

الفصل السابع

التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

١٦٢ - تمهيد:

كنا قد نوهنا بظهور مجتهدين عظام في الدور الرابع من أدوار الفقه، وإن أولئك المجتهدين كان لهم أثر بالغ في ازدهاره ونمائه وتقدمه، وإنهم أسسوا مدارس فقهية انضوى تحت لوائها فقهاء كبار وصار لها أتباع كثيرون.. وقد سميت تلك المدارس الفقهية بالمذاهب الإسلامية أو الفقهية واقتترنت بأسماء مؤسسيها... وهي على كثرتها ليست تجزئة للإسلام ولا إحداث شرع جديد... وإنما هي مناهج في فهم الشريعة وأساليب في تفسير نصوصها وطرق في استنباط الأحكام من مصادرها.. وهذه المذاهب المتعددة منها ما بقي قائماً متبوعاً حتى اليوم ومنها ما اندرس وعفى عليه الزمن ولم يبق له أتباع ولا تعرف له أقواله إلا ما يذكر منها في كتب الخلاف والمذاهب القائمة.

وسنذكر في هذا الفصل، في مباحث متتالية، كلمة موجزة عن بعض هذه المذاهب، القائمة منها والمندرس، للتعريف بها وبأصحابها.

المبحث الأول

أبو حنيفة

١٦٣ - هو النعمان بن ثابت الكوفي مولداً والفارسي أصلاً ولد سنة ٨٠ هـ وتوفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد ودفن فيها.

كان في أول عهده يحترف تجارة الخبز وقد عرف فيها بصدق المعاملة والنفرة من الغش والمماكسة، ثم تحول إلى طلب العلم فنال حظاً من علم الكلام والحديث والفقه.. إلا أن ميله كان إلى الفقه فانصرف إليه. وأكثر من الاختلاف إلى

حلقات الفقه وملازمة أهله.. وكان أبرز شيوخه وأكثرهم أثراً في نهجه الفقهي شيخه حماد بن أبي سليمان فقيه أهل الرأي في العراق الذي تلقى فقهه عن فقيه رأي كبير أيضاً وهو علقمة بن قيس النخعي، وعلقمة أخذ الفقه عن عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل المعروف بالفقه والرأي. فلا عجب، إذن، إذا نحنا أبو حنيفة منحى أهل الرأي ومال إليه، وهؤلاء هم شيوخه الذين أخذ منهم مباشرة أو بالواسطة. وفضلاً عن ذلك فقد كان أبو حنيفة بفطرته ميالاً إلى التغلغل في بواطن الأمور وعدم الاقتناع بالمعاني الظاهرة. ومثل هذه الفطرة مستعدة للميل إلى الرأي والتوغل فيه.

إلا أن أبا حنيفة لم يقتصر في تلقيه عن حماد فقد روى عن غيره، فمن هؤلاء الذين روى عنهم ودارسهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبد الله بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية. كما أنه كان يلتقي بالعلماء والفقهاء في مكة ويأخذ عنهم ويذاكرهم في أمور الفقه في أثناء مكوثه في مواسم الحج وعند إقامته فيها نحواً من ست سنوات يوم هاجر إليها في سنة ١٣٠هـ.

١٦٤ - أبو حنيفة زعيم أهل الرأي:

قلنا إن مدرسة الكوفة اشتهرت بالرأي وقد بلغت ذروة شهرتها بالرأي والقياس في زمن أبي حنيفة حتى عد حامل لواء الرأي والقياس في زمانه بلا منازع. وقد أدى به الإكثار من القياس إلى الإكثار من الفقه التقديري، فما كان يقف عند المسائل الواقعة يستنبط لها الأحكام وإنما كان يستخرج العلل من النصوص ويفترض المسائل ويطبق عليها أقيسته ويعطيها أحكاماً واحدة ما دامت مشتركة في العلة. وكما أكثر من القياس حتى قرن باسمه أكثر أيضاً من الفقه التقديري حتى قرن باسمه فهو إمام القياسيين وزعيم أهل الفقه التقديري في زمانه.

١٦٥ - أبو حنيفة والحديث:

ولإكثار أبي حنيفة من الرأي والقياس اتهمه البعض بعدم الاهتمام بالحديث أو بقلّة بضاعته منه أو بتقديم الرأي والقياس عليه.. وهذه الاتهامات لا تصمد أمام المناقشة ويعوزها الدليل، فإن اهتمامه بالحديث أمر ثابت وظاهر من نص أقواله

التي ذكرها كما سيأتي. كما يشهد على ذلك أخذه بالحديث المرسل وفتاوى الصحابة وتركه القياس إذا ثبت عنده حديث صحيح في المسألة وهذا كله يدل على اهتمامه بالحديث والآثار لا على قلة مبالاته بالحديث كما يدعون. وأما قلة بضاعته من الحديث فليس الأمر كما قالوا فقد رويت عنه أحاديث كثيرة منها ما رواه أبو يوسف في كتابه الآثار وكذا محمد بن الحسن في كتابه الآثار أيضاً، وقد جمع العلماء من بعده مروياته فبلغت شيئاً كثيراً^(١) نعم إن أبا حنيفة كان أقل رواية من غيره من الأئمة المكثرين لرواية الحديث لأنه كان يشترط شروطاً ثقيلة للثبوت من صحة الحديث نظراً لفشو الكذب في العراق وكثرة الواضعين. أما تركه الحديث وتقديم القياس عليه فهذا مرده إلى أن الحديث لم يبلغه فذهب إلى الرأي، أو أن الحديث بلغه ولم يثبت عنده فتركه وأخذ بالقياس. ولا شك أن مخالفة الحديث لعدم صحته في نظر المجتهد لا يعد مخالفة للحديث أو تقديماً للقياس عليه.

١٦٦ - طريقته في التدريس:

كان أبو حنيفة يعرض على تلاميذه المسائل الفقهية وما يعرض عليه من قضايا، فيدلي كل واحد برأيه حولها، ويجري النقاش فيما بينهم حول ما أبدوه من الآراء، فإذا ما انتهوا إلى رأي واحد أملاه عليهم أو دونه أحد التلاميذ، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ وأستاذهم ويدون الرأي مع ذكر ما فيه من خلاف. فمذهب أبي حنيفة بدأ منذ نشأته على شكل مذهب جماعي يقوم على الشورى وتبادل الآراء ومناقشتها، وهذا بخلاف طريقة الإمام مالك إذ كان يملي المسائل وأحكامها على تلامذته ولا يتهج معهم نهج أبي حنيفة فلا يناقشونه ولا يجادلونه فيما يقول. وهكذا تكونت شخصيات تلامذة أبي حنيفة في حياته وفي ظل توجيهاته ورياهم على النظر والبحث ونمى فيهم الاجتهاد وهم في دور التلقي والتحصيل.

(١) من ذلك ما فعله أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٦٦٥ هـ فقد جمع الأحاديث التي رواها أبو حنيفة ونقلها عنه العلماء من تلامذته وغيرهم، وقد طبع هذا الكتاب في مصر سنة ١٣٢٦ هـ فوقع في ٨٠٠ صفحة كبيرة.

١٦٧ - أصول استنباط أبي حنيفة:

أبو حنيفة لم يدون أصول استنباطه تفصيلاً ولا قواعده في البحث والاجتهاد، وإنما قام فقهاء المذهب الحنفي الذين جاؤوا من بعده وبعد تلامذته باستخلاص قواعده في الاستنباط من فروعه المنقولة عنه. وهذا لا يدل على أن أبا حنيفة ما كان لديه مناهج للبحث والاجتهاد، فإن عدم تدوين الشيء لا يدل على عدم وجوده، كما أن الفقه، يستلزم حتماً وجود مناهج وقواعد للاستنباط فلا فقه بلا مناهج وقواعد. وأبو حنيفة فقيه قطعاً، بل فقيه بمعنى الكلمة «والناس في الفقه عيال على أبي حنيفة» كما قال الشافعي^(١)، فلا بد، إذن، من قواعد يلتزم بها في اجتهاده وفقهه، وأصول يسير بمقتضاها ولا يحيد عنها، وهذا ما استخرجه فقهاء المذهب الحنفي من أقواله وآرائه المنقولة عنه. ومع هذا فقد نقلت عن أبي حنيفة أقوال تدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط، والأدلة التي يستدل بها. فمن ذلك أنه قال: آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم، وإلا فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت ولا أخرجهم من قولهم إلى قول غيرهم، فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب (وهؤلاء مجتهدون من التابعين) فإني أجتهد كما اجتهدوا^(٢).

فهذا النقل عن أبي حنيفة يدل على أنه يرجع إلى كتاب الله إن لم يجد الحكم فيه يرجع إلى السنة فإن لم يجد فيها يرجع إلى أقوال الصحابة فإن لم يجد الحكم فيها اجتهد. فالكتاب ثم السنة ثم أقوال الصحابة ثم الاجتهاد هذه هي مصادر الأحكام عند أبي حنيفة. والاجتهاد يدخل فيه القياس والاستحسان وقد برع فيهما وأجاد. كما أنه كان يأخذ بالإجماع وبالعرف كما نقل عنه أيضاً.

١٦٨ - تلامذته وتدوين فقهه:

أبو حنيفة لم يدون فقهه وإنما نقلت لنا أقواله من قبل تلامذته كأبي يوسف

(١) تذكرة الحفاظ للإمام الذهبي ج ١ ص ١٥٩.

(٢) تاريخ بغداد ج ١٣ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٤٣.

ومحمد بن الحسن وهؤلاء هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة ودونوها مختلطة بأقوالهم وآرائهم، فما كانوا بالمقلدين وإنما كانوا مجتهدين متسبين إلى مدرسة أبي حنيفة وملتزمين طريقته في الاستنباط والاجتهاد، وكانوا يناقشون إمامهم في حياته وربما خالفوه وقد حفظت لهم أقوال تخالف أقوال أستاذهم أبي حنيفة ولكن أقوالهم وأقواله نسبت جميعاً إلى مذهب أبي حنيفة باعتباره المؤسس الأول له.

وأشهر تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن ابن زياد اللؤلؤي. وأشهر هؤلاء الأربعة وأبعدهم أثراً في نقل فقه أبي حنيفة ونشره أبو يوسف ومحمد.

أما أبو يوسف فهو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ولد سنة ١١٣ هـ وتوفي سنة ١٨٣ هـ وكان أكبر تلامذة أبي حنيفة. ومع تخرجه بمدرسة أبي حنيفة فقد أخذ عن علماء الحديث ورحل إلى مالِك وتلقى عنه حديث أهل المدينة فقرب بين مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز وعمل على دعم آراء المذهب الحنفي بالحديث. وقد تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد، من خلفاء الدولة العباسية، وصار قاضي القضاة وكان لتوليه القضاء أثر كبير في نشر المذهب الحنفي وصقله عملياً، لأن القضاء جعل الفقه الحنفي يواجه الحياة العملية ومشكلات الناس والحياة وهذا كله يحمله على إيجاد الحلول لها ويجعل القياس أو الاستحسان في المذهب الحنفي مستنداً إلى الحياة العملية لا إلى الفروض النظرية فقط.

وللإمام أبي يوسف تآليف كثيرة، وهو أول من دون كتباً في المذهب الحنفي، ومن كتبه التي وصلتنا كتابه (الخراج) وهو مؤلف نفيس في الأمور المالية للدولة وهو مطبوع متداول. وكتاب اختلاف أبي حنيفة مع محمد بن عبد الرحمن المعروف بابن أبي ليلى، وقد روى هذا الكتاب الإمام الشافعي في كتابه (الأم) وجعل عنوانه «هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى»^(١). وهناك كتب أخرى له مثل كتابي اختلاف الأمصار، والرد على مالك بن

(١) الأم للشافعي ج ٧ ص ٨٧ وما بعدها.

أنس، وكتاب الوصايا وغيرها^(١). أما الإمام محمد، فهو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، ولد بواسط في العراق سنة ١٣٢هـ ونشأ بالكوفة وتوفي سنة ١٨٩هـ طلب الحديث وصحب أبا حنيفة وسمع منه وأخذ طريقته في الفقه ولكن لم تطل صحبته لأبي حنيفة فتلمذ لأبي يوسف ثم رحل إلى الإمام مالك في المدينة ولازمه فيها ثلاث سنين وسمع منه الموطأ وله رواية له. ولقي الشافعي ببغداد وقرأ - أي الشافعي كتبه في فقه الحنفية وناظره في كثير من المسائل وأخذ عنه. وقد أثر لقاؤه بمالك والشافعي في فقهه ولكنه ظل منتسباً لمذهب أبي حنيفة ملتزماً طريقته وله الفضل الأكبر في تدوين الفقه الحنفي، وعلى كتبه اعتمد فقهاء الحنفية. فهو يعد بحق ناقل فقه أبي حنيفة وفقه العراقيين إلى الأخرى.

وكتب الإمام محمد وصلت إلينا كاملة، بخلاف كتب أبي يوسف، وقد عكف عليها علماء الحنفية شرحاً وتعليقاً واختصاراً فهي عمدة المذهب ومرجع فقهاء وهي من حيث الثقة بنقلها عنه نوعان:

الأول: ما نقله عنه الثقة وهذه تسمى كتب ظاهر الرواية أو مسائل الأصول وهي: المبسوط، والزيادات، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، وإنما سميت بكتب ظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقة. ويلحق بها كتاب الآثار، وقد جمع في هذا الكتاب الآثار من أحاديث وفتاوى للصحابة التي يحتج بها الحنفية. كما يلحق بهذه الكتب - من حيث الثقة بها - كتاب الرد على أهل المدينة وقد رواه عنه الإمام الشافعي في كتابه الأم.

الثاني: كتب لم تبلغ نسبتها إلى محمد نسبة الأولى فليس لها ما للأولى من الثقة والاشتهار والقبول وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهر الرواية وهي: الكيسانيات والهارونيات، والجرجانيات، والرقيات، وزيادات الزيادات.

وقد جمع كتب ظاهر الرواية في كتاب واحد بعد حذف المكرر منها الإمام

(١) الفهرست لابن النديم ص ٤٨٦.

أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي المشهور بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ، وسمى كتابه هذا (الكافي)، ثم شرح هذا الكتاب في القرن الخامس الهجري الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي في كتاب سماه (المبسوط) ويقع في ثلاثين جزءاً ويعد أهم كتب الحنفية الأصيلة الناقلة لأقوال أئمة المذهب الأولين، وقد ذكر فيه أصول المسائل وأدلتها وأوجه القياس فيها، وربما تعرض إلى خلاف أئمة المذاهب الأخرى كالشافعي ومالك فيذكر أقوالهم وأدلتهم ويرد عليها بأسلوب علمي رصين وعبارة واضحة جلية.

ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية عند نقلهم آراء أبي حنيفة وأصحابه يطلقون اسم الشيخين على أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان في المسألة خلاف واتفق فيها رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وخالفهما الإمام محمد. وإذا كان الاتفاق بين أبي يوسف ومحمد دون أبي حنيفة قالوا هذا رأي الصاحبين. وإذا كان لأحدهم رأي منفرد نسب إلى اسمه. فيقال رأي أبي حنيفة أو رأي أبي يوسف أو رأي محمد. أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه دائماً.

وبعد تلامذة أبي حنيفة المباشرين جاء تلامذة هؤلاء ومن تلقى عنهم فكتبوا في الفقه الحنفي شارحين أو معلقين أو مختصرين لكتب الأوائل. ومنهم من استنبط أحكام المسائل التي لم تنقل عن أئمتهم، ومن كتب هذا النوع الأخير كتب الفتاوى والوقاعات، وهي أحكام المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب الحنفي، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقير أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ.

والمذهب الحنفي منتشر في العراق والباكستان والأقطار الإسلامية في روسيا والصين وفي مصر.

المبحث الثاني

مالك بن أنس

١٦٩ - هو الإمام مالك بن أنس الأصبهاني نسبة إلى ذي أصبغ، وهي قبيلة

باليمن، قدم أجداده إلى المدينة ومكثوا فيها. ولد سنة ٩٣هـ وظل فيها لم يتحول عنها إلا حاجاً حتى توفي فيها سنة ١٧٩هـ.

