

ذلك، فيفيد الكراهة، وهذه القرينة هي قوله تعالى في الآية نفسها: □ □ □ □ . □ □ □ □

وهذا المكروه هو ما يسميه الحنفية: المكروه تنزيهاً - في مقابل ما اصطلاحوا على تسميته المكروه تحريماً -، وقد أعطوه التعريف نفسه الذي يعطيه الجمهور للمكروه، وقد مرَّ بنا في مبحث الحرام الأساس الذي بنى عليه الحنفية مصطلحهم.

ثانياً: حكم المكروه:

وحكم المكروه: أن فاعله لا يستحق العقاب ولا الذم، ولكن يكون فاعلاً ما هو خلاف الأولى، هذا إذا كان الفعل لا يرقى إلى أن يوصف بالدوام والاستمرار، أما إذا كان كذلك فإنه يكون ممنوعاً منه، وفي هذا يقول الشاطبي: «إذا كان الفعل مكروهاً بالجزء، كان ممنوعاً بالكل، كاللعب بالشطرنج والنرد بغير مقامرة، وسماع الغناء المكروه، فإن مثل هذه الأشياء إذا وقعت على غير مداومة لم تقدر في العدالة، فإن داوم عليها قدحت في عدالته»^(١).

* * *

النوع الخامس المباح

أولاً: تعريف المباح:

هو ما خيَّر الشارع بين فعله وتركه من غير ترجيح^(٢)، وقد رسمه البيضاوي بأنه: ما لا يتعلّق بفعله ولا تركه مدحاً أو ذمّاً^(٣).

(١) الموافقات: ١ / ١٣٣.

(٢) المستصفى: ١ / ٧٥، والإحكام: ١ / ١٧٥؛ والتقرير والتحبير: ١ / ٨٠؛ وجمع الجوامع: ١ / ٨٣.

(٣) الإسنوي على المنهاج: ١ / ٨٤.

خطابُ الشارع بالتخيير...، وذلك غير ثابت قبل ورود الشرع...»^(١)، بمعنى: أن نظر المعتزلة منَّجه إلى الأفعال قبل ورود الشرع، ونحن لم نتعرَّض له بنفي ولا إثبات، ولكن بعد ورود الشرع ثبت أنه خير المكلفين بطرق وأساليب دالة على ذلك.

ومنها: تقسيمُ المباح من حيث خدمته للمطلوب إلى عدة أقسام^(٢)، باعتبار أن إباحة الأشياء إنما هي في تخيير أنواعها وأوقاتها، فإباحة الطعام في تخير أنواعه وأوقاته لا في أصله، إذ أصله - وهو ما به قوام الإنسان - مطلوب، وللرجل أن يتزَّج أي امرأة شاء ما دامت تحلُّ له، لكن أصل الزواج مطلوب؛ إذ به بقاء النوع، وللإنسان أن يلهو لهواً بريئاً، ولكن قضاء كلِّ الوقت في هذا اللهو مذموم؛ لهذا يمكن القول: إنَّ كلَّ مباح ليس بمباح بإطلاق، وإنما هو مباح بالجزء خاصَّة، وأما بالكلِّ فهو إما مطلوبُ الفعل على جهة الندب أو الوجوب، وإما مطلوبُ الترك على جهة الكراهة أو المنع^(٣).

ومنها: ما تناوله الشاطبيُّ من أنه يصحُّ أن يقع بين الحلال والحرام مرتبة العفو^(٤)، وهو الذي تكون إباحته نسبيةً، بمعنى أن الله سبحانه لا يعذب عليه؛ لأنه قد عفا عنه، كما في الخطأ والنسيان، كمن يتزَّج امرأة لا يعلم أن بينها وبينه علاقة محرَّمة، ثم يتبيَّن أن بينهما ذلك، فإنه يكون معذوراً في الدخول بمقتضى العقد الذي تبين بطلانه.

فهذا العفو أيعتبرُ مرتبةً خارجةً عن الأحكام التكليفية الخمسة، أم هو راجع إلى رفع حكم الخطأ، والنسيان، والحرَج، وذلك يقتضي إما الجواز

(١) الإحكام: ١ / ١٧٦؛ وراجع/ المستصفي: ١ / ٧٥؛ وراجع: تقسيم الشاطبي في الموافقات: ١ / ٧٢، ٨٥، والفروق: ٣ / ١٣١.

(٢) انظر هذه التقسيمات في: الموافقات: ١ / ١٤١ - ١٤٢.

(٣) الموافقات: ١ / ١٣٠، ١٤٢.

(٤) المصدر السابق: ١ / ١٦١، وما بعدها.

بمعنى الإباحة، وإما ما يترتب على المخالفة من الذم، وتسبب العقاب - وهو حكمٌ أخرويٌّ - وذلك يقتضي إثبات الأمر، والنهي مع رفع آثارهما لمعارض؟ احتمالان؛ نميل إلى الثاني منهما، بمعنى أن العفو أثر للجواز، أو لقيام المانع من المؤاخظة^(١).

وقد صرح البيهقي بتسمية ذلك مباحًا؛ حيث قال: «وتمام الإكراه بأن يجعل عذرًا يبيح الفعل»^(٢).

ومنها: مسألة انقلاب المباح إلى واجب أو محرّم، وهي ما يعرف بتحجير المباح، فولّي الأمر إذا ألزم بمباح فيه مصلحةً عامّةً، أو نهي عن مباح فيه ضررٌ عامٌّ: وجب امتثال أمره ونهيه، وهناك شواهد كثيرة لهذا الانقلاب، فمن ذلك ما يروى أن الخليفة الثاني - عمر بن الخطاب رضي الله عنه - رأى منع الناس من أكل اللحوم يومين متتاليين، فكان يأتي مجزرةً الزبير بن العوام بالبقيع، فإذا رأى رجلاً اشترى لحمًا يومين متتابعين، ضربه بالدرّة وقال: «ألا طويت بطنك يومين»^(٣)، فنجد هنا أن ولي الأمر أداه اجتهاده إلى حظر تناول اللحم يومين متتاليين، ليكون هناك مجال لتداوله بين الناس، وقد كان ذلك في الأصل مباحًا.

ومن ذلك: ما روي من منع بعض ولاية الأمور من التزوج بالكتابية؛ خيفةً الإعراض عن الزواج بالمسلمات، مع أن الزواج بالكتابية مباحٌ، ومع ذلك فإذا رأى ولي الأمر المصلحة في المنع، وجب الالتزام بمقتضى هذا المنع^(٤).

ومن ذلك ما روي من أن لولي الأمر أن يحمي الأرض التي فيها ماء

(١) راجع: الموافقات: ١ / ١٦٦ - ١٧٥؛ وأصول الفقه، لأستاذنا أبو زهرة، ص ٨٤.

(٢) الكشف على البيهقي: ٤ / ١٥٠٥ - ١٥٠٦.

(٣) عمر بن الخطاب، لابن الجوزي، ص ٦٨.

(٤) القرطبي: ٣ / ٦٨.

وكلأ لمن لهم غنم، لا يقدرّون على إطعامها، ويمنعها عن القادرين، مع أن رسول الله ﷺ أباح ذلك للناس كافة، وجعلهم فيه أسوة^(١).

وهذا التحجيزُ في الأمثلة التي ذكرناها يعتبر حكماً شرعياً؛ لأنه صادر من وليّ أمر مجتهد، أو يرجع إلى المجتهدين ويأخذ عنهم الأحكام الاجتهادية، ومن حقّ ولي الأمر المجتهد أن ينظر في مثل هذه الأحكام الاجتهادية، ويغيرها على وفق المصالح والمفاسد، من غير أن يصادم قاعدةً عامّة، أو إجماعاً، أو نصّاً قطعياً.

ويكون حكمه ملزماً، وفي هذا يقول الأمدئي: «اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ فِي الْمَسَائِلِ الْاجْتِهَادِيَّةِ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ بِأَنْ يَكُونَ مُخَالَفاً لِذَلِيلِ قَاطِعٍ»^(٢).

ويقول القرافي: «إِنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ فِي مَسَائِلِ الْاجْتِهَادِ يَرْفَعُ الْخِلَافَ، وَيَرْجِعُ الْمَخَالَفَ عَنْ مَذْهَبِهِ لِمَذْهَبِ الْحَاكِمِ، وَتَتَغَيَّرُ فَتِيَاهُ بَعْدَ الْحُكْمِ عَمَّا كَانَتْ عَلَيْهِ، عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ، مِنْ مَذَاهِبِ الْعُلَمَاءِ»^(٣).

ومن هذا الباب، جميع ما ينطوي تحت اسم السياسة الشرعية.

• **نظرة مقارنة:** ذكرنا فيما سبق نماذج من القواعد القانونية تمثّل الحكمَ التخييري، وهذا التخييرُ هو طابعُ الكثير من قواعد القانون المدني؛ ذلك أنّ أغلبها يباح الاتِّفَاقُ على مخالفتها، وتحكيم ما يتَّفَقُ عليه المتعاقدان، عدا ما يتعلّق بالنظام العامّ والآداب.

وتكونُ الإباحةُ على أجلي وجه في القانون الجنائي، من وجهين:

أحدهما: من حيثُ القاعدةُ المقرّرةُ أن لا عقوبة على فعل أو امتناع إلا

(١) الأموال، لابن سلام، ص ٤١٦ - ٤١٨.

(٢) الإحكام: ٤ / ٢٧٣.

(٣) الفروق: ٢ / ١٠٣.

بناءً على قانون^(١)، فكل ما لم ينصَّ على منعه أو تجريمه فهو مباح، وهذا ما يمكن أن يسمى بالإباحة الأصلية.

ثانيهما: من حيث انتفاء الركن الشرعي للجريمة، بناءً على قيود واردة على نصِّ التجريم، تستبعد منه بعض الأفعال، وهو ما سمي بأسباب الإباحة في القانون الجنائي^(٢)، ويمكن تسميتها بالإباحة الطارئة، وهي التي تطلق على الفعل الذي في ذاته غير مباح، ثم عرض له ما يجعله مباحاً.

* * *

(١) قانون العقوبات، م ١.

(٢) تضمنتها المواد من (٣٩) إلى (٤٦) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩م)؛ وراجع: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، للدكتور محمود نجيب حسني.

المطلب الثاني العزيمة والرخصة

ذهب بعض الأصوليون إلى أنّ العزيمة والرخصة من أقسام الحكم الوضعي، ومنهم من اعتبرهما من أقسام الحكم التكليفي، بينما ذهب فريق إلى أنهما قسمان لفعل المكلف^(١)، والتحقيق: أنّ الخلاف في هذا لفظي، لا طائل تحته، ولا تترتب ثمرة عليه، سوى المنهجية في الكتابة والتبويب.

فالعزيمة والرخصة ينقسم الحكم إليهما، باعتبار كونه على وفق الدليل القائم، أو على خلافه، وفي كلّ من الرخصة والعزيمة يوجد من الشارع جعل الشيء (العذر أو عدمه) سبباً في حكم تكليفي، فمن نظر إلى الجعل، ذهب إلى أنهما قسمان للحكم الوضعي، ومن نظر إلى الحكم المسبب، ذهب إلى أنهما قسمان للحكم التكليفي.

وفي هذا يقول ابن أمير الحاج: «وقيل: للشارع في الرخص حكمان: كونها وجوباً، أو ندباً، أو إباحةً، وهو من أحكام الاقتضاء، والتخيير. وكونها مسببةً عن عذر طارئ في حقّ المكلف يناسب تخفيف الحكم عليه، مع قيام الدليل على خلافته، وهو من أحكام الوضع؛ لأنه حكم بالمسببة، ولا بدع في جواز اجتماعهما في شيء واحد من جهتين»^(٢).

(١) راجع: الشاطبي: ١/ ١٨٧، ٣٠٠، والإسنوي على المنهاج: ١/ ٧٢؛ وجمع الجوامع:

١/ ١٢٤.

(٢) التقرير والتحبير: ١/ ١٣٥.

فلأجل إمكان هذين النظريين، آثرتُ أن أضع بحث العزيمة والرخصة في موطن وسط بين مبحثي: الحكم التكليفي، والحكم الوضعي.

أولاً: العزيمة:

هي لغةً: القصدُ المؤكد، ومنه قوله تعالى: ﴿...﴾ [آل عمران: ١٥٩]، وقوله تعالى: ﴿...﴾ [طه: ١١٥].

أما في الاصطلاح: فهي الأحكامُ الكليةُ المشروعةُ ابتداءً^(١). فمعنى كونها كلية: أنها لا تختصُّ ببعض المكلفين، من حيث هم مكلفون دون بعض، كالعبادات، والعقود، وأحكام الجنایات، والضمان. ومعنى شرعيتها ابتداءً: أن يكون قصدُ الشارعِ بها إنشاءً الأحكامِ التكليفية على العباد من أول الأمر، بمعنى أن الحكمَ غيرَ متعلقٍ بالعوارض، ولا مبني على أعذار العباد^(٢).

ثانياً: الرخصة:

هي لغةً: اليسرُ والسهولة، أو التيسير والتسهيل. جاء في (مختار الصحاح): «الرخصة في الأمر خلاف التشديد فيه»^(٣). أمّا في اصطلاح الأصوليين، فهي: «الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر»^(٤)؛ فالحكم جنس في التعريف، والثابت على خلاف الدليل قيد أول أشير فيه (بالتأني) إلى أن الترخيص لا بدَّ له من دليل وراء العذر، وإلا لزم

(١) راجع: الموافقات: ١ / ٣٠٠؛ المستصفى: ١ / ٩٨؛ وأصول السرخسي: ١ / ١١.

(٢) التقرير والتحبير: ١ / ١٤٨.

(٣) مادة: الرخص، وراجع: الإحكام: ١ / ١٨٨؛ والبناني على جمع الجوامع: ١ / ١٢٠ - ١٢١.

(٤) الإسنوي على المنهاج: ١ / ٧٠؛ وراجع: الموافقات: ١ / ٣٠١؛ والإحكام: ١ / ١٨٨؛ وجمع الجوامع: ١ / ٢١٠، وأصول السرخسي: ١ / ١١٧.

مخالفة الدليل السالم من المعارض، وأريد بالدليل: الدليل الشرعي القائم، أي: السالم من النسخ والمعارضة المسقطه.

ويحترز بهذا القيد عن الحكم الذي لم يخالف دليلاً شرعياً أصلاً، أو يخالف دليلاً شرعياً لكنه منسوخ، أو عامٌ لحقه تخصيصٌ.

وتصوير النوع الأول: بأن لم يرد دليل على المنع أصلاً، لا عامٌ ولا خاصٌ، كحل المنافع التي ورد الشرع بإباحتها، من أكل، وشرب، ولبس، وما إليها، بناءً على الراجح من أن الأصل في المنافع الحلُّ.

وتصوير النوع الثاني: بأن يرد دليلٌ على المنع، لكنّه منسوخ، كما في جواز فرار الواحد من أكثر من مقاتلين في الجهاد، وحرمة إحراق الغنائم. أو بأن يكون هناك عامٌ معارضٌ بخاصٍ، كما في منع قتل المستأمن على خلاف ما يقضي به عموم الآية: □ □ [التوبة: ٣٦]، فهذا كله ليس ثابتاً على خلاف الدليل القائم، بل على وفقه، فليس من الرخصة في شيء.

وقد وردَ في التعريف قيدٌ ثانٍ وهو (العذر)؛ أعمُّ من الضرورة كما في أكل الميتة، أو المشقة كما في فطر المسافر، أو الحاجة كما في بيع السلم، وقد احترز به عن:

١- جميع التكاليف: فإنها ثابتةٌ على خلاف الدليل؛ إذ الأصل عدمُ التكاليف، لكنَّ ثبوتها لا لعذر بل للابتلاء.

٢- كل حكم ثبت لمانع لا لعذر: كما في ترك الحائض الصوم ونحوه، إذ العذر لا ينافي المشروعية، كالسفر والمرض مع الصوم^(١).

وقد عرّف بعضُ الأصوليين الرخصة، بأنها: «ما تغيّر من عسر إلى

(١) البدخشي: ١ / ٦٩؛ والإسنوي: ١ / ١٧.

٢- إباحة ترك الواجب، وتأخير أدائه عن وقته:

كإباحة الفطر في رمضان لمن كان مسافرًا أو مريضًا، والعمل بالعزيمة في هذا النوع أولى، إلا أن يؤدي العمل بها إلى الضرر، فيكون الأخذ بالرخصة أولى^(١).

والإباحة المذكورة في النوعين السابقين، لا يراد بها الإباحة الاصطلاحية، بل يراد بها رفع الحرج وتجويز الفعل، أعم من أن يكون بطريق التساوي بين الفعل والترك أو بدونه، فيشمل الإباحة الاصطلاحية، والوجوب، والندب، بطريق الرجوع إلى عزيمة أصلية، لا إلى الرخصة بعينها^(٢).

٣- تصحيح بعض العقود والتصرفات بطريق الاستثناء من أصل كلي يقتضي المنع:

كما في بيع السلم، وهو بيع الآجل بثمن عاجل، فهذا البيع بالرغم من أنه بيع لما ليس عند الإنسان، الذي ورد النهي عنه بقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، فقد ورد الترخيص فيه استثناءً من القاعدة العامة في البيوع؛ لحاجة الناس إلى هذا النوع من العقود^(٣).

وهذا عدّة الحنفية مما يطلق عليه اسم الرخصة مجازًا، وهو إلى حقيقة الرخصة أقرب^(٤)، وقد يطلق لفظ الرخصة على ما وضع عن أمتنا من التكاليف الغليظة، والأعمال الشاقة التي كانت مشروعاً على الأمم السالفة.

(١) كشف الأسرار: ٢ / ٣٢٠؛ والتلويح: ١ / ١٢٨.

(٢) الموافقات: ١ / ٣١٢ - ٣١٨؛ والإحكام: ١ / ١٩٠.

(٣) الموافقات: ١ / ٧٠٣؛ وجمع الجوامع: ١ / ١٢١؛ والإحكام: ١ / ١٩٠.

(٤) البزدوي: ٢ / ٣٢١؛ والتلويح: ٢ / ١٢٩.

وهذا الإطلاق مجازيٌّ، وهذا النوع بعيدٌ عن حقيقة الرخصة الاصطلاحية^(١)، وعبر البزدويُّ عن هذا بقوله: «وأما أتم نوعي المجاز، فما وضع عنا من الإصر والأغلال، فإن ذلك يسمّى رخصة مجازًا؛ لأن الأصل ساقطٌ، لم يبقَ مشروعًا فلم يكن رخصةً إلا مجازًا، من حيث هو نسخ تمخّض تخفيفًا»^(٢).

هذا وقد قسّم بعضُ الأصوليين الرخصةَ إلى قسمين: رخصة ترفيه، ورخصة إسقاط، وفرّقوا بينهما: بأنَّ رخصة الترفيه يكون حكم العزيمة فيها باقياً ودليله قائماً، بحيث يجوز العمل بالعزيمة مع قيام سبب الترخيص، وقد مثّلوا له بالفطر في رمضان بسبب السفر أو المرض، وبالتلفُّظ بعبارات الردّة بسبب الإكراه.

أمّا رخصة الإسقاط، فلا يكون حكمُ العزيمة معها باقياً، بل إنّ الحال التي استوجبت الترخيص أسقطت حكم العزيمة، وجعلت الحكمَ المشروعَ فيها هو الرخصة فقط، ومثّلوا لهذا بإباحة أكل الميتة عند الاضطرار، وقصر الصلاة في السفر، فالمضطر للميتة سقطت الحرمة في حقه، ولو لم يأكل أثم، والمسافر سقطت عنه الأربع، ولو صلاًها كانت الركعتان الأخيرتان نافلة^(٣).

* * *

(١) المستصفى: ٩٨ / ١.

(٢) راجع: أصوله: ٣٢٠ / ٢؛ والإحكام: ١٨٩ / ١.

(٣) راجع: كشف الأسرار: ٣٢٥ - ٣٣٢؛ والتلوّيح: ١٢٩ / ٢ - ١٣٠.

المطلب الثالث أنواع الحكم الوضعي

الحكم الوضعي - كما سبق تعريفه - هو كلام الشارع المتعلق بجعل شيء سبباً لشيء آخر، أو شرطاً له، أو مانعاً منه.

وقد جعل بعض الأصوليين من خطاب الوضع الحكم بالصحة، والفساد، والبطلان^(١)، بينما ذهب فريق إلى أن الصحة، والفساد، والبطلان، من الأحكام العقلية، وليست حكماً شرعياً؛ لأن كون الفعل موافقاً لأمر الشارع، وهو الصحة، أو غير موافق له، وهو الفساد والبطلان، يستقل به العقل دون توقيف من الشارع، فالفعل متى استكمل أركانه، واستجمع شرائطه، وانتفت موانعه، كان صحيحاً، وإلا كان غير صحيح، وفي هذا يقول ابن الحاجب: «وأما الصحة والبطلان أو الحكم بهما فأمر عقلي»^(٢).

وذهب فريق إلى أنها من أقسام الحكم التكليفي، كما حكى ذلك شارح التوضيح، ونسبته إلى كثير من الأصوليين، فقد جاء قوله: «وكثير من المحققين على أن أمثال ذلك - الصحة والفساد والبطلان - راجعة إلى الأحكام الخمسة، فإن معنى صحة البيع إباحة الانتفاع بالمبيع، ومعنى بطلانه حرمة الانتفاع به»^(٣).

وفريق رأى أن الصحة، والفساد، والبطلان، إنما هي أوصاف لفعل

(١) الإحكام: ١ / ١٨٦ - ١٨٧؛ والمواقفات: ١ / ١٨٧ ، ٢٩٢.

(٢) انظر: المختصر: ٧ / ٢.

(٣) انظر: ١٢٣ / ٢.

المكلف، فلا تعتبر من تقسيمات الحكم، وفي هذا يقول التفتازاني: «فالمتصف بالصحة والفساد حقيقة، هو الفعل لا نفس الحكم»^(١).
لهذه الاعتبارات المختلفة، ولاعتقادنا أن مجتث الصحة والفساد والبطلان وثيق الصلة بالأوامر والنواهي؛ إذ هي تمثل استتباع الغاية، بحيث تترتب على الفعل غايته إذا وُجِدَت شروطه وانتفت موانعه، أو هي أثرٌ للنهي في المنهي عنه: فإننا نؤثر أن نُرجىَ دراستها إلى هناك، وسيقتصر بحثنا هنا على بيان: السبب، والشروط، والمانع، على الوجه التالي:

* * *

النوع الأول السبب

أولاً: تعريف السبب:

هو في اللُّغة: عبارةٌ عما يمكن التوصلُ به إلى مقصود ما، ومنه سُمِّيَ الحبلُ سبباً، والطريقُ سبباً، لإمكان التوصلُ بهما إلى المقصود، وقد جاء استعمال السبب بهذا المعنى في قوله تعالى: □ □ [الكهف: ٨٥].
وأُطلق في الاصطلاح: على ما جعل المشرع وجوده علامةً على وجود الحكم، وانتقاه علامةً على انتقائه^(٢)، وهذا معنى ما عرّفه الأمدئي، إذ قال: «هو كل وصف ظاهر، منضبط، دلّ الدليل على كونه معرّفاً لحكم شرعي»^(٣).

فتبرز من التعريف بمحترزاته وقيوده حقيقتان:

الأولى: أن السبب ينعقد سبباً بجعل الشارع؛ إذ الحكم التكليفي إنما

(١) انظر: ٢ / ١٢٣.

(٢) راجع المعاني المختلفة في إطلاق الفقهاء للسبب: شفاء الغليل، ص ٥٩٠ - ٥٩٩؛ والمستصفي: ١ / ٩٣؛ وانظر: التلويح على التوضيح: ٢ / ١٣٧.

(٣) الإحكام: ١ / ١٨١.

هو تكليف من الشارع، والشارع هو المكلّف، وإذا كان الأمر كذلك فالشارع هو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسباباً.

الثانية: أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية - على الرأي الراجح في الأصول - بل هي أمانة لظهورها ووجودها، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: «إنها - أي: الأسباب والعلل - لا توجب الأحكام بذواتها، بل يجب الحكم عندها بإيجاب الله تعالى»^(١).

وقد جعل التفاضل نفياً للتأثير قيماً في تعريفه السبب الاصطلاحي؛ ليخرج به السبب العقلي؛ فقال: «السبب ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير»^(٢).

وعبر الشاطبي عن هذا بقوله: «السبب غير فاعل بنفسه، إنما وقع المسبب عنده لا به»^(٣).

ثانياً: أقسام السبب:

ينقسم السبب إلى قسمين: مقدور للمكلف، وغير مقدور له:

١- **أما المقدور للمكلف:** فهو عبارة عن كل سبب يكون فعلاً للمكلف، يرتب عليه المشرع حكماً، فالقتل العمد سبب لوجود القصاص، وعقد البيع سبب لثبوت الملك، والسفر سبب للفطر.

وهذا السبب إذا كان مأذوناً فيه؛ فإن المسبب يكون حقاً من الحقوق، فعقد البيع تترتب عليه حقوق لكل من البائع والمشتري: حق البائع في الثمن،

(١) الشفاء، ص ٥٩٢.

(٢) التلويح: ٢ / ١٣٧؛ وراجع: الكشف: ٢ / ٣٤٧.

(٣) الموافقات: ١ / ١٩٦؛ وكشف الأسرار: ٢ / ٣٤٧؛ والإحكام: ١ / ١٨١؛ والتلويح على

التوضيح: ٢ / ١٤٥.

وحق المشتري في العين المبيعة، وعقد النكاح تترتب عليه حقوق، لكلٍ من المتعاقدين، وهكذا.

