

الكامل في الترخيم والفتاوى

اصول الفقهاء

في نسخة الجديده

الأكثم

مصطفى الزاهد الرضي

الاستاذ المبرس في الشريعة والفتاوى

الطبعة الاولى ٢٠١٤



أطول الفقه
في نسجه الجديد



أصول الفقه في نسيجه الجديد

طبعة ثالثة وعشرين

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرفان البارزاني المحترم

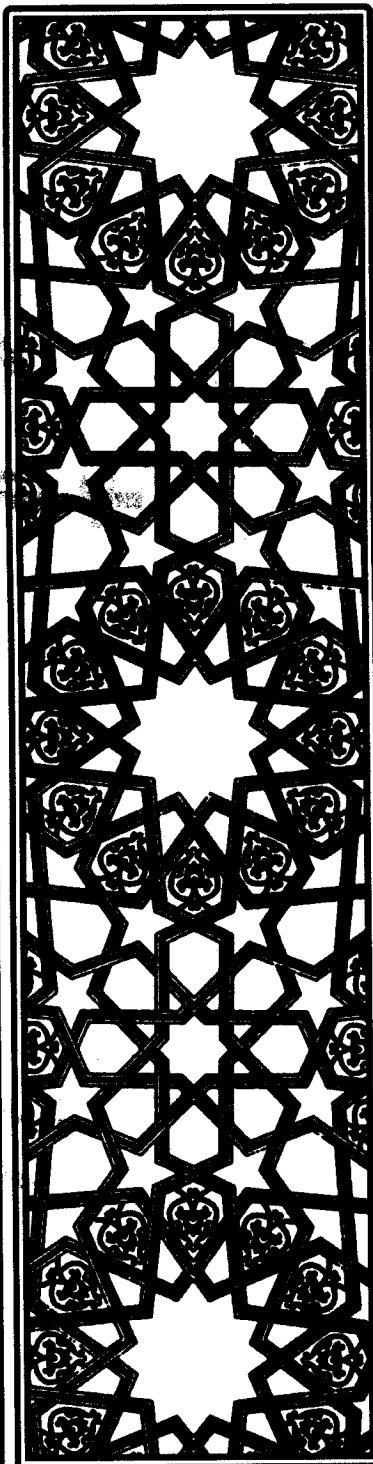
أصول الفقه في نسجته الجديد

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

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

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

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو
النسخ أو التصوير أو الترجمة الي أي لغة، الا بأذن خطي من المؤلف



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

سورة النساء / ٥٨

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

متفق عليه

الفهرس

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

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

١٢٨	حجية قول الصحابي:
١٢٩	تقويم الآراء:
١٣٠	تعميد عمل الخلاف:
١٣٧	المبحث الثاني: شرع من قبلنا
١٣٧	الآراء الخلافية
١٤٠	تقويم الآراء المذكورة والاستنتاج
١٤٣	القرآن تعديل للدساتير الإلهية السابقة
١٤٥	الفصل الرابع: المصادر التبعية العقلية
١٤٦	المبحث الأول: القياس
١٤٦	تعريفه
١٤٧	والتعريف المختار:
١٤٨	أركان القياس:
١٤٩	شروط القياس:
١٤٩	شروط الحكم
١٥١	العلة:
١٥٧	مراحل القياس باعتبار علته
١٦٠	أنواع القياس باعتبار العلة
١٦٠	١- القياس الأولي (أو الجلي أو القطعي):
١٦٢	٢- قياس المساواة (القياس المساوي):
١٦٢	٣- القياس الأدنى:
١٦٣	ما يجري فيه القياس وما لا يجري:
١٦٣	أولاً- ما لا يجري فيه القياس
١٦٦	ثانياً- ما يجري فيه القياس:
١٦٨	حجية القياس:
١٧٢	أهمية القياس:
١٧٣	حكم القياس:
١٧٦	المبحث الثاني: المصلحة
١٧٦	تعريف المصلحة:
١٧٧	أقسام المصلحة من حيث الاعتبار:
١٧٧	النوع الأول: المصلحة المعتبرة:
١٧٨	النوع الثاني: المصلحة الملقاة (أو المهملة أو غير المعتبرة):

- النوع الثالث: المصلحة المرسله (أو المطلقة): ١٧٩.....
 أقسام المصلحة المعتبرة باعتبار الأهمية: ١٧٩.....
 القسم الأول: المصالح الضرورية: ١٨٠.....
 القسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية: ١٨٣.....
 القسم الثالث المقاصد (المصالح) التحسينية: ١٨٦.....
 الصلة بين أقسام المصالح: ١٨٩.....
 أبعاد ترتيب المصالح على الأحكام: ١٩٠.....
 حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً للأحكام: ١٩١.....
 شروط العمل بالمصلحة: ١٩٣.....
 كيفية رفع التعارض بين المصالح: ١٩٤.....
 أهمية المصالح: ١٩٧.....
 حدود المصلحة: ١٩٨.....

المبحث الثالث: الاستحسان

- ٢٠٠.....
 حقيقة الاستحسان: ٢٠٠.....
 إيضاح التعريف: ٢٠٢.....
 أساس فكرة الاستحسان في القرآن: ٢٠٤.....
 أفضية الخلفاء الراشدين على أساس فكرة الاستحسان: ٢٠٦.....
 التطبيقات الفقهية المستندة إلى مبدأ الاستحسان: ٢٠٩.....
 الاستحسان وتعديل الالتزامات القانونية القائمة: ٢١٠.....

٢١٤

المبحث الرابع: الذرائع سدها وفتحها

- أقسام الذرائع من حيث المشروعية وعدمها: ٢١٦.....
 القسم الأول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة: ٢١٦.....
 القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها إلى غايات غير مشروعة: ٢١٧.....
 القسم الثالث: الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها: ٢١٨.....
 القسم الرابع: الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها: ٢٢٠.....
 أدلة مشروعية العمل بسد الذرائع: ٢٢٢.....
 الصلة بين سد الذرائع في أصول الفقه، والباعث الدافع غير المشروع في القانون: ٢٢٢.....

٢٢٥

المبحث الخامس: الاستصحاب

- تعريفه: ٢٢٥.....

٢٢٦..... أنواع الاستصحاب

٢٢٦..... النوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء النافعة للإنسان:.....

٢٢٨..... النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية:.....

٢٣٠..... النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي:.....

٢٣١..... النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم.....

٢٣٥..... وفي أحكام المفقود خلافات أصولية وفقهية:.....

٢٣٧..... الصلة بين الاستصحاب وقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية:.....

٢٤٠..... النوع الرابع: استصحاب الصفة الأصلية:.....

القسم الثاني

الأحكام الشرعية العملية

تمهيد

٢٤٣

٢٤٥

٢٤٥..... تحليل التعريف:.....

٢٤٧..... أسباب اختيار هذا التعريف.....

٢٤٨..... أقسام الحكم الشرعي.....

٢٤٨..... القسم الأول الحكم الشرعي التكليفي:.....

٢٤٨..... القسم الثاني الحكم الشرعي الوضعي:.....

٢٥١

الفصل الأول: الحكم الشرعي التكليفي

٢٥٢

المبحث الأول: أنواع الحكم الشرعي التكليفي

٢٥٢..... النوع الأول: الإيجاب:.....

٢٥٢..... الواجب والفرض:.....

٢٥٣..... الواجب والالتزام:.....

٢٥٥..... عناصر الالتزام:.....

٢٥٦..... أسباب الوجوب و الالتزام:.....

٢٥٦..... النوع الثاني: الاستحباب (والاستنداب):.....

٢٥٧..... النوع الثالث: التحريم:.....

٢٥٨..... أنواع المحرم:.....

٢٥٨..... النوع الرابع: الاستكراه:.....

٢٥٩..... المكروه وخلاف الأولى:.....

٢٥٩..... المكروه تحريما وتنزيها:.....

٢٦١..... النوع الخامس: الاستباحة:.....

٢٦٣

المبحث الثاني: الواجب، أقسامه، أداؤه، قضاؤه

٢٦٣	أقسام الواجب
٢٦٣	أولاً - باعتبار المقدار المطلوب محدد وغير محدد
٢٦٤	ثانياً - باعتبار محل الأداء معين ومخير ^(١)
٢٦٥	ثالثاً - باعتبار المطالب بأدائه عيني وكفائي
٢٦٥	رابعاً - باعتبار وقت الأداء مطلق ومقيد
٢٦٦	أهمية التقسيم
٢٦٦	أنواع الوقت باعتبار دوره في المؤدى
٢٦٧	الأداء والقضاء في اللفظة
٢٦٧	الأداء والقضاء في القانون
٢٦٨	الأداء والقضاء شرعاً في العبادات (حقوق الله)
٢٦٩	القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول
٢٧٠	الأداء والقضاء في المعاملات المالية (حقوق الناس)
٢٧١	الأداء الكامل والأداء القاصر ^(١)
٢٧٣	وقت التقويم وتقدير قيمة المثل
٢٧٥	أداء الواجبات المالية من الديون والأعيان:
٢٧٩	
٢٨٠	الفصل الثاني: الحكم الوضعي
	المبحث الأول: السبب
٢٨٠	أنواع السبب:
٢٨٠	أولاً - باعتبار طبيعته
٢٨٢	ثانياً - من حيث دور إرادة الإنسان في السبب
٢٨٤	ثالثاً - باعتبار الحكم التكليفي
٢٨٤	رابعاً - باعتبار تأثيره
٢٨٥	خامساً - السبب باعتبار وقت
٢٨٦	السبب والعلة:
٢٨٨	السبب المباشر والسبب غير المباشر:
٢٨٩	الخطأ والتسبب:
٢٩٠	الخطأ:
٢٩٠	الخطأ في القانون
٢٩١	المبحث الثاني: الشرط
٢٩١	أنواع الشرط:
٢٩١	أولاً - من حيث مصدره شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جعلي:

ثانياً - الشرط من حيث التكميل إما مكمل للسبب أو للمسبب - الحكم :-

- ٢٩٧.....
- ٢٩٨..... الشرط والركن
- ٢٩٩..... السبب المعلق بالشرط سبب في الحال أو بعد وجود الشرط: ٣٠٠
- ٣٠٠..... المبحث الثالث: المانع
- ٣٠٠..... أنواع المانع:
- ٣٠٠..... أولاً - المانع من حيث متعلقه:
- ٣٠٢..... ثانياً - المانع من حيث كونه عذراً :
- ٣٠٤..... ثالثاً- المانع من حيث مداه :
- ٣٠٧..... رابعاً- المانع باعتبار تأثيره على صفة العقد :
- ٣٠٨..... خامساً- المانع من حيث المحل الذي يقوم به :
- ٣٠٩..... سادساً: من حيث الثبات :
- ٣٠٩..... المانع والحاجب:
- ٣٠٩..... الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي: ٣١٣
- ٣١٤..... الفصل الثالث: عناصر الحكم الشرعي
- ٣١٤..... المبحث الأول: الحاكم (شارع الأحكام)
- ٣١٤..... ١- القرآن:
- ٣١٥..... ٢- السنة النبوية:
- ٣١٥..... ٣- الإجماع:
- ٣١٥..... ٤- أقوال الصحابة:
- ٣١٦..... ٥- المعقول:
- ٣١٦..... دور العقل في اكتشاف حكم الله قبل التبليغ بالشرع: ٣٢٣
- ٣٢٣..... المبحث الثاني: المحكوم فيه
- ٣٢٣..... تعريف المحكوم فيه
- ٣٢٣..... أولاً- أقسام المحكوم فيه من حيث طبيعته:
- ٣٢٦..... ثانياً- أقسام المحكوم فيه من حيث ما يترتب عليه من المصلحة:
- ٣٣١..... ثالثاً- أقسام المحكوم فيه من حيث المشقة عزيمة ورفعة:
- ٣٣٢..... رابعاً - أقسام المحكوم فيه من حيث قبوله للنيابة :
- ٣٣٦..... المبحث الثالث: المحكوم عليه
- ٣٣٦..... أدوار حياة الإنسان
- ٣٤٠..... عوارض الأهلية:

القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام

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

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

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

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

مقدمة الطبعة الثالثة والعشرين

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ب- ان يكون ملما بالعلوم الآلية المذكورة حتى لا يكون كاللبغاء يردد كلام الغير دون الإتيان بمجديد .

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

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

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

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

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

١- اختراع معدوم

٢- أو جمع مفترق

٣- أو تكميل ناقص

٤- أو تفصيل مجمل

٥- أو تهذيب مطول

٦- أو ترتيب مخلط

٧- أو تعيين مبهم

٨- أو تبين خطأ

سابعاً: حاولت في هذا التصنيف :

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

المؤلف

٢٠١٠/٨/٢٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ
يُعِظُكُمْ بِهِ، وَأَتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(١)

صدق الله العظيم

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

وبعد فإن البواعث الدافعة إلى هذا التأليف متعددة، منها أن أصول الفقه:

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

^(١) سورة البقرة (٢٣١).

^(٢) كجامعة هارفارد في أمريكا.

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

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

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

وأقول تنفيذاً لأمر الله ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ﴾^(٢) إنني لا أدعي لنفسي القدرة الكافية على حلول تلك الألغاز ولكن بفضل دراستي لبعض منها كجمع الجوامع ومختصر المنتهى الأصولي وغيرهما عند الاختصاصيين في علم الأصول من علماء الأكراد في بداية الأربعينيات إضافة إلى دراسة المنطق والبلاغة والفلسفة واللغة ، ونتيجة لممارسة تدريس هذه المادة في المدارس الدينية والكليات القانونية منذ عام ١٩٤٦ (أي زهاء ٥٥ سنة) اكتسبت مكنة نسبية متواضعة تكفي لإخراج هذا المؤلف بنسيج جديد يتميز بالوضوح والأمثلة الحديثة ، راجيا المولى القدير أن يتقبله مني شكراً على ما أنعمه عليّ من نعمة تعلم وتعليم هذا العلم الجليل.

الأستاذ الدكتور

مصطفى إبراهيم الزلمي

(١) كالتلخيص بين كون حديث الأحاد مؤكداً لنسخ آية لآية أخرى وبين كون الحديث ذاته ناسخاً للآية.

(٢) سورة الضحى ١٦.

تمهيد

التعريف بأصول الفقه

عرف علماء الأصول أصول الفقه بتعريفات متعددة تدور كلها حول محور واحد وهو أن (أصول الفقه عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العلمية الفرعية من أدلتها التفصيلية)^(١). ويلاحظ على بعض من هذه التعريفات^(١) أنها خلطت بين القواعد الكلية الموجودة في

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

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

وقال ابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) العالم الأصولي الشافعي في كتابه جمع الجوامع بشرح الجلال المحلى مع حاشية البناني ٣١/١ أصول الفقه دلائل الفقه الإجمالية - أي القواعد الكلية. وقال الشيخ حسن بن زين الدين العاملي العالم الأصول الشيعي (شرح معالم الدين في الأصول)، ص ٢: (أصول الفقه هو العلم بالقواعد المهدة لاستنباط الأحكام الشرعية الفرعية).

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

وقال القاسم بن محمد في هداية العقول ٣٤/١ (أصول الفقه: القواعد الموصلة بذاتها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية) وهذا أدق تعريف من بين التعريفات المذكورة. وقال السالمي: (عبد الله بن حميد) العالم الأصولي الأباضي (طلعت الشمس) ١٨/١: أصول الفقه هو علم يقتدر به على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية. والمراد بالعلم ههنا القواعد وهي أدلة الفقه الإجمالية، وهذا تعريف سليم دقيق.

الواقع التي هي أصول الفقه، وبين الصورة الذهنية لدى المجتهد التي هي العلم بها^(٢) فعرفت أصول الفقه بالعلم بالقواعد مع أن نفس القواعد هي أصول الفقه، أما العلم بها فهو ضروري لاستخدامها حين الاجتهاد^(٣)، وهم خلطوا بين العلم بالقواعد والعلم الذي يبحث فيه عن تلك القواعد التي هي موضوعه، وموضوع كل علم ما يبحث فيه عن أعراضه الذاتية. وقد أطلق البعض أصول الفقه وأراد به مصادر الفقه^(٤).

التعريف المختار:

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

تحليل للتعريف

أصول: جمع أصل لغة ما يبنى عليه غيره سواء أكان البناء حسيّاً كالجدار للسقف أم كان معنوياً كبناء الحكم على دليله^(٥). **وإصطلاحاً** هو الدليل أو القاعدة.

الفقه لغة: فهم غرض المتكلم من كلامه^(٦) أو الفهم مطلقاً. **إصطلاحاً:** الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (الجزئية) ومن قانون الاجتهاد وقواعد

(١) كما جاء ذلك في تعريف صدر الشريعة والقرافي والعاملي، والشوكاني في الهامش السابق.

(٢) في برهان الكلبوي، علم المنطق، ص ١١: (العلم هو الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل).

(٣) وقد حصل نفس الخلط في تعريف الفقه، فعرفه كثير من المؤلفين قديماً وحديثاً بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية) وهذا ناشئ عن الخلط بين المعنى اللغوي للفقه وهو الفهم وبين المعنى الاصطلاحي وهو الأحكام ذواتها لا العلم بها لأن العلم صفة قائمة بالفقيه وبمن يعلم الفقه.

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

(٥) في التوضيح على التفتيح مع التلويح (الأصل ما يبنى عليه غيره، فالابتناء شامل للابتناء الحسي وهو ظاهر، والابتناء العقلي وهو ترتب الحكم على دليله).

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

الأحكام الشرعية العملية: ^(١) هي الأحكام التي تنظم أعمال وتصرفات الإنسان وهي صفاتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة، وصفاتها الوضعية (والصفات الوضعية لتلك التصرفات والوقائع) من السببية والشرطية والمانعية والصحة والبطلان والفساد.

الأدلة الجزئية: الدليل الجزئي (أو التفصيلي) هو الذي يدل على حكم خاص لواقعة معينة أو فعل معين كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ ^(٢)، فإنه دليل جزئي معين من القرآن الكريم يستنبط منه المجتهد (أو القاضي) حكم واقعة القتل بغير حق وهو الحرمة.

وكقوله تعالى: ﴿يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٣) فإنه دليل جزئي معين يستنبط منه المجتهد (أو القاضي) حكم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد الصحيح وهو الوجوب.

طريقة الاستعانة بقواعد الأصول:

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

^(١) التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٦٨.

^(٢) أما الأحكام الشرعية الاعتقادية فهي موضوع علم الكلام (علم أصول الدين) الذي يبحث عن الإيمان بالله وما يتفرع عنه، والأحكام الخلقية موضوع علم الأخلاق الذي يبحث فيما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة.

^(٣) سورة الإسراء ٣٣.

^(٤) سورة المائدة ١.

يقول القاضي (وَلَا تَقْتُلُوا) نهي، وكلُّ نهيٍ للتحريم^(١)، إذن: (وَلَا تَقْتُلُوا) للتحريم.

وفي الاستدلال على وجوب الوفاء بالالتزام بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، يقول القاضي (أَوْفُوا) أمر، وكلُّ أمرٍ للوجوب، إذن (أَوْفُوا) للوجوب^(٢)، وهكذا.

نشأة وتكوين أصول الفقه:

نشأ هذا العلم في تفكير المجتهد مع نشأة النصوص ولكن لم يدون في صدر الإسلام، لان الأحكام في عهد الرسالة كانت تستقى من الوحي المباشر (القرآن الكريم) ومن السنة النبوية، وكان الرسول ﷺ هو المرجع لتفسير نصوص القرآن وبيان مقاصد التشريع الإلهي وفق ما خول به في قوله تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٣).

وبعد ذلك تولى مهمة القضاء نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين الذين كانوا على إمام تام بلغة القرآن، ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع ومقاصده، إضافة إلى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء الفريضة وتوفير الملكة الفقهية التي اكتسبوها من صحبة الرسول ﷺ الطويلة، ولذلك كانوا في غنى عن تدوين هذا الفن، ولكن في الواقع لم يكونوا بمعزل عن تطبيق مبادئه ورعاية قواعده في قضائهم وفقههم، وبعد أن أخذ الناس يدخلون في دين الله أفواجا تأثرت المصطلحات العربية بغيرها فأدى ذلك إلى فتح أبواب الجدل والنقاش والخلاف فاضطر علماء اللغة إلى وضع قواعد اللغة العربية صوتاً للألسنة من الخطأ في التلفظ، وعلماء الأصول إلى تععيد قواعد أصول الفقه حفظاً للعقول من الخطأ في الاستنباط. وكان أبو حنيفة^(٤) وصاحبه (أبو يوسف^(٥) ومحمد^(٦)) (رحمهم الله) في مقدمة السالكين في هذا المسار، ولكن الإمام الشافعي^(٧) (رحمه الله) يعتبر المؤسس الحقيقي لعلم أصول الفقه، فهو أول من دون قواعده في (الرسالة)^(٨) التي رواها عنه صاحبه الربيع المرادي^(٩).

(١) فهو من القواعد العامة

(٢) وهو من القواعد العامة

(٣) سورة النحل ٤٤.

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

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

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

مناهج الأصوليين في مؤلفاتهم:

أهمها ثلاثة:

١- منهج المتكلمين^(٤)

وهو يتميز بتحقيق قواعد أصول الفقه تحقيقاً منطقياً نظرياً مبنياً على الحجج والبراهين وتأييد العقل بعيداً عن الاستقاء من الفروع الفقهية^(٥)، وبذلك كانت القواعد الأصولية

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

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

^(٣) هو الربيع بن سليمان المصري المرادي (ت ٢٠٧هـ)، يقول ابن خلدون في مقدمته ص ٤٥٤ (واعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة في اللغة، وكان السلف في غنية عنه بما أن استفادة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيها إلى مزيد مما عندهم من الملكة اللسانية، فلما انقرض السلف وذهب الصدر الأول وانقلبت العلوم كلها صناعة احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحليل هذه القوانين والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة فكتبوها فنا قائماً برأسه سموه أصول الفقه، وكان أول من كتب فيه الشافعي (رحمه الله) أملى فيه رسالته المشهورة.

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

^(٥) وعلى سبيل المثل استحدث الغزالي قاعدة عامة من قواعد أصول الفقه (المستصفى ص ٢٤٣)، وهي (أن قول الصحابي ليس حجة) أي لا يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامي. واستدل على ذلك بالأدلة العقلية المنطقية الصرفة قائلاً: ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحججة في قول أبي بكر وعمر، وقوم إلى أن الحججة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط أو السهو، ولم تثبت عصمته عنهما فلا حجة في قوله فكيف يحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة، فلم ينكر أبو بكر على من خالفهم بالاجتهاد، فانتفاء الدليل على العصمة، ووقوع الاختلاف بينهم، وتصريحهم لجواز مخالفتهم، ثلاثة أدلة قاطعة أي على عدم حجية قول الصحابي.

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

٢- منهج الحنفية^(٢)

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

(١) يذكر هنا بعض المؤلفات على طريقة المتكلمين.

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

ومنها (لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، وهذا استحسان، والقياس لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل. وجه الاستحسان، أن هذه الأمور الخمسة لولم تقبل فيها الشهادة بالتسامح أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام (بداية المبتدئ وشرحه الهداية مع فتح القدير ٣٨٩/٧).

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

ولم يعمل بحديث (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) استنتجوا من هذا التطبيق الفقهي الفرعي وما يمثله: أن عام الكتاب لا يخصص بحديث آحادي لأن دلالة عام القرآن على مدلوله قطعية، ولأن القرآن قطعي الثبوت والحديث الأحادي ظني الثبوت، والدليل القطعي ثبوتاً أو دلالة لا يجوز أن يخصص بدليل ظني لعدم قيام التعارض بينهما بسبب عدم التكافؤ.

(٣) ومن أهم المؤلفات على هذه الطريقة:

أ. كتاب الأصول لأبي أحمد بن علي المعروف بالخصاص، (ت ٣٧٠هـ).

ب. تقويم الأدلة لأبي زيد عبيد الله الدبوسي، (ت ٤٣٠هـ).

ج. الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي (ت ٤٨٣هـ)، مع شرحه (كشف الأسرار) لعبد

العزیز البخاري (ت ٧٣٠هـ)

د. كتاب المنار للمحافظ النسفي (ت ٧٩٠هـ).

حنيفة وتحليلها تحليلاً علمياً إلى هذه الطريقة.

٣- منهج المتأخرين:

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

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

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

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

وذهب الحنفية إلى إنكار ذلك لان التخصيص بمثابة النسخ والكتاب لا ينسخ بالقياس، ويتفرع عن هذا الأصل أن مباح الدم (كمن يرتكب قتلاً موجبا للقصاص) إذا التجأ إلى الحرم في مكة المكرمة لا يعصمه الالتجاء عند الشافعي قياساً على الاعتداء على ما دون النفس الموجب للقصاص بالاتفاق، أو قياساً على حالة ارتكاب الجريمة داخل الحرم وعند الحنفية يعصمه عملاً بعموم قوله تعالى ﴿...وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ

آمِناً...﴾ سورة آل عمران ٩٧، لأن القياس لا يخصه.

^(٢) ومن أشهر المؤلفات على هذا النمط:

أ- بديع النظام الجامع بين كتاب البزدوي والأحكام لصاحبه مظفر الدين أحمد بن علي الشهرستاني الساعاتي الحنفي، (ت ٦٩٤هـ).

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

ج- التحرير لكامل محمد بن عبد الواحد الشهرستاني بآب الهمام، (ت ٨٦١هـ) وقد شرحه تلميذه محمد أبين

أحمد أبين الحاج الحلبي الحنفي، (ت ٨٧٥هـ) في كتابه المسمى (التقرير والتحجير).

أهمية علم أصول الفقه وصلته بالقانون:

لأصول الفقه أهمية كبيرة في المجالين الفقهي والقانوني: -

١- أهميته بالنسبة للفقه الإسلامي تكون من أوجه متعددة منها:

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

ب- أهمية أصول الفقه بالنسبة للقانونيين وصلته بالقانون تكون

من أوجه كثيرة، منها:

١. النصوص القانونية كالنصوص الشرعية منها عامة ومنها خاصة، منها مطلقة ومنها

مقيدة، منها غامضة ومنها واضحة، فالعام يخصص بالخاص عند التعارض، والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب، والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريعهما يرمي إلى تحقيق غاية واحدة، وكل ذلك لا يتم إلا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.

٢. النصوص قد تتعارض فيما بينها ورفع التعارض من قبل القاضي أو شرح القانون يحتاج إلى اتباع نهج أصول الفقه الذي يقضي بأنه يجب اللجوء أولاً إلى الجمع بين النصين أن أمكن لأن أعمال النصين أولى من إهمال أحدهما، فإذا لم يتيسر ذلك يجب التفيتش عن المرجحات لتقديم الراجح على المرجوح في العمل، وإن لم يمكن ذلك بأن كان النصان متساويين في القوة الإلزامية ولم يكن هناك مرجح لأحدهما فيجب البحث عن تأريخ تشريعهما لتحديد المتأخر واعتباره ناسخاً للأول وملغياً له.

٣. عند إعداد مشروع لقانون يجب أن تتميز صياغته بالدقة الفنية، بعيدة عن الحشو والتعقيد متضمنة لصيغ العموم كلما كانت شمولية الأحكام المقصودة خالية من القيود غير المعتبرة في الأحكام، واضحة في النص على القيود المعتبرة في الأحكام التي تحتم على القاضي أن يطبق حكماً مخالفاً للحكم الوارد في النص كلما تخلف القيد المعتبر فيه، وكل ذلك يتطلب أن يكون أعضاء لجنة إعداد مشروع القانون ملمين بقواعد أصول الفقه.

٤. دلالات النصوص على الأحكام مختلفة، منها صريحة ومنها ضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقاً وقد يكون مفهوماً، والمنطوق قد يكون صريحاً وغير صريح، والمفهوم قد يكون موافقاً للمنطوق وقد يكون مخالفاً له، والتمييز بين هذه الشقوق لدلالات النصوص ومضامينها يتطلب الإلمام بقواعد أصول الفقه.

٥. معرفة طبيعة عناصر التصرفات القانونية وتمييزها من أحكامها، وتحديد ما يعتبر ركناً وما يعتبر شرطاً من تلك العناصر للوقوف على الآثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتختلف ذلك له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي ولكل باحث قانوني، وكل ذلك لا يمكن استيعابه إلا عن طريق قواعد أصول الفقه.

٦. من الصعب على شرح القانون الوصول إلى عمق النصوص للحصول على قصد المشرع لبيان هذا القصد وإيصاله إلى ذهنية الطالب القانوني أو تقديم تسهيلات إيضاحية للقضاء بصدد تطبيق القانون، ما لم يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح

قواعد أصول الفقه، وكذلك من الصعب على طلبة الدراسات العليا التخلص من ظاهرة السطحية المتفشية في معالجة الأمور المتعلقة بموضوع البحث ما لم يستعينوا بقواعد وقوانين أصول الفقه، ولأهمية مادة أصول الفقه قامت بعض الدول غير الإسلامية بترجمتها وتدريسها في كليات القانون، وهي حالياً تدرس في جامعة هارفارد في أمريكا، وقد تمت قبل زمن ترجمة رسالة الإمام الشافعي في أصول الفقه إلى اللغة الإنكليزية لتدريسها في كليات القانون^(١).

الوضع والدلالة وأقسامها:

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

الدلالة: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به - بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشيء آخر، فالأول دال^(٢)، والثاني مدلول^(٣)، والحالة التي بينهما أساس تلازمهما، فإن كانت هذه الحالة وضعاً فالدلالة وضعية، وإن كانت طبعاً فالدلالة طبيعية، وإن كانت عقلاً فالدلالة عقلية، وبهذا الاعتبار تنقسم الدلالة إلى الأقسام الستة الآتية:

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

(١) Islamic Jurisprudence Shafis Risala Translated With An Introduction, Note, and Appendices. By Majid Kbaduri .

(٢) سواء كان لفظاً أم غيره.

(٣) فهو من حيث أنه يدل عليه الدال يسمى مدلولاً، ومن حيث أنه يفهم منه يسمى مفهوماً ومن حيث أنه يقصد منه يسمى معنى، ومن حيث تسميته يسمى مسمى.

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

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

٥. **الدلالة الطبيعية غير اللفظية**: كدلالة التغيرات الفيزيولوجية في شخص المتهم حين استجوابه على ثبوت التهمة الموجهة إليه وهي دلالة ظنية قابلة لإثبات العكس، كسرعة نبضاته وتغير لون وجهه عند التحقيق معه، وقد استحدث جهاز يسمى (جهاز كشف الكذب) يستعمل لقياس تنفس المتهم أو ضغط دمه حين التحقيق معه واستنطاقه^(١).

٦. **الدلالة^(٢) العقلية غير اللفظية**: وهي دلالة الأثر على المؤثر كدلالة هذا الكون العظيم على وجود الخالق ودلالة الدخان على النار ودلالة الحركة الإرادية على الحياة ودلالة آثار الجريمة على ثبوتها وعلى تشخيص المجرم، والدلالة المعنية بالدراسة في علم أصول الفقه هي الدلالة اللفظية الوضعية للنصوص الشرعية والقانونية وأدلة الأحكام وبقية الدلالات مطلوبة حين تطبيق النصوص وتكييف الوقائع.

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

١. مفرداً وهو الذي لا يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة، تهمة، عقوبة، علم، شهادة. وقد يطلق على ما يقابل الجمع والمثنى والمضاف والجملة أو المركب وهذا الأخير هو المراد.
٢. وإما أن يكون مركباً وهو الذي يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة الأمانة، شهادة الزور، تهمة القتل، عقوبة السرقة، علم الإجرام.

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

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

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

(٢) الدلالة بفتح الدال لأنها بكسر الدال حرفة الدلال.

تسام لدلالة اللفظية الوضعية من حيث للمعنى:

أ- الدلالة المطابقة (أو دلالة المطابقة): وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه، وسميت الدلالة مطابقة أو مطابقة لأن اللفظ مطابق للمعنى فلا يزيد أحدهما على الآخر ولا ينقص منه كلباس يلبسه الإنسان ويكون حجمه مطابقاً لحجم جسمه.

ب- الدلالة التضمنية (أو دلالة التضمن): وهي دلالة اللفظ على جزء من معناه - إذا كان له جزء - ضمن مجموع المعنى.

ج- دلالة التزامية (أو دلالة الالتزام): وهي دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له ولا ينفك عنه في الذهن أو في خارج الذهن^(١) أو كليهما.

ومن أمثلة الدلالات الثلاث المذكورة: لفظ (عقد) فانه موضوع شرعاً وقانوناً لمجموع الإيجاب والقبول إذا اتصلا وتوافرت شروطهما الشرعية والقانونية، وبذلك تكون دلالة على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة، وعلى الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية وعلى الحقوق والالتزامات المترتبة عليه للمتعاقدين التزامية.

وعلى هذا الأساس قال الحنفية (أركان العقد: الإيجاب والقبول، لان العقد تصرف مركب مكون من هذين العنصرين، وركن الشيء ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه وهذا الاتجاه أدق وأفقه من اتجاه الفقه القانوني القائل بأن أركان العقد ثلاثة، المحل والتراضي والسبب، فالعقد اتفاق يعبر عن التراضي، والاتفاق (الإرادة الظاهرة) والتراضي (الإرادة الباطنية) صفتان قائمتان بشخص المتعاقدين، ومحل العقد خارج عن ماهية العقد وشروط لصحة الإيجاب والقبول وكذلك السبب إما بمعنى الغرض (الغرض المباشر) أو بمعنى الباعث الدافع فهو في الحالتين ليس جزءاً من الاتفاق بالمعنى المنطقي والأصولي وإنما هو من شروط صحة الإيجاب والقبول.

^(١) يقول القرافي (دلالة المطابقة هي فهم السامع من كلام المتكلم كمال المعنى ودلالة التضمن فهمه جزء المعنى، ودلالة الالتزام فهمه لازم المعنى) أنظر شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول/ص ٢٤.

والحاصل الدلالة بالنسبة إلى كمال المعنى مطابقة وإلى جزئه - إن كان له جزء - تضمنية كدلالة البيت على الحائط تضمنية ودلالة السقف عليه التزامية لأنه مستتبع له ويلاحظ على كلام القرافي انه لا يجوز إلا بناءً على التجوز لان الدلالة صفة اللفظ والفهم صفة السامع فلا يجوز حمل أحدهما على الآخر.

الكل والجزء والكلّي والجزئي:

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

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

الجنس والنوع والصفة:

الجنس: كلّي يندرج تحته أمور مختلفة في طبائعها وماهيتها كالجرمة جنس لكافة أنواع الجرائم، والمعدن جنس لجميع أنواع المعادن.

النوع: كلّي يندرج تحته أمور متفقة في طبائعها وماهياتها لكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها، كالتمر والخنطة والأرز وغيرها، فكل واحد منها نوع لأصنافها المتفقة في الماهية والطبيعة المختلفة في الصفات كالجودة والرداءة والطعم وغيرها.

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

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

النسبة بين مفاهيم المصطلحات:

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

١. **المساواة**: وهي كون لفظين مترادفين بحيث يطلق كل منهما على كل ما يطلق عليه الآخر من الأفراد كالإنسان والبشر لغة. والجنائية والجريمة شرعاً^(١). وكالعقد واتفق الإرادتين على إحداث ما يرتب عليه الشرع أو القانون أثره، وكالعقد الموقوف وغير النافذ، والتدليس والتغريب، والتصرف القابل للأبطال، والتصرف غير اللازم، والباطل والفساد عند جمهور الفقهاء^(٢).

٢. **التباين**: وهو كون لفظين بحيث لا يطلق كل منهما على أي مما يطلق عليه الآخر كالمجرم والبريء، والخيانة والأمانة، والكفر والإيمان، والصدق والكذب، والحبي والجماد، والحلال والحرام، والصحيح والباطل، والتصديق والجحود، والرجاء والقنوط، والعدل والجور، والرضى والإكراه، والعلم والجهل.

٣. **العموم والخصوص المطلق**: وهو أن يكون أحد اللفظين بحسب المفهوم أعم مطلقاً والآخر بحسب مفهومه أضخم مطلقاً، فعندئذ كلما تحقق الخاص يتحقق معه العام دون العكس الكلي، فقد يتحقق العام في مجال آخر بدون هذا الخاص. ومن أمثلة ذلك: الجنائية والقتل العمد العدوان، فكل قتل عمد عدوان جنائية ولكن ليست كل جنائية قتلاً لجواز أن تكون سرقة أو تجسساً أو غيرهما. والتصرف الشرعي (القانوني) والعقد، فكل عقد تصرف لكن ليس كل تصرف عقداً، لجواز أن يكون تصرفاً انفرادياً (إرادة منفردة).

٤. **العموم والخصوص من وجه**: وهو أن يكون كل من اللفظين بحسب المفهوم عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، يكون خاصاً عندما يجتمع مع الآخر في حالة من الحالات، ويكون عاماً إذا فارقه وأجتمع مع آخر.

٥. **ومن أمثلة ذلك المال والحق الشخصي**^(٣) فإنهما يجتمعان في مبلغ من النقود لشخص

(١) وقد فرقت بعض القوانين منها قانون العقوبات العراقي (م ٢٣). بين الجنائية والجريمة فاعتبروا الجريمة أعم من الجنائية لأنها تشمل الجنحة والمخالفة، لكن في الشريعة هما مترادفان وعبارتان عن ارتكاب فعل محظور أو ترك واجب بحيث يعاقب المرتكب.

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

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

يكون بذمة شخص آخر، فهذا المبلغ مال لان له منفعة مباحة ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وحق شخصي لأنه بذمة الغير لا يتصرف فيه إلا بوساطة هذا الغير. وقد يفترق المال عن الحق الشخصي فيتحقق مع الحق العيني^(١) كالدار والسيارة والأرض وغيرها من الحقوق العينية، فهي أموال وحقوق عينية لمالكها، وليست بحقوق شخصية، إذن المال من هذا الوجه عام، لأنه مرة مع الحق الشخصي وأخرى مع الحق العيني، وكذلك الحق الشخصي قد ينفرد عن المال ويتحقق فيما ليس بمال أصلاً، كحق كل زوج في التمتع بالآخر فهو حق شخصي، ولكنه ليس بمال لأنه غير قابل للتصرف فيه ولا يقبل نقله إلى الغير لا بعوض ولا بدون عوض.

التعارض والتناقض^(٢)

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

الاستعمال والاحتمال والبيان:

الاستعمال إطلاق اللفظ وإرادة المعنى، وهو لا يكون إلا بعد الوضع ويكون دائماً صفة المتكلم.

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

^(١) وهو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله صلاحية التصرف في هذا الشيء واستقلاله واستعماله وحيازته كحق الملكية.

^(٢) يراجع مؤلفنا أيضاً الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، القاعدة (كل تناقض تعارض دون العكس).

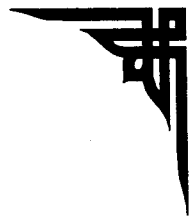
خطة البحث

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

القسم الأول : أدلة الأحكام الشرعية العملية

القسم الثاني : الأحكام الشرعية العملية

القسم الثالث : دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام



القسم الأول

أدلة الأحكام الشرعية العملية



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

الفصل الأول:

الأدلة الأصلية النقلية^(١) المتفق عليها، وهي عبارة عن القرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً.

الفصل الثاني:

الأدلة التبعية النقلية^(٢) المتفق عليها، وهي عبارة عن الإجماع أولاً والعرف ثانياً.

الفصل الثالث:

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

الفصل الرابع:

الأدلة التبعية العقلية^(٣)، وهي القياس والمصلحة والاستصحاب والاستحسان، وسد الثرائع.

(١) الأدلة النقلية: ما كان طريقها النقل ولا دخل للمجتهد في تكوينها وإيجادها كالقرآن والسنة والإجماع إذا كان سنه نصاً، والعرف، لأن تكوين العرف نتيجة لتكرار العادة فهي إذا اكتسبت صفة الإلزام الأبدي تصبح عرفاً يتقل من جيل إلى آخر ويكون مصدراً ملزماً إذا حكم به القاضي، أو تحول إلى قاعدة شرعية أو قانونية.

(٢) المصدر الأصلي: هو المصدر الذي يكون منشأً للحكم الشرعي، والمصدر التبعية: هو الذي يكون وسيلة لكشف الحكم وليس منشأً له.

(٣) الأدلة العقلية: هي التي يكون للمجتهد دخل في تكوينها كالوسائل الشرعية التي يستدل بها المجتهد ويستدل إليها من الوجهة العقلية وباعتبارها كاشفة للأحكام الشرعية.

نشأت المصادر العقلية في عصر الصحابة إضافةً إلى النقلية، فالنقلية: هي التي يكون طريقها النقل من جيل لآخر دون أن يكون للمجتهد دخل في تكوينها، بخلاف العقلية فهي عملية عقلية اجتهادية للمجتهد من حيث إرجاع الجزئيات إلى الكلّيات، لكن المعقول لا يعتد به ما لم يستدل إلى النقل.



الفصل الأول القرآن والسنة النبوية

القرآن:

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

السنة النبوية:

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



المبحث الأول القرآن الكريم

القرآن:

غني عن التعريف، ويدهي، ومن العبث تعريف البديهيات، لذا نقتصر على قدر ما يتعلق بموضوعنا وصف الشافعي (رحمه الله) القرآن فقال: (فكل ما نزله الله في كتابه جل ثناؤه رحمةً وحجةً، عِلْمُهُ مَنْ عِلْمُهُ وَجَهْلُهُ مَنْ جَهْلُهُ، لا يعلم من جهله ولا يجهل من علمه)^(١) وقال الشاطبي في وصفه (إنه كلية الشريعة، وعمدة الملة وينبوع الرسالة، ونور الأبصار والبصائر، وإن لا طريق إلى الله سواه، ولا نجاة بغيره ولا تمسك بشيء يخالفه)^(٢)، وعرفه علماء الأصول بأنه (الكلام المعجز المنزل على النبي محمد ﷺ المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر المتعبد بتلاوته)^(٣) وأصفه - إن صح وصفي - بأنه آخر دستور إلهي جاء معدلاً للدساتير الإلهية السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل، تضمن أمهات أحكامها مضيئاً إليها أحكاماً جديدة اقتضاها نضج العقل البشري ليستقر عليها الإنسان ويأخذ بهداها في تطوير حياته وضمان سعادته الدنيوية والأخروية.

وتؤكد هذه الحقيقة آيات قرآنية منها قوله تعالى ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾^(٤) وقوله تعالى ﴿إِنَّ هَذَا لَفِي الصُّحُفِ الْأُولَى ﴿١٨﴾ صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى ﴿١٩﴾﴾^(٥) وقوله تعالى

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

(٢) الموافقات للشاطبي ٣/٣٤٦.

(٣) متاهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني ١٩/١، وقال إمام الحرمين، البرهان ١/٦٦٧ (القرآن قاعدة الإسلام وقطب الشريعة واليه رجوع الأصول ولا أمر في الدين أعظم منه)

(٤) سورة الشورى ١٣.

(٥) سورة الأعلى ١٨-١٩.

﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَامٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكَ إِلَّا نَسْبُ إِلَّا اللَّهُ وَلَا تَشْرِكْ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ ﴿٦٤﴾﴾^(١) وإضافة إلى الإيمان بالرسول خاتم الأنبياء وبالقرآن جعل الله الإيمان بكافة الرسل والأنبياء وبالكتب المقدسة وعدم التفريق بين الرسل أساساً رئيساً لاعتبار الإنسان مؤمناً فقال تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَكِيَّتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ﴾^(٢).

وظيفة الدستور:

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

أحكام القرآن:

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

(١) سورة آل عمران ٦٤

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

(٣) سورة الطلاق: ١.

تقسام الأحكام للوردية في القرآن:

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

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

أولاً - الأحكام الاعتقادية (العقائدية)

وهي التي تتعلق بعقيدة الإنسان من معرفة ذات الله وصفاته وأفعاله وما يتفرع عنها من مباحث النبوة والمعاد وغير ذلك من المغيبات، وهذه الأحكام هي الأساس الرئيس للأحكام الأربعة الباقية، فالغاية منها اكتساب العقيدة الدينية الثابتة التي هي قوام الحياة الصحيحة للأسرة البشرية والعمود الفقري لهيكل المجتمع والعرق النابض في جسم الفرد. والعلم الذي يتكفل ببيان هذه الأصول العقائدية هو علم الكلام (أو علم العقائد).

الإيمان بالله قمة المعتقدات:

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

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

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

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

وفي عام ١٩٨٨ كنت استاذاً في كلية صدام للحقوق دخلت قاعة الدرس في اليوم الاول من العام الدراسي الجديد فقبل ان ابدأ بالمحاضرة قام احد الطلبة فقال: يا استاذ اني ابن مسلم ومسلمة ولكنني ملحد غير مؤمن بوجود الله فكم من كتاب قرأته وكم من عالم سألته فلم أجد دليلاً مقنعاً يقنعني بوجود الله. وقلت له: استخدم عقلك واستعمل سمعك بدقة الآن أثبت لك بدليل بسيط خلال ثلاث دقائق وجود الله، فقلت له: هل يُتصور ان تحدث هذه القاعة البسيطة التي نحن ندرس فيها صدفة بدون فاعل من البناء والعمال؟ قال: كلا، قلت: إذن كيف يتصور وجود هذا الكون العظيم المنظم بدون صانع؟ قال: هو من صنع الطبيعة، قلت: هل الطبيعة موجودة في خارج ذهن الانسان او معدومة فاذا كانت معدومة فهل يتصور ان يصنع المعدوم الموجود؟ قال كلا.

قلت: الطبيعة الموجودة خارج ذهن الانسان هل هي جزء من هذا الكون او خارج عنه فاذا كانت جزءاً منه فهل يتصور ان يصنع الشيء نفسه؟ قال: كلا، قلت: اذن تعترف بأن الطبيعة شيء موجود خارج ذهن الانسان وهي ليست جزءاً من هذا الكون قال: نعم.

قلت: هل يستطيع النجار ان يصنع باباً من الخشب بدون علم وإدراك وإرادة وقدرة، قال: كلا، قلت: اذن هل يُتصور ان تصنع الطبيعة هذا الكون العظيم الذي عقول علماء الفلك والفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي بدون ان يكون لها العلم والارادة والقدرة، قال: كلا، قلت: اذن الطبيعة التي هي موجودة خارج ذهن الانسان وهي ليست جزءاً من هذا الكون وتتصف بصفات العلم والقدرة والارادة وغيرها من صفات الكمال هي نفس ما

(١) بكو: قل، من: أنا، خدا: الله، بي دليل: بدون دليل، ميشناسم: أعرفه.

نسميه الله وانت تسميه الطبيعة . فقام الطالب من مكانه فقال بدون تردد أشهد ان لا اله الا الله وأشهد ان محمداً رسول الله والآن قد حصلت لدي القناعة الكاملة بوجود الله ، ثم بعد فترة قال لي : انني أقرأ القرآن الكريم قبل المجيء الى الكلية. والمقصود من هذه القصة هي ان ثبوت وجود الله لا يحتاج الى الادلة الفلسفية اليونانية التي يستعصي على ادراك الانسان فهمها.

اهمية الايمان بالله:

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

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

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

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

ومن آيات الأحكام الاعتقادية في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ ﴿١١٠﴾ الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ وَيَتَفَكَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَطْلًا تُسَبِّحُكَ فَقَتْنَا عَذَابَ النَّارِ ﴿١١١﴾﴾.

هل الإيمان يزيد وينقص

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

أما اذا اريد بالايمان الاعتقاد والعمل الصالح معاً على اساس أنه يتكون من عنصرين معنوي وهو الاعتقاد المذكور ومادي وهو العمل الصالح فانه يوصف بالزيادة حين زيادة الاعمال الصالحة وبالنقصان في حالة نقصان الاعمال الصالحة، وهذا المعنى الثاني يبدو ظاهراً في آيات القرآن التي تجمع بين الايمان بمعنى الاعتقاد والاعمال الصالحة. ولكن الحقيقة هي أن الاعمال الصالحة لازمة في وجودها الخارجي للاعتقاد اليقيني حيث لا يتصور وجود عقيدة يقينية لدى شخص مع تخلف الاعمال الصالحة فيه.

ثانياً - الأحكام الخلقية

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

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

كما تنهى الايات القرآنية عن الجهل والكسل واستغلال الانسان لاخيه الانسان والترفقة والتمييز بالعرق او اللون او الجنس او غير ذلك، والظلم والقسوة والاثرة والشح والبغي والطغيان والتعالي والتطاول وغير ذلك من الرذائل التي يجب على الانسان ان يتخلى عنها. فالله الذي خلق الانسان من طينة واحدة ومن اب واحد وأم واحدة لم يخلقهم ليعيشوا عيشة العداة والتمزق والكراهية والحقد والحسد فالكل من آدم وادم من تراب. فشيمة الاخوة البشرية التكافل دون التنافر وشيمة التراب التواضع لانه يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة، فالمخلوق من هذا المعدن المتواضع يجب ان يكون متواضعاً بأصله بعيداً عن كل مظاهر الطغيان.

ثالثاً - الأحكام الكونية

تضمن القرآن الكريم آيات كونية كثيرة ذات معان علمية وهي واصلة الى درجة الاعجاز ولم يدركها المفسرون الاولون بل منها ما اكتشفها التطور العلمي الحديث وبيّن معانيها ومقاصدها ومنها ما لم تكتشف بعد وهي تنتظر الاكتشافات العلمية الجديدة في المستقبل كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿ سَأُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ ﴾^(١)، وحكمة الأحكام الكونية هي تقوية الايمان بالقران وتثبيت العقيدة بأنه ليس من صنع البشر وإنما هو وحي منزل، إضافة الى ذلك فان فيها توجيه الانسان الى التفكير في هذا الكون المسخر للانتفاع به مادياً ومعنوياً ولكن قليل من الناس يدركون الأسرار الكونية لهذه

الآيات وفلسفتها كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ﴾^(١)، ثم إن في اعجاز الآيات القرآنية الكونية تفنيدا للمزاعم التي تنشر بين آونة وأخرى في الرسائل المقروءة والمريئة وغير المريئة تحت عنوان علوم المستقبل أو غير ذلك مما يتعلق بعمر الكون بوجه عام وعمر الأرض بوجه خاص وعمر الإنسان بوجه أخص وتتضمن تلك المنشورات المضللة أرقاماً خيالية للأعمار المذكورة وهذه الاكتشافات المضللة المختلفة محاولات لاضعاف إيمان المؤمنين بوجود الله على أساس ارجاع الكون وما فيه إلى الطبيعة من جهة واضعاف الإيمان بمسؤولية الآخرة من جهة أخرى، ففي اختلاقها دس وفي ترجمتها دس وفي نشرها دس من وراء الستار، ومن هذه الأكاذيب الخيالية المضللة ما نشرته مجلة علوم المستقبل الصادرة من وزارة الاعلام العدد (٣) صفحة ٤ تحت عنوان (ما قبل الانفجار العظيم): (١٥ مليار سنة ضوئية ومن ثم (١٥) مليار سنة خلت في الماضي السحيق استطاع الفلكيون في هذا العصر التوغل باجهزتهم المتطورة في تلك السنين إلا ان الامر ما يزال غامضاً ولكن العالم الكوني الروسي (اندرية ليندا) يقدم لنا مشهداً يتجاوز الخيال)، وقد رسم لنا اندرية ليندا رسماً خيالياً للكون وهذا ما سماه الانفجار العظيم وهو لا حقيقة له ولا وجود له الا في خياله الفاسد المفسد.

وأدعو الشباب المسلمين ان لا ينخدعوا بهذه الافكار المختلفة المضللة التي تنشر بطريقة الدس لضعاف عقائد المسلمين ممن عقيدتهم تقليدية أخذوها من آبائهم أما العقيدة العلمية الراسخة فإنها لا تتأثر بهذه الأكاذيب المضللة.

وهذا العالم الفلكي الروسي استعرض اكتشافه العلمي على أساس ان الكون من صنع الطبيعة وان مصدر الانفجار هو الطبيعة وان الكون قديم وكل قديم يتعارض مع كونه مخلوقاً لخالق لان كل مخلوق حادث مسبوق بالعدم.

اما بالنسبة لأصل الانفجار الكوني فقد نص عليه القرآن صراحة ولكن المفجر هو الله وليس الطبيعة فقال سبحانه وتعالى ﴿أَوَلَمْ يَرِ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا^(٢) فَفَنَقَّْنَاهُمَا وَجَعَلْنَاهُمَا مَاءً كُلِّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ ﴿٣٠﴾ وَجَعَلْنَا فِي الْأَرْضِ رُوسًا^(١)

(١) سورة العنكبوت: الآية ٤٣.

(٢) اي شيئاً واحداً متصلاً بعضه ببعض، والرتق ضد الفتق: وهو الفصل بين شيئين ملتصقين.

أَنْ نَعْمِدَ بِهِمْ^(٢١) وَجَعَلْنَا فِيهَا فِجَاجًا^(٢٢) سُبُلًا لَّعَلَّهُمْ يَهْتَدُونَ^(٢٣) وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَفًى تَحْفُوظًا وَهُمْ عَنْ آيَاتِهَا مُعْرِضُونَ^(٢٤) وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ كُلٌّ فِي فَلَكٍ يَسْبَحُونَ^(٢٥).

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

حكمة الآيات الكونية:

ففي الآيات الكونية براهين قطعية على أن القرآن وحي وان كل ما جاء فيه صحيح مطابق للواقع، وأذكر على سبيل المثال احدى تلك الآيات التي عرفت الكهرباء والشحنات الكهربائية قبل اكتشافها باكثر من ثلاثة عشرة قرناً كما في قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يُرْسِلُ سَحَابًا ثُمَّ يُؤَلِّفُ بَيْنَهُ ثُمَّ يَجْعَلُهُ رُكَامًا فَتَرَى الْوَدْقَ يَخْرُجُ مِنْ خَلَلِهِ وَيُنَزِّلُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ جِبَالٍ فِيهَا مِنْ بَرَرٍ فَيُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَصْرِفُهُ عَنِ مَنْ يَشَاءُ يَكَادُ سَنَا بَرْقُهُ يَذْهَبُ بِالْأَبْصَارِ^(٢٦)﴾.

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

(١) اي جبالات ثوابت.

(٢) اي لثلاث تتحرك بهم.

(٣) اي مسالك.

(٤) سورة الانبياء: ٣٠-٣٣.

(٥) يسوقه برفق.

(٦) سورة النور: الآية ٤٣.

يخلقه من بين السحاب من برق وصواعق ومن مطر أو برد، وإذا تمَّ تجاذب السحاب بعضه فوق بعض نشأ السحاب الركام كما يقول سبحانه: ﴿هُوَ الَّذِي يُرِيكُمْ الْبَرْقَ خَوْفًا وَطَمَعًا وَيُنشِئُ السَّحَابَ الثِّقَالَ﴾^(١)، ان عمق الركام في العواصف الرعدية يكون عظيماً بحسب ما وصل اليه العلماء فإذا حصل التفريغ داخل السحاب بين تلك الطبقات الدنيا تكبر قطراته أثناء نزولها بما تستحقه من القطيرات وهو الودق فاذا بلغت الحالة الجوية الكهربائية في ذلك السحاب الركام من القوة ومن الاضطراب ما يسمح بوقوع ظاهرة تردد بلورات الماء بين منطقتين ثلجية علوية ومطرية سفلية تكوّن البرد ونما حتى يصير اثقل من أن يظل في اصل تلك القوى فيسقط على الارض رحمةً إن كان صغيراً هيناً ونعمةً ان كان كبيراً راجعاً كما يقول سبحانه: ﴿فَيُصِيبُ بِهِم مِّنْ سَيْئَةٍ وَيَصْرِفُهُ عَن مَّنْ يَشَاءُ﴾ ولا يدري الانسان كثيراً عن الظروف التي يتكون فيها البرد ولكنه يدري أنها ظروف يسودها اضطراب جوي الذي اشارت الآية اليه والى طبيعته اشارتين^(٢):

احدهما: حين شبهت السحاب الركام الذي يتكون البرد داخله بالجبال.

والثانية: حين اشارت الى عظم القوى الكهربائية المشتركة في تكوينه بنصها على عظم برقه

وشدته وبلوغه من الحرارة درجة الابيضاض او ما فوق ذلك كما في قوله تعالى:

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

الرِّيحَ لَوْفِحَ لَوْحٍ فَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَائِرِينَ﴾^(٣) الى

الأمس القريب فسر اللقاح بأنه بين بذر التذكير وبيضة الانثى من النباتات

والاشجار، وهذا التفسير يتنافى مع النتيجة وهى انزال الماء من السماء والواقع ان

اللقاح بين الشحنات الكهربائية الموجبة والشحنات السالبة فى السحاب الذى يولد

الصوت والبرق.

وفلسفة أحكام الآيات الكونية هي توجيه الانسان الى الاكتشافات العلمية في هذا الكون

من جهة وتقوية الايمان بالله وبالقران والرسول من جهة اخرى، لأن هذه المعلومات الكونية

(١) سورة الرعد: الآية ١٢.

(٢) ينظر: نظرات في القرآن للاستاذ محمد الغزالي - ط ٣: ص ١٤٣ وما يليها.

(٣) سورة الحجر / ٢٢.

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

رابعاً - الأحكام العبرية:

وهي الأحكام التي تؤخذ من الآيات التي تبحث عما فعلته الأمم السابقة قبل الاسلام وما نالته تلك الأمم من جزاء طبقاً لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ. ﴿٧﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ. ﴿٨﴾ ﴾ (١).

وفلسفة هذه الآيات وأحكامها هي أنها توجه الأجيال القادمة المتعاقبة بعد ظهور الاسلام نحو العبرة بما فعلته الأمم السابقة وبما نالته من الجزاء وقياس حالهم ومصيرهم على حال تلك الأمم ومصيرها وقد نصَّ القران الكريم على هذه الحكمة في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ لَقَدْ كَانَتْ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِأُولِي الْأَلْبَابِ ﴾ (٢)، وقوله: ﴿ وَأَتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ الَّذِي ءَاتَيْنَاهُ آيَاتِنَا فَانْسَلَخَ مِنْهَا فَاتَّبَعَهُ الشَّيْطَانُ ﴾ (٣) فَكَانَ مِنَ الْغَاوِينَ ﴿١٧٠﴾ وَلَوْ شِئْنَا لَرَفَعْنَاهُ بِهَا ﴿١٧١﴾ وَلَكِنَّهُ أَخْلَدَ ﴿١٧٢﴾ إِلَى الْأَرْضِ ﴿١٧٣﴾ وَأَتَّبَعَهُ هَوْنَهُ فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ الْكَلْبِ إِنْ تَحْمِلَ عَلَيْهِ ﴿١٧٤﴾ يَلْهَثُ ﴿١٧٥﴾ أَوْ تَتْرَكُهُ يَلْهَثُ ذَلِكَ مَثَلُ الْقَوْمِ الَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا فَاقْصُصِ الْقَصَصَ لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١٧٦﴾، وقوله: ﴿ وَذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرَى تَنْفَعُ

(١) سورة الزلزلة: الآية ٧.

(٢) سورة يوسف: الآية ١١١.

(٣) على اليهود.

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

(٥) أي ادركه فصار قريباً له.

(٦) أي الى منزلة العلماء.

(٧) أي بسبب تلك الآيات.

(٨) أي السكن.

(٩) أي الى الدنيا وما فيها.

(١٠) أي بالطرد والزجر.

(١١) لهث الكلب وغيره أخرج لسانه.

(١٢) سورة الاعراف: الايتان ١٧٥-١٧٦.

الْمُؤْمِنِينَ ﴿١﴾، وقوله: ﴿لَا يَأْتِيهِمْ نَبَأٌ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ قَوْمٌ نُوحٍ وَعَادٌ ﴿٢﴾
وَتَمُودٌ ﴿٣﴾ وَقَوْمٌ إِبْرَاهِيمَ وَأَصْحَابِ مَدْيَنَ ﴿٤﴾ وَالْمُؤْتَفِكَةَ ﴿٥﴾ أَنَّهُمْ رُسُلُهُمْ
يَآبَتِينَ ﴿٦﴾ فَمَا كَانَ اللَّهُ لِيَظْلِمَهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴿٧﴾.

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

خامساً - الأحكام الشرعية العملية:

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

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

(١) سورة الذاريات: الآية ٥٥.

(٢) أي قوم هود.

(٣) أي قوم صالح.

(٤) أي قوم شعيب.

(٥) أي قرى قوم لوط والمراد أهلها.

(٦) أي المعجزات.

(٧) سورة التوبة: الآية ٧٠.

أهم الأحكام العملية:

١- **أحكام العبادات**: ووظيفتها تقوية الصلة بين العبد وربّه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

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

٣- **أحكام المعاملات المالية**: وهي وجوب رعاية الأسباب الشرعية لكسب الملكية والأخذ بالأسس والقواعد التي تترتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، حتى لا يكتسب أحد حقاً أكثر من التزامه ولا يطغى حق فرد على حق آخر، وقد أقصر القرآن على العناصر والأسس والأحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة الاقتصادية ومنها: التراضي في عقود المعاوضات^(١) وطية النفس في التبرعات^(٢)، والتوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانبين^(٣)، والوفاء بالالتزامات المترتبة على التصرفات^(٤)، وأداء المدين للأمانات^(٥)، وتوثيق العقود ضماناً للحقوق وحذراً من

(١) قال تعالى: ﴿يَتَّخِذُهَا الذِّبْنَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِطْبَالٍ إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحِكْمَةٍ عَنِ تَرَاخُصٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ النساء ٢٩.

(٢) قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَيْنِ مِخْلَةً فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ النساء ٤.

(٣) قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ البقرة ٢٧٥.

والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين العوضين والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يكتسب فيه احد العاقدين مصلحة على حساب الآخر بدون مبرر شرعي.

(٤) قال تعالى: ﴿يَتَّخِذُهَا الذِّبْنَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المائدة ١، أي أوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

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

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

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

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

الأساس الأول: هو العمل بمبدأ الشورى في صنع كل قرار يتعلق بالمصالح العليا للأمة^(٣).

الأساس الثاني: رعاية العدل والعدالة في كل حكم قضائي وإداري وغيرهما من كل ما يمس حياة وكرامة الفرد^(٤).

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

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

(١) قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾ البقرة ٢٨٢، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة ٢٨٢، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ البقرة ٢٨٣.

(٢) سورة الطلاق ١.

(٣) قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ آل عمران ١٥٩، وقال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ الشورى ٣٨.

(٤) أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل والأخذ به في آيات متعددة كثيرة منها ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ النحل ٩٠.

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

والإخلال بالتزام الطاعة إخلال بالنظام.

٥- **أحكام العلاقات الدولية:** دستورنا القرآن الكريم بنى تنظيم علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها وعلاقات الشعوب والأقوام والأمم على أساس الإخوة البشرية، وكونهم من أب واحد وأم واحدة^(٢)، وشيمة الإخوة هي التعاون والتضامن والتحابب والتوادد واستبعاد كل ما يعتبر من باب عدوان بعضهم على بعض، وعلى هذا الأساس نص القرآن على أن الأصل في هذه العلاقات هو السلم^(٣)، وأن الحرب استثناء^(٤) لا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات الدفاع الشرعي عن العقيدة والإيمان وعن الحياة والعرض والمال والعقل، تلك المصالح الضرورية التي رعايتها والمحافظة عليها تعد من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية. وفي حالة الدفاع الشرعي أيضاً أمر سبحانه وتعالى بالانصراف إلى السلم كلما دعا المعتدي إلى ذلك بعد كفه عن الاعتداء^(٥).

٦- أحكام المالية العامة:

أولاً: الملكية في الإسلام تختلف عن الملكية في النظامين الرأسمالي والشيوعي، ففي النظام الرأسمالي ملكية الفرد مقدسة غير محددة، وغير خاضعة للقيود، وفي النظام الشيوعي عناصر الإنتاج ملك للدولة، وفي الشريعة الإسلامية الملكية لله تعالى^(٦)، والإنسان خليفة ووكيل^(٧)، فعليه أن يستثمر ملكه استثماراً يفيد نفسه ومجتمعه، وأن

(١) قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ النساء ٥٩.

(٢) قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْتَكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَمُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ الحجرات ١٣.

(٣) قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَذْخُلُوا فِي السِّلْسِلَةِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ﴾ البقرة ٢٠٨.

(٤) قال تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة ١٩٤.

(٥) قال تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ الأنفال ٦١.

(٦) قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ المائدة ١٧.

(٧) قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ﴾ الأنعام ١٦٥.

ينفق ما يزيد عن حاجته في سبيل الله وفي سبيل المصلحة العامة^(١).

ثانياً: جميع المعادن الفلزية واللافلزية في باطن الأرض وظواهرها، وفي الملك الخاص والملك العام تعتبر من الأموال العامة ومن موارد الدولة كما أجمع على ذلك فقهاء المالكية، وعللوا ذلك بأن استثمارها من قبل الأفراد يخلق الفتن والحقد والبغضاء. ثالثاً: أموال الوقف من الأموال العامة، يصرف ريعها على الموقوف عليه، فإذا أنقرض تصرفه الدولة في سبيل المصالح الخيرية العامة.

رابعاً: الزكاة، موارد زكاة النقود، والمحصولات الزراعية، والحيوانات وكل مال معد للربح والتجارة تعتبر من الأموال العامة أو حقوق الله المحضة، فعلى الدولة تأسيس مؤسسة عامة ووزارة تتولى جمع موارد الزكاة وتوزيعها على مصارفها المحددة في القرآن^(٢) بضمنها (في سبيل الله)، أي في سبيل المصلحة العامة.

خامساً: الضرائب للدولة فرض الضرائب على دخل الأغنياء وأخذ الزيادة عن حاجتهم كلها أو بعضها كلما دعت حاجة الأمة أو المصلحة العامة، لان الزيادة تعتبر من الأنفال^(٣)، والنفل في اللغة العربية عبارة عن الزيادة، وقد طبق الخلفاء الراشدون فكرة أخذ مال الأغنياء مما هو زائد عن حاجتهم في حالات حاجة بيت المال إلى ذلك كما في ظروف الجهاد.

سادساً: أرض العراق موقوفة على المصالح العليا لأهل العراق منذ الفتح الإسلامي باتفاق كبار الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب^(٤).

(١) قال تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُتَسَخِّلِينَ فِيهِ﴾ الحديد ٧.

(٢) قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيَّهَا وَالْمَوْلَةَ فَلُوئِيهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَنَرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ التوبة ٦٠.

(٣) قال تعالى: ﴿يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ الأنفال ١.

(٤) بعد أن تم فتح العراق والشام وغيرهما من البلاد الأخرى في عهد عمر بن الخطاب^(٥) رأى جمهور الصحابة في بادئ الأمر تقسيم تلك الأرض بين الفاتحين بعد إخراج الخمس، فخالفهم عمر، ثم قالوا له: استشر، فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا، ثم قال لهم: رأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها؟ رأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر. لا بد لها من أن تشحن بالجيوش وإمداد الطعام عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرض والعلوج؟ فقالوا جميعاً: الرأي رأيك نعم ما قلت ونعم ما رأيت أن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما

٧- أحكام الجرائم والعقوبات:

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

قسم فقهاء الشريعة الجرائم باعتبار خطورتها وعقوبتها إلى ثلاثة أقسام رئيسة:
القسم الأول: جرائم الحدود: وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان، لذلك حدد التحريم بالنص والعقاب بالنص.

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

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

يتقون به رجع أهل الكفر إلى مدنهم، ثم انتهى الأمر بموافقة أكثرهم على اعتبار أرض العراق موقوفة على المصالح العليا.

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

(١) لأن ركنه المادي هو القيام بالعمل.

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

(٣) قال تعالى في تحريم السرقة ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالطَّيْلِ﴾ البقرة ١٨٨، وقال في العقاب ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ المائدة ٣٨.

(٤) قال تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُم عَن دِينِهِ فَمَا كَانَ مِن شَيْءٍ وَأُولَئِكَ حَظَّتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا

وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ البقرة ٢١٧ وفي القرآن نوع ثانٍ من الأحكام

العملية وهي أحكام المرافعات والإثبات وردت بمبادئ عامة منها ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا

الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ الطلاق ٢، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا بِاللَّهِ وَمَن يَكْفُرْ فَإِنَّهُ إِسْمُ قَلْبِهِ وَاللَّهُ

بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ البقرة ٢٨٣، وقال تعالى: ﴿وَلِإِن كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا

خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة ٢٨٠.

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

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

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

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

(١) قال تعالى في تحريم القتل ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ الإسراء ٣٣، وقال تعالى: ﴿أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ المائدة ٣٢.

(٢) قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ البقرة ١٧٨، وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ النساء ٩٢.

(٣) قال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ الإسراء ٣٣، والسلطان عبارة عن واحد من الخيارات الثلاثة (أما طلب تنفيذ القصاص أو الدية أو العدول إلى العفو).

(٤) وإلا فلا يجوز لولي المقتول سوى طلب القصاص وإذا طلب غير ذلك فلا يجوز للقضاء والسلطة التنفيذية استجابة طلبه ما دام ارتكاب القتل أصبح أكثر من مرة واحدة.

(٥) الشبهة: هي ما لم يتيقن كونه حلالاً أم حراماً وما لم يتيقن ثبوته، والشبهة قد تكون في الفعل وهي ما ثبت بظن غير الدليل دليلاً كظن حل معاشرته زوجة يكون زوجها فاسداً أو باطلاً ولا يعلم بطلانه، وقد تكون شبهة في المحل كالسرقة بين الأصول والفروع، فالشبهة في المال المسروق من حيث الحل والحرمة وقد قال الرسول ﷺ لولد أحد الصحابة (أنت ومالك لأبيك). وقد تكون في الإثبات كما في حالة عدم توافر نصاب الشهادة مع قناعة القاضي بوقوع الجريمة.

الشهادة في الزنى أربعة فما فوق^(١).

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

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

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

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

دلالة القرآن على الأحكام:

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

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

(١) لوجود الشبهة في الإثبات في الحالة الأولى، ووجود العقد الصوري في الحالة الثانية الذي اعتبره الفقهاء منشأ الشبهة وأقروا فيه النسب والعدة ومهر المثل وعدم وجوب عقوبة الحد وثبوت المصاهرة إذا تم الدخول.

(٢) قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْسُرُوا وَلَا يُعْتَبَ بِعَصَاكُمْ بَعْضًا﴾ الحجرات ١٢.

(٣) قال تعالى: ﴿وَالطَّيِّبُ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ النساء ٢.

(٤) قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَىٰ الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة ١٨٨.

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

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

الدلالات القطعية للآيات القرآنية :

أ- قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍ وَوصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾^(١). فدلالة هذه الآية على أن نصيب الزوج النصف إذا لم يكن لزوجته فرع وارث، والربع إذا كان لها فرع وارث، وعلى أن نصيب الزوجة الربع عند عدم وجود فرع وارث للزوج، والثلث عند وجوده، وأن لأخ واحد أو أخت واحدة للمتوفى من أمه السدس، وأن لأكثر من واحد منهما الثلث، دلالة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتعديل والتبديل مهما تطورت الحياة وتغير الزمان والمكان.

ب- قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢). يدل على أن عقوبة جريمة الزنى إذا توافرت أركانها وشروطها وانتفت موانعها مائة جلدة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتخفيف والتشديد.

ج- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةٌ أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٣)، يدل على أن العقوبة البدنية لجريمة القذف إذا توافرت أركانها وشروطها وانتفت موانعها ثمانون جلدة.

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

(١) سورة النساء ١٢.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النور ٤.

أ- قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ (١) مِن نِّسَابِهِمْ تَرَبُّصٌ (٢) أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا (٣) فَإِنَ اللَّهُ

عَفُوٌّ رَّحِيمٌ (٤) وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٥)﴾ (٤)، دلالة ظنية على أن من هجر زوجته وحلف ألا يعاشرها معاشرة زوجية، للزوجة الانتظار أربعة أشهر فإذا لم يرجع الزوج إلى المعاشرة خلال هذه المدة قال الحنفية (٥) والأباضية (٦) (يقع الطلاق تلقائياً بدون حكم قضائي) وقال المالكية (٧) والشافعية (٨) والحنابلة (٩) (للزوجة رفع الدعوى إلى القاضي وللقاضي بناء على طلبها أن يجبر الزوج على الرجوع أو الطلاق، فإن أبى يفرق بينهما، ويكون التفريق طلاقاً رجعياً)، وقال المالكية (مجرد الهجر كاف لذلك إذا كان مضرراً بالزوجة ولا يشترط الحلف لأن الحكم شرع لرفع الضرر والظلم عن الزوجة سواء حلف الزوج ألا يعاشرها أو لا) وهذا القول هو الراجح.

وقال الجعفرية (١٠) والظاهرية (١١) والزيدية (١٢) والحنابلة في رواية (١٣) (القاضي يجبر الزوج على الرجوع إلى المعاشرة أو الطلاق أو يحكم بحبسه ويبقى في الحبس إلى أن يرجع أو يطلق أو يموت) وهذه الخلافات بين الفقهاء نشأت عن كون دلالة الآية ظنية.

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

(١) يحلفون ألا يعاشرهن جنسياً.

(٢) انتظار.

(٣) رجعوا إلى المعاشرة

(٤) سورة البقرة ٢٢٦، ٢٧٢.

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

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

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

(٨) الأنوار ليوسف الأردبيلي ٢٩٣/٢.

(٩) الإنصاف للمرداوي ١٨٣/٩.

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

(١١) المحلى لابن حزم الظاهري ٤٣/١٠.

(١٢) التاج المذهب لأحمد بن قاسم ٢٥٦/٢.

(١٣) الإنصاف، المرجع السابق.

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

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

ج- قوله تعالى: ﴿إِنْ أَمْرُؤُا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(٨) دلالة ظنية لان لفظ (ولد) في عرف العرب يستعمل للذكر فقط، وبه فسر جمهور فقهاء الصحابة والتابعين وجمهور أئمة المذاهب الفقهية، قالوا (البت لا تجيب الأخت الشقيقة أو الأب بل تكون عصبه معها فلها الباقي من التركة)^(٩)، ويستعمل في لغة

(١) سورة النساء ٢٢.

(٢) أي الوطء.

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

(٤) أي عند بعضهم، الخلاف في الفقه للطوسي ١٦٤/٢.

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

(٦) في المغني ٥٧٦/٦، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ النساء ٢٢، والوطء يسمى نكاحاً.

(٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٩/٢.

(٨) سورة النساء ١٧٦.

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

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

د- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾ (٤) دلالة ظنية لان لفظ (إخوة) له عدة احتمالات أهمها:

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

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

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

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

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

(١) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ٢٩/٦.

(٢) الخلاف في الفقه للطوسي (أبي جعفر بن الحسن بن علي ٤٤/٢).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق.

(٤) سورة النساء ١٣.

(٥) المغني لابن قدامة ١٧٦/٢.

(٦) الخلاف، المرجع السابق.

(٧) المغني لابن قدامة ١٧٦/٦، أقر ابن عباس في الحد الأدنى للإخوة، أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب

الفرائض ٣٣٥/٤ (بأن ميراث الإخوة من الأب والأم). وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب

الفرائض، باب فرض الأم ٢٢٧/٦.

المبحث الثاني

السنة النبوية

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

أ- القرآن:

أكد القرآن في آيات كثيرة وجوب إطاعة الرسول ﷺ واتباعه بعد إطاعة الله، ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(١). فإطاعة الله تكون بالرجوع إلى القرآن، وإطاعة الرسول بالرجوع إلى سنته، وإطاعة أولي الأمر بالرجوع إلى ما أجمع عليه العلماء المسلمون، ففي الآية إشارة إلى أربعة مصادر للأحكام الشرعية (القرآن والسنة والإجماع والقياس)، ويفهم القياس من قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾.

ب- الحديث:

قال النبي ﷺ لمعاذ بن جبل رضي الله عنه حين قرر إرساله إلى اليمن قاضياً: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال ﷺ: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال ﷺ: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله قال أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)^(٢)، وهذا يدل على إقرار الرسول للنهج المنطقي المتسلسل الذي نوى معاذ أن يتبعه في قضائه.

(١) سورة النساء ٥٩.

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

ج- الإجماع:

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

د- المعقول:

العقل السليم يقضي بحجية قول وفعل وتقرير من اختاره الله رسولاً وزكاه فيما ينطق به فقال ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (٤) ﴾^(١) ، وخوله بيان القرآن وإيضاح أحكامه فقال: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾^(٢) ، وقال ﴿ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾^(٣).

حقيقة السنة:

للفظ (سنة) حقيقة لغوية وفقهية وحديثية وأصولية:

لغة: الطريقة المعتادة سواء كانت ممدوحة أم مذمومة^(٤).

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

(١) سورة النجم ٣.

(٢) سورة النحل ٤٤.

(٣) سورة النحل ٦٤.

(٤) وقد وردت بهذا المعنى في القرآن، فقال تعالى: ﴿ وَمَا مَنَعَ النَّاسَ أَنْ يُؤْمِنُوا إِذْ جَاءَهُمْ هُدًى وَهُمْ يَكْفُرُونَ ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ عَاقَبْنَا الْمُكذِبِينَ ﴾ آل عمران ١٣٧. ووردت أيضاً بهذا المعنى في حديث الرسول ﷺ فقال (من سن سنة حسنة فله أجرها واجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجزائها شيء)، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجزائها شيء)، صحيح مسلم ٧٠٥/٢.

(٥) التلويح لسعد السدين التفتازاني على التوضيح، شرح التنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن

بحيث يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها. وهي ترادف المندوب والمستحب والتطوع والنفل.

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

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

الحديث القدسي والحديث النبوي

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

اقسام السنة من حيث كيفية صدورها عن النبي ﷺ

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

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

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

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

(٤) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ٣٩٣/١٣، باب أجر الحاكم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأقضية ٢٥٤/١١، باب بيان اجر الحاكم إذا اجتهد.

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

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

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

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

ومن سننه الفعلية أعماله التي بين بها مجمل آيات القرآن، فبيّن قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٣)، فأقام الصلاة بحضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها، ثم قال ﷺ لهم: (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٤)، وكذلك بيّن قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٥)، فأدى مناسك الحج مع أصحابه ثم قال ﷺ لهم (خذوا عني مناسككم)^(٦).

٣- السنة التقريرية: وهي ما روي من استحسان الرسول ﷺ أو سكوته أو عدم إنكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضرته وفي غيابه ثم علم به^(٧)، لان السكوت تقرير ضمني لمشروعية القول أو الفعل، والنبي ﷺ يحكم رسالته مسئول عن الأمر بالمعروف والنهي عن

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

(٢) سورة النحل ٤٤.

(٣) سورة البقرة ١١٠.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٣٦/٣.

(٥) سورة آل عمران ٩٧.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٧٨/٣.

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

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

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

اقسام السنة باعتبار تسلسل سندها

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

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

اقسام الحديث المتصل من حيث قوة روايتها:

- الحديث باعتبار روايته لا يخلو إما أن يكون رواته في كل عهد جماعة لا يخصى عددهم^(٣)، ولا يمكن تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وتباين أماكنهم، أو يصير كذلك بعد عهد الصحابة في عهد التابعين وتابعي التابعين، أو لا يصير متواتراً أصلاً، فالأول متواتر والثاني مشهور والثالث خبر الواحد.
- ١- **الحديث المتواتر**: وهو ما رواه عن الرسول ﷺ مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين لا يتصور عادة تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هذا الجمع جمع من تابعي التابعين كذلك وهكذا..

(١) متن الحديث: هو ألفاظ الحديث التي تقوم بها المعاني أي نص القول أو الفعل. سند الحديث: هو طريق المتن، أي طريق رواية الحديث من رواه الذين تتوفر فيهم شروط الرواية.

والإسناد: هو رفع الحديث إلى قائله، والمحدثون يستعملون السند والإسناد لشيء واحد، قال ابن حزم: هو نقل الثقة عن الثقة يبلغ به النبي ﷺ مع الاتصال.

المسند (بفتح التون): الحديث المسند هو الكتاب الذي جمع فيه ما أسنده الصحابة، أي روه، وقد يطلق ويراد به الإسناد، انظر قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للأستاذ محمد جمال الدين القاسمي، تحقيق محمد بهجت البيطار، ص ٢٠٢.

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

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

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

شروط تحقق التواتر:

يؤخذ من تعريف المتواتر أنه يجب لتحقيقه توافر الشروط الآتية:

- أ- أن يتم أخذه عن طريق الحس كالسمع أو المشاهدة.
- ب- وأن يستحيل في العقل عادة تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وأمانتهم وتباين طبائعهم واختلاف أماكنهم.
- ج- وأن يتوافر الشرح الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة التابعين وطبقة تابعي التابعين).

التواتر اللفظي والتواتر المعنوي^(٢)

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

حكم الحديث المتواتر:

التواتر في الحديث وفي غيره من الأخبار يفيد العلم القطعي (اليقيني) لأنه يجعل الأمر المسموع كالمشاهد المعين فهو قطعي الثبوت كالقرآن، ولكن دلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

(١) صحيح مسلم ٨٤٧/٥، جامع بيان العلم ٦٣/١، سنن الدارمي ١١٩/١، مسند أحمد ٢١/٣.

(٢) هو ما تواتر القدر المشترك فيه.

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

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

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

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

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

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

(١) كحديث إنما الأعمال بالنيات.

(٢) قال أبو بكر الجصاص وجماعة من أصحاب أبي حنيفة أنه مثل المتواتر يثبت به علم اليقين لكن بطريق الاستدلال بأن يقال (إن التابعين لما أجمعوا على قبوله والعمل به ثبت صدقه لأنه لا يتصور عادة اتفاقهم على القبول إلا بجامع جمعهم عليه)، وليس ذلك إلا تعيين جانب الصدق، لهذا قالوا (العلم الثابت به علم استدلالى وليس بدهياً، إلا أنه لا يكفر جاحده). كالتواتر لأن إنكاره لا يؤدي إلى تكذيب النبي ﷺ حيث لم يسمع من الرسول ﷺ عدد لا يتصور تواطؤهم على الكذب بل هو خبر الواحد في القرن الأول وإنما يؤدي إلى تخبطه من قبله في القرن الثاني والثالث واتهامهم بعدم التأمل في كونه عن الرسول ﷺ بخلاف إنكار المتواتر فإنه يؤدي إلى تكذيب الرسول ﷺ لأن المتواتر بمنزلة المسموع عنه، وتكذيب الرسول ﷺ كفر. انظر كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، شرح الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي ٦٨٨/٢.

(٣) قال علماء الحنفية في الموازنة بين هذه الأنواع الثلاثة: المتواتر لا شبهة في اتصاله صورة ولا معنى، والمشهور في اتصاله بالنبي ﷺ شبهة صورة لأنه كان آحاد الأصل لا معنى لان الأمة تلتقته بالقبول فأفاد حكماً دون اليقين وفوق أصل الظن، وخبر الواحد في اتصاله شبهة صورة ومعنى أما صورة فلأنه لم يصل حد التواتر في القرون الثلاثة الأولى، وأما معنى فلأن الأمة لم تتلقاه بالقبول فلم تجتمع على قبوله كما اجتمعت على قبول النوعين الأولين فهو يحتمل الصدق والكذب لكن بسبب عدالة رواته

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

شروط الحنفية:

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

١- أن لا يعمل الراوي بخلاف ما رواه ، لان مخالفة عمل الراوي لروايته ليس إلا لأنه عشر على دليل قطعي ناسخ لما رواه أو علم بوجود علة تمنع العمل به ، ولهذا لم يعملوا بحديث عائشة رضي الله عنها (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فان دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها)^(٢) ، لأنها زوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غائباً بالشام بلا إذن وليها^(٣).

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

(١) في شرح جمع الجوامع مع البناني ٨٨/٢ ، من خبر الأحاد: المستفيض ، وهو الشائع عن أصل وقد يسمى مشهوراً وقيل من المتواتر وقيل انه قسم برأسه ، وقال أبو إسحاق الاسفرايني وأبن فورك (يفيد المستفيض علماً نظرياً وجعلاه واسطة بين المتواتر المفيد للعلم الضروري والآحاد المفيد للظن).

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

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

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

وبنوا على ذلك عدم عملهم بمحدث خيار المجلس، وهو ما رواه ابن عمر من أن الرسول ﷺ قال (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)^(١) وفي رواية حكيم بن حزام^(٢) (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما).

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

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

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

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

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

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

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

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

راجع المرجع السابق ٩٠٨/٤، ولم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني القائم بخيار المجلس متأثراً بفقه الإمامين أبي حنيفة ومالك.

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

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

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

أراد عمر بالكتاب قوله تعالى: ﴿أَنْتُمْ كُونُونَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ الطلاق ٦، وأراد بالسنة قوله (سمعت النبي ﷺ قال: (للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة)، وهو مذهب أبي حنيفة، وبه أخذ المشرع العراقي في م ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية القائم.

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

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

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

وأخذ بهذا الحديث فقهاء الحنفية لأنه موافق لقياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة، ولم يعمل به الشافعي لمخالفته للقياس المذكور (أي قياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول) لأن المهر لا يجب إلا بالفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه (أي التمتع بالزوجة بالدخول) فإذا عاد المعقود عليه إليها سالماً لم يستوجب العوض عليه (مهر المثل) كما لو طلقها قبل الدخول بها. لمزيد من التفصيل راجع كشف الأسرار مع أصول البزدوي، المرجع السابق ٧٠٥/٢ وما بعدها، والتوضيح شرح التنقيح مع التلويح، المرجع السابق ٢٥١/٢ وما بعدها.

(٢) التصرية لغة الجمع، يقال: صريت الماء أي جمعته، والمراد بها في هذا الحديث جمع اللبن في الضرع بالشد وترك الحلب مدة ليتخيل المشتري أنها غزيرة اللبن فيزيد من ثمنها لما يرى من كثرة لبنها، كذلك المراد بالتحفيل هذا المعنى في رواية من اشترى شاة محفلة.

(٣) بخير النظرين (أي بأحد النظرين): نظرة لنفسه بالاختيار والإمساك ونظرة للبائع بالود والفسخ، (٤) متفق عليه، وللبخاري وأبي داود (من اشترى غنماً مصراًة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حليتها صاع من تمر)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن علي محمد الشوكاني ٢٤١/٥ وما بعدها.

وفي صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ورد هذا الحديث في روايات مختلفة منها قوله رضي الله عنه (من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاع من تمر)

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

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

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

(١) سورة البقرة ١٩٤.

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

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

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

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

د-مخالف لقياس الأصول من الأوجه الآتية:

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

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

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

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

تقويم رأي الحنفية من حديث المصراة:

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

ومفادها: أن التفرير (أو التدليس) الذي هو عبارة عن استعمال الطرق الاحتيالية من أحد المتعاقدين^(١) لتضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في الغلط أو لإبقائه في الغلط الذي وقع فيه تلقائياً

(١) كشف الأسرار مع البزدوي، المرجع السابق ٧٠١/٢ وما بعدها.

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

يجعل إرادة المُضَلَّلِ الواقع في الغلط معيبة وبالتالي يكون له حق الفسخ إذا ترتب على هذا التفرير غبن فاحش عند جمهور فقهاء المسلمين، أما المدني العراقي فيعتبر العقد موقوفاً على إجازة المغبون، فإذا فسخ العقد على هذا الأساس فلا يكون مسئولاً عن تعويض اللب الذي استهلكه في وقت كان المبيع في ضمانه وذلك أخذاً بالقاعدة الشرعية الواردة على لسان رسول الله ﷺ (الخراج بالضمان). وأمر الرسول ﷺ بدفع صاع من التمر عند رد المبيع مبني على أساس المحاباة والمجاملة وحسن التعامل^(٢) وإضافة إلى ذلك فإن الحديث متى ثبت صار أصلاً من الأصول ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر لأنه إن وافقه فذاك واضح وإن خالفه لم يجوز أحدهما لأنه رد للحديث بالقياس وهو مردود بالإجماع فإن السنة مقدمة على القياس.

شروط المالكية للعمل بحديث الأحاد:

قال المالكية: يشترط للعمل بخبر الواحد أن لا يتعارض مع عمل أهل المدينة لأن أهل المدينة عاصروا التنزيل وشاهدوا أعمال الرسول ﷺ وأعمالهم بمثابة الخبر المتواتر ولذلك يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد، إذا تعارضوا وبنوا على ذلك عدم عملهم بخيار المجلس الثابت في الحديث المذكور من روايتي ابن عمر وحكيم بن حزام^(٣) فقال الإمام مالك رحمه الله (إنه حديث معارض لإجماع^(٤) أهل المدينة وعملهم وما كان كذلك يقدم عليه عمل أهل

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

(٢) ويدل على ما قلنا معارضة بعض فقهاء الحنفية للقول بعدم العمل بهذا الحديث وقد ورد في كشف الأسرار، المرجع السابق ٧٠٣/٢ (النقل عن أبي يوسف في بعض أماليه أنه أخذ بحديث المصراة وأثبت الخيار للمشتري، وثبت عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال (ما جاءنا عن الله وعن رسوله ﷺ فعلى الرأس والعين) وكذلك لم ينقل عن السلف اشتراط الفقه في الراوي، ولكل ذلك يترجح أن هذا القول مستحدث غير قمين بالأخذ به).

(٣) وهو حديث (إذا تباعج الرجلان فكل واحد منهما في الخيار ما لم يتفرقا) مع رواية حكيم بن حزام (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) سبق تخريجهما.

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

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

شروط الشافعية والحنابلة

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

شروط الشيعة الإمامية

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

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

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

(١) لمزيد من التفصيل راجع العدة للصنعاني على إحصاء الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع السابق ٥/٤ وما بعدها.

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

(٣) وهي الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

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

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

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

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

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

(٢) سورة النساء ٢٤.

(٣) الخلاف للطوسي ١٨٠/٢

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

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

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

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

شروط الظاهرية

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

دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية^(٣)

قد يتساءل المرء عن دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية بعد أن قال سبحانه وتعالى: ﴿أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(٤)، ويجيب القرآن الكريم على هذا السؤال في قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٥). وبموجب هذا التحويل تكفلت السنة النبوية ببيان أحكام القرآن الذي هو دستور أقتصر على القواعد الكلية والأسس العامة وتخطيط خارطة منهج الحياة، ويتجلى البيان في تخصيص عام عموم غير مراد، وتقيد مطلق إطلاقه غير مقصود، وإيضاح مجمل مضمونه غير واضح، وتأكيده أحكام لها أهمية كبيرة في الحياة، وإضافة أحكام لم يرد ذكرها في القرآن صراحة كالاتي:

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

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

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

(٤) سورة المائدة ٣.

(٥) سورة النحل ٤٤.

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

ثانياً: تقييد مطلق لم يكن إطلاقه مقصوداً كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٤)، أي ترك مالا كثيراً لأن المال لا يسمى خيراً إلا إذا كان كثيراً، فلفظة (الوصية) مطلقة شاملة للإيصال بكل التركة أو ببعضها مع أن هذا الشمول غير مقصود لأنه يضر بالورثة، لذا بينه الرسول ﷺ بتقييد الوصية بما لا يزيد عن ثلث التركة فقال لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه (الثلث والثلث كثير)^(٥).

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

(١) سورة النساء ٧.

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

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

(٤) سورة البقرة ١٨٠.

(٥) عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال (قلت يا رسول الله أنا ذو مال، وفي رواية أنا كثير مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بشطره - نصفه -؟ قال ﷺ: لا، قلت أفأتصدق بثلثه؟ قال ﷺ: الثلث، والثلث كثير انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس، متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث. فتح الباري ٥/٢٤٦٤، والنسائي باب الوصية بالثلث ٦/٢٤١٦.

(٦) سورة البقرة ١١٠.

فالصلاة عبادة مفروضة على الإنسان لها أركانها وشروطها وسننها منها قولية ومنها فعلية لا يستطيع العقل استنباطها من جملة ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ ، لذا بينها الرسول ﷺ بإقامة الصلاة أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وآدابها ثم قال (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(١) ، كذلك بين لأئمة الأموال التي تخضع للزكاة والمقدار الذي تجب فيه ، والكمية التي تخرج من هذه الأموال للمستحقين .

رابعاً: أكد الرسول ﷺ في سننه الأحكام التي لها أهمية كبيرة في حياة الإنسان كتأكيد حرمة التجاوز على أموال الغير في قوله (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)^(٢) بعد أن قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٣) .

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

١. حرم القرآن في الزواج الجمع بين الأختين لما فيه من قطع صلة الرحم فقال تعالى :

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

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

(١) رواه مسلم ٦٧٤ .

(٢) سبل السلام ٣٢/٤ ، هناك روايات أخرى منها في سنن الدارقطني ٢٦/٣ (لا يحل مال امرئ إلا عن طيب منه) ، وفي المستدرک للحاكم ٩٣/١ (لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس) .

(٣) سورة البقرة ١٨٨ .

(٤) سورة النساء ٢٣ .

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

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

٣. ذكر القرآن تحريم الأم والأخت بالرضاعة فقال ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُم مِّنَ الرَّضَعَةِ﴾^(١)، فسكت عن بقية المحرمات بالرضاع، فقال الرسول ﷺ (يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٢).
٤. ذكر القرآن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين باعتبارها من وسائل الإثبات في الحقوق المالية فقال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٣)، وسكت عن شاهد ويمين ففقدت بهما الرسول ﷺ^(٤).
٥. ومن الناس من زعم أن من وظائف السنة نسخ القرآن لبعض الآيات وهذا خطأ لا يغتفر، فالقرآن قطعي الثبوت بخلاف السنة فلا تكون قطعية إلا إذا كانت متواترة، وفي حالة التواتر القرآن لفظه ومعناه من الله والسنة لفظها من النبي والناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له، والقول بأن آية الوصية نسخت بحديث (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(٥) خطأ، فهذه الآية لم تنسخ لا بآيات الميراث ولا بالسنة وإنما خصصت فأخرج الوارث وبقي غيره مضمولاً بالوصية الواجبة.

نشر مجاميع الحديث النبوي

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

- (١) سورة النساء ٢٣.
- (٢) أخرجه الإمام أحمد ١٠٢/٦، ومسلم بلفظ (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة) كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٧١/١٠.
- (٣) سورة البقرة ٢٨٢.
- (٤) أخرجه مسلم كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد. صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٤/١٢، ومن الضروري أن يفهم مراد كلام الرسول ﷺ من غير غلو لا تقصير، فلا يحمل كلامه ما لا يحتمله ظاهراً ولا يقصر به عن مراده.
- (٥) أخرجه البخاري كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، فتح الباري ٤٦٧/٥.

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

أ- المراجع عند الجمهور:

هناك مراجع معتمدة كثيرة للحديث الشريف عند الجمهور ومنها:

١. الجامع الصحيح لمحمد بن إسماعيل البخاري^(١).

٢. صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري^(٢).

٣. سنن النسائي^(٣).

٤. سنن أبي داود^(٤).

٥. جامع الترمذي^(٥).

٦. سنن ابن ماجه^(٦).

ب- المراجع عند الإمامية:

أهم المراجع الصحيحة المعتمدة عند الإمامية ما يلي:

١. الكافي للكليني^(١).

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

(٢) (٢٠٤-٢٦١هـ) مجموع ما اشتمل عليه مع المكرر (٧٢٧٥) حديثاً و (٤٠٠٠) من الأحاديث الصحيحة غير المكررة، وهذا المرجع يأتي من الدرجة الثانية من حيث الصحة بعد صحيح البخاري.

(٣) هو أبو عبد الرحمن بن شعيب الخرساني، (٢١٥-٣٠٣هـ) صنف كتابه (السنن الصغرى) وسماه المجتبى، وكل ما فيه صحيح عند النسائي، ولزيد من التفصيل راجع كتاب السنة قبل التدوين للأستاذ محمد عجاج الخطيب وكتاب مباحث في تدوين السنة المطهرة للأستاذ أبو اليقظان عطية الجبوري.

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

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

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

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

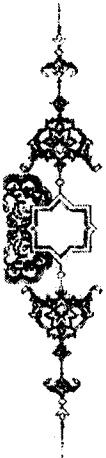
-
- (١) هو أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، (ت ٣٢٨ هـ) اخرج فيه (١٦٩٠٩) حديثاً وهو مقسم إلى ثمانية أجزاء، الأول أربعة كتب والثاني أربعة والثالث خمسة والرابع كتابان والخامس ثلاثة والسادس تسعة والسابع سبعة والثامن ليس فيه كتب مختلفة.
 - (٢) هو محمد بن علي بن الحسين، (ت ٣٨١ هـ)، المعروف بالصدوق ابن بابويه وأحاديث هذا الكتاب (٩٠٤٤) حديثاً.
 - (٣) هو أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي، (ت ٤١١ هـ)، شيخ الطائفة وقد قال في كتابه (عدة الأصول): أن أحاديث التهذيب وأخباره تزيد على خمسة آلاف، وقال في كتابه (الاستبصار): إنني جزأت هذا الكتاب ثلاثة أجزاء، الأول والثاني يشتملان على ما يتعلق بالعبادات، والثالث يتعلق بالمعاملات، لمزيد من التفصيل راجع معجم رجال الحديث للإمام أبي القاسم الموسوي الخوئي، وقال في هذا المعجم ١١٠/١ (لم تثبت صحة روايات الكتب الأربعة، فلا بد من النظر في سند كل رواية منها، فإن توفرت فيها شروط الحجية أخذ به وإلا فلا).



الفصل الثاني

المصادر التبعية النقلية المتفق عليها

المصادر التبعية النقلية المتفق عليها عبارة عن الإجماع والعرف ونخصص لدراسة كل منهما مبحثاً مستقلاً.



المبحث الأول

الإجماع

تعريفه، أساسه، شروطه، أنواعه، حجته،
إمكان انعقاده، انقضاؤه

تعريفه لغةً واصطلاحاً

في اللغة: هو العزم^(١) والاتفاق^(٢).

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

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

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

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

(٢) يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه، كشف الأسرار على أصول البزدوي، المرجع السابق ٩٤٦/٣، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، ص ٧١.

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

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

الشرط الأول: أهلية الاجتهاد:

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

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

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

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

(١) التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٠٠.

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

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

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

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

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

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

أحدهما: الانفتاح والمرونة البعيدة عن الميوعة.

وثانيهما: التخلي عن التعصب المذهبي.

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

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

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

ومن الجدير بالذكر:

- أنه لا يشترط عدد معين من المجتهدين لانعقاد الإجماع بل الحد الأدنى اثنان إذا لم يكن هناك غيرهما ممن تتوفر فيهم أهلية الاجتهاد^(١).
- وكذلك لا يشترط انقراض كلهم أو غالبهم لحجية الإجماع لأنه لا يجوز الرجوع بعد الإجماع.
- ولا يشترط أن يكون المجمعون من الصحابة فقط خلافاً للظاهرية^(٢).
- ولا أن يكونوا من آل البيت أو من أهل المدينة لأن الإجماع الذي يعتبر حجة هو إجماع جميع فقهاء الأمة.

والمعروف من الشيعة الإمامية و الزيدية أن الإجماع هو إجماع أهل العترة فقط ، ولكن في الواقع أن الشيعة كما يقولون بإجماع العترة يقرون إجماع فقهاء الأمة أيضاً ، إلا أنهم يقولون

(١) راجع البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (عبد الملك بن عبيد الله بن يوسف)
 (٢) في شرح جمع الجوامع مع البناني ١٤٢/٢ (ولا يشترط في المجمعين عدد التواتر لصدق مجتهدي الأمة بما دون ذلك ، فإذا وجد في العصر مجتهد فإن قوله وحده لا يعتبر إجماعاً لأن أقل ما يصدق به اتفاق مجتهدي الأمة اثنان.

(٣) في أصول البزدوي والكشف ٩٦/٣ (ومن الناس من يقول لا إجماع إلا للصحابة لأنهم الأصول في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو مذهب داود من أهل الظاهر وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه لأن الإجماع إنما صار حجة بصفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والصحابة هم الأصول في ذلك وهم المخاطبون بقوله تعالى: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ ﴾ آل عمران ١١٠. وقال بعضهم (إلا من عترة الرسول ﷺ فهم المخصصون بالعرق الطيب المحبولون على سواء السبيل)، وهم الزيدية والإمامة، والمراد بالعترة قرابته وأله لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً ﴾ الأحزاب ٣٣، ولقول الرسول ﷺ (إني تارك فيكم الثقلين فإن تمسكنتم بهما لن تضلوا كتاب الله وعترتي)، فحصر التمسك بهما فلا يقف إقامة الحجة على غيرهما. الحديث أخرجه الترمذي في كتاب المناقب ٦٢٢/٥.

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

الشرط الثاني: إقرار الحكم الشرعي:

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

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

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

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

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

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

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

في شرح المنار لابن ملك (عز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز)، على متن المنار للنسفي (أبي البركات عبد الله بن أحمد)، ص ٧٣٧ (الإجماع نوعان عزيمة - إجماع صريح - وهو المتكلم منهم بما يوجب الاتفاق أي اتفاق الكل على الحكم أو شروعه في الفعل إذا كان من باب الفعل كان يكون المجمع عليه

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

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

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

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

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

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

وقال صدر الشريعة، التوضيح، ٢٢٩، (حديث الدرّة غير صحيح لأن عمر كان ألين للحق).

والعول في علم الميراث زيادة في عدد أسهم التركة ونقصان في مقدارها.

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

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

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

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

﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرِيضَنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢)، فالآية الأولى خاصة بالمتوفى عنها زوجها وعامة تشمل الحامل والحائل، والثانية خاصة بأولات الأحمال وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها فالقول (بأن عدتها تنقضي بأبعد الأجلين يكون جمعاً بينهما وعملاً بهما)^(٣).

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

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

(١) سورة البقرة ٢٣٤.

(٢) سورة الطلاق ٤.

(٣) وبه أخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية القائم (٤٨م).

(٤) عن المسور بن مخرمة (أن سبيعة الأسلمية نفست - بضم النون وكسر الفاء - بعد وفاة زوجها - وهو سعد بن خولة - توفي بعد حجة الوداع ليلال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت). رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب أجل أولات الأحمال، فتح الباري ٥٨٦/٩.

وأصله في الصحيحين وفي لفظ للبخاري (إنها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة)، سبل السلام ٢٥٩/٣.

(٥) وهذا ما اختاره أبو حنيفة رحمه الله.

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

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

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

الشرط الثالث: أن يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ

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

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

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

(١) وبه أخذ جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية.

(٢) سورة النساء ١١.

(٣) ويروى أن ابن عباس سأل زيد بن ثابت (هل تجد في كتاب الله ثلث الباقي؟ فقال (لا لكنني قلت برأي لا أفضل أما على أب)، فقال ابن عباس (كتاب الله أحق أن يؤخذ به من رأيك)، تفسير الرازي ٢٢١/٩.

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

(٥) في جمع الجوامع ١٠٢٢ (إن إجماع الأمم السابقين على أمة محمد ﷺ غير حجة وهو الأصح، وقيل حجة بناء على أن شرعهم شرع لنا وفي التوضيح والتفويض ٣٣٦/٢) اتفاق مجتهدي الشرائع السابقة ليس إجماعاً شرعياً بالنسبة للمسلمين).

الشرط الخامس: أن يكون الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد:

أما كونه حكماً شرعياً فظاهر لأن الغرض من الإجماع اكتشاف حكم شرعي لواقعة لم يثبت حكمها لا في القرآن ولا في السنة، وأما كونه قابلاً للاجتهاد فلأن المسائل التي لا تقبل الاجتهاد لا تكون مجالاً للإجماع، لأن أحكامها ثابتة بأدلة قطعية في ثبوتها وفي دلالاتها، فلا تكون محلاً للاجتهاد وبالتالي لا يحتاج ثبوتها إلى الإجماع كحرمة الأمهات والبنات في الزواج، ووجوب الصلاة والصيام وغيرهما من العبادات، وكنصف الزوج من تركة زوجته إذا توفيت ليس لها فرع وارث، وكعقوبة الزنى بمائة جلدة بعد ثبوت الجريمة وانتفاء موانع العقوبة، فهي وأمثالها أحكام ثابتة بأدلة شرعية قطعية، فالقول بأنها مجمع عليها مؤكد لما هو ثابت من الأحكام بادلته ولا يقصد به أن الإجماع مصدر لها بل لا يسمى ذلك إجماعاً بالمعنى الأصولي لأن المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً^(٢).

الشرط السادس: أن يكون للإجماع سند شرعي يستند إليه المجمعون^(٣)

وقد اختلف علماء الأصول في تحديد نوع هذا السند، فمنهم من قال (لا يكون غير النص سنداً للإجماع)^(٤)، وقال بعضهم (إضافة إلى النص يجوز أن يكون القياس سنداً أيضاً)^(٥)،

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

(٢) في كشف الأسرار وأصول البردوي ٩٥٩/٣٠ (الشرعة تنقسم إلى ما يشترك في دركه الخواص والعوام ولا يحتاج فيه إلى رأي كالصلوات الخمس ووجوب الصيام والزكاة ونحوها من أمهات الشريعة وأصولها، وهذا مجمع عليه من جهة الخواص والعوام وإلى ما يختص بدركه الخواص من أهل الرأي والاجتهاد وهو ما يحتاج فيه إلى الرأي كفصيل أحكام الصلاة والنكاح والطلاق والبيع، فالإجماع على هذه الأحكام يكون باتفاق أهل الرأي والاجتهاد دون غيرهم).

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

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

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

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

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

ومن وجهة نظري:

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

تطبيقات الإجماع المستند إلى النص والقياس والمصلحة:

أ- من الإجماع المستند إلى القرآن:

إجماع الفقهاء على أن بنت الابن بمثابة البنت عند عدم وجود الابن والبنت للمتوفى، وان ابن الابن بمثابة الابن عند عدم وجود الابن والبنت استناداً إلى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١).

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

ب- ومن الإجماع المستند إلى السنة:

الإجماع على عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوارث والمورث في الدين استناداً إلى قول الرسول ﷺ (لا يتوارث أهل الملتين)^(١)، وقد تم الإجماع عليه، وبذلك أصبح الحديث دليلاً قطعياً يجب العمل به رغم كونه حديث الآحاد وظني الثبوت.

والجمهور على انه (لا يجوز الإجماع إلا عن سند من دليل أو أمانة، لأن عدم السند يستلزم الخطأ). وقال الحلبي الشيعي، مبادئ الوصول، ص ١٥٩ (لا يجوز الإجماع إلا عن دليل وإلا لزم الخطأ على كل الأمة).

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

ج- ومن الإجماع المستند إلى القياس:

إجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة قياساً على تارك الصلاة بجامع أن كلا منهما من أركان الإسلام، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في حروب الردة (والله لا أفرق بين ما جمع الله) ^(٢)، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ ^(٣)، فكان سند أبي بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة، وقد تم إجماع فقهاء الصحابة على ذلك.

وكذلك إجماع فقهاء الصحابة على خلافة أبي بكر رضي الله عنه كان سنده القياس على تقديم النبي صلى الله عليه وآله إياه في الصلاة في مرض وفاته، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وآله قدمه في الصلاة التي هي عماد الدين فأرضوه لندياكم ما رضيه رسول الله لدينكم) ^(٤)، وقال الصحابة (رضيه رسول الله صلى الله عليه وآله لأمر ديننا أفلا نرضاه لأمر ديانا؟) ^(٥).

وقد أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة شحم الخنزير قياساً على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾ ^(٦).

(١) سبق تخريجه، غير المسلم لا يرث من المسلم بالإجماع، ولكن ميراث المسلم من غير المسلم مسألة خلافية.

(٢) أخرجه مسلم في كتابه الإيمان، صحيح مسلم بشرح النووي ٣١٤/١. أبو داود، كتاب الزكاة ٩٥/٢. الترمذي ٢٦٠٧.

(٣) سورة البقرة ٤٣.

(٤) التبصرة في أصول الفقه للشيرازي (الإمام أبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي)، (ت، ٤٧٦)، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، ص ٣٧٣، حديث أبي بكر هذا رواه البخاري في الزكاة ومسلم في كتاب الإيمان، وأبو داود ٢٥٥٦، والترمذي ٢٦٠٧.

(٥) تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلاوي ١٧٥.

(٦) سورة المائدة ٣.

د- ومن الإجماع المستند إلى المصلحة:

إجماع الصحابة السكوتي على قتل الجماعة بواحد، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾^(١).

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

توابع الإجماع:

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

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

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

(١) سورة المائدة ٤٥.

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

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

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

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

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

في التلويح، المرجع السابق ٣/٣٤٨ (نقل الإجماع إلينا قد يكون بالتواتر فيفيد القطع وقد يكون بالشهرة فيقرب منه، وقد يكون بخبر واحد فيفيد الظن ويوجب العمل لوجوب اتباع الظن).

في حجية الإجماع السكوتي أقوال متعددة منها:-

أ- ليس بإجماع ولا حجة لأنه لا ينسب إلى ساكت قول وهو رأي الظاهرية وأحد أقوال الشافعي.

ب- إنه إجماع وحجة لأن سكوتهم ظاهر في الموافقة ولأنه لا يجوز السكوت على الحق.

ج- حجة وليس بإجماع، أما كونه حجة فلأنه يفيد الظن، والظن حجة لقول الرسول ﷺ (أمرت أن

أقضي بالظاهر) وأما عدم كونه إجماعاً فلأن السكوت يحتمل المعارضة.

د- إجماع بشرط انقراض العصر، لأنه يبعد مع ذلك أن لا يكون السكوت عن رضا.

هـ- إجماع إن كان قتيلاً حكماً، لأن الحاكم لا يعترض عليه في حكمه فلا يكون السكوت دليل

الرضا.

و- إجماع إن وقع في شيء يفوت استدراكه كإراقة دم أو استباحة عرض لأنهم لو اعتقدوا خلافه

لأنكروه.

ز- إجماع إن كان الساكتون أقل.

ح- إجماع إن كان مما يدوم ويتكرر وقوعه.

ط- إجماع إن قامت قرينة على أن السكوت رضى.

لمزيد من التفصيل راجع الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٨٤-٨٥، شرح تنقيح الفصول، ص ٣٣٠ وما

بعدها، شرح جمع الجوامع ٢/١٢٧ وما بعدها، التبصرة للشيرازي، ص ٣٩١ وما بعدها، مبادئ

الوصول إلى علم الأصول للحلي، ص ٣٩١.

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

دلة حجية الإجماع:

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

١- القرآن

هناك عدة آيات تدل على وجوب العمل بالحكم المجمع عليه، ومنها قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بُيِّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۚ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾^(١)، فهذه الآية تدل على حجية الإجماع بوضوح لإلحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين^(٢)، وعدم العمل بالإجماع عدول عن سبيل المؤمنين، والتواعد على مخالفة سبيلهم دليل على أن اتباعهم واجب ومخالفتهم حرام وأن ما عداه باطل^(٣).

٢- السنة النبوية

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

(١) سورة النساء ١١٥

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤/٢.

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

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، سنن الترمذي ٤٠٤/٤، وأبين ماجه،

كتاب الفتن، باب السواد الأعظم ١٣٠٣/٢، وأبو داود، كتاب الفتن ٩٦/٤.

(٥) ومنها (ما رآه المؤمنون حسيناً فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح)، أخرجه

الإمام أحمد في مسنده ٣٧٩/١ بلفظ ما رآه المسلمون.

ومنها (عليكم بالجماعة فإن الذئب يأكل القاصية من الغنم)، رواه البخاري في كتاب الفتن، الباب

الثاني، ورواه النسائي ٨٣/٢.

٣- المعقول

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

إمكان انعقاد الإجماع في هذا العصر:

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

لما الجانب السلبي

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

أولاً: لا يوجد في العالم الإسلامي حسب ما اعتقد من تتوافر فيه أهلية الاجتهاد والرأي والاستنباط، وأتمنى أن أكون مخطئاً في هذا الاعتقاد.

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

أ- اختلاف طبائعهم المتأثرة بالتعصب المذهبي أو الطائفي أو السلفي.

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

لمزيد من التفصيل يراجع المعتبر للزركشي، تحقيق الشيخ حمدي السلفي، ص ٥٧، وما بعدها.

- ب- تفاوت ملكاتهم الذهنية في التعمق والتفكير وفهم واقع الحياة وإدراك روح الشريعة الإسلامية التي من نصوصها، قال تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(٢).
- ج- عدم تمييز بعضهم بين الشريعة الإسلامية والفقہ الإسلامي وتمسكهم بالنصوص الفقهية بنفس درجة تمسكهم بالنصوص القرآنية، ولا أريد أن أتهم شخصاً معيناً أو أشخاصاً معينين بهذه الصفات، ولكن الواقع العملي لدى الكثيرين منهم يشهد بهذه الحقائق.
- د- عدم محاولة البعض ممن يعرفون بأنصار النزعة السلفية الاستفادة من آراء الفقهاء العظام وأئمة المذاهب الفقهية للاستعانة بتلك الثروة العظيمة التي تركوها لنا على إضافات جديدة إليها وعلى مواجهة المستجدات بتقديم الحلول لها في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية متمسكين بالمسالك الشرعية التي سلكها هؤلاء الفقهاء في استنباط الأحكام من أدلتها.

لما الجانب الإيجابي:

فهو بصيص الأمل فيمن أشار إليهم الرسول ﷺ بقوله (لا تزال طائفة^(٣) من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله)^(٤)، ففي أكثر الأقطار الإسلامية يوجد بعض العلماء الأفاضل تتوافر فيهم أهلية الترجيح لإمامهم بأصول الشريعة وفروعها بإمكانهم استغلال موسم الحج للتجمع في مكة المكرمة أو المدينة المنورة لدراسة الوقائع والمستجدات التي لم يسبق لها المثل في العصور السابقة ولم يعالجها فقهاء الشريعة ببيان أحكامها للاتفاق على أحكامها الشرعية في ضوء القواعد العامة والأسس الراسخة للدستور الإلهي (القرآن الكريم) مستعينين بأصول الاستنباط للسلف الصالح من الأئمة المجتهدين، ثم إرسال ما يتم الاتفاق

(١) سورة المائدة ٦.

(٢) سورة البقرة ١٨٥.

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

صحيح مسلم بشرح النووي ٧٠/١٣

(٤) أي خراب الدنيا ومجيء الساعة، شرح جمع الجوامع ١٩/١.

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

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

إلغاء الإجماع بالإجماع:

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

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

وأما الشق الثاني وهو (أن لا ينسخ به غيره) فلأن الإجماع الناسخ إذا كان سنده نصاً فالنص هو الناسخ وإلا فالمنسوخ إن كان دليلاً قطعياً يكون الإجماع الناشيء بعده

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد الدين الإيجي ١٩٨/٢-١٩٩.

التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سعود السواسي الشهير بابن همام الدين الاسكندري الحنفي، (ت ٨٦١هـ)، ص ٣٩. في هداية العقول ٤٤١/٢ (الجمهور على أن الإجماع لا ينسخ لأن ناسخه أما قاطع فيكون الإجماع خطأ لانعقاده على خلاف الدليل القطعي وأن كان إجماعاً قاطعاً لا ينعقد إجماع آخر على خلافه والا لزم أن يكون أحدهما باطلاً، وان كان ظنياً فلا يقابل القطعي).

أخرى تعارضها فيتعقد إجماع لاحق يحل محل الإجماع السابق، أخذاً بالقاعدة العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)^(١).

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

(١) أصول الفقه الحنبلي، ص ٣٤٣ (المجمع عليه إذا تغيرت حاله جاز تركه).

المبحث الثاني

العرف

تعريفه، عناصره، أنواعه، حجته، شروطه، أهميته

تعريفه

لغة: له معان كثيرة منها الجميل من الأفعال والأقوال، وعرف الديك منبت الريش، وعرف الفرس منبت الشعر.

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

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

(١) كعادة فعلية اقتصادية مثل بيع المعاطاة، أو اجتماعية كزيارة المريض وتبادل الهدايا بالمناسبات، أو سياسية كالمقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية.

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

(٣) وما حصل بطريق الندرة فلم يستقر في النفوس لا يسمى عرفاً في الاصطلاح.

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

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

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

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

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

عناصره:

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

أنواعه:

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ومنها:

١- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي:

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

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

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

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

من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة^(١).

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

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

ب- وباعتبار الشمول لما عام وإما خاص:

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

(١) م ٢٥ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

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

(٣) قانون إعادة المجرمين العراقي وتعديلاته.

(٤) م ١١٠ ق.ع.ع (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي، أو القانون الداخلي).

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

ج- باعتبار المشروعية إما صحيح أو فاسد:

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

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

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

(١) أما الأعياد الدينية فهي الأعراف الشرعية العامة

(٢) م ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

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

الغرناطي المالكي، (ت ٧٩٠ هـ)

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

حجية العرف:

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول

١- القرآن الكريم:

أمر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات و الأحكام الجزئية في آيات متعددة ومنها قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْسَغْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدْأَهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٥). وقوله تعالى: ﴿ الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٦)، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْ أَجَلُهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٧) وقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾^(٨)، وقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى

(١) مجلة الأحكام العدلية، م ٣٩٦

(٢) سورة الأعراف ١٩٩.

(٣) سورة البقرة: ١٨٠.

(٤) سورة البقرة ١٧٨.

(٥) سورة البقرة ٢٢٨.

(٦) سورة البقرة ٢٢٩.

(٧) سورة البقرة ٢٣٢.

(٨) سورة البقرة ٢٣٣.

لَتُوسِعَ قَدْرُهُ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ، مَتَعَابًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٣٣﴾^(١). وغير ذلك من عشرات الآيات التي تشير إلى وجوب رعاية العرف (والمعروف) وهو الفعل أو القول الجميل الذي استقر عليه الناس وارتضته النفوس وتقبلته العقول السليمة.

٢- السنة النبوية:

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

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة من صدر الإسلام إلى يومنا هذا على حجية العرف وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية وإقرار الإسلام لكثير من أعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الإسلام بعد أن نظمها ونقحها من الشوائب كالأعراف في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك، وهذه الأعراف منها ما كانت محلية، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة كشرعية سيدنا إبراهيم وإسماعيل وموسى وعيسى (على نبينا وعليهم الصلاة والسلام)، ومنها ما كانت مأخوذة من الأمم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري، فأقر الإسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة كعقد البيع والرهن والإجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات، وكالكفاءة في الزواج، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات^(٣)، واستبعد الإسلام الأعراف العربية التي كانت تحقق مصلحة فرد أو فئة على حساب الآخرين، فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتباره ملكاً له دونها إذا زوجها فالغى القرآن هذا العرف بقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَتَيْنِ نِكَاحًا فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾^(٤) وكان العرف قبل الإسلام

(١) سورة البقرة ٢٣٦.

(٢) سبق تخريجه

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

(٤) سورة النساء ٤، النحلة العظيمة

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

٤-المعقول:

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

(١) سورة النساء ٧

(٢) سورة الأحزاب ٤

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

٤١٨/١٠

(٤) هو أن يصير من في البلد سمساراً لمن أتى بمحصوله من الأرياف والقرى أو ينوب عنه في البيع بصورة

تدرجية وبسعر أعلى. الحديث أخرجه مسلم ، كتاب البيوع باب تحريم بيع حاضر لباد ١٠/٤٢٠

(٥) النجش (بفتح النون وسكون الجيم) الزيادة في ثمن السلعة لا ليشتريها بل ليغر بذلك غيره. الحديث أخرجه الترمذي كتاب البيوع.

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

شروط العمل بالعرف:

يشترط للحكم بمقتضى العرف أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

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

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

(١) سورة المائدة ١٠

(٢) سورة البقرة ١٨٥

(٣) قال الشاطبي، الموافقات ٢/٢٨٦ وما بعدها (والعوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً سواء كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية وسواء أكانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهيياً أو إذناً أم لا. أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك).

ثم يقول الشاطبي (لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب المصالح والتشريع دائم. فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع).

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

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

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

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

(١) على وزن عصفور أو حلزون، وفيه تعابير أخرى منها أربون، وعربان وأربان على وزن قربان، وهو في الاصطلاح قيام المشتري أو المستأجر بدفع جزء من البديل المتفق عليه على أنه جزء من الثمن أو الأجرة إذا تم العقد والافيعتبر جزء نكول الدافع فلا يحق له استرداده؛ واختلف في حكمه فقهاء الشريعة: فقال بمنعه جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، المغني ٤/ ٢٥٧، وقليوبي وعميرة ٢/ ١٨٦، ونيل الأوطار ٥/ ١٥٣، لأنه أكل بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة ١٨٨. والمشهور من مذهب الإمام أحمد جوازه استناداً إلى بعض الآثار، منها ما روي عن نافع بن الحارث أنه اشترى من صفوان بن أمية داراً لعمر بن الخطاب ؓ بأربعة آلاف دينار واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم، وهذا السند في اعتقادنا لا أساس له، فعمر بن الخطاب ؓ لم يكن من هواة هذه المعاملات.

وان الأفة هو عدم جواز التعامل بالعربون لأنه كسب بدون سبب في حالة عدم استرداده، فإذا كان هناك ضرر فجزاؤه التعويض العادل.

(٢) بيع الوفاء هو ان يبيع شخص عيناً لشخص آخر بثمن معين أو بالدين الذي عليه له، بشرط انه متى رد البائع الثمن على المشتري أو أدى دينه يرد المبيع (م ١١٨) المجلة، تجر في هذا البيع بعض أحكام البيع الصحيح وهو أن المشتري قد يملك زوائد المبيع ومنافعه، وبعض أحكام البيع الفاسد وهو أن لكل واحد من العاقدين فسخ البيع، وتجري فيه أحكام الرهن بعد القبض.

(٣) سورة البقرة ١٧٣.

(٤) سورة النحل ١١٥.

(٥) سورة الأنعام ١٤٥.

وفي ضوء هذه الآيات الكريمة واستناداً إلى السماح الواسع للشريعة الإسلامية أرى من الصواب ما ذهب إليه المرحوم شيخ الأزهر سابقاً الشيخ محمد الخضري من أنه (ليس للفقهاء أن يفتي أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل من قبيل الرخصة التي يقرها الفقيه على حساب الاجتهاد، فشان الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة، فإن كانت ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنيها من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل، فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فما له إلا أن يفتي بفسادها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة، ولا يصح أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً، وإن يفتي بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها)^(١).

- ٢- وأن يكون العرف مطرداً، فإن كان مضطرباً بأن يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى لا يصلح أن يكون مصدراً للحكم، والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق^(٢).
- ٣- وأن يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبني عليه حكمها لأنه كالقاعدة القانونية ليس له الأثر الرجعي فيجب أن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف (أو الواقعة) ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء أكان التصرف قولاً أم فعلاً، فإذا كان طارئاً على التصرف أو حادثاً بعده أو كان سابقاً على التصرف وتغير قبله فلا يعمل به.
- ٤- وأن يكون عاماً في الأحكام العامة والمعتبر لبناء الأحكام الشرعية هو العرف العام لأن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، والخاص يبني عليه الحكم الخاص بأهله كالألفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر فتجري في كل بلدة على عادة أهلها^(٣).
- ٥- وأن لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف، والا فيقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف، فإذا اتفق الزوجان في العراق على أن يكون كل المهر مقدماً فليس

(١) وقد نشر هذا في مجله الأزهر تحت عنوان (يراعى العرف في القضاء والفتوى) ونقله الأستاذ المرحوم عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص ١٢٥.

(٢) قال السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن) في الأشباه والنظائر، ص ١٠١ (إنما تعتبر العادة إذا اطرقت فإذا اضطربت فلا).

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء، للدكتور أحمد فهمي (أبو سنة)، ص ٦١ وما بعدها، في المجلة م ٤١ (إنما تعتبر العادة إذا اطرقت أو غلبت).

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

أهمية العرف؛

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

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي فإن العرف يبقى محتفظاً بأهميته وتتجلى هذه الأهمية في كثير من المجالات ومنها:

١- يستعين الفقيه والقاضي والمفتي في تفسير النصوص بالأعراف السائدة عند نزول هذه

النصوص وتطبيقها^(٢)، وعلى سبيل المثال: قال سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الْزَبُكُ﴾

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

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

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

ءَامْتُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١﴾ فهذا القيد ﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ ليس له مفهوم المخالفة، وبالتالي لا يدل على أن هذا النوع من الربا هو المحرم وما عداه ليس بمحرم لأن الآية جاءت لتعبير عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عاداتهم في التعامل بالربا حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول اجل دينه زدني في المال أزدك في الأجل فيضطر المدين أن يفعل ذلك، إلى أن تتراكم الديون بذمة المدين بحيث لا يستطيع أن يفي بها، فيعه مع زوجته وأولاده بعد استعبادهم، وهذا ما يُسمى ربا الفضل في الجاهلية^(١).

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

أ- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكذبها في العرف والعادة كمضي مدة التقادم، فقال فقهاء المسلمين (فإذا ترك المدعي المطالبة بحقه مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به، على القاضي أن يرد هذه الدعوى)، وقدروها في ضوء أعراف زمنهم بـ(٣٣ سنة) في دعاوى أموال الميراث (المطالبة بالحق في التركة) وأموال الوقف، وقدروها في غير الإرث والوقف بـ(١٥ سنة)، ويرى المالكية أن دعوى المطالبة بالعقار تسقط (أي لا تسمع) بمضي (١٠ سنوات) استناداً إلى ما روي أن الرسول ﷺ قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)^(٤).

(١) سورة آل عمران ١٣٠.

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

(٣) في المجلة، ٤٢م، المعروف كالمشروط، (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) ٤٤م، (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) ٤٥م

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

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

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

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

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

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

(١) قال ابن فرحون ، تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ٦٠/٣ وما بعدها (إذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة وادعت انه لم ينفق عليها ، فذهب مالك واحمد بن حنبل (رحمهما الله) إلى أنه لا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دعواها انه لم يكسبها في ما مضى من الزمان لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها. وهذا هو قول أهل المدينة وهو الحق الذي لا شك فيه. وكذلك إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد المتبايع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا بيّنة أو عرف كالسلع التي تجري العادة أن المشتري يدفع ثمنها منها مقدماً كاللحم والخضر ونحو ذلك فيحكم في ذلك بالعرف والعادة. ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ في البيع كقول البائع - بعتك هذه الأرض بكذا - ولم يزد على هذا فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار وهذا يحكم العرف ، ولفظ الدار والشجر يشمل الثوابت كالأبواب والرفوف ، ومن ذلك إذا خلا بزوجته خلوة اهتداء وادعت انه دخل بها فالقول قولها بالعرف والعادة إلى المرأة إذا خلا بها زوجها أول مرة لا يصبر عن وطأها فالخلوة شاهد لها بدعواها).

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

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

(٤) يرجع القاضي في معرفة نوع النفقة ومقدارها إلى عرف بلد الزوجين مع مراعاة حالتها المالية والاجتماعية عند تطبيق القاعدة الشرعية الكلية الواردة في قوله تعالى ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ والطلاق ٧ ، قال الرسول ﷺ لهند زوجة أبي سفيان حين اشتكت من شحه - البخل مع الحرص - : (خذني ما يكفيك وولدتك بالمعروف) ، وكان أبو سفيان معروفاً بالبخل لذا صدقها الرسول ﷺ ولم

للخيار^(٣)، حجم ونوع التعازير^(٤)، وفي الضمان وعدمه عند هلاك الودائع^(٥)، وفي استنتاج الباعث الدافع^(٦)، وفي مالا ضبط له شرعاً كالحيض والبلوغ وغير ذلك من الأمور التي يمكن عن طريق تحكيم العرف الوصول إلى الحكم العادل فيها).

٤- التعبير عن الإرادة بالأفعال يعتد به الشرع والقانون بدليل العرف كالبيع والشراء بالمعاطة فإنها تدل على الرضى عرفاً وكفتح أبواب المحلات العامة تعبيراً عن الإذن بدخولها وكتقديم الطعام للضيف فإنه إذن له عرفاً بتناوله له.

٥- تغيير الأحكام المتأثرة بالأعراف بتغيرها، وهذا هو المراد بالقاعدة المعروفة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(٧).

يطلب منها البينة وكذلك أحالها إلى العرف في أخذ ما يكفيها ويكفي ولدها. أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب قضية هند. صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٨/١٢.

(١) الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج عند جمهور الفقهاء، فالقاضي يرجع إلى عرف البلد فيما يعتبر من باب الكفاءة وما لا يعتبر مستعينا بأهل الخبرة، فإذا زوجت امرأة نفسها من غير كفاء في عرف البلد بدون إذن وليها صح العقد عند بعض الفقهاء -كالحنفية- وأولياؤها حق الاعتراض وطلب الفسخ دفعاً لضرر العار عنهم. والصفات المعتبرة في الكفاءة باستثناء الدين يقررها العرف.

(٢) من الرؤية في بحث خيار الرؤية وهو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع أي المقصود بها العلم الحادث بإحدى الحواس الخمس لا بالعين الباصرة فقط.

(٣) يستعين القاضي بالعرف في معرفة حجم العيب ومدى تأثيره على نقص المال وقيمه.

(٤) التعازير عقوبات تقدرها السلطة التشريعية الزمنية وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وفق الأعراف السائدة في كل بلد. يقول القرافي، الفروق ٤/١٨٤ (فرب تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر، ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر).

(٥) يرجع القاضي في ضمان الودائع والأمانات لمعرفة حرز مثلها وتقدير العناية اللازمة لحفظها وبالتالي تقدير التقصير وعدمه إلى العرف.

(٦) يستعين القاضي بالقرائن العرفية في استنتاج القصد الجنائي في الجنایات، والباعث الدافع في المعاملات والأحوال الشخصية، فإذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها ثم طلقها بعد زمن غير طويل وطالبت بالمهر بحجة أن الباعث الدافع إلى الهبة كان استدامة العلاقة الزوجية، على القاضي أن يحكم برد المهر بعد تحليفها، لأن العرف يؤيدها.

(٧) المجلة ٣٩٤م، وقد ذكرنا أن التفسير يجب أن يحمل على التبدل لأن حكم الله لا يتغير بل له أحكام متعددة في قضية واحدة كل لظرف معين.

من تطبيقات هذه القاعدة في الشرع الإسلامي ما يلي :

أولاً: التسعير: النص قد يكون معللاً بالعرف أو بعله مرجعها العرف ثم تتغير العلة بتغير

العرف فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص.

قال أهل المدينة المنورة للرسول ﷺ (غلا السعر في المدينة فسعر لنا) قال ﷺ (إن الله هو المسعر^(١) القابض^(٢) الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)^(٣). فامتاعه عن التسعير واعتباره إياه ظلماً كانا مبنين على أساس أن الغلاء كان ناتجاً عن قلة الإنتاج وكثرة الطلب (قانون العرض والطلب)، فالعرض كان قليلاً لقلّة الإنتاج ولما تغيرت الأعراف وتبدلت النفوس فمالت إلى الجشع والاستغلال والكسب على حساب المستهلك، أفتى فقهاء التابعين^(٤) بضرورة تسعير المواد رعاية لمصلحة المستهلكين ومكافحة للجشع والاستغلال.