تلقى الفقه والسنة عن شيوخ كثيرين منهم عبد الرحمن بن هرمز، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري فقد أخذ عنه الحديث وفقه الأثر وفتاوى الصحابة. وأبو الزناد عبد الله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد وقد أخذ عنه الحديث. ويحيى بن سعيد وأخذ عنه فقه الرأي وعلم الرواية. وربيعة بن عبد الرحمن وقد تلقى عنه فقه الرأي إذ كان مشهوراً فيه حتى سمي بربيعة الرأي. كما أخذ من غير هؤلاء كجعفر بن محمد الباقر. ولكن أكثر الشيوخ تأثيراً فيه ابن شهاب الزهري وربيعة الرأي.

ولما كمل تحصيل مالك واستوعب فقه المدينة جلس للإفتاء والتدريس بعد أن شهد له بالأهلية سبعون رجلاً من أكابر الفقهاء وفيهم من أخذ عنهم الفقه.

وكان في أول حياته يدرس ويفتي في مسجد النبي ﷺ ولا يتحول عنه حتى إن الرشيد لما جاء للحج طلب منه أن يأتيه لسمع منه ابنه الأمين والمأمون فأبى الإمام مالك وقال له: أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج فإن أنتم أعززتموه عز وإن أذلتموه ذل، والعلم يؤتى ولا يأتي. فقال هارون الرشيد: صدقت وأمر ابنه بالخروج إلى المسجد ليسمعا مع الناس. فقال مالك: بشرطة أن لا يتخطيا رقاب الناس ويجلسا حيث ينتهي بهما المجلس فحضرا بهذا الشرط^(١). وهكذا كان الإمام مالك عزيز النفس يعرف قدر العلم الذي يحمله ولا يتهافت على باب السلطان حتى لو طلبه السلطان وهكذا ينبغي أن يكون الفقيه.

ثم انتقل إلى بيته يدرس ويفتي عندما مرض بسلس البول. وكان في تدريسه سواء في المسجد أو في البيت ينهج الطريقة الإلقائية الخالية من المناقشة وتبادل الرأي والجدال مع تلاميذه خلافاً لطريقة أبي حنيفة في التدريس، ولهذا لم يحفظ اختلاف بينه وبين تلاميذه في حياته وإن نقلت لهم أقوال مخالفة لبعض ما ذهب إليه بعد وفاته. وكان تلامذته يدونون ما يروي لهم من أحاديث وآثار وما يقوله من فتاوى في

المسائل التي تعرض عليه وما كان ينهاهم ولا يأمرهم، وإن كان في بعض الأحيان ينهاهم عن تدوين كل ما يقوله من فتاوى. وكان حريصاً على أن لا يجيب إلا عن مسائل واقعة فعلاً، فقد كان ينفر من الفقه الافتراضي حتى إن بعض تلامذته إذا أراد أن يسأله عن مسألة لم تقع دفع إليه أحد الناس يسأله عنها كأنها حادثة واقعة. ولا يدل نهج الإمام مالك هذا أنه كان قليل الأخذ بالرأي، فالحقيقة أنه كان فقيه رأي كما كان فقيه أثر وقد أغناه عن الفرض والتقدير في مسائل الفقه كثرة الوقائع التي كانت تعرض عليه من قبل الوافدين عليه من مختلف الأقطار الإسلامية في موسم الحج أو من قبل الملازمين له الآخذين عنه، وهم من أقطار شتى، أو من قبل تلامذته الذين رجعوا إلى ديارهم فكانوا يكتبون إليه بالمسائل التي تقع في ديارهم.

١٧٠ - أصول مذهب:

لم يدون الإمام مالك أصول مذهب وقواعده في الاستنباط ومناهجه في الاجتهاد وإن كان قد صرح ببعض منها وأشار إلى البعض الآخر. ومما صرح به في كتابه الموطأ أنه يأخذ بعمل أهل المدينة ويقدمه على خبر الأحاد المعارض له، وحجته في ذلك أن عمل أهل المدينة متوارث عن آبائهم وأجدادهم فهو بمثابة السنة المتواترة، وما كان هذا شأنه يقدم على خبر الأحاد. وقد نازعه في هذا المسلك المجتهدون الآخرون كالشافعي والإمام محمد بن الحسن.

وجماع أصول مذهب مالك، بناء على ما صرح به أو أشار إليه أو استنبطه فقهاء المذهب من الفروع المنقولة عنه، والآراء المدونة في موطئه، هي - أي هذه الأصول - كما صرح بها الإمام القرافي المالكي: الكتاب، السنة، الإجماع، إجماع أهل المدينة، القياس، قول الصحابي، المصلحة المرسلة، العرف والعادات، سد الذرائع، الاستحسان، الاستصحاب^(١).

ومن هذه الأصول يتبين لنا خصوصية المذهب وسعته وإمكان تخريج الأحكام على

(١) الإمام مالك تأليف أستاذنا محمد أبو زهرة ص ٢٥٨. وانظر أيضاً ترتيب المدارك للقاضي عياض ص ٥٧٨، الديباج المذهب لابن فرحون المالكي ص ٦٦.

أصوله الملائمة لكل عصر ومكان لاسيما على أصل المصلحة المرسله الذي سيطر على جميع فقه مالك في كل المسائل التي لا نص فيها، حتى قرن اسم المصالح المرسله بمذهب مالك. كما أنه يتبين لنا من كثرة هذه الأصول مقام الإمام مالك في فقه الرأي فقد اشتهر به على خلاف المعهود من فقهاء مدرسة الحجاز وأكثر من الأخذ بهذا الأصل. حتى صار قوام اجتهاده بالرأي يقوم على أساس المصلحة. وربما أخذ بالقياس أو المصلحة وترك خبر الأحاد بناء على مخالفة الخبر للمصلحة أو للقياس الثابت المبني على قواعد الشريعة دليل على ضعف الخبر وعدم صحته، من ذلك عدم أخذه بخبر المصراة لمخالفته - في نظره - للقياس القطعي المبني على قواعد الشريعة الثابتة. ومنه رده خبر إكفاء القدر التي طبخت بها لحوم الإبل والغنم من الغنائم قبل قسمتها بحجة مخالفة ذلك للمصلحة^(١).

١٧١ - تلامذة مالك:

أقام الإمام مالك في المدينة ولم يتحول عنها حتى أنه لما طلب منه الرشيد الخروج معه إلى بغداد أبي عليه ذلك مفضلاً للبقاء في جوار النبي ﷺ على بغداد وغيرها^(٢). وكان لملازمته المدينة وطول عمره المبارك وانتهاء رئاسة الفقه في المدينة إليه تأثير كبير في الوافدين الكثيرين عليه، فقد قصدته طلاب العلم من مختلف الأقطار الإسلامية، من مصر والشام والعراق وشمال إفريقية والأندلس ولازموه وأخذوا عنه ورأوا في هذه الملازمة تحصيلاً للفقه من أهله ومجاورة النبي الكريم ﷺ. ولهذا كان تلامذته كثيرين جداً نشروا فقهه في أوطانهم لا سيما في مصر وشمال إفريقية والأندلس. ومن التلاميذ، وهم فقهاء كبار، عبد الله بن وهب لازم مالكاً عشرين سنة ونشر مذهبه في مصر والمغرب وتوفي سنة ١٩٧هـ، وكان الإمام مالك يجعله ويحترمه حتى إنه كان يكتب إليه وهو في مصر ويلقبه بـ"فقيه مصر".

(١) حديث المصراة «لا تصروا الإبل والغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر» وحجة رده أنه خالف أصل الخراج بالضمان وأن متلف الشيء إنما يغرّم مثله أو قيمته لا جنساً آخر. انظر الموافقات ج ٣ ص ٢٣ - ٢٥.

(٢) الديباج المذهب ص ١٣٢.

وعبد الرحمن بن القاسم المصري وكان له أثر بالغ في تدوين مذهب مالك فهو كالإمام محمد بن الحسن بالنسبة لمذهب أبي حنيفة فكلاهما، ناقل مذهب شيخه، وله مع ذلك اجتهاد حر. صحب مالكا نحواً من عشرين سنة وروى عنه الموطأ، وروايته للموطأ تعد أصح رواية وتوفي سنة ١٩٢هـ ومنهم أشهب بن عبد العزيز القيسي. انتهت إليه رئاسة الفقه في مصر وتوفي سنة ٢٢٤هـ ومنهم أبو الحسن القرطبي المتوفى عام ١٩٣هـ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ونشره في الأندلس. وأسد بن فرات، وهو من أهل تونس، مات مجاهداً على رأس جيش في صقلية. وغير هؤلاء كثيرون.

١٧٢ - تدوين فقه مالك ونقله:

دون فقه مالك ونقل عنه بطريقتين: (الأولى) كتب ألفها مالك نفسه وأهمها الموطأ. (الثانية) بواسطة تلامذته فقد نشروا مذهبه ودون بعضهم آراءه وأقواله في (المدونة). ونذكر كلمة موجزة عن الموطأ ثم عن المدونة.

الموطأ

وهو أجل ما كتبه مالك، جمع فيه ما صح عنده من أحاديث رسول الله ﷺ المتصلة والمرسلة وفتاوى الصحابة وأقضيتهم وأقوال التابعين، كما ذكر آراءه في بعض المسائل قياساً على الآثار التي رواها أو توجيهاً وتفسيراً لما رواه أو ترجيحاً لبعض ما رواه على البعض الآخر. وقد ظل يعمل فيه تأليفاً وتهذيباً وتنقيحاً مدة أربعين سنة جعله على أبواب الفقه. وقد تلقته الأمة بالقبول في زمانه وبعد زمانه ورواه عنه الجمع الغفير وشرحه أكثر من واحد. وأراد الرشيد، وقبله أبو جعفر المنصور، حمل الأمة على اتباعه فأبى مالك^(١).

المدونة

أما المدونة فالأساس في تدوينها أن أسد بن فرات سمع من مالك كتابه الموطأ ثم ذهب إلى العراق فلقني أبا يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة

(١) الدياج المذهب ص ٢٥.

وسمع منهما فأراد أن يعرف رأي مالك في هذه المسائل التي دونها الإمام محمد إلا أن مالكا توفي فرجع إلى مصر والتقى بعبد الله بن وهب تلميذ مالك وعرض عليه الفكرة فتهيب وأحجم، فقصد عبد الرحمن بن القاسم فأجابه إلى طلبه وأخبره في كل مسألة فقهية برأي مالك، وإن شك في حفظه عنه قال: إخال وأحسب وأظن، وإن لم يجد لمالك قولاً في مسألة قال هو برأيه فيها إما بالقياس على ما قاله مالك في نظائر تلك المسألة، وإما بمحض اجتهاده وفي ضوء أصول المذهب المالكي إن لم يجد قولاً لمالك في نظير المسألة المسؤول عنها. وجمع أسد أجوبة ابن القاسم في كتب سماها (الأسدية) ثم رحل بها إلى القيروان بعد أن ترك نسخة منها بمصر. وفي القيروان تلقاها عنه سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي وقد سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب فارتحل بها إلى ابن القاسم وعرضها عليه فنقحها ابن القاسم وأسقط منها ما كان ظناً أو ما كان يشك فيه أدنى شك في نسبه إلى مالك وما لم يجد فيه نصاً يثق به قال برأيه واجتهاده على ضوء أصول مالك أو على قياس قول مالك في مثله. فدون سحنون ما سمعه من ابن القاسم ورجع بها إلى القيروان فأقبل الناس على ما كتبه سحنون وسمى ما كتبه «المدونة» ثم رتبها وهذبها وزاد عليها ما اختلف فيه مالك مع كبار أصحابه وذيل أبوابها بالحديث والآثار فكانت هذه المدونة تجمع آراء مالك وأقواله كما سمعها منه تلميذه ابن القاسم كما تجمع الأقوال المخرجة على أصوله وآراء أصحابه التي خالفوا فيها شيخهم مع الآثار والأحاديث الواردة في مسائل الفقه، ثم جاء العلماء وشرحوها ولخصوها وعلقوا عليها.

المبحث الثالث

الشافعي

١٧٣ - هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، يلتقي نسبه مع الرسول ﷺ في عبد مناف. ولد في غزة سنة ١٥٠هـ وتوفي في مصر سنة ٢٠٤هـ نشأ في مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حتى أذن له بالإفتاء والشافعي ابن خمس عشرة سنة. ثم ارتحل الشافعي إلى المدينة ولقي الإمام مالكا وسمع منه

الموطأ ورواه عنه وتفقه عليه ولازمه حتى مات سنة ١٧٩هـ ثم ارتحل إلى اليمن فالتقى هناك بعمر ابن أبي سلمة صاحب الإمام الأوزاعي فأخذ عنه فقه شيخه، كما التقى بيحيى بن حسان صاحب الليث بن سعد فقيه مصر فأخذ عنه فقه هذا الإمام الكبير. وفي سنة ١٨٤هـ جيء بالشافعي إلى بغداد متهماً بالعمل ضد الدولة العباسية ولكن ظهرت براءته مما اتهم به، وكان مجيئه هذا سبباً للقائه مع فقيه العراق محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فلازمه الشافعي وقرأ كتبه ونقل عنه ودارسه مسائل الفقه ثم انتقل بعد ذلك إلى مكة ومعه كتب العراقيين في الفقه وظل في مكة يدرس ويفتي ويلتقي بالعلماء في موسم الحج مدة تسع سنوات ثم قدم بعدها إلى بغداد للمرة الثانية سنة ١٩٥هـ وأقام فيها سنتين ثم رجع إلى مكة ثم عاد إلى بغداد سنة ١٩٨هـ وأقام فيها أشهراً ثم ارتحل إلى مصر في أواخر سنة ١٩٩هـ وقيل في أوائل سنة ٢٠٠هـ واستقر به المقام في مصر وأخذ يدرس ويفتي ويصنف ويملي على تلاميذه حتى وافاه الأجل سنة ٢٠٤هـ.

١٧٤ - فقه الإمام الشافعي:

تيسر للإمام الشافعي الاطلاع على المذاهب المعروفة في زمانه ودراستها دراسة فاحصة ناقدة مقارنة، فقد أخذ فقه مكة في أول نشأته من مسلم بن خالد وغيره، ثم تفقه على مالك فأخذ فقهه وفقه أهل المدينة حتى عد من تلامذة مالك وأتباع مدرسة المدينة وظل معروفاً بهذا الوصف حتى مجيئه إلى بغداد للمرة الأولى فاطلع على فقه أبي حنيفة ومدرسته عن طريق محمد بن الحسن. وهكذا تجمع فيه فقه الحجاز وفقه العراق، ولما رجع إلى مكة أخذ ينظر فيما وصل إليه من فقه ويدرسه دراسة فاحصة ويتأمل فيه، وهنا ظهرت شخصية الشافعي بفقه جديد هو مزيج من فقه أهل العراق وأهل الحجاز وبدأ يتميز بمذهب خاص به. ولما رجع إلى العراق للمرة الثانية سنة ١٩٥ كان ذا مذهب مستقل له أصوله وقواعده، فأخذ ينشره في العراق ويزيد عليه مدة بقائه في العراق وقد صنف كتابه «الحجة» وفيه آراؤه التي كونها حتى ذلك الحين، وقد عرفت هذه الآراء بمذهبه القديم لأنه رجع عن بعضها فيما بعد، كما صنف رسالته في الأصول بناء على طلب عبد الرحمن بن مهدي

أحد علماء الحديث. وبعد رجوعه إلى مصر ترك قدراً غير قليل من أقواله في العراق لما رأى في مصر عادات وأحوالاً تختلف عما رآه في العراق والحجاز، كما أن نضوجه الفقهي ودوام تأمله فيما كتب وقال دعاه إلى تغيير بعض آرائه في العراق. وقد أملى كتبه الجديدة على تلاميذه وهي المعبر عنها بالمذهب الجديد.

ويعد فقه الشافعي وسطاً بين أهل الحديث وأهل الرأي، فقد نصر الأخذ بالسنة ولو كانت آحاداً ورفض الأخذ بالحديث المرسل، كما أخذ بالقياس دون غيره من أنواع الرأي.

١٧٥ - أصول مذهبه:

يعتبر الإمام الشافعي أول من صنف في أصول الفقه، ورسالته التي ألفها في هذا العلم تعتبر أول مصنف فيه وصل إلينا، وعلى هذا يكاد ينعقد الإجماع.