وإذا كان السبب منهياً عنه، فإن الأثر المترتب عليه يكون في الأغلب عقوبةً بدنية أو مالية، فالحدُّ يترتبُ على السرقة، والضمان يترتب على إتلاف مال الغير، والتعزير يترتب على الغش.

٢- وأما غير المقدور للمكلف: فهو ما ليس فعلاً له أصلاً، مثل: كون الصغر سبباً لثبوت الولاية على الصغير، والقرباة سبباً للإرث^(١).

ولما كان الشارعُ وضع الأسباب لتترتب عليها مسباتها، فإنَّه متى وجد السبب بقسميه، وتحققت شروطه، وانتفت موانعه، تترتب عليه لا محالة وجودُ مسبب، ولو لم يقصد المكلف ذلك، أو قصد عدم ترتبه عليه؛ ذلك لأنَّ تترتب المسبب على سببه بوضع الشارع وجعله، لا دخل للمكلف فيه.

فمن عقد على امرأة عقداً شرعياً، حلَّ لهما الاستمتاع، وإن لم يقصدا أو يريدوا الحلَّ، ومن طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً، كان له مراجعتها، وإن قال: لا رجعة لي، ومن اشترى شيئاً تترتب عليه ثبوت ملك العين له، وكذلك الأمر بالنسبة لملك الثمن للبائع، قصد أو لم يقصد، وفي هذا يقول الشاطبي: «إن متعاطي السبب، إذا أتى به، بكمال شروطه، وانتفاء موانعه، ثمَّ قصد أن لا يقع مسببه، فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه»^(٢). وإنما كان الأمر كذلك لأنه من المقرَّر في علم الأصول أن المسببات من صنع الشارع، وأن مقتضيات العقود وآثارها من عمل الشارع؛ لأن العقود أسبابٌ جعليةٌ لآثارها.

وقد رتب الفقهاء على هذا: أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يشترط شروطاً

(١) الموافقات: ١ / ١٨٧، وما بعدها.

(٢) المصدر السابق: ١ / ٢١٤، وما بعدها.

منافية لمقتضى العقد الذي قرّر المشرّع مقتضاه، وهذا القدر المشترك متفق عليه بين الفقهاء، ولكن وقع خلافٌ بينهم، في بعض الشروط على أساسٍ من توسّع بعضهم في الشروط التي لا تعدّ مخالفةً لمقتضى العقد، وتضييق بعضهم لمعنى المقتضى الذي قرّره المشرّع.

ف نجد مثلاً الحنابلة وبعض المالكية يقرّرون أنّ مقتضى العقد الذي لا تجوز مخالفته هو ما جاء به النصّ، فكلُّ شرط يخالف ذلك المقتضى يكون باطلاً.

أمّا الشروط، التي ليس فيها مخالفةٌ لنصّ، فإن تنفيذها بابٌ من أبواب المصلحة المأذون فيها، التي تُركّ تقديرها للمكلف، إضافةً إلى أدلة شرعية أخرى دلّت على اعتبار مثل هذه الشروط، فليس في تنفيذ مثل هذه الشروط مخالفةٌ للأصل المقرّر، وهو أنّ المسببات بإذن المشرّع^(١).

ثالثاً: نظرة مقارنة:

السبب يستعمل في القانون -وفقاً للنظرة التقليدية إليه- في ثلاثة معانٍ: الأول: ويراد به الباعث الذي دفع الملتزم إلى التزامه: ويُسمّى بالسبب الدافع، أو المصلحي.

الثاني: ويراد به الغرض المباشر: ويسمى بالسبب القصدي أو الفني، فالعاقد في عقد البيع غرضه المباشر هو الحصول على الثمن، وبهذا الاعتبار يسمى هذا الغرض سبباً قصدياً أو فنياً.

أما بالمعنى الأول فإن باعث البائع على البيع قد يكون التخلص من العين المبيعة، أو استثمار الثمن فيما هو أنفع، وبهذا الاعتبار سُمّي الباعث سبباً دافعاً، أو مصلحياً.

(١) أصول الفقه، لأستاذنا أبو زهرة، ص ٥٥ - ٥٦؛ والعقود المسماة، للدكتور زكي عبد

والفقه الإسلامي، ولو أنه لم يحفل بإبراز هذين المعنيين تحت اسم خاص؛ هو السبب القصدي أو السبب الدافع، كما فعل الفقه القانوني، إلا أنه لم يهملهما بتأناً، بل اعتنى بهما، ودلّل عليهما بطريقة أخرى وفقاً لخصائص هذا الفقه، وطرائقه، ومناهجه في البحث، ومن المعلوم أنّ لكل فقه أصوله وصنعتَه^(١).

الثالث: ويراد به مصدرُ الالتزام والحقوق: والالتزام له مصادِرُ؛ هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غيرُ المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون، ويسمى بالسبب المنشئ، والسبب بهذا المعنى: هو ما يطلق عليه اسمُ السبب في الفقه الإسلامي^(٢).

وقد مرَّ بنا أنّ المسبَّبَ يترتَّب على سببه حتماً، دون أن يكون لإرادة المكلف دخل في ذلك، وهذا يصدق في الفقه الإسلامي، والقانون، بالنسبة للوقائع المادية، حيث تترتَّب عليها آثارها بحكم الشرع، أو بقوة القانون، كما في جعل الصغرسبباً لثبوت الولاية على الصغير، أمّا التصرفات القانونية فمنها ما ينفرد الفقه الإسلامي أو القانون بتحديد أحكامه وآثاره، كعقد النكاح، ومنها ما يكون لإرادة الشخص دخل في تحديد آثاره، كما عرّف ذلك القانون وأقرّه، وكما يمكن أن يحصل في الفقه الإسلامي من طريق الشروط التي يصحُّ أن تقترن بالعقد إذا كانت لا تنافي مقتضاه، على اختلاف بين الفقهاء في توسيع أو تضيق معنى المقتضى، وبيان الشروط - تبعاً لذلك - التي لا تنافيه.

ففي هذا المجال نجدُ جوانبَ اتِّفاق بين الفقه الإسلامي والقانون،

(١) انظر: الوسيط، للعلامة السنهوري: ١/ ٤٧٨، وما بعدها؛ والتصريف الانفرادي،

لأستاذنا الخفيف، ص ٨٦، وما بعدها.

(٢) أستاذنا الخفيف، ص ٢٨.

وجوانب اختلاف، ولعل هذا الاختلاف يرجع في أكثر حالاته إلى منهج الفقه الإسلامي، وصنعتة^(١).

* * *

النوع الثاني الشرط

أولاً: تعريف الشرط:

الشرط في أصل اللغة: عبارة عن العلامة، وقد سمي الشرطي شرطياً: لإعلامه نفسه بلباس يميّزه عن غيره^(٢).

أما في الاصطلاح: فهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجوداً ولا عدم لذاته^(٣).

فالقيد الأول: (يلزم من عدمه العدم) يحترز به من المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء.

والقيد الثاني: (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم) يحترز به عن السبب، فإنه يلزم من وجوده الوجود.

والقيد الثالث: (لذاته) لبيان توهم لزوم الوجود من وجود الشرط إذا قارن السبب؛ لأن ترتّب الوجود حينئذٍ على السبب لا على الشرط، كوجود الحول من النصاب، ودفع توهم لزوم العدم من وجود الشرط، إذا قارن المانع؛ لأن ترتّب العدم حينئذٍ على وجود المانع لا على وجود الشرط، كالدين على القول: بأنه مانع من وجوب الزكاة^(٤)، فهو عبارة عما يتوقف عليه وجود الشيء من غير أن يكون له دخل في هذا الوجود بعليّة أو سببيّة،

(١) راجع: أستاذنا الصدة، في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، ص ١٤٠؛ وأستاذنا أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٥٦.

(٢) شفاء الغليل، ص ٥٥.

(٣) جمع الجوامع: ٢ / ٢٠.

(٤) المصدر السابق: ٢ / ٢١.

وبدون أن يكون له دخلٌ في حقيقته، ويلزم من عدمه عدمُ المشروط، ولا يلزم من وجوده المشروطُ ولا عدمه.

وكلُّ ما جعل الشارعُ له شرطاً أو شروطاً لا يتحقَّق وجوده الشرعي بحيث تترتَّب عليه آثاره الشرعية إلا إذا وجد شرطه أو شروطه، مع انتفاء المانع أو الموانع، وإذا لم يوجد الشرط أو أحد الشروط، لم يكن للمشروط وجودٌ بحيث يستتبع أثره الشرعي^(١).

وذلك مثلُ: حضور الشاهدين في عقد النكاح، فإنه شرط في صحة العقد، فإذا انعدم لم يصحَّ العقد، ولم تترتَّب عليه آثاره، والشاهدان خارجان عن حقيقة العقد، فليسا جزءاً منه، وقد يوجدان، ولا يوجد العقد.

وبالخروج عن الماهية، يفترق الركن عن الشرط.

فالركن: ما يتوقَّف الشيء على وجوده، وكان داخلياً في ماهيته^(٢)، كالإيجاب والقبول بالنسبة للعقد؛ فإن عدم كل منهما يستلزم عدم الوجود، وكل منهما جزء من الماهية.

فالشرط والركن يتفقان من حيث إنَّ عدم كل منهما يستلزم عدم الحكم، ويفترقان: في أنَّ الركن جزءٌ من ماهية (حقيقة) المشروط، أم الشرط: فهو خارج عن الحقيقة.

ثانياً: أقسام الشرط:

يذكر الأصوليون أنواعاً للشرط باعتبار اعتباراتٍ متعددة^(٣)، نقتصر منها على

تقسيمين:

(١) سلم الوصول، ص ٤٧.

(٢) رد المختار: ١/ ٩٧؛ والتلويح على التوضيح: ١٣١/ ٢.

(٣) الموافقات: ١/ ٢٦٢، وما بعدها، ص ٢٣٨، وما بعدها؛ وشرح المنار: ٢/ ٩٢١؛

وكشف الأسرار: ٤/ ١٧٤.

الأول : من حيث ارتباطه بالسبب والمسبب، والثاني: من حيث مصدره.

١- فمن حيث ارتباطه بالسبب والمسبب قسمان:

الأول: الشرط المكمل للسبب: وهو الذي به يقوى السبب، ويجعل مسببه - وهو الحكم - يترتب عليه، مثل: شرط حَوْلان الحول، ليكون ملك النصاب سبباً لوجوب الزكاة، فالسبب في وجوب الزكاة هو النصاب؛ إذ إن النصاب دليل الغنى، ولا يتحقق الغنى بالنصاب على الوجه الأكمل، إلا إذا مضى عامٌ على وجود هذا النصاب، وكذلك كان الإحراز شرطاً لجعل السرقة موجبةً للحدِّ؛ لأنَّ السرقة لا تتحقق كاملةً إلا إذا كان المال مصوناً محرراً.

الثاني : الشرط المكمل للمسبب : وهو الشرط الذي يعطي قوةً للمسبب، ويجعل أثره مترتباً عليه، ومثال ذلك : موت المورث ، وحياة الوارث، فإنهما شرطان للإرث المبني على قيام الزوجية والقرباة ، فهما شرطان مكملان للمسبب، وهو الإرث ، فلا تترتب آثار الإرث من إعطاء كلِّ ذي حقِّ حقه كما أراد الشارع، إلا بموت المورث وحياة الوارث^(١).

٢- ومن حيث مصدره: ينقسم إلى شرط شرعي وشرط جعلي:

فالشرط الشرعي: هو الذي وضعه الشارع مكملًا للسبب أو المسبب، ومن هذا القبيل جميع الشروط التي جعلها الشارع في العبادات، والتصرُّفات، والحدود.

أما الشرط الجعلي: فهو الذي أباحه الشارع، وجعل للمتعاقدين أن يشترطوه في العقود، لتترتب أحكامها عليها، كأن يكفل شخصاً آخر إذا عجز عن الأداء، أو يقدم البائع كفيلاً بضمان ردِّ الثمن إذا استحقَّ المبيع.

ومن هذا القبيل ما اصطلح على تسميته بالشرط اللغوي، كأن يقول

(١) راجع: تسهيل الوصول، ص ٢٥٧؛ وأستاذنا أبو زهرة، ص ٥٧ - ٥٨.

الرجل لزوجته: إن خرجت بغير إذني، فأنت طالقة، وقد رأى بعضُ الأصوليين أن هذا من باب السبب المجازي، فقال العضد: «وأما اللغوي فمثل قولنا: دخلت الدار، من قولنا: أنت طالق إن دخلت الدار، فإن أهل اللغة وضعوا هذا التركيب؛ ليدلَّ على أن ما دخلت عليه (إن) هو الشرط، والآخر المعلق به هو الجزاء، هذا، وإن الشرط اللغوي صار استعماله في السببية غالبًا، يقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، والمراد أن الدخول سبب للطلاق، يستلزم وجوده، لا مجرد كون عدمه مستلزمًا لعدمه من غير سببية»^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه: أن الشروط الجعلية يمكن تعريفها بعبارة حاصرة، هي أنها: إلزام المتصرف أو التزامه أمرًا في تصرفه، كالشروط التي يشترطها العاقدان أو أحدهما، وكشروط الواقفين في أوقافهم، والموصين في وصاياهم، وما أشبه ذلك، والشارع لم يُبجِّ هذه الشروط بإطلاق، كما لم يمنعها بإطلاق، والشرط بهذا المعنى والإطلاق ليس من مباحث علم الأصول، وإنما هو من مباحث علم الفقه، وقد تفاوتت آراء الفقهاء في إباحة هذه الشروط، ما بين تضيق وتوسعة، على ما هو مفصَّل في مظانه في كتب الفقه.

* * *

النوع الثالث المانع

أولاً: تعريف المانع:

المانع في اللغة: الحائل بين شيئين.

(١) حاشيته على مختصر ابن الحاجب: ٢ / ١٤٥؛ وراجع: حاشية البناني على جمع

أما في الاصطلاح: فهو الذي يترتب على وجوده عدم الحكم، أو بطلان السبب^(١).

ثانيًا: أنواع المانع:

ويُضح من التعريف أنّ المانع نوعان:

النوع الأول: مانع الحكم: وهو ما يترتب عليه عدم الحكم، أي عدم ترتب المسبب على السبب، وقد عرّفه الأمدّي بأنّه: «كلُّ وصفٍ، وجوديٍّ، ظاهر، منضبط، مستلزمٍ لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب، مع بقاء حكمة السبب»^(٢).

مثال ذلك: الأبوة تقوم مانعة من القصاص، فالحكم هو القصاص قد تحقّق سببه من غير معارض، وهو القتل والعدوان المقصود بشروطه كلّها، فإذا كانت الأبوة بأن كان القاتل أبًا للمقتول، فإنّ ذلك يعدّ مانعًا من القصاص لحكمة، وهي أنّ الأب سببٌ في وجود الابن، فلا يكون الابن سببًا في عدمه^(٣).

النوع الثاني: مانع السبب: وهو كلُّ وصفٍ يخلُ وجوده بحكمة السبب يقيئًا، فالسبب في الزكاة هو النصاب، فإذا كان مالك النصاب مدينًا بدين يعادل النصاب، قام هذا الدين مانعًا من كون الملك سببًا للتكليف، ذلك أنه إذا كان النصاب يترتب عليه الغنى الذي هو الحكمة في فرضية الزكاة، فإنّ الدين يهدم معنى الغنى، الذي هو حكمة السبب^(٤). والمانع إذا أطلق، أريد به مانع الحكم فقط^(٥).

(١) راجع: ابن الحاجب: ٧/٢، وجمع الجوامع: ١/ ٩٨.

(٢) الإحكام: ١/ ١٨٥.

(٣) جمع الجوامع: ١/ ٩٨؛ والإحكام: ١/ ١٨٥.

(٤) الإحكام: ١/ ١٨٥؛ والشيخ أبو زهرة، ص ٦٠.

(٥) البناني على جمع الجوامع: ١/ ٩٨.

وقد وجدنا الشاطبي لا يلتفت إلى مانع السبب، بل يفصل القول في مانع الحكم الذي هو المراد عند الإطلاق، فيجعل موانع الحكم ثلاثة أقسام:

الأول: الموانع التي لا يمكن اجتماعها مع الحكم التكليفي: وقد عبّر الشاطبي عنها بأنها موانع من أصل الطلب جملةً، ومثّل لها: بنحو زوال العقل بنوم أو جنون أو نحوهما، فهذه موانع من أهلية الخطاب التكليفي؛ لأن الخطاب إلزام يقتضي التزامًا، وفاقد العقل لا يمكن إلزامه، فيمتنع التزامه^(١).

الثاني: الموانع التي يتصور أن تجتمع مع أصل التكليف: ولكن المانع يرفع التكليف جملةً مع إمكان اجتماعه، وقد مثّل لهذا: بالحيض والنفاس، بالنسبة للصلاة، ودخول المسجد، ومسّ المصحف^(٢).

وبالتأمل والنظر الدقيق لا نجد فرقًا بين القسمين، فكلّ منهما لا يمكن أن يجتمع فيهما المانع مع التكليف، وكلّ ما هناك أنّ عدم الإمكان في الأول جبليّ طبيعيّ، وفي الثاني شرعيّ.

الثالث: الموانع التي لا ترفع أصل التكليف، بل ترفع اللزوم فيه: وقد مثّل لهذا بالمرض، والأنوثة، بالنسبة إلى الجمعة، والعيدين، والجهاد، فإنهما مانعان من التكليف بهذه الأمور، ولكن إن وقعت مع وجود هذا المانع صحّت^(٣).

ثم ذكر قسمًا رابعًا، وهو المانع من الانحتام: ومثّل له بأسباب الرخص، بمعنى أنه: لا حرج على من ترك العزيمة ميلاً إلى جهة الرخصة.

(١) الموافقات: ١ / ٢٨٥.

(٢) المصدر السابق: ١ / ٢٨٦.

(٣) المصدر السابق: ١ / ٢٨٦ - ٢٨٧.

ونحن نرى أنَّ هذا القسم يندرج تحت القسم الثالث، أي: هو من جملة الموانع التي لا ترفع أصل التكليف، بل ترفع اللزوم فيه. وإذا كانت هذه التقسيمات لا تترتب عليها آثار عملية، وإنما كانت تمثِّلُ منهجَ الشاطبيِّ في التبويب والترتيب؛ فإننا يمكن أن نلمس الآثار العلمية على تفصيل آخر له في أمر الموانع.

فقد ذهب إلى أنَّ المانع من حيث هو مانع، ليس للشارع قصد في تحصيله، أو عدم تحصيله، وإنما يقصد المشرِّع بالمانع: أنه إذا حصل ارتفع مقتضى السبب، ولكن قد يكون هناك التقاتُّ إلى ذلك؛ لأمر خارجي، كالكفر المانع من التكليف بالفروع، فإن المشرِّع له قصد إلى تحصيل رفعه، من حيث إنه يناقض الإيمان بالمأمور به، وأما المكلف فلا يخلو حاله من المانع، إما أن يكون قد قصد تحصيله لإسقاط حكم السبب أولاً.

فإن لم يقصد تعطيل أو إسقاط حكم السبب، فإنَّ الأحكام تنبني على مقتضى حصول المانع، كالمالك: بيده نصاب، لكنَّه يخرج من يده لحاجته إلى ذلك، وإن قصد إسقاط حكم السبب، فإن هذا عملٌ غيرٌ صحيح، جاءت الأدلة بالتشنيع عليه، ورده كصاحب النصاب يخرج من يده لتسقط عنه الزكاة، قاصداً أنه إذا تعدَّى الحول ردَّ العين من غير أن ينتفع به^(١)، وهذا الباب هو ما يسميه بعض الكاتبين بالحيل التي يعمد إليها بعض الناس؛ فراراً من التكاليف الشرعية والحيل إذا كانت تفتح الطريق إلى المفساد فإنها تصبح باباً لمناقضة التكليف، ومخادعة الشارع، وقد أفاض فيه ابنُ القيم بالتفصيل، والبيان، والاستدلال، في فصل من كتابه (إعلام الموقعين)، جديرٌ بالإحاطة والفهم^(٢).

* * *

(١) الموافقات: ١/ ٢٨٧ - ٢٩١؛ وراجع: آراء الفقهاء في هذا الموضوع: كتاب المغني،

لابن قدامة: ٢/ ٥٦٤ - ٥٦٥.

(٢) إعلام الموقعين: ٣/ ١٧١، ٤/ ١١٧.

وقد يعارض هذا الذي قدّمناه بنصوص، تومئ إلى أنّ الأفعال غير المقدورة للمكلف قد تقع المؤاخذه عليها.

مثل قول النبي ﷺ: «تحابُّوا ولا تباغضوا»، وقوله: «لا تغضب»، وقوله: «لا تمت وأنت ظالم»، وقول الله تعالى: ﴿لَا تَتَّبِعُوا الْاَعْيُنَ وَمَا يَنْهَىٰ عَنْهَا الْقُلُوبُ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

لكن التأمل في هذه النصوص، يؤدّي إلى أنّها إنما تناولت جوانب تدخل في المقدور، فالأمر بالحبّ والنهي عن البغض، لا يتوجّه من حيث هي أفعال وجدانية، يطلب فعلها أو الكفّ عنها، وإنما يتوجّه من حيث الآثار المترتبة عليها.

فالنهي عن الغضب ليس منصباً على ذات الغضب، بل هو نهي عن الدخول في أسبابه، أو توجيهه لترويض النفس على اتّقاء آثاره، وهكذا في كلّ ما يوهم المؤاخذه بما ليس في المقدور، فإنه يقصد به أمر بمقدور بطريق المجاز^(١).

ومع أنّ هذا القدر في المؤاخذه أو عدم المؤاخذه، متفق عليه، إلا أننا نجد بعض الاختلافات النظرية في مسألة هي أساس موضوعنا، أعني بها: جواز التكليف بالمستحيل، وعدم جوازه.

فذهب بعض الأصوليون، وعلماء الكلام: إلى أنّ التكليف بالمستحيل جائز؛ لأنّ الله تعالى خالق كلّ شيء، لا يسئل عمّا يفعل، وهم يسئلون. وذهب جمهورهم إلى أنّ وعد الله الصريح: أنه لا يكلف نفساً إلا وسعها، فالتكليف بالمستحيل مخالف لما وعد، ومحال أن يخلف الله وعده.

وذهب فريق إلى تقسيم المستحيل إلى قسمين: مستحيل لذاته،

(١) انظر تفصيل هذا في: الموافقات: ١ / ١٠٧ - ١١٨؛ وراجع: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة.

ومستحيل لغيره، فالمستحيل لذاته لا يقع فيه تكليف، كالجمع بين الضدين أو النقيضين، كالجمع بين الأسود والأبيض، وكالحكم بالطلب والكف في آنٍ واحدٍ، مع عدم انفكاك الجهة.

وأما المستحيل لغيره فيجوز التكليف به، فقد طُلب أبو جهل بالإيمان، مع أنه مكتوبٌ عليه في علم الله الجحودُ والعنادُ، ومحال أن يقع غير ما علمه الله تعالى، وإنما جاز التكليف هنا؛ لأن الفعل في ذاته ممكن، وإنما استحال لأمر خارج، فدلَّ على أنَّ التكليف يقع على الممكن المستحيل لغيره.

وبالتأمل في هذا المثال الذي اعتمده أصحابُ التقسيم، يتَّضح: أن المسألة من مسائل أصول الدين، وعلم الكلام، وهي مسائل القضاء والقدر، والجبر والاختيار.

لكن نظر أصول الفقه إنما هو إلى الفعل في ذاته، أهو في طاقة العبد ومقدوره، فيدخل في حدود التكليف، ومع التكليف المؤاخذة، أم غير داخل، فيكون خارجًا، بصرف النظر إلى كون الفعل في علم الله مقدر الوقوع، أو غير مقدر الوقوع، فالقضاء والقدر لا صلة لهما بالتكليف؟^(١).

وإذا كان التكليف بالفعل المقدر، وبالتالي فلا مؤاخذة على غير المقدر، فهل المشقة تعتبر دافعةً للمؤاخذة؟

هنا نجد الأصوليين يرون المشقة نوعين:

أولهما: مشقة محتملة، في حدود الطاقة، لا يترتبُ عليها أذى إن داوم المكلفون عليها، وهذه لا تخلو منها التكليف، فأسباب العصيان اتِّباعٌ للهوى والشهوة، وسير في سبيلها، وأسباب الطاعاتِ فطمُ النفس عن كثيرٍ من الشهوات المهلكة، وهذا في ذاته مشقةٌ على النفس؛ لأنها لا تستسهل الضبط

(١) انظر: الإسني على المنهاج: ١ / ١٤٥ - ١٥٧؛ والإحكام، للآمدي: ١ / ١٩١، وما بعدها.

والوقوف عند حدٍّ محدود، وقد أودعت نوازع الخير والشر على حدٍّ سواء: □ □ □ □ □ □ [الشمس: ٧ - ٨].

فالأعمال التي وقع التكليف بها، مع ما يشوبها من مشقة محتملة، لم ينظر فيها إلى المشقة مقصودةً في ذاتها، وإنما لما يترتب عليها من مصالح، كالطبيب يلزم المريض بتناول دواء مرٍّ، وهو عالم بمرارته، ولم يكن قصده من وصف الدواء المرَّ إيلاءً نفسه، وإنما كان يقصد سلامته من مرضه.