ثانياً: ضالة الإبل: سأل الرسول ﷺ عن ضالة الإبل فقال للسائل (ما لك ولها، دعها فإن

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

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

(١) يعني يفعل ذلك لإرادته.

(٢) المقتر.

(٣) أخرجه أبو داود كتاب البيوع، باب التسعير ٢٧٠/٣. والترمذي في نفس الباب ٦٠٦/٣. ابن ماجه،

كتاب التجارات ٧٤١/٢، الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن التسعير ٢٤٩/٢.

(٤) سبل السلام ٢٥/٣

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

٢٦٣/١٢

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

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

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

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

ومع تقديري لمكانة فقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم فإن قولهم بعدم مالية المنافع على أساس تجردها ناشئ عن خلطهم بين المنفعة والانتفاع، والثاني هو الذي يتجدد بتجدد الزمان أما منفعة الشيء فهي قدرته على إشباع الحاجة وهي طاقة كامنة فيه ولا تتجدد بتجدد الزمان وإنما تستهلك بمرور الأيام شأنها شأن أي مال آخر، وقيمة الشيء تقدر في ضوء هذه الطاقة الكامنة، وبناء على ذلك لا مبرر لتأويلات جواز التعامل بالمنافع وتضمينها.

(١) المنتقى ٦٨/٧.

(٢) وجه قولهم: إن الغصب إنما يرد على المال، والمنافع ليست مالا لعدم إمكان ادخارها لأن من عناصر مالية الشيء أن يمكن ادخاره، وعلى تقدير ورود الغصب عليها لا يمكن ضمانها لأنها إما أن تضمن بمثلها صورة ومعنى فهو غير ممكن أو بمثلها معنى (أي بقيمتها) بأن تضمن بالأعيان (التقود) فهو أيضاً غير ممكن، لأن من شروط الضمان قيام المماثلة المالية، والمنافع ليست بمال فلا تماثل بينها وبين القيمة لا صورة ولا معنى.

(٣) كأموال الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال (كالعقار، والدور، والحوانيت، والحمامات، والفنادق، والمخازن، والدكاكين، والسيارات، والدواب، التي تستخدم للأجرة ونحو ذلك). ووجه إفتائهم هو تغير الأعراف والنفوس وطمع الناس في أكل أموال الغير بالباطل.

خامساً: عدم حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان: قال المتقدمون من فقهاء الشريعة بجواز حكم القاضي بعلمه مع الاختلاف في التفصيل، فقال بعضهم كأبي حنيفة (رحمه الله) (ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله مبنية على المساهلة والمساحة بخلاف حقوق الآدميين).

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

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

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

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

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

(٢) قال أستاذنا (أبو سنة) المرجع السابق، ص ١٢١، نقلاً عن الحموي إن محمداً الشيباني رجح عن رأيه الأول إلى القول بعدم جواز حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان، وقال في الأشباه وجامع الفصولين (إن الفتوى على عدم الجواز).

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

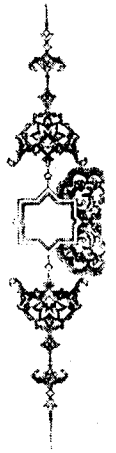
في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل أقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين^(١).

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

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

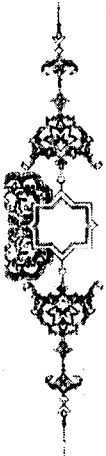
(٢) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن

رب العالمين ٢/٣، مطبعة النهضة الجديدة، ١٣٨٨هـ



الفصل الثالث الأدلة التبعية النقلية المختلف فيها

وهي قسمان:
قول الصحابي
وشرع من قبلنا
ونخصص لكل منهما مبحثاً.



المبحث الأول

حجية قول الصحابي

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

الصحابي:

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

حجية قول الصحابي:

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

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

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

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

(٣) المسودة في أصول الفقه الحنبلي لآل تيمية، ص ٣٣٦ وما بعدها.

من المجتهدين^(١).

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

٤. حجة على غير الصحابي. وهناك آراء أخرى لا فائدة في استعراضها والتعليق عليها.

تقويم الآراء:

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

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

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

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

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

(٣) قال الآمدي، الإحكام ٣/١٩٥ (قول الصحابي إذا كان عن نص فالمصدر هو النص وإن كان عن اجتهاد فهو كأي مجتهد آخر يستند إلى دليل من الأدلة الشرعية، وإن لم يعارضه أحد يكون إجماعاً سكوتياً، فالمصدر هو الإجماع وليس قول الصحابي).

تحديد محل الخلاف:

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

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

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

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

(٢) قضى عبد الله بن مسعود ﷺ في امرأة مات زوجها قبل أن يدخل بها وقبل أن يحدد لها المهر بأن لها الميراث ومهر مثلها لا وكس ولا شطط، وعارضه علي بن أبي طالب ﷺ فقال (لها الميراث ولكن ليس لها مهر المثل).

(٣) سبق بيان هذا الموضوع في موضوع شروط العمل بحديث الآحاد، ص ٤٦.

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

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

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

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

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

صور من تطبيقات حجية قول الصحابي:

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

ثم إنهم عللوا النصوص وحلّلوا دلالاتها ووعوا أهدافها من الحكم والمصالح المتوخاة من تشريعها وكلما وجدوا نصوصاً مطلقة لم يكن إطلاقها مراداً قيدوها، وكلما اطلعوا على صيغ عامة لم يقصد عمومها خصوصها. وحين أدركوا أحكاماً معللة ومصالح وحكماً وسعوا وطبقوها في كل مجال تتوافر فيه هذه العلل والمصالح، وبالعكس ذلك أوقفوا العمل ببعض النصوص عندما وجدوا تخلف عللها إيماناً منهم بأن الأحكام الإلهية أتت لتحقيق

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

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

(١) قتل الجماعة بواحد:

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

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) القصاص مقابلة بالمثل وجزاء عادل لا بد فيه من المساواة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بنص قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ البقرة ١٧٨، وقوله تعالى: ﴿وَكَيْبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ سورة المائدة ٤٥، ولكن قد يحدث أن يشترك اثنان فأكثر في قتل نفس واحدة، فهل يطبق القصاص على الكل؟، فإذا قلنا نعم فأين المساواة التي تقتضي التماثل في الجزاء وتقتضي أن تكون النفس بالنفس؟. وقد عرضت حادثة من هذا القبيل على فقهاء الصحابة عندما قتلت امرأة وخليتها ابن زوجها من زوجة سابقة فلما انكشفت الجريمة وعرضت على يعلى بن أمية بصفته والياً في اليمن (في صنعاء) وقف موقفاً حائراً أمام التوفيق بين أخذ القصاص من كليهما وبين رعاية نص (النفس بالنفس)، وكتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بصفته خليفة المسلمين طالباً منه ببيان رأيه

(٢) تضمين المقاول والصناع وغيرهما من الأجير المشترك:

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

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

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

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

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

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

٣) عدة المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين: (١)

قال ابن عباس وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنهما) في إحدى الروايتين عنه (إن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل أقصى الأجلين من أربعة اشهر وعشرة أيام وفق قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢)، ومن وضع الحمل طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣).
وأخذ بهذا القول فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء المالكية وتبناه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذة^(٤) وحسناً فعل.

٤) وجوب النفقة والسكنى للمطلقة:

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

(١) في المنتقى شرح الموطأ ١٢٢/٤ (سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين، وقال أبو هريرة إذا ولدت فقد حلت) ويبدو أن ابن عباس نظر إلى الجمع بين الآيتين - آية الأشهر وآية وضع الحمل - ولم يعتبر الثانية مخصصة للأولى أما أبو هريرة فإنه استند إلى حديث سبيعة الأسلمية التي يقال إن زوجها توفي ثم وضعت الحمل ثم راجعت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها (قد حللت فانكحي من شئت)، ويقول الباجي في المرجع السابق ١٣٣/٤ (إن علياً رضي الله عنه قال بما قال به ابن عباس).

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) الرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ من م ٣/٤٧ التي نصها (عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة).

(٥) في المنتقى شرح الموطأ ١٠٤/٤ (مالك عن عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان عن ابن سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة طلاقاً بائناً وهو غائب بالشام، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطه فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال (ليس لك عليه نفقة). وفي كتاب أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحمد بن فرح المالكي القرطبي، ص ٧١ (قالت فاطمة خاصمتها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة)

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

٥) ميراث المطلقة في مرض الموت:

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

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

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

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

(١) سبق تخريجه. قال في الكشف ٧١٠/٢ (أراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ القياس الصحيح فإنه ثابت بالكتاب والسنة، أو أراد من الكتاب قوله تعالى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَنَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾ الطلاق: ١، وبسنة رسول الله ﷺ ما قال عمر رضي الله عنه (سمعت رسول الله ﷺ يقول لها السكنى والنفقة)، ويلاحظ أن آية ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ خاصة بالمطلقات طلاقاً رجعيّاً بقرينة ما جاء في نهايتها من قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ المراد بالأمر استئناف العلاقة الزوجية بالرجعة.

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

(٣) أخرجه مالك، الموطأ، باب طلاق المريض، تنوير الحوالك ٩٣/٢.

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

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

(٦) المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦.

(٧) المغني لأبن قدامة ٣٣٠/٦.

(٨) الكافي للكليني ١٢٢/٦.

وقال الظاهرية^(١) والزيدية^(٢) (لا ترث مطلقاً لانقطاع العلاقة الزوجية والطلاق البائن). وللشافعية أقوال^(٣) مختلفة كل قول يتفق مع رأي من الآراء المذكورة. ونكتفي باستعراض هذا القدر من التطبيقات الفقهية المبنية على أقوال الصحابة، فهي قطرة من البحر، فمن راجع المراجع المعتمدة للمذاهب الفقهية الإسلامية وجد أن كل فقيه استند إلى قول الصحابي في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية التي استنبطها للوقائع والحوادث في مختلف المجالات للعلاقات البشرية^(٤).
وبعد هذا أو ذاك هل من الإنصاف أن ندخل في مناقشات لا فائدة فيها حول حجية قول الصحابي؟^(٥).

(١) المحلى لأبن حزم ٢٤/١

(٢) الروض النضير ٢١٦/٢.

(٣) المهذب ١٥/٢. المجموع، شرح المهذب ٥٥٥/١٤

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

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

المبحث الثاني

شرع من قبلنا

الآراء الخلافية، التحليل والاستنتاج، أهمية الموضوع

شرع من قبلنا: هو أحكام الله للأمم السابقة بوساطة الأنبياء والرسل.

الآراء الخلافية^(١)

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

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

(١) لزيد من التفصيل، راجع المراجع الآتية:

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

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

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

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

ج- القرآن اعتبر الإيمان بكافة الأنبياء والرسول وكتبهم المقدسة جزءاً من متطلبات إيمان المؤمن في قوله تعالى: ﴿ءَأْمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ ءَأْمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ﴾^(٢)، وهذا يدل على استمرارية الإلزام والالتزام بالنسبة لأحكام الشرائع السابقة ما لم يثبت نسخها.

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

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

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

(١) كالحكم المنسوخ في قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ ﴾ الأنعام ١٤٦.

(٢) سورة البقرة ٢٨٥، كما في قوله تعالى: ﴿ قُولُوا ءَأَمْنَا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطَ وَمَا أُوتِيَ مُوسَى وَعِيسَى وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ البقرة: ١٣٦.

(٣) كبقاء القصاص في الشريعة الإسلامية الذي فرض في التوراة، كما في قوله تعالى: ﴿ وَكَبَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ المائدة ٤٥.

﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿ وَآتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَاهُ هُدًى لِبَنِي إِسْرَائِيلَ أَلَّا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلاً ﴾^(٢).

ج- ظاهر الآيات القرآنية يدل على التزامنا لشريعة محمد ﷺ دون غيرها كما في قوله

تعالى: ﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ عِنْدَ اللَّهِ أَلَا يُسَلِّمُونَ ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ عَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾^(٥).

الرأي الثالث: ما ورد في القرآن والسنة ونقله إلينا أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة من شرع من قبلنا شرع لنا وملتزم بالعمل بمقتضاه ما لم يثبت نسخه باعتباره جزءاً من شريعتنا الإسلامية لا لاعتباره من الشرائع السابقة.

الرأي الرابع: ما أقره القرآن والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا وملتزم بالعمل به باعتباره جزءاً من شريعتنا، أما ما نقله أهل الكتاب إلينا أو رواه المسلمون من الكتب السابقة فلا يعتد به لثبوت تحريف الكتب السابقة واحتمال كون المنقول من جملة ما حرفوه^(٦).

(١) سورة المائدة ٤٨.

(٢) سورة الإسراء ٦.

(٣) سورة النساء ٨٠.

(٤) سورة آل عمران ١٩.

(٥) سورة آل عمران ٨٥.

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

أ- استدلال محمد الشيباني على جواز القسمة للماء بطريق المهابة بقوله تعالى: ﴿ وَبَيَّنَّاهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلٌّ شَرْبٌ مَحْضَرٌ ﴾ القمر ٢٨. ويقوله تعالى: ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ هَآءَا شَرِبَ وَلَكِّرَ شَرِبَ يَوْمَ تَغْلُو فِي الشُّعْرَاءِ ﴾^{١٥٥}.

ب- استدلال أبي يوسف على أن الرجل يؤخذ منه القصاص إذا قتل المرأة كما يؤخذ منها إذا قتلت الرجل بقوله تعالى: ﴿ وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَلْفَسَ بِالْتَفِيسِ ﴾ سورة المائدة ٤٥.

ج- واستدلال الكرخي بالنص المذكور على أخذ القصاص من المسلم إذا قتل غير المسلم من أهل الكتاب بدون مبرر، راجع أصول السرخسي ١٠/٢ وما بعدها.

تقويم الآراء المذكورة والاستنتاج

لعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء (رحمهم الله) فضل كبير على العالم الإسلامي في أنهم لم يغادروا صغيرة ولا كبيرة وقعت في زمنهم إلا وقد تطرقوا لبيان حكمها وتحليل أدلتها والاستنتاج منها بإبداء رأيهم فيها ولهم أجران في حالة الإصابة واجر واحد في غيرها. ولكن في معالجة بعض المسائل كان البعض منهم ينقل ما قاله السلف، وإن كان مخطئاً لحسن ظنه بما قيل، وقد يردد اللاحق ما ذهب إليه السابق دون تبديل أو تعديل أو تعليق، فالأدلة والأمثلة هي هي، ومن جملة تلك المسائل مسألة (شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟). بعد مراجعة زهاء خمسين مرجعاً في أصول الفقه للمذاهب الإسلامية الثمانية^(١) لم اطلع على دليل مقنع يخلو من النقض أو ينجو من النقد فاستعنت بالقرآن الكريم، فوجدت أن بعض آياته تدل على عدم الاختلاف بين الشرائع الإلهية وطريقة الأنبياء والرسل، في حين أن هناك آيات أخرى تدل على خلاف ذلك، فتوصلت إلى أن رفع التعارض الظاهر بين هذه الآيات يتطلب دراسة الموضوع من زاويتين:

إحدهما: فيما يتعلق بالأحكام الاعتقادية (أصول الدين).

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

أولاً: شرع من قبلنا في الأحكام الاعتقادية (أصول الدين).

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

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

(٢) سورة الشورى ٣

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

تَمَّا لَوْلَا إِنْ كَلِمَةً سَوَامٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَقْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا
بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ ﴿١١﴾

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

من أصول الدين الثابتة في كل شريعة

أ- **الإيمان بالله**؛ فهو واجب عقلي على كل إنسان بالغ عاقل قبل أن يكون واجباً شرعياً تأمر به الكتب المقدسة الإلهية، لأن الإيمان بالرسول والكتب السماوية متوقف عليه، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يؤدي إلى توقف الشيء على نفسه، وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل، فكذلك الملزوم لما في ذلك من الاستحالة المنطقية، أو الدور كما يقول علماء المنطق أو المصادرة على المطلوب كما يقول فقهاء القانون، ومن هذا التحليل المنطقي نخرج بنتيجة بديهية وهي أن الإيمان بذات الله وصفاته واجب عقلاً وشرعاً في جميع الشرائع الإلهية. فعلى كل إنسان بالغ عاقل أن يتفكر في هذا الكون العظيم في المسخرات للإنسان بأمره تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ الَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَالنُّجُومَ مُسَخَّرَاتٌ بِأَمْرِهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾ (١١)،
وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ الَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ

(١) سورة آل عمران ٦٤.

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

(٢) سورة النحل ١٢.

أَلَلْبَبِ ﴿١﴾، وان يتعمق في تفكيره عند النظر في الآيات الكونية ليستدل بالأثر على وجود المؤثر وبالمخلوق على ثبوت الخالق.

ب- الإيمان بالأنبياء والرسل: وهو أيضاً ثابت عن طريق التفكير والاستدلال بما يدل على صدقهم في دعوى الرسالة، وهذا الإيمان لا يثبت عن طريق كتبهم، لأن الإيمان بالكتب يتوقف على الإيمان بالرسل، ولو قلنا بعكس ذلك أيضاً للزمت الاستحالة المنطقية المذكورة وهي توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ثم توقف الشيء على نفسه، ثم تقدم الشيء على نفسه.

ويتفرع عن الإيمان بالله وبرسله الإيمان بسائر الأحكام الاعتقادية كالإيمان بيوم القيامة ويان كل إنسان يسأل عن أعماله، فإن كان عمله خيراً فجزاؤه خير، وان كان شراً فجزاؤه شر، كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ (٢).
﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ (٣) وَمَنْ يَعْمَلْ

ثانياً: شرع من قبلنا من ناحية الأحكام الشرعية العملية (فروع الدين).

الأحكام الشرعية العملية التي تعتبر من فروع الدين نوعان.
النوع الأول: أحكام لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لأنها من ضروريات الحياة وتقتضيها الطبيعة، لذا اسماها علماء الفلسفة والقانون بـ(القانون الطبيعي) لأنها تلازم طبيعة الإنسان من ميلاده إلى وفاته ولا يستغني عنها مهما تطورت الحياة وتغيرت الحضارة، ومن تلك الأحكام عدم شرعية السرقة والقتل والاختطاف وخيانة الأمانة وإلحاق الضرر بالغير بدون مبرر وقبح الظلم والكذب والنفاق. ومنها وجوب العدل والإنصاف وتطبيق القصاص (٣) والتعاون على البر والتقوى وحسن الصدق والأمانة وضرورة استمرارية

(١) سورة آل عمران ١٩٠.

(٢) سورة الزلزلة ٧-٨.

(٣) كما في قوله تعالى: ﴿وَكَبَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَاللسنَّ بِاللسنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ المائدة ٤٥.

الصلة بين العبد وبين ربه بالعبادات^(١).

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

النوع الثاني: أحكام تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأمم، كالأحكام المتعلقة بتنظيم

علاقات الإنسان مع الإنسان في مجال المعاملات المالية وكالتفصيلات والجزئيات لتطبيق الأحكام الكلية من النوع الأول. فمثل هذه الأحكام قابلة للنسخ والإلغاء والتعديل في جميع الشرائع، شأنها شأن القوانين الوضعية، وهذه الأحكام هي المقصودة بقوله

تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾^(٢).

ومن هذا نستنتج وجه إجماع علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء على خلود آيات القرآن لأنها لا تتضمن أحكاماً وقواعد قابلة للتغيير والتعديل، بل تحتوي الأحكام الاعتقادية وأمهات الأحكام الواردة في الشرائع السابقة إضافة إلى قواعد كلية وأسس عامة لا تتأثر بتطورات الحياة إلا من حيث المضمون والتطبيق.

القرآن تعديل للساتير الإلهية السابقة

لكل دولة من دول العالم في هذا العصر دستور وظيفته التخطيط ووضع الأسس والمناهج للنظام المقبول في هذه الدولة تاركة التفصيلات والجزئيات في شتى مجالات الحياة للقوانين التي تشرع في ضوء هذا الدستور بحيث لا تتعارض معه لأن جميع دول العالم تكاد تؤمن بدستورية القوانين، فإذا تغير نظام الحكم القائم فقد يلغى الدستور أو يعدل ولكن ليس بمستطاع الدستور الجديد حذف أمهات الأحكام والقواعد الواردة في الدستور السابق كحرية المسكن، وحرية التنقل، وحرية التملك، وحرية الرأي، وعدم جواز انتزاع الملكية إلا بتعويض وعدم إلقاء القبض على أحد إلا بتهمة، وعدم عقاب أي شخص إلا بعد ثبوت الجريمة، وهكذا جميع الأحكام التي هي من ضروريات الحياة، ومن الحقوق الطبيعية لدى جميع الشعوب.

(١) كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ

لَمَلَّكُمْ تَلْفُونَ ﴿ البقرة ١٨٣.

(٢) سورة المائدة ٤٨.

لكن الخاضعين للأحكام المنقولة من الدساتير السابقة يعملون بمقتضاها ويؤمنون بمحتواها على أساس أنها جزء من الدستور الجديد، ويلتزمون بها باسم الدستور الجديد لا باعتبارها من الدساتير السابقة، وهكذا شأن القرآن بالنسبة للأحكام التي يتضمنها وهي كانت موجودة في الشرائع السابقة، ونحن نلتزم بها ونخضع لها باعتبارها من الشريعة الإسلامية.

أهمية الموضوع

تبرز أهمية معرفة الصلة بين الشريعة الإسلامية وبين الشرائع الإلهية السابقة في أن غير المسلم من أهل الكتاب عندما يعتنق الإسلام ديناً له يجب أن لا يعتبر مرتداً عن دينه، لأن الدين واحد فهو يبقى ملتزماً بأصوله وخاصاً لأحكام شريعته مضيفاً إليها بإسلامه التزامه بأحكام جديدة، كلها من مصلحته تدفع عنه الضرر وتجلب له النفع في المجالين المادي والروحي وفي الحياتين الدنيوية والأخروية^(١).

(١) قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوْ أَمَّنْ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِّنْهُمْ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ

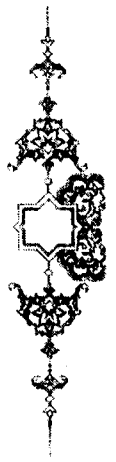
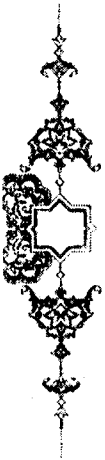
الْفٰسِقُونَ﴾ آل عمران ١١٠.

وجملة الكلام: أن الإسلام هو دين الله الذي نطق به رسله جميعاً واختلف أحكام رسالاتهم في الجزئيات أو في العبادات وأوضاعها، ولكن جوهر الرسالة الإلهية لهداية البشر منذ أن هبط آدم (عليه السلام) إلى الأرض إلى رسالة محمد ﷺ لم يتبدل قط، لأن مصدر الهداية هو الإله الواحد وطريقها هو الوحي.

الفصل الرابع المصادر الطبيعية العقلية

العمل بالمصادر العقلية يرجع إلى الاستدلال بمعقول النصوص من مقاصدها التي هي مصالح الناس، لأن العقول لا تستقل بادراك المصالح والمفاسد ما لم تستعن بمقاصد الشارع وبواعث تشريع الأحكام، فالاستدلال بعلة حكم مسألة على وجوده في أخرى مشابهة قياس، وبعلة دل النص على اعتبار جنسها استدلال بالمصلحة، وبمنع فعل مشروع لمصلحة اتخذت ذريعة لمفسدة مساوية أو تزيد استدلال بسد الذرائع، وبمصلحة تقتضي العدول عن القاعدة الكلية استحسان، وبمصلحة مكتسبة لم يقم دليل على زوالها استصحاب، وعلة الحكم وفلسفته، وحكمته هي المصلحة التي يحققها العمل بالحكم، فمصلحة وجوب الواجبات ونذب المنذوبات واستباحة المباحات مصلحة إيجابية، فهي منفعة مستجلبة من امثال الحكم ومصلحة حرمة المحرمات وكراهة المكروهات سلبية فهي مضرة أو مفسدة مستدراة باجتنابها، فأحكام الله كلها معللة بمصالح الإنسان وأغراضه سواء أدركها العقل أم لا.

فهذه الوسائل الخمس اعترف بها أكثر أهل الشرع كأدلة عقلية شرعية يستعين بها المجتهد لاكتشاف أحكام قضايا غير منصوص عليها كما نبهتها في المباحث الخمسة الآتية.



المبحث الأول

القياس

تعريفه، أركانه، شروطه، مراحلـه، أنواعه
ما يجوز فيه القياس وما لا يجوز، حجتيه، أهميته

تعريفه

في اللغة العربية: عبارة عن تقدير الشيء المادي أو المعنوي بوساطة وحدة معينة لمعرفة عدد ما يحتويه من هذه الوحدة^(١)، ويستعمل أصلا في العلوم الطبيعية والرياضية، كما يستخدم في علم النفس^(٢). وبصورة عامة لغة هو التقدير والتسوية بين شيئين فأكثر.

وفي اصطلاح المنطق: قول مؤلف من قضايا إذا سلمت يلزمه لذاته قول آخر^(٣).

وفي اصطلاح علماء الأصول: له تعريفات كثيرة^(٤) تدور حول معنى واحد: وهو إلحاق أمر لم

(١) يقال فلان قاس الأرض أو الدار بالمترا إذا قدرها به.

(٢) الصحاح في اللغة والعلوم ٣٦٠/٢. التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٨١.

(٣) تهذيب المنطق للفتازاني بشرح الخيصي للعلامة عبيد الله بن فضل، ص ٧١، كأن يقال (العلم متغير وكل متغير حادث). فإذا سلمت هاتان القضيتان يلزم منهما العلم بقول آخر (النتيجة) وهو (العالم حادث).

(٤) ومن هذه التعاريف:

تعريف العالم الأصولي الحنفي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ٣٤٩/٢ بأنه (تعديـة الحكم من الأصل إلى الفرع لعلـة متحدة لا تدرك بمجرد اللغة).

وتعريف العالم الأصولي المالكي التلمساني (محمد بن احمد)، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٥٨ بأنه (إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم).

وتعريف العالم الأصولي الشافعي الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ٩/٣ بأنه (الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من الحكم).

وتعريف العالم الأصولي الحنبلي احمد بن عبد العزيز الفتوحي، الكوكب المنير وشرحه، ص ٢٧٢ بأنه (رد فرع إلى أصله بعلـة جامعة).

لم يدل على حكمه نص خاص ظاهراً بأمر آخر منصوص على حكمه في حكمه لاشتراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم.

والتعريف المختار:

القياس: "إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني"، أي الكليات التي يدرك العقل عللها. وقد استنتجت هذا التعريف من القاعدة الشرعية العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (رضي الله عنهم) وأجمعوا عليها وهي: (إن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا).

فالفقيه أو القاضي أو المفتي عندما تعرض عليه مسألة مجهولة الحكم لم يرد بشأنها نص خاص ظاهراً، ولكن تتوفر فيها علة حكم مسألة أخرى مشابهة ورد في حكمها نص يستدل بهذه العلة على شمول النص لتلك الواقعة، فالقياس ليس إلا وسيلة لتوسيع النص وإرجاع الجزئيات إلى الكليات.

فالمصدر الحقيقي المنشيء للحكم الذي يثبت به هو نص حكم المقيس عليه، وبناء على هذه الحقيقة القياس مصدر كاشف للحكم وليس منشئاً له، وبذلك يرتفع الخلاف بين العلماء من الأصوليين والفقهاء، فمن قال (القياس مصدر من مصادر الأحكام الشرعية) أراد المصدر الكاشف، ومن أنكر كونه مصدراً أراد المصدر المنشيء. فالخلاف الذي عاش بينهم منذ أكثر من ألف سنة شكلي (لفظي).

مثال لذلك

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَفْقَهُنَّ فِي سَبِيلِ

وتعريف العالم الأصولي الأباضي السالمي محمد بن عبد الله، شرح طلعة الشمس الألفية، ص ٩١ بأنه (حمل مجهول الحكم على معلوم الحكم بجامع بينهما).

وتعريف العالم الأصولي الزيدي الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٩٨ بأنه (استخراج مثل حكم المذكور لما لم يذكر بجامع بينهما).

أما علماء الشيعة الإمامية وعلماء الظاهرية فإنهم لا يعتبرون القياس مصدراً للأحكام الشرعية. ولا مجال للتعليق على هذه التعريفات كما انه لا جدوى في التعليق، واكتفي بالقول بأن أدقها وأقربها إلى الفهم تعريف المالكية. وان أبعدها عن الدقة هو تعريف الشافعية لأن جمهورهم اشترطوا مساواة المقيس والمقيس عليه في علة الحكم. يقول ابن السبكي، جمع الجوامع ١٣٤/٢ بأنه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل)، في حين أن العلة في المقيس قد تكون أقوى أو أضعف.

اللَّهِ فَبَشَّرَهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ^(١) وأراد بالذهب والفضة المعدنين المعروفين وكل عملة ورقية أو معدنية تحل محلها في التعامل الدولي والداخلي في أقطار العالم وفي القوة الشرائية. وهذا العموم يفهم من النص عن طريق تعليل الحكم بعله يدور معها وجوداً وعدمياً بوسيلة القياس، فالقياس عليه هو الذهب والفضة المعدنان المعروفان سواء أكانا مسبوكين أم لا. والقياس كل عملة متداولة في التعامل حلت محل الذهب والفضة في القوة الشرائية والتداول. والحكم هو تحريم الكنز^(٢) بدليل الوعيد بالعذاب الأليم والعقاب. وعلة الحكم هي المضرة الاقتصادية التي تلحق المجتمع والفرد نتيجة الكنز وعدم الاستثمار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والإنفاق على الأهل والعيال، فكأنه سبحانه وتعالى قال (والذين يكنزون النقود المعدنية والورقية التي هي عنصر مهم من عناصر الإنتاج فبشرهم بعذاب اليم)، ودور القياس هو كشف هذا العموم المراد من النص. وبناءً على ذلك فإن هذا النص يعد عاماً عموماً عقلياً كما يأتي ذلك في محله.

ركان القياس:

- أركان كل مصطلح هو ما ورد في تعريفه فيؤخذ من تعريف القياس انه يتكون من أربعة أركان (أو عناصر) وهي:
- ١- المقيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به): كالذهب والفضة في الآية المذكورة.
 - ٢- المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق): كالنقود الورقية أو المعدنية المتداولة في كل دولة ذات سيادة في العالم.

(١) سورة التوبة ٣٤.

(٢) قال الرازي في تفسيره ٤٥/١٦ (قال القاضي تخصيص معنى الكنز بمنع الزكاة لا سبيل إليه بل الواجب أن يقال الكنز هو المال الذي ما اخرج عنه ما وجب إخراجه عنه، ولا فرق بين الزكاة وبين ما يجب من الكفارات، وبين ما يلزم من نفقة الحج أو الجمعة وبين ما يجب إخراجه في الدين والحقوق والإنفاق على الأهل أو العيال وضمان التلغات وأروش الجنائيات، فيجب في كل هذه الأقسام أن يكون داخلاً في الوعيد).

وهذا ما قاله الرازي وغيره قبل زهاء تسعة قرون، أما اليوم فيضاف إلى ما ذكر الاستثمار في المشاريع الإنتاجية وبناء المؤسسات الخيرية والإنفاق على المصالح العامة الأخرى، إضافة إلى الإنفاق على الأهل والعيال.

٣- حكم الأصل : وهو ما ورد في النص كحرمة كنز الذهب والفضة في هذه الآية، وكل ما يحل محل الذهب والفضة من النقود.

٤- العلة : وهي المصلحة التي شرع الحكم لأجل رعايتها كحماية مصلحة التنمية والإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة، في تحريم كنز الذهب والفضة وما حل محلها من النقود^(١). وتعتبر العلة من أهم أركان القياس، لذا جعلها بعض العلماء (كالحنفية) الركن الوحيد في القياس، وللعلة تسميات كثيرة منها السبب، والمؤثر، والمقتضي، والباعث، والداعي، والدليل، والأمانة، ومناط الحكم، والمستدعي، والحامل.

لكن من وجهة نظري هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم، والغاية المتوخاة من العمل

به.

شروط القياس:

اشترط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع إلى حكم الأصل وبعضها يكون للعلة.

شروط الحكم

اختلف الأصوليون في تحديد هذه الشروط، فمنهم من أوصل شروط الأصل وحكمه إلى اثني عشر شرطاً^(٢)، وفي أكثرها تكرار، ونقتصر على ما هو مهم منها:

١- أن يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً فلا يلحق الحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي، أما إذا لم يكن الملحق حكماً شرعياً جاز أن يكون حكم الأصل غير شرعي سواء كان عقلياً أم لغوياً، فالعقلي يلحق بالعقلي واللغوي باللغوي، بناء على جواز القياس في العقليات واللغويات كما يأتي بيان ذلك.

٢- أن يكون حكم الأصل معللاً بعلته يدركها العقل فإذا كان تعبدياً (بأن لا يستوعب العقل علة الحكم) فلا يقاس عليه غيره.

٣- أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع

(١) في هداية العقول ١/٥١١، ومن شروط علة الحكم أن تكون بمعنى الباعث على الحكم وهو العلة الغائية التي هي الغرض من الحكم والغرض منحصر في جلب لذة للعبد بدنية أو عقلية أو دفع ألم بدني أو عقلي وهذا الغرض هو الحكمة في الحكم.

(٢) كالشوكاني في إرشاد الفحول، ص ٢٠٥.

- ويخضع الفرع لنص الأصل ، فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً ، لأن ما بينى على الباطل باطل.
- ٤- أن لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع فلا يقاس الوضوء على التيمم في وجوب النية.
- ٥- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو بالإجماع ، فلا يجوز القياس على ما ثبت حكمه بغير هذين المصدرين.
- ٦- أن لا يكون حكم الأصل مما ثبت استثناءه عن الأصول والقواعد العامة لأن القياس للتوسيع ولا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء ، وغالباً الاستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضروقات تقدر بقدرها. وقد مثل الأصوليون للحكم الثابت على سبيل الاستثناء بأمثلة كثيرة ، منها اكتفاء القاضي في عصر الرسالة بشهادة شخص واحد ، إذا كان هذا الشخص الصحابي المعروف (خزيمة)^(١) ، فليس للقاضي قياس غيره عليه في الاكتفاء بشهادته وحدها كحجة للإثبات وان كان هذا الغير أعلى منه رتبة في التدين والصدق والثقة والأمانة ، لأن القاعدة العامة تقضي بأن نصاب الشهادة اثنان أو من في حكمهما^(٢) ، وما جاء استثناء لا يقاس عليه غيره.
- ٧- أن لا يكون دليل حكم الأصل شاملاً ظاهراً^(٣) للفرع وحكمه ، فلا تقاس سائر المسكرات والمخدرات على الخمر لأن الكل خمر ، فلفظ الخمر في لغة العرب ما يخمر العقل ويحدث

(١) قصة شهادة خزيمة تتلخص في أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي فجحدته البيع وقال (هلم شهيداً يشهد علي ، فشهد عليه خزيمة بن ثابت وحده ، فقال له النبي ﷺ (ما حملك على هذا ولم تكن حاضراً معنا) فقال (صدقتك فيما جئت به وعلمت انك لا تقول إلا حقاً) ، فقال النبي ﷺ (من شهد له خزيمة أو شهد عليه فحسبه). أخرجه البيهقي ، كتاب الشهادات ، باب الأمر بالإشهاد ١٠/١٤٦.

(٢) ومن شروط الفرع :

- ١- أن تتوافر فيه علة حكم الأصل.
- ٢- أن لا يثبت حكمه بنص أو إجماع ، لأن القياس في المرتبة الرابعة.
- ٣- أن لا يتعارض إلحاقه بالأصل مع نص كقياس زواج البالغة الرشيدة بدون إذن وليها على تصرفها في مالها المتعارض مع حديث (أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) رواه الخمسة إلا النسائي.

(٣) وإلا فهو يشمله في الواقع ونفس الأمر لأن القياس كاشف.

فيه الخلل وهذا المعنى اللغوي هو المراد في القرآن، ويؤيده ما جاء في صحيح مسلم^(١)، قال رسول الله ﷺ: ((كل مسكر حرام، وكل خمر حرام)).

العلّة:

لغة: عبارة عن معنى يحل بمحل فيتغير به حاله بلا اختيار وإرادة ومنه تسمية المرض علة لأنه مجلوله في جسم الإنسان تغيير حاله من القوة إلى الضعف.

وفي الاصطلاح الشرعي^(٢): عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلن بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضرة عنه.

فجميع أحكام الله -تعالى- التي نزلت على الرسل والأنبياء كلها أتت لمصلحة الإنسان، فهي معللة بالمصالح الدنيوية أو الأخروية أو كليهما، قال ابن القيم^(٣) تحت عنوان بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل).

غير أن هذه المصالح (أو العلل) منها ما يدركها العقل فتسمى (معقولة المعنى) ويجري فيها القياس ومنها ما لا يدركها العقل فتسمى تعبدية ولا يجري فيها القياس، لأن القياس فرع تصور العلة وهي ركن من أركانه، وقد وقع الخلط في كثير من المراجع الأصولية بين سبب الحكم وبين علته. وحاول البعض من الأصوليين التجنب عن هذا الخلط بجعل الحكمة والعلة والمصلحة (من منفعة مستجلبة أو درء مفسدة) نتيجة واحدة أراد الله تحقيقها لعباده عن طريق ترتيب الأحكام على أسبابها، وإن علة سببية هذه الأسباب لمسيباتها (الأحكام) هي تلك

(١) صحيح مسلم ٩٩/٤/برقم ٥٣٣٦..

(٢) اختلف الأصوليون في تعريف العلة فمنهم من قال (إنها معرفة للحكم)، ومنهم من قال (إنها مؤثرة فيه لذاته)، ومنهم من قال (إنها موجبة أو مؤثرة يجعل العرف والعادة)، ومنهم من قال (إنها باعثة للشارع على تشريع الحكم)، ومنهم من قال (باعثة للمكلف على امتثال الحكم)، ومنهم من قال غير ذلك، لكن أكثرهم خلطوا بين سبب الحكم وبين علته.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٣.

المصالح والحكم والعلل وفي مقدمة هؤلاء الشاطبي (رحمه الله)^(١).

والأحكام قسمان تكليفية ووضعية:

والتكليفية خمسة أنواع (الوجوب، والندب، والحرمة، والكرهية، والإباحة). والوضعية خمسة أنواع أيضاً (السبب، والشرط، والمانع، والصحة، والبطلان)، وأضاف إليها البعض اثنين آخرين هما (العزائم، والرخص)^(٢).
والمقاصد التي هي علة الأحكام بالنسبة للإنسان ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية.

(١) قال القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠٦ (الحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة كذهاب العقل الموجب لجعل الإسكار علة، ومن الحكمة اختلاط الأنساب فإنه سبب جعل وصف الزنى سبب وجوب الجلد، وكضياح المال الموجب لجعل وصف السرقة سبب القطع، والوصف إذا جاز التعليل به فأولى بالحكمة لأنها أصله، وأصل الشيء ما لا يقصر عنه).
قال الشاطبي، الموافقات ١/٢٦٥ (إن المراد بالعلة الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلق بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر والسفر هو السبب الموضوع للإباحة)، ثم قال (فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة كانت ظاهرة أو غير ظاهرة)، وأما ما جعله الأصوليون علة فقد خصه الشاطبي باسم السبب وعرفه (بأنه ما وضع شرعاً لحكمة يقتضيها ذلك الحكم كالنصاب فإنه سبب وجوب الزكاة، والسرقة هي سبب لوجوب القطع). ويعتبر الشاطبي كما هو واضح في كلامه أنه أكثر عمقاً ودقة من غيره في التمييز بين السبب والعلة التي هي المصلحة والحكمة.

وقال الفتوحى الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ص ٣١١ (والسبب المناسب ما تقع المصلحة عقبه، فإذا قيل المسكر حرام أدرك العقل أن تحريم المسكر مفضي إلى مصلحة وهي حفظ العقل من الاضطراب، وإذا قيل القصاص مشروع أدرك العقل أن مشروعية القصاص سبب مفضي إلى مصلحة وهي حفظ النفس).

وقال أبو إسحاق الشيرازي، اللمع، ص ٣٩١ (المناسبة أي لسبب الحكم) ما تضمن تحصيل مصلحة أو درء مفسدة، والمناسب يقسم إلى ما هو في محل الضرورات، وإلى ما هو في محل الحاجات وإلى ما هو في محل التتمات، فيقدم الأول على الثاني والثاني على الثالث عند التعارض، فالأول نحو الكليات الخمس وهي حفظ النفوس والأديان والأنساب والعقول والأموال، وقيل الأعراض، والثاني مثل تزويج الولي الصغيرة، فإن النكاح غير ضروري لكن الحاجة تدعو إليه في تحصيل الكفوء لثلاث يفوت، والثالث ما كان من مكارم الأخلاق ككفقات القربات.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع الموافقات للشاطبي ١/١٠٩-٢٧٥

الضروريات: هي المصالح التي يختل نظام الحياة بفقدان واحدة منها وهي خمس (حفظ الدين، وحفظ الحياة، وحفظ المال، وحفظ النسب-أو العرض-، وحفظ العقول).

الحاجيات: هي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان للتوسعة في الحياة ورفع الضيق المؤدي غالباً إلى الحرج والمشقة كالتمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً.

التحسينيات: هي كماليات الحياة كممارسة محاسن العادات ومجانبة المكروهات.

ومن التطبيقات التي يتجلى فيها التمييز بين السبب والعلّة^(١) ما يلي:

أ- عدوان المعتدي جعل سبباً لوجوب الجهاد لعلّة هي حماية الدين.

ب- القتل جعل سبباً لوجوب القصاص لعلّة هي حماية الحياة.

ج- السرقة جعلت سبباً لوجوب القطع لعلّة هي حماية الأموال.

د- الزنى جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد) لعلّة هي حماية الأنساب والأعراض.

هـ- وتعاطي المسكرات سواء سكر بها المتعاطي أم لا، جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد

(الجلد) لعلّة حماية العقول، ولذلك لا تطبق هذه العقوبة على المجنون والصغير، ولا

مبرر لمن قال (لا يعاقب ما لم يسكر).

و- وجعل الجنون والصغير سبباً للولاية على المال والنفس لعلّة هي حماية مصلحة

القاصر، ولهذا اجمع فقهاء الشريعة على جواز عزل الولي عن الولاية إذا لم تتحقق

هذه المصلحة. وهكذا هناك ماثات من الأمثلة والتطبيقات يتبين لنا فيها بوضوح تام

الفرق بين السبب والعلّة ومع ذلك تجد الخلط بينهما، فمثلاً جعلت السرقة علّة

لوجوب القطع وجعل الصغر علّة للولاية وهكذا^(٢).

(١) وكالسفر جعل سبباً للرخصة بإباحة الفطر وقصر وتقديم وتأخير الصلاة لعلّة هي دفع المشقة المضرة بالصحة، والشركة جعلت سبباً للشفعة لعلّة هي دفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد، والفراش جعل سبباً للنسب لعلّة هي حفظ النسل، والعقد جعل سبباً لكسب المال للحاجة.

(٢) قال ابن ملك، شرح المنار، ص ٧٩٢ (اعلم إن ولاية نكاح الصغار معلولة بالصغر اتفاقاً، وكذا في نكاح الصغائر معلولة بعلّة الصغر عندنا والبيكاراة عند الشافعي)، ففي هذا الاتجاه خلط بين السبب وهو الصغر وبين العلة وهي حماية مصلحة الصغير.

وقال الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ٥٧/٣ (المسلك الثالث ما يدل على العلية بالنتيجه والإيماء،

وهو ستة أقسام: الأول ترتيب الحكم على الوصف بقاء التعقيب والتسبيب كما في قوله تعالى

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة ٣٨، وفي هذا الكلام خلط بين السبب - السرقة -

وبين العلة - حماية الأموال -).

الحكم يدور مع علته وجوداً وهدماً

إن أول من أدرك هذه الحقيقة فقهاء الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون (رضوان الله تعالى عليهم أجمعين) حين وقفوا على أسرار الشريعة وأدركوا تميزها بالمرونة وعلموا أن تميزها بالمرونة لا يعني الميوعة وإنما مسaire الحياة في متطلباتها الضرورية الشرعية، فحللوا طوراً فتاواهم وأقضيتهم بما نص عليه القرآن والسنة من العلل، وتارة وسعوا النص عن طريق تعليل حكمه ليشمل المسكوت عنه شموله للمنطوق به، وأخرى وقفوا أحكاماً يخال أنهم خالفوا القرآن ولكنهم بثاقب نظرهم علموا أنها معللة بعلل تدور معها وجوداً وهدماً، وعلى سبيل المثل وسعوا مجال تطبيق آية (النفس بالنفس)^(١) عن طريق تعليل وجوب القصاص بحماية الأرواح ففضوا وأفتوا بقتل الجماعة بواحد، وأوقفوا العمل بآية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢) في حق من يرتكب جريمة السرقة تحت ضغط الحاجة والضرورة^(٣) في عام الجماعة، وهذا هو منتهى العمق من فهم أسرار الشريعة التي منها أن علة وجوب عقوبة السرقة هي حماية الأموال وأن رعاية حفظ الأرواح أهم من رعاية حفظ الأموال.

وأوقفوا العمل بآية ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبِهِمْ﴾ لأن علة صرف بعض موارد الزكاة لهؤلاء المؤلفة القلوب كانت مصلحة الدين حين كان الإسلام في مركز الضعف، فلما جاوز هذه المرحلة تخلفت العلة فتوقف العمل بالحكم لزوال علته بل لزوال سببه أيضاً، وهو صفة استجلاب المسلمين لقلوبهم، لأن معنى ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبِهِمْ﴾ الذين تستجلب قلوبهم بالألفة

قال ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٦٠/٣ (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح. معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت. ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أهو الصغر أو البكارة؟ فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة).

وهكذا هناك آلاف من التطبيقات الأصولية والفقهية فيها الخلط بين سبب الحكم وبين علته.

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

(٣) وجود الحكم لوجود العلة يسمى طرداً، وعدم الحكم لعدم العلة يسمى عكساً، وزوال الحكم لزوال العلة يسمى تأثيراً وتختلف الحكم لسبب ما مع وجود العلة يسمى نقضاً. أنظر إحكام الفصول في أحكام الأصول للبايجي (سلمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري، ص ٥٢.

والمودة، فاستجلاب القلوب ليس أمراً ثابتاً بالشرع شأنه شأن صفة الفقر، فالفقير يستحق نصيباً من موارد الزكاة ما دام فقيراً، فإذا تخلف هذا الوصف فأصبح غنياً لا يستحق هذا النصيب، فإذا زال الحكم بزوال السبب تزول العلة، وقد أخطأ من زعم^(١) أن عمر رضي الله عنه جمد النص بالمصلحة أو نسخه بها أو قدمها عليه.

شروط العلة

ذكر بعض الأصوليين شروطاً كثيرة للعلة لاعتبارها من أركان القياس وقد أوصلها البعض إلى ثلاثين شرطاً، وفي أكثرها التكرار مع شروط حكم الأصل وشروط الفرع أو مبنية على الخلط بين الأسباب والعلل، مع أن العلة كما ذكرنا هي المصالح الشرعية التي تترتب على تنفيذ الأحكام الشرعية من جلب المنافع ودفع المضار إذا أدبت وأقيمت بصورة صحيحة. وأما الأسباب فهي تصرفات الإنسان الفعلية أو القولية أو الوقائع^(٢) من حيث إنها معرفة للحكم وعلامة عليه ولعل العامل الرئيس الذي دفع هؤلاء العلماء العظام إلى تسمية الأسباب عللاً هو الاحتياط والورع واجتناب الشبهات والخشية من سوء تفسير عبارة (الأحكام الشرعية معللة بالمصالح والأغراض) لأنه ربما يتصور أن هذه المصالح والأغراض راجعة إلى الله وهو محتاج إليها، والحاجة من سمات النقص، والله تعالى منزّه عن كل نقص وغني عن العالمين وعن طاعة الإنسان. ولكن بكل بساطة يمكن دفع ذلك بأن المراد المصالح والأغراض التي ترجع إلى الإنسان^(٣). وإن المراد بالعلة هي الحكمة الإلهية في تشريع الحكم. وبعد هذه المقدمة نستطيع أن نقول إن شروط العلة وإن كانت كثيرة إلا أنها ترجع إلى الثلاثة الآتية:

١ - أن تكون موجودة حسب الظن الغالب للمجتهد^(٤) في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية أو متفاوتة^(٥).

(١) مثل أحمد أمين في كتابه فجر الإسلام، ص ١٥٦، وعلي حسب الله في كتابه أصول التشريع الإسلامي، ص ١٥٦، والإمام شرف الدين الموسوي، النص والاجتهاد، ص ٩٥.

(٢) ويأتي في محله إن شاء الله.

(٣) كما جاء في شرح الكوكب المنير، ص ٢٨١. أصول فقه الحنابلة من أن قول الفقهاء الباعث على الحكم بكذا هو كذا لا يريدون به بعث الشارع بل بعث المكلف على الامتثال مثل حفظ النفس باعث على تعاطي فعل القصاص.

(٤) الظن هو الجانب الراجح من تصور أمرين فأكثر، وغلبة الظن: زيادة قوة أحد المجوزات على غيرها.

٢- أن لا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح، فلا يجوز قياس البنت على الابن، والأخت على الأخ^(١) للتسوية بينهما في كمية الحصة من الميراث بسبب القرابة لعللة مشتركة بينهما وهي المصلحة المالية، لأن الشارع ألغى هذه المصلحة بالنسبة للأنثى للعدالة التي تقتضي التفاوت بينهما في الميراث للتفاوت القائم في الالتزامات العامة والخاصة شرعاً وقانوناً وعرفاً وعقلاً، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٢). وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٣).

٣- أن لا يكون للعللة مانع يمنعها من التأثير على الحكم المقيس، فلا يقاس الأب القاتل لولده في القصاص على القاتل الآخر بجماع الحفاظ على مصلحة الحياة، لأن الأبوة مانعة من القصاص عند جمهور الفقهاء^(٤)، لكون الأب سبباً لوجود الولد فلا يكون هو سبباً لإعدامه.

(١) فالضرة في شتم الأبوين وضربهما أشد من مضرة التأنيف المحرم لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أَوْقَىٰ﴾^(١) الإساءة ٢٣، أما مضرة إتلاف مال اليتيم بغير طريق الأكل فإنها متساوية لمضرة إتلافه بالأكل المحرم بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا إِنَّهَا بِكُلِّ نَفْسٍ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ سورة النساء ١٠.

(٢) إن الأخت الشقيقة لا تقاس على الأخ الشقيق والأخت من الأب لا تقاس على الأخ من الأب، أما الأخ والأخت من الأم فهما متساويان في الميراث بموجب النص القرآني ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلًا يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ سورة النساء ١٢.

(٣) سورة النساء ١١.

(٤) سورة النساء ١٧٦.

(٥) شرح طلعت الشمس على الألفية للسالمي الأباضي، ص ١١٤. قال الفزالي، شفاء العليل، ص ٤٦١ (حكم العلة مع وجود وصف العلة يتصور انعدامه في ثلاثة أطراف على ثلاثة أوجه أحدها: أن توجد العلة بكمالها ولكن يندفع حكمها بمعارضه علة مضادة فيسقط الحكم بطريق الاندفاع بالمضادة به لا بطريق اختلال العلة أو نقصان شيء منها)... الخ.

مراحل القياس باعتبار علته

يمر القياس باعتبار علته بأربع مراحل هي: تخريج المناط، وتحقيق المناط، وتنقيح المناط، وتثبيت دوران الحكم مع المناط.

١- تخريج المناط^(١):

وهو الوقوف والإطلاع على علة الحكم التي أناطه بها الشارع وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو تحسينياتها. وهذه العلة قد تكون منصوبة وقد تكون مستنبطة.

أ- العلة المنصوبة: وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً، فحماية حياة الإنسان

مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله

تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢)، وإذا

تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقاتل الواحد الثابت بقوله تعالى:

﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾^(٣) وَسَعَّ هذا النص عن طريق العلة حتى يشمل القصاص

أكثر من واحد إذا شاركوا في قتل واحد لنفس العلة (حماية أرواح الأبرياء) كما فعل

ذلك الخلفاء الراشدون^(٤)، والعمل بالقياس في الجنايات في مثل هذا المقام عمل

بالنص، فلا يتعارض مع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

ب- العلة المستنبطة: وهي التي لم يرد ذكرها صراحة (عبارة) في نص الحكم ولكن

المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه كحماية الأموال جعلت علة العقوبة

(١) المناط مصدر ميمي بمعنى اسم المكان وموضع النوط أي التعليق والربط وهو مأخوذ من ناطه به أي علقه وربطه به. وأطلقه الأصوليون على العلة لأن الشارع الحكيم ناط الحكم بها وعلقه عليها وأضافه إليها. قال الغزالي، المستصفى ٢/٢٣٠ (ونعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه). وفي كلام الغزالي أيضاً خلط بين السبب والعلة، لأن ما جعله الشارع علامة على الحكم هو السبب دون العلة كالسرقة جعلت علامة على وجوب القطع وهي سبب لهذا الوجوب وعلته حماية الأموال. وكذلك خلط بينهما في كتابه شفاء العليل، تحقيق الدكتور حمد

الكبيسي، ص ٤٥٦

(٢) سورة البقرة ١٧٩.

(٣) سورة النساء ٤٥.

(٤) راجع هامش ١٣، ص ١٢٧.

للسرقات ويستنبطها المجتهد من المقارنة بين آية ﴿يَتَأْتِيَهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) وبين آية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٢)، وجعلت أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة إلى العقوبة الأخروية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال اليتامى ظلماً وبدون مبرر شرعي، ويستنبط المجتهد^(٣) هذه العلة من سياق قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الَّذِينَ آتَيْتُمُوهُم مِّنْ بَطُونِهِمْ تَارَةً وَسَيَاطُورَةً سَعِيرًا﴾^(٤)، ثم عن طريق القياس على الأكل يوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من أسباب إتلاف الأموال كالإحراق وغيره في الحكم المذكور ما دامت العلة واحدة وهي حماية الأموال وبصورة خاصة أموال اليتامى لعجزهم عن الدفاع عنها.

٢- تحقيق المناط:

بعد المرحلة الأولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من توفر العلة في المقيس^(٥)، فالمجتهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى: ﴿وَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُطَهِّرِينَ﴾^(٦)، ويتأكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس^(٧)، ثم يوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

(٣) وهذا لا يتعارض مع اعتبار نص حكم المقيس عليه عاماً عموماً عقلياً.

(٤) سورة النساء ١٠.

(٥) ولا تشترط في العلة ولو كانت مستنبطة أن تكون من أصل مقطوع بحكمه إذ يجوز القياس على ما ثبت حكمه بدليل ظني كخبر الواحد ولا يشترط أيضاً القطع بوجود العلة في الفرع لأن القياس إذا كان دليلاً ظنياً فلا يضر كون مقدماته أو شيء منها ظنياً، شرح الكوكب المنير، المرجع السابق ٢٩٨.

(٦) سورة البقرة ٢٢٢.

(٧) هو دم يعقب الولد بعد الولادة.

حالة دم النفاس أيضا في حرمة المعاشرة الزوجية في الحالتين (الحيض والنفاس) مادامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة^(١).

٣- تنقيح المناط:^(٢)

بعد حصول المجتهد على علة حكم الأصل وتأكده من وجودها في الفرع يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم كالفرق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محلها في التعامل والقوة الشرائية من جهة أخرى.

فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الكنز وعدم الاستثمار وعدم الإنفاق. ووجوب دفع الزكاة، والالتزام بوفاء الديون منها وغير ذلك. فإنه يتولى في نفس الوقت أثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس عليه والمقيس لا تكون حرجة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه، ومن تلك الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الاقتصادي واستقرارها السياسي وغير ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية.

(١) قال الشوكاني إرشاد الفحول، ص ٢٢٢ (تحقيق المناط: أن يقع الاتفاق على علية وصف بنص أو إجماع فيجتهد في وجوده في موضوع النزاع - المقيس - كتحقيق أن النباش سارق، أو أن اللواط زنى كما قال البعض بهذا القياس)، ولكن هذا الكلام من الشوكاني وغيره خلط بين الأصل والفرع - أو بين المقيس عليه والمقيس - فالنباش سارق والنبش صورة من صور السرقة لأنه اخذ مال الغير في حرز مثله خفية مع القصد الجنائي، وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة وهي حماية الأموال، واللواط زنى لأنها إيلاج فرج في فرج محرم مشتهى طبعاً وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة هي حماية الأعراض من الهتك.

(٢) التنقيح لغة: التهذيب والتخليص. وقال البيضاوي (عبدا لله بن علي) (في اصطلاح الأصوليين بيان المستدل إلغاء الفارق بين الأصل والفرع ليتعين المشترك بينهما للعلية، وبذلك تنقيح المناط عبارة عن إلغاء الفوارق بين المقيس عليه والمقيس ببيان عدم تأثيرها على القياس).

وقال الشوكاني، إرشاد الفحول ٣٢١ (التنقيح لغة: التهذيب والتمييز وعند الأصوليين إلحاق الفرع بالأصل بإلغاء الفارق بأن يقال: لا فرق بينهما إلا كذا، وذلك لا مدخل له في الحكم فيلزم اشتراكها في الحكم لا اشتراكهما في موجه).

٤- تثبيت دوران الحكم مع المناط:

بعد اجتياز المجتهد المراحل الثلاث السابقة يأتي دور إثبات دوران الحكم المراد إثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه وجوداً وهدماً، وإنجاز هذه المرحلة الأخيرة يعني إكمال القياس وإثبات حكم الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم لأن القياس ليس إلا الاستدلال بعله حكم مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) أخرى تتوافر فيه هذه العلة.

أنواع القياس باعتبار العلة

للقياس أنواع كثيرة^(١) باعتبارات مختلفة وأهمها التقسيم باعتبار العلة إلى ثلاثة أنواع (القياس الأولى والقياس المساوي والقياس الأدنى).

١- لقياس الأولى (أو الجلي أو القطعي):

هو قياس تكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، ولذلك يقال أن حكم الأصل ثابت للفرع من باب أولى. ويسمى القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي.

ومن أمثلة الأصوليين لهذا النوع قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٍ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ

(١) منها قياس العلة وهو ما صرح فيه بالعلة مثل العملة المعدنية والورقية كالذهب والفضة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وقياس الدلالة وهو ما لم تكن العلة المشتركة فيه علة الحكم بل دالة عليها كقياس الشافعي مال القاصر على مال الرشيد في وجوب الزكاة بجامع المال النامي، وقياس المعنى وهو أن يكون الفرع في المعنى بمنزلة الأصل كقياس المرأة على الرجل في حكم ما، وقياس الشبه وهو أن يكون للفرع أصلان يلحق بأكثرهما شبهاً مثال ذلك في بيع العقار لا تدخل حقوق الارتفاق ما لم تذكر في صلب العقد بخلاف عقد الإيجار فإنها تدخل فيه رغم عدم ذكرها، لأن الاتضاع للعين المؤجرة تتوقف عليها، ومن وقف عقاراً إن قيس على البيع لا تدخل حقوق الارتفاق وإن قيس على الإيجار تدخل. وصلة الوقف بالبيع أكثر لأن كلا منهما ينقل ملكية الرقبة بخلاف عقد الإيجار. ولكن على القاضي أن يقيسه على عقد الإيجار رعاية لمصلحة الموقوف عليه وهذا ما أطلق عليه الاستحسان بمعنى العدول من القياس الجلي إلى القياس الخفي وهو صورة منه.

لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا^(١)، فالحكم حرمة التأفف الذي هو الأصل، والعلة للتحريم دفع المضرّة والأذى عن تجب طاعته في غير معصية الله، والفرع (المقيس) كل تصرف مشين من قول كالشتم أو فعل كالضرب يصدر من الولد ضد والديه ويلحق بهما الأذى والمضرّة المادية والمعنوية، ومن الواضح أن العلة في المقيس أقوى واشد منها في المقيس عليه. ويرى البعض أن دلالة هذه الآية على كافة أنواع الإيذاءات بالوالدين ليست عن طريق القياس وإنما هي من باب مفهوم الموافقة، فهناك منطوق به (أف) ومسكوت عنه (كافة الإيذاءات) فتدل على الأول منطوقاً وعلى الثاني مفهوماً من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى^(٢)، لكن كما ذكرنا مراراً القياس دليل كاشف والمقيس مشمول بالنص عن طريقه فيكون من باب العموم العقلي، وبناء على ذلك الخلاف في حجية القياس شكلياً (لفظي). والفرق بين القياس ومفهوم الموافقة اعتباري، فإن فهم حكم المسكوت عنه عن طريقة اللغة فهو من مفهوم الموافقة وإن احتاج إلى الاجتهاد وإدراك العلة فهو من باب القياس.

ومن القياس الأولى ثبوت الحق بأكثر من شاهدين قياساً على الشاهدين اللذين اعتبرهما القرآن بينة شرعية لإثبات الحق فعلى القاضي الأخذ بها كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اُنَّانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَٰخِرَانِ

(١) ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَآءٍ أَوْيَ وَلَا تَنهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ الإسراء ٢٣، (أف: اسم فعل أتضجر

واتكره)، قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١/١٢٨ (وفهمت من قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَآءٍ أَوْيَ وَلَا تَنهَرُهُمَا﴾ إرادة النهي عن جميع الأذى بالقول والفعل إن لم ترد نصوص أخرى بالنهي عن عموم الأذى فلو بصق رجل في وجه والديه أو ضربهما بالنعل وقال: إني لم أقل لهما أف لعدّه الناس في غاية السخافة والحماقة والجهل من مجرد تفريقه بين التأفيف المنهي عنه وبين هذا الفعل).

(٢) قال القاضي عضد الدين الإيجي، شرح مختصر المنتهى الأصولي ١٧٢/٢ (مفهوم الموافقة هو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور-المنطوق-وله أمثلة منها قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَآءٍ أَوْيَ وَلَا تَنهَرُهُمَا﴾، فعلم من حال التأفيف وهو محل النطق حال الضرب وهو غير محل النطق مع الاتفاق في الحكم وهو إثبات الحرمة فيها. قال ابن القيم، المرجع السابق ١/٢١٩ (والعلم بمراد المتكلم يعرف تارة من عموم لفظه، وتارة من عموم علته والحوالة على الأول أوضح لأرباب الألفاظ وعلى الثاني أوضح لأرباب المعاني والفهم والتدبر).

مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَبْتُمْ مِصْبَبَةً الْمَوْتِ ﴿١﴾.

٢- قياس المساواة (القياس للمساوي):

وهو التسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً كما في قياس الخالة على الخال في الميراث الثابت بقول رسول الله ﷺ ((الْخَالُ وَارِثٌ لِمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ))^(١)، أي لا وارث له من أصحاب الفروض والعصبات لأن الخال والخالة كالعم من الأم والعمة من ذوي الأرحام.

فسبب الميراث فيهما قرابة ذات درجة متساوية والعلة وهي حماية مصلحتهما المالية وحققهما في تركة المتوفى متساوية ولم يبلغ الشارع اعتبار هذه المصلحة كما ألغاه في ميراث البنت مع الابن والأخت مع الأخ، إذن الحكم هو المساواة في الميراث.

٣- لقياس الأدنى:

وهو أن يكون الأصل أولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى ومن التطبيقات الفقهية لقياس الأدنى: قول بعض الحنفية^(٢) بصحة تزويج البنت البالغة العاقلة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها قياساً على تصرفاتها المالية العلة المشتركة بينهما أن المتصرف فيه

(١) سورة المائدة ١٠٦، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الطلاق ٢، وقوله تعالى

﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ البقرة ٢٨٢.

(٢) عن ابن أمية بن سهل ؓ قال: كتب عمر ؓ إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ قال: (الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث لمن لا وارث له)، أخرجه أحمد في مسنده ٢٨١/١.

(٣) في شرح فتح القدير والهداية شرح بداية المبتدي ٢٥٦/٣ وما بعدها (وينعقد نكاح العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرة كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف (انه لا يتعقد إلا بولي)، وعند محمد (ينعقد موقوفاً على إجازة الولي)، ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق -أي في المقيس عليه- وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة، وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) (انه لا يجوز في غير الكفء) ويتفق معهم بعض فقهاء الجعفرية، الروضة البهية مع اللمعة ٧١/٢، وبه أخذ المشرع العراقي، حيث لم يعتبر الولاية لا شرطاً للصحة ولا شرطاً للنفاذ.

حق خاص ومصصلحة خاصة بها ولا فرق إلا بالمالية وغير المالية وهذا لا يؤثر بطريقة تنقيح المناط على إلحاق التصرف غير المالي بالتصرف المالي في الصحة بجامع المصلحة الخاصة في حق خاص، وتعرض هذا القياس لانتقاد شديد من قبل جمهور الفقهاء واعتبر قياساً مع الفارق^(١).

ما يجري فيه القياس وما لا يجري:

ولاً- ما لا يجري فيه للقياس

ليس كل حكم قابلاً للاجتهاد، والقياس عملية اجتهادية تستهدف توسيع مفهوم النص وتعميمه لمصادقاته، والاجتهاد والتوسيع إن جازا في بعض الأحكام كالمعاملات فإنهما غير جائزين في أحكام أخرى كالجنائيات والعبادات والمقدرات وما لا يمكن تعقل عللها كالاتي:

١- لا يجوز القياس في الجنائيات لأن الشريعة الإسلامية أول شريعة أتت بمبدأ الشرعية (لا

جرمة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات قرآنية كثيرة ومنها قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ

حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا

(١) سبق تخريجه واستدل الجمهور بأدلة كثيرة في رد هذا الاتجاه الثابت بالقياس، ومنها:

أ- أنه قياس مع الفارق لأن المقيس ليس حقا خاصا بها بل مشترك بينها وبين الأولياء.

ب- في اشتراط موافقتها وموافقة الولي معاً نجاح الزواج واستمراره وتحقيق ثماره. قال الإمام مالك والإمام الشافعي رحمهما الله، شرح فتح القدير ٢٥٧/٣ (الزواج لا يبرأ لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض إليهن مغل بهذه المقاصد لأنهن سرعات الاغترار وسيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن).

ج- ثبت أن أبا يوسف تراجع عن رأيه وانضم إلى محمد فإذا تعارض قول الإمام مع رأي صاحبين يؤخذ برأيهما.

د- في حالة اختيارها لرجل كفاء، فإن امتنع الولي يعتبر عاضلاً وتنتقل الولاية إلى إلا بعد أو إلى القاضي فلا تظلم في كل الأحوال.

هـ- وإضافة إلى هذه الأدلة العقلية المعارضة للقياس المذكور فإن هناك نصاً من رسول الله ﷺ على بطلان الزواج بدون إذن الولي أو من ينوب عنه، وهو قوله (أي ما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، سبل السلام ١٥٤/٣، ومن شروط صحة القياس أن لا يعارضه النص.

(٢) سورة الإسراء ١٥.

رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴿١١﴾ ، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِّن قَبْلِ أَنْ نَّذِلَّ وَنَخْزَىٰ﴾ (١٢) ، وغير ذلك من الآيات الدالة على أن كل جريمة وعقوبة غير تعزيرية تحدد بنص الهى وتحدد بتشريع وضعى إذا كانتا من الجرائم والعقوبات التعزيرية.

ولا يملك القاضي سلطة استحداث الجريمة أو العقوبة لكن له سلطة التخفيف والتشديد فى العقوبات التعزيرية فى ضوء الظروف المخففة والمشددة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القياس دليل ظنى، والظن سبيل الخطأ فهو شبهة فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات وفقاً لقول رسول الله ﷺ ((ادروا الحدود بالشبهات)) (١٣) ، وأما ما يتكرر فى المراجع الأصولية القديمة والحديثة من بعض الأمثلة للقياس فى الجنايات كقياس النيذ على الخمر والنباش على السارق واللواطه على الزنى وما شابه ذلك فإن كل ذلك من باب الخلط بين القياس فى الأحكام الشرعية وبين القياس فى اللغات. فهذه الأقيسه وأمثالها ليست صحيحة إذا استعملت لإثبات حكم الأصل للفرع لأنها إنما تصح فى اللغة والتسمية، فالنيذ يقاس على الخمر فى التسمية ليسمى خمراً فيكون مشمولاً بحكم النص لاشتراكهما فى المخامرة لأن النيذ مسكر وكل مسكر مخامر العقل أيأ كان نوعه ومصدره، فالنيذ كغيره من المسكرات مشمول بالنص الذى حرم الخمر لأن الكل خمر (١٤).

وكذلك قياس النباش على السارق إن أريد به القياس الشرعى فهو خطأ لأن الأول صورة من صور الثانى وإن أريد به القياس اللغوى لغرض تسميته سارقاً لأن النبش كالسرقة أخذ مال الغير خفية فى حرز مثله بقصد جنائى فهو قياس صحيح ويكون مشمولاً بالنص الذى جاء بعقوبة السرقة بدون القياس الشرعى (١٥).

(١) سورة القصص ٥٩.

(٢) سورة طه ١٣٤.

(٣) أخرجه الدار قطنى، كتاب الحدود والديات ٨٤/٣١. والبيهقى، السنن الكبرى ٢٣٨/٨، باب ما جاء فى دره الحدود بالشبهات.

(٤) ينظر إعلام الموقعين لابن القيم ٢٦٧/١.

(٥) قال ابن القيم، المرجع السابق ٢٦٧/١ (ومن ذلك أيضاً تقصير طائفة فى لفظ السارق حيث أخرجوا منه النباش للقبور ثم راموا قياسه فى القطع على السارق فقال لهم منازعهم: الحدود والأسماء لا تثبت

وقل مثل ذلك في قياس اللواط على الزنى فهو قياس لغوي لتسمية اللواط زانياً لأن معناهما واحد وهو إيلاج محرم في فرج مشتهى فيكون كل منهما مشمولاً بالنص المتضمن لعقوبة جريمة الزنى بدون القياس الشرعي^(١).
 وإضافة إلى ذلك فلا داعي للقياس أصلاً في هذه الأمور وأمثالها لا شرعاً ولا لغة، فالنيذ نوع من الخمر، والنبيش صورة من السرقة واللواط من الزنى شرعاً.

٢- لا يجوز القياس في العبادات لأن وظيفة أحكامها تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ولا يملك سلطة إنشاء هذه العبادات إلا الله سبحانه وتعالى بخلاف الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان فإنها جاءت في صورة القواعد العامة وتركت التفاصيل والجزئيات للعقل البشري يحصل عليها عن طريق القياس وغيره في ضوء متطلبات وضروريات الحياة في كل زمان ومكان^(٢).

٣- لا يجري القياس في الأمور الاعتيادية والخلقية مثل أقل الحيض وأكثره والحد الأدنى لسن اليأس، وأقل الحمل وأكثره، وأمثال ذلك من الأمور العادية الخلقية الخاضعة للاختلاف باختلاف الأشخاص والأحوال والمناخ والمكان، فليس لها مناط حتى يجري

قياساً فأطالوا وأعرضوا في الرد عليهم ولو أعطوا لفظ السارق حده لرأوا أنه لا فرق في حده ومسماه بين سارق الأثمان وسارق الأكفان وأن إثبات الأحكام في هذه الصور بالنصوص لا بمجرد القياس).
 (١) وقد يكون هذا الخلط بين القياس في الأحكام الشرعية وبين القياس في الأسباب كما وقع في قياس القتل بالمتقل على القتل بالمحدد بجامع القتل العمد العدوان فهو قياس في السببية أي كما أن القتل بالمحدد سبب للقصاص كذلك القتل بالمتقل لأن كلاً من المتقل والمحدد وسيلة مميّزة غالباً، فالقتل العمد العدوان سبب القصاص وكل من القتل بالمتقل والقتل بالمحدد من أفراد.

(٢) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١/٣٤٤ (الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم يبطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله ولا تأثيم إلا ما أثمه الله ورسوله به فاعله كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله ولا دين إلا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم، والفرق بينهما أن الله لا يعبد إلا بما شرعه على السنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها).

فيها القياس ، فإذا وجد القاضي امرأة مطلقة من ذوات الحيض أكملت ثلاثة قروء في أقل من ثلاثة أشهر لا يستطيع أن يقيس عليها غيرها لأن القراء يختلف باختلاف النساء.

٤- لا يجري القياس في الأحكام التعبدية وهي التي لا يدرك العقل عللها لأن القياس فرع تعقل العلة ، فإذا كان الأصل غير خاضع لعقل المجتهد فمن باب أولى لا يخضع له فرعه. فلا يجوز نقل الصيام إلى شهر آخر قياساً على شهر رمضان بحجة أن الكل أيام الله لأن العقل قاصر عن إدراك علة تخصيص هذا الشهر بالصيام.

وكذلك لا يحق للقاضي أن يقيس تعاطي المسكرات على القذف ويحكم على السكران بعقوبة ثمانين جلدة لأن العقل لا يدرك علة هذا المقدار وتقدير العقوبة به دون غيره من الأعداد. وما نقل عن سيدنا علي^(ع) من أنه قاس تعاطي المسكرات على القذف لما يؤدي إليه من افتراء فهو من باب التعليل وأما من فهم أنه من باب القياس ففهمه مردود لسببين ؛ أحدهما : أن العقل قاصر عن إدراك علة تحديد عقوبة القذف بثمانين جلدة ، وثانيهما : عقوبة تعاطي المسكرات من الحدود فلا تثبت بالقياس.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن القياس جائز في التفصيلات والجزئيات من الشروط والأسباب والموانع بالنسبة لما ذكرنا مما لا يجوز فيه القياس مثل قياس وجوب النية في التيمم على الوضوء.

ثانياً - ما يجري فيه القياس:

يجري القياس في غير المجالات المذكورة من الأحوال الشخصية ، والمعاملات المالية ، والأحكام الدولية والأحكام الدستورية وغير ذلك ، لما يتطور بتطور الحياة في العلاقات البشرية ، شريطة أن لا يؤدي القياس إلى ما يخالف قاعدة عامة مجمع عليها أو نص صريح. وفيما يلي نماذج من هذه الأقيسة :

أ- في الأحوال الشخصية

١- قاس الفقهاء قتل الموصى له للموصي على قتل الوارث للمورث في الحرمان (حرمان الوارث من الإرث في المقيس عليه وحرمان الموصى له من الوصية في المقيس) للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية أرواح الأبرياء.

٢- قاس عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل رضي الله عنه الموت على الدخول في وجوب مهر المثل لزوج مات زوجها قبل الدخول وقبل أن يحدد لها المهر، والعلة المشتركة هي مصلحة الزوجة في تعويضها بمهر المثل عن الضرر المعنوي الذي يلحقها بعد الفرقة الموجبة لوجوب العدة في الموت وفي الطلاق بعد الدخول، إضافة إلى أنه يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ما يعضد هذا القياس، ورفض سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه هذا القياس لتخلف العلة المذكورة والحديث لعدم الثقة بالراوي^(١) وإنما قاسه على الطلاق قبل الدخول.

ب- في المعاملات المالية :

١- قياس غير البيع في المعاملات المالية التي تشغل من تجب عليه صلاة الجمعة عن إقامتها على البيع في الكراهة والحرمة (حسب الاختلاف) والسبب هو الانشغال عن إقامة الجمعة، والعلة رعاية مصلحة إقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية، ومن قال إن العلة هي الانشغال بالمعاملة عن إقامة صلاة الجمعة فقد خلط بين السبب والعلة.

٢- قياس الوكالة العامة على الوكالة الخاصة الثابتة بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه وكل أحد أصحابه ليشتري له شاة بدينار فاشترى له شاتين بدينار واحد فباع إحداهما بدينار ورجع إلى الرسول صلى الله عليه وسلم بدينار وشاة فقال له صلى الله عليه وسلم ((بارك الله في صفقتك))^(٢).

والعلة الجامعة هي المصلحة الحاجية إلى النيابة عن الغير في التصرفات الشرعية والقانونية القابلة للنيابة لأن الموكل قد لا يستطيع أن يمارس التصرف بنفسه أما مرضه أو لكبر سنه أو لكثرة أشغاله أو لبعده أو لعدم خبرته أو لأنه لا يلائم مركزه أو لغير ذلك من العلل الحاجية الأخرى.

ج- القياس في الأحكام الدولية :

كقياس الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديبية في جواز انحلال أحد أطراف الاتفاقية عن التزاماته المترتبة عليها إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، والعلة المشتركة هي رعاية المصلحة العامة.

(١) وقد سبق بيان ذلك في محله.

(٢) عن عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة، فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار وانه بشاة ودينار فدعا له صلى الله عليه وسلم بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه. رواه الخمسة إلا النسائي، وأخرجه البخاري، سبل السلام ٢٩/٣.

د- القياس في الأحكام الدستورية:

قاس أصحاب رسول الله ﷺ انتخاب أبي بكر ﷺ للخلافة على انتخابه من الرسول ﷺ لإمامة المسلمين في الصلاة في مرض وفاته، والعلة المشتركة رعاية المصلحة العامة الدينية والدينية. فقال الأصحاب حين الانتخاب (رضيه رسول الله ﷺ لدينا أفلا نرضاه لدينا؟).

حجية القياس:

يدل على أن القياس حجة شرعية ويستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية (القرآن، والسنة النبوية، وإجماع الصحابة، والعقل السليم).

١- القرآن الكريم

أرشد الله سبحانه وتعالى: عباده إلى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية (الإعادة بعد الموت) على النشأة الأولى (الإيجاد بعد العدم) في قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ نَرِ الْإِنْسَانَ إِذَا خَلَقْتَهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ ﴿٧٧﴾ وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُعْطِي الْعِظَمَ وَهِيَ رَمِيمٌ ﴿٧٨﴾ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴿٧٩﴾﴾، ويعتبر هذا نمطاً خاصاً من القياس العقلي يحال فيه الإنسان إلى العقل السليم.

ومن أظهر الآيات الأمرة بالقياس قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ ﴿٣﴾﴾ لأن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع والمجازة اعتبار لأن معناه العبور والانتقال من مكان إلى آخر والاعتبار مأمور به في هذه الآية والأمر للوجوب لأنه لا قرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره^(٣)، إذن معنى ﴿فَاعْتَبِرُوا﴾ تأملوا وقيسوا أنفسكم بمن سبقكم ممن كانوا

(١) سورة يس ٧٧، ٧٨، ٧٩.

(٢) سورة الحشر ٢.

(٣) والحاصل: إن القياس مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع، والمجازة اعتبار بدليل ما نقل عن احمد بن يحيى المعروف بد(تعلب) وهو من أئمة اللغة حين سئل عن الاعتبار من انه قال (الاعتبار أن يعقل الإنسان الشيء فيفعله)، ونقل القاضي أبو بكر في التقريب اتفاق أهل اللغة على أن الاعتبار اسم يتناول تمثيل الشيء بغيره وإجراء حكمه عليه والتسوية بينهما في ذلك والاعتبار مأمور به في قوله تعالى ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾ الحشر: ٢، فيكون القياس مأموراً به وكل مأمور به واجب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين لأنكم أناس مثلهم ، فإن فعلتم مثل فعلهم نالكم ما نالهم من العذاب.

ويرى بعض الأصوليين أن أصول الشريعة أربعة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس)، وجه الحصر أن الحكم إما أن يثبت بالوحي أو بغيره، فالأول إما أن يكون متلوّاً أو لا؟ فالأول القرآن، والثاني السنة، وإن ثبت بغير الوحي فإما أن يثبت برأي الجميع فهو إجماع، والا فهو قياس.

وكذلك يستدل على حجية القياس بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهٗ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١)، وجه الاستدلال به أن الرجوع إلى الله والرسول قد يكون بالنص عند وجوده وقد يكون بالقياس على ما نص عليه القرآن والسنة من القضايا المشابهة لأن القياس دليل كاشف وليس دليلاً منشأً، فالعمل بالقياس يعني الرجوع إلى نص الأصل وإخضاع الواقعة المقيسة لنص الواقعة المقيس عليها. وهكذا قد اشتمل القرآن على أكثر من أربعين مثلاً للقياسات العقلية وهي تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْأَمْثَلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ﴾^(٢)، فوجه القرآن عقل الإنسان إلى التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين^(٣).

٢- السنة النبوية:

يفهم من كثير من أقوال الرسول ﷺ حجية القياس، منها أن امرأة خثعمية قالت (يا رسول الله إن أبي أدرسته فريضة الحج شيخاً زمناً لا يستطيع أن يحج، إن حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال ﷺ لها: ((أرايت لو كان على أبيك دين فقضيته، أكان ينفعه ذلك))، قالت: نعم، قال ﷺ: ((فدين الله أحق بالقضاء))^(٤).

(١) سورة النساء ٥٩.

(٢) سورة العنكبوت ٤٢.

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع إعلام الموقعين ١/١٣١ وما بعدها.

(٤) أي أنه من باب قياس الأولى، مفتاح الوصول في علم الأصول ١٧٨. في هذا الحديث عملية قياسية مكونة من قياس دين الله على دين الآدمي في انقضاء الالتزام بالوفاء والعلّة براءة ذمة المدين، وهذا

ومن سننه التقريرية الدالة على حجية القياس ما روي من انه اقر معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري على الاجتهاد واستعمال القياس حينما بعثهما إلى اليمن وقال ﷺ لهما (م تحكمان؟)، قالا (بكتاب الله، فإن لم نجد في كتاب الله حكمنا بسنة رسول الله فإن لم نجد الحكم في كتاب الله والسنة نقيس الأمر بالأمر فما كان أقرب للحق نعمل به)^(١)، فصوبهما النبي ﷺ في ذلك^(٢)، وقد ورد حديث معاذ بروايات آخر كما سبق.

قال ابن القيم^(٣) (قاس الرسول ﷺ فقضى بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وهذا التحريم مأخوذ من تحريم الجمع بين الأختين، لكن بطريق خفي، وما حرمه الرسول مثل ما حرمه الله ولكن هو مستنبط من دلالة الكتاب).

٣- الإجماع:

اجمع فقهاء الصحابة إجماعاً سكوتياً على حجية القياس عندما أقروا ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري من أنه قال (الفهم الفهم فيما أدلى البعض مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قيس الأمر عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق)^(٤)، وهذا الأمر من عمر ﷺ باستخدام القياس علم به كافة الصحابة ولم ينكره واحد منهم فكان ذلك إجماعاً سكوتياً، وكذلك استخدام الصحابة القياس في اجتهاداتهم دون إنكار من أحد.

القياس للتفهم وليس مصدر الحكم. أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب الحج عن العاجز. صحيح

مسلم بشرح النووي ١٠٥/٩.

(١) رواه أحمد، وحسنه الجمهور.

(٢) الأستاذ محمد (أبو النور) زهير، أصول الفقه ٢٢/٤.

(٣) زاد المعاد ١١/٤.

(٤) ويلاحظ أن لفظ القياس في كلام ابن القيم لا يراد به القياس الأصولي لأن مصدر الحكم هو السنة دون القياس.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٠/١ وفيه (هذا ما أعمد عليه القياسيون في الشريعة وقالوا: هذا كتاب

عمر إلى أبي موسى الأشعري ولم ينكره أحد من الصحابة بل كانوا متفقين على القول بالقياس وهو

أحد أصول الشريعة ولا يستغني عنه فقيه).

٤- العقل السليم:

كل من آمن بأن الشريعة الإسلامية خالدة وعرف عن طريق العقل السليم أن نصوصها متناهية وأن ما يواجه البشر من الوقائع والحوادث والتصرفات غير متناهية وأن المتناهي لا يحكم غير المتناهي، أدرك بالضرورة أن الاجتهاد بالقياس واجب لأن رفض القياس يعني حصر الشريعة في القضايا التي وردت فيها النصوص وما عداها لا يخضع لها، وهذا قول بقصور الشريعة الإسلامية وعدم ملاءمتها لكل زمان ومكان وعدم شمولها لكل قضية، ومثل هذا القول باطل فكذلك القول بعدم حجية القياس باطل.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن الخلاف بين علماء المسلمين في حجية وعدم حجية القياس خلاف لفظي (شكلي) في اعتقادنا لأن من أنكر حجيته ظن أنه دليل منشيء للأحكام الثابتة به، ومن قال بحجيته رأى أنه ليس دليلاً منشئاً وإنما هو كاشف. وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول بأن الكل متفقون في المعنى والحقيقة على أنه ليس بمنشيء للأحكام التي تنتقل بموجبه من المقيس عليه إلى المقيس وإنما مصدرها الحقيقي هو ما دل عليها من النصوص في المقيس عليه كما أن الكل متفقون على أن القياس يصلح أن يكون وسيلة لتوسيع النصوص وكشف أحكام الأشباه وأمثال ما ورد في هذه النصوص فيما عدا الحالات التي لا يجوز فيها القياس كما ذكرنا.

وأهم ما يدل عقلاً على أن القياس يجب أن يعترف به كوسيلة لكشف حكم الفرع هو أن المجتهد إذا غلب على ظنه أن حكم الأصل (المقيس عليه) معللة بعلة معينة ثم وجد هذه العلة بعينها في واقعة أخرى (المقيس) حصل عنده الظن بأن حكم الأصل متعد إلى ذلك المحل الذي وجدت فيه العلة، وفي نفس الوقت يحصل عنده احتمال مرجوح (الذي يسمى وهماً) لعدم تعديته إليه^(١)، وفي هذه الحالة:

١. أما أن يعمل بما هو راجح (الظن) وما هو مرجوح (الوهم) معاً، وفي ذلك جمع بين التقيضين، أي شمولية حكم المقيس عليه للمقيس وعدم شموليته له في وقت واحد.

(١) لأن حصول الظن بالشيء مستلزم لحصول الوهم بنقيضه وحيث لا يمكن أن يعمل بالظن والوهم معاً لأنه اجتماع التقيضين ولا أن يترك العمل بهما لأنه ارتفاع التقيضين ولا أن يعمل بالوهم لأنه عمل بالمرجوح مع وجود الراجح، لمزيد من التفصيل، راجع أصول الفقه للأستاذ محمد (أبو النور) زهير، المرجع السابق.

٢. وأما أن يترك العمل بهما معاً وفي ذلك رفع التقيضين وهو محال أيضاً لأنه يلزم عدم وجود الشمولية واللاشمولية في وقت واحد.
٣. وأما أن يعمل بالمرجوح دون الراجح فيكون ذلك خلاف المنطق ومقتضى العقل السليم.
٤. وأما أن يعمل بالراجح فيكون ذلك عملاً بالقياس وهو المطلوب.

أهمية للقياس:

بعد الاستعراض المذكور يتبين لنا بوضوح مدى أهمية القياس في الوصول إلى أحكام قضايا لم تتناولها النصوص بالعلاج صراحة، لأن النصوص كما ذكرنا متناهية والحوادث والوقائع غير متناهية، ومن المستحيل أن يحيط المتناهي باللامتناهي فالقياس وسيلة من وسائل تفسير النصوص وتوسيعها بحيث تشمل القضايا المسكوت عنها شمولها للقضايا المنطوق بها. والقياس يجمع الأشباه والنظائر تحت قاعدة شرعية عامة، والقياس استدلال بعلة الحكم على ثبوت هذا الحكم لكل قضية تتوافر فيها تلك العلة والقياس من أهم وسائل العمليات الاجتهادية والقياس وسيلة لإرجاع الجزئيات إلى كلييات القرآن، فهو إن كان مهماً في التشريعات الوضعية القابلة للتعديل والتبديل فإنه أهم بكثير بالنسبة للشرعية الإسلامية الخالدة التي اقتصر على القواعد الكلية وتركت التفصيلات والجزئيات للعقول البشرية^(١).

(١) قال إمام الحرمين، البرهان ٧٤٥٣/٢ (والقياس مناط الاجتهاد، وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المقضي إلى الاستقلال بفضائل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية والنهاية. فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة، ومواقع الإجماع معدودة مأثورة، فما ينقل منها متواتراً فهو المستند إلى القطع وهو معوز قليل، وما ينقله الآحاد عن علماء الأعصار ينزل منزلة أخبار الآحاد وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها والرأي الميثوث المقطوع به عندنا أنه لا تحلوا واقعة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال فهو إذن أحق الأصول باعتماد الطالب ومن عرف مأخذة وتقاسيمه وصحيحه وفاسده وما يصحح من الاعتراضات عليها وما يفسد منها وأحاط بمراتبه جلاء وخفاء وعرف مجاريها ومواقمها، فقد احتوى على مجامع الفقه.

وقال ابن القيم، إعلام الموقعين ٣٣٧/١ (والصواب أن النصوص محيطة بأحكام الحوادث ولم يخلنا الله ولا رسوله على رأي ولا قياس، بل قد بين الأحكام كلها، والنصوص كافية وافية بها، والقياس الصحيح مطابق للنصوص فهما دليلان للكتاب والميزان. وقد تحفى دلالة النص أو لا تبلغ العالم فيعدل

حكم القياس:

وهو يختلف بحسب الأحوال^(١):

- ١- فالقياس واجب عيني عند حادثة رفعت إلى مجتهد وكان قاضياً أو فقيهاً ولم يقم غيره مقامه وضاق الوقت.
- ٢- وهو واجب على الكفاية إن قام غيره مقامه في الفتوى.
- ٣- ومندوب في المسائل التي لم تحدث بعدُ ويتوقع حدوثها.

خلاصة الكلام في القياس الأصولي

يتلخص القياس الأصولي في النقاط الآتية:

١. القياس عملية عقلية اجتهادية تتمثل في إرجاع الجزئيات من مستحدثات الحياة إلى كليات القرآن والسنة النبوية على أساس رعاية مصالح الأسرة البشرية التي هي مقاصد الشريعة الإسلامية.
٢. كل نص من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية من شأنه أن يدرك العقل المصلحة (العلة الغائية) المتوخاة من تشريعه وتنفيذ حكمه يكون عاماً عموماً عقلياً شاملاً للمسكوت عنه شموله للمنطوق.
٣. القياس من حيث كونه وسيلة حجة شرعية على المجتهد والقاضي والمفتي أن يتمسك به قضاء وديانة في حالة غياب النص الواضح الصريح للقضية المعنية بالحكم لا من حيث عده مصدراً منشأً للحكم المقيس لأن مصدره هو نص حكم المقيس عليه وهذه نقطة مما يجب أن لا ينكرها كل من يقول بجواز الاجتهاد وأهميته في الحياة العملية لأن صلة القياس بالاجتهاد وثيقة إلى أن قال الشافعي مؤسس علم الأصول من حيث التأليف (الاجتهاد هو القياس).

إلى القياس ثم قد يظهر موافقاً للنص فيكون قياساً صحيحاً وقد يظهر مخالفاً فيكون فاسداً وفي نفس الأمر لابد من موافقته أو مخالفته ولكن عند المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته).

(١) ينظر: المعتمد للقاضي عبد الجبار: ٧٦٧/٢.

٤. أطلق كثير من علماء الأصول (العلة) على (السبب) المناسب للحكم وهذا الإطلاق مَنشؤه الخلطُ بين العلة بمعناها الفلسفي التي تسبق معلولها في الوجود وبين العلة بمعناها الشرعي التي تكون مقدمةً في التصور ومن هذه الحثيثة تسمى غرضاً وباعثاً دافعاً للمكلف إلى امتثال الأوامر والنواهي ومؤخرة في الوجود والتحقق وهي بهذا الاعتبار إذا نظر إليها بالنسبة إلى المكلف المنفذ للأحكام تسمى مصلحة وغاية وفائدة ونتيجة وهذا المعنى هو المراد بقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(١) لأن الرحمة في هذه الآية عبارة عن المصلحة الدينية والدينية المادية والمعنوية الإيجابية (المنفعة المستجلبية) والسلبية (المضرة المستدرة) وإذا نظر إليها من حيث الحكم المنوط بها تسمى علة وهذا المعنى هو المراد في القياس وإذا نظر إليها بالنسبة إلى شارع الحكم تسمى مقصداً وهذا المعنى الأخير هو المقصود من تعريف مقاصد الشريعة لأنها هي المصالح الضرورية والحاجية والكمالية التي يأتي بحثها في المبحث القادم.

٥. لإيجاد كل شيء ذي فائدة دينية ودينية أربع علل (فاعلية ومادية وصورية وغائية) وهذه الحقيقة من المشاهدات الضرورية التي لا تقبل الجدل والنقاش ففي صنع الكرسي: النجار علة فاعله، والخشب علة مادية، والهيئة المكونة من العملية علة صورية والجلوس عليه علة غائية.

وفي تشريع القانون في كل بلد العلة الفاعلة هي السلطة التشريعية، والعلة المادية هي المواد والنصوص القانونية، وعملية تطبيقها وتنفيذها علة صورية والفائدة التي يحققها هذا القانون مجتمعة من حيث النظام والأمن والاستقرار والعيش الكريم علة غائية.

وكذلك في أحكام الله تعالى العلة الفاعلة هي السلطة التشريعية الإلهية بمقتضى الحصر الوارد في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ ﴾^(٢) ونصوص القرآن والسنة النبوية علة مادية، والهيئة الحاصلة من تطبيقها وتنفيذها علة صورية، والفائدة التي يجنيها منفذها هي العلة الغائية.

وبناءً على ذلك أينما ورد ذكر العلة في باب القياس يكون المراد بها العلة الغائية فهي متأخرة عن الحكم في تحققها ومتقدمة عليه في تصورها وكونها الباعث الدافع إلى تنفيذ الحكم.

(١) سورة الأنبياء: ١٠٧.

(٢) سورة الأنعام: ٥٧.

يستتج من الفقرات السابقة الواردة في هذه الخلاصة أن تناول بعض علماء الأصول للموضوعين المعروفين بمسالك العلة (الطرق الدالة على عليية الشيء) والقوادح (ما يطعن به في الدليل سواء كان علة أو لا) مبني على الخلط بين أسباب الأحكام الشرعية وعللها إضافة إلى ذلك فإن القوادح يكون محل دراستها علم الآداب والمناظرة ولذا نجد أن أكثر علماء الأصول من المحققين أهملوها في مؤلفاتهم^(١) وقد اقتديت بهم في ذلك بعد أن تبين لي عدم وجود أي ارتباط بين علة القياس التي هي المصلحة البشرية المتوخاة من تنفيذ الأحكام الشرعية وبين طرق معرفة أسباب الحكم وسبل مناقشتها من حيث كونها مناسبة للحكم أو غير مناسبة ومن الواضح أن سبب الحكم الذي أطلق عليه أكثر علماء الأصول مصطلح (العلة) كما ذكرنا هو نوع من أنواع الحكم الوضعي فإذا سلمنا جدلاً فائدة فكرية وذهنية لدراسة مسالك العلة والقوادح فإن محل ذلك يكون في بحث السبب الذي هو نوع من أنواع الحكم الشرعي الوضعي.

(١) كعلماء الأصول من الحنفية والمالكية.

المبحث الثاني

المصلحة

التعريف بالمصلحة، أقسامها، حجيتها، شروطها، تعارضها، أهميتها

تعريف المصلحة:

لغة: ما يحقق خيراً للفرد أو المجتمع، ومنه المصلحة الخاصة والعامة^(١).

وفي اصطلاح الأصوليين: لها تعريفات متعددة أكثرها تدور حول محور واحد وهو جلب منفعة أو دفع مضرة أو ما يكون وسيلة لحفظ مقصود الشارع، وقد وقع البعض حين تعريف المصلحة في الخلط بين الحكم وبين المصلحة التي تترتب عليه^(٢).

كما وقع البعض في الخلط بين السبب والعلة في موضوع القياس وقد سبق بيان ذلك.

(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٧٢٩/١.

(٢) قال الغزالي (رحمه الله) في المستصفى، ص ٢٥١ (أما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع مضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصد الشرع في الخلق وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة).

وكلام الغزالي هذا يدل على أن القصاص الذي يحافظ به على الإنسان نفسه هو المصلحة، وإن القطع الذي يحافظ به على الإنسان ماله المصلحة وهكذا. وهذا خلط واضح بين الحكم وبين المصلحة المترتبة على تنفيذه التي هي مقصود الشارع للخلق.

وقد وقع في نفس الخلط العلامة الطوفي (سليمان بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي البغدادي)، رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي، ص ٢١١ حيث قال (المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع)، فالقصاص مصلحة في نظره لأنه سبب إلى حفظ الدماء وهو نفع مقصود للشارع، وعقاب الزاني مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهكذا في حين أن المصلحة حفظ الدماء وحفظ النسل وحفظ المال وهكذا.

والتعريف الذي نختاره: هو أن المصلحة شرعاً عبارة عن منفعة مادية أو معنوية ذنوبية أو أخروية، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب، أو مندوب، أو مباح، ودرء مفسدة مستدفة بالامتناع عن العمل بما هو محرم أو مكروه^(١). وهي ترادف الباعث الدافع إلى تشريع الحكم من الشارع وإلى تنفيذه من المكلف، وهذا التعريف المختار مبني على أساس إجماع العلماء من الأصوليين والفقهاء، على أن كل مأمور به شرعاً نافع، وكل منهي عنه شرعاً مضر، وهذا يستلزم أن تكون نتائج إطاعة الله بتنفيذ أوامره واجتناب نواهيه مقاصد لله ومصالح للإنسان.

فالمقاصد والمصالح أمران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار، ومعيار التمييز بين المنافع والمفاسد معيار شرعي وليس شخصياً^(٢)، لأن الإنسان قد يعتبر شيئاً ما منفعة في نظره في حين انه مفسدة ومضرة عند الشارع، وان المصلحة بالمعنى الشرعي ومعيار الشارع هو المصدر للأحكام الفقهية وهي ترجع إلى المصالح الضرورية أو الحاجية، أو التحسينية. والقول بأنها مصلحة مرسله غير دقيق كما يأتي.

أقسام المصلحة من حيث الاعتبار:

قسم علماء الأصول المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصلحة المعتبرة:

وهي التي نص الشارع على اعتبارها ورعايتها واجمع الفقهاء على بناء الأحكام عليها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية التي يأتي تفصيلها في تقسيم المصلحة باعتبار الأهمية، واجمع الفقهاء على جواز بناء الأحكام عليها.

(١) ويمكن استنتاج مثل هذا التعريف من مجموع كلام الشاطبي، الموافقات ٣٧/٢ وما بعدها. وعز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٥/١ وما بعدها. وابن الحاجب والقاضي (عضد الملة والدين)، مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٢٤٠/٢ وما بعدها. وهذا التفسير المختار هو المراد بالرحمة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ الأنبياء ١٠٧.

(٢) وفي الأخذ بالمعيار الشخصي تكون المنافع والمضار بصورة عامة نسبية فقد يكون شيء واحد بالنسبة لشخص منفعة وبالنسبة لآخر مضرة. كما قد يكون شيء معين نفعاً في وقت وضرراً في وقت آخر حتى بالنسبة إلى شخص واحد، هذا بخلاف المصلحة والمضرة في معيار الشارع.

النوع الثاني: المصلحة الملقاة (أو المهملة أو غير المعتبرة):

هي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ووجوب إهمالها، واجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الأحكام عليها لأنها تصطدم مع العدالة أو تخدم فئة قليلة على حساب فئة كثيرة، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيار الشرع. ومن تطبيقات هذا النوع:

أ- مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية، وقد نص الشارع صراحة على تحريمها لأنها تخدم فئة على حساب بؤس فئة أخرى^(١).

ب- مصلحة المحتكر في احتكار أمواله التي يحتاج إليها المستهلكون، وقد ورد النص على تحريمه^(٢).

ج- مصلحة الغشاش في بيع الرديء بسعر الجيد، وقد حرمه الشرع^(٣).

د- مصلحة مساواة البنات مع الابن أو الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق أو الأخت من الأب مع الأخ من الأب أو الزوج مع الزوجة في الميراث^(٤).

(١) كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ آل عمران ١٣٠، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِن لَّمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَكَيْفَ لَهُ مِن آتَائِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (٢٧٩) البقرة ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطيء)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.

(٣) الغش قد يكون فعلياً كالنصرية وصبغ السيارة، وقد يكون قولياً كالكذب في بيع الأمانة (المرابحة) والوضعية، والتولية والإشراك، وقد يكون سكوتياً كالسكوت عن العيوب الخفية، قال الرسول ﷺ (لا يحل لأحد بيع شئنا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه). أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٩١/٣.

(٤) كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ النساء ١١، وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ بَيْنَ اللَّهِ لَكُمْ أَن تَصِلُوا﴾ النساء ١٧٦، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّيْ كُنَّ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُّوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُّوصُونَ بِهَا أَوْ دِينَ﴾ النساء ١٢.

وقد نص القرآن على عدم اعتبار هذه المصلحة لتنافيها مع العدالة التي تقضي بالمساواة في الحقوق والالتزامات والتزام الرجل أضعاف مضاعفة التزام المرأة في المجالين المالي وغير المالي اتجاه أسرته والمجتمع.

النوع الثالث: المصلحة المرسلة (أو المطلقة):

وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتغير بتغير المكان وتتطور بتطور الحياة كت تنظيم المرور للحفاظ على حياة الأبرياء وتحريم التهريب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية. وتطوير الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية، وغير ذلك من المتطلبات المستجدات.

وقد ترددت آراء الفقهاء بين قبولها ورفضها، فمنهم من اعتبرها من الأدلة الشرعية التبعية وبنى عليها الأحكام الفقهية، ومنهم من اعتبرها من الأصول الموهومة^(١)، ورفض الاعتراف بها وبناء الأحكام عليها، ولعل الخلاف يرجع إلى الاختلاف في تحديد معنى المصلحة من جهة وإلى عدم التفريق بين المصدر المنشئي للأحكام والمصدر الكاشف لها من جهة أخرى، ولو حللنا محل الخلاف وحددناه لوجدنا أنه خلاف شكلي (لفظي).

ولو أخذنا بالمعيار الشرعي لاعتبار ما هو مصلحة وما هو مفسدة وقلنا إن المصلحة المرسلة مصدر كاشف لأحكام الله لتبين لنا أن تقسيم المصلحة إلى المعبرة والمهملة والمرسلة لا مبرر له، لأن المصالح الشرعية كلها معتبرة فلا وجود للمصلحة الملغاة، لأن الإلغاء يستلزم سبق الاعتراف بالملغاة واعتبارها ثم إلغاءها وهو باطل، وكذلك لا وجود للمصلحة المرسلة غير الخاضعة لعلم الله وإرادته.

وبناء على ذلك فإن التقسيم الصحيح السليم المقبول في ميزان الشرع هو التقسيم إلى المعبرة وغير المعبرة ثم تقسيم المعبرة إلى الضرورية والحاجية والتحسينية.

أقسام المصلحة المعبرة باعتبار الأهمية:

تنقسم المصلحة المعبرة في ميزان الشرع وبمعياره باعتبار أهميتها بالنسبة للناس إلى ثلاثة أقسام: (الضروريات والحاجيات والتحسينيات)

(١) كالغزالي في المستصفى، ص ٢٥٠ حيث قال (الأصل الرابع من الأصول الموهومة الاستصلاح).

القسم الأول: المصالح الضرورية:

وهي المقاصد الإلهية في الأحكام الشرعية التي تقتضيها حياة الأمم والمجتمعات والأفراد بغض النظر عن الدين والمذهب والجنس واللون واللغة والزمان والمكان، وسميت ضرورية لأنه إذا تخلفت أو اختلت كلها أو بعضها في أي مجتمع اختل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد.

أنواع الضروريات:

ترجع هذه الضروريات إلى خمسة أنواع (حفظ الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل)^(١).

النوع الأول: حماية الدين:

والدين في وجوده وحفظه يحتل الصدارة من بين الضروريات الخمس التي هي مقاصد الشارع ومصالح العباد لأن من لا دين له لا التزام له، ومن لا التزام له لا أمانة له، ومن لا أمانة له لا يكون محلاً للثقة ولا أهلاً لتحمل المسؤولية وبالتالي لا يصلح أن يكون عضواً في المجتمع.

فهو من حيث الوجود يتكون من ركنين رئيسين:

أحدهما: ركن معنوي باطني ومن وظيفة القوة المفكرة التي يطلق عليها عادة اسم (القلب). وهو عبارة عن التصديق والاعتقاد الجازم الثابت بذات الله وصفاته وملائكته وكتبه ورسله وبالיום الآخر وبالقدر خيره وشره^(٢).

وثانيهما: ركن ظاهري ووظيفة الأعضاء الظاهرية للإنسان وهي الأعمال الصالحة من العبادات التي كلف بها الإنسان لتقوية صلته بربه، وهو مع الركن الأول متلازمان، فكل

(١) قال الغزالي في المستصفى، ص ٢٥١ (وتحريم تقويت هذه الأصول الخمسة والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل وشرعية من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنى، والسرقه، وشرب المسكر. أما ما يجري مجرى التكملة والتممة لهذه المرتبة - كالحاجيات والتحسينيات - فقد اختلفت فيه الشرائع).

(٢) قال سبحانه وتعالى: ﴿ءَأَمَّنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ ءَأَمَّنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ، لَا تَفَرُّقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ، وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾ سورة البقرة ٢٨٥.

يكمل الآخر ويرد ذكرهما معاً غالباً في القرآن الكريم^(١)، فإذا تحقق أحدهما بصورة صحيحة في أي إنسان يتحقق الآخر معه لأنه لا يتصور عادة الاعتقاد الجازم الثابت بدون العمل الصالح وكذلك العكس.

ومن حيث الحفاظ حرم الشارع كل تعرض للدين وأمر بمعاقة أهل البدع السيئة والأفكار المضادة للعقيدة^(٢)، وحرم الارتداد وشرع العقوبات الدنيوية والأخرية ضد كل من يرتد عن دينه^(٣). وفرض الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم ضد المعتدين على الدين وعلى أهل الدين^(٤).

النوع الثاني: حماية النفس وما دون النفس:

فمن حيث الوجود شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الإنسان وتكوين النفس^(٥). ومن حيث المحافظة حرم الاعتداء على النفس وما دون النفس^(٦). وشرع حق الدفاع الشرعي^(٧) وفرض القصاص^(٨)، وحرم الانتحار وعلى ولي الأمر فرض العقوبات التعزيرية

- (١) كما في قوله تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ ۝١ إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ خَسِيرٌ ۝٢﴾ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَّاصُوا بِالْحَقِّ وَتَوَّاصُوا بِالصَّبْرِ ۝٣﴾ سورة العصر ١-٣.
- (٢) كما في قوله تعالى: ﴿وَقَتْلِهِمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الَّذِينَ لِلَّهِ فَإِنِ أُنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ سورة البقرة: ١٩٣.
- (٣) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَزِدْكُمْ دِينًا غَيْرَ دِينِهِ فَمَا لِي بِهِ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ ۝١١﴾ تَوَّاصُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَجَاهِدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ سورة الصف ١٠-١١.
- (٤) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ ءَانَيْتِهِم أَن يَخْرُجُوا مِن دِيَارِهِمْ لِيُجَاهِدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَآيِنٌ لِّقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ﴾ سورة الروم ٢١.
- (٥) قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ الأنعام ١٥١.
- (٦) قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدِّوْا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة ١٩٤.
- (٨) قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ البقرة ١٧٩.

على كل من يؤدي الغير ويفعل ما يضر بصحته ، وإضافة إلى ذلك خلق ما هو من مستلزمات الحياة واستمرارها كالماء والهواء وأشعة الشمس وأباح له الطيبات بقدر ما يحافظ الإنسان على صحته.

النوع الثالث: حماية النسب والعرض^(١)

فمن حيث الوجود أباح المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي وأمر الأبوين ومن ينوب عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما. ومن حيث الحفاظ والحماية حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل ، فحرم القذف واللعان بالكلام^(٢) وحدد للقاذف واللاعن عقوبة وحرّم الاعتداء الفعلي بتحريم الخلوة والزنى وحدد العقوبة للزانية والزاني^(٣).

النوع الرابع: حماية المال:

فمن حيث الوجود شرع لكسب المال أسباباً مشروعة منها الميراث والوصية والتبرعات والمعاوضات وأباح الصيد^(٤) والطيبات من الأموال المباحة^(٥).

(١) فرق البعض بينهما ، وبذلك جعل الضروريات ستاً بدلاً من الخمس لكن الأمرين متلازمان تقريباً ، فالحفاظ على أحدهما حفاظ على الآخر.

(٢) مأخوذ من اللعن لأنه يقول الزوج في الخامسة ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَنَّهُمْ أَزْوَاجُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ (٦) وَالخُمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالخُمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ النور ٦-٩.

(٣) قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ الإسراء ٣٢. وقال ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَدَاهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ النور ٢.

(٤) قال تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشُرُونَ ﴾ المائدة ٩٦.

(٥) قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَأَشْكُرُوا لِلَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِتْيَاهَ تَعْبُدُونَ ﴾ البقرة ١٧٢.

ومن حيث الحفاظ عليه حرم الاعتداء على أموال الغير بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة. وشرع عقوبات منها حدية^(١) ومنها تعزيرية على المعتدين، وفرض التعويض العادل على كل من يتلف مال الغير بغض النظر عن أهليته وقصده، فكل تصرف من شأنه أن يلحق الضرر بمال الغير يجب عليه التعويض ويستوي في المناط العمد والسهو والعلم والجهل والرشد والصبا لأن هذه الشريعة بنت التعويض على أساس الضرر سواء وجد الخطأ^(٢) أم لم يوجد خلافاً للقانون الوضعي.

النوع الخامس: حفظ المقول:

يشارك الإنسان مع سائر الكائنات الحية في الصفات والغرائز الذاتية والمكتسبة كالولادة والمرض والموت والجنس والأكل والشرب والنوم، وغير ذلك. ويتميز منها الإنسان بميزة العقل الذي بفضلله تمكن من أن يصل إلى ما وصل إليه من التطورات الحضارية الحديثة المدهشة، ولأهمية العقل في حياة الإنسان حرم الشارع كل ما يحدث الخلل فيه من المسكرات والمخدرات وحدد العقوبة لمن يتعاطاها لأن وجود العقل وكماله من ضروريات الحياة في جميع الأوقات.

لقسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية:

وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق وهي تلي المصالح الضرورية في الأهمية وتعتبر مكملتها كما يلي:

أ- فيما يتعلق بحفظ الدين من الحاجيات الرخص المخففة في إقامة شعائره عند قيام الأعدار المشروعة والظروف الاستثنائية، حيث تتبدل العزائم عند الأعدار والظروف غير الطبيعية

(١) قال تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ، مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلنَّاسِ يَوْمَ تَحْرِمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا وَأَتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَوَشَّعُونَ﴾ المائدة ٣٨.

(٢) الخطأ في الفكر الغربي والقانون المتأثر به هو إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه وبنوا على ذلك أن التعويض لا يجب على من أحدث ضرراً للغير وهو ليس له إدراك، وهذا يتنافى مع العدالة ولكن الشريعة الإسلامية بنت المسؤولية التقصيرية على ثلاثة عناصر: العمل غير المشروع والضرر والعلاقة السببية بغض النظر عن أهلية فاعل العمل غير المشروع.

وتتحول إلى الرخص دفْعاً للحرج^(١)، فالصلاة الرباعية تصح ثنائية في السفر^(٢)، ويجمع بين الظهر والعصر تقديماً وتأخيراً، وكذلك بين المغرب والعشاء.

ويحق للمريض والمسافر والحامل والمرضة الإفطار والقضاء عند زوال العذر والظرف المخفف^(٣) ولمن بلغ مرحلة الشيخوخة ووجد نفسه أنه لا يستطيع الصيام إلا بمشقة، له الإفطار ودفع الفدية^(٤)، فهذه الأحكام وأمثالها تحقق للإنسان مصالح حاجية وهي رفع الحرج ودفع المشقة، ويرى بعض الفقهاء وجوب الأخذ بالرخص كلما كان لها مبرر لأنها مكرمة ونعمة من الله فلا يجوز للإنسان أن يرد ما أعطاه الله تطفأً به^(٥).

ب- وفيما يتعلق بالحياة من المصالح الحاجية أمر الشارع بالتداوي عند المرض^(٦)، وأباح أكل مال الغير بدون أذنه، وأكل الميتة عند الجوع الذي يعرضه للهلاك وعدم وجود الطعام المباح استثناء من القاعدة الشرعية العامة القاضية بتحريمهما^(٧)، وأجاز استعمال الدم وقت الحاجة، وأباح كشف العورة عند الفحص، وغير ذلك من الرخص التي هي الحاجيات الحافظات على الحياة.

(١) قال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَٰكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة ٦.

(٢) قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِذْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ سورة النساء ١٠١.

(٣) قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ البقرة ١٨٤.

(٤) قال تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ البقرة ١٨٤.

(٥) في المحلى ٢٤٣/٦ (ومن سافر في رمضان سفر طاعة أو سفر معصية أو لا طاعة ولا معصية ففرض عليه الفطر إذا تجاوز ميلاً وقد بطل صومه حينئذ لا قبل ذلك وفرق بعض بين سفر الطاعة وسفر المعصية، فلم يروا الفطر في سفر المعصية وهو قول مالك والشافعي. وبرهان صحة قولنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ البقرة ١٨٤. فعم الأسفار ولم يخص سفرًا من سفر).

(٦) قال الرسول ﷺ (تداواوا عباد الله فإن الله سبحانه لم يضع داء إلا وضع معه شفاءً إلا الهرم).

(٧) قال سبحانه وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِئَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ المائدة ٣، ثم قال سبحانه استثناء من هذه القاعدة ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْبَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ المائدة ٣.

ج- وفيما يتعلق بالمال من الحاجيات أباح الشارع التوسيع في العقود والشروط حتى تشمل العقود المستثناة من القواعد الشرعية العامة لحاجة الناس إليها كعقد السلم^(١) وعقد الاستصناع^(٢) وعقود الغرر^(٣).

وقال جمهور الفقهاء (الأصل في العقود والشروط الإباحة رعاية لحاجة الناس واستناداً إلى التوسعة المفهومة من الآيات القرآنية المختلفة برفع الحرج ودفع المشقة والعسر)^(٤).

د- وفيما يتعلق بالأنساب والأعراض من الحاجيات شدد الشارع في إثبات جريمة الزنى وتهمة القذف منعاً لتطاول الألسنة على أعراض الناس وأنسابهم، فجعل نصاب شهادة أثبات هذه الجرائم الأخلاقية بمن لا يقل عددهم عن أربعة رجال بالغين عاقلين عادلين^(٥)، فإذا شهد أقل من هذا العدد يعاقب الشهود بالعقوبة المقررة للقذف^(٦). وذلك لستر عيوب الناس وحفظ أعراضهم، وحرم الخلوة بين الذكر والأنثى البالغين سن المراهقة وجاز التزواج بينهما ولم يكن معهما محرم، لأن الخلوة ذريعة إلى الوقوع في خطيئة الزنى وحرم التبرج لأنه وسيلة للفساد الخلقي^(٧).

هـ- وفيما يتعلق بحفظ العقل من الحاجيات حرم قليل المسكر أو المخدر كحرمة كثيره^(٨) لإبعاده عن تناول الأيدي، وتحريم بيع المواد الأولية التي تصنع منها المسكرات كالعنب والتفاح والتمر ونحو ذلك لمن يثبت أنه يحولها إلى المسكر^(٩).

(١) السلم لغة التقديم والتسليم، وشرعاً: اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي الثمن آجلاً، فالبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال والبائع يسمى مسلماً إليه، والمشتري رب السلم، التعريفات للجرجاني، ص ١٢٠.

(٢) وهو يشمل عقد العمل وعقد المقاولة.

(٣) الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا.

(٤) كما في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ سورة البقرة ١٨٥.

(٥) قال تعالى: ﴿وَلَا جَاءُ عَلَيْهِمْ بِأَرْبَعَةٍ شَهَادَةٍ﴾ سورة النور ١٣.

(٦) قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلُدُوهُمْ ثَمَنَ جِلْدَةٍ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ سورة النور ٤، وقال تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَدْحَسَ مِنْ نِسَائِكَ فَأَنْتَسِفِدْهُنَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ مِنْكُمُ﴾ سورة النساء ١٥.

(٧) قال تعالى: ﴿وَلَا تَبْرَحْ تَبْرِجِ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾ سورة الأحزاب ٣٣.

(٨) قال رسول الله ﷺ (ما أسكر كثيره فقليله حرام)، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٨٠، السنن الكبرى للبيهقي ٢٩٨/٨.

لقسم الثالث المقاصد (المصالح) التحسينية

وهي التي لا يختل نظام الحياة ولا يقع الإنسان في ضيق وحرَج ومشقة بتخلفها كلها أو بعضها، ولكنها لا يستغني عنها الإنسان في وصوله إلى الكمال وتحليه بالمحاسن وتحليه عن الرذائل.

من التحسينيات بالنسبة لحماية الدين منع الاطلاع على كتب الديانات لمن لا يستطيع الموازنة العقلية الدقيقة بين الحقائق الدينية، ومنها تجنب النجاسة، وأخذ الزينة للذهاب للمسجد، والتقرب بالنوافل من الصدقات والقربات.

ومن التحسينيات بالنسبة للنفس حمايتها من الدعاوى الباطلة والسب وغير ذلك مما لا يمس أصل الحياة وحاجياتها ولكن يمس كما لها.

ومن التحسينيات للأموال تحريم التفرير والخذاع فانه لا يمس المال لذاته ولكن يمس كمالها إذ هو يمس إرادة التصرف في المال غريبة وعرفة.

ومن التحسينيات بالنسبة للنسب والعرض تحريم خروج المرأة في الطرقات بزيتها في قوله ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾^(١)، لأنه يحفظ لكمال الأصل ولأنه شرف وكرامة ومنع المهانة للمرأة فيما يقع لها اليوم.

ومن التحسينيات لحماية العقل المنع من إعلان الشرب للمحرمات وبيعها في أوساط المسلمين.

وقد طلب الشارع رعاية التحسينيات والكماليات في كل شيء وبصورة خاصة في العبادات والمعاملات والعقوبات والعادات:

١- في العبادات أمر الشارع بنظافة البدن والملبس والمكان عند إقامة العبادات إضافة إلى الأمر بنظافة القلب من الحقد والحسد والبغض والأنانية والطفانيان، وأمر بإقامة السنن من صلاة وصيام وصدقات وحج، إضافة إلى الفرائض زيادة في تقوية الصلة بين العبد

(١) قال رسول الله ﷺ (من حبس العنب أيام القطف حتى يبيعه من يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيرة)، رواه الطبراني في الأوسط بإسناد حسن.

(٢) سورة النور: ٣١.

وربه وتنقية للسلوك من الشوائب المشينة.

٢- **في المعاملات المالية** حرم الشارع الاحتكار^(١) والتدليس^(٢) والغش^(٣) والجشع في التعامل، لأن هذه الأمور من الصفات الرذيلة، ونهى عن بيع الرجل على بيع أخيه^(٤)، وعن تلقي الركبان، وعن بيع الحاضر للبادي^(٥)، وغيرهما من عقود الغرر، وحرم التعامل بالخباث كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لأنها تضر بالصحة، قال الرسول ﷺ ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام))^(٦).

٣- **وفي العقوبات** حرم التمثيل بجملة من ينفذ عليه القصاص^(٧)، كما حرم التمثيل والإهانة ببحث القتلى في الحروب، وحرم المس بكرامة الأسير، وأمر باحترامه، وجعل الشبهة في جرائم الحدود وسيلة لسقوط عقوبتها^(٨)، وفتح باب العفو عن العقوبة أو تخفيفها أمام صاحب الحق، وحث على ذلك في آيات كثيرة^(٩)، وحرم قلع الأشجار،

(١) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطئ)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.

(٢) قال الرسول ﷺ (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين (الرأيين) بعد أن يجلبها أن شاء أمسك وأن شاء ردها وصاعاً من تمر)، متفق عليه، سبل السلام ٣٣/٣، والتصيرية ربط أخلاف الناقة والشاة والبقرة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيظن المشتري أن ذلك عاداتها.

(٣) مر الرسول ﷺ على صبرة (الكومة المجموعة من الطعام) فأدخل يده فيها فالت أصابعه بللاً فقال ﷺ (ما هذا يا صاحب الطعام)، قال أصابته السماء يا رسول الله، قال ﷺ (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غشنا فليس منا)، أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب من غشنا فليس منا، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٦٨/٢.

(٤) قال الرسول ﷺ (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته)، المرجع السابق، أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/٩.

(٥) قال الرسول ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد)، المرجع السابق ٢٦/٣، الركبان: الذين يجلبون إلى المدينة محمولاتهم لبيعها فيها، أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حاضر لباد، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٢٠/١٠.

(٦) صحيح مسلم ١٢٠٧/٣.

(٧) قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ سورة الإسراء ٣٣.

(٨) قال الرسول ﷺ (ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم).

(٩) قال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا﴾ الإسراء: ٣٣، وقال: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ

أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبِيعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّهِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ البقرة ١٧٨.

وحرقت المزروعات، وهدم البيوت، وقتل الحيوانات أثناء الحروب.

٤- وفي العادات حرم الغيبة والنميمة، والتدخل في شؤون الغير^(١)، والتلاعب بالموازن^(٢) والتبذير والتقتير في الإنفاق^(٣)، وأمر برعاية الكفاءة في الزواج حتى يكون أدوم، وأمر باستئذان البنت إضافة إلى إذن الولي في الزواج^(٤)، ومنع أن تتولى المرأة تزويج نفسها بدون إذن وليها حتى لا تنسب إليها الوقاحة^(٥)، وحذر من سوء الظن^(٦)، وحرّم الحسد^(٧) والنفاق^(٨) والكذب، واعتبر الرياء والتعلق نوعاً من الشرك^(٩)، وأمر بأن يكون ظاهر الإنسان مطابقاً لباطنه وأن يصدق عمله كلامه مهما كلف الثمن.

(١) قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْتَسِرُوا وَلَا يَنْتَبِ بِمَعْزُكُم مَعْزًا﴾ سورة الحجرات ١٢، وقال الرسول ﷺ (من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه). وروي في صحف إبراهيم عليه السلام (من عد كلامه من عمله قل كلامه إلا فيما يعنيه)، والمراد بالكلام ما يشمل العمل، سبل السلام ٢٣٤/١، وقال (الصمت حكمة وفاعله قليل)، المرجع السابق ٢٣٧/٤، أخرجه الإمام أحمد ٢٠١/١٠.

(٢) قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣﴾ المطففين ١-٣.

(٣) قال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ الإسراء ٢٩، وقال تعالى: ﴿وَمَاتَ ذَا الْقَرْنِ حَقًّا وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَلَا يُبْدِرُ تَبْدِيرًا ۝١٣ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا﴾ الإسراء ٢٦-٢٧، أخرجه مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٤/٩.

(٤) قال رسول الله ﷺ (لا تنكح الائمة حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن)، سبل السلام ١٥٥/٣.

(٥) قال رسول الله ﷺ (لا نكاح إلا بولي)، المرجع السابق ١٥٣.

(٦) قال رسول الله ﷺ (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)، متفق عليه، أخرجه مسلم، كتاب البر، باب تحريم الظن، صحيح مسلم بشرح النووي ٣٤٥/١٦.

(٧) قال رسول الله ﷺ (إياكم والحسد فإن الحسد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب)، المرجع السابق ٢٣٨/٤، أخرجه أبو داود، كتاب الأدب باب الحسد ٢٧٨/٤.

(٨) قال رسول الله ﷺ (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)، متفق عليه، المرجع السابق ٢٤٦/٤.

(٩) قال رسول الله ﷺ (إن أخوف ما أخاف عليكم الشرك الأصغر الرياء)، المرجع السابق ٢٤٣/٤.

صلة بين أقسام المصالح:

يتضح لنا من العرض المذكور لأقسام المصالح باعتبار أهميتها أنها في الحقيقة مراتب (أو درجات) وتحتل الضروريات الدرجة الأولى في الأهمية والحاجيات الثانية، والتحسينيات الدرجة الثالثة، فالثالثة متممة للثانية، والثانية للأولى، فالأخيرتان خادمتان لها فتأثران كلياً بفواتها وتأثر هي جزئياً بفواتهما كالآتي:

أ- الضروري أصل للحاجي والتحسيني (التكميلي) فالوجود الدنيوي كالأخروي متوقف على رعاية وحماية الضروريات الخمس، فلو عدم الدين لعدم الثواب والعقاب في الآخرة ولأصبح خلق الإنسان عبثاً وسدى، وقد قال تعالى في استفهام إنكارى ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾^(١)، ولو عدت الحياة أو العقل لعدم من يتدين، ولو عدم النسل لزال بقاء سلالة الإنسان بالطريقة المطلوبة، ولو فقد المال لاستحال العيش.

ب- اختلال الضروريات يستلزم اختلال الحاجيات والتحسينيات لأن الضروري أصل (وموصوف) وزواله يستلزم زوال فرعه (أو وصفه)، ولو انتفى أصل العقد لانتفى كل اعتبار لشروط عدم الجهالة وعدم الغرر، وكذلك لو سقط القصاص لم يبق لاعتبار المماثلة دور، وهكذا.

ج- لا يلزم من اختلال الحاجي أو التحسيني اختلال الضروري دائماً، فالزواج لا يبطل إذا لم يذكر فيه المهر^(٢)، وكذلك العقد لا يعتبر باطلاً إذا حصل فيه الغرر^(٣)، وهكذا.

د- قد يؤدي اختلال الحاجي أو التحسيني إلى اختلال الضروري إذا أهملت رعايته لأن الراعي الذي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه^(٤)، فمن شرب كمية قليلة من

(١) سورة القيامة ٣٦.

(٢) المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، بل من متماماته، ويدل على ذلك دلالة إشارة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ البقرة ٢٣٦، ولأن الطلاق تسابع للزواج فالزواج صحيح قبل فرض وتقدير المهر.

(٣) فالعقود الاحتمالية كعقد التأمين فيها الغرر ويعترف بها القانون، والعقود المنصبة على الجوز واللوز وغيرهما من ذوات القشور فيها الغرر مع اعتراف الشرع بصحتها.

(٤) قال الرسول ﷺ (إن الحلال بين والحرام بين وبينهما متشابهاً لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه إلا وان لكل ملك حمى إلا وان حمى الله محارمه، إلا وان في الجسد مضغة إذا

المسكرات قد يندفع إلى تعاطي الكميات الكثيرة المخلة بحفظ العقل، ومنع الخلوة مع امرأة أجنبية بدون محرم من الحاجيات، وإخلاله قد يؤدي إلى حدوث الخلل في الضروري (حفظ العرض والنسب) بالوقوع في خطيئة الزنى، وهكذا. ولأن المتجرب على الأخف بالإخلال به معرض للتجرؤ على الأشد، ثم قد يكون في إبطال المكملات بصورة مطلقة إبطال الضروريات بوجه ما.

هـ- ما جاء في الفقرات الأربع المذكورة يدل بوضوح على أن الإنسان يجب أن يلتزم برعاية وحماية الحاجيات والتحسينيات تبعاً لإلزامه بحفظ الضروريات^(١).

لبعاد ترتيب المصالح على الأحكام

سبق بيان أن مقاصد الشارع في تشريع أحكامه مصالح الإنسان، ولكن هذا لا يعني أن الترتب لازم ضروري لا ينفك عن الحكم، بل قد يكون يقينياً وقد يكون ظنياً (وقوعه راجحاً)، وقد يكون متساوي الوجود والعدم، وقد يكون وهمياً (عدمه هو الراجح) لأسباب خارجة عن الحكم وممانعة عن ترتيب المقصود عليه كالآتي:

- أ- قد يكون تحقق المصلحة بعد تنفيذ الحكم قطعياً كترتب حقوق والتزامات المتعاقدين على البيع الذي يستوفي أركانه وشروطه وتنفي موانعه، فبمجرد تمام هذا البيع يترتب حق البائع في الثمن والتزامه بتسليم المبيع وحق المشتري في المبيع والتزامه بدفع الثمن ترتباً يقينياً غير قابل للشك، ومن المعروف أن صحة العقد من الأحكام الشرعية الوضعية.
- ب- وقد يكون ظنياً (أي تحققه راجحاً على عدمه) كمصلحة حفظ الحياة المترتبة على تنفيذ القصاص، فالقصاص يحقق الانزجار وقد ثبت بالاستقراء أن الممتنعين عن القتل أكثر بكثير من المقدمين عليه بفضل العقوبة، لأن العاقل إذا علم انه إن قُتِل قُتِل، امتنع غالباً عن الإقدام على ارتكاب جريمة القتل، ومع ذلك يبقى بعض الناس لا يتعظون بالعقوبة.

صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب)، متفق عليه، وقال الغزالي رحمه الله تعالى (لا يراد بالقلب المضغة، إذ هي موجودة للبهائم مدركة بحاسة البصر بل المراد بالقلب لطيفة ربانية روحانية لها بهذا القلب الجسماني تعلق وتلك اللطيفة هي حقيقة الإنسان وهي المدركة العارفة من الإنسان)، سبل السلام ٤/٢٢٨.

(١) لمزيد من التفصيل، راجع الموافقات للشاطبي ١٦/٢، وما بعدها.

وكذلك عقوبة قطع اليد لمرتكبي السرقات ، تترتب عليها مصلحة حفظ الأموال ترتباً ظنياً كما يشهد بذلك واقع البلاد التي تطبق فيها هذه العقوبة^(١) .

ومن الواضح أن عقوبة إعدام السارق في بلدنا العراق خلال السنوات الماضية بسبب ظروف الحرب قد قللت من حوادث السرقات ولكن لم تقض عليها قضاءً نهائياً .

ج- وقد يكون وجود المصلحة وعدمها بدرجة متساوية كما في عقوبة تعاطي المسكرات فإن تطبيقها في العصور الإسلامية أثبت انه لم يكف الناس عن تعاطيها كفاً قطعياً أو ظنياً^(٢) ، ولعل ذلك قد يرجع إلى عدم شدة العقوبة^(٣) أو إلى تزامن عوامل مشجعة كعدم انتشار الوعي الديني والثقافي وقلة الالتزام ببقية الأحكام الشرعية المنظمة للسلوك .

د- وقد يكون عدم حصول المقصود أرجح لخلل لا يرجع إلى اصل الحكم ، وإنما لعوامل تحول دون ترتب المصلحة على الحكم كمن تزوج امرأة طاعنة في سن اليأس لغرض التناسل ، فإن عدد من لا تنسل منهن أكثر ممن تنسل بمقتضى طبيعة الحال .

حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً للأحكام

رغم أن معظم أهل الشرع قديماً وحديثاً على أن أفعال الله تعالى غير معللة بالأغراض^(٤) ، إلا أن الكل متفقون على أن جميع أحكامه متكفلة بتحقيق مصالح العباد إذا خضعوا لها ونفذوها بالطريقة المطلوبة ، ولو رجعنا إلى القرآن الكريم والعقل السليم لوجدنا أن هناك أدلة منها نقلية ومنها عقلية تدل بشكل لا يقبل الجدل والنقاش على حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً لأحكام الله .

أولاً: القرآن الكريم

يتضمن القرآن الكريم مئات الآيات وهي تدل دلالة واضحة على أن بواعث أحكام الله هي مصالح الناس ومنها ما يلي :

(١) كالمملكة العربية السعودية

(٢) مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ، المرجع السابق ٢٤٠/٢

(٣) ويؤيد ذلك أن الخلفاء الراشدين أضافوا إلى أصل العقوبة (أربعين جلدة) عقوبة تعزيرية كانت عبارة عن أربعين جلدة أخرى عندما وجدوا عدم كف بعض الناس عن تعاطي المسكرات .

