢٣٤].

* **إمام الحرمين (الجويني)**: عبدالملك بن أبي محمد عبدالله بن أبي يعقوب يوسف بن حيويه الجويني، الفقيه الشافعي اشتهر بإمام الحرمين، ويلقب ب: ضياء الدين أيضاً. له تصانيف منها: «البرهان في أصول الفقه» توفي سنة

٤٧٨هـ، من تلامذته الإمام الغزالي. تفقه على والده في صباه واشتغل في مدته. توفي والده وهو دون العشرين سنة، فأقعد مكانه للتدريس، وكان يتردد إلى مشايخ في أنواع العلوم حتى ظهرت براعته. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٣٨/٥ - ٣٤٢، «طبقات الشافعية الكبرى»: ٧٣/٥ - ٩٣].

* الأمدي: أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي، سيف الدين الأمدي، ولد بآمد وهي بلدة بديار بكر عام ٥٥١هـ وقدم بغداد وتعلم وتفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وحفظ كتاب «الهداية» لأبي الخطاب ثم صار شافعيًا، توفي في صفر سنة ٦٣١هـ. أقرأ بمصر مدة، فنسبوه إلى دين الأوائيل حسداً واستباحوا دمه فخرج مستخفياً إلى الشام. من تصانيفه المشهورة: «الإحكام في أصول الأحكام» و«إيكار الأفكار». [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٥٣/٥ - ٢٥٤، «وفيات الأعيان»: ٢٩٣/٣ - ٢٩٤، «العبر»: ١٢٤/٥ - ١٢٥].

* الأوزاعي: هو أبو عمرو عبدالرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي نسبة إلى الأوزاع بطن من ذي الكلاع باليمن، إمام أهل الشام لم يكن بها في عصره أعلم منه، ولد ببعلبك سنة ٨٨هـ وتوفي ببيروت سنة ١٥٧هـ. [انظر: «الأعلام»: ٩٤/٤].

* ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى يسار الأنصاري الكوفي، فقيه وقارئ ومحدث، صدوق، ولي قضاء الكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس واستمر على ذلك ٣٣ سنة، كان من أصحاب الرأي، وله أخبار مع الإمام أبي حنيفة، ذكر بعض منها في «وفيات الأعيان»، توفي سنة ١٤٨هـ. [انظر: «شذرات الذهب» ٢٢٤/١، «الأعلام»: ١٨٩/٦].

* ابن الأثير (مجد الدين): مجد الدين أبو السعادات ابن الأثير المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري الشافعي ولد سنة ٥٤٤هـ، سمع الحديث والفقه ثم اتصل بخدمة السلطان وترقت به المنازل حتى باشر كتابة السر وسأله صاحب الموصل أن يلي الوزارة فاعتذر بعلو السن والهوا بالعلم ثم حصل له نقرس أبطل حركة يديه ورجليه وصار يحمل في محفة. له مصنفات بديعة منها: «جامع الأصول» و«النهاية في غريب الحديث». وكتاب «الإنصاف في الجمع بين الكشف والكشاف في التفسير» أخذه من الثعلبي والزمخشري. توفي في ذي القعدة سنة ٦٠٦هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٤٢/٧].

* ابن الحاجب: هو أبو عمرو، جمال الدين، عثمان بن عمر بن أبي بكر يونس المصري ثم الإسكندري الفقيه الأصولي المتكلم النظار المالكي، المعروف بابن

الحاجب لأن والده كان حاجباً للأمير، كردي الأصل نشأ بالقاهرة وسكن دمشق ومات بالإسكندرية، ولد سنة ٥٧٠هـ وتوفي سنة ٦٤٦هـ، أخذ عن أبي الحسن الأبياري وأبي الحسين بن جبير وقرأ على الإمام الشاطبي القراءات وعلى الإمام الشاذلي الشفاء وغيره، وعنه جلة منهم: الشهاب القرافي والقاضي ناصر الدين ابن المنير وغيرهم. وله التصانيف البالغة غاية التحقيق والإجادة، منها «مختصر الفرعي»، ومنها مختصره «الأصلي»، «ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل» و«الكافية في النحو» و«الشافية في التصريف» وغيرها. وكانت وفاته بالإسكندرية في شوال. [انظر: «الديباج»: ٨٦/٢، «شجرة النور الزكية»: ١٧٦ - ١٦٨، رقم ٥٢٥، «شذرات الذهب»: ٤٠٥/٧ - ٤٠٧، «وفيات الأعيان»: ٢٤٨/٣ - ٢٥٠، «العبر»: ١٨٩/٥ - ١٩٠، «الأعلام»: ٣٧٤/٤].

* ابن السمعاني: منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، أبو المظفر، ويعرف بابن السمعاني من أهل مرو، وسمعان بطن من تميم. تفقه على أبيه على مذهب أبي حنيفة ثم انتقل إلى مذهب الشافعي فأخذ عن أبي إسحاق الشيرازي وابن الصباغ. وكان يقول: ما حفظت شيئاً ونسيته، من مؤلفاته: «القواطع في أصول الفقه» وله تفسير جيد حسن. توفي بمرو سنة ٤٨٩هـ. وكانت ولادته سنة ٤٢٦هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٩٤/٥].

* ابن الصلاح: أبو عمرو بن الصلاح، عثمان بن عبدالرحمن بن أبي نصر الكردي الشهرزوري الأصل. ولد سنة ٥٧٧هـ وتفقه على والده في الموصل فاشتغل فيها مدة وبرع في المذهب. قال ابن خلكان: كان أحد فضلاء عصره في «التفسير» و«الحديث» و«الفقه». صنف مشكل «الوسيط» في مجلد كبير وكتاب «الفتاوى» و«علوم الحديث»، و«أدب المفتي والمستفتي». توفي في دمشق في حصن الخوارزمية في ربيع الآخر سنة ٦٤٣هـ ودفن في مقابر الصوفية في طرفها الغربي على الطريق. [انظر: «طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب»: ٤٤٤/١، «تذكرة الحفاظ»: ١٤٣٠/٤].

* ابن العربي: القاضي أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربي الإشبيلي الإمام الحافظ المتبحر في العلوم الشهير الذكر، سمع أباه وخاله وغيرهما ورحل للمشرق مع أبيه سنة ٤٨٥هـ، والتقي في رحلته بالأئمة وأخذ عن أئمة منهج القاضي عياض وابن بشكوال وبقي يفتي أربعين سنة له تأليف تدل على غزارة علمه وفضله منها: «عارضه الأحوذ في شرح الترمذي» والقبس في «شرح موطأ مالك»، و«أحكام القرآن» و«المحصول في علم الأصول» و«العواصم

من القواصم» وغير ذلك. ولد سنة ٤٦٨هـ، توفي سنة ٥٤٣هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ١٣٦ - ١٣٨].

* ابن القاسم: هو أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي - نسبة إلى العتقاء الذين أعتقهم الرسول ﷺ - المصري، تلميذ الإمام مالك وناشر فقهه، حافظ متقن خرج له البخاري في «صحيحه»، ولد سنة ١٢٨هـ أو ١٣٢هـ ووفاته بالقاهرة سنة ١٩١هـ. [انظر: «شجرة النور»: ٥٨/١، «الأعلام»: ٩٧/٤].

* ابن القاص: هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري ثم البغدادي المعروف بابن القاص بسبب أن والده كان يقص الأخبار والآثار، أو أنه نفسه كان يقوم بذلك، كان من أئمة الشافعية في زمانه، توفي في طرسوس سنة ٣٣٥هـ، وقيل: سنة ٣٣٦هـ. من مؤلفاته: «المفتاح في الفقه الشافعي» و«أدب القاضي» و«التلخيص» في فروع الفقه الشافعي». [انظر: «طبقات الشافعية» للسبكي: ١٠٣/٢].

* ابن القيم: هو أبو عبدالله شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، تلميذ ابن تيمية، كان حنبلي المذهب عالماً بشتى الفنون، له تأليف في غاية الجودة منها: «إعلام الموقعين»، ولد بدمشق سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ. [انظر: «الأعلام»: ٢٧٠/٦].

* ابن الماجشون: هو أبو مروان عبدالملك بن عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي مسلمة الماجشون من بيت علم وحديث، تفقه بأبيه ومالك وكان مفتي أهل المدينة في وقته، وفاته على الأشهر سنة ٢١٢هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ٥٦/١].

* ابن المسيب (سعيد): شيخ الإسلام، فقيه المدينة، المخزومي أبو محمد، ولد لسنتين خلتا من خلافة عمر، وسمع منه ومن عثمان وزيد وعائشة وسعد وأبي هريرة وخلق، كان واسع العلم، فقيه النفس، متين الديانة، توفي سنة ٩٤هـ وقيل غير ذلك. [انظر: «تذكرة الحفاظ»: ٥٤/١، «العبر»: ١١٠/١، «شذرات الذهب»: ١٠٢/١، «الخلاصة»: ١٢١].

* ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري أحد الأئمة الأعلام وممن يقتدى بنقله في الحلال والحرام، صنف كتباً معتبرة منها: «الإشراف في معرفة الخلاف» و«الأوسط» وهو أصل الإشراف، و«الإجماع والإقناع»، كان مجتهداً لا يقلد أحداً، توفي سنة ٣١٨هـ. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبه: ٩٩/١، «شذرات الذهب»: ٨٩/٤ - ٩٠، «سير أعلام النبلاء»: ٤٩٠/١٤ - ٤٩٢].

* ابن الهمام (كمال الدين): محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود

كمال الدين الشهير بابن الهمام، السيواسي ثم الإسكندري، إمام من علماء الحنفية. ولد سنة ٧٨٨هـ، وقيل: ٧٩٠هـ، اشتغل على علماء بلده ثم قرأ الهداية على سراج الدين الشهير بقارئ الهداية. له تصانيف معتبرة منها: «شرح الهداية» المسمى بـ: «فتح القدير» و«التحرير في الأصول» وغير ذلك. توفي سنة ٨٦١هـ بالقاهرة. وهو عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والمنطق، أصله من سيواس ولد بالإسكندرية ونبع في القاهرة وأقام بحلب مدة وجاور الحرمين. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٩٨/٧، «الفوائد البهية»: ٢٩٦، «الضوء اللامع»: ١٢٧/٨، «الأعلام»: ٢٥٦/٦].

* ابن الوكيل: هو أبو عبدالله محمد بن عمر بن مكّي الشافعي الملقب بـ: صدر الدين، والمعروف بابن المرحل وابن الوكيل، ولد بدمياط مصر، انتقل إلى دمشق فنشأ فيها وتعلم وتولى مشيخة دار الحديث الأشرفية سبع سنين، كان عالماً بالفقه والأصول والحديث مع ملكة أدبية شعرية، عرف بالذكاء وقوة الحافظة، وروى عن حافظته الشيء الكثير، وكان كريماً حسن المعاشرة، توفي في القاهرة سنة ٧١٦هـ. من مؤلفاته: «الأشباه والنظائر»، «ديوان طراز الدار»، مجموعة من الموشحات الرقيقة التي جمعها. [انظر: «شذرات الذهب»: ٤١/٦، «الأعلام»: ٣١٤/٦].

* ابن تيمية (تقي الدين): هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن شهاب الدين عبدالحليم بن مجد الدين ابن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، ولد سنة ٦٦١هـ، سمع عن ابن عبدالدائم والقاسم الأربلي لفقه ومهر وصنف ودرس وفاق الأقران وصار عجباً في سرعة الاستحضار، له: «منهاج السنّة» و«الفتاوى»، وغيره من التصانيف المبسوطة المفيدة، توفي محبوساً في ذي القعدة سنة ٧٢٨هـ. [انظر: «الدرر الكامنة»: ١٥٤/١].

* ابن حجر (العسقلاني): أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المصري الشافعي، ولد سنة ٧٧٣ فتعلم الشعر فبلغ الغاية ثم طلب الحديث فسمع الكثير وتخرج بالحافظ العراقي وبرع وانتهد إليه الرحلة والرئاسة في الحديث في الدنيا بأسرها بأمرها. له: «الإصابة في تمييز الصحابة» و«فتح الباري» وغيرهما كثير، توفي في ذي الحجة سنة ٨٥٢هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٩٥/٩].

* ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ فحفظ القرآن وتلقى العلوم على أكابر العلماء بقرطبة، نشأ على مذهب الشافعي ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر وكان متفنناً في علوم جمّة. وكان ذرب اللسان حتى

قيل: إن لسان ابن حزم وسيف الحجاج بن يوسف شقيقان بلغت مصنفاته ٤٠٠ منها: «الإحكام لأصول الأحكام» و«المحلى بالآثار» و«التقريب في حدود المنطق» توفي سنة ٤٥٦هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٣٩/٥].

* ابن حمزة: هو محمود بن محمد نسيب بن حسين المعروف بابن حمزة الحسيني الحنفي، ولد بدمشق ونشأ فيها، وتلقى علومه على كبار علمائها، تقلد مناصب عدة كان آخرها إفتاء الشام، وقد عرفت براعته وقدرته العلمية في ذلك حتى استفتي من مختلف البلدان وكان إلى جانب ذلك متقناً للرماية والخط، توفي في دمشق سنة ١٣٠٥هـ. من مؤلفاته: «قواعد الأوقاف»، «مجموعة رسائل فقهية»، «الفتاوى»، «الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية»، و«ديوان شعر». [انظر: «مقدمة كتابه القواعد» للسيد محمد مطيع الحافظ، «الأعلام»: ١٨٥/٧].

* ابن خلدون: عبدالرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي التونسي القاهري المالكي، يعرف بابن خلدون، من أثاره: «التاريخ» الذي اشتهرت مقدمته. ولد سنة ٧٣٢هـ وتوفي سنة ٨٠٨هـ بالقاهرة، وقيل: ٨٠٧هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ٢٢٧ رقم ٨١٨].

* ابن خويز منداد: محمد بن أحمد بن عبدالله بن خويز منداد، تفقه على الأبهري وله كتاب كبير في «الخلافة» وكتاب في «أصول الفقه» وكتاب في «أحكام القرآن» وعنده شواذ عن مالك. قال الباجي: لم أسمع له في علماء العراق ذكر. [انظر: «الديباج المذهب»: ٢٢٩/٢، «شجرة النور الزكية»: ١٠٣].

* ابن رجب: عبدالرحمن بن أحمد بن رجب عبدالرحمن بن الحسن بن محمد بن أبي البركات مسعود البغدادي ثم الدمشقي، الشهير بابن رجب، لقب جده: عبدالرحمن، قدم مع والده من بغداد إلى دمشق وهو صغير، سنة ٧٤٤هـ. وسمع بمكة ومصر. كان أحد الأئمة الحفاظ الكبار والعلماء الزهاد الأخيار. له مصنفات مفيدة منها: «شرح جامع أبي عيسى الترمذي» و«القواعد الفقهية» وتراجم أصحاب مذهبه هو «الذيل على طبقات الحنابلة» وغيرها. توفي ليلة الإثنين رابع شهر رمضان سنة ٧٩٥هـ. [انظر: «المنهج الأحمد»: ١٦٨/٥ - ١٧١، «الدرر الكامنة»: ٣٢١/٢، «إنباء الغمر»: ١٧٥/٣].

* ابن رشد (الجد): القاضي أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الإمام العالم المحقق المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف، كان بصيراً بالأصول والفروع فاضلاً ديناً إليه الرحلة. تفقه بابن رزق وسمع الجياني وأبا عبدالله بن فرج وغيرهم. وعنه أخذ ابنه أحمد والقاضي عياض وأبو بكر بن محمد الإشيلي

وغيرهم. ألف «البيان والتحصيل» وهذب كتب الطحاوي في مشكل الآثار وغير هذا. مولده سنة ٤٥٥هـ وتوفي في ذي القعدة سنة ٥٢٠هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ١٢٩ رقم: ٣٧٦].

* ابن سريج (أبو العباس): أحمد بن عمر بن سريج، أبو العباس، من كبار فقهاء الشافعية ومتكلميهم، كان يقال له: الباز الأشهب، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني، كما قاله أبو إسحاق، له تصانيف ومناظرات مع محمد بن داود الظاهري، توفي سنة ٣٠٦هـ. [انظر: «طبقات الشافعية»: ٣/٢٥٦، «تاريخ بغداد»: ٤/٢٨٧، «طبقات الشيرازي»: ٨٩، «العبر»: ١٣٢/٢].

* ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي المعروف بابن عابدين، فقيه الشام وإمام الحنفية في عصره، له عدة مؤلفات قيمة منها: «رد المحتار على الدر المختار»: المشهور بحاشية ابن عابدين، مولده بدمشق سنة ١١٩٨هـ ووفاته سنة ١٢٥٢هـ. [انظر: «هدية العارفين»: ٣٦٧/٢].

* ابن عبد البر: هو أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي الحافظ، ولد سنة ٣٦٨هـ. تفقه بآب المكي وابن الفرضي ولازمه كثيراً. من تصانيفه: «الاستذكار» و«التمهيد» و«الاستيعاب» في أسماء الصحابة و«الكافي» في الفقه. توفي بشاطبة في ربيع الثاني سنة ٤٦٣هـ. [انظر: «الديباج المذهب»: ٣٦٧/٢، «شجرة النور الزكية»: ١١٩، «الأعلام»: ٣١٦/٩].

* ابن عبدالسلام (عز الدين): هو عبدالعزيز بن عبدالسلام بن الحسن السلمي الدمشقي الملقب بعز الدين وبسلطان العلماء من علماء الشافعية المتميزين في القرن السابع، ولد ونشأ في دمشق، وتولى الخطابة والتدريس فيها، كان أمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، من مواقفه الصلبة إنكاره على الصالح إسماعيل بن العادل تسليمه قلعة صفد إلى الفرنج اختياراً وعدم الدعاء له في خطبة الجمعة فحسه وبعد إطلاقه ذهب إلى مصر ولزم بيته. يقول ابن السبكي: أنه لبس خرقة الصوفية. توفي بالقاهرة سنة ٦٦٠هـ. من مؤلفاته: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» و«الفوائد والإمام في أدلة الأحكام» و«ترغيب أهل الإسلام في سكنى الشام» و«الغاية في اختصار النهاية». [انظر: «طبقات الشافعية»: ٨٠/٥، «الأعلام»: ٢١/٤].