ثانيهما: مشقةٌ زائدة، فلا يمكن الاستمرارُ على أدائها، أو لا تحتمل، إلا ببذل أقصى الطاقة، وهذه المشقة وإن كانت تنافي التكليف بإطلاق، إلا أنها لا تنافيه من بعض الوجوه، بأن يكون التكليف لا على وجه الدوام والاستمرار، أو لا يكون على الجميع فرض عين^(١)، فمن ذلك الجهاد، فإنَّ فيه مشقةً شديدةً، تجعله غيرَ صالح لأن يكون متعلِّق التكليف بإطلاق؛ لذا كان من فروض الكفايات على من يستطيعه، وكذلك الجهرُ بكلمة الحقِّ في وقتٍ يسودُ فيه الظلم، والصبرُ على النطق بكلمة الكفر عند الإكراه، فإنَّ في ذلك مشقةً شديدةً، فلا تصلح لأن تكون متعلِّقاً للفرضية العينية المستمرة، لكن من تحمَّل هذه المشقة فقد حاز الثواب كلَّه.

والتكليف هنا لا يلاحظ المشقة لذاتها؛ إذ المشقة في ذاتها لم يتعبَّد بها؛ لأن تعذيب الجسم لتطهير الروح ليس من مقاصد شريعتنا، وإنما قد تطلب المشقة الزائدة؛ لأنها تكون دفعاً لضررٍ أشدَّ، أو جلباً لنفعٍ أسمى، أما إذا لم تكن كذلك، بل قصد بها ركوب المركب الصعب في أداء التكليف، فإن الشارع قد أبى هذا المسلك، ونهى عنه؛ إذ اليسرُ هو الأصل في التكليف، فما خيَّر رسول الله ﷺ - وهو قدوتنا - بين أمرين إلا اختار أيسرهما، ما لم يكن إنمًا.

(١) انظر: الموافقات: ٢/ ١١٩، وما بعدها؛ والحكم الشرعي والقاعدة القانونية، ص ١١٤.

ولذلك نهى النبي ﷺ مَنْ نَذَرَ أَنْ يَصُومَ قَائِمًا فِي الشَّمْسِ، أَنْ يَسْتَمِرَّ قَائِمًا فِي الشَّمْسِ^(١)، وحث على اتِّبَاعِ الرِّخْصِ، بِمَقْدَارِ الْحَثِّ عَلَى اتِّبَاعِ الْعَزَائِمِ^(٢).

ثانيًا: فعلُ المكفِّف، من حيث إنه حقُّ الله تعالى، أو حقُّ للعبد: يتنوعُ الفعل من هذه الحيثية إلى أربعة أنواع:

١- ما هو حقُّ خالص لله تعالى:

ويراد به ما يتعلَّق به النفع العامُّ للناس جميعًا من غير اختصاص بأحد بعينه، وهذا الحقُّ لا يصحُّ التهاون فيه، أو التنازل عنه، كالعبادات والحدود.

٢- ما هو حقُّ خالص للعبد:

كالديون، والأموال، وحقُّ الوراثة، وغير ذلك، مما يتعلَّق بالأموال نقلًا وبقاءً، فهذه كلها من حقوق العباد الخالصة، وهذا الحق يقبلُ الإسقاطَ والعفو.

٣- ما اجتمع فيه الحقان، وحقُّ الله تعالى غالب:

كحق القذف - عند جمهور الفقهاء - فهو مشتملٌ على الحقين، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف، فمن هذه الناحية كان فيه حقُّ العبد، وشُرِعَ جزرًا للناس عن العدوان، فهو بذلك حقُّ الله تعالى، إلا أنَّ حقَّ الله غالب، ولذا لا يجري فيه الإرث، ولا يسقط إذا عفا المقذوف عن القاذف، وخالف الشافعي فيه فذهب إلى أنه يقبلُ الإسقاط.

٤- ما اجتمع فيه الحقان، وحقُّ العبد غالب:

كعقوبات الدماء، سواء كانت دياتٍ أو قصاصًا، فإنَّ الله تعالى فيها حقًّا

(١) رواه البخاري، وابن ماجه، وأبو داود؛ انظر: نيل الأوطار: ٩ / ١٤١، وما بعدها.

(٢) انظر: أصول الفقه، لأستاذنا الشيخ أبو زهرة، ص ٣٠٥، وما بعدها.

لمنع الاعتداء، والدليل عليه: أنه يسقط بالشبهة كالحدود، وفيه حقُّ للعبد وهو غالب، بدليل تفويض استيفائه إلى وليِّ القتل، وبدليل جريان الإرث فيه، وصحَّة الاعتياض عن القصاص بالمال، وصحَّة العفو فيه. ومظهر حق الله فيه يبرز في حال العفو، فإنَّ وليَّ الأمر يقرِّر على الجاني عقوباتٍ تعزيريةً، ذلك أنه إذا نال الجاني عفوًا من المجني عليه، فإن المجتمع له حقُّ ثابتٌ، يتولاه وليُّ الأمر^(١). وأخيرًا نجدُ الأصوليين يتعرَّضون لمسألة متعلقة بالفعل، وهي مسألة النيابة في التكليف.

فذهب المعتزلةُ إلى أنَّ الأفعال التي هي موضع التكليف لا تقبلها بإطلاق؛ وذلك لأنَّ التكليف ابتلاءٌ واختبارٌ للنفس الإنسانية، ولا يتمُّ هذا مع النيابة.

وذهب الجمهورُ إلى أنَّ التكليف من حيث النيابة، ثلاثة أقسام:

- قسم يقبل النيابة، كالتكليف المالية والعقود.
- وقسم لا يقبل النيابة، وهو العبادات البدنية، كالصلاة والصوم.
- وقسم يقبل النيابة عند العذر، وهو تلك العبادات التي تجمع في أدائها بين البدنية والمالية، كالحجِّ، فإنَّ الجانبين: أحدهما مالي، والآخر بدني، فلا نيابة فيه عند القدرة البدنية عليه، وأما مع العجز فتجوز النيابة فيه^(٢).

* * *

(١) انظر: التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥١، وما بعدها.

(٢) انظر: الموافقات: ٣/ ٢٢٧، وما بعدها؛ والإحكام، للآمدي: ١/ ٢١٣.

المبحث الثالث المحكوم عليه

عرّفنا الحكم بأنه : خطابُ الشارع المتعلّق بأفعال المكلفين، بالاقضاء، أو التخيير، أو الوضع^(١)، وقد اتّضح أنّ الحكم متعلق بأفعال المكلفين، من حيث الحكم على هذه الأفعال، بالقبول أو الردّ، ومن حيث كونها داخلةً في دائرة المأمور به، أو المنهي عنه، أو في دائرة الإباحة، ففعل المكلف هو متعلّق الأحكام، وموضع لها، سواء كانت تلك الأحكام أحكاماً تكليفية أو وضعيّة، والمحكوم عليه هو المكلف، وهو الإنسان، وقد رأى علماء الأصول أنّ هناك حقائق ثلاثة في تحديد أساس التكليف:

الأولى: أن عماد التكليف هو العقل؛ لأن التكليف خطابٌ من الشارع، ولا يتوجّه هذا الخطاب إلا إلى العقل، المدرك لمدلول الخطاب، ومتضمنه.

الثانية: أن العقل متدرّج منذ ولادة الإنسان، في مدارج النمو والتطور، ومتى ما تكامل نموّه وصل صاحبه إلى مرتبة التكليف التام.

الثالثة: أنّ التدرّج في النمو والتكامل في الإدراك أمر غير منضبط، ولا ظاهر.

فلا يصحّ أن يُجعل هذا الأمرُ الخفيّ مناطاً للتكليف، فجعل المنطوق أمرًا

(١) راجع: ما سبق، ص ١٩٥.

يمكن إثباته وتحديده، وهو البلوغ، فعند وجود البلوغ يتم في الشخص وصف كونه مكلفاً^(١).

وفي هذا يقول الأمدئي: «أتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلًا، فاهمًا للتكليف؛ لأنَّ التكليف خطاب، وخطابٌ من لا عقل له ولا فهم محالٌّ، كالجماد والبهيمة، ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله؛ كالمجنون والصبي الذي لا يميّز، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعدّر تكليفه أيضًا.. وأما الصبي المميّز، وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميّز، غير أنه أيضًا غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل.. وإن كان مقارنًا لحالة البلوغ، بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة.. غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفيًا، وظهوره فيه على التدرج، ولم يكن له ضابطٌ يعرف به؛ جعل الشارع له ضابطًا وهو البلوغ، وحطّ عنه التكليف قبله؛ تخفيفًا عليه»^(٢).

وقد يتساءل متسائل، فيقول: رأينا الأحكام الشرعية تتعلّق بفعل المجنون والصبي، فإذا أتلّف أحدهما شيئًا وجب الضمان في ماله، وإذا جرح أو قتل عليه الدية في ماله، وهذا من التكليف؛ فكيف ينسجم هذا مع القول: إنَّ شرط التكليف البلوغ والعقل؟.

وقد أجاب الأصوليون عن هذا: بأنَّ المجنون والصبي، وإن كانا غير مخاطبين بالأحكام، إلا أنَّهما لتحقق معنى الإنسانية فيهما، ولأنَّها حققت لهما ذمة تتحمل الحقوق، وبموجب هذه الحقوق كانت لهما ملكية على أموالهما، صلح أن يكونا أهلاً للضمان، وهو ضمان بوصف كونهما مالكين، متوجّه من حيث هو خطاب إلى وليّهما أو وصيّهما^(٣).

(١) انظر: التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥٦، وما بعدها.

(٢) انظر: الإحكام: ١/ ٢١٥ - ٢١٦.

(٣) انظر: التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٣؛ والإحكام، للأمدئي: ١/ ٢١٦؛ وكشف الأسرار: ٤/ ٢٣٧، وما بعدها.

ومن هنا يتضح أنَّ الأصوليين جعلوا للإنسانية - بمجرد وجودها - حقوقاً، ورتَّبوا عليها بعض الواجبات.

وعلى مدى ما يمرُّ به الإنسان من مراحل بعد ولادته، قسَّموا أهليته إلى ناقصة وكاملة، وأهلية وجوب وأداء، وأفاضوا في تفصيل كلِّ نوع من هذه الأنواع، وما يخلُّ بالأهلية من عوارض وآفاتٍ، وهي موضوعات سنتناولها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: الأهلية:

هي لغةً: الصلاحية، يقال: فلان أهل لكذا، أي: هو صالح له.

وفي اصطلاح الأصوليين: نوعان:

أحدهما: أهلية الوجوب، أي: صلاحية في الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه.

والثاني: أهلية الأداء، أي: صلاحية في الشخص لصدور الفعل عنه، على وجه يعتدُّ به شرعاً^(١).

والشخص هو المحكوم عليه، وهو المكلف الذي تعلَّق خطابُ الشارع بفعله، ومعلوم أنَّ التكليف لا يكون إلا لمن له أهلية.

ثانياً: أقسام الأهلية:

من التعريف الذي نقلناه عن بعض الأصوليين، يتبيَّن أن الأهلية:

نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

١- أهلية الوجوب:

هي أهلية الشخص لأن تكون له حقوق، وعليه واجبات، أو صلاحية

للالتزام والالتزام.

(١) انظر: مرآة الأصول، للملا خسرو: ٢/ ٤٣٤.

ومناطق هذه الأهلية عند فقهاءنا هو الذمة، وهي صفة اعتبارية يقدرها الشارع في الشخص، ويكون أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه^(١). وهذه الذمة تثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه، فمتى تحققت الحياة وجدت الذمة، ووجدت معها أهلية الوجوب. ولقد رأى بعض الكاتبيين: أن جعل المناطق هو الذمة يوقعنا في إيهام؛ ذلك أن الذمة لا تدل على معنى وجودي في الإنسان، زائد عما نعرف له من عقل وقوى مختلفة، ظاهرة وباطنة، لهذا فضل القول بأن مناطق أهلية الوجوب هو إنسانية الإنسان^(٢).

ورأى بعضهم أن مما يؤيد هذا: أن فقهاءنا لم يثبتوا أهلية لغير الإنسان، على أساس أن الفقه الإسلامي، لم يعرف الشخصية المعنوية، التي فرضها القانون لبعض الجهات والمؤسسات، كالوقف، والمستشفيات، والشركات، بل جعل مناطق ما يكون لها من حقوق، وواجبات، والتزامات، هو من يتولّى أمرها.

لكننا لو تتبعنا مسلك جمهور فقهاءنا، ومعالجاتهم لبعض الجزئيات، لا نتردد في القول: إنهم عرفوا الشخصية المعنوية، غير أنهم لم يسموها بهذا الاسم، فقد ذهبوا إلى أن المحكوم له وعليه قد يكون غير إنسان، ومن ثم قالوا: إن بيت المال وارث من لا وارث له، وهذا حق ثبت لغير إنسان، وقالوا: إن على بيت المال نفقة من لا عائل له من الفقراء، وهذا حق ثبت عليه، ومن ذلك أنهم صحّحوا الوصية للمساجد، والمستشفيات.

(١) انظر: تنقيح الحامدية: ٣ / ١٥٢؛ وأصول البزدوي: ٤ / ٢٣٧ - ٢٣٩؛ والفروق: ٢٥٢ / ١.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي، للدكتور يوسف موسى، ص ٢٢٠؛ والمدخل، للأستاذ سلام مذكور، ص ٤٤١.

ومما يدلُّ على هذا ما ذكره صاحبُ (تتقيح الحامدية) إذ قال: «للمسجد وقف، فأذن الناظر لحصري أن يكسو المسجد، ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف، ففعل، ثمَّ عزل الناظر، وتولى ناظرٌ آخر.. فهل يلزم الناظر الأول؟ الجواب: يلزم الثاني تخليص حقِّ الحصري، ودفعه له من ريع الوقف، ولا يلزم ذلك الناظر الأول، حيث عُزل^(١).

وهذا يدلُّ على أن للوقف شخصيةً معنويةً، هي مناط أهلية الوجوب^(٢).
وأهلية الوجوب تتنوع إلى: كاملةٍ وناقصةٍ:

أ- أهلية الوجوب الناقصة:

هي صلاحيةُ الشخص لثبوت الحقوق له فقط، دون أن تلزمه حقوقٌ لغيره، وتثبت هذه للجنين قبل الولادة، وبها يكون صالحًا لثبوت بعض الحقوق له، وهي التي يكون فيها منعةٌ، ولا تحتاج إلى قبُول، كثبوت النسب، والإرث، والوصية، والاستحقاق في غلة الوقف.

أمَّا الحقوق التي يكون له فيها نفعٌ، ولكنها تحتاج إلى القبول، كالشراء، والهبة، فإنها لا تثبت له؛ لأن الجنين ليست له عبارةٌ، وليس له ولي أو وصي يقوم مقامه، كذلك لا يثبت عليه شيءٌ من الحقوق لغيره، فلا يجب عليه في ماله شيءٌ من نفقة أقاربه المحتاجين، فإذا توفي رجل وترك زوجته حاملاً، فالجنين يعدُّ من الورثة، ويوقف له سهمه، فإن ولد حياً ثبتت له ملكيته مستندةً إلى وقت وجود سببها بأثر رجعي، وإن ولد ميتاً رُدَّ ذلك إلى أصحابه المستحقين له، فلا يمكن أن نجعل في المال الموقوف حال وقفه للجنين حقاً، لأحدٍ غيره.

(١) انظر: ١ / ٢٢؛ وراجع: قانون الوقف، للشيخ السنهوري، ص ٨٢١.

(٢) انظر: الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم، ص ١١٢.

ب - أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، وتثبت هذه الأهلية للشخص بمجرد ولادته حيًّا، فيكون صالحًا لكسب الحقوق، وتحمل الواجبات التي يجوز للولي أو الوصي أدائها نيابةً عنه، وتبقى له هذه الأهلية طوال حياته من طفولته إلى مماته، ولو صار معتوهًا أو مجنونًا^(١).

٢- أهلية الأداء:

هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه، على وجه يعتدُّ به شرعًا، ومناطق هذه الأهلية هو التمييز. وهذه الأهلية تكون ناقصةً وكاملةً^(٢).

أ - أهلية الأداء الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه، دون البعض الآخر، أو لصدور تصرفات يتوقف نفاذها على رأي غيره، ومناطق هذه الأهلية نقصانٌ في العقل أو الرشد، فالصبيُّ إذا بلغ السابعة ولم يصل البلوغ، والشخصُ الذي لا يتمتع بكمال العقل، تثبت لكلٍ منهما أهليةٌ أداءٍ ناقصةً، وقد قسّم بعضُ العلماء التصرفات بالنسبة له، إلى ثلاثة أقسام:

- ١- تصرفات نافعةٌ نفعًا محضًا: كقبول الهبة والوصية وغيرها، مما يترتب عليه دخول شيء في ملكه من غير مقابل، وهذه تصحُّ منه وتنفذ، دون توقُّف على إذن ولي أو وصي.
- ٢- تصرفات ضارةٌ ضررًا محضًا: كالطلاق وكفالة الدين وسائر

(١) انظر: التلويح والتوضيح: ٢/ ١٦٣؛ ومرة الأصول: ٢/ ٤٣٤.

(٢) انظر: كشف الأسرار على البردوي: ٤/ ٢٤٨، وما بعدها.

وإنما قلنا: بعد اكتمال أهلية الأداء؛ لأنَّ الكلام في العوارض لا يشمل أهلية الوجوب؛ إذ إنَّ من ولد حياً ثبتت له أهلية الوجوب في جميع أحواله التي منها العوارض، ولهذا فلا تسلِّم ما ذهب صاحبُ (التلويح) من الحنفية، فقد رأى أنَّ البحث في العوارض يقتضي التعرُّض لأهلية الوجوب وأهلية الأداء.

وقد قسَّم علماء الأصول هذه العوارض إلى سماويةٍ طبيعيةٍ- لا دخل للإنسان فيها، كالجنون، والإغماء، والنوم، والمرض، ومكتسبةٍ محصَّلةٍ، كالسكر والسفه.

وتنقسم هذه العوارض، بصرف النظر عن كونها سماويةً أو مكتسبةً، إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عوارض تعدم الأهلية: وهي النوم والإغماء والجنون باتِّفاق، والسكر على خلافٍ فيه بين الفقهاء.

الثاني: ما يُنقص الأهلية: وهو العتَّة.

الثالث: ما لا يؤثر في الأهلية، إلا أنه يوجب الحدَّ من تصرفات صاحبها لمصلحته، وهو السفه والغفلة، أو لمصلحة غيره كالدين ومرض الموت^(١).

وسنبحث هذه العوارض وفقاً لهذا التقسيم الأخير كما يلي:

١- العوارض التي تعدم أهلية الأداء:

أ- النوم:

وهو فتورٌ طبيعيٌّ يعرض للإنسان في فترات مرتبة أو غير مرتبة، يمنع العقلَ والحواسَّ من العمل، دون أن يزيلها.

(١) انظر: كشف الأسرار: ٤/ ٢٦٢، وما بعدها؛ وشرح المنار، ص ٩٤٣.

وطبيعي أن تتعدم أهلية الأداء بالنوم، فما دام جواز التصرفات ونفاذها وترتب آثارها عليها موقوفاً على العقل، مصدر القصد والإرادة، كان لا بدّ شرعاً وقانوناً من عدم اعتبار أي تصرف أو التزام يصدر عن النائم؛ لعدم القصد والإرادة^(١).

ب- الإغماء:

هو مرضٌ في القلب أو الدماغ، يصيبُ القوى المحركة للإنسان، أو المدركة فيه، فهو كالنوم من ناحية أن كلاً منهما يعطلُّ العقل أو الحواسَّ الظاهرة، ولهذا فلا اعتداد بشيء من أقواله، وعقوده، وتصرفاته، وإن كان أقوى من النوم، وأكد في تقويته القدرة على الانتعاش، بأية قوة من قواه^(٢).

ج- الجنون:

هو آفةٌ تصيبُ القوى المميزة بين الحسن والقبيح، المدركة للعواقب، وهذا العارضٌ يزيلُ أهلية الأداء، ولهذا كان حكمُ المجنون كحكم الصبي غير المميز، فلا يصحُّ منه أي تصرف، ولا يترتب على عبارته أثرٌ، هذا إذا كان الجنون مطبقاً، أما غير المطبق فإنه في حالة الجنون محجورٌ عليه، فلا يصحُّ منه تصرفٌ أصلاً، أما ما يصدر في وقت الإفاقة، فإنه يكون صحيحاً، والحجر للمجنون لا يتوقف على حكم حاكم، إذ هو محجورٌ عليه لذاته، فلا عبرة بأقواله من حين طرؤ الجنون^(٣)، وهذا هو اتجاه القانون المدني العراقي؛ إذ نصَّ في المادة (٩٤): «أنَّ المجنون محجورٌ لذاته»، وفي المادة (١٠٨) نصَّ على أن: «الجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز».

(١) انظر: التوضيح: ٢/ ١٦٩؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ١٣٨.

(٢) انظر: أصول البزدوي: ٤/ ٢٨٠.

(٣) انظر: التوضيح: ١/ ١٦٨؛ والدرر شرح الغرر: ٢/ ٢٧٣.

د- السُّكْر:

حالة تعرض للإنسان تُذْهِبُ عقله فترةً ما من الزمن، قد تطول وقد تقصر، فلا يعي ما يقول، ولا يقصد ما يصدر عنه من قول أو فعل. ولهذا يرى كثيرٌ من الفقهاء أنَّ عبارته لا تعتبر أصلاً، على أساس أنَّ السكر يزيل أهلية الأداء، فلا تصحُّ عقودُه ولا التزاماته، سواء كانت التزاماتٍ، أو معاوضاتٍ، أو إسقاطاتٍ، أو إطلاقاتٍ، أو تقييداتٍ، وغير ذلك ممَّا ابتنى على أهلية الأداء، ولم يفرِّق هؤلاء العلماء بين حالات السكر من حيث ذاته، فسواء أكان السكران مريداً مختاراً، أم مضطراً مكرهاً.

وعلى هذا الرأي سار ابنُ القيم وغيره، فحكَّم بعدم طلاق السكران، سواء كان يعذر بشربه أو لا يعذر، وممَّن ذهب إلى هذا أبو جعفر الطحاوي، والكرخي، وأبو يوسف، والمزني، وغيرهم^(١).

وذهب فريقٌ آخر من الفقهاء إلى التفرُّيق بين سكرٍ يؤاخذُ عليه، أو لا يؤاخذُ؛ فإن سكر بمباح، أو لم يؤاخذ على سكره، كانت تصرفاته لغواً. أمَّا إن كان السكر بإرادة الإنسان وقصده، وهو مؤاخذ عليه، فإن تصرفاته تعتبر صحيحةً، عقاباً له، وزجرًا لأمثاله، ويتَّضح هذا النكال في اعتبار طلاقه من زوجته.

وهذا الرأي انطلق من النظرة إلى سبب السكر، والرغبة في التنكيل به وزجره^(٢)، ومع ذلك فقد رجَّح فقهاء المقارنة الرأي الأول، ذلك أنَّ الزجر والتنكيل يترك للعقوبة الثابتة بهذا الفعل الواجبة بعد ثبوته، ومعلوم أنَّ الجريمة

(١) راجع: إعلام الموقعين: ٤/ ٤١؛ والمغني، لابن قدامة: ٧/ ١١٤ - ١٦٦؛ وبدائع الصنائع: ٣/ ٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ١٧٠؛ وأصول البيهقي: ٤/ ٣٥٤.

لا تتكرّر عنها العقوبة، وأن العقوبة شخصية لا تنال إلا المجرم، وفي عقاب السكران بإيقاع التزاماته وطلاقه مخالفة لهذين الأصلين.

وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في مادته (٣٥)، فلم يعتبر طلاق السكران، ولم يقيد سكره بقيد، فيحمل المطلق على إطلاقه، فلا يقع طلاقه مطلقاً، وعلى هذا تقاس سائر تصرفاته القولية.

٢- ما ينقص الأهلية، وهو العتة:

هو آفة توجب خللاً في العقل، يوصف صاحبه بأنه مختلط الكلام والرأي، فيشبهه في بعض كلامه العقلاء، ويشبهه في البعض الآخر المجانين.

ومن هنا كان المعتوه ناقص الأهلية؛ لأن العتة لم يذهب العقل بالكلية، بل تكون عند صاحبه بقية منه، وعلى هذا فإن المعتوه تكون أهليته ناقصة، وهو كالصبي المميز، إلا أنّ فريقاً من الفقهاء رأى التفصيل في المعتوه، فقد يكون عتبه تاماً، وهو في هذه الحالة كالمجنون، وقد يكون ناقصاً (وهو ما يسمى: بالجنون الساكن)، وفي هذه الحالة يكون المعتوه كالصبي المميز^(١).

وقد اختلفت اتجاهات المشرّعين في الأقطار العربية، فذهب القانون المدني العراقي في المادة (١٠٧) إلى أنّ المعتوه في حكم الصغير المميز، وكأنّ المشرّع لم يفرّق بين عته تامّ وناقص، واقتصر في إطلاق العتة على العتة الناقص، أمّا التامّ فهو ليس بعته بل هو جنون، واعتبر المشرّع -أيضاً- المعتوه محجوراً عليه لذاته، أي: دون حاجة إلى حكم من محكمة، بينما ذهب المشرّع المصري إلى اعتبار العتة كالمجنون، وطبّق على المعتوه الأحكام الخاصة بالمجنون، من حيث الحجر عليه، ولزوم صدور حكم بالحجر من محكمة ذات اختصاص، وغير ذلك^(٢).

(١) انظر: إعلام الموقعين: ٤ / ٤٢؛ والتوضيح: ٢ / ١٦٨؛ وأصول البزدوي: ٤ / ٢٧٤.

(٢) القانون المدني المصري، م ١١٤.