(٤) وسندهم هو انه لو كان فعله لغرض لكان ناقصاً بذاته مستكماً بغيره وهو تحصيل ذلك الغرض ، ولكن هذا يرد بأن الغرض يعود إلى الإنسان لا إليه .

أ- قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(١) يدل على أن باعث تشريع القصاص هو مصلحة حماية الحياة.

ب- وقوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(٢)، يدل على أن باعث تكليف الإنسان بإقامة الصلاة هي أنها من الوسائل الاحترازية والوقائية ضد السلوك الإجرامي وهي تحول دون انحراف المصلي نحو ارتكاب الفواحش والمنكرات إذا أقيمت بصورة صحيحة، وفي ذلك مصلحة الدين وحفظ الحياة وحماية المال والنسب والعقل.

ج- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣) يدل على أن في الصيام اكتساب التقوى، والتقوى: قمة التحلي بالأخلاق الفاضلة والتخلي عن الرذائل، وجه التسمية أنها تقي الإنسان عن الشر.

د- وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٤) يدل على أن باعث إرسال سيدنا محمد ﷺ كسائر الأنبياء هو تحقيق الرحمة (المصلحة) التي تتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة.

هـ- وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّن حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾^(٥) يدل على أن تكليف الإنسان بالأحكام لإتمام النعمة عليهم من غير أن يؤدي هذا التكليف إلى الضيق والمشقة والخرج.

ثانياً: المعقول

العقل السليم يقضي بأن الخالق الذي خلق كوناً لم يصل ولن يصل العقل البشري بعد لا إلى الإحاطة بأبعاده، ولا إلى إدراك ألغازه، ولا إلى استيعاب مكوناته، ليس بحاجة إلى ما كلفنا به من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيره من سائر العبادات والأعمال الخيرية، كذلك لا

(١) سورة البقرة ١٧٩.

(٢) سورة العنكبوت ٤٠.

(٣) سورة البقرة ١٨٣.

(٤) سورة الأنبياء ١٠٧.

(٥) سورة المائدة ٦.

يتأثر بأعمالنا الشريفة، ولو فرضنا أن عالم الإنسان بأسره يكون مستغرقاً في السجدة أو منهماكماً في الإلحاد والزندقة والفساد لما نقصت ولا زادت ذرة من عظمة الله.

وبناء على ذلك فأحكامه أما أن تستهدف مصالح الناس أو تبقى بدون هدف، والشق الثاني باطل لأنه عبث، والله تعالى منزّه من أن يعمل عبثاً، فيثبت الأول وهو المطلوب. والنتيجة الحتمية لهذا الواقع الشرعي هي أن مصالح الناس علل باعثة على تشريع الأحكام، وقانون المنطق يرجع جميع الاستدلالات إلى الدليل الإثني وهو الاستدلال بالمعلول على وجود علته والأثر على مؤثره، وإلى الدليل اللممي وهو الاستدلال بالعلة على وجود معلوله، والعمل بالمصلحة لاكتشاف الحكم يرجع إلى الدليل اللممي، واختلاف العلماء من الأصوليين والفقهاء في العمل بالمصلحة يرجع إلى سببين:

أحدهما عدم تحديد المعنى المراد بالمصلحة.

وثانيهما الخلط بين كون المصلحة دليلاً كاشفاً لحكم الله وبين كونها دليلاً موجداً له.

أما إذا حددنا المقصود منها بالمصلحة المعتبرة التي ترجع إلى الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات وفسرنا مصدرتها للأحكام بكونها دليلاً كاشفاً لارتفع الخلاف أو لأصبح خلافاً شكلياً (لفظياً).

شروط العمل بالمصلحة:

يشترط لصحة العمل بالمصلحة والاستدلال بها على وجود الحكم وكشفه أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

١. أن تكون مندرجة تحت مقاصد الشارع بأن تكون راجعة إما إلى المصالح الضرورية أو الحاجية أو التحسينية، فالمصلحة الشرعية التي تعتبر مصدراً لاكتشاف الحكم هي المصلحة المعتبرة وليست المرسله كما ظن أكثر الأصوليين لأنه لا يوجد في شرع الله مصلحة مرسله غير خاضعة لعلم الله، وبالتالي لا اعتبره لها أو عدم اعتباره، فجميع المصالح أما معتبرة عند الله إذا رجعت إلى قسم من الأقسام الثلاثة المذكورة وأما مهملة وغير معتبرة وهي ما عدا المعتبرة عند الله سواء كانت معتبرة عند الناس أم لا.

٢. عدم معارضتها لنص تكون دلالاته على الحكم قطعية^(١)، أما إذا تعارضت مع نص تكون دلالاته على الحكم ظنية بأن يكون عاماً لم يقصد عمومه أو مطلقاً لم يكن إطلاقه مراداً، فعندئذ يعمل بالمصلحة فيخصص بها العام ويقيد بها المطلق، وبالتالي تعتبر بياناً لمراد الشارع، ولعل هذا هو قصد العلامة الطوفي^(٢) الذي اتهم بالزندقة حين قال (تقدم المصلحة على النص إذا تعارضت معه)، فهو لم يخرج عما سار عليه الأصوليون والفقهاء كما يأتي بحث ذلك^(٣)، ولم يقصد بالتقديم إهمال النص وأعمال المصلحة بل أراد إعمالها معاً، وكلام الطوفي صحيح بغض النظر عن قطعية دلالة النص أو ثبوته، على أساس أن التعارض بين النص والمصلحة يرجع الى التعارض بين نصين كالتعارض بين قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وبين آية ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ أو يرجع الى التعارض بين مصلحتين كمصلحة السارق المحتاج في عدم قطع يده، ومصلحة صاحب المال في قطع يد السارق كما قال سيدنا عمر بن الخطاب في عام المجاعة، حين وقف الخلفاء الراشدون قطع يد السارق المحتاج: (في قطع يد السارق حماية الأموال، وفي عدم قطعه حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

٣. عدم تفويتها لمصلحة أهم منها، فالعمل بمصلحة بقاء عضو مصاب بمرض السرطان والامتناع عن قطعه تفويت لمصلحة أهم، وهي بقاء حياة المصاب وإنقاذها بمنع انتشار المرض عن طريق قطع العضو.

كيفية رفع التعارض بين المصالح:

بعد الاستعراض المذكور للمصلحة نستطيع أن نستنتج لرفع التعارض بين المصالح المعايير الآتية:

- (١) فلا يستدل بالمصلحة الاقتصادية على مشروعية الفوائد الربوية لأنها أولاً لا ترجع إلى المصالح الشرعية من الأقسام الثلاثة، وثانياً تعارض مع آيات قرآنية دالة على تحريمها دلالة قطعية.
- (٢) لا يستدل لمصلحة الأثني على التسوية بينها وبين الذكر في الميراث لتعارض هذه التسوية مع النصوص القرآنية.
- (٣) عند الكلام على التخصيص والتقييد بالمصلحة.

١. إذا تعارضت مصلحة حماية الدين مع مصلحة حماية الحياة أو المال تقدم الأولى لأنه لولا الدين لما كانت للحياة قيمة حقيقية، لذا فرض الله الجهاد بالنفس والمال في سبيل حماية الدين.
٢. إذا تعارضت مصلحة حماية الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى لأنه إذا ذهبت الحياة لا تعوض بخلاف المال، ولأن المال مقصود لأجل الحياة^(١).
٣. إذا تعارضت مصلحة حماية المال أو الحياة مع مصلحة العرض والكرامة والشرف تقدم الثانية^(٢) لأن الإنسان بدون كرامة لا يساوي شيئاً.
٤. إذا تعارضت المصلحة الضرورية مع الحاجة أو التحسينية تقدم الأولى لأنها أكثر أهمية^(٣).
٥. إذا تعارضت المصلحة التحسينية مع الحاجة تقدم الثانية لأنها أهم^(٤).
٦. إذا تعارضت مصلحتان عامتان أو خاصتان يختار أهمهما.
٧. إذا تعارضت مصلحة عامة مع أخرى خاصة تقدم العامة^(٥).
٨. إذا تعارضت مصلحة مع مفسدة وكانتا متساويتين في الحجم والآثار، أو كانت المفسدة أكثر يجب ترك المصلحة لدرء المفسدة^(٦).

-
- (١) يحرم التهريب في سبيل الحصول على الأرباح، وكذلك يحرم كل فعل يقصد به الحصول على المال والربح إذا كان من شأنه أن يعرض الحياة للخطر.
 - (٢) يجب على الإنسان أن يضحي بحياته وبماله في سبيل حماية شرفه وعرضه لأن الدفاع الشرعي عن الأعراس والأنساب واجب بخلاف الدفاع الشرعي عن المال فإنه حق.
 - (٣) إذا تعارضت مصلحة الحفاظ على حياة امرأة مع مصلحة الحفاظ على ستر عورتها في حالة العلاج جاز كشف العورة أمام طبيب مختص أجنبي ليتولى العلاج أو العملية عند الحاجة.
 - (٤) يجوز للمرأة كشف عورتها أمام الطبيب المختص غير المحرم لغرض العلاج لأن ستر العورة من المصالح التحسينية والأخلاقية، والعلاج من المرض من المصالح الحرجية ورعاية الثانية أهم من التعارض.
 - (٥) مصلحة خريج الكلية تتطلب أن يتولى وظيفة بعد تخرجه ومصلحة البلد تقتضي التحاقه بالجيش ليتدرج على استعمال السلاح ويدافع عن بلده كلما تعرض لخطر العدوان، وتقدم الثانية لأنها أهم ولأن للخريج نصيباً من هذه المصلحة العامة.
 - (٦) لصانعي الخمر وبياعها مصلحة مادية وكذلك للدولة مصلحة مالية في استيراد المشروبات المسكرات، ولكن المفسدة التي تترتب على تعاطي هذه المسكرات سواء بالنسبة إلى الفرد أو المجتمع أكثر بكثير من تلك المصلحة، ولذا قال سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ سورة البقرة ٢١٩.

٩. إذا تعارضت مصلحة فعلية قائمة مع أخرى احتمالية تقدم الأولى^(١).
 ١٠. إذا تعارضت مفسدتان (أو مضرتان) يجب اختيار أقلهما خطورة لدفع أشدهما^(٢).
 ١١. إذا تعارض الضرر الخاص مع الضرر العام يختار الأول لدفع الثاني^(٣).
 ١٢. إذا تعارضت مصلحتان وكان في رعاية أحدهما سد الذرائع تقدم هذه على الأخرى^(٤).
- ومن الواضح أن هناك كثيراً من الأمور الضارة في حد ذاتها لكنها تعتبر منافع بالنسبة لغيرها، ومن هذا القبيل المخاطرة بالأرواح في حالة قيام حق الدفاع الشرعي عن البلد والمال والنفس والعرض، وكذا عقوبات المجرمين قتل الجناة وحبس المفسدين المتجاوزين على حقوق الناس وغير ذلك من كل عقوبة بدنية أو مالية أو نفسية فإنها ضارة في حد ذاتها، لكنها وسائل لحماية الناس في أرواحهم وأعراضهم وأموالهم وغيرها من المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، ولذلك أجازت شرعاً وقانوناً، بل سميت مصالح تجوزاً من قبيل تسمية السبب باسم مسببه من حفظ الدين والحياة والعرض والمال والعقل وما يتعلق بهذه المصالح.

(١) وعلى هذا الأساس إذا فقد شخص ولم يعرف مصيره جاز لزوجه المتضررة مادياً أو معنوياً أن تطلب التفريق، وبهذا قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث قال (تتكح زوجة المفقود بعد أربع سنين من انقطاع الخبر)، المستصفي، ص ٢٥٧. في هذه الحالة يقوم التعارض بين مصلحة الزوجة في رفع الضرر الحال المؤكد عنها بالتفريق والتزويج، وبين مصلحة الزوج لاحتمال بقائه على الحياة، وفي التفريق إلحاق ضرر به لكنه ضرر غير مؤكد لاحتمال موته، ولذلك تقدم مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج ويحكم بالتفريق إذا مضت المدة المعقولة وطلبت هي بذلك.

(٢) وفي هذا المعنى جاء في المجلة ٢٨ (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، فهدم سياج دار الجار لفتح الطريق أمام سيارة الحريق مفسدة، واحتراق المحل بما فيه من البضائع والأموال -أيضاً- مفسدة، فيختار الأولى لدفع الثانية مع دفع تعويض لصاحب السياج، لأن الجواز الشرعي الاستثنائي لا ينافي الضمان، أو لأن الاضطرار لا ينافي الضمان.

(٣) إذا كانت عمارة مملوكة ملكية خاصة أو عامة آيلة إلى السقوط يجب هدمها دفعاً للضرر العام، وهذا أيضاً من باب تقديم مصلحة حماية الأرواح على مصلحة حماية الأموال.

(٤) مثل ذلك قد يكون في ضرب المتهم مصلحة الاعتراف بجريمته، غير أن هذه المصلحة تتعارض مع أخرى وهي مصلحة المضروب فانه ربما يكون بريئاً من الذنب، وترك ضرب مذب أهون من ضرب بريء، لأنه إن كان فيه فتح باب كشف الجريمة إلا أنه يؤدي إلى مفسدة وهي فتح باب تعذيب البريء، المستصفي، ص ٢٥٤.

أهمية المصالح:

للمصلحة الشرعية الحقيقية أهمية كبيرة في التفاسير الاجتهادية والتطبيقات القضائية، والتشريعات الوضعية والتعديلات القانونية كالآتي:

١. المصلحة وسيلة لتوسيع معنى النص وامتداد مجال تطبيقه ليشمل ما هو منطوق به، وما هو مسكوت عنه، لأن كل نص شرعي من نصوص الأحكام يتضمن قاعدة شرعية كلية^(١) دالة على حكم لما هو مذكور فيه (منطوق)، فإذا استطاع المجتهد أن يدرك من هذه القاعدة حكمة ومصصلحة حكمها تمكن من أن يطبق الحكم على كل مسألة جزئية يمكن أن تندرج تحتها في ضوء المصلحة المتوخاة من تشريعها.

٢. المصلحة وسيلة مهمة من وسائل تفسير النصوص الغامضة فإذا كان النص غامضاً لسبب ما لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تطبيقه بحجة الغموض بل يجب عليه أن يستعين بالوسائل المعترف بها شرعاً وقانوناً لإزالة هذا الغموض، ومن أهم هذه الوسائل المصلحة المتوخاة من تشريع النص الغامض^(٢).

٣. العمل بالأدلة الشرعية التبعية لأحكام الفقه الإسلامي يرجع في الحقيقة والواقع إلى العمل بالمصلحة، وعلى سبيل المثل ذكرنا سابقاً أن القياس استدلال بعلّة (مصصلحة) حكم مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة.

٤. وكذلك العمل بالاستحسان عمل بمصلحة لأجلها عدل عن القاعدة الكلية في بعض المسائل الجزئية، وهكذا.

٥. النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي تواجه الأسرة البشرية في الماضي والحال والمستقبل غير متناهية، والمتناهي لا يمكن أن يحيط باللامتناهي إلا عن طريق قواعد الكلية ورعاية المقاصد (المصالح) التي شرعت هذه القواعد لأجلها.

٦. والمصلحة مناط تشريع القانون الوضعي وتعديله وإلغائه، والمشرع في كل بلد من بلاد العالم في التشريع والتعديل والإلغاء يتصرف بمقتضى المصالح العليا في هذا البلد.

(١) أي لا تختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

(٢) للاطلاع على أسباب الغموض راجع مؤلفنا دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي ص ٢٠٨ وما بعدها.

٧. المصلحة أساس مشترك لتوحيد التشريعات الوضعية في الدول ذوات المصالح المشتركة كالدول الإسلامية والدول العربية في الوقت الحاضر، وكدول أوروبا الشرقية أو الغربية، ولا يخفى ما لهذا التوحيد من نتائج مهمة في شتى مجالات الحياة.
٨. والمصلحة وغيرها من المصادر التبعية تعد وسائل لإرجاع الجزئيات إلى كليات النصوص، فهي مصادر كاشفة للأحكام وواسعة الرحاب بحيث لو استعملت بصورة صحيحة لجعلت الفقه الإسلامي مصدراً خصباً لا للقوانين العربية والإسلامية فحسب بل لقوانين دول العالم بأسرها.

حدود المصلحة

لا توجد المصلحة المطلقة لا للأفراد ولا للشعوب ولا للأمم بل حدود مصلحة كل شخص طبيعياً كان (كالفرد) أو معنوياً (كالدولة) تنتهي عندما تبدأ حدود مصلحة شخص آخر، قال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾^(١)، فكل مصلحة مادية أو معنوية محاطة بقيود على صاحبها أن يراعى تلك القيود، وعلى سبيل المثل مصلحة الملكية مقيدة بقيود منها ايجابية (فعل الشيء) ومنها سلبية (الامتناع عن الشيء) كالاتي:

أ- من القيود الايجابية (التي يتم ركنها التنفيذ بالعمل):

١. إلزام المالك باستثمار ما يملك من عناصر الإنتاج كالنقود والأرض، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٢)، وقال الرسول ﷺ ((ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنوات))، والاحتجار وضع اليد على أرض كانت مباحة للجميع قبل استيلاءها وتحديد حدودها بالأحجار ونحوها. أي من أهمل أرضه الزراعية ولم يستثمرها ثلاث سنوات متواليات، لولي الأمر انتزاعها من يده وتسليمها إلى من يحسن استثمارها، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾^(٣)، والصالح من

(١) سورة البقرة ٢٢٩.

(٢) سورة التوبة: ٣٤.

(٣) سورة الأنبياء: ١٠٥.

يحسن استثمارها.

٢. إزام المالك بأداء زكاة مملوكه إذا كان من أموال الزكاة، قال تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(١)، وهناك آيات كثيرة تأمر المالك بالزكاة.
٣. إزامه بإفناق ماله الزائد عن حاجته وحاجة من عليه نفقته في سبيل المصلحة العامة، قال تعالى: ﴿ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَلْفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ﴾^(٢).
٤. إزامه بقبول انتزاع مملوكه إذا كان عقاراً^(٣) للمصلحة العامة مقابل عوض عادل، وقد طبق ذلك في عهد الرسالة وعهد الخلفاء الراشدين^(٤).

ب- ومن القيود السلبية (التي يتم ركنها المادي بالامتناع)

١. إزامه بالامتناع عن استعمال مملوكه استعمالاً يضر بالغير، قال النبي ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥).
٢. إزامه بالامتناع عن تنمية ماله بطرق غير شرعية كالربا والغش والاحتكار والكذب والجشع ونحو ذلك من الوسائل غير المشروعة.
٣. إزامه بالامتناع عن التقتير والإسراف، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾^(٦).
٤. عدم الخروج على فرائض الإرث والوصية، فلا يجوز للإنسان أن يخصص الإرث في حال حياته لبعض الورثة ويحرم الآخرين كما لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة.

(١) سورة البقرة ٤٣.

(٢) سورة الحديد ٧.

(٣) ويقابله المنقول وهو الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بأصله وهيئته كالكرسي والمنضدة وغيره.

(٤) الشيخ علي الحنيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ١٠٤.

(٥) سبل السلام، رواه ابن ماجه.

(٦) سورة الإسراء ٢٩.

المبحث الثالث

الاستحسان

حقيقته، أساسه، تطبيقاته، أهميته

حقيقة الاستحسان؛

بعد الاطلاع على عشرات من تعاريف علماء الأصول في مختلف المذاهب الفقهية والأصولية الإسلامية^(١). وبعد اليأس من الحصول على تعريف واضح جامع مانع ينقذ هذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي من الحملة غير العادلة التي شنت ولا تزال تشن عليه منذ عهد الإمام الشافعي (رحمه الله) إلى يومنا هذا، حيث اتهم تارة بأنه تلذذ واجتهاد

(١) ومنها تعريف الكرخي من الحنفية، كشف الأسرار ١١٢٣/٣ بأنه (عدول الإنسان عن أن يحكم في المسألة لمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول). وقد وجدت هذا التعريف أقرب التعاريف إلى حقيقة الاستحسان.

وتعريف الباجي من المالكية، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٥ (هو القول بأقوى الدليلين). وتعريف التفتازاني من الشافعية، حاشيته على شرح مختصر ابن الحاجب ٢٨٩/٢ (الذي استقر عليه رأي المتأخرين في تعريفه هو أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام).

ويقول الأستاذ محمد تقي الحكيم من الشيعة الإمامية، الأصول العامة للفقه المقارن، ص ٢٦١ (والمعروف عن الشيعة الإمامية والظاهرية أنهم من نفاة الاستحسان)، ثم يقول (إن كان المراد من الاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين، فهو حسن ولا مانع من الأخذ به، إلا أن عده أصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له).

وقال الفتوحى من الحنابلة، شرح الكوكب المنير، ص ٣٣٨ (الاستحسان في عرف الأصوليين هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة)، وهذا التعريف قريب من تعريف الكرخي المذكور، وعرفه الشوكاني من الشيعة الزيدية، إرشاد الفحول ٢٤٠ (بأنه دليل يتقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه)، وهو ابعد التعريفات إلى حقيقة الاستحسان إضافة إلى غموضه.

وعرفه السالمي من الأباضية، الألفية بشرح طلعة الشمس ١٨٥ (في البيت الآتي:

ومنه الاستحسان أن ينقدا
في ذهن ذي العلم دليل واضحاً

وهو يتفق مع تعريف الشوكاني ولا مجال للتعليق على هذه التعريفات الناقصة الغامضة كما لا فائدة له.

بالهوى^(١)، ومرة بأنه شهوة واتباع للهوى وضلال^(٢)، وأخرى بأنه عديم الفائدة وتقول على الشريعة الإسلامية^(٣).

وبعد تردد بين هذه الاتهامات وتعريفاته وجدت بلطف من الله أن الاستحسان عبارة عن عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة، إذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي. ويتعبير أوضح، الإستحسان: استثناء بعض الجزئيات من حكم كلياتها لمصلحة أو ضرورة أو عرف.

ولقد أثنى القرآن الكريم على اختيار الأحسن من بين الأمور المتعارضة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ (١٧) الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾^(٤)، وكذلك أمر بالإحسان الذي هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة^(٥)، فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ

(١) قال الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الأم، الجزء السابع، باب إبطال الاستحسان، ص ٢٧ (لا يجوز لمن استهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم مما لا يختلفون فيه أي الإجماع-أو قياس على بعض هذا ولا يجوز بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني). وقال في كتابه الرسالة، ص ٣٥ (ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان، وإن القول بغير خبر ولا قياس غير جائز)، إلى أن يقول (وإنما الاستحسان تلذذ).

(٢) قال ابن حزم الظاهري في كتابه (الإحكام في أصول الأحكام ٧٥٨/٥) (والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنته الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال بالله تعالى نعوذ من الخذلان). وهذا الفقيه العظيم رغم مكانته العلمية البارزة أنكر كثيراً من البدييات. ومن اطلع على كتابه المحلى لوجد أنه يعتبر كثيراً من أحاديث الرسول ﷺ موضوعة وغير صحيحة لأنها مخالفة لمذهبه الذي وصل إليه في اجتهاداته.

(٣) قال الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤ (فعرفت بمجموع ما ذكرنا أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلاً، لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرر، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء بل هو من القول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة، وبما يضادها أخرى). هذه نماذج من الحملات غير العادلة على هذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي الذي ثبتت حقيقته وأهميته بإذن الله.

(٤) سورة الزمر: ١٧-١٨.

(٥) قال الإمام عز الدين بن عبد السلام السلمي (رحمه الله) في كتابه، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٨٩/٢ (وأجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها قوله تعالى: ﴿إِنَّ

بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴿١﴾

إيضاح التعريف:

أ- إن الله تعالى في كل واقعة من وقائع الزمان، وفي كل تصرف من تصرفات الإنسان حكماً، فإن وصل إليه المجتهد فهو مصيب وإلا فهو مخطيء. وقد وردت هذه الحقيقة على لسان رسول الله ﷺ فقال ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر))^(١).

وكذلك لله تعالى في كثير من القضايا حكمان، أحدهما يختص بحالات السعة والظروف الاعتيادية ويسمى (عزيمة)، وثانيهما يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة ويسمى (رخصة). والرخصة تبدل الحكم من الصعوبة إلى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي^(٢).

اللَّهُ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُم لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٩٠﴾ النحل ٩٠، فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ ولا يبقى من دق الإحسان وجله إلا اندرج في أمره بالإحسان. والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة)، وقال أيضاً ١٣٨/٢ (واعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وأجلة تجمع كل قاعدة فيها علة واحدة ثم استثنى منها ما في ملاسته مشقة شديدة أو مفسدة تربو على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد الدارين أو في احدها تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو تلك المفسد وكل ذلك رحمة بعباده ورفق بهم).

(١) سورة النحل ٩٠.

(٢) رواه الشيخان.

(٣) في جمع الجوامع لابن السبكي وشرحه للمحلي ١١٩/١ ورد الآتي (والحكم الشرعي المأخوذ من الشرع إن تغير من حيث تعلقه من صعوبة له على المكلف إلى سهولة كان تغير من الحرمة للفعل أو الترك إلى الحل له للعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي المتخلف عنه للعذر فرخصة، أي فالحكم المتغير إليه السهل المذكور يسمى رخصة، وهي لغة السهولة كأكل الميتة للمضطر والقصر الذي هو ترك الإتمام للمسافر، والسلم هو بيع موصوف في الذمة، وفطر مسافر في رمضان لا يجهد الصوم أي لا يشق عليه مشقة قوية، واجبا (أي أكل الميتة) وقيل هو مباح، ومنذوبا (أي القصر) ومباحا (أي السلم)

ب- عندما يجد المجتهد (أو القاضي) تعارض الحكمين (العزيمة والرخصة) (أو تعارض دليلهما) في قضية يوازن ويقارن بينهما، فإن وجد أن تطبيق الحكم الأصلي (العزيمة) يجلب مشقة لا تطاق أو حرجاً لا يتحمل عليه أن يعدل عن العمل بمقتضى دليل الحكم الأصلي إلى العمل بموجب دليل الحكم الاستثنائي، لأنه أحسن لذي العلاقة في هذه القضية من حيث خلوه عن الحرج الذي ياباه القرآن في آيات كثيرة ومنها ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٣).

وأكد الرسول ﷺ ذلك في أقواله ومنها ((بعثت بالحنفية السمحاء))^(٤)، و((إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين))^(٥)، و((إن الله شرع الدين فجعله سهلاً سمحاً ولم يجعله ضيقاً))^(٦).

وقد استنبط الفقهاء والأصوليون من هذه الآيات والسنن قواعد كلية ومنها (المشقة تجلب التيسير)^(٧)، و(إذا ضاق الأمر اتسع)^(٨)، و(الضرورات تبيح المحظورات)^(٩) و(الضرورات

وخلاف الأولى (أي فطر مسافر لا يجهد الصوم فإن جهده فالفطر أولى). واتي بهذه الأحوال اللازمة لبيان أقسام الرخصة من وجوب وندب وإباحة وخلاف الأولى، وحكمها الأصلي الحرمة، وأسبابها الخبث في الميتة ودخول وقتي الصلاة والصوم في القصر والفطر، لأنه سبب لوجوب الصلاة تامة والصوم، والفرر في السلم وهي قائمة حال الحل وأعداره الاضطرار والحاجة إلى ثمن الغلات قبل إدراكها.

- (١) سورة الحج ٧٨.
- (٢) سورة المائدة ٦.
- (٣) سورة البقرة ١٨٥.
- (٤) أخرجه احمد في مسنده.
- (٥) الطبراني عن ابن عباس.
- (٦) رواه الشيخان من حديث أبي هريرة.
- (٧) مجلة الأحكام العدلية، م ١٧.
- (٨) المجلة، م ١٨.

تقدر بقدرها^(١) و(ما جاز بعذر يبطل بزواله)^(٢)، و(الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(٣)،
والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس كالجعالة والإجارة فإنهما
جرباً على حاجات خاصة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.

أساس فكرة الاستحسان في القرآن:

أرشد القرآن الكريم الإنسان إلى العدول من تطبيق الحكم الصعب إلى الأخذ بالحكم
السهل كلما اقتضى الأمر ذلك في آيات كثيرة ومنها:

أ- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ، لغيرِ اللَّهِ
فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٧٣﴾ ﴾^(٤).

ب- وقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾^(٥).

ج- قوله تعالى: ﴿ أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ
أُخْرٍ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ، وَأَنْ
تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٦).

د- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوا
وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾^(٧)، وقوله ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا
كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً ﴾^(٨)، وغير ذلك من الآيات الأخرى من هذا القبيل.

-
- (١) هذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ سورة البقرة ١٧٣.
والصواب: تجيز المحظورات، لأن الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية، وليست من أسباب الإباحة.
(٢) هذه القاعدة مأخوذة من (غير باغ ولا عاد) في الآية المذكورة.
(٣) المجلة، م ٢٣.
(٤) المجلة، م ٣٣.
(٥) سورة البقرة ١٧٣.
(٦) سورة الأنعام ١١٩.
(٧) سورة البقرة ١٨٣-١٨٤.
(٨) سورة البقرة ٢٨٢.

ومن الواضح أن كل آية من هذه الآيات تتضمن حكماً أحدهما أصلي والآخر استثنائي، فالأولى تدل على أن حكم أكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة لما في ذلك من المضرة الصحية، أما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح، فالحكم هو الإباحة بل الوجوب إن توقف عليه إنقاذ الحياة، وتدل الثانية على أن كل ما حرم على الإنسان في الحالات الاعتيادية يتحول إلى المباح في الحالات الاضطرارية. وتدل الثالثة على أن حكم صيام رمضان في الحالات الاعتيادية هو الوجوب. أما في الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة كالمرض والسفر فيرفع الوجوب ويحل محله الإباحة على أن يقضي الصوم بعد زوال العذر، وإذا استمر العذر كمرض مزمن ولا يرجى زواله أو شيخوخة يصعب معها الصيام فالبديل هو الفدية.

ونستنتج من هذه الآيات وأمثالها أن أساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه ورفع بعد الوقوع، وفقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١). وقد أكد الرسول ﷺ مبدأ الأخذ بالأخف^(٢)، والاستثناء من القاعدة العامة لدفع الحرج ورفع المشقة في أفضيته وأقواله، ومنها إقراره للتعامل بالسلم^(٣)، مع مخالفته لقاعدة نهيه عن بيع المعلوم، فبعد أن هاجر ﷺ إلى المدينة المنورة وجد أن التعامل بالسلم عرف متداول، ورأى أنه يحقق مصلحة التجار في استثمار نقودهم، ومصلحة أصحاب الأراضي الزراعية في استثمار أرضهم، فأقره بعد أن نظمه فقال ((من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم^(٤)، ووزن معلوم^(٥)، إلى أجل معلوم))^(٦) وحكمه الأصلي هو عدم الجواز لأن محل العقد حين

(١) سورة البقرة ٢٨٣.

(٢) سورة الحج ٧٨.

(٣) تخفيف الحكم قد يكون بإسقاطه كما في المجنون أو في تأجيله كالإفطار للمسافر والمريض أو البديل كالفدية بدل الصيام بالنسبة للشيخ الكبير والمريض مرضاً لا يرجى شفاؤه، والتقديم والتأخير والتنقيص كصلاة المسافر.

(٤) بعد أن هاجر ﷺ إلى المدينة المنورة ووجد حاجة الناس إليه.

(٥) إذا كان المسلم فيه مما يكال.

(٦) إذا كان مما يوزن.

(٧) عن ابن عباس ؓ قدم النبي ﷺ المدينة المنورة وهم يسلفون الثمار السنة والستين فقال ((من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم))، متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب

إنشائه معدوم. وهذا ما أقره الرسول ﷺ في قاعدة فقال ((لا تبع ما ليس عندك))^(١).

قضية الخلفاء الراشدين على أساس فكرة الاستحسان:

من تتبع المراجع المعتمدة وجد كثيراً من تطبيقات مبدأ الاستحسان في أقضية الخلفاء الراشدين ومنها:

أ- قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٢) بالعدول عن العقوبة الحدية لجرمة السرقة ضد الجاني إلى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المستول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب الجريمة، استثناء من قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَ بِنُكْلٍ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾^(٤). كما في قضية سرقة عبيد لحاطب حين سرقوا ناقة رجل من هزينة - قبيلة - فيحروها، ولما رفع الأمر إلى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بقطع أيديهم بعد ثبوت الجريمة، ولكن قبل تنفيذ العقوبة قال لسيدهم حاطب (أراك تجيعهم، والله لأغرمك غرامة تشق عليك)، ثم قال لمالك الناقة (كم ثمنها؟)، قال (كنت أمنعها من أربعمئة درهم - أي لم أبعها بهذا الثمن -)، فقضى عمر رضي الله عنه بإعفاء العبيد من العقوبة وبالحكم على حاطب بثمانمئة درهم^(٥). ومن قضائه في المعاملات المدنية حكمه بجواز وصية الصغير المميز والسفيه استثناء من شرط أهلية

السلم. فتح الباري ٤/ ٥٢٨، مسلم، كتاب المساقات، باب السلم. صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤/ ١١. وللبخاري (من أسلف في شيء).

(١) عن حكيم بن حزام، قال سألت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه في السوق)، قال (لا تبع ما ليس عندك)، المتقى، شرح الموطأ ٤/ ٢٦٨. أخرجه الإمام أحمد ٣/ ٤٠٢. وأبو داود، كتاب البيوع، باب بيع الرجل ما ليس عنده ٣/ ٢٨١.

(٢) وكذلك قضاؤه بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة من الأم في الميراث في الأسهم المخصصة لهم من ثلث التركة في المسألة المشتركة، وهي إذا توفيت من زوج وأم وأخوين من أم وإخوة أشقاء أو الأشقاء والشقيقات، مع أن القاعدة العامة تقضي بالحجب بالاستغراق.

(٣) سورة المائدة: ٣٨.

(٤) سورة الأنعام: ١٦٤.

(٥) موطأ الإمام مالك ٢/ ١٤٢.

التبرع^(١).

ب- قضاء سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه في خلافته بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها استثناء من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث، بموجب قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ﴾^(٢).

وقد قضى بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف تماضر بعد أن طلقها في مرض موته رعاية لمصلحة الزوجة، وسداً للباب أمام من تسول له نفسه أن يطلق زوجته في مرض موته ليحرمها من تركته، ولم يعترض احد على قضائه هذا، لذا اعتبره فقهاء المسلمين إجماعاً سكوتياً^(٣)، ومصدراً لحكمهم به، ولم يشذ عن القول بهذا الحكم الاستثنائي احد سوى الظاهرية^(٤).

ج- قضاء سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه بتضمين الصناع، القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ((لا ضمان على مؤتمن))^(٥). ومن الواضح أن يد كل صانع وكل ذي حرفة كالنجار والخياط والنساج والمقاول على المواد الأولية المودعة لديه لصنع ما هو المطلوب منها يد أمانة لا يضمن متلفه ما لم يكن متعدياً أو مقصراً، ولكن رعاية لمصلحة أصحاب تلك المواد الأولية قضى سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه في خلافته بتضمينهم استثناء من القاعدة العامة^(٦).

(١) ذلك لرعاية مصلحة الموصي في الحصول على الأجر والثواب في الآخرة مع عدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، لمزيد من التفصيل، راجع المنتقى شرح موطأ ١٥٤/٤٠.

(٢) سورة النساء ١٢.

(٣) راجع المنتقى شرح موطأ ٨٦/٤-٨٧.

(٤) لمزيد من التفصيل والاطلاع على الآراء الخلافية في هذه المسألة، راجع مؤلفنا شرح قانون الأحوال الشخصية (أحكام الميراث والوصية)، ص ١٠٣ وما بعدها، وقد قضى أبو يوسف بتوريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت في مرض موتها استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم الإرث بعد الفرقة الزوجية، الخراج لأبي يوسف، ص ١٨٢.

(٥) نيل الأوطار ٢٩٦/٥، البيهقي ٢٨٩/٦.

(٦) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، وفي التفريق بين الأجير الخاص والأجير المشترك، راجع الهداية وبداية المبتدي مع شرح فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها.

الاستنتاج

يمكن أن نستنتج من هذا العرض أن للاستحسان النتائج الآتية:

- ١- الاستحسان ليس لذة ولا هوى كما ظن البعض وإنما هو العدول عن تطبيق الحكم الأصلي في واقعة معينة إلى حكم استثنائي لما يقتضيه من جلب نفع أو دفع حرج أو رفع ضيق، وقد أرشدنا إلى ذلك القرآن الكريم في آيات كثيرة كما ذكرنا بعضاً منها^(١).
- ٢- الاستحسان ليس عدولاً إلى أقوى الدليلين كما ظن الكثير من الأصوليين، بل هو عكس هذا التصور لأن المفروض أن الحكم الأصلي إما بنص صريح عام أو بقاعدة شرعية عامة معترف بها من قبل جميع أئمة الفقه، وإن العدول إلى الحكم الاستثنائي ليس لكون دليله أقوى، وإنما لأن الواقعة المعنية بهذا الحكم لها خصوصيتها وظروفها الاستثنائية، بحيث لو طبق الحكم الأصلي لأدى إلى قيام حرج مرفوض شرعاً أو فوات مصلحة مقصودة شرعاً.
- ٣- الاستحسان ليس عدولاً عن القياس الجلي إلى القياس الخفي كما تصور البعض، لأن هذا العدول الخاص ليس إلا صورة من صور الاستحسان وهو في حقيقته يرجع إلى العدول عن القاعدة العامة القاضية بالعمل بالقياس الجلي إذا تعارض مع القياس الخفي.
- ٤- تقسيم الاستحسان إلى الاستحسان بالنص والإجماع والعرف والقياس والضرورة^(٢)، تقسيم غير سليم بالنسبة للقسمين الأولين، لأن العدول الثابت بالنص كما في العدول من الصيام إلى الفطر في السفر والمرض، والثابت بالإجماع كما في عقد الاستصناع ليس من باب الاستحسان الذي هو مصدر عقلي تبعي كاشف، ولأن مصدر الحكم في هاتين الحالتين هو النص والإجماع، ولا يرجع إلى العمل بالاستحسان عند وجود واحد منهما كما هو واضح.

(١) راجع هامش ص ١٧٧ في مقدمة هذا الموضوع للاطلاع على الآراء والتعاريف التي بصدد تحديد معنى الاستحسان.

(٢) كما ورد هذا التقسيم في المراجع الأصولية الحنفية والمالكية والمؤلفات الحديثة، في فتح الغفار بشرح المنار ٣٠/٣ (والاستحسان يكون بالنص والإجماع والضرورة والقياس)، وكذلك في كشف الأسرار ١١٢٥/٣، ومصادر التشريع فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف، ص ٦١-٦٢، أصول الفقه الإسلامي، الدكتور محمد مصطفى شلبي ٢٨٢/١ وما بعدها.

٥- والعمل بالاستحسان يرجع إلى العمل بالمصلحة من جلب منفعة أو دفع مضرة، إلا أن العمل بها في صورة الاستحسان يكون من باب الاستثناء من القواعد الكلية والنصوص العامة فكل واقعة يطبق فيها الاستحسان تطبق فيها المصلحة دون العكس.

٦- الاستحسان أصل من أصول الفقه الإسلامي أرشدنا إلى تطبيقه القرآن الكريم والسنة النبوية وقضاء الخلفاء الراشدين، وله أهمية كبيرة في الحياة العملية وفي الوقائع المحاطة بالظروف الطارئة. حيث تطبيق الأحكام الأصلية فيها يؤدي إلى حدوث حرج أو تفويت مصلحة مشروعة. والحاصل أن الاستحسان عبارة عن العدول عن العمل بالعزيمة إلى العمل بالرخصة لما يدعو إلى ذلك، وأن العمل بالاستحسان هو العمل بالنصوص التي تدعو إلى اليسر ورفع الحرج.

٧- كل عزيمة من الأحكام أصل، يجب اتباع هذا الأصل، ما لم يوجد مبرر شرعي يدعو إلى العدول عنه. وكل رخصة استثناء من الأصل، واستحساناً يقتضيه عذر ومبرر شرعي من المصلحة أو الضرورة أو العرف.

لتطبيقات الفقهية المستندة إلى مبدأ الاستحسان:

بنى فقهاء المسلمين وبصورة خاصة الحنفية كثيراً من الأحكام الفقهية على الاستحسان ومنها:

١- للأب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر، وللجد تزويج حفيده من حفيده استثناء من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد (وعدم جواز صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد)، ذلك رعاية لمصلحة القاصر^(١).

٢- إذا ظفر الإنسان بجنس (أو نوع أو صنف) حقه في مال من ظلمه، فإنه يستقل بأخذه بقدر ما يعادل حقه، فيقوم مقام القابض والمقبض لمسيس الحاجة^(٢).

٣- الإنابة في الشهادة فتقبل الشهادة على الشهادة لعذر، رغم أن الشهادة مأخوذة من المشاهدة^(٣) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(١).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق ١٧٥/٢.

(٢) المرجع السابق ١٧٦/٢.

(٣) المحلى لابن حزم ٤٣٨/٩.

٤- عدم قبول شهادة الأصول لمصلحة الفروع، وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الأصول، استثناء من الإطلاق الوارد في النصوص ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٣)، وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٤).

الاستحسان وتعديل الالتزامات القانونية القائمة:

قد ينشأ الالتزام صحيحاً سواء أكان سببه تصرفاً (عقداً أو إرادة منفردة) قولياً أم فعلياً أم تصرفاً فعلياً فعلاً نافعاً أو ضاراً أم واقعة شرعية قانونية ولكن قد يستصحبه حين إنشاء سببه أو بعده ظرف خاص أو شرط تعسفي يجعل تنفيذه بمقتضى سببه المشيء ضاراً بأحد أطراف العقد أو غير ملائم مع مصلحة عامة، الأمر الذي يبرر للقاضي أن يتدخل ليعدل الالتزام أو سببه بما يزيل (أو يخفف) الضرر، أو يحقق مصلحة عامة.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن جميع التعديلات القضائية أو الإدارية بل حتى التشريعية رعاية للعدالة أو المصلحة العامة ترجع إلى تطبيق الاستحسان الذي هو أصل من أصول الفقه الإسلامي.

ومن تطبيقات التعديلات الراجعة إلى هذا الأصل ما يلي:

أولاً- تعديل الالتزام لإزالة (أو تخفيف) الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ: مقتضى القاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين)^(٤)، وهو وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه لقوته الملزمة فلا يجوز لأي من أطرافه أو القاضي أن يستقل بنقضه أو تعديله. ومع ذلك إذا طرأ ظرف (أو حادث) استثنائي عام^(٥)، لم يكن في الوسع توقعه

(١) في المغني لابن قدامة ٢٠٦/٩ (أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال ولأن الحاجة داعية إليها).

(٢) سورة البقرة ٢٨٢.

(٣) المغني المرجع السابق ١٩١/٩، المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ٣٣٠/٢.

(٤) المدني الفرنسي، م ٣/١١٣٤، المدني المصري، م ١٤٧.

(٥) في الفقه الإسلامي، لا يشترط أن يكون عاماً بل يعتبر من الظروف الطارئة المبررة للتعديل المرض والإفلاس ونحوهما.

وترتب على حدوثه إن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً^(١) للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك^(٢). ويعتبر باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن حق طلب إزالة الضرر من النظام العام واصل هذا التعديل هو الاستحسان^(٣).

ثانياً- تعديل الالتزام بسبب الاستغلال: إذا كان أحد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه^(٤) أو هواه أو عدم خبرته^(٥) أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش^(٦)، جاز خلال مدة يحددها القانون أو العرف أن يطلب من القاضي تعديل التزامه برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فهذا التعديل من تطبيقات الاستحسان، لأنه عدول عن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلى تطبيق مبادئ العدالة.

- (١) أي لا مستحيلاً وإلا انقضى الالتزام تلقائياً وانفسخ العقد.
- (٢) في بعض القوانين للمدين أن يطلب الفسخ وللمتعاقدين الآخر أن يبدأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً للشروط بما يتفق مع العدالة، وبه أخذ القانون المدني الإيطالي، م١٤٦٧.
- (٣) ومن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يلي:
 أ- أن يكون العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر أو الفوري المؤجل أو الدوري.
 ب- أن يحدث بعد العقد ظرفاً (أو حادث) استثنائي عام غير متوقع كالحرب والفيضان والزلازل.
 ج- أن يجعل هذا الظرف (أو الحادث) تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، ومن المعروف أن هذه النظرية لها جذورها وأسسها في الشريعة الإسلامية المشبعة بالقواعد الأخلاقية وقواعد العدالة، وقد ازدهرت النظرية في القانون الدولي ثم انتقلت إلى القانون الإداري وأخذ بها القضاء الإداري ثم أقرها القانون المدني الخاص.

(٤) الطيش: عدم التفكير بعواقب الأمور.

(٥) عدم القدرة على تمييز الجيد من الرديء.

(٦) الغبن الفاحش: بيع السلعة بأكثر من ثمنها الذي تعارف عليه الناس عادة، أو بيعها بأقل من ثمنها المتعارف عليها. وفكرة الغبن ترجع إلى قول رسول الله ﷺ (إذا بايعت فقل لا خلاية ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع. والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم المومنين بخلاف الغبن اليسير، والغبن اليسير مغتفر إلا إذا كان المغبون قاصراً أو دولة أو جهة الوقف.

لمزيد من التفصيل، راجع المدني العراقي، م١٢٥، والمصري، م١/١٢٩ وشروحهما، والدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ١/٣٦٣ ف٢٠٦. صحيح مسلم بشرح النووي ٤٣٣/١٠.

ثالثاً- تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي : الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه ، فهو تقدير اتفاقي للتعويض قبل وقوع الضرر.

فإذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، في هذه الحالة للقاضي يطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي إلى حد يتلاءم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير^(١) . وهذا يرجع أيضاً إلى العمل بالاستحسان.

رابعاً- تعديل الالتزام عن طريق تعديل شروط عقد الإذعان : عقد الإذعان هو عقد لم تسبقه مرحلة التفاوض بين المتعاقدين على شرائطه ، فالمتعاقدين القابل إما أن يسلم بهذه الشروط كما هي دون تعديل أو يدع التعاقد ، فهي توضع سلفاً ولا تقبل المناقشة لتمتع واضعها بسلطة اقتصادية نابعة عن الاحتكار الفعلي أو القانوني بالنسبة إلى سلع وخدمات ضرورية يتولى تقديمها للجمهور كالماء والكهرباء والهاتف ووسائل النقل.

فإذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(٢) .

خامساً- تعديل العقود الإدارية والقرارات الإدارية : من المعروف أن القضاء الإداري لا يتقيد بالنصوص التشريعية بالدرجة التي يتقيد بها القضاء المدني لأنه لا ينظر إلا في الدعاوي ذات العلاقة بالمصالح العامة ، وهذا ما يدعوه إلى الحرص على أن يوفق بين القواعد العامة وبين ما تقتضيه المصلحة العامة^(٣) .

(١) عبد المنعم البدر اوي ، مصادر الالتزام ٩٢/٢ .

(٢) المدني العراقي ، ٢/١٦٧ ، المدني المصري ، ١/١٤٩ .

(٣) ١١٣٤م المدني الفرنسي التي تنص على (أن العقد شريعة المتعاقدين والتي تمسك بها القضاء المدني الفرنسي إلى ابد حد لا تلزم القضاء الإداري مطلقاً ، ولجلس الدولة الفرنسي أن يعدل العقد بما يتلاءم مع مقتضيات العدالة وبما يساير الظروف الجديدة التي لم تكن في الحسبان) ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ص ٣٣٣ .

وللإدارة تعديل المرفق العام^(١) وتعديل الالتزامات وطرق ووسائل تنفيذ العقد^(٢)،
وتعديل اللوائح^(٣).

وهكذا جميع الاستثناءات والتعديلات ترجع إلى الاستحسان الذي هو أصل من أصول
الفقه الإسلامي.

(١) يقول بيكينيو (ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه)، الدكتور عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ص ١٩٦.

(٢) يقول ربيرو (إن سلطة التعديل الانفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استناداً لمبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة)، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٣) يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٦٠٢ (استقرت القاعدة في فرنسا وفي مصر على أنه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح أو تلغيها أو أن تستبدل غيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام).

المبحث الرابع الذرائع سدها وفتحها

الذرائع: جمع ذريعة، وهي:

لغة الوسيلة التي يتوصل بها إلى تحقيق غرض مطلق، أي بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض الذي يتوصل بها إليه.

وفي اصطلاح الأصوليين له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو إعطاء الوسيلة حكم غايتها^(١)، فالوسائل التي يكون غاياتها مشروعة تفتح أبوابها أمام الناس، أما الوسائل التي تؤدي إلى غايات مضرّة فاسدة، أو كانت مفسدها تساوي مصالحها أو تزيد عليها فإنها تسد أبوابها ويمنع من مزاولتها.

ومن الواضح أن العالم الذي يعيش فيه الناس عالم الأسباب وليس عالم المعجزات، فكل من لم يباشر السبب لن ينال مسببه، تلك سنة الله في خلقه ولن تجد لسنة الله تبديلاً، وقد قال

(١) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٣٥/٣ (لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في صحتها، والأذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصود قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تقضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيته له، ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يابى ذلك كل الإباء بل سياسة ملوك الدنيا تآبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة إليه لعد تناقضاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الاطباء إذا ارادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، والا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال).
ومن تأمل مصادرها ومواردها علم ان الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشيء.

سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبِيلاً﴾^(١).

فلكل نتيجة مقدمات، ولكل مسبب سبب، ولكل غاية وسيلة ولكل غرض تصرف، ولكل معلل علة، ولكل أمل عمل، والنظر في مآلات تصرفات الإنسان معتبر مقصود شرعاً سواء أكانت التصرفات موافقة للشرع أو مخالفة له^(٢).

وكذلك تصرفات الإنسان قولية أم فعلية تابعة للنيات، والنية روح العمل وقوامه، فهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها وفقاً للقاعدة الشرعية الكلية التي نطق بها رسول الله ﷺ في جملتين وهما ((**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**))^(٣). فبين في الجملة الأولى أن العمل الصادر عن البالغ الرشيد المختار لا يقع إلا بالنية، وأن العمل تابع لها صحة وفساداً، قبولاً ورفضاً، ووضح في الثانية أن العامل ليس له من عمله سوى ما نواه سواء أكان العمل من المعاملات أم من العبادات أم من غيرها^(٤). وتختلف أهمية وخطورة الوسيلة باختلاف أهمية وخطورة غايتها^(٥).

(١) سورة الكهف ٨٤.

(٢) قال الشاطبي الموافقات ١٩٤/٤-١٩٥ (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام الا بعد نظرة إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه. أو لمصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا اطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من اطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، الا انه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة).

(٣) وهو من الاحاديث المشهورة بل قال البعض انه متواتر معنى.

(٤) إعلام الموقعين، المرجع السابق ١١١/٣.

(٥) قال عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الانام ١٢٣/١ (يختلف أجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها، فالتوسل إلى معرفة الله تعالى ومعرفة ذاته وصفاته أفضل من التوسل إلى معرفة أحكامه... إلى اخره).

ويقول أيضاً ١٢٦/٢ (ويختلف وزن وسائل المخالفات باختلاف رذائل المقاصد ومفاسدها، فالوسيلة إلى أردل المقاصد أردل من سائر الوسائل، فالتوسل إلى الجهل بذات الله وصفاته أردل من التوسل إلى الجهل بأحكامه، والتوسل إلى القتل أردل من التوسل إلى الزنى، والتوسل إلى الزنى أقبح من التوسل إلى الاكل بالباطل والإعانة على القتل بالإمساك اقبح من الدلالة عليه... إلى اخره).

فكم من فعل مشروع لذاته يحكم عليه بعدم المشروعية بالنظر إلى ما يؤول إليه من مضرة ومفسدة وكم من فعل غير مشروع لذاته يعتبر مشروعاً لما يحققه من مصلحة مشروعة.

أقسام الذرائع من حيث المشروعية وعدمها :

ونستنتج من هذه المقدمة أن الذرائع (الوسائل) من حيث المشروعية وعدمها تنقسم إلى أربعة أقسام:

- ١- كل من الوسيلة والغاية مشروعة.
- ٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة.
- ٣- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة.
- ٤- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.

للقسم الأول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل) لما تؤدي إليها من تحقيق منافع ومصالح عامة ومن تطبيقاتها ما يلي:

أ- تحديد ملكية الأراضي الزراعية وتنظيم الري، وتقديم العون من الخزانة العامة إلى كل من يستثمر الأراضي الزراعية، وتوفير الوسائل الحديثة للحراث والسقي، كل ذلك لغرض تطوير المنتجات والمحصولات الزراعية من حيث الكم والكيف.

ب- بناء القرى العصرية بحيث تتوفر فيها كافة الوسائل الصحية والاجتماعية والثقافية لغرض تشجيع الهجرة المعاكسة، أي من المدن إلى القرى والأرياف، لما في ذلك من مصلحة التنمية الزراعية وتأمين الثروة الحيوانية.

ج- مراقبة تطبيق نظام المرور بدقة وتسجيل المخالفات المرورية بالأجهزة الحديثة المتطورة ومحاسبة المخالفين بشدة لغرض حماية سلامة الناس، والمحافظة على وسائل المواصلات والأموال العامة مما يتعلق بالشوارع والطرق والجسور.

د- الاهتمام الزائد بالتعليم في جميع مراحلها، والاستمرار على تطوير المناهج في ضوء تطور متطلبات الحياة، مع إعطاء الأولوية لتكوين الكادر التدريسي الكفوء وتقديم الدعم المادي والمعنوي للأسرة التعليمية، كل ذلك لغرض رفع المستوى العلمي.

هـ- كل وسيلة مشروعة أخرى تؤدي إلى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة يجب فتحها أمام الناس والاهتمام بتنفيذها بكل دقة وأمانة.

القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها إلى غايات غير مشروعة:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد أبواب كل وسيلة غير مشروعة في ذاتها تؤدي إلى نتيجة غير مشروعة بمنع ما لم يقم منها ورفع ما هو قائم، ومكافحتها بكافة الطرق الوقائية والعلاجية، وتقع مسؤولية مكافحة هذه الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها على الدولة بالدرجة الأولى وعلى الأفراد بالدرجة الثانية، فهي تدخل في باب الحسبة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد أمر القرآن الكريم بذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(١).

وأكد ذلك الرسول ﷺ بأفعاله وأقواله ومنها ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))^(٢).

ومن تطبيقات الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها ما يلي:

أ- منع الأسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية فالمسؤولية في مكافحة هذه الذريعة الخبيثة تقع على المجتمع البشري والأسرة الدولية بأسرها.

ب- صنع المشروبات والمخدرات والاتجار بها من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها، لما فيها من الفساد والمضار الخطيرة بالنسبة للفرد والمجتمع.

ج- إنشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات. فعلى الدولة ويتعاون مع الأفراد سد هذه الذرائع التي اعتبرها القرآن من أعمال الشيطان، فقال

سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٣). فهي إن كانت نافعة من بعض الزوايا المادية

(١) آل عمران ١٠٤.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان. صحيح مسلم شرح النووي ٣٨١/٢.

(٣) سورة المائدة ٩٠.

الضيقة، فإنها مضرة من الناحية الصحية والاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية. كما قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١). والمراد بالإثم المضرة والمفسدة.

د- وقوف بعض الرجال والمراهقين المنحرفين أمام مدارس البنات وفي الطرق والشوارع لتضليل أخواتهم وبناتهم لغرض النيل من العرض الذي هو عرضهم، وهتك حرمة الشرف الذي هو شرفهم، وتدني النسب الذي هو من صميم أصالة حياة كلهم. كل ذلك من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها. فعلى السلطة والمجتمع والأفراد التعاون لمكافحة هذه الظاهرة الاجتماعية الفاسدة، فهي أمراض سارية معدية بسرعة، وخطر بكثير من الأمراض التي تجند الدولة إمكاناتها لمكافحتها.

هـ- الغش والاستغلال والاحتكار والجشع والتعامل في السوق السوداء، كلها ذرائع غير مشروعة يكتسب من ورائها فئة ضالة أرباحاً غير مشروعة على حساب المصلحة العامة وعلى حساب المستهلكين. فعلى السلطة وبالتعاون المجتمع والأفراد سد هذه الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها. وقد نهى الرسول ﷺ عن هذه الذرائع في أقواله الثابتة المثبتة في المراجع المعتمدة لا مجال لاستعراضها في هذا البحث الأصولي.

القسم الثالث: الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في أن بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تتحول إلى المشروعة لغيرها، أي للنتائج المشروعة والمصالح العامة التي يمكن أن تحققها هذه الذرائع في حالات غير اعتيادية. فهذا القسم يدخل في باب اجتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة.

ومن تطبيقات هذا القسم ما يلي:

أ- العقوبة سواء أكانت بدنية أم مالية، مادية أم معنوية، قبيحة في ذاتها لأنها مضرة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته وأولاده وغيرهم.

ورغم ذلك أقرتها شرائع الله وقوانين الإنسان، واعترفت بوجود تطبيقها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة إلى ذلك، لأن هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضرتها لما فيها من حماية الأمن والاستقرار والمحافظة على الأموال والأنفس والأعراض والأنساب.

ب- الكذب قبيح وقول غير مشروع، فهو مضررة ومفسدة في الظروف الاعتيادية، لكن قد يصبح حسناً مشروعاً إذا حقق غاية مشروعة ومصلحة راجحة على مفسدته، كما في الكذب الذي ينقذ ضعيفاً من ظلم قوي، ويحمي عرضاً معرضاً للهتك وغير ذلك.

ج- أكل الميتة ونحوها، وتعاطي الدم من الأمور الخبيثة القبيحة لذاتها، لكن إذا توقف عليه إنقاذ الحياة يتحول إلى المباح بل الواجب.

د- نبش الأموات للكشف عن الجريمة أو لإخراج ما دفن معه من الأموال المغصوبة، وشق بطن الأم المتوفاة لإخراج جنينها المرجو حياته، ونقل عضو من أعضاء الميت وزرعه في جسم حي، وأمثال ذلك من الأمور القبيحة لذاتها لما فيه من هتك حرمة الميت، لكن المصلحة التي يمكن أن تتحقق من هذه الذريعة تكون راجحة على مفسدة الهتك.

هـ- الحجر على أموال السفهاء وبيع أموال المدين المماطل رغم عدم رضائه لتسديد الدين، وتحديد تصرفات المريض مرض الموت، ووضع الحجر على المفلس وحجر أموال المدين المماطل، واخذ الشفيع المبيع بالشفعة رغم إرادة البائع والمشتري، وغيرها من أمثال هذه القيود السالبة للحرية وللرضى من الأمور القبيحة لذاتها، ولكنها تحقق مصلحة راجحة على مفسدتها، لذا أقرتها الشريعة والقانون وغير ذلك من آلاف التطبيقات من هذا القبيل^(١).

(١) ومنها:

- ١- الغيبة عمل غير مشروع لكنها جائزة في حالة الإستشارة كمن يريد ان يخطب بنت عائلة يستشير بمن يعرفها فيجب ان يقول المستشار محاسن ومساويء هذه العائلة بقدر الحاجة.
- ٢- كشف العورة مفسدة لما فيه من هتكها، لكنه جائز في حالات التداوي والعمليات.
- ٣- ذبح الحيوان مفسدة في حقه، لكنه جائز لمصلحة بقاء الإنسان.
- ٤- اقرار صحة زواج المشركين بعد إسلامهم رغم فسادة جائز، لأن الحكم بفساده يقلل من إسلامهم، قواعد الأحكام ١/١٠٢.
- ٥- قطع عضو مصاب بالسرطان منعاً لإنتشاره.
- ٦- زرع الكلية وغيرها من زراعة الاعضاء البشرية القابلة للزرع، بحيث لا تصطدم مع النص.

لقسم الرابع: الذرائع المشروعة في ذلتها وغير المشروعة بغاياتها:

قد تكون الذريعة مشروعة في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة، كمن يهب مالا لامرأة بقصد بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة باطلة إذا علم الموهوب له بالقصد غير المشروع وللواهب استرداد المال الموهوب.

وقد قسم علماء الأصول^(١) هذا القسم الرابع من الذرائع باعتبار مدى ترتب النتائج والغايات عليها إلى الأنواع الثلاثة الآتية:

النوع الأول: هو أن تفضي الوسائل (الذرائع) إلى مفسدة (أو مضرة) على وجه القطع أو الظن القريب منه، وهذا النوع من الذرائع لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها، ومن تطبيقات هذا النوع:

١- بيع السلاح وقت الفتنة إذا كان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم أنه يستخدم في الاعتداء وقتل الأبرياء ويكون العقد باطلاً.

٢- بيع المواد الأولية لأصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة، وكان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم استخدامها في صنع المسكرات، ويعتبر العقد باطلاً عند أكثر الفقهاء شأنه شأن بيع وشراء المسكرات ذاتها.

النوع الثاني: أجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة إلى تحقيق المصلحة أكثر من أن تكون ذريعة إلى المفسدة (أو المضرة).

ومن صور هذا النوع:

١- صنع الأسلحة الدفاعية وبيعها في الظروف الاعتيادية، فلا يسد مثل هذه الذريعة لمجرد احتمال استعمالها في العدوان.

٢- زراعة العنب وغيره من الفواكه التي تستخرج منها المسكرات المحرمة، لا تسد ولا تمنع لمجرد احتمال استخدامها من قبل أصحاب معامل صنع المسكرات.

النوع الثالث: اختلف الفقهاء في سده وفتحها، كالذرائع التي تتردد بين المصلحة والمفسدة، فمن رأى أن المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها، ومن قال برجحان مفسدتها قال بسدها، ومن صور هذا النوع:

(١) لمزيد من التفاصيل ينظر: الفروق للقرافي ٢٢/٢ و ٢٦٦/٣ القاعدة ١٩٤ الفرق بين قاعدة ما يسد في الذرائع وقاعدة ما لا يسد منها.

١- قضاء القاضي بعلمه فإنه متردد بين أن تكون وسيلة إلى حفظ الحق عندما لا تكون هناك بينة لإثباته، وبين أن تكون وسيلة لإزهاق الحق عندما يكون القاضي غير خاضع لسultan الإيمان^(١).

٢- التحليل، وهو أن تتزوج المطلقة للمرة الثالثة رجلاً آخر بعد انتهاء العدة بتواطئ مضمونه أن يطلقها بعد أن يعاشرها، حتى تحل للزوج الأول بعقد جديد، لأن القرآن حرمها على الزوج المطلق للمرة الثالثة ما لم تتزوج من زوج آخر، فقال تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ ﴾^(٢). والمراد بالزواج في هذه الآية هو الزواج الشرعي الدائمي الاعتيادي، وهذا الزواج هو حيلة استخدمت ذريعة في غير غرضها المشروع. وقد قال المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) (الزواج باطل لأنه لم يقصد به غرضه المشروع)، وقال الشافعية^(٦) والجعفرية^(٧) والظاهرية^(٨) (إذا لم يذكر في العقد الطلاق بعد المعاشرة صحيح والا فباطل)^(٩)، والاتجاه الأول هو الراجح لقول الرسول ﷺ ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)).

(١) في المغني لابن قدامة ٥٣/٩-٥٤ (ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا في علمه قبل الولاية ولا بعدها)، هذا قول شريح، والشعبي، ومالك وإسحق وابي عبيد، ومحمد بن الحسن، وهو احد قولي الشافعي. وقال ابو حنيفة ما كان من حقوق الله يحكم فيه بعلمه ان حقوق الله مبنية على المساهلة والمساحة، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به لأنه بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته)، راجع في تفصيل هذا الخلاف المحلى لابن حزم ٤٢٧/٩.

(٢) سورة البقرة ٢٣٠.

(٣) شرح موطأ الإمام مالك، لابي الوليد سليمان الباجي ٢٩٨/٣.

(٤) منتهى الإرادات للإمام محمد الشهير بابن النجار ١٨٠/٢.

(٥) التاج المذهب، شرح متن الازهار في فقه الائمة الاطهار للإمام احمد الصنعاني ٢٨/٢-٢٩.

(٦) الأم ١٨٠/٥.

(٧) شرائع الإسلام ٣١/٢.

(٨) المحلى لابن حزم ١٨٠/١٠.

(٩) لمزيد من التفصيل، راجع مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة الاف سنة، للمؤلف ٢٠٥/١ وما بعدها.

أدلة مشروعية العمل بسد الذرائع

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقرآن والسنة والعقل :

أ- القرآن قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾^(١)، فنهى المسلمين في صدر الإسلام عن سب آلهة المشركين مع أن السب مطلوب لما فيه من إذلال المشركين وتوهين صفة الشرك، غير أنه تترتب عليه مفسدة (سبهم لله).

ب- السنة النبوية نهى الرسول ﷺ عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المارك ضد الأعداء، خشية أن يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم.

ج- المعقول ما أحسن ما قاله ابن القيم (رحمه الله) في تحليله العقلي لسد الذرائع من أنه (إذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يجرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد تناقضاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا لفسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة التي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟)^(٢).

الصلة بين سد الذرائع في أصول الفقه، والباعث الدافع غير المشروع في القانون:

الصلة وثيقة بين القسم الرابع للذرائع (وسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة) في أصول الفقه الإسلامي وبين الباعث الدافع غير المشروع في القانون الوضعي. ومن المعروف أن النظرية التقليدية ذهبت إلى أن للسبب ثلاثة أنواع:

أ- السبب المنشئ (سبب الحقوق والالتزامات) كالمبيع والإيجار والهبه والعارية وغيرها من عقود المعاوضات والتبرعات.

(١) سورة الانعام ١٠٨.

(٢) إعلام الموقعين ٣/١٣٥.

ب- السبب القصدي (الغرض المباشر) للمتعاقدين، كالبيع بالنسبة للمشتري والتمن بالنسبة إلى البائع.

ج- السبب الباعث الدافع (الغرض غير المباشر)^(١).

وذهبت النظرية الحديثة إلى أن الباعث الدافع هو السبب في العقد، خلافاً للتقليدية التي اعتبرت الغرض المباشر (السبب القصدي) هو السبب في عقود المعاوضات، والاتجاه السائد في الفقه الحديث والقوانين الحديثة والقضاء هو الأخذ بالنظرية الحديثة، واعتبار السبب في العقود هو الباعث الدافع، وهو قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع شأنه شأن السبب القصدي، فما هو مدى تأثيره على صحة العقد في حالة عدم مشروعيته؟.

١- لا خلاف في بطلان العقد إذا كان سببه القصدي (الغرض المباشر) غير مشروع.

٢- لا خلاف بين جمهور فقهاء القانون في بطلان العقد إذا كان باعته الدافع غير المشروع المذكوراً في صلب العقد.

٣- وإنما الخلاف في صحة وبطلان عقد يكون باعته الدافع غير المشروع وغير مذكور في صلب العقد، أو غير متفق عليه قبل العقد، ومرد هذا الخلاف هو الاختلاف في أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة أو الباطنة عند اختلافهما. ففي التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة، فالباعث الدافع غير المشروع يجعل العقد باطلاً، وإن لم يذكر في العقد إذا علم به الطرف الآخر، أو كان باستطاعته أن يعلم به. أما العبرة في التشريعات الجرمانية الألمانية والقوانين المتأثرة بها بالإرادة الظاهرة، فالباعث الدافع غير المشروع لا تأثير له على صحة تصرفات الإنسان إذا لم يكن جزءاً منها.

ومن التطبيقات القضائية المبنية على الاتجاه اللاتيني ما يلي:

أ- قضى القضاء الفرنسي بأنه (إذا وهب خليل لخليلته مالا، فإذا كان الباعث الدافع استبقاء العلاقة غير المشروعة بينهما كانت الهبة باطلة، وللواهب استرداد الموهوب، أما إذا كان الباعث الدافع هو تعويضها عما أصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير المشروعة بينهما

(١) ويتميز الباعث الدافع من السبب القصدي بميزتين إحداهما: أن السبب القصدي جزء من العقد وموضوعي، وأما السبب الباعث فهو ذاتي ونفساني وشخصي وخارج. وثانيهما: النسب القصدي لا يختلف باختلاف الأشخاص بخلاف السبب الباعث، وعلى سبيل المثال إن الباعث الدافع لدى من يبيع سيارته قد يكون شراء سيارة جديدة، أو الزواج أو البناء أو فتح مشروع أو تداولي مريض أو غير ذلك، فهذه البواعث تختلف باختلاف الأشخاص حتى في نوع واحد من العقد.

فالبه تكون صحيحة^(١).

ب- وقضى القضاء المصري بأن (عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض من هذا القرض أن يتمكن من الاستمرار على المقامرة، وكان المقرض عالماً بهذا القصد، وقد سبق فقهاء الشريعة الإسلامية فقهاء القانون في انقسامهم إلى أنصار الإرادة الظاهرة وأنصار الإرادة الباطنة، وبالتالي في اختلافهم بالنسبة إلى مدى الاعتداد بالباعث الدافع غير المشروع وتأثيره على العقود وسائر التصرفات:

١- اتجاه الاعتداد بالإرادة الظاهرة وقد تزعم هذا الاتجاه الإمام الشافعي فهو لا يعتد بالإرادة الباطنة عند اختلافها مع الإرادة الظاهرة، وبالتالي يرى انه لا تأثير للباعث الدافع غير المشروع ما لم يذكر في صلب العقد كما هو الشأن في القوانين الجرمانية والتشريعات المتأثرة بها^(٢).

٢- اتجاه الاعتداد بالإرادة الباطنة وبالتالي القول بتأثير الباعث الدافع غير المشروع على صحة تصرفات الإنسان من العقود وغيرها، وان لم يذكر في صلب هذه التصرفات ما دام الطرف الاخر يعلم به أو كان باستطاعته أن يعلم، وقد تزعم هذا الاتجاه المالكية^(٣) والحنابلة. واخذ فقهاء الحنفية باتجاه وسط بين الاتجاهين المذكورين فقالوا يكون العقد باطلاً إذا ذكر الباعث الدافع غير المشروع في صلب العقد أو لم يذكر ولكن كان بالإمكان استنتاجه من طبيعة محل العقد.

(١) مصادر الحق للاستاذ السنهوري ٣٠/٤.

(٢) قال القرافي، الفروق ٣٣/٢ (اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره، وتندب، وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه في تحريم وتحليل، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطه).

(٣) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٢/٣ (وإن قصد بها-أي بالعقود- ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل، وبعث واشترت بقصد الربا، وبخالعتها بقصد الخيلة على فعل المحلوف عليه. بأن حلف بالطلاق بأنه لا يفعل كذا ثم طلق زوجته قبل الفعل، وقام بفعل المحلوف عليه ثم تزوجها مرة أخرى، وبملكت بقصد الخيلة على اسقاط الزكاة بأن ملك ماله الذي تجب فيه الزكاة قبل حلول الحول شخصاً صورياً ثم أسترده منه حتى تسقط السنة التي هي شرط الوجوب، وما أشبه ذلك فهذا لا يحصل مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم واسقاطاً للواجب واعانة على معصية ومناقضة لدينه وشرعه).

المبحث الخامس

الاستصحاب

تعريفه ، أنواعه ، الصلة بينه وبين الحياة

تعريفه :

لغة : مأخوذ من المصاحبة.

وفي اصطلاح الأصوليين عرف بتعريفات متعددة لا فائدة في استعراضها^(١) ، ومناقشتها لما في ذلك من ضياع الوقت بدون الخروج إلى نتيجة مثمرة.

والتعريف المختار:

هو أن الاستصحاب إستدامة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله ، وهذا الأصل من أصول الفقه الإسلامي رغم أهميته من الناحية العملية والقضائية لم يحظ

(١) ومن هذه التعريفات: قول السرخسي الحنفي ، أصول السرخسي ٢/٢٢٣ (من الاحتجاج بلا دليل الاستدلال باستصحاب الحال وذلك نحو ما يقول اصحابنا في حكم الزكاة في مال الصبي ان الأصل عدم الوجوب فيستصحب حتى يقوم دليل الوجوب). وقال القرافي المالكي ، شرح تنقيح الفصول ٤٤٧ (معناه إن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال). وقال الجلال المحلي الشافعي ، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢٢٢ (الاستصحاب ثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الأول لفقدان ما يصلح للتغير من الأول للثاني). وقال الفتوح الحنبلي ، شرح الكوكب المنير ٣٨٣ (الاستصحاب التمسك بدليل عقلي أو دليل شرعي لم يظهر عنه ناقل مطلقاً). وقال الاستاذ محمد تقي الحكيم (من علماء الشيعة الإمامية) ، الأصول العامة في الفقه المقارن ٤٤٧ (وذكرت له تعاريف متعددة الا انها تشير إلى مفهوم واحد وهو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقاءه). وقال ابن حزم الظاهري ، الإحكام في أصول الأحكام ٥/٣ (إذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في امره على حكم ما ثم ادعى مدع ان ذلك الحكم قد إنتقل أو بطل فعليه ان يأتي ببرهان ، فإن جاء به صح قوله والا فهو مبطل فيما ادعى من ذلك). وقال الشوكاني الزيدي ، ارشاد الفحول ٢٣٧/١ (ما ثبت في الزمن الماضي ، فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل). وعرفه السالمي الاباضي ، طلعة الشمس ١/١٧٩ بالأبيات الآتية (إبقاء ما كان على أصوله ، يفيد ظناً ببقاء مدلوله ، إلا إذا صح له منقل ، فإنه عن أصله ينتقل ، إن كان في السلب أو الإيجاب ، وهو الذي يدعى بالاستصحاب).

يبحث واضح واف ، فالقدماء من الأصوليين بحثوه بأسلوب فلسفي عميق يتسم بطابع الخلاف في حجته وبالتالي عدم أهميته ، والباحثون في العصر الحديث لم يأتوا بمجديد من الناحية الموضوعية والشكلية بل اقتصررت جهودهم على ترديد ما قيل وعلى استعراض الخلافات الأصولية في هذا الأصل دون تقديم نتيجة واضحة تفيد القاضي أو المفتي أو الباحث القانوني حين الإستناد إليه في الأحكام. لذا حاولت إستعراضه في نسيج جديد بعيداً عن الخلافات العقيمة في جميع أنواعه.

أنواع الاستصحاب

سبق أن بينا أن المصادر التبعية النقلية منها والعقلية إنما هي أصول استنباط يستعين بها الفقيه والقاضي على إكتشاف الأحكام من مصادرها الأصلية ، والاستصحاب الذي هو اصل من هذه الأصول كما ذكرنا في تعريفه عملية إجتهادية عقلية غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق لعدم توافر ما يدل على تغييره^(١).

وينقسم الاستصحاب باعتبار أساسه^(٢) إلى الأنواع الأربعة الآتية :

النوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء للنافعة للإنسان:

والإباحة أحد أنواع الأحكام التكليفية الخمسة للحكم التكلفي ، ومصدرها ليس الاستصحاب كما زعم البعض ولا العقل كما ظن الآخرون^(٣) ، وإنما هو القرآن الكريم ، وقد نص على حكم مُمثل بالإباحة في آيات كثيرة منها :

(١) قال ابن ملك في شرح المنار ، ص ٧٩٥ (قيل هو الحكم بالثبوت في الزمان الثاني بناء على انه كان ثابتاً في الزمان الأول) ، ثم انتقد هذا التعريف فقال (الحكم بالثبوت هو فعل المجتهد وهو علة توجب الاستصحاب لأن نفس الاستصحاب لأن الاستصحاب هو الحكم الذي يثبت به الحكم). وهذا الكلام يدل على عدم إستيعاب ابن ملك لمعنى الإستصحاب.

(٢) لا نجد في مراجع الأصولية معياراً لتقسيم الاستصحاب إلى أنواعه وكل قسمه دون وضع معيار دقيق ، فقسمه ابن القيم إلى ثلاثة : استصحاب البراءة الأصلية واستصحاب الوصف الميث للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه واستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع. وقسمه صاحب جمع الجوامع إلى استصحاب العدم الأصلي واستصحاب العموم أو النص ، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته ، وهكذا هناك كثير من التقسيمات لا مجال لذكرها والتعليق عليها.

(٣) كالفتوحى ، شرح الكوكب المنير ، ص ٣٨٣. جمع الجوامع وشرحه ٢/٢٢١ ، إرشاد الفحول ،

أ- قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(١).

ب- وقوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ﴾^(٢).

وجه الدلالة أن اللام في قوله تعالى (لكم) في هاتين الآيتين وغيرهما للمنفعة والمصلحة، لأن اللام في اللغة العربية تستعمل فيما نفع للإنسان، كما أن حرف (على) تستعمل فيما فيه ضرر للإنسان، وهذا الفرق بين الحرفين واضح في قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٣)، ولأن لفظه (ما) في الآيتين اسم موصول ومن صيغ العموم، إضافة إلى تأكيد تأكيد هذا العموم بلفظ (جميع) في كلتا الآيتين.

والنتيجة الحتمية لمضمون الآيتين المذكورتين، أن جميع الأشياء النافعة في الأرض والسماء خلقت وسخرت لمصلحة ومنفعة الإنسان، وبعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة فلا يمكن أن يقال أن الأشياء المخلوقة والمسخرة لنفع الإنسان المأذون له بالإنفاق بها محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي آخر^(٤).

وعلى هذا الأساس فإن للإنسان في كل مكان وزمان أن يستثمر الاراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة أو عامة لشخص طبيعي أو معنوي، وله أن ينتفع بالمراعي والغابات ومقالم الاحجار، وله أن يصيد الطيور والحيوانات الجبلية والصحراوية والبحرية. كل ذلك إذا لم يكن هناك محظور شرعي أو قانوني، والدليل على اباحتها هو النص، وحكمة الحكم هي انها مخلوقة لاجل أن ينتفع بها الإنسان، فهي مشتركة بين الناس على أساس الاباحة الأصلية لا على أساس الشيوعية كما زعم البعض، والفرق بينهما واضح، فالشيوعية تكون بعد الملكية والاباحة الأصلية إنما هي قبل الملكية.

ص ٢٣٧.

(١) سورة البقرة ٢٩.

(٢) سورة الجاثية ١٣.

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

(٤) قال الحنفية (الحلال ما دل الدليل على حله)، ويتفرع على هذا الاختلاف في ان الأصل في الاشياء الحل أو الاباحة والثاني هو الصحيح.

النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية:

من الواضح أن الإنسان يولد وذمته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية، وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة (الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق) ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية)^(١). ومع ذلك فإن الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية، وينظر إلى هذا الأصل بعد دخوله سن الرشد وحتى بعد إرتكابه مصدرأ من مصادر الالتزامات الجنائية، وبعد تصرفاته التي هي مصدر الالتزامات المدنية. ولكن دور هذا الأصل يقتصر على الاستدلال بالوجود السابق للحكم على استمراره في الزمن اللاحق قبل توافر ما يدل على تغييره.

وأما مصدر حكم البراءة الأصلية فهو القرآن والسنة النبوية وتؤكدهما القواعد الفقهية الكلية والعقل السليم.

١ - القرآن نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص التجريم والعقاب، لأن القرآن أولى شريعة أقرت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن تلك الايات:

أ- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ ﴾ (١٥)

ب- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ۗ ﴾

﴿ إِنِّي نَزَّاتُ وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ۗ ﴾ (٣)

ج- قوله تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَنْ نَّذَلَ وَنُخْرَفَ ۗ ﴾ (١١).

وغير ذلك من الآيات الدالة على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

(١) كالزكاة عند من يقول بوجوبها في أموال القاصر، وكالضرائب في القانون ونفقة من تجب نفقته على

القاصر، وتعويض إتلافه لمال الغير، لكن جميع هذه الالتزامات عارضة لا تثبت إلا بدليل شرعي لأن الأصل براءة الذمة.

(٢) سورة الإسراء ١٥.

(٣) سورة القصص ٥٩.

٢- السنة النبوية من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثيراً من أفعال وأقوال الرسول ﷺ تدل صراحة على البراءة الأصلية لذمة الإنسان وعلى استصحابها للأزمة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك، منها:

أ- قوله ﷺ ((ادروا الحدود بالشبهات))^(١).

ب- قوله ﷺ ((لو كنت راجماً أحداً بغير بينة رجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها))^(٢).

ج- قوله ﷺ ((البينة على من ادعى^(٣) واليمين على من أنكر))^(٤).

وغير ذلك من الأحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الأصلية وبصورة خاصة في جرائم الحدود.

٣- القواعد الفقهية الكلية وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية إستنبطوها من القواعد

الشرعية الواردة في القرآن والسنة وإتفقوا على اعتبارها والعمل بمقتضاها، وهي تدل صراحة على حكم البراءة الأصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للأزمة اللاحقة ما

لم يثبت خلاف ذلك، ومن تلك القواعد:

أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٥).

ب- القديم يترك على قدمه^(٦).

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم^(٧).

د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(٨).

(١) سورة طه ١٣٤.

(٢) سبق تخريجه، نيل الأوطار ١٩/٧.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللعان. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٨٤/١٠.

(٤) لأنه يدعي خلاف الأصل.

(٥) لأنه ينكر ما هو خلاف الأصل ويتفق مع ما هو الأصل. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاقضية،

باب اليمين على المدعى عليه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٣/١٢.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، ٥م.

(٧) المجلة، ٦م.

(٨) المجلة، ٩م.

٤- العقل السليم يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوقاً بالعدم لأن الحادث يعني الوجود بعد العدم، ومن الواضح أن التهم التي توجه إلى الإنسان وان مطالبته بالالتزامات المدنية والجنائية وأسبابها ومصادرها كلها أمور مستحدثة وجدت بعد أن لم تكن، فعليه تكون ذمة الإنسان بريئة منها، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل البينة، وعلى من ينكرها اليمين لأنه مع الأصل.

ونستنتج مما ذكرنا ما يلي:

أولاً- دليل البراءة الأصلية ليس العقل وحده كما زعم البعض^(٢)، وإنما الشرع أولاً ثم العقل السليم.

ثانياً- الإنسان الذي عاش قبل البعثة وإرسال الرسل وإنزال الكتب، والذي يعيش الآن في منطقة نائية بعيداً عن فهم الأحكام الالهية اتجه ربه واتجاه بني نوعه، لا يسأل عنها لا في الدنيا ولا في الآخرة، لا مساءلة مدنية ولا جنائية، لأن الأصل براءة الذمة، ويبقى هذا الأصل يعيش معه إلى أن يثبت خلاف ذلك، وتكليفه ومساءلته قبل الفهم أمر يتعارض مع قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣)، وأما ما ذهب إليه المعتزلة من اقرار مسؤولية الإنسان على أساس التحسين والتبحيح العقليين لتصرفات الإنسان يصطدم مع الأدلة المذكورة كما يأتي إيضاح ذلك في محله بإذن الله.

النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي:

إذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الأزمنة، على القاضي أن يعتبر الحكم لا يزال مستمراً في الأزمنة اللاحقة ما لم يثبت لديه خلاف ذلك. لأن الشرع كما أمر أصل الحكم كذلك أمر استمرارته بدليل أن الزواج المؤقت باطل (مثلاً).

ومن تطبيقات هذا النوع ما يلي:

(١) المجلة، م١٠.

(٢) قال الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ص ٣٨٣ (وحقيقة استصحاب الحال المتمسك بدليل عقلي تارة كاستصحاب حال البراءة الأصلية، فإن العقل دليل على براءتها وعدم توجه حكم إلى المكلف).

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

أ- إذا رفعت امرأة متزوجة سابقاً طلباً إلى القضاء طالبة تزويجها من رجل آخر، على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبينة الشرعية الفرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق أو الوفاة، إضافة إلى اثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة^(١).

ب- إذا ثبتت ملكية مال منقول أو عقار لشخص طبيعي أو معنوي بسبب من أسباب كسب الملكية الشرعية كالشراء والوصية والميراث والهبة والاستيلاء على الأموال المباحة بالطريقة الشرعية، أو غير ذلك ثم ادعى شخص آخر ملكية هذا المال، على القاضي رد الدعوى واعتباره انه لا يزال مملوكاً لمالكه الأصلي، لأنه ثبت بدليل شرعي ولا يزول الا بدليل شرعي اخر لاحق الا إذا اثبت المدعي دعواه بالبينة الشرعية.

ج- المدين الذي تنشغل ذمته بحق للغير إذا ادعى انه قد اوفى التزامه أو انقضى هذا الالتزام لسبب من أسبابه، على القاضي عدم قبول الدعوى ما لم يثبت بالبينة وفاء الالتزام أو إنقضاءه، لأنه يدعي خلاف الأصل الذي هو بقاء الانشغال بالمدين ويكفي بالنسبة للدائن المنكر للوفاء أو الانقضاء اليمين لأنه مع الأصل.

النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم

إذا كان لشيء واحد صفتان، إحداها أصلية ولها صلة بالحكم وجوداً وعدمياً، والأخرى عرضية:

فعلى القاضي أن يحكم على هذا الشيء في ضوء صفته الأصلية استصحاباً لها ما لم يثبت لديه تحقق الصفة العارضة، وذلك وفقاً للقواعد العامة ومنها (الأصل في الصفات العارضة العدم)^(٢).

والصفات الأصلية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود موصوفاتها ولازمة لها لذاتها، كسلامة المبيع من العيوب، فالأصل في كل مبيع أو محل عقد السلامة، لأن العيب صفة عرضية تطرأ بعد السلامة.

(١) في قواعد الزركشي ٣٠٥/١ (السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة وليها حتى يشهد شاهد أنه ليس لها ولي خاص حاضر وأنها خلية النكاح والعدة).

(٢) المجلة، م ٩.

وعلى هذا الأساس إذا حصل الخلاف بين المتعاقدين فادعى المشتري أن العيب قديم حدث قبل القبض، فهو يبزر له فسخ العقد بخيار العيب، إن أنكره البائع وادعى أن العيب حدث بعد القبض، فلا يسمح له بالفسخ، استناداً إلى هذا العيب، فعلى القاضي أن يطلب من المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض، لأنه يدعي خلاف الأصل، فإذا لم يستطع فله توجيه اليمين إلى البائع المنكر لدعوى المشتري ذلك لأنه مع الأصل.

ومن صور هذا النوع:

أ- استصحاب صفة العموم:

صفة العموم في النص العام أصلية، فالأصل في كل نص شرعي أو قانوني إذا كان عاماً هو العموم، وتخصيصه بدليل صفة عارضة له، وعلى هذا الأساس على القاضي حين تطبيقه أن يلتزم بعمومه استصحاباً له ما لم يثبت لديه دليل مخصص^(١).

ب- استصحاب صفة الاطلاق:

صفة الإطلاق في النص المطلق أصلية وصفة التقييد عارضة، فعلى القاضي حين التطبيق أن يحمله على إطلاقه استصحاباً ما لم يثبت له دليل يقيد.

ج- استصحاب المعنى الحقيقي:

استعمال اللفظ الموضوع لمعنى لغوي أو شرعي أو قانوني أو عرفي في معناه الحقيقي (أي في معناه الموضوع له) هو الأصل، وعلى القاضي حين تفسير النصوص والعقود حمل الألفاظ الواردة فيها على معانيها الحقيقية استصحاباً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

د- استصحاب اليقين:

في المفقود (وهو الغائب الذي لا يعرف مصيره من حياة أو ممات)، الحياة صفة أصلية له والوفاة صفة عرضية، إضافة إلى ذلك فإن حياته يقينية ووفاته مشكوك فيها، فإذا تعارض

(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستصحاب العموم أو النص إلى ورود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً، فيعمل بهما إلى وروده-أي ورود المغير-). وفي شرح طلعة الشمس على الالفية ١٧٩/١ (الأصل إبقاء العموم على عمومته، وإبقاء النص على حاله حتى يثبت المخصص للعموم والناسخ للمصوص، وهكذا كل شيء علم وجوده أو نفيه من شرع أو عقل أو حس، فإن الأصل بقاؤه على حاله الذي علم عليه حتى يقوم الدليل على انتقاله).

اليقين والشك يقدم الأول وفقاً للقاعدة الفقهية العامة (اليقين لا يزول بالشك)^(١)، وعلى أساس استصحاب اليقين (أو الأصل الذي هو بقاء الحياة) لا توزع تركته ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقودها التي تنتهي بالوفاة، ولا تتضعض مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته لأن اليقين لا يزول بالشك^(٢).

الاستنتاج

يمكن أن نستنتج من العرض المذكور للاستصحاب النتائج الآتية:

أولاً- كما أن من يدعي الأصل لا يكلف بالبينة، وإنما المطالب بها من يدعي خلاف الأصل، كذلك القاضي عندما يطبق الاستصحاب لا يطالب بأن يفتش عن الدليل المغير قبل الحكم، بل له الأخذ بعموم وإطلاق النصوص بدون التفتيش عن الدليل المخصص أو المقيد، وله العمل بالإباحة الأصلية أو براءة الذمة أو بالحكم الثابت بدليل شرعي، أو أن يحكم على الشيء في ضوء صفته الأصلية بدون أن يكلف بالبحث عن الدليل المخالف لهذه الأصول، ويؤيد هذه الحقيقة النقل والعقل.

ومن الأدلة النقلية قوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَشْكُرُونَ أَشْيَاءَ إِن بُدِّ لَكُمْ شَيْءٌ﴾^(٣)، وتطبق هذه الآية بصورة خاصة على النوعين الأولين للاستصحاب.

(١) المجلة، م٤٠.

(٢) اليقين: اعتقاد وجود أو عدم وجود الشيء الجازم الثابت المطابق للواقع كالاعتقاد بأن الله موجود وأنه لا شريك له.

الظن: هو التصور الراجع لوجود الشيء أو عدمه كتصور النجاح لدى الطالب المجتهد الذي إستوعب ما يتوقع ان يمتحن فيه مع التصور المرجوح لفشله. قال الجرجاني، التعريفات، ص ١٤٤ (الظن هو الإعتقاد الراجع مع احتمال النقيض)، والطرف المرجوح يسمى وهماً. الشك: هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ترجيح أحدهما. قال الجرجاني، التعريفات ١٢٨ (الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لاحدهما على الآخر عند شك). الجهل البسيط: هو عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً. الجهل المركب: عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع، المرجع السابق، ص ٨٠.

ومن الأدلة العقلية جواز رد القاضي لدعوى من يطالب بما هو مخالف للأصل إذا لم يقدم بينة تثبت مدعاه، وعلى سبيل المثل إذا طلب ورثة المفقود بعد إعلان فقده توزيع تركته عليهم فيجب على القاضي رد الطلب استصحاباً لحياته بدون أن يكلف بالتفتيش والبحث عن بقاء حياته، لكن بعكس ذلك إذا طلبوا منه الحكم بوفاته بعد مضي المدة المقررة شرعاً وقانوناً ليس له الحكم بالوفاة إلا بعد التحري والبحث عنه عن طريق وسائل الإعلام للحصول على الظن بعدم بقاءه، ذلك لأنه خلاف الأصل.

ثانياً- ما شاع في المراجع الأصولية من الخلاف في حجية الاستصحاب ليس صحيحاً على إطلاقه، حيث لا يوجد اختلاف يعتد به في الأنواع الثلاثة الأولى، ولا في بعض صور النوع الرابع كما تبين ذلك من عرضنا السابق، وإنما الخلاف في بعض صور النوع الرابع وبصورة خاصة في أحكام المفقود كالاتي:

أ- قال البعض من الفقهاء والأصوليين (الاستصحاب حجة في الحفاظ على حقوق المفقود المالية وغير المالية الثابتة له قبل فقده، فلا توزع تركته، ولا تزوج زوجته ولا تنتهي عقوده وغير ذلك ما لم يثبت وفاته بدليل شرعي أو حكم قضائي. ولكن ليس حجة لإكتساب حقوق جديدة^(١) له فلا يرث من يموت بعده ولا يستحق الوصية أو الهبة التي انشأت له بعده، إذا لم يظهر حياً، ذلك لأن الحكم بوفاته يكون بالاثار الرجعي إلى تاريخ فقده في حق غيره فتعاد حصته من التركة إلى بقية الورثة وتبطل الوصية والهبة له.

ولأن حياته بعد الحكم بوفاته تصبح مشكوكاً فيها منذ فقده ولا يستحق الحقوق الجديدة إلا من يتمتع بحياة محققة، كل ذلك ما لم يكن الحكم القضائي مستنداً إلى تاريخ سابق على وفاة مورثه وإنشاء الوصية والهبة له، والا فيستحق هذه الحقوق وتكون لورثته إذا سبقها التاريخ، أما في حقوق نفسه فالعبرة بتاريخ الحكم بوفاته، فتعتد زوجته عدة وفاة من هذا التاريخ، وتوزع تركته على الوارثين الذين تتوافر فيهم أسباب وأركان وشروط الميراث وانتفت فيهم موانعه في هذا التاريخ. كل ذلك

(١) في جمع الجوامع ٢/٢٢١ (الإستصحاب حجة مطلقاً، وقيل حجة في الدفع عما ثبت له دون الرفع به لما ثبت كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بموته فإنه دافع للإرث منه وليس برافع لعدم إرثه من غيره للشك في حياته، فلا يثبت استصحابها ملكاً جديداً إذ الأصل عدمه).

استصحاباً لحياته التي كانت محققة قبل فقده واستصحاباً لزوجية وملكية ثابتين بدليل شرعي فلا تزولان الا بدليل شرعي اخر.

ب- وذهب الاخرون من الفقهاء والأصوليين إلى أن الاستصحاب حجة مطلقاً في حق نفسه، وحق غيره، وفي الحفاظ على حقوقه الثابتة واكتساب الحقوق الجديدة، فيعتد في ذلك بتاريخ الحكم بوفاته، ويعتبر قبل هذا التاريخ حياً استصحاباً. فما احتفظ به من حصته من تركة من مات بعده وهو يرثه، والوصية أو الهبة التي انشأت له بعد فقده وغير ذلك من كل حق جديد يكون لورثته^(١).

ج- وقال البعض (ليس حجة مطلقاً)^(٢).

وفي احكام المفقود خلافات اصولية وفقهية:

أ- الاختلاف في المدة التي يجب أن تمضي على فقده حتى يعتبر ميتاً، فهي تتراوح بين أقل من سنة وبين بلوغ سن تسعين سنة أو موت اقرانه في بلده.

ب- الاختلاف في بداية هذه المدة، هل من تأريخ مراجعة القضاء أو من تأريخ حكم القاضي لتحديد مدة الانتظار، أو من تأريخ فقده، أو من إعلان فقده، كل ذلك محل الخلاف.

ج- الاختلاف في التفرقة بين الظروف الاعتيادية وغير الاعتيادية، فمنهم من حدد المدة باربع سنوات مطلقاً، ونسب هذا إلى عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وابن عباس رضي الله عنهم، ومنهم من فرق، فحدد المدة في الظروف غير الاعتيادية كالحرب والفيضان والوباء والزلازل بسنة، كما هو رأي سعيد ابن المسيب، وفي قول للمالكية (يحكم بوفاته بعد رجوع من كان معه سالمين من المشاركين في المعركة، أو المصابين بالوباء أو الكارثة الطبيعية).

(١) لزيد من المعرفة في تفصيل هذا الموضوع راجع المحلى ١٠/١٣٣، ١٤٢. الخرخشي على مختصر سيدي خليل ٤٠/١٤٨، ١٥٥. المغني لابن قدامة ٦/٣٢١-٣٢٦. إعانة الطالبين للدمياطي مع فتح العين ٨٣/٤.

(٢) وهو ما اختاره الكمال بن الهمام في تحريره ٣/٢٩١.

د- الاختلاف في طريقة انتهاء العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته، فمنهم من قال (بالحكم بالوفاة)، ومنهم من قال (بانتهاؤ مدة الانتظار)، ومنهم من قال (بالطلاق من ولي المفقود).

هـ- الاختلاف في طبيعة العدة، فمنهم من قال (هي عدة الوفاة بعد أنتهاء المدة أو الحكم القضائي)، ومنهم من قال (هي عدة الطلاق)، ومنهم من قال (هي متداخلة في المدة)، فمثلاً إذا كانت أربع سنوات فتنتهي عدتها بانتهاؤ هذه المدة.

و- الاختلاف في مصير الزوجة إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته. هل المفقود اولى بها إذا كانت لا تزال في العدة، أو إذا لم تتزوج وإن انتهت المدة أو إذا لم يدخل بها الزوج الجديد، أو مطلقاً وإن انجبت الأولاد، أو يخير بينه وبين الصداق الذي دفعه، أو بينها وبين صداق الزوج الجديد، كل ذلك محل الخلاف.

ز- الاختلاف في مصير أمواله إذا ظهر حياً بعد الحكم بوفاته، هل يسترد كلها عيناً إذا كانت باقية أو بدلاً إذا لم تكن باقية، أو ليس له الحق الا فيما هو باق بعينه أو بدله؟، أيضاً محل الخلاف.

ولهذه الآراء المتعارضة، ولاستبعاد الأحكام القضائية المتضاربة، ولاجل توحيد التشريعات العربية والإسلامية في هذا الموضوع، ولرعاية العدالة ومصالحه المفقود وزوجته اوصي بأن تأخذ التشريعات العربية والإسلامية بالمقترحات الآتية:

١- أن يتم انقطاع العلاقة الزوجية بين المفقود وزوجته عن طريق التفريق القضائي، إذا طلبته الزوجة وكانت متضررة مادياً لعدم الانفاق عليها، أو معنوياً كخشية وقوعها في خطيئة الزنا، وتعتد بعد التفريق عدة الطلاق لا عدة الوفاة لأن التفريق غير الحكم بالوفاة.

٢- عدم التسرع في اللجوء إلى الحكم بالوفاة كما أقره القانون^(١) بعد مضي أربع سنوات في الظروف الاعتيادية، أو سنتين في الظروف الاستثنائية، لأن هذه الطريقة ثبت عدم نجاحها اثناء الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨).

٣- أن يباع من أموال المفقود ما هو معرض للتلف بالسرعة ويحتفظ ببدله مع بقية أمواله المنقولة وغير المنقولة تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين.

(١) قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، م ٩٣-٩٨.

٤- أن يعين القضاء نائباً للمفقود يدير أمواله ويستثمرها لقاء بدل يدفع له من هذا المال تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين أو القضاء حتى يحصل اليأس من حياته، ويترك ذلك لتقدير القاضي حسب الظروف المحيطة بالفقد، ثم بعد التعقيب والتفتيش عنه يحكم بوفاته ثم توزع تركته بعد الحكم بوفاته، وعلى من يستحقها وقت الحكم.

٥- في حالة ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وبعد توزيع تركته، يسترد من الورثة ما هو باق بأيديهم من عين أو بدل، لأن توزيع التركة كان مستنداً إلى سند شرعي، وهو حكم القاضي.

٦- الأخذ بمذهب من قال بأن (الاستصحاب حجة في الحفاظ على الحقوق الثابتة للمفقود قبل فقده، ولا يصلح حجة لكسب حقوق جديدة، على أن يأخذ القاضي بالإحتياط في توزيع تركة من مات بعد المفقود وهو يرثه، استثناء من شرط تحقق الحياة في الميراث، ويحتفظ بحصته ويحسب له حساب البقاء على الحياة احتياطاً، فإن ظهر حياً يأخذها هو أو ورثته إن مات بعد ذلك، والا فترد على بقية الورثة كل بالنسبة إلى حصته)^(١).

الصلة بين الاستصحاب وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

الصلة وثيقة بين النوع الرابع من الاستصحاب في أصول الفقه الإسلامي وبين قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) في القانون لأن أساسها الشرعي والقانوني هو استصحاب النوع الرابع، ولا يوضح هذه الحقيقة نستعرض القاعدة بصورة موجزة ثم نبين قيام هذه الصلة.

(١) على القاضي ان يأخذ بالإحتياط في توزيع تركة يكون المفقود احد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والأحكام الآتية:

١- إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة، على تقرير حياته، توقف التركة كلها إلى ان يتبين مصير المفقود كمن توفي عن ابن مفقود واخوة واخوات.

٢- إن كان المفقود لا يحجب غيره حجب حرمان ولكنه يحجب حجب نقصان يعطى لهذا الغير أقل حظيه، كإبن مفقود واب وام وزوجة يعطى لكل واحد من الابوين السدس وللزوجة الثمن إلى ان يتبين مصير المفقود أو يحكم بوفاته.

٣- الوارث الذي يتأثر نصيبه بحياة أو ممات المفقود يحسب له ما هو الأسوأ في الحالتين فمن يرث على تقدير دون تقدير لا يعطى له شيء.

الحيازة^(١)

الحيازة: وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء قابل للتعامل بقصد استعمال حق الملكية له أو حق من الحقوق العينية الأخرى.

عناصر الحيازة

نستنتج من هذا التعريف أن الحيازة تتوقف على توافر عنصرين:

١- العنصر المادي وهو عبارة عن السيطرة المادية على الشيء موضوع الحيازة، أي يد الحائز على الشيء الذي يحوزه سواء أكان منقولاً أم عقاراً. والحيازة تختلف باختلاف طبيعة المال المحاز، فحيازة المنزل تكون بالسكنى فيه، وحيازة الأرض تكون باستثمارها، وحيازة السيارة تكون باستعمالها، وحيازة كل منقول تكون بالسيطرة عليه واستخدامه فيما يستخدم فيه عادة، ولا يشترط أن تكون الحيازة مباشرة، فالسيطرة قد تكون بنفسه وقد تكون بوساطة من ينوب عنه.

٢- العنصر المعنوي وهو نية (قصد) التملك، ويجب أن يتوافر عند الحائز شخصياً لأنه عنصر نفسي وذاتي، فلا يجوز النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز^(٢).

شروط تطبيق القاعدة:

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية توافر الشروط الآتية:

أ- أن يكون المحاز منقولاً مادياً بأن يمكن نقله من مكان إلى آخر بدون تلف، أما إذا كان عقاراً فيشترط مع الحيازة توفر عنصر التقادم، وهو يختلف باختلاف القوانين زماناً ومكاناً.

ب- أن تكون الحيازة حقيقية بأن يتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي.

ج- أن يكون الحائز حسن النية يعتقد أنه تلقى الملكية من مالك المنقول^(٣).

(١) الحيازة في القانون يقابلها وضع اليد في الفقه الإسلامي يد الامانة حيازة مشروعة، ويد الضمان حيازة غير مشروعة.

(٢) يرى الفقيه الألماني أهرتج (ان النية عند الحائز لا تعتبر عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية الذي يتضمن عنصر النية حتماً، وان السيطرة المادية هي الحيازة بذاتها، السنهوري، الوسيط ٨٠٥٦/٩، وفي موضوع الحيازة، راجع تبصرة الحكام لابن فرحون، هامش فتح العلي المالك ١٠١/٢.

(٣) ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية أهمية في دعاوى الحيازة، لكن له الأهمية من الأوجه الآتية:

أ- للحائز حسن النية إسترداد المصاريف النافعة التي انفقها على العين من مالها.

د- أن يكون السبب صحيحاً، ويرى البعض أن الشرط الثالث يغني عن هذا الشرط وهم على صواب.

الأثر المترتب على توفّر هذه الشروط:

إذا توافرت الشروط المذكورة يكتسب الحائز المحاز بمجرد الحيازة، وبذلك تكون الحيازة وحدها سبباً من أسباب كسب الملكية للمنقول^(١) لكن بخلاف حيازة العقار فإنها تحتاج إلى التقادم وهو يختلف من حيث المدة باختلاف القوانين وحسن النية وسوء النية وطبيعة المال المحاز^(٢).

أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

هناك ثلاث نظريات قانونية تكفلت ببيان هذا الأساس:

١- النظرية القديمة (أو الفرنسية): وهي تذهب إلى أن الأساس هو التقادم الفوري لأن هذا الأساس يتفق مع التطور التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة، حيث كان المنقول في القانون الروماني تكتسب ملكيته بالتقادم كالعقار، وانتقلت القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم، ورعاية استقرار التعامل بالمنقول اقتضت تنقيص مدة التقادم شيئاً

ب- الحائز حسن النية ليس مسؤولاً عن تبعات هلاك العين.

ج- في حيازة العقار يشترط مضي (١٥ سنة) بالنسبة لسيء النية و(٥ سنوات) لحسن النية.

د- مجرد الحيازة في المنقول لا يكفي لسيء النية.

(١) هذا خلافاً للفقهاء الإسلامي، فإن حيازة المنقول بدون المدة لا تكفي وحدها الأقل عشرة أشهر في المنقول، وعشر سنوات في العقار، ومن شروط الحيازة لكسب الملكية في الفقه الإسلامي ما يلي:

١- وضع يد الحائز على الشيء المحاز.

٢- تصرف الحائز في هذا الشيء كتصرف المالك.

٣- ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز.

٤- حضور المحاز عليه (مدعي ملكية الشيء) في نفس المنطقة.

٥- علم المحاز عليه بالحيازة وبأن المحاز ملك له.

٦- سكوت المحاز عليه وعدم اعتراضه على الحيازة.

٧- استمرار الحيازة فترة لا تقل عن عشرة أشهر في المنقول وعشر سنوات في العقار، لمزيد من التفصيل،

راجع الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد محمد، ص ١١٢ وما بعده.

(٢) فترة التقادم في حيازة الوقف والميراث (٣٣ سنة).

فشيئاً إلى أن الغيت دون تغير طبيعة نظام تملك المنقول بالحيازة، فالمنقول يملكه الحائز بالتقادم ولو كانت المدة^(١) لحظة، وهذه النظرية سفسطة محضة لأن مرور الزمان ماخوذ في حقيقة التقادم، فلا وجود للتقادم الفوري في عالم المنطق والعقل السليم.

٢- نظرية القرينة القانونية: مفادها (ان الحيازة تنشأ على الفور لمصلحة الحائز قرينة على ملكيته للمنقول، يستطيع بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق)، فالحيازة قرينة قاطعة لا تقبل العكس، وانتقدت بأن القرائن القاطعة تقبل النقص بالاقرار أو النكول عن اليمين بخلاف الحيازة^(٢).

٣- النظرية الحديثة: ومفادها (ان الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون، فالقانون ذاته سبب من أسباب الملكية، وهي حالة من حالات التملك بحكم القانون وتشبه حالة التملك بالاستيلاء)، وصوبها الاستاذ السنهوري فقال (وهي النظرية الصحيحة في نظرنا). وقال (اخذ بها القانون المدني المصري الجديد واجمع عليها الفقه في مصر).

ويلاحظ على هذه النظرية الملاحظات الآتية :-

- أ- أنها من قبيل تعليل الشيء بنفسه، فكانها تقول الحيازة في المنقول سبب الملكية، لأنها وحدها وبذاتها سبب الملكية وتعليل الشيء بنفسه باطل.
- ب- أنها خالية من بيان أي أساس وهي تكونت لبيانه.
- ج- ليست الحيازة وحدها سبب الملكية بحكم القانون بل بقية أسباب كسب الملكية، كذلك الاستصحاب وهو أساس القاعدة.

النوع الرابع: استصحاب الصفة الأصلية:

وهو الأساس لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) لأن الحيازة مظهر من مظاهر الملكية وخصيصة من خصائصها الأصلية تخولها الملكية التامة للحائز، شأنها شأن التصرف والاستعمال والاستغلال.

(١) الوسيط، المرجع السابق ١١٤/٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ١١٤٧/٩.

فهذه الأمور الأربعة^(١) هي من ميزات وخصائص الملكية وتسميتها من قبل بعض رجال القانون^(٢) بالعناصر مبنية على الخلط بين العناصر والخصائص، فعناصر الشيء سابقة على وجوده في حين أن صفاته وخصائصه لاحقة لوجوده.

وبناء على ذلك فإن حيازة الحائز للمنفول صفة أصلية ولو ظاهراً، ودعوى الاستحقاق المستندة إلى انها عرضية لا تقبل الا بالينة استصحاباً للصفة الأصلية. فإذا ثبتت الحيازة الأصلية بالاستصحاب ثبتت الملكية بالالتزام، لأن الملكية ملزومه والحيازة لازمة، ووجود اللازم يستلزم وجود ملزومه، إذا لم يكن اللازم اعم.

وإذا ثبتت الملكية في الحال يعتبر الثبوت بالاثر الرجعي إلى بدء وقت الحيازة بالاستصحاب المقلوب وهو ثبوت الأمر في الزمن الماضي لثبوته في الحال^(٣).

(١) الحيازة، والتصرف، والاستعمال، والاستغلال.

(٢) في مصادر الحق للاستاذ السهوري ٣١/١ (ونرى من ذلك ان عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي كما هي في الفقه الغربي ثلاثة: ١- الانتفاع بالعين المملوكة.

٢- الانتفاع بالغلة والثمار والتناج.

٣- التصرف في العين.

(٣) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢٣/٢ أما ثبوت الامر في الأولي لثبوته في الثاني فاستصحاب مقلوب، كأن يقال في المكيال الموجود الآن كان على عهدہ ﷺ لاستصحاب الحال في الماضي. وقد عد بعض الأصوليين الاستصحاب المقلوب نوعاً خامساً يراجع لتفصيل ذلك الابهاج شرح المنهاج ١٧٠/٣ لشيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي.



القسم الثاني

الأحكام الشرعية العملية





تهييد

الأحكام الشرعية التي أتت بها الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الأحكام الشرعية الأصولية الاعتقادية (أصول الدين):

وهي تتعلق بمعتقدات الإنسان من الإيمان بالله وما يتفرع عنه من الإيمان بسائر الأمور

الاعتقادية، ومحل بحث هذا القسم هو علم الكلام (علم العقائد).

القسم الثاني: الأحكام الخلقية:

وهي أحكام تهذيبية وسلوكية. تتعلق بما يلزم أن يتحلى بها الإنسان من الصفات

الحميدة، وان يتخلى عنها من الصفات الرذيلة، ومحل بحثها هو (علم الأخلاق).

القسم الثالث: الأحكام الشرعية العملية:

وهو القسم المعني بدراستنا وهي التي تعالج تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ومع نفسه

ومع غيره من بني نوعه.

الحكم الشرعي العملي: وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه

الافتضاء أو التخيير أو الوضع.

تحليل التعريف:

الخطاب: هو المخاطب به من النصوص الشرعية الإلهية الموجهة إلى الأسرة البشرية

بتنظيم حياتهم الدنيوية والأخروية، مثل قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا

بِالْحَقِّ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٢)، وقوله تعالى

(١) سورة الإسراء ٣٣.

(٢) سورة البقرة ١١٠.

﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾^(٢) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾^(٣) وغير ذلك من آيات الأحكام.

المتعلق: هو المنظم والمبين لأحكام التصرفات من حيث المشروعية وعدمها ومن حيث الصحة والبطلان والفساد ودور الوقائع في السببية والشرطية والممانعة.

التصرفات: هي كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعلٍ بإرادة حرة مدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً. فالقولي المشروع كالعقود، وغير المشروع كالقذف والغيبة والنميمة. والفعلية المشروع كإنقاذ الغريق وغير المشروع كالقتل بدون حق.

يستتج من التعريف المذكور أنّ التصرف يتوقف على توفر أربعة عناصر وهي الآتية:

- ١- أن يصدر العمل من الإنسان فكل ما يصدر من غيره كالحیوان والطبيعة يكون واقعة.
- ٢- أن يصدر بإرادة فكل ما يصدر من عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.

٣- أن يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر من المكره والمضطر يكون واقعة.

- ٤- أن يكون بإرادة حرة مدركة فكل ما يصدر من النائم والساهي والخطأ والغافل والسكران فاقد التمييز ونحو ذلك يكون واقعة.

الوقائع: الواقعة (ما حدثت رغم إرادة الإنسان) سواء كانت من نتائج فعل الإنسان كحوادث السيارات أو بقوة قاهرة كتحطم الطائرة في الجو، وسواء كانت مادية كإتلاف المجنون مال الغير أم معنوية كالجنون والقرابة والعقل.

الاقتضاء: طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية وطلب الترك على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية.

التخيير ترك الحرية للإنسان في فعل الشيء أو تركه.

الوضع هو جعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو عده صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

(١) سورة البقرة ١٧٢.

(٢) سورة الزلزلة ٧-٨.

أسباب اختيار هذا التعريف

أ- لم أطلع في المراجع الأصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة (المكلف) أو (المكلفين)، ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي^(١)، إضافة إلى ذلك فإن بعضهم^(٢) قسم الحكم التكليفي إلى الحكم التكليفي والحكم الوضعي، وهذا مما يرفضه المنطق لأنه من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره. ومن الواضح أن كل تعريف يتضمن ذكر المكلف هو تعريف للحكم التكليفي فقط.

ب- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الإرادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع إن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان وأن التصرف هو ما ذكرناه آنفاً، وهو يشمل التصرف الفعلي الإرادي كما يشمل القولي. ورغم ذلك حصرنا التصرف القولي في المقسم إلى العقد والإرادة المنفردة^(٣)، وهذا مما يباه المنطق. ومنشأ خلط القانونيين هو خطأهم في تعريف التصرف حيث عرفوه بأنه اتجاه الإرادة نحو إحداث اثر يعتد به القانون وهذا التعريف غير صحيح من اوجه متعددة منها:

- ١- التصرف ليس اتجاه الإرادة وإنما هو نتيجة لهذا الاتجاه.
- ٢- التصرف ليس ناشئاً عن الإرادة المتجهة إلى إحداث اثر وإنما هو من صنع القدرة التابعة

(١) يقول ابن الحاجب (الحكم قيل خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، فورد مثل ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ الصافات ٩٦، فزيد بالاقتضاء أو التخيير فورد كون الشيء دليلاً وسبباً وشرطاً فزيد أو الوضع فاستقام، مختصر المنتهى، ص ٣٣.

وقال الرازي (قال أصحابنا إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء والتخيير)، المحصول ١٠٧/١ ق/١.

وقال الفزالي (الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشارع إذا تعلق بأفعال المكلفين)، المستصفي، ص ٦٩.

وعرفه البهاري (بأنه خطاب الله المتعلق بفعل المكلف اقتضاءً أو تخييراً)، مسلم الثبوت، ص ٣٢.

(٢) كابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٤٦/١ وما بعدها قال (إنه خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث انه مكلف) ثم قسمه إلى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي.

(٣) ومن الشواهد على ذلك مشروع القانون المدني العراقي الجديد، م ٣٠٥.

أولاً- التصرف القانوني اتجاه الإرادة لإحداث اثر يعتد به القانون.

ثانياً- يشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة.

وهذه المادة تدل على إدخال التصرفات الفعلية مطلقاً إرادية أو لا إرادية في الوقائع القانونية إذا ربطت مع م ٣٠١ التي تنص على أن (مصادر الالتزام هي التشريع، والتصرف القانوني والواقعة القانونية).

للإرادة التابعة للإدراك فكلما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة يتعلق به الإدراك أولاً ثم الإرادة ثم القدرة فالقدرة هي التي تنشأ التصرف.
٣- أن اثر التصرف ليس مصدره التصرف ولا الإرادة لان التصرف كالعقد (مثلاً) سبب للأثر ومصدره هو الشرع في الآثار الشرعية والقانون في الآثار القانونية.

أقسام الحكم الشرعي

يستنتج من التعريف المذكور للحكم الشرعي انه ينقسم إلى قسمين التكليفي والوضعي.

القسم الأول الحكم الشرعي التكليفي:

وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.
المكلف: هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به والاختيار. وإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه إليه التكليف لقوله تعالى ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢). ولقول الرسول ﷺ ((إِنَّ اللَّهَ رَفَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ))^(٣)، وقوله ﷺ ((رَفَعَ الْقَلَمُ عَن ثَلَاثَةٍ، عَن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَن الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ وَعَن الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ - أَوْ يَحْتَلِمَ -))^(٤).

القسم الثاني الحكم الشرعي الوضعي:

وهو خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو الوقائع على وجه الوضع، أي جعلها سبباً أو شرطاً له أو مانعاً منه أو عدُّ التصرف صحيحاً أو باطلاً - أو فاسداً-.

(١) سورة البقرة ٢٣٣

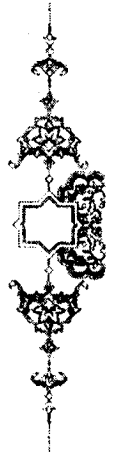
(٢) سورة البقرة ٢٨٦

(٣) رواه ابن ماجه ٦٥٩/١، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي. وابن حبان ١٤٩٨،
ورواه الحاكم ١٩٨/٢ بلفظ (تجاوز الله عن أمتي...)، وقال صحيح على شرط الشيخين.

(٤) أخرجه ابن ماجه ٦٥٨/١، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير.

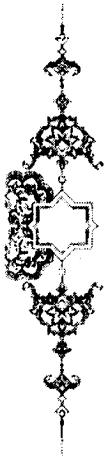
وبهذا العرض الموجز يتضح لنا إن لكل قسم خمسة أنواع عند جمهور الأصوليين، ثم إن للحكم الشرعي سواء أكان تكليفاً أم وضعياً ثلاثة عناصر (الحاكم والمحكوم فيه -أوبه- والمحكوم عليه).

ودراسة هذه الموضوعات تتطلب توزيعها على ثلاثة فصول: يخصص الأول: للحكم الشرعي التكليفي وأنواعه، والثاني: للحكم الشرعي الوضعي وأنواعه، والثالث: لعناصر الحكم الشرعي.



الفصل الأول الحكم الشرعي التكليفي

الحكم الشرعي التكليفي كما ذكرنا يتضمن
خمسة أنواع: وهي الإيجاب والاستناد
والتحريم والاستكراه والإستباحة.
ونخصص لبيانها مبحثاً ثم نعقبه بمبحث ثانٍ لما
يتعلق بالواجب بصورة خاصة لأهميته.



المبحث الأول أنواع الحكم الشرعي التكليفي

للحكم الشرعي التكليفي خمسة أنواع، أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء)، وخامسها مندرج تحت تعبير (التخيير) وهو الإباحة، رمي كالآتي:

النوع الأول: الإيجاب:

وهو اقتضاء -طلب- الفعل على وجه الحتم والإلزام وصفة الشارع، والأثر المترتب عليه هو الوجوب -الحكم الفقهي- الذي هو صفة الفعل المطلوب ويكون المطلوب واجباً، فالواجب هو ما طلب على وجه الحتم والإلزام. بحيث يستحق التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة^(١) ويستحق اللوم والعقاب تاركه، وتركه جريمة سلبية لأن ركنه المادي فعل سلبي وهو الامتناع عن أداء الواجب^(٢).

لواجب والفرض:

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء لأن المراد بكل منهما فعل طلب على وجه الحتم والإلزام سواء أكان ثابتاً بدليل ظني كحديث الأحاد أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- (الفرض ما ثبت بدليل قطعي كأداء الزكاة، والأمر

(١) في شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٧١، (ليس كل واجب يثاب على فعله، ولا كل حرام يثاب على تركه، أما الأول فكنفقات الزوجات والأقارب والدواب، ورد المغصوب والودائع والديون فإنها واجبة، فإذا فعلها الإنسان غافلاً عن امتثال أمر الله تعالى فيها وقعت واجبة مجزئة مبرئة للذمة ولا ثواب حينئذ، أما الثاني فلأن المحرمات يخرج الإنسان عن عهدها بمجرد تركها، وإن لم يشعر بها فضلاً عن القصد إليها فلا امتثال لأمر الله فيها ولا ثواب).

(٢) وبهذا يتضح الفرق بين الإيجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفه الشارع، والثاني حكم فقهي وصفه تصرف الإنسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الإنسان المكلف، وهكذا في بقية الأنواع.

بالمعروف، والتعاون على البر، الخ...، والواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر، والأضحية، الخ...).

ورأي الجمهور هو الأفقه ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين على وجه الإلزام^(١)، والمطلوب واجب إما لذاته أو لغيره^(٢).

لِلوَاجِبِ وَالإِتِّزَامِ:

لحد كتابة هذه الأسطر لم أطلع لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولا في فقه القانون تعريفاً واضحاً شاملاً جامعاً مانعاً لهذا المصطلح (الالتزام)، ولكن بعد الموازنة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي من جهة، وبين الإيجاب والوجوب والواجب والالتزام من جهة أخرى، تبين لي أن الالتزام هو (تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير إلى انقضائه)^(٣). وذمة الإنسان عنقه. قال تعالى ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾^(٤).

ومن البديهي أن سبب الالتزام ليس دائماً تصرفاً إرادياً، فإذا أتلف مال الغير خطأً أو نسياناً يجب عليه التعويض ويلتزم بدفعه إلى هذا الغير، وإذا تحطمت طائرة في الجو فقد تلتزم الدولة أو الشركة بدفع التعويض لضحايا الكارثة.

أجل، الالتزام بمعناه اللغوي مصدره إرادة الإنسان، يقال: التزم المال أو العمل، أي

^(١) وظن البعض كصاحب جمع الجوامع ١/٨٨، إن الخلاف لفظي، وهذا غير صحيح لأن الخلاف اللفظي لا تترتب عليه الآثار الخلافية في حين ترتب على هذا الخلاف اختلاف الحنفية مع غيرهم - كالشافعية - في بعض المسائل الفقهية منها: أن الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية، وهي صحيحة عند الحنفية إذا قرأ ما يعادلها من الآيات القرآنية الأخر، ومن الواضح أن قراءة الفاتحة في الصلاة ثبت بدليل ظني وهو قول النبي ﷺ (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)، أخرجه مسلم ٣٤٣/٤، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة، صحيح مسلم بشرح النووي. وقراءة القرآن ثابتة بالقرآن وهو قوله تعالى ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَنْشُرِينَ الْقُرْآنَ﴾ سورة المزمل ٢٠. ثم منكر الغرض يكفر عند الحنفية ومنكر الواجب لا يكفر.

^(٢) الواجب لذاته هو فعل حسن لذاته لما فيه من النفع العام كالعدل والصدق والأمانة والتعاون على البر، والواجب لغيره قبيح لذاته، وقد يصبح حسناً لغيره كالقتل دفاعاً عن النفس والعرض والمال.

^(٣) وهذا الحق يسمى ديناً وهو ما تعلق بذمة الغير من مال حكمي أو عمل.

^(٤) سورة الإسراء ١٣.

أوجبه على نفسه، ولكن من الخطأ تفسيره بهذا المعنى الضيق أيضاً في فقه الشرع وفقه القانون بعد الاعتراف بأن أسباب الالتزامات الشرعية تنحصر في الشرع وأسباب الالتزامات القانونية تقتصر على القانون وأما التصرفات والوقائع فهي أسباب للالتزام والقول بأنها مصادر خلط بين السبب والمصدر وقع فيه القانون وشرّاحه.

وكذلك من الخطأ تعريفه بالواجب^(١)، لأن الواجب هو صفة الأداء في الالتزام والأداء محل الالتزام، والالتزام صفة الملتزم قائمة به (المدين) ولا يحمل أحدهما على الآخر، لأن الموضوع والمحمول - أو المبتدأ والخبر - يجب أن يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار.

ومن غير المنطق أيضاً تعريفه بأنه (الوجه الثاني للحق الشخصي)^(٢)، أي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يطلب أحدهما - الدائن - من الآخر - المدين - القيام بفعل أو إعطاء أو امتناع عن فعل، فبالنسبة إلى الدائن حق شخصي وبالنسبة إلى المدين التزام، وذلك للأسباب الآتية:

أ- أن الحق الشخصي والالتزام في هذه الحالة يكونان متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار، وهذا باطل لأن الحق الشخصي عنصر إيجابي في الذمة المالية على الزعم القانوني، في حين إن الالتزام عنصر سلبي، ثم لو صح انهما متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار لجاز حمل أحدهما على الآخر بأن يقال الحق التزام أو الالتزام حق، لكن الحمل غير جائز.

ب- الالتزام من الأمور الواقعية والرابطة القانونية المذكورة من الأمور الاعتبارية.

ج- الرابطة من مقولة الإضافة^(٣)، والالتزام من مقولة الانفعال^(٤)، والمقولتان متباينتان والحق من مقولة الكم لأنه يقدر بالمساحة والعدد أو الوزن أو الكيل.

(١) كما في مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ١١٠، (الالتزام واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر).

(٢) كما هو المعروف المتداول في قوانين البلاد العربية ولدى شراح هذه القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، انظر الوسيط للسنهوري ١٥٢/١، المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البدر اوي ص ٣٧٦. مصادر الالتزام لأستاذنا عبد المجيد الحكيم ١٢/١.

(٣) الإضافة: نسبة متكررة تصورها يتوقف على تصور أمرين آخرين تضاف إليهما، كالأبوة تصورها يتوقف على تصور الأب والولد، وكذلك البنوة.

(٤) الانفعال هو التأثر والمطاوعة كالتسخن كما إن الفعل هو التأثير كالتسخين.

د- والالتزام صفة للملتزم قائمة به ، بينما الرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين ، ولا يجوز تفسير الصفة الخاصة بالصفة المشتركة.

وبناء على ذلك فإن التعريف الصحيح السليم هو ما ذكرناه من أنه (تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً تشغل به الذمة بحق للغير إلى أن ينقضي بوسيلة من وسائل الانقضاء كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة وغيرها).

عناصر الالتزام:

- الالتزام بمفهومه الاصطلاحي يتوقف وجوده على توافر العناصر الستة الآتية :
- ١- المصدر الملزم وهو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية.
 - ٢- الملتزم وهو الشخص المدين سواء أكان طبيعياً كالإنسان أم معنوياً كالدولة.
 - ٣- الملتزم له هو الشخص الدائن سواء أكان طبيعياً أم معنوياً.
 - ٤- موضوع الالتزام وهو ما ينصب عليه محل الالتزام وغالباً يكون محل العقد.
 - ٥- محل الالتزام وهو الأداء (فعل الشيء أو الامتناع عن الشيء) ولا يكون محلاً للالتزام إلا الفعل كالتسليم والوفاء ، لأنه من الأحكام التكليفية التي تتعلق بأفعال الإنسان ، وقد خلط بعض فقهاء القانون بين محل الالتزام وموضوع الالتزام^(١) ، فمن باع سيارة يكون مديناً ملتزماً بتسليمها إلى المشتري الذي هو دائن وملتزم له. ومحل الالتزام هو التسليم ، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن ، وموضوعه المبيع ، ومصدره الشرع أو القانون وسببه البيع.
 - ٦- سبب الالتزام هو ما سماه رجال القانون (مصدراً) وهذه التسمية خطأ. لأسباب بينها مفصلاً في مؤلفي (الالتزامات في الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية العربية) لا مجال

^(١) كالدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال في كتابه مصادر الحق ١٥/١ ، (الالتزام بالدين محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، والالتزام بالعين محله عين معينة بالذات) ، وكما قلنا الالتزام من الأحكام التكليفية المطلوبة على وجه الحتم والإلزام ولا تتعلق إلا بفعل الإنسان ، ومحله لا يكون إلا فعلاً ، ففي الأمثلة المذكورة مبلغ النقود والأشياء المثلية موضوع الالتزام ، وأداؤها - ردها أو تسليمها - محل الالتزام ، وكذلك العين المعينة بالذات موضوع الالتزام ، فتسليمها أو ردها أو تملكها محل الالتزام ، وخلط الشرع العراقي بين محل الالتزام ومحل العقد في م ١/١٢٩ : (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان يمكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر).

لذكرها في هذا الكتاب الأصولي.

أسباب الوجوب والالتزام:

أسباب الوجوب هي نفس أسباب الالتزام وهي في الفقه الإسلامي:

١- **التصرفات الشرعية:** سواء أكانت قولية (كالعقد والإرادة المنفردة) أم فعلية (كالفعل الضار والفعل النافع).

٢- **الوقائع الشرعية:** وهي التي لا تكون بإرادة الإنسان وإن كانت بفعله كحوادث اصطدام السيارات، وقد تكون الوقائع طبيعية، وقد خلط فقهاء القانون بين التصرفات الفعلية الإرادية والوقائع القانونية^(١) كما ذكرنا.

ومصادر الواجبات والالتزامات الشرع في المسائل الشرعية والقانون في المسائل القانونية، فجميع الواجبات من العادات والعبادات والعقائد مصدرها الشرع، وفي القوانين المدنية السائدة ومنها المدني العراقي مصادر الالتزام خمسة وهي (العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والعمل غير المشروع، والفعل النافع الكسب دون سبب، والقانون). والأربعة الأولى من هذه الخمسة تدرج تحت التصرفات الشرعية القانونية، وهي أسباب وتسميتها بالمصادر خلط بين السبب والمصدر.

النوع الثاني: الاستحباب (والاستئداب):

استعمله علماء الأصول صفة للشارع، وصفة لتصرفات الإنسان بنفس الصيغة بخلاف النوع الأول الذي كان الإيجاب فيه صفة للشارع والوجوب صفة للتصرف، ويمكن التفريق باللفظ بأن يقال طلب الفعل على وجه الأولوية استحباب وصفة الشارع وأثره الندب صفة التصرفات.

والمراد بالاستحباب الذي هو صفة الشارع طلب الفعل على وجه الأولوية والأفضلية بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه كزيارة المرضى، وسنن الصلاة والصيام، وغير ذلك من

^(١) لأنهم جعلوا كلا من التصرفات الفعلية والوقائع القانونية مصدراً واحداً مقابلًا للتصرف القانوني، والقانون عندما حاولوا إرجاع المصادر الخمسة التقليدية للالتزام إلى ثلاثة وهي التصرف القانوني، الواقعة القانونية، والقانون.

جميع الأفعال الخيرة ما عدا الواجبات.

والفعل المطلوب على وجه الأفضلية والأولوية كما يسمى مندوباً يسمى مستحباً وسنةً ونفلاً، والفعل المندوب كما يكون البدء به مستحباً كذلك الاستمرار فيه بعد البدء يكون مستحباً ومندوباً باستثناء الحج^(١)، لأن نقله كفرضه في النية فإنها في كل منهما قصد الدخول في الحج وكذا في الكفارة، وغيرها خلافاً لبعض الفقهاء حيث قالوا (كل مندوب يتحول إلى الواجب بالشروع فيه فيجب إكماله).

النوع الثالث: التحريم:

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام، والأثر المترتب على التحريم الحرمة، فالأول صفة الشارع وشرعه وحكم أصولي، والثاني صفة تصرف الإنسان غير المشروع وحكم فقهي.

والفعل المطلوب هو الامتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والإلزام ويسمى محرماً وحراماً ويستحق فاعله الذم والعقاب وتاركه التقدير والثواب، وفعله يشكل جريمة إيجابية لأن ركنها المادي يتم بفعل إيجابي كالزنى المحرم بقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢)، وكحرمة تزوج المحارم الثابتة بقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾^(٣).