* ابن عرفة: هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغي نسبة إلى قبيلة ورغة المستوطنة بالجنوب الشرقي لبلاد تونس حول مركز ولاية مدينين، إمام تونس وعالمها وخطيبها بجامعة الأعظم من كتبه: «المختصر الكبير» في الفقه المالكي، و«الحدود» في التعريفات الفقهية. ولد سنة ٧١٦هـ وتوفي سنة ٨٠٣هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ٢٢٧/١، «الأعلام»: ٢٧٢/٧].

* ابن فارس: أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني الرازي اللغوي، المعروف بابن فارس، كان إماماً في علوم شتى، خصوصاً اللغة. فإنه أتقنها، وكان من أئمتها، توفي سنة ٣٩٥هـ بالري، وذهب البعض في سنة وفاته إلى ٣٦٠ و ٣٦٩هـ و ٣٧٥هـ و ٣٩٠هـ والأصح ٣٩٥هـ. من مصنفاته: «معجم مقاييس اللغة» و«المجمل في اللغة» و«حلية الفقهاء» وغيرها. قرأ عليه البديع الهمداني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان. أصله من قزوین. وأقام مدة في همدان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها. [انظر: «شذرات الذهب»: ٤٨٠/٤ - ٤٨٢، «وفيات الأعيان»: ١١٨/١ - ١٢٠، «الأعلام»: ١/١٩٣].

* ابن قدامة (المقدسي): أبو محمد، موفق الدين، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي المقدسي، ولد سنة ٥٤١هـ كما قيل، وتوفي سنة ٦٢٠هـ، هاجر مع أخيه الشيخ أبي عمر سنة ٥٥١هـ وحفظ القرآن، وتفقه ثم ارتحل إلى بغداد، وتفقه حتى فاق الأقران، وانتهى إليه معرفة المذهب وأصوله وكان مع تبحره في العلوم وبيقينه ورعاً زاهداً تقياً، عليه هبة ووقار، وفيه حلم وتؤدة، ثم رجع إلى دمشق واشتغل بتصنيف كتاب «المغني في شرح الخرقى»، ومن تصانيفه: «الكافي» و«المتع» و«الروضة في أصول الفقه» وغيرها. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٥٥/٧ - ١٦٣، «العبر»: ٧٩/٥ - ٨٠، «سير أعلام النبلاء»: ١٦٥/٢٢ - ١٧٣، «ذيل طبقات الحنابلة»: ١٣٣/٢ - ١٤٩].

* ابن ماجه: الحافظ أبو عبدالله، محمد بن يزيد القزويني ولد سنة ٢٠٩هـ وتوفي في رمضان سنة ١٧٤هـ أو ١٧٣هـ وولد سنة ٩٦هـ، وقيل: ٢٧٣هـ، وتوفي في رمضان سنة ٢٧٣هـ، وقيل غير ذلك. مصنف «السنن» و«التاريخ» و«التفسير» وحافظ قزوین في عصره. كان أبوه يزيد يعرف بـ: ماجه، وولاه لربيعه كان ابن ماجه حافظاً ناقداً صادقاً واسع العلم، ثقة كبيراً، متفق عليه، محتج به، له معرفة بالحديث والحفظ. [انظر: «سير أعلام النبلاء»: ٢٧٧/١٣ وما بعدها، «وفيات الأعيان»: ٢٧٩/٤، «الوافي بالوفيات»: ٥/٢٢٠].

* ابن منظور: أبو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري المشهور بابن منظور، اشتهر بنسبته إلى جده السابع منظور. ثم يرفع بنسبته إلى جده الأعلى رويغ بن ثابت الأنصاري الذي نزل مصر وولاه معاوية طرابلس وأمره عليها سنة ٤٦هـ وخرج سنة ٤٧هـ، فغزا أفريقيا ثم عاد من سنته كانت ولادته سنة ٦٣٠هـ ووفاته في شعبان سنة ٧١١هـ. ومؤلفه «لسان العرب» في اللغة مشهور. وكان مغربي باختصار كتب الأدب

المطولة، اختصر الأغاني والعقد والذخيرة وغيرها. قال الذهبي: كان عنده تشيع بلا رفض. [انظر: «الدرر الكامنة»: ٣١/٥ - ٣٣، «شذرات الذهب»: ٤٩/٨، «فوات الوفيات»: ٣٩/٤ - ٤٠، «معجم المؤلفين»: ٧٣١/٣].

* ابن نجيم: هو زين العابدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم المصري، من فقهاء وأصوليي الحنفية في القرن العاشر الهجري، توفي سنة ٩٧٠هـ. من مؤلفاته: «البحر الرائق شرح كنز الدقائق» و«شرح المنار» في الأصول و«الفوائد الزينية في مذهب الحنفية» و«الأشباه والنظائر الفقهية على مذهب الحنفية». [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٥٨/١، «الأعلام»: ٦٤/٣].

* الباجي (أبو الوليد): أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي القرطبي، الباجي، فقيه مالكي كبير، من رجال الحديث، أصله من بطليوس ومولده في باجة بالأندلس سنة ٤٠٣هـ. توفي سنة ٤٧٤هـ. بالمرية في رجب عن إحدى وسبعين سنة من كتبه «المنتقى» شرح فيه موطأ مالك، و«إحكام الفصول في أحكام الأصول» في أصول الفقه. رحل في طلب العلم إلى مكة وبغداد ودمشق، وبرع في الحديث، والفقه والأصول والنظر وعاد إلى وطنه بعد ثلاث عشرة سنة بعلم جم، مع الفقر والقناعة، ثم فتحت عليه الدنيا، وولي قضاء أماكن. وممن أخذ عنه أبو عمر بن عبد البر صاحب «الاستيعاب»، وبينه وبين حزم الظاهري منازعات ومجالس. [انظر: «شذرات الذهب»: ٣١٥/٥ - ٣١٦، «العبر»: ٢٨٢/٣ - ٢٨٣، «وفيات الأعيان»: ٤٠٨/٢ - ٤٠٩، «ترتيب المدارك»: ٤/٨٠٢، «الأعلام»: ١٨٦/٣].

* الباقلاني (القاضي أبو بكر): أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم المالكي، اشتهر بالقاضي الباقلاني، أو ابن الباقلاني، نسبة إلى بيع الباقلاء، وهو قاض من كبار علماء الكلام، انتهت إليه الرياسة في مذهب الأشاعرة، ولد في البصرة سنة ٣٣٨هـ، وسن بغداد فتوفي فيها سنة ٤٠٣هـ، كان جيد الاستنباط سريع الجواب، له تصانيف كثيرة منها: كتاب «التقريب والإرشاد في أصول الفقه» وكتاب «التمهيد في أصول الدين». [انظر: «ترتيب المدارك»: ٥٨٥/٤، «شجرة النور الزكية»: ٩٢ رقم ٢٠٩، «وفيات الأعيان»: ٤٨١/١، «تاريخ بغداد»: ٣٧٩/٥ «الأعلام»: ٤٦/٧، «تبيين كذب المفتري»: ٢١٧، «العبر»: ٣/٨٦، «شذرات الذهب»: ١٦٨/٣، «الديباج المذهب»: ٢٦٧].

* البخاري (محمد بن إسماعيل): أبو عبدالله محمد بن إسماعيل ابن المغيرة البخاري، ولد في شوال سنة ١٩٤هـ. حفظ تصانيف ابن المبارك وهو صبي

سمع من أحمد بن حنبل وخالق عدة. كان من أوعية العلم يتوقد ذكاء ولم يخلف بعده مثله. حدث عنه الترمذي وابن خزيمة خلق كثير. ألف الصحيح والتاريخ الكبير والصغير. توفي سنة ٢٥٦هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٣٤/٢، «الأعلام»: ٢٥٨/٦، «تذكرة الحفاظ»: ٥٥٥/٢].

* **البكري:** هو بدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان بن الزكي البكري المصري الشافعي، تلقى علومه عن طائفة من علماء عصره، ذكر منهم جمال الدين الإسنوي المتوفى في سنة ٧٧٢هـ ولم يذكر له سنة وفاة ولكنه عاش بين القرنين الثامن والتاسع الهجريين، من مؤلفاته: «المذاكرة في عمل أهل الآخرة»، «الاستغناء في الفرق والاستثناء» وغيرها. [انظر: «مقدمة محقق كتاب الاستغناء، معجم المؤلفين»: ٤٨/١٠].

* **البيضاوي:** أبو الخير البيضاوي: عبدالله بن عمر بن محمد بن علي قاضي القضاة. صاحب المصنفات وعالم أذربيجان وشيخ تلك الناحية. من مصنفاته: «المنهاج»، «الطوابع في علم الكلام ومختصر الكشاف» توفي سنة ٦٩١هـ. [انظر: «طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة»: ٢٨/٢].

* **البيهقي:** أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى النيسابوري، الإمام الحافظ، ينسب إلى بيهق وهي قرى مجتمعة ناحية نيسابور، ولد في شعبان سنة ٣٨٤هـ، أخذ الحديث علي أبي عبدالله الحاكم، كان كثير التحقيق والإنصاف حسن التصنيف، ومن تصانيفه: «السنن الكبرى» و«السنن الصغرى» و«معرفة السنن والآثار». و«دلائل النبوة». توفي في نيسابور في جمادى الأولى سنة ٤٥٨هـ وحمل إلى بلده فدفن فيها. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة: ٢٢٥/١، «طبقات الشافعية»: ٨/٤].

* **الترمذي:** هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن تورة السلمي البغوي الترمذي أحد أئمة الحديث، تتلمذ على البخاري وشاركه في بعض شيوخه. من مصنفاته: «الجامع الكبير في الحديث». توفي بترمذ سنة ٢٧٩هـ. [انظر: «الأعلام»: ٢١٣/٧].

* **التفتازاني:** مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني الملقب بسعد الدين الأصولي المتكلم. له مصنفات في علوم شتى منها: «التلويح في كشف حقائق التنقيح في الأصول» و«شرح الأربعين النووية». و«شرح على العقائد النسفية في التوحيد» توفي سنة ٧٩١هـ بسمرقند. وولد سنة ٧١٢هـ بتفتازان. [انظر: «شذرات الذهب»: ٥٤٧/٨، «إنباء الغمر»: ٣٧٧/٢].

* **التهانوي:** هو محمد بن علي بن القاضي محمد الفاروقي الحنفي التهانوي،

باحث هندي، له مشاركة في علوم مختلفة. من مؤلفاته: «كشف اصطلاحات الفنون» الذي فرغ من تأليفه سنة ١١٥٨هـ، «سبق الغايات في نسق الآيات، وغير ذلك. [انظر: «الأعلام» ٢٩٥/٦].

* **الثوري (سفيان):** هو سفيان بن سعيد، أبو عبدالله الثوري الكوفي، كان إماماً في الحديث والتفسير وفي علوم أخرى، أحد الأئمة المجتهدين الذين لم تنتشر مذاهبهم، أثنى عليه العلماء ديناً وعلماً. توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ. [انظر: «وفيات الأعيان»: ٢٦٦/٢، «شذرات الذهب»: ٢٥٠/١].

* **جابر بن يزيد:** هو أبو عبدالله جابر بن يزيد بن حارث الجعفي الكوفي، تابعي من فقهاء الشيعة، أثنى عليه بعض رجال الحديث واتهمه آخرون بالرجعة، وضعفوه، كان كثير الرواية غزير العلم، توفي في الكوفة سنة ١٢٨هـ وقيل غير ذلك، من آثاره: نسب له كتاب «التفسير» و«مقتل الحسين بن علي بن أبي طالب» وكتاب «الفضائل» وكتاب «الهروان» وكتاب «صفين» وغيرها. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٧٥/١، «الأعلام» ١٠٥/٢].

* **الجرجاني (السيد الشريف):** هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسني الحنفي، ويعرف بالسيد الشريف، ولد بجرجان وإليها نسب، شارك في علوم كثيرة ولا سيما الفلسفية والعربية والأصولية، وبرع فيها حتى قالوا عنه: أنه علامة دهره وعالم بلاد الشرق. توفي في شيراز سنة ٨١٦هـ. من مؤلفاته: «التعريفات» و«شرح المواقف» و«شرح السراجية في الفرائض» وحواشي متعددة. [انظر: «الأعلام»: ٧/٥].

* **الجصاص:** أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف الجصاص ولد سنة ٣٠٥هـ انتهت إليه رئاسة الحنفية وسئل بالقضاء فامتنع. تفقه على أبي الحسن الكرخي وتخرج عليه. له: كتاب «أحكام القرآن»، و«شرح مختصر الكرخي» و«شرح مختصر الطحاوي» و«شرح الجامع الصغير» و«الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن، توفي يوم الأحد سابع ذي الحجة سنة ٣٧٠هـ ببغداد. [انظر: «تاج التراجم»: ٩٦، «الفوائد البهية»: ٥٣].

* **الحاكم:** أبو عبدالله الحاكم محمد بن عبدالله الطهماني النيسابوري الحافظ الكبير، ولد سنة ٣٢١هـ اعتنى به أبوه فسمعه في صغره ثم سمع هو بنفسه وكتب عن نحو ألفي شيخ. برع في معرفة الحديث وفنونه وصنف التصانيف الكثيرة منها: «المستدرک علی الصحیحین» وهو صدوق من الأثبات لكن فيه تشيع ويصحح واهيات توفي فجأة بعد خروجه من الحمام سنة ٤٠٥هـ. [انظر: «تذكرة الحفاظ»: ١٠٣٩/٣].

* **الحسن البصري:** الحسن بن أبي الحسن بن يسار، أبو سعيد البصري، يقال: مولى زيد بن ثابت، ويقال: مولى جميل بن قطبة، كان عالماً، ثقة، عابداً، من كبار التابعين، ولد لستين بقيتا من خلافة عمر، وشهرته تغني عن تعريفه، توفي سنة ١١٠هـ. [انظر: «العبر»: ١٣٦/١، «شذرات الذهب»: ١٣٦/١، «ميزان الاعتدال»: ٤٨٣/١، «وفيات الأعيان»: ٣٥٤/١].

* **الحصني:** هو أبو بكر محمد بن عبدالمؤمن بن حريز الحصني الشافعي، الملقب بتقي الدين والمنسوب إلى الحصن من قرى حوران تلقى العلم عن شيوخ عصره في بلاد الشام، وبرع في علوم عدة، وقد بالغ في الزهد والتقليل من الدنيا كما عرف بتعصبه للأشاعرة، توفي في دمشق سنة ٨٢٩هـ. من مؤلفاته: «القواعد في الفقه»، «كفاية الأخيار في شرح الغاية في الفقه الشافعي»، «تنبيه السالك إلى مظان المهالك» و«شرح مسلم» وغيرها. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٨٨/٧، «الأعلام»: ٦٩/٢].

* **الحصيري:** هو العلامة أبو المحامد محمود بن أحمد بن عبد السيد البخاري، ولد في بخارى ونسبته إلى محلة فيها كان يعمل بها الحصير، كان من العلماء العاملين انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة، توفي بدمشق سنة ٦٣٦هـ، من مؤلفاته: «التحريير شرح الجامع الكبير»، «الطريقة الحصيرية»، «النجم الهادي الساري إلى حل ألفاظ البخاري». [انظر: «الأعلام»: ١٦١/٧].

* **الحموي:** هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي المعروف بشهاب الدين الحموي الحنفي، المصري الحموي الأصل، كان مفتي الحنفية في مصر، ومدرساً بالمدرسة السليمانية في القاهرة، توفي سنة ١٠٩٨هـ. من مؤلفاته: «حاشية الدرر والغرر» في الفقه و«غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر» لابن نجيم و«كشف الرمز عن خبايا الكنز» وغيرها. [انظر: «الأعلام»: ٢٣٩/١].

* **الخشني:** أبو ثعلبة، اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافاً كبيراً، فقيل: هو جرثوم بن ناشر، وقيل: جرهم بن ناشم، وقيل غير ذلك، قدم على النبي ﷺ وهو يتجهز لحنين فأسلم وضرب له سهمه، وباع بيعة الرضوان، أما وفاته فقد كانت بالشام سنة ٧٥هـ. [انظر: «تهذيب التهذيب»: ٤٩/٢].

* **الخطيب البغدادي:** أبو بكر الخطيب البغدادي أحمد بن علي بن ثابت. أحد حفاظ الحديث وضابطيه التقيين ولد في جمادى الآخرة سنة ٣٩٢هـ، وتفقه على القاضي أبي الطيب الطبري واستفاد من الشيخ أبي إسحاق الشيرازي. من مصنفاته تاريخ بغداد. توفي في ذي الحجة سنة ٤٦٣هـ ودفن إلى جانب بشر الحافي. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة: ٢٤٦/١].

* **الدارقطني:** الإمام علي بن عمر الدارقطني، أبو الحسن، صاحب «السنن»، كان إمام عصره في الحديث، وأول من صنف في القراءات، شافعي المذهب، له مؤلفات منها: «السنن» و«العلل» وغيرها. توفي في بغداد سنة ٢٨٥هـ. [انظر: «تاريخ بغداد»: ٣٤/١٢، «تذكرة الحفاظ»: ١٨٦/٣، «شذرات الذهب»: ١١٦/٣، «العبر»: ٢٨/٣، «وفيات الأعيان»: ٤٥٩/٢].

* **داود الظاهري:** داود بن علي بن خلف، الإمام أبو سليمان الأصبهاني ثم البغدادي، إمام أهل الظاهر، صاحب التصانيف، كان أحد أئمة المسلمين وهداتهم، زاهداً متقللاً، توفي سنة ٢٧٠هـ في رمضان وقيل: في ذي القعدة وله سبعون سنة. سمع العنبي وسليمان بن حرب وطبقتهما، وتفقه على أبي ثور، وابن راهويه. نشأ ببغداد وتوفي بها. وكان من أكثر الناس تعصباً للإمام الشافعي، وصنف في فضائله كتابين، وكان صاحب مذهب مستقل وكان ولده أبو بكر محمد على مذهبه. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢٩٧/٣ - ٣٠٠، «العبر»: ٢/٤٥، «الفهرست»: ٣٠٣، «لسان الميزان»: ٤٢٢/٢، «ميزان الاعتدال»: ٣٢١/١، «وفيات الأعيان»: ٢٥٥/٢ - ٢٥٧، «طبقات الشيرازي»: ٧٦، «تاريخ بغداد»: ٣٦٩/٨].