٣- ما لا يؤثّر في الأهلية، إلا أنه يوجب الحدّ من التصرفات:

وهو: الغفلة، والسفه، والدّين، ومرض الموت:

أ- الغفلة:

هي ضعفٌ في الإدراك، يجعل صاحبه حائرًا، لا يهتدي إلى ما فيه ربح وِنفع، ويخدع بسهولة في المعاملات، ويلحقه فيها الغبنُ والضررُ.

وهذا النوع من العوارض، لا يوجب الحجرَ عند الإمام أبي حنيفة، ولكن ذهب جمهورُ الفقهاء إلى اعتباره كالسفيه، سواءً بسواء^(١)، وبهذا الرأي أخذ القانون المدني؛ إذ نصّ في المادة (٩٥) على أنّ المحكمة تحجر على ذي الغفلة، ويعلن الحجر بالطرق المقرّرة، ونصّت المادة (١١٠) على أنّ ذا الغفلة حكمه حكمُ السفيه.

ب- السفه:

السفه من العوارض المكتسبة، وهو خفةٌ تعتوّس الإنسان فتبعثه على أن يتصرّف بخلاف مقتضى العقل والحكمة، مع قيام العقل حقيقةً، فأهلية الأداء لدى السفيه كاملةٌ، إلا أنّ الحجر عليه؛ لعدم إحسانه التصرفات المالية، ولتبذيره المال، وإنفاقه فيما لا يعدّه العقلاء غرضًا صحيحًا، سواء كان في وجوه الشر أو الخير.

وبحثنا هنا يدور على السفه إذا طرأ بعد بلوغ الشخص راشدًا؛ ذلك أن من بلغ سفيهاً، لم يختلف الفقهاء في استمرار ولاية الوصي عليه في ماله؛ لقوله تعالى: □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ [النساء: ٥]، لم يخالف في ذلك إلا الظاهرية^(٢).

(١) انظر: أحكام القرطبي: ٣/ ٣٨٧؛ ونهاية المحتاج: ٣/ ٣٤٨؛ وكشف القناع: ٢/ ٢٢٦.

(٢) انظر: الأحكام: ٨/ ١٨٦.

ومنع السفية من التصرف في ماله يستمر باستمرار السفه، مهما طال أمده، وخالف في هذا الإمام أبو حنيفة؛ إذ رأى أن لا يسلم المأل لمن بلغ سفيهاً، ويستمر ذلك حتى يبلغ سن الرشد؛ وهو خمسة وعشرون عاماً، سواء في ذلك من انتهى سفهه أو استمر، وكأنه رأى أن المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ الخامسة والعشرين، ومظنته بعد بلوغ هذه السن^(١).

وفي هذه الفترة من حياة من بلغ سفيهاً، أي: فترة منعه ماله عنه، بصرف النظر عن تحديد نهايته بين الجمهور من الفقهاء وأبي حنيفة، فإن تصرفاته لا تنفذ، إلا ما كان منها نفعاً خالصاً له.

أمّا إذا بلغ الشخص رشيداً، وكملت أهليته، ثم طرأ عليه السفه بعد ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء في الحجر عليه:

فذهب الإمام أبو حنيفة إلى منع الحجر عليه؛ لأن في الحجر عليه إهداراً لأدميته وحرية، وهو أشد ضرراً من التبذير وإتلاف المال، ولا يجوز أن يتحمل الضرر الأعلى؛ لدفع الضرر الأدنى.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن السفه موجب للحجر على السفية؛ لأنّ في الحجر عليه مصلحة له، ومنعاً للضرر عن غيره؛ إذ هو بتبذير ماله وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل قد يُفني ماله، ممّا يترتب عليه أن يعيش السفية بعد تضييع ماله عاليةً على غيره، فكان من الحكمة ضرب الحجر عليه، ومنعه من التصرف.

وهذا الرأي هو المعتمد في المذهب الحنفي، وعليه يجري العمل؛ إذ القاعدة أن الصاحبين (أبا يوسف ومحمداً) إذا اتفقا على ما يخالف رأي الإمام، كان الراجح والمفتى به ما ذهبوا إليه.

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٩٧؛ ومراة الأصول: ٢ / ٤٥٨.

إلا أنَّ الصاحبين بعد اتِّفاقهما على القول بالحجر على السفه، اختلفا في وقت الحجر:

فذهب محمد بن الحسن إلى أنَّ علة الحجر هي السفه، فمتى تحقَّق ترتَّب عليه موجبه وهو الحجر، ومتى زال ارتفع من غير توقُّف على قضاء محكمة، وعلى هذا تكون عقود السفه وتصرفاته غير نافذة بمجرد ثبوت السفه، فإذا ثبت الرشدُ نفذت العقود والتصرفات، دون توقُّف على حكم القاضي برفع الحجر عنه.

وذهب أبو يوسف إلى أنَّ الحجرَ على السفه لا يكون إلا بحكم القاضي، وأنَّ رفع الحجر متوقَّفٌ على حكمه أيضًا، وعلى هذا تكون عقود السفه وتصرفاته الصادرة منه بعد قيام السفه وقبل الحكم عليه بالحجر؛ نافذة، وتصرفاته وعقوده بعد زوال السفه وقبل الحكم برفع الحجر عنه؛ غير نافذة.

وما ذهب إليه أبو يوسف هو الراجح؛ لأنَّ السفه أمرٌ تقديريٌّ، تختلف فيه أنظار العقلاء، ولا يحسم هذا الخلاف إلا القضاء.

أيضًا فإنَّ الحجرَ يترتَّب عليه بطلانُ العقود والتصرفات، والقول بالحجر بمجرد السفه قد يُلحقُ ضررًا بمن تعاملوا معه، من غير أن يعلموا حقيقة أمره، فحماية مصلحة هؤلاء تقضي أن يتوقَّف الحجرُ على قضاء القاضي^(١).

وبهذا أخذ القانون المدني العراقيُّ، فنصَّت المادة (٩٥) على أن المحكمة تحجر على السفه، وتعلن الحجر بالطرق المعتادة، ونصت الفقرة (٣) من المادة (١٠٩) على أنه إذا اكتسب السفه المحجور عليه رشدًا فكَّت المحكمةُ حجره.

(١) انظر: التوضيح: ٢/ ١٩٣؛ ومختصر الطحاوي، ص ٩٨؛ وأصول البزدوي: ٤/ ٣٧٤.

• عقود السفية وتصرفاته:

بعد الحكم على السفية بالحجر، فإنَّ هذا الحجر لا يكون في جميع العقود والتصرفات، بل يكون في بعضها؛ وهي تلك التصرفات المالية من بيع، وإجارة، وشركة، وهبة، وغيرها، وحكمُ السفية في هذه العقود والتصرفات حكمُ الصبي المميز، فتتقيد أهليته للتصرف بالقيود التي تتقيد بها أهلية الصبي المميز، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي في الفقرة (١) من المادة (١٠٩).

ومع ذلك فإن السفية يخالفُ الصبي في الأمور التالية:

١- **عقد الزواج:** فإنه يصحُّ من السفية وينفذ، من غير توقف على إجازة أحد، إلا أنه إذا سمى مهراً لا يلزمه إلا في حدود مهر المثل، حتى لو أذن له وليه فيه.

وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩م)؛ إذ إنه اشترط لأهلية الزواج العقل والبلوغ، وهما متوقران في السفية.

٢- **الطلاق:** يصحُّ من السفية وينفذ، بخلاف الصبي المميز فإنه لا يصحُّ طلاقه، وقد اعتبر قانون الأحوال الشخصية طلاق السفية؛ لأن المادة (٣٤) التي عددت من لا يقع طلاقهم؛ لم تذكر معهم السفية.

٣- **الوصية:** تجوز من السفية وتنفذ في حدود الثلث، إذا كانت في وجوه الخير والبر؛ لأن تنفيذها إنما يكون بعد الموت، فلا يترتب عليها ضررٌ يقتضي الحجر^(١).

وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا، فنصت الفقرة (٢) من المادة (١٠٩) على أنه تصحُّ وصايا السفية بثلث ماله، وهكذا في بقية التصرفات، التي لا تقبل الفسخ كالعقود واليمين.

(١) انظر: المبسوط: ٢٤ / ١٥٦؛ المغني: ٤ / ٤٥٦؛ ونهاية المحتاج: ٤ / ٣٥٦.

ج- الدين:

الدين إذا لزم شخصًا، وأحاط بماله أو زاد عليه، فهل يجبر عليه؟ في هذا اختلف الفقهاء كاختلافهم في السفه:
 فأبو حنيفة - حسب الأصل الذي اعتمده في منع الحجر على السفه - لا يجوز الحجر على المدين؛ لأن في الحجر عليه إهدارًا لإنسانيته وحرية. ولكن الإمام يرى أن يؤمر المدين بسداد دينه، فإن امتنع وكان قادرًا على السداد حسبه الحاكم، حتى يرضى بالأداء، وأساس هذا الحبس هو دفع الظلم؛ لأن المماطل في الأداء مع القدرة ظالم، ولا يجوز للقاضي أن يبيع مال المدين جبرًا من غير رضاه؛ لأن هذا يعتبره الإمام من قبيل الحجر، وهو لا يقول به.

والجمهور ذهبوا إلى الحجر على المدين إذا طلب ذلك الغرماء، وكان الدين مستغرقًا، فإذا جبر عليه تعلّق الغرماء بماله وقت الحجر عليه، أمّا ما سيكون له بعد الحكم بالحجر، فلا يتناولها الحجر.

فإذا حكم بالحجر ترتّب عليه أمران:

الأول: منع المحجور عليه من التصرفات التي تضرّ بالدائنين: كالهبة، والبيع بأقل من القيمة، أو الشراء بأكثر منها، أمّا التصرفات التي لا تضرّ بالدائنين، فإنه لا يمنع منها؛ كقبول الهبة، والبيع والشراء بثمن المثل.

الثاني: أمر المحجور عليه بأداء الديون التي عليه: فإن لم يمتثل باع القاضي ماله جبرًا عليه، إذا طلب الغرماء ذلك، وقسّم الثمن بين الدائنين بالحصص، ولا يستثنى من البيع إلا ما كان ضروريًا للمدين، وقدّر الضروري أمر يختلف باختلاف الأشخاص، والأزمان. والأمكنة^(١).

(١) انظر: الهداية: ٣/ ٢٠٥؛ وقواعد ابن رجب، ص ١١٤؛ والزليعي: ٥/ ١٩٩.

ويثور هنا سؤال عن تصرّف المدين قبل صدور الحكم بالحجر عليه: فذهب جمهور الفقهاء إلى صحّة هذا التصرف؛ لأن المنع منه يتوقف على حكم القاضي. وذهب بعض المالكية والحنابلة، إلى أنّ للدائنين حقّ طلب إبطال تصرّفه، قبل الحكم عليه بالحجر، وفي هذا يقول ابن القيم: «إذا استغرقت الديون ماله، لم يصحّ تبرعه بما يضرّ أرباب الديون، سواء حجر عليه الحاكم أو لم يحجر عليه، وقد اختار الإمام البخاريّ هذا؛ إذ ترجّم للموضوع بما نصّه: باب من ردّ أمر السفية والضعيف، وإن لم يكن حَجَرَ عليه الإمام»^(١).

وقد أخذ القانون المدنيّ العراقيّ في مادتيه (٢٧١) و(٢٧٨) برأي الجمهور، الذي اعتبر حكم القاضي هو الأساس في ضرب الحجر على المدين، أو رفعه عنه.

د - المرض:

اصطلح الفقهاء على تسمية المرض الذي يكون سبباً من أسباب الحجر على الشخص بمرض الموت، ويريدون به ذلك المرض الذي يتحقق به أمران:

الأول: أن يكون الغالب فيه الهلاك عادةً؛ وتعرف هذه الغلبة بالإحصاءات الطبية، ومن أهل الخبرة من الأطباء.

الثاني: أن يتّصل به الموت؛ سواء كان الموت بسبب ذلك المرض، أم بسبب آخر طرأ على المريض.

(١) انظر: إعلام الموقعين: ٤ / ٦ - ٨، وما بعدها؛ وصحيح البخاري: ٣ / ١٥٠.

فإذا اجتمع هذان الأمران في شخصٍ؛ تبين أنه مريض مرض الموت،
وإلا فلا، وحينئذ يكون شأنه شأن الصحيح المعافى^(١).

(١) انظر: كشف الأسرار: ٤ / ٣٠٧، وما بعدها.

والحكمة في الحجر عليه: أنه قد يتصرّف وهو في حالة مرض الموت تصرّفًا يؤدي إلى حرمان بعض الورثة أو إيثارهم، أو إلى الفرار من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه، تحت وطأة الخوف من الموت والهلاك، ولا شك في أنّ مرضًا كهذا يجعل صاحبه يائسًا من الحياة، فيختلّ ميزان تصرّفاته، فلا يسير فيها على الجادة المستقيمة، بل تراه يميل بها مرّة إلى هنا، ومرّة إلى هناك، دون وسط وعدل، والفقهاء حين حجروا على هذا المريض رأوا أنه مرضٌ يغلب حدوثُ الهلاك منه، فتقوم المصلحة في تقييد بعض تصرّفاته.

وقد يلحق بالمريض مرض الموت بعض الأشخاص الأصحاء، الذين يكونون بحال يغلب عليهم ظنُّ الهلاك ويترقّبون الموت ساعةً بساعة، كمن يحكم عليه بالإعدام؛ أو كان في سفينة تعصف بها الأنواء؛ أو كان أسيرًا عند من لا يحترم قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي في الأسرى، فهؤلاء وأمثالهم تعتبر تصرفاتهم في حالة غلبة ظنِّ الهلاك كتصرّف المريض مرض الموت^(١).

غير أنّ من الأمراض المخوفة ما يطول أمده ويمتدُّ زمانه، كالسرطان، والشلل، وأمثالهما، فهل يعتبر المصاب به مريضًا مرض موتٍ مهما طال الأمد؟.

يرى بعض الفقهاء أنّ المريض بأحد هذه الأمراض، إن كان يزداد مرضه، ويسوء حاله يومًا بعد يوم، فإنه يعتبر مريضًا مرض موت، وتطبّق عليه الأحكام المترتبة على مرض الموت، أما إذا وقف سريان المرض، واستمرّ على ذلك عامًا على الأقل، كان حكمه حكم الصحيح، فإذا تحرّك المرض نحو الاشتداد، يقوم اعتباره مريضًا مرض موت بعد الازدياد والتحرّك.

ومرض الموت - كما تقدّم - لا يؤثّر في الأهلية، إلا أنه يوجب الحدّ من

(١) انظر: الدسوقي على الشرح الكبير: ٣ / ٣٠٦؛ ومجلة الأحكام العدلية، ص ١٥٩٥.

بعض التصرفات والحجر فيها، ويثبت هذا الحجر من حين حلول المرض المميت، إلا أن المرض لا يعرف أنه مميت إلا إذا اتصل به الموت؛ إذ لا يحكم بالحجر بناءً على وهم أو شك، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت، فتصح تصرفات المريض دون أن يكون للدائن أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته، وإنما لهم هذا الحق بعد وفاته، إذا كان التصرف يضر بحقوقهم، فلهم عند ذلك نقضها بالقدر الذي يحفظ لهم حقوقهم، فإذا ثبت الحجر يثبت مستنداً إلى أول المرض^(١).

• الحقوق المتعلقة بمال المريض:

تتعلق بمال المريض مرض الموت، ثلاثة حقوق:

الأول: حقوق المريض نفسه: في قضاء حاجياته ومصالحه، ممّا لا غنى له عنها، كطعام، وكسوة، وسكن، وأجرة طبيب، وثمان دواء، ونفقة من تلزمه نفقته.

الثاني: حقوق الدائنين: إن كان عليه ديون، وهذه الحقوق تتعلق بجميع المال إن كان الدين مستغرقاً، وإن لم يكن مستغرقاً تعلق بما يساويه من مال المريض.

الثالث: حقوق الورثة: وهي تتعلق بثلثي ماله، أمّا الثلث الباقي فقد جعله الشرع حقاً للمريض، يصرفه في وجوه الخير والبر؛ ليتدارك ما فاتته من التقصير، فإذا لم ينفقه كله أو بعضه كان للورثة.

والقاعدة في تصرفات المريض الممنوعة، وغير الممنوعة، أن كل تصرف يحتاجه المريض، ولا غنى له عنه، أو كان لا يمس حقوق الدائنين أو الورثة، فهو تصرف صحيح نافذ، لا يتوقف على إجازة أحد، أمّا ما عدا ذلك من التصرفات، فإنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الحق، دائناً أو وارثاً.

(١) انظر: الهداية: ٢/٣، وما بعدها؛ والفقهاء الإسلاميين، للدكتور يوسف موسى، ص ٢٣٤.

وعلى هذا فتصرفات المريض نوعان: أحدهما: تصرفٌ صحيحٌ نافذٌ. وثانيهما: تصرفٌ موقوفٌ يمكن إبطاله بعد الموت، ونحن نفصل القول في هذين النوعين كما يلي:

الأول: تصرف المريض النافذ:

ويشمل هذا النوع أنماطاً من التصرفات، نعددها فيما يلي:

١- التصرفات المتعلقة بحقوق نفسه: في قضاء حاجاته، وتأمين مصلحه.

٢- الزواج: لأن المريض يحتاج إلى من يؤمنه، ويسكن إليه، غير أنه يشترط ألا يزيد المهر على مهر المثل، فإن زاد كانت الزيادة تبرعاً، ويكون لها حكم الوصية، على الاختلاف بين الفقهاء في توفيقها على إجازة الورثة، أو عدم توفيقها إن كانت من ثلث التركة، لكن قانون الأحوال الشخصية قد حسم الخلاف، حينما أحال في المادة (٧٣) على المادة (١١٠٨) من القانون المدني، التي تنص في فقرتها الثانية، على أنه: «تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة».

٣- الطلاق: وهو جائزٌ ونافذٌ، بلا خلافٍ بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في ميراث المطلقة من مطلقها:

فذهب الجمهور إلى أن المريض مرض الموت، إذا طلق زوجته المدخول بها بئنأً بغير رضاها، فإنها ترث منه، معاملةً له بنقيض قصده الذي هو حرمانها من الميراث.

وذهب أهل الظاهر والإمام الشافعي إلى أنها لا ترثه؛ لأن الطلاق البائن يقطع الميراث، ولا عبرة بالقصد الباطن؛ لأن الأحكام تُبنى على الظاهر.

واختلف القائلون بتوريث هذه المطلقة، في مدى بقاء حق الميراث للزوجة، فذهب الحنفية إلى أنها ترث إذا توفي مطلقها، وهي في العدة.

وذهب الإمامية إلى أنها ترث، إذا مات مطلقها خلال سنة من طلاقها، ما لم تتزوج.

وذهب الحنابلة إلى إثبات حقها في الميراث، ولو انقضت العدة، ما دامت لم تتزوج من غير مطلقها بعد، وهذا هو مذهب الإمام مالك، والليث.

وذهب فقهاء المالكية، وفقهاء الإباضية، والشافعي في أحد قوليه، إلى أنها ترثه مطلقاً، تزوجت غير مطلقها أم لم تتزوج. أما إذا كان الطلاق قبل الدخول، فقد ذهب الجمهور إلى أنها لا ترث، وخالف في هذا الإمام مالك؛ فذهب إلى توريثها مطلقاً دفعاً للضرر عنها، وبناءً على أصل سدّ الذرائع، وهو أصل معتبر في شريعتنا لتبني عليه الأحكام وتستنبط منه^(١).

والذي يجري عليه العمل في محاكمنا، هو ما نصت عليه المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية، من أن المطلقة في مرض الموت ترث زوجها، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك وبعض فقهاء الأصحاب والتابعين، إلا أن قانوننا قد قرّر حكماً غريباً لم يقل به أحد من فقهاءنا؛ إذ أتجه إلى أن طلاق المريض مرض الموت لا يقع.

٤- العقود الواردة على المنافع: سواء أكانت بعوض، أم بغير عوض، كالإجارة، والإعارة، والمزارعة، فللمريض أن يتولى أي عقد من هذه العقود، دون أن يكون للدائنين أو الورثة حق الاعتراض عليه، كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء مستنديين إلى أمرين: أحدهما: أن حق الدائن والوارث يتعلّق بمالية التركة، والمنافع ليست من الأموال.

(١) المغني: ٦/ ٣١٩؛ والزيلعي: ٢/ ٢٤٨؛ وبداية المجتهد؛ لابن رشد: ٢/ ٨٢ - ٨٣؛ والمهذب: ٢/ ٢٥.

ثانيهما: أن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد المتعاقدين؛ فإذا مات المريض بطلت إجارته وإعارته ونحوهما، فليس في مثل هذه التصرفات ما يمسُّ حقوق الدائنين أو الورثة.

ومن ذلك: العقود التي لا تمسُّ رأس المال، وإنما تتعلّق بالربح، كعقد الشركة والمضاربة، فإنهما يصحّان؛ لما علمنا من أنّ حقّ الورثة والدائنين يتعلّق بأصول التركة وأعيانها، أما الربح فهو من باب المنافع، ولأن الشركة لا ضررَ فيها على أحد، لانتهائها بموت المريض، فيعود رأس المال في الشركة أو المضاربة بعد وفاة المريض ليتعلّق به حقّ الورثة والدائنين.

الثاني: تصرف المريض، الذي يمكن إبطاله بعد موته:

وهو يشمل العقود والتصرفات التي يكون فيها مساسٌ بحقوق الدائنين أو الورثة، وهي التي تؤثّر في مال المريض بالنقصان؛ كالهبة، والوصية، والوقف، والبيع بأقل من ثمن الثمن، والشراء بأكثر من ثمن المثل.

فإذا أنشأ المريض عقداً من هذه العقود، كان نافذاً في حال حياته، فإذا مات يكون لمن لحقه ضررٌ من هذه التصرفات حقّ إبطالها، بقدر ما يسلم له حقّه؛ كما أنّ له إجازتها إن شاء^(١).

وللمريض أن يوصي قدر الثلث من تركته، فإن مات مديناً بدين مستغرق لها، ولم يجزها أصحاب الحقوق بطلت، وإن لم يكن مديناً جازت في حدود الثلث، وبطلت فيما زاد عليه إلا أن يجيزها الورثة.

وقد استحسن بعضُ فقهاء الحنفية تصحيح تصرفات المريض مرضاً الموت بالهبة، أو الصدقة، ونحوهما من التبرعات العامة، وأجرى فيها أحكام الوصية، فقال الملاحسرو: كان القياس ألا يملك المريض مرضاً الموت هذه التبرعات، حتى الوصية بأداء ما كان متأخراً في ذمته من حقوق

(١) انظر: التوضيح: ٢ / ١٧٧.

الله تعالى، لوجود سبب الحبر عليه في تصرفاته، وهو تعلق حق الغير من دائن أو وارث بالتركة، ولكن هذه التصرفات تصح استحساناً من ثلث التركة، أي إذا لم تكن مدينةً بدين يحيط بها؛ ليتدارك بعض ما عساه قد كان وقع فيه من تقصير^(١)، ولهذا يقول الرسول ﷺ: «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادةً في أعمالكم، فضعوه حيث شئتم»^(٢).

ومما ينضوي تحت هذا النوع من التصرفات، وجرى فيه خلاف الفقهاء، هو إقرار المريض مرض الموت بدين عليه لوارث أو لأجنبي؛ فإن أقر بدين لوارث، كان نفاذه بعد الوفاة موقوفاً على إجازة باقي الورثة، لما في إقراره لأحدهم من تهمة إرادة إيثار البعض على حساب الآخرين.

والمراد بالوارث: هو ما كان سبب الإرث متحققاً له وقت الإقرار، وكان وارثاً فعلاً عند وفاة المقر، فإن لم يتحقق هذان الأمران في المقر له صحَّ إقرار المريض له، دون توقُّفٍ على إجازة الورثة، وعلى ذلك إن كان المقر له وارثاً وقت الإقرار دون الموت، كما لو كان الإقرار لعمِّ لم يوجد من يحجبه، ثم ولد للمقر ولدٌ يحجبه، فإنَّ الإقرار لا يتوقف على إجازة الورثة، لانتهاء أحد الأمرين، وهو كونه وارثاً عند وفاة المقر، وكذلك لو أقر بدين لأجنبية وهو مريض، ثم تزوجها، ومات، صحَّ الإقرار دون توقُّف على الإجازة؛ لانتهاء أحد الأمرين أيضاً، وهو كونه وارثاً وقت الإقرار.

فإن أقر بدين لأجنبي صحَّ الإقرار ونفذ، وكان قضاؤه مقدماً على حقِّ الورثة والموصى لهم، غير أن مرتبته في القضاء مؤخره عن الديون الأخرى الثابتة في زمن الصحة (والمراد بديون الصحة تلك التي تثبت بأي حجة، أو التي تثبت في زمن المرض بالبينة أو بالمعاينة لأسبابها، أمَّا الثابتة بالإقرار في المرض فتسمَّى ديون المرض).

(١) انظر: مرآة الأصول: ٢ / ٤٤٧.

(٢) انظر: فيض القدير: ٢ / ٢٢٠.

وعلى هذا يبدأ أولاً بسداد ديون الصحة، فإن بقي شيء من التركة سدّد منه ديون المرض.