ومن رسالته الأصولية هذه ومما كتبه في «الأم» تبين لنا أصوله في الاستنباط ومسالكه في الاجتهاد. فهو يأخذ بالكتاب والسنة ويجعل السنة مبينة له وشارحة لنصوصه ومفصلة لمجمله ومقيدة لمطلقه ومخصصة لعامه ولو كانت أخباراً آحادية، فهو يحتج بخبر الواحد ما دام راويه ثقة عدلاً ولا يشترط في الخبر الشهرة فيما تعم به البلوى كما قال الحنفية ولا أن يوافق عمل أهل المدينة كما قال مالك فهو يشترط صحة السند فقط. أما الحديث المرسل فما كان يحتج به إلا إذا كان من مراسيل كبار التابعين كسعيد بن المسيب ويشترط أن تتوافر فيه شروط خاصة، وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري ومالك حيث كانوا يحتجون بالحديث المرسل ويجعلونه بمنزلة الحديث المتصل^(١).

وبعد الكتاب والسنة يحتج بالإجماع ثم بأقوال الصحابة يتخير منها ما هو الأقرب إلى الكتاب والسنة فإن لم يتبين القرب أخذ بأقوال الخلفاء الراشدين ورجحها على أقوال غيرهم. ثم بعد ذلك يحتج بالقياس. هذه هي أصول الشافعي، ولهذا فقد أنكر الاستدلال بالاستحسان أو غيره وعده تشريعاً بالهوى، كما أنكر الاستدلال بالمصلحة المرسلة ويعمل أهل المدينة.

(١) الرسالة للشافعي ص ٦٦ وما بعدها، والأم ج ٧ ص ٢٤٦ - ٢٤٧.

١٧٦ - تدوين الفقه الشافعي ونقله :

لقد تم نقل فقه الشافعي بطريقتين :

الأولى : الكتب التي كتبها الشافعي نفسه وأملاها إملاء على تلاميذه، وأشهر ما كتب أو أملى كتاب (الرسالة) التي صنفها في العراق ثم أعاد تصنيفها في مصر بعد تهذيبها. وهي أبحاث في أصول الفقه، فقد تكلم فيها عن بيان القرآن وبيان السنة للقرآن، والعام والخاص والناسخ والمنسوخ والسنة والاحتجاج بخبر الواحد وغير ذلك من الأبحاث الأصولية. والكتاب الثاني هو (الأم) وهو كتاب فقه عظيم بليغ الأسلوب فيه عرض لأقواله مع الأدلة ومناقشة أقوال الفقهاء الآخرين بأسلوب علمي رصين. وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي.

الثانية : تلامذته وهؤلاء كثيرون منهم العراقيون ومنهم المصريون. فالعراقيون هم نقلة مذهب القديم ومنهم الحسن بن محمد المعروف بالزعفراني المتوفى سنة ٢٦٠هـ وأبو علي الحسين بن علي المعروف بالكرايسي المتوفى سنة ٢٤٥هـ أما تلامذته في مصر فهم نقلة مذهب الجديد ومنهم إسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ وهو أذكى تلاميذه ولازم الشافعي منذ قدومه إلى مصر إلى أن توفي، وله كتب كثيرة ساعدت على نشر المذهب كما له آراء خالف بها شيخه. ومنهم البويطي وهو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي أخذ الفقه عن الشافعي وحل محل شيخه في التدريس والإفتاء بعد وفاته. ومنهم الربيع بن سليمان المرادي روى كتاب الأم عن الشافعي وكتب نسخة منه في حياة الشافعي. والمذهب الشافعي منتشر في مصر وأندونيسيا وعدن ويوجد أيضاً في العراق وكذا في باكستان.

المبحث الرابع

أحمد ابن حنبل

١٧٧ - هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،

ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ وتوفي فيها سنة ٢٤١ هـ.

رحل لطلب العلم إلى مكة والمدينة والشام واليمن وغيرها من الأقطار والبلدان.

وقد تفقه بالشافعي حين قدومه إلى بغداد، ثم أصبح مجتهداً مستقلاً ذا مذهب خاص به، وقد فاق أقرانه في السنة وحفظها وتمييز صحيحها من سقيمها فكان عالم السنة وإمامها في زمانه بحق بلا منازع. ومسنده المعروف بمسند الإمام أحمد ابن حنبل احتوى على أكثر من أربعين ألف حديث.

ومع أنه كان عالماً بالسنة متبحراً بها، فقد كان فقيهاً دقيق الفقه حتى قال الشافعي فيه يوم خرج إلى مصر: خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد ابن حنبل. وقد امتحن بالقول بخلق القرآن من قبل المأمون فأبى أن يقول ما أراده فأذاه وحبسه، وتلك خطيئة كبيرة من المأمون، لأن إكراه الناس على مثل هذه البدعة لا يجوز في شرع الله، ولكن هذا هو الذي وقع وكان.

١٧٨ - أصول فقهه :

بنى الإمام أحمد فقهه على خمسة أصول^(١) :

الأول: النص من الكتاب أو السنة. فإذا وجد النص لم يلتفت إلى ما خالفه ولا إلى من خالفه كائناً من كان. فالسنة عنده أجل من أن تعارض بأراء الرجال ولو كانت سنة آحاد ولو كان مخالفاً من كبار المجتهدين والفقهاء. ولم يقدم على الحديث الصحيح عمل أهل المدينة ولا غيرهم ولا رأياً ولا قياساً ولا قول صحابي ولا عدم العلم بالمخالف الذي يسميه الناس إجماعاً. وهو في هذا النهج كالشافعي.

الثاني: فتوى الصحابي الذي لا يعرف لها مخالف، فكان يأخذ بها ولا يسمى ذلك إجماعاً.

الثالث: إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة.

الرابع: الأخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف إذا لم يكن دليل آخر يدفعه وهو الذي رجحه على القياس. والحديث الضعيف عنده من أنواع الحديث الصحيح، وليس هو الحديث الباطل أو المنكر أو الذي في روايته من لا يوثق به. فإذا لم يجد ما يعارض الحديث الضعيف من أثر أو قول صحابي أو إجماع، أخذ بالضعيف وقدمه على القياس.

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ابن حنبل تأليف ابن بدران ص ٤١ وما بعدها.

الخامس: القياس، وهو آخر الأصول عنده يستعمله للضرورة إذا لم يجد نصاً في الكتاب ولا في السنة ولا فتوى صحابي ولا حديثاً مرسلأً أو ضعيفاً.

وكان أحمد في بعض الأحيان يتوقف في الفتوى؛ لتعارض الأدلة عنده أو لعدم اطلاعه على أثر في المسألة مع أنه كان كثير المعرفة جداً بأقوال الصحابة وبأحاديث النبي ﷺ. وكان لا يعيل إلى الفقه التقديري، فإذا سئل عن مسألة لم تقع لم يحب أن يجيب عليها.

١٧٩ - تدوين مذهبه ونقله:

لم يدون الإمام أحمد مذهبه، وكان يكره أن يكتب شيئاً من آرائه وفتاويه، وكان همه في جمع السنة وتدوينها، إلا أن أصحابه جمعوا من أقواله وفتاويه الشيء الكثير ورتبوه على أبواب الفقه. ثم جاء أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال فصرف همته إلى جمع ما روي عن أحمد ابن حنبل وصنّفه في كتابه (الجامع). ومنهم المروزي أحمد بن محمد بن الحجاج المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ثم جاء من بعد هؤلاء كثيرون صنّفوا في فقه المذهب الحنبلي وجمعوا أقوال إمامهم وشرحوها، ومن هؤلاء أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقى المتوفى سنة ٣٢٤ هـ، ومن كتبه المشهورة المختصر المعروف باسم: مختصر الخرقى وقد شرحه ابن قدامة المقدسي بكتابه: المغني.

ثم جاء من بعد هؤلاء إمامان كبيران ينتسبان إلى المذهب الحنبلي وهما ابن تيمية وابن القيم، فقد عرفا بانتسابهما إلى المذهب الحنبلي وأصوله وقواعده، وإن كانا ينهجان النهج المستقل في الاستنباط ولا يقلدان أحمد ابن حنبل ولا غيره.

ثم بظهور محمد بن عبد الوهاب صاحب الدعوة الوهابية والمتوفى سنة ١٢٠٦ هـ وبسبب نجاحه في دعوته صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في بلاد نجد ثم لعموم الدولة السعودية حتى الوقت الحاضر، فهو منتشر فيها وفي الكويت، وله أتباع في سورية والعراق وفي إمارات الخليج العربي.

المبحث الخامس

زيد بن علي

١٨٠ - هو الإمام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. ولد في المدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢هـ، وإليه ينسب المذهب الزيدي.

تلقى العلم في نشأته الأولى عن أبيه ثم عن أخيه محمد الباقر فكان بيته بيت علم وفقه، ثم أخذ عن الفقهاء الآخرين الذين كانوا في زمانه^(١). وقد أجمع العلماء على جلالة قدره وسعة علمه وغزارة فقهه وعظم ورعه وتقواه^(٢).

١٨١ - تدوين الفقه الزيدي ونقله:

وفقه الزيدية قريب من فقه المذاهب الأربعة التي ذكرناها سابقاً، ولا يختلف عنها إلا في مسائل قليلة، منها أن الزيدية لا يرون المسح على الخفين، ويحرمون أكل المذبوح من غير المسلم ويحرمون نكاح الكتايات^(٣).

وقد دون الفقه الزيدي ونقل عن طريقين:

الأول: بواسطة كتب الإمام زيد، فقد روي أنه كتب أو أملى على تلاميذه أكثر من كتاب، كما روى عنه تلاميذه ما سمعوه عنه. والذي وصلنا من فقه الإمام زيد كتابه «المجموع» في الفقه والحديث وهو كتاب جليل القدر مرتباً ترتيباً فقهياً وقد رواه عنه أبو خالد عمرو بن خالد الواسطي، وقد شرحه العلماء ومنهم العلامة شرف الدين بن الحيمي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ وسمي شرحه (الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير) وهذا الشرح طبع بمصر سنة ١٣٤٧هـ ويقع في أربعة أجزاء كبيرة.

الثاني: بواسطة تلاميذه أو من تلقى عن تلاميذه وهم كثيرون. فمن تلاميذه المباشرين أولاده الأربعة عيسى ومحمد وحسين ويحيى. ومنصور بن المعتمر ونصر ابن حزيمة وغيرهم^(٤).

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحيمي ج ١ ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٦١.

(٣) نظرة في تاريخ الفقه للدكتور علي عبد القادر ص ١٨٤.

(٤) انظر مقدمة الروض النضير في الجزء الأول من ترجمة الإمام زيد وتلاميذه.

ومن فقهاء المذهب الزيدي المشهورين الحسن بن علي المسمى بالناصر الكبير المتوفى سنة ٣٠٤هـ، والقاسم بن إبراهيم الرسي المتوفى سنة ٢٤٢هـ وحفيده الهادي بن يحيى بن الحسين بن القاسم الرسي وهو مؤسس الدولة الزيدية في اليمن، فقد ولد هذا الإمام في المدينة سنة ٢٤٥هـ ثم جاء إلى اليمن سنة ٢٨٨هـ فبايعه أهلها فصار إمام اليمن وحاكمها. وكان فقيهاً كبيراً ومجتهداً مطلقاً وإن كان منسوباً إلى المذهب الزيدي وقد حفظ عنه مخالفته للإمام زيد في بعض المسائل وقد صار له أتباع كثيرون ونشر طريقته في الاجتهاد باليمن حتى تبعه أهلها، ولا يزال الكثير منهم على طريقته حتى الآن فهم زيدية هادوية، وله من الكتب كتاب الأحكام فيه أحاديث وآثار وفقه. وهكذا اجتمعت فيه صفة الحاكم العادل والفقير المجتهد وقل ما يجتمع هذان الوصفان في شخص. استشهد في سنة ٢٩٨هـ بسبب جراحه التي أصابته في بعض حروبه مع القرامطة الذين عاثوا في الأرض فساداً فأراد صدهم وإيقافهم عند حدهم، وقد تغلب عليهم في أكثر من موقعة حتى استشهد.

١٨٢ - أصول المذهب الزيدي:

لم يدون الإمام زيد أصوله ومناهجه في الفقه والاستنباط ولكن فقهاء الزيدية دونوا أصول الفقه الزيدي استنباطاً من الفروع المنقولة عن أئمتهم أو من أقوالهم الصريحة. وهذه الأصول هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة وحكم العقل^(١). وهذه الأصول تتفق مع الفروع المنقولة عن الإمام زيد، ولكنها ليست هي الأصول التي وضعها أو التي استنبطت من أقواله فقط؛ لأن الفقه الزيدي ليس هو فقه الإمام زيد وحده، بل فقهه وفقه طائفة كبيرة من آل البيت كالهادي والناصر وغيرهم المنتسبين إلى زيد، وكل هؤلاء مجتهدون

(١) الإمام زيد لأستاذنا أبي زهرة ص ٣٤٩ وما بعدها. وحكم العقل يقصد به أن الفقيه إذا لم يجد للمسألة حكماً من الأدلة الشرعية فإنه يرجع إلى العقل فما يتبين له قبح الشيء وضرره فهو المحظور وما يتبين له حسن الشيء ونفعه فهو المطلوب وهذا بناء على أن للأشياء حسناً وقبحاً ذاتيين وهي مسألة مشهورة في علم الأصول: المرجع السابق ص ٤٥٧.

اجتهاداً مطلقاً في الفروع وفي أصول الفقه أيضاً، ولذا توجد بعض أصول الفقه الزيدي منسوبة إلى بعض فقهاء المذهب^(١). وعلى كل حال فأصول هذا المذهب واسعة تؤدي إلى نماء المذهب وتوسعه لا سيما وإن باب الاجتهاد فيه مفتوح والاختيار من المذاهب الأخرى مأخوذ به من قبل فقهاءه.

وأكثر انتشاره في الوقت الحاضر في بلاد اليمن حتى إنها كانت تعد دولة زيدية مذهباً وحكماً قبل الثورة الأخيرة فيها.

المبحث السادس

جعفر الصادق

١٨٣ - هو الإمام جعفر الصادق بن محمد الباقر، سادس أئمة الشيعة الإمامية. ولد بالمدينة سنة ٨٠هـ وتوفي فيها وعمره ثمان وستون سنة^(٢) وهو أحد الأئمة الأعلام علماً وفقهاً وورعاً وتقياً وزهداً، أخذ عنه الكثيرين وروى علمه غير واحد من الفقهاء، وكان له تلاميذ نقلوا علمه وفقهه وحديثه مثل أبان بن تغلب البكري وجابر بن يزيد الجعفي وداود بن فرقد الأسدي وغيرهم كثيرين^(٣).

والى الإمام جعفر الصادق ينتسب الشيعة الإمامية الاثنا عشرية ولهذا يسمون بالجعفرية ومذهبهم يسمى بالمذهب الجعفري. والحقيقة أن هذه النسبة أو التسمية لا تدل على أن فقه الإمامية مقصور على الإمام جعفر أو أنهم لا يأخذون بأقوال غيره من أئمتهم الاثني عشر، لأنهم يرون أن كل إمام من أئمتهم الاثني عشر^(٤)

(١) المرجع السابق ص ٣٢٢.

(٢) الإمام الصادق: تأليف رمضان لاوند ص ٢٧ وبعضهم يجعل ولادته سنة ٨٣هـ، الإمام الصادق تأليف أسد حيدر ج ٢ ص ٣٢.

(٣) انظر تلامذته وترجمتهم في كتاب الإمام الصادق تأليف محمد الحسين المظفر ج ٢ ص ١٤٤-١٩١.

(٤) الأئمة الاثنا عشر: هم علي بن أبي طالب والحسن والحسين وعلي زين العابدين ومحمد الباقر بن علي وجعفر الصادق بن محمد الباقر وموسى الكاظم بن جعفر الصادق وعلي الرضا بن موسى ومحمد الجواد بن علي، وعلي الهادي بن محمد، والحسن العسكري بن علي ثم ابنه المهدي المنتظر: المرجع السابق، وفلسفة التشريع الإسلامي للدكتور صبحي محمصاني ص ٥٤.

إمام تجب طاعته ويلزم اتباعه وأخذ قوله والعمل به، لأن علمهم واحد متوارث إلا أن الفرص لم تسنح لواحد منهم في إظهار مكنون علمه كما سنحت للإمام جعفر الصادق حيث استطاع أن ينشر ما عنده من علم وفقه وسنة فكان من أجل هذا أن نسب إليه مذهب الإمامية الاثنا عشرية، بل كان انتسابهم إليه في زمانه^(١).