* **الدبوسي:** عبيدالله بن عمر بن عيسى، القاضي أبو زيد الدبوسي، نسبة إلى قرية بين بخارى وسمرقند، يقال لها: «دبوسة» أو «دبوسية». تفقه على أبي جعفر الأستروشني عن أبي بكر محمد بن الفضل عن عبدالله السبذموني، قيل: إنه أول من وضع علم الخلاف. من تصانيفه: «تقويم الأدلة» و«الأسرار» و«تأسيس النظر». توفي ببخارى سنة ٤٣٠هـ وعمره ثلاث وستين وكان أحد من يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج. [انظر: «الفوائد البهية»: ١٨٤، «تاج التراجم»: ١٩٢ - ١٩٣، «العبر»: ١٧١/٣، «شذرات الذهب»: ١٥٠/٥].

* **الدهشة (ابن خطيب):** هو أبو الثناء محمود بن أحمد الهمذاني الفيومي الحموي الشافعي، أصله من الفيوم في مصر انتقل أبوه إلى الشام فولد له المترجم في حماة التي نشأ فيها وتفقه على طائفة من العلماء، وقد عرف أبو الثناء بابن خطيب الدهشة، أفتى ودرّس وتولى القضاء، توفي في حماة سنة ٨٣٤هـ. من مؤلفاته: «تحفة ذوي الإرب في مشكل الأسماء والنسب»، «شرح الكافية» لابن مالك وغيرها. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢١٠/٧، «الأعلام»: ١٦٢/٧].

* **الرازي (فخر الدين):** أبو عبدالله، فخر الدين، محمد بن عمر بن الحسين بن علي الرازي، ولد بالري سنة ٥٤٤هـ، حيث كانت تقيم أسرته بعد أن غادرت طبرستان، وهو قرشي النسب. وهو الإمام الأصولي النظار المفسر. توفي بهراة يوم عيد الفطر

سنة ٦٠٦هـ. اشتغل على والده الإمام ضياء الدين خطيب الري، صاحب محيي السنّة البغوي. كان فريد عصره ومتكلم زمانه. من تصانيفه تفسير كبير هو «مفاتيح الغيب» وكتاب «المحصول». [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة: ٨٤/٢، «شذرات الذهب»: ٤٠/٧ - ٤٢، «سير أعلام النبلاء»: ٥٠٠/٢١ - ٥٠١].

* الروياني (عبدالواحد): عبدالواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن، فخر الإسلام الروياني، فقيه شافعي من أهل رويان، بنواحي طبرستان، رحل إلى بخارى وغزنة ونيسابور وبنى بأمل طبرستان مدرسة. وانتقل إلى الري ثم إلى أصبهان. وعاد إلى أمل. كان متمكناً في مذهب الشافعي. له تصانيف، منها: «بحر المذهب» من أطول كتب الشافعية، و«مناصيص الإمام الشافعي» وغيرها. ولد سنة ٤١٥هـ وتوفي سنة ٥٠٢هـ. [انظر: «وفيات الأعيان»: ١٨٩/٣ - ١٩٩، «الأعلام»: ١٧٥/٤].

* الزجاج: هو إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل الزجاج، نحوي، ولد ببغداد سنة ٢٤١هـ وتوفي بها سنة ٣١١هـ. [انظر: «وفيات الأعيان»: ٤٩/١].

* الزرقا: هو الشيخ أحمد بن محمد بن عثمان الزرقا، كان أبوه من علماء الشام وفقهاء الحنفية البارزين فيها فتأثر به ولازمه وقرأ عليه عدداً من كتب الفقه الحنفي منها: كتاب «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، تولى التدريس بعد والده في عدد من «جوامع الشام»، توفي في حلب سنة ١٣٥٧هـ. من مؤلفاته: «شرح القواعد الفقهية». [انظر: «مقدمة كتاب الزرقا» «شرح القواعد الفقهية»: لعبدالفتاح أبو غدة].

* الزركشي (بدر الدين): بدر الدين الزركشي أبو عبدالله محمد بن بهادر بن عبدالله المصري الزركشي الشافعي، ولد سنة ٧٤٥هـ وتوفي سنة ٧٩٤هـ. أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسنوي. وسراج الدين البلقيني ورحل إلى حلب ودمشق لطلب العلم والحديث، كان فقيهاً أصولياً أديباً فاضلاً، درس وأفتى وولي مشيخة خانقاه كريم الدين بالقرافة الصغرى من تصانيفه: «تكملة شرح المنهاج للإسنوي». و«خادم الشرح» و«الروضة» و«البحر في الأصول» وغير ذلك، توفي بمصر في رجب ودفن بالقرافة الصغرى. [انظر: «شذرات الذهب»: ٥٧٢/٨ - ٥٧٣، «أنباء الغمر»: ١٣٨/٣، «الدرر الكامنة»: ٣٩٧/٣].

* الزمخشري: محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الزمخشري، أبو القاسم جار الله. المعتزلي. كان واسع العلم كثير الفضل، ولد في رجب سنة ٤٩٧هـ وورد بغداد غير مرة وجاور بمكة، له: «الكشاف في التفسير» و«الفائق في غريب

الحديث» والمعضل في النحو وغير ذلك مات يوم عرفة سنة ٥٣٨هـ. [انظر: «بغية الوعاة»: ٢/٢٧٩ - ٢٨٠].

* **الزنجاني:** هو أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود شهاب الدين الزنجاني، نسبة إلى زنجان بقرب أذربيجان، استوطن بغداد، شافعي المذهب، من مؤلفاته: «تخريج الفروع على الأصول»، ولد سنة ٥٧٣هـ وتوفي سنة ٦٥٦هـ. [انظر: «مقدمة تخريج الفروع»، «الأعلام»: ٣٧/٨].

* **الزهري:** هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبدالله بن شهاب الزهري، نسبة إلى بني زهرة بن كلاب، من قريش، أحد الفقهاء والمحدثين والأعلام التابعين بالمدينة، من أحفظ أهل زمانه للسنن وأحسن لها سيقاً، رأى عشرة من الصحابة وروى عنه جماعة من الأئمة منهم مالك والسفيانان، نزل الشام واستقر بها. وكتب عمر بن عبدالعزيز إلى عماله: عليكم بآبن شهاب فإنكم لا تجدون أحداً أعلم بالسنة منه. قال ابن الجزري: «مات بشغب، آخر حدّ الحجاز وأول حد فلسطين». وكانت وفاته سنة ١٢٤هـ، أما ميلاده فسنة ٥٨هـ. [انظر: «تذكرة الحفاظ»: ١٠٢/١، «تهذيب التهذيب» ٩/٤٤٥، «الأعلام» ٧/٩٧].

* **السيكي (عبدالوهاب بن علي):** عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي تاج الدين أبو نصر الخزرجي ولد بالقاهرة سنة ٧٢٧هـ. قرأ على الحافظ المزي ولازم الذهبي وتخرج عليه. وطلب بنفسه. قال ابن كثير جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض قبله وحصل له من المناصب ما لم يحصل لأحد قبله. من تصانيفه: «رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب»، و«شرح منهاج البيضاوي» و«القواعد المشتملة على الأشباه والنظائر» و«طبقات الفقهاء الكبرى». توفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة سنة ٧٧١هـ. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة: ٢/٢٥٦، «ذيل العبر»: ٢/٣٠٣ - ٣٠٦، «الوفيات» لابن رافع: ٢/٣٦٢ - ٣٦٤].

* **السرخسي:** محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، شمس الأئمة، تخرج بعبدالعزيز الحلواني وأملى المبسوط وهو في السجن وله جزء ضخيم في «أصول الفقه» و«شرح السير الكبير». و«شرح مختصر الطحاوي» وكتاب «الكسب» لمحمد بن الحسن. مات في حدود الخمسمائة. [انظر: «تاج التراجم»: ٢٣٤، «الفوائد البهية»: ٢٦١].

* **سعد بن أبي وقاص:** سعد بن مالك بن أهيب القرشي الزهري بن أبي وقاص، الصحابي الجليل. كان على رأس من فتح العراق. توفي سنة ٥١هـ وقيل غير ذلك. [انظر: «الإصابة»: ٢/٣٣].

* **السنباطي**: هو محمد بن عبدالصمد بن عبدالقادر السنباطي المصري الشافعي الملقب بـ: قطب الدين المكي أبي عبدالله، ولد سنة ٦٥٣هـ، سمع من الدمياطي وغيره كان إماماً حافظاً للمذهب عارفاً بالأصول ديناً متواضعاً. من مصنفاته: «استدراكات على تصحيح التنبيه للنووي» واختصر قطعة من «الروضة». [انظر: «شذرات الذهب»: ٥٧/٦].

* **السيوطي**: عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي، ولد بالقاهرة سنة ٨٤٩هـ نشأ يتيماً فاعتنى به الكمال بن الهمام وحفظ «القرآن» و«عمدة الأحكام» و«منهاج النووي» و«ألفية ابن مالك» و«منهاج البيضاوي». كان ذا قدم راسخة في علوم شتى. من أشهر مصنفاته: «الاتقان في علوم القرآن» و«الأشباه والنظائر» و«تدريب الراوي» توفي سنة ٩١١هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٠/٧٤، «الضوء اللامع»: ٦٥/٤ - ٧٠].

* **الشاطبي** (أبو إسحاق): أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المشهور بالشاطبي، الفقيه الأصولي المفسر المحدث مع الصلاح والعفة والورع واتباع السنّة واجتناب البدعة. أخذ عن أئمة منهم: ابن الفخار وأبي عبدالله البلنسي والشريف التلمساني وغيرهم. وعنه أبو بكر بن عاصم، وأخوه أبو يحيى محمد وغيرهم. له تأليف نفيسة منها: «شرح الخلاصة» و«الموافقات» و«الاعتصام»، توفي في شعبان سنة ٧٩٠هـ. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ٢٣١ رقم ٨٢٨، «نيل الابتهاج بتطريز الديباج»: ٤٦ وما بعدها].

* **الشافعي**: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي، يتصل نسبه بنسب النبي ﷺ في عبد مناف، ولد بغزة (فلسطين) سنة ١٥٠هـ ونشأ يطلب العلم بمكة، ثم المدينة، ليتلمذ على الإمام مالك، ثم العراق إذ لقي محمداً بن الحسن صاحب أبي حنيفة، ثم توجه إلى مصر فلقي الليث وغيره، وهو أشهر من أن يعرف، توفي سنة ٢٠٤هـ. من آثاره: «الرسالة في أصول الفقه»، «اختلاف الحديث»، «أحكام القرآن»، «الأم» في الفقه وغيرها. [انظر: «طبقات الشافعية الكبرى»: ١/١٩٤ - ٢٠٤، «سير أعلام النبلاء»: ١٠/٥].

* **الشعبي**: عامر بن شراحيل الشعبي، أبو عمرو، ثقة مشهور، فقيه، كوفي تابعي، كان جليل القدر، وافر العلم. توفي سنة ١٠٤هـ، وقيل غير ذلك. [انظر: «شذرات الذهب»: ١/١٢٦، «وفيات الأعيان»: ٣/١٥].

* **الشوكاني**: محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني، من علماء اليمن، من أهل صنعاء، صاحب «إرشاد الفحول» و«نيل الأوطار» ولد بهجرة شوكان من بلاد

خولان باليمن سنة ١١٧٣هـ ونشأ بصنعاء وهو قاضياً عليها منذ سنة ١٢٢٩هـ. كان يرى تحريم التقليد. وله ١١٤ مؤلفاً منها ما ذكرناه. [انظر: «البدر الطالع»: ٢١٤/٢ - ٢٢٥، «الأعلام»: ٢٩٨/٦].

* الشيرازي (أبو إسحاق): أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبدالله شيخ الإسلام علماً وعملاً وورعاً. ولد في فيروز آباد سنة ٣٩٣هـ. من شيوخه: أبو حاتم القزويني وأبو علي الزجاجي والقاضي أبو الطيب. من تصانيفه: «التنبيه» و«المهذب» و«اللمع» و«التبصرة» و«المعونة في الجدل». توفي في جمادى الآخرة سنة ٤٧٦هـ. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة: ١/٢٤٤، «طبقات الشافعية»: ٢١٥/٤].

* صدر الشريعة: هو عبدالله بن مسعود بن محمد البخاري المحجوبي الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر من فقهاء الأحناف وأصوليهم وجدليهم، إلى جانب كونه محدثاً ومفسراً ونحوياً ولغوياً ومنطقياً وأديباً، توفي سنة ٧٤٧هـ. من مؤلفاته: «التوضيح في حل غوامض التنقيح» في أصول الفقه، «الوشاح في المعاني والبيان»، و«شرح الوقاية في الفقه الحنفي»، و«تعديل العلوم». [انظر: «الأعلام»: ١٩٧/٤].

* الطبري (أبو علي): الإمام الحسين بن القاسم أبو علي الطبري، شيخ الشافعية ببغداد، له وجوه مشهورة في المذهب الشافعي، تفقه على أبي علي بن أبي هريرة، ودرس الفقه بعده، صنف «الإفصاح» و«المحرر». توفي سنة ٣٥٠هـ. [انظر: «طبقات الشافعية»: ٢٨٠/٣، «طبقات الشيرازي»: ٩٤، «تاريخ بغداد»: ٨٧/٨، «شذرات الذهب»: ٣/٣، «وفيات الأعيان»: ٣٥٨/١، «العبر»: ٢٨٦/٢].

* عائشة (أم المؤمنين): هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، تكنى بأم عبدالله، كانت من أئمة نساء المسلمين وأعلمهن بالدين، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية للهجرة، كانت أحب نسائه إليه وأكثرهن رواية عنه، توفيت بالمدينة سنة ٥٨هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٦١، «الأعلام»: ٤٢٠/٢].

* عبدالله بن عباس: عبدالله بن عباس بن عبد المطلب القرشي توفي بالطائف سنة ٦٨هـ. صحابي معروف. [انظر: «الإصابة»: ٣٣٠/٢].

* عبدالله بن عمر: عبدالله بن عمر بن الخطاب، القرشي العدوي. الصحابي الجليل. توفي سنة ١٤هـ. وهو من كبار الصحابة. [انظر: «أسد الغابة»: ٣/٣٤٠، «الإصابة»: ٣٤٧/٢].

* عبدالله بن مسعود: عبدالله بن مسعود الهذلي أحد السابقين إلى الإسلام من الصحابة. [انظر: «الإصابة»: ٣٦٩/٢].

* **عبد الوهاب (القاضي المالكي):** أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي البغدادي العراقي المالكي. ولد ببغداد سنة ٣٦٢هـ يوم الخميس سابع شوال. ونشأ في دار علم وفقه وأدب وفضل. أخذ عن الأبهري وابن القصار وابن الجلاب وأبي بكر الباقلاني وغيرهم. وعنه ابن عمروس والخطيب البغدادي وأبو إسحاق الشيرازي وغيرهم. من مؤلفاته: «التلقين» و«المعونة» و«الإشراف على مسائل الخلاف» وغيرها. توفي بمصر سنة ٤٢٢هـ في شهر شعبان. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ١٠٣، «ترتيب المدارك»: ٧/٢٢٠، «سير أعلام النبلاء»: ٤٢٩/١٧، «تاريخ بغداد»: ٣١/١١].

* **العراقي (زين الدين):** أبو الفضل، زين الدين، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي الكردي الرازياني المصري الشافعي الأثري الحافظ الكبير محدث الديار المصرية وأصله من العراق قدم أبوه القاهرة. ولد في جمادى الأولى سنة ٧٢٥هـ. خرج أحاديث الإحياء. ونظم «علوم الحديث» لابن الصلاح ثم شرحه ويحمل نكتاً على ابن الصلاح و«نظم السيرة النبوية» في ألف بيت و«نظم منهاج البيضاوي». مات بعد خروجه من الحمام في شعبان سنة ٨٠٦هـ. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شعبة: ٣٥٩/٢].

* **عطاء (ابن أبي رباح المكي):** الإمام أبو محمد عطاء بن أبي رباح المكي، مولى قريش، كان فقيه الحجاز، عابداً، ديناً، قال الأوزاعي: مات عطاء يوم مات وهو أرض أهل الأرض عند الناس، وقال أبو حنيفة: ما رأيت أفضل منه. توفي في رمضان سنة ١١٤هـ، وقيل: سنة ١١٥هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ١/١٤٧، «تذكرة الحفاظ»: ٩٨/١، «العبر»: ١/١٤٢، «وفيات الأعيان»: ٤٢٤/٢].

* **علي بن أبي طالب:** هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي رابع الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين بالجنة وابن عمر النبي ﷺ وصهره، عرف بشجاعته وفصاحته وعلمه بالقضاء، كان أول الناس إسلاماً بعد خديجة، ولد بمكة وتربى في حجر النبي ﷺ، ولي الخلافة بعد عثمان بن عفان رضي الله عنهما، استشهد بالكوفة سنة ٤٠هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ١/٤٩، «الأعلام»: ٤/٢٩٥].

* **العليمي:** هو ياسين بن زين الدين بن أبي بكر الحمصي الشهير بالعليمي، كان من رواد عصره في علوم العربية، ولد بحمص ونشأ وتعلم فيها ثم ارتحل إلى مصر ومات فيها سنة ١٠٦١هـ. من مؤلفاته: «حاشية على ألفية ابن مالك»، «حاشية على متن القطر»، «حاشية على شرح التلخيص المختصر» للفتناني، «حاشية على التصريح شرح التوضيح» لابن هشام. [انظر: «الأعلام»: ٨/١٣٠].

* **عمر بن الخطاب:** هو أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي القرشي الملقب بـ: الفاروق، ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمر المؤمنين منهم، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، كان من أشرف قريش، ومن رجالاتها المعدودين وكان إسلامه فتحاً على المسلمين، تميز بشجاعته وذكائه وحصافة عقله، في عهده تم فتح العراق والشام ومصر ومصرّت مدن عديدة، وهو الذي جعل الهجرة مبدأ التاريخ الإسلامي وضرب الدراهم الإسلامية، استشهد سنة ٢٣هـ. [انظر: «ابن الأثير»: ١٩/٣، «الأعلام»: ٤٥/٥].

* **عمر بن عبدالعزيز:** هو أمير المؤمنين، أبو حفص، عمر بن عبدالعزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، القرشي الأموي، الخليفة العادل، خامس الخلفاء الراشدين، توفي سنة ١٠١هـ ومات معه عمه الأمير محمد بن مروان بن الحكم الأموي. [انظر: «شذرات الذهب»: ١١٩/١، «سير أعلام النبلاء»: ١١٤/٥ - ١٤٨، «العبر»: ١٢٠/١، «الأعلام»: ٢٠٩/٥].