والإنسان البالغ العاقل كما إنه مكلف وملزم بأداء الواجبات، كذلك ملزم ومكلف بترك المحرمات، لكن التحريم المتوقع لا يوجب في الحال الكف عن الفعل وعدم الحل^(٤). والحاصل

(١) جمع الجوامع ٩١/١، وفيه (ولا يجب المندوب بالشروع أي لا يجب إتمامه لأن المندوب يجوز تركه خلافاً لأبي حنيفة في قوله بوجوب إتمامه لقوله تعالى ﴿وَلَا تَبْطُلُوا الصَّعْلَ﴾ سورة محمد ٣٣. ووجوب إتمام الحج المندوب بالشروع لأن نقله كفرضه نية وكفارة وغيرهما).

(٢) سورة الإسراء ٣٢.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) وتنفرع على ذلك فروع فقهية منها: أن للزوجة التصرف في جميع مهرها المقبوض بمجرد العقد رغم أن ملكها له لا يستقر إلا بالدخول، وللمؤجر التصرف في الأجرة المقبوضة رغم احتمال فسخ الإيجار قبل انتهاء المدة.

إذا كان الركن المادي المحرم فعلاً كالزنا يسمى جريمة إيجابية، وإذا كان إمتناعاً يسمى جريمة سلبية مثل كتم الشهادة.

أنواع المحرم:

ينقسم المحرم إلى نوعين، لذاته ولغيره:

أ- المحرم لذاته: هو ما قصد الشارع تحريمه ذاتياً لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسدة لذاته، فإنه إذا كان عقداً يقع باطلاً كبيع الميتة وتزوج المحرمات من النساء، وإذا كان تصرفاً فعلياً ضاراً يقع جريمة كالسرقة والزنى وخيانة الأمانة والتجسس، وغير ذلك من الأفعال الأخرى القبيحة لذاتها.

ب- المحرم لغيره: وهو ما يكون مشروعاً لذاته ولكن أصبح قبيحاً ومضراً لغيره كالخطبة على خطبة الغير والبيع على بيع الغير ونحوهما، فإن كلاً من الخطبة والبيع عمل مباح لذاته لكنه يصبح محرماً إذا كان مؤدياً إلى إلحاق الضرر بالغير. ومع ذلك، الفاعل يعتبر أثماً والتصرف يكون صحيحاً منتجاً لآثاره عند جمهور الفقهاء، ولم يفرق الظاهرية وبعض الحنابلة بين النوعين من المحرم في عدم ترتب الآثار الشرعية عليه على أساس أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

النوع الرابع: الاستكراه:

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل طلباً غير جازم وهو بهذا المعنى صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الكراهة التي هي صفة التصرف، والفعل المطلوب تركه طلباً غير جازم يسمى مكروهاً وهو ما يمدح تاركه ولا يعاقب فاعله، وأمثلة المكروه كثيرة منها:

تساؤل الإنسان عما لا يعنيه، كما قال تعالى ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ لَا يَتَّقُونَ اللَّهَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَن

أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّلْ لَكُمْ سُوؤُكُمْ﴾^(١). ومنها الزيارات لبيوت الغير في أوقات غير مناسبة وبدون إذن

سابق، كما قال تعالى ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ لَا يَتَّقُونَ اللَّهَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا

(١) سورة المائدة ١٠١.

وَسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١١﴾.

المكروه وخلاف الأولى:

فرق علماء الأصول بين المكروه وخلاف الأولى بأن الأول طلب تركه بنص خاص كما في الآيتين المذكورتين، أما خلاف الأولى فهو ما يستفاد من الأمر بالأفعال المنذوبة كترك زيارة المريض المأمور بها على أساس أن الأمر بالشيء نهى عن ضده^(١).

المكروه تحريماً وتنزيهاً:

قال بعض الأصوليين (كالحنفية)^(٢) المكروه نوعان:

أ- المكروه تحريماً

وهو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام، لكن ثبت هذا الطلب بدليل ظني كحديث الآحاد، ومن أمثلته البيع على بيع الغير والخطبة على خطبة الغير، وقد نهى عنهما الرسول ﷺ في قوله ((لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له)). فعندئذ يكون الفرق بينه وبين الحرام أن الثاني ثابت بدليل قطعي^(٤).

ب- المكروه تنزيهاً:

وهو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام وإنما على وجه الأولوية والأفضلية كأكل الأشياء التي لها رائحة كريهة كالثوم في حالة الاحتكاك بالغير كما في وقت صلاة الجمعة والجماعة وفي حالة الجلوس مع الغير.

(١) سورة النور ٢٧.

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٨٠/١، (أو اقتضاء غير جازم بنهي مخصوص فكراهة أو بغير مخصوص فخلاف الأولى).

(٣) تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٥٠. شرح القاضي عضد الدين على مختصر المنتهى ٥/٢. زكي الدين شعبان، أصول الفقه ص ٢٤٢.

(٤) ويترتب على هذا الفرق أن المكلف يعاقب على فعل المكروه كراهة تحريم، كما يعاقب على فعل الحرام لكن لا يكفر إذا أنكره لأنه ثبت بدليل ظني. لمزيد من التفصيل، راجع بداية المبتدئ وشرحه الهداية بتكملة فتح القدير ١٠٣/٤.

هل التدخين محرم أو مكروه؟

في رأينا المتواضع أن الحكم الشرعي للتدخين هو الحرمة لأنه مضر بالمدخن والآخريين من الأوجه الآتية:

أ- مضر من الناحية الاجتماعية:

حيث يقلق الناس ويؤثر على راحتهم في الاجتماعات والندوات وأمكنة اللقاء والاحتكاك، وبصورة خاصة الأمكنة غير المستوفية للتهوية الصحية، وفي وسائل النقل البري والبحري والجوي، وضرره على الغير أكثر من ضرر الشوم والبصل المنهي عنهما من الرسول ﷺ.

ب- مضر من الناحية الاقتصادية:

وفيه استقطاع لجزء من حق الغير ممن تجب نفقتهم على المدخن، وبالتالي أكل بالباطل، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا ءَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِٱلْبَطْلِ﴾^(١).

ج- مضر من الناحية الصحية:

وقد حذر الأطباء الاختصاصيون المدخنين من العواقب السيئة للتدخين، ومن هؤلاء البروفيسور كليرت لاغرو الاختصاصي الفرنسي الشهير في أمراض الكلى والرئتين حيث قال (قد تكون البشرية اعتادت على التعايش مع هذا الوحش الحضاري القاتل الذي اسمه (التدخين) غير أن النتائج الكوارثية الناجمة عن هذا الوحش أصبحت من الضخامة والفداحة بحيث لم يعد من المعقول الاستمرار في الاستسلام أمامها، وبلغت الأرقام ونتائج دراسة ملفات المتوفين بسبب التدخين يتبين أن الإنسان الذي يدخن عشرين سيجارة يوميا كمن يخسر من عمره سبع سنوات، ثم يقول أن هناك أربعة أنواع من السرطان مرتبطة بالتدخين: سرطان الرئة، سرطان الحنجرة، سرطان الفم وسرطان المثانة، إضافة إلى مضاعفات الشرايين في عضلات القلب بسبب التدخين، وبذلك لا تقل خطورة التدخين عن خطورة المسكرات والمخدرات التي حرمها القرآن بالنص الصريح، ولو كان موجوداً في عهد الرسالة لحرمه بالنص الصريح ولكنه محرم بالقواعد الشرعية العامة القاضية بأن كل مضر محرم، بل محرم

(١) سورة النساء ٢٩.

بنص قوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكْرَبُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١) ، لأن ضرر التدخين أكثر من نفعه.

ثم إن ضرر التدخين لا يقتصر على المدخن وحده حيث أثبت العلم أن من يدخن أربعين سيجارة في اليوم في بيت يعيش معه طفل يعتبر هذا الطفل قد دخن عشر سجائر لان الدخان الذي يخرج من فم المدخن يلوث الهواء المحيط به ويستنشقه الجالسون معه وهذا ينعكس أثره الصحي السيئ على الكل وبوجه خاص إذا كان في مكان مغلق التهوية بخلاف تعاطي المسكرات فان ضرره الصحي يقتصر على نفسه فقط وهذا ما يدعوننا إلى القول بأنه لا يوجد أي فرق بين تحريمها والتدخين وكل ما يكون ضرره أكثر من نفعه بمقتضى الآية المذكورة.

النوع الخامس: الاستباحة:

هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع منه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الإنسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب. وإضافة إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة قد يفهم الحكم من تصريح الشارع بالحل كما في قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾^(٢) وقد يؤخذ من النص على نفي الإثم أو الجناح أو الحرج على من يفعل الفعل كما في قوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٣) ، وقوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾^(٤) ، وقوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾^(٥) وغير ذلك من الآيات الدالة على ما هو مباح للإنسان رخصة.

(١) سورة البقرة ٢١٩ ، والمراد بالإثم الضرر وقد أجاب سبحانه وتعالى عن الحكم بعلته تنبيها على أن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو محرم وإن الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً.

(٢) سورة المائدة ٥.

(٣) سورة البقرة ١٧٣.

(٤) سورة البقرة ٢٣٥.

(٥) سورة الفتح: ١٧.

وقد انتقد بعض الأصوليين^(١) اعتبار الإباحة من الأحكام التكليفية بحجة عدم وجود أي نوع من الكلفة في الأشياء والأفعال المباحة ما دامت الحرية في الترك والفعل متروكة للإنسان، ودافع البعض عن اعتبارها من الأحكام التكليفية بأنه مبني على التغليب لأن الأحكام الأربعة الباقية تكليفية.

وفي نظرنا أن الإباحة حكم تكليفي ولا مجال للشك في ذلك لأنها كانت لمصلحة الإنسان والمباح رغم ترك الحرية فيه للإنسان إلا أن تركه بصورة كلية محرم حيث لم يخلق عبثاً، فتناول المباح وفعله من الأمور التي يتوقف عليها الحفاظ على صحة الإنسان ومحافظته الصحة واجبة وكل ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب، إذن فعل المباح في بعض الأوقات واجب أو على الأقل مندوب، ثم إن نوع كل مباح واجب غالباً كالنوم والأكل والراحة والنظافة لتوقف استمرار الحياة على ذلك. وفي الختام من الضروري أن أشير إلى خطأ وقع فيه أكثر علماء أصول الفقه حيث إستعملوا الحكم بكون صفة الشارع وصفة تصرفات الانسان تعبيراً واحداً وهو: الندب والكرهية والاباحة، واستبعاداً لهذا الخطأ استعملت : الاستناد أو الاستحباب ، والاستكراه ، فالاستباحة للشارع والندب والكرهية والاباحة لتصرفات الانسان .

(١) كالجلال المحلي في شرح جمع الجوامع ٨٣/١ وحيث قال ذكر التخيير سهوً إذا لا اقتضاء في الإباحة. وقال القرافي، الفروق ١/١٦١ (الحكم التكليفي الأصل انه لا يطلق إلا على الوجوب والحرمة لأن الكلفة تعني المشقة وفيما عداهما المكلف في سعة لا عقاب على فعله أو تركه غير أن الأصوليين توسعوا في إطلاق اللفظ على الأنواع الخمسة).

المبحث الثاني

الواجب، أقسامه، أدأؤه، قضاؤه

أفردنا هذا النوع من الأحكام التكليفية بمبحث مستقل رغم سبق بيانه، ذلك لأهميته من حيث الأقسام والأداء والقضاء.

أقسام الواجب

ينقسم الواجب إلى أقسام مختلفة بالاعتبارات الآتية

ولاً - باعتبار المقدار المطلوب محدد وغير محدد

- ١- **الواجب المحدد:** وهو الذي حدد مقداره كالزكاة فإن نسبتها في كل مال تجب فيه مقدرة بمقدار معين، ويقال الواجب الشرعي المحدد الواجب القانوني المحدد كالضرائب وأجور الماء والكهرباء والهاتف، وغير ذلك من الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية.
- ٢- **الواجب غير المحدد:** وهو الذي لم يحدد مقداره كالإنفاق في سبيل الله والتبرعات التي على المتمكن أن يدفعها للمكوب في الظروف الطارئة كالفيضان والزلازل والحرب والحريق.

ثمرة التقسيم

تظهر ثمرة التقسيم في الأحكام الآتية:

- ١- الواجب المحدد يجب ديناً في الذمة وتصح المطالبة به من غير توقف على حكم قضائي أو اتفاق رضائي بخلاف الواجب غير المحدد فإنه لا يتعلق بذمة الإنسان ديناً وبالتالي لا يطالب به إلا بعد قضاء أو رضاء. واختلف الفقهاء في نفقة الزوجة، فمن قال إنها واجب محدد قال تجب بمجرد الزواج، وبهذا أخذ المشرع العراقي (م٢٣) لكن اعتبر نفقة الأقارب واجباً غير محدد فلا يقضى بها إلا من تأريخ الادعاء (م٦٣). وفي هذا تحكم وترجيح بلا مرجح.

٢- لا تبرأ ذمة المكلف المدين بالواجب المحدد ما لم يؤديه على الوجه المطلوب وبالقدر المحدد بخلاف الواجب غير المحدد، فإن أمر أدائه وتحديد مقداره متروك لسعة ومقدرة إرادة الشخص المكلف.

ثانياً - باعتبار محل الأداء معين ومخير^(١)

١- الواجب المعين: ما طلب بعينه ولا يجوز العدول إلى البديل بإرادة المدين كالصلاة والصيام والمال المسروق والمغصوب والمعار والمستأجر والوديعة والمبيع.

٢- الواجب المخير: هو ما طلب لا بعينه وإنما في ضمن أمور معينة يكون محل الأداء واحداً غير معين من بين اثنين أو ثلاثة من الأمور المعينة المحددة كإحدى خصال كفارة اليمين، فالقرآن الكريم حدد كفارة اليمين بواحد من هذه الواجبات (إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير إنسان مستعبد)، فإن لم يستطع أن ينفذ واحداً منها عليه أن يصوم ثلاثة أيام كما جاء في قوله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفِّرْتُهُمْ بِطَعَامٍ عَشْرَةَ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾^(٢).

أهمية التقسيم

تبدو أهميته في أن المدين في الواجب المعين لا تبرأ ذمته إلا بأدائه بعينه ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على خلاف ذلك، بخلاف الواجب المخير فإن المكلف تبرأ ذمته بأداء واحد من الأمور التي خير فيها، ثم من ثبت له التخيير في حقين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن

^(١) وفي القانون يطلق عليه (الالتزام التخييري)، كما في م ٢٩٨م-٣٠٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

^(٢) سورة المائدة ٨٩، ومن القواعد الفقهية العامة (ما يجوز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعض إلا أن يكون الحق لمعين ورضى به، ففي كفارة اليمين لا يجوز لمن حنث أن يطعم خمسة ويكسو خمسة، وفي كفارة الظهر لا يجوز أن يصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكيناً).

اسقط أحدهما ثبت الآخر، إضافة إلى ذلك فالتخيير إنما يكون بين المتجانسين في الحكم.

ثالثاً - باعتبار المطالب بأدائه عيني وكفائي

١- الواجب العيني هو التصرف المطلوب من شخص المكلف ذاته كالصلاة والصيام في الشريعة الإسلامية ويقابله الواجب العيني القانوني كالخدمة العسكرية الإلزامية.

٢- الواجب الكفائي هو ما طلب حصوله وأداؤه من مجموع المكلفين لا على سبيل التعيين، بحيث إذا قام بأدائه بعضهم بقدر الكفاية يسقط التكليف عن الكل وارتفع الإثم عن الجميع، وإذا لم يقم به أحد أو قام به البعض ولكن لم يكن القيام بقدر الكفاية وسد الحاجة أتم الجميع وعم الحرج وتعرض الكل للمسؤولية كتعليم وتعلم المهن والحرف التي يحتاج إليها الفرد والمجتمع، وكالجهاد والدفاع في حالة العدوان، وكنساء المرافق والمؤسسات الثقافية والصحية والاجتماعية وكالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكنقل جثمان المتوفى إلى مثواه الأخير، وممارسة مهنة القضاء، ونحو ذلك مما يحتاج إليه المجتمع في كل زمان ومكان.

وقد يتحول الواجب الكفائي إلى الواجب العيني، كما إذا لم يوجد في البلد إلا طبيب واحد ولا يوجد في المدينة والمنطقة من تتوافر فيه شروط القضاء إلا شخص واحد، وكأداء الشهادة ممن لا يوجد غيره، وكمن يجيد السباحة ويرى أمامه من على وشك الغرق، ونحو ذلك.

أهمية التقسيم

تظهر أهمية التقسيم مما ذكرنا في إن الواجب العيني لا يقبل النيابة إلا في حالات نص عليها الشارع، بخلاف الواجب الكفائي فلا يطلب من شخص معين أو أشخاص معينين، وبتعبير آخر في الواجب العيني شخص المكلف مأخوذ بنظر الاعتبار، أما في الواجب الكفائي فلا ينظر إلى الشخص وإنما إلى العمل، فالمهم فيه هو أداء العمل أياً كان المؤدي.

رابعاً - باعتبار وقت الأداء مطلق ومقيد

١- الواجب المطلق عن التوقيت هو الذي لم يعين له وقت محدد لأدائه مثل كفارة اليمين والوفاء بالنذر المطلق وأداء دين مؤجل إلى أجل غير مسمى.

٢- الواجب المؤقت هو ما طلب فعله في وقت محدد له كإقامة الصلاة الواجبة وأداء الصوم الفرض (صوم رمضان)، فالقيام بهذا الواجب في وقته أداء، وبعده قضاء، وتكراره في نفس الوقت إعادة، ويقابله الواجب المؤقت القانوني كعمل الموظف والعامل في الساعات المحددة لعمله، وكحضور الطلبة في أوقات المحاضرات^(١).

أهمية التقسيم

تكون الأهمية في إن الواجب المؤقت يجب أدائه في الوقت المحدد له، فأدائه خارج هذا الوقت بدون عذر مشروع يرتب عليه الإثم والمسؤولية الدينية والدينية^(٢)، بخلاف الواجب المطلق فإنه يكفي أدائه في أي وقت خلال فترة العمر، لكن من المفضل الإسراع في أدائه وإفراغ الذمة من المسؤولية القائمة.

أنواع الوقت باعتبار نوره في المؤدى

- ١- أن يكون ظرفاً للمؤدى وسبباً لوجوبه كوقت الصلاة والمراد بكونه ظرفاً أنه يحيط به ويزيد عنه، وحكم هذا النوع اشتراط نية تعيين فرض الوقت.
- ٢- أن يكون معياراً للمؤدى وسبباً لوجوبه كشهر رمضان ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾^(٣)، والمراد بكونه معياراً أنه لا يسع غير الواجب من نوعه فلا يزيد ولا

^(١) كل تصرف عبادة أو معاملة كانت المدة ركناً أو شرطاً فيه لا يكون إلا مؤقتاً كالصلوات الخمس في العبادات، والإجارة والإعارة والمساقات والمزارعة في المعاملات المالية.

^(٢) وللواجب المؤقت باعتبار ضيق وسعة الوقت ثلاثة أنواع:

١. الواجب الموسع هو ما يكون وقته كافياً له ولغيره من جنسه كأوقات الصلوات الخمس الواجبة في الشريعة الإسلامية.

٢. الواجب الضيق هو الذي لا يسع غيره من جنسه كوقت رمضان فلا يسع إلا الصيام المفروض فيه.

٣. الواجب ذو الشبهين كالحج، فإن وقته لا يسع إلا حجاً واحداً في نفس العام، وبهذا يكون كالمضيق، ولكن وقته يزيد على أداء مناسكه ومن هذه الجهة يشبه الواجب الموسع.

وثمره التقسيم: في الواجب الموسع تجب نية أداء الواجب، وفي المضيق يكفي مطلق النية وذو الشبهين كالمضيق يصح أدائه بمطلق النية لأنه لا يوجد حج آخر.

^(٣) سورة البقرة ١٨٥.

ينقص، وحكم هذا النوع انه تكفي فيه نية مطلق الصوم من غير اشتراط التعيين في النية.

- ٣- إن يكون معياراً وليس سبباً لوجوبه كقضاء رمضان وصوم الكفارات والنذر، فسبب القضاء واضح وسبب صوم الكفارات الحنث والقتل والظهار وغيرها، وسبب صوم النذر النذر، وحكم هذا النوع اشتراط نية التعيين من الليل أو من أول النهار.
- ٤- أن يشبه الظرف من وجه والمعيار من وجه آخر وهو وقت الحج (ذو القعدة وعشر ذي الحجة) ولكن الحج لا يؤدي إلا في بعض عشر ذي الحجة، فيكون الوقت الزائد ومن هذا الوجه يكون ظرفاً، ومن حيث انه لا يؤدي في هذا الوقت إلا حج واحد يكون معياراً، وحكم هذا النوع أن من رجح جهة المعيارية احتياطاً (كأبي يوسف) قال بتأثم من أخره عن العام الأول لان البقاء إلى العام المقبل مشكوك فيه، وعند من رجح جهة الظرفية - كمحمد الشيباني - يجوز التأخير بشرط عدم التفويت لان الأصل في الحياة البقاء.

الأداء والقضاء في اللغة

كل منهما عبارة عن الإتيان بالمؤقتات الأمور بها وغيرها مثل إقامة الصلاة وأداء الزكاة ورد الأمانات.

فالقضاء لغةً، هو الأداء ويستعمل بمعناه كما جاء في قوله تعالى ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ فِيْمَا وَقَعْتُمْ وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مِّنْ سَكَتِكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾^(٢). والمراد بالقضاء في هاتين الآيتين ونحوهما هو الأداء، واستعماله فيه حقيقة لغوية، ففي اللغة لا فرق بينهما.

الأداء والقضاء في القانون

الأداء هو محل التزام الملتزم، لأن الالتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق إلا بالأفعال تسليم المبيع إلى المشتري وتسليم الثمن إلى البائع ورد المغصوب إلى المغصوب منه ورد

(١) سورة النساء ١٠٣.

(٢) سورة البقرة ٢٠٠.

المسروق إلى المسروق منه ورد العين المعارة أو المستأجرة أو الوديعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء المدة.

والأداء كما يكون فعلاً إيجابياً كالأمثلة المذكورة، كذلك قد يكون فعلاً سلبياً كالامتناع عن القيام بالأفعال المحرمة شرعاً وقانوناً، وكالامتناع عن المنافسة غير المشروعة. ولكن مصطلح (القضاء) بالمفهوم المذكور (الأداء خارج وقته في العبادات، أو أداء المثل صورة ومعنى، أو صورة فقط) لم يستعمله القانونيون ولكنهم يطبقونه من الناحية العملية في الضمانات والمعاملات المالية.

الأداء والقضاء شرعاً في العبادات (حقوق الله)

الأداء والقضاء في حقوق الله يختصان بالعبادات المؤقتة، ولا يتصور الأداء إلا فيما يتصور فيه القضاء^(١). ولهذا قال الفقهاء والأصوليون في أداء وقضاء حقوق الله.

الأداء: هو فعل عين الواجب في وقته المعين له شرعاً كأداء صلاة الظهر في وقتها^(٢)، وأداء الصيام الواجب في شهر رمضان المبارك^(٣)، وهو ينقسم إلى الأداء الكامل والقاصر والشبيه بالقضاء.

أ- الأداء الكامل: هو ما يؤديه المكلف على الوجه الذي أمر به^(٤)، بأن يكون مستجمعاً لجميع الأوصاف المشروعة كالصلاة المشروعة فيها الجماعة أداها المصلي جماعة^(٥).

ب- الأداء القاصر: وهو ما ليس بمستجمع لجميع الأوصاف المشروعة فيه كالصلاة^(١) الواجبة إذا أقامها منفرداً^(٢) والطواف بلا وضوء.

(١) التلويح على التوضيح شرح التنقيح ٧٤/٢.

(٢) قال فقهاء الشافعية والأصوليون منهم كما في جمع الجوامع وشرحه ١٠٨/١ وما بعدها (الأداء فعل بعض، وقيل كل ما دخل وقته قبل خروجه واجباً كان أو مندوباً، والمؤدى ما فعل من كل العبادة أو بعضها في وقتها. والوقت هو الزمان المقدر له شرعاً مطلقاً سواء كان موسعاً كأوقات الصلاة أو مضيقاً كزمان صوم رمضان).

(٣) أصول البزدوي مع كشف الأسرار ١٣٥/١.

(٤) شرح المنار ابن ملك، ص ١٦٥.

(٥) في الصحيحين عن رسول الله ﷺ (صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفرد سبعاً وعشرين درجة)، صحيح

مسلم بشرح النووي ١٥٨/٥.

ج- الأداء الشبيه بالقضاء: كمن اقتدى بالإمام في صلاة الجماعة ثم تأخر عنه لأي سبب كان فلم يكملها معه ثم أتمها بعد فراغ الإمام من صلاته^(٣).

القضاء: فعل مثل الواجب في غير وقته المعين شرعاً استدراكاً لما وجب عليه ولم يؤده في وقته كقضاء المسافر والمريض صيام رمضان بعد السفر أو الشفاء، وفقاً لقوله تعالى ﴿فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٤)، وقضاء نائم أستيقظ من نومه بعد فوات الوقت، أو ناسٍ نسي الواجب إلى أن زال وقته ثم أداه خارج الوقت^(٥).

للقضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول

أ- القضاء بمثل معقول: هو ما يدرك عقل الإنسان الماثلة بينهما كقضاء الصلاة بالصلاة، وقضاء الصيام بالصيام^(٦).

ب- القضاء بمثل غير المعقول: وهو ما لا يدرك العقل الماثلة بين الأصيل والبديل كقضاء العاجز عن الصيام بسبب الشيخوخة بالفدية، فعقل الإنسان قاصر عن إدراك الصلة

^(١) في أصول الشاشي ص ٤٢ (الواجب بحكم الأمر نوعان: أداء وقضاء، فالأداء عبارة عن تسليم عين الواجب إلى مستحقه، والقضاء عبارة عن تسليم مثل الواجب إلى مستحقه. ثم الأداء نوعان: كامل وقاصر، فالكامل مثل أداء الصلاة في وقتها بالجماعة والطواف متوضئاً وتسليم المبيع سليماً كما اقتضاه العقد إلى المشتري، وتسليم الغاصب العين المغصوبة كما غضبها وحكم هذا النوع أن يحكم بالخروج عن العهدة به).

^(٢) التقرير والتحجير على تحرير الكمال بن الهمام ١٢٧/٢.

^(٣) فالصلاة أداء لأنها في وقتها، وقضاء لأنه التزم بالاعتداء بالإمام أن يتمها جماعة ولم يف بالتزامه، فما وقع بعد فراغ الإمام أداء شبيه بالقضاء. التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ٧٨/٢ وما بعدها.

^(٤) سورة البقرة ١٨٤.

^(٥) قال الشافعية (القضاء فعل كل وقيل بعض ما خرج وقت أدائه استدراكاً بعد ذلك لشيء سبق له مقتض لان يفعل وجوباً أو ندباً). جمع الجوامع وشرحه ١١١/١.

^(٦) في الزدوي والكشف ١٤٣/١ (إن الله تعالى أوجب القضاء في الصوم بالنص فقال ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ سورة البقرة: ١٨٤، وجاءت السنة بالقضاء في الصلاة، فقال النبي ﷺ (إذا رقد أحدكم عن الصلاة أو غفل عنها فليصلها إذا ذكرها فان الله تعالى يقول ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾ سورة طه: ١٤. فتح الباري ٨٨/٢، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٨/٥.

والماثلة بين أصل الصيام وبين وجوب الفدية بدلا عنه لا صورة ولا معنى، وقد أمر الله بالفدية مكان الصيام في قوله ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾^(١)، أي على الذين يستطيعون الصيام بمشقة أن يدفعوا الفدية- ما يعادل وجبة طعام متوسطة لكل فرد للفقراء والمساكين بدلا من الصيام عن كل يوم- وقدرها الفقهاء بنصف صاع من البر ونحوه عن كل يوم.

الإعادة فعل مثل الأول على صفة الكمال في نفس الوقت، كمن صلى العصر مثلاً جماعة بعد إقامتها منفرداً، أو فعل الشيء ثانياً وقت الأداء لخلل في فعله الأول^(٢).

الأداء والقضاء في المعاملات المالية (حقوق الناس)

الأداء تسليم نفس الواجب أي عينه إلى مستحقه^(٣) لقوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمْتَنَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٤)، يعني أن الأداء تسليم عين موضوع الالتزام كما هو مطلوب شرعاً، كتسليم عين المبيع إلى المشتري، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ذاتها، ورد عين المغصوب إلى المغصوب منه ورد عين المسروق إلى المسروق منه وإعادة العين المعارة أو المستأجرة أو المودعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء مدة العقد، وهكذا في كل حيازة وقتية يلتزم الحائز الوقتي أو الحائز حيازة غير مشروعة بإعادة عين المال المحاز إلى المحاز إليه بالصفة التي كان عليها قبل الحيازة، فإذا تأخر عن الأداء والرد بدون عذر وتلف المال أو حصل فيه عيب أو نقص يكون ضامناً لأن يده بمثابة يد الغاصب.

(١) سورة البقرة ١٨٤، قال البعض تقدير الآية ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ﴾ وفي نظرنا هذا تأويل بعيد لا داعي له لأن صيغة (يطيقونه) تدل على إمكان القيام بالعمل لكن مع المشقة.

(٢) التقرير والتحرير على التحرير ١٢٣/٢ وفيه فصول الميزان الإعادة فيعرف الشرع (إتيان مثل الفعل الأول على صفة الكمال) و(الإعادة فعل الشيء ثانياً في وقت الأداء قبل لخلل في فعله أولاً من فوات شرط أو ركن كالصلاة مع النجاسة وقيل لعذر من خلل في فعله أولاً أو حصول فضيلة لم تكن في فعله أولاً)، جمع الجوامع وشرحه ١١٧/١.

(٣) التوضيح على التنقيح ٨٢/٢ وأصول الشاشي، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤) سورة النساء ٥٨.

الأداء الكامل والأداء ناقصاً^(١).

الأداء الكامل (أو المحض): هو رد عين موضوع الالتزام بنفس ما أستلم أو حاز بدون عيب أو نقص ومن غير ترتيب حق عليه للغير كالرهن ونحوه، وتسليم عين المبيع إلى المشتري وفق المواصفات والشروط المتفق عليها والتي اقتضاها العقد^(٢).

الأداء ناقصاً: هو رد عين موضوع الالتزام بعيب أو نقص أو ترتيب حق عليه للغير، ففي هذه الحالات يتحمل المدين مسؤولية القصور، أي يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، وعناصر هذه المسؤولية هي في الشريعة (العمل غير المشروع+الضرر+علاقة السببية)، وفي القانون (الخطأ + الضرر + علاقة السببية)، والخطأ في القانون الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه، والخطأ يتطلب الأهلية بخلاف العمل غير المشروع وما في الشريعة هو الصواب.

القضاء هو رد أو تسليم مثل الواجب وهو كامل وناقص.

أ- القضاء الكامل (أو القضاء بمثل معقول) هو رد أو تسليم المثل صورة ومعنى في حالة عدم إمكان رد الأصل لتلفه أو لأي سبب آخر، فمن غصب مالاً أو سرقه أو استأجره أو استعاره وانتهت مدة الإجارة والإعارة ودخل في ضمانته فلم يستطع رده لتلف أو غيره، وكان مثلياً فعلياً عليه رد مثله إن وجد^(٣)، ولا يجوز العدول إلى القيمة ما دام رد المثل ممكناً^(٤).

^(١) في التقرير والتحبير على التحرير ١٢٧/٢ (قسم الحنفية الأداء في المعاملات كما في العبادات إلى كامل وناقص، والأداء الكامل رد عين المصوب سالماً على الوجه الذي غصبه فهو كامل لكونه على الوجه الذي وجب، والأداء ناقص هو رده مشغولاً بحق الغير أو بعيب)، مع التصرف بالعبارة. وفي أصول البيزوي مع الكشف ١٥٣/١ (الأداء المحض هو تسليم عين المصوب إلى المصوب منه على الوجه الذي غصبه، وتسليم عين المبيع على الوجه الذي اقتضاه العقد).

^(٢) أصول السرخسي ٦٥٣/١.

^(٣) في أصول السرخسي ١٣٤/١ (من غصب شيئاً لزمه تسليم عينه ورده فيصير به مؤدياً، وإن هلك لزمه ضمان فيصير به قاضياً).

^(٤) المال باعتبار تماثل أجزائه وعدم التماثل أما مثلي أو قيمي:

المثلي: هو ما لا تتفاوت أجزائه تفاوتاً يعتد به في القيمة ويقوم بعضه مقام بعض في الوفاء وتوجد له نظائر في الأسواق فالبدل يكون كالأصل من حيث الصورة وهو واضح ومن حيث المعنى (القيمة).

ب- القضاء القاصر (أو القضاء بمثل غير معقول) وهو رد بدل الشيء المتلف بما هو

مثله معنى - قيمة - لا صورة ويكون هذا في حالتين^(١).

إحدهما: كون المتلف قيماً لا مثل له كالحیوانات والعقارات.

والثانية: كون المتلف مثلياً ولكن كان مفقوداً في أيدي الناس وفي الأسواق.

ومن الواضح أن الأصل في الضمان أن يكون البديل مثل الأصل صورة ومعنى وهو القضاء الكامل لأنه بمثل معقول، وإذا لم يتيسر ذلك لكون المتلف قيماً أو لعدم توافر مثله في الأسواق وفي أيدي الناس يصار إلى القضاء القاصر أي المثل معنى - قيمة - لا صورة. وبناء على ذلك لا يصار إلى المثل معنى - قيمة - إلا عند العجز عن رد المثل صورة ومعنى^(٢)، فلو أراد المدين الملتزم رد المثل صورة ومعنى وكانت العين باقية في يده، أو أراد رد المثل معنى بدلاً من المثل صورة ومعنى مما كان متيسراً في الأسواق أو في أيدي الناس، يحق للدائن الملتزم له أن يمتنع عن قبوله، ويعتبر من قبيل الفقد في الأسواق وأيدي الناس تغير القوة الشرائية للعملة المتداولة، فيجب رد قيمتها دون مثلها لانقضاء المثلية في هذه الحالة لتغير القوة الشرائية بتغير الحال، وكل ما تحدد كميته بالعدد أو الوزن أو الكيل أو القياس بالمتر ونحوه فهو مثلي وما عداه قيمي.

القيمي: ما تفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت ولكن انعدمت نظائره في الأسواق ومن الأموال القيمية العقارات والحیوانات والعديدات المتفاوتة تفاوتاً لا يقتصر سواء أكان في الحجم أم في النوع -أو الصنف- ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

ثمرة التقسيم: تظهر ثمرة هذا التقسيم من أوجه كثيرة أهمها ما يلي:

أ- المثلي يستقر ديناً في ذمة المدين إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي.

ب- ضمان المثلي عند التلف يكون بمثله بخلاف القيمي فالضمان يكون بقيمته.

ج- إذا هلك موضوع الالتزام (محل الأداء) وكان مثلياً لا ينقضي الالتزام حيث لا يصبح التنفيذ مستحيلاً بل يحل محله في الوفاء مثله بخلاف القيمي.

د- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إلا بعد الإقرار بخلاف القيمي.

^(١) أصول البزدوي مع الكشف ١/١٦٧.

^(٢) في المرجع السابق ١/١٦٨، (القيمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والعدي المتقارب إذا انقطع مثله عن أيدي الناس بان لا يوجد في الأسواق وفيما لا مثل له كالحیوان والنبات والعديدات المتفاوتة، فإن الواجب فيها المثل معنى وهو القيمة عند تعذر رد العين).

وقت للتقويم وتقدير قيمة المثل

إذا كان المثلث مثلياً ولكن فقد مثله، هل العبرة في تقويمه وتقدير قيمته بتاريخ الحيازة غير المشروعة كأول يوم الغصب أو السرقة، أو بيوم انقطاع مثله في الأسواق، أو بيوم الخصومة أمام القضاء؟.

فيه الخلاف الآتي:

أ- قال أبو حنيفة^(١) (رحمه الله) (تعتبر قيمة يوم الخصومة، لان المثل قائم بالذمة حكماً ويتصور حصوله إلى وقت الخصومة ولا يثبت عجز المدين عن رد المثل صورةً ومعنى إلا في حالة انقطاع المثل وقت قضاء القاضي).

ب- وقال أبو يوسف (رحمه الله) (العبرة في تقدير القيمة بوقت الغصب، لأنه بانقطاع المثل في الأسواق يتحقق فواته، وفوات المثل ليس موجباً للضمان، وإنما الموجب أصل الغصب فتعتبر قيمته وقت الغصب، لان القيمة خلف - بدل - عن رد العين ولهذا كان قضاء، والخلف إنما يكون واجباً بالسبب الذي به كان الأصل واجباً، وفيما ليس له صورة يجب قيمته وقت الغصب - أو الحيازة غير المشروعة - ويكون ذلك قضاء بالمثل معنى لما تعذر اعتبار المثل صورةً).

ج- قال محمد (رحمه الله)^(٢) (العبرة في تقدير القيمة بوقت انقطاع مثله في أيدي الناس وفي الأسواق، أي في آخر وقت وجوده لان الضرورة إنما تتحقق عند انقطاعه في أيدي الناس وإنما يصار إلى القيمة للعجز عن المثل صورةً ومعنى، والعجز يتحقق بالانقطاع فيعتبر يومه)^(٣).

^(١) في أصول الشاشي ص ٤٧، قال أبو حنيفة (رحمه الله) (إذا غصب مثلياً فهلك في يده وانقطع ذلك عن أيدي الناس ضمن قيمته يوم الخصومة لان العجز عن تسليم المثل الكامل إنما يظهر عند الخصومة، فأما قبلها فلا تصور حصول المثل من كل وجه، فأما ما لا مثل له لا صورة ولا معنى لا يمكن إيجاب القضاء فيه، ولهذا المعنى قلنا المنافع لا تضمن بالإتلاف لان إيجاب الضمان بالمثل متعذر وإيجاب العين كذلك لأن العين لا يماثل المنفعة لا صورة ولا معنى).

^(٢) التقرير والتحجير شرح تحرير الكمال ١٢٩/٢.

^(٣) اقتصرنا في استعراض الآراء الخلافية على فقهاء الحنفية لان هذه المصطلحات (الأداء الكامل والقاصر والقضاء الكامل والقاصر) من بنات أفكارهم بالنسبة إلى تطبيقاتها في المعاملات المالية. راجع أصول السرخسي ٥٦/١. التقرير والتحجير على التحرير ١٢٩/٢، شرح المنار وحواشيه، ص ١٨٥، أصول

وأفقه الآراء هو رأي أبي حنيفة (رحمه الله) لقوة سنده إذا كانت الحيازة قبل التلف مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة فالراجع هو رأي بعض الفقهاء كالشافعية وهو ضمان أقصى القيمة من يوم الحيازة إلى يوم الخصومة.

وبنى فقهاء الحنفية على أصلهم القائل (برد المثل صورة ومعنى، أو معنى فقط)، قولهم بأنه (إذا تعذر المثل صورة ومعنى أو معنى فقط، لا يجب على الضامن أي تعويض - جبران -، ولا يسأل قضاء وإنما يسأل ديانة، فيكون إثماً كما في منافع الأموال المسروقة والمغصوبة، فمن غصب داراً أو سرق سيارة، فانتفع بها مدة، ثم رد العين أو بدلها، لا يضمن أجره المثل للمنافع التي انتفع بها بغير وجه شرعي، ذلك لأن الأجرة عين ولا مماثلة بينها وبين المنفعة صورة ولا معنى، أما صورة فواضح، وأما معنى فلان المنافع أعراض لا تبقى وقتين، فلا يتحقق الإحراز فيها ولا تقوم بلا إحراز^(١).

وخالفهم الجمهور فقالوا (بضمان المنافع كضمان الأعيان، لأن الأعيان غير مقصودة لذاتها وإنما تكسب وتحرز لغرض منافعها والتي لا منفعة لها هي والعدم سيان).

ورأي الجمهور هو القمين بالأخذ للأسباب الآتية:

١- القول بعدم ضمان المنافع قول بجواز أكل مال الغير بالباطل، وبالتالي رأي مناقض

لقوله تعالى ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢).

البيزدي مع كشف الأسرار ١٦٧/١. شرح المنار لابن ملك ص ١٧٥.

^(١) في التقرير والتحجير على التحرير ١٢٩/٢ (أن بياتلاف المنافع للأعيان كركوب الدابة وسكنى الدار لا ضمان لعدم المثل القاصر لان المنفعة لا تماثل العين صورة هو ظاهر، ولا معنى لان العين مال متقوم والمنفعة لا قيمة لها لأن المال ما يصران ويدخر لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى بل كما توجد تتلاشى والتقوم الذي هو شرط الضمان لا يثبت بدون الوجود لأن التقوم لا يسبق الوجود، إذ المعدوم لا يوصف بأنه متقوم لأنه ليس بشيء، وبعد الوجود لا يحرز لعدم البقاء فلا يتقوم لأن التقوم لا يسبق الإحراز والاتفاق واقع على نص القضاء بالكامل أي على أن المنافع لا تضمن بمثلها من المنافع وورود العقد عليها لتحقيق الحاجة، أي ثبت تقويمها في العقد الذي يرد على المنفعة لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس، فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكماً خلافاً للقياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه).

^(٢) سورة النساء ٢٩.

- ٢- مخالف لقول الرسول ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار)).
- ٣- مخالف للعدالة والقواعد الشرعية العامة القاضية بوجود التعويض والجبران للضرر على من أحدثه مباشرة أو تسبباً.
- ٤- في قول الحنفية كما ذكرنا سابقاً (أن المنافع لا تحرز لأنها تتجدد بتجدد الزمان) خلط بين المنفعة والانتفاع، كما وقع في نفس الخلط رجال القانون. ومنفعة الشيء طاقة كامنة فيه لأنها عبارة عن قدرته على إشباع الحاجة، وهذه الطاقة لا تتجدد بتجدد الزمان. وإنما تستهلك بمرور الأيام شأنها شأن الأعيان، فمنفعة الدار هي صلاحيتها للسكنى والانتفاع بها، ومنفعة الألبسة هي صلاحيتها للاستعمال، وهذه الصلاحية تزول باستهلاكها، والانتفاع بالدار والألبسة ونحوها هو الذي يتجدد بتجدد الزمان دون المنفعة وقيمة كل شيء من الناحية الاقتصادية تقدر بمنفعتها لا بالانتفاع بها، والانتفاع إشباع الحاجة. ورغم هذا الخلط شعر المتأخرون منهم بأن في رأيهم هذا إجحافاً وظلماً، فحاولوا تدارك ذلك فقالوا (بوجود ضمان المنافع في أموال الوقف والقاصر وفي مال معدٍ من قبل صاحبه للاستغلال)^(١).

فداء للواجبات المالية من الديون والأعيان:

- الدين هو كل ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وما عداه عين، والدين إما أن يكون لله أو للآدمي، فإن كان لله كزكاة وكفارات وجب أداؤه على الفور، وأن كان للآدمي فلا يجب أداء المؤجل إلا بانقضاء أجله، ولو عجل قبل الحلول فهل يجبر الدائن على قبوله؟
- الجواب: إن كان له غرض صحيح في الامتناع كخوف نهبه أو غصبه أو سرقة لم يجب عليه قبوله وإلا اجبر على القبض أو الإبراء.
- وأن كان الدين حالاً وكان المديون موسراً رشيداً حياً فهل يجب أداؤه قبل الطلب؟
- الجواب فيه الأوجه الخمسة التالية:
- ١- يجب قياساً على دين الله الذي بذمته كالزكاة.

(١) في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية الرد المحتار ٢٠٦/٦ (ومنافع الغصب واستوفائها أو عطلها فإنها لا تضمن عندنا إلا في ثلاث، أن يكون المغصوب وقفاً، أو مال اليتيم، أو كان معداً من قبل صاحبه للاستغلال بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك).

- ٢- لا يجب لأن الدين لشخص معين ولم يطالب به بعد.
- ٣- إن كان سببه معصية كما في الغصب والإتلاف بغير وجه شرعي والسرقة وجب أدائه فوراً وإلا فلا يجب.
- ٤- إن كان برضاه كقرض ونحوه لم يجب أو بغير رضاه كالإتلاف ونحوه وجب.
- ٥- إن لم يعلم به مالكة وجب وإلا فلا.

ومن وجهة نظري إن الراجح هو الوجه الأول وبوجه خاص إذا كان صاحب الدين محتاجاً إلى دينه أو كان قاصراً، وذلك تنفيذاً لأمر الله ﷻ **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾** ^(١)، والدين أمانة بذمة المدين والأمر للوجوب والفور إذا لم يقم دليل على خلاف ذلك ولا دليل ظاهراً، وإذا كان ما يجب أدائه عيناً من الأعيان ففيه التفصيل الآتي:

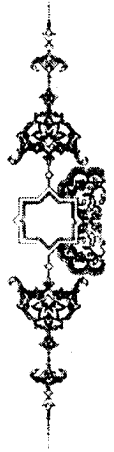
١- الأمانات الحاصلة في يد الحائز برضاً أصحابها لا يجب أدائها إلا بعد انتهاء مدتها وعقودها كالوديعة والشركة والقراض، وأدائها يكون بتمكين صاحبها من أخذها، ولا تتحول يده إلى يد ضمان إلا بعد المطالبة فلو أوفى المدين الراهن الدين فبقى المرهون في يد الدائن المرتهن يبقى أمانة ولا يضمن إلا بالامتناع عن الرد بعد المطالبة أو مرور زمن يقضي العرف بالرد، أي خلال فترة لا تتجاوز حد المعقول لأنه في هذه الحالة يعتبر مقصراً إذا لم يكن له عذر وتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فإذا تلفت ولو بدون تقصير يكون ضامناً.

٢- الأمانات الحاصلة بغير إرادة أصحابها وهي أمانات شرعية كما لو طيرت الريح ثوباً أو نحوه إلى داخل حديقة الجار، وكدخول حيوان أو طير للجار في حديقة جاره فالواجب في هذه الحالة أحد الأمرين، أما إعلام المالك به أو الرد على الفور إذا تمكن منه، والواجب هو تمكين صاحبه من الأخذ، وعلى هذا إذا كان المالك عالماً به ولم يطالب لم يضمن بالتأخير ولا يجب عليه مؤنة الرد، ومن هذا القبيل اللقطة إذا علم اللاقط صاحبها، أما إذا لم يعلمه فهي قبل التملك أمانة وبعده مضمونة.

٣- الأعيان المملوكة بالعقود قبل قبضها مضمونة على من هي بيده كالمبيع قبل القبض من ضمان البائع ، وكالمهر وعوض الخلع ، ويجوز للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن لم يكن مؤجلاً وإذا قبضه وجب التسليم.

٤- الأعيان المضمونة باليد كالمغصوب في يد غاصبه والمسروق في يد السارق والمقبوض بعقد فاسد يجب فيها الرد فوراً ما لم تمنعه من ذلك قوة قاهرة أو عذر مشروع. وفي أداء الواجبات غير المالية أداء الشهادة واجب إذا دعي إليه أو توقف عليها وصول الحق إلى صاحبه^(١).

^(١) يراجع قواعد الزركشي ١/١٠١.



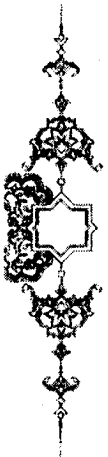
الفصل الثاني الحكم الوضعي

الحكم الوضعي:

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو بالوقائع الشرعية^(١) على وجه الوضع^(٢)، أي جعل شيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه. وبذلك يكون أنواعه ثلاثة: السبب، الشرط والمانع.

ومن الأصوليين^(٣) من أدرج في الحكم الوضعي العزيمة والرخصة والصحة والبطلان -أو الفساد-

وقد اخترنا التقسيم الثلاثي لأن كلا من العزيمة والرخصة عاجلناها بالقدر الكافي في موضوع الاستحسان فلا داعي للتكرار، ونرى أن المحل الملائم لبحث الصحة والبطلان والفساد هو موضوع النهي عن تصرفات الإنسان كما يأتي بإذن الله. وفي هذا الفصل خصصنا لكل نوع من الأنواع الثلاثة للحكم الوضعي مبحثاً مستقلاً لزيادة الفائدة.



(١) أضفنا الوقائع إلى الأفعال لأن الأسباب والشروط والموانع كما تكون أفعالاً وتصرفات قولية وفعلية كذلك تكون وقائع شرعية غير خاضعة لإرادة الإنسان.

(٢) معنى الوضع أن الشارع وضع، أي شرع أموراً سميت أسباباً وشروطاً وموانع، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط، وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط. انظر شرح الكوكب المنير ص ١٣٤.

(٣) كصاحب جمع الجوامع ٩٤/١ وما بعدها. وكالشاطبي في الموافقات ١٧٨/١، وفيه القسم الثاني من قسمي الأحكام يرجع إلى خطاب الوضع، وهو ينحصر في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطلان والعزائم والرخص فهذه خمسة أنواع.

المبحث الأول

السبب

السبب في اللفظ

ما يمكن التوصل به إلى مقصود ومنه سمي الطريق سبباً، وفي اصطلاح الأصوليين (وصف ظاهر منضبط^(١)) يرتب الشارع عليه حكماً يتحقق بتحقيقه وينتفي بانتهائه^(٢).

أنواع السبب:

يتقسم السبب إلى عدة أنواع بالاعتبارات الآتية:

أولاً- باعتبار طبيعته

إما سبب منشيء، أو سبب قصدي (غرض مباشر)، أو سبب دافع (باعث دافع):

١- **السبب المنشئيء**: ويقصد به السبب المولد للحقوق والالتزامات الذي سماه القانونيون مصدراً سواء أكان من تصرفات الإنسان الإرادية واللاإرادية أم كان وقائع شرعية، ومحل بحث هذا النوع هو باب خطاب الوضع في أصول الفقه وهو المعني بدراستنا في هذا المبحث.

٢- **السبب القصدي^(٣)** - الغرض المباشر أو المقصود - هو الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه، ففي عقد البيع السبب القصدي لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري هو الحصول على الثمن - أو على التزام المشتري بدفع الثمن -. وكذلك

(١) أي لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان.

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٩٢/١ (السبب ما يضاف إليه الحكم لتعلقه به من حيث إنه معرف له ودليل على وجوده أو مؤثر فيه بذاته أو بإذن الله، أو باعث عليه) على الخلافات الموجودة في تفسيره.

وفي مختصر المنتهى وشرحه ٧/٢ والأحكام الثابتة بخطاب الوضع أصناف منها الحكم على الوصف بالسيبية وهو جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود الحكم).

(٣) ويطلق عليه السبب الفني أيضاً كما يسمى مقصوداً. قال عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٢١/٢ (كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

السبب القصدى لالتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إليه ، وهذا الغرض المباشر لا يختلف من متعاقد إلى آخر ، وهو جزء من العقد يفتش عنه في داخله لأنه معقود عليه وذو طابع واحد ، ومحل بحث هذا النوع من السبب هو باب المعاوضات المالية ، ففي العقود الملزمة للجانبين يبحثه الفقه تحت عنوان المقصود^(١) أو القصد الأصلي ، أو المعقود عليه^(٢) وهذه التعابير أدق من تعبير (السبب) لأن اصطلاح السبب يعطي فكرة عن شيء سابق.

٣- السبب الدافع (أو الباعث الدافع) إلى التعاقد أو إلى التصرف الانفرادي
 (الإرادة المنفردة) هو الغرض البعيد - أو الغرض غير المباشر^(٣) وهو يتميز من النوع الثاني (السبب القصدى) بأنه نفساني وشخصي وخارج عن العقد يختلف باختلاف الأشخاص.

وعلى سبيل المثال الباعث الدافع في بيع السيارة قد يكون عند شخص شراء سيارة جديدة وعند ثانياً الزواج وعند ثالث بناء البيت ، وهكذا. وقد يكون في نوع واحد من العقد عشرات البواعث المختلفة ، ومحل بحث هذا النوع هو باب سد الذرائع في أصول الفقه ، وقد سبق بيانه. ويتبين لنا من هذا العرض الموجز عدم صحة قول من قال (أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظرية السبب)^(٤) ، أو أن حظها يختلف في المذاهب المختلفة^(٥) ، أو أن هذه الشريعة لم تفسح

^(١) يقول الكاساني ، البدائع ١٧٩/٤ (لأن الجهالة - جهالة المعقود عليه - المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد) ، ويقول السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٢ (القاعدة الثانية كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

^(٢) ويقول فقهاء القانون (السبب في التبرعات نية التبرع) وهذا غير دقيق ، لأن النية صفة قائمة بمن يصدر عنه التصرف ، في حين إن السبب يجب أن يكون دافعاً خارجياً كالباعث الدافع ، وفقهاء الشريعة أقرب إلى الصواب حيث قال الكاساني ، البدائع ١٥/٦ (سبب الهبة إرادة الخير أو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء). وجاء في الدر المختار ١٤٩/٢ (الهبة سببها إرادة الخير للواهب والوقف سببه إرادة محبوب النفس) أي الخير المراد.

^(٣) وهذا النوع من السبب هو المراد بقول الرسول ﷺ (إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَى). يقول ابن القيم ، إعلام الموقعين ٨٤/٣ (قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، إن المقاصد والاعتقادات والتصرفات كلها معتبرة كما في العبادات والقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً).

^(٤) ومن قال بهذا القول الأستاذ الفاضل الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ط ١٩٤٦ ،

المجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية على أساس من السبب على نحو ما تقرر واستقر في القانون الحديث^(٢)، وحجتهم على دعواهم هذه أن ترتب الحكم - الآثار - على السبب إنما هو بجعل الشارع وإرادته، وهو غير خاضع لإرادة المتعاقدين، أي إذا تحقق السبب وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ترتب عليه الحكم - الآثار - سواء أقصد المتعاقدان ذلك أم لا، وسواء رغبا في ترتب هذه الآثار أم لا، فلا يستطيع أي منهما أن يدعي بعد تحقق السبب انه لم يقصد هذه الآثار أو لا يرغب في تحقيقها لأن ترتبها بإرادة الشارع ويجعله ولا دخل لإرادة المتعاقدين إلا في السبب وحده.

ونقول لهؤلاء الأساتذة الأفاضل ومن حذا حذوهم: إن القانون لا يختلف عن الفقه الإسلامي فيما ذكروه، حيث إن الآثار تترتب على العقد بإرادة المشرع وبحكم القانون ولا دخل لإرادة المتعاقدين في ذلك. فالبائع والمشتري إذا اتفقا على بيع عقار محدد مقابل مبلغ معين واستوفى العقد جميع أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري تترتب عليه آثاره القانونية بحكم القانون لا بإرادة المتعاقدين، فليس لأي منهما أن يدعي انه لم يقصد هذه الآثار أو لا يرغب في ترتبها، حيث إن دور أو دخل إرادتهما يقتصر على مباشرة السبب - العقد -.

فإن صح ما ذهبوا إليه في الفقه الإسلامي فالمفروض أن يقال أن القانون أيضاً لا يعرف نظرية السبب، وهذا ما لم يقل به أحد.

ثانياً - من حيث دور إرادة الإنسان في السبب

إما إرادي أو لا إرادي:

١ - السبب الإرادي: هو الذي يكون من مقدور الإنسان ويكون خاضعاً لإرادته إن شاء فعله وإن شاء تركه، فهو عبارة عن تصرفاته القولية - العقد والإرادة المنفردة -

ص ٧٣ والدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته نظرية تحمل التبعية في الفقه الإسلامي ف ٧٥ ص ١٤٨ - ١٤٩.

(١) وهذا ما قاله الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥١/٤.

(٢) ومن الذين قالوا هذا القول أستاذنا الفاضل الدكتور صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء فص ٣٦٦ ص ٤٦٩.

وتصرفاته الفعلية -المشروعة وغير المشروعة- ، فالعقود والتصرفات القولية الانفرادية وجميع أعماله المشروعة التي قصد بها إحداث اثر يعتد به الشرع ، وجميع أعماله غير المشروعة كالإتلاف ، والجرائم بكافة أنواعها (جرائم الأشخاص والأموال والأخلاق وجرائم الأمن والاستقرار) كلها أسباب إرادية ، فالعقود والتصرفات الانفرادية أسباب لانتقال وكسب الأموال ، وإتلافها سبب للتعويض ، وجرائمها أسباب للعقوبات.

٢- السبب اللاإرادي-أو الواقعة الشرعية أو القانونية- : هو الذي لا يخضع لإرادة^(١)

الإنسان لأنه ليس من مقدوره أو كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته ، ففي الحالتين لا دخل لإرادته في تكوينه وحدوثه ، وهو ينشأ ويرتب الآثار رغم إرادته ، وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي ، لأن الثاني لا يكون إلا في الأسباب الإرادية الصادرة من المكلف - البالغ العاقل العالم بالمكلف به والقادر عليه المختار-.

ومن الأسباب اللاإرادية (الوقائع) حوادث الاصطدامات بين وسائل المواصلات وتحطم الطائرات في الجو ، وغرق السفن في البحار ، فهي أسباب تترتب عليها الالتزامات ، فهي قد تلزم الشركات والأفراد أو الدول بدفع التعويض للمتضرر نفسياً وجسدياً ومادياً بسبب حدوث هذه الوقائع ، ويعتبر من الأسباب اللاإرادية كل تصرف يصدر عن الإنسان عديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز ، فهذا التصرف سبب للالتزام المدني بدفع التعويض لمن لحقه الضرر ، ولو لم يكن سبباً للالتزام الجنائي والمسؤولية الجنائية وأساس المسؤولية المدنية في الشرع الإسلامي هو الضرر سواء وجد الخطأ أم لم يوجد.

وكذلك من الأسباب اللاإرادية الأسباب الوقتية والزمنية بالنسبة للالتزامات الإنسان تجاه ربه ، فدخل وقت الصلاة سبب لوجوبها^(٢) والعلم^(٣) بهلال شهر رمضان المبارك سبب لوجوب الصيام.

^(١) منشيء السبب أما إنسان لم يرده سواء كان له الإرادة ولم يستخدمها في حدوثه كحوادث المواصلات ، أو لم يكن له الإرادة لعدم الإدراك كتصرفات عديم الأهلية الضارة أو ليس المنشيء هو الإنسان وإنما الطبيعة أو الحيوانات التي أنثفت مال الغير بتقصير من أصحابها.

^(٢) كما في قوله تعالى ﴿ أَقْرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾ سورة الإسراء ٧٨.

^(٣) كما في قوله تعالى ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ سورة البقرة ١٨٥.

وقد ذكرنا سابقاً أن شرّاح القانون كثيراً ما يخلطون بين التصرفات الفعلية للإنسان وبين الوقائع القانونية، حيث يجعلون الوقائع مصادر للالتزام إلى جانب العقود والإرادة المنفردة، ويعدونها قسيمة لها حين تقسيم المصادر للحقوق والالتزامات إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون^(١).

ومرة التقسيم أن السبب الجنائي الموجب للعقوبة إرادي دائماً بخلاف السبب المدني الموجب للتعويض فإنه يكون إرادياً ولا إرادياً.

ثالثاً - باعتبار الحكم التكليفي

السبب إما مشروع أو غير مشروع:

١- **السبب المشروع**: يكون من الحكم الشرعي الوضعي من حيث أنه سبب ومن الحكم الشرعي التكليفي من حيث أنه مشروع إذا كان من تصرفات الإنسان الإرادية كالعقود والصيد والاستيلاء على الأشياء المباحة وهي أسباب لكسب الملكية، وكالزواج سبب لحل تمتع كل من الزوجين بالآخر، وسبب لثبوت النسب وغير ذلك من الأسباب الأخرى المشروعة.

٢- **السبب غير المشروع**: فهو أيضاً يجتمع فيه الحكم الوضعي والتكليفي كالقتل سبب للقصاص، فهو حكم تكليفي من حيث أنه حرام، وحكم وضعي من حيث أنه سبب لوجوب العقوبة، وكالسرقة سبب للعقوبة والإتلاف سبب للتعويض ومحرم من الناحية التكليفية.

رابعاً - باعتبار تأثيره

أما سبب منشئ أو سبب مسقط أو منشئ ومسقط في وقت واحد:

١- **السبب المنشئ**: هو الذي ينشئ حقاً جديداً أو التزاماً جديداً كالعقود، فهي أسباب

^(١) وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ٣٠١ (مصادر الالتزام هي التشريع والتصريف القانوني والواقعة القانونية)، وم ٣٠٥ (التصرف القانوني اتجاه الإرادة لأحداث اثر يعتد به القانون، ويشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة). وهذا يعني أن جميع التصرفات الفعلية للإنسان سواء أكانت إرادية أم لا إرادية داخلية ضمن الوقائع لتحديد التصرف بالعقد والإرادة المنفردة.

منشئة لكسب الملكية ، والزواج سبب منشئ لحل التمتع والنسب والنفقة.

٢- **السبب المسقط فقط** : كالتنازل عن حق المنفعة وحق القصاص.

٣- **السبب المنشئ والمسقط** : وهو السبب الذي يسقط حالة شرعية - أو قانونية -

قائمة كالإبراء ، فإنه مسقط لحق الدائن في دينه الذي بذمه المدين ، كما انه مسقط للالتزام المدين وسبب لانقضائه (هذا على تقدير تكييفه بالإسقاط أما إذا كيف بأنه تمليك فانه مسقط بالنسبة للدائن ومنشئ بالنسبة للمدين ، وكالتقادم مسقط منشئ وكالطلاق فإنه سبب مسقط لحالة الزوجية القائمة ، فهو مسقط للحقوق والالتزامات الزوجية ، ومنشئ لحق الزوجة في نفقه العدة وفي استلامها مهرها المؤجل حيث يسقط التأجيل.

خامساً - للسبب باعتبار وقت

ترتب الحكم عليه ثلاثة أقسام :

١- **قسم يقترن به الحكم** : كما إذا كان السبب فعلاً - تصرفاً فعلياً- كترتب حق الملكية

والحيازة الشرعية على استيلاء المال المباح كالصيد والاحتطاب وإحياء الموات.

٢- **قسم يتقدم الحكم على سببه افتراضاً** : فالمبيع إذا كان مالاً قيمياً تلتف بقوة قاهرة

قبل قبض المشتري له يفسخ البيع تلقائياً لاستحالة تنفيذه ، فالتلف سبب الانفساخ لكن يتعذر اقترانه به أو وقوعه بعده ، لأن الانفساخ عبارة عن رجوع العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد ، أي رجوع ملك كل إلى صاحبه كما كان قبل العقد ، ولا يتصور ذلك بعد تلف المبيع لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً ، فيتعين رجوعه إلى ملك البائع قبل تلفه. وكذلك القتل خطأ سبب لوجوب الدية ، لكنها تتقدم عليه لتكون موروثه عن المقتول ، وتقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ، وكل ذلك لا يكون إلا بعد تملك المقتول لها قبيل وفاته.

٣- **قسم مختلف فيه** : كما في حالة كون السبب تصرفاً قولياً ، فإذا كان تصرفاً انفرادياً

(إرادة منفردة) كإبراء المدين ورجعة المطلقة ، فالأصح أن الحكم (ببراءة الذمة

والزوجية) يقترن بآخر حرف من التصرف القولي (أبرأتك ، راجعتك).

أما إذا كان التصرف القولي عقداً فالأصح اقترانه بآخر حرف للقبول إذا كان العقد نافذاً ،

وإذا كان موقوفاً يتأخر الحكم إلى إجازة العقد من له حق الإجازة، لكن يعتبر بالأثر الرجعي (من تاريخ إنشاء العقد).

وإذا كان ترتب الحكم مشروطاً بوقت أو شرط فالحكم لا يترتب إلا بعد تحققه، فالقراءة سبب الميراث بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده. والوصية سبب الملكية بشرط وفاة الموصي وحياة الموصى له بعده، والطلاق الرجعي سبب انقطاع العلاقة الزوجية بشرط انتهاء العدة وهكذا.

السبب والعلة :

في الصلة بين السبب والعلة آراء مختلفة للأصوليين أهمها:

أ- السبب والعلة مترادفان فكل منهما أمانة - دليل ظني - أو علامة على وجود الحكم، فالسفر سبب وعلة لإباحة الفطر، ودلوك الشمس سبب وعلة لوجوب الصلاة، والعقد سبب وعلة لكسب الملكية، والقتل سبب وعلة لوجوب العقوبة وهكذا^(١).

ب- العلة قسيم السبب فالحكم الوضعي أربعة أقسام السبب والعلة والشرط والمانع^(٢).

ج- العلة أخص مطلقاً والسبب أعم مطلقاً فكل علة سبب وليس كل سبب علة، لأن الإنسان إذا أدرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسببه كالقتل للقصاص، والسرقة

^(١) في كشف الأسرار على أصول البزدوي ٤/١٢٩١ (إن العلة - أي الأسباب الشرعية - غير موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله، والعقود داخله في العلة الشرعية).

^(٢) يقول الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ص ١٦٣ (وأقسام خطاب الوضع أربعة علة وسبب وشرط ومانع)، وقالوا السبب: ما يوجد الحكم عنده لا به وهو الذي يضاف إليه الحكم كدلوك الشمس لوجوب الصلاة والسرقة لوجوب القطع والعلة ما يوجد الحكم به كالكسر للانكسار واستعير السبب في عرف الفقهاء للمعاني الآتية:

١- ما يقابل المباشر: كحفر بئر مع ترديه فالخافر مسبب الهلاك والدافع هو المباشر والضمان عليه.

٢- علة العلة: فالرمي سبب القتل وعلة الإصابة التي هي علة زهوق النفس (القتل).

٣- العلة الشرعية الناقصة بدون شرطها كنصاب الزكاة بدون حولان الحول.

٤- العلة الشرعية الكاملة: (مقتضى الحكم + شرطه + انتفاء المانع + وجود المحل + الأهلية).

فحصول ملك المبيع حكم، ومقتضيه حاجة الناس وشروطه معروفة في الفقه ومحله المبيع والأهلية كون العاقد صحيح التصرف سمي هذا المجموع سبباً استعارة لا علة، لأن عليتها ليست لذاتها بل ينصب الشارع لها علامة على الحكم بدليل وجودها دونه، فالإسكار كان موجوداً قبل الشرع بدون التحريم ولو كان علة لما تخلف الحكم.

للعقوبة والإتلاف للتعويض فانه علة كما انه سبب، وان لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والربط والصلة بينه وبين مسببه فهو سبب فقط وليس بعلة كدلوك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر، والعقل قاصر عن إدراك الصلة بينهما، وكذلك دخول شهر رمضان بالنسبة لوجوب الصيام^(١).

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي، والحكمة المتوخاة من تشريعه^(٢)، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفسد عنهم، فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان، وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء، وسبب وجوب الجلد هو الزنى، وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعلته هي المحافظة على أموال الناس، وهكذا^(٣). وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين - كالمعتزلة وغيرهم - (إن أحكام الله معللة بالأغراض)، وقد عارضهم الآخرون - كالأشاعرة - قالوا (بعدم صحة هذا الكلام لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام والأمر بتطبيقها لسد نقصه وحاجته). ولكن هذا زعم غير دقيق لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج لتشريع الأحكام وتطبيقها إنما هي بالنسبة للمكلفين

(١) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي، ص ٢٥٦ (وإن أدرك العقل تأثيره كما ذكرنا في القياس يخص باسم العلة فبعض ما يسمى هنا سبباً يسمى في باب القياس علة، فالمراد بالسبب ما هو أعم من العلة).

(٢) قال الشاطبي، الموافقات ١/٢٦٥ (أما العلة فالمراد بها الحكيم والمصالح التي تعلق بها الأوامر والإباحة والمفاسد التي تعلق بها النواهي).

(٣) والحاصل علة التحريم هي حماية مصلحة أو حق يراه الشارع جديراً بالحماية الجنائية السبب هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة أو الحق، فعلة تحريم القتل هي حماية الحق في الحياة، وعلته تحريم الجرح والضرب هي حماية الحق في سلامة الجسم، وعلته تحريم القبض على الأشخاص أو الحبس دون مبرر هي حماية الحق في الحرية، وعلته تحريم الاغتصاب أو هتك العرض هي حماية الشرف والأنساب، وعلته تحريم السرقة هي حماية الملكية، وعلته تحريم التزوير هي حماية الثقة العامة في الوثائق والمحرمات. وهكذا في أمثال هذه القضايا، فالعلة في كل قضية شرعية أو قانونية هي المصلحة المتوخاة من تشريع حكمها والمعنية بالحماية من الشارع (أو المشرع).

بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها.

ثم إن منشأ خلط القائلين بوحدة السبب والعللة هو الخلط بين العلة بمفهوم الفلسفة اليونانية وبين العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية^(١).

السبب المباشر والسبب غير المباشر:

من القواعد العامة (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)^(٢)، غير إن هذه القاعدة غير صحيحة على إطلاقها، بل الصواب (يضاف الحكم إلى المتغلب منهما وإذا تساويا تضامنا في المسؤولية)، فإذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب فإن الحكم الذي يترتب عليه تقع مسؤوليته على المتغلب من فاعله المباشر والمتسبب، ويتفرع على هذه القاعدة أحكام منها:

- أ- من حفر بئراً في مكان غير مسموح به فألقى فيها شخص مال غيره، فالضمان يكون على الملقى لأنه المتغلب دون الحافر.
- ب- من دل سارقاً على مال الغير فسرقه، يكون العقاب والضمان على السارق لأنه المتغلب ولكن الدال يعاقب بعقوبة تعزيرية.
- ج- إذا دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقها فالضمان على الوديع لأنه المتغلب بتقصيره في الحفظ.

^(١) العلة بالمعنى الفلسفي (أو العلة العقلية) عند اليونان يراد بها الموجد والمؤثر والخالق، فالوجد والخالق للأحكام الشرعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال سبحانه وتعالى ﴿إِنَّ الْحَكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ سورة الأنعام: ٥٧. وأما العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية التي استعملها السلف الصالح. فقالوا (هل أحكام الله وأفعاله معللة بالأغراض أو لا) فهي بمعنى الغاية المتوخاة من تشريعها أو النتيجة التي تتحقق بسبب تشريع الأحكام وتطبيقها وتنفيذها من جلب نفع دنيوي أو أخروي، أو درء ضرر دنيوي أو أخروي، فهذه النتيجة بالنسبة إلى الله تسمى الحكمة، وبالنسبة إلى النصوص تسمى المقصد، وبالنسبة إلى العبد تسمى الغاية (أو الغرض أو المصلحة) وبالنسبة إلى تشريع الحكم تسمى العلة (الباعث)، وبناء على ذلك إطلاق السبب على العلة أو العلة على السبب إطلاق مجازي أو مصطلح عرفي لعلماء الأصول أو خلط بين السبب والعللة.

^(٢) القاعدة ٨٩ و ٩٠ م من مجلة الأحكام العدلية وهذه القاعدة انتشرت في العالم الإسلامي رغم خطئها، ولم اطلع على مرجع فقهي أو قانوني ينهنا على هذا الخطأ الشائع.

- د- إذا حكم القاضي بناء على الشهادة القائمة المعتبرة ثم رجع الشهود عن شهادتهم، أو بناء على شهادة الزور وهو لا يعلم، فضمان ما خسره المحكوم عليه يكون على الشهود المسيبين دون القاضي لأن التغلب لهم والقاضي يحكم بالظاهر.
- هـ- إذا أكره على إتلاف مال ونفس شخص عديم الأهلية أو من يعتقد إن طاعة المكروه واجبة عليه، فالمسؤولية على المكروه المتسبب دون الفاعل المباشر، لأنه بمثابة آلة التنفيذ في مثل هذه الحالات، فيكون التغلب للمسبب.
- و- إذا لم يمكن التنفيذ إلا بتعاون المسبب والمباشر معاً تقع المسؤولية على كليهما بالسوية جنائية كانت أم مدنية، كمن مسك شخصاً فقتله آخر، فالقصاص عليهما معاً.

الخطأ والتسبب:

القاعدة في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن لكل ما يتلفه سواء توافر الخطأ أو لا، فالمجنون والصبي غير المميز والناسي والمخطئ والنائم والمغمى عليه، وأمثالهم مسؤولون مدنياً عن إتلافاتهم لمال الغير، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي^(١).

فالمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي تقوم على العناصر الثلاثة الآتية (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية بينهما). وفي الفقه الغربي والقانون المتأثر به تقوم على العناصر التالية (الخطأ + الضرر + علاقة السببية بينهما)، بخلاف المتسبب، ففي ضمانه ومسؤوليته لا يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي (القانوني)، فلا تقوم المسؤولية إلا بعد توافر العناصر الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، فمن ربط دابته وقطعت الحبل فدخلت مزرعة فأتلفتها لا يكون مالکها ضامناً إذا لم يكن مقصراً في الربط، للقاعدة العامة (جناية العجماء جبار)^(٢).

^(١) ١/١٨٦م المدني العراقي (إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى). وم ١/١٩١ منه (إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). والمراد بالتعدي في المادة الأولى. ارتكاب عمل غير مشروع يحدث للضرر سواء أدرك الفاعل ذلك أم لا، وبناء على ذلك فلا مبرر لما أورده بعض شراح هذا القانون من وجود التعارض بين المادتين على أساس أن المشرع اخذ بالفقه الغربي في م ١٨٦ وبالفقه الإسلامي في م ١٩١، فاشتراط عنصر الخطأ في الأولى دون الثانية.

^(٢) القاعدة ٩٣، م ٩٤، المجلة.

الخطأ:

لغة ضد الصواب أو تصور الشيء على غير حقيقته فهو يرادف الغلط في القانون، وبهذا المعنى ورد في القضايا المدنية في الفقه الإسلامي أما في المسائل الجنائية فيراد به ما يقابل العمد - أي ما لم يتوافر فيه القصد الجنائي - كما في قوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾^(١).

والخطأ - بكسر الخاء - الذنب والأثم كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾^(٢).

الخطأ في القانون

إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه^(٣). فهو يتكون من عنصرين:

موضوعي: وهو الإخلال بواجب قانوني.

وشخصي: وهو التمييز أو الإدراك.

والواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ في الجرائم تحدد بالنصوص القانونية بناء على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وفي المسائل المدنية تحدد بنصوص قانونية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو بالقواعد العامة. وبناء على ذلك يكون الخطأ الجنائي الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية هو مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، والخطأ المدني الذي تبنى عليه المسؤولية المدنية هو إخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله قوانين العقوبات. وبناء عليه يكون الخطأ الجنائي أخص مطلقاً من المدني، فكلما تحقق يتحقق المدني دون العكس الكلي، لكن من حيث الانتفاء يكون الأمر بالعكس، فكلما انتفى الخطأ المدني ينتفي الخطأ الجنائي دون العكس الكلي.

(١) سورة الأحزاب ٥.

(٢) سورة الإسراء ٣١.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ص ٣٦٠.

المبحث الثاني الشرط

الشرط في اللغة العلامة. ومنه قوله تعالى ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾^(١) أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي - أو القانوني - ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور إكمال الزواج، لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء^(٢).

أنواع الشرط:

ينقسم الشرط باعتبارات مختلفة إلى أنواع متعددة أهمها ما يلي:

ولاً - من حيث مصدره شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جبلي:

١- الشرط الشرعي^(٣) هو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف أو لصحته أو لنفاذه أو لزومه.

أ- في العبادات النية شرط لانعقادها والوضوء شرط لصحة الصلاة.

ب- في المعاملات المالية التمييز شرط لانعقادها، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته، والأهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات، والولاية على التصرف أو على محله شرط لنفاذه، وخلو التصرف مما يبهر فسخه شرط لزومه.

(١) سورة محمد ١٨.

(٢) عند الشيعة الامامية ليس شرطاً.

(٣) في مختصر المنتهى ٧/٢ (الحكم على الوصف بكونه شرطاً للحكم، وحقيقته أن عدمه مستلزم لعدم الحكم). في الإحكام للأمدى ١٠٠/١ (الشرط ما كان عدمه مغللاً بحكمة السبب وفي تسهيل الوصول)، ص ٢٥٥، الشرط وصف جعله الشارع شرطاً للحكم.

ج- في عقد الزواج فهم كل من المتعاقدين وموافقة الإيجاب للقبول شرط لانعقاده وحضور الشاهدين شرط لصحته، والولاية على إنشائه شرط لنفاذه^(١)، والكفاءة شرط للزومه.

٢- **الشرط العقلي** هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم، فالعقل يقضي بأن الكائنات غير الحية لا علم لها لأن الحياة من شروطه، ولكن لا يلزم من وجودها وجوده، وكالماء والهواء فانهما من شروط الحياة وإستمراريتها عقلاً.

٣- **الشرط العادي** هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة، كنصب السلم لصعود السطح.

٤- **الشرط القانوني** هو الذي يكون مصدره هو القانون، ومن الشروط القانونية، شروط التعيين في وظائف الدولة، وشروط القبول في الكليات، وشروط القبول في المعهد القضائي، وشرط المقابلة بالمثل في الميراث وتسليم المجرمين بين الدول.

٥- **الشرط الجعلي - أو الشرط اللغوي** - وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدرة بأداة من أدوات الشرط مثل (إن، إذا) وهو لا يتعلق إلا بالأمور المستقبلية، أما الماضية فلا دخل له فيها. وبموجبه يتحدد آثار العقد كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع أو بشرط تقسيط الثمن أو بشرط أن تكون نفقات الشحن أو النقل على أحد الطرفين الذي يحدد في العقد، وكشرط التصليح من قبل الشركات لمدة محددة إذا عطل الجهاز بدون تقصير المشتري، وغير ذلك من عشرات الشروط التجارية السائدة.

وجدير بالذكر أن الشرط الجعلي - أو اللغوي - بمثابة السبب لأنه يلزم من وجوده وجود المشروط، ومن عدمه عدمه وهذا هو شأن السبب وطبيعته بخلاف الشرط غير الجعلي، حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط.

(١) أي عند بعض الفقهاء، منهم محمد الشيباني من فقهاء أبي حنيفة (رحمه الله)، في الهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣، وعند محمد بن عقدة وقوفاً، أي موقوفاً على إجازة الولي إذا تولته البالغة العاقلة بدون إذنه.

الفرق بين تعليق العقد على الشرط الجملي وبين اقتترانه به:

١- الشرط المعلق عليه العقد:

هو الشرط الذي يتوقف عليه مصير أصل العقد ذاته بقاءً وانقضاءً، كالعقد على شرط فاسخ أو شرط واقف^(١).

١- العقد المعلق على شرط فاسخ منعقد ونافذ ينشئ آثاراً كاملة منذ انعقاده، ولكنه غير لازم (معرض للفسخ) فإذا فسخ زالت آثاره بالأثر الرجعي ما لم يكن هناك ما يدل على خلاف ذلك، كمن وهب^(٢) داره لأرملة أخيه المتوفى على أن لا تتزوج وتبقى متفرغة لشؤون أولاد أخيه وتربيتهم، فإذا تزوجت تنفسخ الهبة تلقائياً لكن لا بالأثر الرجعي، لأن طبيعة العقد لا تقبل ذلك.

إذن، الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال العقد، فالمعلق على شرط فاسخ ينتقل إلى الخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً^(٣) مع الاحتفاظ بصفة عدم اللزوم. وإذا لم يتحقق الشرط استمر العقد والتصرف والالتزام.

٢- الشرط الواقف: هو الذي يتوقف عليه نفاذ العقد (ترتب الآثار عليه)، فهو إما أن يتحقق أو لا يتحقق، فإذا تحقق يعتبر العقد نافذاً من تأريخ إنشائه، لا من وقت تحقق الشرط، عملاً بفكرة الأثر الرجعي، وإذا تخلف مات العقد الموقوف بدون أن يترك أي اثر، كمن وهب سيارته على أن يتم نقله إلى بلد آخر (بأن يكون النقل مقترحاً وكان

^(١) الشرط الجملي المعلق عليه هو الأمر المستقبل غير محقق الوقوع الذي ترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، ولا يعتبر الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، وهذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم ولكن الالتزام يبقى قائماً إلا إذا كان الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد، والشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، كأن يعلق الوالد هبته لأحد أولاده على نجاحه في الامتحان الدراسي، فإذا نجح تم التزام الأب وإلا فلا، وبالعكس ذلك الشرط الفاسخ هو الذي ترتب عليه زوال الالتزام القائم.

^(٢) أو أوصى بها خلافاً للظاهرية بناء على أصلهم (كل شرط ليس في كتاب الله أو لم يكن مجعماً عليه فهو باطل). يقول ابن حزم، المحلى ٣٤٢/٩ (ومن أوصى لام ولده ما لم تنكح فهو باطل إلا أن يكون يوقف عليها وقفاً من عقاره، فإن نكحت فلا حق لها فيه، لكن يعود الوقف إلى وجه آخر من وجوه البر).

^(٣) الخلف العام كالوارث والموصى له والخلف الخاص كالمشتري والموهوب له.

تحت الإجراءات الشكلية)، فإذا نقل فالعقد يتحول من كونه موقوفاً إلى عقد بسيط وتترتب عليه آثاره منذ وقت الإنشاء، وإذا لم يتم يعتبر كأنه لم يكن أصلاً^(١).

ب- الشرط المقترن بالعقد:

هو الذي لا يؤثر على أصل العقد بقاءً وزوالاً، ولا على آثاره الأصلية، وإنما يؤثر على الآثار الفرعية، كالشرط الجزائي وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

الآثار الأصلية والآثار الفرعية:

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد كالاتي:

أ- **حكم العقد:** عبارة عن آثاره الأصلية التي تترتب عليه فور انعقاده نافذاً وهي انتقال ملكية كل من العوضين (البدلين) من أحد العاقدين إلى المتعاقد الآخر، فبمجرد تمام العقد - مثلاً - ينتقل الحق العيني في المبيع إلى المشتري، والحق الشخصي في الثمن إلى البائع بمقتضى الشرع أراد المتعاقدان ذلك أم لا ولذا ليس لهما سلطة تقييد وتحديد هذه الآثار الأصلية بالشروط الجعلية، غير إن العقود العينية كالهبة والقرض تنشئ الالتزام، ولكن لا تنقل الملكية إلا بعد التسليم. وهذا المعنى هو المراد بالمادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم الذي ينص على أنه (لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض)^(٢).

^(١) وكذلك الالتزام أو التصرف الانفرادي إذا كان وجوده متوقفاً على شرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإلا لم يوجد سمي شرطاً واقفاً لأنه يتوقف عليه وجود الالتزام، ومن رأى ان الشرط جزء مكمل للعقد (أو التصرف)، والسبب هو العقد (أو التصرف) مع الشرط، أي مجموعهما قال إن وجود العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق الشرط لأن الكل يتوقف وجوده على توافر جميع أجزائه، ومن رأى ان العقد (أو التصرف) المعلق على الشرط الواقف سبب تام والشرط ليس جزءاً متمماً له بل عدم تحققه مانع من ترتب الآثار قال أن نفاذ العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق الشرط.

^(٢) وكان المشرع الأردني أكثر وضوحاً حيث نصت م ٥٥٨ على انه (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض). ونصت م ٥٦٧ على انه (يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له ويتبع في ذلك أحكام تسليم المبيع).

ب- حقوق العقد: عبارة عن آثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من العاقدين بتنفيذ التزامه، فهذه الحقوق (الآثار الفرعية) تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجعلية، كتحديد الطرف المسؤول عن نفقات الشحن أو النقل للمبيع مثلاً من البائع أو المشتري بالشرط الجعلي في العقد، ومثل كيفية دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً جملة أو تقسيطاً، وكذلك تحديد وقت التسليم والتسلم للمبيع قبل دفع الثمن أو بعده ومكان التسليم، وغير ذلك مما يتعلق بتنفيذ التزامات العقد، فكل ذلك قابل لأن يحدد ويقيّد بالشرط الجعلي المقترن بالعقد، والآخر الذي يترتب على تخلف هذا الشرط هو حق التعويض لمن تم الشرط لمصلحته إذا كان هناك ضرر، وهو ما استقر عليه جمهور فقهاء الشريعة ومن فسر (لا تتم) بـ(لا تعتقد) لم يكن مصيباً وفق ما هو السائد في الفقه الإسلامي، ويسري هذا الحكم في جميع العقود العينية.

العقود التي تقبل التعليق على الشرط:

ليس كل عقد قابلاً لتعليقه على الشرط الجعلي، بل العقود والتصرفات بالنسبة إلى هذا النوع من الشرط تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- ١- عقود تقبل التعليق على أي شرط جعلي: وهي العقود غير اللازمة والتي لا يترتب عليها ضرر أحد المتعاقدين إذا علق على أمر مستقبل، ومن هذا النوع من العقود الوكالة والإعارة والوصية وعقد الرهن بالنسبة للمرتهن، وعقد القراض (المضاربة).
- ٢- عقود لا تقبل التعليق على الشرط الجعلي: وهي عقود المعاوضات^(١) كالبيع والإجارة والعقود غير المالية كالزواج، وتستثنى من ذلك صور منها قول البائع (بعتك إن شئت)، وقوله (إن كان هذا المال ملكي فقد بعتك) وكان مالكاً في نفس الأمر.
- ٣- عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملائم: كعقد الكفالة بان يقول الكفيل للدائن (إذا لم ينفذ المدين التزامه فأنا كفيل بتنفيذه)، وكالحوالة كأن يقول المحيل للمحال (إذا قبل فلان فقد أحلتك عليه).

(١) المعاوضات إذا لم تقترن بما يبرر فسخها كالعيب وخيار الشرط وخيار الرؤية ونحوها.

مدى حرية الإرادة في تقييد آثار العقد بالشروط الجعلية: لفقهاء المسلمين ثلاثة اتجاهات:

١- **الاتجاه الضيق**: وهو ما تزعمه فقهاء الظاهرية ومفاده أن الأصل في استحداث الشروط وتقييد العقود والتصرفات بها هو الحظر وعدم الجواز ما لم يرد به نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع^(١) لقول الرسول ﷺ (مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرًا فَهُوَ رَدٌّ)^(٢). وهذا الاتجاه مرفوض في القرآن الكريم الذي نص على أن الله لا يفرض على الإنسان حكماً فيه ضيق وحرَج كما في قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣)، والاستدلال بالحديث المذكور غير دقيق لأن المراد من عمل عملاً مخالفاً للكتاب والسنة.

٢- **الاتجاه الواسع**: وهو ما تبناه فقهاء الحنابلة ومضمونه أن الأصل في العقود والمعاملات المالية والشروط المقرنة بها بإرادة المتعاقد هو الإباحة، لأن تنظيم العلاقات المالية متروك للعقل السليم في ضوء القواعد والنظام العام والآداب العامة، فلإنسان أن ينشئ ويستحدث ما يشاء من العقود أو الشروط ما لم تتعارض مع نص صريح في الكتاب أو السنة، وما لم تصطدم مع إجماع فقهاء الشريعة، وهذا بخلاف العبادات، فإن الأصل فيها فيها التعبد، فلا مجال للعقول في اختراع التعبدات وما يتعلق بها من الشروط.

٣- **الاتجاه المعتدل**: الذي اقره جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم الحنفية وأخذت به التشريعات العراقية^(٤) وهو عبارة عن التفصيل الآتي:

(١) لمزيد من التفصيل، راجع الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥/٥٩٨، وما بعدها. وما ورد في هذا المرجع ووجدنا من قال بطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد، إلا ما جاء بنص بإجازته باسمه وفيه أيضاً (فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/٢٥٧.

(٣) سورة الحج ٢٨.

(٤) كالقانون المدني العراقي النافذ م ١/١٣١ (يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف والعادة). وقانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩، م ٣/٦٤-٤ ف٣ (الشروط المشروعة

١- **الشرط الصحيح**: يجوز اقتراؤه بالعقد ويلتزم المتعاقد بالوفاء به ويعتبر الشرط صحيحاً في الصور الآتية:

أ- إذا كان مؤكداً لمقتضى العقد كأن يشترط البائع على المشتري ألا يسلم إليه المبيع إلا بعد قبض الثمن كاملاً، أو يشترط عليه في حالة كون الثمن مؤجلاً أن يوثق الدين بكفالة أو رهن ضماناً له.

ب- أن يلائم العقد كالشرط الذي أقره الشرع مثل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

ج- أو تعارف عليه الناس كتعهد الشركات بتصليح المبيع خلال فترة زمنية أو أن تكون نفقات الشحن أو النقل على البائع أو المشتري وفق الشرط المتفق عليه أو غير ذلك من الشروط الواردة في الأعراف التجارية.

د- أو ورد به الشرع كما في خيار الشرط^(١).

٢- **الشرط الفاسد**: وهو الشرط الذي لا يكون من الأنواع الأربعة المذكورة ويحقق مصلحة مادية لأحد المتعاقدين على حساب الآخر، كالعقد الربوي وكبيع الدار مع اشتراط بقاء البائع فيها مدة تضر بالمشتري دون مقابل، فهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات، لأنه يحدث الخلل في التوازن الذي يجب أن يتحقق في التزامات الطرفين.

٣- **الشرط اللغو - أو الباطل -**: وهو ما عدا الشرطين السابقين، وسيان وجوده وعلمه، كمن يبيع سيارته ويشترط على المشتري أن لا يستعمل لها إلا البنزين المحسن.

ثانياً - الشرط من حيث التكميل إما مكمل للسبب أو للمسبب - الحكم :-

١- **الشرط المكمل للسبب**: وهو أن يتوقف ترتب الآثار على السبب على توفر شرط مكمل له، كشرط القدرة على تسليم المبيع، فان ترتب بعض الآثار الأصلية كانتقال

التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الوفاء بها)، ف٤ (للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج).

(١) قال الرسول ﷺ لحبان بن منقذ (إذا بايعتَ فقلْ لا خِلافةَ) فلحقه اشتراط عدم الخداع، سبل السلام ٤٦/٣، تقدم نخرجه.

ملكية المبيع إلى المشتري يتوقف على أن يكون البائع قادراً فعلاً على تسليم المبيع في حينه، وكشرط العمدة العدوان للقتل الذي هو سبب القصاص، لأنه إن لم يكن عمداً كالقتل الخطأ، أو كان عمداً ولكن كان بحق كما في حالة الدفاع الشرعي، فإنه لا يوجب القصاص.

٢- **الشرط المكمل للمسبب (الحكم):** أحياناً لا يكفي السبب وحده لترتب المسبب (الحكم) عليه بل يحتاج إلى شرط يضاف إلى المسبب حتى يتحقق، مثل ذلك كل من الزواج والقربة سبب الميراث، ولكن يشترط في هذا الميراث أن يكون بعد وفاة المورث مع بقاء حياة الوارث، فالميراث يترتب على القربة بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده.

الشرط والركن^(١)

الشرط والركن عنصران في تصرفات الإنسان الإرادية في العبادات والمعاملات والزواج وأي تصرف آخر يصدر عن الإنسان بقصد أحداث أثر يعتد به الشرع (أو القانون)، وبناء على ذلك يتفقان في إن صحة التصرفات تتوقف عليهما. غير أنهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في إن الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وماهيته كالإيجاب والقبول في صيغ العقود، بخلاف الشرط فإنه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (أو القانوني) للتصرف، لكنه خارج عن حقيقته وماهيته، كأهلية الأداء الكاملة شرط لصحة تبرعاته، وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لصحته، ووفاة المورث وحياة الوارث وصلة القربة أو الزوجية بينهما شروط للميراث، ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على أساس أن المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء سواء أكان جزءاً منه أم لا.

(١) اختلفوا في تفسير الركن والشرط فقال البعض (هما بمعنى واحد أي ما لا بد منه) ويرى البعض (أن الشرط اعم فكل ركن شرط دون العكس)، والرأي السائد انهما مختلفان، فالشرط يكون قبل العمل والركن يكون أثناء العمل، والركن جزء بخلاف الشرط.

السبب المعلق بالشرط سبب في الحال لو بعد وجود الشرط:

هذه المسألة من المسائل الأصولية الخلافية فقال البعض (سبب في الحال أي قبل تحقق الشرط ، إلا إن عدم الشرط مانع من ترتب الحكم عليه). وقال الآخرون (سبب عند وجود الشرط لا قبله ، لأنه إنما يكتسب صفة السببية عند وجود المعلق عليه ، فعدم الحكم ليس لمانع وإنما لعدم المقتضي. فالسبب المعلق بالشرط معدوم في الأصل ويستمر هذا الأصل إلى تحقق الشرط)^(١).

^(١) جاء في أصول الشاشي الحنفي ، ص ٢٤ (قال أصحابنا المعلق بالشرط سبب عند وجود الشرط لا قبله) ، وقال الشافعي (المعلق سبب في الحال إلا إن عدم الشرط مانع من الحكم ، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا قال لأجنبية - امرأة ليست زوجة له - إن تزوجتك فأنت طالق ، يكون التعليق باطلاً عنده لأن حكم التعليق انعقاد صدور الكلام علة والطلاق - صيغته - لم ينعقد علة لعدم إضافته إلى المحل - الصالح للوقوع وهو الزوجة - فلا يصح التعليق وعندنا كان التعليق صحيحاً حتى لو تزوجها يقع الطلاق).

المبحث الثالث

المانع

المانع في اللغة العائق وما يكفك عن الشيء.
وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادي^(١) أو لا إرادي^(٢) إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله وجعله سبباً صورياً أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقاءه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بحثيات مختلفة إلى أنواع متعددة منها ما يلي:

ولاً - المانع من حيث متعلقه:

١- مانع الحكم:

قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناء على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)^(٣)، أي إذا تعارض في شيء أمران أحدهما يقتضي اعتباره وترتب الأثر عليه، والثاني يقتضي عدم ذلك، يرجح المانع ويوقف العمل بالمقتضي - السبب - . ووجه تقديم المانع إنه يتضمن حكمة لو لم يقدم على السبب لفاتت الحكمة^(٤). ومن تطبيقات هذه القاعدة:

(١) كقتل الوارث لمورثه بإرادته فإنه مانع من أن يرث منه.

(٢) كالجنون فإنه لا إرادي للإنسان، ويمنع صحة تصرفاته، كما يمنع المساءلة عنه جنائياً إذا ارتكب جريمة.

(٣) المجلة م ٤٦.

(٤) في مختصر المنتهى وشرحه ٧/٢ (من الأحكام الثابتة بخطاب الوضع الحكم على الوصف بكونه مانعاً وهو ينقسم إلى مانع الحكم والسبب، أما المانع للحكم فهو ما يستلزم حكمة تقتضي نقيض الحكم كالأبوة في القصاص، فإن كون الأب سبباً لوجود الابن يقتضي أن لا يصير الابن سبباً لإعدامه. وأما المانع للسبب فهو ما يستلزم حكمة تخلل بحكمة السبب، كالدين في الزكاة فإن حكمة السبب وهو مواساة الغني للفقراء من فضل ماله، ولم يدع الدين في المال فضلاً يواسى به).

- أ- إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً من ميراثه.
- ب- إذا قتل الوالد ولده تكون الأبوة مانعة من القصاص، لأن الأب كان سبب وجود الولد، فلا يكون الولد سبباً لإعدامه.
- ج- إذا باع الراهن المال المرهون لا ينفذ^(١) البيع بحق الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي، مع أن كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه ولكن كون المرهون محبوساً عند الدائن المرتهن توثيقاً وضمناً لدينه يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه وإلا لزال الحكمة من إنشاء الرهن، وعلى هذا الأساس يقدم المانع على المقتضي.
- د- لو باع ناقص الأهلية ماله بدون إذن وليه يكون العقد موقوفاً على إجازة الولي رغم إن بيعه مع كونه مالكا للمبيع يقتضي نفاذ العقد، ولكن كونه ناقص الأهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته، لذا يقدم المانع على المقتضي.

٢- مانع السبب:

وهو الذي يكون مبطلاً لأصل حقيقة السبب، بحيث يجعله من الحقيقي إلى الصوري، فلا يبقى له تأثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم مثل ذلك الدين بالنسبة إلى وجوب الزكاة في مال المدين، فسبب وجوبها هو ملك النصاب^(٢)، وحكمة جعل هذا السبب موجباً لوجوب الزكاة هي التكافل الاقتصادي، والتضامن بين الغني والفقير وسد حاجة الفقير عن طريق مواساة المتمكن مالياً للفقراء والمساكين والمحتاجين من فضل ماله، لكن إذا أصبح هذا الشخص مديناً بما يعادل ملك النصاب أو أكثر يعتبر وجود النصاب صورياً فتسقط عنه مسؤولية الزكاة، لأن الشرع الإسلامي يبني الأحكام على الحقائق، لا على الأمور الصورية^(٣).

- (١) أي لا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة الدائن (المرتهن).
- (٢) النصاب : هو المقدار المحدد بالشرع من المال الذي تجب فيه الزكاة، فإذا بلغ هذا الحد تجب فيه وفيما دون ذلك لا تجب.
- (٣) وإذا اعتبرنا تخلف الشرط مانعاً فبالإمكان تقسيمه إلى أربعة أقسام أخرى :
- ١- مانع الانعقاد كعدم مطابقة الإيجاب والقبول في العقد ويسمى مانع انعقاد السبب.
 - ٢- مانع الصحة كعدم القدرة على تسليم المبيع ويسمى مانع تمام السبب.
 - ٣- مانع النفاذ كعدم الولاية على التصرف لنقص الأهلية أو عدم الولاية على المال ويسمى مانع ابتداء الحكم.
 - ٤- مانع اللزوم كخيار من خيارات العقد ويسمى مانع تمام الحكم.

ثانياً - المانع من حيث كونه عنراً :

١- المانع المسقط للمسؤولية الجنائية:

يقوم على تخلف ركيزة من الركائز الآتية للمسؤولية الجنائية:

أ- كون الفعل جريمة حين ارتكابه: أما إذا كان الفعل مباحاً لفاعله حين عمله

لسبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، فإن الإباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية. ومن الجدير بالذكر إن كل سبب من أسباب الإباحة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس أي ليس كل مانع من المسؤولية سبباً للإباحة لأن الفعل قد لا يفقد صفته الجرمية رغم عدم مساءلة فاعله، كالجرائم التي يرتكبها عديم التمييز الجنون أو صغراً أو ما في حكمهما.

ب- التمييز: فكل وصف يعدم تمييز الإنسان يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية الجنائية،

كالجنون والصغر - إذا كان الصغير دون سن التمييز - وما في حكمهما من النوم والعتة ونحوهما، لقول الرسول ﷺ (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ)^(١). المجنون إذا ارتكب جريمة حال جنونه أو ارتكبها حال الإفاقة أو الأهلية ثم جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت لا يسأل جنائياً^(٢)، ولكن يسأل مديناً عن التعويض (أو الدية) لأن التعويض مبني على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ المبني على الإدراك أم لا، وكذلك الصبي غير المميز والنائم الذي وقع على إنسان من مرتفع فقتله، والمعتوه عتياً يكون في حكم المجنون وفي حكم المجنون من فقد تمييزه بمسكر مباح أو كان غير عالم بأنه مسكر أو أكره على تعاطيه أو أجاته إليه ضرورة وفي غير هذه الحالات لا يعتبر المسكر مانعاً.

ج- الاختيار: فالإكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية عند بعض

الفقهاء^(٣) إذا كان ملجئاً أي معدماً للرضا والاختيار، فإنما يسأل المكره (بكسر الراء)

(١) رواه احمد والأربعة الا الترمذي وصححه الحاكم، سبل السلام ٢٣٨/٣، تقدم تخريجه.

(٢) الخرشني على مختصر الخليل ٩/٨، الام للشافعي ٣٤/٦، المبسوط للسرخسي ١٨٥/٢٦، المغني لابن

قدامه ٣٤٦/٧، شرائع الإسلام للمحقق الحلبي ٢٧٥/٣، الروض النضير ٥٦٢/٤.

(٣) وهم الحنفية، المبسوط للسرخسي ٧٢/٢٤ وما بعدها. والزيدية، البحر الزخار ١٠٠/٥.

لقول الرسول ﷺ (رُفِعَ عَن أُمَّتِي الْخِطَاءُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ) ^(١)، لأن المكره إكراهها ملجئاً بمثابة آلة التنفيذ بيد المكره.

وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعة وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الإنسان بمخطر، لذا لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أُلجأته إليها ضرورة وقاية نفسه وغيره أو عرض ومال نفسه أو غيره من خطر جسيم أو محدد لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى كالإجهاض لإنقاذ حياة الأم.

د- القصد الجنائي: فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع

المسؤولية الجنائية إذا لم يكن خطأ جسيماً، وذلك وفقاً لقوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ ^(٢). ولكن يسأل مديناً فتجب عليه أو على عاقلته الدية لقوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ ^(٣)، فتحرير الرقبة أو بدله عند عدم وجود الرقبة كفارة حق الله (حق عام)، والدية حق ورثة المجني عليه.

هـ- العلم بتحريم الفعل: والجهل به في حالة غياب العلم مانع من المسؤولية الجنائية إذا

لم يكن عالماً حين ارتكاب الفعل بأنه محرم لا يجوز فعله، أو واجب لا يجوز تركه، ولم يكن باستطاعته أن يعلم ذلك فانه لا يسأل جنائياً لأن جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية خلافاً للقانون، لسببين أحدهما انه تكليف بما لا يطاق، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ^(٤)، وثانيهما أن الشريعة

^(١) رواه ابن ماجه ٢٠٤٥، ورواه الحاكم ١٩٨/٢. قال إمام الحرمين، البرهان ١٢٢٣/٢ (في المكره على القتل ثلاثة مذاهب، أحدها أن القصاص على المكره -بكسر الراء-، والثاني أن القصاص على المكره -بفتح الراء-، والثالث أن القصاص عليهما وهو مذهب زفر)، ونسبة القول الثالث إلى زفر غير مطابقة للواقع.

^(٢) سورة الأحزاب ٥.

^(٣) سورة النساء ٩٢.

^(٤) سورة البقرة ٢٨٦.

الإسلامية أولى شريعة أتت بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وذلك في آيات كثيرة منها ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَلْتَأُوا عَلَيْهِمْ ۗ آيَاتِنَا﴾^(١).

٢- المانع المخفف:

والعذر قد لا يصل إلى درجة أن يكون مانعاً مسقط للمسؤولية لأن مرتكب العمل الإجرامي يتصف بحالة وسطية بين عديم الأهلية فليس مثله حتى يسقط التكليف، وبين كامل الأهلية وليس متمتعاً بأهلية كاملة^(٢) حتى يسال مساءلة جنائية كاملة، فهذه الحالة الوسطية تعتبر مخففة للعقوبة والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي، وهناك أعدار قانونية وظروف قضائية تعتبر من الظروف المخففة، فهي مانعة من مساءلة المتهم مساءلة كاملة ومعاقبته بالعقوبة التامة المقررة للجريمة المرتكبة في حالة طبيعية غير مقترنة بالأعدار والظروف المخففة^(٣).

ومن أهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة، الأهلية الناقصة. وفي أكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالأحداث، ومحكمة مختصة تسمى محكمة الأحداث^(٤).

ثالثاً - المانع من حيث مده:

١- المانع ابتداء (إنشاء) واستمراراً:

كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً^(١)، فهي موانع صحة الزواج ابتداءً واستمراراً، وعلى سبيل المثال، الرضاع مانع من إنشاء الزواج ومن استمراره، فإذا كان بين ذكر وأنثى الإخوة

(١) سورة القصص ٥٩.

(٢) ويسمى الصغير في هذه الفترة الصبي المميز، وسن البلوغ عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، والاحتلام عادة لا يتأخر عن ذلك إلا لعراض بدني، غير أن أبا حنيفة (رحمه الله) خالف الجمهور وحدد سن الرشد (الأهلية الكاملة) بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة. ففي المبسوط ١٨٤/٩ (وفي الغلام في إحدى الروايتين بثماني عشرة سنة وهو الأصح بالاعتبار)، والرواية الأخرى (تسع عشرة سنة)، ويتفق المالكية مع أبي حنيفة غير أنهم اختلفوا، فمنهم من حددها بثماني عشرة سنة ومنهم من قال بان سن إكمال الأهلية تسع عشرة سنة.

(٣) انظر م ١٢٨-١٣٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٤) لمزيد من التفصيل، راجع (موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية) للمؤلف، ص ٧٢ وما بعدها.

في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلاً، وكذلك إذا حدثت هذه الأخوة الرضاعية بعد الزواج تبطله، وينفسخ تلقائياً، وتصويره أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز في الإسلام ويتولى وليهما الإيجاب والقبول بدلاً عنهما، فإذا أرضعت امرأة الزوجين وهما دون سنتين من العمر يبطل زواجهما، وكذلك إذا أرضعت أم الزوج الزوجة الصغيرة أو أرضعت أم الزوجة الزوج الصغير يبطل الزواج.

ويتحقق الحكم المذكور في المصاهرة أيضاً عند من يقول بثبوتها بالزنا، فالمصاهرة كالرضاع مانعة من صحة الزواج ابتداءً فلا يجوز للاب أن يتزوج زوجة أولاده وأولاد أولاده، وإن حصلت الفرقة قبل الدخول لإطلاق قوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(١)، وكذلك تحرم بالمصاهرة أم الزوجة لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٢). وتحرم على الأولاد وأولاد الأولاد زوجات الآباء والأجداد لقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٣). هذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن قال بأن المصاهرة تثبت بالزنا أيضاً، كالحنفية قالوا (إذا زنى الأب بزوجة ابنه أو زنى الابن بزوجة أبيه يبطل الزواج، لأن لفظه - نكاح - حقيقة في الوطء - المعاشرة الجنسية -)^(٤) سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

٢- المانع ابتداءً لا استمراراً:

فقد يكون المانع مؤثراً في الابتداء يمنع صحة التصرف، لكن إذا تم التصرف ثم حدث المانع

(١) في القواعد للزرکشي ٣٤٧/٢ (الطارئ ينزل منزلة المقارن قطعاً كما لو طرأ مؤبد تحريم قطعه، فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة أو وطنى لشبهة هو أمها أو بنتها انفسخ النكاح).

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) سورة النساء ٢٢.

(٥) في شرح إفاضة الأنوار، ص ٧١ (والنكاح في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ سورة النساء: ٢٢ للوطء دون العقد)، انظر شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ وما بعدها.

فانه لا يؤثر عليه، وبالتالي لا يبطله على أساس قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء)^(١)، ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا اختلطت زوجة شخص وعاشرها المختطف ثم رجعت إلى زوجها فلا يجوز للزوج أن يعاشرها حتى تنتهي عدتها من تاريخ المعاشرة إذا كانت من ذوات الحيض وفي سن الإنجاب، خشية اختلاط الأنساب، فالعدة مانعة من صحة الزواج ابتداء، لكن إذا حدث أثناء الزواج كما في هذه الحالة أو حالة الدخول بالشبهة والمدخول بها تكون زوجة لغير الداخل لا تبطل الزواج.

ب- المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعة من إنشاء الزواج ولكن إذا حدث أثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية، لكن تبطله عند الحنفية^(٢).

ج- الإحرام في الحج مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الزوج أو الولي عند جمهور الفقهاء، لكن بعد إنشاء الزواج إذا لبس الزوجان أو أحدهما الإحرام لا يبطل زواجهما لأنه مانع ابتداء وليس بمانع لاستمراره^(٣)، ولا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو اجر شخص داره ثم ظهر من هو مستحق لنصفها مثلاً، فإن الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة رغم أن كون المال مشاعاً مانع ابتداء من إنشاء الإجارة لغير الشريك^(٤).

(١) المجلة، م ٥٦م، وفيهما أيضاً م ٥٥م (يفتقر في البقاء ما لا يفترض في الابتداء). وبعكس ذلك قد يفترض في الابتداء ما لا يفترض في البقاء كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ولكنه ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بين الزوجين بعقد جديد أو الرجعة.

(٢) في الروضة البهية واللمعة ٨٦/٢ (وحكم وطء الشبهة والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة فتحرم الموطئ بها على أبيه وابنه، وتحرم عليه أمها وبناتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، ولو تأخر الوطء فيهما عن العقد لم تحرم المعقود عليها هذا هو الصحيح).

(٣) في المغني لابن قدامة ٦٤٩/٦ (أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره لكونه ولياً أو وكيلًا فانه لا يصح لقول النبي ﷺ (لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمَ وَلَا يُنْكَحُ).

(٤) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ١١٧/١، وعدم الجواز مذهب أبي حنيفة.

٣- المانع استمراراً لا ابتداءً:

كالطلاق مانع من استمرار الزوجية^(١)، ولكن ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد، إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة. وكخيار البلوغ في زواج الصغير والصغيرة إذا كان الولي غير الأب والجد عند من يجوزه وكخيار الإفاقة في زواج المجنون والمجنونة.

رابعاً- المانع باعتبار تأثيره على صحة العقد :

١- المانع من الانعقاد:

كالوقف فانه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة، لأن ربة المال الموقوف ترجع ملكيتها إلى الله، فالموقوف عليه لا يملك إلا المنفعة فهي ملكية ناقصة.

٢- المانع من الصحة:

كالربا فان الزيادة (الفائدة) مانعة من صحة العقد، فينعقد البيع الربوي أو القرض الربوي فاسداً عند الحنفية، ويفيد الملك الخبيث بعد القبض، فيجب إما فسخ العقد أو إزالة سبب الفساد، فإذا أزيل يتحول إلى الصحيح دون الحاجة إلى إنشائه مرة أخرى. وبهذا يختلف الفساد عن العقد الباطل، فانه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان بل لا بد من إنشائه مرة أخرى.

٣- المانع من النفاذ:

كتعلق حق الغير بمحل العقد، كما في عقد الفضولي، فانه موقوف على إجازة المالك، وكالوصية بأكثر من ثلث التركة، فإنها موقوفة في الزيادة على إجازة الورثة بعد الوفاة، وتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثلث التركة فإنها كالوصية تتوقف الزيادة على إجازة الورثة، وكنقص الأهلية فانه مانع من صحة تبرعات ناقص الأهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي فإنها تتوقف في نفاذها على إجازة الولي.

^(١) ومن موانع الاستمرار دون الإنشاء الجنون والإفلاس، فإذا جن المدين بدين مؤجل أو أفلس، حل دينه وانقضى الأجل لأنهما مانعان من استمرار التأجيل كالوفاة، ولكن يجوز للولي أن يستدين للمجنون ديناً مؤجلاً، وكذلك يجوز للمفلس الاستدانة بالأجل، انظر الإبهاج شرح المنهاج ١٥٤/٣.

٤- المانع من لزوم العقد:

كعيب من عيوب الإرادة (كالإكراه)^(١)، والغلط في وصف مرغوب فيه والتغريب مع الغبن الفاحش، والاستغلال، فإن هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الإسلامي، ويتفق معه الفقه الغربي حيث يعتبره قابلاً للإبطال، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم يأخذ به المشرع العراقي. فعيوب الإرادة عنده من موانع لزوم العقد^(٢).

هذه الموانع الأربعة هي نفس ما سماها علماء الأصول مانع انعقاد السبب، ومانع تمام السبب، ومانع ابتداء الحكم، ومانع تمام الحكم.

خامساً - المانع من حيث للمحل الذي يقوم به :

١- المانع القائم بفاعل الفعل:

كالجنون والعتة والصغر والجهل والنوم والإغماء، ونحو ذلك مما يعدم الإدراك والوعي فإنه مانع من مساءلة من يقوم به إذا ارتكب جريمة حين قيام المانع، فلا يسأل جنائياً لعدم توافر الإدراك، وبالتالي تخلف الركن المعنوي للجريمة لكنه مسؤول مدنياً عن تعويض الضرر الذي يحدثه لأنه من باب الحكم الوضعي.

٢- المانع القائم بالفعل المحظور المعاقب عليه هرعاً أو قانوناً:

ككون الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي أو لحق مقرر شرعاً كتأديب الولد والعملية الجراحية والألعاب الرياضية وكوقوع الفعل أداءً للواجب أو تنفيذاً لقصاص، وغير ذلك من موانع المسؤولية الجنائية العائدة إلى ذات الفعل.

٣- المانع الراجع إلى وسائل الإثبات:

كترجع الشاهد عن شهادته في جرائم الحدود، وكالتقادم المسقط.

(١) في الإكراه خلاف، فعند الحنفية العقد فاسد، وعند المالكية العقد غير لازم، وعند الشافعية والظاهرية باطل، وعند الجعفرية وزفر من الحنفية موقوف، وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني م ١٣٤. (٢) وما تجدر الإشارة إليه إن تخلل المانع لا اثر له غالباً، فالجنون بعد الرهن وقبل القبض لا يبطله، فكذلك بعد الوصية عند الجمهور، ولكن قال البعض لو جن الموصي قبل موته بطلت الوصية وبه أخذ المشرع العراقي إن مات مجنوناً.

٤- المانع العائد إلى صاحب الحق - محل الاعتداء - :

إما بولاية خاصة كتنازل الورثة (أو ولي الدم) عن القصاص، أو بولاية عامة كإعفاء رئيس الدولة الجاني من عقوبة جريمة تعزيرية رعاية للمصلحة العامة.

سائلاً: من حيث الثبات :

موانع ثابتة: كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً.

موانع غير ثابتة: كمحرمات الزواج تحريماً مؤقتاً^(١)

المانع والعاجب:

يتضح الفرق بينهما في مسائل الميراث، فالوارث الذي فيه مانع من موانع الميراث وجوده وعدمه سيان، فلا يؤثر على وارث آخر في الميراث. فمن قتل أباه وكان لأبيه إخوة وأخوات يكون الميراث لهم لأن الابن بمثابة المعدوم لا يحجبهم. أما إذا كان الوارث محجوباً بوارث آخر أقوى منه قرابة، فلا يعتبر بحكم المعدوم بل قد يكون له التأثير على الورثة الآخرين، مثل ذلك من مات عن أب وأم وأخوين فصاعداً، فالإخوة يحجبون الأم من أوفر حظيها أي من الثلث، فلها السدس رغم أنهم يحجبون بالأب لقوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُولَئِهِ السُّدُسُ﴾^(٢).

الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي:

إضافة إلى اختلاف الحكمين في الحقيقة والمضمون كما ذكرنا فإن بينهما فروقاً جوهرية أهمها:

أ- الحكم التكليفي بما فيه من الكلفة والمشقة وبما يترتب عليه من المسؤولية

^(١) فالملويدة كالنسب، والرضاع، والمصاهرة، والمؤقتة كتعلق حق الغير بالزواج، أو العدة، والجمع بين الأختين، وعدم الدين السماوي، والمطلقة ثلاثاً، واللعان، فاللاعن إذا كذب نفسه يجوز له استئناف الزوجية مع زوجته المقدوفة.

^(٢) سورة النساء ١١.

لا يتعلق إلا بأفعال البالغين العاقلين، بخلاف الحكم الوضعي فإنه من قبيل ربط السبب بمسببه أو الشرط بمشروطه أو المانع بممنوعه، فلا يشترط فيه البلوغ والعقل بدليل وجوب التعويض في مال القاصر إذا اُتلف مال الغير^(١)، وبوجوب الزكاة في ماله إذا كان مالك النصاب.

ب- الحكم التكليفي يكون دائماً في تصرفات الإنسان بخلاف الحكم الوضعي فإنه كما يكون في التصرفات كالقتل سبب للعقوبة ومانع من الميراث، وحضور الشاهدين شرط لصحة الزواج، كذلك يكون في الوقائع الشرعية الخارجة عن تصرفات الإنسان كالقراية جعلت سبباً للميراث، ولوجوب النفقة، والصغر والجنون جعلاً من موانع صحة التصرفات والعقل فإنه شرط لصحة التصرفات، وكل ذلك وقائع لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينها.

ج- في الحكم التكليفي يشترط علم المكلف بما يكلف به بخلاف الحكم الوضعي فالقاصر يلزم في ماله تعويض إتلافه، وتجب الزكاة في نصابه رغم عدم علمه بذلك لعدم إدراكه.

د- في الحكم التكليفي يشترط القدرة على الحكم المكلف به بخلاف الحكم الوضعي فلا يشترط أن يكون من مقدور الإنسان كما في الأمثلة المذكورة في الفقرات السابقة.

وقال البعض^(٢) (يستثنى من عدم اشتراط العلم والقدرة الأسباب التي توجب العقوبات - أي الأسباب الإجرامية - والأسباب التي تنقل الأملاك كالعقود والتصرفات

^(١) في الفروق للقرافي ١٦٤/١ (الصبي إذا أفسد مال غيره وجب على وليه إخراج الجابر (التعويض) من مال الصبي بالإتلاف سبب للضمان وهو من خطاب الوضع، فإذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة أخذت من ماله بعد بلوغه لأن السبب قد تحقق في زمن الصغر وتأخر أثره إلى ما بعد البلوغ، وإذا كان للقاصر مال وجب على وليه دفعه من هذا المال). في جمع الجوامع وشرحه ٥١/١ (ولا خطاب- أي خطاب تكليف- يتعلق بفعل غير البالغ العاقل وولي الصبي والمجنون مخاطب بأداء ما وجب في ماله من كالتزكاة وضمان المتلف كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما أتلفته)، حيث فرط في حفظها لتنزل فعلها في هذه الحالة منزلة فعله). في التمهيد للأسنوي، ص ١١٦ (لا يشترط التكليف في خطاب الوضع كجعل الإتلاف موجبا للضمان ونحو ذلك ولهذا تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون والضمان بفعلهما).

^(٢) كالفراقي حيث قال في الفروق ١٦٢/١ (استثنى صاحب الشرع من اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين :

الانفرادية - الإرادة المنفردة - فيشترط في هذين النوعين العلم والقدرة)، ولكن في نظرنا أن اشتراط هذين الشرطين استثناء يرجع إلى سببين:

أحدهما كون هذه الأسباب من الأحكام التكليفية، كما أنها من الأحكام الوضعية. والسبب الثاني أن العلم والقدرة من شروط تأثير هذه الأسباب لا لأجل تكوينها واعتبارها من الأحكام الوضعية وتختلفها يعتبر من موانع هذه الأسباب.

هـ- خطاب التكليف إنشاء لأنه طلب وأمر بالفعل أو الترك

أما خطاب الوضع فإنه خبر أي أن الشارع لوضع هذه الأمور أخبرنا بوجود أحكامه وانتفائها عند وجود تلك الأمور وانتفائها، كأنه قال مثلاً (إذا وجد النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة والحول الذي هو شرطه فاعلموا أنني قد أوجبت عليكم أداء الزكاة، وإذا وجد الدين (المانع) أو انتفى السبب أو الشرط فاعلموا أنها غير واجبة عليكم).

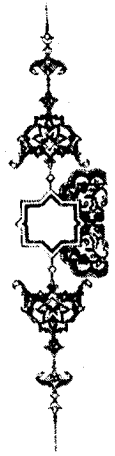
ورغم الفروق الجوهرية المذكورة في الحكمين التكليفي والوضعي، فإنهما كثيراً ما يجتمعان في بعض تصرفات الإنسان كالبيع فإنه من حيث كونه مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو محرماً حسب ظروفه حكم تكليفي، ومن حيث أنه سبب الملكية حكم وضعي، والإتلاف من حيث أنه عمل غير مشروع حكم تكليفي، ومن حيث أنه سبب التعويض حكم وضعي، وحضور الشاهدين من حيث أنه عمل مباح أو مندوب حكم تكليفي، ومن حيث أنه شرط صحة الزواج حكم وضعي، والقتل من حيث أنه محرم حكم تكليفي ومن حيث أنه مانع من الميراث حكم وضعي، وهكذا.

والحاصل النسبة بين الحكمين التكليفي والوضعي التباين بحسب المفهوم كما سبق في تعريف كلاً منهما، إلا أنها عموم وخصوص وجهي بحسب التحقق، فهما يجتمعان في كثير من التطبيقات الشرعية كالزواج سبب للميراث وواجب أو مستحب أو حرام أو مكروه أو مباح حسب الظرف، والقتل والجرح محرمان وسببان للقصاص، ومن الجدير بالذكر أنهما لا يجتمعان إلا في تصرفات تكون من مقدور الإنسان أن يقوم بها.

الأسباب التي هي أسباب للعقوبات وهي جنایات، فيشترط فيها العلم والقدرة لأن رحمة صاحب الشرع تأتي عقوبة من لم يقصد الفساد وأسباب انتقال الأملاك كالبيع والهبة والوصية لأنها لا تفيد الملك ما لم يتوفر الرضا ولا يكون الرضا إلا مع العلم والقدرة)، نقلته مع التصرف.

وقد يتحقق الحكم الوضعي بدون الحكم التكليفي وذلك في المجالات غير الخاضعة لسلطة الإنسان، كالقراءة سبب للميراث ولوجوب النفقة، وكالبلوغ والعقل، فهما شرطان لصحة تصرفات الإنسان، وكالجنون فإنه مانع من المسؤولية الجنائية، فهذه الأمور من الأحكام الوضعية فقط، فلا يتحقق فيها الحكم التكليفي لأن من شروطه أن يكون المكلف به من مقدور الإنسان، وقد يتحقق خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات^(١).

^(١) في الفروق للقرافي ١٦٤/١ (خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات فهي من خطاب التكليف فقط فهي وإن كان صاحب الشرع جعلها سبباً لبراءة الذمة وترتب الثواب ودرء العقاب، غير إن هذه ليست أفعالاً للمكلف ونحن لا نعني بكون الشيء سبباً إلا كونه وضع سبباً لفعل من قبل المكلف).



الفصل الثالث عناصر الحكم الشرعي

الحكم الشرعي سواء أكان تكليفياً أم وضعياً
لا يتحقق إلا بتوافر ثلاثة عناصر (أركان)
وهي:

الحاكم (الشارع للأحكام).

والمحكوم فيه (التصرفات والوقائع).

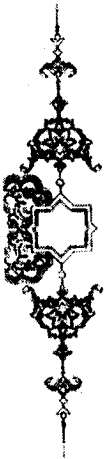
والمحكوم عليه (الإنسان المكلف) في الأحكام

التكليفية و(الإنسان مطلقاً والوقائع) في

الأحكام الوضعية.

وأهمية هذه العناصر تتطلب إفراد كل واحد

منها بمبحث مستقل.



المبحث الأول الحاكم (شارع الأحكام)

أجمعت الأمة الإسلامية من الفقهاء والأصوليين والفلاسفة على أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة وسببية وشرطية ومانعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال في القرآن الكريم ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾^(١)، كما اتفق الجمهور^(٢) على أن لكل مسألة تواجه الفرد أو المجتمع أو الأمة في جميع مجالات الحياة حكماً شرعياً إلهياً واحداً إن أصابه المجتهد فهو مصيب، وإن وصل اجتهاده إلى غيره فهو خاطئ والدليل على وحدة الحكم لكل مسألة أو قضية القرآن والسنة والإجماع وأقوال الصحابة والمعقول.

١- القرآن:

قال سبحانه وتعالى ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾^(٣).

وجه الاستدلال أن الله تعالى خص سليمان بفهم الحق في الواقعة بعد اشتراكهما في الحكم وذلك يدل على إصابة سليمان دون داود (عليهما السلام)، وإلا لما كان لتخصيص سليمان بالتفهم فائدة، وبالتالي يدل على اتحاد حكم الله في الحادثة وكون المصيب في الاجتهاد عند اختلاف المجتهدين في واقعة واحدة واحداً^(٤).

(١) سورة الانعام ٥٧.

(٢) وقال فقه لا يعتد برأيهم أن حكم الله هو ما يصل اليه المجتهد في اجتهاده، وبناء على ذلك يجوز أن يكون لمسألة واحدة عدة أحكام في ضوء اختلافات المجتهدين، هذا مرفوض كما ثبت ذلك بالادلة.

(٣) سورة الانبياء ٧٨-٧٩، قضى داود عليه السلام بالغنم لصاحب الحرث مقابل الضرر الذي أصابه، وقضى سليمان عليه السلام بان تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بالبانها وسمونها واصوافها تعويضاً عن الضرر دون أن تنتقل ملكية الغنم اليه، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله رد كل واحد منهما ما له إلى صاحبه. يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٠٨/١١.

(٤) شرح المنار لابن ملك، ص ٨٢٥.

٢- السنة النبوية :

قال النبي ﷺ (إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ^(١) ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ فَإِذَا حَكَمَ وَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ^(٢) فَلَهُ أَجْرٌ)^(٣). وهذا الحديث من الأدلة القطعية على أن حكم الله في كل مسألة واحد ولو كان متعدداً كما زعم البعض^(٤) لما كان هناك خطأ ولا صواب في الاجتهاد، أما الخطأ فواضح، وأما الصواب فلأنه لا يستعمل إلا لشيء يتصور فيه الخطأ.

٣- الإجماع :

أجمعت الأمة الإسلامية على شرعية المناظرة بين المجتهدين ولو كان كل مجتهد مصيباً فيما أدى إليه اجتهاده لكانت المناظرة عبثاً، إذ لا فائدة لها إلا الإصابة ومعرفة الحق وتمييزه من الخطأ وإظهار الصواب، وتصويب الجميع ينفي ذلك^(٥).

٤- أقوال الصحابة :

سئل أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن الكلالة فقال (أقول فيها برأبي فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان، أراه ما خلا الوالد والولد)^(٦).

(١) أي أراد أن يحكم لأن الاجتهاد يكون قبل الحكم.

(٢) أي لم يوافق حكمه حكم الله.

(٣) الحديث متفق عليه، سبل السلام ١٥٥/٤، تقدم تخريجه.

(٤) شرح المنار ص ٨٢٧.

(٥) شرح المنار، المرجع السابق.

(٦) أي الوارث الذي لا يرث عن طريق الأبوة ولا عن طريق البنوة، والكلالة وردت في قوله تعالى ﴿وَإِنْ

كَانَ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا

أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ سورة النساء ١٢. والمراد الاخوة والأخوات من الأم لأن

حكم الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بينه قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ

مِثْلِ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾ سورة النساء ١٧٦. أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب حجب الاخوة

والأخوات من قبل الأم ٢٢٣/٦.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المفوضة^(١) التي مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يسم لها مهراً (أجتهد برأيي فان يكن صواباً فمن الله وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان^(٢)) لها الميراث، ولها مهر مثلها، لا وكس ولا شطط).

وهذان الأثران من كبار الصحابة يدلان بوضوح على أن حكم الله في كل مسألة أياً كان مجالها ونوعها حكم واحد، فالمتجهد الذي يكتشفه يكون مصيباً والذي يذهب إلى حكم آخر مخالف يكون خاطئاً، ومع ذلك ماجور على بذل جهده لاكتشاف حكم الله.

٥- العقول:

أي الدليل العقلي، فالعقل السليم يقضي بان حكم الله واحد في كل مسألة وإلا للزم التناقض والتضارب في الأحكام لمسألة واحدة، وعلى سبيل المثال قال جمهور الفقهاء (لا يصح الزواج إلا بحضور شاهدين)، وقال الشيعة الإمامية (يصح بلا شهود)، فأحد هذين الرأيين خطأ حتماً وإلا للزم اجتماع النقيضين بين الحكمين المتعارضين (يصح ولا يصح) في مسألة واحدة وفي ظرف واحد، والتناقض مرفوض لأن اجتماع النقيضين مستحيل استحالة منطقية.

نور العقل في اكتشاف حكم الله قبل التبليغ بالشرع:

اختلف الأصوليون وفلاسفة المسلمين من المعتزلة والأشاعرة والماتريدية وغيرهم في هذه المسألة، ثم اخذ الخلاف لدى الباحثين الذين أتوا بعد هؤلاء شكلاً مشوهاً وصورة غير واقعية للأسباب الآتية:

أ- لم يحاول أكثرهم تحديد محل الخلاف مما أدى بهم إلى استنتاج نتائج بعيدة عن المنطق والحقيقة.

ب- لم يبينوا أساس الخلاف، ومدى دور الحسن والقبح بتصرفات الإنسان فيما يثبت لها من الأحكام.

ج- لم يحفظوا بالدقة في تفسير كلام المعتزلة مما أدى بهم إلى توجيه النقد اللاذع^(١) إلى هذه

(١) المفوضة: امرأة تزوج بدون تحديد مهرها ويترك الأمر لها بعد الزواج ويكون لها مهر المثل بعد الدخول.
(٢) شرح المنار، المرجع السابق، تقدم تخريجه.

الجماعة من فلاسفة المسلمين الذين يتميزون بالعقل الناضج وبإعطاء المركز الملائم لدور العقل وبناء كثير من الأمور المهمة في الإسلام على العقل. ولكل ذلك من المستحسن تحديد محل الخلاف أولاً وبيان أساسه ثانياً وتفسير مراد المعتزلة ثالثاً. ومن الجدير بالذكر أن الله تعالى أمر باستخدام العقل في (٤٩) آية قرآنية.

أولاً- تحليل وتحديد محل الخلاف:

١- لا خلاف في أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية التكليفية والوضعية هو الله سبحانه وتعالى، وان دور العقل عند من يقول به يقتصر على الاكتشاف دون الإيجاد والتشريع.

٢- لا خلاف في أن استيعاب الأحكام الشرعية بصورة مفصلة لا يكون إلا عن طريق الشرع، وان دور العقل عند من يقول به يقتصر على الإدراك الإجمالي لهذه الأحكام.

٣- لا خلاف في أن بعض الأحكام الشرعية لا يدركها عقل الإنسان حتى عند المعتزلة ومن هذا حذوهم، كحسن صوم آخر يوم من شهر رمضان، وقبح الصيام في اليوم الذي يليه مباشرة، وهو أول يوم من شهر شوال لأنه يصادف العيد، والصوم في العيد محرم لما فيه من الإعراض عن ضيافة الله.

٤- لا خلاف (أو يجب أن لا يوجد الخلاف) في أن الإيمان بالله واجب عقلي^(١) ويثبت بالعقل لا بالشرع، لأنه لو ثبت بالشرع الذي يثبت بالإيمان بالله للزمت الاستحالة المنطقية، أي توقف الشرع على الإيمان بالله، وتوقف الإيمان بالله على الشرع، وهو باطل لأنه يستلزم توقف الشيء على نفسه وتوقف الشيء على نفسه يستلزم

^(١) لذعه بلسانه: أوجعه بكلام.

^(٢) في نسمات الاسحار لابن عابدين، ص ١٢٠ (أن السبب لوجوب الايمان حدوث العالم يعني أن سبب الايمان بالله تعالى أي التصديق والإقرار لوجوده ووحديته وسائر صفاته على ما ورد به النقل وشهد به العقل هو حدوث العالم أي كون جميع ما سوى الله تعالى من الجواهر والأعراض مسبوقاً بالعدم، وإنما سمي عالماً لأنه علم على وجود الصانع به يعلم ذلك، ولا خفاء في أن وجوب الإيمان بإيجاب الله، إلا انه نسب إلى سبب ظاهر تيسيراً على العباد وقطعاً لحجج المعاندين وإلزماً لهم لئلا يكون لهم تشبث بعدم ظهور السبب).

تقدم الشيء على نفسه ، واللازم باطل وكذلك الملزوم^(١).

ثانياً- تحليل وتحديد الأساس:

أساس الخلاف هو التحسين والتقيح لتصرفات الإنسان ، هل هما شرعيان يثبتان بالشرع كما يقول الجمهور ، أو عقليان كما يقول المعتزلة؟

١- لا خلاف في أن الحسن بمعنى ملائمة الطبع كالأغذية اللذيذة والمناظر الطبيعية الجميلة ، والقبح بمعنى منافرة الطبع كأكل الميتة والمنظر القبيح والرائحة الكريهة عقليان يدركهما عقل الإنسان ويحكم بقبح هذا وحسن ذلك دون الحاجة إلى الشرع.

