

الوجيز

في أصول استنباط الأحكام

في
الشرعية الإسلامية

الجزء الثاني

تأليف

الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرور

رئيسة قسم

صاحب القسم

شيخ محمد صالح الفرور

رحمته الله تعالى

دار البشائر

الفرج جبريل
في أصول استنباط الأحكام
في
الشريعة الإسلامية

الجزء الثاني

تأليف
الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

رَاجَعَهُ وَقَدَّمَ لَهُ
صَاحِبُ الْفَضِيلَةِ الْعَلَامَةُ الْجَلِيلُ الْأَسْتَاذُ
الْشَيْخُ مُحَمَّدُ صَالِحُ الْفَرْفُورُ
رحمه الله تعالى

الباب الأول الحكم

الفصل الأول الحاكم وما يتعلق به

252 - تمهيد

لا خلاف بين المسلمين جميعاً بشئ مذهبهم وطوائفهم في أن الحاكم مصدر التشريع هو الله عز وجل ، ولكن مَنْ هو الحاكم بالحسن والقبح ؟
انقسم المسلمون في هذا المبحث إلى فريقين : أهل الاعتزال ، وأهل السنة .

آ - فقال أهل الاعتزال - الذين سمّوا أنفسهم أهل العدل والتوحيد - إن العقل حاكم بالحسن والقبح وموجب للعلم بهما بطريق التوليد - بأن يولد العقل العلم بالنتيجة عقيب النظر الصحيح^(١) .

ب - وقال أهل السنة والجماعة : إن الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، والعقل آلة للعلم بهما فيخلق الله العلم عقيب نظر العقل نظراً صحيحاً^(٢) .

* * *

253 - قال الأشاعرة من أهل السنة : إن الحسن والقبح لا يُعرفان إلا بعد كتاب ونبي ، وعلى هذا المذهب قد يعرفهما العقل بخلق الله تعالى علماً ضرورياً بهما : إما بلا كسب كـ (حسن تصديق النبي ﷺ وقبح الكذب الضار) وإما مع كسب كـ (الحسن والقبح المستفادين من النظر في الأدلة وترتيب المقدمات) وقد لا يُعرفان إلا بالنبي والكتاب كـ (أكثر أحكام الشرع)^(٣) .

ويناقد السعد التفتنازي مشكلةً تنجم عن ما ذكرنا آنفاً فقال : (فإن قلت : الحكم يتناول القياسي المحتمل للخطأ - أي الظني - فكيف يُنسب إلى الله تعالى ؟

(١) التوضيح ص ١٩٠ ج ١ .

(٢) التوضيح ص ١٩١ ج ١ ، وج ٢ ص ١٢٢ .

(٣) التلويح ج ١ ص ١٩١ .

قلتُ : الحاكم في المسألة الاجتهادية هو الله تعالى إلا أنه لم يحكم إلا بالصواب ، فالحكم المنسوب إلى الله تعالى هو الحق الذي لا يحوم حوله الباطل ، وما وقع من الخطأ للمجتهد فليس بحكم حقيقة بل ظاهراً وهو معذور في ذلك (١) .

254 - أما قول الماتريديّة من أهل السنة فهو وسط معتدل بين المعتزلة والأشاعرة وهو الأشبه بالحق ، وخلاصته : أن أفعال المكلفين فيها خواص ولها آثار تقتضي حُسنها أو قبحها ، وأن العقل بناءً على هذه الخواص والآثار يستطيع الحكم بأن هذا الفعل حسن وأن الآخر قبيح ، فما رآه العقل السليم حسناً فهو حسن ، وما رآه العقل السليم قبيحاً فهو قبيح ، ولكن لا يلزم أن تكون أحكام الله في أفعال المكلفين على وفق ما تدركه عقولنا فيها من حُسن أو قبح ؛ لأنّ العقول مهما نضجت قد تُخطئ ، ولأنّ بعض الأفعال مما تشبه فيه العقول ، فلا تلازم بين أحكام الله وما تدركه العقول ، وعلى هذا لا سبيل إلى معرفة حكم الله إلا بواسطة رسوله (٢) .

* * *

(١) التلويح ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) المصدر السابق ص ١٢٣ وما بعدها .

الفصل الثاني الحُكم وما يتعلَّق به

التعريف بالحكم
أنواع الحكم
الصحة والفساد والبطلان
الأحكام المشروعة (الرخصة والعزيمة)

المبحث الأول التعريف بالحكم

255 - الحُكْم الشرعي في الاصطلاح الأصولي :

(هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً ، أو تخييراً ، أو وضعاً) .

فالنص نفسه الصادر من الشارع الدال على طلب أو تخيير أو وضع هو الحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين ، مثل قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] فهو خطاب من الشارع متعلق بالإيفاء بالعقود طلباً لفعله .

وأما الحكم في اصطلاح الفقهاء : (فهو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل) كـ(الوجوب والحرمة والإباحة) ، فقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ يقتضي وجوب الإيفاء بالعقود ، فالنص نفسه هو الحكم في اصطلاح الأصوليين ، ووجوب الإيفاء هو الحكم في اصطلاح الفقهاء .

ومن الواضح أن الحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر على النصوص الواردة في الكتاب والسنة ، وإنما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من إجماع أو قياس أو غيرهما ، فهذه الأدلة الأخرى في حقيقتها خطاب من الشارع غير مباشر .

المبحث الثاني أنواع الحكم

256 - ينقسم الحكم الشرعي من حيث دلالته على إرادة الشارع في فعل المكلف إلى : حكم تكليفي ، وحكم وضعي .

257- ١ - الحكم التكليفي :

آ - تعريفه :

الحكم التكليفي : (هو ما اقتضى طلبَ فعل ، أو الكفَّ عن فعل ، أو التخييرَ بين فعل والكفِّ عنه) فمن أمثلة ما اقتضى طلبَ فعل قوله تعالى : ﴿ يَتَّيْهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] ، ومن أمثلة ما اقتضى طلب الكف عن فعل قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] ومن أمثلة ما اقتضى التخيير بين فعل والكف عنه قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾ [الجمعة : ١٠] وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة : ٢] .

وقد سمي هذا النوع بالحكم التكليفي لأنه يتضمن تكليف المكلف القيام بفعل أو تكليفه بالكف عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه ، ووجه التسمية ظاهر في ما طُلب من المكلف فعله أو الكف عنه ، أما ما خُير فيه المكلف بين فعل والكف عنه فإن إطلاق الحكم التكليفي عليه من باب التغليب .

258 - ب - أقسامه :

يُقسم أصوليو الحنفية الحكم التكليفي إلى سبعة أقسام^(١) : ١ - الفرض

(١) وأقسام الحكم التكليفي عند الجمهور خمسة هي :

٢ - الواجب ٣ - المندوب ٤ - المحرّم ٥ - المكروه تحريماً ٦ - المكروه تنزيهاً ٧ - والمباح .

ف عندهم ما يُطلب فعله ثلاثة أقسام : ١ - الفرض ٢ - والواجب ٣ - والمندوب ، وما يُطلب الكف عنه ثلاثة أقسام هي : ١ - المحرّم ، ٢ - المكروه تحريماً ، ٣ - والمكروه تنزيهاً . والقسم السابع وهو الذي استوى فيه جانباً الكف والفعل فهو المباح ، ودونك التفصيل :

259 - ١ - القسم الأول : هو الفرض :

(وهو ما طلب الشارع فعله من المكلف على وجه التحميم والإلزام ، وكان دليل طلبه قطعياً - ثبوته قطعي الدلالة - لا شبهة فيه بأن كان آية قرآنية أو حديثاً متواتراً) .

فإقامة الصلاة فرض لأنها طُلبت طلباً حتماً بدليل قطعي هو قوله تعالى : ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة : ٤٣] والحج فرض لأنه طُلب طلباً حتماً بدليل قطعي هو قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران : ٩٧] .

260 - تقسيمات الفرض :

للفرض تقسيمات أربعة باعتبارات مختلفة :

آ - فهو ينقسم باعتبار وقت أدائه إلى : مطلق ، وواجب مقيد .

ب - وينقسم باعتبار المقدار المطلوب منه إلى : محدّد ، وواجب غير محدّد .

ج - وينقسم باعتبار تعيين المطلوب فيه إلى : معيّن ، وواجب مخير .

= ١ - الإيجاب ٢ - والندب ٣ - والتحرّم ٤ - والكراهة ٥ - والإباحة ، وعلى هذا يكون المطلوب فعله قسمين هما : الواجب ، والمندوب ، ويكون المطلوب الكف عنه فعله قسمين : المحرّم والمكروه ، ويكون الفعل الذي خيّر المكلف بين إتيانه والكف عنه هو المباح .

د - وينقسم باعتبار المكلف بأدائه إلى : عيني ، وكفائي .
ونتناول هذه التقسيمات فيما يلي :

261 - (١) المطلق والمقيّد من الفروض :

ينقسم الفرض باعتبار وقت أدائه إلى مطلق عن التوقيت ، ومقيّد بتوقيت معيّن :

آ - فالمطلق عن التوقيت : (هو ما طلب الشارع فعله حتماً ولم يعيّن وقتاً لأدائه) بحيث لا يَأْثُم المكلف إذا أخرّه عن وقت الاستطاعة إلى وقت آخر ، مثل ذلك : (الكفارة الواجبة على من حلف يميناً وحنث) إذ ليس لأداء هذا الواجب وقت معيّن فيستطيع الحانث أن يكفّر بعد الحنث مباشرة كما يستطيع أن يكفّر بعد ذلك .

ب - والمقيّد يتوقيت معيّن : (هو ما طلب الشارع فعله حتماً في وقت معيّن) بحيث يَأْثُم المكلف إن أخرّه عن وقته بغير عذر ، مثل ذلك : (الصلوات الخمس) فقد حدّد لأداء كل صلاة منها وقتاً معيّنًا بحيث لا تجب قبله ، ويأثم المكلف إن أخرّها عنه بغير عذر .

هذا ؛ والفرض المقيّد على أنواع ثلاثة : ظرف ، معيار ، وذو الشبهين ، مر شرحها في مبحث الأمر فلتنظر هناك .

262 - (٢) الفرض المحدّد وغير المحدّد :

ينقسم الفرض باعتبار المقدار المطلوب منه إلى محدّد وغير محدّد .

آ - فالفرض المحدّد : (هو ما عيّن الشارع له مقداراً معلوماً) بحيث لا تبرأ ذمة المكلف منه إلا إذا أداه على الوجه الذي عينه الشارع ، ومن أمثلته : (الصلوات الخمس) فكل فريضة من هذه الصلوات الخمس تشغل بها ذمة المكلف حتى تُؤدّى بعدد ركعاتها وشروطها ، وكذلك : (الزكاة) تشغل بها ذمة المكلف حتى تُؤدّى بمقدارها في مصرفها .

ب - والفرض غير المحدد : (هو ما لم يعين الشارع مقداره ، بل طلبه من المكلف بغير تحديد) ومن أمثلة : (الإنفاق في سبيل الله وإطعام الجائع وإغاثة الملهوف) فمثل هذه الفروض لم يحددها الشارع ؛ لأن المقصود بها سد الحاجة ، ومقدار ما تُسد به الحاجة يختلف باختلاف الحاجات والأحوال .

- ثمرة التقسيم :

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن الفرض المحدد إذا كان مالياً يجب ديناً في الذمة ، وتجاوز المقاضاة به ، أما الفرض غير المحدد فلا يجب ديناً في الذمة ولا تجوز المقاضاة به ، حيث إن الذمة لا تنشغل إلا بمعين ، والمقاضاة لا تكون إلا بمعين ، وعلى هذا فإن نفقة الزوجة الواجبة على زوجها ونفقة القريب الواجبة على قريبه لا تنشغل بها الذمة قبل القضاء أو الرضاء ، ولا تجوز المطالبة إلا بعد القضاء أو الرضاء ؛ لأنها من الفروض غير المحددة فلا يُعرف مقدارها ، فإذا حُكم بها أو تراضى الطرفان عليها أصبحت فرضاً محدداً تنشغل به الذمة وتصح المطالبة به .

263 - (٣) الفرض المعين والمخير :

ينقسم الفرض باعتبار تعيين المطلوب فيه إلى معين ومخير :

آ - **الفرض المعين** : (هو ما طلبه الشارع بعينه) حيث يكون المطلوب فيه واحداً ، فلا تبرأ ذمة المكلف إلا بأدائه بعينه ، ومن أمثلته : (الصلاة والزكاة والصيام والوفاء بما يوجب العقد) .

ب - **والفرض المخير** : (هو ما طلبه الشارع واحداً من أمور معينة) فيكون الخيار للمكلف في تخصيص واحدٍ من هذه الأمور ، وتبرأ ذمته من الواجب بأداء أيٍّ واحدٍ منها ، ومن أمثلته : (أحد خصال كفارة اليمين) فقد أوجب الله سبحانه على من حنث في يمينه أن يطعم عشرة مساكين أو يكسوهم أو يعتق رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، فالمفروض أيٍّ واحد من هذه الأمور الثلاثة ؛ فالفرض المخير واحدٌ يتعين بفعل المكلف واحداً من أمور

معينة ، فإن أدى واحداً منها برئت ذمته وسقط ما عليه من العهدة ، وإذا لم يؤدَّ أيَّ واحدٍ منها أثم .

264 - (٤) الفرض العيني والفرض الكفائي :

ينقسم الفرض باعتبار المكلف بأدائه إلى فرض عيني وفرض كفائي .

أ - **الفرض العيني** : (هو ما طلب الشارع أداءه من كل فرد من أفراد المكلفين) فلا يُجزى قيام مكلف به عن آخر بحيث لا تبرأ ذمة الفرد إلا بأدائه ، ولو أداه جميع المكلفين غيره ، ومن هذا القبيل جميع الفرائض التي يأثم تاركها من : (صلاة وصيام وزكاة وحج والوفاء بالعقود واجتناب الخمر والكف عن الزنى) .

ب - **والفرض الكفائي** : (هو ما طلب الشارع أداءه من مجموع المكلفين لا من كل فرد منهم) بحيث إذا قام به البعض فقد أدى الواجب وسقط الإثم عن الباقين ، وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع ، ومن أمثلته : (الجهاد في سبيل الله - مع عدم النفير العام - والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والصلاة على الموتى ، ورد السلام وإنقاذ الغريق وإطفاء الحريق مما يتعلق بمصلحة الجماعة) .

فقصد الشارع من الفروض الكفائية أن يتوفر أداؤها في الأمة أيّاً كان الشخص الذي يقوم بها ، وليس القصد أن يقوم كل فرد بها ، ذلك أن المصلحة المقصودة تتحقق بأدائها من بعض المكلفين دون حاجة إلى قيام كل مكلف بها .

غير أن الأمة كلّها تكون مسؤولة بالتضامن عن أداء هذه الفروض الكفائية . بحيث يكون عليها أن تعمل على أدائها ، ولا يُعفي الشارع أيّ فرد من هذه المسؤولية إلا أن يكون غير قادر على القيام بها ، فالقادر على الأداء عليه أن يقوم بالمفروض عليه ، وغير القادر على الأداء عليه أن يحث القادر ويحمله على الأداء ، فإذا قام البعض بأداء المفروض سقط الإثم عن الجميع ، وإذا لم يقم احد بذلك أثم الجميع حيث يأثم القادر ؛ لأنه قعد عن القيام بفرض كفائي

يقدر على أدائه ، ويأثم غير القادر لإهماله حثَّ القادر وحمله على القيام به .
هذا ؛ وإذا تعيَّن فرد لأداء الفرض الكفائي ، أصبح فرضاً عينياً عليه ، فإذا لم يشهد الغريقَ المستغيثَ سوى شخص واحد يُحسن السباحة كان إنقاذه فرضاً عينياً عليه ، وإذا لم يرَ الحادثة إلا شخص واحد ودُعي للشهادة كان أداء الشهادة فرضاً عينياً عليه .

265 - ٢ - القسم الثاني : الواجب :

(وهو ما طَلَب الشارع فعله من المكلف على وجه التحميم والإلزام ، وكان دليل طلبه ظنياً فيه شبهة بأن كان حديثاً غير متواتر أو قياساً) ، ومن أمثلته : (قراءة الفاتحة في الصلاة) لأنها طُلِبَت طلباً حتماً بدليل ظني هو قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »^(١) .

ومرّدُ هذا التمييز بين الفرض والواجب عند أصوليي الحنفية إلى أن اللزوم في الواجب أقل من اللزوم في الفرض ، ولذلك فهم يفرقون بينهما من وجهين :

١ - الأول : أنه إذا تُركَ الفرض في فعل شرعي بطل الفعل ، فمن ترك الوقوف بعرفة بطل حجه ؛ لأنه ترك فرضاً ، ومن ترك السعي بين الصفا والمروة لا يبطل حجه ؛ لأن السعي لم يثبت طلبه بدليل قطعي لا شبهة فيه .

٢ - الثاني : أن من يُنكر الفرض يكون كافراً ، فمن أنكر الصلاة فقد كفر ، ومن أنكر الزكاة فقد كفر ؛ لأنه ينكر أمراً ثبت عن الشارع بدليل قطعي لا شبهة فيه ، أما مَنْ يُنكر الواجب الذي ثبت بدليل ظني فيه شبهة فإنه لا يكفر ، ولذلك يُسمي علماء الحنفية الفرض (فرضاً علمياً) والواجب (فرضاً عملياً) وبذلك يكون الفرض منقسماً إلى هذين القسمين^(٢) .

(١) متفق عليه بلفظ قريب منه وهو : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » .

(٢) أما عند جمهور الفقهاء فالواجب مرادف الفرض ، لا فارق بينهما من حيث اللزوم ، فتارك الفرض آثم وتارك الواجب آثم إلا في الحج عند الشافعية ومن وافقهم فالواجب فيه غير الفرض ، وانظر كتاب مناسك الإمام النووي .

266 - ٣ - القسم الثالث : المندوب :

آ - تعريفه :

المندوب : (هو ما طَلَب الشارع فعله من المكلف طلباً غير حتم) .

ب - أقسامه :

للمندوب ثلاثة أقسام تُبَيِّن مراتبه :

(١) **القسم الأول** : مندوب يُطلب فعله على وجه التأكيد ، فتاركه لا يستحق العقاب ، ولكن يستحق اللوم والعتاب ؛ ومن هذا القبيل المندوبات التي تُعدّ شرعاً مكملّةً للواجبات كـ (الأذان وأداء الصلوات الخمس جماعةً عند الحنفية) ومنه كذلك كل ما واطب عليه الرسول ﷺ من شؤونه الدينية ولم يتركه إلا مرةً أو مرتين ليدل على عدم تحميمه كـ (المضمضة في الوضوء) ، ويُسمى هذا القسم بـ (السنة المؤكدة) أو (سنن الهدى) .

(٢) **والقسم الثاني** : مندوب من قبيل التطوع ، فهو يلي القسم الأول في المرتبة ، ولا يستحق تاركه عقاباً ولا لوماً ، ومن ذلك : جميع التطوعات وكل ما لم يواظب الرسول ﷺ على فعله ، بل فعله مرةً أو أكثر وتركه ، ويُسمى هذا القسم بـ (السنة غير المؤكدة) أو (السنن الزوائد) .

(٣) **والقسم الثالث** : مندوب زائد ؛ وهو دون القسمين السابقين في المرتبة ، ومنه الاقتداء بالرسول ﷺ في شؤونه العادية التي لا صلة لها برسالته وبيان شرعه ، فهي تصدر عنه بصفته إنساناً كـ (اللبس والمأكل والمشرب) ، فالإقتداء بالرسول ﷺ في مثل هذه الأمور من قبيل الكمالات ، ولكنه يُعدّ من الأمور المستحبة لأن فيه تكريماً للرسول عليه السلام ، ولأن هذه الأمور ليست من قبيل الأوامر التشريعية ، فإن تاركها لا يستحق عقاباً ولا لوماً ، وتسمى بـ (المستحبات) .

267 - ٤ - القسم الرابع : المحرّم :

آ - تعريفه :

المحرّم : (هو ما طلب الشارع الكفّ عن فعله على وجه الحتم واللزوم ، وكان دليل طلب الكف عنه قطعياً لا شبهة فيه بأن كان آية قرآنية أو حديثاً متواتراً) ، فالزنا محرّم لأنه طُلب الكف عنه حتماً بدليل قطعي هو قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ ﴾ [الإسراء : ٣٢] وعرّفه الحنفية بأنه : (ما استحق فاعله العقوبة) .

ب - أقسام المحرّم :

المحرّم قسمان :

١ - محرّم لذاته : بمعنى أن التحريم يرد ابتداءً على ذات الفعل لما فيه من مفساد ومضار كـ (الزنا ، السرقة ، وشرب الخمر) وهذا الفعل المحرم لذاته يكون أصلاً غير مشروع فلا يصلح سبباً شرعياً ولا تترتب عليه أحكام شرعية حيث يكون الخلل في أصل السبب أو في وصفه ، فيؤدي هذا إلى فقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، فالزنا لا يترتب عليه ثبوت النسب ، والسرقة لا يترتب عليها ثبوت المِلْك .

هذا ؛ والمحرّم لذاته لا يُباح إلا للضرورة لأنه يتعلق بأمر ضروري فلا يبيحه إلا ضروري كـ (أن يُباح شرب الخمر إذا خيف الموت عطشاً) .

٢ - ومحرّم لعارض : بمعنى أن التحريم ليس لذات الفعل ، فالفعل لا مفسدة فيه ولا مَضَرَّة وإنما جاء التحريم لأمر خارجي حيث اقترن بالفعل ما جعل فيه مفسدة أو مَضَرَّة .

فالمحرّم لعارض حكمه الشرعي ابتداءً هو الوجوب أو الندب أو الإباحة ، لكن اقترن به عارض جعله محرّماً كـ (الصلاة في ثوب مغصوب ، والبيع الذي فيه غش) .

ومقتضى هذا أن يكون المحرّم لعارض مشروعاً في ذاته فيصلح سبباً شرعياً وتترتب عليه آثاره ، حيث لا يقع به خلل في أصل السبب ولا في وصفه ، فتكون أركانه وشروطه مستوفاةً ، ولهذا كانت الصلاة في ثوب مغصوب صحيحة ولكن الشخص يكون آثماً للغصب ، والبيع الذي فيه غش صحيح ولكن الشخص يكون آثماً .

هذا ؛ والمحرّم لعارض يُباح للحاجة ، فلا تُشترط الضرورة لإباحته ، كـ(أن تُباح رؤية الطبيب بعض أعضاء جسم المرأة) إذا كانت الرؤية لازمة للعلاج ولم يكن ثمة مَنْ يقوم من النساء بالمعالجة .

268 - ٥ - القسم الخامس : المكروه تحريماً :

(وهو ما طلب الشارع الكفَّ عن فعله على وجه الحتم واللزوم ، وكان دليل طلب الكفَّ عنه ظنياً كسنة غير متواترة) ومن أمثلته : (لبس الرجال الحرير وتختمهم بالذهب) فهما مكروهان تحريماً ؛ لأنه طلب الكف عنهما حتماً بدليل ظني هو قوله ﷺ : « هذان حرام على رجال أمتي حلال لنسائهم »^(١) .

فكما فرّق أصوليو الحنفية في المطلوب فعله على وجه الحتم بين ما ثبت بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني إذ أطلقوا على الأول أنه فرض وعلى الثاني أنه واجب ، فرّقوا في المطلوب الكف عنه بين ما ثبت بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني إذ أطلقوا على الأول أنه محرم وعلى الثاني أنه مكروه تحريماً^(٢) .

(١) « هذان حرام على رجال أمتي حلال لنسائهم » .

قلت : (أي الذهب والحرير) .

أخرجه الترمذي والنسائي والإمام أحمد والطبراني بصيغة : « هذان حرامان على ذكور أمتي » وزاد ابن ماجه : « وهي حلّ لأنائهم » .

وانظر تلخيص الحبير ج ١ ص ٩٤-٩٥ .

(٢) أما جمهور الأصوليين فالمحرم عندهم : (هو ما طلب الشارع الكف عن فعله على وجه الحتم) سواء أكان الدليل قطعياً أم ظنياً فلا يفرقون بين المحرّم والمكروه تحريماً ، ورأيهم في هذا يماثل ما ذهبوا إليه في شأن عدم التفرقة بين الفرض والواجب اهـ .

269 - ٦ - القسم السادس : المكروه تنزيهاً :

آ - تعريفه :

المكروه تنزيهاً : (هو ما طَلَب الشارع من المكلف الكفَّ عن فعله طلباً غير حتم) وعَرَّفوه بقولهم :
(هو ما لا يستحق فاعله العقوبة) .

ب - حكمه :

والمكروه تنزيهاً لا يُعاقب فاعله ولا يعاتب ، ويثاب تاركه .

270 - ٧ - القسم السابع : المباح :

المباح هو : (ما خَيَّر الشارع المكلف بين فعله وتركه) .

وحكمه : أن للمكلف أن يأتي المباح وله أن يتركه .

وتثبت إباحة الفعل بأحد أمرين : بالنص على إباحة الفعل ، وبالإباحة الأصلية .

ومن القرائن على النص على إباحة الفعل منع الفعل قبل الأمر به فهو قرينة تصرف الأمر من الوجوب إلى الإباحة .

وفي ذلك يقول أصوليو الحنفية : (الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة) مثل قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة : ٢] .

* * *

271 - ٢ - الحكم الوضعي :

آ - تعريف الحكم الوضعي :

الحكم الوضعي هو : (ما اقتضى وَضَعَ شيءٍ سبباً لشيءٍ ، أو شرطاً له ،

أو علةً ، أو أمانةً ، أو مانعاً) .

وقد سمي هذا النوع بالحكم الوضعي ؛ لأن مقتضاه (وضع أسباب لمسببات أو شروطاً لمشروطات ، أو عللاً لمعلولات ، أو أمارات على أحكام ، أو موانع من أحكام) .

272 - ب - أنواعه :

١ - السبب :

- تعريفه :

السبب لغةً : (الطريق إلى الشيء) وشرعاً : (هو الأمر الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع علامةً على حكم شرعي ، فيكون الحكم الشرعي هو المسبب ، ويلزم من وجود السبب وجوده ، ومن عدمه عدمه) مثل ذلك : (الوقت سبب لوجوب الصلاة) .

- أقسامه :

أقسام السبب ثلاثة : سبب حقيقي ، وسبب مجازي ، وسبب في معنى العلة ، ويقال للسبب المجازي : (السبب الذي له شبهة العلة) .

١ - أما السبب الحقيقي : (فهو ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير أن يُضاف إليه وجوب ولا وجود ولا يُعقل فيه معاني العلل ، ولكن يتخلل بينه وبين الحكم علة لاتضاف إلى السبب) وذلك كـ (دلالة إنسان إنساناً ليسرق مال إنسان أو ليقتله) ففعل المدلول لم يضمن الدال شيئاً ؛ لأن الدلالة سبب محض ، وقد تخلل بينها وبين حصول المقصود ما هو علة غير مضافة إلى السبب ، وهو الفعل الذي باشره المدلول باختياره فلا يمكن إضافته إلى السبب .

٢ - والسبب الذي له حكم العلل : هو (ما لو كانت العلة المتخللة بين السبب والحكم مضافة إلى السبب) فيصير للسبب حكم العلة حتى صار الحكم مضافاً إليه - السبب - وذلك كـ (سوق الدابة وقودها) ، فكل واحد منهما سبب

لتلف ما يتلف بوطئها حالة السوق والقود ، وقد تخلل بينه وبين المتلف ما هو علة ، وهو فعل الدابة لكن هذه العلة مضافة إلى السوق والقود ، فيكون لهذا السبب حكم العلة لكونه علة العلة في الحقيقة ، والحكم يُضاف إلى علة العلة إذا لم تكن العلة صالحةً لإضافته إليها ، وهنا العلة غير صالحة ؛ لأن فعل العجماء هدر ، فيكون فعل الدابة مضافاً إلى السائق والقائد ، فيكون التلف مضافاً إليه فيما يرجع إلى بدل المحل وهو الضمان .

٣ - والسبب المجازي : (هو طريق للحكم يفضي إليه في المآل فهو الذي له شبهة العلة) كما إذا عُلقَ حكم على شرطه ، فالتعليق سبب الحكم مجازاً لا حقيقة ؛ لأنه ما لم يتحقق الشرط لا يُوصِل هذا التعليق إلى الجزاء ، فيتوقف إيصاله للحكم على تحقق الشرط ، مثل : (اليمين بالله تعالى والتطليق والإعتاق والنذر المعلق بشرط) فهذه التعليقات كلها أسباب مجازية لعدم إفضاؤها إلى الجزاء إلا عند وجود الشرط ، كقوله : (أنت طالق أو حرة إن دخلت الدار) تُسمى سبباً للكفارة والطلاق والعتاق مجازاً ولكن لهذا المجاز شبهة حقيقة العلة ، وقال زفر : (هو خال عن شبهة العلية كما هو خال عن حقيقة العلية) أما كونه سبباً مجازياً فلأن أدنى درجات السبب أن يكون طريقاً للحكم المطلوب ، وكل من اليمين بالله تعالى أو بالعتاق أو بالطلاق مانع عن كل واحد من الكفارة والجزاء ، فاستحال أن يكون سبباً حقيقةً لكنه لما احتمل أن يؤول إليه سمي سبباً مجازاً في الحال لا علةً باعتبار تأخر الحكم ولكن في معنى العلة باعتبار أنه المؤثر في الحكم عند وجود الشرط ، وإذا كان في الحال سبباً بمعنى العلة لم يجز تعليق الطلاق والعتاق بالملك ؛ لأن السبب لا ينعقد في غير محله .

273 - ٢ - العلة :

- تعريفها :

العلة لغةً : (المغيّر) وشرعةً : (ما يضاف إليه وجوب الحكم ابتداءً) ومعنى وجوب الحكم - ثبوته - ومعنى ابتداءً - بلا وساطة - وذلك يعم العلل

الموضوعة كـ(البيع والنكاح) والعلل المستنبطة بالاجتهاد كـ(العلل المؤثرة في القياسات) .

- أقسامها :

وهي سبعة أقسام :

١ - علة اسماً وحكماً ومعنى وهي العلة الحقيقية : كـ(البيع المطلق للملك) .

٢ - وعلة اسماً لا حكماً ولا معنى : كـ(الإيجاب المعلق بالشرط) كما مرّ من تعليق الطلاق والعتاق بالشرط واليمين قبل الحنث .

٣ - وعلة اسماً ومعنى لا حكماً : كـ(البيع بشرط الخيار والبيع الموقوف) .

٤ - وعلة في حيز الأسباب لها شبه بالأسباب : كـ(شراء القريب) فهو لما كان علة للملك ، والملك في القريب علة للعتق ، فيكون الحكم مضافاً إلى الأول بوساطة فمن حيث إنه لم يوجد إلا بوساطة العلة كان سبباً ، وكذا كل ما كان علة العلة .

٥ - ووصف له شبهة بالعلل : كـ(أحد وصفي العلة)^(١) فإن الحكم إذا تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما كان لكل منهما شبهة العلل ، فكل واحد منهما ليس سبباً ولا علة بل له شبهة العلل وذلك كـ(الجنس بانفراده يحرم النسيئة بشبهة الفضل) فثبتت حرمة النسيئة بشبهة العلة .

٦ - وعلة معنى وحكماً لا اسماً : كآخر وصفي العلة ذات الوصفين كـ(القراية والملك للعتق) فمتى تأخر أحدهما أضيف الحكم إليه فصار علة حكماً ؛ لأنه يترجع على الأول بوجود الحكم عنده .

٧ - وعلة اسماً وحكماً لا معنى : كـ(السفر والنوم للترخص والحدث) فالسفر تعلق به الترخص في الشرع فكان علة حكماً ونسبت الرخص إليه فصار

(١) أي العلة ذات الوصفين كعلة القدر والجنس للربا .

علةً اسماً لا معنىً ، وكذا النوم سبب لاسترخاء المفاصل فأقيم مقامه فصار حدثاً .
هذا ؛ وليس من صفة العلة الحقيقية الشرعية تقدمها على الحكم بل
الواجب اقترانهما معاً ؛ قياساً على العلل العقلية التي ثبت بالدليل مقارنتها
لمعلولاتها كـ (الاستطاعة مع الفعل) .

274 - ٣ - الشرط :

- تعريفه :

الشرط لغةً : (العلامة) وشرعاً : (ما يتعلق بالوجود دون الوجوب^(١)) أي
ما يتوقف عليه وجود الشيء ويوجد عنده ولا يثبت به .

- أقسامه :

وهو خمسة بالاستقراء :

١ - شرط محض : وهو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده كدخول الدار
شرط للطلاق المعلق به في قوله : (أنت طالق إن دخلت الدار) .

٢ - وشرط هو في حكم العلل : وهو كل شرط لم تعارضه علة فيصح أن
يكون علة يضاف الحكم إليه ؛ لأن له شبهاً بها لما يتعلق به من الوجود فيخلفها
كـ (حفر البئر وشق الزق) كلاهما شرط للتلف أقيما مقام العلل في إضافة الحكم
إليهما .

٣ - وشرط له حكم الأسباب : وهو ما يعترض عليه فعل فاعل مختار من
مغير أن يكون ذلك الفعل مضافاً إلى ذلك الشرط ويكون الشرط مقدماً عليه ،
كما إذا حلَّ إنسان قيّد عبدٍ حتى أبقَ - هرب - لم يضمن .

٤ - وشرط اسماً لا حكماً : كأول الشرطين في حكم تعلّق بهما كقوله :
(إن دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق) فإن دخولها للأولى شرط اسماً

(١) الوجوب : هو الثبوت هنا ، وتعريفه ؛ ما يجب من عدمه العدم ولا يجب من وجوده وجودٌ ولا عدم .

لا حكماً ، فلو أبانها ثم دخلت إحداها ثم نكحها ثم دخلت الثانية لم تطلق .
٥ - وشرط هو كالعلامة الخالصة : كـ (الإحصان في الزنا) .

هذا ؛ وإن الشرط يُعرف بصيغته أي - باللفظ الدال عليه صريحاً كـ (حروف الشرط) ، أو بدلالة الشرط كوقوع الوصف في النكرة مثل : (التي أتزوج طالق ثلاثاً) فإنها بمعنى الشرط دلالة كأنه قال : (المتزوجة طالق) فيتعلق الطلاق بالتزوج^(١) .

275 - ٤ - العلامة :

وهي لغة : (الأمانة) وشرعاً : (ما يُعرف به وجود الحكم من غير أن يتعلّق به وجوب ولا وجود) كـ (الإحصان في الزنا) وهو اجتماع سبعة أشياء (العقل ، والإسلام ، والبلوغ ، والحرية ، والنكاح الصحيح ، والدخول به ، وكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الإحصان) .

وإنما قلنا إن الإحصان علامة وليس بشرط ؛ لأن الزنا إذا تحقق لا يتوقف انعقاده علة للرجم على إحصان يحدث بعده ، فإن الإحصان لو وجد بعد الزنا لا يثبت بوجوده الرجم ، ومعلوم أنه ليس بعلة ولا سبب أيضاً ؛ لأنه ليس بطريق مفضٍ إليه ، فعرفنا أن الرجم غير مضاف إليه وجوباً به ولا وجوداً عنده ، ولكنه عبارة عن حال في الزاني يصير الزنا في تلك الحالة موجباً للرجم فكان علامة لا شرطاً . هذا مختار بعض المتأخرين من الحنفية ، وقال الجمهور من الحنفية : (إن الإحصان شرط لوجوب الرجم) .

(١) هذا وينقسم الشرط إلى قسمين : شرط شرعي ، وشرط جعلي ، فالشرط الشرعي هو ما كان اشتراطه بحكم الشرع ومثاله جميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج والبيع والهبة وما إلى ذلك ، والشرط الجعلي هو ما كان اشتراطه بتصرف المكلف ومثاله الشروط التي يشترطها الزوج ليقع الطلاق على زوجته ، فصيغة الطلاق سبب يترتب عليه الطلاق ولكن إذا توافر الشرط ، وليس للمكلف أن يعلّق أي عقد أو أي تصرف على أي شرط يريده بل لا بد أن يكون الشرط الجعلي غير مناف حكم العقد أو التصرف ، وأما إذا كان الشرط منافياً لحكم العقد فيبطل العقد لأن الشرط مكمل للسبب فإذا نافي حكمه أبطل سببته اهـ . ثم إن الفرق بين الشرط والركن مع أن كلا منهما يتوقف وجود الحكم على وجوده أن الركن جزء من حقيقة الشيء ، وأما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقته وليس من أجزائه ، وعلى هذا فإذا حصل خلل في الركن كان خللاً في نفس العقد أو التصرف ، وإذا حصل خلل في شرط كان خللاً في وصفه .