* **عمرو بن حزم:** عمرو بن حزم بن زيد الأنصاري. استعمله النبي ﷺ على نجران، وكتب له كتاباً فيه الفرائض والزكاة والديات وغير ذلك. [انظر: «الإصابة»: ٥٣٢/٢، «الاستيعاب»: ٥١٧/٢].

* **العيني:** هو محمد بن أحمد بن موسى بن محمد بدر الدين العيني الحنفي، مؤرخ علامة من كبار المحدثين أصله من حلب من قرية عينتاب وإليها نسب، صاحب «عمدة القاريء» «شرح صحيح البخاري» وغيره، توفي سنة ٨٥٥هـ بالقاهرة. [انظر: «الأعلام»: ١٦٤/٧].

* **الغزالي (أبو حامد):** زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي الغزالي الملقب بـ: حجة الإسلام، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ، وكان والده يغزل الصوف، وتوفي في رابع عشر جمادى الآخرة سنة ٥٠٥هـ. تتلمذ على إمام الحرمين، ولاة نظام الملك تدرّس مدرسته ببغداد، خرج له أصحاب، وصنف التصانيف مع التصون والذكاء المفرط والاستبحار في العلم كانت وفاته بالطبران، قسبة بلاد طوس، وله خمس وخمسون سنة. والغزالي: هو الغزالي. وكذا العطارى والخبازي على لغة أهل خراسان. وقيل: إن الزاي مخففة، نسبة إلى غزالة وهي قرية من قرى طوس. له تصانيف كثيرة منها: «إحياء علوم الدين» و«البيسط» و«الوسيط» و«المهذب» و«الوجيز» و«المستصفي» و«المنحول» وغير ذلك. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٨/٦ - ٢٢، «وفيات الأعيان»: ٩٨/١، «الأنساب»: ١٤٠/٩، «سير أعلام النبلاء»: ٣٢٢/١٩ - ٣٤٦، «العبر»: ١٠/٤].

«طبقات الشافعية» للإسنوي: ١١١/٢ - ١١٣، «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة: ١/ ٣٠٠ - ٣٠١].

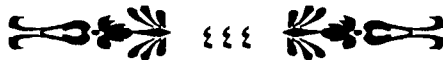
* الغزّي (عيسى بن عثمان): الملقب بـ: شرف الدين من علماء الشافعية في القرن الثامن، تصدر الفتوى واشتغل بالتأليف، كان فقير الحال ثم استغنى من جهة زوجة تزوجها فماتت فورث منها مالاً، توفي سنة ٧٩٩هـ. من مؤلفاته: «شرح المنهاج»، و«مختصر روضة الطالبين»، و«مختصر المهمات»، و«آداب القضاء»، و«القواعد في فروع الشافعية». [انظر: «الأعلام»: ١٠٥/٥].

* الفارابي: هو أبو النصر محمد بن أحمد بن طرخان، من فلاسفة المسلمين المشهورين، منسوب إلى فاراب في بلاد الترك، اشتهر بمباحثه المنطقية وتحقيقاته فيها كما عرف بالموسيقى، ويقال: إنه وضع الآلة المسماة بالقانون، استقر به المقام في حلب عند سيف الدولة الحمداني، وبقي ملازماً له حتى توفي في دمشق في أثناء سياحة قام بها إليها سنة ٣٣٩هـ. من مؤلفاته: «التوفيق بين رأي الحكيمين أفلاطون وأرسطو» و«خصوص المسائل» و«إحصاء العلوم» و«رسالة في المنطق». [انظر: «وفيات الأعيان»: ٢٣٩/٤ وما بعدها، «شذرات الذهب» ٣٠٠/٢].

* الفراء: أبو زكريا، يحيى بن زياد الفراء، أعلم الكوفيين بالنحو بعد الكسائي، وقد أخذ علمه عن الكسائي، وهو عمده، ثم أخذ عن أعراب وثق بهم. وكان الفراء متورعاً متديناً. مات في طريق مكة سنة ٢٠٧هـ. [انظر: «مراتب النحويين»: ٨٨/٨٦].

* الفيومي: هو أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ثم الحموي، ولد ونشأ في الفيوم في مصر، ثم ارتحل إلى حماة في بلاد الشام، فقيه لغوي، توفي نحو سنة ٧٧٠هـ. من مؤلفاته: «المصباح المنير في غريب الشرح الكبير» و«نثر الجمان في تراجم الأعيان» و«ديوان خطب». [انظر: «كشف الظنون»: ١٧١٠، «الأعلام»: ٢٢٤/١].

* القرافي: شهاب الدين، أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي القرافي، المتوفى في جمادى الآخرة سنة ٦٨٤هـ، من علماء المالكية، نسبتة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب وإلى قرافة المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة. له تصانيف منها: «شرح المحصول» للرازي المسمى: «نفائس الأصول»، و«الذخيرة في الفروع»، و«شرح تنقيح الفصول» وكتاب في «الفروق الفقهية»، أخذ عن جمال الدين بن الحاجب والعز بن عبدالسلام والفاكهاني والبقوري. [انظر: «شجرة النور الزكية»: ١٨٨ رقم: ٦٢٧، «الديباج المذهب»: ٢٣٦/١].



* **القرطبي (أبو عبدالله محمد بن أحمد):** هو أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر، صاحب التفسير المشهور، إمام متقن متبحر في العلم له تصانيف مشهورة تدل على إمامته وكثرة اطلاعه ووفور فضله، توفي سنة ٦٧٠هـ. [انظر: «طبقات المفسرين»: ٦٩/٢].

* **القفال الشاشي (أبو بكر):** محمد بن علي بن إسماعيل، القفال الكبير، الشاشي، أحد كبار أئمة الشافعية، له باع طويل في كل العلوم، من حديث، وتفسير، وفقه، وأصول، ولغة، وشعر، توفي سنة ٣٦٠هـ بالشاش. [انظر: «طبقات الشافعية»: ٣/٢٠٠، «شذرات الذهب»: ٥١/٣، «العبر»: ٣٢٨/٢، «وفيات الأعيان»: ٣/٣٣٨].

* **الكرخي (أبو الحسن):** أبو الحسن، عبيدالله بن الحسين الكرخي، من كرخ، انتهت إليه رئاسة الحنفية ببغداد بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي، تفقه عليه الرازي، والدماغاني والتنوخي. كان كثير الصوم والصلاة صابراً، صنف: «المختصر» و«الجامع الكبير» و«الجامع الصغير» أودعهما الفقه والحديث، وله كتاب في أصول الفقه، والآثار. ولد سنة ٢٦٠هـ، وتوفي سنة ٣٤٠هـ. [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٥٨/٢، «تاريخ بغداد»: ٣٥٣/١٠، «الفهرست»: ٢٩٣].

* **الكفوي:** هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي، ولد في «كفا» القرم وإليها نسب، نشأ في كفا وتفقه على مذهب أبي حنيفة، ثم استدعي إلى إسطنبول وعين قاضياً فيها، ثم عاد إلى كفا وولي القضاء فيها ثم في بغداد والقدس وعاد بعد ذلك إلى إسطنبول فتوفي فيها سنة ١٠٩٤هـ. من مؤلفاته: «الكليات»، و«شرح بردة البوصيري»، ككتاب في اللغة التركية سماه: «تحفة الشاهان» وهو في العقائد والأخلاق. [انظر: «الأعلام»: ٣٨/٢].

* **الليث بن سعد:** هو أبو الحارث الليث بن عبدالرحمن المصري، فقيه وإمام مشهور روى عن خير بن نعيم. [انظر: «تهذيب التهذيب»: ٤٥٩/٨ - ٤٦٤].

* **الليثي (يحيى بن يحيى):** هو أبو محمد يحيى بن أبي عيسى يحيى بن كثير بن وسلاس الليثي ولاء بربري الأصل عاقل الأندلس ومحدثها، وروايته «الموطأ» عن مالك أكثر انتشاراً بين الناس إلى يومنا، به انتشر مذهب مالك في الأندلس لما له من مكانة عند السلطان، إليه انتهت رئاسة العلم والفتيا بعد عيسى بن دينار، ولد سنة ١٥٢هـ وتوفي بقرطبة سنة ٢٣٤هـ. [انظر: «تهذيب التهذيب»: ٣٠٠/١١، «الأعلام»: ١٧٦/٨].

* **المازري (محمد بن علي):** أبو عبدالله المازري محمد بن علي بن عمر المالكي المحدث، نسبته إلى مازر بجزيرة صقلية، كان من كبار أئمة زمانه ومن فقهاء المالكية. ولد سنة ٤٥٣هـ وتوفي بالمهدية سنة ٥٣٦هـ، عن ثلاث وثمانين سنة.

من مصنفاته: «المعلم بفوائد مسلم» في الحديث، و«شرح التلقين» في الفروع، و«إيضاح المحصول في الأصول» وهو شرح للبرهان لم يفت بغير المشهور من مذهب مالك. أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ وغيرهما وعنه من لا يعد كثرة منهم ابن الفرس. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٨٦/٦، «الأعلام»: ٢٧٧/٦، «شجرة النور الزكية»: ١٢٧ - ١٢٨ رقم ٣٧١].

* مالك بن أنس: أبو عبدالله، مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي القحطاني، ولد في المدينة المنورة سنة ٩٤هـ وبها توفي سنة ١٧٩هـ، وهو إمام دار الهجرة، وصاحب «الموطأ». وأشهر من أن يعرف. [انظر: «وفيات الأعيان»: ٤/١٣٥، «شذرات الذهب»: ٢٨٩/١، «سير أعلام النبلاء»: ٤٨/٨ وما بعدها، «ترتيب المدارك للقاضي عياض»: ١٠٢/١ وما بعدها].

* الماوردي (أبو الحسن البصري): هو علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي، أفضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة سنة ٣٦٤هـ وانتقل إلى بغداد. نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد سنة ٤٥٠هـ. من مصنفاته: «الأحكام السلطانية» و«أدب الدنيا والدين» و«الحاوي» في فقه الشافعية، و«نصيحة الملوك» وغيرها. [انظر: «شذرات الذهب»: ٢١٨/٥ - ٢١٩، «تاريخ بغداد»: ١٠٢/١٢، «وفيات الأعيان»: ٣/٢٨٢ - ٢٨٤، «طبقات الشافعية الكبرى»: ٢٦٧/٥ - ٢٨٥، «طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة»: ٢٤٠/١].

* المحلي (جلال الدين): هو محمد بن أحمد بن محمد المحلي المصري الشافعي الملقب بـ: جلال الدين، كان فقيهاً وأصولياً ومتكلماً، ونحوياً ومفسراً وصف بحدة الذكاء، حتى قالوا: إن ذهنه يثقب الماس، وسماه بعضهم: تفتازاني العرب، كان متقشفاً يأكل من كسب يده، توفي في مصر سنة ٨٦٤هـ. من مؤلفاته: «شرح الورقات» «البدر الطالع في حل جمع الجوامع» «شرح المنهاج في فقه الشافعية»: [انظر: «شذرات الذهب»: ٣٠٣/٧، «الأعلام»: ٣٣٣/٥].

* محمد الطاهر بن عاشور: محمد الطاهر بن عاشور، رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس، ولد سنة ١٢٩٦هـ وتوفي سنة ١٣٩٣هـ. وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة. من مصنفاته: «مقاصد الشريعة الإسلامية» و«التحرير والتنوير في تفسير القرآن». [انظر: «معجم الأعلام»: ٧٢٢، «الأعلام» للرزكلي: ١٧٤/٦].

* محمد بن الحسن (الشبباني): محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صحب

أبا حنيفة، وعنه أخذ الفقه، ثم عن أبي يوسف، وروى عن مالك، ومسعر، والثوري، وعنه أبو عبيد، ويحيى بن معين. وهو من قرية بدمشق يقال لها: «حرسنا». توفي سنة ١٨٩هـ. [انظر: «تاج التراجم»: ١٥٩، «العبر»: ٣٠٢/١، «شذرات الذهب»: ٣٢١/١، «وفيات الأعيان»: ٣٢٤/٣].

* **المزني**: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبو إبراهيم المزني، أحد أصحاب الشافعي الستة الذين رَووا عنه مذهبه الجديد بمصر حدث عن الشافعي، ونعيم بن حماد وغيرهما، وحدث عنه ابن خزيمة، وابن أبي حاتم، وغيرهما، كان زاهداً عالماً مجتهداً. له تصانيف منها «المختصر» الذي شاع ذكره، و«الترغيب في العلم» و«المنثور» وغيرها. توفي سنة ٢٦٤هـ. [انظر: «طبقات الشافعية»: ٩٣/٢، «طبقات الشيرازي»: ٧٩، «شذرات الذهب»: ١٤٨/٢، «وفيات الأعيان»: ١٩٦/١].

* **مسلم**: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري، ولد سنة ٢٠٤هـ سمع عن يحيى بن يحيى التميمي والقعنبي وأحمد بن حنبل وخلق كثير. روى عنه الترمذي حديثاً واحداً وابن خزيمة وأبو عوانة وخلق سواهم. كان يناضل عن البخاري حتى أوحش ما بينه وبين محمد بن يحيى الذهلي بسببه. له تصانيف منها: كتاب «التميز» وكتاب «الأفراد» وكتاب «الأقران» وكتاب «الصحيح». مات سنة ٢٦١هـ. [انظر: «تذكرة الحفاظ»: ٥٨٨/٢].

* **معاذ بن جبل**: هو أبو عبدالرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، أعلم الأمة بالحلال والحرام، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وبعثه بعد غزوة تبوك إلى اليمن قاضياً ومرشداً وبقي فيها إلى أن انتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى فعاد معاذ إلى المدينة ثم كان مع أبي عبيدة في غزو الشام وتوفي بطاعون عمواس سنة ١٨هـ وعمره ٣٣، وقيل: ٣٨ سنة. [انظر: «طبقات ابن سعد»: ٥٨٣/٣].

* **المقرّي**: هو محمد بن محمد بن أحمد القرشي المقرّي التلمساني، ولد في تلمسان لأسرة ميسورة الحال، فتفرغ للعلم في زمن مبكر، وارتحل إلى المشرق قاصداً الحج فالتقى في طريقه بعدد من علماء مصر والشام والقدس والحجاز، تولى القضاء فترة، ولازم في آخر حياته السلطان أبا غسان المريني، توفي في فاس سنة ٧٥٨هـ. من مؤلفاته: «عمل من حب لمن طب»، «الطرف والتحف»، «القواعد» وغير ذلك. [انظر: «شذرات الذهب»: ١٩٣/٦ - ١٩٦، «شجرة النور»: ٢٣٢ وفيه توفي سنة ٧٥٦هـ، «الأعلام»: ٣٧/٧].

* **المنجور**: هو أبو العباس أحمد بن علي بن عبدالرحمن المنجور، أصله من

مكناسة، وإقامته ووفاته في فاس، من علماء المغرب وفقهائها وأصوليها ومحدثيها، مع مشاركة في بعض العلوم والآداب، توفي في فاس سنة ٩٩٥هـ. من مؤلفاته: «شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب»، «الشرح المطول»، و«الحاشية على السنوسية الكبرى» في العقائد، و«شرح على القواعد الصغرى» للزقاق. [انظر: «شجرة النور»: ٢٨٣، «الأعلام»: ١٢/١٨].

* **النخعي (إبراهيم):** إبراهيم بن يزيد النخعي، أبو عمران، كان فقيه العراق، فقيه ثقة، كثير الإرسال، توفي سنة ٩٦هـ، وقيل: ٩٥هـ. [انظر: «وفيات الأعيان»: ١/٢٥، «شذرات الذهب» ١/١١١].

* **النظام:** أبو إسحاق إبراهيم بن سبتار المعروف بالنظام، وهو شيخ الجاحظ، ومن أذكياء المعتزلة، قرر مذهب الفلاسفة في القدر الذي أنكره عليه عامة المسلمين، روي أنه كان لا يكتب ولا يقرأ وقد حفظ القرآن والتوراة والإنجيل والزبور وتفسيرها مع كثرة حفظه الأشعار والأخبار واختلاف الناس في الفتيا. قال الجاحظ: ما رأيت أحداً أعلم بالكلام والفقه من النظام. توفي ما بين سنة ٢٢١هـ وسنة ٢٢٣هـ. وهو زعيم الطائفة النظامية. [انظر: «طبقات المعتزلة»: ٤٩، «تاريخ بغداد»: ٩٧/٦، «الفرق بين الفرق»: ١٣١].

* **النووي:** يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام الحزامي النووي، محيي الدين، أبو زكريا، الدمشقي ولد في المحرم سنة ٦٣١هـ. قرأ القرآن وختم وقد ناهز الاحتلام، حفظ التنبيه في نحو أربعة أشهر ونصف شيخ الإسلام وأحد الأعلام. من تصانيفه: «الروضة» و«المنهاج» و«شرح المهذب» و«شرح مسلم». مات في بلده نوى بعد ما زار القدس والخليل في رجب سنة ٦٧٧هـ ودفن بها. [انظر: «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة: ٩/٢، تذكرة الحفاظ: ٤/١٤٧٠].

* **هلال بن أمية:** هلال بن أمية الأنصاري الواقفي، من بني واقف، شهد بدرأ، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك ثم تاب الله عليهم، وهو الذي قذف امرأته بشريك بن السحماء، فقال له النبي ﷺ: «البينة وإلا حد في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله في أمري ما يبىء ظهري من الحد «فنزل»: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦]. [انظر: «أسد الغابة»: ٥٢٢/٢، «جامع القرطبي»: ١٨٢/١٢، «الاستيعاب»: ٣/٦٠٤].

الفهارس

وفيها ما يلي :

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس القواعد والضوابط الفقهية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .



فهرس الآيات القرآنية

مواضعها في المصحف	الصفحة	أطراف الآيات
البقرة ١٠٤	١١٩	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رِعْسًا وَفُولًا أَنْظَرْنَا ...﴾
البقرة ١٢٧	٣٠	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ ...﴾
البقرة ١٧٣	١٩٧ ، ٩١	﴿فَمَنْ أَضَطَّرَّ عَدْرَ بَاعِغٍ وَلَا عَادِرٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ...﴾
البقرة ١٨٥	٩٠	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ...﴾
البقرة ١٩٤	٢٩٥	﴿فَمَنْ أَعْدَىٰ عَلَيْكُمْ ...﴾
البقرة ١٩٥	١٩٤	﴿وَلَا تُقْلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ...﴾
البقرة ١٩٦	٢٨٧	﴿فَمَنْ تَمَنَّعَ بِالْعِمْرِ إِلَىٰ الْمَحْجِ مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ...﴾
البقرة ٢١٩	٣١٤	﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ...﴾
البقرة ٢٢٥	٨٨	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ...﴾
البقرة ٢٢٦	٣٣٩	﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَابِهِمْ رَتْبُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ...﴾
البقرة ٢٢٧	٣٣٩ ، ١٨٩	﴿وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ ...﴾
البقرة ٢٢٨	١٨٥ ، ٩١ ، ٨٨	﴿وَيُؤْمَلِينَ أَحَقُّ بِرَدِّهِمْ ...﴾
البقرة ٢٣١	١٨٦	﴿وَلَا تَنْخَدُوا ءَابَيْتَ اللَّهِ هَرُؤًا ...﴾
البقرة ٢٣١	٢٩٥ ، ١٨٥	﴿وَلَا تُعْسِكُمْ صِرَارًا لِيَعْتَدُوا ...﴾
البقرة ٢٣٣	٢٩٤	﴿لَا تُضَاكِرْ وَٰلِدَةً يُؤَلِّدُهَا ...﴾
البقرة ٢٣٣	٩٢	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾
البقرة ٢٣٧	٣٨١	﴿وَإِن طَلَّقْتُموهنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ...﴾

١٤٨	البقرة ٢٧٥	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
		﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَوَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾
٣٨٦	البقرة ٢٨٣	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾
٨٩	البقرة ٢٨٦	﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ...﴾
١٤٩	آل عمران ١٣٧	﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَدِلُّوا فَوْجَدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ...﴾
٣٠٣	النساء ٣	﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَتِلْكَ وَرِيعٌ...﴾
١٤٨	النساء ٣	﴿وَمِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ...﴾
١٨٥	النساء ١٢	﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ...﴾
١٣٦	النساء ٢٣	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ...﴾
٩٠	النساء ٢٨	﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...﴾
٢١٢	النساء ٤٣	﴿قَالَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا...﴾
٣٢	النساء ٧٨	﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ...﴾
١٥١	النساء ٨٠	﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ...﴾
٨٨	النساء ١٠٠	﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا نَبَّيْنَاهُ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ...﴾
١٧٨ ، ١٤٩	النساء ١١٥	﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا...﴾
٣٠٥	المائدة ٢	﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ...﴾
٩١	المائدة ٣	﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ...﴾
٥٠	المائدة ٤	﴿يَسْتَأْذِنُكَ مَاذَا أُجِلَّ لَكُمْ...﴾
٣٠٥	المائدة ٤	﴿فَكَفَرْتُمْ، لِطَعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ...﴾
٣٦٥ ، ٩١	المائدة ٨٩	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْفَنَاءُ...﴾
٣١٤	المائدة ٩٠	﴿أُجِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ...﴾
٣٠٥	المائدة ٩٦	﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ...﴾
١٢٠	الأنعام ١٠٨	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ...﴾
١٩٥ ، ٩١	الأنعام ١١٩	﴿وَعَلَى الْأَعْرَابِ رِيَالٌ...﴾
٣٥٥	الأعراف ٤٦	﴿فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ بِأَخْذِهَا بِإِحْسَانٍ...﴾
٢٣٢	الأعراف ١٤٥	

الأعراف ١٩٩ ، ٣٥٥ ، ٣٦٣	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ... ﴾
التوبة ٦٥ ١٨٧	﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ... ﴾
التوبة ١٠٣ ٢٤٨	﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ... ﴾
يونس ٧١ ١٧٦	﴿ فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ ... ﴾
هود ٥ ١٢٩	﴿ أَلَا إِنَّهُمْ يَتَّبِعُونَ صُدُورَهُمْ لَيَسْتَخِفُّوا مِنْهُ ... ﴾
هود ٩٧ ٢٤٣	﴿ وَمَا أَمْرٌ فَرَعَوْتَ بِرِشِيدٍ ... ﴾
هود ١٢٣ ٢٤٣	﴿ وَإِلَيْهِ يُرْجَعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ ... ﴾
يوسف ٧٢ ٢٢٢	﴿ وَلَمِنَ جَاءَ بِهِ، حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ، رَعِيمٌ ... ﴾
النحل ٢٦ ٣٠	﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ ... ﴾
النحل ٤٤ ١٥١	﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ ... ﴾
النحل ١٠٦ ، ٩١ ، ١٨٦	﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ... ﴾
الإسراء ٢٣ ٣١	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ... ﴾
الإسراء ٤٤ ٣٣	﴿ وَإِن مِّن شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ ... ﴾
الأنبياء ٧٨ ١٧٢	﴿ وَادَّوَدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ... ﴾
الحج ٧٨ ٩٠ ، ٣٢٢	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ... ﴾
النور ٨ ١٥٣	﴿ وَبَدِّرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِأَنَّهُ ... ﴾
النور ٢٢ ٣٣٧	﴿ وَلَا يَأْتِلُ أُولَؤُلَا الْفَضْلِ مَكْرًا وَالسَّعَةَ ... ﴾
النور ٦٠ ٣٠	﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾
الأحزاب ٥ ٨٨	﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَٰكِن مَّا نَعَمَدْتُمْ فَلُوبُكُمْ ... ﴾
الأحزاب ٣٦ ١٥٢	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا ... ﴾
الزمر ١٨ ، ٢٣٢ ، ٢٤١	﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ... ﴾
الزمر ٥٥ ٢٤١	﴿ وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ... ﴾
محمد ٣٣ ٢٨٦	﴿ وَلَا يُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ... ﴾
الحجرات ١ ١٥٢	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ... ﴾
الحشر ٢ ٢٠٥	﴿ هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ... ﴾

أطراف الآيات	مواضعها في المصحف	الصفحة
﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ...﴾	الحشر ٧	١٥١ ، ١٤٩
﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...﴾	التغابن ١٦	٨٩
﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾...﴾	المدثر ٣٨	٣٨٦
﴿وَالرَّسُلَٰتِ عُرْفًا ﴿١﴾...﴾	المرسلات ١	٣٥٥
﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ...﴾	البينة ٥	٢٤٥
﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَنْ		
يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴿٨﴾﴾	الزلزلة ٧ ، ٨	٨٤

فهرس الأحادس والآثار

الصفحة	الرواة	الأطراف
٢٢١	سلمة بن الأكوع	أآى برآل لىصلى علىه: فقال علىه الصلاة والسلام: هل علىه دىن...»
٢١٠، ٨٩	أبو هريرة	«إذا أمرآكم بأمر فأآوا منه ما استطعآم...»
١٦٨	ابن مسعود	«إذا آآلف المآباعان والسلة قائمة...»
٢٦٠	ابن عمر	«إذا بلغ الماء قآآىن لم ىحمل الخبآ...»
٣٥٠	عمرو بن العاص	«إذا حك الحاكم فآآآهد آم أصاب فله أآران...»
٢٠٦	عمر بن الخطاب	«أرآىآ إن آمضمضآ؟...»
٢٠٦	الخبآمية	«أرآىآ لو كان على أبىك دىن؟...»
٢٦٧	ابن عباس	«أعطاها شىأ...»
٣٧٨	أبو هريرة	«أعد ىا أنس إلى امرأة هذا؛ فإن اعآرفآ فارآمها...»
١٥١		«ألا وإنى أوتىآ القرآن ومآله معها...»
٢٦٧	عائشة	«أمرنى رسول الله ﷺ أن أأآل امرأة على زوجها...»
١٨٦	أنس	«إن الله أشآ فرآأ بآوبة عبده...»
١٣٦	أبو هريرة	«أن الله آآاوز عن أمآى ما آآآآ...»
١٨٦، ١٣٦	أبو ذر الغفارى	«إن الله آآاوز لى عن أمآى الخطأ والنسىان...»
٣٩٣	ابن عمر	«إن النبى ﷺ اسآصنع آآامأ ومنبرأ...»

الصفحة	الرواة	الأطراف
٣٨٧	عائشة	«إن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه...»
٢٦٧	ابن عباس	«أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل عليها فقال له رسول الله ﷺ: أعطها شيئاً...»
١٧٢	البراء بن عازب	«إن ناقة لي دخلت حائطاً...»
١٨٥ ، ٨٨	عمر بن الخطاب	«إنما الأعمال بالنيات...»
٩٣	فاطمة بنت أبي حبيش	«إني أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة...»
٣٣٧	عائشة	«أين المتألي على الله...»
٢٥١	عائشة	«ادروؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...»
٢٥١	ابن مسعود	«ادروؤا الحدود والقتل عن عباد الله...»
٨٣	أبو هريرة	«بعثت بجوامع الكلم...»
٢٠٦	معاذ بن جبل	«بما تقضي؟ فقال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد...»
٣٤٣ ، ١٦٧	ابن عباس	«البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه...»
١٨٨	أبو هريرة	«ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...»
٢٦٤	سعد بن سهل الساعدي	«جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ تقول: إني وهبت من نفسي...»
٢٩٨	أبو رافع	«الجار أحق بسقبه...»
٢٩٨	سمرة	«جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له...»
٣٠٢	النعمان بن بشير	«الحلال بين والحرام بين...»
٣٦٦ ، ٩٢	هند بنت عتبة	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...»
١٥٥ ، ٨٤	عائشة	«الخراج بالضمان...»
٣٨٩	أبو هريرة	«الرهن مركوب ومحلوب...»
٣٨٩		«الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه...»
٣٨٧	أبو هريرة	«الرهن يركب بنفقته ويشرب لبن الدر إذا كان مرهوناً...»

الصفحة	الرواة	الأطراف
٢٨٤	أبو ذر الغفاري	«الصعيد الطيب وضوء المسلم...» «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي»
٢٢٠	أبو أمامة أبو هريرة وعمرو بن	«الزعيم غارم...» «العجماء جرحها جبار...»
١٧١ ، ٨٦	عوف	
٢٩٩	جابر	«قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم...»
٦٤	ابن عمر	«كل راع مسؤول عن رعيته...»
٨٣ ، ٦٤	عائشة	«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل...»
٨٣ ، ٦٤	عائشة	«كل مسكر حرام...»
٥٠	عمر بن سلمة	«كل مما يليك...»
٢٠٧	عائشة	«كنت قد نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي...»
٣٠		«كيف ترون قواعدها وبواسقتها...»
٣٩١	حكيم بن حزام	«لا تبع ما ليس عندك...»
١٧٩	ابن عمر	«لا تجتمع أمتي على ضلالة...»
١٥٧	أبو هريرة	«لا تصروا الإبل والغنم...»
١٧٦	حفصة	«لا صيام لمن لم يجمع من الليل...»
٢٠٨	ابن عباس	«لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها...»
١٥٣	ابن عباس	«لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن...» «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم...»
٨٥	ابن عباس	
٩٠	أبو هريرة	«لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك...»
٩٠	جابر بن عبدالله	«ليس من البر الصيام في السفر...»
١٤٩	عبدالله بن جرير	«من سنَّ سنَّةً حسنة...» «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله...»
٨٨	أبو موسى	
٢٥١	عائشة	«من نذر أن يطيع الله فليطعه...»

الصفحة	الرواة	الأطراف
٢٢١	سلمة بن الأكوع	«هل عليه دين...»
٩٢	ابن عمر	«الوزن وزن مكة والمكيال مكيال أهل المدينة...»
٣٠٣	عدي بن حاتم	«يا رسول الله، أرسل كلبي المعلم وأسمي...»
٢٥٠	كعب بن مالك	«يا رسول الله، إن من توبتني أن أنخلع من مالي...»
٣٠٥	أبو ثعلبة الخشني	«يا رسول الله، أنا بأرض صيد أصيد بقوسي وأصيد بكلبي المعلم...»
٢٤٩	ابن شهاب	«يا رسول الله، أهجرت دار قومي التي أصبت فيها الذنب...»
٩٠	أنس	«يسروا ولا تعسروا...»

فهرس القواعد والضوابط الفقهية

الصفحة	القاعدة أو الضابط
١٠٠	الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
٣٢٦	الأجر والضمان لا يجتمعان
٣٠١	إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام
١٠٤	إذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر
٣٤٦	إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر
٣٠١	إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر
١٠٣	إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه
١٠٤	إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع
١٠٤	إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفها
١٠٣	إذا زال المانع عاد الممنوع
١٠٣	إذا سقط الأصل سقط الفرع
٩٥	إذا ضاق الأمر اتسع
٩٥	الأشياء كلها مردودة إلى أصولها والرخص لا يتعدى بها مواضعها
٩٦	الأصل أن ما مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص
٤٠٧ ، ٢٩٠ ، ٢٥٧	الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته
	الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بالزام الغير حق
٣٧٨	
٩٦	الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك
٢٥٩	الأصل براءة الذمة

٢٥٩	الأصل بقاء ما كان على ما كان
٢٥٨	الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن
٢١٣	الأصل لا يجتمع مع البدل
٥٤	إعمال الكلام أولى من إهماله
٦٠	الإقالة هل هي فسخ أم بيع؟
٣٧٨	إقرار الإنسان على نفسه مقبول وعلى غيره غير مقبول (أو مردود)
٣٧٨	الإقرار حجة في حق المقر كقضاء القاضي
٣٧٧	الإقرار حجة قاصرة - على المقر - والبينة حجة متعدية
٢٤٣	الأمر بمقاصدها
٣٧٥	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت
٣٠٧	الاجتهاد لا ينقض بمثله
٤٠١	الاضطرار لا يبطل حق الغير
٣٩١	بيع المعدوم باطل
٣٧٨	البينة حجة متعدية
٣٨٢ ، ٣٤٢ ، ١٦٦	البينة على المدعي واليمين على من أنكر (أو المدعى عليه)
٣٨٥	التابع تابع
٤١٠	التابع لا يفرد بالحكم
٣٣٧	تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
٣٣٧	تصرف القاضي على الرعية منوط بالمصلحة
٣٧٥	التعيين بالعرف كال تعيين بالنص
١٠٠	الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان
١٧١	جرح العجماء جبار
٤٠٣ ، ١٦٠	الجواز الشرعي ينافي الضمان
٢٥١	الحدود تدرأ بالشبهات
١٥٥	الخروج بالضمان
١٠٣	خطأ القاضي في بيت المال
١٠٢	درء المفسد أولى من جلب المصالح

١٠٢	الذمة إذا عمرت بيقين لا تبرأ إلا بيقين
١٩٠	الرخص لا تناط بالمعاصي
٩٥	الرخص لا يتعدى بها مواضعها
٢٢٠	الزعيم غارم
٢٩٥	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
١٩٩ ، ٦٩	الضرر لا يزال بالضرر (بمثله)
١٩٥	الضرورات تبيح المحظورات
٢٨٣	الضرورة تقدر بقدرها
٢١٤	العادة محكمة
٦٠	العبرة بالحال أو المال؟
١٨٨ ، ١٨٤	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني
١٧١	العجماء جرحها جبار
١٩٠	العصيان ينافي الترخيص؟
٩٩	الغالب مساو للمحقق في الحكم
٣٤٩	الغرم بالغنم
١٠٣	القياس لا يصار إليه مع النص
١٠٠	كتابة الأخرس كإشارته
٤٦	كل تصرف أوجب زوال الملك في الموصى به فهو راجع عن الوصية
٨٦ ، ٦٤	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل
٩٥	كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن
٨٦	كل معروف صدقة
٩٦	كل من مات من المسلمين لا وارث له فماله لبيت المال
٨٨	لا ثواب إلا بنية
٢٩٣	لا ضرر ولا ضرار
٢١٦	لا عبرة بالعرف الطارئ
٩٧	لا يجتمع الأجر والضمان
٤٠٦	لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه

لا يرث أحد أحداً بالشك	٩٥
لا يصلى في ثياب أهل الذمة التي يلبسونها	٩٩
لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	٤٠١
لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان	٢٦٢
لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان	١٠٤
لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال	٣٧٥
ليس لعرق ظالم حق	٨٥
ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف	٤٠١
ما جاز لعذر بطل بزواله	٢٨٢
ما حرم أخذه حرم عطاؤه	١٠٠
ما لا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كله	٢١٣
ما يفضي إلى الحرام حرام	١٠٣
المباشر ضامن وإن لم يتعمد	٣٤٥
المرء مؤاخذ بإقراره	٩٦
المسلمون عند شروطهم	٨٦
المشقة تجلب التيسير	٩٠ ، ٤٧
المعروف بين التجار من المشروط بينهم	٣٧٥
المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً	١٠٠
المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه	٢٠٩
الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً	١٠٠
مَنْ أتلف مال غيره فعليه الضمان	٤٤
مَنْ أفطر في نهار رمضان عامداً فعليه القضاء والكفارة	٤٤
مَنْ استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	٤١٢ ، ٢٢٣
مَنْ سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه	١٠٣
مَنْ ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته	١٠٣
منزلة الإمام من الرعية بمنزلة الولي من اليتيم	٩٥
الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة	٣٣٤

١٠٤	يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام
٢٩٥	يختار أهون الضررين
٢٥٧ ، ١٣٦	اليقين لا يزول بالشك



فهرس الأعلام

- أبو الحسين البصري: ٤٢٣، ٢٠٥
 أبو الطيب (القاضي): ٤٢٣، ٢٧٥
 أبو ثور (الكلبي): ٤٢٣، ١٦٩
 أبو حنيفة: ٤٢٣، ١٦٤، ١٥٨
 أبو داود: ٤٢٤، ٢٩٣
 أبو سلمة: ٤٢٤
 أبو يعلى (القاضي): ٤٢٤، ١٢٩
 أبو يوسف: ٤٢٤، ٢٦١
 الآتاسي (خالد): ٤٢٤، ١٤٣، ١١١، ٥٠
 أحمد بن حنبل: ٤٢٤، ١٦٤، ٩٥
 إسحاق: ٤٢٥
 الإسنوي: ٤٢٥، ٢٣٨
 أشهب: ٤٢٥، ١٧٠
 إلكيا الطبري الهراسي: ٤٢٥
 إمام الحرمين (الجويني): ٤٢٥
 الأمدى: ٤٢٦، ٢٠٤، ١٨٣
 الأوزاعي: ٤٢٦، ١٥١
 ابن أبي ليلي: ٤٢٦، ٢٢٢
 ابن الأثير (مجد الدين): ٤٢٦، ٣٠
 ابن الحاجب: ٤٢٦، ١٨١، ١٣٠
 ابن السمعاني: ٤٢٧، ١٨٣
 ابن الصلاح: ٤٢٧، ١٣٨
 ابن العربي: ٤٢٧، ١٩٣
 ابن القاسم: ٤٢٨، ١٧٠
 ابن القاص: ٤٢٨
 ابن القيم: ٤٢٨، ١٥٤، ٨٣
 ابن الماجشون: ٤٢٨
 ابن المسيب (سعيد): ٤٢٨
 ابن المنذر: ٤٢٨، ٢٨٤
 ابن الهمام (كمال الدين): ٤٢٨، ٢٢٦
 ابن الوكيل: ٤٢٩
 ابن تيمية (تقي الدين): ٤٢٩، ٢١٠، ٧٣
 ابن حجر (العسقلاني): ٤٢٩
 ابن حزم: ٤٢٩، ١٤٧
 ابن حمزة: ٤٣٠
 ابن خلدون: ٤٣٠، ٩٨
 ابن خويز منداد: ٤٣٠، ١٩٤، ١٩٣
 ابن رجب: ٤٣٠، ١٠٧، ٨٧، ٤٠
 ابن رشد: ٤٣٠، ١٥٧، ١٠٠
 ابن سريج (أبو العباس): ٤٣١، ٢١٨
 ابن عابدين: ٤٣١، ٣٠٧
 ابن عبد البر: ٤٣١، ١٥٢