٢- لا خلاف في أن الحسن بمعنى صفة الكمال كالكرم والشجاعة والعلم والأخلاق الحميدة ، والقبح بمعنى صفة النقص كالبخل والجبن والجهل والأخلاق الرذيلة عقليان يدركهما العقل ، ويحكم بالحسن والقبح دون اللجوء إلى الشرع.

٣- لا خلاف في أن كل ما أمر به الله حسن لأنه يجلب للإنسان مصلحة ، وان كل ما ينهى عنه شرع الله قبيح لما يتضمنه من مضرة أو مفسدة يجب استبعادها.

٤- إنما الخلاف في حسن بمعنى ما يوجب المدح عاجلاً والثواب أجلاً ، وقبح بمعنى ما يؤدي إلى ذم فاعله عاجلاً وعقابه أجلاً.

وقد اختلف في ذلك علماء المسلمين من الأصوليين والفلاسفة والفقهاء على ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول:

وهو ما تبناه الأشاعرة من فلاسفة المسلمين ، أن الحسن والقبح بالمعنى الأخير شرعيان لا يمكن إدراكهما عن طريق العقل ، فلا يعرف حسن الشيء ولا قبحه إلا بعد مجيء الشرع ، فعندئذ يدرك العقل أن كل ما أمر به الشرع حسن ، وكل ما نهى

^(١) إيضاح ذلك لو فرضنا أن (أ) كائن موجود يتوقف على وجود (ب) ، وان (ب) في وجوده يتوقف على وجود (أ) للزم توقف (أ) على (أ) بعد حذف الوسط (ب) وهذا يستلزم تقدم (أ) من حيث انه خالق على نفسه من حيث انه مخلوق ، وذلك باطل ، وما يستلزم الباطل أيضاً باطل ، وبناء على ذلك يكون الايمان بالله واجباً عقلياً يثبت بالعقل وبالنظر والاستدلال به على وجود الخالق ، هذا اضافة إلى أن الايمان بالله واجب شرعي.

عنه قبيح ، وقد تغالوا في هذا الرأي إلى درجة أن قالوا (لو فرضنا أن المأمور به أصبح منهياً عنه أو حدث عكس ذلك لتحول الحسن إلى القبيح ، والقبيح إلى الحسن تلقائياً تبعاً للأمر والنهي ، لأنهما من آثارهما ومن موجباتهما).

الاتجاه الثاني:

وهو ما تزعمته المعتزلة ، مفاده أن الحسن والقبح لتصرفات الإنسان موجودان قبل الشرع لذات التصرف أو لوصفه ، فيدركهما عقل الإنسان قبل الشرع ، لأن الحسن مبني على أساس مصلحة مادية أو معنوية ، والقبح يترتب على قيام مفسدة أو مضرة مادية أو معنوية ، وكل من المصلحة والمفسدة لا تخفى على العقل بحيث يستطيع عن طريقهما إدراك الأحكام الشرعية قبل ورود الشرع^(١).

الاتجاه الثالث:

الذي قال به الماتريدية ومن حذا حذوهم ، هو يتفق مع الاتجاه الثاني في أن العقل يدرك حسن وقبح التصرف الذاتيين ويتفق مع الاتجاه الأول في أن العقل رغم إدراكه للحسن والقبح لا يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية قبل الشرع.

ثالثاً- مراد المعتزلة من قولهم بحاكمية العقل ووجوب الأصلح على الله:

فسر كثير من الأصوليين وغيرهم قول المعتزلة بحاكمية العقل أن العقل هو الشارع والصانع للأحكام الشرعية ، وإن دور التشريعات الإلهية يقتصر على إقرار ما شرعه العقل من الأحكام لتصرفات الإنسان ، وإن المقصود من وجوب الأصلح هو الوجوب بالمعنى المتعارف في الحكم التكليفي^(٢).

^(١) عقل الإنسان قبل تلبغه بالشرع بإمكانه أن يقض بان كل عمل إذا كان فعله حسناً وتركه قبيحاً فهو واجب كالعدل ، وإذا كان بعكس ذلك فهو محرم كالظلم ، وإذا كان فعله حسناً وتركه ليس قبيحاً فهو مندوب ، وإذا كان بعكس ذلك فهو مكروه ، وإذا كان كل من الفعل والترك ليس بحسن ولا قبيح فهو مباح.

^(٢) ومن القائلين بالتفسير الخاطئ لمراد المعتزلة صدر الشريعة في كتابه التوضيح شرح التفتيح مع التلويح (١٥٨/٢) (الخلاف بيننا وبين المعتزلة في أمرين ، أحدهما أن العقل عندهم حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله وعلى العباد ، أما على الله فلان الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة ، وأما على العباد فلان

وكل من التفسيرين المذكورين غير صحيح وغير مطابق لما قصده المعتزلة^(١) أما عدم صحة الأول فلأن المقصود من حاكمية العقل هو أن العقل يدرك أحكام الله لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو بعده وقبل تبلغ الإنسان به وذلك عن طريق حسن وقبح هذه التصرفات ، ثم يحكم في ضوء ذلك على الإنسان باتباع أحكام الله ويحملهم مسؤولية مخالفتها.

وأما عدم مطابقية التفسير الثاني لمعاد المعتزلة من قولهم (بوجوب الأصلح للعباد على الله) فلأن المقصود من الواجب ليس معناه الاصطلاحي الشرعي وهو أن (فاعله يثاب وتاركة يعاقب) ، وإنما المراد منه أن حكمة العدالة الإلهية تقتضي معاملة عباده بما يستحقونه في ضوء وعده بذلك في شرائعه ، وانه من المستحيل أن يعمل بما يتعارض مع حكمته بما يخالف وعده. وهذا المعنى أطلق عليه المعتزلة مصطلح الواجب تجوزاً وتوسعاً لزيادة الاهتمام بشأته. والحاصل أن المراد بالواجب هو الواجب العقلي أي أن الأصلح هو من مقتضى عدالته وليس الواجب الذي هو من أقسام الحكم التكليفي.

تقويم رأي المعتزلة:

أثبت واقع الحياة وتطورها صحة كلام المعتزلة في أن العقل يدرك الأحكام الشرعية لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو قبل التبليغ به ، فان كثيرا من الأحكام التي وردت في القوانين الوضعية للبلاد غير الإسلامية تنفق مع الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كحرمة القتل والسرقه وخيانة الأمانة والتجسس

العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ويبيحها ويحرمها من غير أن يحكم الله فيها بشيء من ذلك). وانظر ذلك ما جاء في حاشية السيد شريف الجرجاني على شرح العنقد لمختصر المنتهى الأصولي ١٩٩/١.

^(١) في شرح مسلم الثبوت ٢٥/١ (لا حكم إلا من الله تعالى بإجماع الأمة لا كما في كتب بعض المشايخ أن هذا عندنا وعند المعتزلة الحاكم العقل ، فان هذا مما لا يجتريء عليه أحد ممن يدعي الإسلام ، بل إنما يقولون أن العقل معرف لبعض الأحكام الإلهية سواء ورد به الشرع أم لا).

وقال الشيخ صالح المقبل اليمني في كتابه العلم الشامخ ، ص ١٦٨ وهو يرد على ما قاله صدر الشريعة في كتابه التوضيح ١٥٨/٢ الذي ذكرناه في الهامش رقم ١٠ في هذه الصفحة (ماذا تريد بقولك حاكم ؟ اتريد به انه مدرك للحكم الثابت في نفس الامر الذي قررت فيه انفا فان الأحكام الخمسة ترجع إلى الحسن والقبح ، فلا بد بذلك من الاقرار بهذا أم تريد أن العقل محصل للحكم ومنشيء له في نفس الامر ؟ ، فلم يقل بهذا احد).

والاختطاف والتجارة بالإنسان، وكوجوب تقديم العون المادي للمكويين والمتضررين لأسباب قهرية كالزلازل والفيضانات، ووجوب حرمة المسكن، وكإباحة التعبير عن الرأي الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وحرية اختيار العمل المشروع وحرية التنقل وغير ذلك من الأحكام القانونية، وهي في حقيقتها أحكام إلهية اكتشفها العقل البشري في تلك البلاد ونظمها بالقانون الوضعي.

ولا نستطيع أن نثبت إنها مأخوذة من القرآن الكريم أو السنة النبوية^(١) وإضافة إلى ذلك فإن بعض الجرائم التي لم يثبت تجريمها بنص شرعي، وإن جميع العقوبات التعزيرية في الإسلام ترك استحداثها وتنظيمها بالقانون الوضعي لعقل ولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع عقول أهل الحل والعقد (أهل الشورى).

الاستنتاج:

نستنتج من عرض محتويات هذا البحث:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والعسكرية والزراعية، وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دينه ودنياه يرجع إلى حكم الله لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وإن اكتشافات عقول المجتهدين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعاً للجزئيات إلى تلك الكليات.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالباً قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن، وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالباً يدرك الحسن والقبيح وبالتالي يدرك الوجوب والحرمة لتصرفات الإنسان قبل الشرع، فأكثر ما أدركه العقل قبل الوحي حكم به الشرع بعده، فإدراك العقل بيان من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارح، غير أن الأحكام العقلية بمجرد ما لا تبعث على فعل الخير

^(١) في التقرير والتحبير على التحرير ٩٠/٢ (أن قبح الظلم ومقابلة الإحسان بالإساءة مما اتفق عليه العقلاء حتى من لا يتدين بدين ولا يقول بشرع كالبراهمة والدهرية مع اختلاف عاداتهم وأغراضهم).

وترك الشر، فجاء الوحي موازراً لها ومناصراً بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة، والوعد والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع إلا بالنسبة للإيمان بالله لأنه واجب عقلي قبل أن يكون واجباً شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الاستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (الخالق). أما الأحكام التكليفية الأخرى فان العقل رغم إدراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتقبيح العقليين إلا انه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملاً وتفصيلياً، فإذا أدرك حرمة السرقة والقتل والزنا وخيانة الأمانة، فانه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام: قسم يثبت بالعقل كوجود الله وصدق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يثبت بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمغيبات من الإيمان بالعالم الآخر ومحاسبته على عمله. وقسم يثبت بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

المبحث الثاني المحكوم فيه

تعريف المحكوم فيه^(١)

عبارة عما يتعلق به خطاب الله من تصرفات الإنسان الإرادية كما في خطاب التكليف أو منها ومن الوقائع الشرعية كما في خطاب الوضع. ولهذا الموضوع أهمية كبيرة في المجالات الفقهية والقانونية والقضائية من حيث التطبيقات العملية، وهذه الأهمية تحتم علينا دراسته من الأوجه الآتية:

- ١- من حيث طبيعته يقسم إلى التصرفات الشرعية والوقائع الشرعية^(٢) ثم ينقسم كل قسم إلى عدة أنواع.
- ٢- من حيث الأثر الذي يترتب على تنفيذه من المصلحة العامة والخاصة، يقسم إلى حق الله (الحق العام)، وحق العبد (الحق الخاص)، والحق المشترك.
- ٣- من حيث ما يقترن به من كلفة ومشقة، يقسم إلى العزيمة والرخصة.
- ٤- من حيث الأداء يقسم إلى ما يقبل النيابة وما لا يقبل.

ولاً- أقسام المحكوم فيه من حيث طبيعته:

ينقسم المحكوم فيه من حيث طبيعته إلى التصرفات الشرعية والوقائع الشرعية. والتصرف الشرعي هو كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة. أما الواقعة الشرعية فهي عبارة عما يحدث بدون أن يكون لإرادة الإنسان دخل مقصود في تكونه وحدوثه كحوادث السيارات التي تقع خطأً وكتحطم الطائرات في الجو وغرق السفن

^(١) في بعض المراجع الأصولية يستعمل تعبير (المحكوم به) بدلا من (المحكوم فيه) ولكن التعبير الثاني أدق من الأول، لأن المحكوم به عبارة عن نفس الحكم من الوجوب والندب والحرمة والكرهة والإباحة والسببية والممانعة. وفي التقرير والتحجير على التحرير ١١٣/٢ (التعبير عن فعل المكلف بالمحكوم فيه أولى من التعبير عنه بالمحكوم به)، كما في صدر الشريعة والبيضاوي وغيرهما.

^(٢) المراد بالشرعية في التصرفات والوقائع خضوعها لتنظيم الشرع سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

في البحر، فهي وقائع مادية. وقد تكون الواقعة معنوية كالقراية والزوجية وهما سببان للالتزام بالنفقة وسببان له، وكالأبوة مانعة من القصاص وعقاب القذف والعقل شرط لصحة التصرفات.

اقسام التصرف الشرعي:

ينقسم التصرف الشرعي إلى القولي والفعلية، وينقسم القولي إلى المنشئ والمسقط أو كليهما معاً، وكما ينقسم التصرف الفعلية إلى النافع والضار كما يلي:

١- التصرف القولي المنشئ للحقوق والالتزامات: كعقود المعاوضات التي تسم بتلاقي إرادتين فأكثر وتنشئ حقوقاً والتزامات متقابلة، وكالتبرعات التي تنشئ الحقوق للمتبرع له والالتزام على المتبرع بالإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي).

وقد يكون التصرف القولي جريمة كالقذف والتجسس بالكلام والغيبة والنميمة، ففي هذا النوع من القول يستحق القائل عقوبة ذنبوية وأخرية^(١)، أي يترتب على قوله الالتزام الجنائي اتجاه الناس واتجاه ربه.

٢- التصرف القولي المشروع المسقط: وهو تصرف ينهي حالة شرعية (أو قانونية) قائمة كإبراء الدائن مدينه من الحقوق الشخصية التي بذمته، وكالطلاق في حالة عدم وجود التعسف وعدم قصد الإضرار بالزوجة، وكالتنازل عن حق الشفعة، والتنازل عن حق القصاص أو الدية أو حق التعويض.

٣- التصرف القولي غير المشروع المسقط: كالطلاق التعسفي، وهو الذي يلحق الضرر بالزوجة دون مبرر، ففي هذه الحالة يستحق الزوج عقوبة تعزيرية، ومن المفضل أن تكون مالية يعرض بها ضرر الزوجة، ومن قبيل الطلاق التعسفي طلاق الفار، وهو أن يطلق الزوج المريض مرض الموت زوجته دون مبرر وبدون طلبها، اتفق فقهاء المسلمين بالإجماع - باستثناء الظاهرية - حق الزوجة في الميراث من تركة هذا الزوج رغم وقوع الطلاق، ذلك معاملة له بنقيض قصده السيئ.

٤- التصرف الفعلية النافع: كتقديم العون البدني لمن يحتاج إليه، مثل المساهمة اليدوية في صنع شيء، أو تصليح سيارة، أو إعادة بناء جدار جاره بعد انهدامه، والتقاط مال

(١) فإذا عوقب في الدنيا بما يتلاءم مع حجم جرمته ينجو من عقوبة الآخرة.

مفقود بقصد المحافظة عليه وإعادته إلى صاحبه ، وكالتقاط طفل صغير مطروح على الشوارع والطرق ، وغيرها لأي سبب كان ، ذلك بقصد إنقاذ حياته وتربيته بنفسه أو تسليمه إلى جهة تتولى ذلك كدار الحضانة. وكوفاء دين الغير، والإنفاق على زوجة الغائب ونحو ذلك.

٥- **التصرف الفعلي الضار:** ومن هذا القبيل كافة أنواع الجرائم الموجبات للعقوبات وجميع أنواع الإتلاف غير المشروع المسبب للتعويض^(١).

الوقائع الضربية:

وهي تنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- **الوقائع المادية بفعل الإنسان دون القصد:** كحوادث السيارات نتيجة السرعة أو مخالفة نظام المرور خطأ، ففي هذه الحالات وأمثالها تكون الواقعة سبباً للالتزام المقصر بدفع التعويض.

٢- **الوقائع المادية بفعل الطبيعة:** كتحطم الطائرة بفعل العاصفة الجوية، وغرق السفينة بالأمواج البحرية، واصطدام السيارات وانقلابها بالعاصفة الترابية. ففي هذه الحالات وغيرها تكون الواقعة سبباً للالتزام بدفع التعويض من قبل الدول والشركات أو الأشخاص مقابل الخسارة في الأرواح والأموال.

٣- **الوقائع المعنوية التي لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينها:** كالأبوة المانعة من القصاص، والجنون المانع من صحة التصرفات، والقرباة التي هي سبب الميراث من جهة، وسبب للالتزام بالإنفاق على القريب العاجز عن العمل، والذي لا يجد مورداً يكفي لعيشه من جهة أخرى.

الاستنتاج

نستنتج من هذا العرض الموجز أن أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية ترجع إلى سببين رئيسين وهما:

^(١) الفعل الضار الإيجابي لا يتطلب توافر الإدراك بخلاف السلبي فالمتنع عن فعل يترتب عليه ضرر عام أو خاص مسؤول ديانة أو ديانة وقضاء إذا كان متمتعاً بالإدراك والوعي التامين، لأن هذه المسؤولية تترتب على فعل سلبي مقصود وهو لا يتصور بالنسبة لعديم الأهلية.

- ١- **التصرفات الشرعية:** سواء أكانت قولية أم فعلية، مشروعة أم غير مشروعة.
- ٢- **الوقائع الشرعية:** سواء أكانت مادية أم معنوية، وسواء أكانت من أفعال الإنسان غير المقصودة أم من أفعال الطبيعة، وقد خلط فقهاء القانون بين الوقائع الإرادية وبين التصرفات الفعلية للإنسان بصورة مطلقة، فاعتبروا التصرفات الفعلية الإرادية وقائع وحصروا التصرفات القانونية في العقد والإرادة المنفردة وهذا ما يرفضه المنطق القانوني لأن التصرف كما ذكرنا هو كل ما يصدر من الإنسان بإرادة حرة مدركة سواء كان قولاً أو فعلاً، كما تأثرت القوانين المدنية العربية بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، فجعلت مصادر الالتزام خمسة، وهي العقد والإرادة المنفردة والفعل النافع والفعل الضار والقانون، مع أن أربعة من هذه المصادر تندرج تحت التصرفات الشرعية (أو القانونية) وهي أسباب للالتزامات مصادرها الشرع في الالتزامات الشرعية، والقانون في الالتزامات القانونية.

ثانياً- السام للمحكوم فيه من حيث ما يترتب عليه من المصلحة:

كل محكوم فيه من تصرفات الإنسان والوقائع التي يتعلق بها خطاب الوضع، لا يخلو من مصلحة عامة أو خاصة أو مشتركة. وقد شاع إطلاق (حق الله المحض) على ما فيه المصلحة العامة، و(حق العبد المحض) على ما فيه المصلحة الخاصة، و(الحق المشترك) على ما يجمع بين المصلحتين. فمصلحة وجوب الواجبات وندب المستحبات وإباحة المباحات هي المنفعة المستجلبه من تنفيذ هذه الأحكام، ومصلحة حرمة المحرمات، وكرهة المكروهات المضرة أو المفسدة المستدرة باجتتابها.

١- حقوق الله المحضة (الحقوق العامة):

وهي التي تحقق المصالح العامة^(١) فمنها قلبية كالإيمان بالله ورسله وكتبه ويوم الآخرة^(٢) ومنها بدنية محضة كالصلاة والصيام وغيرهما، والمصلحة العامة فيها هي إنها وسائل وقائية واحترازية لمكافحة الإجرام، لأنها تهذب سلوك الإنسان.

^(١) وقد قسمها علماء الأصول إلى الأقسام الثمانية الآتية:

١- عبادات محضة، كالإيمان بالله وما يتفرع عنه من العبادات كالصلاة والصيام.

ومنها مالية بمحة كالزكاة والوقف والإنفاق في سبيل الله، وفائدتها العامة هي إنها من وسائل التكافل الاقتصادي، والتضامن المالي لمكافحة الفقر الذي هو عامل رئيس للسلوك الإجرامي.

ومنها مالية وبدنية كالحج والجهاد على نفقة المجاهد، وأهميتها العامة حماية الدين والأرواح والأموال والأعراض بالنسبة للجهاد، وأما فائدة الحج العامة فهي انه مؤتمر إسلامي سنوي لحل المشاكل القائمة بين الشعوب الإسلامية من جهة، وبينها وبين الشعوب الأخرى من جهة ثانية. ومن حقوق الله المحضة عقوبات جرائم الحدود التي هي عبارة عن الاعتداء على الحقوق العامة.

٢- عقوبات محضة، كعقوبات جرائم الحدود وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية للإنسان، كالاعتداء على الدين والحياة والمال والعرض والعقل.

٣- عقوبات قاصرة على الناحية المالية وعلى الجاني ذاته، كحرمان الوارث القاتل من ميراث مقتوله، وحرمان الموصى له القاتل من وصية مقتوله، فالحرمان حق الله إذ لا نفع فيه للمقتول.

٤- حق دائر بين العبادة والعقوبة، مثل كفارة حنث اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل خطأ، فهي تهذب سلوك الجاني كالصيام، وتحرم الإنسان المستعبد وتسد حاجة المسكين، إضافة إلى كونها عقوبة رادعة وزاجرة.

٥- عبادة فيها معنى المونة، كزكاة الفطر فيجب على كل مسلم في اليوم الاخير من رمضان مساعدة الفقير بما يعادل وجبة طعام متوسطة عن شخص هو مسؤول عن إعالتة ونفقته إضافة إلى نفسه.

٦- مونة فيها معنى العبادة، كالزكاة وهي نسبة مئوية تدفع سنوياً للمستحقين، فمن غلب جانب المونة على العبادة قال تجب الزكاة في مال القاصر، سواء اكان صغيراً أم مجنوناً أم نحوهما، ومن غلب جانب العبادة على الجانب المالي قال لا تجب الزكاة في مال القاصر. والرأي الأول هو الراجح لأن الزكاة من باب خطاب الوضع سبب وجوبها وجود النصاب في المال الذي تجب فيه الزكاة بغض النظر عن أهلية مالك المال.

٧- مونة فيها عقوبة، كالضريبة الخراجية التي فرضت على الذين كانوا يستثمرون الاراضي الزراعية ولا يشتركون في الجهاد من غير المسلمين، فإذا اسلموا واشتروا في الجهاد تسقط عنهم هذه المسؤولية.

٨- حق قائم بنفسه لا يتعلق بذمة احد، كحق الدولة في استثمار المعادن الموجودة في ارض اقليمها. انظر التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ١١٥/٢ وما بعدها.

بلغة السالك لأقرب المسالك في مذهب الإمام مالك ٢١٤/١.

(١١) في الالفية مع طلعة الشمس للسلمي الاباضي ٢٤١/٢ (ومن حقوق الله في المنقول ايماننا بالله والرسول ﷺ، وما اتى في الدين بالضرورة، وهي أمور ليس بالمحصورة، والمراد بالمنقول ما يقابل المعقول، أي ما نقل الينا من الشرائع الالهية).

مميزات حق الله المحض (الحق العام):

يتميز هذا النوع من الحقوق بمميزات أهمها ما يلي:

١- لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصلح ولا التعديل ولا التبديل، فلا يحق لأي إنسان أي كانت صفته ومنزلته ومركزه أن يتنازل عنه أو يتهاون في إقامته وتنفيذه.

٢- لا يجري فيه الإرث، فإذا كان حقاً مالياً كالزكاة يتعلق بتركه بعد الوفاة، فلا توزع على ورثته قبل إخراج هذا الحق منها لأنه دين الله وحق عام. وإن كانت عقوبة كعقوبة الزنا والسرقة تسقط بالموت بالنسبة إلى المسؤولية الدنيوية، ولا تنتقل إلى الورثة لقوله تعالى ﴿وَلَا تَرِثُوهَا وَلَا تَرِثُوهَا بِأَنْفُسِكُمْ﴾^(١). ولكن يسأل عنها يوم القيامة أمام الله أن شاء غفر له وإن شاء عذبه^(٢).

٣- يجري فيه التداخل بالنسبة للعقوبات الحدية، فمن ارتكب مرات جريمة الزنا مثلاً وثبتت عليه يعاقب على المرة الأخيرة لما في المرات السابقة من الشبهة، وقد قال الرسول ﷺ (أَدْرِواَ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ)^(٣) ولكن إذا عاد إلى الجريمة تعود العقوبة^(٤).

٤- يفوض أمر استيفائه لولي الأمر (رئيس الدولة) ومن يخوله هو.

٥- جزاء الاعتداء على الحق العام:

أ- عقوبات الحدود التي حددها النص كالجلد والرجم في جريمة الزنا، وقطع اليد في جريمة السرقة.

ب- الكفارة المالية أو البدنية كما في حنث اليمين والظهار والقتل خطأ^(٥).

ج- حرمان الوارث القاتل من تركة مقتوله المورث، فهذه العقوبة من حقوق الله لا تقبل الإسقاط، رغم إنها عقوبة تبعية لجريمة القتل، بخلاف القصاص، فإنه حق مشترك يقبل الإسقاط.

(١) سورة الانعام ١٦٤.

(٢) كما قال تعالى ﴿فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلِيمٌ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة ٢٨٤.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في قواعد الزركشي ١/ ٢٧ (فإن كانت العقوبات لله تعالى من جنس واحد تداخلت كما لو تكرر منه الزنا وهو غير متزوج بجريمة واحدة، وكذا لو سرق أو شرب مراراً).

(٥) تحرير رقبة عند الوجود وإلا فالإطعام والكسوة والصيام.

د- العقوبات التعزيرية على كل جريمة اعتداء على الحق العام، وللقاضي سلطة تخفيف وتشديد هذا النوع من العقوبات، ولرئيس الدولة إعفاء الجاني إذا رأى في ذلك إصلاحه ومصالحة عامة.

٢ - حقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة):

الحق الخاص هو الذي يحقق مصلحة خاصة مالية كانت أم غير مالية، والحق المالي كالحقوق العينية والحقوق الشخصية المالية (الديون)، والحق غير المالي كحقوق الأسرة غير المالية، مثل تمتع كل من الزوجين بالآخر وحق الحضانة وحق الطلاق وحق الرضاع، وإضافة إلى ذلك توجد حقوق خاصة متعلقة بالمال كحقوق الارتفاق^(١).

مميزات حق العبد المحض (الحق الخاص)^(٢)

- ١- فيجوز فيه العفو والصلح والإبراء والإسقاط.
- ٢- يفوض أمر استيفائه إلى صاحب الحق، ولكن تنفيذه يكون عن طريق السلطة تجنباً عن الفوضى.
- ٣- لا يجري فيه التداخل، فمن الحق الضرر بالغير عدة مرات متواليات أو غير متواليات يجب عليه دفع التعويض عن كل مرة.
- ٤- جزاء الاعتداء على الحق الخاص أما التعويض أو التعزير أو القصاص.
- ٥- ينتقل إلى الورثة في ضوء التفصيل الآتي:

أ- الحقوق الخاصة المحضة غير المالية لا تنتقل إلى الورثة مطلقاً بإجماع الفقهاء كحق تمتع كل من الزوجين بالآخر وحق الولاية وحق الحضانة وحق الوظيفة.

ب- الحقوق المالية المحضة الخاصة تنتقل إلى الورثة بالإجماع ما لم يتعلق بها حق الغير.
ج- والحقوق الخاصة ذات الطبيعة الأزواجية بان يكون فيها الجانب المالي والجانب الشخصي تنقسم إلى الأقسام الثلاثة الآتية:

القسم الأول: ما يكون الجانب المالي فيه هو الغالب على الجانب الشخصي، ولا خلاف بين الفقهاء^(١) في انتقاله إلى الورثة كحق الرهن فهو من باب الاستيثاق

^(١) كحق المرور والمجرى، والمسيل والشرب.

^(٢) لم أجد في المراجع الفقهية والقانونية تعريفاً سليماً للحق. وفي رأينا المتواضع (حق الإنسان في الشيء مركز شرعي - قانوني - يبيح له نفعه ويفرض على الغير احترامه).

والاستيفاء ، لذا تكون الناحية المالية فيه هي الغالب على الجانب الشخصي الذي يتمثل في رضا الراهن بالمرتهن والاطمئنان إلى أمانته وحسن قيامه على المرهون ، ومثل حق الرهن فيما ذكرنا حق حبس المبيع إلى استلام الثمن ، وحق خيار العيب ، وحق خيار فوات الوصف المرغوب فيه ونحو ذلك.

القسم الثاني: ما يكون الجانب الشخصي هو الغالب على الجانب المالي ، ولذا اتفق الفقهاء على عدم انتقاله إلى الورثة كحق الانتفاع ، فإذا مات الموصى له بمنفعة عين لا ينتقل الموصى به (حق الانتفاع) إلى ورثته ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ، كذلك حق الانتفاع بالعين المعارة والمؤجرة.

القسم الثالث: ما لا يظهر فيه مرجح لتغليب أحد الجانبين (المالي والشخصي) على الجانب الآخر ، لذا اختلف فيه الفقهاء ، فمنهم من غلب الجانب المالي على الجانب الشخصي لما وصل إليه اجتهاده من مرجح فقال بانتقاله إلى الورثة ، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك فقال بعدم انتقاله إلى الورثة مثل حق خيار الشرط وحق الشفعة.

٣- الحقوق المشتركة^(١)

الحق المشترك هو الذي يجمع بين المصلحتين العامة والخاصة في وقت واحد ، ولذلك يلحق في الحكم والميزات بالحق العام إذا كانت المصلحة العامة فيه هي الغالبة ، وبالحق الخاص إذا كانت المصلحة الخاصة هي الغالبة :

^(١) خلافا للظاهرية.

^(٢) في الألفية مع شرح طلعة الشمس للسالمي الاباضي ٢٤٠/٢.

والحق قد يكون لله فقط

ومثل مال للصالح العام

وقد يجيء النوعان فيه مثل ما

مثل العبادات وما بها ارتبط

وقد يكون للعباد حكم

في القذف والقصاص مما أجرما

أي ينقسم المحكوم فيه إلى ثلاثة أنواع : لأنه إما أن يكون حقا لله فقط كالعبادات أصولا وفروعا ، وكالأموال الموقوفة للصالح العام فإنها حق الله -أيضا- أضيفت إليه تعالى لعظم خطرها وعموم نفعها. وإما أن يكون حقا خالصا للعبد كالحقوق العينية والمالية ، أو أن يجمع فيه حق الله وحق العبد كالقصاص.

أ- ومن أمثلة النوع الأول (أي ما كان الحق العام فيه هو الغالب) كل مهنة أو حرفة أو وظيفة يحتاج إليها المجتمع كمهنة الطب والتعليم وكحرفة النجارة والخياطة أو الحدادة ونحوها، وكوظيفة القضاء والإفتاء ونحوهما، وهذا النوع من الحق المشترك يلحق في أحكامه وميزاته بالحقوق العامة، وللدولة إيجابار ذي المهنة أو الحرفة على ممارستها وإيجابار الشخص الذي تتوافر فيه أهلية القضاء والإفتاء أو التدريس على ممارسة اختصاصه إذا لم يوجد غيره.

ب- ومن أمثلة النوع الثاني (الذي يكون الجانب الخاص فيه هو الغالب) حق القصاص، فعقوبة القتل العمد العدوان إذا توافرت أركانه وشروطه تكون القصاص، وهذا الحق مشترك بين الدولة التي تتولى استيفاء الحق العام، وبين ولي الدم (أو ورثة المقتول) فبالاعتبار الأول لا ينفذ القصاص إلا بعد تصديق رئيس الدولة، وبالاعتبار الثاني يجب اخذ رأي الورثة أو ولي الدم لتنفيذ العقوبة.

ففي القانون الجنائي الوضعي الحق العام هو الغالب في القصاص، لأنه من مظاهر سيادة الدولة. أما في الشريعة الإسلامية فالحق الخاص هو الغالب على أساس قاعدة (الغنم بالغرم) لأن المأساة التي تحمل بعائلة وأسرة المقتول نتيجة هذه الجريمة أكثر بكثير مما يحل بالشعب والمجتمع عن طريق فقد عضو من أعضائه، ولهذا الحكمة قال سبحانه وتعالى ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(١)، والسلطان هو اختيار القصاص أو العدول عنه إلى الدية (التعويض المالي) أو التنازل عن كليهما.

ثالثاً - إقسام المحكوم فيه من حيث المشقة عزيمة ورخصة:

كل حكم تكليفي لا يخلو من الكلفة والمشقة وإلا لما سمي حكماً تكليفاً، غير أن درجات هذه المشقة متفاوتة، لذا يكون تأثيرها على الحكم والطلب متفاوتاً كالاتي:

- أ- إذا كانت المشقة فوق طاقة المكلف يسقط التكليف عنه ولا يسأل عن عدم إنجاز العمل المكلف به، بمقتضى قوله تعالى ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾^(٢).
- ب- وإذا كانت المشقة خاضعة لطاقة الإنسان، ولكن من شأنها أن تعرض حياة المكلف أو

(١) سورة الإسراء ٣٣.

(٢) سورة البقرة ٢٨٦.

صحته للخطر، ففي هذه الحالة يتبدل الحكم من الصعوبة إلى السهولة بحيث لا يكون في تنفيذه أية خطورة على الصحة والحياة كالصيام يؤجل أداؤه بالنسبة لمن له العذر كالسفر والمرض والإرضاع إلى حين زوال العذر^(١) أما إذا كان العذر غير قابل للزوال كالشيخوخة والمرض المزمن فإن الحكم يسقط أداء وقضاء بالمثل، ويحل محله نوع آخر لا يؤدي إلى أية مشقة، كبديل الصيام إلى الفدية بالنسبة لمن يكون عذره مستمراً، وقد مر تفصيل ذلك في بحث الاستحسان وفي موضوع القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول. ويسمى الحكم المخفف رخصة، لذا عرفت الرخصة بأنها تغير الحكم من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي، والرخصة قد تكون واجبة كأكل الميتة لإنقاذ الحياة، وقد تكون مندوبة كالإفطار عند المشقة.

ج- المشقة التي تكون في حدود طاقة الإنسان ولا تؤثر على حياته وصحته لا يكون لها أي تأثير على الحكم المكلف به، ويبقى مطلوباً أداؤه كما شرع وطلب من الشارع أداؤه عملاً أو كفاً، ويسمى الحكم التكليفي في هذه الحالة عزيمة.

رابعاً - القسم للمحكوم فيه من حيث قبوله للنية :

القسم الأول - ما لا يقبل الثبابة مطلقاً: فهو مطلوب من المكلف شخصه لكونه مشتتاً على مصلحة ترجع إليه ولا تحصل له إلا بالباشرة بنفسه، من تطبيقات هذا القسم اليمين في حالة الخصومة أمام القضاء، يقول الرسول ﷺ ((الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))^(٢) فإذا لم يتمكن المدعي من تقديم البينة، فعلى المدعى عليه اليمين

(١) الترخيص لغة: التسهيل والتيسير. وفي عرف الشرع: ما شرع من الأحكام لعذر مع بقاء دليل الإيجاب والتحریم لولا ذلك العذر. والرخصة لا تعني تغيير الحكم بالنسبة للشارع لأن متعلق الحكم له حكمان غالباً أحدهما للظروف الاعتيادية والثاني لغير الاعتيادية. والتخفيف على خمسة أوجه:

١- بإسقاط المفروض كإسقاط الصلاة عن الحائض والمجنون.

٢- بالتقصير كالقصر في السفر.

٣- بالبدل كالتييم بدل الغسل.

٤- بالتقديم والتأخير كصلاة المسافر الرباعية.

٥- بإباحة المحرم كأكل الميتة للمضطر.

(٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه)، متفق عليه، وللبيهقي من حديث ابن عباس باسناد صحيح (البينة على المدعي واليمين على من انكر)، سبل السلام ١٧٤/٤، تقدم تحريجه.

بنفسه، فلا يحق له أن ينوب غيره في ذلك، لأن الغاية من اليمين هي الدلالة على صدقه، وهذا ما لا يحصل بخلف غيره نيابة عنه، ومنها الصلاة والصيام، فلا يجوز النيابة فيهما لأن المصلحة المتوخاة من تشريعهما إجلال الله وتقوية الصلة به، وبالتالي تهذيب النفس وتقويم السلوك، أو التجنب عن الفحشاء والمنكر، كما قال تعالى ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لِمَلِكُمْ

تَنْهَوْنَ﴾^(٢)، فاكتساب المناعة ضد الإجمام بسبب الصلاة والاتصاف

بالتقوى عن طريق الصيام لا يحصلان للإنسان عن طريق النيابة في أدائه، ويقابل هذا في القانون أداء الخدمة الإلزامية العسكرية.

القسم الثاني: ما يقبل النيابة مطلقاً: وهو الذي يكون مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، وحصول هذه المصلحة لا يتوقف على مباشرة المكلف بنفسه ما دامت الغاية حصول اصل الفعل وأداؤه أياً كان المؤدي. ومن تطبيقات هذا القسم وجوب رد المال المغصوب للمغصوب منه، والمال المسروق للمسروق منه، والمال المعار للمعير، والعين المؤجرة للمؤجر بعد انتهاء مدة الإعارة والإجارة، ومنها قضاء الديون للدائنين، وتفريق الزكاة على المستحقين، ويقابل هذه الحالات في القانون تسديد أجور الماء والكهرباء والهاتف ودفع الضرائب ونحو ذلك. فالمصلحة في هذه التطبيقات الشرعية والقانونية هي إيصال الحقوق إلى أهلها، سواء أكان عن طريق المكلف والمدين أم عن طريق من ينوب عنه نيابة شرعية أو قضائية أو اتفافية.

القسم الثالث: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها بالنسبة للفعل والفاعل: فهو متردد بينهما، لذا اختلف فيه الفقهاء كالحج، فإنه عبادة معها إنفاق مال، فقال البعض^(٣) (المصلحة من تشريع الحج تأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله في الديار المقدسة وإظهار الانقياد له)، وهذا أمر مطلوب من كل شخص له الاستطاعة

(١) سورة العنكبوت ٤٥.

(٢) سورة البقرة ١٨٣.

(٣) كالإمام مالك (رحمه الله) انظر بلفظ المسالك لأقرب المسالك للصاوي على الشرح الصغير للدردير

المالية والبدنية والعقلية، فلا يقبل النيابة عنه إذا وجب عليه الحج، ثم حل به عذر يمنعه من أدائه. وقال البعض الآخر^(١) (المصلحة الرئيسة من تشريع الحج هي عبارة عن الإنفاق بالمال في سبيل الله عن طريق الحج، فإذا كان الشخص معذوراً لا يستطيع الذهاب إلى الحج بنفسه أو مات بعد أن وجب عليه الحج، يجوز أداء الحج عنه نيابة).

التصرف عن الغير من حيث سببه سبعة أقسام:

- ١- التصرف بالولاية المحضة وهو ثابت للأب والجد والحاكم (القاضي).
- ٢- التصرف بالنيابة المحضة بإرادة الأصيل كما في الوكالة أو بإرادة الشارع كتصرف القاضي في مال الغائب إذا خيف عليه.
- ٣- التصرف بنيابة مشوبة بالولاية أو ولاية مشوبة بالنيابة، كتصرف الوصي لصالح من تحت وصايته فهو من حيث انه يتصرف بالتفويض يكون تصرفه بالنيابة ومن حيث انه يتصرف في حق من لا يلي التصرف من نفسه يكون بالولاية.
- ٤- التصرف عن الغير بالضرورة كالتصرف في اللقطة بعد التعريف واليأس من الحصول على صاحبها.
- ٥- التصرف الخارج عن حدود الإذن، كتجاوز الوكيل حدود وكالته في التصرف في ما وكل فيه فهو موقوف على إجازة الموكل في حدود المتجاوز فيه.
- ٦- التصرف لمصلحة الغير بمال المتصرف كالإنفاق على زوجة المفقود وأولاده، وكوفاء دين الغير بدون إذنه، وكإعادة البناء على نفقته الخاصة بدون الإذن. ففي هذه الصور وأمثالها يرى أكثر فقهاء الشريعة أن المتصرف يعد متبرعاً ومتطوعاً، فليس له الرجوع على هذا الغير بما أنفقه أو بأجرة ما قام به من العمل ما لم يخبر القاضي بذلك مسبقاً أو يقوم بالإشهاد قبل البدء بالتصرف على انه ينوي الرجوع ولا يريد التبرع والتطوع. لكن أرى أن قوله تعالى ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾^(٢) نص صريح في

^(١) وهو رأي أكثر الفقهاء. في المنعي لابن قدامة ٢٣٣/٣ (لا يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة والمرأة عن الرجل والمرأة في الحج في قول عام أهل العلم، ولا يجوز الحج والعمرة عن حي إلا بإذنه فرضاً كان أو تطوعاً، لأنه عبادة تدخلها النيابة، فلم تجز عن بالغ عاقل إلا بإذنه كالزكاة، وأما الميت فيجوز عنه بغير إذنه واجبا كان أو تطوعاً لأن النبي ﷺ أمر بالحج عن الميت).

حق الرجوع إذا أراد ذلك.

٧- التصرف في مال الغير لمصلحة هذا الغير بدون إذنه وهو ما يسمى تصرف الفضولي، كمن باع مال غيره أو اشترى مالاً بدون الإذن، فعند جمهور الفقهاء التصرف باطل، وعند الحنفية والمالكية موقوف على إجازة صاحب المال، فان أجازته صح بأثر رجعي وإلا بطل بأثر رجعي، وبه أخذت التشريعات المتأثرة بهذين المذهبين.

فالقانون المدني العراقي القائم (م ١٣٥) على انه (١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطلب الفضولي بالبدل أن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف. وإذا كان العاقد قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المقصود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر). هذا بناء على أن التضمين تمليك فلا يجوز تمليك شيء واحد في وقت واحد لشخصين كل على انفراده.

والقانون المدني الأردني القائم (م ١٧١) على انه (يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره).

واليميني (م ١٧٢) على انه (تصرف عن غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن ما لم ينص القانون صراحة على بطلان تلك التصرفات).

المبحث الثالث المحكوم عليه

المحكوم عليه في الحكم الوضعي هو وصف حكم عليه بالسببية أو الشرطية أو المانعية^(١) سواء أكان هذا الوصف من فعل الإنسان الإرادي واللاإرادي أم كان واقعة مادية أو معنوية، فالمحكوم عليه في هذه الحالة لا يشترط فيه البلوغ ولا العقل ولا القدرة ولا العلم كما سبق بيان ذلك في أنواع الحكم الوضعي.

أما المحكوم عليه في الحكم التكليفي فهو الإنسان الذي يجب أن تتوافر فيه شروط خمسة البلوغ والعقل والعلم بالمكلف به والقدرة على إنجازه فعلاً^(٢) أو امتناعاً والاختيار. وبناء على ذلك فإن الموضوع بالنسبة للحكم التكليفي يتطلب دراسة الأدوار التي يمر بها الإنسان من كونه جنيناً إلى سن الرشد، وحكم كل دور منها، والأهلية التي يتمتع بها الإنسان في هذه الأدوار المختلفة قوة ودراية وإدراكاً ووعياً، ثم دراسة العوارض التي قد تواجه الإنسان بعد بلوغه وتحول دون صحة أو نفاذ أو مجال تصرفاته.

أدوار حياة الإنسان

قسم فقهاء الشريعة أدوار حياة الإنسان من حيث الأهلية إلى أربعة:

(١) في مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٧/٢ (خطاب الوضع كالحكم على الوصف بالسببية الوقتية كالزوال والمعنوية كالاسكار والملك والضمان والعقوبات، وبالمانعية للحكم لحكمة تقتضي نقيض الحكم كالأبوة في القصاص، وبالسبب لحكمة تخل بحكمة السبب كالدين في الزكاة.

(٢) في الألفية، المرجع السابق ٢/٢٤٥ (ويجب الحكم على المكلف بعد حصول صفة التكليف، وهي التي تعرف بالأهلية عندهم، وهي كمال القدرة في عقله وهي كمال قوته وجسمه وهي تمام صحته، لكن في قوة عقله خفاً، وبالبلوغ حالة قد كشفتها، أي يجب الحكم الشرعي على المكلف وهو من وجدت فيه صفة التكليف وهي كمال قوته في بدنه وعقله، فأما كمال قوته في عقله فهو بلوغ العقل مبلغ العقول الكاملة، فالأهلية عند الأصوليين كمال العقل والبدن.

الدور الأول- دور ما قبل الولادة: فالإنسان حين يتكون جنيناً في بطن أمه يفترض له

حياة تسمى (الحياة التقديرية)، وله شخصية شرعية - قانونية - غير مستقرة وغير ثابتة وتستقر بعد ولادته حياً، والدليل على وجود هذه الشخصية الناقصة جواز الوصية، والوقف والهبة له والاحتفاظ بنصيبه من تركة من مات وكان الجنين أحد ورثته، ولكن رغم ذلك لا يعتبر مالاً حقيقياً للموصى به، ولغلة الوقف وللمال الموهوب وللنصيب الذي حبس لأجله من التركة إلا بعد أن يولد حياً وعندئذ يعتبر مالاً لتلك الحقوق بالأثر الرجعي. ولقد أقر الشرع والقانون للجنين قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة، وهي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، ووجه^(١) نقصانية هذه الصلاحية هو أن شخصيته الشرعية -أو القانونية- ناقصة قبل أن يولد حياً.

ومن الجدير بالذكر أن القانون لا يعترف بالشخصية القانونية للجنين مطلقاً قبل ولادته حياً، وهذا يتعارض مع القول بجواز الوصية أو الهبة له، لأنهما باطلتان إذا كان الموصى له أو الموهوب له عديم الشخصية.

(١) في الألفية، المرجع السابق ٢٤٥/٢

فالمفضل مادام يبطن أمه	يعطى له هناك بعض حكمه
فيعطى ما أوصى له والنسب	وإرثه وما عليه يجب
حتى إذا من بطنها قد انفصل	صار عليه ماله كان أمل
كفطرة الأبدان والزكاة	وماله اضطر من الأقوات
وهكذا فيخرج الوصي	من ماله ذلك والولي
ويثبت المالك له عقد الولي	والبيع والنكاح منهما يقبل
وما عليه أبداً من قبل أن	يلبغ شيء من عبادات البدن
كالصوم والصلاة والحج وما	أشبهها من واجب قد لزم
والاعتقاد غير لازم له	أيضاً فلا يشرك أن أهمله
وبعد أن يلبغ صار أهلاً	لماله وما عليه فعلاً

وفي شرح فتح القدير ٢٩٩/١٠ (الجنين مادام مجتناً في البطن ليس له ذمة مالية لكونه في حكم جزء من الأدمي، لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفساً له ذمة، فباختبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من ارث ونسب أو وصية، وباختبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه.

الدور الثاني - دور الصبا: يبدأ هذا الدور بالولادة وينتهي بالبلوغ إلى سن التمييز (أي إكمال السنة السابعة من العمر)^(١) وللإنسان في هذا الدور أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه بعض الالتزامات. غير أن هذه الالتزامات ليست من باب الأحكام التكليفية، وإنما هي من خطاب الوضع (ربط المسببات بأسبابها)، وعلى سبيل المثال القاصر الذي يملك نصاباً من الأموال التي يجب فيها الزكاة كالنقود والحبوب والأغنام والأبقار يجب على وليه عند أكثر الفقهاء إخراج الزكاة من ماله وتوزيعها على المستحقين، إذا اتلف القاصر مال الغير يجب التعويض من ماله، وإذا لم يكن له المال فينتظر إلى الميسرة، وإذا كان له زوجة تجب نفقتها عليه عند من يرى وجوب النفقة بمجرد عقد الزواج، ومن الواضح أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز عند جمهور الفقهاء، وبموجب القانون الوضعي تجب الضرائب في أموال القاصرين إذا كان المال خاضعاً لقانون الضريبة، ومن البدهي أن التزامات القاصر تقتصر على الجانب المالي، أما في القضايا الجنائية والعبادات فلا توجه إليه أية مسؤولية قبل بلوغه سن التمييز.

الدور الثالث - دور التمييز^(٢): وهو يبدأ بإكمال السنة السابعة من العمر وينتهي بالبلوغ، ما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه، وله في هذه المرحلة أهلية الأداء الناقصة في صلاحية لممارسة بعض الحقوق، فله قبول كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض لأن التبرع بالنسبة للمتبرع له من التصرفات النافعة نفعاً

(١) اختلفت التشريعات الوضعية في سن التمييز في قانون الأحوال العراقي القائم (٤٧م) اكمال التاسعة من العمر بالنسبة للقضايا الجنائية.

(٢) في مسلم الثبوت للعلامة البهاري ١٠٩/١ وما بعدها (الأهلية كاملة بكمال العقل والبدن فيلزم وجوب الأداء، وقاصرة بقصور أحدهما كالصبي العاقل والمعتوه البالغ والثابت معها صحة الأداء والتفصيل في الصبي، أن ما يكون مع القاصرة أما حق الله وهو ثلاثة حسن محض وقيح محض وبين بين، وأما حق العبد وهو أيضاً ثلاثة نافع محض وضار محض ودائر بينهما، والأول كالإيمان لا يسقط حسنه وفيه نفع محض لأنه مناط سعادة الدارين فيصح منه، والحجر من الشارع لم يوجد ولا يليق به، وضرر حرمان الميراث وفرقة النكاح لكفر القريب - بالنسبة للميراث - والزوجة ولو سلم فهو بالتبع، وكم من شيء ثبت تبعاً لقصداً كقبول هبة القريب من الصبي مع ترتب العتق والثاني كالكفر والقياس انه لا يقع لأنه ضرر محض، والثالث كالصلاة. راجع هذا المرجع لمزيد التفصيل.

محضاً، فهي صحيحة مطلقاً أجازها الولي أو لم يجزها، أما بالنسبة للمتبرع يكون التبرع من التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي لا تجوز من ناقص الأهلية أجازها الولي أم لم يجزها، ويستثنى من قاعدة عدم صحة تبرعات ناقص الأهلية الوصية، فإنها تصح لسببين أحدهما عدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له قبل وفاة الموصي، وثانيهما حاجة ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية إلى الثواب والأجر من الله، وله ممارسة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وغيرهما من المعاولات التي فيها نفع مشوب باحتمال الضرر، فهي تنعقد موقوفة على إجازة الولي، فبانضمام رأي الولي يندفع الاحتمال^(١).

وعبادات ناقص الأهلية صحيحة يثاب عليها، بل يجب على ولي أمره أن يأمره بها حتى يتعود عليها. وكذلك يحاسب على جنائياته حساباً يسيراً، فتتخذ بحقه الإجراءات الوقائية والإصلاحية، ولا يعامل في العقاب والإصلاح معاملة كامل الأهلية.

الدور الرابع دور البلوغ: فإذا بلغ الإنسان عاقلاً غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية يعتبر ذا أهلية كاملة له ممارسة كافة حقوقه، تنتهي الولاية عليه، وتجب عليه العبادة ويسأل عن الجنائيات، لكن الفقهاء اختلفوا في التحديد الزمني لبداية هذه المرحلة الأخيرة، فقال جمهورهم (يعتبر كامل الأهلية إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر)، ومع ذلك يمكن أن يبلغ قبل هذه المدة بسبب اختلاف التكوين الشخصي والمكان والزمان الذي يعيش وينشأ فيهما.

^(١) وإذا كان هناك إذن سابق تكون تصرفاته نافذة لازمة في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به، كالمديني العراقي (م ٩٨) (للولي بتريخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له. ويكون الإذن مطلقاً ومقيداً. وإذا توفي الولي الذي إذن للصغير في التصرفات الداخلة أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه).

وم ٩٩ (الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن بمنزلة والبالغ سن الرشد).
وم (١٠٠) (للولي أن يحجر الصغير المأذون ويبطل الإذن ولكن يجب أن يحجره على الوجه الذي إذن به).

وم (١٠١) (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير).
قانون المدني اليمني (رقم ١٩) لسنة ١٩٩٢ م ٦١-٦٣.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وبعض المالكية (إن رشد الإنسان يتحقق بإكمال الثامنة عشرة من العمر)، وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي، وأكثر التشريعات العربية.

عوارض الأهلية:

بعد بلوغ الإنسان أو بعد دخول سن الرشد^(١) قد تظهر عوارض وهي لا تأثير لها مطلقاً على أهلية الوجوب بنوعها (الناقصة والكاملة) لأنها صلاحية لا تتأثر بعوارض يقتصر تأثيرها على أهلية الأداء بنوعها (الناقصة والكاملة) فهي قد تعدم أهلية الأداء، وقد تجعلها ناقصة، وقد يقتصر تأثيرها على تحديد تصرفات الإنسان. وفي ضوء ذلك يمكن تلخيص هذه العوارض^(٢) وحصرها في ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يعدم أهلية الأداء ويجعل المصاب بهذا العارض عديم الأهلية كالجنون وما في حكمه، وعندئذ يعتبر بمثابة الصبي غير المميز فيما له وفيما عليه.

النوع الثاني: ما ينقص أهلية الأداء الكاملة، ويجعل كامل الأهلية بمنزلة الصبي المميز فيما له وفيما عليه، كالفقه بعد الحجر^(٣) عند جمهور فقهاء الشريعة. ولكن يرى أبو حنيفة (رحمه الله) وفقهاء الظاهرية عدم تأثير السفه على أهلية الأداء، فقال أبو حنيفة (رحمه الله) (لا يجوز وضع الحجر على الإنسان بحجة السفه، لأن حماية كرامة

^(١) وقد تحدث هذه العوارض قبل البلوغ، وقد تلد مع ولادة الشخص المصاب بالعارض كالمجنون والمعتوه.

^(٢) هذه العوارض كثيرة وقد نظمها السالمي في الفيته، ص ٢٤٧ فقال:

وتعتري أهلية الأداء	عوارض جاءت من السماء
وهي الجنون عته وصفر	رق ونسيان ونوم يخبطر
والحيض والنفاس موت مرض	وهكذا الإغماء حين يعرض
وسفه وسفر مع هزل	وبعضها مكتسب كالجهل
والسكر والخطأ والجبر وقد	أتى لكل واحد حكم يعد

^(٣) الحجر أربعة أقسام: أحدها يثبت وينفك بدون حاكم وهو حجر المجنون والمغمي عليه، والثاني لا يثبت ولا يرتفع إلا بحاكم وهو حجر السفه، والثالث لا يثبت إلا بحاكم وانفكاكه بدون رأيان وهو حجر الفلوس، والرابع يثبت بدون رأيان وهو حجر الصبي إذا بلغ رشيداً، والراجع أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم. وكل حجر يثبت بدون حاكم يسمى الشخص محجوراً عليه لذاته.

الإنسان أهم من حماية ماله). وقال الظاهرية: (السفيه هو الذي لا يؤمن بالله ويشرائعه ورسله فلا يوجد السفيه من بين المؤمنين حتى يوضع الحجر عليه).

النوع الثالث: عوارض لا تأثير لها على أهلية الأداء لا من حيث الإسقاط ولا من حيث التنقيص، ولكن يحدد هذا النوع من تصرفات الإنسان كمرض الموت، فإن المريض مرض الموت يعتبر كامل الأهلية ما دام متمتعاً بالإدراك والوعي الكاملين، لكن تبرعاته فيما تزيد عن ثلث التركة موقوفة على إجازة ورثته بعد وفاته شريطة أن يكون المحيز أهلاً للتبرع وعالماً بمقدار الزيادة.



القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام



تمهيد

النصوص الشرعية - أو القانونية - من حيث سريانها على المسائل وتناولها للأحكام لها الحيثيات الآتية :

أ- من حيث وضعها للمعاني (أو الأحكام) تتميز إما بالعمومية أو الخصوصية أو الاشتراك ومن حيث الاستعمال فيما وضعت له توصف بالحقيقة أو المجاز^(١).

ب- ومن حيث تناولها للأحكام يكون تناولها أما منطوقاً أو مفهوماً^(٢).

ج- ومن حيث الجلاء والخفاء تكون الدلالة على الأحكام أما قطعية أو ظنية أو غامضة^(٣).

ونخصص لكل شق من هذه الشقوقات الثلاثة فصلاً مستقلاً لزيادة الإيضاح والفائدة.

^(١) في وجه الحصر يقول ابن نجيم، مشكاة الأنوار في أصول المنار ١٣/١ (إن دل على معنى واحد فأما على الانفراد وهو الخاص، أو على الاشتراك وهو العام، وإن دل على معان متعددة فإن ترجح البعض فهو المؤول وإلا فالمشترك)، وقد اسقط المحققون المؤول من درجة الاعتبار لأنه ولو كان من المشترك ليس باعتبار الوضع، بل عن رفع إجمال بظني فهي ثلاثة، ثم إن اللفظ إن استعمل في المعنى الموضوع له، فهو حقيقة وإن استعمل في غيره لصلة مع قرينه مانعة عن إرادة الموضوع له فمجاز.

^(٢) لأن الحكم (أو المعنى) إن دل عليه اللفظ في محل النطق فمنطوق وإلا فمفهوم، غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري الشافعي، ص ٣٦-٣٧. أي إن الحكم إن أخذ مما ينطق به من الألفاظ فهو منطوق، وإن أخذ من روح النص ومن مغزاه، والغاية التي شرع لأجلها، أو من هو يعتبر في الحكم فمفهوم. وقد قسم الخفية ومن هذا حذوهم الدلالة بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام، عبارة وإشارة ودلالة واقتضاء ودلالة إيماء. وجه الضبط لأنها أما ثابتة بنفس معنى اللفظ أو لا، والأولى أما مقصودة بالذات وهي العبارة أو لا وهي الإشارة والثانية إن فهم مدلولها لغة فهي الدلالة، وإلا فإن توقف عليه صدق اللفظ أو صحته فهو الاقتضاء، تيسير التحرير ٨٦/١. وقد اخترت طريقة التقسيم إلى المنطوق والمفهوم لأنها أوضح وأدق واشمل كما يأتي بيان ذلك في محله.

^(٣) وجه الحصر أن الدال على المعنى - أو الحكم - بوضوح إن لم يحتمل غيره تكون دلالاته قطعية وإلا فظنية، وغير الواضح تكون دلالاته غامضة مادام المعنى - أو الحكم - المراد خفياً في نظر من يهيم الأمر.

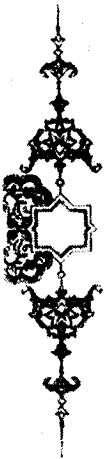


الفصل الأول

النصوص باعتبار المعاني وضماً واستعمالاً

اللفظ إن وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد بحيث إذا أطلق شمل أفراده على سبيل التناوب يسمى خاصاً أو إذا كان الشمول على سبيل الاستغراق دفعة واحدة يسمى عاماً وبناءً على ذلك يمكن اعتبار كل من الخاص والعام خاصاً من حيث الوضع لمعنى واحد ومشترکاً معنوياً بينما يندرج تحت هذا المعنى من الأفراد والآحاد ولا تعارض بين كون الشيء الواحد خاصاً باعتبار لفظه ومشترکاً باعتبار معناه فالخصوص يكون من صفات اللفظ والعموم يكون من صفات المعنى ، ولعل هذا كان سبباً لإهمال علماء الأصول بيان المشترك المعنوي بصورة مستقلة واقتصروا على موضوع الاشتراك اللفظي.

وإن وضع لمعنى واحد على الاشتراك بين جميع أفراده يسمى عاماً. وإن وضع لأكثر من معنى واحد يسمى مشتركاً لفظياً لأنه مشترك بين جميع معانيه دون أية خصوصية لواحد منها، وإن استعمل فيما وضع له فحقيقة، وإن استعمل في غيره لعلاقة بينهما مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له فمجاز. ولأهمية هذه المصطلحات الأصولية في تطبيق النصوص واستنباط الأحكام، نفرد دراسة كل واحد منها بمبحث مستقل.



المبحث الأول

الخاص

تعريفه، حكمه، أنواعه

تعريفه:

الخاص: كما ذكرنا آنفا هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الافراد أو^(١) لعدد محصور وهو إما واحد بالشخص أو واحد بالصنف، أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس.

أ- الواحد بالشخص:

وهو اللفظ الموضوع^(٢) لمعنى مشخص ولا يشمل غيره كما في أسماء الأعلام وأسماء الإشارة. فلو قال الولي لرجل (زوجتك بنتي فاطمة)، يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته. ولو قال (بعتك هذه السيارة) مشيراً إليها أمام المشتري يتعقد العقد عليها. ولا يجوز تسليم سيارة أخرى بدلا عنها إلا باتفاق الطرفين، لأنها خصصت بالإشارة.

ب- الواحد بالصنف:

ولو قال شخص لآخر (بعتك طناً من الأرز العنبر)، يكون محل العقد مخصصاً بصنف معين من الأرز، فلا يجوز تسليم صنف آخر بدلا عنه إلا باتفاق الطرفين، وإذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف. وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الخنطة أو التمر أو غيرها من أصناف المحصولات الزراعية.

^(١) في أصول البزدوي مع الكشف ٣٠/١ (أما الخاص فكل لفظ وضع لمعنى واحد على افراد وانقطاع المشاركة، وكل اسم وضع لمسمى معلوم على الافراد).
^(٢) الوضع: جعل اللفظ دليلاً على المعنى، ولا يشترط مناسبة اللفظ للمعنى الذي وضع له.

ج- الواحد بالنوع:

فلو قال الموصي (أوصيت لفلان بأغنامي أو أبقاري أو غيرهما من أي نوع من أنواع الحيوان)، يكون ما يملكه حين وفاته من الأغنام للموصى له إن لم تزد قيمتها عن ثلث التركة، وتكون الزيادة موقوفة على إجازة الورثة، ولا يجوز لمن ينفذ وصيته بعد الوفاة أن يسلم إلى الموصى له غير الغنم مثلاً، لأن الموصي خصص الموصى به وحدده بالنوع.

د- الواحد بالجنس:

فهو جنس جميع الأنواع المندرجة تحته، كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريعات العراقية كل تصرف ينصب على العقار باستثناء الوصية يكون باطلاً، ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري^(١)، فلفظ عقار جنس خاص وضع لكل ما لا يمكن نقله^(٢) إلا بتغيير وضعه القائم كالأرض والأشجار قبل قلعها. فإذا باع شخص عقاراً (داراً أو بستاناً) ثم حصل الخلاف فيما يدخل في البيع، وما لا يدخل، على القاضي الرجوع إلى المعنى القانوني للفظ العقار، فإن لم يوجد يعمل بالمعنى العرفي في بلده.

حكمه اللفظ الخاص من حيث أنه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالاته عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه إلى التفسير الاجتهادي، لأن هذا التفسير عادة يكون لنص يحتمل أكثر من معنى واحد.

والمراد بالنص في القاعدة العامة (لا مساع للاجتهاد في مورد النص)^(٣) هو النص الخاص، أما النص العام أو المشترك فيجوز فيه الاجتهاد، فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه والمشارك أيضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشتراك.

(١) في م ٥٠٨ المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (بيع العقار لا يعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). وفي م ٢/٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (لا يعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

(٢) أي بطريقة اعتيادية وإلا فالتكنولوجيا الحديثة هدم هذا المعيار.

(٣) المجلة م ١٤٤. والمدني العراقي م ٢.

ومن الأمثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم ﴿مِائَةٌ جَلْدَةٍ﴾ في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(١)، فلا يجوز للقاضي تبديل أو تعديل هذه العقوبة، لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية، وكذلك من الخاص ألفاظ (النصف، والربع، والسدس، والثالث) في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّو يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوْصَوْنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمُ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوْصَوْنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^(٢)، ومن الخاص في النصوص القانونية عبارة (ثلاث سنوات) في (م(١٤٦)) من قانون العقوبات^(٣) التي نصها (تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم)، فهي تدل دلالة قطعية على جواز اصدر الحكم بإلغاء إيقاف التنفيذ إذا ظهرت حالة من الحالات الواردة في (م(١٤٧)) خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الحكم، كما تدل دلالة قطعية على عدم هذا الجواز إذا ظهرت إحدى الحالات المذكورة بعد انتهاء هذه المدة. ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع أن قطعية دلالة الخاص على الحكم (أو المعنى) إنما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً، أما باعتبار استعماله فإنه قد يجوز أن يستعمل مجازاً في معنى آخر لعلاقة بين المعنيين مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. وعلى سبيل المثال لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصلبي، ويجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينة، كما إذا أوصى شخص ببعض من ماله لأبناء شخص آخر لم يكن له الأبناء ولكن له أحفاد، فإن

(١) سورة النور .٢

(٢) سورة النساء .١٢

(٣) العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

الوصية تنصرف إليهم لأن القاعدة العامة تقضي بأنه (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)^(١)، وهذا مالا يتعارض مع قطعية دلالة الخاص باعتبار وضعه^(٢).

أنواع الخاص^(٣)

للخاص من حيث صيغته وتعاييره بالإرادة الظاهرة في النصوص وفي العقود وغيرها أنواع كثيرة أهمها:

١. الأمر.
٢. النهي.
٣. المطلق.
٤. المقيد.

لأن الحكم المخصوص إما أن يكون مدلولاً عليه بصيغة الأمر أو النهي أو بصيغة مطلقة أو مقيدة، لذا من المفيد توزيع دراسته بهذا الاعتبار على ثلاثة مطالب، الأول في الأمر، والثاني في النهي، والثالث في المطلق والمقيد.

(١) المجلة، م ٦١.

(٢) في أصول البيهقي مع كشف الأسرار ٧٩/١ (اللفظ الخاص يتناول المخصوص قطعاً ويقينا لما أريد به الحكم. ولا يخلو الخاص من هذا في أصل الوضع، وإن احتمل التغير على أصل وضعه - أي بطريق المجاز -، ولكن لا يخلو التغير فيه بطريق البيان لكونه بينا لما وضع له). وعلق عليه صاحب الكشف قائلاً (وفيه إشارة إلى أن دلالة الخاص على المخصوص باعتبار أصل الوضع، والوضع مقدم على الاستعمال وإن احتمل التغير، أي يقبل أن يراد به غير موضوعه مجازاً إذا قام الدليل، بأن يكون هناك قرينة مانعة من إرادة الموضوع له).

(٣) وجه الحصر: إن صيغة الخاص أما طلبية وإنشائية لفظاً ومعنى، أو خبرية لفظاً وطلبية وإنشائية معنى، فعلى الأول إن كان طلب الفعل فأمر، وإن كان طلب الترك فنهي. وفي الصورة الثانية، المطلوب إذا كان ماهية غير محددة بنوع أو صنف أو فرد مما يندرج تحتها يكون الدال عليه مطلقاً، وإن كانت الماهية محددة بواحد منها يكون مقيداً.

المطلب الأول الأمر

عرف الأصوليون الأمر بتعريفات متعددة وبتعابير مختلفة كلها^(١) تدور حول نقطة جوهرية واحدة وهي أن الأمر (طلب أداء من فعل^(٢)) ، أو امتناع^(٣) على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك).

وعلى هذا الأساس الأصل أن يكون الحكم المدلول عليه لأمر الشارع -أو المشرع- هو الإيجاب وأثره الوجوب، والأداء المطلوب به هو الواجب، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك^(٤) لأن الأمر نوع من أنواع الخاص ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية، ولكن

(١) ومنها ما في كشف الأسرار ١٠١/١ من أنه (اللفظ الدال على طلب الفعل بطريق الاستعلاء، واحتراز بلفظ الاستعلاء عن الالتماس والدعاء، وهذا اقرب إلى الصواب). وقال أمام الحرمين، البرهان ٢٠٣/١ (الأمر هو القول المقتضي طاعة للمأمور بفعل المأمور به).

وفي المسودة لابن تيمية، ص ٥ (وإذا وردت صيغة افعل من الأعلى إلى من دونه متجردة عن القرائن فهي الأمر). وفيها أيضا، ص ٤ (الأمر لا بد أن يكون أعلى مرتبة من المأمور من حيث هو أمر وإلا كان سؤالا وتضرعا ويسمى أمرا مجازا، هذا قول أصحابنا والجمهور).

(٢) إقامة الصلاة وأداء الزكاة في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ سورة البقرة ٤٣. وكالتعاون على البر والتقوى في قوله تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾، سورة المائدة ٢. وكالإنفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ سورة البقرة ١٩٥.

(٣) كالامتناع عن عقد البيع وكل معاملة أخرى من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة، كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّعْتُمْ لِلصَّلَاةِ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهَا فَمَنْ مَضَى فَمَنْ مَضَى ﴾ سورة الجمعة ٩.

والتجنب عن عبادة الأصنام والقول الزور في قوله تعالى ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾، سورة الحج ٣٠. والقاعدة العامة (كل ترك فعل إذا قصد).

(٤) في البرهان المرجع السابق ٢١٦/١. (وأما جميع الفقهاء فالمشهور من مذهب الجمهور منهم أن الصيغة التي فيها الكلام للإيجاب إذا تجردت من القرائن)، وفي المسودة لابن تيمية (الأصل في الأمر الوجوب نص عليه في مواضع، وبه قال عامة المالكية وجمهور الفقهاء. وفي شرح معالم الدين، أصول الفقه الجعفري (إن صيغة الأمر مثل افعل وما في معناه من صيغ الأمر حقيقة في الوجوب فقط بحسب اللغة والعرف على الأقوى وفقا لجمهور الأصوليين). وفي الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم

قد يستعمل الأمر لمعان أخرى عند وجود القرائن. وقد ورد الأمر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معان أخرى كثيرة^(١).

الظاهري ٢٨٧/١ (فما ورد في الأوامر والنواهي على الصنفين المذكورين فهو فرض أبداً، ما لم يرد نص أو إجماع على أنه منسوخ أو أنه مخصوص أو أنه مندوب أو أنه بمض الوجوه الخارجية عن الإلزام).
ومن هذه المعاني ما يلي:

- الندب كما في قوله تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ سورة النور ٣٣.
- الإباحة كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ سورة المائدة ٢.
- الإرشاد كما في قوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوا﴾ سورة البقرة ٢٨٢. وقال الظاهرية الأمر في هذه الآية للوجوب.
- التهديد كما في قوله تعالى ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ سورة فصلت ٤٠.
- الامتنان كما في قوله تعالى ﴿وَكُلُوا مِن مَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾ سورة المائدة ٨٨.
- الإكرام كما في قوله تعالى ﴿ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ سورة النحل ٣٢.
- التكوين كما في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ سورة النحل ٤٠.
- التعجيز كما في قوله تعالى ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ الْإِنسَانَ﴾ سورة البقرة ٢٣.
- العداء كما في قوله تعالى ﴿رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الدَّيْةِ الَّتِي نَكُونُ فِيهَا لِغَيْرِ نَفْسٍ عَلِيمَةٍ﴾ سورة إبراهيم: ٤١.
- الاعتبار كما في قوله تعالى ﴿انظُرُوا إِلَىٰ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَيَنْوَهُ إِذَا جُمِعَ ثَمَرُهُ﴾ سورة الأنعام ٩٩.
- الإنذار كما في قوله تعالى ﴿قُلْ تَمَتَّعْ بِكُفْرِكَ قَلِيلًا﴾ سورة الزمر ٨.
- التسوية كقوله تعالى ﴿فَأَصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا سَوَاءٌ عَلَيْنَا﴾ سورة الطور ١٦.
- التحقير كقوله تعالى ﴿الْقَوْمَ الَّتِي أَنتَ مَلْفُوفٌ﴾ سورة يونس ٨٠.
- الإهانة كقوله تعالى ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ سورة الدخان ٤٩.
- التعجب كقوله تعالى ﴿انظُرْ كَيْفَ ضَرَبُوا لَكَ الْأَمْثَالَ﴾ سورة الفرقان ٩. ومن الجدير بالإشارة إلى إن التعجب إنما هو بالنسبة إلى المخاطب دون الله.
- التكذيب كقوله تعالى ﴿قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ سورة البقرة ١١١.

صيغ الأمر:

إن صيغ الأوامر والنواهي لم تأت على نمط واحد، بل اتبع القرآن الكريم، وكذلك الحديث الشريف أساليب بلاغية رائعة مختلفة وتفنن في صياغة النصوص الأمرة وفيما يلي ألوان منها:

١- صيغة الأمر المعروفة بـ (افعل) في علمي الصرف والنحو مثل (أَوْفُوا) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَاتَمْسُوكًا مَسْئُولًا﴾^(٢) و﴿كُونُوا﴾ في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾^(٣)، و﴿وَتَعَاوَنُوا﴾ في قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالْقَوَى﴾^(٤).

٢- صيغة الفعل المضارع المصدرية بلام الأمر مثل ﴿فَلْيَصُغْتُمْ﴾ في قوله تعالى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُغْتُمْ﴾^(٥)، و﴿وَلْيَكْتُبْ﴾ في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾^(٦)، و﴿لِيُنْفِقْ﴾ في قوله تعالى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ﴾^(٧).

٣- الجملة الخبرية المستعملة لمعنى الجملة الطلبية في ﴿يُرْضِعْنَ﴾ في قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَن أَرَادَ أَن يُنمَّ الرِّضَاعَةَ﴾^(٨).

(١) سورة المائدة ١.

(٢) سورة الإسراء ٣٤.

(٣) سورة النساء ١٣٥.

(٤) سورة المائدة ٢.

(٥) سورة البقرة ١٨٥.

(٦) سورة البقرة ٢٨٢.

(٧) سورة الطلاق ٧.

(٨) سورة البقرة ٢٣٣.

٤- تعابير أخرى كثيرة منها لفظ ﴿كُذِّبَ﴾ كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُذِّبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(١)، وتعبير ﴿فَرَضْنَا﴾ كما في قوله تعالى ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَرْوَاجِهِمْ﴾^(٢)، وكلمة ﴿عَلَى﴾ كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٣) إلى غير ذلك من الصيغ الأخرى^(٤).

مقتضى الأمر

هل هو الفور أو التراخي؟ وهل هو المرة أو الكرة؟

فيه خلاف للعلماء من الفقهاء والأصوليين، ولكن الرأي الراجح الذي استقروا عليه هو أن مقتضى الأمر طلب الأداء من فعل أو امتناع، وإن هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، أما الفورية في تنفيذه أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الأداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟ كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الأمر كعمل الرسول ﷺ، وقوله في بيان ذلك، وكإجماع الفقهاء، وغير ذلك^(٥)، وعلى سبيل المثال:

(١) سورة البقرة ١٧٨.

(٢) سورة الأحزاب ٥٠.

(٣) سورة آل عمران ٩٧.

(٤) تعرف الأوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من بطلان التصرف كما في عدم تسجيل العقار المبيع في التسجيل العقاري، أو تعويض كما في عدم استعمال العين الموجهة أو المعارة من قبل المستأجر والمستعير في القرض الذي خصصت له العين، أو عقوبة كما في عدم تنفيذ المكلف بواجب واجبه.

(٥) في حصول المأمول من علم الأصول، ص ٧٢ (ذهب جماعة من المحققين إلى أن صيغة الأمر باعتبار البيهة الخاصة موضوعة لمطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة والكثرة)، ثم يقول (والحق أن الأمر موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور وطلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً). وقال الرازي في المحصول، ج ١، القسم الثاني، ص ٤٠ (الأمر اسم لمطلق اللفظ الدال على مطلق الطلب). وقال البزدوي في أصوله مع الكشف ١/١٢٥ رداً على الغير (ولنا لفظ الأمر صيغة اقتضت لمعناها من طلب الفعل).

وقال الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ٢٢/٢ (والمختار أن المرة الواحدة لا بد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل فإن اقترن به قرينة أشعرت بإعادة التكرار حمل عليه وإلا كان الاقتصار على المرة الواحدة كافياً).

- أ- الأمر بالاستغفار والتوبة والرجوع إلى الله بعد ارتكاب أي ذنب من الذنوب يكون على الفور، كما في قوله تعالى ﴿ وَاسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي رَحِيمٌ وَدُودٌ ﴾^(١)، بدليل قوله تعالى ﴿ وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾^(٢).
- ب- الأمر بالإنفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٣)، يكون تعجيله وتأخيره تابعاً لحاجة الناس إلى الإنفاق، وقيام مصلحة عامة تتطلب هذا الإنفاق عاجلاً أو آجلاً.
- ج- الأمر بالحج في قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٤)، لمرة واحدة فكل حج بعدها مندوب.
- د- الأمر بالصلاة والزكاة في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾^(٥)، والتعاون على البر في قوله تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾^(٦)، يكون للتكرار مدى الحياة، وقد ثبت ذلك أيضاً بالسنة النبوية والإجماع.
- وبناء على ما ذكرنا فإن صيغة الأمر بمجرد لا إشعار فيها بوحدة ولا تكرار، والخلاف في ذلك عقيم يجب إهماله. ولأن كل أمر ورد في القرآن الكريم بين الرسول ﷺ ما هو المراد منه من المرة أو الكرة.
- ولذا نرى حذف موضوعات المرة والكرة والفورية والتراخي في أصول الفقه لأن انشغال الذهن بها من ضياع الوقت والعمر وهما لا يُعوضان إذا ضاعا.

(١) سورة هود ٩٠.

(٢) سورة آل عمران ١٣٣.

(٣) سورة البقرة ١٩٥.

(٤) سورة آل عمران ٩٧.

(٥) سورة البقرة ٤٣.

(٦) سورة المائدة: ٢.

حكم الأمر للورد بعد الحظر^(١)

أمر الشارع غالباً غير مسبوق بالحظر، لأن كل ما يأمر به فهو حسن لذاته أو لصفته الذاتية وفيه المصلحة أو المنفعة العامة والخاصة، والمحظور لغير عذر أو لظرف طارئ يكون قبيحاً لذاته أو لصفة ذاتية، ومع ذلك قد يكون مسبوقاً بحظر، ولذا اختلفت الآراء في مدلوله في حالة وقوعه بعد هذا الحظر كما يلي:

أ- حكم المأمور به بعد الحظر هو الإباحة بالاستقراء، لأنه ثبت بالإحصاء إن كل ما أمر به الشارع بعد الحظر حكمه هو الإباحة.

ب- حكمه الوجوب لأنه حقيقته الشرعية سواء وقع بعد الحظر أو لا.

ج- حكمه هو الحكم السابق الذي كان عليه المأمور به قبل الحظر من وجوب أو ندم أو إباحة أو غير ذلك.

د- وفي رأينا يجب أن يفرق بين حظر لم يسبق بالأمر، وبين حظر طارئ مسبوق بالأمر.

١- فإذا كان الفعل لم يؤمر به قبل الحظر، بل كان في أصله محظوراً فإن حكمه الإباحة بالاستقراء التام، حيث لا نجد حسبما اطلعت عليه أمراً بعد الحظر الأصلي إلا وهو للإباحة، كما في زيارة القبور وادخار لحوم الأضحية وغيرها، فمثلاً زيارة القبور كانت محظورة في الأصل لأن الزائر كان يقدس القبر تقديساً قريباً من الشرك، فلما استقر الإسلام ومبادئه في عقول المسلمين قال الرسول ﷺ ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها))^(٢).

٢- أما إذا كان الحظر مسبوقاً بالأمر وكان لمانع أو ظرف طارئ فإذا أمر به بعد زوال العذر المانع يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر من وجوب أو ندم أو إباحة لأن الحظر كان لمانع، والقاعدة تقضي بأنه (إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع)^(٣) إذا زال العذر والظرف المانع يعود إلى ما كان عليه وفقاً لقاعدة (إذا زال المانع عاد

(١) كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ سورة المائدة ٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْتَ فَأَتُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ سورة البقرة ٢٢٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ سورة الجمعة ١٠.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الجنائز، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٠/٧.

(٣) المجلة م ٤٦، المدني العراقي م ٤.

(المنوع)^(١).

ومن الشواهد الدالة على هذه الحقيقة إن الصيام واجب على المرأة المسلمة كما هو واجب على الرجل لكنه محظور عليها في حالة العادة النسائية وفيما بعد الولادة لفترة، فإذا زال هذا الظرف العارض يجب عليها الأداء، أي يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر وهو الوجوب، الاضطهاد، عمل مباح للإنسان وسبب مشروع من أسباب كسب الملكية لكنه محظور على الحاج أثناء لبس الإحرام وقت أداء مناسك الحج، فإذا تمت هذه المناسك وانتهى واجب الإحرام عاد العمل إلى حكمه السابق وهو الإباحة كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿فَاعْتَرَلُوا لِّلنَّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾^(٣).

المطلب الثاني

النهي

تعريف النهي:

النهي لغة: المنع ومنه تسمية العقل النهي، لأنه ينهى صاحبه عما يخالف الصواب.

وفي الاصطلاح له تعريفات متعددة^(٤) كلها تدور حول محور واحد وهو أن النهي طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وبناء على ذلك

(١) المجلة م ٢٤.

(٢) سورة المائدة ٢.

(٣) سورة البقرة ٢٢٢.

(٤) ومنها: تعريف القاضي عضد، شرح مختصر المنتهى الأصولي ٩٥/٢ (حد النهي: انه اقتضاء كف عن فعل على جهة الاستعلاء). وتعريف أبي إسحاق الشيرازي، اللمع، ص ١٣ (هو القول الذي يستعدى به ترك الفعل بمن هو دونه).

وتعريف الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٠٩ (القول الإنشائي الدال على طلب كف عن الفعل على جهة الاستعلاء). وفي لب الأصول، ص ٦٧ (النهي اقتضاء كف عن فعل إلا بنحو كف أي بغير (كف) و(ذر) و(اجتنب) لأن هذه الصيغ ونحوها لطلب الترك أيضاً إلا إنها تعتبر من الأوامر لا من النواهي).

الأصل في النهي هو انه حقيقة في الحرمة ، والفعل المطلوب تركه والكف عنه محرم. وإضافة إلى هذا المعنى الحقيقي للنهي فانه قد استعمل مجازاً في معان كثيرة أخرى في الشرع^(١).

صيغ النهي:

القرآن الكريم نهى الإنسان عن جميع التصرفات التي تتضمن المفساد والمضار بصيغ متعددة وتعابير مختلفة وهي تدل على أسلوبه البلاغي الرائع المعجز، ومن تلك الصيغ الآتي:

١- الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا

^(١) ومن هذه المعاني:

الكرهية: كما في قوله تعالى ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْزَنُوا مَا أَهَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ المائدة: ٨٧.

الإرشاد: كما في قوله تعالى ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْتَوُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ بُدِّ لَكُمْ سُنُوكُمْ ﴾ المائدة: ١٠١. وقال البعض: هذا النهي للكرهية كما ذكرنا سابقاً.

التحقير: كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِ ءَازْوَاجًا يَتَّبِعُونَ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا لِيَفْتَنَهُمْ فِيهِ ﴾ طه: ١٣١.

بيان العاقبة: كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهُ عَنَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ ﴾ إبراهيم ٤٢.

التأيس: كما في قوله تعالى ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَعْزُدُوا الْيَوْمَ إِنَّمَا يُجْزَوْنَ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ التحريم ٧.

التصيير: كما في قوله تعالى ﴿ لَا تَحْزَنَنَّ إِنَّا كُنَّا اللَّهُ مَعَكُمْ ﴾ التوبة ٤٠.

الدعاء: كما في قوله تعالى ﴿ رَبَّنَا لَا تُرِخْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا ﴾ آل عمران ٨.

التحذير: كما في قوله تعالى ﴿ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ البقرة ١٣٢.

التأمين: كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَخَفْ إِنَّا نُكَفِّرُكَ مِنَ الْآمِينِينَ ﴾ القصص ٣١.

الوفاء والتعاون: كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنْ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَعِيرٌ ﴾ البقرة ٢٣٧.

وهناك معان أخرى لا مجال لذكرها، والراجع أن استعمال النهي في غير التحريم مبني على المجاز لأنه حقيقة في التحريم.

في إرشاد الفحول، ص ١٠٩-٢١٠ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويرد فيما عداه مجازاً).

قال البيهقي في أصوله مع الكشف ٢٥٦/١ (ومن هذا الأصل أي من الخاص النهي، لأنه خاص في التحريم، كالأمر خاص في الإيجاب).

وفي حصول المأمول من علم الأصول، ص ٧٦ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي، فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويرد فيما عداه مجازاً).

- الرِّفْقَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَيْلًا ﴿١١﴾، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ (١١)، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾ (١٢)، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (١٣).
- ٢- مشتقات مادة (تحريم) كما في قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ (١٤)، وقوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالذَّمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ ﴾ (١٥).
- ٣- مشتقات مادة (النهى) كما في قوله تعالى ﴿ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ﴾ (١٦)، وقوله تعالى ﴿ إِبْرَاطُ الصَّلَاةِ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ ﴾ (١٧).
- ٤- نفي الحل كما في قوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَاءٍ مَاتَيْتُمْوهنَّ شَيْئًا ﴾ (١٨).
- ٥- اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب عليه كما في قوله تعالى ﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ ﴾ (١٩) الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴿٥﴾ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ﴿٦﴾ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿١٠﴾.
- ٦- الاستفهام الإنكاري كما في قوله تعالى ﴿ أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ ﴾ (٢٠)، وغير ذلك (٢١).

(١) سورة الإسراء ٣٢.

(٢) سورة الأنعام ١٥٢.

(٣) سورة البقرة ١٨٨.

(٤) سورة الإسراء ٣٣.

(٥) سورة النساء ٢٣.

(٦) سورة المائدة ٣.

(٧) سورة النحل ٩٠.

(٨) سورة العنكبوت ٤٥.

(٩) سورة البقرة ٢٢٩.

(١٠) سورة الماعون ٤-٧.

(١١) سورة يونس ٩٩.

(١٢) تعرف النواهي في القانون بالجزاء المترتب على فعل المنهي عنه من بطلان كبيع الأموال الأثرية، أو تعويض كإتلاف مال الغير، أو عقوبة كجرمة القتل.

مقتضى النهي:

النهي بخلاف الأمر لا خلاف في مقتضاه في انه للفور، أي على الإنسان المكلف أن يكف عن الفعل المنهي عنه فوراً وبدون التراخي، وكذلك لا خلاف في أن النهي للتكرار والاستمرار مدى الحياة، لأن في المنهي عنه مفسدة ومضرة يجب التجنب عنها، ولأن الإنسان إذا باشر الفعل المنهي عنه في حياته مرة واحدة يعتبر عاصياً.

بشر للنهي على المنهي عنه صحة وفساداً:

لا خلاف في أن التصرف المنهي عنه قبيح لذاته أو لوصفه اللازم أو غير اللازم وبالتالي فيه مضرة عامة أو خاصة، وإن تأثير النهي على هذا التصرف يختلف باختلاف خطورته وحجم الضرر العام أو الخاص فيه، وكذلك يختلف باختلاف طبيعة الفعل، فهو قد يكون من الأعمال التي تعد من الجرائم، كما قد يكون من العبادات والمعاملات المالية وغير المالية^(١).

١- الجرائم

النهي قد يدل على أن المنهي عنه من الجرائم، وأنه اعتداء أما على النفس كما في القتل، في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢)، أو على الأعراض والأنساب، كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٣)، أو على الأموال كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٤)، أو على الأمن والمصالح العليا للأمة كالتجسس كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(٥)، أو على الأمن وراحة الناس كالفساد في الأرض كما في قوله تعالى

(١) في أصول الشاشي، ص ٢٨ (النهي نوعان: نهي عن الأفعال الحسية - أي المادية المدركة بالحس - كالزنا وشرب الخمر والكذب والظلم، ونهي عن التصرفات الشرعية كالنهي عن الصوم في يوم النحر، والصلاة في الأوقات المكروهة. فالأول قبيح لعينه والثاني قبيح لغيره).

(٢) سورة الإسراء ٢٢.

(٣) سورة الإسراء ٢٢.

(٤) سورة البقرة ١٨٨.

(٥) سورة الحجرات ١٢.

﴿وَلَا تَبِخْ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾^(١)، أو غير ذلك من التصرفات التي تعتبر جرائم.

أما أثر النهي عليها فإنها تعتبر أسباباً لاستحقاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دنيوية من عقوبات الحدود والقصاص، أو العقوبات التعزيرية، فإن لم يعاقب بدون عذر فانه لا ينجو من عقوبة الآخرة أمام الله، إضافة إلى هذه العقوبات فإنها لا ترتب عليها الآثار الشرعية، ففي السرقة والنهب والسلب وخيانة الأمانة والرشوة لا يصبح الجاني مالكاً للمال، وفي جريمة الزنى لا نسب ولا نفقة ولا مهر ولا ميراث، لأن النهي عن هذه التصرفات الإجرامية إنما هو لقبحها الذاتي ومفسدتها ومضرتها، فيقتضي عدم ترتب أي اثر شرعي عليها، فهي من التصرفات الحسية القبيحة لذاتها.

ب- العبادات

وإذا كان المنهي عنه من العبادات فالنهي لا يمكن أن يتوجه إلى ذات العبادة، لأن كل عبادة حسنة لذاتها، فيها منفعة دنيوية أو أخروية، ولا يتصور النهي عنها لذاتها وإنما لوصف لازم أو غير لازم. ففي النهي عن العبادة لوصف لازم كصوم يوم العيد تعتبر العبادة غير صحيحة عند جمهور الفقهاء، وتكون مجزئة ومسقطه للتكليف عند الحنفية رغم فسادها بسبب النهي. ويترتب على هذا الخلاف أن من نذر على نفسه صوم يوم مثلاً فيجب عليه الوفاء به، فان صام يوم العيد لا يكون مجزئاً ولا مسقطاً عند جمهور الفقهاء لفساده، فيجب عليه صوم يوم آخر خلافاً للحنفية القائلين بأنه مجزئ ومسقط للمسؤولية، لأن النهي عن صيام يوم العيد ليس لذاته وإنما للإعراض عن ضيافة الله. وفي النهي عن العبادة لوصف غير لازم كالصلاة في دار مفضوبة أو ثياب مفضوبة، والوضوء بماء مفضوب، فإن جمهور الفقهاء قالوا بصحة العبادة ولكن فاعلها آثم أمام الله، أي ديانة لا قضاء، وقال الظاهرية^(٢) والحنابلة^(١)، ومن حذا حذوهم (العبادة باطلة للنهي عنها).

^(١) سورة القصص ٧٧.

^(٢) في الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٢٠٧/٣ (ومن صلى بثوب نجس أو مفضوب وهو يعلم ذلك انه لا يجوز له ذلك الفعل، أو صلى في مكان نهي عن الإقامة فيه كمكان نجس أو مكان مفضوب أو في عطن الإبل أو إلى قبر أو من ذبح بسكين مفضوبة أو حيوان غيره بغير إذن صاحبه أو

ج- المعاملات المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات المالية، فيكون تأثير النهي على التصرف كالآتي:

أولاً- إذا كان النهي لذات المنهي عنه عنصر من عناصره يكون التصرف (أو العقد) باطلاً بإجماع الفقهاء، كالنهي عن التعامل بالميتة والخنزير والدم والمسكرات، فلا يترتب على التصرف أي اثر شرعي.

ثانياً- وإذا كان النهي لوصف لازم للمنهي عنه (أي وصف لا ينفك عنه) يكون العقد باطلاً أيضاً عند جمهور الفقهاء، لأن النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره.

وفرق الحنفية بين النهي عن تصرف لذاته (أو لعنصره) وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وبنوا على هذا الأصل التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد واستحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وقالوا (العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه). والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع لوصفه.

وبذلك يكون للعقد باعتبار تكوينه وآثاره خمسة أقسام العقد الصحيح والعقد غير الصحيح، فالصحيح أما موقوف أو نافذ غير لازم أو نافذ لازم، وغير الصحيح أما باطل أو فاسد، وقال الجمهور بالتقسيم الرباعي على أساس أن الباطل والفاسد مترادفان مفادهما هو (كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه دون تفريق بين أصله ووصفه)، وعلى سبيل المثال العقد الربوي باطل عند

توضاً بماء منصوب أو بآنية فضة أو بإناء منصوب أو بإناء ذهب، فكل هذا لا يأتي فيه فرض، فمن صلى كما ذكرنا فلم يصل، ومن توضاً كما ذكرنا فلم يتوضاً... الخ).

(^١) وفي شرح الكوكب المنير، ص ٣٤٢ (النهي المطلق عن الشيء لعينه أو وصفه أو لمعنى في غيره كالنهي في عقد بيع بعد نداء الجمعة، والوضوء بماء منصوب يقتضي فساد المنهي عنه شرعاً عند الإمام أحمد وأكثر أصحابه والمالكية والظاهرية والجبائية، بخلاف ما لم يكن النهي لمعنى في غير المنهي عنه لحق آدمي كتلفي الركبان إلى آخره).

الجمهور، وفساد عند الخفية لأنه مشروع بأصله كبيع توافرت أركانه وعناصره، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو كونه مشتملاً على زيادة (فائدة) لأحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، فهذا الوصف فاسد لأنه منهي عنه شرعاً ولكونه مخالفاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وقال الجمهور (كل عقد ربوي باطل لأنه منهي عنه لوصفه اللازم وهو الفائدة الربوية).

وعلى أبو حنيفة (رحمه الله) ^(١) جعله العقد الفاسد منزلة بين المنزلتين ^(٢) قائلاً (أصل الماهية ^(٣) سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها ^(٤)).

فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد ^(٥) وبين السالبة ^(٦) عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقاً لسوينا بين الماهية السالبة في ذاتها وصفاتها ^(٧) والمتضمنة الفساد في صفاتها وذلك غير جائز فان التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية ^(٨) سالم عن النهي.

والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة ^(٩) المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب).

وقد أثنى فقهاء القانون ^(١٠) على صنيع أبي حنيفة هذا حيث أنقذ كثيراً من المعاملات المالية من الانهيار وساعد على استقرارها بإقرار العقد الفاسد بين الصحيح

^(١) راجع الفروق للقرافي الذي أورد فيه هذا الكلام لأبي حنيفة ٨٣/٢-٨٤.

^(٢) أي بين العقد الصحيح والعقد الباطل.

^(٣) أي ماهية العقد الفاسد وهي أركانه وعناصره (شروطه).

^(٤) أي أن النهي لوصف خارج عن الماهية.

^(٥) أي ماهية العقد الباطل لأنها فاسدة وغير مشروعة.

^(٦) أي ماهية العقد الفاسد لأن ماهيتها سالمة عن الفساد، وإنما الفساد في وصفها.

^(٧) وهو العقد الصحيح المشروع بذاته (أصله) ووصفه.

^(٨) أي ماهية العقد الفاسد.

^(٩) أي في العقد الربوي، لأن الزيادة فائدة ربوية محرمة بالنص.

^(١٠) مصادر الحق ١٥٠/٤.

والباطل ، لأنه يتحول إلى العقد الصحيح تلقائياً بمجرد إزالة سبب الفساد، بخلاف الباطل فإنه يحتاج إلى الاستئناف والتجديد بعد إزالة سبب البطلان، وهذا من أهم ميزات التمييز بين الباطل والفاسد^(١).

ثالثاً- إذا كان النهي لوصف غير لازم^(٢) ، ومن أمثلته النهي عن البيع وعن كل معاملة مالية من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة ، كما في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٣) ،

^(١) قال الحنفية (للعقد الصحيح سبعة عناصر التي هي تعتبر أصل العقد، وخمسة أوصاف مكملة لبعض هذه العناصر، التي يعتبر كل واحد منها وصفاً للعقد، فإذا تخلف عنصر من هذه العناصر يكون العقد باطلاً، وإذا تحققت العناصر وتخلف وصف مكمل يكون فاسد)، قالوا (أركان العقد الإيجاب والقبول، لأن صيغته تتكون منهما، وتتطلب هذه الصيغة وجود عاقد يصدر عنه الإيجاب والقبول، ومعقود عليه ينصب عليه العقد، وللإيجاب والقبول شرطان التطابق واتحاد المجلس، للعاقد شرطان التعدد - حقيقة أو حكماً -، والعقل في التبرعات - أو التمييز في المعاوضات -، وللمعقود عليه ثلاثة شروط كونه موجوداً مقدور التسليم وكونه معيناً أو قابلاً للتعين وكونه صالحاً للتعامل، وبذلك يحتاج العقد في صحته إلى سبعة عناصر وهي تلك الشروط المذكورة، فالثلاثة الأولى لا تحتاج إلى وصف مكمل بخلاف الأربعة الباقية:

أ- عنصر العقل أو التمييز الذي يتوقف عليه قيام الرضا يحتاج إلى وصف مكمل هو خلوه من عيب الاكراه.

ب- عنصر قدرة التسليم يحتاج إلى وصف يكمله وهو خلوه من الضرر.

ج- عنصر تعيين المحل أو كونه قابلاً للتعين يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر.

د- عنصر صلاحية المحل للعامل يحتاج إلى وصفين مكملين أحدهما عدم الاقتران بشرط فاسد وثنائهما عدم وجود الربا - وعدم وجود زيادة بدون مقابل لأحد العاقدين على حساب الآخر - وبذلك تكون أسباب فساد العقد عند الحنفية خمسة وهي الإكراه والضرر والغرر والشرط الفاسد والربا).

وفي رأينا أن اشتراط عدم الربا يدخل في شرط عدم وجود الشرط الفاسد لأن الزيادة في العقد الربوي التي يشترط من يحصل عليها شرط فاسد، كما إن شرط عدم وجود الغرر يرجع إلى شرط عدم وجود الضرر.

^(٢) المراد بالوصف غير اللازم هو أن الوصف قد ينفك عن هذا التصرف بحيث كما يتحقق معه قد يوجد مع تصرف آخر، فإلحاق الضرر بالخطيب الأول من الخطيب الثاني بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن أن يتحقق بطريقة أخرى.

وكالتهي عن النجش^(١) وعن تلقي الركبان وعن بيع الحاضر لباد^(٢)، وعن بيع الرجل على بيع أخيه، وعن خطبته على خطبة أخيه^(٣)، وعن بيع الشيء قبل قبضه^(٤)، وعن بيع العربان^(٥)، وعن التصرية للحيوان إذا أريد بيعه^(٦)، وغير ذلك من العقود المنهي عنها، لا لذاتها ولا لوصفها اللازم وإنما لوصف غير لازم وهو إلحاق الضرر بالغير. قال جمهور الفقهاء بصحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم^(٧)، ولكن فاعله أثم أمام الله، أي يُسأل ديانة لا قضاء، ولكن إذا كان هناك غبن فاحش مقترن بالتغريب والتدليس يحق للمغبون طلب رفع الغبن أو فسخ العقد^(٨).

(١) النَجْشُ (بفتح النون وسكون الجيم): لغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد، وفي الشرع: الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغير بذلك غيره، عن ابن عمر رضي الله عنهما (نهى رسول الله عن النجش)، سبل السلام ٢٣/٣، تقدم تخريجه.

(٢) تلقي الركبان هو الخروج عن المدينة واستقبال أهل القرى والأرياف قبل أن يدخلوها عن يحملون محصولاتهم الزراعية والحيوانية وغيرها للبيع ويشترونها منهم دون علمهم بسعر السوق، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد). سبل السلام ٢٦/٣. سئل ابن عباس عن بيع الحاضر للبادي قال (لا يكون له سمسارا)، نيل الأوطار ١٨٥/٥، تقدم تخريج هذه الأحاديث.

(٣) قال رسول الله ﷺ (ولا تناجشوا ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه)، المرجع السابق ٢٩/٣، تقدم تخريجه.

(٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله)، رواه مسلم، المرجع السابق ١٩/٣، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال (من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه).

(٥) عن عمرو بن شعيب قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان، المرجع السابق ٢١/٣، أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب النهي عن العربان ٣٤٢/٥.

العربان: بضم العين وسكون الراء هو العربون كأن يريد شخص أن يشتري مالا فيدفع له مقدما مبلغا، فإن اشتراه فهو جزء من الثمن وإلا فلا يسترده جزاء لإعراضه عن إكمال العقد، وقد اختلف فيه الفقهاء، فقال مالك والشافعي (العقد باطل لاقرانه بشرط فاسد وللغير ولما فيه من أكل مال الغير بالباطل).

(٦) موضوع تصرية الحيوان سبق مفصلا عند بحث السنة النبوية في القسم الأول.

(٧) أي خارج عنه ينفك عنه في بعض موارد في القواعد للعلائي ١٧١/١ (النهى عن الشيء هل يقتضي فساد؟، قاعدة مذهب الشافعي نعم، إن كان لعين الشيء أو لوصفه اللازم، أما إذا كان الأمر خارجا عنه ينفك عنه في بعض موارد، لم يقتض فسادا سواء أكان ذلك في العبادات أم في العقود. أم في الإيقاعات، فالأول كالصلاة بلا وضوء، وبيع الميتة والخمر والخنزير ونكاح المحارم، والثاني كصوم يوم العيد، وبيع الطير في الهواء والسّمك في اللجة، ونكاح المتعة والشغار وعقد الربويات، والثالث كالصلاة في الدار المغصوبة، والبيع وقت نداء الجمعة).

وقال الظاهرية^(٦) والزيدية (النهى)^(٧) يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لذات المنهي عنه أو لوصفه غير اللازم).

وفرق المالكية^(٨) والحنابلة^(٩) بين النهي عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق الله^(١٠) أو المصلحة العامة^(١١)، ففي هاتين الحالتين يكون العقد باطلاً، وبين النهي رعاية لحق الفرد (الحق الخاص)^(١٢) والمصلحة الخاصة، فعندئذ يحق لمن لحقه الضرر الخيار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة أيام من علمه بغبنه.

د- المعاملات غير المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات غير المالية كالزواج فإن اثر النهي لذات المنهي عنه البطلان كزواج المحرمات تحريماً مؤيداً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة والدخول يعتبر جريمة الزنى في حالة العلم بالبطلان.

وإذا كان النهي لوصف لازم يكون الزواج فاسداً كزواج الشغار، عن ابن عمر رضي الله عنهما ((نهى رسول الله ﷺ عن الشغار))^(١٣) وزواج المحرم لقول الرسول ﷺ ((لا يُنكحُ المحرم

^(١١) لقول الرسول ﷺ لحيان بن منقذ، وكان يخدم في البيوع (إذا بايعت فقل لا خلافة - لا خديعة - ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك وان سخطت فاردد)، سبل السلام ٤٦/٣، تقدم تخريجه.

^(١٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٣٠٧/٣ وما بعدها، المحلى ٤٥٣/٨.

^(١٣) في إرشاد الفحول، ص ١١١ (والحق أن كل نهى من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك، فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي لقول الرسول ﷺ (كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد)، وما كان مردوداً فهو باطل)، تقدم تخريجه.

^(١٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٥٩/١٢، المغني لابن قدامة ٢٤١/٤.

^(١٥) تصويبات الكوكب المنير، ص ٣٤٢.

^(١٦) كالنهى عن البيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة، ويقاس على البيع أي معاملة أخرى.

^(١٧) كالنهى عن بيع الحاضر لباد لأنه يضر بمصلحة المستهلكين.

^(١٨) أي لرعاية حق خاص يمكن استدراكه، فالبائع في تلقى الركبان يخير بين امضاء العقد مع قبول الغبن وبين فسخه، أي أن البيع ينقذ صحيحاً نافذاً غير لازم رغم أن الطرف الرايح على حساب الآخر أتم أمام الله، أي يسأل ديانة لا قضاء.

^(١٩) الشغار كان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق. أخرجه البيهقي في كتاب النكاح ٢٠٠/٧.

ولا يَنْكَحُ))^(١)، وزواج المتعة عن علي عليه السلام ((نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خبير))^(٢)، وإذا حصل الدخول في الزواج الفاسد ترتبت عليه الآثار التالية:

- ١- شرعية نسب الجنين الذي يتكون من هذا الدخول حماية لمستقبل الطفل.
- ٢- وجوب المهر للمدخول بها تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي لحق بها بالدخول.
- ٣- وجوب العدة على المدخول بها منعاً لاختلاط النسب أو تعبداً.
- ٤- ثبوت المصاهرة بالدخول شأنه شأن الدخول الشرعي.
- ٥- سقوط عقوبة الزنى للشبهة.

وجدير بالذكر أن هذه الآثار قال بها غير الحنفية لا على أساس التفرقة بين الفاسد والباطل وإنما على أساس وجود الشبهة فالدخول في الزواج الذي يسميه الحنفية فاسداً مقترناً بالشبهة. ثم إن ما شاع بين الناس من انه لا فرق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في الزواج صحيح بالنسبة لوجوب التفريق بين الزوجين في الحالتين أما من حيث الآثار فان الفرق بينهما واضح فهي غير موجودة في حالة الدخول في الزواج الباطل بخلاف ذلك في الزواج الفاسد.

وإذا كان النهي لوصف غير لازم فالزواج صحيح عند الجمهور^(٣)، والفاعل آثم كالزواج بعد الخطبة على خطبة الغير، قال الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ))^(٤)، وعند ابن حزم الزواج غير صحيح بناءً على أصله (كل نهي يقتضي الفساد)^(٥).

(١) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٥/٩.

(٢) المرجع السابق ١٩٩/٩.

(٣) في سبيل السلام ١٤٨/٣ (وأما العقد مع تحريم الخطبة فقال الجمهور يصح). وقال داود - أي داود الظاهري - يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده.

(٤) المرجع السابق ١٤٨/٣، تقدم تخريجه

(٥) وهو يتفق مع داود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية

المطلب الثالث المطلق والمقيد

حقيقة المطلق

ذكرنا سابقاً أن الخاص هو الذي وضع لمعنى معين واحد يكون دلالاته عليه قطعية، فهو إما واحد بالشخص كأسماء الأعلام، أو واحد بالصنف كأرز عنبر، أو واحد بالنوع كالخنطة، أو واحد بالجنس كالجريمة.

ومن الواضح أن كلا من الواحد بالشخص والواحد بالصنف لا يندرج تحتها أنواع أو أصناف حتى يكون اللفظ الدال عليه مطلقاً شاملاً لأنواعه وأصنافه، ولذا لا يصلح كل منهما لأن يكون مطلقاً.

أما الواحد بالنوع فانه يشمل ما يندرج تحته من الأصناف، كما أن الواحد بالجنس يشمل على سبيل التناوب الأنواع المدرجة تحته، فكل منهما قبل تقييده بنوع معين أو صنف معين يكون مطلقاً يصلح لأن يراد به كل نوع من أنواعه أو أي صنف من أصنافه على سبيل البدل والتناوب، فلفظة (جريمة) موضوعة شرعاً وقانوناً وعرفاً لكل فعل محظور يستحق فاعله العقاب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، ودلالاتها على هذه الحقيقة قطعية. وهذا المضمون قدر مشترك بين جميع أنواع الجرائم ومنها جريمة الاعتداء على الأموال كالسرقة، وجريمة الاعتداء على الأشخاص كالقتل، وجريمة الاعتداء على الأعراض والنسب كالزنى وغيرها من أنواع الجرائم الأخرى، فإذا ذكرت دون تقييدها بواحدة منها تكون مطلقة تصلح لأن يراد بها أي نوع منها على سبيل البدل والتناوب. وكذلك لفظ (التمر) نوع من أنواع المحصولات الزراعية تندرج تحته أصناف كثيرة، فإذا ذكر دون تقييده بصنف منها يكون مطلقاً شاملاً لكل على سبيل التناوب.

ونستنتج من هذه المقدمة تعريفاً واضحاً بعيداً عن الغموض الذي يكتنف تعريفاته في المراجع القديمة والحديثة^(١) وهو الآتي :

المطلق

لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد، وعلى سبيل المثال إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع زراعة أو اشترى حيواناً أو عمل تزويراً أو باع سيارة أو غرس نخلة، يكون كل من (جريمة، وزراعة وحيوان) مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة كما يكون كل من (تزوير وسيارة ونخلة) أيضاً مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب، وبهذا يعتبر المطلق من الخاص باعتبار معناه، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف للواحد.

حكم المطلق^(٢)

من المسلم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بقيد، فالأصل أن يعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي ان يقيده ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة)^(٣) أي صراحةً أو ضمناً.

^(١) قال ابن الحاجب، مختصر المنتهى وشرحه ١٥٥/٢ (المطلق ما دل على شائع في جنسه).

قال الأمدي، الإحكام ١٦٢/٢ (وهو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه). ←

وقال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٣٠/٢ (المطلق الدال على الماهية بلا قيد من وحدة أو غيرها).

وقال العلامة البهاري، مسلم الثبوت ٢٨٨/١ (المطلق ما دل على فرد منتشر).

وقال جماعة منهم الرازي (المطلق الدال على الحقيقة من حيث هي هي).

وقال عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ١٩٢ (المطلق هو ما دل على فرد غير مقيد لفظاً بأي قيد).

وقال عباس متولي حمادة، أصول الفقه، ص ٣٩٨ (المطلق ما دل على فرد أو أفراد شائعة).

وفي المسودة لأبن تيمية، ص ١٤٧ (ذكر صاحب جنة الناظر انه اللفظ الدال على واحد لا بعينه).

^(٢) الإذن في الشيء إذن في ما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، فالوكيل بالبيع مطلقاً له قبض الثمن لأنه من توابع

البيع ومقتضاه وله تسلم البيع بعد توفي الثمن.

^(٣) مجلة الأحكام العدلية، م ٦٤.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الأحوال الشخصية :

أ- العمل بمقتضى الإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿ وَأَمَهَّتْ نِسَائِكُمْ ﴾^(١) ، في التحريم أي حرم عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم سواء أحصل الدخول أم لا ، لأن النص ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول وقد اجمع فقهاء الشريعة على الأخذ بهذا الإطلاق حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن أو في السنة على تقييده.

ب- وكذلك العمل بالإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُم وَيَدْرُونَ أَنَّ زَوْجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَزْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾^(٢) ، فإنه يدل على وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى سواء أدخل بها أم لم يدخل.

ومثل ذلك في الإطلاق آيات الموارث الواردة مطلقة عن قيد الدخول في ميراث أحد الزوجين من الآخر ، فإذا مات أحدهما بعد الزواج وقبل الدخول يرثه الآخر وفقاً لإطلاق النص^(٣).

ومن تطبيقاتها في المعاملات المالية :

أ- الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره^(٤) ، لكن لو أطلق العقد حين الاستئجار ولم تكن النية موجهة إلى شخص الأجير للقيام بالعمل بنفسه ، فلأجير أن ينوب غيره عن نفسه للقيام بالعمل^(٥).

ومن الجدير بالإشارة أن البيع المطلق يقترن له اللزوم وتقييده بخيار الشرط يرتفع اللزوم ، وإطلاق الثمن يقتضي الحلول ، وإذا شرط الأجل ارتفع الحلول.

ب- إذا كانت الإعارة مطلقة ولم يقيد بها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة^(٦).

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) كما في قوله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ الْرِجْعُ مِمَّا تَرَكْتُمَ إِن لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَاكِلٌ ﴾ سورة النساء ١٢.

(٤) المجلة ، م ٥٧١.

(٥) المجلة ، م ٥٧٢.

(٦) المجلة ، م ٨١٩.

ج- في عقد المضاربة المطلقة يكون المضارب مأذوناً بالعمل في مستلزمات المضاربة والأمر التي تتعلق بها، ويجوز له البيع والشراء بنقد ونسيئة وتحديد اجل معتاد، وله التوكيل والحوالة والسفر إلى بلد آخر للمعاملات التجارية^(١).

د- في الوكالة بالبيع المطلق، للوكيل أن يبيع مال موكله بالثمن الذي رآه مناسباً، لكن ليس له أن يبيع بأنقص مما عينه الموكل^(٢).

حقيقة المقيد

بعد معرفة حقيقة المطلق تكون حقيقة المقيد واضحة لدى كل من يستوعب المطلق، لأن المقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيعه، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك.

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق

أ- في قوله تعالى ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٣)، فقيد القتل المحرم بأن يكون بغير حق، فإذا كان بحق كالقصاص أو منع انتشار الفساد في الأرض فإنه لا يعتبر جريمة موجبة للعقوبة.

ب- في قوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾^(٤)، فقيد القتل الموجب لتحرير الرقبة والدية بأن يكون خطأ، وقيد الرقبة بأن تكون مؤمنة.

ج- قوله تعالى ﴿وَرَبِّبْتُكُمْ النَّبِيَّ فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ فِيهَا وَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ فِيهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(٥)، فقيد تحريم

(١) المجلة، م ١٤١٤.

(٢) المجلة، م ١٤٤٩.

(٣) سورة المائدة ٣٢.

(٤) سورة النساء ٩٢.

(٥) سورة النساء ٢٣.

بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بقيد الدخول، أما إذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، فيحق له أن يتزوج بنتها التي هي من زوجها السابق^(١).

د- قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٢)، فالوصية في هذه الآية وردت مطلقة شاملة للوصية بكل التركة أو ببعضها، لأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض مطلقاً، إلا أن السنة النبوية بينت أن هذا الإطلاق غير مراد وقيدها بالثلث فقد روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه انه قال: قلت يا رسول الله أنا ذومال - وفي رواية كثير المال - لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بشطره - نصفه -؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال ﷺ: الثلث والثلث كثير انك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة^(٣) يتكفنون^(٤) الناس^(٥).

ونستنتج من هذا أن القيد الذي يقيد المطلق لا يشترط أن يكون في نفس النص المطلق أو من نوعه، بل يجوز تقييد إطلاق القرآن بالقرآن وبالسنة، وتقييد السنة بالقرآن وبالسنة وتقييد كليهما بالإجماع أو القياس أو العرف^(٦) أو المصلحة العامة الشرعية في ميزان الشرع. ولهذه الصور من التقييد تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي لا مجال لذكرها.

^(١) والسر في حرمة أم الزوجة بمجرد عقد التزوج ببنتها وان لم يدخل الزوج بها، وفي عدم حرمة ابنة زوجته من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج، هو أن الزوج بحاجة إلى الخلوته مع أم زوجته بعد زواجه لإكمال متطلبات هذا الزواج، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس.

^(٢) سورة البقرة ١٨٠.

^(٣) جمع عائل وهو الفقير.

^(٤) أي يسألون الناس بأكفهم.

^(٥) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري، الأدب المفرد، حديث رقم ٥٢٠. ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، صحيح مسلم بشرح النووي ٨٥/١١.

^(٦) قال السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩ (قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف ومثله بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض ووقت الحيض وقدره والأحياء، والاستيلاء في الغصب... الخ).

ومن النصوص القانونية التي ورد فيها تقييد المطلق:

- أ- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها، فالمنع مقيد بحالة عدم الرضا.
- ب- الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها^(١)، فقيد المشرع الفعل بأن يكون بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة، وهذا يدل انه لا شروع في المخالفات، وقيد الأسباب بأن لا دخل لإرادة الفاعل فيها وإلا فلا يعتبر الشروع جريمة معاقباً عليها.
- ج- لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو^(٢)، فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل وأما قبله فانه جائز.

حكم المقيّد

كما أن من الواجب أن يأخذ الفقيه والقاضي والمفتي بإطلاق المطلق حتى يثبت دليل على تقييد، كذلك يجب عليهم رعاية القيد الوارد في النص المعتبر في الحكم وبحيث يطبق الحكم الوارد فيه إذا تحقق هذا القيد، ويسمى الحكم منطوق النص، وإن تخلف فيجب تطبيق نقيض هذا الحكم الذي يسمى مفهوم المخالف، يأتي بيانهما مفصلاً بإذن الله.

فحكم الزوج من بنت زوجته من زوجها السابق هو الحرمة والبطلان إذا دخل بأمرها بعد الزواج، ثم حصلت الفرقة بينهما، أما إذا تخلف قيد الدخول الذي ورد في قوله تعالى ﴿مِن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾^(٣) قبل الفرقة بينهما، فإن الحكم هو الحل والصحة. وهما نقيضا الحرمة والبطلان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إهمال القيد الوارد في النص إذا كان معتبراً في الحكم.

(١) م ٣٠ من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٢) م ١٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

(٣) سورة النساء ٢٣.

حمل المطلق على المقيد

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقاً فقط أو مقيداً فقط ، ولكن ما الحكم إذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً ؟ .
الشقوقات المتصورة ثلاثة :

- أ- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيداً والعمل بالنصين على أساس رعاية القيد.
 - ب- استقلال كلٍ عن الآخر وإبقاء المطلق على إطلاقه ، والمقيد على تقييده دون أن يتأثر أحدهما بالآخر.
 - ج- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقاً أيضاً والعمل بالنصين على أساس إلغاء القيد.
- هذا الشق الأخير الذي ذهب إليه البعض^(١) ليس قميناً بالبحث ، لأنه رأي شاذ والشقان الآخرا ينطبقان في ضوء إرجاع مدى صلة المقيد بالمطلق إلى صورة من الصور الأربع الآتية :
- ١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم.
 - ٢- مختلفان في الحكم والسبب.
 - ٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب.
 - ٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب.

الصورة الأولى/ وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب

ففيها يحمل المطلق على المقيد بالإجماع إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق^(٢).

^(١) في جمع الجوامع وشرحه ٣/٢ (وقيل يحمل المقيد على المطلق بان يلغى القيد لأن ذكر المقيد ذكر لجزئي المطلق فلا يقيد كما أن ذكر فرد من العام لا يخصه.

^(٢) قال آمدي، الإحكام ١٦٣/٢ (فان كانا مثبتين فلا نعرف خلافاً في حمل المطلق على المقيد، وإن كانا منفيين أو نهي عنهما لا خلاف في العمل بمدلولهما)، وفي قوله (فلا نعرف خلافاً محل نظر لأن هذا رأي البعض والجمهور على خلاف ذلك).

واشترط الحنفية إضافة إلى شرط كونهما مثبتين أن لا يثبت تأخر المقيد عن المطلق في التشريع بان علم بتشريعهما معاً أو جهل التاريخ، وإلا فإن علم التأخير فالمقيد ناسخ، وان ورد قبل العمل بالمطلق. قال البهاري، مسلم الثبوت ٢٩٠/١ (فان كانا منفيين فيعمل بهما اتفاقاً، وان كانا مثبتين فان وردا معاً حمل المطلق على المقيد ضرورة أن السبب الواحد لا يوجب المتنافيين في وقت واحد، والمعية قرينة البيان، وان جهل فكذلك لعدم الترجيح فيرجح البيان، وان علم المتأخر فالمقيد المتأخر ناسخ عندنا أي

وإذا كانا منفيين أو كان المقيد متأخراً عن العمل بالطلق، فحمل المطلق على المقيد مختلف فيه، فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض. فقالوا (يعمل بهما إذا كانا منفيين)^(١)، ويعتبر المقيد ناسخاً للمطلق إن تأخر عن العمل به، والراجح هو قول الجمهور.

تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن كلمة (دم) وردت مطلقة تارة ومقيدة بقيد (مسفوح) تارة أخرى، قال سبحانه وتعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾^(٢)، وقال تعالى ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِعَنِيرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(٣) أي سائلاً ومتحولاً من مكانه الأصلي إلى مكان آخر.

إيجاب للقيد ورفع - إلغاء - للإطلاق المراد أولاً.

ويتفق الشافعية مع الحنفية في أن المقيد المتأخر ناسخ لكن بشرط أن يتأخر عن العمل بالطلق بان لا يكونا في تشريع واحد أو زمن واحد.

قال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٣٣/٢ (انهما إن اتحد حكمهما وموضوعهما وكانا مثبتين وتأخر المقيد عن وقت العمل بالطلق فالمقيد ناسخ للمطلق، وإلا بان تأخر عن وقت الخطاب (التشريع) بالطلق دون العمل، أو تأخر المطلق عن المقيد مطلقاً، أو تقارنا أو جهل تأريخهما حمل المطلق على المقيد جمعاً بين الدليلين. وإن كانا منفيين يقيد المطلق بالمقيد عند القائل بحجية مفهوم المخالفة وهو الراجح).

وعند جمهور الفقهاء لا يوجد هذا التفصيل والتفريق بل يحمل المطلق على المقيد إذا اتحدا حكماً وسبباً، وعلى سبيل المثال قال المالكية، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ١٠٧ (إذا اتحدا في الحكم والسبب فلا خلاف في أن يحمل المطلق على المقيد).

وكذا قال القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٢٦٦، وفي مفتاح الوصول، ص ١٠٧ (فأما إن اتحدت - أي صورة التقييد - في السبب والحكم فلا خلاف أن يحمل المطلق على المقيد كقوله ﷻ (لا نكاح إلا بولي وصدقا وشاهدين)، وفي رواية أخرى (لا نكاح إلا بولي وصدقا وشاهدي عدل)، فإنه يجب تقييد الشهود بالعدالة). تقدم تخريجه.

^(١) أي عند القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة، أما عند القائلين بها فيقيد المطلق بالمقيد كما لو كانا مثبتين. جمع الجوامع وشرحه.

^(٢) سورة المائدة ٣.

^(٣) سورة الأنعام ١٤٥.

فالمطلق والمقيد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم ، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضراً بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي ، لأنه كما ثبت في الطب الحديث يعتبر أخصب وسط لنمو الجراثيم ، إضافة إلى انه يحمل إفرازات سامة^(١) ، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المراد من الدم مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح ، وان ما ورد في سورة الأنعام هو بيان لهذا المراد.

أما إذا لم يكن مسفوحاً بان يتعاطاه الإنسان مع اللحم والعظم أو بان يسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر كما هو المتبع في المستشفيات في الوقت الحاضر ، فإنه ليس محرماً لأنه ثبت بالتجربة عدم مضرة الدم في هذه الحالة بل هو مفيد بحيث ينقذ حياة المريض أحياناً ، والتحريم للمضرة ، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعدمًا.

من تطبيقات هذه الصورة أيضاً في القانون الوضعي :

ما جاء في م ١٢١ و م ١٣٤ من القانون المدني العراقي ، حيث ورد التفرير في م ١٢١ مقيداً بقيد (الغبن الفاحش)^(٢) ، فالتفرير هو استعمال الطرق الاحتمالية لإيقاع شخص في الغلط أو لاستمراره على الغلط الذي وقع فيه بقصد حمله على التعاقد ، لا يعتبر وحده عيباً مستقلاً ما لم يترتب عليه غبن فاحش ، وهو ما لا يدخل في تقويم المقومين.

وورد في م ١٣٤^(٣) مطلقاً عن هذا القيد ، ولكن بما أن السبب في النصين واحد وهو التفرير ، والحكم أيضاً واحد وهو كون العقد موقوفاً (غير نافذ) غير منتج للأثار من الحقوق والالتزامات ، يحمل المطلق على المقيد ويعتبر التفرير في هذه المادة أيضاً مقيداً بالغبن الفاحش. وبناء على ذلك لا يرد^(٤) على المشرع العراقي انه خرج في م ١٣٤ عن أصله في أن كلاماً

(١) الإسلام والطب الحديث ، الدكتور عبد العزيز إسماعيل نقلاً عن الأستاذ زكي الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ، ص ٣١.

(٢) م ١/١٢١ (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً ، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون) ويكفي التفرير وحده في القانون المصري م ١٢٥ المتأثر بالمصري م ١١٦. وفي القانونين سبب لعدم لزوم العقد وجواز إبطاله من المدلس عليه.

(٣) م ١/ ١٣٤ (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تفرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر ، أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التفرير كما له ان يبيزه)

(٤) قال أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم (الموجز شرح القانون المدني ٣٠٩/١) ويلاحظ على المادة المقدمة م ١٣٤ ، انها اعتبرت العقد موقوفاً للتفرير فقط ، وكان يجب أن تنص على اقترائه بالغبن الفاحش ، فالقانون المدني العراقي كما سبق أن رأينا لم يعتبر التفرير لوحده عيباً من عيوب الرضا

التغريب والغبن لا يعتبر وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، كما هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الغربي.

الصورة الثانية/ أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه

وحكم هذه الصورة إجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يرفع بالتقييد، ولعدم توافر أية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد.

ومن تطبيقات هذه الصورة:

كلمة (يد) وردت في آية الوضوء لإقامة الصلاة مقيدة بقيد (المرافق) فقال سبحانه وتعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾^(١)، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢)، فهاتان الآيتان رغم ورودهما في سورة واحدة إلا أن كل واحدة منهما عاجلت حكماً لا صلة له بالحكم الموجود في الأخرى، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد، وسببه التطهر لإقامة الصلاة، وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد، وإنما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف).

الصورة الثالثة والرابعة

اختلف فيهما الفقهاء، فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيهما لعدم التعارض حتى يرفع بالحمل، في حين ذهب البعض إلى حمل المطلق فيهما على المقيد، كما في الصورة الأولى^(٣).

(١) سورة المائدة ٦

(٢) سورة المائدة ٣٨

(٣) على أساس أنه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط أو وحدة الحكم فقط. في المسودة لآل تيميه ص ١٤٤، (وحمل المطلق على المقيد إذا اختلف السبب واتحد جنس الواجب كتقييد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وإطلاقها في غيرها، وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية).

من تطبيقات الصورة الثالثة الاتحاد في الحكم والاختلاف في السبب في القرآن الكريم إطلاق الشاهد في شهود المدائنة وتقييده بالعدل في شهود الطلاق والرجعة، ففي المدائنة بدين مؤجل بعد أن أمر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(١)، قال زيادة للتوثيق ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٢)، ولم يشترط ظاهراً أن يكون هذان الشاهدان عادلين، بل ترك الأمر مطلقاً فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين. وفي سورة الطلاق بعد أن أمر أن يكون الطلاق وقت العدة أي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة، بأن لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً بل تكون في طهر لم يعاشرها فيه قال تعالى ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣)، قال ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤) أو فارقوهن بمعروف^(٥) وأشهدوا ذوي عدل منكم^(٦)، أمر بأن يكون الشاهدان عادلين، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق أو الرجعة، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المدائنة، فمن اعتبر في الاعتداد بشهادتهم العدل حمل المطلق في آية المدائنة على القيد في آية الطلاق أو الرجعة سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور أم واجبة.

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) سورة البقرة ٢٨٢.

(٣) سورة الطلاق ١.

(٤) أي قارين من انقضاء العدة.

(٥) أي المراجعة بالمعروف.

(٦) أي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن أنفسهن.

(٧) سورة الطلاق ٢، والحاصل: ورد تقييد الشهود بالعدل في سورة الطلاق في قوله تعالى ﴿وَإَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ سورة الطلاق ٢، وورد مطلقاً في قوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ سورة البقرة ٢٨٢. فالحكم في النصين واحد سواء كان وجوباً أو ندباً، ولكن السبب يختلف، فسبب الإشهاد في النص القيد الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بعد الطلاق الرجعي، وسببه في النص المطلق هو الدين المؤجل، فقال البعض كالإمام الأوزاعي (بحمل المطلق على القيد) انظر فقه الأمام الأوزاعي، تحقيق د. عبد الله الجبوري ١/٤٩٥، فتح الباري، كتاب الظهار ٩/٥٤٠.

ومن الواضح أن السبب في كل من المطلق (شهود المدائنة) والمقيد (شهود الطلاق أو المراجعة) مختلف، ففي المطلق السبب هو المدائنة إلى أجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين الدائنين والمدائنين.

وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء^(١)، والرجعة كما قال البعض الآخر^(٢)، وحكمة اشتراط الإشهاد هي أن لا يقع بين الزوجين التجاحد، والا يتهم الزوج بإمساكه دون علاقة زوجية، لئلا يدعي الباقي منهما على قيد الحياة بعد موت الآخر ثبوت الزوجية ليرث منه. والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الإشهاد كما قال البعض، وندبه كما قال الجمهور.

الصورة الرابعة

أن يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد، وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة، ويبدو أن أكثر الفقهاء يميلون إلى عدم الحمل وإبقاء المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده دون أن يتأثر المطلق بالمقيد لاختلاف الحكم وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى برفع بالحمل.

^(١) اختلف الفقهاء في أمرين:

أحدهما هل الإشهاد يرجع إلى الطلاق المذكور في صدر الآية أو إلى الرجعة المذكورة في قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ سورة الطلاق ٢. قال الجمهور (يرجع إلى الرجعة لأنها اقرب، والقيد إذا دار بين القريب والبعيد يحمل على القريب). وقال فقهاء الجعفرية ومن وافقهم (القيد يرجع إلى الطلاق، والأشهاد ركن من أركانه). ففي الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٥٤/٢ (أركان الطلاق أربعة، الصيغة، المطلق، المطلقة والأشهاد على الصيغة). وفي تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٥٧/٨ في تفسير قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ سورة الطلاق ٢. (أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق).

وثانيهما اختلف القائلون بان الإشهاد للرجعة في انه شرط الصحة أو الأمر للاستحباب. قال القرطبي، المرجع السابق (فان راجع من غير إشهاد ففي صحة الرجعة قولان للفقهاء) وقال أيضا (واختلف الناس، هل الشهادة فرض أو نذب، والصحيح أنها نذب). والذي ظهر لنا من المراجع المعتمدة أن الإشهاد واجب في احد قولي الأمام احمد وفي القول القديم للشافعي، الإعانة على فتح المعين ٢٩/٤، وندوب عند جمهور الفقهاء.

^(٢) قال الجمهور في الرجعة (الإشهاد مندوب لجواز الرجعة بالفعل كالمعاشرة الجنسية أو التقبيل).

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الوجه واليدين إلى المرفقين لإقامة الصلاة إذا وجد الماء زائداً عن حاجة الإنسان له، وفي حالة لا يضر استعماله بصحة الإنسان كما في ظرف الجو البارد، أو في حالة المرض أو عند وجود جرح أو كسر في اليد، وفي حالة وجود عذر من هذه الأعذار أمر بالتيمم، فقال ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطْفِئُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا^(١) فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ^(٢)﴾. ففي هذه الآية كما هو واضح قيد غسل اليد بان يشمل المرفق، بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الأمر مطلقاً. فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو إقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق.

ويعد هذا العرض يمكن أن نستنتج الخلاصة الآتية:

إذا كان كل من الحكم والسبب واحداً في كليهما يجب حمل المطلق على المقيد، وإذا كان كل منهما مختلفاً في كليهما لا يجوز الحمل، وفيما عدا هاتين الصورتين يترك الأمر لتقدير القاضي والمفتي. ولكن القاضي في بعض الحالات ملزم بحمل المطلق على المقيد رغم عدم اتحاد السبب والحكم إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك كما في ٨م و ٩م من قانون الأحوال الشخصية العراقي^(٣)، ففي ٨م منع الولي من تزويج موليته منعاً غير مبرر بما هو جدير بالاعتبار يجعله عاضلاً، فيكون سبباً لانتقال الولاية إلى القاضي كما هو رأي فقهاء الشريعة^(٤).

(١) أي تراباً نظيفاً

(٢) سورة المائدة ٦

(٣) لرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

(٤) نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة (إذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي أن يباذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، إذن القاضي بالزواج).

وفي م^(١) ٩ امتناع الولي يكون سبباً لعقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، فالسبب في النصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليته، والحكم فيهما مختلف لأنه في م٨ انتقال الولاية إلى القاضي، وفي م٩ حكم القاضي بالعقوبة والمنع (أو الاعتراض)، ورد في النص الأول مقيداً بقيد (غير جدير بالاعتبار)، ومفهوم مخالفته أن المنع إذا كان مبرراً بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية إلى القاضي، وبالتالي لا يحق له الإذن بالزواج. وورد المنع في النص الثاني مطلقاً عن هذا القيد، ورغم ذلك على القاضي أن يقيد به فلا يحق له أن يحكم بالعقوبة إذا كان المنع مبرراً بما هو جدير بالاعتبار، كأن يكون الزوج غير كفء للبت، أو أن الزواج يضر بمصلحتها أو بسمعة العائلة.