وفرع من قال إن الإحصان علامة وليس شرطاً أنه لا يضمن شهوده إذا رجعوا بحال سواء رجع شهود الزنا أولاً ، أو رجعوا قبل القضاء أو بعده ، قبل إمضاء ما قضي به أو بعده ، مجتمعين أو منفردين ، لما ذكر أنه لم يثبت به وجوب عقوبة ولا وجودها^(١) .

276 - ٥ - المانع :

- تعريفه :

المانع هو : (ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب) .
فقد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر جميع شروطه ولكن يوجد مانع يمنع ترتب الحكم عليه ، كما إذا وُجدت الزوجية الصحيحة أو القرابة ولكن منع ترتب الإرث على أحدهما مانع كـ (اختلاف الوارث مع المورث ديناً) .
فالمانع في اصطلاح الأصوليين هو : (أمر شرعي يوجد مع تحقيق السبب وتتوافر شروطه ، ويمنع من ترتب المسبب على سببه) ففقد الشرط لا يُسمى مانعاً في اصطلاحهم وإن كان يمنع من ترتب المسبب على السبب^(٢) .
وقد يكون المانع مانعاً من تحقق السبب الشرعي لا من ترتب حكمه عليه كـ (الدين لمن ملك نصاباً من أموال الزكاة) فإن دينه مانع من تحقق السبب لإيجاب الزكاة عليه ، وهذا مخل بما يشترط توافره في السبب الشرعي ، فهو من باب عدم توافر الشرط لا من قبيل وجود المانع .

هذا ؛ والمانع ينقسم إلى قسمين : مانع للسبب ، ومانع للحكم .
أ - فالمانع للسبب : هو الذي يترتب على وجوده عدم تحقق السبب ، مثل : (اعتبار الدين مانعاً من أن يكون ملك النصاب سبباً في إيجاب الزكاة) .
ب - والمانع من الحكم : هو الذي يترتب على وجوده تخلف الحكم حيث يتحقق السبب الشرعي ، ولكن يوجد مانع يمنع ترتب الحكم عليه ، وذلك كـ (اعتبار قتل الوارث مورثه مانعاً من الإرث) .

(١) و (٢) انظر ابن الملك وابن العيني على المنار من ص ٣١٨ - ص ٣٣٠ وانظر كذلك شرحي نور الأنوار لملاحيون بحاشية قمر الأقيمار للعلامة اللكنوي / مباحث الحكم .

المبحث الثالث

الصحة والفساد والبطلان^(١)

277 - آ - تعريفها :

(الصحة والفساد والبطلان أوصاف ترد على ما يصدر من المكلفين من أفعال أو يُباشرونه من أسباب وشروط) .

فهي إذن أوصاف ترد على أفعال المكلفين سواء تعلقت بحكم تكليفي أو بحكم وضعي .

والفساد والبطلان قسمان يندرجان تحت (عدم الصحة) .

- أما صحة الفعل فمعناها كونه بحيث تترتب آثاره الشرعية عليه .

- وعدم الصحة معناها كونه بحيث لا تترتب آثاره الشرعية عليه .

لا خلاف أن الفعل الصحيح في العبادات ، أو التصرف الصحيح في المعاملات : هو الذي يكون قد استوفى أركانه وشروطه على النحو الذي طلبه الشارع أو شرعه .

كما أنه لا خلاف بين الأصوليين في أن الفعل غير الصحيح في العبادات ، أو التصرف غير الصحيح في المعاملات هو الذي يختل فيه ركن من أركانه أو يختل فيه شرط من شروطه ؛ أي وصف من أوصافه .

إنما يأتي الخلاف بعد ذلك فيما إذا كان الفعل أو التصرف غير الصحيح قسماً واحداً أم غير ذلك .

(١) من الأصوليين من رجح كون هذا المبحث مبحث الصحة وعدم الصحة من مباحث الحكم الوضعي ، ولكنني رأيت أكثر أصوليي الحنفية قد رجح عده من مباحث الحكم بصورة عامة لا من مباحث الحكم الوضعي فسرت على هذا .

فهناك تفرقة في هذا الشأن بين العبادات والمعاملات .

278 - آ - العبادات :

هناك اتفاق بين الأصوليين على أن عدم الصحة في العبادات قسم واحد ، فالعبادات إما صحيحة أو غير صحيحة ، ولا فرق في غير الصحيح منها بين الباطل والفساد ، فإن جاءت ناقصة في بعض أركانها أو في بعض شروطها لا تسقط الواجب عن المكلف ولا تُبرئ ذمته .

279 - ب - المعاملات :

وفي المعاملات رأيان : رأي الجمهور ، ورأي الحنفية .

- أما الجمهور : فيرى أن عدم الصحة في المعاملات قسم واحد كما هو الشأن في العبادات ، فغير الصحيح في المعاملات لا فرق فيه بين الباطل والفساد ، فالقسمة ثنائية .

- ويرى أصوليو الحنفية : أن القسمة ثلاثية في المعاملات ، فالعقد غير الصحيح ينقسم إلى باطل وفساد ، فإن كان الخلل في أصل العقد أي في ركن من أركانه بأن كان في الصيغة أو العاقلين أو المعقود عليه كان العقد باطلاً لا يترتب عليه أثر شرعي .

وإن كان الخلل في وصف من أوصاف العقد بأن كان في شرط خارج عن ماهيته وأركانه كان العقد فاسداً ، وترتبت عليه بعض آثاره .

وعلى هذا يكون بيع المجنون باطلاً ، وأما البيع بثمن غير معلوم ففساداً ، فالبيع الباطل لا يترتب عليه أثر ، وأما البيع الفاسد فإنه يفيد الملك للمشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع .

وبذلك يتميز لدى الحنفية العقد الفاسد عن العقد الباطل :

فالعقد الباطل : (هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، ولا يترتب عليه أثر) .

والعقد الفاسد : (هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، وتترتب عليه بعض الآثار) .

وهكذا نجد أصوليي الحنفية يتفقون مع الجمهور في أن القسمة ثنائية في العبادات حيث لا فارق فيها بين الباطل والفاسد ، ولكنهم يخالفونهم في المعاملات حيث يرون أن القسمة ثلاثية ، أي إن العقد إما صحيح أو فاسد أو باطل ، فهم يفرقون بين البطلان والفساد ؛ فإن كان الخلل في ركن من أركان العقد وقع العقد باطلاً ، ولا يترتب عليه أثر ، وإن كان الخلل في وصف من الأوصاف كان العقد فاسداً وترتبت عليه بعض الآثار^(١) .

* * *

(١) التوضيح ج ٢ / مباحث الحكم .

المبحث الرابع الأحكام المشروعة

280 - الأحكام المشروعة التي شرعها الله لعباده قسمان :

آ - عزيمة ، ب - ورخصة .

آ - فالعزيمة : (اسم لما هو أصل من المشروعات غير متعلق بالعوارض) أو (ما ثبت ابتداءً بإثبات الشرع حقاً له) وهي أربعة :

١ - فريضة^(١) : وهي ما ثبت بدليل لا شبهة فيه ولا يحتمل زيادة ولا نقصاناً فيه كـ (الإيمان والأركان الأربعة أي الصلاة والصوم . . . إلخ) .

٢ - وواجب : وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة فلا يكفر جاحده بخلاف الأول^(٢) .

٣ - وسنة : وهي الطريقة المسلوكة في الدين وهي نوعان :

- سنة هدى : وتاركها يستوجب إساءة كـ (الجماعة والأذان) .

- وسنة زوائد : وتاركها لا يستوجب إساءة كـ (سَيْر النبي ﷺ في لباسه وقعوده وقيامه) .

٤ - وَفَضْل : وهو ما يُثاب على فعله ، ولا يعاقب على تركه ، مثل : (الزائد على الركعتين للمسافر عند الجمهور) .

(١) وحكمه اللزوم علماً وتصديقاً في القلب وعملاً بالبدن حتى يكفر جاحده ويفسق تاركه بلا عذر .

(٢) وحكمه : اللزوم عملاً لا علماً على اليقين حتى لا يكفر جاحده ويفسق تاركه إذا تركه استخفافاً لا متأولاً .

281 - وأما الرخصة :

(فهي التي بُنيت على أعذار العباد) أو (ماتغير عسره إلى يسر لعارضٍ عذرٍ من العباد) وهي أربعة أنواع :

- نوعان من الحقيقة أحدهما أحق من الآخر .

- ونوعان من المجاز أحدهما أتم من الآخر .

ودونك التفصيل :

282 - نوعا الحقيقة :

١ - الأول : ما استُبيح مع قيام المحرّم وقيام حكمه جميعاً كـ(المكره على إجراء كلمة الكفر) فإنه رُخص له إجراؤها على اللسان بشرط أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان ، وكذا إفطاره في رمضان وإتلافه مال الغير ، وترك الخائف على نفسه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتناول المضطر مال الغير .

وحكمه : أن الأخذ بالعزيمة أولى حتى لو صَبَرَ وقتل كان شهيداً .

٢ - الثاني : ما استبيح مع قيام السبب لكن الحكم تراخى عنه كـ(إفطار المسافر) .

وحكمه : أن الأخذ بالعزيمة أولى لكمال سببه ، وهو شهود الشهر إلا أن يُضعفه الصوم .

- والأول أحق من الثاني .

283 - نوعا المجاز :

١ - الأول : ما وُضع عنا من الإصر^(١) والأغلال تحقيقاً وتكريماً مما كان في الشرائع السابقة من الأمور الشاقة كـ(قطع الأعضاء الخاطئة ،

(١) الإصر : هو الأعمال الشاقة والأحكام المغلظة ، والأغلال هي المواثيق اللازمة ملازمة الغل .

وقرض مواضع النجاسة ، وقتل النفس بالتوبة ، وعدم جواز الصلاة في غير المسجد ، وعدم التطهير بالتيميم . . .) ، فسمي ذلك رخصة مجازاً ؛ لأن الأصل وهو العزيمة لم يبق مشروعاً .

٢ - والثاني : ما سقط عن العباد مع كونه مشروعاً في الجملة كـ(قصر الصلاة في السفر ، وسقوط الحرمة للخمر ، والميتة في حق المضطر والمكره) فمن حيث إنه سقط أصلاً كان مجازاً ، ومن حيث إنه بقي مشروعاً في الجملة أشبه حقيقة الرخصة .

فكان النوع الأول من نوعي المجاز أتم من الثاني .

* * *

الفصل الثالث

المحكوم فيه وما يتعلّق به

التعريف بالمحكوم به وبيان أقسامه
نظرية التكليف عند الأصوليين والفقهاء

المبحث الأول

التعريف بالمحكوم به وبيان أقسامه

284 - آ - المحكوم به :

(هو فعل المكلف الذي تعلق به خطاب الشارع)^(١)

ب - أقسامه :

هذا ؛ والمحكوم به أربع أقسام :

- ١ - حقوق الله تعالى خالصة ٢ - وحقوق العباد خالصة ٣ - وما اجتمع فيه حق الله وحق العبد ، وحق الله فيه غالب ٤ - وما اجتمع فيه حق الله وحق العبد ، وحق العبد فيه غالب .

ودونك التفصيل :

285 - ١ - أما حقوق الله تعالى الخالصة :

فهي ما يتعلق به النفع للعالم فلا يختص بأحد ونسب إلى الله سبحانه تعظيماً .

وهي ثمانية أنواع :

- ١ - عبادات خالصة : مثل الإيمان وفروعه ، وهي ثلاثة أنواع :
 - آ - أصول : وهي التصديق في الإيمان ، وأصالته لأنه لا يقبل السقوط .
 - ب - ولواحق : وهي الإقرار في الإيمان لأنه في الأصل دليله فالحق به ، والصلاة والصوم والزكاة ونحوها في فروعه .

(١) التلويح ج ٢ ص ١٥٠ ، ويقال للمحكوم فيه : محكوم به أيضاً .

ج - وزوائد : وهي النفل والسنن والآداب لأنها شُرعت مكمّلات للفرائض زيادةً عليها .

٢ - وعقوبات كاملة : أي لا يشوبها معنى آخر ، كالحدود كـ(حد الزنا والسرقة وشرب الخمر) شرعت لصيانة الأنساب والأموال والعقول .

٣ - وعقوبات قاصرة : كـ(حرمان الميراث بالقتل) ؛ كونه عقوبةً لأنه غرم . وكونها قاصرة لأنه لا يتصل بالبدن ألم .

٤ - وحقوق دائرة بين العباداة والعقوبة : كالكفارات فيها معنى العباداة لأنها تؤدّى بالصوم والتحرير والإطعام ، ومعنى العقوبة لأنها لم تجب مبتدأةً جزاءاتٍ للأفعال .

٥ - وعبادة فيها معنى المؤنة^(١) : كـ(صدقة الفطر) فيها معنى العباداة لتسميتها صدقة ، ومعنى المؤنة لوجوبها عليه بسبب رأس غيره لا رأسه .

٦ - ومؤنة فيها معنى العباداة : كالعُشر مؤنة باعتبار تعلقه بالأرض ، وفيه معنى العباداة باعتبار أن مصرفه الفقراء .

٧ - ومؤنة فيها معنى العقوبة : كـ(الخراج) فهو مؤنة باعتبار تعلقه بها ، وفيها معنى العقوبة لما فيه من الذل ؛ لأن الزراعة عمارة الدنيا وربما كان فيها معنى الإعراض عن الجهاد في سبيل الله .

٨ - وحق قائم بنفسه : أي وجب لله تعالى بذاته من غير أن يكون له سبب يجب باعتباره على العبد كـ(خُمس الغنائم والمعادن) فإن الجهاد حق لله تعالى ، فكانت الغنائم المصاية به حقاً خالصاً لله تعالى كذلك ، لكن أوجب سبحانه أربعة أخماسه للغانمين منةً عليهم ؛ لأن العبد لا يستحق بعمله لمولاه شيئاً ، فلم يكن الخمس حقاً لزمنا أداؤه طاعةً لله تعالى ، بل حق إستبقاه لنفسه وأمرنا بصرفه .

(١) المؤنة : هي الثقل اهـ .

286 - ٢ - حقوق العباد :

وهي كـ(بدل المتلفات والمغصوبات ، والدية ، وملك النكاح ، وملك المبيع ، والثلث ، وغيرها) .

287 - ٣ - ما اجتماع فيه وحق الله غالب :

وهو كحد القذف ؛ فالقذف مشتمل على حق العبد لأنه شرع لصيانة عرضه ، ولذا شُرطت الدعوى ، ومشتمل كذلك على حق الله تعالى لأنه زاجر ، والزواج شرعت صوناً للمجتمع الإنساني عن الفساد ، ولذا يستوفيه الإمام ، وغلب حق الله لأنه لا يسقط بعفو العباد حين يصل الأمر للإمام .

288 - ٤ - ما اجتماع فيه وحق العبد غالب :

وهو كـ(القصاص) فيه حق الله تعالى لأنه جزاء الفعل في الأصل ، وجزاءات الأفعال حق الله تعالى وفيه حق العبد ، وغلب حق العبد لجريان الإرث والعفو والاعتياض بالمال .

289 - ج - أقسام الحقوق الأربعة :

هذا ؛ وإن هذه الحقوق لتتنقسم إلى أصل وخلف :

فالإيمان أصله التصديق والإقرار ، ثم صار الإقرار أصلاً مستتبداً خلفاً عن الإيمان الذي هو التصديق والإقرار ، وذلك في أحكام الدنيا ، حتى يحكم بإيمان مَنْ أكره على الإسلام وإنْ عُدِم منه التصديق ، ثم صار أداء أحد الأبوين الإيمان في حق الصغير خلفاً عن أدائه لعجزه فيجعل مسلماً ، ثم صار تبعية أهل الدار خلفاً عن تبعية الأبوين في إثبات الإسلام للصغير إذا دخل دارنا ولم يكن معه أحد أبويه .

هذا ؛ والخلافة لا تثبت إلا بعبارة النص أو إشارته أو دلالة أو اقتضائه ، فإنَّ الخلف يثبت بما يثبت به الأصل ، والأصل لا يثبت بالرأي بل بما ذكرنا

فكذا الخلف .

وشرط كونه خلفاً عن الأصل عدم الأصل للحال على احتمال الوجود ليصير السبب منعقداً للأصل فيصح الخلف ، ثم بالعجز عن الأصل يتحول الحكم إلى الخلف .

أما إذا لم يحتمل الأصل الوجود فلا يكون موجباً للخلف ؛ لأنه لم ينعقد السبب موجباً للأصل ، ويظهر ذلك في يمين الغموس ، وذلك لأنه حينما لم ينعقد السبب موجباً للأصل وهو البر لم ينعقد موجباً للخلف وهو الكفارة ، فلا يكون يمين الغموس موجباً للكفارة عند الحنفية^(١) .



(١) انظر : نور الأنوار لملاحيون بحاشية قمر الاقمار / مباحث الحكم .

المبحث الثاني

نظرية التكليف عند الأصوليين والفقهاء

290 - تمهيد :

في فقه الشريعة الإسلامية التَّزُّ قضايا ذات خُطورة لم يُفرِّدها علماؤنا القدامى رضوان الله عليهم يوماً ما بالبحث المستقل ، بل نثروا جزئياتها في ثنايا كتبهم ومباحثهم الفقهية نثراً يهون على أمثالهم من الجهابذة لَحْظُهُ وتَصَوُّره .

ولكن ذلك أصبح في زماننا يقتضي استقراء هذه المباحث من فقهاء العصر ، واستخلاص الضوابط والمعايير من ثنايا الأوراق والأسفار ، وصوغ الكليات من عشرات الجزئيات في قوالب العصر ، وهذه مهمة الفقهاء المعاصرين اليوم للإفادة من هذا الفقه الشامخ ، والطَّود الراسخ ، وهذا وأمثاله هو ما رفع من قدر بعض الفقهاء والمتأخرين من المحققين كـ(العلامة ابن عابدين وأضرابه) رحمهم الله تعالى ورضي عنهم .

ومن هذه القضايا التي وجدت المكتبة الفقهية والقانونية اليوم بحاجة إلى دَرْسها وصوغها صياغةً جديدةً قضيةً التكليف في الشرع الإسلامي ؛ ما هي معايير الضابطة ؟ وما مدى استيعاب هذه المعايير لجزئيات البحث ومفرداته ؟ وما النتائج العملية التي نقطفها من هذا كله ؟ .

وجدتني مسوقاً بدافع عفوي إلى كتابة هذه المقولات متتبعاً باحثاً منقّباً في عشرات المصادر والمراجع الفقهية والأصولية عن المادة العلمية المشتتة في بطون هذه الأسفار ، حتى إذا ما اجتمع لي منها مقدار صالح جمعت الشبيه إلى الشبيه والنظير إلى النظير ، وقعدت القواعد ، واستخلصت الضوابط ، وخرجت من ذلك كله بهذه المعايير الدقيقة لا أدعي فيها الحصر ، وإنما أقول : إنها أهم المعايير الضابطة لقواعد التكليف الإسلامي وحسبي أنني

فتحت بذلك باباً لمن بعد من الباحثين ، والعلم لا يكون طفرة ولا يولد كاملاً ، وإنما يضيف كل باحث إلى من قبله شيئاً ، ومن هذه الأشياء يتكوّن العلم ، على أني لم أجد من سبقني الى هذا البحث على هذه الشاكلة ، وذلك من فضل الكريم الوهاب ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا ﴾ [النساء: ١١٣] .

جعلت هذه الدراسة على مدخل ومقصد وخاتمة ، وعقدت المدخل على التعريف بالتكليف وبيان أقسامه بالجملة وشروطه ، ثم كسرت المقصد على خمسة معايير ضابطة استخلصتها من أُمات كتب الفقه المقارن والمذهبي وأصول الفقه والقواعد الشرعية الفقهية وجدتها أُمات المعايير ما بعدها فرع عنها ، وأما الخاتمة فكانت النتائج التي جنيهاها من هذه المقولات في عالم الفقه والقانون .

المطلب الأول : التعريف بالتكليف :

291 - التعريف بالتكليف :

(آ) التكليف لغةً : جاء في لسان العرب ؛ [كَلَّفَهُ تَكْلِيفًا أَي أَمَرَهُ بِمَا يَشُقُّ عَلَيْهِ ، وَتَكَلَّفْتُ الشَّيْءَ ؛ تَجَشَّمْتُهُ عَلَى مَشَقَّةٍ وَعَلَى خِلَافٍ عَادَتِكَ] ثم قال : (ويُقال : حملت الشيء تَكْلِيفَةً إِذَا لَمْ تُطْقِهِ إِلَّا تَكْلِيفًا) ثم قال ابن سيده : كَلَّفَ الْأَمْرَ وَتَكَلَّفَهُ ؛ تَجَشَّمَهُ عَلَى مَشَقَّةٍ وَعُسْرَةٍ ، قال أبو كبير :

أزهيرُ، هل عن شَيْبَةٍ من مَصْرَفٍ أم لا خلودٌ لباذلٍ مُتَكَلِّفٍ [(١)] وقالوا : [تَكَلَّفَ الْأَمْرَ ؛ تَحَمَّلَهُ عَلَى مَشَقَّةٍ ، وَكَلَّفَ فَلَانًا تَكْلِيفًا ، أَمَرَهُ بِمَا يَشُقُّ عَلَيْهِ وَفِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] .

(١) ر : لسان العرب ج ٩ ص ٣٠٧ .

والتكليف بالأمر ؛ فرضه على من يستطيع القيام به ، والأمر بما يشق على الإنسان ، والكلفة ما تتكلفه على مشقة (ج) كُلف ، والمكلف المُلزم بما فيه مشقة ^(١) ، وجاء في الآيات البيّنات [هو إلزام ما فيه كلفة] ^(٢)

292 - ب) والتكليف اصطلاحاً :

يرجع التكليف عند الأصوليين إلى ما يُسمّى لديهم بالحكم التكليفي ، وحّدّه عندهم : (خطاب الله تعالى المتعلّق بفعل العبد بالافتضاء أو التّخيير) ^(٣) أو (ما يقتضي طلب الفعل أو تركه أو التّخيير بين الفعل والترك) فيخرج بذلك الحكم الوضعي وهو (ما يقتضي جعل شيء سبباً لشيء أو ركناً له أو شرطاً أو مانعاً منه) ^(٤) .

المطلب الثاني : أقسام التكليف :

293 - أقسام التكليف عند الجمهور والحنفية :

الحكم التكليفي عند الجمهور خمسة أقسام ؛ وعند الحنفية سبعة ، فأقسامه عند الجمهور ؛ الفرض ، والمندوب ، والمباح ، والمكروه ، والحرام .

فقد نظر الأصوليون في أنواع الخطاب الشرعي التكليفي فوجدوها بالاستقراء خمسة :

١ - الأول : ما يُطلب به فعل غير كف طلب حتماً ، وهذا سموه إيجاباً نحو قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ ﴾ [البقرة : ١٩٩] وأثر الإيجاب في الفعل الوجوب .

(١) القاموس الفقهي : ٣٢٣ .

(٢) الآيات البيّنات لابن قاسم العبادي ج ١ ص ٧٣ .

(٣) ر : التوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها ، والإسنوي شرح المنهاج ج ١ ص ٧١ وما بعدها .

(٤) ر : أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا زكي الدين شعبان ص ٢٠٨ .

٢ - الثاني : ما يُطلب به الكفُّ عن الشيء طلباً حتماً وهذا سَمَوُه تحريماً ، نحو قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهَرُهَا ﴾ [الإسراء : ٢٣] و ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] وأثر التحريم في الفعل الحرمة .

٣ - الثالث : ما يُطلب به فعل غير كف طلباً غير حتم ، وعدم التحريم يُستفاد من قرائن تحتف بالطلب فتصرفه عن كونه للإيجاب نحو قوله تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] صَرَفَه عن الإيجاب قوله تعالى في آخر الآية : ﴿ فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلَئِمَّا الَّذِي آوَى أَوْ تَمَنَّ أَمْنَةً وَلَيْتَ اللَّهُ رَبَّهُ ﴾ وسموا هذا ندباً ، وسموا صفة الفعل التي هي أثر الخطاب كذلك ندباً .

٤ - الرابع : ما يُطلب به الكف عن فعل طلباً غير حتم ، وعدم التحريم كذلك يُستفاد من قرائن تحتف بالطلب فتصرفه عن كونه للتحريم ، نحو قوله تعالى : ﴿ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾ [الجمعة : ٩] فهذا بمنزلة : (لا تبيعوا) صرفه عن التحريم أن النهي إنما هو لأمر خارج عن المنهي عنه ، وسموا هذا كراهة ، وكذلك سموا صفة الفعل التي هي أثر ذلك الخطاب .

٥ - الخامس : ما يُخَيَّر فيه الشارع بين أن يفعل وأن لا يفعل ، وسموا هذا الخطاب إباحة ، وكذلك سموا صفة الفعل ، وعُدَّ المباح من الحكم التكليفي من باب التغليب ^(١) .

هذا ؛ وجعل الحنفية الاقتضاء الحتم للفعل غير الكف نوعين بحسب الطريق الذي علمنا به الخطاب ؛ فإن كان طريقاً يفيد العلم كـ (التواتر) كان الطلب فرضاً ، وإن كان يفيد الظن كـ (خبر الآحاد) كان الطلب إيجاباً ، وهذا فرق حقيقي لا لفظي له من الآثار الفقهية فروع كثيرة لديهم .

كما جعلوا الاقتضاء الحتم للكف قسمين باعتبارهم المتقدم ؛ فما ثبت

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع : ج ١ ص ١٢٣ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ٥٨ ، إرشاد الفحول ص ٦ .

بطريق قاطع تحريمٌ ، وما ثبت بطريق مظنون كراهةٌ تحريم ، فصارت الأحكام التكليفية عندهم سبعة لا خمسة ؛ وبهذا تكون أفعال المكلف : (واجبةٌ ، ومفروضةٌ ، ومندوبةٌ ، وحراماً ، ومكروهةٌ كراهة تحريم ، ومكروهةٌ كراهة تنزيه ، ومباحةٌ) .

ووافق جمهور الحنفية على تقسيم الطلب حتماً إلى فرض وإيجاب في الحج فقط باعتبار ما روي عن الشارع في بعض أفعال الحج أن تركها مفسد له فسميت أركاناً ، وفي بعضها أن تركها غير مفسد ويجبر بدم فسميت واجبات ، والناس كلهم في ذلك سواء ^(١) .

المطلب الثالث :

294 - شروط صحة التكليف بالفعل :

يُشترط في الفعل الذي يصح شرعاً التكليف به ثلاثة شروط :

١ - أولها : أن يكون معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يستطيع المكلف القيام به كما طُلب إليه ، وعلى هذا فنصوص القرآن المجملّة أي التي لم يبين المراد منها لا يصح تكليف المكلف بها إلا بعد أن يلحق بها بيان الرسول ﷺ وقد اتفق الأصوليون على أنه لا يسوغ تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه .

٢ - وثانيها : أن يكون معلوماً أن التكليف به صادر ممن له سلطان التكليف وممن يجب على المكلف اتباع أحكامه ؛ لأنه بهذا العلم تتجه إرادته إلى أمثاله ، والمراد بعلم المكلف بما كلف به إمكان علمه به لا علمه به فعلاً ؛ فمتى بلغ الإنسان عاقلاً قادراً على أن يعرف الأحكام الشرعية بنفسه أو بسؤال أهل الذكر عنها عدّاً عالماً بما كُلف به ونفذت عليه الأحكام وألزم بآثارها

(١) ر : التوضيح لحل غوامض التنقيح مع حاشية التلويح للسعد ج ٢ ص ١٣٠ وما بعدها ، والآيات البينات لابن قاسم العبادي ج ١ ص ٧٣ وما بعدها ، وأصول الفقه للخضري ص ٣٩ وما بعدها ، ونظرية القاعدة القانونية للدكتور عبد المنعم فرج الصّدة ص ١١٩ وما بعدها ، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ٢٤٧ وما بعدها .

ولا يُقبل منه الاعتذار بجهلها ، ولهذا قال الفقهاء : (لا يُقبل في دار الإسلام عذر الجهل بالحكم الشرعي) (١) .

٣ - وثالثها : أن يكون الفعل المكلف به ممكناً أو أن يكون في قدرة المكلف أن يفعله أو أن يكف عنه .

ويتفرع عن هذا الشرط أمران :

أ - أحدهما : أنه لا يصح شرعاً التكليف بالمستحيل : سواء أكان مستحيلاً لذاته أم مستحيلاً لغيره : فالمستحيل لذاته - أي المستحيل عقلاً - هو ما لا يتصور العقل وجوده ك(الجمع بين الضدين) مثل : (إيجاب الفعل وتحريمه في وقت واحد على شخص واحد) ، والمستحيل لغيره أو المستحيل العادي ما يتصور العقل وجوده ولكن ما جرت سنن الكون ولا العادة المطردة بوجوده ك(طيران الإنسان في الهواء بلا طائفة) لأن ما لا يتصور وجوده عقلاً أو عادة لا يمكن المكلف فعله وهو ليس في وسعه ، والله لا يكلف نفساً إلا وسعها .

ب (وثانيهما : أنه لا يصح شرعاً تكليف المكلف بأن يفعل غيره فعلاً أو يكف غيره عن فعل ، لأن فعل غيره أو كف غيره ليس ممكناً له هو ، بل كل ما يكلف به الإنسان مما يخص غيره هو النصح والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وكذلك لا يصح شرعاً أن يُكلف الإنسان بأمر من الأمور الجبلية للإنسان التي هي مسببات لأسباب طبيعية لا كسب للإنسان فيها ولا اختيار ك(الانفعال عند الغضب) ونحوها .

وإذا ورد في بعض النصوص ما يدل ظاهره على أن فيه تكليفاً بما ليس مقدوراً للإنسان من هذه الأمور فهو ليس على ظاهره ، ويتحقق النظر فيه يتبين أنه تكليف بما هو مقدور .

(١) ابن الملك وابن العيني ص ٣١٧ .

ومثل ذلك قوله ﷺ : « لا تغضب » ^(١) فالمراد اضبط نفسك حين الغضب وكفها عن آثاره السيئة .

وهكذا كل ما ورد من أمثال هذه النصوص فهو مؤول بأن التكليف فيه إما ورد على : ما يلحق الأمر الطبيعي ويترتب عليه من آثار أو على ما يسبقه من بواعث ودوافع ، وهذه اللواحق والسوابق أمور كسبية للإنسان وفي مقدوره . هذا ؛ ولا ينبغي أن يتبادر إلى الذهن من اشتراط أن يكون الفعل مقدوراً للمكلف لصحة التكليف به شرعاً أن هذا يستلزم أن لا تكون في الفعل أية مشقة على المكلف ؛ لأنه لا منافاة بين كون الفعل مقدوراً وكونه شاقاً ، وكل ما يُكلف به الإنسان لا يخلو من نوع مشقة ؛ لأن التكليف هو الإلزام بما فيه كلفة ونوع مشقة .

295 - فالمشقة نوعان :

أ- النوع الأول : مشقة جرت عادة الناس باحتمالها وهي في حدود طاقتهم ؛ فالتكاليف الشرعية لا تخلو عن مشقات من هذا النوع فيها صعوبة ولكنها محتملة والمداومة عليها لا تلحق بمن داوم عليها ضرراً ولا أذى ، والشارع ما قصد بالتكاليف هذه المشقات التي تلابسها وإنما قصد بها المصالح المترتبة عليها .

مثال ذلك : (الصلاة والزكاة والصيام وسائر التكاليف الشرعية) .

ب- والنوع الثاني : مشقة خارجة عن معتاد الناس ، ولا يمكن أن يدوموا على احتمالها ؛ لأنهم إن فعلوا ابتؤوا وانقطعوا ونالهم الضرر والأذى في

(١) « لا تغضب » .

أخرجه الأئمة : البخاري وأحمد والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والحاكم وأبو يعلى عن جارية بن قدامة رضي الله عنه .

وانظر كنز العمال ج ٣ .

أنفسهم وأموالهم أو أي شأن من شؤونهم كـ (المشقة في صوم الوصال) مثلاً .
وقد شرع الله أحكام الرخص عند طرء الأعذار دفعاً لهذا النوع من المشقة
كـ (حل الفطر في رمضان للمسافر والمريض) .

فالمشقة التي من هذا النوع إذا كان يجلبها نفس العمل المكلف به فقد
دفعها الله بتشريع الرخص . وإذا كان يجلبها المكلف على نفسه بإرادته فقد نهاه
الله عن ذلك وحرمه عليه فقد ورد الحديث : « إن المنبت لا أرضاً قطع ولا
ظهراً أبقي »^(١) وحكم بإثم من ترك الرخص مطلقاً واستمسك بالعزيمة محتملاً
ما فيها من ضرر لا يطيقه ينتج عنه نتائج سيئة في دينه ودنياه فقال ﷺ : « ليس
من البر الصيام في السفر »^(٢) .

المطلب الرابع :

296 - أبرز المعايير الضابطة للتكليف في الفقه :

- من استقراء النصوص التشريعية وعلل الأحكام نستطيع أن نزعم أننا
توصلنا إلى أبرز المعايير الضابطة للتكليف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ،
وأنها خمسة معايير أصلية ولكل منها معايير فرعية نجملها فيما يلي ؛ ودونك
التفصيل :

١ - التكليف منوط بشروطه المعتمدة في الفعل والمكلف ، وبالدليل في
الشرع ، وبالعلة لدى المجتهد .

(١) « إن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقي » .

قال الدارقطني ليس فيه حديث ثابت ، ورجح البخاري في تاريخه إرساله عن ابن المنكدر
رحمه الله تعالى .

(٢) « ليس من البر الصيام في السفر » .

متفق على أصله من حديث جابر رضي الله عنه بلفظ : « الصوم » وانظر تلخيص الحبير ج ٢
ص ٢١٧ وأصل الحديث قول جابر : « كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فرأى زحاماً ورجلاً قد ظلل عليه
فقال : ما هذا ؟ قالوا : صائم ، فقال : ليس من البر الصوم في السفر » .

- ٢ - الأصل العام في التكليف العبودية الاضطرارية لله ومصالح العباد .
- ٣ - مبنى التكليف اليسر ، وسمته العامة التوسط ، ومزيتة الرئيسة المرونة .
- ٤ - الأصل في التكليف الإباحة ولدى التعارض بلا دليل يقدّم التحريم .
- ٥ - موارد الأحكام ومآلات الأفعال معتبرة شرعاً^(١) .

297 - ١ - المعيار الأول مناط التكليف :

(التكليف مَنْوُطٌ بشروطه المعتبرة في الفعل والمكلف ، وبالدليل في الشرع ، وبالعلّة لدى المجتهد) .

معلوم أن الشرط : (هو ما يلزم من عدمه العدم - أي عدم الحكم أو عدم السبب - ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم)^(٢) أو هو : (الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه) .

وشروط التكليف بالفعل لدى الفقهاء والأصوليين ثلاثة شروط متفق عليها ، وهناك رابع مختلف فيه ؛ ودونك التفصيل :

١ - يشترط أن يكون الفعل معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يتصور قصده إليه ويستطيع أدائه على الوجه المطلوب منه ، فكل فعل مجمل في خطاب الشارع لا يصح التكليف به إلا بعد بيان حقيقته وأركانه وشروطه ومقداره ووقته^(٣) .

٢ - أن يعلم المكلف طلب الله للفعل حتى يعدّ طاعةً وامتثالاً لأوامر الله ،

(١) المعيار الخامس تقدم البحث عنه في مبحث سد الذرائع فنجل القارىء الكريم إلى الجزء الأول من هذا الكتاب (الأدلة المختلف فيها) .

(٢) إرشاد الفحول ص ٦ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ٦٨ .

(٣) المستصفى : ج ١ ص ٥٥ ، روضة الناظر ج ١ ص ١٤٥ ، حاشية البنانى على جمع الجوامع ج ١ ص ٥٤ ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ٥٨ .

والمراد بذلك إمكان علمه لا علمه بالفعل ، ويتحقق هذا بوجوده في دار الإسلام مكلفاً شرعاً .

٣- أن يكون الفعل ممكناً بحيث يستطيع الإنسان أن يفعله وأن يتركه ، لأن تكليف ما ليس بالوسع ليس من الحكمة ، وهو ما يعبر عنه بالقدرة ، وهي محل اتفاق الأصوليين^(١) وهما قدرتان ؛ ممكنة وميسرة ، ويترتب على هذا الشرط ما يأتي :

آ- أنه لا يصح التكليف بالمستحيل عند الجمهور سواء أكان مستحيلاً لذاته أم لغيره ولهم على ذلك أدلة مبسطة في كتب الأصول^(٢) ، وقال جمهور الأشاعرة : (يجوز التكليف بالمستحيل مطلقاً وأدلتهم تُنظر في المطوّلات)^(٣) ما عدا نوع من المستحيل لغيره يجوز التكليف به ووقوعه إجماعاً .