إلى هذا ذهب الحنفية، ووافقهم الحنابلة، في التفرقة بين الإقرار للأجنبي والإقرار للوارث، إلا أنهم خالفوهم في المراد من الوارث، الذي يتوقّف نفاذ الإقرار له على إجازة الورثة: فقالوا: هو من يرث عند الإقرار لو أن المريض توقّف في ساعة الإقرار؛ لأن التهمة توجد عند الإقرار، ولا عبرة باستمرار كونه وارثاً إلى وقت الوفاة أم لا، وعلى هذا يتوقّف الإقرار للعمّ في الصورة التي ذكرناها على إجازة الورثة.

وفي رأي للإمام الشافعي: أنّ الإقرار في المرض كالإقرار في الصحة، كلاهما صحيح نافذ بلا توقّف، وبلا فرق لوارث أو أجنبي.

والإمام مالك فصّل في الإقرار، بين ما كان الغرض منه التبرّع، كأن دلّت عليه دلائل أو قرائن وملابسات، وبين ما إذا لم يكن كذلك، ففي الصورة الأولى يأخذ إقراره حكم التبرّع، وفي الصورة الثانية صحيح نافذ، لا فرق في الصورتين بين ما إذا كان الإقرار لوارث أو أجنبي^(١).

* * *

(١) انظر: الزيلعي: ٥/٢٦؛ والمبسوط: ١٨/٢٤؛ ونهاية المحتاج: ٤/٥١؛ والمحلى: ٣٤٨/٩؛ والدسوقي على الشرح الكبير: ٣/٣٩٧، وما بعدها؛ والهداية: ٣/١٣٨.

المبحث الرابع الحاكم

أولاً: العقل والشرع:

من خصائص الشريعة الإسلامية: أنها تشريع سماوي، يصدر الحكم فيها عن الله سبحانه، فالحاكم ومصدر الحكم حقيقة هو الله تعالى، أما ما يقرره علماء أصول الفقه من أن هناك أصولاً وأدلة أخرى للحكم، فإنهم يعنون بها: تلك المسالك التي يكتشف بها حكم الله تعالى، فهي أصول بالمعنى المجازي لا الحقيقي.

وقد أجمع على هذا المسلمون، فاتفقوا على أن الحاكم هو الله سبحانه، وأنه لا شرع إلا منه، وقد استند هذا الإجماع إلى نصوص الكتاب: □ □ □ □ [يوسف: ٤٠]، □ □ □ □ □ □ □ □ [المائدة: ٤٩]، □ □ □ □ □ □ □ □ [المائدة: ٤٧].

غير أن خلافاً وقع بين الباحثين منذ أواخر القرن الهجري الأول في أمر العقل؛ هل له موضع في الأحكام؟ وهل المكلف مأخوذ بما يقضي به العقل، حتى قبل مجئ الشريعة؟ أو بعبارة أخرى: إنَّ العقل هل يدرك أحكام الله في الأفعال من غير افتقار إلى الشرع؟.

فذهب المعتزلة وبعض الباحثين من غيرهم إلى أن العقل يدرك أحكام الشرع من غير افتقار إليه لو لم يأت.

وذهب جمهورُ الأمة إلى أنَّ العقل لا يدرك أحكامَ الشرع، بل لا بدَّ من مجئِ مبلغٍ ونبيٍّ بالشرعية عن ربِّه. هذه هي القضية، التي اختلف فيها الباحثون، والذي جعلَ لها صلةً بموضوعنا أنَّ فريقاً من الأصوليين قد صوَّر القضية خلافاً في أنَّ العقل؛ هل له أن يصدر الأحكام؟ وهل له أن يستقلَّ بإنشائها؟ فقال: «وحكَّمت المعتزلة العقل»، وقال البيضاوي: «الحاكمُ الشرعُ دون العقل»^(١)، وقال السبكي: «لا حكم إلا لله»^(٢)، فظنَّ بعضُ المتأخِّرين: أن العقل هو الحاكم عند المعتزلة وهذا خطأ في فهم العبارة ودلالاتها واستعمالها، كما أشار إلى ذلك الجلال المحلى في (شرح جمع الجوامع).

فمن المعلوم أنَّ لفظ (الحاكم) يطلق على معنيين:

الأوَّل: مثبت الأحكام، ومنشئها، ومصدرها.

الثاني: مدرِّكها، ومظهرها، والمعرِّف لها، والكاشف عنها.

أمَّا بالنظر إلى المعنى الأوَّل فإننا لا نجد خلافاً في أنه هو الله وحده، وأنَّ العقل لا دخل له في إثبات الأحكام وإنشائها، بهذا قال جميعُ علماء الأمة.

وأما بالمعنى الثاني: فقد حدث خلافٌ بين الإسلاميين، في أنَّ الأحكام الشرعية هل هي متوقَّفةٌ من حيث إظهارها، وبيانها، والكشف عنها، على الأدلة والمصادر الأصلية، فلا يستقلُّ العقل بإدراكها ومعرفةً بها؟ أم أنَّ العقل يستقلُّ بذلك، ولا يتوقَّف إدراك الأحكام الشرعية على ورود الشرع بها؟ فذهب جمهورُ الأصوليين إلى أنَّ مظهرَ الأحكام والكاشف عنها هو الشرعُ خاصَّةً.

(١) انظر: الإسنوي على المنهاج: ١ / ١١٤.

(٢) انظر: جمع الجوامع: ١ / ٥٤.

وذهب المعتزلة وبعض الباحثين من غيرهم إلى أنَّ العقلَ يمكنه إظهارُ الأحكام، والاستقلال بإدراكها، بمعنى أنَّ العقل لا يتوقَّف إدراكه للأحكام على ورود التشريع بها، بل يمكنه قبل وروده أن يعرفها، ويهتدي إليها، أمَّا بعد وروده فالاعتماد الأصلي عليه، فإن أدرك العقل شيئاً من الأحكام ثم بيَّنه الشرع، كان تبيينه مؤكداً لما أدركه العقل واهتدى إليه؛ فيكون كلُّ من الشرع والعقل مبيناً^(١).

وهذا الخلاف يرجع أساسه إلى الخلاف في مسألة فلسفية، تناولها علماء الكلام بالبحث والتفصيل، وهي مسألة التحسين والتقبيح العقليين، ويقتضي المقام بيان هذه المسألة بشيءٍ من الإيجاز:

ثانياً: معنى الحسن والقبح:

يطلق الحسنُ على ملاءمة الطبع، والقبحُ على منافرته، كحسن الحلو وقبح المرّ، ويطلق الحسنُ على صفة الكمال، والقبح على صفة النقص، كحسن العلم وقبح الجهل، وهذان المعنيان للحسن والقبح عقليان، أي: يحكم بهما العقلُ باتِّفاق الفلاسفة الإسلاميين وعلماء الأصول^(٢).

ويطلق الحسنُ على ترتُّب المدح في العاجل، والثواب في الآجل، والقبحُ على ترتُّب الذم في العاجل، والعقاب في الآجل، والحسن والقبح بهذا المعنى محلُّ خلاف بين المعتزلة وغيرهم.

وقد تحصَّل فيها ثلاثة آراء:

(١) انظر: الفصل القيم الذي كتبه أستاذنا الشيخ عبد الغني عبد الخالق في: أصول الفقه، ص ٦١، وما بعدها.

(٢) انظر: شرح المواضع، للإيجي: ٨ / ١٨٢؛ والمستصفي: ١ / ٥٦؛ ومسلم الثبوت: ٢٥/١.

١- رأي المعتزلة:

وخلاصته: أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان لبعض الأشياء، وأن هناك ما هو متردد بينهما.

فالحسن في ذاته لا يجوز إلا أن يأمر به الشرع، والقبيح لذاته لا يجوز إلا أن ينهى عنه، أما المتردد بينهما فيجوز الأمر به والنهي عنه، فإن أمر به فهو حسن للأمر، وإن نهى عنه فهو قبيح للنهي، وقد رتبوا على هذا أن الحسن لذاته يكلف الشخص القيام به وإن لم يأت به شرع، وأن القبيح لذاته يكلف الشخص اجتنابه ولو لم يرد نهى الشرع عنه، ثم بنوا على ما قرروه ثلاثة أمور:

الأول: أن أهل الفترة التي لا يكون فيها تشريع سماوي، ومن يكونون في المجاهل، مكلفون أن يفعلوا ما هو حسن لذاته، وأن يكفوا عن القبيح في ذاته، وهم في ذلك محاسبون شرعاً.

الثاني: أن الناس إذا وجدوا أنفسهم أمام واقعة لا دليل من الشرع عليها؛ فإنهم يكفون بما يقضي به العقل؛ بناءً على الحسن الذاتي، أو القبح الذاتي، ويجري حسابهم شرعاً وفقاً لذلك.

الثالث: أن المشرع يجب عليه أن يأمر بما هو حسن لذاته، وأن ينهى عما هو قبيح لذاته.

وقد كان هذا القول محل صدام بينهم وبين غيرهم من علماء الكلام، لما يترتب عليه من ملازمات غير مقبولة على ذات المشرع سبحانه^(١).

٢- رأي الأشاعرة:

وهو ما ارتضاه جمهور الأصوليين، وخلاصته: أن الأشياء ليس لها

(١) انظر: شرح الجرجاني على المواقف: ٨ / ١٨٥ - ٢٠٢.

حسن ذاتي، ولا قبح ذاتي، بل إنها إضافية، نسبية، اعتبارية، وإن الحسن منها ما أمر به الشرع وأذن به، وإن القبيح ما نهى عنه. وعلى هذا فلا تكليف إلا بما اقتضاه الشرع، ولا ثواب ولا عقاب إلا بناءً على أوامر الشرع ونواهيه، ولا عبرة بأوامر العقل ومدركاته من حيث التكليف، ولا يجب على الله تعالى شيء؛ لأنه هو خالق الأشياء، وهو خالق الحسن والقبح.

وإذا كان هذا الرأي قد ذهب إلى أن العقل لا يقوم به تكليف وإن كان يدرك الحسن والقبح، فإن ذلك لا يعني أن أصحابه يعطّلون العقل، ويلغون عمله، بل إنهم اعترفوا بما للعقل من عملٍ عظيمٍ في نطاق استنباط الأحكام من ثانياً النصوص، وبيان قواعد الشرع وضوابطه، وهو في هذا إنما ينطلق من حيث يطلقه الله سبحانه ويأذن له، وفي هذه الحدود رأى الإمام الغزالي: أن من أدلة الأحكام (مصادرها): العقل، وهو لا يخفى أن تسمية العقل أصلاً من أصول الأحكام تجوّز، وأن تحقيق النظر يوصل إلى أن أصل الأحكام حقيقة واحدة وهو قول الله تعالى^(١)، أما ما عداه فإنه يعود إليه، أو يستمدّ شرعيته ومصدريته منه.

٣- الماتريديّة:

وقد ذهب أصحابه إلى أن للأشياء حسناً ذاتياً وقبحاً ذاتياً، كما ذهب إلى خصوص ذلك المعتزلة، ولكنهم يختلفون معهم في ما رتبوه على هذا الرأي من آثار، فذهبوا إلى أنه مع ذلك لا تكليف ولا ثواب بحكم العقل المجرد، بل إن الأمر في التكليف، والثواب، والعقاب، إلى الشرع نصّاً أو حملاً على النص، فليس للعقل المجرد أن ينفرد بالتكليف، أو بالحكم على الأشياء اقتضاءً، أو تخييراً، أو وضعاً.

(١) انظر: المستصفى: ١/ ١٠٠.

وقد اختار هذا الرأي علماء الأصول من الحنفية^(١)، وبعض الزيدية، فقال في ذلك الشوكاني: «الكلام في هذا البحث - الحسن والقبح - يطول، وإنكار مجرد إدراك العقل لكون الفعل حسناً أو قبيحاً مكابرة أو مباهة، وأمّا إدراكه لكون الفعل الحسن متعلقاً للثواب، أو كون الفعل القبيح متعلقاً للعقاب، فغير مسلم، وغاية ما تدركه العقول أنّ هذا الفعل الحسن يمدح فاعله، وهذا الفعل القبيح يذم فاعله، ولا تلازم بين هذا وبين كونه متعلقاً للثواب والعقاب»^(٢).

* * *

(١) انظر: مسلم الثبوت: ١ / ٢٥؛ والإحكام، للآمدي: ١ / ١١٣، وما بعدها.

(٢) انظر: إرشاد الفحول، ص ٨.

الفصل الثاني

طرق الاستنباط، وتفسير النصوص

- ١ - الوضوح والإبهام.
- ٢ - الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني وطرق تلك الدلالات.
- ٣ - الألفاظ من حيث ما تشتمل عليه وصفته.
- ٤ - الألفاظ من حيث استعمالها في المعاني.
- ٥ - صيغ التكليف.
- ٦ - التعارض وطرق دفعه.

* * *

تمهيد

عني علماء أصول الفقه بوضع المناهج والقواعد؛ لاستنباط الأحكام من النصوص، ورسم الضوابط التي لا بدّ من توفّرها للباحث عن الحكم الشرعيّ، على هدى مقاصد الشريعة وأغراضها، ووفق الحدود اللغوية واللفظية في العربية، التي كانت هي لغة شرعنا، إذا أراد هذا الباحث سلامةً من الخطأ في النظر، وسلامةً في النتائج عند الاستنباط، ذلك لأنّ تحرير المقاصد يبني أولاً وبالذات على تحرير الألفاظ، وإدراك مدى دلالتها على معانيها، ودقّة فهم الاعتبارات المتعددة لهذه الدلالة.

فتناول بحثهم اللفظ من حيث إضافته إلى المعنى، وعلاقته وارتباطه به باعتبارات متنوعة، كاعتبار وضعه للمعنى، أو دلالاته عليه، ووضوح الدلالة، أو خفائها، إلى غير هذا من تقسيمات.

كما تناول القواعد التي يندفع بها التعارض، إذا بدا في ظواهر النصوص، بالجمع أو الترجيح أو النسخ، وهي في مجموعها قواعد لا يحتاجها الباحث في الفقه الإسلامي فقط، بل إنّ زميله الباحث في القانون لا يقلُّ عنه إفادةً منها، وحاجةً إليها، لأنّها بمثابة قوانين عامة لتفسير الألفاظ وبيان دلالتها، بصرف النظر عن كون هذه الألفاظ قوالِبَ للأحكام الشرعية، أو القواعد القانونية، ما دام أنّ اللفظ في كليهما عربيّ.

وسنتناول في هذا الفصل دراسة طرق الاستنباط، وتفسير النصوص، وقواعد دفع التعارض بين الأدلة، في عدة مباحث:

الأول: في مراتب دلالة الألفاظ على المعاني، من حيث الوضوح والإبهام.

الثاني: في الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني، وطرق تلك الدلالات.

الثالث: في الألفاظ من حيث ما تشتملُ عليه، ويتضمن: العام، والخاص، والمشارك، والمطلق، والمقيد.

الرابع: في الألفاظ من حيث استعمالها في المعاني.

الخامس: في صيغ التكليف، ويتضمن: الأمر والنهي، وحروف المعاني.

السادس: في التعارض وطرق دفعه، بالجمع أو الترجيح أو النسخ.

* * *

المبحث الأول الوضوح والإبهام

تنقسم الألفاظ من حيث مرتبة دلالتها على المعاني إلى نوعين:
الأول: ألفاظٌ بينةٌ الدلالة، واضحةٌ المعنى، لا يحتاج فهمه منها ومعرفة مقتضاها إلى أمر زائدٍ عليها.

الثاني: ألفاظٌ غيرُ واضحة الدلالة على معانيها، بل يحتاج فهمه منها ومعرفة مقتضاها إلى أمر زائدٍ عليها.

ولقد كان للحنفية طريقةً في تقسيم كلِّ من هذين النوعين، وتحديد الأنواع المندرجة تحت كلِّ منهما، تختلف عن الطريقة التي سلكها المتكلمون؛ وذلك نظراً لاختلاف نظرتهن إلى مقدار التفاوت في الألفاظ بين الوضوح والإبهام، وما ترتب على ذلك في نظرهم من تعدد حالات الوضوح وتدرجها؛ فقد قسم الأصوليون من الحنفية اللفظَ واضح الدلالة على المعنى المراد منه إلى أربعة أقسام، وهي: الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

وهذه الأقسام مرتبةٌ على وفق قوتها في الوضوح، فأوضحها: المحكم، ثم المفسر، فالنص، فالظاهر، وثمرَةُ التفاوت بينها في الوضوح تظهرُ عند التعارض، فيقدّم النصُّ على الظاهر، والمفسرُ عليهما، والمحكمُ على الكلِّ، ومنشأُ التفاوت في وضوح الدلالة هو احتمالُ اللفظِ التأويل، أو التخصيص، وعدم احتمالِه ذلك، أو احتمال النسخ وعدم احتمالِه له، أو احتمال كون

اللفظ مسوقاً بالذان لمعنى مقصود منه، وعدم كونه مقصوداً أصلياً منه^(١)، وقسموا اللفظَ غيرَ واضح الدلالة - نظراً إلى تفاوت مراتب الخفاء - إلى أربعة أقسام، هي: الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه، وأشدها خفاءً: المتشابه، ثم المجمل، فالمشكل، فالخفي^(٢).

أمّا الأصوليون من جمهور المتكلمين، فقد قسموا اللفظَ الواضحَ إلى: ظاهرٍ ونصٍّ، وقسموا المبهمَ إلى: مجملٍ ومتشابه^(٣).

هذا وسنعرض في الصفحات التالية كلَّ واحدٍ من هذه الأقسام، بحسب تقسيم الحنفية، كلُّ قسمٍ في مطلب.

ذلك أنّ مسلك الحنفية أكثر استيعاباً للقسمة العقلية في أمر الوضوح والخفاء، وأوضح لمراتب التدرُّج بين الأقسام، حتى قال في ذلك الكمال بن الهمام: «والحنفية أوعب وضعاً للحالات»^(٤).

* * *

(١) انظر: أصول السرخسي: ١ / ١٦٣؛ ومسلم الثبوت: ٢ / ١٩؛ وتفسير النصوص، ص ٩٧.

(٢) انظر: التحرير: ١ / ١٤٦، ١٥٨.

(٣) انظر: المستصفي: ١ / ٣٨٤، وما بعدها؛ وابن الحاجب: ٢ / ١٦٩.

(٤) انظر: التحرير: ١ / ١٥٢؛ وتفسير النصوص، ص ١٤٧.

المطلب الأول أنواع الواضح

الواضح في اللغة: بمعنى البيّن، مأخوذاً من الوضح، بمعنى الضوء والبياض^(١).

وهو في الاصطلاح: بيّن الدلالة على معناه، مستقلاً بنفسه في الكشف عن المراد^(٢).

إلا أن الألفاظ واضحة الدلالة تتفاوت مراتب وضوحها، ومن أجل ذلك قسّمها الأصوليون من الحنفية إلى أربعة أقسام؛ هي: الظاهر، والنص، والمفسّر، والمحكم. وفيما يلي عرض لكلٍ من هذه الأقسام، يتضمّن: تعريفه، وأمثله، وحكمه.

أولاً: الظاهر:

عرّف السرخسي (الظاهر) بأنه: «ما يعرف المراد منه بنفس السماع، من غير تأمل»^(٣).

وعرّفه الشاشي بأنه: «اسم لكلّ كلام ظهر المراد به للسامع بنفس السماع، من غير تأمل»^(٤)، وقوله: بنفس السماع، أي: بمجرد، سواء كان

(١) انظر: المختار، مادة (وضح).

(٢) انظر: الفقيه والمتفقه، للخطيب البغدادي: ١ / ٧٤.

(٣) أصوله: ١ / ١٦٣.

(٤) انظر: أصوله، ص ٢١.

ثانيًا: النص:

عرّفه الكمال بنُ الهمام: بأنه اللفظُ الواضحُ المعنى، المسوق له بواسطة السوق له، زيادةً على ظهوره بمجرد سماعه، مع احتمال التخصيص إن كان عامًّا، والتأويل إن كان خاصًّا^(١).

ومن أمثله: قوله تعالى: □□□□□□□□□□ [البقرة: ٢٧٥]، فإنه نصٌّ في نفي المماثلة بين البيع والربا؛ لأنه سيق للفرقة بينهما ردًّا على من قال: □□□□□□□□□□؛ لكنّه باعتبار دلالاته على حل البيع، وحرمة الربا، ظاهرٌ، ويؤخذ من التمثيل بهذه الآية أنّ اللفظ الواحد يجوز أن يكون ظاهرًا في معنى، ونصًّا في معنى آخر، باعتبارين مختلفين.

• وحكم النص: أنه يجب العمل بالمعنى المتبادر منه، ما لم يقدّم دليلٌ يقضي بالعدول عن ذلك المتبادر.

مثال ذلك: قوله تعالى: □□□□□□□□□□ [البقرة: ٢٢٨]، فإنه نصٌّ في وجوب العدة ثلاثة قروءٍ على المطلقات، والمطلقات لفظٌ عامٌّ يشمل المدخول بها وغير المدخول بها، لكنّ هذا العموم غيرُ مراد بعد أن قام دليل التخصيص بقوله _____ه_____ إلى: □□□□□□□□□□

= أصول الشاشي وحواشيه، ص ٢٢، في توضيح مذاهب الأصوليين، في أنّ وجوب العمل بالظاهر على سبيل القطع أو الظن؛ وراجع: تفسير النصوص، ص ٩٥.

(١) انظر: التحرير مع التقرير: ١ / ١٤٦. وقد ذهب بعض المتكلمين من الأصوليين: إلى أن النص هو كل لفظ دلّ على الحكم بصريحه على وجه لا احتمال فيه - انظر: الفقيه والمتفقه: ١ / ٧٤ - وما ذكرناه إنما هو النص الاصطلاحي، ولكن شاع استعمال النص في غير ما نريده في علم أصول الفقه؛ إذ أطلق على نظم الكتاب والسنة خاصة، سواء كان اللفظ ظاهرًا أو نصًّا أو مفسرًا أو محكمًا، وقد استعمله الفقهاء بهذا الاعتبار في مقابل الإجماع والقياس.

التأويل^(١)، حتّى يقوم دليلٌ على نسخه أو تبديله، إذا كان الحكم الذي دلّ عليه المفسّر قابلاً للنسخ، وتوفّرت ضوابط النسخ وشروطه.

رابعاً: المحكم:

هو ما دلّ بصيغته على معناه الواضح المقصود أصالةً، وسيق لأجله الكلام دون أن يحتمل تأويلاً أو نسخاً.

فيظهر من التعريف أنه لا بدّ من كون الكلام في غاية الوضوح في إفادة معناه، وكونه غير قابل للنسخ ليسمى محكماً^(٢).

ثم انقطاع احتمال النسخ قد يكون لمعنى في ذاته بأن لا يحتمل التبدّل عقلاً، ومثاله في الشرعيات: الألفاظ الدالة على وجود الصانع، وصفاته، وحدوث العالم. ومثاله في القوانين: كلُّ لفظ يتضمن معنى وحكماً تسلّم به العقول السليمة، مما هو واضح العدالة، وجليّ التطابق مع قواعدها، ولا يختلف باختلاف الأحوال، ويسمى هذا محكماً لعينه، وقد يكون انقطاع الاحتمال بانقطاع الوحي بوفاة النبي ﷺ في الشرعيات، ويسمى هذا محكماً لغيره^(٣).

• **وحكم المحكم:** وجوب العمل به قطعاً؛ لعدم احتمال نسخه أو صرفه إلى أي معنى آخر غير ما سيق له، ومن هنا كانت دلالته على الحكم أقوى من دلالة الظاهر، والنص، والمفسّر.

(١) هذا إذا لحق المجرى بيان قاطع احترازاً عمّا ليس بقاطع ثبوتاً أو دلالة؛ حتى لا يصير المجرى مفسراً بخبر الواحد، وإن كان قطعيّ الدلالة، ولا ببيان فيه احتمال، وإن كان قطعيّ الثبوت، بل هو بعد في حيز التأويل، وإن خرج عن حيز الإجمال: انظر: كشف الأسرار: ١ / ٥٠.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٥١.

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٦٥؛ وتفسير النصوص، ص ١١٠.

المطلب الثاني أنواع المبهم

نريد بالمبهم: ما خَفِيََتْ دلالاته لنفس اللفظ أو لعارض، سواءً أمكن إدراك المراد منه بالعقل أم لا، أو أمكن إدراك المراد بالنقل أم لا. وقد قَسَمَ الحنفيةُ المبهمَ بناءً على هذه الاعتبارات إلى أربعة أقسام، تتفاوت مراتبها في الخفاء؛ وهي: الخفيُّ، والمشكَلُ، والمجملُ، والمتشابهُ، وسنتولَّى عرضها وبيانها، وفقاً لهذا التقسيم والترتيب.

أولاً: الخفيُّ:

هو ما خفي المراد منه بعارضٍ، لا من حيث الصيغة^(١)، أو هو: ما اشتبه معناه، وخفي المراد منه، بعارض في الصيغة، يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب^(٢)، فاللفظ في ذاته واضحٌ، دالٌّ على معناه الظاهر، ولكن في انطباقه على بعض الأفراد وشموله لها نوع غموض وخفاء، يزول بالنظر والتأمل والاجتهاد بالرجوع إلى النصوص، وعلل الأحكام، ومقاصد الشريعة، إلا أنه مع ذلك يبقى سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء.

مثال ذلك: لفظُ السارق في قوله تعالى: □ □ □ □ [المائدة: ٣٨]، فالسارق ظاهرٌ في مدلوله؛ إذ هو من يأخذ المال،

(١) أصول الشاشي، ص ٢٤؛ والبيزدي: ١ / ٥٢.

(٢) أصول السرخسي: ١ / ١٦٧.