تكييف تقييد المطلق:

اختلف الأصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد، هل هو بيان للمراد من المطلق، أو تأويل أو نسخ.

أ- قال الحنفية والشافعية (إذا تأخر المقيد عن العمل بالمطلق يكون ناسخاً) بل ذهب الحنفية إلى أبعد من ذلك فقالوا (إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وان لم يعمل به قبل النسخ).

ب- قال المالكية (التقييد تأويل^(٢))، والتأويل هو العدول من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح للدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر).

(١) نص الفقرة الأولى والثانية من المادة التاسعة:

١- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

٢- يعاقب من خالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

(٢) قال التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد). قارن أصول السرخسي ١٢٨/١ وما بعدها.

ج- وقال جمهور الأصوليين (التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما أن التخصيص بيان للعام، فالشارع إذا لم يرد بالمطلق إطلاقه يذكره في مجال آخر مقيداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيد أيضاً).

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام فقهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سننها؟.

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد - ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي - الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء وهذا يتأتى بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن - وهو دليل قطعي - بحديث الآحاد - وهو دليل ظني - واللازم باطل فكذلك الملزوم.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الثاني لإطلاق الأول. ودليل البطلان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الآحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الآحاد إلى مرتبة القرآن، أو إنزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الآحاد وكلاهما باطل، والمستلزم للباطل باطل.

والراجع في رأينا المتواضع

أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن بزيادة في حديث الآحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

١- النسخ في القرآن إلغاء وحي سابق بوحى لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.

٢- الزيادة تجمع مع المزيد عليه وتقترن به، في حين ان الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقترنان.

٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب ان يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١)، لم يقصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك أصبحا من المجمل فيينهما الرسول ﷺ^(٢).

(١) سورة الحج ٧٧.

(٢) عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال (ارجع فصل فانك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل، فقال والذي بعثك بالحق ما احسن غيره، فعلمني، فقال إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع ذلك في الصلاة كلها). متفق عليه، نيل الأوطار ٢/٢٩٤.

المبحث الثاني

العام وصيغته، والتخصيص وأنواعه

نتناول دراسة الموضوع في مطلبين زيادة للإيضاح ونختمه بمطلب ثالث يُخصص لدراسة النسخ والفروق الجوهرية بينه وبين التخصيص.

المطلب الأول

العام وصيغته

العام في اللغة بمعنى الشامل، يقال مطر عام أي شامل. **وفي اصطلاح الأصوليين** عرف بتعريفات مختلفة في التعابير^(١) ولكنها متفقة على مضمون واحد وهو أن العام (لفظ^(١)) موضوع لمعنى واحد، بحيث يشمل جميع ما من شأنه أن

^(١) ومن هذه التعاريف ما ورد في المراجع الأصولية الآتية:

قال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ١/١٣٩٨ (العام لفظ يستغرق الصالح له). وقال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول ١/٢ق، ص ٥١٣ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد). وقال الشاشي أصول الشاشي، ص ٣ (العام كل لفظ ينتظم جمعا من الأفراد، أما لفظاً كقولنا مسلمون، وأما معنى كقولنا ﴿من وما﴾). وقال الحلبي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٠ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد)، وهذا نفس تعريف الرازي. وقال الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، ص ٤٨ (العام استغراق ما تناوله اللفظ). وقال الحسين - العالم الأصولي الزبيدي -، هداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول ٢/١٩٤ (العام الكلمة الدالة دفعة على جميع ما تصلح له بوضع واحد). وقال ابن همام الدين، التحرير في أصول الفقه: ص ٦٢ (العام ما دل على استغراق مفهوم). وقال بهادر، حصول المأمول من علم الأصول، ص ٨٧ (العام اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة واحدة). وغير ذلك من مثات التعاريف التي لا فائدة في نقلها.

يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)، ورغم أن علماء الأصول أرادوا بالعام ما ذكرنا، إلا أن تعاريفهم له اقتصرت على تعريف العموم اللغوي، ولم يتطرقوا للنوعين الآخرين (العرفي والعقلي) إلا بالمناسبات وفي غير محلها كما في عموم المقتضى ومفهوم الموافقة وعموم العلة، ولذا فإن التعريف الذي اقترح أن يؤخذ به هو (أن العام هو ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغةً أو عرفاً أو عقلاً).

أقسام صيغ العموم:

تنقسم صيغ العموم إلى أقسام متنوعة باعتبارات مختلفة أهمها ما يلي:

ولاً - من حيث مصدر دلالتها على العموم تنقسم إلى اللغوية والعرفية والعقلية^(١)

١- العام اللغوي: لفظ وضع لمعنى (قدر) مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً، والأصناف إن كان نوعاً، والأفراد إن كان صنفاً، والأجزاء إن كان كلاً. ومن الصيغ الدالة على العموم على أساس الوضع اللغوي كل وجميع وكافة وعامة وقاطبة ومعشر ومعاشر والرجال والنساء والأموال والأزمنة والأمكنة والمجرمون،

(١) أي غالباً وإلا فقد يأتي العموم من غير لفظ كعموم المفهوم، في المسودة لآل تيميه، ص ٩٧ (لا صحابنا في ذلك ثلاثة اوجه، احدها: انه من عوارض الألفاظ فقط، والثاني من عوارض اللفظ والمعنى الذهني، والثالث من عوارضهما مطلقاً وهو اصح).

(٢) قال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج ١/٢، ص ٥١٦ (المفيد للعموم العام إما أن يفيد لغة أو عرفاً أو عقلاً، أما الذي يفيد لغة فإما أن يفيد على الجمع أو على البدل، والذي يفيد على الجمع فإما أن يفيد لكونه اسماً موضوعاً للعموم، أو لأنه اقترن به ما أوجب عمومته... إلى آخره). لمزيد من التفصيل راجع هذا المرجع الذي يعتبر من أهم المراجع الأصولية المعتمدة.

وفي جمع الجوامع وشرحه ٤١٥/١ (قد يعم اللفظ عرفاً كالفحوى - مفهوم الموافقة بقسميه الأولى والمساوي نحو ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أَوْيٰ﴾ سورة الإسراء ٢٣. ﴿وَإِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا

﴿سورة النساء ١٠. قيل نقلهما العرف إلى تحريم جميع الإيذات والإتلافات، ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ سورة النساء ٢٣. نقله العرف عن تحريم العين إلى تحريم الاستمتاع المقصودة من النساء). وفي مسلم الثبوت وشرحه ٦٨٥/١، وإذا علل الشارع حكماً جعله بان يقول الخمر حرام لأنه مسكر عم في ما يوجد فيه تلك العلة بالقياس لا بالصيغة ومن الواضح أن القياس عملية عقلية.

وغير ذلك من الألفاظ التي حين وضعها أهل اللغة العربية راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، ومنها أسماء الشرط والموصولات.

٢- العام العرفي: هو لفظ نقله أهل العرف الشرعي والقانوني أو غيرهما من معناه اللغوي

واستعمله في معنى اعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية. ومن الصيغ

الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ

يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلَيْتَنِي ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(١)،

وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا

فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ

ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ

مِنكُمْ﴾^(٣). فمادة (أكل) في هذه الآيات وغيرها معناها اللغوي واضح ولكن لم يرد

الشارح هذا المعنى اللغوي، وإنما أراد ما هو اعم منه بحسب العرف وهو أن كل إتلاف

لمال الغير وحقه وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي حرام على الإنسان كحرمة الأكل

بالمعنى اللغوي بدون إذن صاحبه وبدون حق.

٣- العام العقلي: وهو دوران الحكم مع علته وجوداً وعلماً، ومن صيغه كلمة (أف) في

قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَا أَفِي وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^(٤) وهذه

الكلمة تنبئ لفة عن التضجر والاستثقال أو صوت ينبئ عن ذلك، ولكن الله لم يرد

هذا المعنى اللغوي عند أكثر علماء الأصول^(٥) إنما أراد ما هو اعم منه عقلاً وهو كل

تصرف قولي أو فعلي من الولد يؤذي قلب والديه ويعتبر تجاوزاً منه حدود الاحترام

والتكريم لهما. وجددير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من باب العموم

(١) سورة النساء ١٠.

(٢) سورة البقرة ١٨٨.

(٣) سورة النساء ٢٩.

(٤) سورة الإسراء ٢٣.

(٥) وحمل البعض لفظ (أف) على المعنى اللغوي المذكور وقاس عليه غيره من كافة التصرفات المؤذية

الأخرى في التحريم بجامع علة مشتركة وهي الإيذاء والأخذ بالعموم العقلي افقه من القياس.

العقلي، والصيغ الدالة على العموم عقلاً هي التي تنبئ عن علل أحكامها، فتدل دلالة عقلية على العموم أي على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، وهذا العموم يكون عادة في المجالات التي يجري فيها القياس^(١) فكل من القياس ومفهوم الموافقة والعام العقلي يعطي معنى واحداً وهو أن الحكم يتحقق متى تحققت العلة. ومن القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم يطبق في كل مجال تتحقق فيه علته ويوقف العمل به إذا تخلفت العلة، فهذا العموم يؤخذ من النص عن طريق العقل المستند إلى هذه القاعدة العامة^(٢).

(١) فالمراد بالذهب والفضة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُفْقَهُنَّ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ سورة التوبة ٣٤، هو كل عملة ورقية ومعدينية حلت محلها في التعامل الدولي والداخلي واكتسبت القوة الشرائية، ووجه هذا العموم أن عقل المجتهد أو القاضي يستنبط من هذه الآية الكريمة أن علة تحريم الكنز هي المضرة الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالمصلحة العامة في المجتمع بسبب الكنز، ولا يختلف الذهب والفضة عن غيرها من كل عملة متداولة في جميع دول العالم في هذه العلة. ومن الجدير بالذكر أن العموم في مثل هذه المسألة يرجع إلى القياس عند بعض أو إلى مفهوم النص عند بعض، وكل من هذين الاتجاهين يرجع إلى العموم العقلي، لأن العقل يدرك العلة ويقضي بعموم الحكم أيا كانت التسمية. في التحرير لابن همام، ص ٩٤ (إذا علل - أي الشارع - حكما عم في مجالها بالقياس، وقيل بالصيغة).

(٢) اختلف الأصوليون في أن العموم هل هو صفة الألفاظ أو المعاني أو لا يوصف به أي منهما، ويمكن تلخيص الخلاف في الآتي:

أ- ذهب جمهور الأصوليين إلى أن (العموم من صفات الألفاظ وتوصف به حقيقة، ولا توصف به المعاني إلا مجازاً)، ورغم ذلك بنوا اتصاف اللفظ بالعموم على أساس معناه الذي يشترك كثيرون فيه أي مشترك معنوي.

ب- وقال البعض (هو من صفات الألفاظ والمعاني معا، فكما يصدق لفظ عام يصدق معنى عام، فالعموم مشترك معنوي بينهما - موضوع للشامل - أو مشترك لفظي موضوع لكل منهما).

ج- وقال البعض لا يوصف به أي منهما لا حقيقة ولا مجازاً، وقالوا (هذا القول ساقط وشاذ). جمع الجوامع وشرحه ٤٠٣/١. هداية العقول ١٩٩/٢.

تقويم هذه الخلافات: إنها خلافات عقيمة أساسها عدم وجود تعريف دقيق جامع شامل لجميع أنواع العموم كما ذكرنا، ثم أن هذا الخلاف لفظي أن لم يقصد به العموم اللغوي فقط لأن العموم في صيغ الجمع الدالة على العموم لغة صفة الألفاظ والمعاني معا وفي غير صيغ الجمع أو ما في معناه مثل من وما صفة المعاني وكذا في العموم العرفي وأما في العموم العقلي فليس صفة لا للألفاظ ولا للمعاني وإنما هو صفة العلية ودوران الحكم، فليس هذا قولاً شاذاً كما قالوا.

ثانياً - من حيث هياتها وتركيبها تنقسم صيغ العموم اللغوي إلى عام بصيغته ومعناه وإلى عام بمعناه دون صيغته^(١).

- ١- العام بصيغته ومعناه: هو كل ما كان لفظه من صيغ الجمع^(٢) سواء أكان جمع مذكر سالم^(٣) أم جمع مؤنث سالم^(٤) أم جمع تكسير^(٥)، وسواء أكان جمع التفسير جمع القلة أو جمع الكثرة^(٦)، فالعموم في هذه الصيغ صفة الألفاظ والمعاني معاً.
- ٢- العام بمعناه دون صيغته: عبارة عما عدا صيغ الجمع من الأسماء التي تفيد العموم لذاتها أو لغيرها، مثل الأسماء الموصولة وغيرها مما يأتي بيانها في التقسيم الآتي. فالعموم في هذه الصيغ وأمثالها وفي العموم العرفي صفة المعاني.

وإن كان محل الخلاف واحداً كالعموم اللغوي في الصيغ اللغوية كما هو ظاهر من تعاريفهم، فالخلاف لا يتسم بالدقة والواقعية. وهذه الخلافات الأصولية وأمثالها رغم كونها من دقائق الأفكار ومن مشحذات الأذهان ومن التعمق في المعاني والمباني، إلا أنها عملياً الانشغال بها من ضياع الوقت الغالي في حياة الإنسان الفاني.

^(١) في كشف الأسرار مع أصول البرزوي ٣٠٩/١ (ألفاظ العموم قسمان، عام بصيغته ومعناه، وعام بمعناه دون صيغته، أما العام بصيغته ومعناه فهو صيغة كل جمع مثل الرجال والنساء والمسلمين، أما صيغته فموضوع للجمع، وأما معناه فكذلك، وذلك شامل لكل ما ينطلق عليه، وأدنى الجمع ثلاثة، وأما العام بمعناه دون صيغته فأنواع... إلى آخره)، راجع هذا المرجع المعتمد لمزيد من التفصيل.

^(٢) في البرهان لإمام الحرمين ٤٣٩/١ (أقل الجمع ثلاثة)، وهذا المذهب يعزى إلى ابن عباس وابن مسعود والأخوان عند ابن عباس لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس لأن المذكور في كتاب الله (الآخوة)، فقال الله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾، سورة النساء ١١، وقال بعض الأصوليين (أقل الجمع اثنان)، وبه أخذ جمهور الفقهاء.

^(٣) جمع المذكر السالم (ما دل على أكثر من اثنين من العقلاء أي ممن هو أهل للعقل ولو كان مجنوناً بإضافة واو ونون رفعاً وياء ونون نصباً وجراً، ولم تتغير صورة مفردة مثل مجتهدون ومجتهدين.

^(٤) جمع المؤنث السالم هو (كل اسم مجموع بزيادة ألف وتاء في آخره ولم تتغير صورة مفردة، مثل طالبات).

^(٥) جمع التفسير هو (ما دل على أكثر من اثنين وتغيرت صورة مفردة عند الجمع مثل رجال).

^(٦) جمع التفسير قسمان، جمع القلة مثل أنهر وهو (ما دل على عدد من ثلاثة إلى تسعة)، وجمع الكثرة مثل الأنهار وهو (ما دل على عدد من ثلاثة إلى ما لا نهاية). راجع الشامل، معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها، ص ٣٥١ و ٥١٨.

وأما في العموم العقلي فليس صفة للألفاظ ولا للمعاني، وإنما هو صفة العلة ودوران الحكم معها.

ثالثاً - من حيث الاستعمال تنقسم صيغ العموم إلى ثلاثة أقسام:

١- قسم يستعمل لذوي العقول (الإنسان) ولا يستعمل لغيرهم إلا قليلاً^(١) ومن هذا

القسم (من) و(الذين) و(اللاتي)، كما في قوله تعالى ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ۖ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ نَشُورَهُمْ ۖ فَعِظُوهُمْ ۖ وَاهْجُرُوهُمْ ۖ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ ۖ فَإِنْ

أَطَعْنَاكُمْ فَلَا تُبَغُوا عَلَيْهِمْ سَكِينًا﴾^(٤). وكما في (م) من قانون العقوبات العراقي (بعد فاعلاً للجريمة من ارتكبتها وحده أو مع غيره)، وقد يستعمل لفظ (من) للعاقل وغيره معاً كما في قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ يَسْجُدُ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾^(٥).

٢- قسم يستعمل لغير ذوي العقول أي للكائنات الحية ماعدا الإنسان وللجمادات، ولا يستعمل لذوي العقول إلا قليلاً^(٦) مثل (ما) كما في قوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي

^(١) كما في قول الشاعر

أسرب القطا هل من يعير جناحه لعلني إلى من قد هويت أطير
والهمزة في هذا البيت للنداء، والسرب: القطيع من كل شيء، والقطاة: جمع قطا وهو طائر بحجم الحمام.

^(٢) سورة فصلت ٤٦.

^(٣) سورة البقرة ٢٣٤.

^(٤) سورة النساء ٣٤.

^(٥) سورة الرعد ١١٥.

^(٦) كما في قوله تعالى ﴿فَأَنكِسُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَتِلْكَ وَرِثَةُ النِّسَاءِ ۗ﴾ سورة النساء ٣.

خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴿١﴾. وكما في (م) (١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي (على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المؤجر أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه).

٣- قسم يستعمل لذوي العقول وغيرهم من الكائنات مثل (أي) و(كل) و(جميع)، ومن استعمال (أي) لذوي العقول قوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْعَقُورُ﴾ ﴿٢﴾، ومن استعمالها لغير ذوي العقول قوله تعالى ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾ ﴿٣﴾، وقد وردت كلمة (أي) لكليهما في (م) (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر) ﴿٤﴾.

رابعاً - من حيث الظرفية والحال:

تنقسم صيغ العموم إلى عموم الزمان مثل متى ومتى ما، أو عموم المكان مثل أين وأينما، أو لعموم الأحوال مثل كيف وكيفما.

خامساً - من حيث ذاتية وعرضية الصيغ في الدلالة على العموم:

تنقسم إلى الدالة على العموم لذاتها، وإلى الدالة لغيرها.

القسم الأول: الصيغ التي تدل على العموم لذاتها.

الصيغ التي تدل على العموم لذاتها كثيرة ومنها أسماء الشرط والأسماء الموصولة والأسماء المؤكدة.

(١) سورة البقرة ٢٩. في الإحكام للامدي ٥٥/٢ (صيغ العموم إما عامة فيمن يعقل وما لا يعقل جمعا وإفرادا). ومن الجدير بالإشارة أن كلا من (من) و(ما) يستعمل للمذكر والمؤنث والجمع والثنائية والمفرد.

وهكذا ذو عند طي قد شهر

قال ابن مالك: ومن وما وأل تساوي ما ذكر

(٢) سورة الملك ٢.

(٣) سورة لقمان ٣٤.

(٤) فكلمة (أي) في هذه المادة تارة استعملت لذوي العقل وهو أحد الزوجين وأخرى لغيره وهو الإجراء.

١- أسماء الشرط

هي التي تتضمن معنى الشرط وهي تنقسم إلى اسم مبهم، وظرف زمان وظرف مكان.
 أ- من أسماء الشرط المبهمة الدالة على العموم لذاتها (من)^(١) و(ما) الشرطيتان^(٢)، كما
 في قوله تعالى ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾^(٣) وقوله تعالى ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ
 يَعْلَمُهُ اللَّهُ﴾^(٤) وكما في (م ٤٠٥) من قانون العقوبات (من قتل نفساً عمداً يعاقب
 بالسجن المؤبد أو المؤقت).

ب- أسماء الشرط لعموم الزمان مثل (متى).

ج- أسماء الشرط^(٥) لعموم المكان مثل (أينما). كما في قوله تعالى ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكَكُمُ
 الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشِيدَةٍ﴾^(٦).

د- وقد تأتي أسماء الشرط لعموم الأحوال كما في قوله تعالى ﴿نِسَاءُكُمْ حَرَّتْ لَكُمْ فَأَتُوا
 حَرَّتَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(٧) أي كيف شئتم في جميع الأحوال^(٨) وليس لعموم المكان

(١) في البرهان لإمام الحرمين ١/٣٦٠ (مَنْ مِنَ الْأَفْظَانِ الْمُبْهِمَةِ وَهِيَ إِحْدَى صِيغِ الْعُمُومِ فِي اقْتِضَاءِ
 الْاسْتِفْرَاقِ إِذَا وَقَعَ شَرْطًا، وَيَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ، وَذَهَبَ إِلَى هَذَا أَهْلُ التَّحْقِيقِ مِنْ أَرْبَابِ اللِّسَانِ
 وَالْأَحْوَالِ، وَلَا خِلَافَ أَنْ (مَنْ) إِذَا أُطْلِقَ مَبْهِمًا شَرْطًا لَمْ يَخْتَصْ بِذِكْرٍ أَوْ أَنْثَى وَجَمَعَ أَوْ وَحْدَانًا،
 وَهَذَا مُسْتَمَرٌّ فِي الْأَفْظَانِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْفَظَائِلِ الْمُتَصَرِّفِينَ فِي الْحُلُولِ وَالْعُقُودِ وَالْأَيْمَانِ وَالتَّعْلِيقَاتِ، وَهُوَ الْجَارِي
 فِي نِظْمِ ذَوِي الْعَادَاتِ). متفق عليه في وضع اللغات.

(٢) فعندئذ يجزم كل منهما فعلين على أساس أن أحدهما شرط والآخر جواب شرط.

(٣) سورة البقرة ١٢٣.

(٤) سورة البقرة ١٩٧.

(٥) في المسودة لال تيميه، ص ١٠١ (من أعلى صيغ العموم الأسماء التي تقع أدوات في الشرط وهي تنقسم
 إلى ظرف زمان ومكان واسم مبهم يختص بمن يعقل، واسم يختص بما لا يعقل، فكل اسم وقع شرطًا
 عم مقتضاه، فإذا قلت (من أتاني أكرمه) عم كل آت من العقلاء، وإذا قلت (متى جئت أكرمتك)
 عم كل زمان، وإذا قلت (حيثما أتيتني أكرمتك) عم كل مكان.

وقال الأشموني على ألفية ابن مالك ٤/١٠ (أسماء الشرط في لحاق ما ثلاثة أنواع، نوع لا يجزم إلا
 مقترنا بها وهو حيث وإذا، ونوع لا يلحقه ما وهو: من وما ومهما وأنى، ونوع يجوز فيه الأمران وهو
 أي ومتى وأين وأيان).

(٦) سورة النساء ٧٨.

(٧) وكما في قول الشاعر:

بدليل كلمة (حرث)، وبدليل الآية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى ﴿فَاعْتَرِلُوا
النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ
اللَّهُ﴾^(٣٦).

٢- الأسماء الموصولة^(٤)

الموصولات من صيغ العموم سواء كانت الصيغة على هيئة الجمع أو التثنية أو المفرد، ومن
هذه الصيغ:

أ- من: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تكون موصولة مفيدة للعموم^(٥)

كما في قوله تعالى ﴿فَأَمَّا مَنْ طَفَى﴾^(٣٧) وَهُوَ أَمْرٌ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا^(٣٨) فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى^(٣٩) وَأَمَّا

مهما تكن عند امرئ من خليقة- وان خالها تخفى على الناس تعلم
فعل (يكن) هنا تامة ، خليقة أي طبيعة.

^(١) سورة البقرة ٢٢٣.

^(٢) أي قياما وقعودا أو اضطجاعا ومن الخلف في قبلها لا في دبرها، فهذا الذي اجمع علماء المسلمين عليه،
لكن اشبه الأمر على بعض الناقلين فغلط عليهم الغلط أقيح الغلط وأقيحه، وفسره بعمل قوم لوط.
وقد قال تعالى ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ سورة البقرة ٢٢٢. فما جاء في كتاب اختلاف الفقهاء
للطبري من أن الشافعي أباح اللواط مع الزوجة خطأ وخطأ وسوء فهم.

^(٣) سورة البقرة ٢٢٢.

^(٤) قال ابن مالك:

موصول الأسماء الذي الأثنى التي	والياء إذا ما ثبنا لا تثبت
بل ما تليه أوله العلامة	والنون أن تشدد فلا ملامة
والنون من ذين وتين شديدا	أيضا وتعويض بذلك قصدا
جمع الذي الألى الذين مطلقا	وبعضهم بالواو رفعا نطقا
باللاء واللاتي التي قد جمعا	واللاء كالذين نزرا وقعا
ومن وما وأل تساوى ما ذكر	وهكذا ذو وعند طي قد شهر

^(٥) وهي ترد شرطية كما ذكرنا، واستفهامية وموصولة ونكرة موصوفة. وفي المسودة، المرجع السابق،
ص ١٠٠ (فكل اسم معرفة ذي أفراد يفيد العموم فيتدرج فيه العلم الجنسي والإشارة إلى عدد،
والمضمرات الجامعة والموصولات والمعرفات باللام والإضافة من الجموع وأسماء الجموع).

مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿١٠﴾ فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ ﴿١١﴾ وكما في القاعدة القانونية (الدولة وارثة لمن لا وارث له).

ب- ما: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تفيده إذا كانت موصولة كما في قوله تعالى ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ فَيَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبِي﴾^(١١) وكما في (م/٣/١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج).

ج- (أي) و(أية)^(١٢) كما في قوله تعالى ﴿أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا﴾^(١٣) وقوله تعالى ﴿إِنَّا جَعَلْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ زِينَةً لِّمَنَّا لِيَسْبُوهُمَ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾^(١٤). وكما في (م/٣/٤٧) من قانون العقوبات (يعد فاعلاً للجريمة من دفع بأية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب)، و (م/٣/٤٨) (يعد شريكاً في الجريمة من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة، مع علمه بها أو ساعده عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها).

د- غير ذلك من بقية الأسماء الموصولة وهي تفيد العموم لذاتها ما لم يقم دليل على

^(١١) سورة النازعات ٣٧-٤١. ومن الجدير بالذكر أن أكثر الأسماء الموصولة تعم الذكور والإناث، وكذلك كل لفظ عام لا يخص الرجال فقط أو النساء فقط يعم الجميع. قال الرازي، المحصول ٥٩٩/١ (اللفظ الذي يتناول المذكر فقط، أو المؤنث فقط لا يشمل الآخر، فلفظ الرجال لا يشمل الإناث، كما أن لفظ النساء لا يشمل الذكور إلا بقريته، وما عدا ذلك يشمل ما لم تكن قريته على خلافه مثل (من وما).

^(١٢) سورة طه: ٨١.

^(١٣) أي بفتح الهمزة وتشديد الياء، تستعمل للمذكر والمؤنث والمفرد والجمع وذو العقل وغيره، مثل ما قال ابن مالك:

أي كما وأعربت ما لم تضاف و صدر وصلها ضمير مخذف

أي ترفع بالضم وتنصب بالفتحة ونجر بالكسرة حسب المقام، أما إذا أضيفت وحذف الضمير الموجود من صلته تكون مبنية، وهي من الأسماء المبهمه يزيل غموضها وإبهامها شيثان، المضاف اليه وصلته.

^(١٤) سورة النساء: ١١.

^(١٥) سورة الكهف: ٧.

خلاف ذلك^(١). وكما في (م ٨٥٤) من القانون المدني (يجوز للمستعير أن يودع العارية في كل موضع يملك فيه الإعارة، فإن هلكت عند الوديعة بلا تعديه فلا ضمان، ولا يجوز له الإيداع في جميع المواضع التي لا يملك فيها الإعارة، فإن أودعها فهلكت عند الوديعة فعلى المستعير ضمانها)^(٢).

٣- الأسماء المؤكدة:

مثل جميع واجمع وأجمعون وجمعاء وكتع وكافة وقاطبة وكل.
ومن الجدير بالذكر أن الأصوليين فرّقوا بين هذه الصيغ الثلاث (كل، جميع، من)-رغم اتفاقهم على أنها تفيد العموم- بالميزات الآتية:

أولاً: كلمة (كل) تفيد العموم والإحاطة على سبيل الانفراد، فإذا أضيفت إلى النكرة توجب العموم فيها بإحاطة أفرادها كما في (م ١/١٥٧) من قانون العقوبات (يعاقب بالإعدام كل مواطن التحق بأي وجه بصفوف العدو أو القوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع العراق). أي كل فرد من أفراد المواطنين ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وكما في (م ٨٠) في المدني الأردني (كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد)، وإذا أضيفت إلى المعرفة تفيد عموم الأجزاء، كأن يقال (كل الكتاب مطلوب في الامتحان) أي كل جزء من أجزائه وكل موضوع من مواضعه^(٣).

ثانياً: صيغة (جميع) عامة مثل (كل) إلا أنها توجب العموم والإحاطة بصفة الاجتماع قصداً دون الانفراد، كأن يقال (على جميع العراقيين الدفاع عن بلدهم) أي عليهم القيام بهذا الواجب على سبيل الاجتماع لا على سبيل الانفراد.

ثالثاً: لفظة (من) تفيد العموم دون أن يؤخذ بنظر الاعتبار الانفراد أو الاجتماع، فالقاضي يحكم على القاتل المتعمد المتعدي بالسجن المؤبد أو المؤقت وفق (م ٤٠٥) من قانون

^(١) يرى البعض كالسمرقندي، ميزان الأصول، ص ٢٧٣ (أن الأسماء الموصولة - التي تسمى الأسماء المبهمة - لأنها لا تفهم بذواتها وإنما تفهم بصلاتها، تكون عامة بغيرها أي بصلتها وعلى سبيل المثال قول رسول الله ﷺ من دخل دار أبي سفيان فهو آمن)، أخرجه أبو داود، باب ما جاء في خير مكة ١٦٠/٣، إنما يعم بعموم صلته وهي الدخول فكأنه قال (الداخل في دار أبي سفيان آمن).

^(٢) في هذه المادة ثلاث صيغ للعموم وهي: (كل موضع) و (فلا ضمان) و (جميع المواضع).
^(٣) لفظ كل في اللغة وضعت للإحاطة، فإن دخل على النكرة يحيط بجميع الأفراد من جنسها وهي تستلزم العموم، وإذا دخل على المفرد المعرف يقتضي إحاطة الأجزاء فيوجب عموم أجزائه لا عموم الأفراد.

العقوبات العراقي (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) سواء ارتكب القتل وحده أم مع شريك آخر، فصفة الانفراد أو الاجتماع لا تأثير لها على أصل العقوبة ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك، ويترتب على اختلاف هذه الصيغ الثلاث للعموم في الميزات المذكورة الاختلاف في بعض الآثار المترتبة على استعمال إحداها دون الأخرى، وعلى سبيل المثال:

أ- إذا قال قائد معركة لعشرة (مثلاً) من جنوده (كل من احتل منكم الموقع كذا للعدو أولاً فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فالمكافأة تكون للأول، وإذا احتلوه معاً دون التعاقب يستحق كل واحد منهم عشرة آلاف، لأن لفظ (كل) يفيد العموم على سبيل الانفراد، فيوجب تناول كل واحد على الانفراد كأنه ليس معه غيره.

ب- وإذا قال لهم (جميع من احتل منكم هذا الموقع أولاً فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فالمبلغ للأول منهم، وإذا استولوا عليه معاً وزع بينهم المبلغ بالسوية فلكل واحد منهم ألف دينار، لأن لفظ (جميع) يفيد العموم على سبيل الاجتماع دون الانفراد فيصير باعتباره جميع الداخلين كشخص واحد في أنهم أول فله المبلغ بالاشترار والمساواة.

ج- وإذا قال لهم (من احتل منكم أولاً هذا الموقع للعدو فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب يكون المبلغ للأول، وإذا احتلوه معاً فلا يستحقون شيئاً، لأن كلمة (من) بدون (كل) لا توجب الإحاطة قصداً^(١).

^(١) لمزيد من التفصيل، راجع كشف الأسرار مع أصول البزدوي ٣٢٨/٢-٣٣٠.

وفي شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار للشيخ علاء الدين الحصفكي مع نسيمات الأسحار لابن عابدين، ص ٥٦ (وكل عامة بمعناها لأنها للإحاطة ولكن على سبيل الانفراد فيتناول كل فرد أصالة، وإذا وصلت كل بما المصدرية أوجبت الأفعال، وكلمة (الجميع) توجب إحاطة الأفراد على سبيل الاجتماع).

وفي أصول السرخسي ١٥٨/١ (وكلمة الجميع بمنزلة كلمة كل في أنها توجب الإحاطة، ولكن على وجه الاجتماع لا على وجه الأفراد، حتى لو قال - جميع من يدخل منكم الحصن أولاً فله كذا -، فدخل عشرة معاً استحقوا نقلاً واحداً، بخلاف قوله - كل من دخل -، لأن لفظ - الجميع - للإحاطة على وجه الاجتماع، وهم سابقون بالدخول على سائر الناس وكلمة - كل - للإحاطة على وجه الأفراد، فكل واحد منهم كالمفرد بالدخول سابقاً على سائر الناس ممن لم يدخل).

القسم الثاني: الصيغ التي تفيد العموم بغيرها.

ما ذكرناه من الصيغ كانت دلالتها على العموم لذاتها، وهنا صيغ أخرى تفيد العموم بوساطة ما ينضم إليها من (أل) الاستغراق، أو الإضافة إلى المعرفة أو الوقوع في حيز النفي أو النهي أو الشرط أو وصف عام أو غير ذلك، ومن هذه الصيغ ما يلي:

أ- **الجمع المحلى بأل الاستغراق** سواء كان جمع مذكر سالماً أو جمع مؤنث سالماً أو جمع تكسير، ومن جمع المذكر السالم صيغ (الكاظمين، العافين، المحسنين) في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكُظُمِينَ الْغَنِيظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(١)، ومن جمع المؤنث السالم (المحصنات) في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٢)، ومن جمع التكسير (الرجال والنساء) في قوله تعالى ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾^(٣).

ولقد تضمنت (م ١١١٥) من المدني العراقي الأنواع الثلاثة (البحيرات، الأنهر، المجاورين)، فنصت على أن (الأرض التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر تكون ملكاً خاصاً للدولة، وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل)، وغير ذلك من الأمثال^(٤).

^(١) سورة آل عمران ١٣٤.

^(٢) سورة النور ٤.

^(٣) سورة النساء ٧.

^(٤) في التمهيد للإسنوي، ص ٣١٠ (الجمع إذا كان مضافاً أو محلى بال التي ليست للعهد يعم عند جمهور الأصوليين إذا لم تقم قرينة على عدم العموم). وفي التبصرة، ص ١١٨ (أسماء الجموع إذا تجردت عن الألف واللام لم تقتض العموم). وتأتي أل للمعاني الآتية:

للاستغراق كما في الأمثلة المذكورة وللعهد الذكري - كما في الرسول ﷺ - في قوله تعالى ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَيْكَ رَسُولًا شَاهِدًا عَلَيْكَ كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا﴾^(١) فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴿سورة الزمزل ١٥-١٦، وللعهد الذهني مثل (جاء القاضي) إذا لم يكن هناك إلا قاض واحد، وللماهية والحقيقة مثل (الذهب خير من الفضة).

ب- الجمع المضاف إلى المعرفة: مثل (أولادكم) في قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي كَرِهْتُمْ لِطَوْلِ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١)، ومثل (أموال الغائب) في (م ٩٧)^(٢) (تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره).

ج- الصفة المعرفة بأل الاستفراق: مثل (الزانية والزاني) في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٣)، ومثل (السارق والسارقة) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا ذِكْرًا مِنَ اللَّهِ﴾^(٤). ومثل (الحاكم) في قول الرسول ﷺ ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران))، وغير ذلك.

د- المفرد المضاف إلى المعرفة: مثل (مطل الغني) في قول الرسول ﷺ ((مطل الغني ظلم))^(٥)، ومثل (نفقة الزوجة) في (م ١/٢٤)^(٦) (تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق)^(٧).

(١) سورة النساء ١١.

(٢) رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

(٣) سورة النور ٢.

(٤) سورة المائدة ٣٨.

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢. وفي رواية (لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)، أي يبيح ذكره بما يدل على الذم وعقوبته إلى حبسه. أخرجه الإمام أحمد من حديث عمرو بن الشريد ٢٢٢/٤.

(٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

(٧) في روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١١٦ (ألفاظ العموم خمسة، الأول كل اسم عرف بالألف واللام لغير المعهود، وهي ثلاثة أنواع، الأول ألفاظ الجموع والثاني أسماء الأجناس، وهو ما لا واحد له من لفظه كالناس والحيوان والماء. والثالث لفظ الواحد كالسارق والسارقة والزاني والزانية. وفي القسم الثاني: من ألفاظ العموم ما أضيف من هذه الأنواع الثلاثة إلى معرفة. والقسم الثالث: أدوات الشرط كمن فيمن يعقل، وما فيما لا يعقل، وأي في الجميع، وأين وأيان في المكان، ومتى في الزمان ونحوه... والقسم الرابع: كل وجمع. وفي القسم الخامس: النكرة في سياق النفي.

في قواعد العلاني ٢٦٨/١ (الاسم المهمل بأل والمضاف والمفرد والمضاف للعموم في الأصح).

هـ- النكرة إذا وقعت في إحدى الحالات الآتية^(١):

١- إذا وقعت في حيز النفي^(٢) مثل (ضرر، ضرار، نكاح، وصية) في هذه الأحاديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣)، (لا نكاح إلا بولي)^(٤)، (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(٥)، ومثل (جريمة، عقوبة) في (م ٢١/ب) من الدستور العراقي المؤقت (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون).

٢- إذا وقعت في حيز النهي مثل (قوم، نساء) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْحَرُونَهُمْ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءِ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾^(٦).

٣- إذا وقعت في حيز الشرط^(٧) مثل (فاسق) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَ كُرْهُ فَاسِقٌ يُنْبِئُ فَيَتَّبِعُونَ أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا يَجْهَلُونَ فَتُصِيبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ تَتَدَمَّرُونَ﴾^(٨)، في هذا النص القرآني توجيه مهم إلى المحققين والقضاة، وبصورة خاصة في القضايا الجنائية فعليهم أن يتحلوا بالصبر والتأني والنزاهة، وعدم التسرع في اتخاذ الإجراءات غير السليمة المستندة إلى أخبار المخبرين الفاسقين، فمن الضروري عدم الاعتماد على كل تقرير يقدم إلى الجهات المسؤولة إلا بعد التأكد من صحته بأدلة وقرائن أخرى.

ومثل (أحد) في قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ

^(١) التذكير في غير الحالات المذكورة يفيد التوحيد، فتتوین نكرة لا تدل على ما زاد على واحد، فقال (رأيت رجلاً).

^(٢) في التمهيد، ص ٣١٨. النكرة في سياق النفي تعني سواء باشرها النفي مثل (ما أحد قائما)، أو باشرها عاملها مثل (ما قام أحد)، وسواء كان النافي (ما) أو (لم) أو (لن) أو (ليس) أو غيرها، وإن الاسم إذا كان مبنياً على الفتح كان نصاً في العموم مثل (لا أحد في الدار). وفي المحصول للرازي، ١/٥٦٤ (لؤلؤم تكن النكرة في النفي للعموم لما كان قولنا (لا إله إلا الله) نفياً لجميع الآلهة سوى الله تعالى).

^(٣) تقدم تخريجه. المراد النهي عنهما لا نفيهما لوقوعهما.

^(٤) تقدم تخريجه.

^(٥) تقدم تخريجه.

^(٦) في التمهيد، ص ٣٢٤ (النكرة في سياق الشرط تعني والمراد بالشرط هو الشرط اللغوي أي الجملة المصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (أن) و(إذا)).

^(٧) سورة الحجرات ٦.

كَلِمَ اللَّهُ ثُمَّ أَلْبَغَهُ مَأْمَنَهُ، ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١﴾ .

٤- إذا وصفت بوصف عام مثل (قول وصدقة) كل منهما موصوف بالصفة التي تليها

في قوله تعالى ﴿ قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذَىٰ ۗ وَاللَّهُ عَنِّي حَلِيمٌ ﴾ (٢) .

٥- إذا وقعت في سياق الاستفهام الذي هو للإنكار مثل قوله تعالى ﴿ هَلْ تَعْلَمُ لَهُ

سَمِيًّا ﴾ (٣) ، وقوله تعالى ﴿ وَكَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُمْ مِّنْ قَرْنٍ هَلْ يُحِشُّ مِنْهُمْ مِّنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا ﴾ (٤) .

الخاص المراد به العام:

الخاص المراد به العام قد يكون النص خاصاً في صياغته ولكنه عام في حكمه، كالخطاب

الموجه إلى النبي ﷺ المراد به كل إنسان متزوج يريد أن يطلق زوجته في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ (٥) ، أي وقت عدتهن بان تبدأ العدة بعد الطلاق مباشرة استبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالزوجة المطلقة بسبب تأخر عدتها، وهذا الوقت هو أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه فيه فلا يطلقها في الحيض أو في النفاس أو في طهر يعاشرها فيه ثم يطلقها، لأن هذه المعاشرة قد تؤدي إلى تكوين الجنين الذي يكون مصدر ضرر إذا نشأ تحت رعاية غير الأب، أو قد يؤدي الحمل إلى الندم في الطلاق، كما انه يؤخر عدة الزوجة حيث عليها التريص حتى تضع الحمل.

(١) سورة التوبة ٦.

(٢) سورة البقرة ٢٦٣.

(٣) سورة مريم ٦٥.

(٤) سورة مريم ٩٨. الرکز: الصوت الخفي. أي استأصلناهم بالهلاك جميعاً حتى لا يرى منهم احد ولا يسمع له صوت خفي.

(٥) سورة الطلاق ١. في تفسير القرطبي ١٨/١٥٠ (من طلق في طهر لم يجامع فيه نفذ طلاقه وأصاب السنة، وان طلقها حائضاً نفذ طلاقه وأخطأ السنة، وقال بعض الفقهاء - كالجعفرية - لا يقع طلاق الحائض استناداً إلى هذه الآية.

ومن قبيل الخاص المراد به العام قوله تعالى ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾^(٢)، وغير ذلك من كل نص خاص في الخطاب وعام في الحكم.

طبيعة دلالة العام

هل دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الأفراد ظنية أو قطعية؟

أ- لا خلاف في قطعية دلالاته عند وجود قرينة دالة عليها كما في قوله تعالى ﴿لَتَعْلَمُو أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ وَأَنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَاطَ بِكُلِّ شَيْءٍ عِلْمًا﴾^(٣).

فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على أن الله قادر على كل شيء ممكن وعالم بكل شيء بقرينة وأن خلاف ذلك نقص لله تعالى وهو منزه عن كل نقص.
ب- لا خلاف في قطعية دلالاته على ما يندرج تحته من الحد الأدنى وهو ثلاثة أو اثنان على الخلاف في اقل الجمع^(٤).

ج- لا خلاف في ظنية دلالاته بعد التخصيص، فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد إخراج البعض بالتخصيص ظنية، لأن بابه قد فتح فيحتمل تخصيصاً آخر^(٥) إنما الخلاف فيما عدا تلك الحالات كالاتي:

١- قال جمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء (أن دلالاته ظنية لأنه ما من عام إلا وهو قابل للتخصيص، وإخراج بعض أفراده من الحكم بدليل شرعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة)^(٦).

(١) سورة الزمر ٦٥.

(٢) سورة النساء ١٠٥.

(٣) سورة الطلاق ١٢.

(٤) في التبصرة لأبي إسحاق الشيرازي، ص ١٢٧ (اقل الجمع ثلاثة، ومن أصحابنا من قال اثنان). في البرهان لإمام الحرمين ٣٤٨/١ (قد اضطرب رأي العلماء في اقل الجمع منهم، قال ثلاثة وهذا يعزى إلى ابن عباس وابن مسعود ولم ينقل عنهما تنصيص، لكن قال ابن عباس أن الأخوين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس لأن المذكور في كتاب الله الاخوة).

(٥) وفي أصول الفقه لأبي اليسر عابدين ٦٤/١ (العام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً حتى يجوز نسخ الخاص به، فإن لحقه خصوص معلوم أو مجهول لا يبقى قطعياً لكن لا يسقط الاحتجاج به).

٢- وقال البعض وفي مقدمتهم الحنفية (أن دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه على أن الحكم ثابت لجميع أفراده دلالة قطعية لأنه وضع ليدل على ذلك، والمدلول لازم لداله، فأينما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)^(١).

ثمرة الخلاف

يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الآتية:

^(١) في جمع الجوامع وشرحه ٤٠٧/١ (دلالة العام على اصل المعنى من الواحد فيما هو غير جمع، والثلاثة أو الاثني فيما هو جمع قطعية، وهو عن الشافعي وعلى كل فرد بخصوصه ظنية وهو من الشافعية لاحتماله للتخصيص وان لم يظهر لخصص لكثرة التخصيص في العمومات). وفي كشف الأسرار على أصول البزدوي ٣٠٤/١ (اختلف في موجب العام، فعند الجمهور من الفقهاء والمتكلمين موجه ليس بقطعي، وهو مذهب الشافعي، واليه ذهب الشيخ أبو منصور ومن تابعه من مشايخ سمرقند).

وفي مسلم الثبوت وشرحه ٢٦٥/١ (موجب العام قطعي عندنا، فلا يجوز تخصيصه إذا وقع في الكتاب بخبر الواحد لكونه ظني الثبوت ولا بالقياس لكونه ظني الدلالة، واكثر من الشافعية والمالكية وبعض منا كالإمام أبي منصور الماتريدي على انه ظني محتمل للخصوص احتمالاً صحيحاً عرفاً ناشئاً عن دليل).

^(٢) في مسلم الثبوت ٢٠٠/١ (يجوز تخصيصه وان كان في الكتاب بخبر الواحد والقياس)، (موجب العام قطعي، فلا يجوز تخصيصه بخبر الواحد، ولا بالقياس، والاكثر على انه ظني، فيجوز لنا لأنه موضوع للعموم قطعاً فهو مدلوله وثابت به قطعاً كالحاصل إلا بدليل).

وفي أصول الشاشي، ص ٤ (العام الذي لم يخص عند شيء فهو بمنزلة الخاص في حق لزوم العمل به لا محالة)، وعلى هذا قلنا (إذا قطع السارق بعدما هلك المسروق عنده لا يجب عليه الضمان).

لأن القطع جزاء جميع ما اكتسب به السارق، فان كلمة (ما) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ سورة المائدة ٣٨، عامة تتناول جميع ما وجد من السارق - أي من الاعتداء على الحق العام والحق الخاص - ويتقدير إيجاب الضمان يكون الجزاء هو المجموع، فلا يترك العمل به بالقياس على الغصب.

وفي شرح المنار، ص ٩٠ (اعلم أن القطع في السرقة مع الضمان لا يجتمعان عندنا - الحنفية - سواء هلك المال في يد السارق أو استهلكه).

وقال الشافعي (يجتمعان لأنهما مختلفان حكماً - حكمة وعلّة - لأن الضمان لجبر المحل والقطع للزجر، وسبباً لأن سبب القطع الجنائية على حق الله تعالى، والسبب الآخر جنائية على حق العبد، ومحللاً لأن محل أحدهما اليد ومحل الآخر الذمة، وأضافوا إلى ذلك أن التضمين تمليك بالأثر الرجعي، فهو يقطع على ملكه).

أ- على القول بأنها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الآحاد أو القياس أو العرف أو مصلحة ظنية أو أي دليل ظني آخر، لأن التخصيص لرفع التعارض، ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية فيترك العمل دائماً بالظني ويؤخذ بالقطعي، وأما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فإن تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع، وهذا ما استقر عليه السلف الصالح من الخلفاء الراشدين والتابعين، فخصصوا كثيراً من النصوص العامة بالأدلة الظنية رعاية لحماية الدين أو النفس أو العرض أو المال أو العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة.

ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يكلف الفقيه أو القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام بخلاف ما إذا قلنا بان دلالة ظنية، وعلى هذا يرى أكثر الأصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن المخصص^(١).

تقويم الخلاف

الأفقه من وجهة نظرنا هو أن دلالة العام على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته دلالة ظنية ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، وإن القاضي لا يكلف بالبحث عن المخصص مطلقاً للأسباب التالية:

١. تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من أئمة الفقه النص العام بالأدلة الظنية كأخبار الآحاد والقياس والعرف والمصلحة، وهذا يدل على ظنية دلالة العام وإلا لم يخصص بما ذكر ولم يعرف منهم إلزام القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالة إذ قد يؤدي إلى ضياع حقوق الناس أو إلحاق الضرر

^(١) في شرح معالم الدين في الأصول، ص ١٤ (إذا وجدنا دليلاً عاماً نحو ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ سورة البقرة ١٨٣، هل يجوز العمل به من دون البحث والفحص عن وجود المخصص أم لا؟ قال قوم بجواز الاستدلال بالعام قبل إتمام البحث في طلب الخاص، وقال قوم بعدم الجواز).

وفي المسودة لآل تيمية، ص ١٠٩ (يجب العمل بالعموم واعتقاده في الحال في إحدى الروايتين - أي عن الإمام أحمد - وبها قال أبو بكر الصيرفي من الشافعية وأبو سفيان من الحنفية والثانية لا يجب اعتقاده، ولا العمل به في الحال حتى يبحث وينظر هل هناك دليل مخصص؟ فإذا بحث ولم يجده تعين العمل به).

وفي مسلم الثبوت ٢٠١/١ (يجوز العمل بالعام قبل البحث عن المخصص).

وفي المحصول للرازي ٣٠١ (قال الصيرفي: يجوز التمسك بالعام ما لم يظهر دلالة مخصصة، وإلا لما جاز التمسك بالحقيقة إلا بعد طلب هل وجد ما يقتضي صرف اللفظ عن الحقيقة، ولأن الأصل عدم التخصيص).

بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام، إضافة إلى ذلك فإنه قد استقر رأي العلماء^(١) على أن لأصل في العام هو العموم. والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم^(٢)، كما أن الأصل في المطلق هو الإطلاق حتى يثبت دليل التقييد.

٢. استلزام الدال لدلوله يختلف عن استلزام العام لثبوت حكمه لجميع أفرادها، لأن أساس الأول وضع الدال لدلوله. وأما الثاني فهو عمل اجتهادي واستنتاجي، وقد خلط الحنفية بين هذين الأمرين في استدلالهم المذكور^(٣).

٣. كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة بأحاديث الآحاد وهي ظنية.

دلالة العام على عموم الأحوال والأزمنة

صيغة العام كما تدل دلالة ظنية على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته، كذلك تدل على أن ثبوت هذا الحكم لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

فالقتل بغير حق محرم بالنسبة لجميع الأشخاص، وفي جميع الأحوال والأزمنة والأمكنة لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤).

والزنى جريمة بالنسبة للمتزوج وغير المتزوج في منزل الزوجية أو خارجه، داخل القطر أو خارجه، بين المسلمين أو غير المسلمين، سواء أكان الزاني قادراً على الزواج أم فقيراً، لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٥).

وأكل مال الغير والتجاوز على حقوقه المالية محرم بين الأقارب والأباعد، وبين المسلم وغير المسلم، وبين جميع الأقسام والشعوب، وفي جميع الأحوال والأمكنة، ما لم يقم دليل

^(١) وفي الإبهاج شرح المنهاج ١٦٩/٣ (النوع الثاني من الاستصحاب العموم إلى أن يرد مخصص وهو دليل عند القائلين به). وفي جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستصحاب العموم أو النص إلى ورود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً فيعمل بهما إلى وروده).

^(٢) مجلة الأحكام العدلية، م ٩ ﴿الأصل في الصفات العارضة العدم﴾.

^(٣) في الفقرة (ب) ﴿ومن الواضح أن العام وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته دفعة ولم يوضع لأنه يدل على أن الحكم الوارد في النص المتضمن للعام ثابت لجميع ما يندرج تحته﴾.

^(٤) سورة الأنعام ١٥١.

^(٥) سورة الإسراء ٢٢.

على خلاف ذلك، لعموم قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْكَرَةً عَنْ تَرَاوِحٍ مِّنْكُمْ﴾^(١).

ورد الأمانة إلى صاحبها واجب سواء طالب بها أو لا، وسواء يملك البينة على إثباتها أو لا، وسواء أكان مستغنيا عنها أم كان محتاجاً إليها، وسواء أكان مالك الأمانة شخصاً طبعياً أم كان شخصاً معنوياً كالدولة، وذلك لعموم قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢)، و(م٦٤) من قانون العقوبات (لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها). لا تفرق في هذا العذر بين العراقي وغيره، وبين الذكر والأنثى والقوي والضعيف، داخل العمران أو خارجه.

العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب

إذا شرع نص عام لسبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كما في حديث خيار الغبن، فعندما اشتكى إلى الرسول ﷺ أهل حبان بن منقذ بأنه يخدع في المعاملات المالية، فقال لحبان (إذا بايعت فقل لا خلاية)^(٣)، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فان رضيت فامسك وان سخطت أردد^(٤). كلمة خلاية نكرة واقعة في حيز النفي تفيد العموم

فاستنتج فقهاء المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة - رغم ورودها لسبب خاص - أصلاً من أصول المعاملات المالية، وهو أن كل من قام بتدليس (تغريب) الغير بان استعمل معه طرقاتاً احتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد وترتب على ذلك غبن فاحش، يحق للمغبون الخيار بين إمضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن أو المبيع حسب كونه بائعاً أو مشترياً^(٥).

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) سورة النساء ٥٨.

(٣) الخلاية بكسر الخاء: الخدعة، تقدم تخريجه.

(٤) سبل السلام ٤٥/٣.

(٥) في إرشاد الفحول، ص ١٣٣ (إذا ورد العام على سبب خاص فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وحكوا ذلك إجماعاً). وفي التبصرة، ص ١٤٤ (إذا ورد اللفظ العام على سبب خاص واللفظ مستقل

(ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال)
 إذا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم يتضمن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقهاء أو القاضي أو المفتي أن يستحدث باجتهاده شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لذكر مع النص، مثل ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلموا أو أسلم الزوج فقط وكانت زوجته كتابية^(١)، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفاءة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوه من محرمات الزواج كالنسب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك أن الزوجين غير المسلمين إذا طلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عدا محرمات الزواج، فإن ذلك قد يصبح حرجاً عثراً أمام إسلامهما. وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال ((قلت يا رسول الله إنني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ طلق أيتهما شئت))^(٢).

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً^(٣). فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شروطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الاستفصال دال على أنه لا فرق بين أن قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.

بنفسه حمل على عموميه ولم يقتصر على سببه وآية السارق والسارقة نزلت بسبب أن رجلاً سرق رداء صفوان).

وفي مختصر المنتهى الأصولي ١٠٠/٢ (إذا ورد العام جواباً بالسؤال الخاص أو سبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بهذه الخصوصيات).

^(١) فتح القدير ٤٢٢/٣.

^(٢) وفي رواية (قال لفيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: اختر أيتهما شئت، وفارق الأخرى). أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٢/٤، وأبو داود، كتاب الطلاق ٢٨٠/٢.

^(٣) المرجع السابق. فقال له (أسلمك أربعاً وفارق سائرهن)، ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معاً أو على الترتيب، ومن الواضح أن مثل هذا العقد. إذا كان معاً فالكل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الأختين باطل، والزواج الخامس في أكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

الفرق بين العام والمطلق^(١)

بين هذين المصطلحين الأصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والأحكام كما ذكرنا كثيراً منها سابقاً، ونضيف إليها هنا ما يلي:

أ- الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهيته بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء، في حين أن المهم المعتبر في العام هو ما يندرج تحته من الأفراد المشمولين بالحكم الوارد في النص.

ب- العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي، فالعموم الشمولي كلي يحكم فيه على كل فرد دفعة واحدة، أما العموم البدلي فهو كلي من حيث أنه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البدل والمناوبة لا دفعة واحدة، وعلى سبيل المثال والإيضاح لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية، وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع أو صنف أو فرد الجريمة، في حين أن لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار أخذ مالا منقولاً مملوكاً للغير في حرز مثله بقصد جنائي، ففي المطلق ينظر إلى الماهية، وفي العام ينظر إلى الأفراد.

ج- صيغ العموم محددة ومحصورة لغة أو شرعاً أو عرفاً بخلاف صيغ المطلق. ورغم هذه الاختلافات فإن كلا منهما مشترك معنوي، لأنه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء ويتناوله دفعة، كما في العام أو على سبيل التناوب كما في المطلق.

^(١) لمزيد من التفصيل، راجع تهذيب الفروق، هامش الفروق ١/١٧٢، إرشاد الفحول، ص ١١٤. الحديث أخرجه الإمام أحمد ٢/١٣، وأبو داود، كتاب الطلاق ٢/٧٩.

المطلب الثاني التخصيص

حقيقته، أقسامه، تكييفه

عرف الأصوليون التخصيص بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو انه قصر العام على بعض أفراده بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه^(١) فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات، وترتب على تعريفاتهم هذه اختلافهم في أن العام حقيقة في الباقي أو مجاز أو فيه تفصيل.

ومن وجهة نظري أنهم لو عرفوه بتعريفه الحقيقي لما وقعوا في تلك الخلافات العقيمة التي لا ترتب عليها ثمرة عملية. لذا، أرى أن تعريفه السليم هو أن التخصيص (هو بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده بدليل متصل أو منفصل)، وعلى سبيل المثال في قوله تعالى ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ

(١) ومن هذه التعاريف:

قال ابن السبكي الشافعي، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض أفراده). وقال القرافي المالكي، تنقيح الفصول، ص ٥١ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام أو ما يقوم مقامه بدليل).

وقال الحلبي الشيعي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٩ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه، وهو إما متصل أو منفصل، وهذا نفس تعريف الرازي في المحصول ٧/١. وقال البهاري الحنفي، مسلم الثبوت ٢٣٣/١ (التخصيص قصر العام على بعض مسمياته)، وهو نفس تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الأصولي، ص ١٢.

وعند أكثر الحنفية (قصر العام على بعض مسمياته بمستقل مقترن بغير المستقل كإستثناء والشرط والصفة والغاية والبدل ليس مخصصاً لعدم التعارض بينه وبين العام، والتخصيص لا يكون إلا بعد التعارض بين العام والدليل المخصص فيرفع بالتخصيص).

والمستقل المتأخر ناسخ لأن التأخير يضلل المكلف فيعمل بما ليس مراداً في العام، لأن عموم العام في التخصيص غير مراد بخلاف النسخ. راجع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٠٠/١.

وَالْأَقْرَبُونَ وَمَا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرُ نَصِيْبًا مَّفْرُوضًا ﴿١١﴾.

لفظ (الرجال والنساء) من صيغ العموم لأنهما من جمع التكسير المحلى بال الاستغراق ويشمل (الرجال) كل ذكر، كما تشمل (النساء) كل أنثى غير أن هذا العموم غير مراد الله تعالى بالنسبة لحكم الميراث، فالقاتل من الذكور والإناث لا يثبت له هذا الحكم، لذا بين الرسول ﷺ هذا المراد بقوله (لا يرث القاتل)^(١١) فهذا الحديث الشريف لم يخرج القاتل من كونه من الرجال أو من النساء وإنما سلب منه حكماً شرعياً وهو الميراث. إذن أين الإخراج وأين الباقي بالنسبة لصيغة العام حتى تترتب عليه تلك الخلافات التي لا مبرر لها^(١٢).

عناصر التخصيص

يؤخذ مما ذكر أن التخصيص يتطلب توافر العناصر الآتية:

١- وجود عام يدل ظاهراً على أن جميع أفرادها ينطبق عليهم الحكم الوارد في النص.

(١١) سورة النساء ٧.

(١٢) تقدم تخريجه.

(١٣) أكثرهم قالوا (بمجاز في الباقي)، ومنهم من قال (حقيقة إن كان الباقي غير محصور)

ومنهم من قال (حقيقة في الباقي إن كان المخصص متصلاً).

ومنهم من قال (إن كان شرطاً أو استثناءً).

ومنهم من قال (إن كان المخصص شرطاً أو صفة حقيقة وإلا فمجاز).

ومنهم من قال (حقيقة إن كان المخصص لفظاً وبمجاز إن كان عقلاً).

ومنهم من قال (حقيقة في تناول لما بقى بعد التخصيص لا في الاقتصار عليه).

ومنهم من قال بنفس هذا القول على أن يكون المخصص بدليل مستقل إلى غير ذلك.

ومن الغريب أن الخلاف لم يقف عند هذا الحد، بل اختلفوا في حجية النص المخصص في الباقي أيضاً،

فمنهم من قال (حجة مطلقاً).

ومنهم من قال (حجة أن خصص بمتصل).

ومنهم من قال (أن خصص بمعين).

ومنهم من قال (إن أنبأ عنه العموم).

ومنهم من قال (ليس حجة مطلقاً).

وقيل (حجة في أقل الجمع).

لمزيد من التفصيل راجع جمع الجوامع وشرحه ٧-٤/٢. وهداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول

- ٢- أن يكون الحكم قابلاً للتخصيص ببعض أفراد العام دون بعض، وإلا فيكون باطلاً^(١).
- ٣- أن يكون الدليل المخصص معترفاً به في ميزان الشرع، وإلا فالتخصيص باطل.
- ٤- أن يكون العموم غير مراد في الأصل، وإلا فيكون الإخراج نسخاً جزئياً عند الأصوليين.
- ٥- إذا كان المخصص نصاً يجب أن يكون صادراً من مصدر العام، فقانون دولة لا يخصص عموم قانون دولة أخرى.
- ٦- أن يتعلق التخصيص بالحكم^(٢) لأن القابل له هو الحكم الذي ثبت لمتعدد لفظاً أو معنى^(٣).
- ٧- وجود التعارض الظاهري بين النص العام وبين الدليل المخصص.

تسام المخصص باعتبار الاستقلالية وعدمها

الدليل المخصص للعام إما أن يكون جزءاً من النص الذي وردت فيه صيغة العموم أو يكون مستقلاً عنه، ففي الحالة الأولى يسمى مخصصاً متصلاً، وفي الحالة الثانية يسمى مخصصاً منفصلاً.

^(١) فإذا كان الحكم ثابتاً لجميع أفراد العام بدليل قطعي نقلي أو عقلي فلا يجوز حصره على بعضها بإخراج بعض، كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ سورة آل عمران ١٠٩. فلفظ (ما) من صيغ العموم فلا يجوز تخصيصه بإخراج بعض ما في السماوات والأرض من ملك الله.

^(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض أفرادها والقابل للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظاً أو معنى كالفهوم)، وعلق عليه المحلي قائلاً (نبه بهذا على أن المخصوص في الحقيقة الحكم)، وهذا يؤيد ما قلنا من أن (التخصيص يتعلق بالحكم لا باللفظ العام)، فلا مبرر للخلاف في أن المخصص حقيقة في الباقي أو مجاز.

^(٣) كالعموم العرفي والعقلي، أما العموم اللغوي أو الشرعي أو القانوني فإنه يكون عن طريق اللفظ والتخصيص إخراج أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم لا من كونهم مشمولين بصيغته، فصيغته تبقى حقيقة بعد التخصيص فلا مبرر للخلاف الحاد بين بعض الأصوليين في أنها حقيقة بعد التخصيص أو مجاز، وفي أن دلالتها قطعية أو ظنية، فهي قطعية بالنسبة للمعنى الموضوع له وظنية بالنسبة لدلالته قبل التخصيص على شمول الحكم لجميع أفرادها.

القسم الأول - الأدلة المخصصة المتصلة:

أهم الأدلة المخصصة المتصلة المعروفة في أصول الفقه خمسة أنواع وهي: الاستثناء والشرط والصفة، وبدل البعض من الكل والغاية كما في التفصيل الآتي:

النوع الأول: الاستثناء المتصل^(١)

قسم علماء النحو الاستثناء إلى متصل ومنقطع، فقالوا:

المتصل هو (الذي يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، كأن يقال على كل عراقي ذكر أكمل الثامنة عشرة من العمر أن يؤدي الخدمة العسكرية الإلزامية إلا من له عذر قانوني).

المنقطع هو (الذي لا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، كأن تقول عندي عشرة آلاف دينار إلا دولاراً).

ويشترط في التخصيص

- ١- أن لا يكون الاستثناء من المستثنى المنقطع لأن المفروض أن الأفراد الذين لم يكونوا مرادين بالحكم مشمولون به ظاهراً لولا التخصيص.
- ٢- وأن يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه عادة ولا يوجد الفصل الزمني.
- ٣- وأن يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادراً من جهة واحدة.
- ٤- وان لا يكون الاستثناء مستغرقاً للمستثنى منه، كأن يقول (علي ألف إلا ألفاً).

ومن النصوص الشرعية العامة المخصصة بالاستثناء قوله تعالى ﴿وَالْعَصْرِ ۝١﴾ إِنَّ

^(١) في شرح الكوكب المنير، ص ١٨٢ (والمخصص هو المخرج، وهو إرادة المتكلم الإخراج، ويطلق المخصص مجازاً على الدليل الدال على الإرادة وهو المراد هنا، وهو قسمان: منفصل وهو ما استقل بنفسه بان لم يكن مرتبطاً بكلام آخر ومنه الحس والعقل، ومتصل وهو ما لا يستقل بنفسه وإنما هو مرتبط بكلام آخر، وهو أقسام: أحدها استثناء متصل وهو إخراج ما لولاه لوجب دخوله لغة بالاً أو إحدى أخواتها، وأدوات الاستثناء المشهورة ثمانية منها: حروف باتفاق وهي إلا، أو حروف على الأصح وهو حاشا، فإنها حرف عند سيوييه، ويقال حاش وحاشا، ومنها ما هو فعل بالاتفاق كلا يكون، أو فعل على الأصح وهي ليس، ومنها ما هو متردد بين الحرفية والفعلية بحسب الاستعمال، فإن نصب ما بعده كان فعلاً، وان جر ما بعده كان حرفاً، وهو خلا بالاتفاق وعدا عند سيوييه، ومنها ما هو اسم وهو غير وسوى، ويقال فيه سوى بضم السين وسواء بفتحها والمد ويكسرهما والمد، ثم يشترط لصحة الاستثناء أن يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادراً من متكلم واحد. نقلته مع التصرف. وفي روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١٣٢ (وحده انه قول ذو صيغة متصل يدل على أن المذكور معه غير مراد بالقول الأول).

إِنْسَانَ لِيَفِي حُسْرِي ﴿٢﴾ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا
بِالصَّبْرِ ﴿١﴾.

وقول الرسول ﷺ (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو احل حراماً)^(١)،
فلفظاً (الإنسان) و(الصلح) من صيغ العموم بسبب ال الاستغراق وقد خصص عمومهما
بالاستثناء.

ومن النصوص القانونية العامة المخصصة بالاستثناء (م ٢٣٩)^(٢) (لا عذر على جريمة إلا
في الحالات التالية)، و (م ١/٥٤٧)^(٣) (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري
يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم
المبيع)، و (م ١/٦٤)^(٤) (لا يجوز توجيه أي سؤال إلى الشاهد إلا بإذن القاضي أو المحقق). فلفظ
(شيء) في النص الثاني من صيغ العموم لكونه نكرة في حيز النفي، وكذلك لفظ (أي) في
النص الثالث لأنه من الأسماء الموصولة، وقد خصص عموم كل منهما بالاستثناء.

ويطلق الاستثناء في عرف القانونيين على إخراج بعض المسائل الجزئية من حكم القاعدة
الكلية^(٥) لرعاية مصلحة عامة وهو ما يطلق عليه في عرف علماء الأصول (الاستحسان).

حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة:

إذا ورد الاستثناء بعد جمل متعددة معطوف بعضها على بعض هل يعود إلى جميعها أو
إلى الأخيرة ؟، فيه الخلاف الآتي^(٦).

(١) سورة العصر ١-٣.

(٢) وفي رواية أبي داود (المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً)، ورواه الترمذي
وصححه، كتاب الأحكام ٣/٦٣٤، وقال (حسن صحيح).

(٣) من قانون العقوبات السوري.

(٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ﴿ هذا من باب ضمان العقد لا ضمان اليد ﴾.

(٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

(٦) كاستثناء شهداء فلسطين من شرط الخدمة المدنية أو العسكرية المحددة بالقانون في العراق في منح عوائلهم
المرتب التقاعدي.

(٧) في التمهيد، ص ٣٩٨ (الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض يعود إلى الجميع عند الشافعي
ما لم يتم دليل على إخراج البعض). وقال أبو حنيفة (يعود إلى الأخيرة خاصة)، وفي ميزان الأصول

- أ- قال جمهور من الأصوليين والفقهاء (يرجع إلى الجميع ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لأن الرجوع إلى الكل هو الظاهر، ولا يعدل عن الظاهر إلا بدليل).
- ب- وقال البعض (كالحنفية) يرجع إلى الجملة الأخيرة لأنه المتيقن، ولأن عودة الاستثناء إلى ما قبله للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها فهي تندفع بالرجوع إلى واحدة منها، وتتعين أن تكون هي الأخيرة لقربها^(١).

وترتب على هذا الخلاف الاختلاف في بعض الأحكام، ففي قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (٤) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢﴾.

قال جمهور العلماء (يرجع الاستثناء إلى العقوبة الثانية والثالثة فترفعها التوبة)، وقال الحنفية (ترجع للأخيرة فلا تقبل شهادة القاذف مطلقاً تاب أم لا).
وأجمع الكل على عدم رجوع الاستثناء إلى العقوبة الأولى لأنها حق مشترك بين الله وبين المقذوف فلا تسقط بالتوبة.

تقويم الخلاف

الأفقه هو أن يترك الأمر في الاستثناء وفي أي قيد آخر لاجتهاد الفقيه والقاضي في ضوء طبيعة القضية وظروفها وملابساتها عند عدم وجود قرينة دالة على رجوع الاستثناء أو القيد

٤٦١/١ (الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو الفسق عندنا)، وعند الشافعي (يرجع إلى جميع ما سبق، وأرى أن هذا غير دقيق لأنه لا يرجع إلى الأول بالإجماع لما فيه من حق الله وحق العبد).
وفي مسلم الثبوت، ص ٢٠٠ (الاستثناء بعد جمل متعاطفة يتعلق بالأخيرة عندنا -الحنفية-، ويتفق الجعفرية مع الحنفية كما جاء في مبادئ الوصول للحلي، ص ١٣٦، وقال القرافي، تنقيح الفصول، ص ١٤٩ (إذا تعقب الاستثناء الجمل يرجع إلى جملتها عند مالك والشافعي وأصحابهما، وإلى الأخيرة عند أبي حنيفة، ومشارك بين الأمرين عند الشريف المرتضى علي بن الحسين).

^(١) في حاشية البناني على جمع الجوامع ١١/٢ (إذا قال شخص علي عشرة إلا أربعة وإلا ثلاثة وإلا اثنين يلزمه واحد لأنه مع حرف العطف ترجع المستثنيات إلى المستثنى منه الأول، وإذا قال علي عشرة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة يلزمه ستة، لأنه بدون حرف العطف يرجع كل إلى ما قبله بناء على قاعدة الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي).

للكل أو للبعض. وعلى سبيل المثال في (م ٤٣/٨)^(١) (إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقدته أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة)، القيد الأخير يرجع إلى الحكم عليه فقط ولا يرجع إلى التغيب والفقْد والاختفاء بقرينة ما هو معمول به في القضاء العراقي، وبدلالة (م ٤٣/٧)، وفي (م ٤٣/٢)^(٢) (مواقعة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها)، قيد (كرها) يرجع إلى الكل بدليل طبيعة الموضوع.

النوع الثاني: الشرط

المراد به هو الشرط اللغوي أي جملة مصدرية: أداة من أدوات الشرط مثل (إن) و(إذا)، وقد خصص عموم قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾^(٣) بالشرط الوارد بعده في الآية نفسها ﴿إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾^(٤).

كما خصص عموم استحقاق الجدة للسدس بان لا يكون معها أم المتوفى أو جدة قري في قول الرسول ﷺ (للجدة السدس) - إذا لم يكن دونها أم -^(٥). ومن النصوص القانونية التي خصص عمومها بالشرط (م ٦١/ب)^(٦) (لن لا قدرة له على الكلام أن يدلي بشهادته كتابة، أو بالإشارة المعهودة إن كان لا يستطيع الكتابة)، فإدلاء الشهادة بالإشارة لا يقبل من الأخرس إذا كان قادراً على الكتابة، وكذلك خصص عموم (لا جريمة) بالشرط في (م ٣٩)^(٧) (إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون).

(١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) من قانون العقوبات العراقي، نص المادة (حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يبيح القتل عمداً إلا إذا أريد به دفع احد الأمور الآتية:

١- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

٢- مواقعة امرأة أو اللواطة بها أو بذكر كرها بفتح الكاف من الإكراه.)

(٣) سورة النساء ١٣

(٤) سورة النساء ١٣.

(٥) سبل السلام ١٣٠/٣، المنتقى ٤٥٩/٢، نيل الأوطار ٧٦/٦. أخرجه ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب

ميراث الجدة ٩٠٩/٢.

(٦) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٧) قانون العقوبات العراقي.

ومن الجدير بالإشارة أنه لا خلاف في رجوع الشرط إلى جميع الجمل التي تقع قبله لما له من الصدارة فيعتبر انه مقدم عليها لذا يرجع إلى الكل إذا وقع بعد جمل متعددة^(١).

النوع الثالث: الصفة:

أي الصفة المعنوية^(٢) وهي الحالة التي تصرف العام عن عمومه سواء كانت نعنا نحويا أم تميزا أم حالا أم ظرفا أم غير ذلك ، ففي قوله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ

شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾^(٣) لفظ (رجل) وكذلك (امرأة) نكرة في حيز الشرط موصوف بجملة (يورث كلاله) والمراد هنا الأخ من الأم والأخت من الأم ، لأن القرآن بين ميراث الأخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب في آيات أخرى.

وكذلك لفظ (عرق) في قول الرسول ﷺ (ليس لعرق^(٤) ظالم حق)^(٥) نكرة في حيز النفي خصص عمومه بوصف (ظالم) ، فمن بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بدون إذنه ظالم ولا حق له في ما أحدثه ، بل له ما انفق على ما أحدثه.

ومن العام المخصص بالصفة في النصوص القانونية (م٤٢)^(٦) (على أعضاء الضبط القضائي أن يتخذوا جميع الوسائل التي تكفل المحافظة على أدلة الجريمة) ، فالجملة الأخيرة (الموصول وصلته) صفة مخصصة لعموم (جميع الوسائل).

النوع الرابع: الغاية

غاية الشيء نهايته ، والمراد غاية تقدمها عموم يشملها لو لم تكن هي وإلا فالغاية تكون

(١) في مسلم الثبوت ٢٦٩/١ (الشرط كالاستثناء إلا في تعقبه الجمل فانه للجميع لأنه مقدم تقديرا اذ حقه الصدارة كالاستفهام والتمني).

(٢) في شرح الكوكب المنير، ص ٢٠١ (الثالث المخصص المتصل بالصفة ، وهو ما اشعر بمعنى يتصف به افراد العام سواء أكان الوصف نعنا أم عطف بيان أم حالا أم غير ذلك من القيود الأخرى المشعرة بالوصف).

(٣) سورة النساء ١٢ .

(٤) الحديث أخرجه ابن ماجه مقطعا برقم ٢٢١٣ .

(٥) سبل السلام ٩٤/٣ ، هو يرادف ما جاء في سنن أبي داود ٦١/٣ قوله ﷺ (من زرع في ارض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته). الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٦٥/٣ ، ولأبي

داود ، كتاب البيوع ، باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها ٢٥٩/٣ .

(٦) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي .

لتوكيد عموم ما قبلها، وألفاظها (حتى) و (إلى)، والتخصيص بالغاية يقتضي أن يكون الحكم فيما بعدها بخلاف حكم ما قبلها^(١)، والغاية بعد عموم (ولا تقرؤون) في (حتى يطهرن) من قوله تعالى ﴿وَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْرِضُوا لِلنِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ

الْمُتَطَهِّرِينَ﴾^(٢)، ليست للتخصيص وإنما لتحقيق عموم ما قبلها لأنها لم يتقدمها عموم يشمل ما بعدها لاختلاف حالتي الطهر والحيض، ومن الجدير بالذكر أنه قد ثبت بالطب الحديث أن معاشرة الزوجة حينما تكون في الحيض تترتب عليها نتائج سلبية على صحة الزوجين في الجهاز التناسلي. وبعد انقطاع الحيض الحكم يرجع إلى ما كان عليه قبله وهو إباحة المعاشرة، ومن تطبيقات التخصيص بالغاية تخصيص عموم (لا تنكح الأيم) بـ (حتى تستأمر)، وعموم (لا تنكح البكر) بـ (حتى تستأذن) في قول الرسول ﷺ (لا تنكح الأيم)^(٣) حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال ﷺ (أن تسكت)^(٤).

وكتخصيص عموم (أيديكم) بـ (إلى المرافق)، وعموم (أرجلكم)^(٥) بـ (إلى الكعبين) في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ

(١) في إرشاد الفحول، ص ١٥٥ (والتخصيص لغاية وهي نهاية الشيء المتضمنة لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها، ولها لفظان وهما (حتى) و (إلى) كقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ﴾ سورة البقرة ٢٢٢، وقوله تعالى ﴿وَأَيْدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ سورة المائدة ٦. لكن الشوكاني في المثال الأول لم يكن دقيقاً لأن حرف (حتى) لتوكيد عموم ما قبلها لا للتخصيص.

(٢) سورة البقرة ٢٢٢.

(٣) الأيم التي فارقت زوجها لطلاق أو موت (حتى تستأمر) أي يطلب أمرها يعني الرضا والإذن الصريح، والمراد بالبكر البالغة العاقلة لأنه لا يعتد بإذن غيرها.

(٤) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يزوج الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، فتح الباري ٢٣٩/٩، ومسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٤/٩

(٥) وكل من الأيدي والأرجل في هذه الآية يفيد عموم الأجزاء لأنه جمع مضاف إلى المعرفة.

إِلَى الْمَرَافِقِ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ﴿١١﴾.

ومن عموم النصوص القانونية المخصص بالغاية بوساطة (حتى) أو (إلى) تخصيص عموم (وقف الفصل في الأولى) بـ (حتى يتم الفصل في الثانية) في (م ١٦٠/١)^(٢١) (إذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى فيجب وقف الفصل في الأولى حتى يتم الفصل في الثانية).

وتخصيص عموم (وقف الإجراءات الجزائية) بـ (إلى حين عودة أو معرفة مصيره) في (م ١٦٠/ب) (إذا ثبت أن المتهم قد غاب غيبة غير معروفة الأجل لأسباب خارجة عن إرادته كان يكون أسيراً أو مفقوداً، يصدر قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية حسب الأحوال قراراً بوقف الإجراءات بحقه مؤقتاً ووقف سير الدعوى المدنية إلى حين عودته أو معرفة مصيره).

ومن تخصيص القواعد العامة بالغاية

- أ- كل مفقود يعتبر حياً إلى أن يثبت خلاف ذلك بالبينه على موته أو حكم القاضي به^(٢٢).
- ب- لا نفاذ لتصرف الوارث في التركة المدينة حتى يوفى الدين أو يجيزه الدائن^(٢٣).
- ج- على الآباء الإنفاق على بناتهم إلى أن يتزوجن^(٢٤).

(١١) سورة المائدة ٦.

(٢١) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢٢) لولا هذه الغاية لاستمر اعتباره حياً مطلقاً.

(٢٣) لولا الغاية لبقى التصرف على عدم نفاذه وشمل العموم حالة الوفاء والإجازة أيضاً.

(٢٤) لو لم تكن هذه الغاية لشمل عموم وجوب الإنفاق ما بعد الزواج أيضاً، بخلاف قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا

الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ سورة البقرة ٢٢١. فالغاية ليست للتخصيص لأن ما بعدها لا يدخل فيما قبلها

لاختلاف الإيمان والشرك وإنما لتحقيق عموم ما قبله.

(١) النوع الخامس: بدل البعض من الكل

كتخصيص عموم (الناس) بـ (من استطاع إليه سبيلاً) في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(١)، فلفظ (الناس) محلي بال الاستغراق يفيد العموم ويشمل الصغير والكبير والفقير والغني والشباب والشيوخ، وكل من له عذر وغير. لكن هذا العموم غير مراد لقوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢)، لذا خصصه بمن له استطاعة بدنية ومالية وعقلية. وقال بعض العلماء^(٤) (أن العموم في هذه الآية مخصص بالعقل) وهذا القول مردود لأنه لا يصار إلى التخصيص بالعقل إذا وجد نص مخصص.

ومن عموم القانون المخصص ببديل البعض من الكل عموم (الحائز) المخصص ببديل البعض (حسن النية) في (م ١٦٥)^(٥) (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد، وما استفاه من المنافع مدة حيازته)، وكتخصيص عموم (المتهم) ببديل بعضه (الهارب) في (م ١٢١/هـ)^(٦)

(١) قال ابن مالك (التابع المقصود بالحكم بلا واسطة هو المسمى بدلا، وهو كلمة تابعة تذكر بعد كلمة أخرى والمقصود في الكلام هو التابع - البديل - والغرض منه تقوية الكلام وتوضيحه، وله أقسام أربعة: ١- بدل الكل من الكل وهو أن يكون نفس المبدل منه إلا انه أوضح، مثل قوله تعالى ﴿أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾^(١) صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ سورة الفاتحة ٦-٧. والصرط الثاني بدل من الأول.

٢- بدل البعض من الكل كما في آية ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ سورة آل عمران ٩٧.

٣- بدل الاشتغال بان يشتمل المبدل منه على البديل مثل (أعجبنى القاضي عدله).

٤- البديل المبين - أو بدل المبانية - بأن يكونا متغايرين وله الأنواع الآتية:

أ- بدل الغلط بان يلفظ القائل أولا ثم يصحح غلطه ببديل.

ب- بدل النسيان بان يذكر شيئا خطأ لنسيان ثم يصححه.

ج- بدل الإضراب بان يذكر شيئا أولا ثم يعدل عنه إلى آخر.

(٢) سورة آل عمران ٩٧.

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

(٤) كالغزالي، المستصفي، ص ٣٤٧، والآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ١٤٣/٢، والإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق د. طه جابر ١١١/١.

(٥) القانون المدني العراقي، فالحائز يعم حسن النية وسئ النية.

(٦) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، المتهم عام يشمل الهارب وغيره.

يعطى لمن كان المتهم الهارب مكلفاً بالإفناق عليه شرعاً أو قانوناً نفقة شهرية من أمواله المحجوزة).

القسم الثاني - الأدلة المخصصة المنفصلة

يعتبر كل دليل مخصص للعام ما عدا الخمسة المذكورة من الأدلة المنفصلة المستقلة عن النص المتضمن للعام كما في التفصيل الآتي:

أولاً - تخصيص النص بالنص في الشريعة الإسلامية

الشقوقات المتصورة أربعة وهي تخصيص القرآن بالقرآن أو بالسنة، وتخصيص السنة بالسنة أو بالقرآن.

١- تخصيص القرآن بالقرآن قوله تعالى ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرَئَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(١)

لفظ (المطلقات) جمع مؤنث سالم محلى بال الاستغراق يفيد العموم فيشمل المدخول بها وغيرها، وذوات الحيض وغيرهن، والحامل وغيرها، وهذا العموم غير مراد، لذا خصص ببيان عدم شمول غير المدخول بها فلا تجب عليها العدة كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾^(٢).

وبيان عدم مراد الحامل بالحكم فان عدتها بوضع الحمل كما في قوله تعالى ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٣) وخصصت (المطلقات) أيضاً بإخراج اليانس التي دخلت سن اليأس وانقطع حيضها، وإخراج الصغيرة التي لم تصل بعد سن الحيض فان عدة هاتين تكون بالأشهر كما في قوله تعالى ﴿ وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ^(٤) فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِيضْ ﴾^(٥)، ومن تخصيص

(١) سورة البقرة ٢٢٨.

(٢) سورة الأحزاب ٤٩.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) أي شككتهم وجهلتم قدر العدة والقيد ليس له مفهوم مخالفة.

(٥) سورة الطلاق ٤.

القرآن بالقرآن تخصيص آية القذف بآيات اللعان، وتخصيص آية الوصية بآيات الميراث حيث آية القذف كانت عامة شاملة للأزواج فاقترنت بآية اللعان على غير الأزواج، وكذلك الوصية الواجبة كانت عامة لكل الورثة من الوالدين والأقربين فاقترنت على من لا يرث من الأقارب.

٢- تخصيص عموم القرآن بالسنة: سبق أن بينا في موضوع وظائف السنة النبوية أنها

تخصص عموم القرآن وتفيد مطلقه بمقتضى قوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَنْفَكِرُونَ ﴾^(١) لأن التخصيص والتقييد من البيان، ومن هذا القبيل قوله تعالى بعد ذكر محرمات الزواج ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكََ ﴾^(٢) فلفظة (ما) اسم موصول ومن صيغ العموم تشمل كل امرأة تكون ما عدا المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة والجمع بين الأختين، وهذا العموم غير مراد، لذا خصصه الرسول ﷺ ببيان عدم شمول الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها، فقال ﷺ (لا يجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها)^(٤) ولم يثبت هذا التخصيص عند بعض الفقهاء^(٥) فأجازوا الجمع، وكذلك عموم قوله تعالى ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾^(٦) خصص بالسنة النبوية القاضية بان دية القتل الخطأ على عاقلة القاتل^(١).

(١) سورة النحل: ٤٤، نسب بعض علماء الأصول إلى الظاهرية أنهم قالوا بموجب هذه الآية لا يكون تخصيص القرآن إلا بالسنة ولا صحة لهذه النسبة كما هو معلوم في الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٧٣/١ وما بعدها.

(٢) قال تعالى في سورة النساء ٢٣-٢٤ ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ سورة النساء: ٢٣.

(٣) سورة النساء ٢٤.

(٤) سبل السلام ١٦٢/٣، وفي رواية أخرى (لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم).. نيل الأوطار ١٦٦/٦. تقدم تخريجه.

(٥) وهم فقهاء الجعفرية كما سبق في بيان شروط العمل بمحدث الآحاد، وجمهور فقهاء الجعفرية ذهبوا إلى التفصيل الآتي (يجوز زواج العمة على بنت أخيها والخالة على بنت أخيها، ولكن لا يجوز العكس إلا بإذن العمة والخالة). وقال بعضهم (تخير العمة أو الخالة بين الفسخ والإمضاء أو فسخ زواج نفسها).

راجع المختصر النافع للحلي، ص ٢٠٢.

(٦) سورة الانعام ١٦٤.

٣- تخصيص عموم السنة بالسنة ومن ذلك قول الرسول ﷺ (فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا^(١)) العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر^(٢))، فكلمة (ما) تشمل القليل والكثير من المحصولات الزراعية مما تجب فيه الزكاة، وهذا غير مراد، لذا خصص الرسول ﷺ هذا العموم وبين الحد الأدنى لنصاب زكاة المحصولات الزراعية فقال (ليس فيما دون خمسة أوسق من الثمر صدقة^(٤) - زكاة -)، ولم ير أبو حنيفة النصاب في المحصولات الزراعية آخذا بعموم الحديث الأول مع انه ظاهر والثاني نص، والنص يقدم على الظاهر، وكذلك خصص عموم (لا تبع ما ليس عندك)^(٥) بحديث السلم وجوازه فقال (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى اجل معلوم)^(٦).

٤- ومن تخصيص عموم السنة بالقرآن قول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٧)، فلفظ (ضرر وضرار) نكرتان في حيز النفي يفيدان العموم بحيث لا يجوز إلحاق الضرر بالغير، ولا المقابلة بالمثل في الضرر كما هو مفاد (لا ضرار) سواء كان بعذر أو بدون عذر في

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢١٦/١٢.

(٢) بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء هو الذي يشرب بعروقه ويعثر على الماء القريب منه. والنضح بفتح النون وسكون الضاد: الساقية من الإبل والبقر وغيرهما، ويشمل كل وسيلة من الوسائل الحديثة كالناعور والمضخة.

(٣) رواه البخاري، سبل السلام ١٧٤/٢. وفي رواية (فيما سقت الأنهار والغيمة العصور وفيما سقي بالساقية نصف العصور). نيل الأوطار ١٥٧/٤. فتح الباري، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء ٤٤٣/٣.

(٤) نيل الأوطار ١٥٨/٤ وفيه (فهذا مخصص للحديث السابق وذهب ابن عباس وزيد بن علي والنخعي وأبو حنيفة إلى العمل بالعام، فقالوا: تجب الزكاة في القليل والكثير ولا يعتبر النصاب). الحديث أخرجه البخاري، كتاب الزكاة باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، فتح الباري ٤٤٦/٣.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) متفق عليه، سبل السلام ٦٤/٣ (في كيل معلوم إذا كان من المكيل، ووزن معلوم إذا كان مما يوزن، فالسلم جائز مع انه بيع الإنسان لما ليس عنده والجواز للحاجة استثناء من القاعدة العامة). الحديث أخرجه البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، فتح الباري ٥٣٩/٤. ومسلم، كتاب

المساقاة، باب السلم، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤/١١.

(٧) تقدم تخريجه.

المسائل المدنية والجنائية، غير أن هذا العموم غير مراد لذا خصص عموم (لا ضرر) بقوله تعالى ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(١) فبين عدم شمول الحكم للضرر بالعدو فيجوز في حالة الاضطرار أكل مال الغير مثلاً بدون إذنه، لأن الضرورات تبيح المحظورات، لكن يجب الضمان- التعويض - لأن الجواز الشرعي لعدو لا ينافي الضمان، وكذلك خصص عموم (لا ضرار) بقوله تعالى ﴿وَكُنِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾^(٢) فيبقى قوله (لا ضرار) يطبق في المسائل المالية، فمن لحقه ضرر مالي من الغير فعليه أن يطلب التعويض ولا يجوز أن يقابله بمثل الضرر.

ثانياً - تخصيص عموم النص الشرعي بغير نص:

عموم نصوص القرآن والسنة كما يخصص بالنص كذلك خصص منذ عهد فقهاء الصحابة بغير نص كالإجماع والمصلحة العامة والقياس والعرف والعقل وغير ذلك.

ومن تطبيقات هذا التخصيص ما يلي:

أ- التخصيص بالإجماع: خصص عموم قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ثُرُوا لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٣) فبين عدم شمول الحكم للنساء بالإجماع فلا تجب عليهن صلاة الجمعة^(٤) وبالتالي يجوز لهن البيع وكل تعامل آخر بعد النداء إلى صلاة الجمعة، فاقصر حكم المنع على الرجال فقط.

(١) سورة البقرة ١٧٣.

(٢) سورة المائدة ٤٥.

(٣) سورة الجمعة ٩.

(٤) أباح الرسول ﷺ للنساء الخروج للمساجد للصلاة كما رواه أبو داود، السنن ١٥٥/١ فقال (لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات غير متطيبات)، ثم بعد وفاة الرسول ﷺ قالت عائشة ﷺ (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث بالنساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني إسرائيل)، ثم تم الإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة عليهن. مسند الإمام أحمد ٦٩/٦.

ب - التخصيص بالمصلحة العامة: فخصص الخلفاء الراشدون عموم قوله تعالى

﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(١) ببيان عدم شمول من يرتكب جريمة

السرقه حاجته حماية^(٢) لمصلحة الأرواح وهي مقدمة على مصلحة حماية الأموال.

وخصصوا أيضاً عموم قول الرسول ﷺ (لا ضمان على مؤتمن)^(٣) ببيان عدم شموله

للأجير المشترك، فهو ضامن رغم أن يده يد الأمانة على ما يوضع تحتها، فالحديث

عام لأن كلا من (ضمان) و(مؤتمن) نكرة في حيز النفي، وعلى هذا العموم كل من

كانت يده على مال الغير يد أمانة لا يكون ضامناً إذا تلف أو نقص بدون تقصير منه،

كالمستأجر بالنسبة للعين المستأجرة والمستعير في العين المعارة. والأجير المشترك (مقابل

الأجير الخاص)^(٤) وهو الذي يعمل لأكثر من واحد كالحياط والنجار والمقاول، ويد

هؤلاء على المواد الأولية يد أمانة ولكن الخلفاء الراشدين قضوا بضمانهم في حالتي

التلف والنقص لتلك المواد وإن لم يكن لهم تقصير، لأن الأجرة التي يستحقونها

مضمونة على المالك فيلزم أن يكون المعمول فيه مضموناً، ولأن فيه رعاية لمصلحة

أصحاب المواد الأولية التي توضع في حيازة الأجير المشترك، وأول من قضى به سيدنا

عمر بن الخطاب ؓ وسيدنا علي ابن أبي طالب ؓ، فقال علي (لا يصلح الناس إلا

ذلك)^(٥) وهو مذهب أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى.

(١) سورة المائدة ٣٨.

(٢) فلم يطبقوا عقوبة السرقة على مرتكبها في سنة المجاعة.

(٣) نيل الأوطار ٢٨٩/٥ تقدم تخريجه.

(٤) في الهداية بشرح تكملة فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها (الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص،

فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو ثمره

كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، والمتاع

أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة (رحمه الله) وهو قول زفر ويضمنه عندهما - عند

أبي يوسف ومحمد - إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر، لهما - أي دليلهما - ما روي

عن عمر وعلي (رضي الله عنهما) انهما كانا بضمانان الأجير المشترك).

(٥) الروض النضير ١٤٤/٤. الأثر تقدم تخريجه.

ج- **التخصيص بالعرف**: ومنه تخصيص بعض الفقهاء كالمالكية^(١) عموم قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٢) فقالوا (إذا كان عرف بلد يقضي بان ولي الطفل يتكفل بتأمين مرضع بدلا من والدته يجب عليه ذلك ما لم تتطوع الأم بالإرضاع).

د- **التخصيص بالقياس**:^(٣) يرى أكثر علماء الأصول جواز تخصيص عموم النص بالقياس ومن ذلك تخصيص عموم قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾^(٤) أي من ارتكب جريمة خارج الحرم (بيت الله الحرام) ثم التجأ إليه لا يخرج بالقوة لمحاكمته وعقابه بل يمنع منه كل شيء حتى يضطر أن يخرج بنفسه ذلك لاحترام الحصانة المقدسة لهذا البيت، ومن الواضح أن لفظ (من) من صيغ العموم غير أن من يرى تخصيص القرآن بالقياس قال (يخرج من هذا العموم المجرم الذي كان مهدر الدم كمن يجب عليه القصاص فيخرج جبيرا ويحاكم ويعاقب بقياس جريمة القتل على جريمة الاعتداء على ما دون النفس من الأطراف)^(٥).

(١) تفسير القرطبي ١٦١/٣. الفروق للقرافي ٢٨٢/١. مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٤٨.

(٢) سورة البقرة ٢٢٢.

(٣) قال الرازي، المحصول ١٤٨ (يجوز تخصيص عموم الكتاب والسنة المتواترة بالقياس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأبي الحسن البصري والأشعري وأبي هاشم، ووجه الجواز: أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص فوجب تقديمه).

(٤) سورة آل عمران ٩٧.

(٥) في كشف الأسرار مع أصول البزدوي ٢٩٦/١ قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ سورة آل عمران ٩٧. فمباح الدم برودة أو زنى أو قطع طريق أو قصاص إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه عندنا - أي الحنفية - ولا يؤذى ليخرج، ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يجالس ولا يباع حتى يضطر للخروج فيقتل خارج الحرم، لقوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ سورة آل عمران: ٩٧. علق الأمر بالشرط فيثبت عند وجود الشرط لا أن يكون ثابتا قبله، فكان معناه والله اعلم صار آمنا، ولا يتحقق الأمن إلا بإزالة الخوف، وغير الجاني ليس بخائف فلا يتصور ثبوت الأمر في حقه، فعرفنا أن النص متناول للجاني فيثبت الأمن في حقه، وقال الشافعي (رحمه الله) (يقتل فيه)، لأن الجاني قد خصص من الآية بما روى إلى النبي ﷺ لما دخل مكة يوم الفتح أمر بقتل نفر منهم ابن أخطل فوجدوه متعلقا بأستار الكعبة فقتلوه، وقوله ﷺ (الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم). أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد ٥٩/٣، باب قتل الأسير. وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدتها، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣٤/٩.

هـ- **التخصيص بالعقل:** ^(١) يرى الكثير من الأصوليين والفقهاء أن مخصص النص العام قد يكون العقل السليم ^(٢) ومثلوا لذلك بآيات عامة وهي مخصصة بالعقل، منها قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ ^(٣) وقوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ آبَيْتٍ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ^(٤) فقالوا (بمخصص تعميم هذه الآيات ونحوها من آيات الأحكام التكليفية بالعقل، فهو يخرج من عمومها من لا يتوافر فيه شروط التكليف من البلوغ والعقل والقدرة، كالمجنون والصبي غير المميز).

وبالقياس - أي خص بالقياس - على الطرف فانه لو كان عليه قصاص في الطرف فدخل الحرم استوفى منه في الحرم، فلما لم يبطل أدون الحقين بالحرم فأعلاهما أولى، وبالقياس على ما إذا انشأ القتل فيه فانه يقتل فيه بالاتفاق، فكذا إذا التجأ إليه.

^(١) في مسلم الثبوت وفواتح الرحموت ٣٠١/١ (التخصيص بالعقل جائز خلافا للبعض منهم الشافعي). قال السبكي (لا نزاع في أن ما يقضي العقل بخروجه خارج البتة ولا يشمل الحكم، إنما النزاع في أن اللفظ هل يشمل لغة أم لا؟ فمن قال نعم يشمل سماء تخصيصاً فانه حينئذ عام لغة قد قصر على البعض، ومن قال لا يشمل لغة كما هو ظاهر كلام الشافعي لم يسمه تخصيصاً إذ لا قصر حينئذ، لنا العموم لغة والقصر عقلاً في قوله تعالى ﴿وهو على كل شيء قدير﴾، إذ لا شيء من الواجب لذاته والمتنع بمقدوره عقلاً فلا يتناوله وقد كان داخلاً لغة).

^(٢) في الإحكام للأمدى ١٤٣/٢ (مذهب الجمهور من العلماء جواز تخصيص العموم بالدليل العقلي، كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ آبَيْتٍ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ سورة آل عمران ٩٧. فان الصبي والمجنون من الناس حقيقة وهما غير مرادين من العموم بدلالة نظر العقل على امتناع تكليف من لا يفهم ولا معنى للتخصيص سوى ذلك. لمزيد من التفصيل حول تخصيص العام بالعقل، راجع ميزان الأصول للسمرقندي علاء الدين (أبي بكر محمد بن أحمد)، تحقيق الدكتور عبد الملك السعدي ٤٦٧/١ وما بعدها. وفي المصدر نفسه ٤٦١/١ تحت عنوان التخصيص بالعقل (الدليل العقلي يصلح مخصصاً كما في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ سورة البقرة ٤٣. لأن العقل يأبى خطاب من لا يفهم وخطاب العاجز في الفعل تكليف بما ليس في وسع المخاطب).

^(٣) سورة البقرة ٤٣.

^(٤) سورة آل عمران ٩٧.

ومن وجهة نظري أن المخصص لعموم مثل هذه الآيات هو القرآن نفسه كما في قوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١) وأرى أن العقل مخصص في الأحكام العقلية لا في الأحكام الشرعية.

ثالثاً - تخصيص النصوص القانونية العامة:

في التخصيص بالأدلة المخصصة المتصلة لا يوجد أي فرق بين نصوص الشريعة ونصوص القانون كما يتبين ذلك من الأمثلة التي أوردناها لكل منهما حين البحث عن الأنواع الخمسة للأدلة المخصصة المتصلة، وكذلك لا نجد الفرق في التخصيص بالقياس والمصلحة والعرف والعقل بين الشريعة والقانون بل من المفروض أن يكون مجال هذا التخصيص في القانون أكثر.

أما التخصيص بالنص فإن العام ومخصصه قد يكونان في قانون واحد، وقد يكون كل واحد منهما في قانون، وهذا أمر جائز ما دام مصدر القانونين سلطة تشريعية في بلد واحد، ولكن لا يجوز تخصيص قانون دولة بقانون أخرى مهما كانت الصلة قوية بينهما، لأنه يتعارض مع السيادة. ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر إذا أراد تخصيص النص العام بغير النص كالمصلحة وغيرها، ومن الواضح أن القاضي يخصص عموم النص القانوني إذا تعارض مع معاهدة أو اتفاقية تكون دولته طرفاً فيها.

ويخصص العام من القانون بالقرارات الإضافية التي تصدر من سلطة مخولة بالتشريع استناداً إلى الدستور وبالتعليمات الوزارية التي تصدر لإيضاح القانون، وبمقترحات مجلس الشورى المتفق عليها قياساً على جواز تخصيص نصوص الشريعة بالإجماع. إضافة إلى ذلك فإن للقاضي أن يخصص النص لمقتضيات العدالة، لمصلحة عامة أو لعرف صحيح، أو لاتفاق المتعاقدين على ما هو مخالف لعموم النص إذا لم يكن من النصوص الأمرة حيث لا يجوز الاتفاق على ما هو مخالف للنظام العام.

نماذج من تطبيقات تخصيص النصوص القانونية العامة:

أ- تخصيص النص العام بنص خاص في قانون واحد كتخصيص عموم (٦م) من قانون العقوبات العراقي (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في

العراق) بـ(م ١١) منه (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي)، لأن منطوق (جميع الجرائم التي ترتكب في العراق) كل جريمة ترتكب في الإقليم العراقي براً وبحراً وجواً من أي شخص عراقي أو غير عراقي خاضع لهذا القانون، وبما أن هذا العموم غير مراد وان هناك من لا يخضع لأحكامه، بادر المشرع إلى استثنائه وإخراجه من هذا العموم في (م ١١).

ب- تخصيص عموم (م ١٠٦) من القانون المدني العراقي (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)، والمواد الأخرى التي تطابقها من التشريعات العراقية في اعتبار كمال الأهلية وسن الرشد بإكمال الثامنة عشرة من العمر بـ(م ١/٣) من قانون رعاية القاصرين (ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة، وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية)، فهذه المادة أخرجت من عموم (م ١٥٦) (كل متزوج عراقي وكل متزوجة عراقية في اكتساب أهلية الأداء في المعاملات المالية لا في الجنائيات بالزواج إذا تم بإذن القاضي بعد إكمال الخامسة عشرة من العمر)، وكان على المشرع أن يقيد الأهلية بالأداء حتى لا تفسر تفسيراً واسعاً بحيث تشمل القضايا الجنائية^(١).

ما مصير هذه الأهلية إذا حصلت الفرقة ؟

إذا حصلت الفرقة قبل إكمال الثامنة عشرة بين الزوجين اللذين اكتسبا أهلية الأداء بالزواج لا يرجعان إلى ما كانا عليه قبل الزواج سواء كانت الفرقة بالوفاة أم بالطلاق أم بالتفريق القضائي للأسباب الآتية:

- ١- هذا الحكم ليس جديداً لأن كل إنسان أكمل الخامسة عشرة ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية يعتبر كامل الأهلية في المعاملات المالية عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي الدين الرسمي للدولة بموجب الدستور.
- ٢- هذا المركز القانوني يعتبر حقاً مكتسباً لا يزول بزوال سببه.
- ٣- سكوت قانون رعاية القاصرين في معرض الحاجة بيان لعدم رجوعهما إلى الخضوع لهذا القانون بعد الفرقة.

(١) ذهب القضاء العراقي في تفسير هذه الأهلية إلى أن المراد بها أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره، وهذا تفسير ضيق لا يحتمله إطلاق تعبير (كامل الأهلية).

٤- غاية المشرع هي التشجيع على الزواج المبكر، فرجوعهما بالفرقة إلى ما كان عليه قبل الزواج يقلل من أهمية هذا التشجيع.

ج- تخصيص عموم النص الذي لم يكن من النصوص الآمرة باتفاق المتعاقدين كما نصت على ذلك (م٣٩٨) من القانون المدني العراقي (نققات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك). ومن الجدير بالذكر أن الاتفاق يكون باطلاً إذا كان النص العام يتعلق بالنظام العام.

د- تخصيص عموم النص بالعرف لأنه إذا كان مصدراً للأحكام بموجب القانون^(١)، فمن باب أولى يكون مخصصاً، ولأن (م٣٩٨) المذكورة نصت على (تخصيص عموم النص باتفاق المتعاقدين وبالعرف)، ولأن فقهاء القانون كفقهاء الشريعة متفقون على تخصيص العموم بالعرف كما في الوكالة الواردة في ألفاظ عامة فلا يجوز للوكيل أن يتصرف تصرفاً مضراً بالموكل.

هـ- وللقاضي أن يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقضي به العدالة أو المصلحة العامة أو الحاجة الماسة والضرورة.

(١) م٢/١ من القانون المدني العراقي والمصري (٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف).

المطلب الثالث

النسخ والفروق بينه وبين التخصيص

ونتناول الموضوع في فرعين:
الأول لبيان النسخ.
والثاني للفروق بينه وبين التخصيص.

الفرع الأول

النسخ

النسخ لغة ورد بعدة معانٍ منها الإزالة، والتبديل، والتحويل، والنقل.
وفي اصطلاح السلف يُطلق على كل ما يطرأ على ظاهر النص كتقييد المطلق، وتخصيص العام، وبيان المجمل، والتدرج، والرخصة.
وعند الأصوليين الغاء حكم شرعي سابق بدليل شرعي لاحق.
والنسخ في القرآن - على فرض وجوده - الغاء وحى سابق بوحي لاحق.

إمكانية النسخ:

١- لا خلاف في نسخ أحكام الشرائع السابقة مما تختلف باختلاف الزمان والمكان بالقرآن الكريم، لأنه الدستور الأخير الذي عدل الدساتير السماوية السابقة التي نزلت على الأنبياء والرسل.

٢- لا خلاف في نسخ السنة بالقرآن، كنسخ التوجه إلى بيت المقدس بالأمر بالتوجه إلى بيت الله الحرام. كما قال تعالى ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾^(١). لأن التوجه إلى بيت المقدس لم يثبت بالقرآن، حيث قال

تعالى ﴿وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا﴾^(١)، ولم يقل القبلة التي أمرناك بها.
 ٣- لا خلاف في نسخ السنة بالسنة، كنسخ منع زيارة القبور بالأمر بها في قوله ﷺ ((كنت
 نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها))^(٢).

وجدير بالذكر أن إلغاء الأعراف والعادات والتقاليد الجاهلية بالقرآن أو بالسنة النبوية
 لا يُسمى نسخاً، كما أن إيقاف العمل ببعض الآيات لإنهاء أسبابها لا يُسمى نسخاً
 أيضاً، كإيقاف العمل بالآيات الواردة في صدر الإسلام بشأن تنظيم حياة العبيد
 والحواري، فبعد أن ألغى القرآن نظام الرق في الإسلام، توقف العمل بكل آية تتعلق
 بهذا النظام.

٤- لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن عقلاً، لأنه أمر ممكن، والله تعالى قادر على
 جميع الممكنات. وإنما الخلاف في وقوعه. وقد ظن الكثير من علماء الإسلام أن هناك
 آيات قرآنية منها ما نُسخت حكماً وتلاوة، كزعم أن حديث ((لَوْ كَانَ لِابْنِ آدَمَ وَآدِيَانِ
 مِنْ مَالٍ لَا يَتَغَيَّرُ ثَائِلًا وَلَا يَمَلَأُ جَوْفَ ابْنِ آدَمَ إِلَّا التُّرَابُ وَيَتَوَبُّ اللَّهُ عَلَى مَنْ تَابَ)) كان
 آية قرآنية نُسخت حكماً وتلاوة. وهذا خطأ لا يغتفر من وجهين:

أحدهما إنه لم يثبت تواتراً، مع أن كل جملة أو كلمة من القرآن ثابتة بالتواتر.
 والثاني أن حكمه باقٍ في الحديث النبوي. فإذا كان منسوخاً حكماً وتلاوة، فكيف ثبت
 إقرار حكمه من الرسول ﷺ.

ومنها ما نُسخت تلاوة وبقيت حكماً، كزعم نسخ ((الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَبَا ،
 فَارْجُمُوهُمَا الْبَتَّةَ بِمَا قَضَيْتُمَا مِنَ اللَّدَّةِ))، وهذا أيضاً خطأ جسيم من أوجه أربعة:
 أحدها إن هذا الكلام كان عرفاً جاهلياً.
 وثانيها إنه لم يثبت بالتواتر.

وثالثها إن من له ذوق سليم يعلم بأنه ليس من كلام الله، لخلوّه عن كل معالم بلاغية.
 ورابعها الحكم والتلاوة متلازمان، لا ينفك أحدهما من الثاني، لا في الذهن ولا في
 خارج الذهن.

ومنها ما نُسخت حكماً وبقيت تلاوة، وذهب أكثر القائلين بالنسخ آيات كثيرة حكماً لا

^١ البقرة ١٤٣

^٢ صحيح مسلم، باب: في زيارة القبور والاستغفار لهم، رقم الحديث ٤٤٩.

تلاوة، ومنهم آية الله هبة الله بن سلامة البغدادي (ت-٤١٠هـ) في كتابه الناسخ والمنسوخ^(١) ان آية السيف وهي قوله تعالى ﴿فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضِرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا فَاتَّابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢) نسخت من القرآن مائة آية واربعاً وعشرين آية، ثم صار اخرها ناسخاً لاولها وهو قوله تعالى ﴿إِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾، اضافة الى الآيات الاخر المنسوخة بغير آية السيف وهي تتلى في القرآن، ويقول ((ان كل ما في القرآن مثل اعرض، وتول عنهم، وذرههم وما أشبه ذلك، فناسخه آية السيف)).

ثم يقول ابن حزم الاندلسي^(٣) نسخ الكل (١١٤) آية بقوله (ﷻ) ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ... الآية﴾ وهي الخامسة من سورة التوبة وسمها دعاة النسخ آية السيف، هذا اضافة الى قوله بنسخ آيات أخر وهي منسوخة بغير آية السيف البالغ عددها (١٠٠) آية، لأن مجموع الآيات المنسوخة في القرآن عنده (٢١٤) آية، وهو يدعي نسخ هذه الآيات بدون ان يُقيم دليلاً واحداً ولو لمرة واحدة على اثبات دعواه، اضافة الى ذلك فإن كتابه (الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم) مليئ بالتناقضات، منها قوله بأن آيات الأخبار لا يشملها النسخ، ثم يدعي نسخ عدة من آيات الأخبار في كتابه، ومنها قوله ان الاستثناء والتخصيص ليسا من النسخ، ثم يحكم على كثير من الآيات بالنسخ بالتخصيص والاستثناء^(٤).

وعدد الآيات المنسوخة في الحكم دون التلاوة وهي تقرأ في المصاحف (٢٤٧) آية عند ابن الجوزي^(٥) و(٢١٣) آية عند ابن سلامة^(٦) و(١٣٤) آية عند أبي جعفر النحاس^(٧) و(٦٦)

(١) ص ١٢٨.

(٢) سورة التوبة/٥.

(٣) وهو ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري الاندلسي ت-٣٢٠هـ وهو غير بن حزم الظاهري (علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت-٤٥٦هـ) المكنى بأبي محمد). ينظر الناسخ والمنسوخ لابن حزم الاندلسي ص ٥. الرأي الصواب في منسوخ الكتاب للاستاذ جواد متولي محمد عفانة ص ٣٣.

(٤) وعلى من يريد مزيداً من التفصيل فليراجع مؤلفه المذكور.

(٥) ينظر مؤلفه نواسخ القرآن.

(٦) هبة الله بن سلامة البغدادي (ت-٤١٠هـ) الناسخ والمنسوخ الدار العربية للموسوعات.

آية عند عبد القاهر البغدادي^(٢).

وحصرها السيوطي^(٣) في (٢٠) آية، ورد عليه العالم الأصولي الشيخ محمد الخضري وأثبت عدم نسخ آية واحدة منها^(٤) وحصرها مصطفى زيد^(٥) في خمس آيات وأثبت الأستاذ موسى جواد عفانة^(٦) عدم صحة نسخ تلك الآيات الخمس. وقد اثبتنا بالأدلة العقلية والنقلية في كتابنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) عدم وجود آية قرآنية واحدة منسوخة في القرآن الكريم.

لا نسخ في القرآن للأدلة العقلية والنقلية:

أ- من الأدلة العقلية الدالة دلالة قطعية على عدم وجود النسخ في القرآن:

النسخ في القرآن على فرض وجوده يكون مبنياً على أحد الأسس الستة الآتية:

١ / لم يعلم سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح من المنسوخ قبل النسخ، وهذا يستلزم نسبة الجهل إلى الله، واللازم باطل ومستحيل بإجماع العقلاء والعلماء، فكذلك الملزوم.

٢ / علم سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح، ولكن كان عاجزاً في البداية أن يأتي به، وهذا يستلزم نسبة العجز إلى الله سبحانه وتعالى، واللازم باطل ومستحيل بإتفاق العقلاء والعلماء، فكذلك الملزوم.

٣ / علم سبحانه وتعالى أن الناسخ أصح وأصلح، لكنه أهمله في البداية، وهذا يستلزم نسبة العيب إلى الله، واللازم باطل بالإتفاق، فكذلك الملزوم.

٤ / كان الإسلام في البداية ضعيفاً، فأقر بعض الأحكام مجاملة وتسامحاً ورعايةً لشعور غير المسلمين، ولما تقوى مركزه انقلبت الشريعة المحمدية السلمية إلى شريعة إرهابية، فألغت كل تسامح ومرونة ورعاية لشعور الآخرين، وهذا

(١) محمد بن أحمد بن إسماعيل الصفار (ت- ٣٣٨هـ) ينظر في مؤلفه الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم.

(٢) في كتابه الناسخ والمنسوخ نقله عنه محمد بن أحمد المروزي واستنسخه في ٦١٢هـ.

(٣) الاتقان في علوم القرآن ٢١/٢ وما بعدها.

(٤) ينظر كتابه (أصول الفقه) ص ٢٥٠-٢٥٥.

(٥) في كتابه النسخ في القرآن.

(٦) ينظر مؤلفه الرأي الصواب في منسوخ الكتاب.

أيضاً باطل ، لأن الطرف الداعي إلى الإسلام هو الله وليس محمداً واصحابه ،
وتصور الضعف بالنسبة إلى الله باطل بإتفاق العقلاء والعلماء . وهذه النقطة
الرابعة هي اتجاه المستشرقين من غير المسلمين .

٥ / كان المنسوخ لرعاية مصلحة تغيرت تلك المصلحة وجاءت مصلحة جديدة
ملائمة مع الناسخ ، فجاء النسخ لرعاية المصلحة الجديدة المنسجمة مع الحكم
الجديد . وهذا هو رأي علماء التفسير . ولو صحّ نسخ أكثر من (٢٥٠) آية - كما
يقول المفسرون - في (٢٣) سنة من عمر الوحي ، على اساس تغير المصالح في
بيئة متخلفة كالجزيرة العربية ، للزم الآن إلغاء العمل بكامل القرآن بعد أن
تغيرت المصالح البشرية أكثر من مئة ضعف .

٦ / وتشريع حكم في يوم وإلغاؤه بعد مدة من سمات النقص ، والله منزّه عن كل
نقص ، والنقص إنما يكون للبشر ، والقول بالنسخ في القرآن يستلزم القول بأن
القرآن من صنع محمد ﷺ وليس وحياً إلهياً ، وهذا ما أستدلّ به المستشرقون
على عدم وحي القرآن ، واستدلوا على ذلك بوجود الناسخ والمنسوخ في
القرآن .

ب- من الأدلة الثقيلة :

١ / آيات قرآنية تدل دلالة قطعية على عدم التغير والتبدل في القرآن ، منها قوله
تعالى ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾^(١) .

٢ / دلالة القرآن على أن نسخ الوحي بالوحي يكون للكتب السابقة ، كما جاء في

آيتي (١٠٥ و ١٠٦) من سورة البقرة ، فقال في آية (١٠٥) ﴿ مَا يَوَدُّ الَّذِينَ
كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَنْ يُنَزَّلَ عَلَيْكُمْ مِنْ خَيْرٍ مِنْ
رَبِّكُمْ وَاللَّهُ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ ﴾ ،
وقال في آية ١٠٦ ﴿ مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسَخْهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ
تَعْلَمَ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ . وهذا يدل على أن المراد بالآية هي آيات الكتب
السابقة ، لأن الآية الثانية جاءت جواباً للآية الأولى .

٣- عدم إمكان توافر شروط النسخ الأربعة في القرآن وهي:

١- ثبوت قرآنية كل ما يُسمى بالناسخ والمنسوخ في القرآن ثبوتاً قطعياً بالتواتر لإجماع علماء المسلمين قديماً وحديثاً أن كل سورة من سور القرآن وكل آية من آياته، وكل جملة من جملة، وكل كلمة من كلماته، ثبتت قرآنيته بالتواتر، ووصلت إلينا بالتواتر وثبتت في مصحف الإمام الموجود بين أيدي المسلمين بالتواتر.

٢- ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر، لأن حكم المنسوخ كان قبل النسخ من القرآن، وثبتت قرآنيته بالتواتر. وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بما ثبت بالتواتر، للقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها (اليقين لا يزول إلا باليقين).

٣- قابلية الحكم للنسخ، فالقرآن أحكامه خمسة أقسام:

أ. المعتقدات، والأحكام الاعتقادية لا تقبل الإلغاء، لأنها إعتقاد جازم ثابت بوجود الله وما يتفرع عنه من المغيبات.
ب. أحكام أخلاقية، وهي لا تُلغى وإلا لأرتفع الفرق بين الإنسان والحيوان.

ج. أحكام عملية، وهي ترجع إلى الأوامر والنواهي، ولو كانت الآيات بصيغ الأخبار، أو الوعد والوعيد، وهي غير قابلة للنسخ بإجماع العلماء والعقلاء.

د. قصص وأخبار حول الأمم السابقة، ونسخ الخبر يستلزم نسبة الكذب إلى الله- نعوذ بالله- وهذا مستحيل.

هـ. أحكام كونية، والكون والأحكام التي تحكمه غير قابلة للنسخ، لأن أحكامه طبيعية، وهي لا تقبل النسخ والإلغاء.

٤- التناقض بين الآيتين (الناسخ والمنسوخ) لأن النسخ يأتي لرفع التناقض، وإذا كان الأصل معدوماً، يكون فرعه غير موجود أيضاً.

الفرع الثاني الفروق الجوهرية بين النسخ والتخصيص

ومن أهم الفروق الجوهرية بين النسخ والتخصيص ما يلي:

١- من حيث الطبيعة: طبيعة النسخ الإلغاء وطبيعة التخصيص البيان. فالمنسوخ مقصود حين تشريعه ومطلوب العمل به والمخصص بقدر التخصيص غير مقصود من بدء تشريعه.

وبتعبير آخر التخصيص بيان حيث يبين أن ما أخرج من حكم العموم لم يكن المتكلم قد أراد شمول حكمه له ولم يرد تكليف المكلف به لا في الماضي ولا في الحاضر ولا في المستقبل بخلاف النسخ فإن الحكم كان مطلوباً والمخاطب كان مكلفاً به ثم الغي هذا الحكم لسبب من أسباب الإلغاء وبناءً على ذلك يكون التخصيص دائماً بياناً لما أريد والنسخ إلغاء لما أقر.

٢- الدليل المخصص كما يكون نصاً فقد يكون غير نص أيضاً كالمصلحة العامة المشروعة يخصص بها نص عام^(١) وكالعرف الصحيح^(٢) والإجماع^(٣) والقياس^(٤) والعقل^(٥)، ونحو ذلك بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالنص وهذا ما اتفق عليه علماء المسلمين.

٣- النسخ لا يكون في الأخبار لأن نسخ الخبر يستلزم تكذيب مخبره وهذا منزه عنه سبحانه وتعالى. وبناءً على ذلك ينحصر مجال النسخ في الأحكام الشرعية (التكليفية

(١) تخصيص النص العام بالمصلحة كتخصيص عموم آية ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ المائدة: ٣٨ بالنسبة للجائع المضطر لأن حماية الأرواح أهم من حماية الأموال.

(٢) التخصيص بالعرف كتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ سورة البقرة: ٢٣٣ بالعرف.

(٣) تخصيص العام بالإجماع كالإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة على النساء بتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا ثَوَدْتُمُ اللَّصْلُوتَ مِنْ تَوْرٍ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾ سورة الجمعة: ٩.

(٤) التخصيص بالقياس كتخصيص عموم قوله تعالى ﴿ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ ءَامِنًا ﴾ سورة آل عمران: ٩٧، بأن هذا العموم لا يشمل مهدر الدم قياساً على ارتكاب جريمته داخل الحرم كما قال بعض الفقهاء.

(٥) التخصيص بالعقل كالأوامر والنواهي الموجهة للإنسان، فإنها لا تشمل عديم التمييز.

والوضعية) الثابتة بالأوامر والنواهي بخلاف التخصيص فإنه يرد في الأخبار كما يرد في الأحكام لأن التخصيص بيان لما أريد ولا توجد فيه سائبة التكذيب.

٤- النسخ لا يكون في الوعد والوعيد والتهديد لنفس السبب الذي ذكرناه في الفقرة السابقة.

٥- التخصيص قد يكون بدليل أدنى قوة وإلزاماً من النص العام كتخصيص القرآن الكريم بحديث الأحاد أو العرف الصحيح أو المصلحة كما ذكرنا في حين أن النسخ يجب أن يكون دائماً أقوى من المنسوخ كنسخ السنة بالقرآن أو مساوياً له في القوة الإلزامية كنسخ القرآن بالقرآن- على فرض وجوده-، ونسخ السنة بالسنة، وإلغاء القانون بالقانون.

٦- الدليل المخصص قد يكون متصلاً بالنص العام وقد يكون منفصلاً ومستقلاً عنه في حين أن النسخ لا يكون إلا بدليل مستقل منفصل غالباً لأن المفروض أن النسخ والمنسوخ متناقضان لا يجتمعان لا في الحكم ولا في التحقق.

٧- النسخ لا يكون إلا بدليل متأخر في تشريعه من المنسوخ في حين يجوز أن يكون الدليل المخصص سابقاً على نسخ العام الذي يخصه كما يجوز أن يكون متأخراً عنه أو مقارناً له.

٨- التخصيص لا يكون إلا للنص العام في حين أن النسخ يرد على النص العام والخاص على حد سواء.

٩- يجوز نسخ شريعة بشرية أخرى كنسخ الشرائع السابقة بالقرآن الذي هو الدستور المعدل الأخير للدساتير الإلهية السابقة بخلاف التخصيص فلا يجوز تخصيص نص عام في الشريعة الإسلامية بنص آخر في الشرائع السابقة.

١٠- النسخ يكون بعد العمل بالحكم المنسوخ على الرأي الراجح عند علماء المسلمين. أما التخصيص فلا يشترط فيه هذا الشرط لأنه بيان وقد يكون مقترناً متصلاً بالنص العام في التشريع كما في الأدلة المخصصة المتصلة كالاستثناء والصفة والشرط والغاية وبدل البعض من الكل.

١١- للنسخ بديل غالباً بخلاف التخصيص لأن الحكم بعده يبقى مقتصراً على الباقي فلا داعي للبديل عنه.

١٢- التخصيص لا يخرج العام عن الاحتجاج به مطلقاً في مستقبل الزمان فإنه يبقى معمولاً به في ما عدا ما يتناوله التخصيص بخلاف النسخ فإن المنسوخ يلغى ولا يجوز العمل بالملغى.

١٣- التخصيص كما يكون بالقول يجوز أن يكون أيضاً بالفعل كأفعال الرسول ﷺ الميينة والمخصصة لبعض النصوص العامة في القرآن الكريم بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالقول.

١٤- التخصيص تقليل والنسخ تبديل.

١٥- النسخ لا يرد في الأحكام الاعتقادية بخلاف التخصيص.

١٦- النص العام يجوز نسخه كلياً حتى لا يبقى منه شيء بخلاف التخصيص فإنه لا يجوز إيراده على جميع ما يندرج تحت العام بحيث لا يبقى منه شيء وقد اختلف الأصوليون في الحد الأدنى الذي يجب أن يبقى عليه العام بعد التخصيص بعد أن اتفقوا على أنه لا يجوز أن يزيل التخصيص النص العام كلياً.

١٧- أمهات الأحكام التكليفية للأسرة البشرية لا تنسخ ولا تلغى لا في الشرائع السماوية ولا في القوانين الوضعية ما دام الإنسان محتفظاً بإنسانيته ولم ينزل إلى مستوى وحوش الغاب.

ومن هذه الأحكام التعامل مع الناس بالحسنى وتوجيههم إلى طريق الصواب بالحكمة والموعظة الحسنة ومناقشتهم بالتي هي أحسن ، والصبر والصمود أمام التيارات المعادية ما لم يصل إلى حد الاعتداء على المصالح الضرورية وبالتالي إلى جواز استخدام حق الدفاع الشرعي ، وكوجوب العدل والصدقة والأمانة والإخلاص وكل صفة من الصفات الحميدة التي يجب على الإنسان أن يتحلى بها وهذا المعنى العام هو المراد من قوله تعالى: ﴿لِتَعَارَفُوا﴾ في آية ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُرُوبًا وَقَابِلًا لِتَعَارَفُوا﴾^(١).

ومنها تحريم الزنى والقذف والسرقة وقطع الطريق وخيانة الأمانة والكذب والحقد والحسد والأنانية ونحو ذلك من جميع الصفات الرذيلة التي يجب على كل إنسان أن

يتخلى عنها في كل زمان ومكان وهذه الأحكام وأمثالها لا تتعرض للنسخ والإلغاء في جميع الأديان والقوانين كالقرآن الكريم لم ينسخ شيئاً منها من الأديان السابقة. ويقابل هذه الأحكام ما يطلق عليه علماء الفلسفة والقانون مصطلح (القانون الطبيعي) الذي هو عبارة عن قواعد وأحكام مثالية ثابتة خالدة لا تتأثر بالمؤثرات الكونية والبشرية.

ورغم ذلك فإن هذه الأحكام جميعها تقبل التخصيص بحسب الظروف والحالات الاستثنائية، وعلى سبيل المثال قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١) لا يقبل الإلغاء والنسخ مطلقاً ولكن يقبل التخصيص لمصلحة المضطر الجائع الذي يسرق لقمة العيش لإنقاذ حياته وكذلك قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) عمومه يخصص لحالات عارضة كالجنون والإكراه ونحوهما.

١٨- لا يشترط وجود التناقض بين النص العام والخاص بل لا يوجد أصلاً أي تعارض حقيقي لأن التعارض القائم بينهما إنما هو ظاهري فالعموم من البدء غير مراد ويبين هذا المراد بالنص الخاص في حين أن النسخ لا يكون إلا في حالة قيام التناقض الحقيقي بين النصين (أو الحكمين) بحيث يكون العمل بأحدهما يستلزم ترك الآخر كلياً وكذلك ترك أحدهما يستلزم العمل بالآخر لأن من القواعد البديهية الثابتة أن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان (يسقطان).

١٩- التخصيص لا يرد على الأمر بمأمور واحد أو نهي شخص واحد عن منهي عنه كما في الأحكام التي هي كانت خاصة بالرسول العظيم بخلاف النسخ فإنه يتصور فيه ذلك.

٢٠- ثبوت نسخ القرآن بالقرآن لا يكون إلا بالتواتر فلا يثبت عن طريق الاجتهاد والأدلة الظنية لأن ما ثبت قرآنيته بالتواتر وبالدليل القطعي لا يجوز الحكم بزواله إلا بدليل قطعي آخر بخلاف التخصيص فإنه كما يجوز بدليل ظني كذلك يجوز إثبات هذا التخصيص بدليل ظني^(٣).

(١) سورة المائدة: ٣٨.

(٢) سورة المائدة: ٣٨.

(٣) لمزيد من التفصيل في هذه الفروق راجع:

٢١- من حيث العناصر (الشروط): شروط التخصيص تسعة كما سبق بيانها وأما شروط النسخ فقد اختلف فيها الأصوليون بين مقل ومكثر والصواب أن شروط النسخ في القرآن-على فرض وجوده- أربعة :

الشرط الأول: ثبوت القرآنية لكل ما يسمى الناسخ والمنسوخ في القرآن بناءً على القاعدة المجمع عليها من لدن علماء المسلمين من السلف الصالح والخلف على (أن كل جزء من أجزاء القرآن متواتر) وعلى أن عكس النقيض الموافق لهذه القاعدة الذي يجمع عليه هو (أن كل ما لم يكن متواتراً ليس جزءاً من القرآن)^(١).

الشرط الثاني: ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر.

الشرط الثالث: قابلية الحكم للنسخ فأحكام الأخبار والوعد والوعيد لا تقبل النسخ^(٢). لأن الحكم المنسوخ - على حد زعمهم - كان قبل النسخ من القرآن وثبت قرآنيته بالتواتر وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بالتواتر. وبتعبير آخر أن ما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين.

الشرط الرابع: وجود التناقض بين النقيضين (الناسخ والمنسوخ) إذ لا يكفي القول بنسخ أحد النقيضين للآخر مجرد التعارض بينهما لأن كل متناقض متعارض دون العكس فالتعارض قد يكون تناقضاً وقد لا يكون لأن التعارض يمكن رفعه بالجمع بين المتعارضين أو بترجيح أحدهما على الآخر ومن الواضح والمعروف المجمع عليه أن

إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٤٢-١٤٣.

مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب ص ١٠٦ وما بعدها.

المسودة لآل تيمية ص ١٣٤ وما بعدها.

(١) فلا صحة للقول بأن الرضاع المحرم كان في القرآن عشر رضعات نسختن بخمسة رضعات ذلك لأن كلاً من الناسخ والمنسوخ من أحاديث الآحاد في السنة النبوية كما أنه لا صحة للقول بأن (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة) من القرآن لأن هذا إضافة إلى كونه من أخبار الآحاد كان قولاً شائعاً في عرف العرب قبل الإسلام وكذلك أمثال هذه الروايات التي اعتبرت من الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم وهو بعيد عنها بعد السماء عن الأرض.

(٢) وكذا المعقّدات وأمّهات الأحكام التي لا تختلف باختلاف الأديان لأنها تنتهي بانتهاء الوقت والأحكام المؤبدة.

المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان وأن التناقض لا يتحقق بين نصين أو دليلين أو شيئين إلا بعد اتحادهما في أمور تسعة واختلافهما في أمرين :

أ - الاتحاد في الأمور التسعة التالية :

١. وحدة الموضوع (أو المحكوم عليه أو المسند إليه) فلا تناقض بين (عقد كامل الأهلية صحيح) و (عقد عديم الأهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع. وكذلك لا تناقض بين قوله تعالى ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفُجْحَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ آَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾^(١) وقوله تعالى ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنَّهَا مِنْكُمْ فَتَادُواهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَدَاهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣) لأن موضوع الحكم في هذه الآيات الثلاث يختلف، فموضوع الآية الأولى جريمة المساحقة بين الأنثيين، وموضوع الثانية جريمة اللواط بين الذكرين، وموضوع الثالثة جريمة الزنا بين الذكر والأنثى. فلا تناقض بين هذه الآيات حتى تُعتبر المتأخرة منها ناسخة للمتقدمة، كما زعم كثير من الناس.