ب (لا يصح شرعاً تكليف الإنسان بأن يفعل غيره فعلاً أو يكف غيره عن فعل إلا ما ورد به النص الصحيح كـ(الحجّ عن الغير) ؛ لأنه ليس ممكناً له .

جـ (لا يصح شرعاً التكليف بالأمر الجبليّة التي لا كسب للإنسان فيها ولا اختيار كـ(ميل القلب نحو بعض الزوجات أكثر من بعض مع العدل في المعاملة) وما ورد من بعض النصوص الشرعية التي يدل ظاهرها على التكليف بمثل ذلك فهي مصروفة عن ظاهرها .

بقي علينا ؛ شروط التكليف في المكلف ، وهي شرطان^(٤) على الراجح :

الأول : أن يكون المكلف قادراً على فهم دليل التكليف ، وذلك يكون بالبلوغ عاقلاً .

الثاني : أن يكون المكلف أهلاً للتكليف .

(١) ر : تسهيل الوصول ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) المعتمد ج ١ ص ١٧٧ ، مرآة الأصول ج ١ ص ١٢٣ .

(٣) شرح المحلي على جمع الجوامع ج ١ ص ١٤٧ وشرح الإسنوي ج ١ ص ١٨٥ ، والإبهاج ج ١ ص ١٠٧ .

(٤) المستصفى ج ١ ص ٥٤ وما بعدها ، المعتمد ٣٦٤ ، مُسلم الثبوت ج ١ ص ١٠٨ .

والأهلية في اللغة : (الصلاحية) والأهلية تتحقق بالعقل والفهم ، والعقل هو مناط القدرة على الفهم لجميع الأفراد .

والأهلية قسمان ؛ أهلية وجوب وأهلية أداء ، فأهلية الوجوب : (هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وأساس ثبوتها الحياة) وأهلية الأداء : (هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يُعتد به شرعاً ، وأساس ثبوتها التمييز)^(١) ، أما أدوار الأهلية وحالاتها وعوارضها فتتظر في ما سيأتي من مباحث الأهلية في هذا الجزء من هذا الوجيز^(٢) .

298 - أما ربط التكليف بالأدلة فذلك واضح لدى أصوليي الحنفية في أدلة الحكم التكليفي عندهم .

جاء في حاشية نسمات الأسحار ما يلي : (إن الأدلة السَّمعية أربعة ؛ قطعي الثبوت والدلالة كـ(نصوص القرآن المفسرة المحكّمة والسنة المتواترة التي مفهومها قطعي) وبه يثبت الفرض ، وقطعي الثبوت ظني الدلالة كـ(الآيات المؤوَّلة) وعكسه أي ظني الثبوت قطعي الدلالة كـ(أخبار الآحاد التي مفهومها ظني) وبه تثبت السنيّة ، والحرام في مرتبة الفرض ، والمكروه تحريماً في مرتبة الواجب ، وتنزيهاً في مرتبة المندوب)^(٣) .

299 - بقي هنالك ربط الحكم التكليفي بالعلّة لدى المجتهد ، فهذا مما يغفل عنه كثيرون ممن لم يتفقهوا في الشريعة ، ولأُمّهّد بين يدي البحث أقول :

العلّة : في اللغة : (اسم لما يتغير حال الشيء بحصوله فيه) وفي اصطلاح علماء الشريعة : (يُطلق على المعنى المناسب لتشريع الحكم)

(١) ر : كشف الأسرار على أصول البزدوي مجلد ٢ ص ١٣٥٧ ، ومراة الأصول : ج ٢ ص ٤٣٥ ، والتقريب

والتحجير : ج ٢ ص ١٦٤ ، وحاشية نسمات الأسحار ص ٢٧٢ .

(٢) وانظر الوسيط ج ١ ص ١٦١ .

(٣) ر : نسمات الأسحار لابن عابدين ص ٢٢ .

كـ(المشقة في السفر) وعلى الثمرة أو المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم
كـ(دفع الحرج أو المشقة المترتب على إباحة الفطر في رمضان للمسافر) وعلى
الوصف الظاهر المنضبط الذي يشتمل على المعنى المناسب للحكم ، بمعنى
أن وجوده مظنة لوجوده ، وعدمه مظنة لعدمه كـ(السفر للفطر في رمضان) .

إلا أن الأصوليين خصوا الوصف الظاهر المنضبط الذي يشتمل على
المعنى المناسب للحكم باسم (العلة) وسمّوا كلاً من المعنى المناسب للحكم
والثمرّة التي تترتب على تشريع الحكم (بالحكمة) .

فإذا أُطلقت العلة فالمراد بها عند الأصوليين : (الوصف الظاهر المنضبط
المشتمل على المعنى المناسب للحكم) كـ(السفر والبيع والقتل العدوان) .
وإذا أُطلقت الحكمة فالمراد بها عندهم أحد أمرين :

١) الأول ؛ المعنى المناسب للحكم كـ(المشقة في السفر ، وحاجة
الناس إلى التبادل في البيع ، وضياح النفوس في القتل العدوان) .

٢) الثاني ؛ الثمرة أو المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم كـ(دفع
المشقة الذي يترتب على إباحة الفطر في رمضان للمسافر ، وكحصول المنفعة
الذي يترتب على جواز البيع ، وكحفظ النفس الذي يترتب على تحريم القتل
العدوان) .

ومن يتتبع كلام الأصوليين في بحوث العلة يجدهم يتفقون على جواز
التعليل بالوصف الظاهر المنضبط الذي يشتمل على المعنى المناسب ، ويختلفون
في التعليل بالحكمة نظرياً على ثلاثة أقوال :

المنع مطلقاً ، والجواز مطلقاً ، واشتراط الظهور والانضباط في الحكمة
ومنع التعليل بها إن كانت خفية مضطربة .

وهذا الخلاف إنما هو في جواز التعليل بالحكمة نظرياً فقط ، أما التعليل
بها فعلياً فإنهم متفقون على أنه لم يقع في الشرع ؛ لأن التعليل الواقعي مقصور
على الأوصاف الظاهرة دون الحكم ، وذلك بسبب خفائها وعدم انضباطها في

كثير من الأحكام ، وبذلك قرر الأصوليون أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدمًا مع عللها لا مع حكمها ، على معنى أن الحكم يوجد حيث توجد علته ولو تخلفت حكمته وينتفي حيث تنتفي علته ولو وجدت حكمته .^(١)

300 - وتفرّع عن ذلك فروع : منها :

أن من كان مسافراً في رمضان سافراً شرعياً (١٦ فرسخاً أو ما يُساويها من الكيلات) جاز له الفطر وقصر الرباعية لوجود علة الجواز وهي السفر وإن انتفت الحكمة وهي المشقة بأن كان لا يجد في السفر مشقة كـ (الملِك المُتَرَف) ومن لم يكن مسافراً في رمضان ولا مريضاً ومن في حكمهما لا يُباح له الفطر وإن كان يجد من الصوم أقصى مشقة كـ (الخباز والوقّاد) ونحوهما لانقضاء علة الجواز وهي السفر أو المرض ولو وُجدت الحكمة وهي المشقة .

هذا ؛ وسمّوا العلة هذه التي بنوا عليها الحكم مَظَنَّةً بمعنى أنها وصف ظاهر منضبط في نفسه ومشتمل على الحكمة - بمعنى أنه مظنة لها وأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها ، ويجعل هذا الأمر علةً للحكم ويربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ، وبذلك يمكن معرفة الأحكام وعللها والقياس عليها ، وسمّوا الحكمة مِثْلَةً^(٢) .

301 - تذييل :

ذكرت في طالعة البحث مجمل المعايير الضابطة للتكليف وحصرتها بخمسة ، وأردفت بالحديث على وجه التفصيل عن المعيار الأول والأهم وهو (التكليف منوط بشروطه المعتبرة في المكلف ، وبالدليل في الشرع ، وبالعلة لدى المجتهد) ، وتوسعت في مبحث العلة والحكمة ومدى ربط الأحكام بهما في الفقه الإسلامي أو ما يُسمّى لدى الأصوليين بالمَظَنَّة والمِثْلَةُ .

(١) ر : أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا زكي الدين شعبان ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) ر : المصدر السابق ص ١٣١ . وما بعدها ، وإرشاد الفحول ص ١٨٢ ، والإحكام للآمدي ج ٣ ص ١٢ ، وكشف الأسرار ج ٣ ص ٣٦٦ وما بعدها وج ٤ ص ١٩٩ وما بعدها .

وبقي من الحديث عن المعيار الأول هذا قاعدة كلية هي : (درجة الحُكْم التكليفي تتبع الدليل ، فالأصل أن كلاً من الافتراض والتحریم لا يكونان إلا بالنص القطعي أو الإجماع دون الاجتهاد) وعلى هذا قرر فقهاء الحنفية : أن الحرام لا يجوز إطلاقه إلا على ما ثبتت حرمة بنص قطعي الثبوت قطعي الدلالة من متواتر أو مشهور النص التشريعي ذي الدلالة القاطعة أو إجماع معتد به ، فإذا نزلت درجة الدليل عن هذا قيل مكروه تحريماً أو تنزيهاً تبعاً لقوة ذلك الدليل .

وتأسيساً على ذلك حُرِّمَت الخمر حرمةً قاطعةً من حيث كُره الدخان واختلّف في كراهته لدى الفقهاء وبعضهم أباحه لعدم ثبوت الدليل المُكْرَه ، والذي رجحه العلامة ابن عابدين اختلاف الحكم بين الكراهة والإباحة بحسب ضرره على صاحبه أو عدم ضرره ، ومدى ذلك الضرر فكأنه ناط الحكم بالعلّة وهي الضرر للمرتفق به ، فمتى وُجد الضرر مُنع ومتى لم يُوجد لم يُمنع^(١) ، وإذا تَحَقَّق الضرر لصاحبه كره تحريماً وهي أعلى درجة للمنع في غير المنصوص عليه ما ثبت حكمه بالاجتهاد^(٢) .

302- ٢ - المعيار الثاني من المعايير الضابطة للتكليف في الفقه الإسلامي :

(مَبْنَى التَكْلِيف الْيُسْر ، وَسَمْتُهُ الْعَامَةُ التَّوَسُّط ، وَمَزِيَّتُهُ الرَّئِيسَةُ الْمَرْوَنَةُ) .

أما دليل كون مبنى التكليف اليسر فهو أن الله عز وجل وَضَعَ هذه الشريعة حنيفة سهلة سمحة حفظ فيها على الخلق قلوبهم وحَبَّبَها لهم فلو عملوا على خلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كُفِّفُوا بما لا تَخْلُصُ به أعمالهم ، ففي

(١) انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٢٠٥ وما بعدها بعد كلام طويل ، ورسالتنا لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن بالقانون وأصوله (ابن عابدين وأثره في الفقه) ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٢) غير أن الدخان في أدنى درجاته لا يخلو عن تنن رائحة إذا سُئِمَ عدم حصول الضرر بتناوله فيأخذ حكم البصل والثوم لما قرره العلامة ابن عابدين رحمهم الله تعالى في حاشيته على الدر ، قلت : (غير أن الضرر أضحى اليوم مقطوعاً به فانتقل الحكم إلى الكراهة التحريمية والله أعلم) .

حديث الحَوْلَاء بنت ثُوَيْت حين قالت له عائشة رضي الله عنها : هذه الحولاء بنت ثويت زعموا أنها لا تنام الليل فقال ﷺ : « لا تنام الليل ؟ خذوا من الأعمال ما تطيقون ، فوالله لا يسأم الله حتى تسأموا »^(١) والآثار على ذلك كثيرة .
ولذلك قَرَّر الأصوليون أن (شرط التكليف القدرة الممكنة وكماله القدرة الميسرة)^(٢) .

ثم إن الأصل في المأمور الاستطاعة دون المنهي عنه ، فالأصل فيه الترك بإطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »^(٣) قلت : وهذا اليسر يُسَّر متوسط فيه من المشقة ما يدخل تحت طَوْق المرء ووسعه دون شَطَط ولا وَكَس وهو المسمَّى في الكتاب (بالوسع) ، وعلى هذه المسألة انعقدت قاعدة (رفع الحرج) .

أما كَوْن التَوْسُطِ سمةَ التشريع العامة فيُترجم عنه كلام العلامة ابن القيم فيقول ما خلاصته : (دينُ الله بين الغالي فيه والجافي عنه ، والوادي بين الجبلين ، والهدى بين الضاللتين ، وقد جعل الله هذه الأمة الوسط في جميع أبواب الدين ، وسط في الملل) وقال : (بل نسلك مسلك العدل والتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط وكذلك لا تجد أهل الحق دائماً إلا وسطاً بين طرفي الباطل)^(٤) .

وأما كَوْن المزيّة الرئيسة للتشريع الإسلامي المرونة فأية ذلك ؛ أن نصوص الشريعة حوت أمهات الحلول للمشكلات ، وتركت للفقهاء بعد ذلك التخريج على هذه الحلول والاشتراع منها ، ومن ذلك الحديث الشريف : « وما رآه

(١) أخرجه الستة بلفظ : « خذوا من الأعمال » وفي رواية للثلاثة والنسائي : « عليكم من الأعمال » وفي كلتا الروایتين : « لا يمل » ، ورواية مسلم : « لن يمل » .

(٢) انظر : حاشية قمر الأقيمار على شرح نور الأنوار .

(٣) رواه الشيخان وأخرجه النووي في الأربعين .

(٤) انظر مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة لابن القيم ج ٤ ص ١٤٨ وما بعدها .

وانظر الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٣٠٤ وما بعدها .

المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١) والحديث : «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي»^(٢) ، وما جاء من كلام سيدنا عمر رضي الله عن : (كلما أحدث الناس شؤناً أحدثنا لهم حدوداً) أي أحكاماً تفي بوقائعهم ، والإحداث هنا بمعنى الإظهار لأن الفقيه المجتهد لا يوجد حكماً بل يظهره ، وموجد الحكم هو على الحقيقة الحاكم وهو الله عز وجل .

303 - وبعد ؛

فما ينبغي على هذا المعيار الثاني من القواعد ما أذكر هنا باختصار وأحيل القارئ الكريم على كتب القواعد الفقهية الكلية كـ (الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي ، والأشباه والنظائر للسيوطي ، والقواعد لابن رجب الحنبلي) وغيرها مما هو معروف لدى الباحثين :

- ١ - العبرة للغالب ، والمغلوب لا حكم له .
- ٢ - المشقة تجلب التيسير .
- ٣ - اليقين لا يزول بالشك .
- ٤ - ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن .
- ٥ - الأصل في الأشياء الإباحة الأصلية ما لم يقم عليه دليل مغاير إلا في مسائل تُنظر في مظانها .

304 - ٣ - المعيار الثالث من المعايير الضابطة للتكليف في الفقه الإسلامي :

(الأصل العام في التكليف العبودية الاختيارية لله عز وجل أولاً ، وإقامة المصالح الدنيوية والأخروية للعباد على وجه كُلِّي ثانياً) .

(١) أخرجه الإمام أحمد موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه .

(٢) رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح من حديث أبي نجيح العرياض بن سارية رضي الله عنه مرفوعاً .

ومعنى ذلك أن المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبد لله اضطراراً .
وكذلك ما تقرر من أن مقصد الشرع إقامة المصالح الدنيوية والأخروية للعباد على وجه كُلي .

ولا تنافي بين القصدين ، إنما المطلوب معرفة الفرق بين القَصْدَيْن حتى تميز المباحث الخاصة بكل منهما ، فالنوع الثاني معناه وَضْعُ نظام كافل للسعادة في الدنيا والآخرة لمن تمسك به ، والأول معناه أن الشارع يطلب من العبد الدخول تحت هذا النظام والانقياد له لا لهواه .

والذي يهمنا في هذا البحث النوع الأول^(١) ، والدليل على ذلك :
أولاً : النص الصريح على أن العباد خُلِقُوا للتعبد لله والدخول تحت أمره ونهيه كقوله تعالى : ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾^(٢) [الذاريات : ٥٦]
إلى غير ذلك من الآيات الآمرة بالعبادة على الإطلاق ، وبتفاصيلها على العموم ، فذلك كله راجع إلى الرجوع إلى الله بالانقياد إلى أحكامه دائماً وهو معنى التعبد لله .

ثانياً : مادّل على ذم مخالفة هذا القصد ، من النهي عن مخالفة أمر الله وذم من أعرض عن الله وإيعادهم بالعذاب العاجل من العقوبات الخاصة بكل صنف من أصناف المخالفات ، والعذاب الآجل في الآخرة .

وأصل ذلك اتباع الهوى والانقياد إلى طاعة الهوى والانقياد إلى طاعة الأغراض العاجلة والشهوات الزائلة ، فقد جعل الله اتباع الهوى مضاداً للحق وعدّه قسيماً له ، وحصر الأمر في شيئين ؛ الوحي وهو الشريعة ، والهوى ، فلا ثالث لهما ، فهما متضادان ، وكل موضع ذكر الله تعالى فيه الهوى فإنما جاء به في معرض الذم له ولمتبعيه ، فقصد الشارع الخروج عن اتباع الهوى

(١) لأن النوع الثاني المذكور آنفاً سيأتي الكلام عليه وإياها في (فلسفة التشريع الإسلامي) في آخر هذا الكتاب .

(٢) انظر في النوع الثاني من إقامة الشريعة على مصالح العباد الموافقات ج٢ ص٣ وما بعدها ، وإعلام الموقعين ج٣ ص١٤ وما بعدها .

والدخول تحت التعبد للمولى ، قال تعالى : ﴿ فَأَمَّا مَنْ طَغَى ﴿٣٧﴾ وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴿٣٨﴾ فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى ﴿٣٩﴾ ﴾ [النازعات : ٣٧ - ٣٩] وقال في قسيمه : ﴿ وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى ﴿٤٠﴾ فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى ﴿٤١﴾ ﴾ [النازعات : ٤٠ - ٤١].

ثالثاً : ما عُلِمَ بالتجارب والعادات من أن المصالح الدنيوية والدينية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى والمشي مع الشهوات لما يلزم من ذلك من التهاجر والتقاتل والهلاك الذي هو مضاد لتلك المصالح ، وهذا معروف لديهم بالتجارب والعادات المستمرة وبمقتضى العقل الناضج المجرب والحصيف المحنك ، ولذلك اتفقوا على ذم من اتبع شهواته ، وسار حيث سارت به حتى إن من تقدّم ممن لا شريعة له يتبعها أو كانت له شريعة دَرَسَتْ كانوا يقتضون المصالح الدنيوية بكفّ كل من اتبع هواه في النظر العقلي عندهم ، وما اتفقوا عليه إلا لصحته لديهم ، واطراد العوائد أن هذا الكف يترتب عليه ما أرادوا من إقامة المصالح الدنيوية ، وهي التي يسمونها السياسة المدنية ، فهذا أمر تَوَارَدَ النقل والعقل على صحته في الجملة ، وهو أظهر من أن يُستدل عليه فلا يصح أن يُقال : إن الشريعة وضعت على مقتضى تَشَهُّي العباد وأغراضهم بل على مقتضى المصلحة التي يراها الشارع ، فإن اتفق للمكلف فيه غَرَضٌ موافق وهوىٌ باعث على مقتضى الأمر أو النهي فبالعَرَضِ لا بالأصل ، قال تعالى : ﴿ وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَكُوتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾ [المؤمنون : ٧١] حتى المباح لم يدخل تحت اختيار المكلف إلا من حيث كان قضاءً من الشارع وحيثُ يكون اختياره تابعاً لوضع الشارع ، وغرضه مأخوذاً من تحت الإذن الشرعي لا بالاسترسال الطبيعي ، وهذا هو عين إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً بعد كونه عبداً له اضطراراً .

305 - وينبني على ذلك قواعد ثلاث :

الأولى : أن كل عمل كان المتَّبِع فيه الهوى بإطلاقٍ من غير التفاتٍ إلى الأمر أو النهي أو التخيير فهو باطل بإطلاقٍ لأنه خلاف الحق بإطلاقٍ ، وكل

فعل كان المتَّبِع فيه بإطلاق الأمر أو النهي أو التخيير فهو صحيح وحق لأنه قد أتى به من طريقه الموضوع له ووافق فيه صاحبه قصد الشارع ، وأما إذا امتزج الأمران فكان معمولاً بهما فالحكم للغالب والسابق أي الأقوى في الحمل على الفعل والذي سبق إلى النفس منهما ، وعلامة الفرق بين القسمين تحرّي قصد الشارع وعدم ذلك .

الثانية : أن اتباع الهوى طريق إلى المذموم وإن جاء في ضمن المحمود ؛ لأنه إذا تبين أنه مضاد بوضعه لوضع الشريعة فحيثما زاحم مقتضاها في العمل كان مُخَوِّفاً .

الثالثة : أن اتباع الهوى في الأحكام الشرعية مظنة لأن يحتال بها صاحبه على أغراضه فتصير كالألة المعدة لاقتناص أغراضه كـ (العبد المرائي) يتخذ الأعمال الصالحة سلماً لما في أيدي الناس ، ومن تتبّع مآلات اتباع الهوى في الشرعيات وجد من المفاسد كثيراً^(١) .

أمّا إقامة المصالح الدنيوية والأخروية للعباد فسيأتي الكلام عليه ، في مباحث الضروريات والحاجيات والتحسينيات فلتنظر ، وحسبنا هنا ما يقوله العلامة ابن القيم في إعلام الموقعين : (الشريعة مَبْنَاهَا وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد)^(٢) .

306 - ٤ - المعيار الرابع :

(الأصل في التكليف الإباحة ، ولدى التعارض بلا دليل يُقدّم التحريم) .

هذا المعيار يشتمل على قضيتين مُتَكَامِلَتَيْن هما :

١ - الأصل في التكليف الإباحة ، ٢ - وعند تعارض المباح والمحرم بلا مرجح يُقدّم التحريم .

(١) ر : الموافقات للشاطبي الغرناطي ج ٢ ص ١٦٨ وما بعدها في القسم الثالث من الكتاب وهو المقاصد .

(٢) انظر إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤ وما بعدها بتحقيق وتعليق المرحوم الشيخ محي الدين عبد الحميد .

أ - أما القضية الأولى : فهي مقولة الجمهور ؛ الشافعية ومن كان معهم ، وبعض الحنفية ك(صاحب الهداية والكرخي) إلا في مسائل ، وقول جمهور الحنفية : التوقف ؛ بمعنى أنه لا بد لها من حكم لكننا لم نقف عليه بالفعل^(١) ، وقال الشافعية : الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريم ، ويعضده قوله ﷺ : « ما أحلَّ الله فهو حلال ، وما حرَّم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً »^(٢) ويظهر أثر الخلاف في المسكوت عنه^(٣) ، ويتخرج على هذه القاعدة ما أشكل حاله .

واتفق فقهاء الحنفية والشافعية على الاستثناء من هذه القاعدة وهو : (الأصل في الأبضاع التحريم) فالأصل في النكاح الحظر وأببح للضرورة ، فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة ولهذا لا يجوز التحري في الفروج^(٤) ؛ بمعنى أنه امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات ؛ لأنه ليس أصلهن الإباحة وإنما جاز النكاح بصورة غير المحصورات رخصة من الله لئلا يُنسدَّ باب النكاح عليه ، ويتخرج على هذا الاستثناء فروع كثيرة .

ب - وأما القضية الثانية : فهي مقولة متفق عليها عند فقهاء مذاهب الأمصار لا تقبل الجدل ، وحقيقة من حقائق الفقه الإسلامي بشتى ينابيعه ومذاهبه ، وعلة ذلك تقليل النسخ ، والاحتياط^(٥) ، ومعنى ذلك : (ما اجتمع محرَّم ومبيح إلا غلب المحرَّم) : والعبارة الأولى لفظ حديث روي في هذا المعنى : « ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال »^(٦) ،

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية نزهة النواظر ص ٧٣ و ٧٤ .

(٢) رواه البزار والطبراني من حديث أبي الدرداء بسند حسن ، وله ألفاظ أخرى ورواه الطبراني عن أبي ثعلبة والترمذي وابن ماجه من حديث سلمان .

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠ وما بعدها .

(٤) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية نزهة النواظر ص ٧٤ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ وما بعدها .

(٥) انظر التحرير لابن الهمام وشرحه التقرير والتحجير لابن أمير الحاج عند باب التعارض ، وشرح ملاجيون على المنار بحاشية قمر الأقطار للكنوي .

(٦) ينظر تخريجه في الفقرة ذات الرقم (250) .

ومن فروعها : إذا تعارض المانع والمقتضي قُدِّم المانع ، ولذلك أمثلة كثيرة تتخرج على هذه القاعدة الجليلة ، وقد خُرِّجت عن قاعدة تقديم المانع على المقتضى مسائل تنظر في الأمّات^(١) .

ومثّل ذلك قرّر الشافعية ، قال ابن السبكي : هذه القاعدة في نفسها صحيحة ، وقال الجويني : لم يخرج عنها إلّا ما ندر كما رواه السيوطي في الأشباه^(٢) .

* * *

بقي هناك من شروط التكليف الاختيار ، واختلف الأصوليون في تكليف المُكْرَه ؛ فقال الإمام فخر الدين الرازي من الشافعية وأتباعه فقالوا : (إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء لم يتعلق به حكم ، وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً) وقال الغزالي في البسيط : (الإكراه يُسقط أثر التصرف عندنا إلا في خمس مواضع) ذكر منها خمسة ، وذكر النووي في تهذيبه مائة مسألة مستثناة لا أثر للإكراه فيها^(٣) عدّها في الأشباه للسيوطي وسرد منها زهاء سبعين صورة .

* * *

المطلب الخامس :

307 - نتائج البحث وثمراته :

من أهم نتائج هذا البحث قضيتان :

(عموم التكليف) ، (والأصل في الشرع عدم جواز النيابة في أداء التكليف) وهما من أبرز خصائص نظرية التكليف في الشريعة .

(١) انظر الأشباه لابن نجيم بحاشية نزهة النواظر ص ١٣٠ وما بعدها ، والأشباه للسيوطي ص ١١٥ .

(٢) انظر الأشباه للسيوطي ص ١٠٥ و ١٠٦ وما بعدهما .

(٣) انظر الأشباه للسيوطي ص ٢٠٣ وما بعدها .

(أ) أما عموم التكليف ؛ فَمِنَ المسلّمات أن تكاليف الشريعة الإسلامية عامة شاملة لكل المكلفين ، لا يتوجّه الخطاب بها إلى بعض الناس دون بعض ، ولا يستثنى منها كبير عند الناس ولا صغير . والدليل على ذلك أمور ؛

١ - النصوص الكثيرة : كقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾ [سبا : ٢٨] وقوله تعالى : ﴿ قُلْ يَتَّيِبُهَا لِنَاسٍ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ﴾ [الأعراف : ١٥٨] وقوله تعالى : ﴿ يَتَّيِبُهَا لِنَاسٍ أَتَقْنُوا رَبِّكُمْ ﴾ [النساء : ١] وقوله ﷺ فيما صح عنه : « وكان النبي يُبعث إلى قومه خاصة ، وبعثت إلى الناس عامة » أخرجه البخاري ، ولو كان بعض الناس خارجاً عن دائرة التكليف في حكم من أحكام الشريعة لكان الرسول غير مرسل إليه بهذا الحكم ، فلا تكون له رسالة عامة ، وهذا نقض للنصوص المذكورة .

٢ - أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد جميعاً : ولا تكون كذلك إلا إذا كانت عامة ، فلو صح لبعض الأفراد أن يخرج من عمومها لم تكن محققة لمصلحتها ، فلا تكون موضوعة لمصالح الكافة .

٣ - إجماع المسلمين في كل العصور على عمومها إجماعاً لا يجرؤ مسلم على إنكاره ، فهو من المعلوم من الدين بالضرورة .

وبهذا ؛ كانوا يعمدون أفعال الرسول ﷺ حجةً فيما يماثلها من الأفعال في كل العصور ، ويقيسون أعمال اللاحقين على أعمال السابقين .

وليس المراد بعموم الشريعة أن يتساوى آحاد الناس في التكليف من كلّ وجه ، فيطالب كلّ منهم بأفراد الأحكام ، بل معناه أن كل من تحققت فيه شروط التكليف يتحمل من أعبائه مثل ما يتحمل نظيره ، وكل من انتفى عنه شرط من شروط التكليف يسقط عنه من التكليف مثل ما يسقط عن نظيره .

ولا ينافي هذا العموم خروج الصبيان والمجانين ونحوهم من دائرة التكليف ، لأنه مبني على حكم العقل بعدم إمكان تكليفهم .

وكذلك لا ينافيه ^(١) ما صدر من المشرّع نفسه من التخصيص فإنه لم يقع

(١) انظر الموافقات ج ٢ ص ١٦٩ ، وأصول التشريع الإسلامي ص ٣٦٦ وما بعدها .

إلا في حوادث جزئية دعت إليها ضرورة الإنشاء والتدرج في التكليف قبل تمام الشريعة واستقرارها وانتهت كلها بانتهاء عهد التشريع الأول ، وبهذه القاعدة الكلية يُردُّ على الزنادقة المسقطين للتكليف عن بعض الناس بُحجة وصولهم ومعرفتهم بالله ، وهذا باطل فالمعرفة بالله خشيته وعبادته .

ب) وأما كون الأصل في الشرع عدم جواز النيابة في أداء التكليف ؛ فلأن التكليف الشرعية بحد ذاتها إصلاح للنفس الإنسانية وعلاج لها من الجموح وهذا يتوجَّه إلى كل نفس على حدة ، ومثل ذلك لا يقبل النيابة ، لكن ما من عام إلا وقد خُصَّ ، وما من قاعدة إلا ولها استثناء ، وإذا جاء نص من الشارع استحساناً بالاستثناء عدلنا عن القياس إلى الاستحسان لأنه إما لقياس خفي أو لضرورة ومصلحة ، مثل : الحج عن الغير ثبت بحديث الخثعمية^(١) ولولاه لما صح العدول عن القياس وهو عدم جواز الحج عن الغير فتركناه للنص ، وهو استحسانٌ من الشارع الحكيم ، ولهذا أمثال في الشريعة ونظائر فلتُنظر في مظانها .

* * *

(١) ينظر تخريجه في الفقرة ذات الرقم (١٤٧) .

الفصل الرابع المحكوم عليه وما يتعلّق به

التعريف بالمحكوم عليه وبيان شروط تكليفه شرعاً
عوارض الأهلية
الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية

المبحث الأول التعريف بالمحكوم عليه وبيان شروط تكليفه شرعاً

308 - آ - تعريفه :

المحكوم عليه : (هو المكلف الذي تعلق حكم الشارع بفعله) .

309 - ب - شروط تكليفه شرعاً :

ويُشترط في المكلف لصحة تكليفه شرعاً شرطان :

١ - أحدهما : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف بأن يكون في استطاعته أن يفهم النصوص الشرعية التي يُكلف بها من القرآن والسنة بنفسه أو بالوساطة ؛ لأن من لم يستطع فهم دليل التكليف لا يمكنه أن يمثل ما كُلف به ولا يتجه قصده إليه ، والقدرة على فهم دليل التكليف إنما يتحقق بالعقل ويكون النصوص الشرعية التي يُكلف بها العقلاء في متناول عقولهم ففهمها ؛ لأن العقل هو أداة الفهم والإدراك ، وبه تتوجه الإرادة إلى الامتثال ، ولما كان العقل أمراً خفياً لا يُدرك بالحس الظاهر ؛ ربط الشارع التكليف بأمر ظاهر يُدرك بالحس هو مَظَنَّة للعقل وهو البلوغ ، فمن بلغ الحلم من غير أن تظهر عليه أعراض خلل بقواه العقلية فقد توفرت فيه القدرة على أن يُكلف .

ولذا قال أصوليو الحنفية : العقل معتبر لإثبات الأهلية إذ الخطاب لا يفهم بدونه ، وخطاب من لا يفهم قبيح ، لكنه لا يقع له الكفاية بحال فلا بد من توفيق إلهي .

وقالت الأشعرية : لا عبرة للعقل أصلاً دون السمع ؛ أي لا مدخل له في

معرفة حسن الأشياء وقبحها ولا في إيجاب شيء وتحريمه ، وإذا جاء السمع
فله العبرة دون العقل ، واحتجوا لقولهم بقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى
نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء : ١٥] فنفي العذاب قبل البعثة فانتفى حكم الكفر .

وقالت المعتزلة : إن العقل علة موجبة لما استحسنه ، محرمة لما استقبحه
على القطع فوق العلل الشرعية ، فلم يثبتوا بدليل الشرع ما لا يُدرکه العقل ،
وجعلوا الخطاب متوجهاً بنفس العقل ، وقالوا : لا عذر لمن غفل في الوقف
عن الطلب وترك الإيمان ؛ أي إذا عقل صغيراً كان أو كبيراً يجب عليه طلب
الحق والاستدلال لوجود مناط التكليف . واحتجوا بقصة سيدنا إبراهيم عليه
السلام حين قال لأبيه في قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَرَدْتَ أَنْ قَوْلُكَ فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ ﴾
[الأنعام : ٧٤] وكان قبل الوحي ولو لم يكن العقل حجةً لكانوا معذورين ولما
كانوا في ضلال مبين .

وتظهر ثمرة الخلاف في مسألتين :

١ - مسألة من لم تبلغه الدعوة : فقالت المعتزلة فيه : إذا لم يعتقد إيماناً
ولا كفرةً كان من أهل النار لوجود الموجب للإيمان وهو العقل ، وقالت
الأشعرية : إن غفل عن الاعتقاد حتى هلك أو اعتقد الشرك ولم تبلغه الدعوة
كان معذوراً .

وقال أصوليو الحنفية :

إنه غير مكلف بمجرد العقل ، وإذا لم يعتقد إيماناً ولا كفرةً كان معذوراً
إذا لم يجد مدة يتمكن فيها من الاستدلال على معرفة الله تعالى بأن بلغ على
شاهق جبل ومات من ساعته ، وأما إذا أعانه الله تعالى بالتجربة وأمهله لدرك
العواقب لم يكن معذوراً وإن لم تبلغه الدعوة ، لأن الإمهال إلى إدراك مدة
التأمل بمنزلة الدعوة في حق تنبيه القلب ، وإذا لم يحصل له معرفة بعد هذه
المدة كان لاستخفافه بالحجة ، فلا يكون معذوراً .

٢ - والمسألة الثانية : مسألة إيمان الصبي العاقل ، فقد أبطله الأشاعرة
لعدم ورود الشرع به وعدم اعتبار عقله كـ(إيمان صبي لا يعقل) ، وقالت

المعتزلة : الصبي العاقل مكلف بالإيمان ، وقال أصوليو الحنفية : يصح إيمان الصبي العاقل لأن مناط التكليف أدنى ما يطلق عليه العقل ، وحدة الأذهان تكون في الصبيان في أول نشوئهم لكنه ليس مكلفاً به ، حتى إذا عقلت المراهقة ولم تصف الإيمان بعدما استوصفت وهي تحت زوج مسلم بين أبوين مسلمين لم تجعل مرتدة ولم تبين من زوجها ، ولو بلغت كذلك لبانت من زوجها ، فُعلم أنها غير مكلفة بالإيمان قبل البلوغ وإن كان يصح منها .

٢ - والشرط الثاني : أن يكون أهلاً لما كُلف به .

والأهلية لغة : (الصلاحية) وفي اصطلاح أصوليي الحنفية : تنقسم إلى قسمين : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .

310 - أ - فأهلية الوجوب هي :

(صلاحية المكلف لوجوب الحقوق الشرعية له وعليه) وهي بناء على قيام الذمة^(١) في المكلف ، والآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب فلو انقلب طفل ابن يوم على مال إنسان كـ(قارورة) مثلاً فأُتلفه يضمن إجماعاً^(٢) .

311 - ب - وأهلية الأداء هي :

(صلاحية المكلف لأن تُعتبر شرعاً أقواله وأفعاله) فأهلية الأداء إذن هي المسؤولية وأساسها في الإنسان التمييز بالعقل ، ومظنة تمامه البلوغ .

312 - أ - حالات الإنسان بالنسبة لأهلية الوجوب :

الإنسان بالنسبة لأهلية الوجوب له حالتان :

١ - فقد تكون له أهلية وجوب كاملة إذا صلح لأن تثبت له حقوق وتجب

(١) أي أهلية الوجوب لا تثبت إلا بعد وجود ذمة صالحة وهي محل الوجوب ، والذمة في اللغة : العهد وفي الشرع (نفس لها عهد سابق) والمراد بالنفس ما يشير إليه كل أحد بقوله : (أنا) وبالعهد السابق (العهد الذي عاهد الإنسان ربه يوم الميثاق) اهـ ابن الملك ص ٣٣٣ وعرفها الأستاذ الزرقا بقوله : (الذمة وعاء اعتباري في المكلف يسع ما له وما عليه) اهـ ؛ نظرية الالتزامات العامة في الشريعة الإسلامية .