المنقول، المملوك للغير، خفيةً، من الحرز^(١)، إلا أن في دلالاته على الطرّار (النشال) شيئاً من الخفاء، مردّه اختصاص الطرّار باسم يعرف به غير اسم السارق، فأورث ذلك شبهةً في انطباق معنى لفظ السارق عليه. وقد أدّى هذا الخفاء إلى تفاوت وجهات نظر الفقهاء إلى هذه الجزئية: فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الطرّار لا يدخل في عموم كلمة السارق ما دام له عنوان غير السرقة، وما دام يأخذ في غير خفية، صحيح أن الناس لا يشعرون به، ولا يحسّون باختلاسه، إلا أن ذلك ناشئ من عدم التيقُّظ، لا من أصل العمل. من أجل هذا الاعتبار لم يوجب حدَّ السرقة عليه، بل أوجب عقوبةً تعزيريةً أخرى، مع تفصيلٍ تناولته كتب الفقه الحنفي.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطرّار يدخل في عموم لفظ السارق، لتحقق معنى السرقة من فعله، وإن تسميته باسم الطرّار لا تعني أنه ليس بسارق، بل يعني أنه سارق وزيادة؛ لأن السارق العادي هو من يتحايل على الأعين النائمة، أما الطرّار فإنه يسرق الأعين المتيقظة، مستغلاً خفة يده وسرعتها في أخذ مال الغير وهم غافلون؛ ولهذا أوجبوا حدَّ السرقة عليه^(٢).

ومن الأمثلة: قول النبي ﷺ: «لا يرث القاتل»^(٣)، فالقاتل صيغة واضحة في مدلولها، تنطبق على من يقتل عمداً، إلا أن في انطباقها على من يقتل خطأ نوع خفاء، منشؤه وصف الخطأ؛ لأن الحرمان من الميراث عقوبة، فهل يعاقب المخطئ في القتل بالحرمان، مثل المتعمد في القتل؟ وما هو الحكم في القتل بالتسبب، أو الدفاع الشرعي؟ في الإجابة على هذا السؤال، تفاوتت وجهات نظر الفقهاء:

(١) أحكام السرقة، للدكتور أحمد الكبيسي، ص ١٩، وما بعدها.

(٢) انظر: أحكام السرقة: ٧٥ - ٧٨؛ وتفسر النصوص، ص ١٥٢، وما بعدها.

(٣) انظر: شفاء الغليل، للغزالي، ص ٤٦، هـ ٧؛ وانظر: تفسير النصوص، ص ١٦٠.

فذهب الشافعية، إلى أنّ كلّ أنواع القتل مانعة من الميراث، وفي هذا يقول الشيرازي: «إنّ القاتل حرم الإرث حتّى لا يُجعل القتل ذريعة إلى استعجال الميراث، فوجب أن يحرم بكلّ حال لحسم الباب»^(١).
 وذهب المالكية إلى: «أنّ لفظ القاتل لا يشمل القاتل خطأً، حيث لم يقصد القتل، فلا يستحقّ أن يعاقب بحرمانه من الميراث»^(٢).

ومن أمثلة الخفيّ في القانون، ما ورد في تعريف السرقة في المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري: «اختلاس المنقول المملوك للغير»، فكان في اعتبار التيار الكهربائي منقولاً نوع خفاءً، حسمته محكمة النقض؛ إذ اعتبرته منقولاً، فكان نص المادة (٣١١) متناولاً اختلاس الكهرباء^(٣).

وقد أدرك المشرّع العراقي ما في هذا اللفظ من خفاء، فلم تكتفِ المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات بتعريف السرقة بأنها: اختلاس مال، منقول، مملوك لغير الجاني، عمداً، بل أضافت إليه ما يلي: «ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة... القوى الكهربائية، والمائية، وكلّ طاقة، أو قوة محرزة أخرى»^(٤).

• **وحكم الخفي:** وجوب النظر فيه؛ لإزالة خفائه، بالدراسة والبحث والتأمل، وتحريّ المقاصد العامة والخاصة، التي وضعت لها الأحكام، وتحقيق المصالح الحقيقية في التضييق أو التوسعة، والشمول أو عدم

(١) انظر: المهذب: ٢ / ٢٤.

(٢) انظر: الدسوقي على الشرح الكبير: ٤ / ٤٨٦؛ وراجع في تفصيل هذه الجزئية وموقف القضاء العراقي: الدكتور أحمد الكبيسي، الجزء الثاني، من كتابه الأحوال الشخصية، ص ٩٣ - ٩٦. وانظر: تفسير النصوص، ص ١٦٠ - ١٦٤؛ والميراث عند الجعفرية، لأستاذنا المرحوم أبو زهرة، ص ٧١.

(٣) انظر: المدخل للعلوم القانونية، للدكتور البدرابي، ص ٢٢٧.

(٤) انظر: قانون العقوبات الجديد، رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩م).

الشمول، وهذا ما قصده السرخسي من قوله: «حكم الخفي اعتقاد الحقيقة في المراد، ووجوب الطلب إلى أن يتبين المراد»^(١).
ثانيًا: المشكل:

هو الذي خفي معناه بسبب في ذات اللفظ، بحيث لا يدرك المعنى إلا بقرينة تميّزه عن غيره، فمناً الإشكال ذات الصيغة واللفظ، خلافاً للخفي. وهو يكون إما من غموض في المعنى، أو لاستعارة بديعة، كما رأى ذلك البزدوي^(٢).

ومن أمثله: اللفظ المشترك، فهو موضوع لغة لأكثر من معنى، فإذا جاء دون دلالة على معنى معين من المعاني التي وضع لها كان ذلك مشكلاً، كما في لفظ القرء في قوله تعالى: □ □ □ □ □ [البقرة: ٢٢٨]، فالقرء من المشترك؛ إذ وضع للحيض والطهر، فكان المرجع في إزالة الإشكال إلى التأمل في صيغة اللفظ، وطلب المرجح للمعنى المراد، وفي هذا تفاوتت الأنظار؛ فذهب فريق من الفقهاء إلى أن القرء هو الحيض، بينما ذهب فريق آخر إلى أنه الطهر^(٣).

ومن أمثلة المشكل في نصوص القانون: لفظ الليل، الذي اعتبره قانون العقوبات المصري ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة، ومعلوم أن الليل قد يراد به معناه الفلكي، أي: الفترة من غروب الشمس إلى شروقها، وقد يراد به الفترة التي يتحقق فيها الظلام بالفعل، وقد ثار دل حول المعنى المراد، إلا أن القضاء المصري حدّد الليل الذي اعتبر إيقاع السرقة فيه ظرفاً مشدداً للعقوبة،

(١) انظر: أصوله: ١ / ١٦٨.

(٢) انظر: البخاري على البزدوي: ١ / ٥٢؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٦٨؛ والفيقه والمتفقه: ٦٧/١.

(٣) راجع في سند كل من المذهبي: أصول الفقه، لأستاذنا أبو زهرة، ص ١٢٣.

بالفترة التي يسود فيها الظلام فعلاً؛ إذ هي الفترة التي تتوافر فيها حكمة التشديد الذي أراده المشرع، نظراً لما للظلام من رهبة في النفس، وما يتوفر فيه من فرصة مواتية للجاني تسهل له ارتكاب جريمته، لكن محكمة النقض لم تقر هذا الرأي، بل قرّرت أنّ مقصود الشارع هو الليل الفلكي، وهو الفترة الزمنية المحصورة بين غروب الشمس وشروقها^(١).

ولأجل ما في هذا اللفظ من إشكال عدل عنه المشرع العراقي، إذ نصّ في المادة (٤٤٠) على أنه: يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ارتكب سرقةً اجتمعت فيها الظروف التالية: وقوعها بين غروب الشمس وشروقها^(٢)...

• وحكم المشكل: وجوب البحث عن القرائن، والتأمل في اللفظ للوقوف على المعنى المراد منه، ثمّ العمل بما يوصل إليه البحث والنظر، وعن هذا يقول البخاري: «أن ينظر أولاً في مفهومات اللفظ جميعاً، فيضبطها، ثم يتأمل في استخراج المراد منها»^(٣).

ولا يختلف هذا الحكم إذا كان الإشكال واقعاً في نصوص القانون، فيجب البحث والتأمل في اللفظ المشكل إذا ورد في نصوص القوانين، مع مراعاة المقاصد والبواعث، وإعمال اللجنة التحضيرية أو المصدر التاريخي الذي استقيت منه العبارة.
ثالثاً: المجمل:

هو اللفظ الذي لا يفهم المعنى المراد منه إلا باستفسارٍ من المجمل، وبيان من جهته يعرف به المراد^(٤)؛ إذ هو الذي أبهم المراد منه، فكان هو

(١) انظر: المدخل، للدكتور عبد المنعم البدرابي، ص ٢٢٨؛ وتفسير النصوص، ص ١٨٥.

(٢) قانون العقوبات، رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩م).

(٣) انظر: شرحه على البزدوي: ١ / ٥٤؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٦٨.

(٤) انظر: السرخسي: ١ / ١٦٨؛ والبزدوي: ١ / ٥٤؛ وأصول الشاشي، ص ٢٥.

المرجع في إزالته، فإذا تمَّ البيان أصبح المَجْمَلُ مفسَّرًا إن كان بدليلٍ قطعيّ الثبوت والدلالة، أما إذا كان البيانُ بخبر واحد وإن كان قطعيّ الدلالة، أو كان البيان بما فيه احتمالاً في الدلالة وإن كان قطعيّ الثبوت، فلا يكون المَجْمَلُ بهذا البيان مفسَّرًا، بل يبقى محتملاً للتأويل وإن كان قد خرج عن حيز الإجمال^(١).

لقد أشار السرخسيُّ إلى أنواع المَجْمَلِ بقوله: «وذلك إما لتوحُّش في الاستعارة، أو في صيغة غريبة مما يسمّيه أهلُ الأدب لغةً غريبةً»^(٢). فقد يكون منشأ الإجمال نقلَ اللفظ من معناه الظاهر في اللغة إلى معنى شرعيّ جديد، أو يكون من غزابة في اللفظ وتزاحم في المعاني المتساوية.

مثال الأول: قوله تعالى: □ □ □ [البقرة: ٢٧٥]، فإنه مجملٌ: لأن الرِّبَا لغةً: عبارة عن الزيادة، وقد علمنا أنه ليس المراد ذلك، فإن البيع ما شرعَ إلا للاسترباح وطلب الزيادة، ولكنَّ المراد حرمةُ البيع بسبب فضلِ خالٍ عن العوض في بيع المقدرات، أو المطعومات المتجانسة، واللفظ لا دلالة له على هذا لغةً^(٣)، إلا أنَّ السنة قد تولّت بيانَ الرِّبَا، ولكنّه بيانٌ غيرُ شافٍ، لذلك صار به هذا المَجْمَلُ مؤوِّلاً، ومن أجل ذلك قال عمر رضي الله عنه: خرج النبي صلى الله عليه وسلم من الدنيا ولم يبيّن لنا أبواب الرِّبَا^(٤). وقد جرى خلافٌ كبيرٌ في تعليل الرِّبَا في الأصناف الستة.

ومن ذلك: الصلاة والصيام والزكاة، فقد نقلها المشرِّع من معانيها اللغوية، ووضعها لمعانٍ شرعية اصطلاحية لا يمكن إدراكها من الألفاظ

(١) انظر: ما سبق، ص ٢٩٥، هـ ١.

(٢) انظر: أصوله: ١ / ١٦٨.

(٣) انظر: أصول السرخسي: ١ / ١٦٨.

(٤) انظر: شفاء الغليل، ص ٣٦١؛ وكشف الأسرار: ١ / ٥٤؛ وراجع في رأي أستاذنا الشيخ أبو زهرة: أصوله، ص ١٣٦.

(٢٢٤) فقرة (هـ)؛ إذ نصّت على أنه: «يقصد بالعقوبات الفرعية الواردة في هذا القانون: العقوبات التبعية، والتكميلية، والتدابير الاحترازية، المنصوص عليها في قانون العقوبات».

• وحكم المجمل: التوقّف في تعيين المعنى المراد منه حتّى يأتي البيان من الشارع، وفي هذا يقول شمس الأئمة السرخسي: «وموجبه - أي: المجمل - اعتقاد الحقيقة فيما هو المارد، والتوقّف فيه إلى أن يتبيّن ببيان المجمل، ثم استفساره ليبيّنه»^(١).
رابعاً: المتشابه:

وهو اللفظ الذي لا تدلّ صيغته على المعنى المراد منه، وتعدّرت معرفة المدلول وإدراكه، وفي هذا يقول البزدوي: «فإذا صار المراد مشتبهًا على وجه لا طريق لدركه، حتّى سقط طلبه ووجب اعتقاد الحقيقة فيه، سمّي متشابهًا»^(٢).

ونحن إذ نتعرّض للمتشابه، فإنما نتعرّض له من باب الوفاء بتمام التقسيم للفظ من حيث الإبهام لا غير؛ وإلا فإن المتشابه لم يرد في أي من آيات الأحكام، أو أحاديث الأحكام، كما لا ورود له مطلقاً في نصوص القوانين؛ إذ هو بهذا على حال لا تنسجم مع طبيعة الحكم التكميلي، أو القاعدة القانونية المطلوب من الناس ترتيب تصرفاتهم أو تنظيم علاقاتهم على هديها.

وما دام الأمر كذلك فإنّ الأمر في المتشابه قليل الأثر في الجانب

= الدلالة والبيان ولو من وجه أو بأي اعتبار لا تمام الانطباق والدلالة، وهذا يصدق على التمثيل بالربا واعتباره من المجمل، فراجع: تفسير النصوص، ص ٢٠٩

(١) انظر: أصوله: ١ / ١٦٨؛ أصول الشاشي، ص ٢٥.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٥٥؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٦٩؛ والتلويح على التوضيح:

تعالى، ومن جعل الكلام موصولاً وعطف على اسم الجلالة: □ □ □ حكم بأن الراسخين يمكن أن يعلموا التأويل^(١).

ولا يفوتنا أن نشير إلى أنّ المتشابه هو غير المشتبه الذي ورد في الحديث النبوي الذي رواه النعمان بن بشير {، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلال بيّن والحرام بيّن، وبينهما مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام...»^(٢).

ذلك أنّ هذا المشتبه قامت في دلالاته على معناه شبهةً، تنكشف بالتتبع، والتفقه، والطلب^(٣)، أما ذلك المتشابه فلا ترجى معرفته في الدنيا لأحد، أو لا ترجى إلا للراسخين في العلم فحسب؛ على اختلاف في مكان الوقف في الآية القرآنية المارة الذكر.

* * *

(١) انظر: تفسير القرطبي: ٤ / ٩ - ١٠؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٧٠؛ وكشف الأسرار: ٥٦/١.

(٢) متفق عليه. انظر: المشكاة: ٢ / ٧٤؛ والإحكام، لابن حزم، ص ٤٨٩.

(٣) انظر: الإحكام، لابن حزم، ص ٤٨٩.

المبحث الثاني الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني وطرق تلك الدلالات

إذا نظرنا إلى الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني، نجد أنّ هذه الدلالة تتنوع وتتفاوت؛ فهناك دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة الدلالة، ودلالة الاقتضاء، ولكلٍ من هذه الأنواع منزلته ومرتبته في إعطاء الحكم، والتزام المكلف العمل به؛ ليخرج من عهدة التكليف والامتنال، على تفاوت في المنزلة والرتبة، أدّى إلى تفاوت النظر في الترجيح عند التعارض.

وإذا نظرنا إلى المعاني التي تفهم عند سماع اللفظ أو قراءته، نجد أيضاً تنوعاً وتفاوتاً واختلافاً من حيث الاعتبار، فهناك مفهوم دلّ عليه اللفظ في محلّ النطق، ومفهوم كانت الدلالة عليه فيما وراء المنطوق، سواء كان موافقاً لما دلّ عليه اللفظ في محلّ النطق أو مخالفاً له.

ولقد كان هناك اختلاف في تقسيم طرق الدلالة وأنواعها بين الحنفية والمتكلمين من الأصوليين، وذلك يقتضي أن نعرض كلاً من مسلكي التقسيم في مطلب مستقل، مع بيان مواطن الوفاق والافتراق بينهما.

وقبل البدء في ذلك تجدر الإشارة إلى أنّ لعلماء المنطق تقسيماً اصطلاحياً لدلالة اللفظ على المعنى، ينحصر في ثلاثة:

الأول: دلالة المطابقة: وهي أن يدلّ اللفظ على تمام المعنى الذي

وضع له؛ كدلالة لفظ البيع على الإيجاب والقبول، ودلالة لفظ الإنسان على الحيوان الناطق.

الثاني: دلالة التضمّن: وهي أن يدلّ اللفظُ على جزء المعنى، الذي وضع له؛ كما يقال: سقط البيت، ويراد سقفه؛ وانكسر خالد، ويراد ساقه؛ ومن ذلك دلالة لفظ البيع على أحد ركنيه.

الثالث: دلالة الالتزام: وهي أن يدلّ اللفظ على لازمٍ ذهنيٍّ لا ينفكُّ عن معناه، كدلالة لفظ السكر على الحلاوة، ولفظ الشمس على الضوء، ولفظ البيع على انتقال ملك المبيع إلى المشتري، وملك الثمن إلى البائع^(١).

* * *

(١) انظر: الإيضاح، للعلامة الشيخ محمد شاکر، ص ١٤؛ وشرح الشمسية، ص ٥٠، وما بعدها.

المطلب الأول مسالك الحنفية في التقسيم

يرى الأصوليون من الحنفية: أنَّ طرق دلالة النصوص^(١) على الأحكام والمعاني أربعة:
أولاً: عبارة النص:
وهي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر المسوق له، أصالةً أو تبعاً، بلا تأمل^(٢).

وفي هذا يقول السرخسي: «فأما الثابت بعبارة النص، فهو ما كان السياق لأجله، ويعلم قبل التأمل أنَّ ظاهر النص متناول له»^(٣).
ومن أمثلة ذلك: قوله تعالى: □ □ □ □ □ □ [البقرة: ٢٧٥]، فإنه دالٌّ بعبارته على معنيين:
أحدهما فُصِدَ من السياق أصالةً، وهو التفرقة بين البيع والربا ونفي المماثلة بينهما؛ ذلك لأن هذا النصَّ ورد في معرض الردِّ على من قال: □ □ □ □ [البقرة: ٢٧٥].

(١) لا يرد من النص هنا المعنى الاصطلاحي المتقدّم، بل يرد به كلُّ ملفوظ مفهوم المعنى، سواء كان ظاهراً أو مفسراً أو نصّاً، حقيقةً أو مجازاً، خاصّاً كان أو عامّاً، انظر: كشف الأسرار: ٦٧ / ١.

(٢) انظر: الأستاذ الشيخ حسب الله، في أصول التشريع، ص ٢٣٧.

(٣) انظر: أصوله: ٢٣٦ / ١.

يدرك به أسرار تلك اللغة وطرق بيانها وإشاراتها^(١)، ومن أمثلة دلالة الإشارة في القانون ما يلي:

أولاً- جاء في المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات: لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضدَّ أيِّ من الزوجين، أو اتّخاذ أي إجراء فيها، إلّا بناء على شكوى الزوج الآخر.

ولا تقبلُ الشكوى في الأحوال التالية:

أ- إذا قُدِّمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتّصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية، بالرغم من اتّصال علمه بالجريمة.

ج- إذا ثبت أنّ الزنى تمَّ برضا الشاكي^(٢).

فقد دلّت هذه المادةُ بعبارة النص على أمرين؛ هما:

١- عدم جواز تحريك دعوى الزنى ضدَّ الزاني من أحد الزوجين إلا بشكوى من الزوج الآخر.

٢- ردُّ الشكوى بتقادم العلم بالزنى، أو ثبوت رضا الشاكي بالزنى.

وتدلُّ المادة أيضاً من طريق إشارة النصّ بالدلالة الالتزامية، على أن زنى أحد الزوجين لا يعتبر من الجرائم العامة - كما هي نظرة الفقه الإسلامي إليه - وإنما هو جنائية من الزاني على زوجته، ولهذا فإن المجني عليه له الحقُّ في إسقاط الدعوى.

ثانياً- جاء في المادة (١٠٧٠) في القانون المدني العراقي: «لكلِّ شريكٍ

(١) انظر أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة في أصوله، ص ١٣٥.

(٢) قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩م)؛ وانظر: مصادر التشريع

الإسلامي، ص ٣٠٣.

شريكها، فقتلها أو قتل أحدهما، أو اعتدى عليهما، أو على أحدهما اعتداءً أفضى إلى الموت، أو إلى عاهة مستديمة»^(١). فعبارة اعتدى عليهما... إلخ تعتبر من باب الحشو والتطويل، وحذفها لا يخلُ بالمعنى؛ إذ المعنى الذي دلَّت عليه، تدلُّ عليه العبارة الباقية بطريق الأولى، ذلك أن إحداث عاهة مستديمة أولى من القتل بالتخفيف، بجعله جنحةً لا جنايةً. رابعاً: دلالة الاقتضاء:

هي دلالة النصِّ على مسكوت عنه، يتوقَّف صدقُ الكلام أو استقامةُ معناه على تقديره، وفي هذا يقول البخاريُّ: «هو جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق»^(٢).

ومن خاصية هذه الدلالة: أنَّ صيغة النصِّ لا تدلُّ على المقتضى، ولكنَّ صحة النص، واستقامة معناه، هي التي اقتضت - أي: طلبت - هذا النوع من الدلالة، فالحامل على الزيادة، وهو صيانة الكلام عن اللغو هو المقتضى، والمزيد هو المقتضى، والدلالة على أنَّ النصَّ لا يصحُّ، ولا يصدق، إلا بالزيادة - أو طلب الزيادة - هو الاقتضاء.

مثال ذلك: قول النبي ﷺ: «رفع عن أمتي: الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(٣). فالمعنى الذي دلَّت عليه عبارة النصِّ هو رفع الفعل إذا وقع خطأً أو نسياناً أو إكراهاً، وهذا غير صادق؛ إذ إن الأحداث بعد وقوعها محال رفعها، سواء وقعت خطأً أو قصداً، نسياناً أو تذكراً، إكراهاً أو رضاً، فصدق النصِّ يقتضي تقدير كلمة (حكم) أو (إثم)، فيكون المعنى رفع حكم الخطأ أو إثمه.

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

(٢) كشف الأسرار: ١ / ٧٦.

(٣) انظر: فيض القدير: ٤ / ٣٤؛ وتخريج الفروع على الأصول، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح، ص ١٤٨ - ١٤٩.

ومن ذلك أيضًا: قوله تعالى: □ □ □ [المائدة: ٣]، فإن صحة النص تقتضي تقدير: أكلها، أو: الانتفاع بها؛ لأن الأحكام تتعلّق بالأفعال والأحداث، لا بالذوات.

ومثله: قوله تعالى: □ □ □ [النساء: ٢٣]، فإنه يدلُّ بالاقضاء على مقدرٍ؛ هو النكاح.

• المقتضى بين العموم والخصوص:

إذا دلَّ النصُّ على مسكوت عنه لا يستقيم الكلام إلا بتقديره، وتعيّن ذلك المقدر، سواء كان خاصًا أو عامًّا، وجب تقديره بصرف النظر عن عمومته أو خصوصه كما في: □ □ □ [النساء: ٢٣]، فالمقدر هو لفظ (النكاح)، وكما في: □ □ □ [يوسف: ٨٢]، فالمقدر لفظ (أهل).

واختلف الأصوليون، فيما لو كان المقام يحتمل العموم والخصوص، أيقدر عامًّا أو خاصًّا؟.

فذهب بعضهم ومنهم الحنفية إلى أنه يقدر خاصًّا؛ لأن التقدير إنما كان للضرورة، والضرورة تقدّر بقدرها، وهي تندفع بتقدير الخاص، فلا يزداد عليه، ولذا اشتهر على ألسنتهم: المقتضى لا عموم له.

ذهب البعض الآخر ومنهم الشافعية إلى أنه يقدر عامًّا؛ بحجة أن تقدير العام أقرب إلى العرف اللغوي من تقدير الخاص.

وتظهر آثار الاختلاف في مثل قوله ﷺ: «رفع عن أمّتي: الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» فيحتمل هنا تقدير لفظ (حكم)، وهو عامٌّ لشمول جميع الآثار، و(إثم) وهو خاصٌّ.

فالشافعية وفريقٌ غيرهم يقدرون كلمة: (حكم) فيشمل المرفوعُ جميع الأحكام، والآثار، دنيويةً أو أخرويةً، بمعنى أنه لا إثم، ولا ضمان، ولا

فساد، ولا انعقاد، في هذه الأحوال الثلاث، فإن ثبت حكم دنيوي في بعضها، كوجوب الدية في القتل الخطأ، فهو بدليل آخر يكون مخصّصاً لهذا العموم، وقد استندوا إلى أنّ المتبادر من نصّ الحديث هو نفي الحقيقة، وهو عين الخطأ والنسيان والإكراه، ولما كان ذلك متعذراً، وجب حمل الكلام على أقرب مجاز ملائم، وهو نفي جميع الآثار دنيويةً وأخرويةً.

أما الحنفية ومن معهم؛ فإنهم يقدرون لفظ: (إثم)، فيكون معنى الحديث عندهم: رفع عن الأمة إثم الخطأ... إلخ؛ لأنه هو المجمع على رفعه، وبه تندفع الضرورة، فتقدير ما يعمّ غيره تقدير لغير حاجة، وعلى هذا فجميع الأحكام من ضمان أو صحة أو فساد أو انعقاد لا ترتفع في هذه الحالات الثلاث إلا بدليل آخر^(١).