٢. وحدة المحمول فلا تناقض بين (عديم الأهلية يسأل مدنيا) و (عديم الأهلية لا يسأل جنائياً) أي في حالة إلحاق الضرر بالغير. وكذلك لا تناقض بين آية ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرَوْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ آَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾^(٤) وبين آية ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً

^١ النساء : ١٥

^٢ النساء : ١٦

^٣ النور : ٢

^٤ البقرة : ٢٣٤

- لَا زَوَاجَهُمْ مَّتَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ حَرَجْنَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ مِنْ مَّعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ^(١). لأن الآية الأولى خاصة بحق الله ، والآية الثانية تخص حق الزوجة. فالتناقض أصل النسخ ، لأن النسخ يأتي لرفع التناقض ، فإذا كان الأصل معدوماً ، فلا وجود للرفع.
٣. وحدة الزمان فلا تناقض بين (يجب الصيام في نهار رمضان) و (لا يجب الصيام في ليالي رمضان).
٤. وحدة المكان فلا تناقض بين (يسري قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في إقليم العراق) و (لا يسري على الجرائم التي ترتكب خارج إقليم العراق).
٥. وحدة الشرط فلا تناقض بين (المتهم يعاقب بشرط ثبوت التهمة الموجهة إليه) و (المتهم لا يعاقب بشرط براءته من التهمة) لاختلاف الشرط.
٦. وحدة الإضافة فلا تناقض بين (المتهم يدان بالنسبة الى الجريمة التي ارتكبتها) و (المتهم لا يدان بالنسبة للجريمة التي لم يثبت ارتكابها منه).
٧. وحدة القوة والفعل فلا تناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة والامكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.
٨. وحدة الكل والجزء فلا تناقض بين (الرمان يؤكل أي جزؤه) وهو اللب و (الرمان لا يؤكل أي كله) لأن القشر لا يؤكل.
٩. وحدة العزيمة أو الرخصة : العزيمة عبارة عن الحكم الأصلي كما هو المطلوب من الشارع. والرخصة هو تغير (أو تبدل) الحكم من الصعوبة إلى السهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي. وبناءً على ذلك لا تناقض بين آية ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عِشْرُونَ صَدِيرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا

يَفْقَهُونَ ﴿١١﴾ وبين آية ﴿الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِن يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾^(١١)، لأن الحكم في الأولى عزيمة وفي الثانية رخصة. وتبدل الحكم من العزيمة إلى الرخصة لا يُسمى نسخاً باتفاق العلماء والعقلاء، وإنما يُسمى رخصة، ومن قال بالنسخ خلط بينه وبين الرخصة، لأن من قام بحكم العزيمة عند وجود العذر وهو كثرة المسلمين وقلة العزيمة بسبب هذه الكثرة، يُثاب على ما قام به، أكثر مما لو قام بالرخصة.^(١٢)

وكذلك يُعد من باب عدم الوحدة في العزيمة والرخصة ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَزَجْنَاهُمُ الرِّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ جُنُودِكُمْ صَدَقَةٌ ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَأَطْهَرٌ فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾^(١٣) مَا شَقَقْتُمْ أَن تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ جُنُودِكُمْ صَدَقَةٌ فَإِذَا لَمْ تَفْعَلُوا وَتَابَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿١٤﴾. ففي الآية الأولى تقييد لحرية إرادة المراجعين للرسول ﷺ حتى يتفرغ لمعالجة الأمور المهمة التي تخص المسلمين، كما هو موجود في الأنظمة الدولية، حيث لا يُسمح للمواطنين مراجعة رئيس الدولة في كل صغيرة وكبيرة، وإنما تكون هذه المراجعة للقضايا المهمة المستعصية.

وفي الآية الثانية خفف الحكم من تقديم الصدقة التي كانت غير متيسرة لكل مراجع، فبدلها بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

ب- الاختلاف في الأمرين:

١. الاختلاف في الكيف (الإيجاب والسلب أو الصحة والبطلان أو الجواز والحظر): فلا تناقض بين: (الدفاع الشرعي واجب والدفاع الشرعي جائز) لعدم اختلافهما في الكيف والحكم لأن كل واجب جائز.

^١ الأنفال: ٦٥

^٢ الأنفال: ٦٦

^٣ هذا الشرط من زيادتي، لأن شروط التناقض في الوحدة بميزان علم المنطق ثمانية كما ذكرنا.

^٤ المجادلة: ١٣-١٢

٢. الاختلاف في الكم: فلا تناقض بين: (الأصل في الأشياء الإباحة - أي بعضها وهي النافعة - والأصل في الأشياء الحظر - أي بعضها وهي الضارة) لأن الكم (البعضية) واحد.

٢٢- التخصيص يكون دائماً بطريقة صريحة بخلاف النسخ (أو الإلغاء) فإنه نوعان الإلغاء (النسخ) الصريح والإلغاء الضمني:

الإلغاء أو النسخ الصريح: هو أن يدل نص في القرآن الكريم على أن الآية كذا نسخت بآية كذا أو يدل على أن الحكم كذا ألغي بدون بديل أو نحو ذلك فمثل هذا النوع من الإلغاء لا يوجد في القرآن الكريم بخلاف السنة النبوية فقد يدل الحديث السابق على أن الحكم السابق قد ألغي بلا حق كما في قول الرسول ﷺ (كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها)، فإنه يدل صراحة على أن حكم زيارة القبور السابق كان هو التحريم وقد ألغي ببديل مناقض له وهو الجواز أو الإباحة.

لذا نجد القائلين بالنسخ في القرآن الكريم قد اعتمدوا على النسخ الضمني وهو اجتماع نصين متناقضين بحيث لا يمكن إزالة هذا التناقض إلا باعتبار أحدهما ناسخاً للآخر لأن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان.

ومن الواضح أن النسخ أو الإلغاء الضمني يتطلب توافر الشروط التي ذكرناها سابقاً وهي (ثبوت قرآنية الناسخ والمنسوخ بالتواتر + ثبوت تأخر الناسخ في النزول بالتواتر + قابلية الحكم للإلغاء + وجود تناقض بين النصين يتوافر فيه أحد عشر شرطاً وهي الإتحاد في أمور ثمانية والاختلاف في ثلاثة).

ومن تتبع آيات القرآن الكريم بعمق ودقة يجد من الصعب - إذا لم يكن من المتعذر - وجود نصين متعارضين تتوفر فيهما شروط التناقض.

ومن البدهي أن النسخ لا يكون إلا لرفع التناقض فإذا كان التناقض مفقوداً فلا وجود للنسخ الذي يعد من أخطر الأمور التي تناولها بالبحث علماء الشريعة الإسلامية قديماً وحديثاً.

تكييف التخصيص

اختلف علماء الأصول في تكييف التخصيص كما اختلفوا في تكييف تقييد المطلق، هل هو

بيان أو تأويل أو نسخ؟

- أ- قال الحنفية^(١) (إن كان الدليل المخصص للنص العام مقارنا له في التشريع يكون بياناً، وإن كان متأخراً عنه بان يتم تشريعه في زمن متأخر عن زمن تشريع العام يكون نسخاً).
- ب- وقال المالكية^(٢) (التخصيص تأويل لأن الأصل هو حمل العام على عمومه، والعدول عن الأصل إلى التخصيص يكون تأويلاً).
- ج- وقال الجمهور (التخصيص بيان لمراد الشارع مطلقاً لأنه لم يرد عموم النص حين تشريعه، ثم بين هذا المراد هو أو المجتهد بالتخصيص).

التقويم

الرأي الذي نراه افقه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن التخصيص بيان لمراد الشارع لأن النص العام لم يكن عمومه مراداً، وهذا المراد خفي على كثير من الناس فيتم بيانه بالتخصيص. ثم من تعمق في الموضوع لا يجد ثمرة للخلاف سوى أن التأويل يكون دائماً من المجتهد، فقيهاً أم قاضياً، ولا يتصور أن يكون من الشارع (أو المشرع) بخلاف البيان أو النسخ^(٣).

- ^(١) لمزيد من التفصيل، راجع كشف الأسرار مع أصول البزدوي ١٣٠/١ وما بعدها.
- ^(٢) في مفتاح الوصول إلى علم الأصول للتمساني المالكي، ص ١٠١ (التأويل السابع التخصيص، وهو قد يكون بمتصل، وقد يكون بمنفصل).
- ^(٣) النسخ رفع حكم شرعي ثابت بنص سابق بالنص اللاحق وهو يرادف الإلغاء في القانون، وقد أسرف البعض في القول بالنسخ في القرآن، ومرد ذلك أسباب كثيرة منها:
- أ- عد التدرج في القرآن من النسخ كما في آيات تحريم الخمر.
- ب- فهم أن الحكم الذي شرع لسبب ثم زال هذا السبب من المنسوخ فعدوا جميع الآيات التي نزلت في الحث على الصبر في الشدائد وتحمل أذى الكفار في صدر الإسلام منسوخة بآيات السيف.
- ج- فهمهم أن إبطال الإسلام لما عليه الناس من قبل يكون نسخاً كإبطال التبني ونكاح نساء الآباء، وهذا ليس نسخاً، لأنه ليس حكماً شرعياً ثابتاً بنص سابق.
- د- توهم وجود التعارض بين نصين في القرآن مع عدم وجوده في الواقع.
- هـ- الخلط بين النسخ والتخصيص في كثير من الآيات، فعلى سبيل المثال آيات الميراث خصصت آية الوصية الواجبة، فاقترنت على غير الوارث في حين اعتبر الكثيرون أنها ناسخة لها.
- و- وغير ذلك من أسباب أخرى لا مجال لذكرها، ومن الواضح أن الظروف خاضعة لإرادة الله وليست إرادته خاضعة لها كما في المشرع الوضعي حتى يعدل ويلغي كلما تغيرت الظروف، ثم إن الله عالم بالماضي والحاضر والمستقبل خلافاً للمشرع الوضعي للقوانين.

المبحث الثالث

المشترك

تعريفه، أنواعه، استعماله، تأثيره

تعريفه:

عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(١) كلها ركزت على المشترك اللفظي، ولم نجد تعريفاً جامعاً شاملاً لنوعي المشترك (اللفظي والمعنوي)، ويبدو أن سبب ذلك يعود إلى أمرين:

أحدهما: الاستغناء عن بيان أحكام المشترك المعنوي ببيان أحكام المطلق^(٢) والعام. و**ثانيهما:** أنهم كانوا بصدد اشتراك الألفاظ بين المعاني، والمشترك المعنوي من صفات المعاني دون الألفاظ^(٣). ورغم كل ذلك فإنه لبيان طبيعة وتأثير المشترك المعنوي على النصوص من حيث الغموض أهمية كبرى فمن الضروري إفراده بدراسة مستقلة.

^(١) ومن هذه التعريفات: تعريف أبي البركات، شرح المنار، ص ٣٩ (المشترك يتناول أفراداً مختلفة الحدود على سبيل البديل).

وتعريف المحلي، شرح جمع الجوامع ٢٩٢/١ (المشترك هو اللفظ الواحد المتعدد المعنى الحقيقي). وتعريف القرافي، تقيح الفصول، ص ٢٩ (المشترك هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر كالعين).

وتعريف السبزواري، تهذيب الأصول، ص ٣٠ (اللفظ والمعنى متحدان ويعبر عنه بمتحد المعنى، أو متعددان ويعبر عنه بالمتباين، أو يكون المعنى واحداً واللفظ متعدداً ويعبر عنه بالترادف، أو يكون بالعكس ويعبر عنه بالمشترك).

وتعريف البهاري، مسلم الثبوت ١٣٥/١ (اللفظ المفرد أن تعدد معناه فإن وضع لكل فمشترك). وتعريف الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٩ (المشترك هو اللفظة الموضوعه لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعا أولاً من حيث هما كذلك).

^(٢) لأن المطلق والعام من حيث وضعهما معنى واحد يكون من الخاص ومن حيث اشتراك هذا المعنى بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد يكون مشتركاً معنوياً.

والتعريف الذي نختاره هو أن المشترك (ما وضع لأكثر من معنى بأوضاع متعددة أو لقدرة مشترك فيه بوضع واحد). وحرف (أو) في تعريفنا هذا للتقسيم لا للترديد فلا يرد الاعتراض بعدم جواز استعمالها في التعاريف. فهو بالاعتبار الأول مشترك لفظي لأن اللفظ مشترك فيه بين عدة معان، وبالاعتبار الثاني مشترك معنوي لأن المعنى قدر مشترك فيه بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد. ونخصص لدراسة كل نوع مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

المشترك اللفظي ومدى تأثيره في غموض النصوص

المشترك اللفظي كما ذكرنا لفظ وضع بأوضاع متعددة لأكثر من معنى واحد، وبتعبير أدق (ما اتحد لفظه وتعدد وضعه ومعناه). وعلى سبيل المثال لفظ (عين) وضعه أهل اللغة العربية تارة للباصرة وتارة للعين الجارية ومرة للشمس وأخرى للذهب، كما وضعه فقهاء الشريعة لما يقابل الدين، فقالوا (الدين ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وهو يقابل الحق الشخصي في القانون، وما عداه من المنقولات والعقارات فهو عين^(١)) ويقابل الحق العيني في القانون أيضاً).

(١) للتمييز بينهما يوجد معياران: أحدهما في المشترك اللفظي بتعدد الوضع للمعاني، بخلاف المعنوي فإن الوضع واحد، والثاني: المشترك في المشترك اللفظي هو اللفظ، وفي المعنوي هو المعنى.
(٢) في رد المحتار ١٥٧/٥ (الدين ما وجب في الذمة بمقد أو استهلاك، وما صار في ذمته دينا باستقراضه، فهو أعم من القرض، والقرض لغة ما تعطيه لتقاضاه، وشرعاً ما تعطيه من مثلي لتقاضاه).
وفي مرشد الحيران (م ١٦٨) (الدين ما وجب في ذمة المديون بمقد أو استهلاك مال أو ضمان مفسوب).
والواقع أن كل ملتزم فيه يلتزم الإنسان بأدائه من عمل أو امتناع عن العمل فهو دين وان تعلق بالأعيان بعد تعلقه بالذمة كالدين الذي يتعلق بالتركة بعد وفاة المدين وبالمال المرهون بعد الرهن وبأموال المحجور عليه بعد الحجر، فالدين والحق الشخصي مترادفان كترادف العين والحق العيني خلافاً لما تصوره المرحوم الأستاذ السنهوري (مصادر الحق ١٨/١) من أن الدين في الفقه الإسلامي أضيق نطاقاً من الحق الشخصي في القانون على أساس أنه إذا تعلق بالمال كما في الأمثلة المذكورة أنفاً يتحول إلى العين، وان العين في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من الحق العيني في القانون لأنه يشمل كل حق عيني وكل حق شخصي يتعلق بالأموال كالدين المتعلق بالتركة وبمال المحجور.

الاشتراك اللفظي يجري في الأسماء والأفعال والحروف:

- أ- من الأسماء المشتركة اشتراكا لفظيا (قرء) مشترك بين الحيض والطهر، ولفظ (عين) مشترك بين المعاني التي سبق ذكرها.
- ب- من الأفعال المشتركة فعل (عسعس) بمعنى أقبل وأدبر، وفعل المضارع المشترك بين الحاضر والمستقبل.
- ج- ومن الحروف المشتركة بعض حروف المعاني^(١) مثل (ل) و (على)، وقد يدل لفظ واحد على معنيين متضادين بسبب حروف المعاني، وعلى سبيل المثال، فعل (خلع) إذا تعدى بـ (على) يكون بمعنى (ألبس)، وإذا تعدى بحرف (عن) بمعنى (نزع). وكذلك فعل (رغب) إذا تعدى بحرف (عن) يكون بمعنى (اعرض)، وإذا تعدى بحرف (في) يكون بمعنى (قبل) و(أحب) و(أراد).
- وكأنموذج لاشتراك حروف المعاني وتأثيرها على معاني النصوص، نورد فيما يلي بعض معاني حرفي (اللام) و(على) وهما من حروف الجر:

^(١) تنقسم الحروف إلى قسمين: حروف المعاني، وحروف المباني

وحروف المعاني هي التي وضعت للمعاني، ولكنها في الدلالة عليها غير مستقلة بذاتها لا تفيد المعنى إلا بعد استعمالها في الجملة لأن وظيفتها الربط بين الجمل ومفرداتها، ومن هذه الحروف (إذن) و(أن) و(أي) و(إذا) و(بل) و(ثم) و(حتى) و(رب) و(لو) و(لولا) و(كي) و(في) و(لن) و(من) و(ما) و(واو) والياء والفاء واللام.

وحروف المباني هي التي ليس لها معانٍ أصلا وإنما وظيفتها المساهمة في بناء الكلمة، ومن هذه الحروف: ث، ج، خ، د، ذ، ر، ز، ش، ص، ض، ظ، ق، ع، غ.

وحروف المباني بما أنها لم توضع للمعاني ليس لها أي تأثير على معاني النصوص، بخلاف حروف المعاني فإن النصوص الشرعية والقانونية تتأثر من حيث المعنى باختلاف هذه الحروف واختلاف معانيها. وعلى سبيل المثال إذا ورد في النص (للمحكمة أن تحكم بكذا)، فإن هذا يدل على الخيار وترك الأمر للقاضي أن شاء حكم وان شاء رفض، بخلاف ما إذا قيل (على المحكمة أن تحكم بكذا)، فإن هذا يدل على الحتم والإلزام بسبب حرف (على)، فليس للقاضي سلطة تقديرية، بل هو ملزم بالحكم المنصوص عليه في المادة.

١- من معاني حرف (اللام)

١- الظرفية كما في قوله تعالى ﴿ وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ ﴾^(١) أي في يوم القيامة. وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾^(٢) أي وقت عدتهن وهو وقت طهر لم يمسهن فيه.

٢- للضرورة والعاقبة والمآل كما في قوله تعالى ﴿ فَأَلْقَطَهُمْ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾^(٣).

٣- للتعليل كما في قوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾^(٤).

٤- للاختيار والصلاحية كما في (م ١٠١) من المدني العراقي (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز^(٥) عند امتناع الولي عن الإذن، وليس للولي أن يجبر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير).

٥- للملكية كما في (م ٤١٠) المدني (إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصا بالدين إلا إذا تقاض الطرفان بالتراضي).

٦- السببية كما في (٣/١٣٨) المدني (ومع ذلك^(٦) لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل لنقص الأهلية أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)، أي إذا أبطل (أو فسخ) العقد بسبب نقص الأهلية^(٧).

(١) سورة الأنبياء ٤٧.

(٢) سورة الطلاق ١.

(٣) سورة القصص ٨.

(٤) سورة النحل ٤٤.

(٥) أي تأذن له في التجارة إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر.

(٦) أي مع ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة من أنه (إذا أبطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها

قبل العقد).

(٧) كان اشترى ناقص الأهلية مالا فاستلمه ثم رفض وليه إجازة هذا العقد.

ب- من معاني (على)

١- الإلزام والإيجاب كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(١) وكما في (م ٣/٢٥) من قانون الأحوال الشخصية (على المحكمة أن تترتب

في إصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها).

٢- التعليل كما في قوله تعالى ﴿وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدٰنٰكُمْ﴾^(٢) أي لهدايتكم،

وكما في (م ٣١) من قانون العقوبات العراقي (يعاقب على الشروع في الجنايات والجنح).

٣- الظرفية كما في قوله تعالى ﴿وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَىٰ حِينٍ غَفْلَةٍ مِّنْ أَهْلِهَا﴾^(٣) أي في وقت

غفلتهم.

٤- المقابل والبدل كما في (م ٦٨٢) من المدني العراقي (وتجوز شركة الأعمال على أن يكون

المكان من بعض الشركاء والآلات والأدوات من الآخرين)، وكان يقول الزوج لزوجته (أنت طالق على مهرك المؤجل).

٥- الشرطية مثل (بعتك داري هذه بكذا على أن تسلمني الثمن نقدا أو تقدم لي كفيلا به).

٦- المضرة كما في قوله تعالى ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٤).

ومن الجدير بالذكر أن علماء الأصول لم يتفقوا على اعتبار حروف المعاني كلها من المشترك اللفظي أو بالنسبة لجميع معانيها. فمنهم من قال (بان الاشتراك لفظي)، ومنهم من قال (إنه اشتراك معنوي)، ومنهم من يرى (أن كل واحدة منها حقيقة في معنى من معانيها ومجازي في سائرهما)، ومع كل ذلك فإن لمعرفة معاني حروف المعاني أهمية كبيرة بالنسبة لمن يتعامل مع النصوص سواء أكان فقيها أم قاضيا أم شارحا. لذا نوصي بمراجعة المراجع الأصولية المعتمدة^(٥) لاستيعاب معانيها.

(١) سورة آل عمران ٩٧.

(٢) سورة البقرة ١٨٥.

(٣) سورة القصص ١٥.

(٤) سورة البقرة ٢٨٦.

(٥) مثل جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١ وما بعدها. فواتح الرحموت ٢٢٩/١. التمهيد للإسنوي، ص ٢٠٨

وما بعدها. شرح الكوكب المنير، ص ٧٢ وما بعدها.

المشترك اللفظي اللغوي والشرعي والقانوني

ينسب الاشتراك إلى واضع المشترك لمعانيه :

- أ- إذا كان الواضع أهل اللغة يكون اللفظ مشتركاً لفظياً لغوياً كلفظ (عين) وضعت القبائل العربية لعدة معان منها: الجاسوس وعين الماء والباصرة والذهب والشمس وغير ذلك.
- ب- وإذا كان الواضع أهل الشرع يكون مشتركاً لفظياً شرعياً كلفظ (صلاة) وضعها أهل الشرع للعبادة المعروفة^(١) والرحمة والاستغفار^(٢).
- ج- وإن كان الواضع أهل القانون يكون مشتركاً لفظياً قانونياً، كلفظ (عميد) للعميد في الجيش وعميد الكلية، وكلفظ (غريم) للدائن والمدين^(٣).

استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه معا:

اختلف فيه علماء الأصول:

- أ- منهم من قال لا يجوز قياساً على الكسوة، فكما أن كسوة واحدة لا يكتسبها شخصان كل واحد بكمالها في زمان واحد، فكذلك المشترك اللفظي لا يمكن أن يراد به جميع معانيه في نص واحد وفي وقت واحد.
- ب- وقال البعض بالجواز ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، لأنه حقيقة في جميع معانيه. وقال البعض يصح عقلاً لا لغة.
- ج- وقال البعض بالتفصيل، فهو جائز إذا كان في حيز النفي مثل (لا غريم في دارنا) - أي لا دائن ولا مدین - ولا يجوز في الإثبات.

(١) كما في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ سورة البقرة ٤٣.

(٢) كما في قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ ﴾ سورة الأحزاب ٥٦.

(٣) إذا كان المصطلح الشرعي أو القانوني منقولاً من معناه اللغوي يكون حقيقة في المعنى الجديد عند أهل الشرع والقانون أو غيرهما من أهل النقل، ومجازاً في معناه الأصلي اللغوي، وكذلك العكس أي يكون حقيقة عند أهل اللغة في معناه اللغوي ومجازاً في المعنى الجديد. ولكن بالنسبة لطرف ثالث غير الناقل والمنقول عنه يكون مشتركاً لفظياً لأنه حقيقة بالنسبة إليه في المعين. وإذا دار اللفظ في النصوص الشرعية أو القانونية بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني يجب على المجتهد أو القاضي حمله على المعنى الجديد دون اللغوي لأنه مستعمل في النص الشرعي والقانوني، هذا ما لم يقم دليل على أن المراد به معناه اللغوي.

ومن وجهة نظري: لا يوجد مانع شرعي أو عقلي في استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه في وقت واحد ما لم تكن هذه المعاني متضادة فيما بينها، فلا يراد بالقرء الحيض والطهر معا لتضادهما، وكذلك لا يقصد بفعل (عسعس) اقبل وأدبر لنفس السبب بخلاف لفظ (نكاح) عند من يرى أنه مشترك لفظي بين العقد والمعاشرة الجنسية، فلا مانع إذا أريد به في قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(١) العقد والدخول معا. وكذلك الملامسة في قوله تعالى ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾^(٢)، تحتل اللمس باليد والمعاشرة الجنسية.

تأثير الاشتراك اللفظي على معاني النصوص سواء أكانت حقيقة فيهما أو مجازا في أحدهما وحقيقة في الآخر.

لوجود المشترك اللفظي في النصوص الشرعية أو القانونية تأثير كبير على تحدد المعنى المراد منها واستنباط الأحكام ما لم تقم قرينة على ذلك. فالنص المتضمن للمشترك اللفظي يكون غامضاً ولو بالنسبة إلى بعض دون بعض من الفقهاء والقضاة والشراح. ومن الواضح أن إهمال النص في القضايا المدنية بحجة أنه غامض أمر مرفوض^(٣)، ويعد نكرانا للعدالة، لذا من الضروري البحث عن المعنى المراد بالاستعانة بوسائل إزالة الغموض. ويعتبر الاشتراك اللفظي في نصوص الشريعة الإسلامية من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية. وعلى سبيل المثال، اختلفوا في المعنى المراد بالقرء في قوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٤)، قال الحنفية^(٥) والحنبلة^(٦) والأباضية^(٧)

(١) سورة البقرة ٢٣٠.

(٢) سورة النساء ٤٣.

(٣) في أصول السرخسي ١٦٢/١ (ويشترط أن لا يترك طلب المراد به إما بالتأويل في الصيغة، أو الوقوف على دليل آخر به يتبين المراد، لأن كلام الحكيم لا يخلو عن فائدة).

(٤) سورة البقرة ٢٢٨.

(٥) الهداية وشرح فتح القدير ٣٠٨/٤.

(٦) المغني لابن قدامة ٤٥١/٧.

(٧) كتاب النكاح للجناوني، ص ٣١٢.

(المراد به هو الحيض)، وقال الشافعية^(١) والمالكية^(٢) والشيعة الإمامية^(٣) والظاهرية^(٤) (المراد به الطهر)^(٥).

ثمرة هذا الخلاف

ثمرة هذا الخلاف هي الاختلاف في الأحكام الآتية:

١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الأول الذاهب إلى أن المراد به الحيض دون الثاني، لأن العدة تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة لاعتبار الجزء من الطهر الذي طلقت فيه قرأاً.

٢- يجوز زواج أخت مطلقة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.

٣- لها أن تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.

٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأن الحيضة التي طلقت فيها لا تعتبر قرأاً.

٥- إذا كان الطلاق رجعياً يلحق بها الطلاق والخلع في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأنها لا تزال زوجة حكومية.

٦- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.

٧- إذا مات أحدهما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على الرأي الأول دون الثاني، إذا كان الطلاق رجعياً.

(١) مغني المحتاج للشرييني ٣/٣٨٥.

(٢) الخرشى ٤/١٣٦.

(٣) الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢/١٥٦.

(٤) المحلى ١٠/٢٥٧.

(٥) ثمرة الخلاف: لا تحسب الحيضة التي طلقت فيها على الرأي الأول، فتنتهي العدة بالدخول في الحيضة الرابعة، وبحسب بها الطهر الذي طلقت فيه على الرأي الثاني وتنتهي العدة بالدخول في الحيضة الثالثة بعد الطلاق.

ومن أمثلة الاختلاف في المشترك اختلاف الفقهاء في تحديد المعنى من الشفق، فيما روي من أن النبي ﷺ صلى العشاء حين غاب الشفق، رواه البيهقي ١/٣٦٩. والشفق مشترك بين الأحمر والأصفر والأبيض. عن أبي هريرة (أن المراد به البياض)، وبه قال أبو حنيفة وعنه قول متأخر إنه الحمرة، وقال الغزالي في الوسيط (إنه الحمرة)، وقال إمام الحرمين (يدخل وقت العشاء بزوال الحمرة والصفرة). انظر قواعد العلائي، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني ١/١٢٥ وما بعدها.

المطلب الثاني المشترك المعنوي

تعريف المشترك المعنوي:^(١)

هو لفظ وضع بوضع واحد لغة أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر لقدر مشترك بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد.

فلفظ (جريمة) وضع شرعاً وقانوناً لفعل محظور معاقب عليه، فهذا المعنى مشترك بين جميع أنواع الجرائم (جريمة الاعتداء على الأشخاص أو الأموال أو الأعراس أو الأمن والاستقرار أو غيرها).

ولفظ (قتل) موضوع شرعاً وقانوناً لإزهاق الروح، وهذا المعنى مشترك بين جميع أصناف القتل (القتل عمداً وعدواناً والقتل شبه العمد والقتل خطأ، والقتل بحق وغيره).
ولفظ (إنسان) موضوع لغة للكائن الحي الناطق بالطبع فهو مشترك بين جميع أفرادها، وهكذا.

ونستنتج من هذا أن المشترك المعنوي والمطلق يلتقيان من حيث الاشتراك بين ما يندرج تحتها من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد، فلا تعارض بين كون المطلق من أقسام الخاص وكون دلالة على معناه قطعية باعتبار لفظه الموضوع لمعنى واحد بالجنس أو النوع أو الصنف، وبين كونه من أقسام المشترك باعتبار معناه المشترك فيه بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد مما يندرج تحته ويمكن تصور ذلك بالنسبة إلى العام أيضاً. ولم أطلع على هذا التحقيق في أي مرجع أصولي.

تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص:

للمشترك المعنوي كالمشترك اللفظي تأثير كبير على فهم معاني النصوص بالتحديد، وتشخيص المراد منها، فيؤدي ذلك إلى الاختلاف في تفسير النص، وبالتالي الاختلاف في

(١) المشترك المعنوي صفة المعنى، فالمفروض أن يكون توصيف الألفاظ به على سبيل المجاز.

الحكم المستنبط منه، كما حدث ذلك بالنسبة إلى قول الرسول ﷺ (لا يرث القاتل شيئاً)^(١)، أو (ليس لقاتل ميراث)، أو (ليس للقاتل من الميراث شيء) على الروايات المختلفة. فقد اختلف الفقهاء في تفسير (القاتل) المشتق من القتل (المشترك العنوي) بين جميع أصناف القتل وبالتالي اختلفوا في تحديد القتل المانع من الميراث^(٢).

موقف القانون من القتل المانع:

لم يتطرق المشرع العراقي للقتل المانع من الميراث، بل أحال القاضي في (م ٩٠) من قانون الأحوال الشخصية إلى الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد بيان أحكامه في هذا القانون. ومن الواضح أن هذه الإحالة بالنسبة لتحديد الصنف المانع من أصناف القتل قد تؤدي إلى إرباك القاضي، وبالتالي إلى تضارب وتعارض الأحكام القضائية في قضايا مماثلة من المسائل الميراثية التي يكون فيها أحد الورثة قاتلاً لمورثه، ذلك بسبب اختلاف المذاهب الفقهية في هذا التحديد، ثم إن المشرع رغم أنه بيّن في هذا القانون (أن قتل الموصى له يبطل الوصية ويحرمه من الموصى به)^(٣)، إلا أنه لم يحدد أيضاً الصنف المانع، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الحنفية، الدر المختار ٦/٦٦٧ (المانع هو القتل الموجب للقصاص، أو الكفارة ويكون بالمباشرة دون التسبب).

وقال المالكية تحفة الحكام ٢/٣١٤ (المانع هو القتل العمد العدوان على وجه الظلم).

وقال الحنابلة، المغني ٦/٢٩١ القاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أم خطأ.

وقال الجعفرية الخلاف للطوسي ٢/٣٩ (القاتل إذا كان في معصية فإنه لا يرث المقتول بلا خلاف، وإن كان عمداً في طاعة فإنه يرث عندنا، وإن كان خطأ فإنه لا يرث من دية ويرث ما سواه، وهم يتفقون مع المالكية).

وقال الزيدية، البحر الزاخر ٥/٣٦٧ (المانع هو القتل العمد العدوان).

وقال الإباضية، شرح النيل وشفاء العليل ٨/٢٦٩ (القتل مانع بجميع أنواعه).

وللشافعية، المهذب ٢/٢٤ (آراء مختلفة ومضطربة، فكل رأي يتفق مع مذهب من المذاهب المذكورة).

وقال الظاهرية، المحلى ٩/٣٠٦ (القتل لا يعتبر مانعاً مطلقاً لأن هذا الحديث بجميع رواياته لم يثبت ثبوتاً يعطيه قوة بحيث ينخص عموم آيات القرآن التي لا تفرق بين القاتل وغيره).

والرأي الذي نراه أقرب إلى العدالة وروح الشريعة هو رأي المالكية والجعفرية والزيدية في أن (المانع هو القتل العمد العدوان).

(٣) في (م ٢/٦٨) التي تنص على أنه «يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصى».

ولذا نقتراح إعادة النظر في الموضوع لاعتبار القتل العمد العدوان مانعا بنص صريح سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكاً، وسواء أكان القتل مباشرة أم تسبياً، أخذاً بمذهب المالكية والجعفرية والزيدية وأسوة بسائر التشريعات العربية والإسلامية^(١).

^(١) من هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية المصري حيث نصت (م٥) منه على ﴿أن من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي﴾. وتطابقها (م٢٢٣) و(م٢٦٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري. ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفصل ١٩٨. ويقرب منها الفصل ١٧٩ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

المبحث الرابع الحقيقة والمجاز

قسم كثير من علماء الأصول والفقهاء ألفاظ النصوص باعتبار استعمالها في معانيها إلى أربعة أقسام: الحقيقة والمجاز والصريح والكناية. ولكن في الحقيقة والواقع أن الثالث والرابع من أقسام الأول والثاني، لأن كلا من الحقيقة والمجاز إن كان واضحاً في دلالة على المعنى المراد فهو صريح وإلا فكناية^(١).

الحقيقة وهي في اصطلاح أهل اللغة والشرع وعلماء البيان لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب.

المجاز لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب لصلته بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. ونستنتج من هذين التعريفين ما يلي:

- ١- لا يوصف اللفظ لا بالحقيقة ولا بالمجاز قبل استعماله في المعنى.
- ٢- يجب وجود علاقة بين المعنى الحقيقي والمجازي كالشجاعة بين الحيوان المفترس والرجل الشجاع الذي يطلق عليه لفظ (أسد).
- ٣- من الضروري وجود قرينة تدل على أن اللفظ لم يستعمل في معناه الحقيقي بأن تكون مانعة من إرادته^(٢) مثل (رأيت أسداً في ساحة المعركة)، فساحة المعركة قرينة مقالية تدل على أن المراد بلفظ الأسد الإنسان الشجاع كالضابط والجندي، وإذا أوصى

^(١) في التلويح على التوضيح ٢٩٤/١ (الصريح والكناية من أقسام الحقيقة والمجاز وليست الأربعة أقساماً متباينة. أما عند علماء الأصول فلان الصريح ما انكشف المراد منه في نفسه، أي بالنظر إلى كونه لفظاً مستعملاً، وبالكناية ما استتر المراد منه في لفظه سواء كان المراد فيها معنى حقيقياً أم معنى مجازياً).

^(٢) هذا عند علماء البيان، لكن عند الأصوليين غالباً يهملون ذكر هذا القيد في تعريف المجاز وعلى هذا الأساس لا مانع لديهم من أن يطلق اللفظ ويراد به معناه الحقيقي والمجازي معاً كلفظ نكاح في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ النساء ٢٣. حيث استعمل في العقد المعنى الحقيقي، والوظء المعنى المجازي عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى.

شخص لأولاد شخص آخر فإذا لم يكن له إلا أولاد الأولاد يحمل عليهم لفظ الأولاد مجازاً بالقرينة الحالية لأنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز.

٤- في حالة وصف اللفظ بالحقيقة أو المجاز يجب أن ينسب هذا الوصف إلى الواضع، فإن كان أهل اللغة يكون الوصف حقيقة لغوية ويقابلها المجاز اللغوي، وإن كان أهل الشرع يكون حقيقة شرعية ويقابلها المجاز الشرعي، وإن كان أهل العرف يكون حقيقة عرفية ويقابلها المجاز العرفي، وهكذا.

أقسام الحقيقة والمجاز:

يؤخذ مما ذكرنا أن أقسامهما من حيث الواضع ثلاثة:

١- **الحقيقة اللغوية** وهي اللفظ المستعمل من أهل اللغة فيما وضعوه له، وإذا استعملوه في معنى آخر لعلاقة بينه وبين الموضوع له يكون مجازاً لغوياً، كاستعمال لفظ (أسد) في الحيوان المفترس حقيقة وفي الإنسان الشجاع مجازاً.

٢- **الحقيقة الشرعية** هي لفظ مستعمل من أهل الشرع فيما وضعوه له ويكون مجازاً شرعياً أن استعملوه في معنى آخر له الصلة بالموضوع له، فالصلاة في العبادة المعروفة حقيقة شرعية وفي الدعاء مجاز شرعي.

٣- **الحقيقة العرفية** في اللفظ المستعمل من أهل العرف العام أو الخاص فيما وضعوه له، ومجاز عرفي في معنى آخر له العلاقة مع المعنى الموضوع له، كاستعمال لفظ (الدولة) من أهل العرف العام في شخصية معنوية ذات سيادة مستقلة معترف بها وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي العام، فيكون حقيقة عرفية عامة، وفي شخصية معنوية خاصة لم تتوافر فيها عناصر الدولة يكون مجازاً عرفياً عاماً.

وكاستعمال لفظ (الاستحسان) من أهل الأصول في استثناء مسائل جزئية من القاعدة الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف يكون حقيقة عرفية خاصة، وفي اعتبار الشيء حسناً يكون مجازاً عرفياً خاصاً، وهكذا.

ثمرات التقسيم

بعد استكناه ما ذكرنا من أقسام الحقيقة والمجاز نستطيع أن نصل إلى النتائج الآتية:

أولاً: ألفاظ الحقائق الشرعية والعرفية غالباً مسبوقه بوضعها لمعاني لغوية مع وجود الصلة

بين المعنى السابق واللاحق، فالربا لغة مطلق الزيادة وشرعا زيادة يحصل عليها احد المتعاقدين دون مقابل على حساب الآخر.

والشروع لغة البدء في الشيء مطلقا، وقانونا البدء بتنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها.

والفيتو (Veto) لغة مطلق الاعتراض، وفي العرف الدولي العام رفض (أو اعتراض) بالنسبة لقرار من قرارات مجلس الأمن في المسائل الموضوعية من إحدى الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي.

ثانياً: اللفظ المشترك بين المعنى اللغوي وبين الشرعي، أو بينه وبين العرفي إذا استعمله أهل الشرع أو أهل العرف في معناه اللغوي يكون مجازاً شرعياً أو عرفياً، وإذا استعمله أهل اللغة في المعنى الشرعي أو العرفي يكون مجازاً لغوياً.

ثالثاً: إذا دار اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي وهو ضمن النصوص الشرعية فعلى الفقيه أو القاضي أن يحمل على المعنى الشرعي، وكذلك إذا دار بين المعنى اللغوي والمعنى القانوني في النصوص القانونية يحمل على معناه القانوني.

رابعاً: لا يمكن أن يراد باللفظ معناه الحقيقي والمجازي في وقت واحد عند من يشترط في تعريف المجاز وجود قرينه مانعة من إرادة الموضوع له، لكن يجوز عند من لا يأخذ بهذا القيد.

خامساً: الأصل في الاستعمال^(١) الحقيقة، ومن القواعد العامة (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)^(٢) وهي مبنية على قاعدة (إعمال الكلام خير من إهماله)^(٣) وإذا تعذر المجاز أيضاً يهمل بناء على قاعدة (إذا تعذر إعمال الكلام يهمل)^(٤).

(١) م ١٢ من مجلة الأحكام العدلية (الأصل في الكلام الحقيقة).

(٢) المجلة، م ٦١.

(٣) المجلة، م ٦٠.

(٤) المجلة، م ٦٢ (كمن ادعى نبوءة شخص وكان الواقع يكذبه).

الصلة بين نظرية تحول العقد وقاعدة إعمال الكلام لولى من إهماله

أساس نظرية تحول العقد هو كل من القاعدتين المذكورتين، لأن العقد حقيقة في اتفاق إرادتين فأكثر على إحداث اثر يعتد به الشرع^(١) - أو القانون - ، فإذا تعذرت هذه الحقيقة كما في العقد الباطل يصار إلى المجاز وهو التصرف المتحول إليه ، لأن إعمال الكلام خير من إهماله ، فالبيع إذا كان باطلاً لكون ثمنه شيئاً تافهاً بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع يتعذر على القاضي أن يحمله على معناه الحقيقي ، بل يصار إلى معناه المجازي ، وهو اقرب تصرف تتوافر فيه عناصر البيع كالبهية ، مع إمكان انصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك على تقدير علمهما ببطلان التصرف الأصلي.

ونستنتج من هذا أن عناصر نظرية التحول ثلاثة وهي :

١- أن يكون العقد - أو التصرف - الأصلي باطلاً ، فإذا كان صحيحاً يحمل على معناه الحقيقي ولا يصار إلى المجاز لأن الأصل في الكلام الحقيقة.

٢- أن يتضمن العقد - أو التصرف - الأصلي جميع عناصر المتحول إليه ، فإذا أضيف إليه عنصر جديد لا يكون هناك تحول وإنما هو تصحيح العقد ، كمن اشترى شيئاً ظاناً أنه أثري ثم تبين خطأ فأراد فسخ العقد ، وعرض عليه البائع ما أراده فقبل ذلك ، نكون أمام تصحيح العقد بإضافة عنصر وهو الشيء الأثري المطلوب.

٣- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى المتحول إليه لو علموا ببطلان التصرف الأصلي المتحول ، فلو أعطى المدين للدائن سنداً عادياً للمدين ثم قدم له كميالة لم تستوف شروطها القانونية ، فتكون باطلة لكن لا تتحول إلى السند العادي لأن الدائن زود به سابقاً فلا تصرف إرادة الدائن والمدين إلى السند العادي في هذه الحالة لو علموا ببطلان الكميالة.

ولكن إذا تعهد شخص لآخر بأن يكون وارثاً له بعد وفاته ولم تكن بينهما صلة القرابة أو الزوجية ، فإذا توفي مصرراً على تعهده يتحول إلى الوصية لتعذر حمله على معناه الحقيقي (الميراث) لعدم توافر سبب من أسبابه وهي القرابة والزوجية ، لذا يحمل على معناه المجازي

(١) حقيقة العقد : ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بالقبول الصادر من العاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه فإذا تم الاتفاق أو الارتباط ولكن لا على وجه يثبت أثره في المعقود عليه يكون باطلاً.

لأن اقرب تصرف إلى الميراث هو الوصية، ولأن عناصر الوصية متوافرة في هذا التعهد. ثم لو علم المتعهد ببطلان تعهده لأقدم على الوصية لأنه أراد أن يقدم للمتعهد له خدمة مالية وهي تتحقق بالوصية أيضا، وكذلك الحوالة بشرط عدم براءة المحيل تبطل الحوالة وتصح كفالة، والكفالة بشرط براءة الأصيل عن الدين تبطل كفالة وتصح حوالة.

الاستنتاج

نستنتج من هذا التحقيق في إثبات الصلة بين نظرية العقد وبين القواعد الأصولية والفقهية المذكورة عدم صحة القول من بعض شراح القانون^(١) بأن نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان، لأن علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء سبقوا فقهاء القانون في إقرار هذه النظرية في الفقه وأساسها في أصول الفقه.

الصريح والكناية:

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار وضوح المعنى المراد منه وعدم وضوحه^(٢) إلى الصريح والكناية^(٣).

الصريح: هو كل لفظ - أو كلام - ظهر المراد به ظهورا بينما تماما حقيقة كان أم مجازاً، فالعبار الذي يميزه من الكناية هو كونه مكشوف المعنى بين المراد بغض النظر عن كون الاستعمال في معناه الحقيقي أو المجازي المتعارف عليه.

حكمه: هو العمل بمقتضى معناه المكشوف والأخذ بالإرادة الظاهرة، ولا ينظر إلى نية المتكلم وما قصده منه ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك. وتعبير آخر يؤخذ بالإرادة

(١) كالأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ١٠٠/٤ حيث قال (نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر واخذ بها التقنين المدني في نص صريح هو (م ١٤٠)، وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المدني الجديد).

ومن الجدير بالذكر أن المدني العراقي (م ١٤٠) نص على أنه (إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد).

(٢) مسلم الثبوت وشرح فواتح الرحموت ٢٢٦/١.

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع أصول السرخسي ١٨٧/١ وما بعدها. التنقيح مع التوضيح والتلويع ٢٩٤/١ وما بعدها. المنار وشرحه، ص ٥١٢ وما بعدها.

الظاهرة في كل تصرف قولي تكون صيغته صريحة ، ولا ينظر قضاء إلى ادعاء قائله بأنه نوى بتعبيره غير معناه الظاهر وان إرادته الباطنة مخالفة لما يدل عليه تعبيره (الإرادة الظاهرة) ما لم يتم دليل على تأييده. فلو قال الزوج لزوجته (أنت طالق أو مطلقة) واعترف بهذه الصيغة الصريحة أمام القاضي أو المفتي أو شاهدين لا تسمع دعواه بعد ذلك بأنه لم يرد بذلك فرقة الزواج ما لم يتم دليل (أو قرينة) يعزز صدقه^(١).

ولو حدد المتعاقدان محل العقد بالاسم أو الإشارة، ثم ادعى أحدهما أنه أراد غيره لا تسمع دعواه بدون بينة تؤيد ذلك. ولا يحق للقاضي أن يسأل عن قصد المتعاقدين إذا كانت صيغة العقد صريحة، ولا عن قصد الشاهد إذا أدلى بشهادته بعبارة صريحة ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، لأن البحث عن الإرادة الباطنة في حالة صراحة الإرادة الظاهرة قد يؤدي إلى ضياع العدالة وعدم استقرار المعاملات.

الكناية: ^(٢) لفظ (أو كلام) لا يكون مكشوف المعنى ولا بين المراد بحيث لا يعرف المقصود منه إلا بالتفسير أو القرينة.

حكمها: يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة التي تكشف إما ببيان النية أو القرينة. فلو قال الزوج لزوجته (الحقي بأهلك)، أو (أذهبي إلى اهلك)، أو (أنت علي حرام)، أو (أنت كأختي أو كأمي)، أو نحو ذلك لا يحق للقاضي أن يحكم بوقوع الطلاق ولا للمفتي أن يفتي به، سواء اعترف الزوج بأنه نوى بكلامه هذا الطلاق أم لا عند فقهاء الجعفرية و الظاهرية، لأن الطلاق عندهم لا يقع بالكناية مطلقاً نوى بها الزوج الطلاق أم لا، وقال جمهور الفقهاء أن اعترف بأنه نوى الطلاق يحكم بوقوعه^(٣).

^(١) في مسلم الثبوت وشرحه ٢٢٦/١ (لو جرى على لسانه غلطاً (أنت طالق) يقع الطلاق ولو أراد الطلاق من وثاق وهو المعنى الأصلي فهي زوجته ديانة ولا يقع الطلاق إلا قضاء لأنه حاكم بالظاهر لا بالسرائر).

^(٢) وهي في اصطلاح علماء البيان استعمال اللفظ في لازم معناه الحقيقي مع جواز إرادة هذا المعنى أو ذكر الملزوم وإرادة اللازم كذكر العقوبة في نص للدلالة على أن الفعل المعاقب عليه جريمة مثل قوله تعالى **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِهَتِهِمْ تُلْمَةً إِيمَانًا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا هُمْرَةً النساء ١٠٠**.

^(٣) قال الحنفية، المبسوط ٧٧/٦ (معيار الصريح استعمال اللفظ في الطلاق ويقع به الطلاق ولو بدون نية، وما عداه كناية لا يقع به الطلاق إلا مع النية). وقال الجعفرية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢

الاستنتاج نستنتج مما ذكرنا أن العبرة بالإرادة الظاهرة إذا كانت صيغة التعبير صريحة، وبالإرادة الباطنة إذا كانت الصيغة كناية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وهذا المعيار الدقيق لدى علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء للأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة افقه بكثير مما لدى فقهاء القانون من الأخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً كما هو اتجاه التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها، أو بالإرادة الظاهرة مطلقاً كما هو المقرر في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها^(١).

ثمرة التقسيم

أهمية - أو ثمرة - تقسيم اللفظ - أو الكلام - إلى الصريح والكناية تتجلى فيما تترتب عليه من آثار أهمها ما يلي :

- أ- الصيغ الصريحة للعقود والتصرفات الانفرادية - الإرادة المنفردة - المنشئة للحقوق والالتزامات، أو المسقطه لحالة شرعية - أو قانونية - قائمة تترتب عليها آثارها الشرعية والقانونية ما دام المتعاقد - أو المتصرف - كامل الأهلية بخلاف الصيغ الكناية، فإن الحكم بترتب آثارها يتوقف على معرفة نيات أصحابها أو قيام قرائن تحدد المراد منها.
- ب- لا تقبل قضاء دعوى مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة متى كانت صيغة التعبير صريحة، فمن قال لزوجته وهو بالغ عاقل مختار (أنت طالق) لا يقبل منه قضاء إذا ادعى أنه لم يرد به الفرقة الزوجية أو أنه كان هازلاً أو ناسياً أو مخطئاً^(٢) ما لم يقم دليل على

(صريح الطلاق - أنت طالق - أو - هي طالق - أو فلانة طالق -، ويقع به الطلاق مع النية وما عدا ذلك لا يقع به الطلاق ولو كان مع النية).

^(١) قال السنهوري، الوسيط ١/٩٥ (مذهب الإرادة الباطنة هو المذهب اللاتيني يقف عند الإرادة النفسية، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس). وقال أيضاً، مصادر الحق ٤/٣٣ (العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة). وعلل الفقهاء الألمان اعتدادهم بالإرادة الظاهرة بالسببين التاليين :

أحدهما أن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً، أما إذا بقيت إرادة باطنة كامنة في خفايا النفس فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية، والقانون إنما يعني بالظواهر الاجتماعية. وثانيهما أن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتماً بها ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأن إليها الناس في التعامل، فوجب الاعتداد بالتعبير، أي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

^(٢) وذلك للأسباب الآتية :

صدقه ، لكن يجوز للمفتي أن يأخذ بما يدعيه ديانة تاركاً أمره بينه وبين الله ، بخلاف ما إذا كانت صيغة التعبير كناية فإنه يؤخذ قضاء وديانة بما يدعيه الشخص من موافقة إرادته الظاهرة للباطنة أو مخالفتها لها.

ج- إذا وردت ألفاظ كناية في إفادات الشهود، أو في إقرار المتهم في تهم جرائم الحدود، لا يقضي القاضي بعقوبة الحد لما في الكناية من الشبهة^(١) في تحديد المراد، والحدود تدرأ بالشبهات وفقاً لقول الرسول ﷺ (ادرأوا الحدود بالشبهات)^(٢) بخلاف التعابير الصريحة فإنها خالية عن الشبهة.

د- عند من يفرق بين الرضى والاختيار^(٣) تترتب الآثار على التصرفات الصريحة التي تقبل الفسخ فيتعقد زواج المكره ويقع طلاقه وتصح رجوعه ، لأن هذه الصيغ لصراحتها ووضوحها تقوم عباراتها مقام معانيها^(٤) أما التصرفات التي لا تقبل الفسخ ، كالبيع والإجارة والرهن فتكون فاسدة عند تخلف الرضى ، والفساد صفة وسطية بين الصحة والبطلان على رأي هؤلاء^(٥).

١- القصد ليس شرطاً في صحة الطلاق ما دامت الصيغة صريحة

٢- الخطأ أو الهزل أو النسيان أمر باطني لا يعرف إلا من يدعيه وقد يكون كاذباً في دعواه.

٣- الأصل في الإنسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ أو النسيان أو الهزل ، ويكفي هذا الأصل أن يكون حجة على صحة ألفاظه ، وترتب الآثار عليها. هذا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة ، لكن قال الشيعة الإمامية والظاهرية (تقبل دعوى مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة ولو كانت الصيغة صريحة).

^(١) في أصول السرخسي ١/ ٨٩ (الكناية فيها قصور باعتبار الاشتباه فيما هو المراد ولهذا قلنا أن ما يندرى بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى أن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنى والسرقه لا يصير موجبا للعقوبة).

^(٢) وفي رواية (ادرأوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا) ، سبل السلام ٤/ ١٩ الحديث تقدم تخريجه.

^(٣) كالحنفية فقالوا (الاختيار لغة ترجيح فعل الشيء على تركه ، وشرعا: مباشرة السبب - أو القصد إلى السبب - ، والرضى لغة: الارتياح إلى فعل الشيء ، وشرعا رغبة الإنسان في أن تترتب الآثار على السبب الذي يباشره).

^(٤) المنار وشرحه ، ص ٥١٢.

^(٥) وهم يرون أن الرضى والاختيار يتكون من مجموعهما الركن المعنوي للتصرف ، فإذا تحقق معا يكون التصرف صحيحا ، وإن تخلفا معا ، كما في تصرف عديم التمييز يكون باطلا ، وإذا تخلف الرضى يكون فاسدا ، ولا يتصور تخلف الاختيار مع تحقق الرضى. فطلاق المكره يقع إذا كانت الصيغة صريحة لأنه

تصرف لا يقبل الفسخ ويبيعه يفسد في حالة التعبير الصريح لأن البيع يقبل الفسخ. والفرق بين الباطل والفاسد عندهم أن الفاسد له الوجود لأنه يتحول إلى الصحيح بمجرد إزالة سبب الفساد، كإجازة المكروه بعد زوال الإكراه وحذف الفائدة في العقد الربوي، والتنازل عن الشرط الفاسد المفسد، بخلاف التصرف الباطل فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان. وقال جمهور الفقهاء (الرضى والاختيار مترادفان، وكذلك الفاسد والباطل).

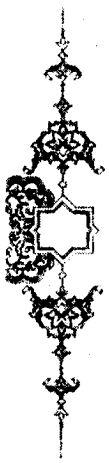


الفصل الثاني دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً

من البديهيات أن الغاية المتوخاة من تشريع الأحكام وتقنين القوانين هي المصالح البشرية من جلب المنافع لهم ودفع الأضرار عنهم، وتزويد الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالمصالح الروحية والأخرية اهتمامها بالمصالح المادية والدينية.

ومن الواضح أيضاً أن النصوص قوالب الأحكام، والألفاظ أوعية المعاني، ومسؤولية اكتشاف الأحكام تقع على عاتق الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة، وكذلك من المعروف أن دلالة النصوص على الأحكام لا تجري على نمط واحد، بل من هذه الأحكام ما هو منطوق يؤخذ من ألفاظ النصوص وعباراتها، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومغزاها وعللها، والمنطوق صريح وغير صريح، وغير الصريح إشارة واقتضاء وإيماء^(١) والمفهوم موافق ومخالف.

وبذلك يكون أمام الفقيه والقاضي ست قنوات لاستقراء الأحكام من ينابيعها وهي:



^(١) في شرح الكوكب المنير، ص ٢٣٨ (دلالة اللفظ تنقسم إلى منطوق وهو ما دل عليه لفظ في محل نطق، وهو نوعان: صريح سواء كانت دلالة مطابقة أو تضمن، حقيقة أو مجازاً وغير صريح وتسمى هذه الدلالة دلالة التزام، وتنقسم ثلاثة أقسام: اقتضاء وإشارة وتنبية، ويسمى التنبية إيماء).

١- المنطوق الصريح^(١):

وهو ما دل عليه النص بألفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية^(٢) مطابقة أو تضمناً^(٣)، فقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ نَمْنَيْنِ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾^(٤) يدل على مجموع العقوبات الثلاث مطابقة وعلى كل واحدة منها ضمن المجموع دلالة تضمنية.

٢- المنطوق غير الصريح^(٥):

وهو ما دل عليه النص دلالة عقلية التزامية، فهي عقلية لأن مدرك الصلة بين الدال والمدلول هو العقل، والتزامية لأنه لازم للمنطوق الصريح، فأينما تحقق يتحقق معه ويدرك ذلك كل من كان من ذوي الاختصاص في الموضوع.

والمنطوق غير الصريح ثلاثة أقسام:

١- إهارة النص (أو دلالة الإهارة):

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له^(٦).

^(١) دلالة المنطوق الصريح عند الأصوليين من الحنفية تسمى دلالة العبارة أو عبارة النص، كما تسمى دلالة المفهوم دلالة النص، والتقسيم إلى المنطوق والمفهوم أقرب إلى الواقع، وأدق معياراً وأقرب وأوضح للقوانين فهماً واستيعاباً.

^(٢) بتعبير آخر ما سبق له النص أصالة يسمى منطوقاً صريحاً لأنه منطوق به صراحة، وما دل عليه النص تبعاً وعقلاً يسمى منطوقاً غير صريح.

^(٣) في مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ١٧١/٢ (المنطوق ينقسم إلى صريح وغير صريح، فالصريح ما وضع له اللفظ فيدل عليه بالمطابقة أو التضمن. وغير الصريح بخلافه فيدل عليه بالالتزام وينقسم إلى دلالة اقتضاء وإيماء وإشارة).

^(٤) سورة النور ٤.

^(٥) سماه الآمدي غير المنظوم فقال (غير المنظوم وهو ما دلالاته لا بصريح صيغته ووضعه، وذلك لا يخلو أما أن يكون مدلوله مقصوداً للمتكلم أو غير مقصود، فإن كان مقصوداً فلا يخلو أما أن يتوقف صدق المتكلم أو صحة الملفوظ به عليه أو لا يتوقف، فإن توقف فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف فلا يخلو أما أن يكون مفهوماً في محل تناوله اللفظ نطقاً أولاً فيه، فإن كان الأول فتسمى دلالاته التنبية والإيماء، وإن كان الثاني فتسمى دلالاته دلالة المفهوم. وأما أن كان مدلوله غير مقصود - أي بالذات - للمتكلم فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة)، الإحكام ٢٠٨/٢.

ب- دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن هناك كلمة (أو عبارة) تقتضي دلالة النص على المعنى (الحكم)^(٦) المراد مراعاتها.

ج- دلالة الإيماء:

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن حكمه معلل بعلّة يدور معها وجوداً وعدمًا^(٧).

٣- مفهوم الموافقة (أو المفهوم للموافق)^(٨)

وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته، ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته.

٤- مفهوم المخالفة - أو المفهوم المخالف -

وهو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد وارد فيه ومعتبر في الحكم^(٩). ويتبين لنا من هذه المقدمة عيب صياغة الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي^(١) والمدني المصري^(٢) وكل قانون آخر حذا حذوهما^(٣) في هذه الصياغة {تسري

(١) كدلالة مجموع قوله تعالى ﴿وَحَمَلُهُ، وَفِصْلُهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ الأحقان ١٥، وقوله تعالى ﴿وَفِصْلُهُ فِي

عَامَيْنِ﴾ لقمان ١٤. على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر، وذلك بطرح المدة الثانية من المدة الأولى.

(٢) كدلالة قول الرسول ﷺ (رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، على أن في هذا الكلام

كلمة محذوفة تجب رعايتها وهي (المواخاة) أو (العقاب) أو نحو ذلك، الحديث تقدم تخريجه.

(٣) كدلالة قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ

سَعِيرًا﴾ النساء ١٠. على أن علة تحريم أكل مال اليتيم هي حماية أمواله.

(٤) ويسمى دلالة المفهوم أيضاً كما يسمى عند الحنفية دلالة كدلالة قوله تعالى ﴿فَلَا تَقْلُ لَهَا أَنِّي فِي سِرَّةِ

الإساءة ٢٣. على تحريم كافة الإيذاءات من الضرب والشتم وغيرهما، فهو يدل بمنطوقه الصريح على

تحريم التأفيف، وبمفهومه الموافق على تحريم تلك الإيذاءات.

(٥) كدلالة قوله تعالى ﴿وَرَبِّيبُكُمْ أَلَيْسَ فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّذِينَ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾

النساء ٢٣. بمنطوقه الصريح على تحريم زواج الربيبة بعد الدخول بأمرها، وبمفهومه المخالف على عدم

تحريمه إذا طلق أمها أو توفيت قبل أن يدخل بها، وهذا المفهوم يؤخذ من قيد ﴿الَّذِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾

النساء ٢٣. فهو قيد معتبر في الحكم (التحريم).

النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها} ، لأن ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة ، وبذلك لا يخول القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من إحدى هاتين القناتين.

ولهذا النقص التشريعي نقترح تعديل هذه الفقرة بالآتي {تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها} . لأن المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح ، وغير الصريح يشمل أقسامه الثلاثة والمفهوم يعم مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة.

ولأهمية معرفة هذه الأنماط من دلالات النصوص بالنسبة لكل من يتعامل مع النصوص ، نخصص لدراسة كل من المنطوق والمفهوم مبحثاً مستقلاً.

(١) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) كالفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

المبحث الأول منطوق النصوص

المنطوق :- كما سبق - صريح وغير صريح.

والمنطوق الصريح^(١) هو ما تناوله النص في لفظه من حكم لا يتوقف استنباطه منه على غيره، وهو قطعي الدلالة إن دل على معنى لا يحتمل غيره، وظني الدلالة إن احتمل معنى آخر^(٢) كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

والمنطوق غير الصريح هو ما تناوله اللفظ إشارة أو اقتضاء أو إيماء، ولزيادة الإيضاح نوزع دراسة هذه الأقسام الثلاثة للمنطوق غير الصريح على ثلاثة مطالب^(٣).

^(١) عند الأصوليين من الحنفية يطلق على المنطوق الصريح مصطلح عبارة النص (من عبرت الرؤيا إذا فسرتها وسميت الألفاظ الدالة على المعاني عبارات لأنها تعبر عما في النفس). شرح المنار، ص ٥٢٠. ومن الجدير بالإشارة أن اصطلاح المنطوق لا يختص بالنصوص الشرعية والقانونية لأنه من خواص الألفاظ مطلقاً.

^(٢) وعند بعض الأصوليين كالشافعية يسمى المنطوق غير الصريح نصاً إن كانت دلالاته قطعية، ويسمى ظاهراً إن كانت دلالاته ظنية. جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١.

^(٣) وجه التركيز على دراسة المنطوق غير الصريح هو أن المنطوق ملزوم وغير الصريح لازم له، ففي أي نص تحقق المنطوق غير الصريح يتحقق معه المنطوق الصريح لأن اللازم إذا كان مساوياً للملزم لا يتحقق بدونه.

المطلب الأول

إشارة النص وتطبيقاتها

سبق أن عرفنا إشارة النص - أو دلالة الإشارة - بأنها (دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له ، واللازم المساوي يستلزم ملزومه أينما تحقق. وبناء على ذلك يكون للنص الذي يدل على حكم دلالة إشارة منطوق صريح يدل عليه دلالة لفظية وضعية مطابقة أو تضمننا ، وهذه الميزة تتميز بها النصوص مطلقاً سواء أكانت شرعية أم قانونية ، وفيما يلي تطبيقات شرعية وقانونية :

أ- أنموذج من النصوص الشرعية الدالة على الأحكام دلالة إشارة

قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَ الرِّضَاعَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ ^(١) رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّرُ وَوَالِدَةٌ ^(٢) يَوْلَدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَدُهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا ^(٣) عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ ^(٤) أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ^(٥) ، تدل هذه الآية على عدة من الأحكام الشرعية ، منها منطوق صريح ، ومنها مدلول عليها دلالة إشارة كما في التفصيل الآتي :

(١) أي الأب. والهاء يعود إلى (أل) الموصولة وهي بمعنى الذي أي وعلى الذي يولد له.

(٢) أي دفع الرزق بمعنى الأجرة التي يتحصل بها الطعام والشراب والكسوة على الإرضاع.

(٣) برفع التاء عند بعض على أساس أنه جملة خبرية معناها النهي ، وهو يشمل البناء للفاعل والمفعول ، وأن يكون الأصل تضارر - بكسر الراء الأولى - أو تضارر - بفتحها - وعلى الأول تكون المرأة هي

الفاعلة للتضارر وتضر الأب عن طريق أضرار الولد ، وعلى الثاني الأب يضرها عن طريقه.

(٤) أي فطاما قبل الحولين وإنما سمي فصالاً لأن الولد ينفصل عن الاعتناء بلبن أمه إلى غيره من الأقوات.

(٥) الخطاب للآباء.

(٦) سورة البقرة ٢٢٣.

أولاً - الأحكام المنطوق بها صراحة:

١- يجب - أو يندب - إرضاع الأطفال على أمهاتهم، فهو واجب في حالة قيام الزوجية ما لم يكن هناك عذر، و مندوب بعد الفرقة بين الزوجين بقرينة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(١)، لأنه لا يجوز أخذ الأجر على الواجب، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(٢) لأنه جملة طلبية^(٣) معنى وان كانت خبرية لفظاً.

٢- يندب أن تكون مدة الرضاعة حولين كاملين تحقيقاً لا تقريباً، وهذا التحديد ليس على وجه الحتم والإلزام لأنه منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ ﴾^(٤) فعلق الإتمام بإرادة الوالدين وبقرينة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا ﴾^(٥) أي أن أراد الوالدان فطام الطفل قبل إتمام الحولين لهما ذلك ما لم يكن مضراً به، فحكم المدة هو الندب.

٣- يجب على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا أو نقدا عوضاً عن قيامها بإرضاع الطفل وحضاته، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٦) لأن حرف (على) للإلزام. والمراد بالوالدات الزوجات المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن بدليل ما يلي:

أ- هذه الآية أتت بعد آيات أحكام الطلاق، فهي متممة لهذه الأحكام، ومن آثار الطلاق وجوب نفقة المطلقة مقابل الإرضاع، أما في حال قيام الزوجية فإنه واجب عليها لأنها زوجة وأم، والإنفاق واجب على والد الطفل لأنه زوج، فالنفقة للزوجية لا

(١) سورة الطلاق ٦.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) نشرت جريدة الجمهورية - أي في العراق -، العدد ٨٤٣٧ في ٢٩/٢/١٩٩٥ تحت عنوان مختصون يؤكدون أهمية الرضاعة الطبيعية (أثبتت الدراسات والتقارير التي قدمتها منظمة اليونسيف أن الرضاعة الطبيعية تمنع إصابة الأطفال بكثير من الأمراض).

(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

(٥) سورة البقرة ٢٣٣.

(٦) سورة البقرة ٢٣٣.

للإرضاع.

ب- من الأمور الطبيعية أن يحصل التباغض والتعادي بين الزوجين بعد الفرقة، الأمر الذي قد يحمل المرأة على إيذاء الولد، لأنه إيذاء للزوج بصورة غير مباشرة، أو قد ترغب في أن تتزوج زوجاً آخر فتهمل أمر طفلها.

ولهذه الأسباب وغيرها أمر الله سبحانه وتعالى الأمهات المطلقات طلاقاً بائناً بإرضاع أطفالهن مقابل أجره عينية أو نقدية لعيشها بالمعروف. أما المطلقة طلاقاً رجعيًا فهي في حكم الزوجة الحقيقية في وجوب الإرضاع عليها.

٤- الواجب من النفقة والكسوة يكون على قدر حال الزوج في إعساره ويساره، لأنه ليس من المعروف والعدل إلزام المعسر بأكثر مما يقدر عليه ويمكنه، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١).

٥- يحرم على كل من الأبوين أن يضر الآخر بسبب ولدهما الرضيع في تنفيذ أحكام الرضاعة، فلا تأبى الأم أن ترضعه أضراراً بابيه، ولا يجوز أن تطلب هي أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من الإرضاع إذا رغبت فيه، ولا أن يقتر عليها في شيء مما يجب عليه، فلا تكلف الأم الصبر على التقدير، كما لا يكلف الأب بما هو إسراف وما لا يقدر عليه، بل يجب أن يكون كل ذلك بالمعروف، كذلك ليس له أن ينتزع الولد منها بدون سبب شرعي. وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَوَالِدٌ أَوْلَادَها وَلَا مَوْلُودٌ لَهُمْ بَوْلَادِهِمْ﴾^(٢).

٦- إذا مات الأب أو عجز عن الإنفاق على الزوجة المطلقة المرضعة ينتقل الوجوب إلى ذمة وارث الطفل الرضيع، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣).

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) سورة البقرة ٢٣٣. وقال البعض -كالرازي-، التفسير الكبير ٦/١٣١ (المراد وارث الأب فيجب عليه عند موت الأب ما كان واجبا على الأب، لكن هذا خلاف ظاهر الآية التي تشير إلى أن هذا من باب الغرم،

٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على إنهاء فطام الطفل قبل إكمال الحولين (الستين) ما لم يكن ذلك مضرًا بالطفل، فالتحديد للكمال على وجه الندب، وليس الحتم والإلزام، وهذا هو المنطوق الصريح لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا﴾^(١).

٨- يجوز للأب أن يسترضعوا أولادهم، ويطلبوا لهم من يرضعهم من النساء سوى أمهاتهم، شريطة أن يسلموا إليهن ما أرادوا تسليمه من الحق المتفق عليه أو المحدد بالعرف دون ماطلة أو نقص، لأن عدم توفير أجرهن يبعثهن على التساهل بأمر الصبي والتفريط في شأنه. على أن جواز استرضاع غير الأم مشروط بعدم المضارة بالأم لما ورد في الآية من قوله تعالى ﴿لَا تُضَاكِرْ وَيْلَةَ يُؤَلِّدُهَا﴾^(٢). وحكم استرضاع غير الأمهات منطوق صريح لقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ﴾^(٣).

ثانياً - الأحكام المدلول عليها دلالة إشارة:

١- نسب الأولاد يكون لأبائهم دون أمهاتهم، وجه الدلالة أن لام (له) حقيقة في الملكية، ولتعذر حملها على معناه الحقيقي تحمل على أقرب معنى إلى الملكية وهو النسب^(٤)، وثم أن حرف (أل) في (المولود له) بمعنى الذي^(٥) والتقدير (وعلى الذي يولد له)، وهذا يدل إشارة على أن الوالدات إنما ولدن لهم، وهذا هو سر اختيار المولود له بدلا

فنفقة الطفل تكون على الوارث يرثه لو مات وله مال.

^(١) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٣) سورة البقرة ٢٣٣. لمزيد من التفصيل في معرفة هذه الأحكام، راجع التفسير المعتمدة الآتية:

التفسير الكبير للرازي ١٢٤/٦ وما بعدها، تفسير النسفي ١١٧/٢ وما بعدها

تفسير القرطبي ١٦٠/٣ وما بعدها. أحكام القرآن للجصاص ١٠٤/٢ وما بعدها.

أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٢/١ وما بعدها.

^(٤) في فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت ٤٠٧/١ (الآية لا يجاب النفقة على الآباء، ولكن قد عبر سبحانه عنهم بالمولود له، ونسب الولد إليهم بحرف اللام، ففيه إشارة إلى اختصاص الولد بالوالد نسبا، إذ لم يرد التملك قطعا فينفرد ولا يجب شيء منها على الأم).

^(٥) لأن (أل) إذا دخلت على اسم الفاعل أو اسم المفعول تكون موصولة بمعنى الذي أو التي، ويستوي فيه

المذكر والمؤنث، والمفرد والجمع، قال ابن مالك في ألفيته:

ومن وما وأل تساوي ما ذكر وهكذا ذو عند طي شهر

من الوالد.

٢- على الأب وحده في حال حياته وتمكنه نفقة أولاده القاصرين ذكورا كانوا أم إناثا، وإنفاقه على المرضعة في فترة الرضاع إنفاق على الطفل الرضيع بصورة غير مباشرة، فهو واجب عليه أيضاً.

وجه الدلالة أن الأب وحده يتميز بخصوصية النسب، وفي مقابل هذا الغنم عليه غرم النفقة آخذاً بقاعدة (الغرم بالغنم)^(١) أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

٣- يفضل لبن الأم على لبن غيرها لما له من التأثير على صحة الطفل وسلوكه.

وجه الدلالة توجيه الأمر بالإرضاع إلى الأمهات أولاً، ثم استثنى من هذا الأصل جواز الاستعانة بغير الأمهات إذا دعت ضرورة إلى ذلك من رعاية مصلحة الطفل، فقال سبحانه وتعالى ﴿وَلِإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ نَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ﴾^(٢).

٤- للوالد وحده حق التصرف في مال ولده بدون إذنه^(٣) استثناء من قاعدة تحريم أكل مال الغير بدون رضاه أو طيبة نفسه في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْكَرَةً عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤) وقال الرسول ﷺ (لا يحل مال امرئ إلا بطيبة نفسه)^(٥).

وجه الدلالة ما للأب من نسب وما عليه من نفقة، ومن تامين كافة متطلبات عيش ولده حتى يبلغ اشده ويقدر أن يعتمد على نفسه.

٥- إذا قتل الوالد ولده قتلا عمداً عدواناً، لا يجب عليه القصاص، وإنما يعاقب بعقوبة تزييرية كالسجن.

(١) مجلة الأحكام العدلية، م ١٨٧.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) في المغني لابن قدامة ٦٧٨/٥ (للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء، ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أم كبيراً، بشرطين: أحدهما أن لا يحجف بالابن، ولا يضربه ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته. والثاني: أن لا يأخذ مال ولده فيعطيه لآخر).

(٤) سورة النساء ٢٩.

(٥) رواه مسلم.

وجه الدلالة أنه سبب وجوده فلا يكون هو - أو قتله - سبباً لإعدامه، وعلى هذا الأساس قال علماء الأصول (الأبوة مانعة من القصاص)^(١) وكذلك إذا قذف ولده لا يعاقب بعقوبة حد القذف المقرر بالنص، بل يعزر.

٦- وجوب نفقة الأقارب لا يقتصر على قرابة البنوة كما قال البعض^(٢) ولا على الوارث ذي الرحم كما هو رأي البعض^(٣) إنما يشمل كل قريب وارث.

وجه الدلالة أن لفظ (الوارث) في قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٤) معرف بال الاستغراق يفيد العموم، ولم يثبت دليل يخصصه، ثم أن الحكم - وجوب النفقة - تعلق بوصف - الوارث - وتعلق الحكم بالمشتق يدل على عليية - سببية - مأخذ الاشتقاق، فالسبب هو الوارث فيدور معه وجوداً وعدماً.

٧- الأم أحق بحضانة ولدها.

وجه الدلالة أن الله قد أمرها بالإرضاع وهو جزء من الحضانة^(٥). والحضانة كالرضاع لهما صفة مزدوجة فكل منهما حق والتزام، فمن حيث إنه التزام لا يحق لها أن تتنازل عن أي منهما بدون عذر مشروع إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الطفل، وكذلك ليس لها الامتناع عن الإرضاع أن لم تجد من ينفق عليها، كما أن التزامها بالعدة لا يسقط أن لم يكن هناك من ينفق عليها أثناء العدة.

^(١) قال عمر الخباز في أصوله، مخطوطة مكتبة الأوقاف - بغداد ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ يَنْفَقُهُنَّ وَكَسَوْتُهُنَّ اللَّهُ﴾ سورة البقرة: ٢٣٣ عبارة عن إيجاب النفقة على الأب، إشارة إلى أن نسبة الوالد إليه، وأن له حقا في ماله ونفسه، وأنه لا يعاقب بسببه، وأن ينفرد الأب بنفقته، والابن الموسر بنفقة أبيه إليه بلام الملك).

^(٢) كالشافعي فقال (لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين)، كشف الأسرار ٥٣٢/٢.

^(٣) كالحنفية، المرجع السابق، قال ابن أبي ليلى (تجب النفقة على كل وارث لظاهر قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ سورة البقرة: ٢٣٣).

^(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

^(٥) قال ابن العربي، أحكام القرآن ٢٠٤/١ (قال علماؤنا الحضانة بدليل هذه الآية للأم والنصرة للأب، لأن الحضانة مع الرضاع)، ويبنى على هذا ما جاء في (م١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ من أن (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

وحكمة أحقية الأم بالحضانة هي مالها من الحنان والشفقة والسكينة النفسية، مما له الاثر الفعال بالنسبة لسلوك الطفل إذا تولت بنفسها الإشراف عليه مباشرة.

٨- على الزوجة الغنية نفقة زوجها الفقير.

وجه الدلالة أنها وارثة له^(١) وقد ربط سبحانه وتعالى بين الإنفاق والميراث فقال ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٢) وهذا يدل على أن مسؤولية الإنسان بالإنفاق على الغير مبنية على أساس أنه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها إذا مات قبلها فتجب عليها نفقته إذا كانت غنية وهو فقير، وبناء على ذلك تكون نسبة الالتزام بالإنفاق حسب نسبة الاستحقاق في التركة في حالة التعدد، فالفقير الذي له أخت وأخ من الأبوين أو من الأب عليهما النفقة أثلاثاً لأن استحقاقهما لتركته^(٣) يكون وفق قاعدة (للمذكر مثل حظ الأنثيين)^(٤). ومن الآيات الأخرى في القرآن الكريم التي تدل على الأحكام دلالة إشارة قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٥) يدل إشارة على صحة الزواج بدون ذكر المهر فيه، وقوله تعالى ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾^(٦) يدل إشارة على صحة

^(١) قال ابن حزم المحلى ٩٢/١٠ (فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامراته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك أن أيسر)، برهان ذلك قول الله عز وجل ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ بمسورة البقرة ٢٣٣. فقال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن.

^(٢) سورة البقرة ٢٣٣.
^(٣) خلافاً للظاهرية، ففي المحلى ١٠٧/١٠ (لا يجوز أن كان الورثة كثيراً أن ينفقوا على المحتاج إلا على عددهم لا على قدر موارثهم لأن النص سوى بينهم بإيجاب ذلك عليهم).

^(٤) في كشف الأسرار على أصول البزدوي ٥٣٢/٢ (وفيه إشارة إلى أن النفقة تجب بقدر الميراث، لأن الإرث علة لوجوبها فيجب بناء الحكم على معناه وهو الإرث، والحكم يثبت بقدر العلة لأن الغرم بإزاء الغنم، وقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ بمسورة البقرة ٢٣٦. يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ بمسورة البقرة ١٨٧، يدل على صحة الصيام مع عدم الغسل بعد المعاشرة الجنسية لجواز القيام بها في اللحظة الأخيرة من الليل التي لا تكفي للغسل).

^(٥) سورة النساء ٢٣٦.

^(٦) سورة البقرة ١٨٧.

صيام رمضان مع الحدث الأكبر لأنه مسموح للزوجين المعاشرة الجنسية إلى اللحظة الأخيرة من الليل، ومن الواضح أن الغسل بين نهاية الليل وبداية الفجر متعذر.

ب- أنموذج من النصوص القانونية الدالة على الأحكام دلالة إشارة:

١- (١/٣٧٨م)^(١) من قانون العقوبات العراقي القائم (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر). فالمنطوق الصريح للفقرة الأولى من هذه المادة هو أن أحد الزوجين إذا ارتكب جريمة الزنى فلا يجوز لأي شخص أن يحرك الدعوى ضده إلا الزوج الآخر البريء المجني عليه، علماً أن الادعاء العام هو الجهة التي يتم بواسطتها تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية.

وتدل دلالة إشارة على أن جريمة زنى أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الآخر، وينبني على ذلك أن لهذا الزوج المعتدى عليه مطلق الحرية في تحريك الدعوى وعدمه وفي التنازل عن حقه قبل الدعوى وبعدها، وقبل صدور الحكم بالعقوبة وبعده، وفي حالة التنازل ليس للقضاء الحكم بالعقوبة، ولا للجهة التنفيذية تنفيذ الحكم.

وتعتبر جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية اعتداء على الحق العام، أي على قيم المجتمع، وأخلاقه وأعراضه وأنسابه، ومخالفة لحكم الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢). ولا تفرق هذه الشريعة في

^(١) وكذلك (١/٣م/١ف) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية: زنى الزوجية، أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية).

وم ٢٧٤ من قانون العقوبات المصري (المرأة المتزوجة التي يثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت).

وتضمنت م ١/٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي ما يلي أيضاً (ولا تقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ- إذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ج- إذا ثبت أن الزنى تم برضاء الشاكي).

^(٢) سورة الإسراء ٣٢.

التجريم والتحريم بين زنى أحد الزوجين وغيره، كما أنه لا وجود للرجم في القرآن،^١ وهي لا تحمي حقاً خاصاً لأحد الزوجين لأنه قد يكون برضاه، أو يمارس نفس الجريمة ويفض النظر عن ممارسة الآخر لنفس الجريمة، ولا تستهدف حماية حق المزني بها لأنه قد يكون الزنى برضاها، إنما تحمي الحق العام والنظام العام والآداب العامة. وكذلك عقوبة الزنى عقوبة حدية من حقوق الله ومن الحقوق العامة، لا يملك أحد سلطة العفو أو التنازل عنها أو تعديلها. وينبغي على ذلك أن لكل بالغ عاقل أن يساهم في مكافحة هذه الفاحشة بنفسه أو بإعلام الجهات المختصة لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٢- م ١٦٣ من القانون المدني العراقي القائم (المعروف عرفاً بالمشروط شرطاً)^٢، تدل بمنطوقها الصريح على أن للعرف في تقييد العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به. وتدل دلالة إشارة على أن المتعاقد الملزم بالوفاء بالتزامه بمقتضى العرف إذا لم ينفذ هذا الالتزام جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد.

٣- من أوصى بمنفعة عقاره دون رقبته دل تصرفه بمنطوقه الصريح على أن الموصى له ينتفع بالمنفعة الموصى بها بعد وفاة الموصي مادام باقياً على قيد الحياة ما لم تقيّد الوصية بالمدّة، وتدل دلالة إشارة على أن شخصية الموصى له مأخوذة بنظر الاعتبار لدى الموصي، بحيث إذا توفي لا تنتقل إلى ورثته بل ترجع المنفعة إلى من يملك الرقبة من الورثة ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك.

٤- من وهب ماله لشخص وتوافرت شروط هبته دل عقد الهبة بمنطوقه الصريح على تمليك الواهب للموهوب له في حال حياته على سبيل التبرع. ودل دلالة إشارة على الإذن بالقبض، فإذا قبضه الموهوب له بدون إذن الواهب يكون القبض صحيحاً ينتج آثاره الشرعية والقانونية ما لم ينص صراحة على منع القبض بلا إذن منه، وإلا فلا يعمل بدلالة الإشارة وفقاً لـ (م ١٥٧) من القانون المذكور (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح).

(١) وقد أثبتنا ذلك بالأدلة العقلية في مؤلفنا (لا رجم في القرآن).

(٢) المادة (٤٣). مجلة الاحكام العدلية.

المطلب الثاني دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها

قد يترك الشارع - أو المشرع - كلمة - أو عبارة - في نص تقتضي دلالة على المعنى المراد رعايتها واعتبارها جزءاً من هذا النص ، ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص .
والسر في عدم ذكر هذه الكلمة - أو العبارة - رغم أهميتها يعود أما إلى وضوحها وإمكان إدراكها بأدنى تأمل ، أو إلى إبقاء النص على عمومته بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون أمام القضاء مجال واسع لتقدير ما يتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها ، كما يجوز أن يكون الترك لأسباب أخرى بالنسبة لمن كلف بإعداد مشروع القانون الوضعي كالجهل بأهمية القيد المحذوف أو النسيان أو الخطأ أو غير ذلك .

وأياً كان سبب عدم الذكر ، فإن عبء إدراكه واعتباره حين استنباط الحكم من النص يقع على المجتهد أو القاضي أو كل من يهمله فهم المراد من هذا النص^(١) ويسمى المقتضي (بكسر الضاد) ودلالة الاقتضاء موجودة في كثير من النصوص الشرعية والقانونية .

١- من النصوص الشرعية المقتضية لضم ضميمة:

أولاً: إذا تعلق الحكم بعين - أو ذات - فإنه يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان يكون مناسباً

^(١) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول ، ص ١٠٥ (الاقتضاء معناه لغة الطلب ، والنص قد يطلب زائداً عليه ليصح المنصوص عليه فلا يوجب النص شيئاً إلا بتقديم ذلك المقتضى عليه فيكون شرطاً لعمل النص سابقاً عليه ، إذ الشرط يتقدم على الشروط دائماً ، فكان النص مقتضياً إياه لتصحيحه ، فهذا أنتسب المقتضى - بفتح الضاد - مع حكمه إلى النص وهو المقتضى - بكسر الضاد - وكان كلمة من دلالة النص ، فهناك أمور أربعة المقتضى وهو النص ، والمقتضى وهو ذلك الشرط (القيد) والاقتضاء وهو النسبة بين المقتضى والمقتضى وحكم المقتضى وهو الثابت به) .

ومعنى الدال بالاقتضاء اصطلاحاً (اللفظ الدال على شيء مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على ذلك المسكوت) كما في قوله ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان) ، أي حكم الخطأ والنسيان لأنهما لم يرفعا عنهم لوقوعهما منهم) .

وفي أصول الشاشي ، ص ٣١ . أما المقتضى فهو زيادة على النص لا يتحقق معنى إلا به كأن النص اقتضاء ليصح في نفسه معناه .

للمقام والحكم، لأن متعلقات الأحكام التكليفية لا تكون إلا من أفعال (تصرفات) الإنسان لذا عرف علماء الأصول الحكم بأنه (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع)، ومن أمثلة ذلك:

١- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾^(١) أي حرم عليكم الزوج بأمهاتكم وبناتكم وأخواتكم، وغيرهن من محرمات الزواج تحريماً مؤبداً والتزوج فعل الإنسان.

٢- قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ ﴾^(٢) أي حرم عليكم الانتفاع بالميتة وتعاطي الدم وأكل لحم الخنزير، لأن التحريم يتعلق بهذه الأفعال والتصرفات لا بذات الميتة أو الدم أو لحم الخنزير.

٣- قوله تعالى ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ﴾^(٣) أي أكل طعام أهل الكتاب - كل من يؤمن بكتاب سماوي ويرسل من الرسل - حل لكم وأكلهم لطعامكم حل لهم.

وهكذا في كل نص تعلق حكمه بعين أو ذات يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان.

ثانياً: إذا ورد في نص رفع أو نفي شيء وهو واقع في نفس الأمر، فإن صدق النص - أو صحته - يتوقف على تقدير ما يرفع هذا التناقض الظاهري بين الوقوع في الواقع واللاوقوع في النص، ومن أمثلة ذلك:

١- قول الرسول ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان)^(٤) وما استكروها عليه)^(٥) ومن الواضح أن كل إنسان معرض للخطأ والنسيان وللإكراه، فكل من هذه الأمور الثلاثة لم يرفع لا من أمة محمد ولا من أمة أخرى، ولذلك يجب تقدير ما هو مناسب في هذا المقام فقال البعض تقدير الكلام: رفع العقاب أو الإثم أو - المواخذة - على أساس أن

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) سورة المائدة ٣.

(٣) سورة المائدة ٥.

(٤) السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها في الحافظة والنسيان زوالها عنها مما تحتاج في حصولها إلى سبب جديد. ابن عابدين ٧٠٩/٣.

(٥) وفي رواية دفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه. وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال (أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه). راجع المتبصر في تخريج أحاديث المنهاج والمختصر للزركشي، تحقيق الأستاذ حمدي السلفي، ص ١٥٤.

هذه الأعدار من موانع المسؤولية الجنائية، فالإنسان إذا ارتكب جريمة في حالة النسيان أو الخطأ أو تحت ضغط الإكراه ولا يتوافر لديه القصد الجنائي لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً عن تعويض ضرر مادي ناتج عن تصرفه غير المشروع لأن التعويض من باب خطاب الوضع، أي ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن سوء قصد المسبب أو حسن نيته.

وقال البعض: رفع حكم تصرف الناسي والمخطئ والمكروه، ومن المعروف أن الحكم اعم فيشمل كل اثر لهذا التصرف.

والأفقه هو التقدير الأول لأن هذه الأعدار من موانع المسؤولية الجنائية عند جمهور الفقهاء.

٢- قول الرسول ﷺ (لا نكاح إلا بولي)^(١) ومن البديهي أن النكاح بلا ولي قد وقع ويقع مرات لا حصر لها، وبناءً على ذلك من يرى أن إذن الولي شرط صحة الزواج قدر في هذا الحديث كلمة (لا صحة) أي لا صحة لزواج لم يتم بإذن الولي الخاص أو العام (كالقاضي)، ومن ذهب إلى صحة الزواج ولو بدون إذن الولي قدر لفظ (كمال) أي لا كمال لزواج لم ينشأ بإذن الولي.

ثالثاً: أي سبب آخر في النص يقتضي ضم ضميمة إليه ليدل على المعنى أو الحكم المراد به.

ب- من النصوص القانونية:

- ١- م ٩٥ من قانون رعاية القاصرين العراقي (يعتبر صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته) فهي تقتضي إضافة العبارة الآتية إليها (ما لم يستند إلى تاريخ سابق).
- ٢- م ٨٧٥ من مشروع القانون المدني العراقي (أولاً - للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله، أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة)، فإنها تقتضي أن يضاف إليها ما يلي (ما لم يتعلق بها حق للغير)، لأنه إذا تعلق بالوكالة حق للغير فلا يجوز لأي من الموكل والوكيل إنهاء الوكالة إلا بإذن هذا الغير^(٢).

(١) رواه أحمد والأربعة، سبل السلام ١٥٣/٣.

(٢) على سبيل المثال: إذا اشترطت الزوجة وقت الزواج على زوجها أن يوكّلها بتطليق نفسها إذا تزوج عليها زوجة أخرى، فوكّلها بذلك فلا يستطيع أن يعزلها بالقول لتعلق حقها بالوكالة، لكن يستطيع العزل بالفعل بأن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، وإذا وكل المدّين الراهن شخصاً بناءً على طلب الدائن

ج- من القواعد العامة المقتضية للتقدير:

- ١- قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، فهي تقتضي تقدير نفاذ التصرف، أي لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد تسديد الديون المتعلقة بها أو إذن الدائن، ذلك لأن التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة في لحظة الوفاة على الرأي الراجح لدى فقهاء الشريعة أخذاً بعموم آيات الميراث، لكن حفاظاً على حقوق الدائنين يكون تصرف الورثة في التركة أو في جزء منها موقوفاً في المقدار الذي يقابل الدين ما لم يتم وفاء الدين من التركة أو من مال الوارث أو من جهة أخرى إلا إذا كان التصرف بإذن الدائن الذي يكون أهلاً للتبرع.
- ٢- قاعدة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)، أي لا مساغ للاجتهاد في مورد نص يكون دلالة على الحكم قطعية، أما إذا كان ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى -أو حكم- واحد فإنه يجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين هذه المعاني المحتملة.
- ٣- قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، فهي تقتضي تقدير لفظ -الأصلي-، فالجواز الشرعي الأصلي هو الذي ينافي الضمان، كمن حفر بئراً في حديقة داره أو في بستانه فوقع فيه شيء دون تقصير منه فلا ضمان عليه، لأن تصرفه كان مشروعاً أصلاً، بخلاف ما إذا كان الجواز الشرعي مبني على قيام عذر شرعي كجائع أكل مال الغير بدون إذنه لإنقاذ حياته فإنه غير آثم، لكن يجب عليه الضمان، وكذلك السائق الذي يغير اتجاه سيارته فجأة عندما يجد إنساناً أمامه على الشارع العام - أو الطريق العام - فيؤدي ذلك إلى إتلاف مال للغير كهدم سيارته - حائط - الحديقة، فإنه -أيضاً- لا يسأل جنائياً لكن يجب عليه الضمان أخذاً بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

المرتهن بأن يبيع المال المرهون ويوفي من ثمنه الدين إذا لم يتم وفاءه قبل الأجل، ليس له عزله كما لا يحق للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بإذن الدائن لأنه يضر بمصلحته.

المطلب الثالث

دلالة الإيماء وتطبيقاتها

من البديهيات أن لكل حكم شرعي - أو قانوني - لتصرفات الإنسان أو الوقائع سببا وعلة، وهي الغاية المادية أو المعنوية التي تترتب على تنفيذ الحكم والموجبة لتشريعه. فالسبب في كل قضية سابق في وجوده على حكمه كالسرقة للعقوبة والقتل للقصاص والإتلاف للتعويض. أما علة الحكم وهي الغاية المتوخاة في تشريعه فهي سابقة في التصور ولاحقة للحكم وتنفيذه في التحقق كحماية الدين في وجوب الجهاد، وحماية الأموال في وجوب عقوبة السرقات، وحماية الأزواج في وجوب القصاص وحماية الأعراس في وجوب عقوبات الزنى والقذف.

فسبب الحكم وعلته أمران مختلفان في الحقيقة والماهية لكنهما مرتبطان إلى حد التلازم، فكل منهما يكمل الآخر في الاهتمام بالحكم تشريعا وتطبيقا وتنفيذا، وهذا التلازم هو الذي جعل بعض علماء الأصول أن يقع في الخلط بينهما، أو يقول السبب أعم مطلقا والعلة اخص مطلقا على أساس أن العقل إن أدرك المناسبة بين السبب والحكم فهو علة وسبب وإلا فسبب فقط، وقد سبق بيان هذا الموضوع في القياس والمصلحة، ويبنى على ما ذكرنا أن لكل حكم علة سواء أدركها العقل أم لم يدركها، وموضوعنا (دلالة الإيماء) يكون مجال تطبيقه هي النصوص التي تدل على علل أحكامها ضمنا، وعلة الحكم قد يدل عليها النص صراحة كما في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾^(١)، لكن الغالب المتداول في النصوص الشرعية

^(١) سورة البقرة ١٧٩. كان العرب قبل الإسلام يقولون في تحليل القصاص (القتل أنفى للقتل) وهو يقابل قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ سورة البقرة ١٧٩. وكلام الله أبلغ منه من الأوجه الآتية:

- ١- أقل حروفا.
- ٢- فيه النص على علة الحكم صراحة وهي حماية الحياة.
- ٣- التذكير في لفظ حياة للتعظيم (أي حياة عظيمة).
- ٤- اطراده فالقاعدة مطردة لأن القصاص يكون دائما لغرض حماية أرواح الناس وسلامتهم، في حين أن القتل قد يكون ظلما فيؤدي إلى توسع رقعة العدا والمضاعفات فلا يكون أنفى للقتل.
- ٥- خلوه عن التكرار وقد تكرر لفظ (القتل) في (القتل أنفى للقتل).
- ٦- استغناؤه عن تقدير محذوف، بخلاف القول المذكور، فإن تقديره (القتل أنفى للقتل من تركه).

والقانونية تكون دلالات النصوص على علل أحكامها ضمنية وعن طريق الإيماء.

١- دلالة الإيماء في النصوص الشرعية:

١- قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١) يدل بمنطوقه الصريح على أن نصيب الذكر من البنين عند الاجتماع مع البنات والاختوة مع الأخوات - لغير الأم - ضعف ما للأنتى من التركة، ويدل دلالة إيماء على أن علة هذا التمييز في الميراث هي حماية الحقوق ورعاية النسبة الطردية بين حقوق الشخص والتزاماته، فيستحق زيادة الحقوق كلما زادت التزاماته بنفس النسبة وإلا اختل ميزان العدالة. وإذا كانت الدساتير الوضعية لدول العالم المتحضر تسعى إلى رعاية التوازن بين حقوق والتزامات المواطنين فإن الدستور الإلهي أولى بهذه الرعاية، وقد قال تعالى ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾^(٢) فكل ذكر بالغ عاقل يجب عليه الجهاد في حالة تعرض دينه أو عرضه أو نفسه أو ماله للاعتداء، قال تعالى ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٣) والأنتى غير مسؤولة عن هذا الواجب بحكم تكوينها الذاتي الذي لا يتحمل مشقة القتال، وعلى الزوج - دون الزوجة - نفقة الزوجة والأولاد، وعليه تكاليف ونفقات الزواج، وغير ذلك من الالتزامات التي لم يكلف بها جنس الأنتى لا شرعاً ولا قانوناً.

٧- الجمع بين المتضادين في الكلام وهما القصاص والحياة وهو من صنعة الطباقي ومن مظاهر بلاغة الكلام.

٨- جعل تفويت الحياة طرفاً للحياة، وهذا أيضاً من باب بلاغة الكلام...

لمزيد من التفصيل راجع كتاب المطول في علم البلاغة للعلامة سعد الدين الفتازاني (رحمه الله)، ص ٢٣٣ وما بعدها.

^(١) سورة النساء ١١.

^(٢) سورة الرعد ٨.

^(٣) سورة البقرة ١٩٤.

٢- كذلك قول النبي ﷺ (لا يقضي القاضي وهو غضبان)^(١) معلل بما يدهش العقل عن إتمام الفكر.

٣- قوله ﷺ (لا يرث القاتل)، يدل بمنطوقه الصريح على أن من قتل مورثه يجرم من تركته، فلا يرث شيئاً. ويدل دلالة إيماء على أن علة الحرمان من الميراث حماية أرواح الأبرياء لأن الوارث إذا علم أن قتله لمورثه يجرمه من تركته لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة غالباً.

٤- قوله ﷺ (من غشنا فليس منا)^(٢) يدل بمنطوقه على تحريم الغش والتدليس ويدل دلالة إيماء على أن علة تحريم الغش هي حماية حقوق المستهلكين ومنع أكل أموال الناس بالباطل.

ب- دلالة الإيماء في النصوص القانونية:

١- م ٤٠٦^(٣) من قانون العقوبات العراقي تدل بمنطوقها الصريح على أن عقوبة جريمة القتل هي الإعدام إذا اقترنت بظرف من الظروف القانونية المشددة الواردة فيها. وتدل

(١) أخرجه البيهقي، كتاب آداب القاضي ١٠٥/١٠ (والمراد بالغضب كل عرض يؤثر على تفكير القاضي وبالتالي إلى الحكم بغير عدل).

(٢) عن أبي هريرة ؓ (أن الرسول ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال (ما هذا يا صاحب الطعام ؟)، قال أصابته السماء يا رسول الله قال ﷺ (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني)، رواه مسلم. سبل السلام ٣٧/٣.

(٣) نص الفقرة الأولى من المادة (١) يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كان القتل مع سبق الإصرار أو التردد.

ب- إذا حصل القتل باستعمال مادة سامة أو مفرقة أو متفجرة.

ج- إذا كان القتل للدافع دنيء أو مقابل أجر أو إذا استعمل الجاني طرقاً وحشية في ارتكاب الفعل.

د- إذا كان المقتول من أصول القاتل.

هـ- إذا وقع القتل على موظف، أو مكلف بمخدمة عامة أثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك.

و- إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد.

ز- إذا اقترنت القتل عمداً بجريمة أو أكثر من جرائم القتل عمداً أو الشروع فيه.

ح- إذا ارتكب القتل تمهيداً لارتكاب جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أو تسهيلاً لارتكابها أو تنفيذها لها أو تمكيناً لمرتكبها أو شريكه على الفرار أو التخلص من العقاب.

ط- إذا كان الجاني محكوماً عليه بالسجن المؤبد عن جريمة قتل عمدي وأرتكب جريمة قتل عمدي أو شرع فيه خلال مدة تنفيذ العقوبة.

دلالة إيماء على أن علة الحكم خطورة المجرم على حياة المجتمع، وهذه الخطورة تؤخذ من الظرف المقترن بالقتل.

٢- م ٢٨٧^(١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تدل بمنطوقها الصريح على أنه (إذا وجدت المرأة المحكوم عليها بالإعدام حاملاً فلا تنفذ العقوبة قبل وضع الحمل، وقبل مضي أربعة اشهر على تأريخ الولادة).

وتدل دلالة إيماء على أن علة عدم جواز التنفيذ هي حماية الحمل من الموت الذي يلاقيه بسبب إعدام أمه وهو رغم أنه في بطنها وجزء منها إلا أنه غير مشمول بهذه العقوبة لأنها شخصية لا تنصب إلا على شخص المجرم. وبناء على ذلك إذا ثبت بالطرق العلمية أن الطفل ميت في بطن أمه أو غير موجود فإن التنفيذ لا يؤجل بناء على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

وكذلك علة عدم التنفيذ قبل مضي أربعة اشهر على الولادة هي حماية سلامة الطفل الذي قد يتعرض للخطر إذا فقد أمه مباشرة بعد الولادة، أو خلال الفترة المذكورة. ومن الجدير بالإشارة أن الرسول ﷺ قد أمر بتأجيل تنفيذ إعدام الغامدية إلى ما بعد ولادة طفلها، وإلى أن أرضعته سنتين كاملتين بعد ولادته^(٢).

أهمية إدراك القاضي لعلة الحكم

إدراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص الذي ينوي تطبيقه على القضية المرفوعة إليه له أهمية كبيرة لتحقيق العدالة، ولأن يأخذ كل ذي حق حقه، ذلك لأن الحكم يدور مع علته

^(١) نص المادة (أ- إذا وجدت المحكوم عليها حاملاً عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى إدارة السجن إخبار رئيس الإدعاء العام ليقدم مطالعته إلى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه، ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالعة إلى رئيس الجمهورية، ويؤخر تنفيذ الحكم حتى يصدر أمر مجدد من الوزير استناداً إلى ما يقرره رئيس الجمهورية، وإذا كان الأمر المجدد يقضي بتنفيذ عقوبة الإعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة أشهر من تأريخ وضع حملها سواء وضعت قبل ورود هذا الأمر أم بعده*.

^(٢) في سبل السلام ١٤/٤ (عن عمران بن حصين أن امرأة من جهينة هي المعروفة بالغامدية أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنى فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي، فدعا رسول الله ﷺ وليها فقال أحسن إليها فإذا وضعت فأنتي بها، ففعل فأمر بها، فشكت (شدت) عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها)، إلا أنه قد ثبت في رواية أخرى أنها رجمت بعد أن فطمت ولدها وأنت به وفي يده كسرة خبز. أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب من أعترف على نفسه بالزنى، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١١.

وجوداً وعدمًا، فإذا اقتنع بتحقيق العلة طبق الحكم المنصوص عليه وإلا فلا، ومن تطبيقات دوران الحكم مع علته ما يلي:

١- كان امتناع الرسول ﷺ عن الأمر بالتسعير، وحكم فقهاء التابعين به كان تبعاً لاختلاف العلة وجوداً وعدمًا. عن انس رضي الله عنه قال غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ ((إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال))^(١)، وقد أفتى فقهاء التابعين بالتسعير، فعلة عدم إجازة الرسول ﷺ بالتسعير هي حماية حقوق التجار والباعة، لأن الغلاء لم يكن بسبب الاستغلال والجشع وإنما كان لقلة الإنتاج وعلى أساس قانون العرض والطلب، وحكم فقهاء التابعين بالتسعير علة كانت حماية حقوق المستهلكين بعد أن ظهر الاستغلال والجشع.

٢- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم لتخلف العلة وهي حماية الدين ونشر الرسالة من شر هؤلاء، فبعد أن تقوى مركز الإسلام زال خطر هذا الشر.

٣- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق العقوبة في آية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢) في سنة الجماعة على الذين ارتكبوا السرقات لإنقاذ أرواحهم من الموت، لأن كل من تعرض لخطر الموت بسبب الجوع لا يتردد من سرقة أموال الغير لحماية حياته رغم علمه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة، ففي هذه الحالة الاضطرارية لا تتحقق علة الحكم وهي حماية أموال الناس، ثم أن العقوبة تحمي الأموال والسرقة تنقذ حياة المضطر، ورعاية حماية الحياة أولى من رعاية حماية المال.

ونستنتج من هذه التطبيقات وغيرها أن العقوبات التعزيرية التي يقرها ولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى - أو أهل الحل والعقد - لحماية الدين والنفس والعرض والمال والعقل، وغير ذلك من المصالح العامة الأخرى يجب تعديلها أو تبديلها إذا ثبت عدم جدوى هذه العقوبات في تحقيق غاياتها - الغايات المتوخاة من

(١) سنن الترمذي ١٣١٤.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

تشريعها-.

٤- في م ٢٨٧ المذكورة (لا يؤجل تنفيذ عقوبة المحكوم عليها الحامل إلى ما بعد وضع الحمل إذا ثبت بالطرق العلمية ثبوتاً قطعياً أن الجنين قد مات قبل ولادته. وكذلك لا يؤجل التنفيذ بعد الولادة إلى أن تمضي مدة أربعة اشهر على وضع الحمل إذا مات الطفل بعد الولادة مباشرة)، لأن الحكم - تأجيل التنفيذ - يدور مع علته - حماية حياة الطفل - وجوداً وعدم^(١).

(١) في أصول الشاشي، ص ٣٠، قال الإمام القاضي أبو زيد (لو أن قوما يعدون التأفيف كرامة لا يحرم عليهم تأفيف الأبوين، ولو فرضنا بيعاً لا يمنع العاقدين من السعي إلى الجمعة بأن كانا في سفينة - أو سيارة - تجري - أو تسير - نحو الجامع لا يكره البيع. وعلى هذا قلنا من حلف لا يضرب فلانا فضربه بعد موته لا يحنت لانعدام معنى الضرب وهو الإيلام).

المبحث الثاني

مفهوم النص

قسم علماء الأصول المفهوم إلى قسمين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة، ولتميز كل منهما بعناصر وأحكام خاصة إضافة إلى ما لهما من الأهمية للقضاة وشرح القانون نوزع دراستهما على مطلبين.

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

من الأمور البديهية التي لا تقبل النقاش، أو يجب أن لا تناقش أن النصوص سواء أكانت شرعية أم قانونية غير مقصودة لذاتها، وإنما الغاية من تشريعها ما يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الإنسان لجلب نفع له أو درء ضرر عنه. إن هذه الغاية لا تتأتى دائماً من التمسك بحرفية النص، بل رُبَّ تقييد بهذه الحرفية يحدث الخلل في التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يربتها النص على التصرفات والوقائع، وبالتالي يؤدي إلى ترجيح إحدى كفتي ميزان العدل على الأخرى لمصلحة احد الأطراف من ذوي العلاقة على حساب غيره، وهذا مما ياباه الدستور الإلهي -القرآن الكريم- الذي ربط في كثير من آياته بين النص والحكم والعدل والميزان والحق، ومنها قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾^(٣).

(١) سورة النساء ٥٨.

(٢) سورة المائدة ٤٢.

(٣) سورة ص ٢٦.

وقوله تعالى ﴿ اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(٢)، وغير ذلك من الآيات الأخر التي تؤكد وجوب رعاية القاضي - أو الحاكم - إحقاق الحق وتحقيق العدالة قبل أن يراعي حرفية النص والتمسك بمعناه الموضوع له، وعليه أن يزن كل حكم بميزان العدل قبل أن ينطق به حتى يتحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحكوم عليه والمحكوم له.

وإضافة إلى ذلك فإن القرآن بصفته دستوراً لم يتطرق للتفصيلات والأحكام الجزئية إلا قليلاً، وإنما ركز على الأسس العامة والقواعد الكلية لتطبق على كل مسألة جزئية تندرج تحتها مع رعاية الظروف والملابسات والخلفيات لكل جزئية، وهذه الرعاية التي تسمى (التفريد) هي التي تساعد على تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه. ويبنى على ما ذكرنا أن الفقيه - أو القاضي - كما يأخذ الحكم من عبارات وألفاظ النصوص، وهذا ما يسمى (منطوق النص) كذلك قد يستنبطه من روح النص ومعناه، ومن العلة الموجبة لتشريع، ويسمى عندئذ مفهوم النص. ومن الجدير بالذكر، أن مفهوم النص دائماً يكون أوسع من منطوقه لأنه يشمل ويشمل غيره من المسكوت عنه.

وعلى سبيل المثال:

تحريم كنز الذهب أو الفضة في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُفْقِدُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾^(٣) منطوق النص، وتحريم كنز كل عملة ورقية أو معدنية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول هو مفهوم النص، وتحريم الأكل بمعناه اللغوي في قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلَتِهِمْ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾^(٤) منطوق النص، وتحريم كل إتلاف آخر

(١) سورة الشورى ١٧.

(٢) سورة الحديد ٢٥.

(٣) سورة التوبة ٣٤.

(٤) سورة النساء ١٠.

لمال القاصر ظلماً سواء أكان بالإحراق أم الاستهلاك أم غير ذلك مفهوم النص، وتحريم التأفيف في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَن آفَى﴾^(١) منطوق النص، وتحريم كل إيذاء آخر للوالدين أو أحدهما بأي قول أو فعل يشعر بالإهانة أو عدم الاحترام مفهوم النص. وهكذا كل نص آخر حكمه يكون معلولاً لعله يدركها له منطوق ومفهوم.

وهذان المصطلحان كما يطلقان على الحكم غالباً فقد يراد بهما محل الحكم كالذهب والفضة وكل عملة حلت محلها في آية تحريم الكنز. وعلى الإطلاق الأول إذا كان كل من المنطوق والمفهوم من نوع واحد كالتحريم في الآيات المذكورة يسمى المفهوم (موافقة) أو (مفهوم موافقة) أو (مفهوم الموافقة)، كما يسمى (فحوى الخطاب)^(٢) و (لحن الخطاب)^(٣) و (دلالة النص)^(٤) وعلى الإطلاق الثاني يسمى المحل المذكور في النص - كأكل مال اليتيم^(٥) - منطوقاً به، والمحل غير المذكور - كإتلاف مال اليتيم - مسكوتاً عنه.

ومن النصوص القانونية الدالة على الأحكام بمنطوقها ومفهومها (م ٢٣٧) من قانون العقوبات المصري (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى وقتلها في الحال هي ومن زنى بها

(١) سورة الإسراء ٢٣.

(٢) أي معناه يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه أي مما تنسبت من راده بما كلمه أي وجدت رائحته، وفي الحديث الشريف ﴿تسموا روح الحياة﴾، أي وجدوا نسيمها. راجع حاشية الشرييني على هامش شرح جمع الجوامع مع البناني ٢٤١/١. وعادة يسمى فحوى الخطاب في حالة كون موجب تشريع الحكم في المسكوت عنه أقوى كالإيذاء في الضرب والشتم بالنسبة للتأفيف في آية ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَن آفَى﴾ سورة الإسراء ٢٣.

(٣) أي معناه كما في قوله تعالى ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾ سورة عمد ٣٠. ويستعمل هذا المصطلح إذا كان موجب الحكم في كل من المنطوق به والمسكوت عنه متساوياً كالضرر في أكل مال اليتيم وفي إتلافه بطريقة أخرى.

(٤) علماء الأصول من الحنفية يستعملون مصطلح دلالة النص بدلاً من مفهوم النص، كما يستعملون عبارة النص بدلاً من منطوق النص. في أصول الشاشي، ص ٣٠ (دلالة النص هي ما علم علة للحكم المنصوص عليه لغة لا اجتهاداً ولا استنباطاً، ففي قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَن آفَى﴾ سورة الإسراء ٢٣. العالم بأوضاع اللغة يفهم بأول سماع تحريم التأفيف لرفع الأذى عنهما وحكم هذا النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعموم علة، ولهذا المعنى قلنا بتحريم الضرب والشتم).

(٥) أي في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الَّذِينَ آمَنُوا لَمَّا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ سورة النساء ١٠.

يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في م ٢٣٤ و ٢٣٦). فهي تدل بمنطوقها على أن عقوبة هذا القاتل في حالة القتل تخفف من الأشغال المؤبدة أو المؤقتة أو السجن إلى الحبس بسبب الظرف المخفف المقترن بالجريمة.

وتدل بمفهومها من باب أولى على تخفيف العقوبة في حالة الجرح أو الضرب المفضي إلى إصابة الزوجة المزني بها ومن زنى بها بعاهة مستديمة دون الموت. وأما م ٤٠٩^(١) من قانون العقوبات العراقي فإنها قد نصت بمنطوقها الصريح على تخفيف العقوبة في الحالتين - حالة القتل وحالة الإصابة بالعاهة المستديمة -^(٢).

تكييف دلالة المفهوم:

اختلف علماء الأصول في تكييف دلالة النص بمفهومه على الحكم حسب التفصيل الآتي:
أ- قال بعضهم^(٣): دلالة المفهوم دلالة عقلية قياسية على أساس أن الفقيه - أو القاضي - ما لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع إلحاق الثاني بالأول في الحكم، ولا يعني القياس سوى ذلك^(٤) وعلى هذا الرأي يعتبر عموم المفهوم عقلياً.

^(١) نص المادة (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه في حال تلبسها بالزني أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال، أو قتل أحدهما، أو اعتدى على أحدهما اعتداء أفضى إلى الموت، أو إلى عاهة مستديمة ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر، ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة).

^(٢) ويطابق صنيع المشرع الأردني في (م ٤١٨) من قانون العقوبات صنيع المشرع العراقي في إدراج حالتي القتل والعاهة المستديمة تحت المنطوق الصريح.

^(٣) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٢/١ (قال الشافعي وإمام الحرمين والإمام الرازي (الدلالة على مفهوم الموافقة قياسية، والعلة في المثال الأول ﴿فَلَا تَقُلْ لَمَّا﴾ الإيذاء، وفي المثال الثاني - آية تحريم أكل مال اليتيم - الإلتاف، والمراد بالعلة هنا السبب المناسب وإلا فالعلة الحقيقية هي حماية كرامة الوالدين في المثال الأول وحماية مال اليتيم في الثاني).

^(٤) لأن القياس إلحاق واقعة - كضرب الوالدين - لم يرد بشأنها نص خاص بواقعة أخرى ورد بصدها نص خاص - كالأف - في الحكم - كالتحريم - لاشتراك الواقعتين في علة الحكم - كالإيذاء - جاء في مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ٩٠ (فمنه عموم الحكم لعموم علة كما في القياس - أي من العام عموم الحكم لعموم العلة -).

ب- وقال البعض: إنها دلالة لفظية مجازية من قبيل ذكر الأخص وإرادة الأعم^(١). وعلى سبيل المثال ذُكِرَ الأكلُ في آية تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً وأريد به كل إتلاف لأموالهم بدون مبرر، والقرينة هي أن النص سيق لحماية حقوق القاصرين وهم لا يستطيعون أن يدافعوا عنها بأنفسهم، ولفظ (أف) في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقْلُ لِمَعَا أَفِي﴾ أريد به كل إيذاء مادي أو معنوي بقرينة وجوب احترام الوالدين فيعتبر مجازاً لغوياً عاماً.

ج- وقال جماعة: إنها دلالة لفظية حقيقية عرفية، فأهل العرف نقلوا محل (متعلق) الحكم كالأكل في الآية المذكورة من معناه اللغوي الخاص إلى معنى عرفي عام وهو الإتلاف، وهجروا المعنى الأصلي اللغوي بحيث أصبح اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الجديد العام^(٢) واستعمله الشارع - أو المشرع - بهذا المعنى الجديد، فأصبح المعنى العرفي للذهب والفضة النقود، وللأكل الإتلاف وللتأفيف الإيذاء.

د- وقال البعض دلالة لفظية انتقالية^(٣) وينتقل الذهن من المنطوق إلى المفهوم بمجرد إدراك اللفظ وفهم المعنى المنطوق، فالاستعمال في الأول عقلي وفي الثاني مجازي وفي الثالث حقيقي وفي الرابع التزامي.

ثمرة الخلاف

يرى الكثير من علماء الأصول أن هذا الخلاف حقيقي، ورتبوا عليه بعض النتائج منها^(٤) أن دلالة المفهوم إذا كانت قياسية لا تثبت بها الجرائم والعقوبات لا في الشريعة ولا في القانون

^(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٣/١ (قال الغزالي والآمدي من قائل هذا القول: فهمت الدلالة على المفهوم من السياق والقرائن، لا من مجرد اللفظ فلولا دلالتهما - أي السياق والقرائن - في آية الوالدين على أن المطلوب بها تعظيمهما واحترامهما ما فهم منها من منع التأفف منع الضرب، ولولا دلالتهما في آية مال اليتيم على المطلوب بها حفظه وصيانته ما فهم منها من منع أكله منع إحراقه، والدلالة حينئذ مجازية من إطلاق الأخص على الأعم. فأطلق المنع من التأفف في آية الوالدين وأريد المنع من الإيذاء، وأطلق المنع من أكل مال اليتيم في آيته وأريد المنع من إتلافه)، أي ذكر الأخص وأريد به الأعم مجازاً بقرينة الحال والمقام).

^(٢) في المرجع السابق ٢٤٤/١. (وقيل نقل اللفظ للدلالة على الأعم عرفاً بدلاً عن الدلالة على الأخص لغة).

^(٣) في المرجع السابق (والمفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، أي أن الدلالة ليست وضعية بل انتقالية والتزامية فإن الذهن ينتقل من إدراك المنطوق إلى إدراك المفهوم).

وفقاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص)، وناقش هذا الكلام بأنه مبني على أساس أن القياس دليل - مصدر - منشيء مع أنه مصدر كاشف، فالجريمة أو العقوبة التي يصل إليها القاضي عن طريق القياس إنما تثبت بالنص الخاص بحكم المقيس عليه لا بالقياس ذاته. وأرى أن الخلاف لفظي - شكلي - ولا يترتب عليه اثر، فحكم المسكوت عنه يفهم من روح النص ومن مغزاه ومن أدراك الغاية الموجبة لتشريعته بغض النظر عن طبيعة الدلالة، هل هي قياسية أو لغوية أو عرفية أو التزامية؟ وهل هي حقيقية أو مجازية؟ وفي اعتقادي أن العموم في المفهوم عقلي إذا لم يكن عرفياً.

^(١) ومنها (أن المسكوت عنه يعتبر منطوقاً به على الرأيين الثاني والثالث لأنه يدل عليه اللفظ سواء أكانت الدلالة مجازية أم حقيقية عرفية. وبناء على ذلك يعتبر حجة ملزمة بالنسبة لمن يعمل بالمفهوم كالتأثيرية وناقش هذا أيضاً بأن الظاهرية لا يستطيعون أن يقولوا: التأفيف حرام والضرب حلال وأكل مال اليتيم حرام وإحراقه مباح سواء أكانت الدلالة من باب المنطوق أم المفهوم).

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

ما سبق بيانه في المطلب السابق من مفهوم الموافقة كان عبارة عن حكم يستتبط من روح النص ومعقوله، وكان موافقاً دائماً مع المنطوق. أما مفهوم المخالفة فهو يختلف عن مفهوم الموافقة من وجهين.

أحدهما مفهوم المخالفة مع منطوق النص حكمان متضادان لا يجتمعان تحت نوع واحد من أنواع الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي، فإذا كان أحدهما جوازا فالآخر يكون حظرا، وإن كان أحدهما صحة فالآخر يكون بطلانا، وهكذا. في حين أن المنطوق ومفهوم الموافقة يكونان من نوع واحد دائما كما ذكرنا في المطلب الأول.

وثانيهما يختلفان في الأساس، فالأساس الذي يستقى منه مفهوم الموافقة هو روح النص ومعناه ومعقوله. أما أساس مفهوم المخالفة فهو تخلف قيد معتبر في المنطوق، وهذا هو الجانب المهم المعنى بالدراسة في هذا المطلب.

أساس مفهوم المخالفة

القيود التي ترد في عبارات النص وضمن جملها منها ما كان لمجرد الربط بين العبارات والجمل، ومنها ما يكون بمثابة الشرط لتطبيق الحكم - المنطوق - الذي يدل عليه النص بألفاظه بحيث إذا تحقق يطبق الحكم وإذا تخلف فإن الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق، أو على الأقل هو الحكم المخالف له.

وعلى سبيل المثال في قوله تعالى ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾^(١) قيد ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ معتبر في الحكم المنطوق وهو ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ فالمهر بعد الطلاق قبل الدخول ينشطر، نصفه يرجع للزوج لأنه لم يتمتع بالزوجة، وتستحق الزوجة

(١) سورة البقرة ٢٣٧.

النصف الآخر تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي أصابها بسبب الطلاق، هذا هو منطوق النص، أما مفهومه المخالف فهو وجوب كل المهر المسمى إذا حصل الطلاق بعد الدخول. وكما في (م/١٢٩/١) من المدني العراقي (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان يمكن الحصول في المستقبل، وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر)، وبمقتضى هذه المادة يكون جواز محل الالتزام معدوماً حين إنشاء العقد مقيداً بقيدتين يجب توفرهما:

أحدهما: أن يكون هذا المحل يمكن الحصول في المستقبل، وثانيهما: ان يعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.

وإذا تخلف القيدان أو أحدهما يكون الحكم عدم الجواز وعدم الصحة، فالجواز والصحة منطوق النص، وعدم الجواز وعدم الصحة مفهوم مخالفة النص. ونستطيع بعد هذه المقدمة أن نعرف مفهوم المخالفة بأنه (حكم مخالف للمنطوق يستنبط من تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكمه).

القيود المعتبرة في الحكم

لم أجد في المراجع الأصولية المعتمدة تحديداً متفقاً عليه لدى علماء الأصول والفقهاء للقيود التي من شأنها أن تكون معتبرة في الحكم المنطوق فهي تختلف فيها من حيث التعداد والاعتبار^(١). وفي اعتقادي لا يمكن تحديد أنواع القيود الواردة في النصوص المعتبرة في أحكامها بعدد محصور على أساس معيار يميز القيد المعتبر من غير المعتبر لسببين:

(١) قال الأمدي، الإحكام ٢/٢١٢ (وأما مفهوم المخالفة فهو يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق. هو عند القائلين به عشرة أصناف متفاوتة في القوة والضعف: الأول منها ذكر الاسم مقترناً لصفة خاصة، الثاني مفهوم الشرط والجزاء، الثالث مفهوم الغاية، الرابع مفهوم إثمًا، الخامس التخصيص بالأوصاف التي تطرأ وتزول بالذكر، السادس مفهوم اللقب، السابع مفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس، الثامن مفهوم الاستثناء، التاسع تعليق الحكم بعدد خاص، العاشر مفهوم حصر المبتدأ والخبر).

وفي حين اعتبرها ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٢/١٧٣ (أربعة وهي: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط مثل ﴿وَأِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ﴾ سورة الطلاق: ٦، والغاية مثل ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ﴾ سورة البقرة: ٢٣٠، والعدد الخاص مثل ﴿تَمَنِّيْنَ جَلَدَةً﴾ سورة النور: ٤).

أحدهما: رجوع اعتبار وعدم اعتبار القيد إلى الشارع - أو المشرع - فهو ليس أمراً اجتهادياً راجعاً إلى الفقيه - أو القاضي - ليتولى آخر اعتباره أو عدمه. ثم القيد قد يكون معتبراً في ظرف آخر في ضوء مستلزمات التعامل ومتطلبات الحياة.

وثانيهما: مطاطية عناوين هذه القيود، فعلى سبيل المثال يمكن إدراج كثير من القيود تحت عنوان (الصفة أو الشرط)، وبصورة خاصة صرح علماء الأصول كثيراً بأنه (ليس المراد بالصفة النعت النحوي^(١)) وإنما كل حالة من الحالات المعتبرة قيوداً للحكم سواء أكانت نعتاً نحوياً أم حالاً أم تمييزاً أم ظرفاً أم نحو ذلك).

وعلى هذا الأساس اقتصرنا على أهم هذه القيود وهي أربعة أنواع: الصفة والشرط والغاية والعدد، تاركين غيرها للقاضي الذي من وظيفته بذل الجهود للتمييز بين ما هو معتبر في الحكم وما ليس بمعتبر مستعيناً بالقرائن وسياق النصوص وطبيعة الأحكام.

أولاً - الصفة:

وهي كل حالة من الحالات التي يمكن اعتبارها صفة مقيدة لمحل الحكم ومعتبرة في الحكم من حيث تطبيقه عند توافر القيد، وتطبيق حكم مخالف له - أو نقيض له - عند تخلفه، ولأنه لو ثبت المنطوق مع انتفاء الصفة لعري تعليقه عليها عن الفائدة.

فمن وكل شخصاً ليشتري له سيارة من نوع سوبر، ومن صنع سنة ١٩٩٠ مثلاً، ومن ذات لون احمر، واشترى له سيارة تخلفت فيها صفة من هذه الصفات يكون العقد غير نافذ فيتوقف على إجازة الموكل، لأن مفهوم مخالفة هذه الصفات عدم تحويل الوكيل بشراء سيارة موصوفة بصفات أخرى^(٢). فعلى الوكيل دائماً التقييد بالقيود الواردة في الوكالة الخاصة، وبالقيود المعتبرة في الوكالة العامة بمقتضى العرف السائد رغم عدم ذكرها لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٩/١ (المراد بالصفة لفظ مقيد لآخر ليس بشرط ولا استثناء ولا غاية لا النعت فقط).

(٢) في التمهيد للإسنوي، ص ٢٥٩ (مفهوم الزمان والمكان حجة عند الشافعي والجمهور فإذا قال لوكيله - افعل هذا -، ثم قال - افعله في هذا اليوم- و أو قال -في هذا المكان- فقياس ما قاله الشافعي أن يكون منعاً له فيما عدا ذلك).

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لصفة معتبرة في الحكم قوله تعالى ﴿إِنْ أَمْرًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(١)، فمنطوق النص: لأخت المتوفى نصف تركته إن لم يكن له ولد، وجملة ﴿لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ﴾، صفة لـ ﴿أَمْرًا﴾ مفهوم مخالفتها أنها لا ترث النصف إن كان له ولد مع التفصيل الآتي:

أ- إن كان الولد ذكراً لا ترث الأخت شيئاً بإجماع فقهاء الشريعة.

ب- إن كان الولد أنثى فقد اختلفوا في ميراث الأخت المجتمعة معها:

١- قال جمهورهم إنها في حالة اجتماعها مع بنت المتوفى أو بنت ابنه تكون عصبه مع الغير لها الباقي بعد نصيب البنت أو ابنة الابن والوارثين الآخرين إن وجدوا، وفسر الجمهور لفظ (ولد) بالذكر^(٢).

٢- وقال ابن عباس^(٣) (الأخت مع الولد ذكراً كان أم أنثى لا ترث شيئاً) لأن الولد في اللغة العربية يشمل الذكر والأنثى، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الجعفرية.

ومن النصوص القانونية المشتملة على صفة معتبرة في الحكم (٣/٦م) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الشروط الشرعية التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها).

فمنطوق النص هو وجوب الإيفاء بالشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج إذا كانت متصفة بصفة المشروعية. ومفهوم المخالفة هو عدم وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في حالة كونها غير مشروعة.

(١) سورة النساء ١٧٦.

(٢) وسندهم هو ما روي عن مزيل بن شرحبيل من أنه قال (سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال (للابنة النصف وللأخت النصف)، واث ابن مسعود. فسئل ابن مسعود، واخبر بقول أبي موسى فقال (لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ لل بنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت). وعن الأسود (إن معاذ بن جبل ورث أختا وابنة جعل لكل واحد منهما النصف وهو باليمن، والنبي ﷺ يومئذ حي)، أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة، فتح الباري ١٧/١٢. وأبو داود كتاب الفرائض ١٢٠/٣.

(٣) في التبصرة لأبي إسحاق الشيرازي، ص ٢١٩ (روي أن ابن عباس خالف الصحابة في توريث الأخت البنت، واحتج بقوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ إِنْ أَمْرًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ سورة النساء ١٧٦. أي على أساس أن الولد يشمل الذكر والأنثى).

ثانياً - الشرط:

المراد بالشرط الذي يعتبر قيداً معتبراً في الحكم وله مفهوم المخالفة هو الشرط اللغوي أي كل جملة مصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (إن) و (إذا)، فتعليق الأمر - بل مطلق الحكم - على شرط يدل على انقضائه عند انتفاء الشرط وهو مختار أكثر المحققين.

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لشرط معتبر في الحكم قوله تعالى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾^(١). فمنطوق النص هو جواز استئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق (إن طلقها الزوج الثاني وانتهت عدتها منه) شريطة توافر ظن الزوجين بأنهما يستطيعان أن يقيما حدود الله أي أن يقوم كل منهما بالتزاماته الزوجية، وبإداء ما يجب عليه من الحقوق للزوج الآخر. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز إعادة العلاقة الزوجية إذا توقعا بأنهما سيرجعان إلى الشقاق والخلاف وعدم التفاهم وبالتالي إلى إخلال كل منهما بالتزاماته والخروج عن حدود الله.

ومن النصوص القانونية المشتملة على شرط معتبر في الحكم (م٢١٣/ج) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي (للمحكمة أن تأخذ بالإقرار وحده إذا اطمأنت إليه ولم يثبت كذبه بدليل آخر). إن للقاضي أن يكتفي بالإقرار وحده من بين وسائل الإثبات والحكم بمقتضاه إذا اقتنع بصحته ولم يكن هناك دليل يعارضه ويكذبه. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز الأخذ بالإقرار وحده، وبالتالي عدم بناء الحكم عليه في حالة تخلفه بأن لم يقتنع به إن كان الإقرار معارضاً بدليل يكذبه.

ثالثاً - الغاية:

غاية الشيء نهايته، وسبق في بحث تخصيص العام أن الحروف الدالة على الغاية هي (حتى) و(إلى)، فالتقييد بالغاية يدل على مخالفة ما بعدها لما قبلها في الحكم. ومن النصوص الشرعية التي تتضمن قيد الغاية المعتبر في الحكم قول الرسول ﷺ ((رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى

(١) سورة البقرة ٢٣٠.

يفيق^(١))، منطوق النص أن المسؤولية الجنائية عن الأعمال غير المشروعة صادرة عن الصبي أو النائم أو المجنون مرفوعة ما دام العذر - الجنون أو النوم أو الصغر - باقياً لأن هذه الأعذار من موانع المسؤولية الجنائية دون المدنية وهم يسألون عن التعويض عن الضرر الناجم من تصرفاتهم غير المشروعة، لأن التعويض مبني على أساس خطاب الوضع - ربط المسببات بأسبابها - والمسؤولية الجنائية من باب خطاب التكليف الذي من شروطه العقل والبلوغ والإدراك.

مفهوم مخالفة الغاية

أن المسؤولية تقوم إذا وقع الفعل الجنائي بعد زوال العذر بأن صدر حين البلوغ واليقظة والإفاقة.

ومن النصوص القانونية الدالة على مفهوم الغاية (م/١٦٠/أ) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي (إذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى فيجب وقف الفصل في الأولى حتى يتم الفصل في الثانية)، مفهوم المخالفة هو عدم جواز وقف الفصل في الأولى بعد إكمال الفصل في الثانية، أي ما لم يكن هناك مانع آخر. و (م/١٥٤/ب) من أصول المحاكمات (تقبل محكمة التمييز اللوائح المقدمة من المتهم وذوي العلاقة إلى ما قبل إصدار قرارها في الدعوى)، مفهوم مخالفة الغاية (إلى ما قبل إصدار قرارها) عدم قبول تلك اللوائح إذا قدمت بعد صدور القرار.

رابعاً - العدد:

إذا حدد الحكم في النص بعدد معين فإن مفهوم مخالفة هذا العدد هو عدم تطبيق الحكم فيما عداه من عدد أكثر أو أقل.

ومن النصوص الشرعية قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُنَّ مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٣) فالمنطوق هو عقوبة الزنى محددة بمئة جلدة، وعقوبة القذف محصورة في ثمانين جلدة، ومفهوم مخالفة هذين العددين هو عدم جواز تعديل أو تبديل العقوبة في كلتا الجريمتين بعدد أكثر عند

(١) رواه النسائي، السنن الكبرى ٧٣٠٧. السنن الصغرى للبيهقي ١١٦/٢..

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النور: ٤.