١٨٤ - أدلة الفقه الجعفري:

أدلة الفقه في المذهب الجعفري هي الكتاب والسنة والإجماع والعقل^(٢). والسنة عندهم تشمل قول النبي ﷺ وقول الإمام فلا فرق في المذهب الجعفري - بين ما ثبت عن النبي ﷺ وبين ما ثبت عن أئمتهم، فالكل واجب الاتباع وما عندهم هو من الرسول ﷺ لا من اجتهادهم ورأيهم^(٣)، وإن ما يقولونه لا يدخل فيه الرأي والاجتهاد؛ لأن علمهم موروث أخذه اللاحق عن السابق، فلم يكن كسبياً ولا أخذاً من أفواه الرجال ومدارستهم^(٤).

١٨٥ - نقل الفقه الجعفري وانتشاره:

وقد نقل الفقه الجعفري بواسطة تلاميذ الإمام جعفر الصادق ومن تلقى عن هؤلاء التلاميذ، فمن الذين تخرجوا بالفقه الجعفري ولهم مكانة في المذهب: أبو جعفر بن الحسن بن فروخ الصفار الأعرج القمي المتوفى سنة ٢٩٠هـ - وهو المؤسس الحقيقي لمذهب الجعفرية في إيران وقد توفي سنة ٢٩٠هـ وله من الكتب

(١) الإمام الصادق، تأليف محمد الحسن المظفر، الطبعة الثانية ج ١ ص ٢٠٥، ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) أصول الاستنباط، تأليف العلامة علي نقی الحيدري ص ١٥. ويلاحظ هنا أن العقل معناه ما يبنى عند كلامنا عن الإمام زيد. ويلاحظ أن بعض فقهاء الجعفرية نازعوا في حجته: انظر الأرائك، تأليف مهدي بن الشيخ محمد علي بن محمد باقر ص ١٣٠. كما أن بعضهم يقبل القياس وهم طائفة الأصوليين منهم. انظر تذكرة الحفاظ للحلي ج ١ ص ١ ووسيلة الوسائل ص ٧ وحل العقول ص ٥٣ نقلاً عن فلسفة التشريع في الإسلام للمحامي الدكتور صبحي محمضاني ص ٥٥ هامش (٢).

(٣) الإمام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ٦٠.

(٤) الإمام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ١٥١.

كتابه «بشائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به»^(١). ومن كتب الفقه المشهور في المذهب الجعفري كتاب شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن الحلبي المعروف بالمحقق المتوفى سنة ٦٧٦هـ، وشرحه المسمى: جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي، وتذكرة الفقهاء لمحسن بن يوسف الحلبي وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ^(٢). وكتب الحديث والآثار المعتمدة عندهم كتاب الكافي للكليني، وكتاب من لا يحضره الفقيه للقمي، والتهذيب والاستبصار للطوسي^(٣).

ويوجد المذهب الجعفري في إيران والعراق والهند وباكستان وفي لبنان وله أتباع في الشام أيضاً وغيرها من البلاد. وليس بين الفقه الجعفري والمذاهب الأخرى من الاختلافات أكثر من الاختلاف بين أي مذهب وآخر، إلا أن الفقه الجعفري انفرد عن المذاهب التي تكلمنا عنها بمسائل قليلة جداً لعل من أشهرها جواز نكاح المتعة أي: النكاح المؤقت في المذهب الجعفري^(٤) وعدم جوازه في المذاهب الخمسة التي مر ذكرها.

المبحث السابع

المذاهب المندرسة

١٨٦ - قلنا إن من المذاهب ما اندرس بموت أصحابها أو بعد موتهم بقليل أو كثير. ومن هذه المذاهب مذهب الإمام الأوزاعي وسفيان الثوري والليث بن سعد

(١) نظرة في تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص ١٨٨.

(٢) فلسفة التشريع في الإسلام، للدكتور صبحي محمضاني ص ٥٥ هامش (٣).

(٣) الكليني، هو محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩هـ والقمي هو الشيخ محمد بن

علي بن الحسين بن موسى بن بابويه. والطوسي هو الحسن بن علي المولود سنة ٣٨٥هـ

والمتوفى سنة ٤٦٠هـ في النجف. وهذه الكتب الأربعة أهم ما يعتمد عليه فقهاء الشيعة من

كتب الحديث: أصول الاستنباط، تأليف العلامة نقي الحيدري ص ١٨ - ١٩، ومحاضرات

في أصول الفقه الجعفري للشيخ محمد أبي زهرة ص ١٦٣ - ١٦٦.

(٤) الدكتور صبحي محمضاني، المرجع السابق، ص ٥٥.

الباب الثالث

مصادر الفقه

١٩٢ - تمهيد، ومنهج البحث:

قلنا: إن الفقه هو الأحكام الشرعية العملية، أي: الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات.

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند إليها ويقوم عليها، وإن شئت قلت: المنابع التي يستقي منها. ويسمى البعض هذه المصادر بـ«مصادر الشريعة»^(١) أو «مصادر التشريع الإسلامي»^(٢). ومهما كانت التسمية فإن مصادر الفقه ترجع كلها إلى وحي الله، قرآناً كان الوحي أو سنة. ولهذا فإننا نرجح تقسيم هذه المصادر

(١) الواقع أن هذا الإطلاق لا يقبل إلا على سبيل التجوز والمسامحة، لأن الشريعة أعم من الفقه، كما قلنا سابقاً، ولأن الشريعة ليست سوى وحي الله إلى رسوله باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة، أما الفقه فهو يشمل الأحكام الواردة بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة، كما يشمل الأحكام المستنبطة بالاجتهاد والرأي من المصادر التي دلت عليها هذه النصوص. وبهذا لا تكون جميع أحكام الفقه تشريعاً إلهياً ولا جزءاً من الشريعة الإسلامية إلا على اعتبار أنها تستند إلى نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما ذكرنا من قبل.

(٢) يراد بالتشريع الإسلامي سن الأحكام الإسلامية أي وضعها وإيجادها وتشريع الأحكام في الحقيقة يرجع إلى الله وحده. ولكن عند عدم ورود الحكم في الكتاب أو السنة فإن الشريعة الإسلامية أباحث للمجتهدين أن يجتهدوا ويسنوا الأحكام المطلوبة في ضوء قواعد الشريعة وأصولها، وفي هذه الحالة يعتبر ما يسنونه من أحكام من قبيل التشريع الإسلامي باعتبار أن هذه الأحكام تستند إلى قواعد الشريعة وأن سنها كان بإذن من الشريعة، كما ذكرنا من قبل.

إلى : مصادر أصلية وهي الكتاب والسنة ومصادر تبعية أرشدت إليها نصوص الكتاب والسنة، كالإجماع والقياس.

وستكلم عن المصادر الأصلية في فصل أول، ثم نتكلم عن المصادر التبعية في فصل ثان.



الفصل الأول

الكتاب والسنة

المبحث الأول

الكتاب

١٩٣ - الكتاب، أو القرآن، هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد ﷺ المكتوب بالمصاحف، المنقول إلينا عن النبي ﷺ نقلاً متواتراً بلا شبهة^(١).

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن هو المصدر الأول للتشريع وأنه حجة على الناس أجمعين. والدليل على حجيته أنه من عند الله، والدليل على أنه من عند الله إعجازه، كما سنبين بعد قليل. وإذا ثبت كونه من عند الله بدليل إعجازه، وجب اتباعه من قبل الجميع واستفادة الأحكام من نصوصه.

١٩٤ - خصائص الكتاب:

أولاً - لفظ القرآن ومعناه من عند الله وليس للرسول ﷺ فيه سوى التبليغ. ولفظه بلسان عربي، قال تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ [الزخرف: ٣] وقال تعالى عن القرآن الكريم: ﴿وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ الْمُبِينَةِ﴾ [الشعراء: ١٩٢ - ١٩٥]. وعلى هذا لا تعتبر أحاديث الرسول ﷺ من القرآن لأن ألفاظها ليست من الله وإن كانت معانيها موحى بها من الله تعالى. وترجمة القرآن إلى غير اللغة العربية لا تعتبر قرآناً.

ثانياً - إنه نقل إلينا نقلاً متواتراً. ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي

(١) انظر تعريفات أخرى للقرآن الكريم في كتاب الأحكام للأمدى ج ١ ص ٢٨٨، والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٦٥، ومرآة الأصول للإزميري ج ١ ص ٨٦ - ٨٧.

من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب، لكثرة عددهم وتباين أماكنهم، وهكذا حتى وصل إلينا. فالتواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن، وهذا هو معنى قول الإمام السرخسي إذ يقول: «فيكون أول النقل - أي المتواتر - كآخره، وأوسطه كطرفيه»^(١). والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي.

ثالثاً - إنه وصل إلينا دون زيادة أو نقص؛ لأن الله تعالى تكفل بحفظه قال عز وجل: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: الآية ٩] [الحجر: ٩].

رابعاً - إنه معجز بمعنى أن البشر جميعاً عاجزون عن الإتيان بمثله. وقد ثبت الإعجاز بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله، قال تعالى: ﴿قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَتْ بَعْضُهُمْ يَتَّبِعُ ظَهْرًا﴾ [الإسراء: ٨٨]. ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ [البقرة: ٢٣ - ٢٤]. وقد سكت المخالفون عن المعارضة مع حرصهم الشديد على إبطال دعوة النبي ﷺ وتكذيبه، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة، فهم أهل البلاغة والفصاحة وأصحاب السلطان، فلولا عجزهم لما سكتوا، وإذا عجز العرب فغيرهم أعجز، وإذا ثبت العجز من الجميع - ولا يزال ثابتاً حتى يومنا هذا - ثبت أن القرآن من عند الله، وإذا ثبت أنه من عند رب الناس وجب على الناس اتباعه. وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع والمصدر الأول للتشريع بالدليل القاطع والبرهان الساطع.

١٩٥ - أنواع أحكام القرآن:

أحكام القرآن أنواع:

أولاً: أحكام تتعلق بالعميقة كالإيمان بالله ورسوله واليوم الآخر وهذه هي الأحكام الاعتقادية.

(١) أصول السرخسي ج ١ ص ٢٨٢.

ثانياً: أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها وبيان الأخلاق القويمة الواجب التحلي بها، والأخلاق الرديئة الواجب التخلي عنها، وهذه هي الأحكام الأخلاقية.

ثالثاً: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين فيما عدا النوعين السابقين، وهذه هي الأحكام العملية وتدخل في موضوع الفقه. وهي قسمان:

القسم الأول: عبادات.

القسم الثاني: معاملات وتشمل جميع مسائل القانون العام والخاص على النحو الذي فصلنا من قبل.

١٩٦ - بيان القرآن للأحكام:

جاء بيان القرآن للأحكام على ثلاثة أنواع:

النوع الأول:

بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساساً لتفريع الأحكام وابتنائها عليها، مثل:

أ - الأمر بالشورى، قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩].

ب - الأمر بالعدل والحكم به: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [التحلل: ٩٠] ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْلَمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

ج - لا يسأل الإنسان عن ذنب غيره: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

د - العقوبة بقدر الجريمة: ﴿وَجَزَاءٌ سِوَىٰ سِوَىٰ مَنَلَهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

هـ - حرمة مال الغير: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَىٰ الْمُحْسِنِينَ لِأَكْتَلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

و - التعاون على الخير وما فيه نفع الأمة: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

ز - الوفاء بالالتزامات: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا آتِفًا بِالْعُقُوبِ﴾ [المائدة: ١].

ح - لا حرج ولا ضيق في الدين: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ﴿يُرِيدُ اللَّهُ يَخْفَى بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ط - الضرورات تبيح المحظورات: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بِنَاحٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

النوع الثاني:

بيان إجمالي، أي: ذكر الأحكام بصورة مجملة تحتاج إلى بيان وتفصيل، ومن هذه الأحكام:

أ - وجوب الصلاة والزكاة قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، ولم يبين القرآن عدد ركعات الصلاة وكيفيتها، فجاءت السنة بتفصيل ذلك، قال عليه الصلاة والسلام: «صلوا كما رأيتموني أصلي»، وكذلك جاءت السنة ببيان أحكام الزكاة وتحديد مقاديرها وأنصبتها.

ب - وجوب الحج: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. فجاءت السنة بتفصيل وبيان الحج وأركانها، قال عليه الصلاة والسلام: «خذوا عني مناسككم».

ج - إيجاب القصاص: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فجاءت السنة ببيان شروط القصاص.

د - حل البيع وحرمة الربا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فجاءت السنة ببيان البيع الحلال والبيع الحرام والمقصود بالربا.

النوع الثالث:

بيان تفصيلي، أي: ذكر الأحكام بصورة تفصيلية لا إجمال فيها، مثل أنصبة الورثة، وكيفية الطلاق وعده وكيفية اللعان بين الزوجين، والمحرمات من النساء في النكاح، وبعض العقوبات وهي المسامة بالحدود كحد الزنا والسرقه وقطع الطريق والقذف، وغير ذلك من الأحكام التفصيلية في القرآن.

١٩٧ - وأكثر بيان القرآن التفصيلي جاء بالسنة لأحكام العقيدة والأخلاق. أما

الأحكام العملية فقد جاء البيان في أكثرها على شكل كلي لا جزئي، وإجمالي لا تفصيلي سوى مسائل قليلة فصلها القرآن، ذكرنا بعض الأمثلة لها. وقد أعطى الله رسوله ﷺ سلطة بيان الأحكام المجملة، قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [التحل: ٤٤].

والحق أن تفصيل جميع الأحكام في القرآن يخرجها عن مقصده الأول وهو الهداية والإرشاد. كما أن مجيء بعض الأحكام على شكل قواعد ومبادئ عامة مرنة، يلائم عموم وبقاء الشريعة، بحيث يمكن تفرغ الأحكام عليها، وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الأزمان.

١٩٨ - ربط الأحكام بالعبادة:

والملاحظ في أحكام القرآن أنها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة مثل الإيمان بالله واليوم الآخر والعقاب الأخروي الذي يلحق المخالف ونحو ذلك، والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

أ - في الأحكام العقابية قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾. وفي عقوبة السارق: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

وفي الربا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧﴾ فَإِن لَّمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِعَرَبٍ مِّنَ اللَّهِ وَدَسُولُهُ وَإِن تَبَشِّرُوا فَلنَبْتَنَّ لَكُمْ رُءُوسًا مِّمَّا لَكُم لَّا تَقْلِبُونَ وَلَا تَقْلَمُونَ ﴿٢٨﴾﴾. وفي أكل مال اليتيم: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا إِنَّهَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وهكذا جميع الأحكام متصلة بالعبادة، لأن العقيدة أساس الأحكام وقائمة عليها، ومن أركان العقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر وغيرهما من أركان العقيدة، فربط الأحكام بها تذكير للإنسان بأن هذه الأحكام من عند الله، وما كان من عند الله تجب طاعته ولا يملك أحد تغييره، وإن من يخالف هذه الأحكام يلقى عقابه في اليوم الآخر.

١٩٩ - أسلوب القرآن في بيان الأحكام:

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الأحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزاً وكتاب هداية وإرشاد. فهو يعرض الأحكام عرضاً فيه تشويق للامتثال وتنفير عن المخالفة، ولهذا نجد ما هو مطلوب فعله يأتي بصيغة الأمر: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [الأنعام: ٧٢] وتارة يأتي بذكر الجزاء الحسن والثواب لفاعله، وطوراً يأتي بذكر محبة فاعله والثناء عليه وغير ذلك من أساليب بيان الواجب. والمطلوب تركه، قد يأتي بصيغة النهي: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وقد يأتي ذكره على وجه الذم له ولفاعله أو ببيان أنه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقتته أو دخول النار أو لعن فاعله أو بوصف الفعل أنه رجس أو فسق ونحو ذلك من الأساليب الدالة على أن الفعل محرم مطلوب تركه. والفعل المباح قد يأتي بيانه باستعمال لفظ الحل أو الإذن أو نفي الحرج أو نفي الجناح ونحو ذلك.