داود الظاهري: ١٨٢، ٢٠٤، ٤٣٧
الدبوسي: ٢٨١، ٤٣٧
الدهشة (ابن الخطيب): ٤٣٧
الرازي (فخر الدين): ٣٢، ١٢٩، ٤٣٧
الرويانى (عبدالواحد): ٢٦٨، ٤٣٨
الزجاج: ٤٣٨
الزرقا: ١٤، ٤٥، ٥١، ٥٤، ٧٧،
٤٣٨
الرزكشي (بدر الدين): ٣٣، ٤٠، ٤٣٨
الزمنخشي: ٣٥٥، ٤٣٨
الزنجاني: ٢٧٥، ٤٣٩
الزهري: ٢١٢، ٤٣٩
السبكي (عبدالوهاب بن علي): ٣٩،
٥٢، ٦٧، ٦٨، ٤٣٩
السرخسي: ٢٤١، ٤٣٩
سعد بن أبي وقاص: ٣٠٦، ٤٣٩
السنابطي: ١٠٦
السيوطي: ٣٩، ٤٤، ٦٨، ١٠٨
الشاطبي (أبو إسحاق): ٤٨، ٤٩، ٦٥
الشافعي: ٦٥، ٩٥، ١٤٧
الشعبي: ١٦٩
الشوكاني: ١٣١
الشيرازي (أبو إسحاق): ٤٤١
صدر الشريعة: ١٣٠
الطبري (أبو علي): ٤٤١
عائشة (أم المؤمنين): ٨٤، ١٥٣
عبدالله بن عباس: ٨٥، ١٥٢، ١٦٧
عبدالله بن عمر: ٤٤١
عبدالله بن مسعود: ١٨٩، ٢٥١

ابن عبدالسلام (عز الدين): ٣٦٨، ٤٣١
ابن عرفة: ١١٤، ١١٥، ٤٣١
ابن فارس: ٤٣٢
ابن قدامة (المقدسي): ١٦٥، ٤٣٢
ابن ماجه: ١٦٩، ٤٣٢
ابن منظور: ٤٣٢
ابن نجيم: ٣٩، ٤٤، ٦٥، ٦٨، ٤٣٣
الباجي (أبو الوليد): ١٧٠، ٤٣٣
الباقلاني (القاضي أبو بكر): ٢٠٤، ٤٣٣
البخاري (محمد بن إسماعيل): ٨٣،
٨٥، ٩٠، ٩٢، ٤٣٣
البكري: ١٤، ٤٣٤
البيضاوي: ٣٣، ٢٠٥، ٤٣٤
البيهقي: ٨٥، ٤٣٤
الترمذي: ٨٥، ٤٣٤
التفتازاني: ٣٦، ٤٥، ٤٣٤
التهانوي: ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٤٣٤
الثوري (سفيان): ٢٢٢، ٤٣٥
جابر بن يزيد: ٢٨٩، ٤٣٥
الجرجاني (السيد الشريف): ٣٥، ٣٧
الخصاص: ١٩٢، ٤٣٥
الحاكم: ٢٩٣، ٤٣٥
الحسن البصري: ٤٣٦
الحصني: ٤٣٦
الحصيري: ٣٥٠، ٤٣٦
الحموي: ١٤، ٣٧، ٣٨، ٤٦، ٤٣٦
الخشني: ٤٣٦
الخطيب البغدادي: ٤٣٦
الدارقطني: ٨٥، ١٦٣، ٤٣٧

الكفوي : ٣٥ ، ٣٧
الليث بن سعد : ٦٧
الليثي (يحيى بن يحيى) : ٤٤٥
المازري (محمد بن علي) : ١٥٨ ، ١٧٠
مالك بن أنس : ٦٥ ، ٩٥ ، ٩٩ ، ١١٥
الماوردي (أبو الحسن البصري) : ٢٦٤
المحلي (جلال الدين) : ٤٤٦
محمد الطاهر بن عاشور : ٤٤٦
محمد بن الحسن (الشيواني) : ٩٦
المزني : ٢١١
مسلم : ٨٣ ، ٨٥ ، ١٦٧
معاذ بن جبل : ٢٠٦ ، ٣٢١
المقري : ٣٦ ، ٣٨ ، ٤٠ ، ٦٨ ، ٩٩
المنجور : ٤٠
النخعي (إبراهيم) : ٤٤٨
النظام : ٢٠٤
النوي : ١٦٣
هلال بن أمية : ١٥٢

عبد الوهاب (القاضي المالكي) : ١٩٣
العراقي (زين الدين) : ٣٠٢
عطاء (ابن أبي رباح المكي) : ١٨٩ ،
٤٤٢
علي بن أبي طالب : ٢٠٧ ، ٣٢٨
العليمي : ٣٦
عمر بن الخطاب : ٩٢ ، ٩٥ ، ٩٩
عمر بن عبدالعزيز : ١٥٣ ، ٣٤٣
عمرو بن حزم : ٤٤٣
العيني : ٩٢
الغزالي (أبو حامد) : ١٤٧ ، ١٧٨
الغزالي (عيسى بن عثمان) : ٤٤٤
الفارابي : ٣١
الفراء : ٤٤٤
الفيومي : ٣٥
القرافي : ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١١٣
القرطبي (أبو عبدالله محمد بن أحمد) :
٩١
القفال الشاشي (أبو بكر) : ٤٤٥
الكرخي (أبو الحسن) : ٦٥ ، ٩٦

فهرس المصادر والمراجع

- ١ - الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي السبكي: السبكي، علي بن عبدالكافي والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. القاهرة: مطبعة أسامة. ونسخة أخرى: بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- ٢ - أبو حنيفة، حياته وعصره وآراؤه الفقهية: محمد أبو زهرة. مصر: دار الفكر العربي، ط ٢.
- ٣ - أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: مصطفى ديب البغا. دمشق: دار ثقله، ط ٢، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- ٤ - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: مصطفى سعيد الخن. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٥، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ٥ - أحكام الفصول في أحكام الأصول: الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، تحقيق ودراسة: عبدالله محمد الجبوري. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ٦ - أحكام القرآن: إلكيا الهراسي، أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٧ - أحكام القرآن: ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد الإشبيلي المالكي. دار المعرفة للطباعة والنشر.
- ٨ - أحكام القرآن: الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي. دار الخلافة، سنة ١٣٣٥هـ.
- ٩ - الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. بيروت: دار الكتب العلمية، نسخة أخرى: القاهرة: مطبعة العاصمة، نشره زكريا علي يوسف.

- ١٠ - الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، علي بن محمد، تحقيق: سيد الجميلي. بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ١١ - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري: القسطلاني، أبو العباس أحمد. دمشق: دار الفكر (مصورة عن ط٦ للطبعة الأميرية ببولاق - مصر - ١٣٠٤هـ).
- ١٢ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من عمل الأصول: الشوكاني، محمد بن علي، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. مصر: دار الکتبي، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م. نسخة أخرى: تحقيق: أبو مصعب محمد سعيد البدری، بیروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م. وأخرى: مصر: مطبعة محمد علي صبيح، ١٣٤٩م.
- ١٣ - أساس البلاغة: الزمخشري، محمود بن عمر. القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- ١٤ - أسد الغابة في معرفة الصحابة: ابن الأثير، علي بن محمد، ط الشعب.
- ١٥ - الأشباه والنظائر: السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي معوض. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
- ١٦ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م. طبعة أخرى: مصر: مطبعة دار إحياء الكتب. وأخرى: تحقيق وتعليق: طه عبدالرؤف وعماد البارودي. المكتبة التوفيقية، ١٤٠٧هـ/١٩٩٧م.
- ١٧ - الأشباه والنظائر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، تحقيق وتقديم: محمد مطيع الحافظ. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ١٨ - الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي. بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ١٩ - الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، تحقيق: علي محمد الجاوي. بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م. وطبة الاستقامة.
- ٢٠ - الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها: محمد فاتح زقلام. ليبيا: كلية الدعوة الإسلامية، ط١، ١٩٩٦م.

- ٢١ - أصول السرخسي: السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني. بيروت: دار المعرفة. نسخة أخرى: بيروت: دار المعرفة مصورة عن الطبعة الهندية، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م. نسخة أخرى: تحقيق: رفيق العجم. بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- ٢٢ - أصول الفقه (المسمى ب: الفصول في الأصول): الجصاص، أحمد بن علي الرّازي، دراسة وتحقيق: عجيل جاسم النشمي. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٢٣ - أصول الفقه: أبو زهرة، محمد. مصر: دار الفكر العربي. طبعة أخرى: مصر: المطبعة الأزهرية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ٢٤ - الأعلام: خير الدين الزركلي. بيروت: دار العلم للملايين، ط١٤، ١٩٩٩م.
- ٢٥ - إعلام الأنام شرح بلوغ المرام: نور الدين عتر. دمشق: ط٧، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- ٢٦ - إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. بيروت: دار الجيل. طبعة أخرى: بتحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد. مصر: مطبعة السعادة، ط١، ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م. وأخرى بنفس التحقيق: مصر: المكتبة التجارية الكبرى، ط١.
- ٢٧ - إكمال الإكمال: محمد بن خليفة الأبي. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٢٨ - الأم: الشافعي، محمد بن إدريس. مصر: طبعة كتاب الشعب. بيروت: دار الفكر، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ٢٩ - إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ: ابن حجر. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ٣٠ - الأنساب: ابن السمعاني، عبدالكريم بن محمد، تصوير ط ليدن، ١٩١٢م. طبعة أخرى: بيروت: دار الجنان، ط١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٣١ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: الونشريسي، أحمد بن يحيى، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي. الرباط: مطبعة فضالة المحمدية، ط١، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ٣٢ - ابن حنبل، حياته وعصره وآراؤه الفقهية: محمد أبو زهرة. مصر: دار الفكر العربي، ط٢.
- ٣٣ - اختلاف الحديث: الشافعي، محمد بن إدريس، تحقيق: محمد أحمد عبدالعزيز. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

- ٣٤ - الاستذكار: ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي. دمشق: دار قتيبة. بيروت: دار الوعي (حلب القاهرة)، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- ٣٥ - الاستغناء في الفرق والاستثناء: البكري، محمد بن أبي سليمان. تحقيق: سعود مسعد الثبتي. نكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، ط ١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٣٦ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ابن عبدالبر، يوسف بن عبدالله. ط النهضة.
- ٣٧ - الاعتصام: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى. بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م. طبعة أخرى: المكتبة التجارية. وأخرى بتحقيق: مصطفى أبو سليمان الندوي. الرياض: دار الخاني، ط ١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
- ٣٨ - إنباه الرواة: القفطي. مصر: دار الكتب المصرية.
- ٣٩ - البحر المحيط: الزركشي، بدر الدين، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر. مصر: دار الكتبي، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م. نسخة أخرى: الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. مصر: دار الصفوة، ط ١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م.
- ٤٠ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (بالسين المهملة أو بالشين المعجمة). بيروت: دار الفكر.
- ٤١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. بيروت: دار المعرفة، ط ٩، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م. وأخرى: تحقيق: ماجد الحموي. بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- ٤٢ - البداية والنهاية: ابن كثير، إسماعيل. القاهرة: ط ١٣٤٨هـ.
- ٤٣ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: الشوكاني، القاضي محمد بن علي. بيروت: دار المعرفة.
- ٤٤ - البرهان في أصول الفقه: الجويني، أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف (إمام الحرمين)، تحقيق: عبدالعظيم الديب. قطر: الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني، ط ١، ١٣٩٩هـ.
- ٤٥ - بغية الوعاة: السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم. مصر: ط عيسى الحلبي، ١٩٦٤م. نسخة أخرى: ط ١، ١٣٨٤هـ/١٩٦٥م.
- ٤٦ - تأسيس النظر (مع أصول الكرخي): الدبوسي، أبو زيد عبدالله بن عمر. القاهرة: مطبعة الإمام. طبعة أخرى: مصر: المطبعة الأدبية، ط ١.

- ٤٧ - تاج التراجم: ابن قطلوبغا، أبو الفداء قاسم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف. دمشق: دار القلم. ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م. نسخة أخرى: طبعة بغداد، ١٩٦٢م.
- ٤٨ - التاج والإكليل لمختصر خليل: المواق، محمد بن يوسف العبدري، بهامش مواهب الجليل. مصر: مطبعة السعادة، ط١، ١٣٢٨هـ. طبعة أخرى: بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م. وأخرى: بيروت: دار الكتب العلمية، سنة ١٩٩٥م.
- ٤٩ - تاريخ ابن خلدون: ابن خلدون، عبدالرحمن. بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٥٠ - تاريخ بغداد: الخطيب البغدادي. بيروت: دار الكتب العلمية. وطبعة القاهرة، ١٣٤٩هـ.
- ٥١ - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد، مراجعة وتقديم: طه عبدالرؤف سعد. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ٥٢ - التبصرة في أصول الفقه: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، تحقيق: محمد حسن هيتو. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ٥٣ - تبصير المنتبه بتحرير المشتبه: ابن حجر، أحمد بن علي، ط مصر.
- ٥٤ - تبیین کذب المفتری: ابن عساکر، علي بن الحسن. مصر: القدرسي، ١٩٢٧م.
- ٥٥ - تحفة الفقهاء: السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحقيق: زكي عبدالبر. دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ط١، ١٣٧٧هـ. وأخرى: بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م.
- ٥٦ - تخريج الفروع على الأصول: الزنجاني، شهاب الدين، تحقيق: محمد أديب صالح. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٤٠٧هـ.
- ٥٧ - تذكرة الحفاظ: الذهبي (الإمام). دار إحياء التراث العربي. مصورة عن الطبعة الهندية (دائرة المعارف العثمانية). حيدرآباد، ١٣٣٣هـ.
- ٥٨ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي، تحقيق: أحمد بكير محمود. بيروت: دار مكتبة الحياة. طرابلس ليبيا: دار مكتبة الفكر.

- ٥٩ - تقريب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق: عبدالوهاب عبداللطيف. المدينة المنورة: النذكانية.
- ٦٠ - التقرير والتحبير: شرح على تحرير الكمال ابن الهمام، ابن أمير الحاج. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط١، ١٣١٦هـ. بيروت: تصوير دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ٦١ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: ابن حجر العسقلاني، باعثناء: عبدالله هاشم اليماني. المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م. بيروت: دار المعرفة.
- ٦٢ - تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك: السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن. بيروت: المكتبة الثقافية، ١٩٨٤م.
- ٦٣ - تهذيب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق: خليل مأمون شيحا وعمر السلامي وعلي بن مسعود. بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م. طبعة أخرى: تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م. وطبعة الهند.
- ٦٤ - تهذيب الكمال في أسماء الرجال: المزي، أبو الحجاج جمال الدين يوسف، تحقيق: بشار عواد معروف. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
- ٦٥ - تيسير التحرير: شرح على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، المؤلف: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود، الشارح: أمير بادشاه، محمد أمين. مكة المكرمة: دار الباز، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٦٦ - جامع الترمذي: أبو عيسى الترمذي. الرياض: دار السلام، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ٦٧ - الجامع الصغير: السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر. مصر: المكتبة التجارية، ١٣٥٦هـ.
- ٦٨ - جامع العلوم والحكم: ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢.
- ٦٩ - الجامع لأحكام القرآن: القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري المالكي. القاهرة: دار الحديث، ط٢، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م. ودار الكتب المصرية.

- ٧٠ - الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة: المشاط، حسن بن محمد، دراسة وتحقيق: عبدالوهاب بن إبراهيم أبو سليمان. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.
- ٧١ - الجواهر المضوية في طبقات الحنفية: انب أبي الوفاء القرشي، عبدالقادر بن محمد، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلوة، مؤسسة الرسالة، هجر، ط٢، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- ٧٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة. بيروت: دار الفكر.
- ٧٣ - حاشية السعد التفتازاني على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب: التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر. مصر: المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ. ونكتة الكليات الأزهرية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ٧٤ - الحور العين: أبو سعيد نشوان الحميري، تحقيق: كمال مصطفى. مصر: مكتبة الخانجي، مطبعة السعادة. بغداد: مكتبة المثني، ١٩٤٨م.
- ٧٥ - خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: المحيي. بيروت: دار صادر.
- ٧٦ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني المحامي. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٧٧ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد سيد جاد الحق. مصر: دار الكتب الحديثة.
- ٧٨ - الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابن فرحون المالكي، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور. القاهرة: دار التراث للطبع والنشر. مصر (الفحامين): ط١، ١٣٥١هـ.
- ٧٩ - الذيل على العبر في خبر من غير: أبو زرعة، أحمد بن عبدالرحيم، تحقيق: صالح مهدي عباس. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ٨٠ - الذيل على طبقات الحنابلة: ابن رجب البغدادي، تحقيق: هنري لاووست وسامي الدهان. دمشق: المعهد الفرنسي للدراسات العربية.
- ٨١ - رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين): ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. مصر: مطبعة بولاق، ١٢٨٢هـ.
- ٨٢ - الرسالة: الشافعي، محمد بن إدريس، تحقيق: أحمد محمد شاكر. مصر: مصطفى البابي الحلبي، ط١، ١٣٥٨هـ. طبعة أخرى: دمشق: دار الفكر، سنة ١٣٠٩هـ.