وجود ظرف مشدد أو أقل عند قيام ظرف مخفف، ومن الجدير بالإشارة أن من خصائص عقوبات الحدود عدم قبولها للتخفيف والتشديد والصلح والعفو من ولي الأمر - رئيس الدولة - أو من صاحب العلاقة أو من غيرهما.

ومن النصوص القانونية (م ٢٤٣/أ) من أصول المحاكمات الجزائية (يبلغ المحكوم عليه بالحكم الصادر عليه طبقاً لما هو منصوص عليه في م ١٤٣ فإذا انقضى ثلاثون يوماً على تبليغه بالحكم الصادر في المخالفة وثلاثة أشهر على تبليغه بالحكم الصادر في الجنحة وستة أشهر في الجناية دون أن يقدم نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى أي مركز شرطة، ودون أن يعترض عليه خلال المدة المذكورة أصبح الحكم بالإدانة والعقوبات الأصلية والفرعية بمنزلة الحكم الوجاهي)، مفهوم مخالفة المدة المذكورة في هذا النص أنه إذا قام المحكوم عليه بتقديم نفسه إلى محكمة الموضوع أو إلى مركز الشرطة أو اعترض على الحكم خلال المدة المحددة، لا يعتبر الحكم بمثابة الحكم الوجاهي.

شروط العمل بمفهوم المخالفة:

يشترط للعمل بمفهوم المخالفة بمقتضى القيد الوارد في النص أن لا تكون لهذا القيد فائدة أخرى غير اعتيادية بمثابة الشرط لتطبيق الحكم المنطوق، بحيث إنه يطبق إذا تحقق هذا القيد ويطبق مفهومه المخالف شروط أهمها ما يلي:

- ١- أن لا يكون المسكوت عليه أولى بالحكم من المنطوق به، وإلا لا يكون هناك مجال لتطبيق مفهوم المخالفة بل يكون حكم المسكوت عنه مفهوم موافقة من باب أولى. وعلى سبيل المثال في (م ١١٠٧) من القانون المدني العراقي (لدائني التركة العاديين وللموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية)، صفة (العاديين) ليس لها مفهوم المخالفة لأن للدائن غير العادي حق هذا التبعية والملاحقة من باب أولى كالدائن المرتهن إذا باع الورثة المرهون بعد وفاة المدين الراهن، وكدائني الديون الممتازة المتعلقة بالتركة كدين الدولة، ونفقة الزوجة الواجبة على الزوج إذا تراكت في ذمته حال حياته.

٢- أن لا يكون القيد بيانا للواقع ولا يكون للقيد مفهوم المخالفة كما في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾^(١) فقيد ﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ ليس له مفهوم المخالفة، ولا يدل على إباحة الربا إذا لم يكن أضعافا مضاعفة لأنه لبيان الواقع الذي كان عليه المجتمع آنذاك، ولقوله تعالى ﴿وَإِنْ تُبْتِغُوا فَكَيْتُمُ زُورُهُمْ وَأَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢).

٣- ألا يكون القيد قد خرج مخرج الأغلب المعتاد كقيد ﴿الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ في قوله تعالى ﴿وَرَبِّبْتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(٣) فإنه ليس له مفهوم المخالفة فقال معظم الفقهاء وعلماء الأصول - باستثناء البعض كالظاهرية- (ليس لهذا القيد مفهوم المخالفة لأمرين أولهما أنه مبني على الغالب المعتاد وهو انتقال البنت من زوج سابق مع والدتها إلى بيت الزوج الجديد إذا تزوجت أمها بعد الطلاق أو وفاة الأول.

وثانيهما قوله تعالى ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(٤) نص صريح على أن القيد الوحيد المعتبر في الحكم هو قوله تعالى ﴿الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(٥) فمناط التحريم هو الدخول يدور معه وجوداً وعدمًا^(٦).

٤- أن لا يتعارض مفهوم المخالفة مع المنطوق الصريح للدليل آخر كما في قوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(٧) أي حرمت عليكم تحريمًا مؤبداً

(١) سورة آل عمران ١٣٠. قال الرازي، التفسير الكبير ٢/٩ (كان الرجل في الجاهلية إذا كان له على إنسان مائة درهم إلى أجل، فإذا جاء الأجل ولم يكن المديون واجداً لذلك المال قال: زدني في المال حتى أزيد في الأجل، فربما جعله مائتين، ثم إذا حل الأجل الثاني فعل مثل ذلك، ثم إلى أجال كثيرة يأخذ بسبب تلك المائة أضعافها، وهذا هو المراد من قوله ﴿أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾).

(٢) سورة البقرة ٢٧٩.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) سورة النساء ٢٣.

(٥) سورة النساء ٢٣.

(٦) جمع الجوامع وشرحه ٢٤٦/١.

زوجات أبنائكم من النسب، وهذا القيد ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(١) ليس له مفهوم المخالفة، فكما أن زوجات أبناء النسب يحرم على والدهم تزوجهن بعد الطلاق أو وفاة الابن قبل الدخول أو بعده، كذلك الحكم بالنسبة لزوجات أبناء الرضاع لقول الرسول ﷺ ((محرم من الرضاع ما يحرم من النسب))^(٢)، والحاصل يشترط أن لا يظهر للقيد فائدة غير نفى الحكم، وإلا فلا يدل على النفي^(٤).

حجية مفهوم المخالفة^(٥)

اختلف الفقهاء وعلماء الأصول في حجية مفهوم المخالفة وبالتالي في التزام الفقيه - أو القاضي - بالعمل بموجبه.

أ- قال جمهورهم إنه حجة أي على الفقيه أو القاضي الأخذ بمنطوق النص في حالة تحقق القيد الوارد في النص، وأما في حال تخلفه فيجب الأخذ بمفهوم المخالفة - الحكم المخالف للمنطوق -، واستندوا إلى أدلة منها:

١- المتبادر إلى الذهن من أساليب العرب وعرفهم في استعمال العبارات والجمل ان تقييد الحكم بشرط أو وصف أو تحديده بغاية أو عدد هو ثبوت الحكم لمحلله كلما توافر هذا القيد معه وانتفاؤه حيث انتفى القيد.

٢- إذا أقر الشارع - أو المشرع - قيداً في النص ولم يكن له مفهوم المخالفة أو فائدة أخرى محددة يكون عبثاً، والنصوص الشرعية منزهة عن العبث، والمفروض أن النصوص القانونية أيضاً بعيدة عن الحشو والعبث.

ب- وقال البعض - ومنهم الحنفية - (إن النص الشرعي - وكذا القانوني - الدال على حكم واقعة أو تصرف إذا قيد بوصف أو شرط أو غيرهما من القيود الأخرى لا يكون

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) أخرجه الإمام احمد في مسنده ١٠٢/٦.

(٤) قواعد العلائي ١/١٢١.

(٥) للاطلاع على الأدلة العقلية والعقلية على حجية مفهوم المخالفة راجع الإحكام في أصول الأحكام للامدي ٢/٢١٥-٢٢٠.

حجة إلا على حكمه في المحل الذي ورد فيه، وأما المحل الذي لا يتوافر فيه هذا القيد فليس للنص شأن فيه بل يكون ساكتاً عن بيان حكمه، فعلى المجتهد - أو القاضي - أن يفتش عن أدلة أخرى للوصول إلى حكمه، ومن هذه الأدلة استصحاب الإباحة الأصلية واستدلوا بأدلة منها:

- ١- ليس مطرداً في الأساليب العربية أن تقييد الحكم بقيد كالوصف والشرط أو غيرهما يدل على ثبوت الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي.
- ٢- إن كثيراً من النصوص الشرعية - وكذا القانونية - المتضمنة للأحكام والمشملة على القيود تطبق أحكامها رغم تخلف القيود.

تقويم الخلاف

من وجهة نظري أن هذا الخلاف لفظي - شكلي - مبني على الاختلاف في كون القيد معتبراً من الشارع - أو المشرع - في الحكم أو ليس بمعتبر، فلا احد من الفقهاء وعلماء الأصول قال بأن من تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها أو توفيت يجوز له أن يتزوج بنتها من زوجها السابق لأن الكل متفقون على أن قيد ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ معتبر في هذا الحكم - تحريم زواج البنت بعد الدخول بأمرها -.

وكذلك لا يوجد أحد يرى حل الربا إذا لم يكن أضعافاً مضاعفة لإجماع الكل على أن قيد ﴿أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾ غير معتبر في الحكم في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾^(١).

ولكن حين اختلفوا في اعتبار وعدم اعتبار قيد ﴿وَأِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ﴾ في قوله تعالى ﴿وَأِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضْمَنَّ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢) اختلفوا في نفقة المعتدة إذا كان الطلاق بائناً والمطلقة غير حامل:

أ- فقال الحنفية ومن وافقهم (الشرط الوارد في الآية ليس قيداً معتبراً في الحكم لذا تجب النفقة لمعتدة الطلاق سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، وسواء أكانت المطلقة حاملاً أم

(١) سورة آل عمران ١٣٠

(٢) سورة الطلاق ٦.

حائلاً، لأن سبب وجوب النفقة هو حبسها وعدم تمكنها من الزواج^(١) وهذا السبب يستمر إلى انتهاء العدة فلها النفقة أثناء عدتها إلى نهايتها).

وقالوا (إن الآية أتت لتؤكد وجوب نفقة الحامل لأن عدتها تكون غالباً أطول من عدة غير الحامل، ولأن احتباسها يستمر إلى أن تضع حملها. وسبق بيان أن المشرع العراقي قد أخذ بهذا الرأي^(٢)).

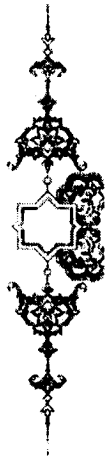
ب- وقال الجمهور (إذا كان الطلاق بائناً، ليس للمطلقة النفقة خلال فترة العدة إذا لم تكن حاملاً، أخذاً بمفهوم مخالفة الشرط ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَتْ حَمَلٍ﴾^(٣)، ولأن العلاقة الزوجية تنقطع بمجرد الطلاق إذا كان بائناً، وهذه العلاقة هي السبب لوجوب النفقة فيزول المسبب إذا زال سببه^(٤)).

(١) في بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩٧/٥٠ (سبب وجوب نفقة الزوجات اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا - أي الحنفية - سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها)، وقال الشافعي - رحمه الله - (السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له)، وبنوا على هذا الخلاف اختلافهم في وجوب نفقة المعتدة المطلقة طلاقاً بائناً.

(٢) في م ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية.

(٣) سورة الطلاق ٦.

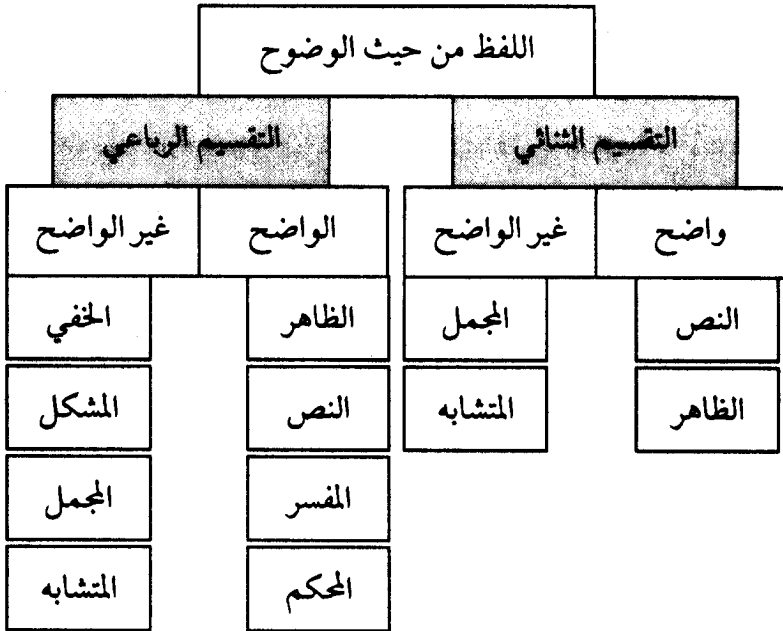
(٤) ومن الجدير بالإشارة أن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن معتدة الفرقة من زواج فاسد والمعتدة للدخول بالشبهة لا نفقة لها خلال العدة سواء أكانت حاملاً أم حائلاً لأنها لا تستحق النفقة قبل العدة لا بزواج فاسد ولا بالدخول المقترن بالشبهة.



الفصل الثالث

دلالات النصوص وضوحاً وخفاءً

اختلف علماء الأصول في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفائها، فمنهم من قسم كلا من واضح الدلالة وخفي الدلالة إلى أربعة أقسام، وتزعم هذا الاتجاه الأصوليون من الحنفية^(١). ومنهم من سلك منهج التقسيم الثنائي، وتبنى هذا النهج الأصوليون من المتكلمين^(٢).



^(١) أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٤٦/١ وما بعدها، أصول السرخسي ١٦١/١ وما بعدها المعتمد ٣١٧/١ وما بعدها، شرح العضد على مختصر المنتهى ٣٠٢/٢.
^(٢) المحصول للرازي ج ١ ق ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها، البرهان لإمام الحرمين ٥١١/١ وما بعدها جمع الجوامع ٣٤/٢ وما بعدها.



التقسيم الرباعي:

أ- ينقسم واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الوضوح والثبات إلى الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم^(١).

١- الظاهر^(٢) هو لفظ - أو كلام - يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ^٣ كقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٤)، فهو ظاهر في حل كل بيع وتحريم كل ربا رغم انه جاء لنفي الماثلة بينهما ردا على المشركين القائلين بعدم التفرقة بينهما لقوله تعالى ﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ﴾^(٥) وأحلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا^(٥).

حكمه حكم الظاهر هو العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

٢- النص^(٦) هو لفظ (أو كلام) يكون أكثر وضوحاً من الظاهر في الدلالة على المراد بسبب انه سيق أصالة لهذا المراد، مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ كقوله تعالى ﴿ فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلُ مَا كُنْتُمْ تَفْعَلُونَ ﴾^(٧) فهو ظاهر في إباحة

^(١) وجه الحصر: أن واضح الدلالة إما أن يحتل التأويل أو التخصيص أو لا فإن احتمل وكان الوضوح لمجرد صيغته ولم يسبق له أصالة فهو ظاهر، وإن سبق له أصالة فهو نص وإن لم يحتل التأويل ولا التخصيص وكان قابلاً للنسخ (الإلغاء) فهو مفسر وإن لم يقبل النسخ فهو محكم.

^(٢) فهو مشتق من الظهور وهو الوضوح والانكشاف، وتعريفه هو اللفظ الذي انكشف معناه واتضح للسامع من أهل اللسان بمجرد السماع.

^(٣) واستعمال تعبير النسخ في تعريفاتي اتباعاً وتقليداً لعلماء أصول الفقه وإلا فهو غير وارد مطلقاً بعد وفاة الرسول ﷺ (لا في القرآن ولا في غير القرآن ولا قبل وفاته بالنسبة للقرآن) ولكنه وارد بالنسبة للنصوص القانونية لان النسخ في الشريعة يرادف الالغاء في القانون.

^(٤) سورة البقرة ٢٧٥.

^(٥) سورة البقرة / ٢٧٥.

^(٦) فهو الظاهر الذي سيق له الكلام الذي أريد بالإسماع.

^(٧) سورة النساء / ٣.

أصل الزواج ونص في تحديد الحد الأعلى لعدد الزوجات لأنه شرع لهذا المراد حكمه هو وجوب العمل بمقتضاه^(١).

٣- المفسر: هو ما ازداد وضوحاً على النص لعدم احتمالها للتخصيص إذا كان عاماً والتأويل إذا كان خاصاً بسبب تفسير الشارع أو المشرع له. كقوله تعالى ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا﴾ (١٩) إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا ﴿٢٠﴾ وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا ﴿٢١﴾. وقد فسر الله أيضاً في هذا الآية الكريمة معنى الهلوع بأنه من إذا أصابه الفقر والحاجة أو المرض أو نحو ذلك فهو كثير الجزع، وإذا أصابه الخير من الغنى والمركز والسعة ونحو ذلك فهو كثير المنع والإمساك.

حكمه وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالة على الحكم قطعية.

٤- المحكم: وهو ما ازداد قوة في الوضوح والثبات على المفسر، بأن لا يقبل النسخ - الإلغاء - إضافة إلى عدم قبوله للتخصيص والتأويل من باب أولى لكون الحكم من ضروريات الحياة كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (٣).

حكمه: وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالة على الحكم قطعية.

ب- وينقسم غير واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الخفاء والإبهام إلى الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه^(٤).

١- الخفي: هو لفظ - أو كلام - استتر معناه المراد بالنسبة لبعض أفراده لا لصيغته بل لعارض كخفاء شمول السارق النباش الذي يسرق الأموال المدفونة مع الميت، والطارر الذي يسرق ويشق الجيوب رغم بقلته أصحابها فهذه التسمية الخاصة هي

(١) رغم احتمالها للتأويل إن كان خاصاً، والتخصيص إن كان عاماً، وجواز حملها على المعنى المجازي عند وجود قرينة.

(٢) سورة المعارج / ١٩-٢١.

(٣) سورة الإسراء / ٣٣.

(٤) وجه الحصر أن غير واضح الدلالة: خفاؤه إما لنفس الصيغة أو لعارض خارجي فالثاني يسمى خفياً، والأول إن أدرك العقل بالتأمل والاجتهاد معناه المراد فهو مشكل وإن لم يدركه إلا بالتفسير التشريعي فهو مجمل، وإن لم يدركه أصلاً فهو متشابه.

التي جعلت في هذا الشمول الخفاء.

حكمه: وجوب الاجتهاد والنظر لإزالة خفائه.

٢- **المشكل**: هو لفظ - أو كلام - يحتمل أكثر من معنى واحد لا يوجد ما يدل على

تحديد واحد من هذه المعاني كالمشترك.

حكمه: وجوب الاجتهاد والنظر لتحديد المعنى المراد من معانيه.

٣- **المجمل**: لفظ نقله الشارع - أو المشرع - من معناه اللغوي إلى معنى جديد

واستعمله في النصوص فيكون خفياً في هذا المعنى الاصطلاحي إذا لم يبين.

كالصلاة نقلت من معناها اللغوي وهو الدعاء إلى معناها المعروف الشرعي.

حكمه: التوقف عن العمل به عند أنصار هذا التقسيم الرباعي حتى يتبين بالتفسير

الشرعي.

٤- **المتشابه**: هو ما لا يعرف المراد به إلا من شرعه كما في حروف فواتح بعض سور

القرآن الكريم مثل (ص) في قوله تعالى ﴿ص وَالْقُرْآنِ ذِي الذِّكْرِ﴾^(١) و (ق) في

قوله تعالى ﴿ق وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ﴾^(٢). ومثل (ألم) في قوله تعالى ﴿الْم﴾^(٣)

ذَلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾^(٤) ومثل سر الليل في الجيش والجفرة وقت

الحرب.

ومن الجدير بالذكر أن المتشابه لا وجود له في نصوص الأحكام لأن من شروط

التكليف علم المكلف بما يكلف به^(٤).

حكمه التوقف عن العمل به وعدم محاولة فهم المراد منه بالاجتهاد لعدم إمكان وصول

الإنسان إلى هذا المراد عن طريق الاجتهاد.

(١) سورة ص / ١.

(٢) سورة ق / ١.

(٣) سورة البقرة: ١-٢.

(٤) وهذه الأربعة أزداد للأربعة السابقة فالخفي ضد الظاهر والمشكل ضد النص، والمجمل ضد المفسر،

والمتشابه ضد المحكم وعلى سبيل المثال قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾

المائدة: ٣٨. ظاهر في حق السارق خفي بالنسبة للطرار والنباش وقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهِ

مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً﴾ سورة النور: ٢. ظاهر في حق الزاني وخفي بالنسبة إلى اللواط.

التقسيم الثاني:

أ- واضح الدلالة ينقسم إلى النص والظاهر^(١).

١- النص: هو الذي لا يحتمل أكثر من معنى - حكم - واحد كدلالة قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) على عقوبة الزنى التي حددت بمائة جلدة. والمراد بالنص ما يقابل الظاهر لا ما قابل الإجماع والقياس لأنه بالمعنى الثاني من القرآن والسنة ودلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية. حكمه: وجوب العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. والنص بهذا المعنى هو المراد بقاعدة (لا مسأغ للإجتهد في مورد النص)^(٣).

٢- الظاهر: هو لفظ - أو كلام - يدل على معنى راجح مع احتمال له معنى آخر مرجوح، فهو باعتبار المعنى الراجح ظاهر، وباعتبار معناه المرجوح مؤول كقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٤) فالنكاح ظاهر في عقد الزواج ويحتمل المعاشرة الجنسية على أساس أنه حقيقة في المعنى الأول ومجاز في الثاني وقال البعض بالعكس وقال الآخرون مشترك بينهما وبنوا على ذلك ثبوت المصاهرة بالزنى.

حكمه: هو العمل بمقتضى معناه الراجح ما لم تقم قرينة على إرادة المعنى المرجوح.

ب- غير واضح الدلالة ينقسم إلى المجمل والمتشابه^(٥):

١- المجمل وهو ما لم تتضح دلالاته^(٦) فيشمل الخفي والمجمل والمشكل في التقسيم الرباعي.

٢- المتشابه هو نفس المتشابه في التقسيم الرباعي من حيث المضمون والحكم.

(١) وجه الحصر أن اللفظ إن لم يحتمل أكثر من معنى (حكم) واحد فهو نص والا فهو ظاهر.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) المادة (٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) سورة النساء ٢٢.

(٥) وجه الحصر أن اللفظ غير واضح الدلالة إن أمكن الوصول إلى معناه المراد بالاجتهاد، أو بالتفسير

التشريعي فهو مجمل والا فمتشابه.

(٦) مختصر المتهمى لابن الحاجب وشرحه للعصدي ٢٨٧/٢

المنهج المختار :

المسلك المفيد في دراسة وضوح وخفاء الدلالات هو التقسيم الثلاثي الذي استنتجته من الأقسام المذكورة لواضح الدلالة وخفيهاً وهو التقسيم باعتبار الوضوح والخفاء إلى الدلالة القطعية والظنية والغامضة وذلك للأسباب الآتية :

١- إنه تقسيم علمي فهو أقرب إلى الواقع العملي ، وأكثر انسجاماً مع التطبيقات الفقهية والقضائية.

٢- إنه يشمل جميع أقسام التقسيم الرباعي والثلاثي رغم اختصاره وفيه المحاولة للتقريب بينهما وجمع محصلتهما تحت عنوان واحد.

٣- إنه أوضح فهماً وأسهل استيعاباً وبصورة خاصة بالنسبة للقانونيين.

ولهذه الأسباب وغيرها أفردت دراسة كل من الدلالة القطعية والظنية والغامضة بمبحث مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.

المبحث الأول

الدالة القطعية

قسم علماء الشريعة الإسلامية الأحكام الكلية الأصلية والفرعية باعتبار الأدلة التي تثبت بها إلى أقسام ثلاثة وهي:

١- أحكام لا يمكن إثباتها إلا بدليل عقلي قطعي كوجوب الإيمان بوجود الله عز وجل، وتصديق الأنبياء والرسول فيما بلغوا الناس بها من الرسائل الإلهية، فهذه الأحكام لا تثبت بالدليل النقلي من غير دليل عقلي لأن الأدلة النقلية هي نصوص الشارع فهي لا تثبت للإنسان إلا بعد إيمانه بالله وبالرسول. فلو ثبت الإيمان بهما بتلك النصوص للزمت الاستحالة المنطقية لأن ذلك يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل مستحيل فكذلك الملزوم، وقد سبق بيان ذلك في محله. ورغم ذلك فإن الشارع هو الذي أرشدنا إلى الاستدلال على هذه الأحكام بالعقل بالآيات التي دعانا فيها إلى النظر في أنفسنا، وفي الآفاق وإلى التفكير في خلق السماوات والأرض واختلاف الليل والنهار.

٢- أحكام لا تثبت إلا بالأدلة النقلية كالأحكام الاعتقادية المتعلقة بالمغيبات من الجنة والنار، ومحاسبة الإنسان أمام الله. ونيل الثواب على الخير وإصابة العقاب على الشر في الآخرة كما قال سبحانه وتعالى ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ۗ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ۗ﴾^(١) وكالأحكام العملية المتعلقة بالعبادات التي كلف بها الإنسان في حياته والتي جعلت وسيلة لتهديب سلوكه وتعديل سريره، حتى يصبح عضواً صالحاً في مجتمعه يجلب الخير ويستبعد الشر.

(١) سورة الزلزلة ٧-٨.

٣- أحكام تثبت بالنقل والعقل وهي ما عدا القسمين السابقين من الأحكام التي تنظم حياة الإنسان.

وأدلة القسم الثاني والثالث من حيث الثبوت والدلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، فالشقوقات المتصورة أربعة وهي:

١- قطعي الثبوت وقطعي الدلالة: كنص ثابت بالتواتر يكون دالاً على معنى - حكم -

لا يحتمل غيره مثل قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) وغيرهما من الآيات القرآنية التي لا تحتمل كل واحدة منها أكثر من حكم واحد.

٢- ظني الثبوت وظني الدلالة: كحديث الآحاد الدال على أكثر من معنى - حكم واحد - مثل قول الرسول ﷺ ((إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه))^(٣) هذا الحديث الشريف

ثبوته ظني لأنه لم يصل إلينا عن طريق التواتر فهو من أحاديث الآحاد، وظني الدلالة على تحديد نوع المبيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه حيث اختلف الفقهاء في مدلول الشيء، فمنهم من قال: لفظ (شيئاً) في هذا الحديث يشمل الطعام وغير الطعام من المنقولات والعقارات لأنه مطلق فيجب الأخذ بإطلاقه ما لم يثبت تقييده. أو لأنه عام لكونه نكرة في حيز الشرط فيؤخذ بعمومه. وذهب البعض إلى أن المراد به هو الطعام فقط بدليل ما رواه أبو هريرة ؓ عن الرسول ﷺ من أنه قال ((من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله)) وفي رواية أخرى ((حتى يستوفيه ويقبضه))^(٤) أي إلا بعد إفرازه^(٥) ومفهوم مخالفة الطعام هو إن غيره بخلافه.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) ومن حذا حذوه (إن المراد به هو المنقول من الطعام وغيره

(١) سورة النساء: ١٢.

(٢) سورة النور: ٢.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٠٣/٣.

(٤) البخاري، هامش الفتح ٢٣٩/٤.

(٥) لأن ملكية الأموال المثلية لا تنتقل بمجرد العقد بل بالإفراز بعده.

ولا يشمل العقار بدليل ما رواه زيد بن ثابت من أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلعة حيث تباع (تشتري) حتى يحرزها التجار إلى رحالهم^(١).

وقال ابن عباس (رضي الله عنه) في تفسير قول الرسول ﷺ ((من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه)) (لا أحسب كل شيء إلا مثله)^(٢). ولظنية دلالة الحديث المذكور على المعنى المراد من لفظ (شيئاً) حصل هذا الخلاف فمنهم من قال يشمل كل شيء، ومنهم من قال يشمل المنقول دون العقار، ومنهم من ذهب إلى أن المراد به هو الطعام فقط، لأنه سريع التلف.

٣- قطعي الثبوت وظني الدلالة: كما في قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ

السُّدُسِ﴾^(٣) فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث الثبوت لأنها كبقية الآيات وصلت إلينا عن طريق التواتر، ولكنها ظنية في الدلالة على العدد المراد من الإخوة الذي يحول الأم من أوفر حظيها (الثلث) إلى (السدس)، فهل هو ثلاثة فما فوق كما يقول ابن عباس رضي الله عنه لأن اقل الجمع ثلاثة، أو اثنان من الذكور أو الإناث أو الذكور والإناث كما هو رأي جمهور الفقهاء لأن اقل الجمع اثنان، أو اثنان من الذكور أو من يعادلها من الإناث كما يقول فقهاء الجعفرية؟ ودليلهم أن اقل الجمع اثنان وإن المراد بالإخوة اثنان من الذكور أو من يعادلها من الإناث (كأربع أخوات فما فوق، أو أخ وأختان).

٤- ظني الثبوت وقطعي الدلالة: ككل حديث من أحاديث الآحاد تكون دلالاته على

المعنى (الحكم) المراد به قطعية لا يحتمل غيره مثل ما رواه عبد الله بن عمر من أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء^(٤) وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ (أنت أحق به ما لم تنكحي)^(٥). فهذا الحديث ظني الثبوت لأنه لم ينقل عن طريق التواتر، لكن دلالاته على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ما لم يكن هناك مانع قطعية.

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٥١/٥، وأبو داود، كتاب البيوع ٢٨٠/٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة النساء ١١.

(٤) بكسر الحاء هو المكان الذي يحوي الشيء أي يضمه ويجمعه.

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٨٢/٢، وأبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد ١٩٢/٢.

القطعية الذاتية والعرضية:

المراد بقطعية الدلالة - كما سبق - هو أن اللفظ (أو الكلام) أو النص يدل على المعنى (أو الحكم) المراد به دلالة يقينية بحيث لا يحتمل غيره ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك، وهذه القطعية - أو اليقينية - إما ذاتية نابعة من ذات الصيغة الدالة وإما عرضية ناتجة من تفسيرها تفسيراً غير اجتهادي^(١) كال تفسير التشريعي من الشارع - أو المشرع - للنص أو المصطلح الشرعي - أو القانوني -.

أنموذج من النصوص الشرعية والقانونية الدالة على الأحكام دلالة قطعية ذاتية:

١- في القرآن الكريم

١- قوله تعالى ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٢) يدل لذاته دلالة قطعية على أن عدة المطلقة الحامل تكون بوضع الحمل وتنتهي به وللزوجة أن تتزوج بعد وضعه مباشرة.

٢- قوله تعالى ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾^(٣) يدل لذاته دلالة قطعية على تحريم الجمع في الزواج بين الأختين.

وكذلك نصوص المقادير والعقوبات والنصوص التي تكون دلالتها قطعية لا مجال للاجتهاد فيها.

ب- في السنة النبوية:

١- قول الرسول ﷺ ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))^(٤) يدل لذاته دلالة قطعية على جواز الصلح في الحقوق الخاصة.

٢- قول الرسول ﷺ ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^(٥) يدل لذاته دلالة قطعية على أن المطلوب من المدعي لإثبات ما يدعيه هو البينة لأنه يدعي خلاف

^(١) لأن التفسير الاجتهادي لا يفيد إلا الظن، إذ الاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب.

^(٢) سورة الطلاق ٤.

^(٣) سورة النساء ٢٣.

^(٤) سبل السلام ٣ / ٧٦.

الأصل (براءة الذمة)، ومن المدعى عليه لنفي المدعى به هو اليمين في حالة عدم قيام البينة من المدعي لأنه مع الأصل.
وغير ذلك من النصوص التي تدل على معنى ولا تحتل معنى آخر ومع هذا الاحتمال لا يوجد القطع بالنسبة لأي من تلك المعاني.

ج- في القانون:

- ١- (م ١٢٩) من قانون العقوبات العراقي (العذر المعفي من العقاب يمنع من الحكم بأية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية) تدل لذاتها دلالة قطعية على أن الإغفاء من العقاب لعذر مشروع يشمل جميع أنواع العقوبة.
- ٢- (م ٣٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق أو وفاة احد الزوجين) تدل لذاتها دلالة قطعية على عدم سقوط دين النفقة بالفرقة بين الزوجين.

صور من النصوص الدالة على المعنى المراد دلالة قطعية عرضية:

وفيما يلي صور من المصطلحات الشرعية والقانونية التي نقلت من معانيها اللغوية إلى المعاني الاصطلاحية في الشرع أو القانون فأصبحت غامضة لا يعرف المراد بها لذاتها، ففسرها صاحب الشرع فصارت دلالتها قطعية عرضاً بسبب التفسير التشريعي.

١- تفسير القرآن بالقرآن:

- ١- قوله تعالى ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ۝١٩ إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا ۝٢٠ وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا ۝٢١﴾ فلفظ (هلوع) غامض - مجمل - لذاته في دلالاته على المعنى المراد ففسر بأنه هو الذي إذا ناله الشر اظهر شدة الجزع، وإذا ناله الخير يجمل به ومنعه الناس^(١).

(١) سبل السلام ٤ / ١٧٤.

(٢) سورة المعارج ١٩-٢١.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨ / ٢٩٠.

٢- قوله تعالى ﴿وَبَلِّغْ لِلْمُطَفِّفِينَ ۝١ الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴿١﴾ فلفظ (المطفف) مجمل غير واضح المراد ففسر بأنه الإنسان الذي يأخذ في كيل أو وزن لنفسه زائدا ويدفع إلى غيره ناقصاً^(١).

٣- قوله تعالى ﴿وَإِذْ يَخْتَصِمَنَّكُمْ مِنَ الْعَالِ فِرْعَوْنُ يَسْؤِمُونَكُمْ سَوْءَ الْعَذَابِ يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ ۝٣﴾ أي يذيقونكم اشد العذاب، وفسره بقوله ﴿يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ ۝٣﴾.

ب- تفسير القران بالسنة:

١- قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ۝٤﴾ فلفظة (صلاة) في لغة العرب بمعنى الدعاء فنقلها الشارع إلى معنى شرعي خاص لم يعرف المكلفون بإقامتها المعنى المراد به فقام الرسول ﷺ بإقامتها أمامهم، فبيّن بأقواله وأفعاله أركانها وشروطها وسنتها ثم قال لهم ((صلوا كما رأيتموني أصلي))، فأصبحت دلالتها قطعية عرضاً أي بسبب التفسير بعد أن كانت مجملة.

٢- قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۝٥﴾ فلفظ (حج) في لغة العرب بمعنى القصد نقله الشارع إلى معنى شرعي خاص لم يعرفه المسلمون الأوائل، فقام الرسول ﷺ بأدائه بحضورهم موضحاً لهم أركانه وشروطه ومناسكه ثم قال لهم ((خذوا عني مناسككم))، فأصبحت دلالاته على المراد قطعية عرضاً أي بسبب التفسير. وتفسير الرسول ﷺ لهاتين الآيتين وغيرهما تفسير شرعي يفيد القطع واليقين بمقتضى تخويله من الله بذلك في قوله تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ۝٦﴾ وقوله تعالى ﴿وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ

(١) سورة المطففين ١-٣.

(٢) القرطبي، المرجع السابق ١٩ / ٢٥٠.

(٣) سورة البقرة ٤٩.

(٤) سورة البقرة ٨٣.

(٥) سورة آل عمران ٩٧.

(٦) سورة النحل ٤٤.

الَّذِي أَخْلَفُوا فِيهِ وَهَدَىٰ وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴿٦٤﴾^(١).

ج- تفسير القانون بالقانون:

أولاً: لفظة (جناية): فسرها المشرع العراقي بأنها (جريمة معاقب عليها بإحدى العقوبات التالية: ١- الإعدام. ٢- السجن المؤبد. ٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة (م ٢٥ ق.ع.ع.))، وبذلك أصبحت دلالتها على هذا المعنى المراد قطعية عرضاً.

ثانياً: لفظ (قاصر): فسره المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين فقال (يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والمجنون ومن تقرر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود، إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك (م ٣/ثانيا) ^(٢)).

صلة للدلالة القطعية بالتقسيم الرباعي والثنائي:

دلالة كل من المفسر والمحكم في التقسيم الرباعي لوضح الدلالة قطعية لأنه يدل لذاته أو بوساطة التفسير على معنى - حكم - لا يحتمل غيره إلا بدليل، وكذلك دلالة النص في التقسيم الثنائي قطعية لأنه عرف بأنه ما يدل على معنى لا يحتمل غيره بدون دليل فيشمل الدال دلالة قطعية كلاً من المفسر والمحكم والنص.

الدلالة القطعية والاجتهاد:

لا صلة بين النص الدال على الحكم المراد دلالة قطعية وبين الاجتهاد، لأن الاجتهاد سواء أكان من الفقيه أم القاضي أم غيرهما إنما يكون في نص يحتمل أكثر من معنى واحد أو كانت دلالاته غامضة، فبالاجتهاد يحدد المعنى المراد من المعاني المحتملة أو يزال الغموض. ولذلك اجتمع فقهاء الشريعة والقانون على انه (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) والمراد بالنص هنا هو الدال على الحكم دلالة قطعية.

^(١) سورة النحل ٦٤.

^(٢) وكما في (م ١٠٢) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أن (القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة).

القطعية (البديهية)، والقطعية النظرية من حيث الثبوت والإثبات:

ما سبق من القطعية الذاتية والعرضية كانت بالنسبة إلى الدلالة، أما البديهية والنظرية فهما تكونان بالنسبة إلى النصوص والأدلة الدالة على المعاني والأحكام، وكذلك بالنسبة لوسائل الإثبات والأخبار والوقائع، فهذا الموضوع ذو صلة بالقضاء أكثر من غيره، والقاضي غير ملزم بأن لا يحكم إلا باليقين بل يكفيه الظن الغالب الذي يكتسبه من الأدلة والبيانات، ولكن اليقين أولى من الظن إذا أمكن كسبه لما فيه من الصواب والعدالة مطلقاً.

والأمور القطعية هي اليقينية، واليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، واليقينية إما بديهيات - ضروريات - أو مكتسبة من البديهيات، فالضروري هو البديهي، والنظري هو المكتسب من البديهي.

١- البديهيات:

وهي ستة أنواع:

- ١- المتواترات: وهي معلومات نقلها جمع من الناس لا يتصور العقل عادة تواترهم على الكذب، كهجرة سيدنا محمد ﷺ من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة، وكعلمنا بأن موسكو عاصمة روسيا، ولندن عاصمة إنكلترا.
- ٢- المحسوسات: وهي القضايا التي يحكم بها العقل بوساطة الحس الظاهري^(١).
- ٣- الوجدانيات: وهي القضايا التي يحكم فيها العقل بوساطة الحس الباطني كالحكم بأن للإنسان ألماً وحرزاً وفرحاً وجوعاً وعطشاً، وغير ذلك مما يدرك بالحس الباطني.
- ٤- المجربات: وهي القضايا الثابتة ثبوتاً يقينياً عن طريق الخبرة والتجارب، كالقضايا العلمية التكنولوجية أو الطبية أو الكيماوية أو الفيزيائية أو غير ذلك من الأمور الخاضعة للتجارب، وهي لا تكون حجة على غير المجرب لأنها لا تفيد علماً ضرورياً - يقيناً - بالنسبة للغير.

(١) كالحكم بإحراق النار وحلاوة العسل وبياض الثلج وطيبة روائح العطور وحسن وقبح الأصوات.

٥- الحدسيات: وهي الأمور التي يحكم بها العقل بسبب سرعة الانتقال من المبادئ إلى النتائج كالحكم بأن نور القمر مستفاد من ضياء الشمس^(١) لاختلاف تشكيلاته النورية عند قربه وبعده من الشمس.

٦- الأوليات: وهي القضايا التي يحكم فيها العقل حكماً يقينياً بمجرد تصور أطرافها دون حاجة إلى دليل خارجي كالحكم بأن الكل اكبر من الجزء وأن الزاوية المنفرجة اكبر من الزاوية الحادة، وأن ما ينقسم من الأعداد إلى متساويين زوجي والا ففردى.

ب- النظريات المكتسبة من البديهيات:

المعلومات اليقينية لدى الإنسان لا تكون دائماً من البديهيات بل منها ما يكتسب من أدلة يكون جميع مقدماتها من اليقينيات^(٢). أما إذا كانت إحداها ظنية فإن النتيجة تكون أيضاً ظنية لأنها تابعة لأخس المقدمات. والدليل الذي تكون مقدماتها كلها يقينية مع توافر شروطها تسمى برهاناً، والبرهان إما لمي أو إئي.

١- البرهان اللمي:^(٣) هو الاستدلال بالسبب - المؤثر - على المسبب والأثر كاستدلال الأطباء المختصين بالبكتريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض صاحب الدم كما في الأمثلة الآتية:

أ- الاستدلال بوجود طفيلي ليشمانيا دونوفاني (Leishmania Donovanii) على إصابة صاحب الدم بالحمى السوداء (Kala - Azar).

ب- والاستدلال بوجود طفيلي بلا سموديوم الملاريا (Plasmodium Malaria) على إصابة المريض بالملاريا (Malaria).

^(١) قال سبحانه وتعالى ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا ﴾ سورة يونس ٥.
^(٢) كالاستدلال على وجود الخالق بتغيرات الكون كأن يقال (العالم متغير، وكل متغير حادث، ينتج بعد حذف المكرر: العالم حادث، ثم تجعل هذه النتيجة مقدمة في دليل آخر مثل: العالم حادث، وكل حادث يحتاج إلى محدث، ينتج: العالم يحتاج إلى محدث).
^(٣) سمي ليميا لأنه يفيد اللمية أي العلية، وسميت العلة لعمية إذ يجاب بها السؤال بلم فسميت لعمية نسبة لليم، وسمي البرهان لعمياً نسبة للعمية، فهو منسوب للمنسوب (لم)

- ج- وبوجود بكتريا بروسيللا (Brucilla) على الإصابة بحمى مالطا (Brucellosis).
- د- وبوجود بكتريا سالمونيلا تايفي (Salmonella Typhi) على حمى التايفوئيد (Typhoid Fever).

٢- البرهان الإنفي: ^(١) هو الاستدلال بوجود المسبب (الأثر) على وجود السبب (المؤثر) كالاستدلال بآثار الجريمة عن الطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد شخص المجرم. ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال أهل الخبرة والمختصين في الطب الشرعي والبحث الجنائي على ثبوت الجريمة، أو تحديد الشخص المجرم بآثار البصمات أو آثار الأسلحة النارية أو آثار الحريق العمدي أو آثار الأقدام أو آثار الآلات والإطارات أو آثار الأنسجة أو الشعر أو البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب، أو نحو ذلك.

فهذه الآثار ونظائرها التي يستدل بها على إثبات الجريمة أو تشخيص المجرم استدلال بالأثر على وجود مؤثره وبالمسبب على قيام سببه فهي إن كانت قطعية بسبب التجارب والمشاهدات المتكررة أو نحوها تسمى برهاناً على القاضي أن يحكم بمقتضاها لأنها تفيد اليقين. وإن لم تصل إلى درجة القطع واليقين تسمى أمارة (دليلاً ظنياً) وهي قابلة لإثبات العكس، ومع ذلك للقاضي أن يحكم بموجبها لأنها تفيد الظن، والقاضي ليس ملزماً أن يحكم دائماً باليقين لأنه لو الزم بذلك لأدى إلى ضياع كثير من الحقوق والالتزامات، وفي هذا الكون أمور كثيرة لا تدرك إلا بآثارها، ومن الخطأ الظن بأن ما لا يقع تحت الحس الظاهر لا حقيقة له.

^(١) سمي الدليل إنفاً لأنه يفيد إنية، فهو منسوب لأن لأنه يؤتى بأن غالباً. الدليل هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. الأمارة هي التي يلزم من العلم به الظن بوجود شيء آخر. التعليل هي تبين علة الشيء.

المبحث الثاني

الدلالة الظنية

تكون دلالة النصوص وصيغ العقود ووسائل الإثبات ظنية، إذا كان الدال محتملاً لأكثر من معنى - أو حكم - واحد، ولو كانت هذه الدلالة بدرجات متفاوتة وضوحاً وخفاءً. وقد أجمع علماء الأصول والفقهاء على جواز الاكتفاء بالظن في الفروع - الأحكام الفقهية أو القضائية -، واليقين غير مطلوب إلا في الأحكام الاعتقادية - أصول الدين -، ولو اشترط اليقين من الفقيه في استنباط الأحكام أو من القاضي في حسم الخصومات لتعطلت كثير من المصالح والحقوق المالية وغير المالية، ذلك لأن إفادات الخصوم وشهادات الشهود كلها أخبار، وكل خبر من حيث هو يحتمل الصدق والكذب، وبالتالي لا يفيد إلا الظن.

وكذلك أكثر النصوص دلالتها ظنية سواء أكانت في الشرائع أم في القوانين لأنها إما أن تحتمل أكثر من حكم واحد أو تتسم بطابع المرونة والمطاطية أو تتأثر أحكامها بالظروف والملابسات وخلفيات القضية المعنية بالحكم وحسم الخصومة فيها.

وإضافة إلى ذلك، فإن الفقيه أو المفتي أو القاضي كما لا يلزم بالعمل باليقين دائماً بل يكفي حصول الظن الغالب في حالات غياب اليقين، كذلك لا يجوز له أن يعمل بالشك أو الوهم أو التخيل، بل الحد الأدنى هو الظن بإجماع فقهاء الشريعة والقانون.

وجددير بالذكر أن إدراكات الإنسان إما تصورات أو تصديقات، وإن ما يدركه في كل مفردة أو قضية - أو مسألة - يكون دائراً بين الوقوع واللاوقوع، فهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

- ١- إن تساوى - الوقوع واللاوقوع - عند العقل من غير رجحان أحدهما على الآخر فالإدراك المتعلق بكل منهما يسمى شكاً.
- ٢- وإن ترجح أحدهما عند المدرك بنوع من الإذعان والقبول يسمى تصديقاً.
- ٣- الاعتقاد إن لم يصل إلى درجة الجزم يسمى (ظناً)، والطرف المقابل له يسمى (وهماً).
- ٤- الاعتقاد الجازم إن لم يكن ثابتاً بأن كان قابلاً للزوال بتشكيك المشكك يسمى (تقليداً)، والطرف المقابل له يسمى تخيلاً - أو تخيلاً -.

- ٥- الاعتقاد الجازم الثابت إن لم يكن مطابقاً للواقع يسمى (جهلاً مركباً).
- ٦- والاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع يسمى (يقيناً). والقاعدة العامة تقضي بأن (اليقين لا ترتفع إلا باليقين).
- والوهم والشك والتخييل من أقسام التصورات لعدم وجود الإذعان (التسليم لدى المخاطب) فلا يجوز الحكم بمقتضاها، والظن والتقليد والجهل واليقين من التصديقات، فالحكم يكون باليقين إن وُجد وإلا فالظن الغالب.

ظنية دلالات النصوص والاختلاف في أحكامها:

تعتبر ظنية دلالات النصوص من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، وقد سبق بيان بعض من تلك النصوص، وأكرر بصورة مختصرة للتذكير بعضاً منها.

١- قال تعالى في حكم الإيلاء: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ

اللَّهَ عَفْوٌ رَجِيمٌ ﴿٣١﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾، ولظنية دلالة هذه الآية على الحكم المرتبط بالإيلاء اختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ- قال جمهورهم: (للزوجة بعد المدة - أربعة أشهر - مراجعة القضاء والمطالبة بالمعاشرة المعروفة أو الطلاق، فالقاضي يجبر الزوج على أحدهما، فإن امتنع حل محله في الطلاق وحكم بالتفريق).

ب- وقال الجعفرية والظاهرية: (يجبره القاضي على أحدهما، فإن أبى لا يحل محله في الطلاق ولكن يجسه أو يعذبه إلى أن يختار أحدهما أو يموت في الحبس).

ج- وقال الحنفية والإباضية: (يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة، لأن هذا هو معنى {وان عزموا الطلاق} ^(٣١)). وقال المالكية لا يشترط في الإيلاء الحلف في ترك المعاشرة، لأن مجرد الترك ظلم، ورفع الظلم واجب على القاضي أو من ينوب عنه.

٢- قال تعالى في ميراث الأم: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴿٣٣﴾، ولظنية دلالة هذه الآية على العدد المراد بالأخوة اختلف فيه الفقهاء:

(١) سورة البقرة: ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع كتاب الطلاق خلال أربعة آلاف سنة للمؤلف (٧٥/٢-٩٠).

(٣) سورة النساء: ١١.

أ- قال جمهورهم: (اثنان فما فوق من الذكور والإناث أو من كليهما).
 ب- قال الجعفرية: (المراد ذكران أو من يعادلها - أي أربع أخوات أو أخ وأختان - فما فوق).

ج- وقال ابن عباس: (ثلاثة فما فوق من الذكور أو الإناث، لأن أقل الجمع ثلاثة).

٣- قال تعالى في ميراث الأخت: ﴿إِنْ أَمْرٌ هَلْكَ لَيْسَ لَهُ، وَلَدٌ وَكَهْ، أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا

تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ أَثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۖ﴾^(١)،
 ولظنية دلالة هذه الآية على المعنى المراد بلفظ (ولد) اختلف فيه الفقهاء كالاتي:

أ- قال ابن عباس وفقهاء الجعفرية: (المراد ما يشمل الذكر والأنثى لأن هذا هو معناه اللغوي، فلا ترث الأخت مع البنت أو بنت الابن).

ب- قال الجمهور: (أراد به القرآن معناه العرفي - أي الذكر - فترث الأخت الشقيقة أو لأب بعد نصيب البنت أو بنت الابن الباقي، لأنها عندئذ عصبه مع الغير)^(٢).

ظنية دلالة النص والتأويل:

النص القابل للتأويل هو الذي تكون دلالته على المعنى المراد ظنية، فلا تأويل في نصوص تكون دلالتها على المعاني - الأحكام - قطعية.

وقد عرف علماء الأصول التأويل بأنه: (صرف النص عن معناه الظاهر - أو الراجح - إلى معنى غير ظاهر - أو مرجوح - لدليل يقتضيه)^(٣). وأقترح أن يعرف بأنه: (هو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة إلى ما يحتمله من حكم آخر لدليل يقتضيه).

(١) سورة النساء: ١٧٦.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع شرح قانون الأحوال الشخصية للمؤلف، ص ١٥٤ وما بعدها.

(٣) يقول التلمساني المالكي، مفتاح الوصول الى علم الأصول، ص: ٩٣ - ١١٠ (الموول متضح الدلالة في المعنى الذي تؤول فيه، لأنه راجح فيه إلا أن رجحانه لما كان بدليل منفصل كان في اتضاح دلالة ليس كالظاهر، ولما كانت أسباب الظهور ثمانية كانت التأويلات ثمانية: الأول: حمل اللفظ على مجازه لا على حقيقته. الثاني: الاشتراك وهو في الحقيقة ليس بتأويل، لأن الاشتراك أقرب إلى الإجمال، لكن إذا اثبت المستدل أن اللفظ حقيقة في واحد من المعنيين اللذين يحتملها اللفظ فله بعد ذلك أن يرجح أحد المحتملين بأدنى مرجح ويكفيه ذلك. والثالث: الإضمار. والرابع: الترادف. والخامس: التأكيد. والسادس: التقديم والتأخير. والسابع: التخصيص. والثامن: التقييد).

ويعتبر التأويل استثناء من الأصل ، فالأصل هو حمل اللفظ على معناه الحقيقي ولا يعدل إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة.

والأصل في العام هو العمل بعمومه ما لم يثبت مخصص بخصه ، والأصل في المطلق هو تركه على إطلاقه ما لم يَقم دليل على تقييده ، إلى غير ذلك من الأصول الأخرى التي يعتبر العدول عنها تأويلاً عند بعض علماء الأصول والفقهاء كالمالكية.

ولكون التأويل استثناء من الأصل ، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات الهوى اشترط علماء الأصول لصحته شروطاً أهمها ما يلي :

١- أن يكون النص قابلاً للتأويل ، بأن تكون دلالته على الحكم ظنية ، بحيث يحتمل أكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات.

٢- أن يكون التأويل موافقاً لوضع أهل اللغة أو عرف الاستعمال أو اصطلاح الشرع في النصوص الشرعية أو اصطلاح القانون في النصوص القانونية ، فإذا خرج عن هذا الإطار كان تأويلاً فاسداً ، فالعام إذا صرف عن عمومه وأريد به بعض أفراده بدليل معتبر فهو تأويل عند من يرى التخصيص تأويلاً ، لأن دلالة النص العام على شمول حكمه لجميع ما يتناوله من الأفراد والمصادقات دلالة ظنية عند جمهور العلماء ما لم يَقم دليل على خلاف ذلك.

وكذلك النص المطلق إذا صرف عن شيعه وحمل على المقيد أو قيد بقيد معتبر كان ذلك تأويلاً عند من يرى أن التقييد تأويل. وكذلك حمل اللفظ على معناه المجازي لتعذر المعنى الحقيقي يكون تأويلاً.

٣- أن يقوم دليل^(١) يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر إلى المعنى المرجوح المحتمل ، لأن الأصل هو العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك^(٢).

(١) حصر الظاهرية أدلة التأويل في ثلاثة فقط وهي : نص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة ، وكل تأويل دليله من غير هذه الثلاثة يكون باطلاً. ومن الواضح أن في هذا الرأي الضيق حرجاً وهو

مرفوض بموجب قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۗ مَسْرُورًا ۗ الْحَجَّ : ٧٨ .

(٢) يقول القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، ص : ١١٢ (يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز والعموم دون التخصيص والأفراد دون الاشتراك والاستقلال دون الإضمار وعلى الإطلاق دون التقييد وعلى التأصيل دون الزيادة وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد وعلى البقاء دون

٤- أن يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل ، كالمصلحة الشرعية أو الحاجة الضرورية أو غيرها مما يستتجة الفقيه أو القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملاساتها وخلفياتها ونتائجها^(١).

٥- الأهلية الاجتهادية: يشترط فيمن يتولى عملية التأويل أن يكون أهلاً للاجتهد، لأنها عملية اجتهادية يتولاها من يكون من أصحاب الملكة الفقهية في المسائل الشرعية والعقلية القانونية في المسائل القانونية.

ومن متطلبات هذه الأهلية: الإلمام بخواص اللغة العربية وبأسرار التشريع وعلل الأحكام والأسباب الموجبة، إضافة إلى معرفة أحكام العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين وتمييز قطعي الدلالة من ظنيها والحقيقة من المجاز، وغير ذلك من مؤهلات الاجتهاد.

التأويل القريب والتأويل البعيد:

قسم علماء الأصول التأويل إلى القريب والبعيد، فقالوا (القريب: هو الذي يكفي فيه للعدول من المعنى الظاهر الراجح إلى المرجوح غير الظاهر أدنى دليل، والبعيد: هو الذي لا يتبادر إلى الذهن، وإنما تدل عليه قرآئن وأمارات، - أدلة ظنية -). لكن الواقع هو عدم وجود معيار علمي موضوعي دقيق للتمييز بين ما هو قريب وما هو بعيد من التأويلات وإنما المعيار

النسخ وعلى الشرعي دون العقلي وعلى العرفي دون اللغوي، إلى أن يدل دليل على خلاف ذلك، لأن جميع ما دعينا تقديمه ترجح عند العقل احتمال وقوعه على ما يقابله والعمل بالراجح متعين، أي ما لم يقدح دليل على خلاف ذلك.

^(١) يقول الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ٩٩/٣ - ١٠١.

(يراعى في المؤول به أوصاف ثلاثة:

أ) أن يرجع إلى معنى صحيح في الاعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين، ويكون اللفظ المؤول قابلاً له، وذلك أن الاحتمال المؤول به إما أن يقبله اللفظ أو لا، فإن لم يقبله فاللفظ نص لا احتمال فيه، فلا يقبل التأويل، وإن قبله اللفظ فإما أن يجري على مقتضى العلم أو لا، فإن جرى على ذلك فلا إشكال في اعتباره، لأن اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لا ياباه.

ووجه ثان: وهو أن التأويل إنما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو أقوى منه.

ووجه ثالث: وهو أن تأويل الدليل لمعناه إن يحمل على وجه يصح كونه دليلاً في الجملة، فرده إلى ما لا يصح رجوع إلى أنه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين التقيضين). نقلته مع التصرف.

شخصي، فرب تأويل عند شخص يكون بعيداً، في حين يكون في نظر شخص آخر قريباً وكذلك العكس، لأن مرد القرب والبعد في التأويل إلى الاجتهاد والإدراك، والناس مختلفون في مداركهم وملكاتهم الفقهية وفي درجات رؤياهم الذهنية لأسرار التشريع وحكم الأحكام.

التأويل ومجال تطبيق النص:

التأويل غالباً يؤدي إلى توسيع نطاق مجال تطبيق النص ورفع الحرج وتيسير طريقة الوفاء بالالتزامات دون أن يخل ذلك بالغرض المقصود من تشريعه. وقد يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيق النص. وفيما يلي صور من الحالتين:

١. من صور التأويل الموسع لمجال تطبيق النص:

١- قال سبحانه وتعالى في كفارة الظهار: ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكَ تُوعَطُونَ بِهِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣﴾ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَأَطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ۝٤﴾^(١). وحفاظاً على احترام العلاقة الزوجية، حرم الله سبحانه الظهار وهو تشبيه الزوجة بإحدى المحارم كأن يقول لها الزوج (أنت مثل أمي أو كأختي) أو نحو ذلك، واعتبر ذلك معصية موجبة للعقوبة، وعقوبتها يجب أن تنفذ قبل المعاشرة الزوجية وهي حسب الترتيب الوارد في الآية: تحرير إنسان مستعبد فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دون انقطاع فإن لم يستطع لمرض أو شيخوخة فيجب إطعام ستين مسكيناً. وقد أوّل بعض الفقهاء^(٢) هذه الآية بالنسبة لإطعام ستين مسكيناً تأويلاً وسع نطاق النص بتعددية طرق الوفاء بهذا الالتزام كالاتي:

(١) سورة المجادلة: ٤.

(٢) كفقهاء الحنفية ومن هذا حذوهم. لمزيد من التفصيل، راجع شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ ٢٥٧/٤ - ٢٧٥. وورد في هذا المرجع ما يلي: وإن لم يستطع الصيام عليه إطعام ستين مسكيناً، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك. ولو أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزاءه لأنه استقراض معنى، والفقير قابض له، فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً ما أكلوه أو كثيراً، وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزاءه لكن إن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره.

أ- دفع الطعام إلى المسكين عينا كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك من القوت الذي يعيش به الإنسان.

ب- أو استضافة المسكين وتقديم الطعام له مما يأكله هو وأهله.

ج- أو إعطاء قيمة الطعام للمسكين.

د- أو تحويل غيره بتنفيذ هذه الكفارة سواء أكانت من مال الأصيل أم من مال النائب.

هـ- أو إطعام مسكين واحد بإحدى الطرق المذكورة في ستين يوماً^(١).

وقد تعرض هذا التأويل لنقد شديد من بقية الفقهاء^(٢) على أساس انه بعيد لا يحتمله النص، ولكن في الحقيقة والواقع انه تأويل قريب من روح الشريعة الإسلامية ويعبر عن التيسير الذي نص عليه القران في آيات منها ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣) و﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٤)، لأن الغاية هي سد حاجة الفقراء والمساكين من جهة وعقاب المذنب من جهة أخرى شريطة ألا يؤدي ذلك إلى التساهل والإضرار بمصلحة المسكين.

٢- قال الرسول ﷺ في زكاة الغنم: ((إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاث مائة ففيها ثلاث شياه، فإذا زادت على ثلاث مائة ففي كل مائة شاة))^(٥) وأول بعض الفقهاء^(٦)

(١) فيكون المعنى عاماً شاملاً لحالتين: إطعام ستين مسكيناً، أو إطعام طعام ستين مسكيناً.

(٢) في المرجع السابق ٢٧١/٤ (قال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد: لا يجزئه، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً ويتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين، فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطلاً لمقتضى النص، فلا يجوز لأن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء).

وفي شرح الكوكب المنير، ص: ٢٣٥ (فجعلوا المعدوم وهو طعام مذكوراً مفعولاً به، والمذكور وهو قوله - ستين - معدوماً لم يجعلوه مفعولاً به، مع ظهور قصد العدد لفضل الجماعة وبركتهم، وتضافرهم على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد في الواحد).

(٣) سورة الحج: ٧٨.

(٤) سورة البقرة: ١٨٥.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، فتح الباري ٤٠٤/٣.

(٦) وهم الحنفية أيضاً ومن تبعهم.

هذا الحديث بالنسبة إلى الشاة الواجب دفعها بأن المراد بها ذات الشاة أو قيمتها^(١)، لأن الغاية سد حاجة الفقير بالشاة ذاتها أو بقيمتها على أن تكون القيمة حقيقية لا صورية، وإن لا يضر العدول إلى القيمة بمصلحة الفقير. وتعرض هذا التأويل للنقد أيضاً على أساس أنه بعيد عن معنى النص، ولا يحتمله. وزعم بعض^(٢) من أنصار هذا النقد (أن من قال بالتأويل ذهب إلى أن الواجب القيمة دون الشاة ذاتها). وهذا الزعم غير مطابق للواقع كما ذكرنا بل قالوا (بخير بين دفع الشاة ذاتها أو قيمتها مع رعاية مصلحة من يستحق صرف الزكاة له). فهو بمثابة الواجب المخير وإن هذا التعميم لا يتعارض مع الغاية المتوخاة من تشريع الزكاة من مكافحة الفقر وسد حاجة المحتاجين وتضييق نطاق النظام الطبقي في المجتمع وإيجاد المحبة والوثام بين الطبقة المعدمة والطبقة الغنية عن طريق الزكاة.

ب. من صور التأويل المضيق لنطاق النص:

١. قال الرسول ﷺ: ((أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر))^(٣). فأول بعض الفقهاء^(٤) هذا الحديث بأن المراد امرأة لم تتوافر فيها الأهلية الكاملة، أما البالغة العاقلة فلها أن تزوج بدون إذن وليها قياساً على صحة تصرفاتها في سائر حقوقها الخاصة. وقد انتقد الجمهور هذا التأويل بأنه بعيد لا يحتمله النص، وهو انتقاد في محله للأسباب الآتية:

^(١) ويؤيد هذا الإتجاه ما رواه البخاري في صحيحه: من أن معاذ بن جبل حين بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن، قال لأهل اليمن: أنتوني بعرض ثياب: خميص أو لبيس في الصدقة مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة.

^(٢) في شرح الكوكب المنير، ص: ٢٣٥ (وابعد من ذلك - أي من التأويل السابق - تأويلهم في أربعين شاة على قيمتها - قيمة الشاة - وهو يؤدي إلى بطلان الأصل لأنه إذا وجبت القيمة لم تجب الشاة، فعاد هذا الاستنباط على النص بالإبطال).

^(٣) سبل السلام ١٥٤/٤.

^(٤) وهم الحنفية. في بداية المتديء والهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣ (وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ينعقد موقوفاً أي على إجازة الولي ووجه الجواز: أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله).

أولاً - يتعارض مع العموم الصريح في النص لأن صيغة (أيما) من صيغ العموم، والعام يؤخذ بعمومه ما لم يتم دليل على تخصيصه ولم يثبت هذا الدليل.
ثانياً - تصرف المرأة في نفسها لا يقاس على تصرفها في حقوقها المالية الخاصة لعدم وجود العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

٢- قال الرسول ﷺ لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع ((إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد)). وهذا الحديث كما ذكرنا سابقاً هو المصدر الأول للقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي النافذ من أن (الغبن الفاحش الناتج من التغير - التديس - سبب لعدم لزوم العقد، أو لتوقفه). غير أن بعض الفقهاء أولوه بتأويلات بعيدة أدت إلى تضيق نطاق تطبيقه:
 أ- فمنهم من قال (أنه خاص بمن يكون ضعيف العقل - كالمعتوه - بدليل ما روى مع هذا الحديث من أن رجلاً كان يبايع وكان في عقله ضعف فقال له الرسول ﷺ ما ورد في الحديث المذكور على أساس أن ضعيف العقل ناقص الأهلية تصرفاته في المعاوضات موقوفة على إجازة وليه، وهذا التأويل بعيد لأن الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي).

ب - ومنهم من أوله على أنه من باب خيار الشرط بدليل ما ورد في هذا الحديث من قول (إذا بايعت فقل لا خلافة)، وهذا التأويل أيضاً بعيد لأن الخيار مبني على أساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التغير من المتعاقد الآخر سواء وجد هذا الشرط أم لا.

ج - ومنهم من أوله على أنه خاص بمن قيل الحديث بصده وهو حبان بن منقذ، وهذا أيضاً بعيد لأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

ونستنتج من التطبيقات المذكورة أن التأويل قد يكون قريباً وقد يكون بعيداً وفي كلتا الحالتين إما موسع لنطاق النص المؤول أو مضيق له.

التأويل والتفسير:

يشارك التأويل والتفسير في أنَّ كلاً منهما عملية اجتهادية باستثناء التفسير التشريعي فإنه تشريع له قوة المفسر في الإلزام. وكذلك يشتركان في أنَّ الغرض من كل واحد منهما هو بيان ما هو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليها. ورغم هذا الشبه فإنهما يختلفان في فروق جوهرية أهمها ما يلي:

- ١ - التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك في حين أنَّ التفسير هو استجلاء الغموض الموجود في النص.
- ٢ - التفسير قد يكون من الشارع - أو المشرع - ويسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهياً، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً، في حين أنَّ التأويل لا يتصور من الشارع - أو المشرع - إلا عند من يرى أنَّ التخصيص والتقييد تأويل.
- ٣ - القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضاً في المسائل غير الجنائية لأنه ليس له إهماله بحجة الغموض، وإلا اعتبر ناكراً للعدالة، بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.
- ٤ - التفسير التشريعي يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى - الحكم - المراد في حين أنَّ النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنيه بالراجع والمرجوح.
- ٥ - النص المؤول يحتمل معنيين فأكثر - المعنى الراجع الظاهر الأصلي والمعنى المرجوح الذي صرف إليه - بخلاف المفسر.
- ٦ - وسائل التفسير والإيضاح تكون أقوالاً وأعمالاً كما فسر الرسول ﷺ الصلاة والحج بأقواله وأفعاله ثم قال لأصحابه: (صلوا كما رأيتموني أصلي) و (خذوا عني مناسككم)، في حين أنَّ التأويل لا يكون إلا بالأقوال.
- ٧ - الباعث الدافع للتفسير إزالة غموض النص، أما التأويل فباعثه مصلحة أو حاجة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر.
- ٨ - التأويل بيان بدليل لا لقطع باب الاحتمال بل تبقى دلالة النص بعد التأويل ظنية قابلة لاحتمال آخر بخلاف التفسير فإنه غالباً لا يدع المجال أمام الظن أو الاحتمال أن يلعب دوره.

المبحث الثالث

الدلالة الغامضة

الغامض: لفظ - أو كلام - لا تكون دلالة على المعنى - أو الحكم - المراد واضحة، وهو يشمل الأقسام الأربعة لغير واضح الدلالة - الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه - في التقسيم الرباعي والمجمل والمتشابه في التقسيم الثنائي.

والذي يهمننا في هذه الدراسة هو معرفة أهم أسباب الغموض، ووسائل إزالته وهي تختلف باختلاف النصوص والقضايا الخاضعة لها، كما تختلف باختلاف المفسرين والشراح والقضاة وكل من يتعامل مع النصوص. فرب نص غامض في نظر شخص يكون واضحاً لدى شخص آخر لتفاوت الناس في الاستعداد والفهم وصفاء الذهن وسعة الإطلاع والمملكة الفقهية والعقلية القانونية.

وإضافة إلى ما ذكرنا فإن علماء الأصول وفقهاء الشريعة والقانون لم يتمكنوا من القيام باستقراء تام وإحصاء كامل لأسباب الغموض في النصوص. ومرد ذلك عمومية وتجرد القواعد الشرعية والقانونية، وعدم الاكتراث لدقائق الأمور وتفصيل الجزئيات حتى لا يقيد الفقيه أو القاضي بأن يتمسك بحرفية النص في جميع الأحوال والظروف. كما لا توجد ضوابط لأسباب غموض النصوص كذلك لا توجد معايير دقيقة لتحديد وسائل إزالة الغموض، فلكل غامض وسيلة خاصة لاكتشاف المراد به، وبناء على ذلك نقتصر على استعراض نماذج من أسباب الغموض ووسائل إزالته.

أسباب الغموض

أولاً - الغموض هي سريان النص على بعض ما صدقته^(١)

لما يتصف به هذا البعض من تسمية خاصة أو طبيعة متميزة كما يلي:

أ - من الغامض من حيث السريان في نصوص الشريعة قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ ﴾

(١) أي ما يندرج تحته معنى ويصدق عليه لفظاً.

فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿١١﴾ ، وقد ذهب بعض العلماء من الأصوليين والفقهاء إلى أن سرعان هذه الآية على النباش والطارق - النشال - غير واضح لتخلف بعض عناصر السرقة فيهما ، لأن النباش يسرق مالاً غير مملوك لأحد فما يأخذه السارق من القبر ليس ملكاً للميت لأنه غير أهل للملكية ، وليس ملكاً للورثة لأنهم تخلوا عنها ، إضافة إلى أن القبر لا يعتبر حرز المثل لتلك الأموال ، فالاستيلاء عليها لا يعتبر سرقة. وإن الطرار يسرق المال من اليقظان ، في حين أن السرقة عبارة عن أخذ مال مملوك للغير خفية في حرز مثله بقصد سيء.

ثم إن استقلالية كل من هذين النوعين من السرقات باسم خاص قد أورثت شبهة في صدق السارق عليهما ، وأحوجت الفقه والقضاء إلى البحث والاجتهاد لإزالة هذا الغموض في الشمول عن طريق علة تشريع الحكم تجريمياً وعقوبة ، وقد وصل اجتهاد الفقهاء إلى أن العلة هي حماية الأموال ، فهي قائمة بالنسبة للنباش والطارق لإعتدائهما على حق مالي للغير. ثم إن مرد اختصاص النشال (أو الطرار) بهذا الاسم الخاص إلى زيادة في مضمونه فهو سارق مع الزيادة ، فالسارق يسرق الأعين النائمة ، والطارق يسرق الأعين المستيقظة بحفة يده ومهارته ، وبذلك يعتبر أخطر من السارق الاعتيادي على المجتمع ويستحق العقوبة من باب أولى ، فلا مبرر للتردد في كونه مشمولاً بآية السرقة ، وهذا ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة.

أما بالنسبة إلى النباش فقد ذهب البعض إلى أنه يعاقب بعقوبة تعزيرية لأن المسروق لا مالك له ، والقبر لا يعتبر حرزاً ، ونُسب هذا الرأي إلى أبي حنيفة (رحمه الله) ، ولكن قال الجمهور^(١) : (إن النباش مشمول بأحكام السرقة وأنه سارق حقيقة) ، إضافة إلى ارتكاب جريمة هتك حرمة الميت ، وإن المال المدفون مع الميت قد يكون من الأموال النفيسة دفن معه اعتزازاً بالميت كما هو المتعارف لدى بعض الأقوام وبصورة خاصة في العصور الغابرة ، وقد يكون المسروق عضواً صناعياً من المعدن النفيس.

وجدير بالإشارة أن هذا الخلاف موجود لدى فقهاء القانون فذهب أكثر شراح القانون الجنائي إلى أن الأشياء المدفونة مع الميت كالخاتم والأسنان والأعضاء الصناعية

(١) سورة المائدة: ٣٨.

(٢) لمزيد من التفصيل ، راجع : فتح القدير ٢٣٤/٤ وما بعدها. تفسير القرطبي ١٦٠/٦ وما بعدها.

وغيرها، لا تعتبر متروكة بل لا تزال مملوكة لورثة الميت أو لأصدقائه الذين قدموها له، لما في ذلك من معنى التقدير وتحليل المحبة، ولذا يكون الاستحواذ عليها ارتكاباً لجريمة السرقة، وقد تبني هذا الرأي القضاء الفرنسي^(١). وقال بعضهم: (لا يعتبر سرقة لأن الأشياء المدفونة مع الميت تعتبر متروكة قد تخلى عنها أصحابها).

ب- ومن غموض النص من حيث الشمول والسرمان في النصوص القانونية م ٣١١ من قانون العقوبات المصري^(٢) (كل من اختلس متقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق).

وجه الغموض: هو خفاء شمول المنقول في هذه المادة بالنسبة لما هو متصل بالأرض كالمحصولات الزراعية والأشجار والثمار وللقوة الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى. وقد تدارك المشرع العراقي هذا الغموض فنص صراحة في (م ٤٣٩) من قانون العقوبات القائم على ما يعتبر منقولاً فقال: (السرقة اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً. ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالأرض، أو مفروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطعها والقوى الكهربائية والمائية، وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى). وبهذا التفسير للمنقول استبعد غموض سرمان النص لهذه الأشياء.

ثانياً - الغموض في النص بسبب اضطراب صياغته:

كما في (م ٩، م ٨٩، م ٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ^(٣):

أ- ١/٩م (ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول).

وجه الغموض في هذا النص: هو استعمال لفظ (باطل) لبيان صفة عقد المكره مع إضافة عبارة (إذا لم يتم الدخول)، لأن لفظ (باطل) في التشريعات العراقية^(٤) لا يراد به إلا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لا يتحول إلى الموجود بالإجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول.

ووسيلة إزالة غموض هذا النص هي تعديله بتبديل الباطل إما بالموقوف أو الفاسد، لأن مصطلح العقد الفاسد وإن لم يأخذ به المشرع العراقي في القانون المدني إلا أنه أقره

(١) جارسون، شرح م ٢٧٩ بند ٥٣٨. نقلا عن د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات النافذ ١٤١/٢.

(٢) ذي رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(٣) ذي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٤) في التشريعات المصرية قد يراد به البطلان النسبي وهو يرادف غير اللازم.

في قانون الأحوال الشخصية^(١). وجدير بالذكر أن الفاسد للإكراه يتحول إلى الصحيح بالإجازة كالعقد الموقوف بخلاف فاسد لأسباب أخرى فإنه لا يتحول إلى الصحيح إلا بإزالة سبب الفساد.

ب- م ٨٩ (الوارثون بالقرابة وكيفية تورثهم:

- ١- الأبوان والأولاد، وإن نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين.
- ٢- الجد والجدات، والأخوة والأخوات، وأولاد الأخوة والأخوات.
- ٣- الأعمام والعمات. والأخوال والخالات، وذوو الأرحام.
- ٤- تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب).

وجه الغموض: أن هذه المادة بسبب اضطراب صياغتها لا تدل صراحة على اتجاه المشرع العراقي، هل أخذ بالفقه السني أو بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة واستحقاقهم للتركة؟^(٢)، ولذلك حصل التناقض في تفاسير محكمة التمييز لها في العراق. وقد فسرتها بقرارها المرقم ١١/شخصية/٩٦٤ في ٢٨/٣/١٩٦٤ بأنها (أخذت بالفقه السني، ولم تأخذ بنظام المراتب)، في حين فسرتها عام ١٩٨٥^(٣) بأنها (أخذت بالفقه الجعفري وأقرت نظام المراتب، فكل وارث من الفقرة الأولى ذكرا كان

(١) في م ٢٢ إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح - الفاسد - فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المهر المسمى والمثلي، وإن لم يسم فيلزم مهر المثل.

(٢) في الفقه السني: الورثة ثلاثة أقسام:

- ١- أصحاب الفروض وهم الورثة الذين حددت نسبة نصيبهم بالنص.
- ٢- العصبات وهم الذكور المتمون إلى الميت مباشرة أو عن طريق الذكور.
- ٣- ذوو الأرحام وهم ما عدا القسمين المذكورين من الأقارب.

وفي الفقه الجعفري للورثة ثلاث مراتب - أو طبقات -:

المرتبة الأولى: من ورد في الفقرة الأولى من م ٨٩.

المرتبة الثانية: من ورد في الفقرة الثانية منها.

المرتبة الثالثة: من ورد في الفقرة الثالثة.

وقالوا: إذا وجد واحد في المرتبة الأولى لا يرث أحد من الثانية والثالثة، وإذا وجد واحد من الثانية لا يرث أحد من الثالثة.

(٣) كما في قرارها المرقم ٢٩٤/موسعة أولى/٨٤ - ٨٥ في ٢٦/٦/١٩٨٥ وقرارها المرقم ١٩٨٣/موسعة أولى/٨٦ - ٨٧ في ٥/٦/١٩٨٧.

أم أنثى يحجب من الميراث كل من ورد في الفقرتين الثانية والثالثة، وكل وارث من الفقرة الثانية يحجب من ورد في الفقرة الثالثة). وكان هذا التناقض في التفسير نتيجة غموض المادة، والتفسير الأول هو الصحيح لما يلي:

- ١- استعمال مصطلح - ذوي الأرحام - في الفقرة الثالثة وهو لا يوجد في الفقه الجعفري.
- ٢- استعمال لفظ - جد - مفرداً في الفقرة الثانية يعني الجد من الأب لأنه من جانب الأم يعتبر من ذوي الأرحام، وهذا غير وارد في الفقه الجعفري الذي يستعمل عادة في المرتبة الثانية تعبير - الأجداد - أي الجد من جانب الأب والأم.

إضافة الفقرة الرابعة^(١) إلى م ٨٩، والفقرة الثانية^(٢) إلى م ٩١ تكون من باب العبث والحشو إذا كانت أحكام م ٨٩ مأخوذة من الفقه الجعفري^(٣) لأن هذه الإضافة من باب تحصيل الحاصل بالنسبة إلى الفقه الجعفري.

ج- م ٢/٩١ (تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم).

وجه الغموض: أن هذه الفقرة تتضمن حكمتين غريبتين أحدهما: لا مثيل له في العالم الإسلامي وغير الإسلامي وهو جعل البنت أقوى من الابن في الميراث، وعلى سبيل المثال من مات من أهل السنة عن جد وجدة وبنت تكون تركته كلها للبنت بموجب هذه الفقرة، لأنها تحجب كل الورثة باستثناء الأبوين والزوجين وابن المتوفى، وإذا مات عن جد وجدة وابن فلكل من الجد والجددة والباقي للابن. وثانيهما: مخالف لإجماع فقهاء المسلمين من أهل السنة والشيعة فمن مات عن أب وأم وبنت فالمسألة الفرضية تكون من (٦) فعند أهل السنة للبنت النصف (٦/٣) وللأم السدس (٦/١) وللأب السدس (٦/١) فرضاً والباقي تعصيباً.

(١) أضيفت هذه الفقرة إليها بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٣، التعديل الثامن من قانون الأحوال الشخصية.

(٢) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.

(٣) لأنه في هذا الفقه البنت كالابن عند عدم وجوده، والأخت الشقيقة كالأخ الشقيق عند عدمه، فلا حاجة إلى هذين التعديلين.

وعند أهل الشيعة لكل من الأبوين السدس وللبنات النصف والباقي يعاد توزيعه على الكل بالنسبة إلى حصصهم وترد المسألة من (٦ إلى ٥) في حين يكون الباقي للبنات إضافة إلى حصتها المقررة وذلك بمقتضى تلك الفقرة من م ٩١.

وسيلة إزالة هذا الغموض: هي تعديل الفقرة المذكورة بالآتي: (وتعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) وذلك أسوة بما جاء في الفقرة الرابعة من م ٨٩ أخذاً بالفقه الجعفري، لأن هذا هو غرض المشرع من تعديل المادة، لكن الصياغة أتت غير موفقة.

ثالثاً - الغموض بسبب الاشتراك:

سواء أكان لفظياً كما في لفظ (قرء) في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْيِّضُنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١)، أم معنوياً كما في لفظ (قاتل) في قول الرسول ﷺ: (لا يرث القاتل)، وقد سبق بيان ذلك في مبحث المشترك، ومثل لفظ (تمام) هو يحتمل أن يراد به الانعقاد أو الصحة أو النفاذ أو اللزوم، وقد تردد شراح القانون المدني العراقي بين هذه الاحتمالات في القبض في العقود العينية كما في م ٦٠٣ من القانون العراقي. ولكن الواقع هو أن المعنى الصحيح لتعبير (تم) في هذه المادة (وتتم الهبة بالقبض) هو أنها تتم آثارها لأن العقد العيني ينشئ الالتزام ولكن لا ينشئ الحق إلا بالقبض.

رابعاً - تردد اللفظ - أو الكلام - بين احتمالين فأكثر:

ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة منها:

أ- تردد القيد الوارد بعد عدة جمل معطوف بعضها على بعض بين رجوعه إلى الكل أو إلى الأخيرة حينما لا توجد قرينة تحدد المرجع، كما ذكرنا بالنسبة للاستثناء في مبحث التخصيص.

ب- تردد جملة - أو كلام - بين مضمونين محتملين كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ

(١) سورة البقرة: ٢٢٨.

اللَّهِ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرًا ﴿١﴾

وجه الغموض: أن جملة {الَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ} مترددة بين الزوج الذي بيده دوام الزواج والعصمة وبين الولي لأنه الذي يتولى التزويج، ولهذا حصل الخلاف فيه. فمنهم من قال^(١): (المراد هو الزوج لأن للمطلقة قبل الدخول نصف مهرها المسمى تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي يصيبها بسبب الطلاق ما لم تتنازل عنه، ويرجع النصف الآخر للزوج لأنه لم يتمتع بها ما لم يتنازل عنه لها، ولا يكون العفو والتنازل إلا ممن يملكه)، وفاقد الشيء لا يعطيه، فالمهر ليس ملك الولي حتى يتنازل عنه ثم إن الولي إذا أبرأ الزوج قبل الطلاق فالإبراء باطل وكذلك بعده. ومنهم من فسره^(٢) بالولي لأنه بيده عقدة الزواج، ولا يبقى للزوج سلطة على الزواج بعد الطلاق، لأنه لو أراد الله به الأزواج لقال: (إلا أن تعفو أو تغفون).

فالعُدول من صيغة المخاطب في صدر الآية إلى الغائب دليل على أن الكلام موجه إلى غير الأزواج. ووسيلة إزالة هذا الغموض هي الاجتهاد والنظر فيما يرجح أحد المعنيين، والذي يبدو لنا أن التفسير الأول هو الراجح بقرينة أن العفو يكون ممن يملكه وهو الزوج، ولأن الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في نهاية الآية إنما يكون لمن يملكه وهو الزوجان، ثم إن الطلاق والرجعة بعد الطلاق الرجعي بعد الزواج والمراد بالعفو التملك إن كان المهر عيناً والإبراء إن كان ديناً^(٣).

خامساً - كل زيادة في النص لا تظهر فيها فائدة جلية، وكل نقص يغفل بالمقصود، وكل إضمار - تقدير - يقتضيه النص للدلالة على الحكم

(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٢) كعلي بن أبي طالب عليه السلام من الخلفاء الراشدين، وسعيد بن المسيب من التابعين وأبي حنيفة والشافعي في قوله الجديد، والإمام أحمد على الراجح في مذهبه من أئمة المذاهب الفقهية.

(٣) كابن عباس من فقهاء الصحابة وطاووس وعطاء والشعبي من فقهاء التابعين والإمام مالك وفقهاء الجعفرية من أئمة المذاهب، في كنز العرفان في فقه القرآن للمحقق الحلبي ٦٤/٢: (كما يجوز للمرأة العفو عن حقها كذلك يجوز لوليها وهو المشار إليه بقوله: {الَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ} سورة البقرة: ٢٣٧.

(٤) لمزيد من التفصيل، راجع أحكام القرآن للجصاص ٢٠٠/١. أحكام القرآن لابن العربي ٢١٩/١. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٤/٣.

المراد، وكل سبب آخر هي ذات النص يؤدي إلى عدم وضوح دلالاته، ولو كان ذلك بالنسبة إلى بعض دون بعض:

ومن أمثلة تلك الأسباب ما يلي:

أ- م ٢٠٤م من قانون المرافعات العراقي^(١) (مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداية والاستئناف، وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محاكم البداية ومحاكم الأحوال الشخصية).

وجه الغموض: أن إحدى المادتين بالنسبة للطعن بطريق التمييز في أحكام محاكم البداية زائدة لأنها تارة حددت بثلاثين يوماً وأخرى بعشرة أيام، وهذا مما يؤدي إلى إرباك القضاء. فهل المعتمد الزمن الأول أو الثاني؟ ووسيلة إزالة الغموض إعادة النظر وحذف إحدى المادتين.

ب- م ١/٧٤^(٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم^(٣) (إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً حسب الأحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة)، ففي هذه المادة غموض ناتج عن نقصها لأن الأحفاد لا يستحقون الوصية الواجبة إذا ملكهم المتوفى - قبل وفاته - مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية، أو نسبة منها، ففي الحالة الأولى لا يستحقون شيئاً من الوصية الواجبة، وفي الحالة الثانية تكمل النسبة إلى أن تصل استحقاق والدهم أو والدتهم على تقدير الحياة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة.

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هي إضافة فقرة جديدة إلى المادة كالاتي:

٢- لا يستحق هؤلاء الأحفاد الوصية الواجبة إذا ملكهم بلا عوض الجد أو الجدة في حال الحياة مقدار ما يستحقونه بها أو أكثر، فإن ملكهم أقل منها وجبت تكملته، ثم إن هذا النص لا يشمل الطبقات الأخرى كأولاد أولاد الأولاد إذا اجتمعوا مع أولاد الأولاد.

(١) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢) عدلت هذه المادة بالقانون المرقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩، التعديل الثالث.

(٣) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

ج- م ٨٧٥/أولاً لمشروع القانون المدني العراقي^(١) (للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك). في هذه المادة غموض ناتج عن الإضمار الذي تجب رعايته وهو (ما لم يتعلق بها حق الغير)، ولا نجد هذا الغموض في م ٩٤٧ من القانون المدني الحالي القائم لأنها نصت صراحة على هذا القيد^(٢).

سادسا - الغموض الناصيء من إيجاز النص:

كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٤)، ولا تدل هذه الآيات صراحة على أركان وشروط الصلاة والحج، ولا على الأموال التي تجب فيها الزكاة، ولا على الكمية الواجبة، وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بيان كل ذلك كما سبق في موضوع وظائف السنة النبوية وبذلك أزال الأجمال - الغموض - الموجود فيها قبل بيان المراد بها.

سابعا - تردد اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني:

كما في لفظ (نكاح) في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٥)، فمعناه اللغوي الدخول - الوطء - ومعناه الشرعي عقد الزواج وحمله الجمهور على المعنى الشرعي بناء على قاعدة أن اللفظ في النصوص الشرعية يحمل على معناه الشرعي إذا دار بينه وبين المعنى اللغوي - وكذلك في النصوص القانونية - ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك، لكن فسره البعض - كالحنفية - بالمعنى اللغوي أو كليهما، وعلى هذا الأساس اثبتوا المصاهرة بالزنى.

(١) لسنة ١٩٨٦.

(٢) م ١/٩٧٤ (للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاه هذا الغير)

(٣) سورة البقرة: ٤٣.

(٤) سورة آل عمران: ٩٧.

(٥) سورة النساء: ٢٢.

ومثل لفظتي (الركوع والسجود) في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَرْكَعُوا
 وَأَسْجُدُوا وَعَبَدُوا رَبَّكُمْ﴾^(١)، فحملها الحنفية على المعنى اللغوي ففسروا الركوع بالميل
 من الاستواء والسجود لوضع الرأس - أو الجبهة - على الأرض وحملها الجمهور على المعنى
 الشرعي فقالوا (الركوع: الميل من الاستواء مع الطمأنينة، والسجود: وضع الرأس على
 الأرض معها لقول الرسول ﷺ ((اركع حتى تطمئن راکما ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد
 حتى تطمئن ساجدا))^(٢) وأرى أن الجمهور هم على صواب بالنسبة للركوع والسجود ذلك
 لأن الشارع نقلهما من معنهما اللغوي إلى المعنى التسريعي بإضافة الطمأنينة فأصبحا من
 الحمل، وبينه الرسول ﷺ بالحديث المذكور لأن البيان من وظيفته. بموجب قوله تعالى
 ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٣).

ثامنا - عدم ملاءمة مضمون النص لحكمة حكمه:

كما في م ١/٤٤٠ من قانون العقوبات العراقي (يعاقب بالسجن المؤبد أو الموقت من
 ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: آ- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها)، أي
 وقوعها في الليل بمعناه الفلكي - الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشروقها.

وجه الغموض: أن الفترة التي تقع قبيل الشروق وبعيد الغروب حكمها النهار فلا
 تتوافر في هاتين الفترتين حكمة التشديد، وهي ما في الظلام من الرهبة في نفوس
 الناس من جهة، وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة أخرى، ولرعاية هذه الحكمة
 على القاضي أن لا يحمل الليل على معناه الفلكي، بل يحمله على المعنى اللغوي
 أو العرف، أي وقت الظلام.

(١) سورة الحج: ٧٧.

(٢) نيل الأوطار ٢/٢٩٤ لمزيد من التفصيل راجع شرح المنار لابن ملك، ص: ٣٧٧ وما بعدها. الحديث
 أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب أمر النبي ﷺ الذي لا يتم ركوعه بالإعادة، فتح الباري ٢/٣٥٢.

(٣) سورة النحل: ٤٤.

(٤) وكان المشرع المصري أكثر توفيقاً في المادة (٣١٣) من قانون العقوبات التي نصها (يعاقب بالأشغال الشاقة
 المؤبدة من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الآتية أولاً - أن تكون هذه السرقة قد حصلت
 ليلاً).

تاسما - الفموض بسبب التعارض بين نصين فأكثر.

ما هو التعارض ؟

وأين مجال وقوعه ؟

ولماذا يكون سببا للفموض ؟

وبأية وسيلة يزال غموضه ؟.

ونجيب فيما يلي عن هذه الأسئلة :

تعريف التعارض^(١)

عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(٢) كلها تدور حول محور واحد وهو: أن يدل أحد الدليلين - ولو ظاهراً - على منافي ما يدل عليه الآخر تنافيا كلياً أو جزئياً كأن يدل أحدهما على الجواز، ويدل الآخر على المنع، فدليل الجواز يمنع التحريم ودليل التحريم يمنع الجواز، فكل منهما معارض للآخر ومانع له، وكالتعارض بين الحديثين الآتين: عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ ((لا ينكح المحرم^(٣) ولا ينكح))^(٤)، وعن ابن عباس رضي الله عنه زوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم^(٥)، فالأول يدل على تحريم وعدم صحة زواج المحرم، والثاني يدل على جوازه وصحته.

مجال التعارض:

لا تعارض بين دليلين قطعيين سواء أكانا نقلين أم عقليين وإلا للزم اجتماع النقيضين وهو ممتنع لأن صدق كل منهما يستلزم كذب الآخر. وكذلك لا يقع التعارض بين دليلين يكون أحدهما قطعياً والآخر ظنيا لعدم تعادلتهما في

^(١) لغة مأخوذ من العرض بمعنى المنع كما في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ سورة البقرة: ٢٣٤. أي لا تجعلوا الله مانعا يعترض بينكم وبين ما يقربكم إليه وبمعنى الإظهار كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ﴾ سورة البقرة: ٣١، وغير ذلك.

^(٢) ومنها في أصول السرخسي ١٢/٢ تقابل الحجتين المتساويتين على وجه يوجب كل واحدة منهما ضد ما توجه الأخرى، كالخلل والحرمة والنفي والإثبات.

^(٣) أي من لبس الإحرام للحج.

^(٤) رواه مسلم، سبل السلام ١٦٢/٣.

^(٥) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب نكاح المحرم، فتح الباري ٢٠٥/٩، ومسلم، كتاب النكاح،

صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٤/٩ وما بعدها، وأحمد في مسنده ٢٨٥/١.

القوة الإلزامية، فلا يقف الظني ضد القطعي بل يقدم عليه القطعي إذا كان ما يفيد أحدهما منافيا لما يدل عليه الآخر، باتفاق آراء جميع الفقهاء.

ولا يقوم التعارض بين دليلين ظنيين من نصوص الشريعة الإسلامية إذا لم يمكن الجمع بينهما، ولا يوجد مرجح لتقديم أحدهما على الآخر، ولا يكون أحدهما ناسخا للآخر لأنه في هذه الحالة يجب أن يسقط كلاهما عملا بقاعدة (إذا تعارضا تساقطا)، وهذا غير وارد بالنسبة لنصوص الشريعة^(١) لكن يمكن وقوعه في النصوص القانونية وأدلة الإثبات.

لماذا يكون التعارض سببا للغموض ؟

التعارض بين نصين يؤدي إلى حدوث الغموض بالنسبة إلى كل منهما لا من حيث المعنى وإنما بالنسبة إلى التطبيق حيث يتردد الفقيه في النص الواجب التطبيق من المتعارضين في القضية المعنية بمعرفة الحكم. لذا يجب بذل الجهد لرفع التعارض بإحدى الطرق المعروفة لدى علماء الأصول.

طرق رفع التعارض لإزالة الغموض:

وضع علماء الأصول ثلاث طرق لرفع التعارض وإزالة الغموض الناشء عنه وهي حسب التسلسل (الجمع بين النصين وترجيح أحدهما على الآخر، واعتبار المتأخر في التشريع ناسخا للمتقدم).

أولا - محاولة الجمع بين نصين:

يجب على الفقيه والقاضي اللجوء أولا إلى محاولة الجمع بين النصين لأن في الجمع عملا بكليهما، وإعمال الكلام أولى من إهماله. وجدير بالذكر أن هذه الطريقة لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة لنصين تكون النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه بأن يكون كل منهما عاما من وجه وخصوصا من وجه آخر، مثل ذلك في القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٢)، وقال تعالى:

^(١) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢: يتمتع تعادل القاطعين أي تقابلهما بأن يدل كل منهما على منافي ما يدل عليه الآخر، إذ لو جاز ذلك لثبت مدلولهما فيجتمع المتنافيان، وكذا يتمتع تعادل الأمارتين أي تقابلهما، من غير مرجح لأحدهما في نفس الأمر على الصحيح حذرا من التعارض في كلام الشارع.

^(٢) سورة البقرة: ٢٣٤.

﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١)، فهاتان الآيتان متعارضتان ظاهراً لأن الأولى تدل على عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء أكانت الزوجة المتوفى عنها زوجها حاملاً أم حائلاً وتدل الثانية على أن عدة الحامل وضع الحمل سواء كانت مطلقة أم كانت من المتوفى عنها زوجها.

ولذا حصل الخلاف لدى فقهاء الشريعة في اختيار طريقة رفع التعارض فجمهورهم^(٢) اختاروا طريقة ترجيح العمل بالثانية بالنسبة للحامل، على أساس أنها مخصصة للأولى فتكون عدة الحمل وضع الحامل سواء أكانت مطلقة أم كانت من المتوفى عنها زوجها، وتبقى الأولى تطبق على المتوفى عنها زوجها عندما تكون غير حامل.

وقال بعض فقهاء الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب^(٣) باستعمال طريقة الجمع بين الآيتين لأن في الجمع عملاً بكلتيهما وأعمال الكلام أولى من إهماله. وبنوا على ذلك أن عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً تكون ابعداً الأجلين فأيهما أطول مدة من وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام به تنتهي عدتها ووجه اختيارهم لهذه الطريقة هي أن النسبة بين الآيتين العموم والخصوص من وجه فالأولى خاصة بالوفاة وعمامة من وجه آخر فتشمل الحامل والحائلات والثانية خاصة بالحامل ولكنها عمامة من حيث أنها تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها. وقد اخذ بهذا الرأي الثاني المشرع العراقي^(٤) وحسناً فعل.

(١) سورة الطلاق: ٤.

(٢) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٧٩/٢ - ٨٠ (الحامل التي يتوفى عنها زوجها قال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار عدتها أن تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ سورة الطلاق: ٤. وإن كانت الآية في الطلاق، واخذ أيضاً بحديث أم سلمة، ومضمون الحديث: أن سبيعة الأسلمية وضعت حملها بعد وفاة زوجها بنصف شهر، قال لها الرسول ﷺ ((قد حلت فانكحي من شئت)).

وفي الميزان الكبرى للشعراني ١١٧/٢ (اتفقت الأئمة - أي أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد - على أن عدة الحامل مطلقاً بالوضع، سواء المتوفى عنها زوجها، أو المطلقة).

(٣) وفي تفسير القرطبي ١٧٤/٣ (عدة الحامل المتوفى عنها زوجها وضع حملها عند جمهور العلماء، وروي عن علي بن أبي طالب وابن عباس أن تمام عدتها آخر أجلين واختاره سحنون من فقهائنا أي من المالكية، ويتفق معهم الشيعة الإمامية).

(٤) في المادة ٣/٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

ثانياً - ترجيح أحد النصين بمرجح مقبول:

إذا لم يتمكن المجتهد - أو القاضي - من الجمع بين النصين يلجأ إلى الطريقة الثانية لرفع التعارض وهي طريقة ترجيح أحدهما بمرجح مقبول في ميزان الشرع في النصوص الشرعية، وميزان القانون في النصوص القانونية، فالمبدأ العام (إذا تعارض العام والخاص يرجح الخاص على العام فيما يتعارضان فيه)، ومن تطبيقات هذا المبدأ في التشريعات العراقية (م ٩٣١) من القانون المدني تجيز الوكالة في كل تصرف يقبل النيابة حيث نصت على أنه (يصح تخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق خوله وبالخصوصة في كل حق له صحت الوكالة).

وهذه المادة باعتبار عمومها تعارض مع (م ٢/٣٤) من قانون الأحوال الشخصية التي لا تجيز الوكالة في الطلاق فهي تنص على أنه (لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق، فيرجح العمل بالثانية على العمل بالأولى فيما يتعلق بالطلاق). و (م ٢/٩٣٠) من القانون المدني تجيز توكيل غير البالغ إذا كان عاقلاً مميزاً سواء كان الموكل فيه تصرفاً عقارياً أم لا، في حين لا تجيز ذلك (م ١٩٦) من قانون التسجيل العقاري^(١) التي تشترط في الموكل والوكيل أن يكونا كاملَي الأهلية، فيرجح العمل بالثانية لأنها من النصوص الخاصة وتبقى الأولى تطبق في التصرفات غير العقارية.

وكذلك في التعارض بين النص المطلق والنص المقيّد يرجح الثاني على الأول في العمل به كما ذكرنا في (م ٨ و ٩) من قانون الأحوال الشخصية في حمل المطلق على المقيّد، فهذا الحمل يعني ترجيح المقيّد على المطلق.

وقد زعم البعض أن رفع التعارض بين العام والخاص بتخصيص الأول بالثاني، ورفع التعارض بين المطلق والمقيّد بحمل الأول على الثاني يكون من باب الجمع بين الدليلين، وهذا خطأ لأنه لا يعمل بالعام ولا بالمطلق فيما هو محل تعارض النصين وإنما العمل بالخاص والمقيّد كما ذكرنا. وقد بين علماء الأصول أموراً كثيرة للترجيح، وبصورة خاصة في تعارض الأحاديث^(٢) ولا مجال لذكرها هنا.

(١) الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

(٢) وفيما يلي نماذج منها:

١- الترجيح باعتبار الإسناد: ١- كثرة الرواة لأحدهما. ٢- رواية الكبير على الصغير.
٣- رواية الصحابي على غيره. ٤- كون أحدهما مباشراً لما رواه.

ثالثاً - اعتبار النص اللاحق ناسخاً للسابق:

إذا لم يمكن رفع التعارض بالطريقتين (الأولى والثانية) فلا يبقى أمام الفقيه (أو القاضي) إلا البحث عن تاريخ تشريع النصين المتعارضين، فإذا ثبت له أن أحدهما متأخر عن الآخر في التشريع فعليه أن يعتبر المتأخر ناسخاً للمتقدم، وهذا ما يسمى بإلغاء القانون السابق بالقانون اللاحق في اصطلاح القانونيين.

الإلغاء - النسخ - الصريح والإلغاء الضمني:

الإلغاء لا يكون دائماً بنص صريح لاحق بل قد يستتج ذلك من المعارضة بينهما، لذا يقسم إلى الآتي:

أ - الإلغاء الصريح: وهو أن ينص عليه التشريع اللاحق صراحة^(١) بأن تخصص في الأخير مادة أو فقرة تنص على إلغاء كل قانون سابق يتعارض مع هذا القانون الجديد، في هذه الحالة لا يحدث أي غموض بسبب التعارض لأن القاضي ملزم بتطبيق الجديد دون القديم. وهذا النمط من الإلغاء لا نجد له نظيراً في القرآن الكريم فلا توجد آية ناسخة تنص

ب - الترجيح باعتبار المتن: ١- تقديم الخاص على العام.

٢- تقديم العام الذي لم يخص على العام الذي خصص.

٣- تقديم الحقيقة على المجاز. ٤- تقديم المنطوق على مفهوم المخالفة.

٥- تقديم مفهوم الموافقة على مفهوم المخالفة.

ج - الترجيح باعتبار المدلول:

١- ما كان مقرراً لحكم الأصل والبراءة على ما كان ناقلاً لهذا الحكم.

٢- ما هو أقرب إلى الاحتياط على ما ليس بأقرب. ٣- ما يفيد سقوط الحد على ما يفيد لزومه.

د - الترجيح بحسب أمور خارجة:

١- ما عضده دليل آخر على ما لم يعضده دليل آخر.

٢- ما هو قول على ما هو فعل لأن للقول صيغة.

٣- ما عمل عليه أكثر السلف. ٤- ما هو موافق لعمل الخلفاء الراشدين.

^(١) كما نصت المادة ٥٠٤ من قانون العقوبات العراقي ذي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على أنه ﴿يلغى قانون العقوبات البغدادي وذبوله وتعديلاته ويلغى بوجه عام كل نص عقابي في قانون يتعارض صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون﴾.

صراحة على إلغاء المنسوخة إن صح القول بوجود النسخ - أو الإلغاء - في القرآن الكريم وهذا ما لا تؤمن به ، فكل ما سماه الأصوليون نسخاً فهو تخصيص بالنص أو الزمان أو المكان أو علة الحكم ، ولكن نجد في السنة النبوية ما يشبه القانون الوضعي في النص صراحة على إلغاء - نسخ - السابق كما في قول الرسول ﷺ : ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها))^(١).

ب - الإلغاء الضمني : وهو أن يتضمن التشريع اللاحق حكماً يتعارض مع حكم التشريع السابق^(٢) بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح أحدهما على الآخر في هذه الحالة قد يحدث الغموض بالنسبة للقاضي فعليه أن يجتهد ويستنتج من هذه المعارضة أن اللاحق قد ألغى السابق.

وسائل إزالة الغموض:

كما لم يحدد علماء الأصول عن طريق الاستقراء التام أسباب غموض النصوص كذلك لم يضعوا ضوابط ومعايير لما يعتبر وسيلة يستعين بها الفقيه أو القاضي على إزالة الغموض ، والسري في ذلك أن لكل شئوفاً خاصة ولكل واقعة طبيعة متميزة فما صلح وسيلة لإزالة الغموض في نص قد لا يصلح بالنسبة إلى نص آخر غامض. ورغم ذلك فإن الباحث يستطيع أن يستنتج من القواعد الأصولية العامة أهم تلك الوسائل وفيما يلي نماذج منها:

١- المصلحة - أو حكمة التشريع :-

من الواضح أن كافة الشرائع الإلهية وجميع القوانين الوضعية تستهدف تحقيق مصلحة الإنسان - جلب المنفعة له ودرء المضرة عنه - وبوجه خاص تتميز الشريعة الإسلامية والشرائع التي سبقتها أن صاحبها في غناء مطلق عنها وعن الخاضعين لها فالمصلحة مرعية بالنسبة إلى العباد في حياتهم الدنيوية والأخروية وفي المجالين المادي والمعنوي. وبناء على هذه الحقيقة

(١) رواه مسلم. سبل السلام ١٥١/٢.

(٢) كما نجد نظير ذلك في قانون الإيجار العراقي القائم فيه أحكام تتعارض مع أحكام القانون المدني العراقي فيما يتعلق بإنهاء الإيجار والتخلية وغيرها. ومن المواد المتعارضة في المدني لقانون الإيجار المادة (٧٧٩) التي تنص على أنه: ﴿ ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما لم يكن مشروطاً في العقد أن الإيجار يمتد إلى مدة أخرى محددة أو غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين قبل انتهاء مدة الإيجار ﴾.

يستطيع الفقيه أو القاضي^(١) أن يستعين بالمصلحة (أو حكمة التشريع) في تفسير النصوص وإزالة غموضها وفقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدمًا.

٢- التقريب بين النصوص:

النصوص المقارنة في معالجة الأمور المشابهة تكمل بعضها بعضاً، ففي القرآن الكريم آيات تفسر وتبين معانيها آيات أخرى، أو نصوص من السنة النبوية، وكذلك من الأحاديث النبوية ما يوضحه القرآن والحديث، وقد ذكرنا في موضوع القطعية العرضية نماذج من بيان غامض القرآن بالقرآن والسنة وعلى نفس النمط يمكن التقريب بين النصوص القانونية وتفسير بعضها ببعض^(٢).

٣- أسباب النزول - أو الأسباب الموجبة :-

تعتبر أسباب النزول لآيات القرآن الكريم، والأسباب الموجبة لتشريع أو تعديل القانون من الوسائل التي معرفتها تساعد الفقيه والقاضي على إزالة غموض النص، يقول العلامة السيوطي: (لمعرفة أسباب النزول فوائد، ومنها الوقوف على المعنى أو إزالة الإشكال - أي الغموض .. وقال الواحدي: (لا يمكن معرفة تفسير الآية دون الوقوف على قصتها، وبيان سبب نزولها)، وقال ابن دقيق العيد: (بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني القرآن)، وقال ابن تيمية: (معرفة سبب النزول يعني فهم الآية، فإن العلم بالسبب، يورث العلم بالمسبب، وقد أشكل على جماعة من السلف معاني آيات حتى وقفوا على أسباب نزولها)^(٣).

(١) في فن القضاء لأستاذنا ضياء شيت خطاب، ص ٦٥: (الحكمة من التشريع هو الغرض الذي يبتني القانون تحقيقه وهي سبب وجوده إذ أن لكل نص قانوني هدفا يسعى إليه ومن ثم يجب لفهم النص القانوني إدراك حكمته التشريعية إذ أن الحكمة من القانون هي نقاط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة).

(٢) وفي المرجع السابق، ص ٦٧: (قررت محكمة التمييز أن قانون العمل وقانون التقاعد الاجتماعي يكمل بعضه بعضاً في النصوص القانونية)، وفي المصطلحات تطبيقات للفقرتين (ب، ج) من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، وإن القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لنصوصه في أن جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر وحدة يكمل بعضها بعضاً لأنها متكاملان.

(٣) لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي (عبد الرحمن بن أبي بكر)، ص: ٣ وما بعدها.

وفي مقدمة تشريع القوانين وتعديلها توجد الأسباب الموجبة، ولهذه الأسباب أهمية كبيرة في معرفة مقاصد المشرع من هذه القوانين والتعديلات، وبالتالي تساعد القاضي على إزالة غموض ما هو غامض من نصوصها.

٤- المصادر التاريخية:

المصدر التاريخي هو الذي استقى منه المشرع نصوص التشريع، وهذا لا يتصور بالنسبة للشريعة الإسلامية والشرائع الإلهية السابقة لأن مصدرها هو الوحي فقط. والرجوع إلى المصدر التاريخي للنص الغامض يساعد القاضي غالباً على فهم المراد منه عن طريق هذا المصدر، وبصورة خاصة إذا كانت لغة النص مختلفة عن لغة المصدر لأن الغموض قد ينشأ عن عدم دقة الترجمة. والفقه الإسلامي لا يزال هو المصدر الوحيد لقوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي، والمصدر الرئيس للقانون المدني العراقي فيمكن الرجوع إليه لمعرفة ما هو المراد من النص المأخوذ منه.

٥- الأعمال التحضيرية:

وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي سبقت وصاحبت صدور التشريع كالمذكرات التفسيرية - أو الإيضاحية - التي تصاحب التشريع عند صدوره وهذه الأعمال تجمع وترتب عادة في ضوء المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ومحاضر لجنة مراجعة المشروع، والمذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي ومناقشات المجلس التشريعي ولجانه وأعمال اللجان الفنية التي قامت بإعداد المشروع.

فهذه الأمور من أهم الوسائل التي يمكن أن يستعين بها القاضي في إزالة غموض النصوص الواردة في المشروع بعد اكتسابها الصفة القانونية^(١).

(١) ومن الجدير بالذكر أن الأعمال التحضيرية رغم أنها من وسائل إزالة الغموض إلا أنها لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه أو مكملته له لذا إن ما يرد في الأعمال التحضيرية لا يعد ملزماً للقاضي ففي كثير من الأحيان تكون المذكرة الإيضاحية للقانون متضمنة اجتهادات شخصية من قبل واضعيها من تفسير النصوص واستخراج الأحكام منها والاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب، لذا من الضروري مراعاة الحذر الشديد عند الاستعانة بالأعمال التحضيرية. لمزيد من التفصيل، راجع المدخل للقانون الخاص لأستاذنا الدكتور عبد المنعم البدرابي، ص: ٢٣٢.

٦- السوابق القضائية:

استعان كثير من الفقهاء وأئمة المذاهب الفقهية الإسلامية في فهم نصوص القرآن والسنة النبوية فهماً دقيقاً وفي استخراج الأحكام بالسوابق القضائية للخلفاء الراشدين بصورة خاصة وفقهاء الصحابة والتابعين بصورة عامة. وقد ذكرنا في موضوع حجية قول الصحابي نماذج من تلك السوابق والتطبيقات القضائية ما يغني القارئ الكريم في إثبات استعانة الفقهاء بالسوابق القضائية في الإسلام. أما بالنسبة للقوانين الوضعية فإن للسوابق القضائية أهمية كبيرة سواء في مجال تفسير النصوص وإزالة غموضها أم بالنسبة لصيرورتها مصدراً من مصادر القانون. وبوجه خاص قرارات محكمة التمييز باعتبارها أعلى سلطة قضائية تقرر مصير قرارات أحكام المحاكم من حيث التصديق أو الرفض. ثم إن السوابق القضائية في بعض البلاد المتقدمة اعتبرت ملزمة للقاضي في القضاء اللاحق^(١).

٧- طرق رفع التعارض:

إذا كان غموض النص ناشئاً عن التعارض فإن الوسيلة الوحيدة لرفعه وإزالة الغموض هي الطرق الثلاث المذكورة في موضوع التعارض حسب التسلسل الطبيعي: محاولة الجمع فإن لم يمكن فالدجوء إلى الترجيح، وإلا فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق.

٨- الرجوع إلى المعجم:

وبصورة خاصة معجم المصطلحات للحصول على المعنى المراد وعلى سبيل المثال لفظ (تعدي) أحدث شكوكاً لشراح القانون المدني العراقي القائم بصدد التعارض بين (م/١٨٦) و(م/١٩١)^(٢) على أساس أن المشرع العراقي أخذ بالفقه الغربي في الأولى واشترط عنصر الخطأ وبالفقه الإسلامي في الثانية في عدم اشتراط هذا العنصر، لكن بالرجوع إلى المراجع

(١) فالأحكام الصادرة في إنكلترا من مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم الأخرى بما فيها إلى وقت قريب مجلس اللوردات ذاته وأحكام محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم بما فيها محكمة الاستئناف فيما عدا مجلس اللوردات وأحكام محكمة العدالة العليا يجب أن تحترمها المحاكم الأدنى وعلى الرغم من أنها ليست ملزمة قانونياً فإن لها قيمة إقناعية كبيرة. وعادة تحترمها الدوائر التابعة للمحكمة العليا.

(٢) م/١٨٦ (إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداث الضرر قد تعمد أو تعدى. م/١٩١) إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله.

اللغوية نجد أن معنى التعدي هو الفعل الضار غير المشروع بغض النظر عن إدراك وقصد في أهلية الفاعل. وبناء على ذلك لا تعارض بين المادتين وإن المشرع العراقي أخذ بالفقه الإسلامي فيهما.

٩- آية وسيلة أخرى

يمكن أن يستهدي بها الفقيه أو القاضي لإزالة الغموض حسب المقام وطبيعة الموضوع.

تكملة في الاجتهاد والتقليد

تعريفه :

الاجتهاد لغة : مشتق من الجهد^(١) (بضم الجيم وفتحه) بمعنى بذل الطاقة البدنية^(٢) والفكرية.

وفي الاصطلاح : له تعريفات كثيرة كلها تدور حول محور واحد وهو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم.

شروطه : يؤخذ من تعريفه أن الاجتهاد في الأحكام الشرعية يتوقف على الشروط الآتية :

أ- أن يكون من يتولاه فقيهاً وهو من تتوافر فيه العناصر الآتية :

١- الإمام بقواعد النحو والصرف والبلاغة لأن الأحكام تؤخذ من القرآن والسنة بلغتها الأصلية (العربية) لا من ترجمتها أي كانت لغة الترجمة.

٢- الإمام بقواعد أصول الفقه والمنطق والفلسفة لمعرفة خواص الألفاظ وأوجه دلالاتها على الأحكام وطرق الاستنباط كما يأتي تفصيلها في الجزء الثاني من هذا الكتاب.

٣- الإمام بعلوم الحديث لمعرفة أنواعه ودرجة قوته الإلزامية.

٤- الإحاطة بمقاصد الشريعة وبالمصالح الدنيوية والأخروية وتمييزها من المفسد وفهم الصلة بين الشريعة والحياة فالجاهل بواقع الحياة ومتطلباتها يجهل هذه الصلة وبالتالي يخطأ في معالجة المستجدات.

٥- الالتزام بالشريعة والتحلي بالقيم والتخلي عن كل رذيلة.

^(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٢١٦/١.

^(٢) كمرآة أوليات القضية والاطلاع على أحكام القضايا المشابهة ومحاولة معرفة رأي الآخرين ونحو ذلك فإنها تدخل في الجهد البدني إضافة إلى الجهد الفكري.

٦- الإلمام بالقواعد الفقهية لكافة المذاهب الفقهية المدونة لإدراك مدارك الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى الكليات لأن هذه القواعد بمثابة النظريات في القوانين الوضعية.

٧- الاطلاع الواسع على المسائل الخلافية الفقهية مع التحليل والتعليل والاستنتاج والترجيح.

٨- معرفة طرق استنباط فقهاء الصحابة والتابعين وأصول المذاهب الفقهية.

ب- بذل ما في الوسع من الطاقة العلمية والجهد الفكري والملكة الفقهية للوصول إلى حكم الله في القضية فهو مكلف ببذل العناية لا بتحقيق الغاية لذا يكون مثابا في حالة عدم إصابته للحكم الواقعي.

ج- أن تكون الغاية من الاجتهاد حصول الظن كحد أدنى بأن ما يصل إليه هو حكم الله وان تكون المسألة المعنية بالحكم من المسائل الاجتهادية التي لم يحسم حكمها بنص قطعي الدلالة ولا بإجماع مع رعاية قاعدة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) لاستبعاد الاضطراب في الأحكام السابقة ورعاية استقرار المعاملات المالية وغير المالية هذا إذا لم يكن الاجتهاد السابق متعارضاً مع نص قطعي الدلالة أو إجماع والا فيجب نقضه.

أهمية الاجتهاد بصورة عامة:

١- الاجتهاد من ضروريات الحياة التي إذا اختلت يختل النظام ويتخلف المجتمع وبالتالي ينحرم من ميراث الأرض وخيراتهما (١) فالتطور الحضاري المدهش اليوم ليس إلا ثمرة الاجتهاد فكل جيل جديد استثمر المعلومات التي ورثها من الجيل السابق وأضاف إليها جديداً وسلم رأس المال والربح إلى الجيل الذي يليه وهكذا. وعلى سبيل المثال البعد بين تصميم طائرة اليوم وتصميم الطائرة الأولى التي استحدثت كبعد السماء عن الأرض، وقس على الطائرة سائر الأجهزة التقنية الحديثة المتطورة التي انحرم منها العالم الإسلامي. فكل شيء تطور في العالم سوى الفقه الإسلامي ولو كتب للثروة الفقهية التي تركها لنا السلف الصالح أن تستثمر بصورة صحيحة بحيث يحذف منها ما

(١) إشارة إلى قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزُّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ بَرِّثْنَا بَعَادَى الصَّالِحِينَ﴾ سورة الأنبياء/١٠٥. والمراد بالصالح من يحسن استثمارها.

انقضى دوره كأمثلة العبد والجارية وأضيف إليها جديد في كل جيل ممن يملكون الكفاءة العلمية ويتقيدون بالقيم الإسلامية لأصبحت هذه الثروة مصدراً خصباً لجميع قوانين دول العالم الإسلامي وغير الإسلامي.

٢- القرآن الكريم دستور إلهي كما ذكرنا سابقاً اقتصر على الكليات وخول العقل البشري في كل جيل إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات وهذا الإرجاع لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد.

٣- من البدهي أن النصوص الشرعية متناهية ومحدودة وان الحوادث والوقائع في حياة الإنسان غير متناهية ومن المستحيل أن يحيط المتناهي باللامتناهي إلا عن طريق الكليات وإرجاع المستجدات والمتغيرات إليها عن طريق الاجتهاد.

حكم الاجتهاد:

يؤخذ من ضرورة الاجتهاد وأهميته أن حكمه هو فرض الكفاية على كل مسلم ومسلمة من شأنه أن يصل إلى مرتبة الاجتهاد ولما فيه من الاستعداد الذاتي والنضج العقلي وهذه الصلاحية لم ينفرد بها الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي والإمام مالك والإمام أحمد والإمام جعفر الصادق وابن حزم وغيرهم (رحمة الله على أرواحهم الطاهرة)، فالاجتهاد غير الرسالة قال تعالى في سورة الأحزاب ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ۝ ﴾ ولكن لم يقل (إن أبا حنيفة أو مالكا أو الشافعي أو غيرهم خاتم الفقهاء)^(١) كما لم يرد نص في القرآن أو السنة على اتباع أقوال هؤلاء إلى يوم القيامة وتقديس النصوص الفقهية كتقديس النصوص الشرعية. فالقرآن قال لنا ﴿ فَتَشْكُرُوا ۚ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَاتَعْمَلُونَ ۝ ﴾^(٢) وأهل الذكر كل من يملك أهلية الاجتهاد والفتوى في كل زمان ومكان.

لكن علينا أن نحترم هؤلاء الفقهاء وان نعترف بفضلهم على الأمة الإسلامية وان لا ننسف ما بنوه لنا ولا نترك ما تركوه من الثروة الفقهية العظيمة.

(١) سورة الأحزاب/٤٠.

(٢) سورة الأنبياء/٧.

طريقة الرجوع إلى الاجتهاد:

قلنا: إن الاجتهاد فرض كفاية فإذا قام به البعض انتفت مسؤولية الجميع وإن أهمل آثم الكل وفي مقدمة الأئمة الحكام والمسؤولون عن شؤون شعوبهم في كل بلد ولاستبعاد هذه المسؤولية يجب استحداث معهد للتأهيل الاجتهادي في كل بلد عربي وإسلامي مع رعاية الآتي:

أ- شروط القبول في هذا المعهد:

- ١- أن يكون المرشح من الخمسة الأوائل في كليات الشريعة والقانون.
- ٢- أن ينتمي إلى أسرة ملتزمة بالقيم الإسلامية، أو يكون الشخص نفسه ملتزماً.
- ٣- أن يتميز بعقلية مرنة قادرة على التحليل والتعليل والاستنتاج.
- ٤- أن لا يكون متعصب لأي مذهب أو طائفة.

ب- طريقة التأهيل الأولي في كليات الشريعة والقانون:

تجب مقارنة جميع مواد الشريعة مع القانون وجميع مواد القانون مع الشريعة لأن الشريعة هي قانون الأمة والمجتمع وفرق الله سبحانه وتعالى بين الدين والشريعة في القرآن ويبيّن لنا أن الدين ينظم شؤون حياة الآخرة والشريعة تنظم حياة الدنيا كما ذكرنا سابقاً.

ومن المؤسف أن نرى الشيوخ وأساتذة كليات الشريعة يظنون أن القانون كله كفر لأنهم يجهلونه، كما يظن أساتذة القانون أن الشريعة لا تصلح لهذه الحياة المتطورة لجهلهم بها فضاعت الشريعة وتاهت القوانين بين هذين الجهلين.

مدة الدراسة للتأهيل الاجتهادي:

- ١- أن لا تقل المدة عن خمس سنوات، سنتين للماجستير، وثلاث للدكتوراه ثم يمنح الخريج شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون.
- ٢- فتح دورة لقائية بين طلبة جميع المعاهد في العالم الإسلامي للمناظرة والمناقشة وتبادل الآراء والتدريب على التحليل والتعليل والاستنتاج.
- ٣- إيفاد طلبة معاهد التأهيل الاجتهادي إلى العالم غير الإسلامي من الدول المتقدمة في التشريعات الوضعية للاطلاع على سير التشريعات والقضاء والاستفادة منها فيما لا

يتعارض مع الشريعة الإسلامية لأن القوانين تستقى من واقع الحياة والله سبحانه لم يقل لنا افتحوا القرآن واستخرجوا منه قوانين شؤون دنياكم وإنما قال استقوا هذه القوانين من واقع متغيرات ومتطلبات حياتكم على أن يكون ذلك داخل الدائرة الأخلاقية التي صنعها لنا في القرآن.

المواد المنهجية في معاهد لتأهيل الاجتهادي:

- ١- العلوم الآلية الإسلامية (أصول الفقه والمنطق والبلاغة والفلسفة) أسوة بالسلف الصالح.
- ٢- القواعد الفقهية لجميع المذاهب المدونة.
- ٣- المسائل الخلافية الفقهية في المذاهب مع التحليل والتعليل والترجيح.
- ٤- تاريخ الفقه والفقهاء وأصول المذاهب الفقهية.
- ٥- متون أهم القوانين في العالم الإسلامي وغير الإسلامي لفهم الربط بين الشريعة والحياة والاستفادة من تلك القوانين فيما لا يتعارض مع الشريعة لأن القانون نتاج العقل السليم الذي أشار القرآن إلى أهميته في (٤٩) آية.
- ٦- التدريب على معالجة مستحدثات الحياة التي لم يرد بشأنها نص خاص في القرآن والسنة.
- ٧- المقارنة بين القرارات القضائية ذات الطابع العام في العالم الإسلامي وغير الإسلامي. ومما هو جدير بالذكر أن دعوتي هذه إلى التقارب بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية هي نتيجة خبرة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون منذ أكثر من ربع قرن في كليات القانون العراقية تدریساً وتأليفاً وإشرافاً.

التقليد

أسبابه وأهميته وخطورته

التقليد هو تلقي الأحكام من مجتهد معين واعتبار أقواله كأنها نصوص من الشارع يلتزم المقلد باتباعها.

أسباب انتشار التقليد بعد النهضة الفقهية

الأسباب كثيرة أهمها ما يأتي :

- ١- **الضعف السياسي في الدولة الإسلامية** : منذ منتصف القرن الرابع الهجري بدأ انقسام الدولة الإسلامية إلى عدة أقسام يناهض بعضها بعضاً وعلى كل قسم منها حاكم سمى نفسه أمير المؤمنين حتى تفككت الروابط وحل الضعف محل القوة وكان لهذا اثر كبير سلبي على نشاط الحركة العلمية فضعفت الروح العلمية وفترت همة العلماء فماتت فيهم روح الاستقلال والثقة بالنفس وانعدام الاجتهاد.
- ٢- **تلوين المذاهب الفقهية** : فأصبح الناس عالة عليها واستغنوا بها عن تكلف البحث والتتقيب من جديد واقتصرت همم العلماء على اختصار ما هو مفصل وتفصيل ما هو مختصر من مدونات المذهب.
- ٣- **التعصب المذهبي** : فصار كل فقيه ينتمي إلى مذهب معين محامياً يدافع عنه بكل ما في وسعه ووصل الأمر إلى حد عدم التمييز بين النصوص الشرعية والنصوص الفقهية وفي هذا المجال يقول الكرخي^(١) : (الأصل أن كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ أو على الترجيح والأولى أن تحمل على التأويل من جهة التوفيق). بينما كان أبو حنيفة (رحمه الله) يقول عن السلف : ((هم رجال ونحن رجال، ولي أن اجتهد كما اجتهدوا)).

^(١) الفقيه الحنفي أبو الحسن الكرخي ملحق تأسيس النظر ص ١١٦.

٤- فساد نظام التعليم وتوسع علماء الشريعة في الاشتغال بالعلوم الاكاديمية تعلمياً وتعليمياً (كأصول الفقه والمنطق والفلسفة والبلاغة...) بدون استخدامها في غاياتها. لا يزال يتردد في ذاكرتي القول الحكيم الذي قاله لي في سنة ١٩٤٧م احد رؤساء عشائر بشدر وهو شبة أُمِّي حضر مدرستي ضعيفاً واستمع إلى درسي حين كنت أدرس مادة المنطق^(١) قال: (أيها المشايخ أتم تبذلون جهود كل حياتكم في سبيل صنع مفتاح لفتح باب، ثم تضيع جهودكم هذه وينتهي عمركم قبل أن تفتحوه) كان يقصد بالمفتاح العلوم الإسلامية الآلية التي تستخدم في استنباط الأحكام وبالباب باب القرآن الكريم مصدر الأحكام.

٥- تراحم الفقهاء ومجادلهم فيما بينهم فإنهم لما تراحموا في الفتوى كان كل من أفتى بشيء نوقض في فتواه ورد عليه فلم ينقطع الكلام إلا بالوقوف على تصريح في المسألة لواحد من المتقدمين. وهذه الظاهرة موجودة في هذا العصر أيضاً، قلت لأحد شيوخي: إن الشافعي (رحمه الله) عاش ٥٤ سنة وملا الأرض فقهاً وأنت تدرس العلوم الإسلامية منذ سبعين سنة، فأين إنتاجك الفقهي؟ قال: لم أستطع أن اجتهد وأفتي باسمي خشية تطاول السنة زملائي من المشايخ.

أهمية التقليد

كما أن الاجتهاد من ضروريات الحياة كذلك التقليد لا يقل أهمية من الناحية العملية من الاجتهاد لأن السواد الأعظم من الناس يجهلون كثيراً من أحكام دينهم وهم لا يستطيعون مراجعة مصادر تلك الأحكام فالحل الوحيد هو السؤال عنها لدى من هو أهل للإجابة وقد يكون المجيب أيضاً مقلد فيكون الجواب على سبيل الفتوى دون الاجتهاد، لذا قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٢).

(١) في كتاب البرهان للكليني.

(٢) النحل: ٤٣.

خطورة التقليد

- تكمّن هذه الخطورة في أمور منها:
- ١- عدم تمييز المُقلِّد بين نصوص مُقلِّده ونصوص القرآن والسنة في القدسية وعدم تصور أي خطأ في المذهب الذي اعتنقه.
 - ٢- التقيّد بمذهب معين مدى الحياة يرثه الخلف من سلفه وهذا ما يؤدي إلى التعصب المذهبي وبالتالي إلى تمزق الأمة. يقال: إن أحد الولاة العثمانيين في بغداد كان حنياً وكان على طريقه جامع للشافعية فأمر بهدمه ولم ينفذ أمره إلى أن وقف يوماً أمام الجامع وقال لمن حوله: إلى متى أرى هذه الكنيسة قائمة؟ وقد أخذ الصراع بين المقلدين في بعض العصور شكلاً أشبه بالصراعات الحزبية السياسية اليوم.
 - ٣- التقليد يقتل روح الإنتاج ويبقى المقلد جامداً في تحركه متحجراً في عقله واقفاً حجير عثرة أمام كل تطور فكري، الأمر الذي يؤدي إلى التخلف عن ركب الحضارة البشرية والتقدم العلمي كما يشهد بهذه الحقيقة الوضع الحالي للعالم الإسلامي.

وفي الختام أقول: الحمد لله الذي وفقني على تقديم هذا الجهد المتواضع لطلبة العلم. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

رَبِّ زَكْنِي عِلْمًا وَالْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ

المراجع

بعد القرآن الكريم والسنة النبوية كان الاعتماد في محتويات هذا المؤلف على المراجع الأصولية المعتمدة الآتية :

أ - أصول الفقه الحنفي :

- الفصول في الأصول للجصاص ، أحمد بن علي الرازي.
- شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح للإمام سعد الدين الفتازاني وحواشي الفنري وملا خسرو وعبد الحكيم والمرجاني.
- ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه للسمرقندي (محمد بن أحمد) ، تحقيق الدكتور عبد الملك السعدي.
- أصول السرخسي للفقيه الأصولي السرخسي (أبي بكر محمد بن أحمد).
- كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي.
- شرح المنار للعلامة عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك على متن المنار للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي.
- التقرير والتحرير شرح ابن أمير الحاج على تحرير الإمام الكمال بن الهمام.
- تيسير التحرير للعلامة محمد أمين على التحرير لابن الهمام.
- مسلم الثبوت للعلامة البهاري.
- تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد الخلاوي.
- مشكاة الأنوار في أصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم).
- أصول الشاشي للشاشي (إسحاق بن إبراهيم الخراساني).

ب - أصول الفقه المالكي

- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للقراقي (أحمد بن إدريس).
- الفروق للقراقي.
- إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي (سليمان بن خلف) ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري.
- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (إبراهيم بن موسى الغرناطي).
- مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب بشرح القاضي عضد.
- مفتاح الوصول إلى علم الأصول للتلمساني (محمد بن أحمد).

ج - أصول الفقه الشافعي

- المستصفي ، للإمام الغزالي. تحقيق محمد أبو العلاء.
- شفاء الغليل ، للإمام الغزالي. تحقيق الدكتور حمد الكبيسي.
- المنخول ، للإمام الغزالي. تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- التبصرة في أصول الفقه ، لأبي إسحاق الشيرازي (إبراهيم بن علي). تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف) ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب.

- منهاج الوصول في علم الأصول للفاضل البيضاوي بشرح البغدادي للإمام محمد البغدادي والإسنوي (نهاية السؤل) للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي.
 - الإحكام في أصول الأحكام للأمامي (سيف الدين علي بن محمد).
 - جمع الجوامع لابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) بشرح الجلال المحلي مع حاشية البناني.
 - المحصول في علم أصول الفقه للعلامة فخر الدين بن محمد بن عمر الرازي، تحقيق الدكتور طه العلواني.
 - غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري.
 - مختصر من قواعد العلامي وكلام الإسنوي للحموي الفيومي (محمود بن أحمد). تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني.
 - المنشور في القواعد للزركشي (محمد بن بهادر).
 - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي (عبد الرحيم بن الحسن)، تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- د - أصول الفقه الحنبلي
- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد لابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي).
 - المسودة في أصول الفقه تتابع على تصنيفه ثلاثة من آل تيمية.
 - شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير للفتوح (أحمد بن عبد العزيز). تحقيق محمد حامد الفقي.
- هـ - أصول الفقه الجعفري
- مبادئ الوصول إلى علم الأصول للعلامة الحلبي، تحقيق عبد الحسين البقال.
 - شرح معالم الدين في الأصول للتبريزي (الشيخ مصطفى الاعتمادي).
 - تهذيب الأصول للسيزواري (السيد عبد الأعلى الموسوي).
 - الأصول العامة للفقه المقارن للأستاذ محمد تقي الحكيم.
 - معالم الدين في أوليات أصول الفقه لأبي منصور جمال الدين الحسن بن الشهيد الثاني.
- و - أصول الفقه الزيدي
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول للشوكاني (محمد بن علي).
 - هداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول للحسين بن القاسم بن محمد.
- ز - أصول الفقه الظاهري
- الإحكام في أصول الأحكام للفقيه الأصولي علي بن حزم الأندلسي الظاهري.
- ح - أصول الفقه المعتزلي
- المعتمد لأبي الحسين البصري (محمد بن علي).
- ط - أصول الفقه الإباضي
- شرح طلعة الشمس على الألفية المسماة شمس الأصول للعلامة عبد الله بن حميد السالمي.