وقد كان هذا الاختلاف أساساً في تفاوت وجهات النظر في طلاق المكره:

فجمهور الفقهاء، ذهبوا إلى عدم وقوع طلاق المكره، استناداً إلى رفع الحكم الإكراهي الشامل لجميع الآثار، بينما ذهب الحنفية إلى الوقوع، انطلاقاً من تقدير الإثم في النصّ، وهو لا يشمل الآثار الأخرى، بل يعتدّ بها^(٢). وقد أخذت أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الأقطار العربية برأي جمهور الفقهاء، القاضي بعدم الوقوع؛ فقد نصّت المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩م) على أنه:

«لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

(١) انظر: مختصر المنتهى وحواشيه: ١١٥ / ٢، وما بعدها؛ وكشف الأسرار على البزدوي: ٢٣٧ / ٢؛ وأصول السرخسي: ٢٤٨ / ١.

(٢) انظر المغني، لابن قدامة: ١١٨ / ٧ - ١١٩؛ والدسوقي على الشرح الكبير: ٣٦٧ / ٢؛ والهداية: ١٦٧ / ١.

- ١- السكران، والمجنون، والمعتوه، والمكروه، ومن كان فاقداً التمييز من غضب، أو مصيبة مفاجئة، أو كبر، أو مرض.
- ٢- المريض في مرض الموت، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، إذا مات في ذلك المرض، أو تلك الحالة، وترثه زوجته.»

* * *

المطلب الثاني مسالك المتكلمين في التقسيم

لقد سلك الأصوليون من المتكلمين منهجًا خاصًا بهم في تقسيم دلالات النصوص، عمادُه ملاحظة ارتباط الدلالة بصريح اللفظ، ومحلّ النطق، أو عدم ارتباطها به، من أجل ذلك قسّموا دلالة النصّ على المعنى إلى قسمين:

الأول: دلالة المنظوم: وهي دلالة صريح اللفظ على تمام معناه الاصطلاحي، أو على جزئه، وتسمّى دلالة المنطوق، وقد عرّف الأمدئي المنطوق، بأنه: «ما فهم من دلالة اللفظ قطعًا في محل النطق»^(١).

الثاني: دلالة غير المنظوم: وهي دلالة النصّ، لا بصريحه على معنى ما، وعرّفه الأمدئيّ بأنه: «ما دلّالته لا بصريح صيغته ووضعه»^(٢).

وقد قسّموا دلالة غير المنظوم إلى أربعة أنواع؛ ذلك أنّ هذا المدلول لا يخلو: إمّا أن يكون مقصودًا للمتكلّم، أو غير مقصود، فإن كان مقصودًا، فلا يخلو: إمّا أن يتوقف صدق المتكلم أو صحّة الملفوظ به عليه، أو لا يتوقف.

فإن توقف، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف، فلا يخلو: إمّا أن لا يكون مفهومًا في محلّ تناوله اللفظ نطقًا، أو لا؛ فإن كان مفهومًا في محلّ تناوله اللفظ نطقًا، فتسمّى دلالته دلالة التنبية والإيماء،

(١) الإحكام: ٢ / ٩٣.

(٢) المصدر السابق: ٣ / ٩٠.

وإن لم يكن مفهوماً في محلّ تناوله اللفظ نطقاً، تسمّى دلالاته دلالة المفهوم، سواء كان المفهوم موافقاً أو مخالفاً.

أمّا إذا كان مدلوله غير مقصود للمتكلّم، فدلالة اللفظ عليه تسمّى دلالة الإشارة، فالأنواع الأربعة إذاً هي:

١- دلالة الاقتضاء.

٢- دلالة التنبيه والإيماء.

٣- دلالة الإشارة.

٤- دلالة المفهوم^(١).

والتأمل في المباحث المطولة التي عقدها الأصوليون لهذه الدلالات، يتضح أنهم لم يُغفلوا أيّ نوع من أنواع الدلالات التي راعاها الحنفية، وزادوا عليهم اعتبارَ طريق من طرق الدلالة والاعتماد عليه في الاستنباط؛ سمّوه: مفهوم المخالفة، بينما رأى الحنفية - على تفصيل سنبيته - عدم الاعتداد به، وعدم صحة استنباط الأحكام منه، وبنائها عليه^(٢).

وفي هذا يقول البخاري: «واعلم أنّ عامة الأصوليين من أصحاب الشافعي - أي: المتكلمين - قسّموا دلالة اللفظ إلى: منطوق ومفهوم، وقالوا: دلالة المنطوق ما دلّ عليه اللفظ في محلّ النطق، وجعلوا ما سميته: عبارة وإشارة واقتضاء من هذا القبيل، وقالوا: دلالة المفهوم ما دلّ عليه اللفظ لا في محلّ النطق، ثم قسّموا المفهوم إلى مفهوم موافقة، وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق به، ويسمونه فحوى الخطاب أيضاً، وهو الذي سميته: دلالة النص، وإلى مفهوم مخالفة، وهو أن يكون المسكوت

(١) انظر: الإحكام، للآمدي: ٩٠ / ٣؛ والعضد على ابن الحاجب: ١٧١ / ٢ - ١٧٢.

(٢) انظر: مسلم الثبوت: ٤٢٣ / ١.

وقد استندوا فيما رأوه إلى أن المتبادر في الأساليب العربية، والمنطق مع المنطق البياني السليم، هو أن تقييد الحكم بوصف أو شرط أو عدد أو غاية، يدل على إثبات نقيض هذا الحكم عند عدم هذا القيد، وبدون ذلك يكون وجود القيد عبثاً لا فائدة منه، ومعلوم أن كلام المشرع منزّه عن ذلك.

ومما يدل على التبادر أن يعلى بن أمية، قال لعمر بن الخطاب { : «ما بالننا نقصر من الصلاة وقد أمنا، وقد قال الله تعالى: □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ [النساء: ١٠١]؟ فلم ينكر عليه عمر، بل قال: لقد عجبته مما عجبته منه، فسألت النبي ﷺ عن ذلك، فقال لي: «هي صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته»، فيعلى بن أمية، وعمر بن الخطاب - وهما عربيان - فهما أنهم إن لم يخافوا الفتنة، لا يقصرون الصلاة، والرسول ﷺ لم يخطئ عمر في فهمه، بل أقره عليه، وأخبره أن الله تعالى وسّع عليهم في حالة الأمن أيضاً^(١).

وذهب الحنفية إلى أن النص المقيّد بما ذكرناه، لا يدل إلا على ثبوت منطوقه، أمّا الحكم عند فقد القيد فمسكوت عنه، وعلى الفقيه أن يبحث عنه في مظانه، فإذا لم يجده حكم بالبراءة الأصلية.

وقد ردوا على ما استند إليه الجمهور، بأنه ليس مطرداً في كل الأساليب العربية أنه إذا قيّد النص بقيد يفيد نقيض حكمه عند عدم ذلك القيد^(٢).

وزادوا بأن طرق دلالة اللفظ على المعنى محصورة في الأنواع الأربعة السابقة، ونفي حكم المنطوق عن المسكوت لا يعرف بطريق منها، فلا يكون مدلولاً للفظ، ولو جعلناه مدلولاً له لكان هذا إما عن طريق العقل، ولا مجال

(١) انظر: الأحكام، للآمدي: ٣ / ٧١١، والحديث رواه مسلم، انظره بشرح النووي:

٥ / ١٩٦؛ ومشكاة المصابيح: ١ / ٤٢١.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ٢ / ٢٥٦ - ٢٥٧.

□□□□□□□□ [آل عمران: ١٣٠] فاعتبار مفهوم المخالفة في هذا النص، يؤدي إلى أن الربا الخالي عن المضاعفة غير محرّم، لكنّ هذا غيرُ مراد؛ لأن وصف الربا بالأضعاف المضاعفة لم يأت ليكون قيدًا يفيد إثبات الحكم للمنطوق بوجوده، ونقيض الحكم للمسكوت عند عدمه، بل جاء ليصوّر ما كان عليه الواقع في الجاهلية من الزيادة على رأس المال، ومضاعفة هذه الزيادة سنةً بعد سنة، إلى أن يتمّ استئصال مال الغريم، وإحداث الفوارق الكبيرة الجائرة في المجتمع، فهذا القيد يفيد التنفير مما كانوا قد تعارفوه، وجرى تعاملهم به، والتشجيع على من يأتي هذا النوع من التعامل.

ومن ذلك: قوله تعالى: □□□□□□□□ [النساء: ٢٣]، فإن الغالب كونُ الربائب في حجور أزواج أمهاتهن، فقيّد به الحكم لذلك، ولا يختلف الحكم إن لم تكن الربيبية في الحجور^(١).

وبمراعاة هذه الشروط قد يصلّ الجميع في النتيجة إلى حكم واحد، وإن اختلف مسلكهم فيه وطريقهم في الوصول إليه. فالجميع متفقون على أنّ الغنم غير السائمة لا زكاة فيها - غير ما نقل عن الإمام مالك رحمه الله -.

لكنّ القائلين بالمفهوم بنّوا عدم الوجوب على مفهوم المخالفة، أمّا الذين لم يقولوا به، فإنهم بنوا عدم الوجوب على البراءة الأصلية. ومهما يكن من أمر فإنّ وجهة ما ذهب إليه الجمهور من القول بمفهوم المخالفة، مما لا يخفى بالنظرة الفاحصة، والتأمّل الدقيق؛ إذ إن ذلك هو

(١) الإحكام، للأمدى: ٣ / ١٤٤.

الذي ينسجم مع طبيعة اللغة العربية، وما يؤديه الخطابُ فيها من معانٍ ودلالاتٍ.

وإذا كان هنالك موقفٌ للحنفية تجاه الأخذ بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعية، مرجعه التخوُّف من وقوع الخطأ في الأحكام الشرعية نتيجةً لهذا الأخذ، أو الخوف من تحميل نصوص الشرع ما لم تتحمّله، أو لم يكن مقصوداً لها، فإن هذا الموقف لا ينبغي أن يكون موجوداً في نطاق النصوص القانونية، وإن المتتبع لما كتبه شرّاح القانون، ولما اعتمدهُ المؤسسات القضائية والتشريعية، ليجد اعتماداً تاماً على مفهوم المخالفة في تفسير النصوص، أو استنباط الأحكام من ثنائها.

فمن يقرأ نصَّ المادة (٧٨٦) ف (١) من القانون المدني العراقي، لا يسعه إلا أن يستنبط منها حكمين: الأول بمقتضى عبارة النص، والثاني بمقتضى مفهوم المخالفة، ذلك أنه ورد فيها: «إذا انتقلت ملكية المأجور إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه إذا لم يكن له تأريخ ثابت، سابق على التصرف الذي ترتب عليه انتقال الملكية»، فبمفهوم المخالفة يستنبط أن الإيجار الذي له تأريخ ثابت سابق على التصرف الناقل لملكية العين المؤجرة؛ ينفذ في حق المالك الجديد.

ومن ذلك: المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي: إذ نصّت على أنه: «لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار، بعد تسجيلها في دائرة (الطابو)، فبمفهوم المخالفة نحكم بجواز الطعن بالصورية، قبل التسجيل في دائرة السجل العقاري».

ومن ذلك: المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي، إذ نصّت على أنه: «لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك، أو الإرادة، لجنون أو عاهة في العقل، بسبب كونه في حالة سكر، أو تخدير، نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً، أو على غير علم منه بها».

فیدل النصُ بمفهومه المخالف على أنه يسأل مدنيًا، وأنه يسأل جزائيًا
إذا تناول المسكر أو المخدر عالمًا بحقيقته، أو مختارًا لتناوله.
ومثلُ هذا كثير جدًا في نصوص القوانين على اختلاف موضوعاتها.

* * *

المبحث الثالث
في الألفاظ
من حيث ما تشتمل عليه وصفته

تنقسم الألفاظ من حيث ما تشتمل عليه: إلى عامٍ، وخاصٍ، ومشاركٍ، ذلك أن اللفظ، إن وضع لمدلول واحد، أو لكثير محصور، فهو الخاصُّ، وإن وضع لمدلول متعدّد بوضع واحد في سبيل الشمول، والاستغراق، لا الحصر، فهو العامُّ، وإن وضع لكثير بوضع متعدّد، فهو المشترك. وتنقسم من حيث أوصاف ما يشتمل عليه النصُّ إلى: مطلق ومقيد؛ ذلك أن اللفظ إن دلَّ على فرد شائع في جنسه بدون قيد فهو المطلق، وإن دلَّ مع قيد يقلل من شيوعه فهو المقيد. وسنتناول في هذا المبحث الألفاظ والنصوص باعتبار هاتين الحثيتين، في مطلبين: الأول في الخاصِّ والعامِّ والمشارك، والثاني: في المطلق والمقيد.

المطلب الأول الخاص، والعام، والمشارك

أولاً: الخاص:

عرّفه أبو الحسين البصري، بأنّه: «ما وضع لشيء واحد»^(١)، سواءً أكان واحداً بالشخص كمحمد، أم بالنوع كإنسان، أم بالجنس كحيوان، أم بالاعتبار كأسماء الأعداد؛ نحو اثنين وثلاثة وعشرة ومئة، وإنما كان اللفظ الموضوع للجنس أو للنوع من قبيل الخاص - مع أن للجنس أنواعاً عدة، وللنوع أفراداً كثيرين - نظراً إلى الحقيقة التي وضع لها اللفظ، وهي واحدة لا تعدد فيها، وكذلك أسماء الأعداد؛ فإنّ المعنى الموضوع له اللفظ وإن كان متعدداً إلا أنه يعتبر واحداً لكونه محصوراً بدلالة اللفظ نفسه، لا بدلالة شيء آخر.

ولقد رأى بعض الكاتبيين «أن اعتبار أسماء الأعداد من قبيل الواحد لا يخلو من ضعف؛ ذلك لأن الذين جنحوا إلى هذا ذهبوا إلى أنه واحد بالنوع، ولا شك أن الواحد بالنوع كإنسان مثلاً يطلق على كلّ فرد من أفراده بانفراد؛ إذ النوع: هو المقول على كثيرين متّفقين بالحقائق في جواب: ما هو؟»^(٢) وهذا لا يستقيم في الأعداد.

(١) انظر: المعتمد: ١ / ٢٥١.

(٢) انظر: الخبيصي على تهذيب المنطق؛ وانظر: التحقيقات العلمية الأصيلة، للدكتور عمر عبد العزيز في رسالته للدكتوراه، مباحث التخصيص، ص ١٨ - ٢٣.

لذلك فإن المختار تعريفُ الخاصِّ بأنه: «لفظ وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد، أو لكثير محصور»^(١).

• **وحكم اللفظ الخاصّ:** أنه يتناول مدلوله قطعاً، ويدلُّ عليه دلالةً قطعيةً^(٢).

والمراد بالقطع هنا: معناه العامُّ الذي يشمل القطعَ بالمعنى الأخصّ، وهو ما لا يحتمل غيره أبداً، كما في قوله تعالى: □ □ □ □ □ □ [الإسراء: ٢٣]، والقطع بالمعنى الأعم، وهو ما لا يحتمل غيره احتمالاً ناشئاً عن دليل، أما الاحتمال الناشئ عن غير دليل كما في احتمال النصِّ للمجاز مثلاً، فإنه لا يقدر في القطعية؛ لأنه لم ينشأ عن دليل، فلا اعتداد به^(٣).

فأيُّ نصٍّ ورد بلفظ خاصٍّ دلَّ دلالةً قطعيةً على معناه الذي وضع له، ما لم يوجد دليل على صرفه عن معناه وإرادة معنى آخر منه.

فقوله تعالى في كفارة اليمين: □ □ □ □ □ □ [المائدة: ٨٩]، يدلُّ على وجوب صوم الثلاثة دون زيادةٍ أو نقصان؛ لأنَّ لفظ الثلاثة خاصٌّ، فيكون حجةً قطعيةً فيما دلَّ عليه، وقوله تعالى: □ □ □ □ □ □ من الخاصِّ، وهو قطعيٌّ وإن كان هناك احتمال المجاز، لكنَّه لما كان بلا دليل فكأنه لم يكن. وقول النبي ﷺ: «في كل أربعين شاةً شاةً»^(٤)، يدلُّ دلالةً قطعيةً على

(١) انظر: التوضيح: ١ / ٣٣.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٧٩؛ وشرح المنار: ١ / ٢٠؛ وأصول السرخسي: ١ / ١٢٨.

(٣) انظر: في بيان أقوال الأصوليين في هذا: التلويح: ١ / ٤٠؛ ومسلم الثبوت: ١ / ١٦٥؛ ومباحث التخصيص، ص ٥ - ١٨.

(٤) من حديث طويل، رواه البخاري وغيره، انظر: مشكاة المصابيح: ١ / ٥٦٥ - ٥٦٧.

تقدير نصاب الزكاة في الغنم بأربعين، وعلى تقدير الواجب بواحدة من غير احتمال زيادة ولا نقصان في التقديرين؛ لأنه من قبيل الخاصّ.
ولقد وجدنا بعض الفقهاء يتّخذون من قطعية الخاصّ في الدلالة سنداً يؤيدون به وجهة نظرهم في بعض المسائل الخلافية، ويبطلون ما ذهب إليه مخالفوهم.

مثال ذلك: ما وقع من خلاف في عدّة المطلقة الحائل، إذا كانت من ذوات الحيض، بناءً على الاختلاف في المراد من القروء الوارد في الآية: □ □ □ □ □ [البقرة: ٢٢٨].

فالحنفية ذهبوا إلى أن المراد من القروء: الحيضات، والجمهور ذهبوا إلى أن المراد من القروء: الأطهار^(١).
وقد استدلل الحنفية على ما ذهبوا إليه - في جملة أدلتهم - بقاعدة قطعية الخاصّ في الدلالة، ذلك أنّ (ثلاثة) في الآية خاصّ، والوفاء بمقتضاه يحملنا على إرادة الحيض من القروء؛ لأن الطلاق المشروع هو ما يكون في الطهر، فإذا اعتدّت بالحيضات تنتهي عدّتها بانتهاء الحيضة الثالثة، فتكون قد اعتدّت بثلاثة قروء كاملة بلا زيادة ولا نقصان، وهذا هو الموافق لموجب دلالة الخاصّ، أما إذا أريد من القروء الطهر كما ذهب إليه الفريق الآخر، فإنه لا يخلو الأمر: إما أن يحتسب الطهر الذي وقع فيه الطلاق من العدة، أم لا، وكلا الحالين يؤدي إلى مخالفة موجب الخاصّ، إذ على التقدير الأول تكون العدة طهرين وبعضاً، فيحصل نقص عن الثلاثة، وعلى التقدير الثاني تكون العدة ثلاثة أطهار وبعضاً، فتزيد عن الثلاثة، إلى غير ذلك من الأمثلة التي ذكرها البزدوي، وغيره من الأصوليين^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٣ / ١٩٣؛ والمغني، لابن قدامة: ٧ / ٤٥٢؛ والمهذب: ٢ / ١٤٣.

(٢) انظر: أصوله مع كشف الأسرار: ١ / ٨٠ - ٩٩؛ والتوضيح: ١ / ٣٥، وما بعدها؛ وانظر: مباحث التخصيص، للدكتور عمر عبد العزيز، ص ٢٤، وما بعدها.

ثانيًا: العام:

عرّفه الأصوليون، بأنه: «كلمة تستغرق الصالح لها بلا حصر»^(١)، أو هو: «اللفظ الذي وضع وضعًا واحدًا لكثير غير محصور، على سبيل الاستغراق»^(٢).

فخرج المشترك بقيد: «كون الوضع واحدًا» لكون الوضع متعددًا فيه، وكذلك النكرات؛ نحو: رجل، فإنه عامٌّ على البدل، غيرٌ عامٌّ على الجمع، فلا يتناوله حدُّ العامِّ^(٣).

وخرج الخاصُّ بقيد: «لكثير»؛ لكونه وضع لمعنى واحد، لا لكثير. وخرج العدد بقيد: «غير محصور» فإن المئة مثلاً وضعت وضعًا واحدًا لكثير، وهي تستغرق جميع ما يصلح لها، إلا أن هذا الكثير محصور. ومعنى الاستغراق أن يتناول بحسب الدلالة ما يمكن أن يقيدته دفعة، بحيث لا يخرج عما يقيدته شيء، بل يندرج تحته كلُّ ما يصدق عليه من المعاني^(٤).

ويراد بكون المعنى غيرَ محصور: أن لا يدلَّ اللفظ بنفسه على الحصر، بصرف النظر عن كون أفراده في نفس الأمور محصورين، فالسموات مثلاً: لفظ عام بالاتِّفاق، مع أنَّ أفراده محصورة في عدد معين، لكنَّ هذا الانحصار كان بدلالة الواقع، ولم يكن من نفس اللفظ، والعبارة في العموم لنفس اللفظ.

(١) انظر: أصول البيدوي: ١ / ٣٣؛ وجمع الجوامع: ١ / ٤٥٥.

(٢) انظر: أستاذنا المرحوم أبو زهرة، ص ١٤٩؛ وسلم الوصول، ص ١٤٥.

(٣) انظر: المعتمد: ١ / ٢٠٤.

(٤) يراد هنا: الاستغراق اللغوي، لا المرادف للفظ العام، فيندفع ما قد يرد من أنه تعريف الشيء بما يرادفه، انظر: جمع الجوامع: ١ / ٤٥٦.

ز- لفظ (كل) و(جميع): فإنهما يدلّان على العموم لغةً بنفسيهما، فيما يدخلان عليه^(١).

هذا، وإن صيغ العموم هي الغالبة والشائعة في الصياغة القانونية: ذلك أن من خصائص القاعدة القانونية، أن تكون عامةً تسري على جميع المخاطبين بها، فهي لا توضع لتسري على شخص بعينه، ولا على واقعة بعينها^(٢).

٢- حكم العام:

إذا ورد لفظٌ عامٌّ في نصوص الشريعة، ولم يَقم دليل على وجود مخصّص له، فإنّ علماء الأصول اختلفوا في حكمه، أي: في صفة دلالاته على ما يشتمل عليه، أهى دلالة قطعية أم ظنية؟.

فذهب جمهورُ الأصوليين إلى أن دلالة العام على جميع أفرادهِ ظنية، وذهب أكثر الحنفية إلى أنها قطعية^(٣).

استدلّ الجمهور بأن أكثر ما ورد من ألفاظ العموم في النصوص التشريعية أريد به بعض أفرادهِ، حتّى أصبح في حكم المثل قولهم: «ما من عامٍ إلا وقد خُصّص»، فإذا كان كلُّ لفظ عامٍ يحتمل التخصيص، وإن هذا الاحتمال شائع وكثير، فإنه لا مساعٍ للقول: إن دلالة العام على جميع أفرادهِ قطعية، ذلك أن القطعية لا تكون إلا إذا خلت الألفاظ العامة من احتمال التخصيص، لكنّ خلّوها من هذا الاحتمال باطل^(٤)؛ لقيام الاستقراء اللغوي

(١) انظر: أصول البزدوي: ٩ / ٢، والتوضيح: ٦٠ / ١.

(٢) انظر: مذكرتنا في المدخل لدراسة القانون والشريعة، ص ٨.

(٣) انظر: أصول البزدوي: ١ / ٢٩٤؛ والمواقفات: ٣ / ١٤٩؛ وجمع الجوامع: ١ / ٤٦٤؛

ومسلم الثبوت: ١ / ٢٦٦.

(٤) انظر: التقرير على التحرير: ١ / ٢٣٨.

على أن التخصيص يدخل كثيراً على ألفاظ العموم، فبطل المدعى، وثبت نقيضه.

واستدل الحنفية بأن اللفظ العام وضع لغة لكثير غير محصور، فإذا أطلق هذا اللفظ دل على جميع الأفراد قطعاً، بكون العموم حقيقته، فيكون ثابتاً به قطعاً؛ لأن حقيقة الشيء ثابتة بثبوته قطعاً، ما لم يتم الدليل على خلافها. فصيغة العام لا تتصرف عن العموم إلا بدليل، ولا دليل هنا؛ لأننا بصدد العام المجرد عن القرائن، ونظير هذا: اللفظ الخاص، فإن ما وضع له يثبت به على وجه القطع، ولا ينصرف إلى المجاز إلا عند قيام الدليل على ذلك^(١).

فقول الله تعالى: □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ [البقرة: ٢٣٤] يعم كل من يتوفى عنها زوجها، ويدل عليه قطعاً، سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده، وسواء كانت حاملاً أم غير حامل، فإذا قام مخصص لهذا العموم كانت دلالته على الباقي ظنية، ولم يعتبروا الاستقراء أو احتمال التخصيص دليلاً يقدح في القطعية.

ومن يستعرض الأدلة التفصيلية لكل من الفريقين ويناقشها؛ يترجح له ما ذهب إليه الجمهور من كون دلالة العام ظنية؛ لأن كثرة تخصيص العمومات قائمة وقوية، ولهذا ذهب بعض العلماء إلى المنع من العمل بالعام قبل البحث عن المخصص^(٢).

ثم إن الحنفية اتفقوا مع الجمهور على ظنية دلالة العام المخصوص على بقية أفرادها، وما ذلك إلا لاحتمال تخصيصه مرة أخرى، فإذا كان هذا

(١) انظر: السرخسي: ١/ ١٣٧؛ والتوضيح: ١/ ٤٠.

(٢) انظر: مباحث التخصيص، ص ١٥؛ والإسنوي على المنهاج: ٢/ ٩٢؛ وشرح التحرير: ٢/ ٢٠٩.