(٢) إن كان له مال ففي ماله وإلا ففي مال وليه كما قرر الفقهاء .

عليه واجبات ، وهذه تثبت لكل إنسان من حين ولادته ، فهو في طفولته وفي سن تمييزه وبعد بلوغه على أية حال كان له أهلية وجوب كاملة .

٢ - وقد تكون له أهلية وجوب ناقصة : إذا صلح لأن تثبت له حقوق لا لأن تجب عليه واجبات أو بالعكس ، ومثلوا للأول : بالجنين في بطن أمه فإنه تثبت له حقوق لأن يرث ويوصى له مثلاً ولكن لا تجب عليه غيره واجبات ، فأهلية الوجوب الثابتة له ناقصة ، ومثلوا للثاني : بالميت إذا مات مديناً فإنه تبقى عليه حقوق دائنيه .

ومنهم من اعتبر الميت فاقد أهلية الوجوب الكاملة والناقصة مطلقاً .

313 - ب - حالات الإنسان بالنسبة لأهلية الأداء :

الإنسان بالنسبة لأهلية الأداء له حالات ثلاث :

١ - فقد يكون عديم الأهلية للأداء أصلاً ، أو فاقدها أصلاً كـ (الطفل في زمن طفولته ، والمجنون في أي سن كان) فكل منهما لكونه لا عقل له لا أهلية أداء له ، وكل منهما لا تترتب آثار شرعية على أقواله ولا على أفعاله ، فعقوده وتصرفاته باطلة ، غاية الأمر إذا جنى أحدهما على نفس أو مال يؤاخذ مالياً لا بدنياً ، فإذا قتل الطفل أو المجنون أو أتلف مال غيره ضمن دية القتل أو ما أتلفه ، ولكنه لا يقتص منه ، وهذا معنى قول الفقهاء : (عمد الطفل أو المجنون خطأ) لأنه ما دام لا يوجد العقل لا يوجد القصد فلا يوجد العمد .

٢ - وقد يكون ناقص الأهلية للأداء وتسمى أهليته حينئذ : (أهلية الأداء القاصرة) وهو المميز الذي لم يبلغ الحلم ، وهذا يصدق على الصبي في دور التمييز قبل البلوغ ، ويصدق على المعتوه ، فالمعتوه ليس مختل العقل ولا فاقده ولكنه ضعيف العقل ناقصه ، فحكمه حكم الصبي المميز ، وكل منهما لوجود أصل أهلية الأداء وثبوتها له بالتمييز تصح تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كـ (قبوله الهبات والصدقات دون إذن وليه) .

وأما تصرفاته الضارة بماله ضرراً محضاً كـ (تبرعاته وإسقاطاته) فلا تصح

أصلاً ولو أجازها وليه .

وأما تصرفاته الدائرة بين النفع له والضرر به فتصح منه ، ولكنها تكون موقوفة على إذن وليه بها ؛ فإن أجاز وليه العقد أو التصرف نفذ وإن لم يجزه بطل ، فصحة أصل هذه العقود والتصرفات من المميز أو المعتوه مبنية على ثبوت أصل أهلية الأداء له ، وجعلها موقوفة على إذن الولي مبني على نقص هذه الأهلية ، فإذا انضم إذن الولي أو إجازته إلى التصرف جُبر هذا النقص فاعتبر العقد أو التصرف من ذي أهلية كاملة^(١) .

٣- وقد يكون كامل الأهلية للأداء : وهو من بلغ بالحلم عاقلاً ، فأهلية الأداء الكاملة تتحقق ببلوغ الإنسان عاقلاً .

والأصل أن أهلية الأداء بالعقل ولكنها رُبِطت بالبلوغ ؛ لأن البلوغ مظنة العقل ، والأحكام تُربط بعلة ظاهرة منضبطة ، فالبالغ سواء كان بلوغه بالسنّ أو بالعلامات يُعدّ عاقلاً وأهلاً للأداء كامل الأهلية ما لم يوجد ما يدل على اختلال عقله أو نقصه .

هذا ؛ وليعلم أن أهلية الأداء القاصرة تَبْنِي على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر ، والكاملة تَبْنِي على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل .

* * *

(١) هذه الأقسام الثلاثة في حقوق العباد ، وهناك أقسام ثلاثة أخرى تشبهها في حقوق الله تعالى ، فحق الله تعالى إن كان حسناً لا يحتمل غيره كالإيمان وجب القول بصحته من الصبي بلا لزوم أداء لأنه نفع محض ، وإن كان قبيحاً لا يحتمل غيره كالكفر - حرمة حق الله تعالى - لا يُجعل عفواً فأبو يوسف لا يحكم بصحة ردّته منه في أحكام الدنيا لأنها تتمحض ضرراً ، وأبو حنيفة يحكم بصحة ردّته في الدنيا والآخرة ، وإن كان دائراً بين الأمرين كالصلاة يصح الأداء منه من غير لزوم عهدة ، أما كونه دائراً بين أن يكون حسناً وأن لا يكون فمعناه يحتمل أن يكون مشروعاً في بعض الأوقات والحالات دون البعض وأما كونه من غير لزوم عهدة فلا يلزمه الإتمام بالشروع والقضاء بالإفساد لأنه في صحة الأداء بلا لزوم تقع محض لأنه يعتاد أداؤها اهـ فتحصل أن هذه أقسام ستة ؛ ثلاثة في حقوق العباد وثلاثة في حقوق الله تعالى والله أعلم اهـ ، ر ؛ ابن العيني وابن المك ص ٣٣٦ .

المبحث الثاني عَوَارِضُ الْأَهْلِيَّةِ

تثبت أهلية الوجوب للإنسان بوصف إنسانيته ، فما دام حياً لا يعرض لهذه الأهلية ما يزيلها أو ينقصها .

أما أهلية الأداء فقد تعرض لها عوارض ؛ منها ماهو عارض سماوي ومنها ما هو عارض كسبي ، ودونك التفصيل :

314 - أ- عوارض أهلية الأداء السماوية :

هي كل ما ثبت من قبل صاحب الشرع بلا اختيار ولا كسب للعبد فيه ، ونسب إلى السماء ؛ لأنه خارج عن قدرة العبد وهالك تعدادها :

١ - الصِّغَرُ : (وهو أول أحواله كالجنون) لكن الصغير إذا عقل أصاب ضرباً من أهلية الأداء وهي (الأهلية القاصرة) وقد مر أنه توضع عنه العهدة^(١) فيما يحتمل العفو ، ويصح منه وله مالا عهدة فيه (أي ضرر) .

٢ - والجنون : (وهو آفة سماوية باعثة للإنسان على أفعال تنافي مقتضى العقل مطلقاً من غير ضعف في عامة أطرافه) وبه تسقط كل العبادات ، لكنه إذا لم يمتد^(٢) الحق بالنوم في الحكم .

(١) العهدة هنا معناها لزوم ما يوجب التبعية والمؤاخذة اهـ ابن الملك ص ٣٣٩ .

(٢) حد الامتداد : الجنون إما أن يكون ممتداً أو غير ممتد ، وكل منهما إما أصلي بأن يبلغ مجنوناً أو طارئاً بعد البلوغ ، فالجنون الممتد مطلقاً مسقط للعبادات ، والامتداد يختلف بحسب كل عبادة ، فالامتداد في الصلاة بأن يزيد على يوم وليلة بساعة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما ، وعند الإمام محمد رحمه الله بصيرورة الصلوات ستة ، وفي الصوم بأن يستغرق الجنون شهر رمضان ، وفي الزكاة بأن يستغرق الحول كله ، وعن أبي يوسف رحمه الله يكفي استغراق أكثر الحول لسقوط =

وقال الإمامان الشافعي وزفر : إن الجنون مسقط للعبادات كلها أي إنه مانع لوجوبها ، أصلياً كان أو فرعياً قليلاً كان أو كثيراً حتى إنه لو أفاق المجنون في بعض شهر رمضان لم يجب عليه قضاء ما مضى ، كـ(الصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم) وكذا إذا أفاق في اليوم لم يجب عليه قضاء ما فاتته من الصلوات ، وهذا الرأي يتمشى مع إطلاق حديث : « رفع القلم عن ثلاث » منها : « وعن المجنون حتى يفيق »^(١) .

٣- والعته بعد البلوغ : (وهو آفة سماوية توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلطاً يشبه بعض كلامه العقلاء وبعضه المجانين ، وكذا سائر أموره) . وهو كـ(الصبي مع العقل) في كل الأحكام حتى لا يمنع هذا العته صحة القول والفعل لكنه يمنع العهدة - أي إلزام شيء فيه مضرة - وأما ضمان ما استهلك من أموال فليس بعهدة^(٢) ، ويوضع عن المعتوه الخطاب والتكليف ويؤلّى عليه ولا يلي على غيره^(٣) .

= الزكاة ، وأما إذا كان الجنون غير ممتد فقال الحنفية : إذا كان طارئاً بعد البلوغ فلا يسقط العبادات قياساً على النوم والإغماء فيجب القضاء لعدم الحرج ، فإذا كان أصلياً فعند أبي يوسف : يكون مسقطاً كالجنون الطارئ وعند محمد : ليس بمسقط . اهـ التقرير ج ٢ ص ١٧٣ .

كشف الأسرار : ج ٢ ص ١٣٨٣ .

التلويح على التوضيح : ج ٢ ص ١٦٧ .

مرآة الأصول ج ٢ ص ٤٣٩ وما بعدها .

(١) عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن ثلاث ؛ عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق » .

ر: النسائي ؛ النكاح باب لا يقع طلاقه في الأزواج .

ور: البخاري ؛ كتاب الطلاق ٧١ ، باب الطلاق في الكره والسكران والمجنون / ١٠ .

(٢) وكون المستهلك صبيّاً معذوراً أو معتوهاً ينافي عصمة المحل اهـ العيني ص ٣٤٢ .

(٣) جاء في كتاب مقياس الذكاء للدكتور حسن عمر : (إن ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض ينتاب المخ كالجنون إذ المجنون شخص اعتراه مرض أثر في مخه فتغير هذا الشخص عن حالته الطبيعية ، وحصل له اضطراب في قواه العقلية كلها أو بعضها ، أما ضعف العقل فهو ذلك الشخص الذي نما مخه نمواً طبيعياً إلى حد ما ، ثم وقف عند هذا الحد ، ووقف هذا النمو يعتري الطفل في حياته الأولى إلى أن يبلغ الثانية عشرة ، هذا إذا كان ضعف =

٤ - والنسيان : (وهو معنى يعتري الإنسان بلا اختياره فيوجب الغفلة عن الحفظ) وقيل : (هو جهل ضروري لا مكتسب بما كان يعلمه مع علمه بأمور كثيرة لا بآفة)^(١) وهو لا يُنافي الوجوب في حقوق الله تعالى . لكن النسيان إذا

= العقل ناشئاً عن حالة وراثية . ورثها الولد عن والده ، فإذا وصل ولد إلى الثانية عشرة من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو مالم يعترضه عارض خارجي يؤثر في نمو عقله ، فضعيفو العقول ينقسمون إلى طبقات ثلاث : (١) ضعيفو العقول من المرتبة الدنيا ، وهم الأفراد الذين ليس في مقدورهم أن يعملوا عملاً ، فهم والطفل الذي بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعيفو العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الأفراد الذين يستطيعون أن يتعلموا قليلاً ، وأن يعملوا ما يكلفونه من أعمال تعلموها وأرشدوا إليها ، أو ربوا عليها من غير أن يتصرفوا في عملهم أدنى تصرف وإرادتهم كإدراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة ، (٣) ضعيفو العقل من المرتبة العليا ، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعليم الابتدائي ويتصرفون تصرفاً قليلاً فيما يوكل إليهم من الأعمال ، وإدراكهم يعادل إدراك صبي تتراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة) اهـ .

أقول : إن الإنسان في هذه الحالات الثلاث يكون معتوهاً لا مجنوناً ، وكذلك إذا مسه ضعف في عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأضعف إدراكه وأثر في مخه ، وأما المجنون فهو من يصاحب عدم إدراكه الكلي أو الجزئي اضطراب على المختار ، وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين ، معتوه غير مميز ، ومعتوه مميز ، وأنه في حال التمييز يلحق بالمجنون في أحكامه ، وفي حالة التمييز يلحق بالصبي المميز ، وهذا هو الموافق للفروع الفقهية الكثيرة ؛ غير أنه يلاحظ أن المعتوه إذا أطلق في الكتب الشرعية يراد به غالباً من هو في درجة الصبي المميز .

والحق أنه جاء في الكتب الفقهية لفظان لذلك : هما الجنون والعتة ، لكن لم يبينوا للناس أيهما حقيقة واحدة تحتها نوعان ، أم هما حقيقتان متغايرتان ؟ فقد اختلفت عبارتهم في ذلك اختلافاً عظيماً ، فالظاهر مما قاله علماء الأصول : أنهما متغايرتان وكذلك الشأن في كتب الفروع . لكنهم صرحوا في بعض الفروع بأن العتة نوع من الجنون ، وفسروه به في بعض المواضع ، كذلك صرح علماء الأصول بأن حكم المعتوه كحكم الصبي المميز لكن في بعض الفروع ما يدل صراحة على أن من العتة ما لا يدرك صاحبه كالصبي غير المميز ، ومنه ما يكون معه نوع إدراك كالصبي المميز ، وفرق بعضهم بين الجنون والعتة بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء ، والحقيقة واحدة ، وعلى ذلك :

إن فاقد العقل ، أو ناقصه ، أو مختله ، سواء أكان هذا الوصف ثابتاً له من فجر حياته أم بعد ولادته ، أم كان طارئاً عليه بعد بلوغه عاقلاً ، إن كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحاً ، وإن كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون ، وإن المعتوه قسمان : مميز وغير مميز ، هذا هو الذي يؤخذ من كلامهم ، وانظر أصول الفقه لأحمد إبراهيم بك / مباحث الأهلية .

(١) ر : ابن الملك ص ٣٤٢ .

كان غالباً في حق من حقوق الشرع يكون عفواً كما في الصوم والتسمية في الذبيحة ، ولا يجعل عذراً في حقوق العباد .

٥ - والنوم : (وهو عجز عن استعمال القدرة بفترة عارضة مع قيام عقله) .

فأوجب النوم تأخير الخطاب للأداء لعجزه عن فهم مضمون الخطاب ولم يمنع الوجوب لاحتمال الأداء لعدم امتداد النوم غالباً فلم يكن في وجوب القضاء حرج .

هذا ؛ والنوم يُنافي الاختيار أصلاً فتبطل عباراته كلها ولا يترتب عليها حكم شرعي .

٦ - والإغماء : (وهو ضرب مرض يضعف القوى ولا يزيل العقل) ، وهو كـ(النوم) بل هو أشد منه ، فتبطل عبارات المغمى عليه ، فكان حدثاً بكل حال خلافاً للنوم فليس يحدث في بعض الأحوال كـ(التمكن) . وقد يحتمل الإغماء الامتداد فيسقط به الأداء ويبطل الوجوب تبعاً للأداء .

٧ - والرق : (وهو عجز حكمي لا حقيقي شرع جزاء في الأصل وعقوبة للكفر ، لكنه في حال البقاء صار من الأمور الحكمية) أي ثابتاً بحكم الشرع حكماً من أحكامه من غير أن يُراعى فيه معنى الجزاء حتى يكون العبد رقيقاً وإن أسلم ؛ فبسبب الرق يصير المرء عرضة للتملك والامتهان . وهو وصف لا يتجزأ مثل : العتق^(١) الذي هو ضده ، وكذا الإعتاق لا يتجزأ عند الصاحبين خلافاً للإمام .

هذا ؛ والرق يُنافي المالكية للمال لقيام المملوكية مآلاً وهما ضدان ولا يُنافي مالكية غير المال كـ(ملك النكاح والدم والحياة) فلا يجتمعان . وينافي الرق كمال الحال في أهلية الكرامات الموضوعة للبشر في الدنيا

(١) العتق هو قوة حكمية يصير الشخص به أهلاً للمالكية والشهادة والولاية ، والإعتاق انفعال العتق فلا يتصور بدونه اهـ العيني ص ٣٤٤ .

كـ) (الذمة والولاية وحل استفراش الحرائر) ، والرق لا يؤثر في عصمة الدم^(١) تنقيصاً أو إعداماً والعبد فيه كالحر عند الحنفية ، وإنما يؤثر الرق في قيمة العبد إذا قُتل خطأ وقيمتة مثل الدية أو أكثر ينتقص عن الدية عشرة .

٨ - والمرض : (وهو هيئة غير طبيعية في بدن الإنسان يجب عنها بالذات آفة في الفعل ، أو حالة في البدن يزول بها اعتدال الطبيعة) .

وهو لا يُنافي أهلية وجوب الحكم وأهلية العبادة ، ولكنه لما كان سبب الموت - وهو عجز خالص - كان المرض من أسباب العجز فُشِرت العبادات عليه بقدر الإمكان من العبد .

ولما كان الموت علة خلافة الورثة والغرماء في المال كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض ، فيكون المرض من أسباب الحجر بقدر ما يتعلق به صيانة الحق ؛ إذا اتصل المرض بالموت حال كون الحجر مستنداً لأول المرض .

ولا يؤثر المرض فيما لا يتعلق به حق غريم أو وارث كـ) (النكاح بمهر المثل) وعلى هذا يصح في حال صدوره كل تصرف يحتمل الفسخ كـ) (الهبة والمحابة) ثم يُنقَضُ إن احتيج إليه باتصال المرض بالموت ، وما لا يحتمل الفسخ جُعِلَ كالمعلّق بالموت كـ) (الإعتاق إذا وقع على حق غريم أو وارث) بخلاف إعتاق الراهن حيث ينفذ ؛ لأن حق المرتهن في ملك اليد دون الرقبة .

٩ - ١٠ - الحيض والنفاس :

الحيض : (دم ينفضه رحم امرأة سليمة عن داء وصغر) .

والنفاس هو : (الدم الخارج عقيب الولد) وهما لا يُعدّمان الأهليتين لا أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء . لكن الطهارة للصلاة شرط وفي فوات

(١) عصمة الدم تثبت بإحدى عصمتين : عصمة مؤمنة وعصمة مقومة فالعصمة المؤمنة تثبت بالإيمان ، والعصمة المقومة بدار الإسلام حتى لو أسلم كافر في دار الحرب أثبتت له العصمة المؤمنة لا المقومة . حتى لو قتله قاتل يَأْتُم ولا دية ولا قصاص اهـ العيني ص ٣٤٧ .

الشرط فوت أدائها معهما ، ولما فات الأداء فات الوجوب ؛ لأن المقصود من الوجوب الأداء أو القضاء ولا سبيل إلى الأداء لما ذكر ولا إلى القضاء لاشتماله على الحرج لتضاعفها في مدتهما .

وجُعِلَت الطهارة عنهما شرطاً لصحة الصوم نصاً بخلاف القياس ، فلم يتعد إلى القضاء مع أنه لا حرج في قضاء الصوم .

١١ - والموت : (وهو عجز ليس فيه جهة القدرة بوجه) وهو يُنافي أحكام الدنيا مما فيه تكليف وإنما يبقى عليه المأثم . وكل ما شُرِعَ عليه من الأحكام فهو لحاجة غيره ، فإن كان حقاً متعلقاً بالعين كـ (المرهون والمستأجر والمغضوب) يبقى ببقائه - أي بقاء تلك العين - وإن كان ديناً لم يَبْقَ بمجرد الذمة حتى يُضم إليه مال أو ما يؤكّد به الذمم وهو ذمة الكفيل ، فذمة العبد الميت لا تحتل الدين بنفسها .

وإن كان المشروع حقاً شرع لأجله يبقى له ما ينقضي به الحاجة ، فيقدّم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي بعدهما ، ثم وجبت المواريث بطريق الخلافة عنه نظراً له فيُصرف إلى من يتصل به نسباً كـ (القراة) أو سبباً كـ (الزوجية) أو ديناً بلا نسب ولا سبب كـ (بيت المال) وهكذا يبقى من ملكه بعد موته ما يفي بحاجته .

وأما ما لا يصلح لحاجته كـ (القصاص) يثبت للورثة ابتداءً لحصول التشفي لهم دون الميت ، والسبب انعقد للميت ، وإذا انقلب مالاً بعفو بعض الأولياء أو بالصلح صار المال موروثاً ؛ يعني يثبت للمقتول أولاً ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة .

هذا ؛ وللميت حكم الأحياء في أحكام الآخرة وهي أربعة أنواع :

أ - ما يجب له على الغير من الحقوق المالية والمظالم .

ب - وما يجب عليه من الحقوق والمظالم .

ج - وما يلقيه من ثواب بوساطة الطاعات .

د - وما يلقاه من عقاب بوساطة المعاصي والتقصير في العبادات .
فله في جميع هذه الأحكام حكم الأحياء ؛ لأن القبر للميت في حكم
الآخرة كـ (المهد للطفل) من حيث إنه وضع للخروج .

315 - ب - عوارض أهلية الأداء المكتسبة :

(هي كل ما كان لاختيار العبد في حصوله مدخل) وهي أنواع :

١ - الجهل : (وهو معنى يضاد العلم عند احتماله عادةً) وهو أنواع :

أ - جهل باطل لا يصلح عذراً في الآخرة كجهل الكافر ، وجهل صاحب
الهُوى - أي البدعة - في صفات الله تعالى كـ (جهل المعتزلة) في الصفات فإنهم
أنكروها ، وكجهلهم في أحكام الآخرة كـ (جهلهم بالميزان والصراط وعذاب
القبر) لأنه مخالف للأدلة القطعية ، ومثل ذلك : جهل الباغي ؛ لأنه مخالف
للدليل الواضح في كون الإمام العدل على الحق وهذه الأقسام دون جهل
الكافر . وكذلك جهل من خالف في اجتهاده الكتاب والسنة كـ (الفتوى ببيع
أمهات الأولاد) أفى بذلك داود الأصفهاني ومن تابعه بحديث جابر قال :
« كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ » ^(١) وعند جمهورهم
لا يجوز ؛ للآثار المشهورة كقوله عليه الصلاة والسلام لمارية : « أعتقها
ولدها ، أيما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دُبر منه » ^(٢) .

ب - جهل في موضع الاجتهاد الصحيح بأن لا يكون مخالفاً للكتاب
والسنة أو في موضع الشبهة ، فيصلح بقسميه عذراً وشبهةً دائمةً للحد والكفارة .

(١) « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ لا نرى بذلك بأساً » .

أخرجه الإمامان أحمد والشافعي والنسائي وابن ماجه والبيهقي من حديث أبي الزبير .
وانظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ٢٤١ .

(٢) « أيما أمة ولدت من سيدها فهي مُعتقة عن دُبر منه » .

أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي بلفظ قريب منه وهو : « أيما امرأة
ولدت من سيدها فهي حرة عن دُبر منه » وانظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ٢٤١ .

فالأول الذي في موضع الاجتهاد الصحيح كـ(المحتجم) إذا أفطر على ظن أنها فطرته فهو جهل في موضع الاجتهاد ؛ لأن الإمام الأوزاعي أفطر المحتجم فسقطت الكفارة لهذه الشبهة .

والثاني الذي في موضع الشبهة كـ(من زنى بجارية والده) على ظن أنها تحل له لم يلزمه الحد ؛ لأنه جهل في موضع الاشتباه لأن الحال تشبه على الولد باعتبار اتصال الأملاك بينهما ، لكنه يأثم .

ج - الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر إلينا ، وهو عذر في الشرائع ، ويُلحق به جهل الشفيع بأن لا يعلم بيع دار له شفعة فيها ، فهو عذر ويثبت له حق الشفعة إذا أعلم بالبيع ، وكذا جهل الأمة المنكوحة بخيار العتق أو بالإعتاق ، وكذا جهل البكر البالغة بنكاح الولي ، وجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق بالوكالة وبالإذن أو بالعزل والحجر .

٢ - والسكر : (وهو سرور يغلب على العقل بمباشرة أسبابه فيمنعه عن العمل بموجب عقله من غير أن يُزيله) .

وهو إن كان من مباح كـ(شرب البنج وشرب المكروه على شرب الخمر والمضطر) فهو كـ(الإغماء) فيمنع صحة سائر التصرفات كـ(الطلاق والعتاق) وغيرهما .

وإن كان من محظور فلا يُنافي الخطاب بالإجماع فتلزمه أحكام الشرع كلها كـ(الصاحي) وتصح عباراته كلها في البيع والشراء والعتاق والطلاق والأقارير لا الردة والإقرار بالحدود الخاصة لله تعالى ؛ لأن الرجوع عن الإقرار بها يصح وقد قارنه دليل الرجوع وهو السكر إذ السكران لا يثبت على ما يقول .

٣ - والهزل : وهو لغة : (اللعب) وشرعاً : (أن يُراد بالشيء ما لم يُوضع له ولا ما صلح له اللفظ استعارة) وهو ضد الجد وهو : (أن يُراد بالشيء ما وُضع له أو ما صلح له اللفظ استعارة) فيكون الجد حقيقة ويكون مجازاً ، والهزل لا يصلح حقيقة ولا مجازاً .

وهو ينافي اختيار الحكم والرضى به ، ولا يُنافي الرضى بالمباشرة واختيار

المباشرة ، فصار بمعنى خيار الشرط في البيع أبداً إلا أن الهزل يفسد البيع والخيار لا يُفسدُهُ .

وشرط الهزل كونه صريحاً مشروطاً باللسان ولا يثبت بدلالة الحال إلا أنه لم يشترط ذكره في العقد بخلاف خيار الشرط ، والتلجئة^(١) كـ (الهزل) لا ينافي الأهلية ووجوب شيء من الأحكام^(٢) ، والهزل في الردة كفر بعين الهزل لا بما هزل به لكونه استخفافاً بالدين ، والكافر إذا أسلم بالهزل لا يحكم بإيمانه .

٤ - والسفَه : (وهو خفة تعتري الإنسان فتبعته على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ، وإن كان أصله مشروعاً) مثل : (الإسراف والتبذير ، والسفه) لا يوجب خللاً في الأهلية ولا يمنع شيئاً من أحكام الشرع ولا يوضع عنه الخطاب ، لكنه يُمنع عنه ماله في أول ما يبلغ إجماعاً بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ [النساء : ٥] أي أموالهم أضافها إلى أولياء السفهاء لتصرفهم فيها . وهو لا يوجب الحجر أصلاً عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله وكذلك عندهما فيما لا يُبطله الهزل وفيما يُبطله الهزل يُحجر عليه لأنه مبذر نظرأله كـ (الصبي) .

٥ - والسَّفر : وهو لغة : (قطع المسافة) وشرعاً : (الخروج المديد وأدناه ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشى الأقدام) لقوله ﷺ : « يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها »^(٣) وهو لا ينافي الأهلية والأحكام ،

-
- (١) التلجئة : هي أن يلجئك إلى أن تأتي أمراً باطنه بخلاف ظاهره فهي (العقد الذي يباشره الإنسان لضرورة تعتبر به) وصورتها (أبيع داري منك وليس ببيع حقيقة) وهي أخص من الهزل ١ هـ ابن الملك والعيني ص ٣٦٠ ، قلت : وهو ما يسمى في الفقه الغربي بالعقد الصوري .
- (٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال ﷺ : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » سنن الترمذي ج ٢ ، باب : ما جاء في الجد والهزل في الطلاق برقم (١١٩٥) ، ر : ابن الملك ص ٣١٢ .
- (٣) « يَمْسَحُ المقيم يوماً وليلةً والمسافر ثلاثة أيام ولياليها » .

أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن حبان من حديث شريح بن هانئ عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه بصيغة : « أنه ﷺ جعل المسح ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوماً وليلة للمقيم » . وانظر تلخيص الحبير ج ١ ص ١٧١ .

لكنه في الشرع من أسباب التخفيف بنفسه مطلقاً بمشقة أو بدونها لكونه من أسباب المشقة ، فيؤثر في قصر ذوات الأربع وفي تأخير الصوم ، لكنه لما كان من الأمور المختارة ولم يكن موجِباً ضرورة لازمة وهي المشقة قيل : إنه إذا أصبح صائماً وهو مسافر أو مقيم فساfer لا يباح له الفطر لأنه تقرر الوجوب عليه بالشروع فلا ضرورة له تدعوه إلى الإفطار لقدرته على الصوم ، وأحكام السفر - أي رخصه - تثبت بنفس الخروج من عمران المصر والدليل من السنة : « ما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما خرج إلى السفر رخص للمسافرين »^(١) . وذلك خلاف القياس بل استحسان بالأثر تحقيقاً للرخصة في حق الجميع .

٦ - والخطأ : وهو لغة : (ضد الصواب) واصطلاحاً هو : (وقوع الشيء على خلاف ما أُريد) وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد ، ويصير شبهة في العقوبة حتى لا يَأْثُم الخاطيء ولا يؤخذ بِحَدِّ ولا قصاص ، ولم يُجعل عذراً في حقوق العباد حتى وجب على المخطيء ضمان العدوان ووجب به الدية لأنها بدل المحل لأجزاء الفعل ، وضمان العدوان ضمان مال ، وصح طلاق المخطيء ويجب انعقاد بيعه إذا صدَّقه عليه خصمه ويكون بيعه كـ (بيع المكره) فيكون فاسداً .

٧ - والإكراه : (وهو حمل الغير على أمر لا يريد مباشرته ، لولا الحمل عليه بالوعيد لتَرَكَه) .

وهو ثلاثة أقسام :

أ - إما أن يُعدم الرضا ويفسد الاختيار^(٢) : وهو الملجئ أو الكامل ،

(١) « أنه ﷺ لما خرج إلى السفر رخص للمسافرين » .

قلت : (أي في الفطر في رمضان) .

أخرجه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وأخرجه مالك عن سمي مولى أبي بكر بن عبد الرحمن عن بعض أصحاب النبي ﷺ وأخرجه عنه الإمام الشافعي في المسند وأبو داود وصححه الحاكم وابن عبد البر كلهم بألفاظ متقاربة ، والقصة كلها في عام الفتح في رمضان ، وانظر تلخيص الحبير ج ٢ ص ٢١٧ .

(٢) الاختيار : هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين =

الإكراه بالقتل أو بقطع عضو .

ب - وإما أن يعدم الرضى ولا يُفسد الاختيار : وهو الذي لا يلجىء لعدم الاضطرار إلى مباشرته لتمكنه من الصبر على تهديد كـ(الإكراه بالحبس) أو شبهه .

ج - أو لا يُعدم الرضى ولا يفسد الاختيار : وهو أن يُهدّد بحبس أبيه أو ابنه أو ماجرى مجراه .

* * *

هذا ؛ والإكراه بجملته وأقسامه السابقة لا يُنافي الخطاب والأهلية ولا يُنافي الاختيار ، فإذا عارض الاختيار الفاسد اختياراً صحيحاً وهو اختيار المكره وجب ترجيح الصحيح على الفاسد إن أمكن وإلا بقي منسوباً إلى الاختيار الفاسد ، فيصير المكره آلة المكره فيما يحتمل ذلك ، وفيما لا يحتمله لا يصح نسبه الحكم إلى المكره فبقي منسوباً إلى الاختيار الفاسد .

ففي الأقوال لا يصح أن يكون المتكلم آلة لغيره لأن التكلم بلسان الغير لا يصح ، فاقصر على المتكلم ، والأفعال قسمان ؛ أحدهما ؛ كـ(الأقوال) فلا يصلح فيه آلة لغيره كـ(الأكل والوطء) فيقتصر الفعل على المكره ، والثاني ما يصلح كون الفاعل فيه آلة لغيره كـ(إتلاف النفس والمال) فيجب القصاص على المكره دون المكره .

والحرمان أنواع بالنسبة للإكراه :

آ - حرمة لا تسقط ولا تدخلها رخصة كـ(الزنا بالمرأة ، وقتل المسلم) فالإكراه لا يوجب إباحتها .

ب - وحرمة تحتل السقوط أصلاً كـ(حرمة الخمر والميتة ولحم الخنزير)

= على الآخر ، والصحيح من هذا الاختيار أن يكون الفاعل في قصده مستبداً ، والفاسد منه أن يكون اختياره مبنياً على اختيار آخر اهـ العيني ص ٣٦٩ .

فالإكراه الكامل يوجب إباحتها ، والأصل أن ما يُباح تناوله حالة المخمصة يُباح بالإكراه .

ج - وحرمة لا تحتمل السقوط لكنها تحتمل الرخصة كـ (إجراء كلمة الكفر على اللسان والقلب مطمئن بالإيمان) فرخص فيه بالنص في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل : ١٠٦] .

د - وحرمة تحتمل السقوط في الجملة لكنها لم تسقط بعذر الإكراه واحتملت الرخصة أيضاً كـ (تناول مال الغير) فإنه حرام وحرمة تحتمل السقوط بإذن صاحبه بالتصرف ، وإذا أكره عليه إكراهاً كاملاً جاز له ؛ لأن حرمة النفس فوق حرمة المال فيجعل المال وقايةً للنفس .

ولهذا ؛

لو صبر في هذين القسمين (ج - د) حتى قتل صار شهيداً ؛ لأنه يكون باذلاً نفسه لإعزاز الدين وإقامة حق الشرع^(١) .

* * *

(١) ابن العيني وابن الملك ص ٣٧٢-٣٧٣ .

المبحث الثالث

الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية

هو مبحث في الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية كلها بالتفصيل من عقائد وعبادات ومعاملات وما يتصل بذلك .

316 - أولاً - العقائد والعبادات :

يشترط لكل منها الأهلية الكاملة ، غير أن في الزكاة خلافاً مَبْنِيّاً على أنه هل المقصود منها المال فتجب في مال المجنون والصبي أو المقصود الأداء والفعل من المكلف فلا تجب إلا على تام الأهلية ؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى الأول ، وذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه إلى الثاني .

317 - ثانياً - المعاملات :

تنقسم العقود والتصرفات إلى مجموعات يقوم بكل منها عَرَض ذاتي تتحقق به وحدتها النوعية ، وهاك تلك المجموعات وبيان الأهلية في كل منها :
(١) - **المعاوضات** : وهي إما مبادلة مال بمال ، أو مبادلة مال بمنفعة ، أو مبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء . وتنظم هذه المجموعة ما يأتي :

البيع والشراء . المقايضة . السلم . الصرف . الاستصناع . الصلح عن إقرار . القسمة . الإيجار والاستئجار . والمؤاجرة . الزواج . الخلع .
ويلاحظ في عقود المعاوضات أن فيها التزاماً من الجانبين ، ولذلك كان كافياً لانعقادها أهلية الأداء القاصرة ، فتتعدد من الصبي المميز ، والمعتوه الذي في حكمه ، وأما النفاذ فتشترط له الأهلية الكاملة ، أو الإذن أو الإجازة

المعتبران من ولي المال ، وكذلك تنفذ بإجازة الصبي بعد بلوغه ، والمعتوه بعد إفاقته ، وإذا أبى الولي إجازتها مع تحقق المصلحة لكل من الصغير والمعتوه المميزين في نفاذها قام القاضي مقامه في ذلك دفعاً لظلمه وتعنته ، ولا يعترض على هذا بأن ولاية كل من الأب والجد وأوصيائهما ولاية خاصة ، وولاية القاضي ولاية عامة ، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، فكيف يكون هذا ؟ لا يقال هذا ؛ لأن القاضي لا يتصرف في هذه المسألة وأشباهها كـ (عضل الولي) من حيث سلطته الولائية ، بل من حيث سلطته القضائية ، التي يملك بها دفع الظلم عن المظلومين ، والضرب على أيدي المتعنتين^(١) . غير أنه يلاحظ في الصلح عن إقرار أنه لا ينفذ إذا تضمن إسقاط حق للصغير أو المعتوه ؛ لأن هذا الإسقاط تبرع ، وهو يعتمد الأهلية الكاملة ، وكذا لا ينفذ التزام الصغيرة المعتوهة والسفیهة بدل الخلع ؛ لأن كل واحدة منهن وإن كانت قد ملكت عصمتها بعقد الخلع وخلصت لها نفسها ، فإن الفقهاء يعتدّون ما تلتزم به من بدل الخلع لمخالعها تبرعاً ، وإن كان معاوضةً بحسب الظاهر ويقولون : إن البضع إنما يتقوم حال الدخول لا حال الخروج ، ولذا كان المهر معاوضةً محضةً بخلاف بدل الخلع فهو بالنسبة لهؤلاء تبرع ، وقد بنوا حكمهم في خلع المريضة على هذا الأساس ، وهذا هو مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه ، وفيه خلاف غيرهم لهم .