٢٠٠ - وقد يأتي الحكم الواحد في القرآن في أكثر من موضع واحد للتذكير به والتأكيد عليه. وأخيراً يلاحظ أن أحكام القرآن مبثوثة في سوره، فهي غير مجموعة في مكان واحد، لأن القرآن ليس كتاباً قانونياً صرفاً على النحو الذي نعهده في كتب القانون وإن تعرض لمسائله وجاء بأحكام قانونية، فهو كتاب هداية وإرشاد وأخلاق وعبادة وقانون، وأحكامه متصلة بعضها ببعض، فأحكام الأخلاق متصلة بأحكام المعاملات بمعناها الواسع والأخيرة متصلة بالعقيدة فلا يضر كون الأحكام غير مجموعة في مكان واحد، بل إن جعلها مبثوثة في ثنايا الكتاب أدعى إلى فهمها جيداً ومعرفة ما يتصل بها، وتجعل القارئ لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن.

المبحث الثاني

السنة

٢٠١ - السنة في اللغة: الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها، وبهذا المعنى جاء في القرآن الكريم: ﴿سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ تَبْدِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦٢].

وفي الاصطلاح الشرعي، يراد بالسنة: ما صدر عن النبي ﷺ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير^(١).

٢٠٢ - الدليل على حجية السنة وأنها مصدر للتشريع:

السنة مصدر للتشريع، دل على هذا الكتاب بنصوصه الكثيرة وبأساليب مختلفة، من ذلك:

أ - التصريح بأن النبي ﷺ لا ينطق عن الهوى وإنما هو وحي من الله، وما كان من عند الله يلزم اتباعه، قال تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾.

ب - الأمر بطاعة الرسول: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ﴾ [آل عمران: ٣٢].

ج - جعل طاعة الرسول طاعة لله: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠].

د - الأمر باتباع ما يأتي من الرسول: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧].

هـ - وجوب رد المتنازع فيه إلى الله، أي: إلى كتابه وإلى الرسول أي إلى سنته، قال تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ فَذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩].

و - وجوب تحكيم الرسول ﷺ فيما يحصل فيه الاختلاف وقبول ما يحكم به: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].

ز - لا خيار للمسلم فيما قضى به الله أو قضى به رسوله: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ وَجَدَ حَلًّا مَبْلُغًا مَبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦].

ح - التحذير بالعذاب الأليم من مخالفة الرسول ﷺ: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [التور: ٦٣].

ط - أعطى الله رسوله سلطة بيان أحكام القرآن، لأن في القرآن أحكاماً مجملة تحتاج إلى تفصيل وبيان حتى يصح بها التكليف؛ ولهذا بينها النبي ﷺ بما له من سلطة البيان قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [التحل: ٤٤]. فهذه النصوص وأمثالها تدل على أن السنة حجة وواجبة الاتباع و متممة للكتاب ومصدر للتشريع.

٢٠٣ - أنواع السنة باعتبار سندها:

ويقصد بسندها روايتها، وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع إذا اتصل سندها^(١):

أولاً: سنة متواترة، وهي ما رواها عن النبي ﷺ جمع لا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب ولا يحصى عددهم، ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة أيضاً حتى بلغتنا^(٢). ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت مقادير الزكاة وأفعال الحج، وهيأت الصلاة وأركانها. وهذه تفيد العلم اليقيني.

ثانياً: سنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان، أي: عدد لا يبلغ حد التواتر، ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين وتابعي التابعين^(٣) وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية، ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة.

ثالثاً: سنة آحاد: وهي ما يرويها عن النبي ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد، أي: هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة. وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها إلى النبي ﷺ ويلزم العمل بها.

(١) أما إذا لم يتصل سندها إلى النبي ﷺ بأن لم يذكر التابعي اسم الصحابي الذي روى السنة عن النبي ﷺ فتسمى بالحديث المرسل.

(٢) انظر شرح نخبه الفكر في مصطلح أهل الأثر للعسقلاني ص ٦ - ٨، والشوكاني ص ٤٦، والمستصفي ج ١ ص ٩٠.

(٣) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١١١. والمقصود بعصر التابعين العصر الذي تلا عصر الصحابة، وعصر تابعي التابعين العصر الذي تلا عصر التابعين، وتنتهي هذه العصور في منتصف القرن الثالث للهجرة تقريباً. وسبب تقييد الشهرة بهذه العصور هو انتشارها واشتهارها بعد التدوين.

٢٠٤ - أنواع السنة من حيث ماهيتها، أي: ذاتها:

السنة باعتبار حقيقتها وذاتها^(١) تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: سنة قولية وهي أقوال النبي ﷺ وتسمى بالحديث^(٢) مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»^(٣).

القسم الثاني: سنة فعلية وهي ما فعله النبي ﷺ؛ مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ومثل أدائه مناسك الحج.

القسم الثالث: سنة تقريرية وهي سكوت النبي ﷺ عن إنكار قول أو فعل، فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته؛ لأن النبي ﷺ لا يسكت عن باطل أبداً، ومن أمثلة هذا النوع: سكوته وعدم إنكاره لعب الغلمان بالحرايب في المسجد وسكوته وعدم إنكاره على جاريتين صغيرتين كانتا تغنيان غناء حماسياً في يوم العيد.

٢٠٥ - السنة تشريع وغير تشريع:

ليس كل ما صدر عن النبي ﷺ يكون تشريعاً للأمة، بل منه ما يكون كذلك ومنه ما لا يكون ولهذا فالسنة باعتبارها تشريعاً أو غير تشريع تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما صدر عن النبي ﷺ باعتباره نبياً ومبلغاً عن الله، فهذا يعتبر تشريعاً للأمة بلا خلاف. ومن أمثلة هذا النوع ما ذكرناه من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية. ويلاحظ أن سكوت النبي ﷺ يدل على إباحة الفعل دائماً ومن ثم فهو تشريع للأمة.

القسم الثاني: ما صدر عن النبي ﷺ من أقوال وأفعال لا باعتباره نبياً مبلغاً عن الله، ولكن باعتباره إنساناً أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية، فهذا النوع لا يعتبر تشريعاً للأمة، ويلحق بهذا القسم من جهة عدم اعتباره تشريعاً ما كان خاصاً بالنبي ﷺ. وعلى هذا الأساس يكون هذا القسم أنواعاً على النحو التالي:

(١) أي: متنها فكل سنة لها سند ومتن، فالسند هو روايتها، والمتن هو نفس السنة العروية.

(٢) وقد يطلق اسم الحديث على جميع أنواع السنة قولية كانت أو فعلية أو تقريرية.

(٣) رياض الصالحين للنووي ص ١٠٨.

أولاً: ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشرب والقيام والقعود، فهذا لا يكون تشريعاً للأمة؛ لأن هذه الأمور تصدر عن الإنسان بمقتضى طبيعته البشرية، ولكن كيفية أكله وشربه وقيامه وقعوده ونومه تدخل في دائرة الأفعال المستحبة، فتستحب للمسلم متابعة النبي ﷺ في هذه الكيفيات، ولا شيء عليه إن لم يتابعه فيها.

ثانياً: ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه في الأمور الدنيوية مثل تنظيم الجيوش وتدبير أمور الحرب والتجارة ونحو ذلك فهذا لا يعد تشريعاً. ولهذا أمر النبي ﷺ الجيش في موقعة بدر بالتحول إلى مكان معين أشار به أحد الصحابة بعد أن أراد النبي ﷺ أن ينزل في مكان غيره.

ثالثاً: ما كان خاصاً بالنبي ﷺ مثل وصاله في الصوم، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده. فهذه الأمور خاصة به ولا تتابعه الأمة فيها، فلا يجوز في حقنا الوصال في الصوم ولا التزوج بأكثر من أربع، ولا يجب علينا التهجد في الليل.

٢٠٦ - أنواع الأحكام التي جاءت بها السنة:

النوع الأول: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه» فإنه موافق ومؤكد لقوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِلَيْبٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ومثله أيضاً ما جاء في السنة من النهي عن عقوق الوالدين وشهادة الزور وقتل النفس بغير حق ونحو ذلك مما ورد في القرآن وجاء مثله في السنة.

النوع الثاني: أحكام مبينة ومفصلة لمجمل القرآن؛ من ذلك السنة التي بينت مقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق.

النوع الثالث: أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه. فمن الأحكام ما يرد في القرآن مطلقاً فتقيدته السنة أو يأتي عاماً فتخصصه السنة؛ فمن الأول قطع يد السارق جاءت مطلقة فقيدتها السنة بالرسخ، أي: تقطع اليد من الرسخ. ومن الثاني

ما ورد عاماً مثل تحريم الميتة قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْبَانُ﴾ [المائدة: ٣]، ولكن استثنى منها ميتة البحر. قال عليه الصلاة والسلام عن البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»، أي: إن السنة خصصت الميتة بغير ميتة البحر^(١).

النوع الرابع: أحكام جديدة لم يذكرها القرآن؛ لأن السنة مستقلة بتشريع الأحكام، وإنها كالقرآن في ذلك، وقد ثبت عنه عليه السلام أنه قال: «ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه»، أي: أوتيت القرآن وأوتيت مثله - أي: السنة - في وجوب اتباع أحكامها. ومن هذا النوع تحريم الحمر الأهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير، وكالحكم بشاهد ويمين، وجواز الرهن في الحضرة، ووجوب الدية على العاقلة وميراث الجدة ونحو ذلك^(٢).

٢٠٧ - مرتبة السنة في الاحتجاج بها:

لا خلاف في أن السنة مصدر للتشريع كما قدمنا، ولكن رتبها في ذلك تالية لرتبة الكتاب، بمعنى أن الاحتجاج بالكتاب مقدم على الاحتجاج بالسنة، وأن المجتهد يفتش عن الحكم في الكتاب أولاً؛ فإن وجده أخذ به وإن لم يجده تحول إلى السنة ليتعرف على الحكم فيها.

(١) كما ورد أيضاً في السنة حل الجراد الميت فيكون تحريم الميتة الوارد في القرآن مخصصاً بغير ميتة البحر كاسماكها وحيثانها وميتة الجراد.

(٢) الشوكاني ص ٣٢. ويلاحظ هنا أن بعض أحكام السنة جاءت على شكل قواعد ومبادئ عامة، كما ذكرنا بالنسبة لأحكام القرآن. ولا شك أن مجيء هذه الأحكام بهذا الشكل هو الملازم لطبيعة الشريعة من كونها عامة باقية لا تضيق بالجديد من الحوادث، كما ذكرنا في بحثنا عن أحكام القرآن. ومن هذه القواعد والمبادئ التي جاءت بها السنة ما يأتي:

أ - لا ضرر ولا ضرار.

ب - إنما الأعمال بالنيات.

ج - إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه.

د - المسلمون على شروطهم.

هـ - الولد للفراش.

و - على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

ز - البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر.

ودل على هذا الترتيب ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لمعاذ: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ».. إلخ. وما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى القاضي شريح: «إذا أتاك أمر فاقض بما في كتاب الله فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سن فيه رسول الله ﷺ»^(١). ولا يعرف مخالف لهذا.



(١) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٧ - ٨.

الفصل الثاني

المصادر التبعية

المبحث الأول

الإجماع

٢٠٨ - الإجماع في اللغة: الغزم على الشيء والتصميم عليه. وفي اصطلاح الفقهاء وعلماء الأصول اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة النبي ﷺ على حكم شرعي^(١).

والإجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الأحكام، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة تعرف في مظانها من كتب أصول الفقه المختلفة.

٢٠٩ - مستند الإجماع:

الإجماع لا بد أن يستند إلى دليل لأن القول في الأمور الشرعية من غير دليل خطأ^(٢)، والأمة الإسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ. فلا بد، إذن، أن يكون إجماع المجتهدين تبع للمجتهدين فإذا وقع المجتهدون في الخطأ وقعت الأمة في الخطأ وهذا منفي عنها بنص الأحاديث النبوية.

ومستند الإجماع، أي دليله، قد يكون نصاً من الكتاب والسنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد. فالإجماع على تحريم التزويج بينات الأولاد مهما نزلت درجتهم، مستند إلى نص الكتاب ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وإجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس مستنده

(١) انظر الشوكاني ص ٦٣، والمستصفي ج ١ ص ١١٠.

(٢) الأمدني ج ١ ص ٣٧٦.

سنة الأحاد، والإجماع على تحريم شحم الخنزير مستنده القياس على تحريم لحمه، وإجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان بطريق الاجتهاد^(١).

٢١٠ - أنواع الإجماع:

الإجماع نوعان: صريح وسكوتي:

فالصريح: هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه، وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة.

والسكوتي: هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به الباقيون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا إنكار.

٢١١ - إمكان الإجماع وهل وقع فعلاً:

ادعى البعض أن الإجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن وقوعه؛ لأن المجتهدين متفرقون ولا سبيل إلى معرفتهم ولا معرفة آرائهم. ثم يقولون: ولهذا لم يقع الإجماع فيما مضى.

وقال الأكثرون: إن الإجماع بشروطه ممكن الوقوع وقد وقع فعلاً فيما مضى. ونحن نرجح التفصيل في المسألة؛ ففي عصر الخلفاء الراشدين لا سيما في عصر أبي بكر وعمر، حيث كان المجتهدون معروفين ومستقرهم في المدينة والرجوع إليهم لمعرفة آرائهم ميسور، نقول: في هذا العصر وقع الإجماع فعلاً وحصلت إجماعات كثيرة منها: إجماعهم على قتال مانعي الزكاة، وجمع القرآن، وإعطاء الجدة السدس في الميراث، وعدم قسمة الأراضي المفتوحة على الفاتحين، وعدم الجمع بين نكاح المرأة وعمتها أو خالتها ونحو ذلك. أما بعد هذا العصر حيث تفرق المجتهدون في الأقطار وكثر عددهم فمن العسير القول بوقوع الإجماع، وأقصى ما يستطاع قوله: إن أحكاماً اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف، ولكن لا يخفى أن عدم معرفة المخالف لا يدل على عدم وجود المخالف.

(١) المرجع السابق، ج ١ ص ٣٧٩ وما بعدها.

٢١٢ - أهمية الإجماع في الوقت الحاضر:

الإجماع مصدر فقهي مشهود له بالصحة والاعتبار فيمكن الاستفادة منه في معرفة الأحكام الشرعية للوقائع الجديدة في وقتنا الحاضر. ونعتقد أن هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم إلا عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع المجتهدين من جميع الأقطار الإسلامية، ويكون لهذا المجتمع مكان معين ويهيأ له جميع ما يلزم لعمله، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لدراستها وإيجاد الأحكام لها، ثم تنشر هذه الأحكام في نشرات دورية أو كتب خاصة لإطلاع الناس عليها وإبداء أولى العلم آراءهم فيها. فإذا ما اتفقت الآراء على هذه الأحكام كانت من الأحكام المجمع عليها، وكان هذا الإجماع قريباً من الإجماع المنصوص عليه عند الفقهاء ولزم اتباعه والعمل بموجبه.

المبحث الثاني

القياس

٢١٣ - القياس في اللغة: التقدير والمساواة. وفي اصطلاح العلماء: إلحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد النص لتساوي المسألتين في علة الحكم^(١). فهذا الإلحاق يسمى قياساً. والمسألة المنصوص على حكمها تسمى المقيس عليه أو الأصل. والحكم الذي ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الأصل. والمسألة التي لم يرد بحكمها ويراد إلحاقها بالمقيس عليه تسمى الفرع أو المقيس. والعلة التي من أجلها شرع الحكم تسمى العلة.

فإذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها وعرفنا علة الحكم ثم وقعت مسألة لم ينص على حكمها ولكن تشترك مع المسألة الأولى في علة الحكم فإن المسألة الثانية تأخذ حكم المسألة الأولى.

٢١٤ - أمثلة على القياس:

أولاً: حكم شرب الخمر التحريم لورود النص بذلك. وعلة هذا الحكم الإسكار. فكل نبيذ فيه هذه العلة يكون حكمه التحريم أيضاً قياساً على الخمر.

(١) انظر: التوضيح وشرحه التلويح في أصول الفقه ج ٢ ص ٥٢.

ثانيا: قتل الوارث مورثه، مسألة ورد النص بحكمها وهو حرمان القاتل من الميراث وعله الحكم هو استعجال الوارث الميراث قبل أوانه فعوقب بحرمانه. وقاتل الموصى له الموصي مسألة لم يرد النص بحكمها ولكن فيها نفس علة مسألة قتل الوارث مورثه وهي استعجال الشيء قبل أوانه فتأخذ نفس الحكم وهو حرمان الموصى له القاتل من حقه في الوصية كما حرم الوارث القاتل من حقه في الميراث. فقتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الأصل. وحرمانه من حقه في الميراث هو حكم الأصل وعله الحكم هو استعجال الحق قبل أوانه. وقاتل الموصى له للموصي هو المقيس أو الفرع وفيه نفس علة الأصل فيأخذ حكمه. فهذه العملية وهي إلحاق الموصى له القاتل بالوارث القاتل في الحرمان من الحق، تسمى هذه العملية بالقياس.