الاحتمال مؤدّيًا إلى ظنيته، فليكن الاحتمال في العام الذي لم يخصّ مؤدّيًا إلى ظنيته أيضًا، وإذا صلح تخصيصُ عامٍ معينٍ دليلاً ينشأ عنه احتمال تخصيصه مرّةً أخرى، فلتصلح كثرةُ تخصيصِ العمومات دليلاً ينشأ عنه احتمال تخصيص كلِّ عامٍ^(١).

٣- ثمره الخلاف في دلالة العام:

يترتب على اختلاف الحنفية والجمهور في أن دلالة العام قطعية أو ظنية: اختلافهم في أمرين؛ لهما أهمية كبيرة في استنباط الأحكام:

الأول: الحكم بالتعارض بين العام والخاص إذا اختلف حكمهما؛ بأن يوجد نصان أحدهما عام والآخر خاص، ودل كل منهما على حكم في مسألة معينة يخالف ما دل عليه الآخر:

فالحنفية يحكمون بالتعارض بين النصين؛ لتساويهما في القوة، لأن كلاً منهما قطعيّ الدلالة على معناه الموضوع له عندهم.

والجمهور لا يحكمون بالتعارض بينهما؛ لعدم التساوي، فالعام ظنيّ الدلالة، والخاص قطعيّهما، ولا تعارض بين القطعيّ والظنيّ، بل يعمل بالخاص لكونه أقوى من العام في الدلالة.

الثاني: تخصيص اللفظ العام الوارد في الكتاب أو في السنة، متواترة أو مشهورة، بخبر الواحد أو القياس:

فالحنفية لا يجيزون هذا التخصيص إذا كان أول تخصيص؛ لأنّ خبر الواحد ظنيّ الثبوت، والقياس ظنيّ الدلالة، والظني لا يقوى على تخصيص القطعيّ، فلا يترك المقطوع بالمظنون^(٢).

ولكنهم أجازوه إذا لم يكن أول تخصيص، فإن خصص العام بقطعيّ

(١) مباحث التخصيص، ص ١٥.

(٢) انظر: الإسنوي: ١/ ١٢٣؛ والشيخ بخيت على نهاية السؤل: ٢/ ٤٦.

جاز تخصيصه مرةً أخرى بدليل ظني؛ إذ بالتخصيص الأول أصبحت دلالاته على الباقي من أفرادها ظنيةً لا قطعيةً، كما في تخصيص آية الزانية والزاني بآية تنصيف الحدّ على الأمة، فقيس عليها العبدُ في التنصيف. أمّا الجمهورُ فقد جُوزوا هذا التخصيص مطلقاً؛ لأنّ كلاً من عامّ القرآن والسنة المتواترة، وخاصّ خبر الواحد والقياس: قطعياً من جهة، ظنيّاً من جهة^(١).

ولقد كان لهذا الاختلاف أثرٌ كبيرٌ في كثير من الفروع الفقهية، ونكتفي هنا بذكر مثالٍ لكلٍ من هذين الأمرين، ليتبين منهاجُ الأصوليين في هذا الموضوع:

الأول: اختلاف الجمهور والحنفية في اشتراط النصاب لتجب الزكاة فيما تخرجه الأرض.

فذهب الجمهور إلى اشتراطه، وقدّروه بخمسة أوسق، فإذا لم يبلغ ما تنبته الأرض هذا المقدار لم تجب فيه زكاة^(٢). وذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط، وأن الزكاة تجب في ما تنبته الأرض، قليلاً أو كثيراً^(٣).

ومنشأ هذا الاختلاف ورود حديثين أحدهما عامٌّ والآخر خاصٌّ: أما العامُّ فهو ما روي عن النبي ﷺ: أنه قال: «ما سقته السماء ففيه العشر»^(٤)، وواضح أنه بعمومه يتناول ما تنبته الأرض، بصرف النظر عن مقداره.

(١) انظر: مسلم الثبوت: ١ / ٣٥٠؛ والإحكام: ٢ / ٤٧٢؛ والمختصر، لابن الحاجب: ٢ / ١٤٩.

(٢) المهذب: ١ / ١٥٤؛ والمغني، لابن قدامة: ٢ / ٦٩١.

(٣) بدائع الصنائع: ٢ / ٥٩؛ وفتح القدير: ٢ / ٣.

(٤) الأم: ٧ / ١٨٠؛ ونيل الأوطار: ٤ / ١٤؛ ونصب الرأية: ٢ / ٣٨٥.

وأما الخاصُّ فهو قول النبي ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»^(١).

فنظرًا لما هو الأصل عند الجمهور من تخصيص العام بالخاص، وبناءً عليه مطلقًا عند ورودهما، وتقديم الخاصِّ قطعياً الدلالة على العامِّ ظنيّ الدلالة، ذهبوا إلى تخصيص الحديث العام بحديث الأوسق الخاص، فلم يوجبوا الزكاة فيما لم يبلغ النصاب عملاً بالحديث الثاني.

وأما الحنفية فنظرًا لما هو الأصل عندهم، من قطعية العام ومساواته للخاص في هذه القطعية؛ فإنهم لم يخصّصوا حديث: «ما سقته السماء...» بحديث الأوسق، ونظرًا لعدم معرفة المتقدم والمتأخر منهما فقد اعتبروا العامِّ متأخرًا احتياطًا، وجعلوه ناسخًا للخاص، فلم يشترطوا النصاب، بل أوجبوا العشرَ فيما أخرجته الأرض؛ سواء كان قليلاً أو كثيرًا، فهذا أحوط في تبرئة الذمّة، وأوفى بمصلحة ذوي الحاجة والمستحقين^(٢).

الثاني: اختلف الجمهور والحنفية في حلِّ ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عمدًا:

فذهب الحنفية إلى حرمة الأكل من ذبيحة المسلم إذا تعمد ترك التسمية. وذهب الجمهور إلى حلِّ الأكل من هذه الذبيحة.

ومنشأ الخلاف ورود آية وحديث في الموضوع، أما الآية فقوله تعالى:

□ □ □ □ □ □ □ □ [الأنعام: ١٢١]، وأما الحديث فقول النبي ﷺ:

«المسلم يذبح على اسم الله سمّى أو لم يسمّ»^(٣).

(١) نيل الأوطار: ٤ / ١٤٣.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٢٩٨؛ والقرطبي: ٧ / ١٠٠؛ والنووي على صحيح مسلم: ٧ / ١٥٤.

(٣) انظر: تلخيص الحبير: ٤ / ١٣٧؛ والدراية: ٢ / ٢٠٦؛ وأسباب اختلاف الفقهاء، للشيخ الخفيف، ص ١٣٩.

فعمل الحنفيةُ بعموم الآية ولم يخصّصوه بالحديث، لأنَّ الآيةَ قطعية، والحديثُ آحاديٌّ ظنيٌّ، والظنيُّ لا يعارض القطعيَّ فلا يخصّصه. أما الجمهور فرأوا أن الحديثَ يخصّص الآية؛ لأنها وإن كانت قطعيةً الثبوت، إلّا أنها ظنيةٌ الدلالة، فجاز أن تخصّص بما هو ظنيٌّ، فالاعتبار هنا للدلالة، إذ منها تُستنبط الأحكام^(١).

٤- تخصيص العام:

يراد بالتخصيص: أن يصرف العام عن عمومته، ويراد بعض ما يشمله من أفراد، بدليل اقتضى ذلك، وقد عزّفه البصريُّ بأنه: «إخراج بعض ما تناوله الخطاب...»^(٢).

ولم يخالف في جوازه إلا شواذٌ، حكى مذهبهم الأمدئيُّ وغيره، وعرض استدلالهم، وردّ عليهم معتمدهم فيما ذهبوا إليه^(٣).

وإذا كان هناك اتّفاق على جواز التخصيص بدليل يقتضي أن يصرف العام عن عمومته إلى إرادة بعض ما يشمله، فإنّ خلافًا وقع بين الأصوليين في دليل التخصيص:

أ- مذهب الجمهور:

ذهب الجمهورُ إلى جوازه مطلقًا، أي بأيّ دليل، سواء أكان الدليلُ مستقلاً أم غيرَ مستقل، وسواء أكان متصلاً بالعام في الذكر، أم منفصلاً، ومتراخياً عنه.

(١) انظر: أصول البيهقي: ١ / ٢٩٤؛ وتفسير ابن كثير: ٢ / ١٦٩.

(٢) انظر: المعتمد: ١ / ٢٩٤؛ والأمدئي: ٢ / ٤٠٧؛ وابن الحاجب: ٢ / ١٢٩؛ وإرشاد الفحول، ص ١٢٥، وكشف الأسرار: ١ / ٣٠٦؛ وجمع الجوامع: ٢ / ٩٤؛ ومسلم الثبوت: ١ / ٣٠١.

(٣) الإحكام: ٢ / ٤١١؛ والبدخشي على المنهاج: ٢ / ٩٤؛ ومسلم الثبوت: ١ / ٣٠١.

وبهذا الإطلاق عند الجمهور يتضح أن المخصّص: إما منفصل، أو متصل.

الأول: المخصّص المنفصل:

هو ما يستقل بنفسه، أي يدلّ على المراد استقلالاً، دون أن يفتقر إلى ذكر لعامٍ معه، لعدم تعلّق معناه به^(١)، وهو أنواع أربعة: العقل، والحس، والعرف، والنص.

أ- دليل العقل: ويرد في كل نصّ ورد فيه الخطاب بتكاليف على سبيل العموم، مثل: قوله تعالى: □□□ □□□ [المائدة: ١]، وقوله: □□□□ □□□ [البقرة: ١٨٥]، فالخطاب بالوفاء بالعقود وبالصوم للعموم، إلا أن العقل يدلّ على إخراج من ليس أهلاً للتكاليف، كالصبي والمجنون، ومثل ذلك جميع القواعد القانونية التي تخاطب الكافة بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل، فإن العقل يخصّص عمومها بإخراج من ليس أهلاً للتكليف.

ب- دليل الحس: فحيثُ يشهد الحسُّ؛ من ذوق أو بصر أو لمس أو سمع، باختصاص العامِّ ببعض ما يشتمل عليه، كان ذلك مخصّصاً للعموم، مثاله: قوله تعالى: □□□□ □□□□ [النمل: ٢٣]، فإنّ كلّ شيء عامٌّ لكنّ البصر شهد أن أشياء كثيرةً لم تندرج تحت هذا العام، فكان البصر مخصّصاً لعموم هذا النصّ.

وقد عبّر عن هذا الإمام الغزاليّ بقوله: «فأما ما كان في يد سليمان: لم يكن في يدها؛ وهو شيء»^(٢).

ج- دليل العرف: والعرف إما قوليّ أو عمليّ.

(١) انظر: الرسالة، ص ١٨٤.

(٢) انظر: المستصفى: ٢/ ٩٩.

فالقولي: أن يتعارف قومٌ إطلاقَ لفظ المعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى، والمعنى الذي يتعارف القوم إطلاقَ اللفظ له واستعماله فيه هو جزء من تمام مدلول اللفظ اللغوي، وانصرافه عند الإطلاق إلى هذا المعنى لا يحتاج إلى قرينة، وذلك مثل: استعمال الدراهم في النقد الغالب، وإطلاقها عليه، فإذا ذكر لفظ الدراهم في عقد، انصرف إلى هذا الغالب، لا إلى العموم؛ حملاً للفظ على المعنى العرفي، وتخصيصاً للعام به^(١)، وقد اتفق الأصوليون على تخصيص العام بالعرف القولي^(٢).

أما العملي: فقد اختلف الأصوليون في تخصيص العام به: فذهب الحنفية، وجمهور المالكية، والحنابلة، إلى التخصيص به^(٣)، بحيث يحمل العام على ما يقضي به العرف. وذهب الجمهور ومعهم القرافي من المالكية إلى المنع من هذا التخصيص.

ومن استعراض المناقشات في هذا الخصوص يتضح أن الفقهاء والأصوليين يفرقون بين نصوص الشارع وألفاظ الناس في عقودهم وتصرفاتهم.

ففيما يتعلّق بنصوص الشارع العامة، فإنّ العرف يكون مخصّصاً لها إذا كان موجوداً وقت ورود النصوص، أما العرف الذي وُجد بعد ذلك؛ فإنه في الرأي الراجح لا يكون مخصّصاً إلا إذا كان عرفاً عاماً، وأمكن رده إلى أصل من الأصول الشرعية المعتمدة؛ كالإجماع السكوتي، والسنة التقريرية^(٤).

(١) انظر: نهاية السؤل: ٢ / ٤٦٩؛ والتقرير والتحبير: ١ / ٢٨٢؛ ونشر العرف، للشيخ أبو سنة، ص ١٨؛ ومباحث التخصيص، ص ٣٤٢.

(٢) انظر: مسلم الثبوت: ١ / ٢٨٢؛ ومصادر التشريع الإسلامي، ص ٣٥٢.

(٣) انظر: التقرير والتحبير: ١ / ٢٨٢؛ والمواقفات: ٣ / ١٥١؛ والمسودة، ص ١٢٥.

(٤) انظر: الإسئوي على المنهاج: ٢ / ٤٦٩؛ والمختصر: ٢ / ١٥٢؛ والفروق: ١ / ١٧٣؛ وراجع: في مناقشة الأدلة التي استند إليها كل فريق: مباحث التخصيص، ص ٣٤٤.

والشرط إما عقلياً أو شرعياً أو عاديّاً أو لغويّاً، والمقصود هنا هو الشرط اللغوي؛ لكونه هو المخصص، حيث إنه يخرج ما لولاه لدخل لغة^(١).

مثال ذلك: قوله تعالى: □□□ □□□□□□□□□□ [النساء: ١٢]، فاستحقاق الأزواج للنصف مشروط بعدم وجود ولد للزوجة.

ومن ذلك قوله تعالى: □□□ □□□□□□□□□□ [البقرة: ٢٣٣].

هذا، وقد أفاض الأصوليون بذكر تقسيمات الشرط، باعتبار وجوده، ومن حيث اتحاده وتعدده، كل ذلك سعياً وراء الحكم ووقت تحققه؛ لأن وجود المشروط متوقف على تحقيق الشرط، وقد يثور خلاف في تحقيق المشروط إذا كان الشرط متعدداً أو تدريجياً الوجود، فيترتب عليه الخلاف في الحكم؛ لأنه ثمرته، فحسم الأصوليون هذا الخلاف، وأطالوا ببيان هذه الحالات؛ ليكون تعامل الناس في منجاة عن الاضطراب والتنازع^(٢).

ج- الصفة: ويقصد بها الصفة المعنوية؛ لأن الأصوليين لا يريدون بها النعت النحوي فقط، بل يريدون مطلق التعليق بلفظ آخر، ليس بشرط، ولا عدد، ولا غاية، سواءً أكانت هذه الصفة نعتاً نحويّاً، كما في الحديث: في الغنم السائمة زكاة، أو مضافاً، مثل: في سائمة الغنم زكاة، أو غيرهما. والصفة تقصر العام على بعض أفرادها، وهو الذي تتحقق فيه الصفة، أما

= وانظر: مباحث التخصيص، ص ٢٥٧، فقد اختار الدكتور عمر أن يعرفه بأنه: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود، وكان خارجاً عن الماهية، ليتفادى بذلك الاعتراضات التي أثيرت على تعاريف القدماء.

(١) انظر: الإحكام: ٢ / ٤٥٤.

(٢) انظر: المختصر: ٢ / ١٤٥؛ والتقرير والتحبير: ١ / ٢٤٩؛ والبناني على جمع الجوامع:

٢ / ٥٠.

فالخارج من العام بالتخصيص لم يدخل فيه ابتداءً، والخارج منه بالنسخ دخل فيه ابتداءً ثم خرج.

وفرّقوا بينهما أيضاً بأن دلالة العام الذي دخله النسخ الجزئي على الباقي قطعية، أما العام الذي دخله التخصيص فإن دلالاته على الباقي ظنية؛ لاحتمال المخصّص الثاني^(١).

فإن لم يُعلم تأخر الخاص عن العام، ولا مقارنته له، وقع التعارض بينهما، فيعمل بالراجح منهما، فإن لم يعثر على مرجح تساقطاً، فلا يعمل بهما في القدر الذي تناوله الخاص^(٢).

أمّا الدليل غير المستقل؛ كالاستثناء، والشرط، والغاية، والصفة، وبدل البعض، إذا جاء بعد العام؛ فإن الحنفية لا يسمونه تخصيصاً، بل قصرًا، وذلك لانتفاء الاستقلال عن جملة العام، فكأن العام لم يرد به العموم من أول الأمر، بل كان من باب المجاز لاستعماله في غير ما وضع له.

وقد رتبوا على ذلك أصلهم، وهو أن تقييد العام باستثناء، أو وصف، أو شرط، لا يدل على حكم مخالف عند انعدام ذلك القيد، بل لا بد من البحث عن دليل لحكم حالات انتفاء القيد، وهذا الأصل مرتبط بموقف الحنفية من مفهوم المخالفة، قال صاحب (التحريم): «التخصيص بالشرط، والغاية، والصفة، إنما هو عند القائلين بمفهوم المخالفة، وأما غيرهم فلا يقولون بالتخصيص، قلنا: التخصيص بمعنى القصر اتفاقاً، وإنما الاختلاف في إثبات النقيض»^(٣).

(١) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٣٠٧؛ والتلويح على التوضيح: ١ / ٤٤ - ٤٥.

(٢) انظر: التلويح على التوضيح: ١ / ٤١.

(٣) انظر: أصول الجصاص، ص ٤٩؛ والنبد، ص ٥٢؛ والتحرير مع شرحه: ٢ / ٢٥٣.

ثالثاً: المشترك:

هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر^(١).

وعرّفه سعد الدين التفتازانيّ بأنه: «ما وضع لمعنى كثيرٍ بوضع كثيرٍ»،
وبيّن أنّ معنى الكثرة ما يقابل الوحدة، لا ما يقابل القلّة، فيدخل فيه المشترك
بين المعنيين فقط^(٢).

مثال ذلك: لفظُ القرء؛ فإنه يطلق على الطهر، وعلى الحيض، وقد
وضع لكلٍ منهما بوضعٍ مستقلّ.

ولفظ المولى، فإنه يطلق على السيد، وعلى العبد، وقد وضع لكلٍ
منهما بوضعٍ مستقلّ.

ولفظ العين: فإنه يطلق على الباصرة، والجاسوس، ومنبع الماء،
والمال الناصّ، وقد وضع لكلٍ معنى من هذه المعاني بوضع على حدة.

ومرجع ظهور المشترك والمترادف هو ما تمتاز به لغتنا من غنى في
وجوه دلالات الألفاظ على المعاني، وثراء في أساليب الخطاب وإطلاق
الأسماء على مسمياتها، ومرونة في إطلاق اللفظ على المعنى لمناسبة، فتوجد
تلك المناسبة أو جزء منها أو ملابسها، فيطلق ذلك اللفظ على معنى آخر.

وقد تناول بعض الباحثين الأسباب التي أدت إلى وجود المشترك،

وأهمّها ما يلي:

١- تعدّد القبائل والأمصار العربية؛ فقد يصطلح أهل ناحية على إطلاق

لفظ على معنى، ويصطلح أهل ناحية أخرى على إطلاق ذلك اللفظ على معنى

(١) انظر: الإسنوي على المنهاج: ١ / ٢٢٤.

(٢) انظر: التلويح مع التوضيح: ١ / ٣٢؛ وانظر: البرزوي، فقد زاد قيوداً في التعريف لا

حاجة إليها، كشف الأسرار: ١ / ٣٨.

آخر، وبعد الاطلاع على مدونات اللغويين يتضح: أن اللفظ قد استعمل في أكثر من معنى^(١).

٢- أن يستعمل اللفظ في غير معناه الحقيقي مجازاً، لوجود علاقة بين المعنيين، ويشتهر المعنى المجازي للفظ، وينسى التجوُّز مع الزمن، وينقله اللغويون على أنه حقيقة في المعنيين لا على أن الأول حقيقة، والثاني مجاز^(٢).

٣- أن ينقل من المعنى الذي وضع له في أصل الاستعمال إلى معنى اصطلاحي، فيكون حقيقة لغوية في الأول، حقيقة عرفية في الثاني.

٤- أن يكون اللفظ في أصل الاستعمال موضوعاً لمعنى، ثم يتعدّد إطلاق هذا اللفظ على معنيين فأكثر، بينهما قدر مشترك من المعنى الذي كان مراداً من اللفظ في أصل الاستعمال، إلا أن هذا القدر المشترك قد غفل عنه أهل اللغة بتوالي الأجيال والقرون.

مثال ذلك: القرء، فإنه أطلق في الأصل على الوقت المعلوم، يقال: هبت الريح لقرئها وقارئها، أي: لوقتها، ومعلوم أن للحيض وقتاً، وللظهر وقتاً، فأطلق لفظ القرء على كليّ منهما، ثم وضع القرء للحيض والظهر وضعاً متعدداً؛ فكان من المشترك^(٣).

• **حكم المشترك:** قرّر علماء الأصول: أن الاشتراك خلاف الأصل، وقد بيّن الإمام الرازي المقصود بالمخالفة للأصل، بقوله: ونعني به أن اللفظ

(١) انظر: مفتاح الوصول، ص ٤٤.

(٢) انظر: كشف الأسرار: ١ / ٣٩.

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن: ٣ / ١١٣؛ وأصول الفقه، لأستاذنا الشيخ أبو زهرة، ص

متى دار بين احتمال الاشتراك والانفراد، كان الغالب على الظنّ هو الانفراد،
واحتمال الاشتراك مرجوح^(١).

(١) انظر: الإسنوي على المنهاج: ٢٨ / ١.

استعملت فيهما دفعة واحدة، ومعلوم أن الصادر عن الله تعالى هو المغفرة، وعن الملائكة الاستغفار لا المغفرة^(١).

وذهب الحنفية إلى أن المشترك لا يستعمل في كل معانيه؛ لأنه وضع لكل معنى من معانيه بوضع خاص، فلا يراد منه المجموع حقيقة؛ لأنه لم يوضع له، ولو كان موضوعاً له لكان عاماً لا مشتركاً، كما لا يراد مجازاً لما يستلزمه من الجمع بين الحقيقة والمجاز في إطلاق واحد، وهو لا يجوز^(٢).

وذهب بعض علماء الحنفية إلى أنه يجوز أن يراد بالمشترك معناه أو معانيه، في النفي دون الإثبات، جاء هذا فيما قرره المرغيناني، إذ قال: ومن أوصى لمواليه، وله موالٍ أعتقهم، وموالٍ أعتقوه، فالوصية باطلة، ثم بين مستنده في الحكم، فقال: «لأنَّ الجهة مختلفة... فصار مشتركاً، فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان، حيث يتناول الأعلى والأسفل؛ لأنه مقام النفي، ولا تنافي فيه»^(٣)، وإنما حكم ببطلان الوصية؛ لأنَّ لفظ المولى مشترك بين المعتق والعتيق، فيحتمل أن يراد المولى الأعلى (وهو الذي وقع منه العتق)، ويحتمل أن يراد الأسفل (وهو الذي وقع عليه العتق)، ولا يصح أن يكون كلٌّ منهما مراداً؛ لأنَّ المشترك وارد في الإثبات، وهو في هذه الحالة لا يفيد كلَّ معانيه، بل يراد واحد من معانيه فقط، ولما كان الموصي قد مات ولم يعين الموصى له، وقعت الجهالة في الموصى له، والوصية للمجهول باطلة^(٤).

وقد رأى بعض الباحثين أن من أمثلة المشترك كلمة □ في قوله تعالى:

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

(١) انظر: الإسنوي: ١ / ٢٣٦.

(٢) انظر: التلويح مع التوضيح: ١ / ٦٦ - ٦٧؛ وكشف الأسرار: ١ / ٤٠.

(٣) انظر: الهداية: ٤ / ١٨٥ - ١٨٦؛ والتلويح مع التوضيح: ١ / ٦٧.

(٤) انظر: العناية على الهداية، للبابرتي: ٨ / ٢٤٧.

المطلب الثاني المطلق والمقيد

من يستعرض نصوص الكتاب والسنة، أو الألفاظ التي استعملها واضعو القوانين والأنظمة: يجد أن اللفظ قد يردُّ مطلقاً من أي يد، فيكون مدلوله فرداً شائعاً في جنسه؛ لأنه يدلُّ على الماهية من حيث هي، بصرف النظر عن الوحدة أو الجمع أو الوصف، وقد يردُّ مقيداً بوصف، أو شرط، أو نحوهما، فيكون مدلوله محدود الشئوع، قاصراً على بعض أنواعه، وكثيراً ما يردُّ اللفظ مطلقاً، ثم يستعمل في موطن آخر مقيداً، مما يقتضي البحث في صواب حمل المطلق على المقيد أو عدم صوابه.

وقد عني أسلافنا بالكشف عن جوانب هذه الموضوعات؛ لما لها من أثر بالغ الأهمية في استنباط الأحكام من النصوص، وسنعرض بإيجاز آراء الأصوليين في المطلق والمقيد، ومواطن الاتفاق والافتراق في حمل المطلق على المقيد.
أولاً: المطلق:

هو لفظ خاصٌ يدلُّ على فرد شائع في جنسه، بدون قيد يقلل من هذا الشئوع^(١)، مثال ذلك: لفظ □□ في قوله تعالى: □□ □□ □□ □□ □□ [المجادلة: ٣]، ف □□ لفظ خاصٌ مطلق، إذ إنه تناول واحداً

(١) انظر: الأحكام، للآمدي: ٣ / ٢، وأصول الفقه، لأستاذنا الشيخ أبو زهرة، ص ١٦٢؛ ومصادر التشريع الإسلامي، ص ٣٩٦.