وقالوا أيضاً : يجوز لولي الصغيرة الزيادة على ما سمى من المهر ولو بعد العقد ، ولا يجوز لولي الصغيرة حط شيء من مهرها ، مع أن الكل تبرع .

والشفعة : من توابع البيع ، ويشترط لأهلية من يطلبها العقل والبلوغ ، أو الإذن بالخصومة للصبي المميز ، فإن كان الشفيع غير أهل للطلب ناب عنه من له الولاية على ماله ، فإن لم يطلب الولي الشفعة حتى زالت ولايته عن المولّى عليه سقط حقه في طلبها .

ومما يلحق بالمعاوضات التخارج : وهو (أن يتفق الورثة على إخراج

(١) انظر الفتاوى الهندية .

بعضهم من التركة في مقابلة مال يأخذه منها أو من غيرها) وقد يكون التخارج بصورة البيع أو الصرف أو المقايضة فيسري عليه أحكام كل ، وقد يتضمن الإسقاط وإذا يشترط فيمن يسقط حقه أهلية التبرع .

(ب) - التبرعات : وهي إما تبرعات محضة ، وإما تبرعات ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وقد يكون التبرع ضمن عقد معاوضة ، وهو المسمى بالمحابة . والتبرعات تتنظم ما يأتي :

الهبة ، الصدقة ، الوصية ، الإعارة ، القرض ، الكفالة ، الحوالة ، المحابة في عقود المعاوضات . ومما يلتحق بها ما يؤديه المدعى عليه إلى المدعي في الصلح عن إنكار ، وكذا ما يؤديه المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بناء على القول بأن النكول بذل ، ومنها أيضاً الإقرار الذي تدل القرائن على أنه إنشاء . وهذه التبرعات كلها إيجابية لأنها تتضمن إعطاء شيء من مال المتبرع لغيره بدون مقابل من مال أو منفعة مقومة بالمال ، ويقابلها التبرعات السلبية ، وهي إسقاط ما للإنسان من حق ، وهي المعنونات لها بالإسقاطات .

وانتهاء ، أو ابتداء فقط : اشترط لانعقادها الأهلية الكاملة حتى إذا صدرت عن صغير أو معتوه مميزين كانت باطلة بطلاناً كلياً ، فلا تلحقها الإجازة بأي حال من الأحوال ولا يملك شيئاً منها الولي أو الوصي وانظر ما قالوه في بيع الصغير المميز المأذون له بالتجارة بغبن فاحش ، وجواز ذلك على قول الإمام أبي حنيفة وتعليله .

وقد ألحقوا بقاصر الأهلية السفه ، فأبطلوا تبرعاته .

وكذا السكران على قول الإمام مالك وبعض الفقهاء .

وإذا كان التبرع مضرراً بحقوق الغير مع قيام أهلية المتبرع الكاملة فإنه يتوقف على إجازة من له الحق ، وعلى هذا فتبرعات المدين المحجور عليه موقوفة على إجازة الدائنين ، وذهب الإمام مالك وبعض الفقهاء إلى القول ببطلان تبرعات المدين مطلقاً ، سواء أحجر عليه أم لم يحجر ، وإذا تعارض حق الدائن وحق المتبرع له قبل الحيابة قُدِّم حق الدائن حتماً .

وكذا تبرعات المريض مرض الموت ، سواء أكانت قصداً أم ضمناً ، موقوفة على إجازة الدائنين والورثة فيما إذا كان التبرع لوارث مطلقاً ، أما إذا كان التبرع لغير وارث فإنه ينفذ بعد استيفاء شروطه من ثلث الباقي بعد الديون ، ويتوقف فيما زاد على إجازة الورثة وهم من أهل الإجازة بعد موت المريض .

ويقول الإمام مالك : إن تبرعات الزوجة فيما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الزوج أو إذنه ، وجعل الإمام الليث بن سعد جميع تبرعاتها مهما قلّت موقوفة على رضا زوجها إلا ما كان تافهاً حقيراً^(١) ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوجة ليست من أسباب الحَجْر ولا عوارض الأهلية .

وتبرعات المرتد عن الإسلام موقوفة على قول الإمام أبو حنيفة ، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت وإلا بطلت . وقال الصاحبان بنفاذها . وذهب الجمهور إلى بطلانها .

ولا يشترط في كل من الموهوب له والمتصدق عليه والمكفول عنه والموصى له والمستعير الأهلية الكاملة ، بل تجوز الهبة لكل من الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه الذي في حكمه ، ويقبل ويقبض عن كل واحد من هؤلاء وليه أو وصيه أو من يكون في كنفه وحجره . وإذا كان الموهوب له صبيّاً مميزاً أو معتوهاً كذلك جاز لكل منهما أن يقبل الهبة ويقبض بنفسه ، كما يجوز ذلك لولي كل منهما أو من يكونان في تربيته . كذلك تجوز هبة الدين الذي في ذمة الميت للميت أو لوارثه ، وهذا في المعنى إبراء ، وتجاوز الهبة للوارث ولغير الوارث غير مقدّرة بأي مقدار مادام الواهب غير مريض مرض الموت ، ولم يمنع من الهبة مانع ، وتجاوز كفالة الدين عن الصبي والمعتوه والمجنون ، وأما المكفول له فعلى القول بأن الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده^(٢) فلا يشترط فيه شيء أصلاً ، وأما على القول بأنه لا بد من قبوله^(٣) فإنه يشترط فيه

(١) انظر نيل الأوطار للشوكاني .

(٢) وهو المختار في المجلة العدلية في م ٦٢١ .

(٣) وهو المذكور في م ٨٤١ من مرشد الحيران .

الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذوناً له بالتجارة ، أو ذا أهلية قاصرة مع إجازة وليه الكفالة . وكلا القولين مصحح . والحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة يشترط لها الأهلية الكاملة في المحال عليه (الملتزم بأداء الدين) . ويشترط في كل من المحيل (المدين) والمحال (الدائن) الأهلية ولو قاصرة لانعقاد الحوالة . ويشترط لنفاذها ما يشترط في عقود المعاوضات كـ (البيع وأخواته) .

وأما الوصية : فالأصل أن الشرط في الموصي هو الأهلية الكاملة مع عدم الحَجَر ، لكنهم أجازوا وصية السفیه استحساناً في سبل الخير ويشترط دوام أهلية الموصي من وقت الوصية إلى وقت وفاته ، فإن زالت بجنون أو عته واستمر ذلك ستة أشهر على الأقل بطلت الوصية . وأما بالنسبة للموصى له فإن الوصية تجوز للمعین ولغير المعین ، فإن كان الموصى له معيناً اشترط وجوده وقت إيجاب الوصية ، وإن لم يكن معيناً اشترط وجوده قبل موت الموصي^(١) .

ولا تجوز الوصية للوارث إلا إذا أجازها سائر الورثة بعد موت الموصي مورثهم ، وهم من أهل التبرع ، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

كذلك لا تجوز الوصية للقاتل عمداً عدواناً أو خطأً مباشراً ، فلا يُحرم من الوصية قاتل الموصي دفاعاً عن نفسه ، ولا قاتله تسبياً ، وكذلك إذا كان القاتل صبيّاً أو مجنوناً أو معتوهاً .

وبالجملة فالوصية كما تجوز لذي الأهلية الكاملة تجوز لمن عداه حتى للجنين ، وتتم بعدم الرد ممن له القبول ، كذلك تجوز بالمجهول ، وفي كل سبل الخير والمنافع العامة والأشخاص المعنوية فالأمر فيها واسع النطاق جداً ، إذ الشارع حريص على إنفاذها ، لما في ذلك من التقرب إلى الله تعالى بفعل الخير ، وتدارك الإنسان ما فاته بسبب تقصيره في أداء واجباته حال حياته ، وصلة الإنسان وبره لمن يحبه بعد موته ، ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة الجائزة شرعاً .

(١) انظر تكملة الفتح للطوري ، ورد المختار .

وأما الإعارة : فقد اكتفوا في كل من المعير والمستعير بأهلية الأداء القاصرة وقالوا : إن الإعارة من توابع التجارة فتجوز من الصبي المأذون له ، لكنهم اختلفوا في إعارة الأب مال ولده الصغير المعتوه ، وإعارة الموصي مال اليتيم ؛ فذهب بعض فقهاء المذهب إلى جواز ذلك استحساناً ، وذهب جمهورهم إلى عدم الجواز أخذاً بالقياس .

وأما القرض : فقد اتفقت كلمتهم على أنه يشترط في المقرض الأهلية الكاملة لإقراض الصبي المميز ولو مأذوناً له بالتجارة غير صحيح ؛ لأنه تبرع بالمال ابتداءً ولا يتم إلا باستهلاك المال المقرض ، بخلاف العارية فإنه ينتفع بها مع بقاء عينها ، لذلك تسوّل فيها ما لم يُتساهل في القرض ، لأنه أشدّ خطراً منها ؛ لأن المروءة والعادة قاضيتان بإباحة الإعارة ، وقد يعجز المقرض عن استرداد مثل ما أقرضه بعد أن استهلكه المقرض بإذن المقرض ، وأما الاقتراض فهو من حيث انعقاده ونفاذه في حكم عقود المعاوضات .

قالوا : والوصي لا يملك إقراض مال اليتيم ، وكذا الأب على أصحّ الروايتين ، وأجازوا للقاضي إقراض مال اليتيم لمن يضمّنه^(١) .

ومن التبرعات حفظ الودائع مجاناً : فيشترط في المودّع عنده لوجوب حفظ الوديعة عليه الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذوناً له بالتجارة ، أو مميزاً محجوراً عليه يرضى وليه بحفظ الوديعة ، ويكفي في المودّع أن يكون مميزاً . فلو كان المودّع عنده صبيّاً مميزاً محجوراً عليه ولم يرضى وليه بحفظ الوديعة فلا يضمّنها بتعديّه أو تقصيره في حفظها على القول الراجح إلا إذا كان المودّع أيضاً محجوراً عليه^(٢) .

ولما كان الولد في يد حاضنته سواء أكانت أمه أم غير أمه كـ (الوديعة) وجب عليها حفظه وصيانتة والقيام بتربيته وكل ما يلزم له ؛ لزم أن تكون الحاضنة أهلاً لذلك ، فاشترطوا فيها البلوغ والعقل والحرية والأمانة والقدرة

(١) انظر جامع الفصولين وأدب الأوصياء .

(٢) انظر أحكام الصغار وأدب الأوصياء .

على حفظه ، وتفصيل هذه الشروط في باب الحضانة .

ومما يناسب ذكره هنا أنه إذا زوّجت امرأة بالغة عاقلة نفسها من صبي مميز أو معتوه دون إذن ولي زوجها فدخل بها ولم يُجْزَ وليه العقد ، فلا يجب عليه مهر على الراجح لبطلان العقد لعدم الإجازة ، ولا ضمان على الزوج لأن ما فعله كان بتسليط المرأة ، وهي أهل لذلك لمكانتها من العقل والبلوغ ، كذلك لا عقوبة على الزوج باعتباره زانياً لبطلان العقد لأنه ليس أهلاً لعقوبة الزنا ، إذ شرط إقامة الحد الأهلية الكاملة من العقل والبلوغ . أما إذا كانت الزوجة أيضاً معتوهة أو صغيرة والمسألة بحالها فإنه يجب على الزوج المهر ضماناً لما فعله ؛ لأن إذن الزوجة له بالدخول بها غير صحيح لقصور أهليتها .

ومما يلتحق بالمعاوضات لكن فيه شائبة التبرعات ؛ الرهن ، وذلك لأن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين على ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه ، وفي المسألة خلاف بين الفقهاء ، وفيه أيضاً معنى الإيداع بالنسبة لجزء الرهن الزائد على ما يقابل قيمة الدين من العين المرهونة ، لكنهم اختلفوا بأن يكون كل من الراهن والمرتهن مميزاً ، فلم يشترطوا في أحدهما لأجل انعقاد الرهن الأهلية الكاملة ، وعلى ذلك يجوز رهن الصبي المأذون له بالتجارة وارتهانه باعتبار أن الرهن من توابع التجارة ، وأما الصبي المميز المحجور عليه ، فينعقد كل من رهنه وارتهانه موقوفاً على إجازة ولي المال .

وأما المحاباة التي تكون ضمن عقود المعاوضات : فإنه يشترط لصحتها الأهلية الكاملة وإلا كانت باطلة ، ولم يستثن من ذلك إلا محاباة المأذون له بالتجارة على قول الإمام أبي حنيفة وحده . على أن محاباة المريض تام الأهلية متوقف نفاذها بعد تمامها على إجازة الدائنين والورثة بشروطها المبينة في تصرفات المريض ، بل قد تبطل محاباته في حق الدائنين بالغبن اليسير مهما كان قليلاً جداً .

ومما يلتحق بالتبرعات الصلح عن إنكار بالنسبة للمدعى عليه ، فإذا ادّعى شخص على آخر دعوى ولم يكن للمدعي حجة يثبت بها دعواه أمام القضاء ،

لكنه طلب يمين المدعى عليه ، فعرض عليه المدعى عليه مقداراً من المال يفتدي يمينه ويقطع به الخصومة والمنازعة جاز ذلك . ويسمى هذا الصنع (صلحاً عن إنكار) . ولما كان شرط أهلية أداء اليمين العقل والبلوغ لم يصح هذا الصلح والفداء إلا من ذي الأهلية الكاملة ، وأما الصبي المأذون له فلا يصح صلحه إذا كان منكراً لدعوى المدعي ، وليس للمدعي بيّنة وإن صحت يمينه فيما هو من شؤون التجارة . وبالجمله فإن صلح الصبي لا يصح إلا إذا خلا من الضرر البيّن بماله ، ووليّه لا يملك صلحاً مضراً به ، وكالصبي المعتوه في كل ذلك .

وقد يساق الكلام بحسب الظاهر بصورة الإخبار لكنه في الحقيقة يكون إنشاء تمليك مبتدأ ؛ فإن قامت القرائن على ذلك نظر إلى جانب المعنى لا إلى جانت الصورة ، وإذا يجب أن يعتبر القول إنشاء تبرع وتجري عليه أحكام التبرعات ، وقد مال لهذا بعض علماء المذهب ، وأبقى بعضهم الكلام على ظاهره ، فاعتبره إقراراً وأجرى عليه أحكام الإقرار ، سواء أكان في حال الصحة أم في مرض الموت ، ولم يعبأ بهذه الملحوظة الجيدة ، وذلك النظر الحسن^(١) .

(ج) - الإسقاطات : وهي تنقسم إلى قسمين : إسقاطات فيها معنى التبرع بالمال ، وإسقاطات ليس فيها ذلك المعنى .

١ - فالأولى تشمل الإبراء من الدين ، سواء أكان إبراءً عاماً أم خاصاً ، كلياً أو جزئياً ، والوقف .

٢ - والثانية تشمل الطلاق والإعتاق وسائر الحقوق التي ليس فيها تمليك شيء من مال المسقط للمسقط له .

ولإسقاط الحقوق بعد وجوبها أو قبل وجوبها ، وما يقبل منها ذلك . وما لا يقبله ، وجواز أخذ العوض مقابل الإسقاط ، وعدم جواز ذلك ، وآراء الفقهاء في كل ذلك بحث واسع النطاق محله المطوّلات .

(١) لكن المجلة العدلية في مادتها ١٦٠١ أخذت بالقول الأول ، وانظر تكملة رد المحتار ، وتفتيح الفتاوي الحامدية .

ويشترط في الإسقاط بنوعيه الأهلية الكاملة كـ(التبرعات تماماً) ، وذلك لأنه إتلاف للمال ، وتفويت للملك أو الحق من غير عوض مالي .

ويتم الإبراء بالإيجاب وحده لما فيه من معنى الإسقاط ، لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك ، واختلف في الرد هل يُشترط في المجلس فلا يجوز بعده أولاً يشترط فيجوز ؟ والقولان مصححان .

وأما الوقف : فعلى قول الإمام أبي حنيفة حكمه حكم العارية ، إلا ما استثنى لاعتبارات أخرى محل بيانها في موضعها ، وعلى قول الإمام محمد حكمه حكم الصدقة المنجزة فلا يتم إلا بالقبض كـ(الهبة تماماً) والذي يقبض هو ناظر الوقف ، وبه أفتى كثير من المشايخ ، وعلى قول الإمام أبي يوسف حكمه حكم العتق فيتم بالإيجاب وحده ، وهذا هو القول الراجح المعمول به .
وعلى كل من هذه الأقوال الثلاثة يشترط في الوقف الأهلية الكاملة .

لكنهم أجازوا وقف السفية ؛ والواقع أن السفية ذو أهلية تامة لكن حُجر عليه على قول جمهور الفقهاء منعاً لضرره ، فاستثناء وصيته ووقفه استثناء وجيه لا تأباه علة الحجر عليه . ووقف المريض حكمه حكم سائر تبرعاته ، وفيه تفصيلات يرجع إليها في أحكام الوقف . كذلك المحجور عليه لأجل الدين يكون وقفه موقوفاً على إجازة الدائنين ، وليس يبطل لقيام أهليته الكاملة . وكذلك وقف الزوجة مالها كله أو بعضه فإن فيه الخلاف المتقدم في الهبة ، وكذلك المرتد فإن وقفه موقوف على عوده إلى الإسلام ، أما إذا وقف وهو مسلم ثم ارتد عن إسلامه فإن وقفه يبطل ؛ لأن الوقف من أعمال الخير التي يتقرب بها إلى الله ؛ وبالردة قد حبط كل عمل خيري له .

وأما المدين غير المحجور عليه : فعلى ما نص عليه في المذهب وبمقتضى قواعده يكون وقفه صحيحاً نافذاً لازماً ولا تأثير لكونه مديناً في ذلك ، إذ الدين متعلق بذمته ما دام صحيحاً غير مريض ، لكن نقلوا عن المفتي أبي السعود أن وقفه ضامن لما عليه من الديون إن لم يكن له مال آخر يفي بديونه التي كانت شاغلة لذمته وقت الوقف ، وهذا موافق لمذهب الإمام مالك في التبرعات كلها .

بقي ما لو وقف وهو غير مدين ، لكنه أصبح مديناً بعد ذلك : وفي هذه الحالة لا يبطل وقفه على مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه ، ولا على ما جاء في القانون المدني ؛ لأن مفهوم المادة يقضي بهذا ما لم يوجد منطوق يعارضه ، وأما على مذهب الإمام مالك فإن حكم الدّين اللاحق للتبرع كـ(حكم الدين السابق عليه) إذا كان قبل الحيازة ، أما بعد الحيازة فلا تأثير للدّين الطارىء في التبرع .

ونقل في الفتاوى الهندية عن بعض الكبار من فقهاء المذهب أن وقف الصبي يصح إذا أذن له القاضي . وهذا القول من الغرابة بمكان تنبو عنه قواعد المذهب ، وتأباه كل الإباء ، ثم ما حدود سلطة القاضي في مثل هذا وأية طريق يسلك ؟! وهذا القول لم يعرّج عليه أحد ، بل ردوه على قائله .

ويشترط في الزوج المطلق لوقوع طلاقه أن يكون بالغاً عاقلاً ، وفي هذين اختلاف الفقهاء . ولا يجوز للولي أن يطلق عن الزوج الذي هو في ولايته ، إذ الطلاق حق للزوج ثم لمن ينوب عنه بوكالة ، أو تفويض منه شرعاً . كذلك أهلية العتق يشترط فيها أن تكون كاملة .

وللقاضي أن يطلق على الزوج في المواضع التي له فيها ذلك شرعاً مكانه الإطلاقات وهي تشمل : الوكالة ، والإذن للصبي أو المعتوه ، وكل أنواع الولايات سواء أكانت ولاية على النفس والمال جميعاً أم على النفس فقط ، أم المال فقط كولاية الوصي ، ومنها ولاية ناظر الوقف ، والمشرف على كل من الوصي وناظر الوقف ، كذلك تشمل الإمامة العظمى التي هي رأس الولايات وينبوعها ، وولاية القضاء ، والتحكيم ، والشهادة .

وقد تقدم القول في الإذن للصبي بالتجارة ، وفي حكمه المعتوه ، وكذا الكلام في أهلية الولي ، والوصي ، وفي حكمها ناظر الوقف ، حتى إذا كان وقت التولية صغيراً فلا يُسند إليه شيء من أمور الوقف حتى يبلغ رشيداً ، والمشرف يجب فيه الأهلية الكاملة حتى يستطيع القيام بما كلف به . وأما شروط الإمامة العظمى فهي مبينة على التفصيل في كتب الكلام كـ(المقاصد

والمواقف) وفي كتب الأحكام السلطانية التي موضوعها القانون الإداري والمالي وما يتعلق بحفظ الأمن والنظام العام في الممالك الإسلامية .

318 - أهلية الوكالة والقضاء والتحكيم والشهادة والتقييدات والشركات والعقوبات البدنية :

-الوكالة : يشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، فلا يصح التوكيل من الصبي العاقل بشيء من التبرعات أو الإسقاطات ك(الهبة والإبراء من الدين) ويصح بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً دون إذن الولي ك(قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب) وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ك(البيع ونحوه من متعلقات التجارة والاكتساب) فتوكيله فيها نافذ إن كان مأذوناً له بالتجارة ، وإلا كان موقوفاً على الإجازة ، ويكتفى في الوكيل بأهلية الأداء القاصرة ، لكن لا تلحقه العُهدَة إلا إذا كان مأذوناً له بالتجارة ، أو أذن له وليه أو وصية بقبول الوكالة ، فهو في هاتين الحالتين في حكم تام الأهلية .

-القضاء : يشترط في القاضي الأهلية الكاملة من الحرية والعقل والبلوغ ، ولا تشترط الذكورة إلا في القضاء في الحدود والقصاص ، وأما ما عدا هذين فيجوز فيه قضاء المرأة العاقلة البالغة عند الإمام أبي حنيفة وأصحابه خلافاً للأئمة الثلاثة^(١) ، وذهب الإمام محمد بن جرير الطبري إلى أن قضاء المرأة جائز في كل شيء .

وأما اشتراط كون القاضي مجتهداً فقد استقر الأمر أخيراً على جواز قضاء المقلد بشروط مبيّنة في الكتب الفقهية ، بل قالوا بجواز قضاء القاضي الجاهل ، ويستفتي غيره من العلماء .

-التحكيم : أهلية المحكم ك(أهلية القاضي) وليس بين القاضي والحكم

(١) انظر فتح القدير .

فرق إلا أن القاضي له ولاية عامة على جميع الرعية على حسب ما هو مرسوم له في تعيينه ، وأما الحكم فولايته خاصة لا تعدو من تحاكموا إليه ورضوا حكومته .

تنبيه ؛ لا يشترط في المفتي الذكورة ولا الحرية . وذلك لأنه ينقل حكم الشرع في المسألة ويخبر المستفتي به بدون إلزام ، وهذا هو الفرق بينه وبين القاضي ، ونقل أحكام الشرع جائز بالإجماع بوساطة الأحرار والأرقاء ، والذكور والإناث .

- الشهادة : إن كانت على الحدود والقصاص يشترط في الشهود كلهم الذكورة مع الحرية والعقل والبلوغ ، وفيما عدا هذين يجوز شهادة امرأتين ورجل ، لكن في المسائل التي لا يطلع عليها الرجال عادةً من شؤون النساء كـ(الولادة والبكارة) تجوز شهادة امرأة واحدة .

- الدعوى والجواب عنها : يشترط لأهلية الدعوى في كل من المدعي والمدعى عليه لأجل صحة الدعوى والجواب عنها بنفسه ، أن يكون كل منهما عاقلاً بالغاً ، أو صبيّاً مميزاً مأذوناً له من وليه أو وصيه بالخصومة ، وفي استخلافه روايتان ، والفتوى على أنه يحلف إن كان موضوع الدعوى في الأشياء الدائرة بين النفع والضرر كـ(المعاوضات ومتعلقات التجارة) وليلاحظ أن أهلية اليمين التي تترتب عليها المؤاخذة بالحنث هي العقل والبلوغ معاً ، فإذا فقد أحدهما فلا حنث ، فلا مؤاخذة .

- الإقرار : هو من الحجج الشرعية ، بل هو أهمها لما فيه من إلزام الإنسان نفسه بنفسه ، ولذلك لم يكن أهلاً له إلا العاقل البالغ ، وكذا الصبي المأذون له بالتجارة فيما يملكه من شؤون التجارة وتوابعها ، وإلا كف الناس عن معاملته إن لم يعامل بإقراره في شيء من ذلك .

- التقييدات : وهي ضد الإطلاقات كـ(الحَجْر على المأذون ، وعزل الوكيل ، وناظر الوقف ، والوصي ، ومنع الولي من التصرف إذا كان مبذراً سيء التصرف ، وكذا عزل القاضي وسائر عمال الدولة) والذي يحجر أو يعزل

هو الذي له حق الإذن أو التولية ، على ما هو مفصل في مواضعه من الكتب
الفقهية ، ومنع الولي من التصرف يكون من القاضي الذي يملك ذلك بحسب
مرسوم توليته .

- الشركات : وهي تشمل شركة العِنان والمفاوضة والأعمال والوجوه
والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة . وبعض هذه الشركات يتضمن معنى
الإجارة ؛ وهي دائرة بين أن يكون المال من كل الشركاء ، والعمل عليهم
جميعاً أو على بعضهم ، أو يكون المال من جانب والعمل من جانب آخر ،
وتقسيم الربح في جميعها يكون على حسب الاتفاق ، إلا شركة المفاوضة فهو
فيها على التساوي ، إذ أساسها التساوي في كل شيء يمكن التساوي فيه ، ولذا
كانت من دون الشركات متضمنة معنى الكفالة زيادةً على تضمنها معنى الوكالة
الذي هو شرط أساسي في كل شركة .

وعلى هذا فإنه يشترط في كل واحد من الشركاء وفي المضارب ، ورب
المال ، والمزارع ورب الأرض ، والعامل ورب الشجر ، يشترط في كل من
هؤلاء التمييز لأجل انعقاد الشركة وصحة العقد ، ويشترط للنفاذ الإذن أو
الإجازة ، غير أن شركة المفاوضة يشترط لانعقادها الأهلية الكاملة في كل
واحد من الشركاء .

- الحدود والقصاص وسائر العقوبات البدنية : يشترط لإقامة
الحدود والقصاص وجميع العقوبات البدنية من ضرب وحبس ؛ الأهلية التامة
من العقل والبلوغ فقط ، لكن الصبي المميز يؤدب لأجل الإصلاح فقط
لا لأجل العقوبة ، وقد قدمنا أن كلاً من الصبي مميزاً أو غير مميز والمعتوه
والمجنون أهل للضمان المالي بسبب إتلافه نفساً أو عضواً أو مالا ؛ لأن ذمة
كل صالحة لوجوب ذلك ولا يخلو من المسؤولية صيانة للنفس والأموال في
دار العصمة .

تنبيه ؛ في القتل الخطأ تتحمل العاقلة الدية عن القاتل ، وفي هذه الحالة
لا تجب الدية إلا على الرجال الأحرار العقلاء البالغين ، وذلك لأن هؤلاء هم

أهل النصره والمؤاخذه ، وفي الإلزام بالدية نوع عقوبة لهم ، لكن إذا كان القاتل امرأة أو صبياً أو مجنوناً أو معتوهاً فإنه يشارك العاقلة في الدية فيكون كأحدهم على القول الراجح ، فإن لم يكن لأحد هؤلاء عاقلة فالدية في مال القاتل نفسه .

- الميراث : يشترط لاستحقاق الميراث قيام السبب بالوارث مع انتفاء المانع . وأسباب الإرث ثلاثة : الزوجية ، والقربة ، والولاء . والموانع أربعة : الرق ، واختلاف الدين بأن يكون أحد الطرفين (الوارث والمورث) مسلماً والآخر غير مسلم ، والقتل ، واختلاف الدارين على ما هو مبين في علم الموارث .

319 - تنبيهات :

آ - قد يتحد الدين والدار بين الوارث والمورث مع انتفاء مانعي الرق والقتل ، ومع ذلك لا ميراث بينهما وذلك فيما يأتي :

١ - أن يكون الزوجان غير مسلمين لكنهما محرمان كـ (عم تزوج بنت أخيه) فإذا مات أحدهما فلا ميراث بينهما بسبب الزوجية ، وفي قول ضعيف جداً بينهما ميراث .

٢ - أن يرتدَّ أخوان (مثلاً) معاً إلى دين غير دين الإسلام ، ثم يموت أحدهما وهما على ردتهم ، فلا ميراث بينهما ، إذ المرتد لا يرث غيره ، ولا يقر على ما اختاره ديناً له .

ب - إذا أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، وله قريب مسلم في دار الإسلام ، فمات أحدهما فلا ميراث بينهما على رأي ، مع اتحادهما في الإسلام^(١) .

ج - إذا مات غير مسلم في دار الإسلام ، وهو من أهل تلك الدار وليس له وارث ، أو له وارث ، لا يحوز كلُّ التركة ، وهو أحد الزوجين ، فإن ماله كله

(١) انظر حاشية الفناري على السراجية .

في الحالة الأولى ، وما بقي بعد نصيب أحد الزوجين في الحالة الثانية يكون لبيت المال ، ولا يعترض على هذا بأن المتوفى غير مسلم ، وبيت المال مسلم معنى ؛ لأن مال هذا المتوفى لا يوضع في بيت المال باعتباره وارثاً ، بل باعتباره بيت مال الدولة ، فتوضع فيه الأموال التي ليس لها مستحق معيّن .

أما إذا لم يكن المتوفى من أهل دار الإسلام ، فإن ماله يحفظ لورثته في غير دار الإسلام ، أو لدولته إن لم يكن له ورثة ، وذلك لأنه في حكم الأمانة عندنا ، ونحن مأمورون بأداء الأمانات إلى أهلها^(١) .

* * *

(١) انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ في مواطن متعددة وأصول الفقه لأحمد إبراهيم ص ١٤٨ وما بعدها ، قلت : وكل ما جاء هنا في هذا التذييل فيه التعبير (على المذهب) فالمقصود به هو الراجح في المذهب الحنفي .

الباب الثاني

الأصول العامة لنظرية الذمة

في الفقه الإسلامي وأصوله

من بدائع الصناعة الفقهية في معمار الشريعة الإسلامية
دراسة مقارنة بالفقه الغربي

320 - تمهيد :

من أهم النظريات^(١) التي يقوم عليها العمود الفقري للفقهاء المدني الإسلامي وترتبط بها قواعد كثيرة ، وتخرج عليها فروع جمة (نظرية الحق والالتزام) في الفقه الإسلامي ، وهذه النظرية العامة الكبرى تشتمل على نظرية رئيسة خاصة هي في بنائها قائمة من نظرية الحق والالتزام مقام الرأس من الجسد ؛ وهي نظرية الذمة التي عرفها الفقه المدني الإسلامي معرفة تامة بخصائصها كأحسن ما يمكن أن تكون ، فكانت بحق من بدائع الصناعة الفقهية في معمار الفقه الإسلامي العظيم .

وفي هذا البحث يطيب لي :

أن أُلقي الأضواء على هذه النظرية - نظرية الذمة في الفقه الإسلامي - ضمن إطار أصولها العامة ، فأربطها بإحكام بجذورها الفقهية الكلية ، ثم أعرف بها ذاكراً للخلاف في تعريفها ، والراجح الذي ذهبْتُ إليه بدليله منوّهاً بخصائصها في الفقه الإسلامي ، ثم سأعرج على انهدامها والخلاف فيه بين الفقهاء ، والراجح الذي رجحه الدليل ، وسأجعل بقية البحث في نظرية الذمة وخصائصها في نظر الفقه الغربي ، وسأختم البحث بموازنة بين النظيرين الفقهي والقانوني تاركاً للقارئ الفطن الحكم بعد ذلك أيّ النظيرين أقرب إلى روح العصر وتطلّعات الأجيال للحضارة الحقوقية الفدّة ، ولا يفوتني أن أذكر في نهاية المطاف أبرز ثمرات هذه النظرية في الفقه الإسلامي .

(١) النظرية هي لغةً : (المسألة التي تحتاج في إدراكها إلى كسب بالدليل ، ضد الضرورية) وفي العرف الحديث : (هي القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة ، وإن كان لكل موضوع أركان وشروط وأحكام خاصة به) وتمتاز عن القاعدة باتساعها وبأنها تحتاج في تكوينها إلى أركان وشروط وأحكام بحيث تشمل جانباً كبيراً من الفقه وتصلح أساساً له اهـ (النظرية العامة للمعاملات - نظرية الحق - ص ٤) .

321 - مدخل إلى البحث :

ترتبط نظرية الذمة ارتباطاً عضوياً بجسم الفقه الإسلامي وروحه وبجذور هذا الفقه بمسالك ثلاثة :

322 - أ - فالمسلك الأول : يتصل بما يُسمّى في الفقه الإسلامي (العَيْن والدَّيْن) أو ما يُسمّى لدى فقهاء العصر بالالتزام بناءً على أن أساس التمييز البارز بين العين والدَّيْن في الفقه الإسلامي والمقابلة بينهما هو (الذمة) ففقهاء الشريعة يقيمون هذا التمييز على أساس الذمة فيقولون : إن الدَّيْن يتعلّق بذمة المدين ، أما العَيْن فلا تتعلّق بالذمة بل يكون الحق عَيْنياً أو شخصياً متعلّقاً بالعين ذاتها^(١) ، فالتعلّق بالذمة أو عدم التعلّق بها هو الأسُّ الذي يقوم عليه التمييز الفني بين العَيْن والدَّيْن .

على أن الالتزام هذا يشتمل على عدّة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي لا تقل عن أربع :

١ - التزام بالدَّيْن ، ٢ - التزام بالعين ، ٣ - التزام بالعمل ، ٤ - والتزام بالتوثيق ، وليس هنا محل بسط الكلام عليها ، بل يمكن القول إن الالتزام بالدَّيْن والالتزام بالعين هما الالتزامان اللَّذَان يُرَدُّ إليهما في النهاية كل التزام في الفقه الإسلامي ، ولا يفوتنا أن نعرّف الدَّيْن عند الفقهاء الحنفية بأنه : (ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك أو قَرْض)^(٢) وهذا التعريف الفني أدق تعريف للدَّيْن في فقه المذاهب فيما أحسب .

وهذا المسلك هو ما ذهب إليه المرحوم الدكتور السنهوري في كتابه القيم (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) وهو في نظري الأليق بالصياغة الفقهية المعاصرة^(٣) .

(١) ر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص ٢٠ .

(٢) ر : رد المحتار ج ٤ ص ١٦٩ ، ونص تعريف ابن عابدين رحمه الله للدَّيْن هو : (الدَّيْن ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته ذنباً باستقراضه) المرجع نفسه .

(٣) ر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ١٤ .

323 - ب - أما المسلك الثاني : فهو ربط نظرية الذمة بالعين والدَّين كالمسلك الأول ولكن على أساس أن هذا التمييز والمقابلة ثمرة من ثمرات تقسيم المال (لا باعتبار أنه من أقسام المال الاصطلاحي عند الحنفية ، بل باعتبار أن الدَّين يقابل العَيْن المالية كما تقابلها المنفعة) فالمال بالمعنى الاصطلاحي لديهم لا يمكن تقسيمه إلى عين ودَّين ، فالدَّين هو : (وصف لما يثبت في الذمة) بينما العَيْن هي : (الشيء المعين المُشَخَّص) قلت : ولهذا التمييز نتائج وثمرات أصلية يمكن إصصالها إلى تسعة ، ونتائج فرعية أخرى تُنظر في المطوَّلات^(١) .

وهذا المسلك هو ما ذهب إليه الأستاذ الزرقا في كتابه (نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي)^(٢) .

والذي يبدو أن هذا المسلك فيه نوعٌ بُعدٍ عن جوهر الربط بين النظرية وأصولها من مباحث الفقه الإسلامي إذا ما قيس بالمسلكين الآخرين .

ولعلي بُغِيَّةٌ عن القول بَعْدُ ؛ إن أي مسلكٍ يُصاغ على أي أساس بعيد عن فلسفة الفقه الإسلامي وأسلوب صياغته يبقى بعيداً عن هذا الفقه شكلاً ومضموناً ، ولو كان المبرر لذلك هو تجديد صياغة الفقه الإسلامي ، فهذا مشروط بالتقيّد بفلسفة هذا الفقه ومذاهب الرأي فيه .