٢١٥ - حجية القياس:

ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والإجماع وعمل السلف بالقياس عند وجود النص دون إنكار^(١).

المبحث الثالث

الاستحسان

٢١٦ - الاستحسان في اللغة: عد الشيء حسناً. وفي اصطلاح العلماء: هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لدليل يقتضي هذا العدول.

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه نوعان: (الأول) ترجيح قياس خفي على قياس جلي. (الثاني) استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة.

٢١٧ - النوع الأول - ترجيح قياس خفي على قياس جلي:

قد يتجاذب المسألة قياسان: (الأول) قياس ظاهر متبادر إلى الذهن، (الثاني)

(١) أدلة القياس مبسطة في كتب أصول الفقه ولم نذكرها هنا لأننا نريد الإيجاز لا الإسهاب في بحث مصادر الفقه.

قياس دقيق غير متبادر إلى الذهن ولكنه أقوى من الأول ويظهر عند التأمل في المسألة فيميل المجتهد إليه ويأخذ بمقتضاه ويترك القياس الأول الجلي. ومثاله: بيع الأراضي الزراعية دون النص في عقد البيع على حقوق ارتفاعها كحق الشرب والمسيل والمرور. فهذه الحقوق لا تدخل تبعاً مع المبيع عند الحنفية. فإذا وقف شخص أرضاً زراعية ولم يذكر حقوق ارتفاعها صراحة لا تدخل في الوقف قياساً على البيع كما يقضي به القياس الجلي لأن كلاً من البيع والوقف إخراج المال من مالكه. ولكن عند التأمل في المسألة يظهر لنا أن قياسها بالإجارة أولى لأن الموقوف عليه لا يملك الموقوف وإنما يملك منفعة فقط كما أن المستأجر لا يملك المأجور وإنما يملك منفعة فقط ومقتضى هذا القياس الخفي دخول حقوق الارتفاق تبعاً في الوقف ولو لم ينص عليها في الوقف قياساً على دخولها في الإجارة من غير ذكر لها لأن منفعة الموقوف لا يمكن تحصيلها من الأرض الموقوفة بدون حقوقها الارتفاقية، كما هو الحال في إجازتها.

٢١٨ - النوع الثاني - استثناء جزئية من أصل أو قاعدة عامة:

قد تقتضي القاعدة العامة حكماً كلياً ينطبق على جميع جزئيات القاعدة ولكن يظهر للمجتهد دليل يقتضي استثناء مسألة معينة من هذا الحكم الكلي، فتتفرد تلك المسألة بحكم خاص. ودليل الاستثناء قد يكون نصاً أو مصلحة أو عرفاً أو غير ذلك. ونورد فيما يلي بعض الأمثلة:

أولاً: القاعدة العامة تقتضي بأن بيع ما ليس عند الإنسان باطل لأنه بيع معدوم. ولكن السلم - وهو بيع معدوم - استثنى من البطلان لورود النص بجوازه وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». والحق أن دليل جواز السلم هو السنة، ولكن الحنفية اصطلاحوا على القول بأن السلم جاز استحساناً، ثم يقولون: ووجه الاستحسان هو السنة. فهذا اصطلاحهم ولا مشاحة في الاصطلاحات.

ثانياً: الأصل العام أن المحجور عليه لسفه لا تصح منه التبرعات ومنها الوقف. ولكن استثنى من هذا الأصل جواز وقفه على نفسه للمصلحة استحساناً. ووجه الاستحسان هو حفظ ماله وعدم صيرورته عالة على غيره.

ثالثاً: الأصل العام في الوقف التأييد. ومقتضى هذا الأصل عدم صحة الوقف المنقول لأنه غير قابل للتأييد بطبيعته، ولكن استثنى بعض العلماء وقف المنقول إذا جرى به العرف استحساناً كوقف الكتب ونحوها.

٢١٩ - حجة الاستحسان:

الاستحسان مصدر من مصادر الفقه المعتمدة لأنه ليس إلا أخذاً بقياس أو بدليل آخر، كما تبين مما قلناه. أما من أنكره من العلماء كالشافعي فإنه أراد بالاستحسان اتباع الهوى وتشريع الأحكام بغير دليل، وهذا لا يجوز. ولهذا سلم به أصحابه بعد أن تبين لهم مراد القائلين به.

المبحث الرابع

المصالح المرسله

٢٢٠ - تمهيد:

المقصود بتشريع الأحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم. ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها:

النوع الأول: مصالح اعتبرها الشارع وشرع الأحكام لتحقيقها مثل مصلحة حفظ النفس فقد شرع لها القصاص، ومصلحة حفظ المال شرع لها عقوبة قطع يد السارق، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب الخمر.

النوع الثاني: مصالح ألغاهها الشارع ولم يعتبرها لأنها تفوت مصلحة أكبر، ومثال هذا النوع الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وإن كان فيه مصلحة حفظ نفوس المحاربين، لأن رعاية هذه المصلحة يفوت مصلحة أعظم هي حفظ البلاد من استعمار العدو لها وإهدار كرامة أبنائها، ولهذا شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصدّه.

النوع الثالث: مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو إلغائها وهذه هي المصالح المرسله أي مصالح المطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها.

٢٢١ - تعريف المصالح المرسلة:

فالمصالح المرسلة إذن هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ولم يُقَمِّ دليل معين على اعتبارها أو إلغائها.

فهل يجوز تشريع الحكم لتحقيق مثل هذا النوع من المصالح؟ قال جمهور العلماء بالإيجاب. فكل واقعة ليس فيها نص ولا إجماع ولا قياس ولا استحسان وفيها مصلحة للناس يجوز للمجتهد إيجاد الحكم المناسب لتحقيق هذه المصلحة للناس.

ومثال الأحكام التي شرعت بناء على المصلحة: جمع القرآن في مصحف واحد من قبل أبي بكر. وتدوين الدواوين من قبل عمر واتخاذ الصحابة السجون وقتل الجماعة بالواحد وتضمين الصناع ما يهلك بأيديهم من أموال الناس وحق ولي الأمر في فرض الضرائب على الأغنياء عند الضرورة ونحو ذلك.

٢٢٢ - حجية المصالح المرسلة:

المصالح المرسلة: مصدر فقهي دل على اعتباره استقرار نصوص الشريعة وأحكامها في الكتاب والسنة، وعمل فقهاء الصحابة. وهذا المصدر يتسع للأحداث الجديدة والوقائع المتطورة ويجعل الفقه مرناً نامياً لا يقف عند حد ولا يتحجر أو يضيق أمام مصلحة حقيقية لم يأت الشارع بحكم لها. وقد أخذ الفقهاء بهذا المصدر واستنبطوا الأحكام منه، وإن كان منهم المقل ومنهم المكثرون ومنهم بين بين. ومن الأحكام الحاضرة التي يمكن أن نجد لها سنداً من المصالح المرسلة مسألة عدم انتقال ملكية العقار ما لم يسجل بدوائر الطابو.

المبحث الخامس

سد الذرائع

٢٢٣ - الذرائع: معناها الوسائل. فإذا كانت الوسائل مفضية إلى الحرام والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسماً لمادة وسائل الفساد. وإن كانت هذه الوسائل تؤدي إلى أمر مطلوب في الشرع كانت هذه الوسائل مطلوبة

أيضاً. فالذرائع تسد وتمنع إذا كانت تفضي إلى الفساد، وتجب وتفتح إذا كانت تفضي إلى المصالح^(١). ولكن أكثر ما يطلق اسم الذرائع على الأفعال والطرق المؤدية إلى الشر والفساد، ولهذا إذا قيل: سد الذرائع فيراد سد الطرق ومنع الأفعال المؤدية إلى الشر والفساد.

٢٢٤ - والفعل يكون وسيلة إلى الفساد فيمنع بغض النظر عن قصد صاحبه؛ لأن المنظور إليه في هذا الباب مآلات الأفعال، أي: ما تؤدي إليه؛ فإن كان المآل فساداً كان الفعل المؤدي إليه ممنوعاً سداً لذريعة الفساد وإن لم يقصد الفاعل بفعله الفساد.

٢٢٥ - حجة هذا الأصل:

وأصل سدّ الذرائع مشهود له بالصحة بدلائل الكتاب والسنة وعمل الصحابة فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]. وقوله تعالى: ﴿يَمَّا أَيَّتُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا أَنْظِرْنَا وَاسْمَعُوا﴾ [البقرة: ١٠٤]. نهى الله المسلمين من استعمال كلمة (راعنا)؛ لأن اليهود كانوا يريدون بها شتم النبي ﷺ، ولا يريدون معناها اللغوي المعروف، فجاء النهي عنها سداً لذريعة الفساد.

ومن السنة نهى النبي ﷺ عن الاحتكار سداً لذريعة التضييق على الناس. ونهى النبي ﷺ الدائن عن قبول الهدايا من مدينه سداً لذريعة الربا.

وقد عمل فقهاء الصحابة بهذا الأصل فورثوا المطلقة بانناً إذا طلقها زوجها في مرض الموت سداً لذريعة حرمانها من الميراث^(٢).

فسد الذرائع أصل معتبر ومصدر فقهي تستقى منه الأحكام، وقد أخذ به الأئمة المجتهدون، وكان أكثرهم أخذاً بهذا المصدر الإمام مالك والإمام أحمد ابن حنبل.

(١) الفروق للقرافي ج ٢ ص ٣٢ - ٣٣.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ١١٨.

المبحث السادس

العرف

٢٢٦ - العرف: ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك. ويسمى أيضاً بالعادة على رأي كثير من الفقهاء. وبعضهم يجعل العادة - وهي الأمر المتكرر - أعم من العرف فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً، وبعضهم يجعل العرف هو الأعم^(١). والذي نختاره أن العرف والعادة سواء فهما اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم وهذا هو الذي يدل عليه كلام الفقهاء.

٢٢٧ - أنواعه:

أولاً: ينقسم العرف إلى عرف قولي، وعرف عملي.

فالعرف القولي: مثل تعارف الناس إطلاق كلمة الولد على الذكر دون الأنثى مع أنها في اللغة تطلق على الاثنين، وبهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ كُنَّ لَهُنَّ وَكْدٌ﴾ [النساء: ١٢] وقوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي تَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

ومن العرف العملي: تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع.

ثانياً: وينقسم العرف من جهة عمومته إلى عرف عام وعرف خاص.

فالعرف العام: ما يتعارفه الناس في جميع البلاد في وقت من الأوقات؛ كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المستهلك.

والعرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد؛ كتعارف أهل العراق على تعجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق. وما

(١) العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ص ١٨ - ١١. وأصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٧ - ٩٨.

يتعارفه أهل طائفة دون غيرها من الطوائف كتعارف التجار على إثبات ديونهم على من يتعامل معهم في دفاترهم الخاصة من غير إشهاد. وكتعارف أصحاب البساتين في بعض جهات لواء ديالى على إعطاء علاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع.

ثالثاً: وينقسم العرف من جهة صحته وفساده إلى قسمين: صحيح، وفساد.

والعرف الصحيح: هو ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وإن لم يرد به نص خاص.

والعرف الفاسد: هو ما يخالف أحكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على كثير من المنكرات مثل التعامل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك.

٢٢٨ - العرف المعتبر:

لا خلاف بين الفقهاء أن العرف الفاسد لا اعتبار له، لأن العرف الفاسد اتباع للهوى والأخذ بالهوى يفسد الشريعة. قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْآخِ أَقْوَامَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١].

والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتقدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الأحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس.

وأساس اعتبار العرف يرجع إلى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، وقد راعته الشريعة في أحكامها، فالإسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة، وإقراره بعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك. وقد استدل بعض العلماء على حجية العرف بما روي عن النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١). وعلى كل حال فهو حجة شرعية ومصدر فقهي تستقى منه الأحكام، وعلى المجتهد والمفتي والقاضي ملاحظته. وقد ذكرنا بعض القواعد الفقهية الدالة على اعتبار العرف.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٢٣.

٢٢٩ - تغيير الأحكام بتغير العرف:

الأحكام المبنية على العرف والعادة تتغير إذا تغيرت الأعراف والعادات، كما بينا هذا من قبل. ولهذا نجد بعض الاختلافات بين الفقهاء من المذهب الواحد مردها تغير العرف. ويقول الفقهاء عن مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. والشافعي عندما نزل بمصر بعد تركه العراق غير بعض آرائه في المسائل التي يختلف فيها عرف أهل مصر عن عرف أهل العراق. ونختم هذا الكلام بكلمة قيمة جامعة للإمام القرافي توضح هذا المعنى قال رحمه الله: «والأحكام المترتبة على العادات تدور معها أينما دارت وتبطل معها إذا بطلت.. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام الشرعية المترتبة على العوائد - وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء»^(١).

المبحث السابع

مذهب الصحابي

٢٣٠ - تمهيد:

الصحابي عند الجمهور من علماء الأصول: من شاهد النبي ﷺ وآمن به ولازمه مدة تكفي لإطلاق كلمة الصحاب عليه عرفاً، مثل الخلفاء الراشدين وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبي ﷺ ونصره وسمع منه واهتدى بهديه.

وبعد وفاة النبي ﷺ قام أصحابه الكرام - ممن عرفوا بالعلم والفقہ - بالإفتاء والقضاء بين الناس وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيتهم فهل تعتبر هذه الفتاوى والأقضية من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكماً في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع؟

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها.

تحرير محل اختلاف العلماء:

ولأجل تحرير محل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي نفصل المسألة على النحو الآتي:

أولاً: لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي حجة ومصدر للفقهاء لأن هذا القول منه محمول على السماع من النبي ﷺ فيكون من قبيل السنة. والسنة مصدر للتشريع.

ثانياً: لا خلاف في أن قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق حجة أيضاً، ومصدر للتشريع، لأن الإجماع من المصادر التشريعية كما قلنا. أما قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف فهو من قبيل الإجماع السكوتي وهو حجة أيضاً عند القائلين به.

ثالثاً: لا خلاف في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه.

رابعاً: قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد. فهذا هو الذي حصل فيه اختلاف، من جهة اعتباره ملزماً لمن جاء بعد الصحابة.

٢٣٢ - ذهب البعض إلى أن قول الصحابي حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقوال الصحابة ما يراه أقرب إلى الكتاب والسنة. وذهب البعض الآخر إلى أن قوله ليس بحجة وللمجتهد أن يجتهد ويأخذ بمقتضى اجتهاده. احتج الأولون بأن احتمال الصواب فيما اجتهد فيه الصحابة أكثر جداً من احتمال النسبة لغير الصحابي، لأن الصحابة شاهدوا التنزيل ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبي ﷺ ملازمة طويلة أكسبتهم ذوقاً فقهياً، وكانت عندهم معرفة واسعة بالكتاب وبأسرار اللغة العربية وكل هذا يجعل لأرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم، ويجعل اجتهادهم أقرب للصواب من اجتهاد غيرهم.

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة وما أرشدت إليه من مصادر، وليس قول الصحابي واحداً من هذه المصادر، وبأن الاجتهاد بالرأي معرض للخطأ لا فرق بين صحابي وغيره وإن كان احتمال الخطأ بالنسبة للصحابي أقل.

والذي نميل إليه أن قول الصحابي ليس بحجة ملزمة، ولكن نرجح الأخذ به حيث لا حكم للمسألة في الكتاب وفي السنة ولا في الإجماع ومصادر الفقه الأخرى، على وجه الترجيح لا الإلزام^(١).

المبحث الثامن

شرع من قبلنا

٢٣٣ - المقصود بشرع من قبلنا: الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم.