- ٨٣ - رسالة نشر العرف ورفع الانتقاض: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. تركيا، مطبعة الأستانة.
- ٨٤ - روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف. المكتب الإسلامي، ط ١.
- ٨٥ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: ابن قدامة، عبدالله بن أحمد. بيروت: دار الكتاب العربي، ط ١، ١٤٠١هـ/١٩٨١م. طبعة أخرى: المطبعة السلفية ١٣٩١هـ. وأخرى: بيروت: دار المطبوعات العربية.
- ٨٦ - سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني. الرياض: دار السلام، ط ١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ٨٧ - سنن ابن ماجه: عمر بن يزيد بن ماجه القزويني. الرياض: دار السلام، ط ١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ٨٨ - سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني. بيروت: دار عالم الكتب. ودار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
- ٨٩ - سنن الدارمي: أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن، تحقيق: مصطفى ديب البغا. دمشق: دار القلم، ط ٣، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
- ٩٠ - سنن النسائي (الصغرى): أحمد بن شعيب النسائي. الرياض: دار السلام، ط ١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ٩١ - سير أعلام النبلاء: الذهبي، الحافظ (محمد بن أحمد)، تحقيق: سعيد الأرنؤوط وحسين الأسد. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م. وطبعة دار المعارف.
- ٩٢ - الشافعي، حياته وعصره وآراؤه الفقهية: محمد أبو زهرة. مصر: دار الفكر العربي، ط ٢.
- ٩٣ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد بن محمد بن مخلوف. بيروت: دار الكتاب العربي. دمشق: دار الفكر.
- ٩٤ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ابن العماد، أبو الفلاح عبدالحى بن أحمد، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي. بيروت: دار الآفاق. وأخرى: تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبدالقادر الأرنؤوط. دمشق/ بيروت: دار ابن كثير، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م. وطبعة القدسي بمصر، ١٣٥٠هـ.

- ٩٥ - شرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر. مصر: مطبعة شمس الحرية، ط. ٢. طبعة أخرى: دار الكتب العربية، ط ١، ١٤١١هـ/١٩٩١م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٩٦ - شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي: مصر: دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي. طبعة أخرى: بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٩٧ - شرح الزرقاني على موطأ مالك: الزرقاني، محمد بن عبد الباقي. بيروت: دار الفكر تصوير عن طبعة ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م. وطبعة أخرى: مصر: مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨١هـ.
- ٩٨ - شرح السنّة: البغوي، الحسين بن مسعود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش. بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ٩٩ - شرح القواعد الفقهية: أحمد بن محمد الزرقا. دمشق: دار القلم، ط ٣، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- ١٠٠ - الشرح الكبير على مختصر خليل: الدردير، أحمد بن محمد العدوي. القاهرة: طبع عيسى البابي الحلبي، (مع حاشية الدسوقي وتقريرات عlish).
- ١٠١ - الشرح الكبير (على متن المقنع): ابن قدامة المقدسي، أبو الفرج عبدالرحمن بن محمد. بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م. مطبوع مع «المغني».
- ١٠٢ - شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: المنجور، أحمد بن علي، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين. القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، ودار الشنقيطي للطباعة والنشر.
- ١٠٣ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد. مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، ط ٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م. نسخة أخرى: القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة وبيروت: دار الفكر، ط ١، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.
- ١٠٤ - شرح صحيح مسلم: النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، مراجعة: خليل الميس. بيروت: دار القلم، ط ٣.
- ١٠٥ - شرح مجلة الأحكام العدلية: محمد خالد الآتاسي. باكستان: مكتبة إسلامية، ١٤٠٣هـ.

- ١٠٦ - شرح مختصر الروضة: الطوفي، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبدالقوي بن عبدالكريم بن سعيد، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ١٠٧ - شرح معاني الآثار: الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، تحقيق: محمد زهدي النجار. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.
- ١٠٨ - الشعر والشعراء: ابن قتيبة، عبدالله بن مسلم. بيروت: دار الثقافة، ١٩٦٤م.
- ١٠٩ - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- ١١٠ - صحيح ابن خزيمة: تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي. بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ١١١ - صحيح البخاري (الجامع الصحيح): محمد بن إسماعيل البخاري. الرياض: دار السلام، ط ٢، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
- ١١٢ - صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج. الرياض: دار السلام، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- ١١٣ - الضوء اللامع في أعيان القرن التاسع: السخاوي، محمد بن عبدالرحمن. بيروت: دار مكتبة الحياة. وطبعة القدسي بمصر.
- ١١٤ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: البوطي، محمد سعيد رمضان. دمشق: الدار المتحدة، ط ٦، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ١١٥ - ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة: عبدالرحمن حبنكة الميداني. دمشق: دار القلم، ط ٣، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ١١٦ - طبقات الأولياء: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي، تحقيق: شريفة. بيروت: دار المعرفة، ط ٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ١١٧ - طبقات الحنابلة: أبو يعلى، القاضي. دمشق: المكتبة العربية، ط ١.
- ١١٨ - طبقات الحنفية: طاش كبري زادة، ط العراق.
- ١١٩ - الطبقات السنية في تراجم الحنفية: عبدالقادر التميمي الداري الغزي المصري، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلو. الرياض: دار الرفاعي، ط ١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ١٢٠ - طبقات الشافعية الكبرى: السبكي، عبدالوهاب بن علي. مصر: هجر للطباعة والنشر، ط ٢، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م. وطبعة عيسى الحلبي بتحقيق: الحول والطناحي.

- ١٢١ - طبقات الشافعية: الإسنوي، عبدالرحيم جمال الدين. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م. طبعة أخرى: تحقيق: عبدالله الجبوري، ط العراق.
- ١٢٢ - طبقات الفقهاء الشافعية: ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري، تحقيق: محيي الدين علي نجيب. بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط ١، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
- ١٢٣ - طبقات الفقهاء: الشيرازي أبو أسحاق إبراهيم بن علي، ط العراق.
- ١٢٤ - طبقات المعتزلة: ابن المرتضى، أحمد بن يحيى. بيروت: دار مكتبة الحياة.
- ١٢٥ - عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي: ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله، إعداد: هشام سمير البخاري. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- ١٢٦ - العبر في خبر من غير: الذهبي، الإمام، تحقيق: صلاح الدين المنجد. الكويت: وزارة الأعلام الكويتية، ١٩٦٣م.
- ١٢٧ - العدة في أصول الفقه: القاضي أبو يعلى، محمد بن محمد، تحقيق: أحمد سير المباركي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، سنة ١٤٠٠هـ.
- ١٢٨ - العرف والعادة في رأي الفقهاء: أحمد فهمي أبو سنة. مصر: مطبعة الأزهر، ١٩٤٧م.
- ١٢٩ - العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: الجيدي، عمر بن عبدالكريم الجيدي. الإمارات - المغرب: اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي، ١٤٠٤هـ/١٩٨٥م.
- ١٣٠ - علم أصول الفقه: عبدالوهاب خلاف. دمشق: الدار المتحدة، ط ١٦، ١٩٩٢م.
- ١٣١ - علوم الحديث: ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري، تحقيق وشرح: نور الدين عتر. دمشق: دار الفكر، ط ٣، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م. طبعة أخرى بعنوان: مقدمة ابن الصلاح، توثيق وتحقيق: عائشة عبدالرحمن (بنت الشاطي). مصر: مطبعة دار الكتب، ١٩٧٤م، مطبوع مع محاسن الاصطلاح.
- ١٣٢ - عمدة القاري: بدر الدين العيني. بيروت: مكتبة عمدة أمين دمج.
- ١٣٣ - غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول: محمود عبود هرموش. بيروت: مكتبة البحوث الثقافية، ط ١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

- ١٣٤ - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: الحموي، أحمد بن محمد، كراتشي (باكستان): إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. طبعة أخرى: القاهرة. دار الطباعة العامرة، ط١، ١٣٥٧هـ.
- ١٣٥ - فتح الباري شرح صحيح الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تحقيق: عبدالعزيز بن عبدالله بن باز. السعودية: نشر رئاسة دار البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد. طبعة أخرى: بيروت: دار المعرفة. وأخرى: بيروت: دار الفكر، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
- ١٣٦ - فتح القدير شرح الهداية: الكمال بن الهمام، (مع التكملة: «نتائج الأفكار» لقاضي زاده). مصر: المطبعة الأميرية، ط١، ١٣١٥هـ. وبهامشه شرح العناية على لهداية لأكمل الدين البابرتي وحاشية سعدي جلبي على هذا الشرح. وطبعة مصطفى البابي الحلبي. مصر، ط١، ١٣٨٦هـ.
- ١٣٧ - فتح المبين شرح الأربعين: ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ١٣٨ - الفتح المبين في طبقات الأصوليين: المراغي، عبدالله مصطفى. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.
- ١٣٩ - الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية: ابن حمزة الحسيني، محمود بن محمد. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ١٤٠ - الفروق (المسمى: أنوار البروق في أنواع الفروق): القرافي، شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي. بيروت: دار المعرفة.
- ١٤١ - الفروق الفقهية والأصولية: يعقوب عبدالوهاب الباحسين. الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- ١٤٢ - الفصل في الملل والأهواء والنحل: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، تحقيق: محمد إراهيم نضر وعبدالرحمن عميرة. بيروت: دار الجيل، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- ١٤٣ - الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي. دمشق: دار الفكر، ط٣، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ١٤٤ - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: الحجوي، محمد الحسن الثعالبي الفاسي. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

- ١٤٥ - فهرس الفهارس: الكتاني، عبدالحى بن عبدالكبير. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
- ١٤٦ - الفهرست: ابن النديم. القاهرة: ١٣٤٨هـ.
- ١٤٧ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية: اللكنوي، عبدالحى الهندي. بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
- ١٤٨ - فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه: محب الله بن عبدالشكور الأنصاري، عبدالعلي محمد بن نظام الدين. مطبوع مع «المستصفي من علم الأصول» للغزالي. دار الفكر. ونسخة أخرى: دار الأرقم بن أبي الأرقم.
- ١٤٩ - القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول: محمود مصطفى عبود هرموش. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٧م.
- ١٥٠ - القاموس المحيط: الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب. بيروت: دار الفكر، ١٩٧٢م.
- ١٥١ - قواطع الأدلة في الأصول: ابن السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعاني، تحقيق: محمد حسن حسن إسماعيل الشافعي. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م. (النسخة الكاملة). والنسخة غير الكاملة، تحقيق: محمد حسن هيتو. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٦٩م.
- ١٥٢ - القواعد: المقري، أبو عبدالله محمد بن محمد، تحقيق: أحمد بن عبدالله بن حميد. مكة: مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى.
- ١٥٣ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام: أبو محمد عز الدين بن عبدالسلام، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد. مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ. دمشق: دار الطباع، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، بتحقيق: عبدالغني الدقر.
- ١٥٤ - قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي: محمد الروكي. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- ١٥٥ - القواعد الفقهية: ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد. بيروت: دار المعرفة.
- ١٥٦ - القواعد الفقهية: علي أحمد الندوي. دمشق: دار القلم، ط٣، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

- ١٥٧ - القواعد الفقهية: يعقوب عبدالوهاب الباحسين. الرياض: مكتبة الرشد، ط٢، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ١٥٨ - القواعد الكبرى وما تفرع عنها: صالح بن غانم السدلان. الرياض: دار بلنسية، ط١، ١٤١٧هـ.
- ١٥٩ - القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصري: علي الندوي. القاهرة: مطبعة المدني، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
- ١٦٠ - القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية: ابن اللحام، أبو الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي، تحقيق: محمد حامد الفهقي. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ١٦١ - كتاب التعريفات: الجرجاني، علي بن محمد الشريف. مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي. طبعة أخرى: بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ١٦٢ - كتاب السنن الكبرى: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين علي. بيروت: دار المعرفة.
- ١٦٣ - كتاب السنن الكبرى: النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
- ١٦٤ - كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي: النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، تحقيق وتعليق وإكمال: محمد نجيب المطيعي. جدة السعودية: مكتبة الإرشاد، ١٩٨٠م. نسخة أخرى: بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٦م.
- ١٦٥ - الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار (مصنف ابن أبي شيبة): أبو بكر بن أبي شيبة، تحقيق: عامر العمري الأعظمي. مومباي (الهند): دار السلفية.
- ١٦٦ - كتاب الموضوعات: ابن الجوزي، أبو الفرج عبدالرحمن بن علي بن الجوزي، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان. المدينة المنورة: المكتبة السلفية، ط١، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.
- ١٦٧ - كتاب معرفة علوم الحديث: الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحافظ النيسابوري، نشره وصححه وعلّق عليه: السيد معظم حسن ام - أي، دي - فل (أكسن). بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط٣، ١٩٧٩م.
- ١٦٨ - كشاف اصطلاحات الفنون: التهانوي، محمد أعلى بن علي، تحقيق: لطفي عبدالبديع. القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، ١٣٨٣هـ/١٩٦٣م. وبيروت: شركة خياط للكتب.

- ١٦٩ - كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيزدوي: علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري. بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ودار الفكر ١٤١١هـ/١٩٩١م، دار الكتاب العربي (مصورة عن طبعة الشركة الصحافية العثمانية)، ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.
- ١٧٠ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: العجلوني، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي، ضبط وتصحيح: محمد عبدالعزيز الخالدي. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- ١٧١ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: حاجي خليفة، مصطفى بن عبدالله القسطنطيني. بغداد: منشورات مكتبة المشي.
- ١٧٢ - الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية): الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني. دمشق: منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، ١٩٧٤م. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٢م.
- ١٧٣ - الكليات الفقهية (عمل من طب لمن حب): المقري، أبو عبدالله محمد بن محمد، تحقيق: محمد بن الهادي أبو الأجفان. تونس: الدار العربية للكتاب، ١٩٩٧م.
- ١٧٤ - الكنى والألقاب: عباس القمي. بيروت: مؤسسة الوفاء، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ١٧٥ - الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: الغزي، فخر الدين، تحقيق: جبرائيل سليمان جبور. بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٩٧٩م.
- ١٧٦ - لسان العرب: ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم. بيروت: دار صادر.
- ١٧٧ - لسان الميزان: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني. بيروت: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م. وطبعة الهند، ١٣٢٩هـ.
- ١٧٨ - مالك، حياته وعصره وآراؤه الفقهية: محمد أبو زهرة. مصر: دار الفكر العربي، ط٢.
- ١٧٩ - مباحث الكتاب والسنة: محمد سعيد رمضان البوطي. دمشق: مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق، دار المعارف للطباعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ١٨٠ - المبسوط: أبو بكر، محمد بن أحمد السرخسي. مصر: مطبعة السعادة، سنة ١٣٢٤هـ.

- ١٨١ - المحصول في علم أصول الفقه: الرازي، فخر الدين محمد بن عمر، تحقيق: طه جابر فياض العلواني. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م. طبعة أخرى: دار الكتب العلمية (بيروت)، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ١٨٢ - المحلّي: ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد. بيروت: دار الآفاق الجديدة.
- ١٨٣ - مختار الصحاح: الرازي، محمد بن أبي بكر. مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٦٩هـ/١٨٥٠م.
- ١٨٤ - مختصر الطحاوي: الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني. دار إحياء العلوم، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- ١٨٥ - مختصر المزني: ط٢، دار المعرفة، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.
- ١٨٦ - مختصر المنتهى الأصولي: بان الحاجب، جمال الدين أبو عمرو، عثمان بن عمر. مصر: (مع حاشيتي التفتازاني والجرجاني)، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م. طبعة أخرى: المطبعة الأميرية (مصر).
- ١٨٧ - مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي: ابن خطيب الدهشة، أبو الشاء نور الدين بن محمود، تحقيق: مصطفى البنجويني. الموصل (العراق): مطبعة الجمهورية، ١٩٨٤م.
- ١٨٨ - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبدالقادر بن بدران الدمشقي، تصحيح وتعليق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- ١٨٩ - المدخل الفقهي: أحمد حجي الكردي. دمشق: مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق، دار المعارف للطباعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ١٩٠ - المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا. دمشق: دار القلم، ط٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- ١٩١ - مدونة الفقه المالكي وأدلته: صادق عبدالرحمن الغرباني. بيروت: مؤسسة الريان، ط١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.
- ١٩٢ - المدونة الكبرى (للإمام مالك): رواية سحنون عبدالسلام بن سعيد التنوخي عن عبدالرحمن بن القاسم. القاهرة: مطبعة الاستقامة، ١٣٢٣هـ. طبعة أخرى: بيروت: دار صادر.
- ١٩٣ - مرآة الجنان: اليافعي، عبدالله بن أسعد. الهند: حيدرآباد، ١٣٣٨هـ، (تصوير لبنان).

- ١٩٤ - مراتب النحويين: عبدالواحد الحلبي. مصر: النهضة.
- ١٩٥ - المستدرک علی الصحیحین: أبو عبدالله الحاكم النيسابوري. بيروت: دار المعرفة.
- ١٩٦ - المستصفي من علم الأصول: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، تحقيق: محمد سليمان الأشقر. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٨٧م. دمشق: دار الفكر.
- ١٩٧ - مسند أبي داود الطيالسي: سليمان بن داود بن الجارود، الشهير بـ: أبي داود الطيالسي. بيروت: دار المعرفة.
- ١٩٨ - المسند للإمام أحمد بن حنبل: تحقيق: عبدالله محمد الدرويش. دار الفكر. ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م. طبعة أخرى: شرح وفهرسة: أحمد محمد شاكر وحمزة أحمد الزين. القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- ١٩٩ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: الفيومي، أحمد بن محمد، تحقيق: عبدالعظيم الشناوي. مصر: دار المعارف.
- ٢٠٠ - مصنف ابن أبي شيبة: (عنوانه: «الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار» المذكورة).
- ٢٠١ - معالم السنن: الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد. بيروت: منشورات المكتبة العلمية، ط٢، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.
- ٢٠٢ - المعتمد في أصول الفقه: البصري، أبو الحسين. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ٢٠٣ - معجم الأدباء: ياقوت بن عبدالله الحموي. مصر: دار المأمون، ١٩٣٦م. طبعة أخرى: بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- ٢٠٤ - معجم الأعلام: الجابري، بسام عبدالوهاب. قبرص (ليماصول): الجفان والجابري للطباعة والنشر، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- ٢٠٥ - المعجم الكبير: الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، تحقيق وتخريج: حمدي عبدالمجيد السلفي. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢.
- ٢٠٦ - معجم المؤلفين: كحالة، عمر رضا. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م. طبعة أخرى: ط عبيد بدمشق.
- ٢٠٧ - معجم فقه ابن حزم الظاهري: لجنة موسوعة الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة دمشق - سوريا، ١٣٨٥هـ/١٩٦٦م.