324 - ج - أما المسلك الثالث : فَيَتَّصِلُ بنظرية (العَقْد) في الفقه الإسلامي ، وعلى وجه الخصوص (بالعاقِد) من مباحث أركان العقد ، وبشروط هذا العاقِد - الأهلية والولاية - ومن ثَمَّ عَرَفُوا الأهلية في اصطلاح الفقهاء : (بأنها صفة يُقَدَّرُها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تَثْبِتَ له الحقوق وتثبت عليه الواجبات ويصح منه التصرفات) والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص ، بل قد يَثْبِتُ له منها جزء أو أجزاء على حسب

(١) ر : نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي ص ١٧٢ وما بعدها إلى ١٨١ .

(٢) ر : نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي ص ١٦٧ وما بعدها .

كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه ، وهي تتدرّج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عندما يصل هو إلى درجة الكمال ، فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصةً ، وكلما قل نقصه زادت أهليته ، فأول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض التصرفات ، ثم صحة كل تصرفاته وتحملها المسؤوليات ، ولهذا قسمها الفقهاء إلى قسمين ؛ أهلية وجوب ، وأهلية أداء ، وكلّ منهما إلى قسمين ؛ ناقصة وتامة .

فأهلية الوجوب : (صلاحيته لأن تجب له الحقوق وتجب عليه الواجبات) وإن شئت قلت : (صلاحيته للإلزام والالتزام) ومناطق هذه الأهلية عند الفقهاء هو (الذمّة)^(١) .

وأهلية الأداء : (هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع) ومناطق هذه الأهلية ؛ (التمييز والعقل) .

هذا ؛ وأهلية الوجوب نوعان ؛ ناقصة وكاملة ؛ فالناقصة : (هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له) والكاملة : (هي صلاحيته للوجوب له وعليه) فمناطق أهلية الوجوب الصفة الإنسانية دون نظر لسن أو عقل أو رشد .

وأهلية الأداء أيضا نوعان ؛ ناقصة وكاملة ، حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل ، فمهما كان تمييزه تاماً وعقله كاملاً كانت أهلية أدائه كاملة .

والأهلية بأنواعها الأربعة سابقة الذكر لا تثبت للإنسان مرة واحدة ، بل تثبت له شيئاً فشيئاً ، فأول ما يثبت له أهلية الوجوب الناقصة ، ثم أهلية الوجوب الكاملة ، ثم أهلية الأداء الناقصة ثم الكاملة ، هذا إذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ، ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية السماوية أو الكسبية المذكورة آنفاً^(٢) .

(١) ر : مصادر الحق ص ٢٠ ، والمدخل إلى دراسة الفقه ص ٣٠٧ وما بعدها .

(٢) ر : مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول لمنلا خسرو مع حاشية الأزميري ج ٢ ص ٤٣٧ وما بعدها . =

ولهذا انقسمت حياة الإنسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية إلى مراحل أربع : ١ - مرحلة كونه جَنِيناً ٢ - مرحلة الطفولة وعدم التمييز ٣ - مرحلة التمييز ٤ - ومرحلة البلوغ والرُّشد .

والذي يَعْنِينَا من هذه المراحل ؛ الأوليان : ففي الأولى يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، لأن إنسانيته ليست بكاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه يتغذى بغذاء أمه ويتحرك بتحريكها ويتنقل بتنقلها يُعَدُّ كالجِزء منها ، ومن ناحية أنه يتهيأ للانفصال عنها بعد تمام تكوينه يُعَدُّ إنساناً مستقلاً ، فمراعاةً للناحيَتَيْن يثبت له بعض ما يثبت للإنسان ألا وهو ثبوت بعض الحقوق له ، وهي : ١ - النَّسَب من أبويه ، ٢ - الميراث إذا مات أحدُ مورثيه فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر والأنثى ، ٣ - واستحقاقه لما يوصى له به أو يُوقف عليه ، على أَنَّ ما يثبت له من ذلك لا تكون ملكيته له نافذة ، بل تتوقف على ولادته حياً ؛ فإذا وُلِدَ ميتاً رُدَّ ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن وُلِدَ حياً تثبت له ملكية مُستندةٌ إلى وقت ثبوتها^(١) ، وهذه الناحية ستناقش فيما بعد على ضوء ما سيقدره بعض الفقهاء المعاصرين للذمة من تعريف .

وفي المرحلة الثانية التي تبدأ بعد الولادة مباشرةً وتستمر إلى وقت التمييز ، وهو بلوغه السابعة من عمره ، وفي هذه يُصبح إنساناً مستقلاً ، فتكمل أهلية الوجوب عنده فتجب له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، ولكن

= قلت : ومشى على ذلك الأستاذ الزرقا في نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي من المدخل (ج ١ ص ٧٥٨) بكثير من الإيجاز والإحالة على كتابه نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي ، وكذلك مشى على ما ذكرت جمهور الفقهاء القدامى والمعاصرين وعلماء أصول الفقه .

(١) ر: المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي ص ٣٠٧ ومابعدا ، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧٤ ومابعدا ، ونظرية العقد ص ٣٢٣ ، وفي ذلك يقول الدكتور السنهاوري ما نصه في الصفحة ذاتها من نظرية العقد : (فالشخص وهو جنين في بطن أمه معدوم أهلية الأداء وناقض أهلية الوجوب إذ ليس له من أهلية الوجوب إلا ذمة صالحة للوجوب له في بعض الحقوق ، كالحق في ثبوت نسبه من أبيه ، وفي الميراث من مورثه ، وفي الوصية من الموصى له ، وفي غلة الوقف إذا كان مستحقاً فيه ، ولكن لا ينتقل إليه حق بطريق العقد حتى لو كان عقد تبرع ، ثم . . يقول : (وغني عن البيان أن شرط ملكية:

لا يثبت له شيء من أهلية الأداء ، فلا تُعتبر تصرفاته مطلقاً ، وإنما يتصرف عنه وليه أو وصيّه ، وتلزمه هذه التصرفات ما دامت في حدود الولاية ، وآثارها لازمة له أيضاً . ويجب في ماله ضمان ما أتلّفه من الأنفس والأموال .

وهذا المسّلك هو ما ذهب إليه الأستاذان علي الخفيف ومحمد مصطفى شلبي ، وجمهور الفقهاء القدامى والمحدثين^(١) ، وهو في ما أحسب الأقرب إلى روح الفقه الإسلامي وصياغته الفريدة .

325 - ما ذهبنا إليه :

وبعد ؛ فالذي أراه أن نظرية الذمة في الفقه الإسلامي ينبغي أن ترتبط ارتباطاً عضوياً بنظرية (الحق والالتزام) حسب تعبيرنا الذي اصطّلحنا^(٢) عليه ، على أن تكون نظرية خاصة فرعية منبثقة عن أصلها العام (نظرية الحق والالتزام)^(٣) من وجه مع الاحتفاظ بأصالتها واستقلالها من وجه آخر ، وذلك لأصالة هذه النظرية وأهميتها وقوة تأثيرها وشمولية أحكامها لدى الفقهاء ، فما الأهلية إلا أثر من آثار الذمة ، ولا قام التمييز البارز بين العين والدين في الفقه الإسلامي إلا على أساس الذمة ، فهل يصح بعد ذلك في النظر الصحيح أن تكون نظرية الذمة من فروع الكلام على شيء من هذا ؟!

* * *

(١) ر : المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي ص ٣٠٧ وما بعدها ، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٢) ر : (ابن عابدين وأثره في الفقه ، دراسة مقارنة بالقانون) رسالة دكتوراه للمؤلف ج ١ ص ٤٠ من المقدمة .

(٣) قلت : ذهب إلى ما ذهبنا إليه الدكتور أحمد فهمي أبو سنة في كتابه (النظرية العامة للمعاملات - نظرية الحق) إذ ربط نظرية الذمة في كتابه هذا نظرية الذمة بالنظرية الأم (نظرية الحق) المتفرعة في نظره عن النظرية العامة للمعاملات ، فتحدّث عن نظرية الذمة في معرض حديثه عن تقسيم الحقوق إلى أصلية وتبعية ، ر : نظرية الحق ص ٧٢ .

المبحث الأول

التعريف بالذمة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول :

326 - تعريفات :

الذمة ؛ لغةً : العهد ؛ وربما جاءت وأريد بها الضمان والأمان لِمَا فيهما من معنى العهد .

جاء في لسان العرب تحت مادة (ذم) ؛ [الذِّمَام والذِّمَّة ؛ الحق والحرمة ؛ والجمع أذمة ، والذمة ؛ العهد والكفالة ، وجمعها ذمام ، وفلان له ذمة ؛ أي حق . . . والذِّمَامَة ؛ الحق كـ (الذمة) ، وفي الحديث ذكر الذمة والذِّمَام ، وهما بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق . وفي الحديث النبوي : « المسلمون تتكافأ دماؤهم وَيَسْعَى بذمتهم أدناهم »^(١) قال أبو عبيدة : الذمة الأمان ههنا ، ولذا سُمِّيَ المعاهد ذمياً لأنه أعطي الأمان على ذمة الجزية التي تؤخذ منه ، وفي التنزيل في قوله تعالى : ﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَاذِمَّةً ﴾ [التوبة : ١٠] قال : الذمة العهد ، والإل ؛ الحَلِف [^(٢)] .

وجاء في أساس البلاغة : (ولفلان ذمة وذمام ومذمة؛ عهد يلزمُ الذمُّ مُضَيَّعُهُ)^(٣) .

(١) أخرجه البخاري في الفرائض ٢١ . ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد . ولفظه : « ذمة

المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » .

(٢) لسان العرب ج ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها .

(٣) أساس البلاغة ص ١٤٥ .

وجاء في المصباح المنير ملخص ذلك كله فقال : (وتفسر الذمة بالعهد وبالأمان وبالضمان أيضاً ، وقوله ﷺ : « يسعى بذمتهم أدناهم » فُسِّرَ بالأمان ، وسُمِّيَ المعاهد ذمياً نسبةً إلى الذمة بمعنى العهد ، وقولهم : (في ذمتي كذا ؛ أي في ضمانتي)^(١) ، ومثل ذلك أو قريب منه جاء في كشف التهانوي وتعريفات الجرجاني^(٢) .

وجاء في النهاية في غريب الحديث : (قد تكرر في الحديث ذُكر : « الذمة والذِّمَام » وهما بمعنى : العهد ، والأمان ، والضمان ، والحرمة ، والحق)^(٣) .

قلت : فالذمة في اللغة العهد ، والعهد يكون سبباً للمطالبة ، بمعنى لأن يطالب به الإنسان ويطالب به ، ومن هذا أتى الاستعمال الشرعي ، ثم اعتبرت محلاً للواجبات المالية والدينية على السواء ، وهذا هو أساس معناها الاصطلاحي^(٤) .

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية فأقرب تعريف إلى الصواب فيما يظهر قولنا :

(الذِّمَّةُ : وَصْفٌ شَرْعِيٌّ يَفْتَرِضُ الشَّارِعُ وجوده في الشَّخْصِ يَصِيرُ بِهِ أَهْلًا لِلْوَجُوبِ لَهُ وَالْوَجُوبِ عَلَيْهِ) .

وعلى هذا تكون أهلية الوجوب أثراً من آثار الذمة^(٥) .

(١) المصباح المنير ص ٢٢٥ .

(٢) ر : كشف التهانوي ج ٢ ص ٣٢٤ ، وتعريفات السيد الشريف الجرجاني ص ٩٥ ، قلت : وقد استعمل الشاعر العربي اللفظين الذمة والذِّمَام في قوله :

هبوني امرءاً منكم أضلَّ بغيره
له ذِمَّةٌ إنَّ الذِّمَامَ كَبِيرُ

(٣) ر : النهاية في غريب الحديث ج ٢ ص ١٦٨ ، قال ابن الأثير الجزري في الصفحة ذاتها ، ومنه الحديث : « يسعى بذمتهم أدناهم » أي إذا أعطى أحد لجيش العدو أماناً جاز ذلك على جميع المسلمين ، وليس لهم أن يُخْفَرُوهُ ، ولا أن يُنْقَضُوا عَلَيْهِ عَهْدُهُ ، وقد أجاز عمر أمان عبد على جميع الجيش ، ومنه الحديث : « ذمة المسلمين واحدة » والحديث الآخر في دعاء المسافر : « اقبلنا بذمة » أي (ردنا إلى أهلنا آمنين) ، قال : (وسُمِّيَ أهل الذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم) اهـ .

(٤) ر : أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧٣ وما بعدها .

(٥) ر : المصدر السابق الصفحة ذاتها ور : مصادر الحق ص ٢٠ ، قلت : وقد تستعمل أيضا الذمة مرادفاً للالتزام النقدي خاصة فيقال : (لفلان عليّ ذمة) أي أداء مبلغ من النقود اهـ .

المطلب الثاني :

327 - الخلاف في تعريف الذمة في الفقه الإسلامي :

هنالك من الأصوليين الأقدمين من أنكر تقدير الذمة ، وهم البعض ، فذهبوا إلى أنها لم تخرج اصطلاحاً عن أصل معناها اللغوي وهو العهد وقد ردَّ الشيخ عبد العزيز البخاري في (الكشف الكبير) على أصول البزدوي وقال : إنه مخالف للإجماع^(١) .

وبعض الأصوليين الأقدمين أيضاً قال : إن الذمة ذات وجود مادي بمعنى العهد وهو نفس الإنسان ، ولذلك قال البزدوي : (الذمة نفسها عهد) ودافع عن البزدوي شارحه البخاري دفاعاً جرَّه به إلى مذهب الجمهور فيما يظهر . والواقع أن هذا التأويل للذمة بالنفس التي لها عهد لم يُخرج أصحابه عن الافتراض ؛ لأن تعلق الديون بنفس الإنسان ليس إلا تعلقاً اعتبارياً ، وإنما تحولوا من افتراض المحل إلى افتراض التعلُّق^(٢) .

أما تعريف الذمة على أنها حقيقة اعتبارية ففيه اتجاهات ثلاثة :

١ - اتجاه جمهور الأصوليين الأقدمين في الشريعة الإسلامية وأكثر الفقهاء المعاصرين ، فقد جاء في تنقيح الأصول : (الذمة وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه)^(٣) . وقد شرح صدر الشريعة هذا التعريف في التوضيح فساق بحثاً ماتعاً انظره هناك .

وجاء في الكشف الكبير على أصول البزدوي : (الذمة عبارة في الشرع عن وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب والاستيجاب)^(٤) .

(١) ر : كشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ٢٣٨ .

(٢) المصدر السابق ج ٤ ص ٢٣٩ ور : نظرية الالتزامات ص ١٩٨ .

(٣) ر : حواشي التوضيح في أصول الفقه ج ٣ ص ١٥٢ وما بعدها .

(٤) ر : كشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ٢٣٨ .

وجاء في حاشية الحموي على الأشباه والنظائر (غمز عيون البصائر) :
(الذمة أمر شرعي مقدّر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام)^(١) ، مشى
على ذلك من الفقهاء المعاصرين السنهوري والخفيف وشلبي وأبو الفتح
وغيرهم ، وهذا الذي مشينا عليه ، وهو ما نراه راجحاً وسيأتي الدليل .

٢ - اتجه بعض المالكية وهو القرافي ، فقد جاء في الفروق ؛ في الفرق
/٨٣/ بين الذمة وأهلية التصرف ؛ قال في الذمة : (إنها معنى شرعي مقدّر في
المكلف قابل للالتزام واللزوم ، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً على أشياء
خاصة منها البلوغ ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيهاً فلا ذمة له ، ومنها ترك
الحجر) ثم قال : (وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب
الشرع في المحل ، وسبب هذا القبول المقدّر التمييز عندنا) ، ثم يقول :
(فكل من أهلية التصرف والذمة معنى مقدّر في المحل ، غير أن الأول لا إلزام
ولا التزام فيه ، والثاني فيه ذلك ، والذمة يُشترط فيها التكليف من غير
خلاف ، بخلاف أهلية التصرف ، ففيها خلاف)^(٢) .

فالذي يظهر - وهو الأغلب - أن مراد القرافي بأهلية التصرف هو ما أَراده
الحنفية بأهلية الأداء الناقصة ، ومراده بالذمة هو ما أَرادوه بأهلية الأداء
الكاملة ؛ لأنه قال في أول الفرق : (إنهما يجتمعان في الحر البالغ الرشيد ،
وتنفرد الذمة في العبد البالغ ، وتنفرد أهلية التصرف في الصبي المميّز عندنا
وعند أبي حنيفة وأحمد لأن تصرفه صحيح يُنفذ بإجازة الولي)^(٣) .

وتأسيساً على هذا فليست الذمة لديه هي الذمة التي لدى الجمهور ، ولعل
هذا اصطلاح المالكية فيما يبدو .

(١) ر : حاشية الحموي - غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لابن نجيم - الفن ٣/ ص ٣١٠ ،
ور : مرآة الأصول شرح مراقبة الوصول للعلامة منلا خسرو - بحث المحكوم عليه ص ٣٢١ ،
قلت وما ذكره الشارح هنا مؤول إلى ما ذهب إليه الجمهور بدلالة أنه جعل الذمة سبباً لأهلية الوجوب ،
والسبب غير المسبب فليُنظر ، فلا داعي لما ذكر .

(٢) ر : الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٣) ر : المرجع السابق ج ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها .

٣ - اتجاه الأستاذين الزرقا وأبو سَنة ، فالزرقا يعرفُ الذمة في موضعين من كتابه^(١) بأنها : (محلُّ اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه) فبذلك لا تثبت للجنين ؛ لأن الأمر لا يستدعي وجوب ذمة مقدرة في شخصه لأنه الحق له لا عليه^(٢) ، فلا حاجة بنا إليها حيثنذ في الفقه الإسلامي حسب نظره ، واستثنى من هذا النظر الفقهي الحنابلة ففي الاجتهاد الحنبلي فقط تجب نفقة الأقارب على الحمل إذا كان له مال ، وعلى هذا تكون له عندهم ذمة^(٣) . ويُعَلَّل الأستاذ الزرقا هذا الجنوح إلى ما ذهب بقوله : (فتعريف الذمة بما قالوا ، هو ذهاب بالذمة إلى معنى أهلية الوجوب بعنصريها ، والذمة عند الفقهاء أساس لأهلية الوجوب ، فهما إذاً مفهومان متغايران ، لأن الفقهاء يصوِّرون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول) ويستشهد لذلك بكلام البزدوي وشارحه البخاري^(٤) .

والذي أراه أن لا داعي أبداً لهذا الالتباس ولا لذلك الاستشهاد ، فإن الافتراض أمر واسع وأفق شاسع متى قام عليه الدليل ودلت عليه القرائن ، فإذا افترضنا تقدير الذمة ووجودها في المولود باعتبار وجود أهلية الوجوب الكاملة فيه ؛ فما الذي يمنع من افتراض تقديرها في الجنين باعتبار أهلية الوجوب الناقصة التي أقرها الأستاذ الزرقا لا بل قال بها ؟ فنقدِّر له ذمة قاصرة ؟ ! فقد جاء في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري : (وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين فتكون له ذمة قاصرة)^(٥) .

هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى ؛ ما الفرق بين أن يستدعي وجوبُ الحق عليه ذمة منذُ يولد ولا يستدعي وجوبُ الحق له ذمة منذُ أن يُخلق جيناً

(١) ر : المدخل ج ١ ص ٧٤٩ ، ور : نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي ص ١٩٠ وما بعدها ، والنظرية العامة للمعاملات (نظرية الحق) للدكتور أحمد فهمي أبو سنة ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) ر : المصدر السابق ص ١٨٦ و ١٩١ .

(٣) ر : القواعد لابن رجب ص ١٨١ .

(٤) ر : الكشف الكبير ج ٤ ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٥) ر : ص ٢١ .

في بطن أمه ولو كانت قاصرة شريطة برونه من بطن أمه حياً ولو تقديراً بأثر مستند إلى وقت العلوق ؟ وما الفرق بين (له وعليه) ما دام الأمر كله داخلاً في الافتراض ؟ ثم أليس في كونه جنيناً منحه الشارع حقوقاً محدودة له معروفة لدى الفقهاء ما يدعو إلى تقدير الذمة القاصرة فيه لتتسع لتلك الحقوق له ، وذلك بموجب أهلية الوجوب الناقصة فيه التي قال بها الفقهاء جميعهم ، وذلك في نظري يدعو إلى التساؤل أيضاً ؛ إذا قدرنا في الجنين أهلية الوجوب الناقصة فما هو مناطها ؟ لا بل كيف تتصور فيه تلك الأهلية الناقصة قائمة بلا ذمة أصلاً ، ثم ما الذي يمنع في الفقه الإسلامي أن تكون له ذمة قاصرة كما أثبتنا له أهلية وجوب ناقصة إذا كانت الذمة محل الأهلية ومناطها ؟ .

يتيحاً لي أن أهلية الوجوب بحاليتها الكاملة والناقصة أساسها الذمة ، وبذلك نستطيع القول أن الجنين له ذمة تتسع لما له كما تتسع لما عليه بشرطها المذكور آنفاً ؛ بدليل أن الذمة مرتبطة بالشخصية وجوداً وعدماً ، وشخصية الإنسان يبدأ اعتبارها الشرعي عند الفقهاء منذ العلوق في بطن الأم بشرط ولادته حياً ولو تقديراً ، استمع إلى الأستاذ الزرقا يقول في محل آخر من كتابه ذاته عند البحث في بدء الشخصية الحقيقية ما خلاصته : (وشخصية الفرد يبدأ اعتبارها الشرعي عند الفقهاء منذ علوقه في رحم أمه بشرط أن يولد حياً ولو تقديراً ، ويُعتبر قد ولد حياً إذا خرج أكثره وهو حي ؛ دليل ذلك تلك الأحكام التي أثبتتها الشارع حقوقاً للجنين بما يُسمى - حقوق الحمل - وهي متفق على تقريرها وإثباتها في الشرائع الوضعية ، والبروز شرط لاستناد اعتبار الشخصية فقط لديها^(١) أما ما استشهد به الأستاذ الزرقا من كلام صاحب الكشف فدونك ما قاله البخاري^(٢) ذاته : (فلم يكن له - الجنين - ذمة مطلقة أي كاملة حتى صلح لأن يجب له الحق لا عليه) كل هذا حداً بي إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور في تعريف الذمة من أنها :

(١) ر : نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٢) الكشف ج ٤ ص ٢٤٠ .

(وعاءٌ اعتباريٌّ افترضه الشارع في الشخص يتسع لما له ولما عليه) .

وأختم الحديث بنص صريح للدكتور عبد الرزاق السنهوري - وهو من هو في عالم الفقه والقانون - يقول فيه في معرض حديثه عن الأهلية وأحكامها في الشريعة الإسلامية والأدوار الطبيعية في حياة الإنسان : (الجنين ؛ أما في الدور الأول فالشخص وهو جنين في بطن أمه معدوم أهلية الأداء ، وناقص أهلية الوجوب ، إذ ليس له من أهلية الوجوب إلا ذمة صالحة للوجوب له في بعض الحقوق) ويشترط لذلك بقوله : (شرط ملكية الجنين لهذا المال أن يولد حياً ولو مات بعد ذلك مباشرة)^(١) .

328 - حاجة فقهاء الشريعة إلى تقدير الذمة :

رأيت كيف ردَّ الشيخ عبد العزيز البخاري قول الذين قالوا : إن تقدير الذمة من الأوهام والثُّرَّهات وأنها لم تخرج اصطلاحاً عن معنى العهد ، فليس معنى قول الفقهاء : (ثبت في ذمة فلان كذا) إلا أنه ثبت بعهد أو فيما تعهد به أو التزمه ، ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلّفه بها ، وجاء هذا الرد في كشف الأسرار على أصول البزدوي ، وقال : إنه مخالف للإجماع الذي أثبتته الشارح تبعاً لفخر الإسلام ، ووجه الرد أن هذا ينتقض بالصغير والمجنون اللذين لا يصح منهما عهد مع أن الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال ، فلذا تُستوفى منهما متى امتلکا مالاً ، فتقدير ذمة الشخص أمر لا مفر منه تقتضيه استقامة منطقي الأحكام ويفترضه تخريجها وتأصيلها^(٢) ، ويتوقف عليه عمل التشريع في بناء بعض النظريات والأحكام الهامة :

أ - فصحة التزام الشخص بما لا حد له من الالتزامات والديون دون نظر إلى قدرته وثروته ، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو بإخراجه عن ملكه عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته بحيث تكون يده حرة في أمواله بالرغم من

(١) نظرية العقد للدكتور السنهوري ص ٣٢٣ .

(٢) ر : الحق والذمة ص ٨٩ وما بعدها .

ديونه ، كل ذلك يصبح سائغاً شرعاً بافتراض ذمة في الشخص تكون محلاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد ؛ لأن الديون عندئذ حقوق شخصية مكانها الذمة ، ولا علاقة لها بعين أمواله ، ولولا ذلك لوجب أن نعتبر الديون متعلقة بعين أموال المدين وثروته فتشل حركته الاقتصادية ولو لم يكن دينه مستغرقاً ثروته ؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين ، فلا مجال لمنع تصرف المدين في بعض ماله وإطلاقه في بعض لما يترتب على ذلك من مشكلات كبيرة في التعيين والتخصيص مما يخالف مباني التشريع ومقتضياته ، وقل مثل ذلك في الشرائع الوضعية .

ب - ونظرية الشخص الحكمي إنما تقوم في الفقه الإسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع بذمة مالية ، فتعدّ كالشخص الطبيعي وتُعتبر به في ثبوت الحقوق له وعليه ، فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص الحكمي - المعنوي - بالنظر إلى الحقوقي شرعاً ولا قانوناً ؛ لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة هي من أساسها افتراضية اعتبارية على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكمية نفسها ، وإذا كانت الشخصية الحكمية ليست وهماً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ما تتكون منه مصلحتها ، وفي الجمعيات والشركات أفرادها ، فالذمة ليست وهماً بل منتزعة ومجردة من الشخص ، فما دامت الشخصية الاعتبارية مقبولة بل ضرورية في التشريع ففكرة الذمة أولى ، وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين ضرب من حُسن الصياغة في أساليب التشريع وبنائه النظري يُستعان به في تقرير المبادئ والنظريات لأجل اتساق الأحكام وانسجامها مما يمتاز به تشريع عن آخر^(١) .

* * *

(١) نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي ص ١٨٩ وما بعدها .

المبحث الثاني خصائص الذمة في الفقه الإسلامي

329 - تمهيد :

عرفت أن الحق في الذمة ما ذهبنا إليه من أنها تتسع لما للشخص من حقوق ولما عليه من واجبات ، وتأسيساً على هذا فإن للذمة في الفقه الإسلامي خصائص أربعة استخلصتها من الاستقراء والتتبع لمباحث الذمة عند فقهاء الشريعة الأقدمين والمعاصرين يتهياً لي أن تلك الخصائص لا تخرج عما ذكرتُ :

330 - ١ - الخاصّة الأولى : الذمة من لوازم الشخصية :

فعلى هذا ؛ الجنين له ذمة كما ذكرنا ، والذمة لا اشتراك فيها فلا يكون للذمة الواحدة إلا صاحب واحد ، ولا للشخص الواحد إلا ذمة واحدة ، وسواء في ذلك ؛ الشخصية الطبيعية والشخصية الحكومية لدى جمهور الفقهاء لم يخالف عن ذلك إلا فقهاء الحنفية ، فهم لا يثبتون الذمة للشخصية المعنوية ولا يقولون بها كما تقضي بذلك قواعدهم الكلية ، والذي يظهر من مسائل الحنفية وفروعهم أنهم يقولون بالشخص المعنوي - الحكمي - كـ (الوقف) ويثبتون الذمة لبعض هذه الأشخاص المعنوية في تلك المسائل استثناءً^(١) ، خلافاً لما يقررونه من قواعد كلية وأصول عامة تصطدم بالاضطرار والحاجة والعرف والتعامل ورفع الضرر ودفع الحرج . وبما نقل عن أئمة المذهب من فروع لوحظ فيها ما ذكر فخالفت تلك القواعد العامة ، مشياً على قول

(١) ر : أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧٤ وما بعدها ، و ر : تنقيح الفتاوى الحامدية / باب الوقف عند آخره .

الجمهور ؛ الشخصية المعنوية كـ(دور النشر والشركات والمؤسسات الجماعية) لها حقوق كما عليها واجبات ومناط ذلك الذمة المقدرة فيها ؛ ومن جملة هذه الحقوق لها حق المنافع أو ما يُسمّى اليوم بـ (الملكية الأدبية) كـ(حق التأليف والنشر والتلحين) عند القائلين بهذا الحق المثبتين له تخريجاً على القواعد الكلية والأصول ، وهذا ما تقتضيه اليوم ضرورة التعامل وحاجة الناس وعموم البلوى ، وهذا ما حدا بالحنفية أن يَوجدوا عقداً في الفقه الإسلامي تخريجاً هو (بيع الوفاء)^(١) .

331 - ٢ - الخاصّة الثّانية : الذّمة حقيقة اعتبارية :

فهي حقيقةٌ وليست وهماً ، وهي اعتبارية وليست مادية كما هو الشأن في الفقه الغربي حتى ولو عبّروا عنها بالشخصية القانونية كما سيجيء ، فالشارع افترض هذه الذمة في الشخص وجعلها مناط أهلية الوجوب فيه .

332 - ٣ - الخاصّة الثّالثة : الذّمة ليس لسعتها حدّ :

لأن الذمة ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يُتصوّر من الحقوق ، وعلى هذا فلا اشتراك فيها ؛ فالشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة ، لكونه له شخصية واحدة ذات ذمة متّسعة فلا حاجة لغيرها .

333 - الخاصّة الرّابعة : الذّمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح ، ولا يقتضي ذلك منع المدين من التصرف بأمواله :

الذمة بمعناها الالتزامي مستقلة شرعاً عما يملك صاحبها ، فتساوى فيها الديون دفْعاً للحرج والتعامل ، ويُستثنى بعض ديون يقرّر الشرع لها امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء لبعض الأسباب الموجبة ، ولكن إذا أصبح للديون تعلق بأموال المدين توقّف تصرّفه المُضِرُّ بكل الدائنين أو ببعضهم ، كما في حال

(١) انظر الاختيار شرح المختار لابن مودود الموصلي في مباحث البيوع .

مرض الموت ، فإن المدين بدين مستغرق لأمواله يُعَدُّ في مرض موته محجوراً
عن كل تصرف يُضِرُّ بحقوق دائنيه ، وقد استحسن متأخرو فقهاء الحنفية اعتبار
المدين محجوراً حكماً عن التبرع فيما يُعادل الدَّين من أمواله ولو في حال
صحته ، فتبرعه كالوقف مثلاً غير نافذ إلا فيما يزيد من أمواله عن الدَّين الذي
عليه^(١) .



(١) ر : رد المحتار ج ٣ ص ٣٩٥ .

المبحث الثالث انهدام الذمة

334 - تمهيد :

تفقد الشخصية الطبيعية وجودها بموت صاحبها ، ولا يبقى من آثارها إلا أمور محدودة استثنائها الشارع كـ (الوصية) مثلاً ، فهل تُعدُّ الذمة كذلك منهدمة بموت صاحبها فوراً ، أو باقية بعده إلى حين اختلفت في هذه القضية المذاهب الفقهية إلى ثلاثة اتجاهات :

335 - ١ - الاتجاه الأول :

وقد ذهب إليه بعض الحنابلة :

ومفاده أن الذمة تنهدم بمجرد الموت ؛ لأنها من خصائص الشخص الحي ، وثمرتها الذمة صحة مطالبة صاحبها بتفريغها من الدين الشاغل لها ؛ فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتهدم الذمة ، وعلى هذا ؛ إذا توفي المدين دون أن يترك مالاً فمصير ديونه السقوط ، وإن ترك مالاً تعلق الدين بعين ماله^(١) .

336 - ٢ - الاتجاه الثاني :

وقد ذهب إليه جمهور الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة^(٢) :

ومفاده أن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة إلى أن تُوفى الديون وتُصَفَّى التركة ثم تنهدم ، دليله ما ورد في الحديث النبوي : « ذِمَّةُ الْمَيِّتِ مَرْتَهَنَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »^(٣) ، وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في

(١) ر : القواعد لابن رجب ص ١٩٣ .

(٢) ر : حاشية الرملي على أسنى المطالب ج ١ ص ٢٣٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الصدقات عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ : « نفس المؤمن معلقة بدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى »

الدنيا ، ولا يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلوحها لأن تُشغَل بالذَّيْن ، فقد ورد في الحديث النبوي أيضاً صحة الكفالة بما على الميت المفلس من ذَيْن^(١) ، وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها ، ولذا يُمكن أن تُشغَل بعد الموت بذَيْن جديد متفرّع عن ذَيْن سابق ، ومقتضى هذا الرأي أن يبقى للميت العنصر الثاني من مناط أهلية الوجوب (وهي الذمة) ألا وهو قابلية الالتزام التي لا تنفك عن الذمة وجوداً ، بل قد نُقل عن بعض المالكية ما يقتضي بقاء قابلية الإلزام^(٢) .

337 - ٣ - الاتجاه الثالث : وهو مذهب الحنفية :

ومقتضاه أن الموت لا يهدم الذمة ولكن يُضعفها كما يُضعف أهلية الوجوب ، فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا حال الحياة ، وإنما يبقى لهما من الصلوح ما تقتضيه الضرورة اقتضاءً لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة ، ولهذا الضعف الطارئ على الذمة الذي يُعدُّ مبدؤه من تاريخ مرض الموت تُوثَّق الديون التي على الميت بتعلُّقها بماله تقوية لذمته^(٣) ، حملهم على ما قالوا ما يستدعيه المنطق الفقهي من ضرورة التوفيق بين ما يستلزمه الموت من انهدام الذمة والأهلية ، وما يستلزمه ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للأهلية والذمة كي ترد الأحكام التي اقتضتها المصلحة إلى قواعد وأصولٍ نظريةٍ تتفرع عنها ويسهل تغييرها بها .

وبعد؛ فلئن تصوّر المرء من الممكن أن يُعدَّ ثبوت المِلْك بعد الوفاة إنما هو للورثة رأساً خَلْفِيَّةً عن الميت، فإنّ هذا الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان^(٤)

= عنه « والمراد بالنفس هنا الذمة كما مر : سند ابن ماجه ج ٢ ص ٤٠ .

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في باب الذَّيْن ج ٤ ص ٣٩٠ من فتح الباري ، ومسلم في الفرائض ١٤ ، وأخرجه غير البخاري عن جابر بن عبد الله . ورواية البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً : « أن رسول الله ﷺ كان يؤتي بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل هل ترك لدينه فضلاً ، فإن حُدث أنه ترك لدينه وفاءً صلى ، وإلا قال : صلوا على صاحبكم ، فلما فتح الله عليه الفتوح قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ذنباً فعليّ قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته » اهـ .

(٢) ر : المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٣٦ وما بعدها .

(٣) ر : نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي ص ١٩٧ وما بعدها .

(٤) وذلك في صورة وقوع الحيوان في الحفرة المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب ، =

بسبب يرجع إلى ما قبل الموت ؛ لأن الورثة إنما يخلفون الميت في استحقاق ما هو له لا في التزام ما هو عليه ، فهم غير مسؤولين بذمهم عن أعمال المورث ، فلذا يتعلق حق الغريم بعين التركة ، وإن التعلق بها بسبب الضمان لا يكون إلا عن طريق الذمة ؛ لأن مال الإنسان غير مسؤول مباشرة عن فعل صار شرعاً ، فوجب لذلك تقدير بقاء ذمة للميت .

هذا مجمل نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت ، وهي مبنيّة بناءً استثنائياً على الضرورة منشأً وحدوداً ، فحيث لا تكون ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تُعدّ بالموت مهدومة ومعدومة ، وعلى هذا لا يصح أن يُوصى للميت ولا أن يوهب له^(١) .

جاء في (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) للدكتور السنهاوي ما نصه :
(والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا تبقى ، ولكنها تخرب ، ويقوّيها أن يترك الميت مالاً أو كفيلاً بدينه ، فإن لم يوجد مال أو كفيل سقط الدين)^(٢) .

والذي أراه أقرب الأقوال إلى الصواب وأرجحها ما ذهب إليه الحنفية ؛ فهو يتفق مع المنطق الحقوقي والنظر السديد ويمثّل الموقف الوسط المعتدل بين جانبي الإفراط والتفريط ، فالأصل لديهم انهدام الذمة وبطلان الأهلية بالموت ، وإنما تُعتَبران مستمرّتين استثناءً من الأصل وبنطاق محدود يُقدّر ما تقتضيه تصفية نتائج الأسباب السابقة ، لا لإثبات أحكام جديدة ، فالضرورة تُقدّر بقدرها فلا يُتوسّع فيها .