٢٣٤ - وقد اختلف العلماء في تلك الأحكام هل تلزمنا وتكون جزءاً من شريعتنا أم لا؟

وقبل ذكر أقوالهم لا بد من تحرير محل الخلاف، لأن شرع من قبلنا أنواع، وبعض الأنواع متفق عليها. وبعضها هو محل الاختلاف، فلا بد من ذكر هذه الأنواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الأنواع فنقول:

النوع الأول: أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ولا في سنة نبينا ﷺ. وهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

النوع الثاني: أحكام قصها القرآن أو السنة، وقام الدليل من شريعتنا على أنها منسوخة في حقنا، أي: إنها خاصة بالأمم السابقة. فهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

النوع الثالث: أحكام جاءت في القرآن أو في السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الأحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الأمم السابقة. وهذا النوع لا خلاف في أنه شرع لنا وإن مصدر شرعيته لنا نفس أحكام شريعتنا.

النوع الرابع: أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة، ولم يبق دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا. مثل قوله تعالى:

(١) راجع هذا المبحث: أعلام الموقعين لابن القيم، والمستصفي للغزالي، وإرشاد الفحول للشوكاني.

﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْمَعِيَةَ بِالْمَعِيَةِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذُنَ بِالْأَذُنِ وَاللِّسْنَ بِاللِّسَنِ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ [المائدة: ٤٥] فهل يعتبر هذا النوع شرعاً لنا أم لا؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء.

٢٣٥ - فذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم إلى أنه شرع لنا. وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس شرعاً لنا. واستدل كل فريق بما يؤيد وجهة نظره^(١).

والراجع أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال تعالى: ﴿لِكُلِّ جَمَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَاذًا﴾ [المائدة: ٤٨].

ومع هذا فإن هذا الخلاف غير مهم؛ لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة الذي قصه الله أو رسوله علينا إلا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقاءه في حقنا، سواء جاء دليل النسخ أو الإبقاء في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة، فالآية التي ذكرناها وهي: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ [المائدة: ٤٥] لا خلاف بين العلماء أن أحكامها ثابتة وأنها جزء من شريعتنا^(٢). فهي معمول بها من قبل القائلين: إن شرع من قبلنا شرع لنا والمخالفين لهم في ذلك، فالأولون يحتجون بها وفقاً لمذهبهم، والآخرين يحتجون بها؛ لأن الدلائل من شريعتنا قامت على أنها شرع لنا. فمن هذه الدلائل.

(١) انظر المستصفى ص ١٣٢ وما بعدها. والآمدني ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها.

(٢) قال الإمام الشافعي في كتابه أحكام القرآن ج ١ ص ٢٨٠ - ٢٨١: «ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْمَعِيَةَ بِالْمَعِيَةِ...﴾ إلخ، ولم أعلم خلافاً في أن القصاص في هذه الأمة كما حكى الله عز وجل أنه حكم بين أهل التوراة. ولم أعلم خلافاً في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها في الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستقبل منه من مواضع القود، وانظر أيضاً في تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٢، فقد حكى الإجماع أيضاً على العمل بموجب هذه الآية. وفي المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٧٠٢ - ٧٠٣: وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن.

أولاً: قوله تعالى: ﴿كُذِّبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣].
وفي السنة: «والعمد قود إلا أن يعفو ولي القتل» وقوله عليه السلام أيضاً: «من قتل له قاتل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي وإما أن يقتل» وفي حديث آخر: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة».

فهذه الآيات والأحاديث تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل. والقصاص في القتل هو بعض ما جاءت به الآية: ﴿وَكَيْفَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ إلخ^(١).

ثانياً: قضى النبي ﷺ بالقصاص في الجروح^(٢).

ب - وفي قصة الربيع بنت النضر، طلب أولياء المجني عليها من النبي ﷺ القصاص منها في سن كسرتها لجارية فأجابهم النبي ﷺ إلى طلبهم وقال: كتاب الله القصاص. أي: يقضي بالقصاص. ولكن عفا أهل الجارية فلم يجر القصاص^(٣).

ج - وعن النبي ﷺ أنه قال أنه قال: «من أصيب بدم أو خبل - والخبل جراح -، فهو بالخيار بين إحدى ثلاث: إما أن يقتص أو يأخذ العقل - أي: الضمان المالي، وهو الدية - أو يعفو»^(٤).

د - قوله تعالى: ﴿مَنْ أَعْتَدَ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. قال العلماء: هذه الآية يندرج فيها وجوب القصاص المذكور في آية: ﴿وَكَيْفَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ إلخ، فيدخل فيها العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن وغيرها^(٥).

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٠٧، المغني ج ٧ ص ٦٣٩، ٦٤٧.

(٢) كتاب أقضية رسول الله ﷺ تأليف الشيخ الإمام عبد الله محمد بن فرج المالكي ص ١٢.

(٣) المرجع السابق ص ١٣.

(٤) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٠.

(٥) الأمدني في كتابه الإحكام في أصول الأحكام ج ٤ ص ١٩٩، والمستصفي للغزالي ج ١ ص ١٣٤١-١٣٥.

فهذه الآية، والأحاديث التي ذكرناها كلها تدل على أن أحكام الآية التي نحن بصددنا (وكتبنا عليهم فيها.. إلخ) تعتبر جزءاً من شريعتنا فهي شرع لنا بالأدلة الثابتة في شريعتنا لا بمجرد أنها شرعت للأمم السابقة.

المبحث التاسع

الاستصحاب

٢٣٦ - الاستصحاب في اللغة: المصاحبة أو استمرار الصحبة. وفي اصطلاح العلماء: الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره، أو هو بقاء الحكم الثابت في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره.

فإذا ثبت أن فلاناً زوج فلانة فإنه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى يقوم الدليل على زوالها. وإذا ثبت الملك لإنسان في عين، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله إلى غيره. وإذا ثبت أن فلاناً مدين لآخر فإن ذمة المدين تبقى مشغولة بالمدين حتى يثبت فراغها منه بالأداء أو بالإبراء.

٢٣٧ - وقد بني على الاستصحاب بعض المبادئ أو القواعد الشرعية، فمن ذلك:

أ - الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره. وعلى هذا فمن ثبتت حياته لا يحكم بوفاته حتى تثبت الوفاة بالدليل. وعلى هذا الأصل بنيت أحكام المفقود في الفقه.

ب - الأصل في الأشياء الإباحة. فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمه لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الأخرى، فإنه يحكم بجوازه وإباحته استصحاباً لهذا الأصل، أي: استصحاباً للحكم الأصلي للأشياء، وهو الإباحة.

ج - اليقين لا يزول بالشك: فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين لا يحكم بزواله بمجرد الشك. فمن تيقن الوضوء ثم شك بانتقاضه حكم ببقائه.

د - الأصل براءة الذمة، أي: إن ذمة الإنسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت انشغالها به. فمن ادعى على غيره ديناً فعليه الإثبات.

٢٣٨ - والاستصحاب آخر ما يلجأ إليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي إذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها.



الفصل السادس

الخيارات

٤٣٩ - تمهيد:

الخيارات جمع مفردها خيار، وهو طلب خير الأمرين أو الأمور. وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه. والحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة - مع أن الأصل لزوم مقتضاها بالنسبة للعاقدين - هي التأكد من رضا العاقدين في إنشاء العقد وإمضائه، ولأن الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان إلى هذه الخيارات. فالإنسان قد يشتري، مثلاً، سلعة، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد، ثم يطلع عليه فيما بعد، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو إبقائه. وهذه الخيارات منها ما ورد في النص الشرعي بها، فهي ثابتة بحكم الشرع حتى وإن لم يشترطها أحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار العيب ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التعيين. وستكلم في أبحاث متتالية عن أهم هذه الخيارات.

المبحث الأول

خيار الشرط

٤٤٠ - تعريفه:

وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد^(١). ويثبت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له، كما لو قال البائع للمشتري بعثك هذه الفرس

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

ولك الخيار ثلاثة أيام. فسبب ثبوت هذا الخيار اشتراطه في العقد من قبل أحد العاقدين ولذا سمي بخيار الشرط، أي الخيار الذي سببه الشرط^(١).

٤٤١ - مدته:

ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل. وهذا عند فريق من الفقهاء كالشافعية وأبي حنيفة. وعند الحنابلة والجعفرية يجوز أن يكون الخيار لأكثر من ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة، سواء أكانت قصيرة أو طويلة. وعند المالكية يثبت هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع^(٢). ووجهة القائلين بتحديد المدة بثلاثة أيام أن الحديث ورد بهذه المدة فيقتصر عليها لأن خيار الشرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيقتصر على أقصى ما ورد به النص وهو ثلاث أيام. ووجهة المجيزين لأكثر من ثلاثة أيام أن هذا الخيار شرع لمصلحة مشروطه وهو أدري ما يكفيه من مدة، ولا ضرر في إطالتها ما دامت معلومة. أما تحديدها في الحديث بثلاثة أيام فلا يعني عدم جوازها بأكثر من هذه المدة، والرأي الأول أرجح^(٣). وإذا كانت المدة مجهولة، صح العقد وألغى الشرط عند فريق من الفقهاء كالحنابلة^(٤). وعند فريق آخر يفسد العقد وهذا مقتضى مذهب الحنفية لأن مجهولية المدة شرط فاسد والشروط الفاسدة تفسد العقد عندهم.

٤٤٢ - العقود التي يجري فيها خيار الشرط:

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإجازة. ولا يجوز في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع، وكذا في

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٢) اللباب في شرح الكتاب للميدان ج ١ ص ٢١٥ - ٢١٦، مفني المحتاج ج ٢/١٤، كشف القناع ج ٢ ص ١٧، مواهب الجليل ج ٤ ص ٤١٠ - ٤١١، الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص

٥٢، ٥٣، منهاج الصالحين، الطبعة السابعة للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٢.

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨٤.

(٤) المفني ج ٣ ص ٥٨٩.

الإيقاعات كالطلاق والعتق^(١). ولا يجري كذلك في العقود غير اللازمة والوديعة والعارية. ويشترط هذا الخيار لأحد العاقدين أو لغيرهما، ولهذا الغير أن يباشر هذا الخيار كما لمن اشترط له أن يباشر الخيار بنفسه وأيهما باشر حقه في الخيار نفذ وبطل حق الثاني فيه.

٤٤٣ - أثر الخيار في العقد:

لا خلاف في أن الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار، فله أن يمضيه أو يفسخه. ولا يشترط في الإمضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على إرادة إمضاء العقد أو فسخه. وكذلك يجوز أن يكون ذلك بالفعل الدال على رغبة العاقد في إبقاء العقد أو إلغائه. وإذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فإن العقد يكون لازماً في حق الطرفين.

وإذا كان الخيار في عقود المعاوضات فإنه يمنع خروج العوض من ملك من له الخيار، فإذا كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع من ملكه ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري. وإذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه، فإذا أمضى العقد من له الخيار فيه، كالمشتري، مثلاً، ظهر عند ذاك أن المبيع دخل في ملكه من وقت صدور العقد، وإن فسخه ظهر أنه عاد إلى البائع^(٢).

٤٤٤ - انتهاء خيار الشرط:

ينتهي خيار الشرط بجملة أمور^(٣)، منها:

أولاً: إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار.

ثانياً: مضي مدة الخيار بلا إمضاء أو فسخ.

(١) المجتهد السيد محسن الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤، السيد محسن الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤، الأستاذ

علي الخفيف ص ١٢٥ - ١٢٦، الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

ثالثاً: تغيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له. لأن فسخ العقد يقتضي رد محل العقد إلى صاحبه. ومع تغيبه أو هلاكه يمتنع الرد، فيلزم العقد وينتهي حكم الخيار.

رابعاً: موت من له الخيار. وهذا عند فريق من الفقهاء، كالحنفية والحنابلة. لأن خيار الشرط رغبة ومشية من اختاره، والرغبات وسائر الصفات الشخصية لا تورث. وذهب غيرهم كالجعفرية والشافعية والمالكية إلى وراثه شرط الخيار، وحجتهم أنه حق متعلق بالمال، فيورث كما تورث سائر الأموال، وبهذا جاء الحديث الشريف: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته».

المبحث الثاني

خيار التعيين

٤٤٥ - يرد هذا الخيار في عقود المعاوضات التي تفيد تملك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض^(١). ومعناه أن يكون لأحد المتعاقدين حق تعيين أحد الشئيين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها، ليكون هذا المعين هو محل العقد. كما لو قال شخص لآخر بعثك أحد هذين الثوبين بثمنه - ويعين البائع ثمن كل ثوب - على أن تعين ما تريد شراءه في مدة يومين، فيقول الآخر قبلت. فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد الثوبين وجعله محلاً للعقد بالثمن المعين له.

٤٤٦ - وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء، فالأكثر لم يجيزوه لجهالة المحل، والأقلون أجازوه ومنهم أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد^(٢). والظاهر أن قول المجيزين أرجح من قول المانعين، لأن في الناس حاجة إلى مثل هذا الخيار، وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين ولا تؤدي جهالة المحل قبل التعيين إلى أي نزاع لتعيين ثمن كل واحد من الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين.

(١) الأستاذ شلبي ص ٤٣١.

(٢) الكاساني ج ٥ ص ٢٦ وما بعدها، شرح الكنتز للزلمي ج ٤ ص ٢٦ وما بعدها - شرح المجلة لعلي حيدر ج ١ ص ٢٦٣.

ويجوز اشتراط هذا الخيار للمشتري بلا خلاف بين القائلين به، ويجوز اشتراطه للبايع أيضاً على رأي بعضهم، ولكن أكثرهم يمنعه. ويشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضاً، وهذا على رأي بعضهم القائلين بخيار التعيين، وليس هذا بشرط على رأي البعض الآخر منهم.

٤٤٧ - شروط صحة خيار التعيين^(١):

- أ - أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر، لأن الحاجة تندفع بذلك.
 ب - أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها، والتفاوت يثبت في الأموال القيمة. وكذلك في الأموال المثلية إذا اختلف الجنس.
 ج - أن تكون أثمان الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين معينة، أي يذكر ثمن كل واحد من هذه الأشياء، فإن لم تعين أثمانها فسد العقد.
 د - أن تكون مدة الخيار معلومة، وهي عن أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام، وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان^(٢).
 ٤٤٨ - مسقطات خيار التعيين:

يسقط خيار التعيين بالاختيار، بأن يقوم المشتري بتعيين الشيء الذي يريد صراحة كأن يقول رضيت بهذا الشيء، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على رضاه به، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفع واحدة منها إلى خياط ليخيطها بدلة له. وكذلك يسقط هذا الخيار بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من قبل المشتري، فيتعين الهالك محلاً للعقد بثمنه المحدد له. وكذلك إذا تعيب أحد الأشياء بعيب يمنع رده فإنه يتعين محلاً للعقد أيضاً.

٤٤٩ - وراثه خيار التعيين:

إذا مات من له هذا الخيار قبل التعيين، قام مقامه وارثه في هذا الخيار لأنه

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٢) وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة ٣١٧: «يلزم في خيار التعيين تعيين المدة» فلم تقيد هذه المادة بثلاثة أيام.

خيار يورث، ولأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفع ثمنه من التركة^(١).

المبحث الثالث

خيار الرؤية

٤٥٠ - تعريفه:

هو حق يثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه^(٢). فإذا اشترت فرساً لم ترها كان لك الخيار عند رؤيتها بين فسخ العقد وإمضائه. فبسبب ثبوت هذا الخيار هو عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله بوقت قصير لا يتغير فيه محل العقد عادة. وثبوت هذا الحق بسبب عدم الرؤية يبقى قائماً ولو وصف محل العقد من قبل العاقد الآخر، لأن الوصف مهما كان دقيقاً فلن يبلغ مبلغ العلم به عن طريق رؤيته، ولهذا شرع هذا الخيار عند الرؤية حتى يتحقق بها العلم الكافي بمحل العقد فإذا أمضاه العاقد كان عن رضا كامل.

٤٥١ - معنى الرؤية وما تتحقق به:

البراد بالرؤية، هنا، إدراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله. ويتم ذلك بإحدى حواس الإنسان، وكل شيء يدرك بما يناسبه، فالمسك يعرف بالشم، والمأكول بالذوق، والقماش بالبصر واللمس، والمزمار ونحوه مما يستعمل للجيوش بالسمع، والحيوان بالبصر والجسّ وهكذا^(٣). ولا يشترط رؤية جميع المحل إذا كانت رؤية البعض تؤدي إلى معرفة الكل ويكون هذا في الأموال التي لا تفاوت بين أقسامها وأجزائها. وعلامة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك

(١) جاء في المادة ٣١٩ من المجلة، القانون المدني العراقي القديم: «خيار التعيين ينتقل إلى الوارث...».