- ٢٠٨ - معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعه جي. بيروت: دار النفائس، ط١، ١٤٠٥هـ.
- ٢٠٩ - معجم مقاييس اللغة: ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٢١٠ - المعونة في الجدل: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، تحقيق: علي بن عبدالعزيز العميريني. الكويت: جمعية إحياء التراث الإسلامي. منشورات مركز المخطوطات والتراث، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- ٢١١ - المغني في الضعفاء: الذهبي، الحافظ، تحقيق: نور الدين عتر. حلب - سوريا: دار المعارف، ط١، ١٣٩١هـ/١٩٧١م.
- ٢١٢ - المغني (على مختصر الخرقى): ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م. مطبوع مع الشرح الكبير.
- ٢١٣ - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: الشريف التلمساني، أبو عبدالله محمد بن أحمد، تحقيق: عبدالوهاب عبداللطيف. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- ٢١٤ - المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: السخاوي، محمد بن عبدالرحمن، دراسة وتحقيق: محمد عثمان الخشت. بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
- ٢١٥ - مقاصد الشريعة الإسلامية: محمد الطاهر ابن عاشور. تونس: نشر الشركة التونسية للتوزيع، ١٩٧٨م.
- ٢١٦ - المقدمات الممهدة: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٢١٧ - مقدمة ابن خلدون: عبدالرحمن بن خلدون. لبنان: دار إحياء التراث العربي، ط٤.
- ٢١٨ - الملل والنحل: الشهرستاني، أبو الفتح محمد بن عبدالكريم بن أبي بكر أحمد، تحقيق: محمد سيد كيلاني. بيروت: دار المعرفة.
- ٢١٩ - المنقى شرح الموطأ: الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف. مصر: مطبعة السعادة، ط١، ١٣٣٢هـ.
- ٢٢٠ - المنثور في القواعد: الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود. الكويت: مؤسسة الخليج، ط١، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

- ٢٢١ - المنخول من تعليقات الأصول: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، تحقيق: محمد حسن هيتو. دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ٢٢٢ - المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني: النووي (سبق) الشربيني (عبدالرحمن بن محمد). مصر: طبع مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ.
- ٢٢٣ - المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد: العليمي، عبدالرحمن بن محمد، تحقيق: عبدالقادر الأرناؤوط وإبراهيم صالح. بيروت: دار صادر. دمشق: دار البشائر، ط١، ١٩٩٧م.
- ٢٢٤ - الموافقات في أصول الشريعة: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، تحقيق: عبدالله دراز. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م. طبعة أخرى: دار المعرفة.
- ٢٢٥ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: الخطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد. بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ٢٢٦ - موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي بن أحمد البورنو. الرياض: مكتبة التوبة، ط١، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ٢٢٧ - موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي: إعداد: أحمد راتب عرموش. بيروت: دار النفائس، ط٦، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
- ٢٢٨ - موطأ الإمام مالك وشرحه تنوير الحوالك: السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر. مصر: مطبعة مصطفى بابي الحلبي، ١٣٤٩هـ.
- ٢٢٩ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال: الذهبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق: علي محمد البجاوي. مصر: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط١، ١٣٨٢هـ/١٩٦٣م.
- ٢٣٠ - النجوم الزاهرة في أخبار مصر والقاهرة: ابن تغري بردي، يوسف أبو المحاسن. مصر: دار الكتب المصرية.
- ٢٣١ - نزهة النواظر على الأشباه والنظائر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. مطبوع مع «الأشباه والنظائر» لابن نجيم.
- ٢٣٢ - نشر البنود على مراقبي السعود: الشنقيطي، عبدالله بن إبراهيم العلوي. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م. نسخة أخرى: المغرب والإمارات: اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي. نسخة أخرى: طبعة حجرية لسنة ١٣٢٧هـ، لسلطان المغرب عبدالحفيظ بن الحسن مع «الضياء اللامع».

- ٢٣٣ - نصب الـراية شرح أحاديث الهداية: الزيلعي، جمال الدين، أبو محمد، عبدالله بن يوسف بن محمد. القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- ٢٣٤ - النظريات الفقهية: فتحي الدريني. دمشق: مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق، دار المعارف للطباعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ٢٣٥ - نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: محمد الروكي. الرباط: منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، مطبعة النجاح بالدار البيضاء، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ٢٣٦ - النهاية في غريب الحديث: ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، تحقيق: محمود محمد الطناجي وطاهر أحمد الزاوي. القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٨٣هـ/١٩٦٢م.
- ٢٣٧ - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ضبط وتصحيح: سالم هاشم. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م. وأخرى: القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- ٢٣٨ - نيل الابتهاج بتطريز الـديباج: أحمد بابا التنبكتي. مطبوع مع كتاب «الديباج المذهب».
- ٢٣٩ - الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، علي بن بكر، مطبوعة مع فتح القدير. مصر: المطبعة الأميرية، ط١، ١٣١٥هـ.
- ٢٤٠ - الوافي بالوفيات: الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك، ط لبنان.
- ٢٤١ - الوسيط في أصول الفقه: وهبة الزحيلي. دمشق: مقرر في كلية الشريعة بجامعة دمشق، دار المعارف للطباعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ٢٤٢ - الوسيط في تراجم أدباء شنقيط: الشنقيطي، أحمد الأمين. مصر: مكتبة الخانجي. الدار البيضاء (المغرب): مكتبة الوحدة العربية، ط٣، ١٣٨٠هـ/١٩٦١م.
- ٢٤٣ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: ابن خلكان، أحمد بن محمد، تحقيق: إحسان عباس. بيروت: دار صادر. طبعة أخرى: تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، ط القاهرة، ١٣٦٧هـ.
- ٢٤٤ - الوفيات: السلامي، محمد بن رافع، تحقيق: صالح مهدي عباس وبشار عواد معروف. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

فَهْرَسُ الْمَوْضُوعَاتِ

الصفحة	الموضوع
٥	آية الاستفتاح
٥	حديث الاستفتاح
٧	إهداء
٩	شكر وتقدير
١١	المقدمة

الباب التمهيدي

٢٧	- الفصل الأول: تعريف القواعد الفقهية وتحقيق القول في كونها كلية أو أغلبية
٢٨	تمهيد
٢٩	* المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية
٢٩	المطلب الأول: تعريف القاعدة بوصفها علماً مركباً
٢٩	تعريف القاعدة
٣٢	تعريف لفظة: «الفقهية»
٣٤	الإضافة بين القواعد والفقهية
٣٤	المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية بمفهومها اللقبى
٣٨	ذكر من تعرض لتعريف القاعدة الفقهية على الخصوص
٤١	تعريفات بعض المعاصرين
٤٥	شرح التعريف المختار

٤٨	* المبحث الثاني: تحقيق القول في كون القواعد الفقهية أغلبية أو كلية
٥٣	- الفصل الثاني: مقومات القاعدة الفقهية
٥٤	تمهيد
٥٥	* المبحث الأول: أركان القاعدة الفقهية
٥٨	* المبحث الثاني: شروط القاعدة الفقهية
٥٨	المطلب الأول: شروط أركان القاعدة الفقهية
٦١	المطلب الثاني: شروط تطبيق القاعدة
٦٣	- الفصل الثالث: الفرق بين القاعدة الفهية والكليات الأخرى
٦٤	* المبحث الأول: مفهوم الكليات في الفقه الإسلامي
٦٧	* المبحث الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي
٦٧	المطلب الأول: بيان معنى الضابط
٦٩	المطلب الثاني: الفرق بين الضابط والقاعدة
٧١	* المبحث الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية
٧٥	* المبحث الرابع: الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية
٧٧	المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية
٧٨	المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية وبيان التداخل بينهما
٨١	- الفصل الرابع: مصادر القاعدة الفقهية
٨٢	تمهيد
٨٣	* المبحث الأول: نصوص الشرع
٨٤	المطلب الأول: النصوص التي هي قواعد فقهية مباشرة
٨٧	المطلب الثاني: النصوص الدالة على القواعد بطريق الاجتهاد
٨٩	المطلب الثالث: النصوص الدالة على القواعد بطريق الاستقراء
٩٤	* المبحث الثاني: نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم
٩٨	* المبحث الثالث: القواعد الفقهية المخرجة من تراث الأئمة
٩٨	المطلب الأول: التخريج عن طريق القياس
١٠١	المطلب الثاني: التخريج عن طريق الاستصحاب
١٠٢	المطلب الثالث: التخريج عن طريق الاستصلاح

- المطلب الرابع: التخريج عن طريق الاستدلال العقلي ١٠٣
- الفصل الخامس: دليلية القاعدة الفقهية ١٠٥
- * المبحث الأول: أهمية القاعدة الفقهية ١٠٦
- * المبحث الثاني: هل يمكن أن تكون القاعدة الفقهية دليلاً يستنبط منه الحكم؟ ١١٠
- * المبحث الثالث: مناقشة آراء العلماء وأدلتهم في الموضوع وبيان الراجح منها ١١٦
- الفصل السادس: ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية ١٢٧
- * المبحث الأول: تعريف الاستثناء ١٢٨
- * المبحث الثاني: أقسام الاستثناء ١٣٢
- * المبحث الثالث: الاستثناء في القواعد الفقهية وأهم الكتب التي اعتنت به ١٣٤
- المطلب الأول: نشأة الاستثناء ١٣٤
- المطلب الثاني: أهم المؤلفات التي اعتنت بالاستثناء ١٣٥

الباب الأول

الاستثناء في القواعد الفقهية وأسبابه من الأدلة المتفق عليها

- تمهيد ١٤٣
- الفصل الأول: الاستثناء بسبب النص ١٤٥
- * المبحث الأول: النص ١٤٦
- المطلب الأول: التعريف بالنص ١٤٦
- المطلب الثاني: أقسامه ١٤٨
- المطلب الثالث: لا اجتهاد مع النص ١٥٢
- * المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب النص ١٥٥
- المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «الخراج بالضمان» ١٥٥

١٥٥	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٥٦	الاستثناء: حديث المصرة
١٦٠	المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»
١٦٠	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٦٢	الاستثناء: ضمان اللقطة
١٦٦	المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»
١٦٦	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٦٨	الاستثناء: حكم اختلاف المتابعين والسلعة قائمة
١٧١	المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «جرح العجماء جبار»
١٧١	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٧٢	الاستثناء: حكم جنابة العجماء بالليل
١٧٥	- الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الإجماع
١٧٦	* المبحث الأول: الإجماع
١٧٦	المطلب الأول: تعريف الإجماع
١٧٨	المطلب الثاني: حجية الإجماع
١٧٩	المطلب الثالث: مستند الإجماع
١٨٠	المطلب الرابع: أهم أنواع الإجماع
	* المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الإجماع
	المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»
١٨٤	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٨٦	الاستثناء: حكم عقود الهازل
١٩٠	المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة: «الرخص لا تناط بالمعاصي»
١٩٠	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٩٢	الاستثناء: أكل الميتة للمعاصي بسفره
١٩٥	المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»

الصفحة	الموضوع
١٩٥	شرح القاعدة وتطبيقاتها
١٩٨	الاستثناء: الإكراه على قتل المسلم
٢٠١	- الفصل الثالث: الاستثناء بسبب القياس
٢٠٢	* المبحث الأول: القياس
٢٠٢	المطلب الأول: تعريف القياس
٢٠٤	المطلب الثاني: حجية القياس
٢٠٩	* المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب القياس
٢٠٩	المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»
٢٠٩	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢١١	الاستثناء: حكم مَنْ وجد ماء لا يكفيه للوضوء
٢١٤	المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة: «العادة محكمة»
٢١٤	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢١٧	الاستثناء: حكم بيع المعصاة
٢٢٠	المطلب الثالث: المثال ثلث: قاعدة: «الزعيم غارم»
٢٢٠	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٢١	الاستثناء: كفالة المجهول
٢٢٣	المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «مَنْ استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»
٢٢٣	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٢٥	الاستثناء: حكم إرث المطلقة بائناً في مرض الموت

الباب الثاني
الاستثناء في القواعد الفقهية
وأساببه من الأدلة المختلف فيها

٢٣٠	تمهيد
٢٣١	- الفصل الأول: الاستثناء بسبب الاستحسان

٢٣٢	* المبحث الأول: الاستحسان
٢٣٢	المطلب الأول: تعريف الاستحسان
٢٣٤	المطلب الثاني: حجية الاستحسان
٢٤٣	المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستحسان
٢٤٣	المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «الأمر بمقاصدها»
٢٤٣	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٤٥	الاستثناء: تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة
٢٤٧	المطلب الثاني: المثال الثاني: نذر التصدق بماله (من نفس القاعدة السابقة)
٢٥١	المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة: «الحدود تدرأ بالشبهات»
٢٥١	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٥١	الاستثناء: اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل
	المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب
٢٥٧	أوقاته»
٢٥٧	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٥٩	الاستثناء: حكم نجاسة البئر إذا وجدت فيه فأرة ميتة
	المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول ولكن
٢٦٢	السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»
٢٦٢	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٢٦٤	الاستثناء: سقوط حق الزوج إذا اشترط في عقد النكاح تأجيل كل المهر
٢٧٣	الفصل الثاني: الاستثناء بسبب الاستصحاب
٢٧٤	* المبحث الأول: الاستصحاب
٢٧٤	المطلب الأول: تعريف الاستصحاب
٢٧٥	المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب
٢٧٧	المطلب الثالث: حجية الاستصحاب
٢٨٢	* المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب الاستصحاب
٢٨٢	المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله»
٢٨٢	شرح القاعدة وتطبيقاتها

- ٢٨٤ الاستثناء: حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة
- المطلب الثاني: المثال الثاني: قدرة على الهدى بعد الشروع في الصوم
- ٢٨٧ (مستثناء من نفس القاعدة السابقة)
- المطلب الثالث: المثال الثالث: حكم المسافر إذا قدم نهاراً في رمضان
- ٢٨٨ (مستثناء من نفس القاعدة السابقة)
- المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»
- ٢٩٠ شرح القاعدة تطبيقاتها
- ٢٩٠ الاستثناء: ادعاء زوجة النصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها فهي تستحق الميراث
- ٢٩١ المطلب الخامس: المثال الخامس: قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»
- ٢٩٣ شرح القاعدة وتطبيقاتها
- ٢٩٣ الاستثناء: الشفعة للجار والشريك المقاسم
- ٢٩٦ المطلب السادس: المثال السادس: قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»
- ٣٠١ شرح القاعدة وتطبيقاتها
- ٣٠١ الاستثناء: حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد
- ٣٠٥ - الفصل الثالث: الاستثناء بسبب الاستصلاح (المصالح المرسله)
- ٣٠٩ تمهيد
- ٣١٠ * المبحث الأول: المصالح المرسله
- ٣١١ المطلب الأول: تعريف المصلحة
- ٣١١ المطلب الثاني: أقسام المصلحة
- ٣١٢ المطلب الثالث: حجية المصالح المرسله وموقف المذاهب منها
- ٣١٥ المطلب الرابع: شروط الأخذ بالمصلحة
- ٣٢٣ * المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصالح المرسله
- ٣٢٦ المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «الأجر والضمان لا يجتمعان»
- ٣٢٦ شرح القاعدة وتطبيقاتها

٣٢٧ الاستثناء: تضمين الصانع
	المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»
٣٣٤
٣٣٤ شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٣٦ الاستثناء: تطبيق القاضي على المولي
	المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»
٣٤٢
٣٤٢ شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٤٢ الاستثناء: عدم تحليف المدعى عليه إذا لم يكن بينه وبين المدعي خلطة
٣٤٥ المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد»
٣٤٥ شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٤٨ الاستثناء: ضمان خطأ القاضي
٣٥٣ - الفصل الرابع: الاستثناء بسبب العرف
٣٥٤ * المبحث الأول: العرف
٣٥٤ المطلب الأول: تعريف العرف والعادة لغةً واصطلاحاً والنسبة بينهما
٣٥٩ المطلب الثاني: أقسام العرف
٣٦٢ المطلب الثالث: تحكيم العرف
٣٦٣ المطلب الرابع: أدلة اعتبار العرف
٣٦٧ المطلب الخامس: شروط اعتبار العرف
٣٧٠ المطلب السادس: الاحتجاج بالعرف في المذاهب الفقهية
٣٧٦ * المبحث الثاني: مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب العرف
٣٧٦ تمهيد
٣٧٧ المطلب الأول: المثال الأول: قاعدة: «الإقرار حجة قاصرة»
٣٧٧ شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٧٩ الاستثناء: إقرار أب أو وصي البكر بقبض مهرها
	المطلب الثاني: المثال الثاني: قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»
٣٨٢

٣٨٢	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٨٣	الاستثناء: اختلاف الزوجين في قبض المهر بعد الدخول
٣٨٥	المطلب الثالث: المثال الثالث: قاعدة: «التابع تابع»
٣٨٥	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٨٧	الاستثناء: حكم نماء الرهن وزوائده
٣٩١	المطلب الرابع: المثال الرابع: قاعدة: «بيع المعدوم باطل»
٣٩١	شرح القاعدة وتطبيقاتها
٣٩٢	الاستثناء: عقد الاستصناع
٣٩٧	ملحق بالبحث: نماذج من تعديل صياغة القواعد الفقهية
٣٩٨	تمهيد
٤٠٣	القاعدة الأولى: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»
٤٠٣	القاعدة الثانية: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»
٤٠٥	القاعدة الثالثة: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً»
٤٠٦	القاعدة الرابعة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه»
٤٠٧	القاعدة الخامسة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»
٤٠٩	القاعدة السادسة: «الأصل في نصفت المعارضة العدم»
٤١٠	القاعدة السابعة: «التابع لا يفرد بالحكم»
٤١٢	القاعدة الثامنة: «مَنْ استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»
٤١٥	الخاتمة: نتائج وتوصيات
٤٢٣	ملحق بتراجم الأعلام
٤٤٩	الفهارس
٤٥١	فهرس الآيات القرآنية
٤٥٥	فهرس الأحاديث والآثار
٤٥٩	فهرس القواعد والضوابط الفقهية
٤٦٤	فهرس الأعلام
٤٦٧	فهرس المصادر والمراجع
٤٨٧	فهرس الموضوعات