= وأصل المسألة أن فقهاء الحنفية لاحظوا أن الإنسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكا له في حياته كما يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته وذلك كمن نصب شبكة للاصطياد ومات فوقه فيها حيوان فإنه يملكه تركته فهو اكتساب للملكية بعد الموت . فيعتمد بقاء جزء من أهلية الإلزام بثبوت فيه حق للميت ، وقضية وقوع الحيوان في الحفرة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب فيها ثبوت ضمان على الميت بعد الموت وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له اهـ ؛ ر : الحق والذمة ص ٩٣ - ٩٥ .

(١) ر : نظرية الالتزامات ص ١٩٨ .

(٢) ر : مصادر الحق ج ١ ص ٢١ .

المبحث الرابع

الفروق بين قاعدة الذمة وبين قواعد مشابهة لها عند أصوليي المالكية

(كما قرره الإمام القرافي في الفروق)

338 - ١ - الفرق الأول : الفرق بين قاعدة الذمة وبين قاعدة أهلية المعاملة :

وهو أنهما وإن اشتركا في جهتين جهة كونهما تعلقاً ونسبةً خاصةً في المحل ، وجهة كونهما من باب خطاب الوضع لا من باب خطاب التكليف من حيث أن كلا منهما سبب في شيء لا من حيث أنهما تعلق ونسبة خاصة ، والتعلقات أمور عدمية فيقدرها صاحب الشرع في المحل عند سببها موجودة ، وتكون من قبيل التقادير الشرعية التي محلها إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود خلافاً للأصل لكنها يفترقان من جهتين أيضاً :

١) أحدهما : أن الذمة إما كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً ؛ فيكون الصبي لا ذمة له ، وإما كونه قابلاً شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها ؛ فيكون الصبي له ذمة للزوم أروش الجنيات وقيم المتلفات ، وأهلية المعاملة والتصرف قبول خاص ليس فيه إلزام ولا التزام .

٢) والجهة الثانية : أن الذمة قال : الأصل يشترط فيها التكليف بخلاف أهلية التصرف فاشترط الإمام الشافعي فيهما أيضاً التمييز والتكليف ، والإمام مالك والإمام أبو حنيفة التمييز فقط ، والإمام ابن حنبل التمييز مع إذن الولي فلا يصح عنده تصرفه بدون إذنه ، وقال ابن الشاط : إذا صح الانفاق على

اشتراطه التكليف في الذمة فلا ذمة للصبي ، وتعيين حد الذمة أو رسمها بأنها قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها اهـ ؛ أي حتى تكون للصبي ذمة للزوم أروش الجنایات وقيم المتلفات له كما علمت ، فبين الذمة وأهلية التصرف عموم وخصوص وجهي يجتمعان معاً في حق الحر البالغ الرشيد ؛ فإن له أهلية التصرف وله ذمة كما لا يخفى ، وتنفرد الذمة عن أهلية التصرف في العبيد فإنهم محجور عليهم لحق السادات سداً لذريعة إفساد ما لهم ، وحق السادات متعلق به ، ولو جنى العبد جنایة ولم يقع الحديث فيها ولا الحكم كانت متعلقة بذمته إذا عتق طوبى بها ، فيكون قد تقدم في حقه السبب واللزوم وتأخرت المطالبة ، وإذا تزوج بغير إذن سيده وفسخ نكاحه بقي الصداق في ذمته يطالب به بعد العتق ، فاللزوم سابق والمطالبة متأخرة في حقه ، وتنفرد أهلية التصرف عن الذمة في الصبيان المميزين ، فإن في الصبي المميز أهلية التصرف عندنا وعند الإمام أبي حنيفة والإمام ابن حنبل فقط من غير ذمة له عند الجميع بناء على صحة الاتفاق على اشتراط التكليف في الذمة كما تقدم قلت : ولا ينافي هذا قول السيد الجرجاني في تعريفاته : (الذمة لغة العهد) لأن نقضه يوجب الذم ومنهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنها : (وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه) منهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها : (نفس لها عهد فإن الإنسان يولد وله ذمة) وقوله صالحة للوجوب له وعليه ؛ لأن مراده أنها من الطبائع الملازمة للإنسان كـ (الناطقية) بمعنى مبدئية النطق والإدراك وإن منع من تحققها في بعض أفرادها مانع ؛ كما يشهد لذلك قوله بخلاف سائر الحيوانات .

وبالجملة فسبب القبول الذي هو الذمة عند الجميع التمييز مع التكليف ، وسبب القبول الذي هو أهلية التصرف عندنا ، وعند الإمام أبي حنيفة التمييز دون الإجازة والتكليف ودون الإباحة أيضاً عندنا ، فإن الفضولي عندنا له أهلية التصرف وتصرفه حرام ، وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر ينفذ ذلك التصرف فدل على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار ، وإنما تعلق به حق آدمي كـ (تصرف العبد بغير إذن سيده ، والصبي المميز بغير إذن

الولي) فإن تصرفه صحيح يتوقف لزومه على إجازة السيد والولي عندنا ، وعند الإمام أبي حنيفة والإمام ابن حنبل ؛ التمييز مع الإجازة دون التكليف ، فإن عقد الصبي المميز بإذن الولي صح وإلا فلا ، وعند الإمام الشافعي التمييز مع التكليف ، فلا ينعقد عقد الصبي المميز أصلاً وإن أذن له الولي^(١) .

339 - ٢ - الفرق الثاني : الفرق بين قاعدة ما يثبت في الذمم وبين قاعدة ما لا يثبت فيها :

الذي لا يثبت في الذمم هو المعينات المشخصات في الخارج المرئية بالحس ، والذي يثبت فيها هو ما عداها ، ويظهر أثر ذلك في المعاملات وفي الصلوات والزكوات ، أما في المعاملات ففي قاعدتين :

(١) إحداهما : قاعدة الاستحقاق أو الموت لما وقع العقد عليه يوجب في المعين انفساخ العقد وفي غير المعين لا يوجبه ، فإذا اشترى سلعة معينة فاستُحقت انفساخ العقد أو ما في الذمة كما في السلم فأعطاه ذلك وعينه ثم استُحق لم ينفسخ العقد بل يرجع إلى غير ما استحق ؛ لأنه تبين أن ما في الذمة لم يخرج منها ، وإذا استأجر دابة معينة للحمل أو غيره كـ(الركوب) فاستُحقت أو ماتت انفساخ العقد ، أو غير معينة لذلك فعطبت أو استُحقت لم ينفسخ العقد بل يطالبه بغيرها ؛ لأن المعقود عليه غير معين بل في الذمة فيجب الخروج منه بكل معين شاء .

(٢) القاعدة الثانية : قاعدة التخيير في تسليم المعقود عليه وعدمه فمتى كان في الذمة كان لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال ويعطي أي مثل شاء ، ومتى كان معيناً من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره ، فلو اكتال رطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن له أن يعطي غيره من الخابية ، وإذا فرّق صبرته صيعاناً فعقد على صاع منها بعينه لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره من تلك الأمثال .

(١) تهذيب الفروق بهامش فروق القرافي ج ٣ ص ٢٣٧ الفرق ١٨٣ .

وأما إذا عقد على صاع غير معين من جنس هذه الصُّبْرَة أو على رطل غير معين من جنس هذا الزيت ، فإن المعقود عليه لعدم تعيينه يكون في الذمة فله الخروج عنه بأي مثل شاء من تلك الأمثال .

وبالجمله فالمعِينات لا تثبت في الذمم ، وما في الذمم لا يكون معيناً بل يتعلق الحكم فيه بواحد غير معين من الأمور الكلية والأجناس المشتركة ، فيقبل ما لا يتعين منها البدل والمعين لا يقبل البدل والجمع بينهما محال ، وأما في الصلوات والزكوات ففي قاعدة أن من شرط الانتقال إلى الذمة تعذر المعين ، والصلاة من حيث إنها فعل لا تعين لها ما لم تقع فكل من أداء الصلوات التي لم تقع مع بقاء وقتها وقضاء الصلوات التي لم تقع مع خروج وقتها يكون في الذمة ، إذ لا يصح في الفعل الذي لم يقع وإن تعين بتعين وقته أن يكون معيناً ؛ لأن تعيينه بتعين وقته لا يقتضي جعله معيناً بمكانه وسائر أحواله ، والزكاة من حيث إنها حق واجب في المال المعين لا تكون إلا حقاً معيناً بمعنى إنه جزء لمعين فلا تكون في الذمة ما وجد نصابها ، فإذا تلف بعذر لم ينتقل الحق الواجب لتعيينه إلى الذمة فلا يضمن مالك النصاب حينئذٍ نصيب الفقراء ، وإذا تلف بغير عذر ترتب الحق الواجب في الذمة فيضمن مالك النصاب حينئذٍ نصيب الفقراء ، ولا يعتبر في الضمان تأخر الجائحة عن زمن الوجوب في الزرع أو الثمرة مثلاً .

هذا الفرق غير مطرد عند المالكية بل خالفوه في صورتين :

الصورة الأولى : قولهم : لا يتعين النقدان بالتعيين وإنما تقع المعاملة بهما على الذمم وإن عينت النقود إلا أن تختص بأمر يتعلق به القرض كـ (شبهة في أحدهما أو سكة رائجة دون النقد الآخر) وإنه إذا غصب غاصب ديناراً معيناً فله أن يعطي غيره مثله في المحل ويمنع ربه من أخذ ذلك المعين المغصوب ؛ معللين بأن خصوصات الدينانير والدراهم لا تتعلق بها الأغراض ؛ فسقط اعتبارها في نظر الشرع إذ لا يعتبر صاحب الشرع إلا ما فيه نظر صحيح .

340 - ويرد عليه سؤالان :

أحدهما : إنه يلزمه أن لا تكون أعيان الدراهم والدنانير مملوكة أيضاً ، إذ لو كانت الخصوصات مملوكةً لكان لصاحب المعين المطالبة بملكه وأخذه المعين من الغاصب والمشتري واللازم باطل ؛ لأنهم يقولون : إن للغاصب المنع من المعين وكذلك المشتري في العقود ، وإذا لم تملك أعيان الدنانير والدراهم عندهم لم يكن المملوك إلا الجنس الكلي ، والجنس الكلي لا يصح أن يملك إما على قول نافية فظاهر وإما على قول مثبتية فلائنه ذهني صرف ؛ والذهني الصرف لا يتأتى ملكه ؛ فيلزم على هذا القول إن من ملك ديناراً أو غيره من النقود إما أن نقطع بأن لم يملك شيئاً عند من ينفي الأجناس أو يقع الشك في أنه ملكه أو لم يملكه عند من يشك في الأجناس ، وهذا كله خروج عن المعقول ولا شك في شناعته فلا وجه لالتزامه وعدم الالتفات لشناعته وكيف يسوغ لعقل التزام ما لا يصح ولا يعقل ؟ قاله ابن الشاط ، قلت : وأنت خبير بأنه على ما حققه الجلال الدواني وغيره من المحققين : من أن الجنس قد يعتبر لا بشرط شيء من تشخص أو كلية فيتحقق في أفرادهِ وهو الحق كما مر التنبيه عليه ، لا يظهر أنه يلزم على هذا القول أن من ملك ديناراً أو غيره من النقود لم يملك شيئاً أو يقع الشك في ملكه وعدمه ، بل إنما يلزم عليه أنه مالك للجنس المتحقق في فرد ما .

٢ - السؤال الثاني : أنهم وافقوا الجمهور على أن الصيعان المستوية من الصبرة والأرطال المستوية من الزيت تملك أعيانها ، وإنما تعين بالتعيين مع أن الأغراض مستوية في تلك الأفراد استواءها في أعيان النقود ، وقول الأصل : إن الصيعان والأرطال المستوية وسائل لتحصيل الأغراض من السلع ، والمقاصد إنما هي السلع ؛ فتقع المشاحنة من تعييناتها من حيث إنها مقاصد ، والسلع وإن لم تتعلق الأغراض بأفرادها كـ (أعيان النقود) إلا أن أعيان النقود تفارقها في أنها وسائل لتحصيل الأغراض من السلع ، فاجتمع فيها أمران ؛

كونها وسائل وعدم تعلق الأغراض بخلاف السلع فلم يوجد فيها إلا الثاني فقط ، قال ابن الشاط : إنه فرق لا أثر له لاحتمال أن يكون لصاحب ذلك المعين غرض فيه ، فإن لم يكن ذلك الغرض من الأغراض المعتادة ، فالصحيح تعيين النقدين بالتعيين ولزوم رد المغصوب منهما بعينه إلا أن يفوت ، فيلزم البذل .

الصورة الثانية : قول ابن القاسم : لا يجوز لمن له دين على رجل أن يأخذ منه ما يتأخر قبضه كـ (دار يسكنها ، أو ثمرة يتأخر جذاذها ، أو عبد يستخدمه) ونحو ذلك ؛ لأنه فسخ دين في دين ؛ لأن هذه الأمور لما كانت يتأخر قبضها أشبهت الدين وفيها مفسدة الدين من جهة أن فيها المطالبة ففيه مخالفة لما في هذا الفرق من أن المعين لا يكون في الذمة فلا يكون ديناً ، وأما على قول أشهب يجوز ذلك وليس هذا فسخ دين في دين بل دين معين في معين فلا مخالفة ، فمن هنا جرى عمل الشيخ علي الأجهوري على قول أشهب وصححه المتأخرون ، وأفتى به ابن رشد كما في حاشية الصاوي على شرح أقرب المسالك^(١) .

* * *

(١) ر : تهذيب الفروق بهامش فروق القرافي ج ٢ الصفحات ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، الفرق ٨٧ .

المبحث الخامس

أبرز ثمرات نظرية الذمة

في الفقه الإسلامي

341- لَمَّا وضع الفقهاء نظرية الذمة نظروا إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية ، فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعَيْن ينصبَّان على عين معيَّنة بالذات ، فأمكن أن يتعلق الحق بالعَيْن ، أما الدَّيْن فمحلُّه مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية فتعذَّر تَعَلُّقُ الدَّيْن بعين معيَّنة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة ، إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعاً ، فبرز التمييز بين الدَّيْن والعَيْن ، وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس ، فالدَّيْن دون العين هو الذي يتعلق بالذمة ، وتفرع عن تعلق الدين هذا بالذمة فروع محلها المطَّولات^(١) .



(١) ر : مصادر الحق ج ١ ص ٢٤ ، قلت منها : ١ - إن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعَيْن فينصبُّ على العين ذاتها ولا حاجة إلى هذه الوساطة ، ٢ - ومنها أن الدين تتبعه المطالبة إذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة ، ٣ - ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعَيْن وهو متصل بها مباشرة فكالحق العيني لا يتصور فيه شيء من ذلك .

المبحث السادس

نظرية الذمة

بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي

المطلب الأول :

342 - خلاصة عن نظرية الذمة في نظر الفقه الغربي :

للذمة في الفقه الغربي مفهوم يختلف من ناحية عن مفهومها في الفقه الإسلامي ، فهي في نظر علماء الحقوق الأوروبيين : (مجموع ما يَحْصُ الشخص من أمواله حاضرة أو مستقبلة)^(١) .

ويتكوّن هذا المجموع مما له من أموال وحقوق ، وما عليه من ديون وتكاليف ، وهذا لديهم يُسمّى (الثروة) أو (الذمة المالية) وحاصل الفرق بين ماله وما عليه يُسمّى (الصافي) .

فالذمة بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص في ما بعد سن الولادة ، وتخلو في الوليد الذي ليس له مال ، وتحدّد فلا تزيد ولا تنقص عند موت صاحبها ، فهي إذاً (مجموع من المال) وهي أيضاً ومعاً (الشخصية القانونية) بمعنى القابلية لكسب حق أو ترتّب التزام ، ويترتب على ذلك فروع لديهم تجدها في كتب القانون والفقه المقارن بالقانون^(٢) .

(١) ر : مصادر الحق ج ١ ص ٢٢ ونظرية الالتزامات ص ١٩٩ .

(٢) ر : مصادر الحق ج ١ ص ٢٢ و ٢٣ ونظرية الالتزامات ص ١٩٩ وما بعدها ، والأموال للأستاذ محمد كامل مرسي ف / ٣ .

المطلب الثاني :

343 - موازنة بين النظر الفقهي الإسلامي والنظر الفقهي الغربي :

اتفق النظران الفقهي والقانوني في ناحية ، واختلفا في نواح ثلاثة ترجع إلى واحدة :

344 - آ - اتفقا في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها :

فالذمة عند علماء القانون فكرة مُفْتَرَضَةٌ ومُقَدَّرَةٌ تقديراً للشخص ، وليست شيئاً مادياً محدوداً ، وذلك لكي تُعْتَبَر الديون متعلّقةً بالذمة المالية العامة المقدَّرة للشخص ، فلا تتعلق بعين أمواله فتتمنع التصرف بها^(١) ، وهي بعدُ في كلا الفقهين : (وعاء اعتباري افترضه الشارع في الشخص يتسع لما له ولما عليه) لم يخالف عن ذلك واحد منهما أبداً .

345 - ب - أما مواطن الاختلاف فثلاثة^(٢) :

١ - الذمة في الفقه الإسلامي : وَصِفَتْ تَصُدُّرُ عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية ، أما الذمة في الفقه الغربي فليست بذاك .

(١) ر : الأموال ؛ للأستاذ محمد كامل مرسي الفقرة ذاتها .
(٢) قلت : والذي يظهر لي بعد الاستقراء وإمعان النظر ؛ أن الذمة في الفقه الغربي أخذت من كل الفقه من الروماني والفقه الإسلامي بنصيب ، فبقدر ما كان الفقه الإسلامي شخصي النظرة إلى الذمة كان الفقه الروماني مادي النظرة على العكس تماماً من الفقه الإسلامي وفي الطرف المقابل له فقد جاء في (مدونة جوستينيان) وهي جامع فقه الرومان ما يلي : (الديون مضمونة بعموم المال ببعض أعيانه) ويؤخذ من هذا أن الذمة لديهم مادية تماماً لا أثر فيها للنظرة الشخصية القانونية ألبتة ، فجاء الفقه الغربي فأخذ من كلٍ بطرف فقال : بالمادية للذمة وبالشخصية القانونية معاً في آن واحد وهذا دليل على أنه لم يتخل عن فلسفة الفقه الروماني مع تعديل بسيط استقاه من الفقه الإسلامي ، ولكن هذا الجمع بين المتناقضات لم يُعَفِّهِ من الاضطراب والقلق والتأرجح كما ذكرت آنفاً ، وانظر مدونة جوستينيان ص ٣٨٦ تعريب المرحوم عبد العزيز فهمي .

٢ - وفي نطاق المال : تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها) أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ثم تنتهي إلى الشخص .

٣ - والذمة في الفقه الإسلامي : لا تجعل المال مجموعاً تَفَنَّى فيه عناصره كما هو حال الذمة في الفقه الغربي ، ولا يكون المال في الفقه الإسلامي حتى عند الحَجَر ، أو مرض الموت ، وحتى بعد مرض الموت ، ففي هذه الأحوال الثلاثة تتعلّق الديون بمالية الأعيان لا بذواتها كما في الرهن ، ولكن مال المدين لا يكون مجموعاً كما في الفقه الغربي ، بل إنه يوجَد تَلَازُماً بين الذمة والتركة في الفقه الإسلامي ، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة مع ذلك إلى الورثة .

هذا ؛ وتَصَبُّ هذه النقاط الثلاثة في واحدة ، وذلك أن الفرق الجوهرية بين الذمتين هو ؛ أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة شخصية قانونية لا مجموعاً من المال ، فالفقهان مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصوّر للذمة ، فالفقه الغربي يتصوّر الذمة في صورة مالٍ للشخص صالح لوفاء الديون ، أي ذمة مالية قائمة على أساس مادي هو أموال الشخص ، والفقه الإسلامي يتصوّر ها في صورة محلّ مقدّر في الشخص تثبت فيه الديون ويتسع للحقوق ، فهي عنده ذمة شخصية^(١) .

وهكذا يظهر في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين نظر مادي ونظر مجرد في موضوع واحد منظور إليه هو مالية الشخص ، وذلك أنهم اعترضتهم مشكلتان في سَيَرهم في إيجاد صيغة حقوقية مقبولة لنظرية الذمة :

١ - المشكلة الأولى : تعلق الديون بعين أموال المدين وما يستوجه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية ، فليجؤوا إلى طريقة الافتراض والتجريد ، فجردوا مفهوم الذمة عن معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة إلى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة - أي كل ما يمكن أن يتكوّن له وعليه من

(١) ر : مصادر الحق ص ٢٢ وما بعدها ، ونظرية الالتزامات ص ٢٠٢ وما بعدها .

حقوق والتزامات ، واعتبروا لهذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة ، ولكنها بقيت في نظرهم مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه ، فهم يعرفون الذمة بأنها : (مجموع الأموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه)^(١) بينما تراه في الوقت نفسه يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد والاستقلال عن نفسها أسوة بالنظر الفقهي الإسلامي ، فكأنها لديهم مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه حالاً ولا ما سيملكه ، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره ، فلم يصلوا الى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الإسلامي في عدّه مفهوم الذمة أمراً شخصياً مَحْضاً ، هو تلك المحلية الاعتبارية المقدّرة في الشخص لاستقرار الحقوق له وعليه .

٢ - والمشكلة الثانية : التي اعترضتهم هي ما يراه الباحث المنصف من التناقض في اعتبارهم التكاليف التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته ؛ لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق لجميع الديون التي على الشخص ، ولذا ينزعون بها إلى معنى أمواله ؛ لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري ، فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج إلى ضمان بالذمة ، فكيف تكون هي ضماناً للدين آخر نظيرها ؟ !
أما في الفقه الإسلامي فنظرية الذمة منسجمة كل الانسجام بعضها مع بعض ، محكمة كلّ الأحكام :

- فلكون الذمة في الفقه الإسلامي شخصية تُنبىء عن ظرف للديون مقدّر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له .

- ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين من حيث يبقى مال المدين حراً لا علاقة للدين به ، فتكون يده مطلقة في الأصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال ، فيُقيّد عندئذ تصرف المدين بماله ليكون موقوفاً فيما يضر حقوق الدائنين لانقطاع الأمل في هذه الحالة من اكتسابه^(٢) .

(١) ر : الأموال للأستاذ محمد كامل مرسي ف / ٣ .

(٢) نظرية الالتزامات ص ٢٠٣ وما بعدها .

346 - خاتمة البحث :

إن الصناعة الفقهية لنظرية الذمة في الفقه الإسلامي تفوق الصناعة في الفقه الغربي كما ظهر مما سبق بالأدلة ، نظراً لما اشتملت عليه في فقهنا الزاخر العظيم من : الإحكام ، والتفقه ، ودقة التصوّر ، وفن التصوير الحقوقي ، مما جعلها صالحةً لتنسيق الأحكام ، وبعيدةً كل البعد من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال ، وهذا وحده كافٍ للقول : إن نظرية الذمة في الفقه الإسلامي من بدائع المعمار في هذا الفقه الشامخ ، ومن البراهين القاطعة على خلوده وتفوّقه لو تولّته يدُ الصياغة الفنية الصّناع في كثير من الصبر والأناة ومزيدٍ من التنظيم والسّبك والتبويب .

* * *

القِسْمُ الثَّالِثُ

الْقَوْلُ فِي الْأَصُولِ وَالْإِثْبَاتِ الْعَامَّةِ

البَّائِبُ الْأَوَّلُ

البيان وأقسامه

الفصل الأول

تعريف البيان

347 - تعريف البيان :

البيان : هو الكشف عن المقصود .

وهو لغةً : (الإظهار) قال الله تعالى : ﴿ هَذَا بَيَانٌ لِّلنَّاسِ ﴾ [آل عمران : ١٣٨]
وقال تعالى : ﴿ ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ ﴾ [القيامة : ١٩] وفي هذه الحالة يكون متعدياً
بمعنى التبیین ، ويأتي بمعنى الظهور فيقال : (بان الشيء) أي ظهر فيكون
لازماً .

وفي اصطلاح الأصوليين : يطلق على فعل المبين بيان ؛ بمعنى الإعلام
والتبيين ، كما يقال لفعل المتكلم : (كلام) ولفعل المسلم : (سلام) ولما
يحصل به الإعلام (بيان) فيكون البيان على هذا التقدير بمعنى الدليل .

والبيان يكون بالقول أو بالفعل ، ويكون بالسكوت أيضاً ، مثال ذلك :
(الصلاة والحج) فقد بينهما الرسول ﷺ بفعله وتفسيره فقال :

« صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصْلِي »^(١) و« خذوا عني مناسككم »^(٢) .

* * *

(١) « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصْلِي » .

أخرجه البخاري ؛ وانظر تلخيص الحبير ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٢) « خذوا عني مناسككم » .

أخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه بلفظ : « لتأخذوا . . . » وفي رواية للنسائي : « يا أيها الناس خذوا

عني مناسككم » وانظر تلخيص الحبير ج ٢ ص ٣٦٢ .

الفصل الثاني أقسام البيان

أقسام البيان :

البيانات خمسة بالاستقراء هي :

- (١) - بيان التقرير .
- (٢) - بيان التفسير .
- (٣) - بيان التغير .
- (٤) - بيان التبديل .
- (٥) - بيان الضرورة .

وجميع ما تقدم من النصوص يحتمل البيان إلا ما استثنى .

ودونك التفصيل :

348 - ١ - بيان التقرير : هو ما يرفع احتمال المجاز أو الخصوص بما

ظاهره العموم ، مثال الأول : قوله تعالى : ﴿ وَلَا طَائِرٌ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ ﴾ [الأنعام : ٣٨] ومثال الثاني : قوله تعالى : ﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴾ [الحجر : ٣٠] فكلمة (كلهم) رفعت احتمال التخصيص فهي بيان تقرير .

349 - ٢ - بيان التفسير : وهو بيان ما فيه خفاء^(١) كـ (بيان المجمل

والمشترك) فمثال بيان المجمل قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ [البقرة : ٤٣] فلحقه البيان بالسنة ، ومثال بيان المشترك : (ثلاثة قروء) في قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فإن (قروء) لفظ مشترك بين الطهر والحيض فبيّنته السنة واجتهاد الفقهاء . وهذان البيانان - بيان التقرير وبيان التفسير - يصحان موصولين بما بيناه ومفصولين عنه .

350 - ٣ - بيان التغير :

وهو ذكر ما يغير الحكم السابق كـ (التعليق بالشرط والاستثناء) نحو : (أنت طالق إن شاء الله) ولا يصح هذا البيان إلا موصولاً بما بيّنه بإجماع

(١) أي كل ما يرفع الخفاء ويزيله اهـ .

الأصوليين وأهل اللغة ، وشذَّ ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما من جواز تأخير الاستثناء والشرط المعلق به ستة أشهر أو سنة هجرية^(١) .

351 - ٤ - بيان تبديل ونسخ :

وهو بيانٌ لمدة الحكم الذي كان معلوماً عند الله تعالى إلا أنه أطلقه فصار بالنسبة إلينا تغييراً والنسبة إليه بياناً ، وهو جائز وواقع في النصوص التشريعية كما عليه جماهير علماء المسلمين ، وعلى ذلك إجماع الأمة .
وشرطه التمكن من اعتقاد القلب بعد وصول الأمر إلى المكلف ولو بزمن قليل حتى يُقبل النسخ .

هذا ؛ والقياس لا يصلح ناسخاً للكتاب والسنة والإجماع ولقياس مثله .

352 - قواعد النسخ :

ثم إنه يجوز نسخ الكتاب بالكتاب ، والسنة بالسنة ، والكتاب بالسنة ، والسنة بالكتاب ، فالأقسام أربعة :

١ - فمثال نسخ الكتاب بالكتاب : نسخ آيات العفو والصفح بآيات القتال .

٢ - ومثال نسخ السنة بالسنة : قوله ﷺ : « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ إِلَّا فُزُّوْهَا »^(٢) .

٣ - ومثال نسخ الكتاب بالسنة : قوله تعالى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ الْإِنْسَاءُ مِنْ بَعْدِ ﴾ [الأحزاب : ٥٢] أي بعد التسع ؛ نُسخَ بما روت عائشة رضي الله عنها : « أن النبي ﷺ أخبرها بأن الله تعالى أباح له من النساء ما شاء »^(٣) .

(١) الاستثناء في لغة العرب ؛ قولك بعد كلامك : (إن شاء الله) أو ما في معناه ، قال تعالى : ﴿ وَلَا يَسْتَفْتُونَ ﴾ [القلم : ١٨] .

(٢) « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ إِلَّا فُزُّوْهَا » .

أخرجه ابن ماجه بإسناد صحيح بلفظ قريب منه وانظر الترغيب والترهيب للمنزري ج ٤ ص ٣٥٧ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وأبو داود في ناسخه والترمذي وصححه والنسائي وابن جرير وابن المنذر والحاكم وصححه وابن مردويه والبيهقي من طريق عطاء عن عائشة رضي الله عنها قالت : =

٤ - ومثال نسخ السنة بالكتاب : التوجه في الصلاة إلى بيت المقدس في وقت قدومه ﷺ المدينة ، كان ثابتاً بالسنة بالاتفاق ثم نُسخ بقوله تعالى : ﴿ قَوْلٌ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾ [البقرة : ١٥٠] .

قلت : وذلك كله عند أصوليي الحنفية .

353 - أنواع المنسوخ :

المنسوخ أنواع ثلاثة :

- ١- منسوخ التلاوة والحكم معاً .
- ٢- منسوخ الحكم باقي التلاوة .
- ٣- منسوخ التلاوة باقي الحكم .

١ - أما منسوخ التلاوة والحكم معاً : فهو ما نُسخ من القرآن في حياة النبي ﷺ بالإنشاء كما رؤي أن سورة الأحزاب كانت تعدل سورة البقرة في ضمن ثلاثمائة آية ، والآن بقيت على ما في المصاحف في ضمن سبعين آية ، وكذلك سورة الطلاق كانت تعدل سورة البقرة أيضاً .

٢ - ومنسوخ الحكم دون التلاوة : فهو مثل قوله تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ﴾ [الكافرون : ٦] فإنه منسوخ بآيات القتال ، وكآية إيجاب الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآيات المواريث .

٣ - ومنسوخ التلاوة باقي الحكم : فهو نحو قوله تعالى : ﴿ فِيمَا نُسِخَتْ تِلَاوَتُهُ ﴾ : « والشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم » ومثل قراءة ابن مسعود رضي الله عنه : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَّتَابَعَاتٍ » بزيادة : « مَّتَابَعَاتٍ » .

= « لم يمت رسول الله ﷺ حتى أحلَّ الله له أن يتزوج من النساء ما شاء إلا ذات محرم ؛ لقوله تعالى : ﴿ تَرْجِي مَنْ نَشَاءُ وَتَهْنُ وَتُتَوَّى إِلَيْكَ مَنْ نَشَاءُ ﴾ » ر : الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي ج ٥ ص ٢١٢ .

354 - أقسام النسخ :

ثم النسخ قسمان أيضاً :

١ - نسخ أصل : وهو ما تقدّم :

٢ - ونسخ وصف : وهو نوعان : زيادة ونقصان :

أ - أما نسخ الزيادة : فهو نسخٌ عند الحنفية كما تقدم في زيادة النية والترتيب والدلك بآية الوضوء في مبحث الخاص ، وعند الشافعية ليست بنسخ بل هو شيء تخصيص لا نسخ .

ب - ونسخ النقصان : وهو نسخ بالاتفاق ؛ وذلك إذا أنقص الشارع جزءاً من العبادة أو ألغى شرط من شروطها كـ (نقص ركعة في الصلاة الرباعية) أو (إلغاء شرط الطهارة للصلاة مثلاً في بعض الحالات) يكون ذلك نسخاً لما أسقط منها ، وهو ذلك الجزء أو الشرط ؛ لأنه كان واجباً في جملة العبادة ثم أزيل وجوبه . ولكن هل يكون ذلك نسخاً لأصل العبادة وهو الجزء الباقي بعد إسقاط جزء أو شرط منها ؟ هنا خلاق بين الحنفية والجمهور ، والراجح أن نقص جزء من المشروع أو شرط من شروطه ليس نسخاً لأصله وإنما هو نسخ لذلك الجزء أو الشرط فقط^(١)

355 - الخامس من أقسام البيان : بيان الضرورة :

وذلك كسكوت الشارع عند أمر يعاينه عن التغيير كـ (المضاربات والشركات) وكذا سكوت الصحابة رضي الله عنهم عن أمر يعاينونه عن التغيير فيعتبر سكوتهم ذاك بياناً : (إذ السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان) .



(١) ر : أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ج ٢ ص ٩٨٥ وما بعدها .

البَابُ الثَّانِي

المفهوم وأقسامه

- تمهيد :

الدلالة عند الأصوليين نوعان : منطوقة ومفهومة :

فالمنطوقة : (هي دلالة اللفظ في محل النطق) كـ (دلالة النص والعبارة والإشارة والاقتضاء) التي سبق ذكرها في الجزء الأول من هذا الوجيز .

والمفهومة : (هي دلالة اللفظ لا في محل النطق على ثبوت حكم ما ذكر لما سُكِتَ عنه) أو (على نفي الحكم عنه) .

ولهذا انقسم المفهوم إلى نوعين ؛ مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ؛
فمفهوم الموافقة : (هو موافقة الشيء المسكوت عنه للشيء المنطوق به في الحكم إثباتاً ونفياً) ويسمونه (فحوى الخطاب) و (لحن الخطاب) وهذا ما أطلقنا عليه (دلالة النص) .

ومفهوم المخالفة : (هو مغايرة حكم المسكوت عنه للمنطوق به في الحكم إثباتاً ونفياً) ويسمونه (دليل الخطاب) .

فإذا دل النص الشرعي على حكم في محل مقيد بأن كان موصوفاً بوصف أو مشروطاً بشرط أو مُغَيّاً بغاية أو محدّداً بعدد ، يكون حكم النص في المحل الذي تحقق فيه القيد هو منطوق النص ، وأما حكم المحل الذي انتفى عنه القيد فهو مفهومه المخالف .

الفصل الأول

أنواع مفهوم المخالفة

356 - مفهوم المخالفة ثمانية أنواع :

١ - الأول : مفهوم اللَّقْب : (وهو دلالة تعليق الحكم باسم جامدٍ على نفي ذلك الحكم عن غيره) والمراد باللقب هنا ؛ (اللفظ الجامد الذي ورد في النص اسماً وَعَلَمًا على الذات المسند إليها الحكم المذكور فيه) وهو أعم من اللقب النحوي ومن اسم الجنس .

فالمفهوم المخالف لقولنا : (زيد موجود في الدار) أن مَنْ عدا زيد غير موجود فيها . والمفهوم المخالف في الحديث الشريف : « إنما الماء من الماء »^(١) إنما الماء من غير الماء .

٢ - الثاني : مفهوم العَدَد : (وهو دلالة اللفظ المفيد لحكم عند تقييده بِعَدَدٍ على نقيض الحكم فيما عدا العدد) أو (هو نفي الزيادة أو النقصان عن الحكم الثابت للعدد) .

فالمفهوم المخالف في قوله تعالى بشأن الذين يقذفون المحصنات : ﴿ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور : ٤] المفهوم المخالف فيها الجلد الأقل أو الأكثر من ثمانين .

٣ - الثالث : مفهوم الصفة : (أو الوصف) و(هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على نقيض حكمه عند انتفاء الوصف) أو (هو نفي الحكم الثابت للشيء الموصوف عند زوال صفته) أو هو : (ما أسند الحكم إلى شيء

(١) « إنما الماء من الماء » .

أخرجه مسلم في صحيحه ؛ حيض : ٨١ ، وأبو داود في السنن ؛ طهارة : ٨٣ ، والترمذي في الجامع الصحيح ؛ طهارة : ٨١ ، والنسائي في السنن ؛ طهارة : ١٣١ ، وابن ماجه في السنن ؛ طهارة : ١١٠ ، والدارمي في المسند ؛ وضوء : ٧٤ ، وأحمد بن حنبل في المسند : ٣٦/٢٩/٣ .

موصوف بوصف خاص) والخلاف في العبارة فقط .

فالمفهوم المخالف في قوله تعالى في بيان المحرمات : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] حلائل الأبناء الذين ليسوا من الأصلا ب ك (الابن وابن الابن رضاعاً) ، والمفهوم المخالف في الحديث الشريف : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ »^(١) أن مَطْلُ الْمَدِينِ غَيْرُ الْغَنِيِّ لَيْسَ ظُلْمًا ، وكقول الرسول صلوات الله عليه : « فِي السَّائِمَةِ زَكَاةٌ »^(٢) المفهوم المخالف له : (المعلوفة التي ليست سائمة لا زكاة فيها) .