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شليبي ص ٤١٩.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٨.

المال اكتفاء برؤية نموذجه كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والقماش المصنوع من مادة واحدة في معمل واحد^(١).

٤٥٢ - العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية للمتملك في كل عقد يكون فيه محل العقد معيناً بالتعيين، أي شخصاً، ويكون قابلاً للفسخ. وعلى هذا الأساس يثبت في العقود التالية^(٢).

أولاً: في البيع إذا كان المبيع عيناً مشخصة فيثبت خيار الرؤية للمشتري. وكذلك يثبت للبائع إذا كان الثمن عيناً مشخصة، كما لو بعت سيارة بفرس، فالخيار للبائع والمشتري.

ثانياً: في الإجارة، كما لو استأجرت عيناً لم ترها، فالخيار لك عند رؤيتها بين إمضاء الإجارة وبين فسخها، وكذلك يثبت للمؤجر هذا الخيار إذا كانت الأجرة عيناً مشخصة، كما لو استأجرت داراً لمدة سنة نظير حيوان معين.

ثالثاً: قسمة الأعيان القيمة، فإذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

رابعاً: الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح، فإذا رآها كان له الخيار، لأن هذا الصلح بمعنى البيع، إذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى به والبدل المصالح عليه.

ويظهر من هذه العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية، أن هذا الخيار للمتملك، وذهب بعضهم إلى ثبوته للمملك أيضاً. والراجع هو الأول.

٤٥٣ - ما يشترط لثبوت خيار الرؤية:

يشترط لثبوت خيار الرؤية جملة شروط هي^(٣):

(١) نصت المادة ٣٢٤ من المجلة على أن: «الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط».

(٢) الأستاذ علي حيدر، المرجع السابق، ج ١ ص ٢٦٩، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٣) الكاساني ج ٥ ص ٢٩٢ - ٢٩٣، شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩، الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٧، الأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢١ - ٤٢٢.

أولاً: عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله.

ثانياً: أن يكون محل العقد عيناً معينة، أي مشخصة، كالدار التي في الجهة الفلانية في الموقع الفلاني وذات الحدود المعلومة في خارطتها وسند تسجيلها، سواء أذكرت أوصاف المحل في العقد أم لم تذكر. لأن ذكر الأوصاف مهما كان دقيقاً لا يحقق العلم بالمحل المستفاد من الرؤية الحقيقية له. أما ما يثبت ديناً موصوفاً في الذمة، كما في المبيع في عقد السلم، فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن تحقيق الرضا بالمحل يكون بتحقيق الوصف. فإذا تحقق الوصف تحقق الرضا ولزم العقد ولم يكن هناك مقتضى لخيار الرؤية، بخلاف العين المعينة، فإن الأوصاف، كما قلنا، لا تكفي لتمام العلم بالمحل.

ثالثاً: أن يكون العقد مما يقبل الفسخ، ليمكن فسخه. فإذا كان مما لا يقبل الفسخ، كالزواج والخلع، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال وإن كان عيناً مشخصة، كما لو تزوج شخص امرأة على دار لم ترها، أو خالعتة على دار لم يرها، لم يكن لأحدهما الخيار عند رؤية الدار.

رابعاً: رؤية العاقد لمحل العقد، فلا خيار له قبلها.

٤٥٤ - وقت ثبوت الخيار ومدته:

خيار الرؤية يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل هذه الرؤية. وثبوته يكون بحكم الشرع بدون حاجة إلى اشتراطه في العقد، بل يثبت وإن شرط في العقد نفيه. فإذا اشترى شخص عيناً لم يرها على أن لا يكون له خيار رؤية كان شرطه لغواً ويثبت له الخيار عند رؤيتها. ومدة الخيار تبدأ من رؤية المحل وتستمر إلى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل على رضاه بالمحل أو فسخ العقد. كما ينتهي بحصول ما يسقطه. فليس له، إذن، مدة معينة ينتهي بانتهائها، وبهذا الرأي الراجح في الفقه الحنفي أخذت مجلة الأحكام العدلية. وذهب بعض الأحناف إلى أنه موقت، وينتهي هذا الوقت بمضي أي زمن بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل، فإذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار، وهذا مذهب الجعفرية أيضاً^(١).

(١) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن

الحكيم ج ٢ ص ٢٩، الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٧.

٤٥٥ - أثره في العقد:

ثبوت خيار الرؤية لأحد العاقدين لا يمنع نفاذ العقد، فهو نافذ بالرغم من هذا الخيار، ولكنه يمنع لزومه بالنسبة إلى من ثبت له هذا الخيار، فهو بالنسبة له عقد غير لازم، وإنما يلزم إذا أمضاه بعد رؤية المحل بأن يصدر منه ما يدل على رضاه بالمحل بالقول أو بالفعل كأن يقول رضيت أو أمضيت العقد، أو بالفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته. أما رضاه، قبل الرؤية، بإمضاء العقد فلا يجعل العقد لازماً له ولا مسقطاً لخيار الرؤية وحتى لو قال تنازلت عن حق خيار الرؤية، لأن التنازل عنه إسقاط له قبل وجوده، ولا يصح إسقاط الحق قبل وجوده. وكذلك لو اشترط في العقد نفيه بأن قال: قبلت المبيع بثمنه على أن لا يكون لي خيار الرؤية، لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية، لأن هذا الشرط تغيير لما شرعه الإسلام، وما شرعه الإسلام لا يملك الإنسان تغييره. وعلى هذا يبقى للمتملك خيار الرؤية في جميع هذه الأحوال، فله بعد الرؤية إمضاء العقد أو فسخه. ولا يفهم من هذا أن من له الخيار لا يستطيع فسخ العقد قبل رؤية المحل، فإن حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية وإنما على أساس أن العقد غير لازم له.

وكما له بعد الرؤية إمضاء العقد فإن له أيضاً فسخه، كأن يقول فسخت العقد أو رفضته. والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي وإنما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعاً للضرر عنه إذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد معه فلا يطلب لسعته مشترياً آخر^(١).

٤٥٦ - مسقطات خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي:

أ - الرضا بالعقد صراحة أو دلالة ممن له الخيار. فإذا قال رضيت بالعقد، كان هذا القول إسقاطاً صراحة. وإذا قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان هذا القبض إسقاطاً دلالة، كما قلت من قبل وكذلك إذا طلب الأخذ بالشفعة بسببه، يعتبر هذا الطلب رضا دلالة بالمحل بعد رؤيته.

(١) الأستاذ شلبي، المرجع السابق، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

ب - تصرف الممتلك بالمحل كبيعه ورهنه وإجارته وهبته مع التسليم أو بدونه، وانتفاعه به، وعرضه إياه للبيع.

ج - تعيب المحل في يد ممتلكه فإنه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلمه سليماً، لأنه لا يجوز دفع الضرر عن الممتلك بإضرار المالك.

د - تعذر رد المحل كاملاً إلى صاحبه لهلاك بعضه أو تغييب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح، لأن خيار الرؤية لا يتجزأ فإما أن يقبل الكل أو يرد الكل، فإذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد^(١).

هـ - ويسقط هذا الخيار بترك المبادرة إلى الفسخ بعد الرؤية، وهذا عند الجعفرية^(٢).

ز - موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الإمضاء، فإذا توفي سقط الخيار ولزم العقد، ولم ينتقل الخيار إلى الورثة، لأن خيار الرؤية كخيار الشرط، إرادة ومشية، والوارث لا يرث مورثه في رغباته وإرادته^(٣). وعند الجعفرية يورث خيار الرؤية، فلا يسقط بوفاة من له هذا الخيار، بل ينتقل إلى ورثته^(٤). ويقول الجعفرية قال الشافعي^(٥).

المبحث الرابع

خيار العيب

٤٥٧ - تعريفه، والعقود التي يثبت فيها:

هو ما يكن للممتلك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٠ - ١٣١، الأستاذ المذكور، المرجع السابق، ص ٦٩٠ - ٦٩١.

(٢) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٩.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٧١.

(٤) الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(٥) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢.

تملك^(١). وإضافة الخيار إلى العيب من إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب. وهذا الخيار يثبت إذا كان المعقود عليه معيناً بشخصه كما في خيار الرؤية، فإذا كان معيناً بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب، لأن تحققه يكون بتحقيق أوصافه فإذا لم يتحقق لم يكن محلاً للعقد^(٢). وعلى ذلك يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والإجارة والقسمة وبدل الصلح، على النحو الذي بيناه في مبحث خيار الرؤية.

٤٥٨ - العيب الذي يثبت فيه الخيار:

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصاً في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه، أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خالياً منه، أو الذي يفوت الغرض المقصود منه، وكان ذلك يوجب نقصاناً في قيمته^(٣). بحيث لو علم المشتري ونحوه بهذا العيب لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضيه. وعلى هذا فالكسر في الإناء، والعمى والعرج في الحيوان، والنقص في الكتاب، كل هذا وأمثاله يعتبر عيباً في المعقود عليه يثبت به الخيار.

٤٥٩ - سبب خيار العيب:

وسبب هذا الخيار، هو العيب كما هو ظاهر من اسمه، وإنما كان العيب سبباً للخيار لأن سلامة المعقود عليه من العيوب أمر مقصود للعاقدين، ووصف مرغوب فيه عادة وعرفاً، حتى يحصل للمتملك الانتفاع بالمعقود عليه على الوجه الكامل التام، فكان سلامة المحل من العيوب قد شرطت في العقد، فإذا فات هذا الشرط انعدم رضا العاقدين ولحقه الضرر، فكان في إعطائه هذا الخيار دفع للضرر عنه ومنع

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣١، ١٣٢ - ١٣٣.

(٢) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣١، ١٣٢ - ١٣٣.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٩٠. وجاء في المادة ٣٣٨ من المجلة: «العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة وانظر الكاساني ج ٥ ص ٢٧٤، وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٨، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٠.

للإلزامه بشيء لم يرض به، ولهذا شرع هذا الخيار. ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد، لأنه يثبت بحكم الشرع، فلا يحتاج إلى اشتراطه^(١).

٤٦٠ - شروط ثبوت خيار العيب^(٢):

أولاً: حدوث العيب في محل العقد - كالمبيع في عقد البيع - قبل أن يتسلمه المشتري، سواء حدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم. فإذا حدث العيب بعد قبض المبيع من قبل المشتري فلا يثبت له الخيار، لأن المبيع وصل إليه سالماً وهذا مقتضى العقد.

ثانياً: ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد، وألا يرضى به بعد علمه به، وألا يزول هذا العيب قبل أن يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد. وعلى هذا إذا جرى العقد وكان المشتري عالماً بما في المحل من عيب، أو كان جاهلاً به ثم علم به بعد العقد فرضي به، أو إذا زال قبل أن يبادر إلى طلب الفسخ، ففي هذه الحالات لا يبقى له خيار في الفسخ، لأن سبب الخيار وجود العيب وعدم رضاه به، فإذا زال السبب زال المسبب.

ثالثاً: ألا يكون الممتلك - كالبائع في عقد البيع - قد اشترط براءته من العيوب. فإن اشترط ذلك ورضي الممتلك، ثم ظهر عيب في المعقود عليه لم يترتب عليه خيار.

٤٦١ - أثره في العقد^(٣):

وجود العيب في المعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد، وإنما يظهر أثره في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من يثبت له هذا الخيار، إذ لهذا الأخير الحق في

(١) الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٢) شرح المجلة، المرجع السابق، ج ١ ص ٢٨٥ - ٢٨٦، الدكتور محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٨١، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٣) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٨٣، الأستاذ المذكور، المرجع السابق، ص ٦٩٨، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٣ الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤١٥.

إمضاء العقد أو فسخه ما دام الفسخ ممكناً لأن العقد بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب. فإذا أراد الفسخ فله هذا دون توقف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ في حضرته، ولكن إذا لم يكن هذا العاقد حاضراً عند الفسخ اشترط علمه بالفسخ. وإذا كان الفسخ بعد القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر، أو قضاء القاضي عند إباته. والسبب في اشتراطه رضاه في هذه الحالة، هو تأكيد العقد بالقبض ولأنه يمكن أن ينازعه في وجود العيب فيتحتم الفصل والحكم بالفسخ من قبل القضاء. هذا وإن الفسخ بالتراضي يعتبر فسخاً بالنسبة للعاقدين وبيعاً بالنسبة للغير فيثبت فيه حق الشفعة. أما الفسخ بقضاء القاضي، أو الفسخ قبل القبض، فإنه فسخ بالنسبة للعاقدين وغيرهما، فلا يثبت فيه حق الشفعة.

هذا، ويلاحظ هنا أن الممتلك، المشتري مثلاً، لا يستطيع إمساك المعقود عليه والاحتفاظ به وإلزام البائع بتنقيص الثمن بسبب العيب، إلا إذا رضي البائع بذلك فيكون ذلك حطاً لجزء من الثمن. ويعلمون ذلك بأن العيب نقص في أوصاف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا فات شيء منها. ولأنه لو ألزم بذلك لكان فيه ضرر على البائع بإخراج ملكه بثمن لم يرضه والضرر لا يجوز، وإن كان فيه إزالة ضرر عن المشتري لأن الضرر لا يزول بمثله. ولهذا كان الحكم إما فسخ العقد ورد المبيع إلى صاحبه واسترداد الثمن منه، وإما إمضاء العقد على حالته إلا إذا تراضيا على الحط من الثمن.

٤٦٢ - سقوط خيار العيب:

يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار، صراحة كان هذا الرضا أو دلالة، فيصير العقد لازماً ولا يمكن فسخه إلا بتراضيهما. والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله رضيت وأجزت والرضا دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم. وكذلك يسقط بالإسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح. وكذا بإبراء الممتلك للممتلك من العيب لأن الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط لأن خيار العيب حقه فله أن يستمر فيه أو يسقطه.

ثانياً: إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار، سواء أكان هذا العيب نقصاً في ذاته، أو نقصاً في قيمته. وكذلك هلاكه، أو إذا تغير تغيراً تاماً كما لو كان قمحاً فطحنه أو دقيقاً فعجنه.

ثالثاً: زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير مولدة منه كصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان، والشعر من الشجر، إذا ما حصلت هذه الزيادة بعد القبض. وإنما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الأولى لأن الزيادة لا يمكن فصلها عن المعقود عليه، وفي الفسخ يراد محل العقد فقط وهذا لا يمكن فيمتنع الفسخ. وفي الصورة الثانية إن كان رد المعقود عليه عند فسخ العقد مع الزيادة، كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز. وإن أبقاها الممتلك له كانت بدون عوض أيضاً وهذا لا يجوز.

٤٦٣ - الرجوع بنقصان العيب^(١):

إذا امتنع فسخ العقد ورد المعقود عليه، بسقوط خيار العيب، فإن الممتلك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب. فيكون له هذا الرجوع إذا هلك المعقود عليه، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله. وكذلك إذا تعيب بفعله كما لو كان قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً. أو استهلكه كما لو كان طعاماً فأكله، بشرط أن لا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب، فإن كان عالماً بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان. وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الفسخ ورد المعقود عليه، على النحو الذي بيناه.

ولا يكون للممتلك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المعقود عليه بما يخرج من ملكه ولا عند رضاه بالعيب.

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المعقود عليه سليماً من العيب وقت العقد

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢، الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٦.

ومعياً وقته ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب إلى قيمته سليماً، ويقدر هذه النسبة ينقص الثمن، وبه يرجع إلى المملك. فلو قوم المعقود عليه بـ ١٠٠٠ دينار ومعياً بـ ٨٠٠ دينار فالفرق ٢٠٠ دينار، ونسبة هذا الفرق إلى الألف تساوي الخمس، فإذا كان المعقود عليه بـ ٦٠٠ دينار رجع على المملك بخمسها أي بـ ١٢٠ ديناراً.

٤٦٤ - وراثه خيار العيب:

وخيار العيب يورث، فإذا مات من له هذا الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو إمضاه قام وارثه مقامه في ذلك، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء، إلا أن الحنفية يقولون إن هذا الحق يثبت للوارث ابتداءً، وغيرهم يقولون يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالي، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية^(١).



(١) نفس المرجع السابق.