٤ - الرابع : مفهوم الشرط : (وهو دلالة اللفظ المفيد لحكم مُعْلَق بشرط على نقيض ذلك الحكم عند عدم الشرط) أو نقول : (هو ما عُلِقَ الْحُكْمُ بِشَرْطٍ) نحو قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] .

فالمفهوم المخالف لهذه الآية عدم وجوب الإنفاق على غير ذوات الحمل .

٥ - الخامس : مفهوم الغاية : (وهو دلالة اللفظ المُفِيدُ حُكْمًا عند مَدَّهِ إِلَى غَايَةٍ عَلَى نَقِيضِ ذَلِكَ الْحُكْمِ بَعْدَ زَوَالِ الْغَايَةِ) أو (هو أن يكون ما بعد الغاية مخالفاً لما قبلها في الحُكْمِ) فإذا عُلِقَ الْحُكْمُ عَلَى غَايَةٍ يَفْقَدُ ذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ فَقْدَانِهَا ، وَيَسْمَى بَعْضُ الْأَصُولِيِّينَ هَذَا الْمَفْهُومَ (مَنْطُوقُ الْإِشَارَةِ) أَيْ ؛ إِنَّهُ مَنْطُوقٌ مِنْ قَبِيلِ الْإِشَارَةِ .

فمثاله قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾

(١) « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ » .

متفق عليه . وانظر رياض الصالحين ص ٦١٦ .

(٢) حديث : « فِي السَّائِمَةِ زَكَاةٌ » .

أخرجه أبو داود والنسائي عن بُهْزِ بْنِ حَكِيمٍ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ بَلْفُظٍ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ :

« فِي كُلِّ سَائِمَةٍ إِبِلٌ : فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ : بَنْتُ لَبُونٍ ، وَلَا تُفَرَّقُ إِبِلٌ عَنْ حِسَابِهَا . » .

انظر جامع الأصول ج ٤ ص ٥٩٤ .

[البقرة : ٢٣٠] فالمفهوم المخالف لهذه الآية أن تحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول إذا تزوجت زوجاً آخر غير مُطلقها بشروطه المعتمدة في الفقه .

٦ - السادس : مفهوم الاستثناء : (وهو مخالفة المستثنى للمستثنى منه في الحكم) نحو قولنا : (جاء القومُ إلا زيداً) يكون مفهومه المخالفُ نفي المجيء عن غير زيد ، أي إنَّ كلَّ شخص عدا زيدٍ لم يجيء .

٧ - السابع : مفهوم (إنَّما) بإفادتها الحصر : فمفهوم (إنَّما) المخالف إخراج كل ما عدا المحصور من الحكم كقولهم : (إنما الشُّفعة فيما لم يُقسَم) .

٨ - الثامن : مفهوم الحصر على الإطلاق : وهو عُرفاً : (نفي الحكم عن غير المحصور) ويحصل ببعض تصرفاتٍ في التركيب ، وهي كثيرة نذكر منها على سبيل المثال ؛ تقديم الخبر على المبتدأ ؛ كقولنا : (العالمُ زيد) فمفهوم هذه الجملة حصر العلم بزيد ونفيه عن غيره .

* * *

357 - هذا ؛

وقد ذهب ابن الهُمام من محققي الحنفية إلى أنَّ النَّفْيَ عن المسكوت عنه في المحصور بإنما مستفاد من المنطوق لا من المفهوم ، وذهب القاضي أبو بكر والإمام أبو حامد الغزالي وجماعة من الفقهاء إلى أنها تفيد الحصر وتحتل التأكيد .

الفصل الثاني
مدى الاحتجاج
بمفهوم المخالفة لدى الأصوليين

358 - اتَّفَقَ الأصوليون على عَدَمِ الاحتجاج بمفهوم المخالفة في صورة ، وعلى الاحتجاج به في صورة ، واختلفوا في الاحتجاج به في صورة ، فيكون لدينا ثلاث صُور :

359 - (١) الأولى ؛ الصورة المتَّفَق على عدم الاحتجاج به ؛ فقد اتفقوا على عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة في القلب ؛ لأنه لا يُقصد بذكره تقييد ولا تخصيص ، ولا احتراز عَمَّا سواه . ولا فرق في هذا بين النصوص الشرعية وكلام الناس من عقود وتصرفات وأقوال ، فالمعلوم من لسان العرب أن من قال : (رأيت زيدا) لا يُفهم من قوله إنه لم ير غيره ، وفي قولنا : (محمد رسول الله) لا يُفهم منه أن غير محمد ليس برسول الله .

360 - (٢) الثانية ؛ الصورة المتَّفَق على الاحتجاج به ؛ فقد اتفقوا على الاحتجاج بمفهوم المخالفة في مفهوم الوصف والشرط والعدد والغاية في غير النصوص الشرعية ؛ أي في عقود المتعاقدين وتصرفاتهم وأقوال الناس وعبارات المؤلفين ومصطلحات الفقهاء ، وهكذا كل عبارة من أي عاقد أو متصرف أو مؤلف أو أي قائل ؛ إذا قيِّد بوصف أو شرط أو حُدِّد بعدد أو غاية تكون حجة على ثبوت الحكم الوارد بها حيث يُوجَد ما قُيِّد به ، وعلى نفيه حيث يَنْتَفِي ، وعلى ذلك عبارات الكتب الفقهية ولذا قالوا : (مفاهيم الكتب حُجَّة) .

361 - (٣) الثالثة ؛ الصورة المختلف في الاحتجاج به ؛ فقد اختلفوا في الاحتجاج بمفهوم المخالفة في الوصف والشرط والغاية والعدد في النصوص الشرعية بخاصة ؛ إلى مذهبين :

(آ) فذهب جمهور الأصوليين^(١) إلى أن النص الشرعي الدال على حكم في واقعة إذا قُيِّد بوصف ، أو شُرْط بشرط ، أو حُدِّد بغاية أو عددٍ ، يكون حجةً على ثبوت حكمه في الواقعة التي وردت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد ، ويكون حجةً على ثبوت نقيض حكمه في الواقعة التي وردت إذا كانت على خلاف الوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه ، ويُسمى حكمه الأول (منطوقه) وحكمه الثاني (مفهومه المخالف) .

فالتحريم للدم المسفوح والتحليل للدم غير المسفوح كلُّ منهما مدلولُ قوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] فالأول مفهوم موافق ، والثاني مفهوم مخالف .

(ب) أما الأصوليون من الحنفية فقد ذهبوا إلى أن النص الشرعي الدال على حُكْم في واقعة إذا قُيِّد بوصف ، أو شُرْط بشرط ، أو حُدِّد بغاية أو عددٍ ، لا يكون حجةً إلا على حكمه في الواقعة التي ذُكرت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد ، أما الواقعة التي انتفى عنها ما ورد فيها من قُيِّد فلا يكون حجةً على حكمٍ فيها ، بل يكون النص هنا ساكتاً عن بيان حكمها ، فيُبحثُ بأي دليل من الأدلة الشرعية التي منهما (أن الأصل في الأشياء الإباحة) .

واستدل أصوليو الحنفية على مذهبهم بعدة أدلة أظهرها اثنان :

١ - أوَّلاً ؛ أنه ليس مطَّرداً في الأساليب العربية أن تقييد الحكم بوصف أو شرط أو تحديده بغاية أو عدد يدل على إثبات الحكم حيث يوجد القيد ، وعلى نفيه حيث ينتفي ، وكثيراً ما ترد العبارة مقيدةً ويتدُّد السامع في فهم حكم ما انتفى فيه القيد ، ويسأل المتكلم عنه ولا يُستنكر عليه السؤال ، وإذا كانت الدلالة على نفي الحكم حيث ينتفي القيد غير مقطوع بها فلا يكون النص الشرعي حُجَّةً عليه ؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط في الاحتجاج

(١) جمهور الشافعية والمتكلمين ومن قال بقولهم .

بمفهومها المخالف ، ولا تكون حجةً بمجرد الاحتمال .

٢ - والثاني ؛ أن كثيراً من النصوص الشرعية الدالة على أحكام وقُيِّدَت بقيود لم ينتف حكمها حيث انتفى القيد ، بل يثبت حكم النص للواقعة التي فيها القيد ، وللواقعة التي انتفى عنها .

فالصلاة في السفر تُقَصَّرُ إن خاف المُصَلِّونُ فتنة الذين كفروا أو لم يخافوا مع أن النص شرط القصر بهذا الشرط وهو قوله تعالى : ﴿ إِن خِفْتُمْ أَن يُفْنِكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا ﴾ [النساء : ١٠١] ، والريبة تُحْرَمُ على زوج أمها إذا كانت في حِجْرِهِ وإذا لم تكن في حِجْرِهِ مع أن النص قيّد التحريم بهذا الوصف في قوله تعالى : ﴿ وَرَبِّبْكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] فالاحتياط في النص الشرعي يُوجب أن لا يُحتَجَّ به على نفي الحكم إذا انتفى القيد ، وهو ما يسميه البلاغيون (بالقيّد الاتفاقي) فرقاً عن القيد الاحترازي .

362 - هذا ؛ وكثير من النصوص الشرعية بعد أن ذكرت الحكم المقيّد نصّت على المفهوم المخالف له مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ﴾ [البقرة : ٢٢٢] ، وهذا مما يُستدل به على أنه غير مفهوم قطعياً من النص السابق ، وإلا لما ذكره ثانياً

وعلى هذا ؛ فلا يجوز عند الحنفية الاستدلال بالمفهوم المخالف في النصوص الشرعية ، ولكنه معتبر عندهم في الروايات ، وكلام المصنّفين ، وفي المعاملات والعقوبات .

363 - والقائلون بجواز الاستدلال بمفهوم المخالفة يشترطون لذلك شروطاً هي على وجه الإجمال : (أن لا يكون في ذكر المنطوق وتخصيصه فائدة غير إثبات نقيض حكمه - أي نقيض حكم المنطوق) وعلى وجه التفصيل هي أربعة :

١ - أولاً ؛ أن لا يكون الشيء المخصّص بالذكر من قبيل القيد الوقوعي ،

أي ؛ أن لا يكون الشيء المنطوق مما يقع عادةً ، مثال ذلك قوله تعالى : ﴿وَرَبِّبِكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء : ٢٣] فهذه الآية دالة على تحريم نكاح الربيبة التي في حِجر الرجل من زوجته التي دخل بها ، فالتحريم مَخَصَّص بالربائب اللاتي في حُجُور الأزواج ، ولا يستلزم هذا التخصيص حِلَّ نكاح الربائب التي لم تكن في حُجُورهم ؛ لأن ذِكره في الآية ناشيء عن العادة المألوفة في إسكان الربائب وتربيتهم في حُجُور أزواج والداتهن ، لذلك لم يَجْز الاستدلال بمفهوم المخالفة ، والذهاب إلى حِلِّ زواج الربائب اللاتي لم تكن في حِجر الأزواج .

٢ - ثانياً ؛ أن لا يكون ظاهراً أن الشيء المسكوت عنه أولى من الشيء المنطوق به أو مساوٍ له في الحكم كـ (حرمة الضرب والشتم) المسكوت عنها في قوله تعالى : ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍ﴾ [الإسراء : ٢٣] فهي ظاهرة بأنها أولى من حرمة التأفيف المنطوق بها ، ولذلك لم يجز الاستدلال بمفهومها المخالف ؛ لأن ذلك يستلزم جواز ما هو أشد من التأفيف ، وقد ثبتت حرمة بطريق الدلالة بالإشارة كما مر بيانه في مبحث الدال بالإشارة في الجزء الأول من هذا الوجيز (في الفقرة / 107 / من مباحث الكتاب) .

٣ - ثالثاً ؛ أن لا يكون ذِكر الشيء المنطوق مقصوداً به إفهامه للمخاطب لجهله به كقول الرجل لآخر : (إنَّ سَكْنِي هذه الدار غير محمود) فلا يدل هذا الكلام على أن سَكْنِي دار أخرى محمود .

٤ - رابعاً ؛ أن لا يكون التخصيص بالذكر ناشئاً عن كونه جواباً على سؤال أو حادثة كما في قوله عليه السلام جواباً على سؤال آتٍ : « في السائمة زكاة »^(١) فلا يُفهم منه عدم وجوب الزكاة في الإبل غير السائمة .

(١) ينظر تخريجه في الفقرة ذات الرقم (356) .

364 - وبعد ؛ فَإِنَّ حَكْمَ مَفْهُومِ الْمَخَالَفَةِ عِنْدَ مَنْ يُشَبِّهُهُ ؛ إِفَادَةُ الظَّنِّ ،
وهو دون المنطوق ، ولذلك لا يجوز أن يعارض حكم المنطوق ، ولكن يجوز
أن يخصَّصَهُ ، وأن يعارض القياس .

365 - أثر الخلاف :

يظهر أثر هذا الخلاف في مثل قوله تعالى في توريث بنات المتوفى :
﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ [النساء : ١١] مع قول الرسول ﷺ
لأخي سعد بن الربيع : « أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثَّلَاثِينَ وَزَوْجَهُ الثَّمَنَ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ
لَكَ »^(١) ، فعلى مذهب الجمهور ومنهم أكثر الشافعية يوجد تعارض بين مفهوم
المخالفة للآية ؛ وهو أن الواحدة والاثنتين لا يرثن الثلثين ، وبين منطوق هذا
الحديث الذي وَرَّثَ ابْنَتَيْنِ الثَّلَاثِينَ ، وَيُرْجَّحُ الْمَنْطُوقُ عَلَى الْمَفْهُومِ .

وعلى مذهب الأصوليين من الحنفية لا تعارض ؛ لأن الحديث بَيَّنَّ حَكْمَ
واقعةٍ مسكوتٍ عنه في آية توريث البنات ، وعلى هذا يقول أصوليو الحنفية :
(النصُّ الشرعي لا دَلَالَةَ لَهُ عَلَى حَكْمٍ مَا فِي الْمَفْهُومِ الْمَخَالَفِ لِمَنْطُوقِهِ ؛ لِأَنَّهُ
لَيْسَ مِنْ مَدْلُولَاتِهِ بِطَرِيقٍ مِنْ طَرُقِ الدَّلَالَةِ الصَّحِيحَةِ الْمَارِ ذِكْرُهَا الْعِبَارَةِ
وَالِإِشَارَةِ وَالدَّلَالَةِ وَالِاقْتِضَاءِ ، بَلْ يُعْرَفُ حَكْمُ الْمَفْهُومِ الْمَخَالَفِ الْمَسْكُوتِ
عَنْهُ بِدَلِيلٍ آخَرَ مِنَ الْأَدْلَةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي مِنْهَا الْإِبَاحَةُ الْأَصْلِيَّةُ) .

(١) « أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثَّلَاثِينَ وَزَوْجَهُ الثَّمَنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ » .

أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث عبد الله بن محمد عقيل عن
جابر رضي الله عنه بصيغة : « فَأَعْطَى ابْنَتَيْنِ الثَّلَاثِينَ وَالْأُمَّ الثَّمَنَ وَقَالَ لِلْعَمِّ : خُذِ الْبَاقِي » . وانظر
تلخيص الحبير ج ٣ ص ٩٦ .

قلت : وأصل الحديث : « أَنَّ امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ وَمَعَهَا ابْنَتَانِ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ :
هَاتَانِ بَنَتَا سَعْدِ بْنِ رَبِيعٍ قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ ، وَأَخَذَ عَمَّهُمَا مَالَهُ ، وَوَاللَّهِ لَا تُنْكَحَانِ وَلَا مَالٌ لِهَمَا ،
فَقَالَ : يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ ﴾ الْآيَةُ ، فَدَعَاهُمَا فَأَعْطَى ابْنَتَيْنِ
الْثَّلَاثِينَ ، وَالْأُمَّ الثَّمَنَ ، وَقَالَ لِلْعَمِّ : خُذِ الْبَاقِي » اهـ .

مثال ذلك قوله تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] ، يدل منطوقه على تحريم الدم المسفوح ، أما تحليل الدم غير المسفوح فهو مفهوم مخالف لمنطوقه ولا دلالة لهذه الآية عليه ، بل يُعرف بالإباحة الأصلية ، أو بأي دليل آخر مثل قوله ﷺ : « أَحَلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ ؛ أَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالسَّمَكُ وَالْجَرَادُ ، وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ »^(١) .



(١) « أَحَلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ السَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ » .

أخرجه الإمام الشافعي وأحمد وابن ماجه والدارقطني والبيهقي من رواية عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنهما وانظر تلخيص الحبير ج ١ ص ٣٧ .

البَابُ الثَّالِثُ

التَّعْيِيدُ الْفَقِيهِي فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ
وَأَبْزَرُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ الْكَلِمَةِ

366 - تمهيد :

سأفرد هذا الفصل للبحث في التقعيد الفقهي عند فقهاء الشريعة فأدرس حقيقته وتاريخه وأهميته وموقعه من أصول الشريعة وأبرز الكتب التي أُلقت فيه ، لأصل من بعد ذلك إلى مدى حاجة الفقه المعاصر إلى هذا التقعيد ، ومدى سلطان هذه القواعد على فروع الشريعة وجزئياتها ، عسى أن يكون في ذلك ما يكشف عن جذور عميقة للفلسفة الإسلامية الفريدة بمثل هذه الأبحاث .

الفصل الأول

معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية

ولمحة تاريخية عنها

التعريف بالقواعد الفقهية الكلية
مكانة القواعد الكلية وموقعها من أصول الشريعة
لمحة تاريخية عن القواعد الكلية

المبحث الأول

التعريف بالقواعد الفقهية الكلية

367 - القاعدة في اللغة : الأساس :

والقاعدة في اصطلاح الفقهاء : (هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته) ^(١) والقواعد الفقهية : (هي أصول فقهية كلية أغلبية تشتمل أحكاماً تشريعية عامة فيما يدخل تحت موضوعها) .

وهذه القواعد الفقهية أحكام أغلبية غير مطردة ؛ قال مهذب فروق القرافي نقلاً عن العلامة الأمير : (من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية) ^(٢) ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلماً تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها لمقتضيات خاصة بتلك المسائل تجعل الحكم الاستثنائي أقرب إلى مقاصد الشريعة ، لذا كانت هذه القواعد على ما لها من قيمة دساتير للتفقيه لا نصوصاً للقضاء ^(٣) .

(١) ر : حاشية الحموي على الأشباه ، الفن الأول تحت القاعدة الأولى .

(٢) ر : تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ١ : ٣٦ .

(٣) من هذه القواعد كلي ومندرج فالكلية هي التي يندرج تحتها قواعد أخرى والمندرجة هي التي تدخل تحت قاعدة كلية ، ولا يذهب بك الوهم إلى علم أصول الفقه فتظن أن التقعيد والقواعد جزء من هذا العلم أو مرحلة من مراحل تكوينه ، لا ؛ بل علم أصول الفقه بصورته الحالية شيء آخر لا يمت إلى التقعيد الفقهي بأواصر القربى إلا بسبب بعيد ؛ على أن هذين العلمين ، علم التقعيد ، وعلم الأصول كان يطلق عليهما في حقبة من حقبة الفقه الإسلامي الأولى (الأصول) مثل أصول الكرخي وأضرابه ثم ما لبثت قواعد الأصول إن انفردت عن قواعد الفقه لتأخذ سمّاً خاصاً بها أطلق عليه فيما بعد (أصول الفقه) ومن حيث أطلق على الشق الثاني (القواعد الفقهية الكلية) كما سيظهر .

المبحث الثاني

مكانة القواعد الكلية

وموقعها من أصول الشريعة

368- وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها العلمية وعظيم موقعها في الفقه وقوة أثرها في التفقيه ، فإن في هذه القواعد تصويراً بارعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة ، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية ، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها ، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتةً قد تتعارض ظواهرها دون أصول تُمسك بها في الأفكار وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعيّن اتجاهاتها التشريعية ، ونُمهّد بينها طريقة المقايسة والمجانسة .

* * *

المبحث الثالث

لمحة تاريخية عن القواعد الكلية

369 - هذه القواعد الكلية تكوّنت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرّج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخرّيج والترجيح استنباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة ومبادئ أصول الفقه وعلل الأحكام والمقررات العقلية ، ولا يعرف لكل قاعدة صانع معين من الفقهاء إلا ما كان حديثاً نبوياً^(١) أو أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم جرت بعد ذلك مجرى القواعد^(٢) ، أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحوير على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال ، فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك الاستدلال عليها أعظم مصدر لتعديد هذه القواعد وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها^(٣) .

والظاهر أن المذهب الحنفي وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى ظهوراً قد كانت الطبقات العليا من فقهاء أسبق إلى صياغة^(٤) تلك المبادئ الفقهية

(١) - مثل حديث : « لا ضرر ولا ضرار » .

(٢) - مثل قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب الخراج : (ليس للإمام أن يُخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف) اهـ .

(٣) ومن دلائل هذا التطور في الصياغة الفقهية الفنية للقواعد أن القاعدة المشهورة : (الإقرار حجة قاصرة) / ٧٨ من المجلة نجدها في قواعد الكرخي هكذا : (الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقرّ به ولا يصدّق على إبطال حق الغير ولا بالزام الغير حقاً) وهكذا كثير من القواعد المأثورة إذا قورنت نصوصها الأخيرة بأصولها القديمة .

(٤) - والقواعد الفقهية إما أن ينطق بها النص مثل : « لا ضرر ولا ضرار » وإما أن تكون نتيجة قياس كما في =

الكبيرة في صيغ قواعد والاحتجاج بها وكانت هذه القواعد تُسمَّى (أصولاً) كما يُرى في (تأسيس النظر) للدبوسي وفي (قواعد الكرخي) .

ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكلية في المذهب الحنفي مصوغاً بصيغها الفقهية المأثورة: (أن أبا طاهر الدباس قد جمع أهم قواعد المذهب الحنفي في سبع عشرة قاعدة كلية)^(١) .

وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية وصلت إلينا في شكل رسالة خاصة هي (قواعد أبي الحسن الكرخي) ، والظاهر أن الكرخي أخذ القواعد التي جمعها أبو طاهر الدباس وأضاف إليها ، فقد جاءت مجموعة الكرخي بسبع وثلاثين قاعدة بينما قواعد الدباس سبع عشر قاعدة ، وقواعد الكرخي هذه ليس بعضها من قبيل القواعد ، وإنما هو من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب في تحليل المسائل^(٢) .

وعلى هذا فالقواعد هذه ، وهي مفاهيم ومبادئ فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها قد بدأت حركة تقعيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري وأن معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الأئمة المجتهدين تُعتبر أصولاً علمية لهم يقيسون بها ويبنون عليها ويعللون بها وإن لم تفرد بالتدوين قبل ، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت إليها فيما بعد إلا بالصقل والتحرير ، وهي غير قواعد

= قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) وإما أن تثبته المصلحة المرسله مثل (المشقة تجلب التيسير) اهـ ؛ ر : النظرية العامة للمعاملات ٤٣ ، ٤٤ .

(١) ر : ابن نجيم في مقدمة الأشباه والنظائر ، وذكر ابن نجيم أن أبا سعيد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد ومن جملتها القواعد الخمسة التي تعتبر أمّات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية وهي : (١ - الأمور بمقاصدها ، ٢ - الضرر يزال ، ٣ - العادة محكمة ، ٤ - اليقين لا يزول بالشك ، ٥ - المشقة تجلب التيسير) ، أقول وهذه الرحلة ثابتة إذ رواها الجلال السيوطي الشافعي في كتابه (الأشباه والنظائر) (ص / ٤ - ٥) والكمال ابن الهمام الحنفي في (فتح القدير) وانظر مقدمة الأشباه لابن نجيم وحاشية الحموي عليها ، ولعل التفاصيل التي سردّها ابن نجيم في القصة مبالغ فيها أو فيها تزيد من الرواة .

(٢) الدباس والكركي متعاصران وكلاهما من أكابر فقهاء الطبقات العليا في المذهب الحنفي لكن الكرخي أكثر شهرة ت ٣٤٠هـ وقد شرح قواعد الكرخي أبو حفص النسفي المتوفى ٥٨٧هـ .

(أصول الفقه) التي هي (علم يقرر الطريقة العلمية في تفسير النصوص وفهمها والاستنباط منها) .

ثم جاء أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي فوضع كتابه (تأسيس النظر) وضمّنه طائفة هامة من الضوابط الخاصة بموضوع معين من القواعد الكلية مع التفريع عليها^(١) ، ثم جاء أخيراً ابن نجيم المصري زين الدين المتوفى سنة ٩٧٠هـ فجمع في الفن الأول من كتابه (الأشباه والنظائر) خمساً وعشرين قاعدة وصنّفها إلى نوعين :

أ - قواعد أساسية في الفقه وهي ست قواعد : (١ - الأمور بمقاصدها ٢ - الضرر يزال ٣ - العادة محكمة ٤ - اليقين لا يزول بالشك ٥ - المشقة تجلب التيسير ٦ - لا ثواب إلا بالنية) والمعلوم لدينا أن القواعد الخمس الأولى من وضع الدباس وأن السادسة هي التي زيدت عليها^(٢) .

ب - تسع عشرة قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولاً يتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى وأحكام كثيرة .

ثم في منتصف القرن الثاني عشر الهجري جاء أبو سعيد الخادمي الحنفي فجمع في خاتمة كتابه (مجامع الحقائق) أربعاً وخمسين ومائة قاعدة من القواعد الفقهية الكلية عرضها بنصوصها مرتبة على حروف المعجم ، وقد جاء فيها بضع قواعد من قبيل الأصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل ، وبعضها متداخل وباقيها كله قواعد فقهية ذات أحكام عامة دستورية

(١) الدبوسي من أكابر فقهاء المذهب الحنفي وأول من وضع علم اختلاف الفقهاء (الفقه المقارن) كما ذكر ابن خلكان ، وتأسيس النظر مطبوع مع قواعد الكرخي .

(٢) لم تكن فيما يرى الأستاذ الزرقا هذه القاعدة جديدة بأن تزداد على القواعد الخمس الأمّات بل هي فرع من عموم قاعدة (الأمور بمقاصدها) فتغني هذه عن تلك وكلاهما مستمد من علم الحديث النبوي : « إنما الأعمال بالنيات » على أن قاعدة الأمور بمقاصدها هي المتفقة مع نص هذا الحديث في عموم الحكم لأمر الدنيا والآخرة بعكس القاعدة (لا ثواب إلا بالنية) فخاصة بالثواب الأخروي فقط ، انظر المدخل الفقهي العام ١ : ٩٥٠ .

أخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نجيم في الأشباه وأضاف إليه^(١) .
ثم جاءت (مجلة الأحكام العدلية) تحمل في صدرها مجموعة كبيرة من
هذه القواعد مختارة من أهم ما جمعه ابن نجيم والخادمي مضافاً إليه بعض
قواعد أخرى فبلغت تسعاً وتسعين قاعدة^(٢) منها الكلي ومنها المندرج ولكن
المجلة لم تفصل ذلك .

وبعد المجلة قام الشيخ محمود حمزة مفتي دمشق باستقصاء القواعد
والضوابط والأصول في معظم الأبواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة ، وقد
جمعها في كتاب اسمه (الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية) وأوضحها
ببعض الأمثلة ورتبها على أبواب الفقه ، فكان آخر ما جمع باسم القواعد
والأصول الفقهية وأوسعها فيما نعلم ، وهو ينشر بين القواعد أحكاماً أساسية
يسمونها (فوائد)^(٣) ولكن القواعد الكلية بمعناها المبين أعلاه كالتي جاءت بها
المجلة قليلة جداً فيه ، وجل ما جاء فيه تحت عناوين القواعد إنما هو ضوابط
جزئية أو أحكام أساسية في موضوعات خاصة من أبواب الفقه .

هذا مجمل حركة تقعيد القواعد الفقهية تمّ جمعها في المذهب الحنفي .
ويظهر من تتبع حركة التأليف في القواعد أن فقهاء الجمهور تابعوا الحنفية في
ذلك ؛ الشافعية ثم الحنابلة ثم المالكية ، وقد كان القرن الثامن الهجري أحفل
القرون بهذه التأليف كما يبدو للباحث المتتبع ، ويلاحظ أن كثيراً من المؤلفات
التي عرفت باسم (الأشباه والنظائر) ككتاب (التاج) للسبكي وكتاب (الجلال)
للسيوطي الشافعيين تشتمل على كثير من هذه القواعد ، حتى إن ابن نجيم الحنفي
ذكر في مقدمة أشباهه أنه أراد وضعه على غرار كتاب السبكي الشافعي .

(١) - تابع الخادمي في الترتيب على الحروف كتاباً في القواعد للزرکشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ اسمه
(المنشور في ترتيب القواعد الفقهية) .

(٢) - وقد شرح المجلة كثيرون من أفضل هذه الشروح شرح الأتاسي (الشيخ خالد الحمصي) ، وقد بوّب
قواعد المجلة الأستاذ الزرقا تبويماً جديداً إذ جعلها صنفين أساسية وفرعية فبلغت الأساسية لديه أربعين
والفرعية تسعاً وخمسين ، ر : المدخل الفقهي ج ١ ص ٩٥٧ وما بعدها .

(٣) وهو مطبوع بدمشق سنة ١٢٩٨هـ وللمؤلف رسالة أخرى في قواعد أحكام الوقف خاصة .

الفصل الثاني

مدونات القواعد وحاجة الفقه إليه

أشهر مدونات فقه القواعد الكلية
حاجة الفقه المعاصر إلى التقعيد الفقهي

المبحث الأول

أشهر مدونات فقه القواعد الكلية

أشهر ما عُرف ووصل إلينا مطبوعاً من مؤلفات المذاهب الثلاثة غير الحنفي مما يبحث في القواعد أو يحمل اسم القواعد ثلاثة مؤلفات مهمة :

(١) كتاب (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) للفقير عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠هـ هو مبني على فصول فقهية موضوعية يضع فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل ثم يقسم الأحكام المتعلقة به ويفصلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة التشريع ، فهو أشبه بمدخل فقهي عام .

(٢) كتاب (الفروق) للفقير شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤هـ فقد أوضح في مقدمته أنه وضعه لبيان الفروق بين القواعد ، وأنه جمع فيه /٥٤٨/ قاعدة وأوضح كلاً منها بما يناسبها من الفروع ، غير أنه على عظيم قيمته وما تضمن من مباحث لم يسبق إليها لم يجمع قواعد بالمعنى الذي نعنيه هنا ، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى يعرضها في كل موضوعين متشابهين ويجلو الفروق بينهما ، غير أنه قد انتشرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تحليل الأحكام ونصب الضوابط .

(٣) وكتاب (القواعد) للفقير عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ بني مباحثه على مائة وستين قاعدة وختمه بإحدى وعشرين فائدة ، وهو يضع تحت عنوان قاعدة موضوعاً فقهياً ثم يتناوله بإيضاح مسهب وتفصيل معجب ، وهو كتاب عظيم القيمة ولكنه ليس مجموعة قواعد فقهية ذات

نصوص عامة دستورية بالمعنى المقصود .

جاء في مقالات الكوثري ما يلي ؛ بعد كلام طويل :

مما هو مفصل في (التحقيق الباهر في شرح الأشباه والنظائر) المحفوظ في المكتبة الرافعية في خمس مجلدات ضخام لشيخ مشايخنا العلامة هبة الله التاجي ، و (المجموع المذهب في قواعد المذهب للصالح العلائي) وغيرهما من الكتب المؤلفة في قواعد المذهب ، وهي الواسطة بين الفروع والأصول ولها أهمية عظمى في التفقه والتفقيه ، وإن أهملت دراستها في الأدوار الأخيرة^(١)

* * *

(١) مقالات الكوثري ج ١ ص ١١٧ و ١١٨ .

المبحث الثاني

حاجة الفقه المعاصر إلى التععيد الفقهي

370 - يقول العلامة القرافي في مقدمة كتابه (الفروق) ما خلاصته : (إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان : أحدهما : المسمى أصول الفقه وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ كدلالة الأمر على الوجوب ودلالة النهي على التحريم وصيغ الخصوص والعموم وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح ، والثاني : هو القواعد الكلية الفقهية ؛ وهي جليلة كثيرة لها من فروع الأحكام ما لا يُحصى ، وهذه القواعد لم يُذكر منها شيء في أصول الفقه وقد يُشار إليها هناك على سبيل الإجمال ، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قَدْرُ الفقيه وتتضح له مناهج الفتوى ، ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تنتهى ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات وتناسب عنده ما تضارب عند غيره) اهـ ملخصاً .

فهل بعد هذا البيان بيان ؟ .

إن الفقه الحقيقي فقه النفس ، وهو لا ينال بكثرة الحفظ للفروع والجزئيات بقدر ما يُنال بضبط تلك الفروع بالقواعد الكلية الفقهية هذه ، فهي المعيار الصحيح لفقاهة الرجل وإحاطته بأسرار الشريعة ، وكل فقيه في كل عصر محتاج لهذه القواعد بقدر حاجته لفروع الفقه . وقد احتاج شُرّاح القانون المدني بل واضعوه إلى الكثير من هذه القواعد ، فأخذوها للتقنين أو للتفسير مع تحويرها بما يتمشى مع حاجتهم الخاصة لذلك ، فكانت منها ثراً من مناهل

التشريع الوضعي ، وانظر إن شئت ذلك في كتب شراح القانون كـ(السنهوري والزرقا وأبوستيت وأمثالهم) .

فَعَسَى أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ غَنِيَةٌ لِمَنْ يَرِيدُ تَتَبَعَ ظَاهِرَةَ التَّعْيِيدِ الْفَقْهِيَّةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ ، وَلَكِنِّي أَقْتَرِحُ فِي نَهَايَةِ الْمَطَافِ عَلَى فَقَهَاءِ الْعَصْرِ أَلَّا يَقْتَصِرُوا عَلَى الْقَوَاعِدِ الْمَائَةِ فِي أَوَّلِ الْمَجْلَدِ ، بَلْ عَلَيْهِمْ أَنْ يَبْحَثُوا عَنْ مَجْمُوعَةِ هَذِهِ الْقَوَاعِدِ مِنْ كَتَبِهَا الْمَخْتَلِفَةِ وَمِظَانِهَا ، فَإِنَّهُمْ وَاجِدُونَ طُلُبَتَهُمْ فَوْقَ ذَلِكَ بِكَثِيرٍ ؛ فَتَجْمَعُ فِي كِتَابٍ وَاحِدٍ وَتَبَوَّبَ وَتُشْرَحُ شَرْحاً فَرِيحاً مَقَارِناً مَعَ الْقَانُونِ ؛ لِتُظْهَرَ مِيزَةُ فَقْهِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ ؛ وَيَوْمَئِذٍ يَفْرَحُ الْمُؤْمِنُونَ بِنُصْرَةِ اللَّهِ .

البَّائِغُ السَّابِعُ

الاجتهاد والاتباع والتقليد والفتيا

الفصل الأول

الاجتهاد

التعريف بالاجتهاد
شروط الاجتهاد وحكمه
من قواعد الاجتهاد
مجال الاجتهاد
الإصابة والخطأ في الاجتهاد
مراتب المجتهدين وطبقات الفقهاء

المبحث الأول التعريف بالاجتهاد

المطلب الأول :

371 - تعريف الاجتهاد لغةً واصطلاحاً :

أ - تعريف الاجتهاد لغةً :

هو (تَحَمُّلُ الجهد ، أي المشقة)^(١) ، فهو بذل الجهد في فعل شاق .

ب - تعريفه اصطلاحاً :

له عند الأصوليين تعريفات ؛ منها :

هو (استفراغ الفقيه الوسْعَ لتحقيق ظنٍّ بحكم شرعي)^(١) ، ومعنى (استفراغ الوسع) بذل تمام الطاقة بحيث يُحسُّ من نفسه العجز عن المزيد عليه ، فخرج بذل غير الفقيه وسعه في معرفة حكم شرعي ، وبذل الفقيه وسعه في معرفة حكم شرعي قطعي أو في الظن بحكم غير شرعي ليس باجتهاد ، وعَرَّفَه البعض من الأصوليين بقوله : (بذل المجهود في استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية)^(٢) وقالوا أيضاً : (بذل المجهود لنيل المقصود)^(٣) وقالوا : (بذل الفقيه وسعه للحصول على ظنٍّ بحكم شرعي) .

وعَرَّفَه القاضي البيضاوي بقوله : (هو استفراغ الجهد في دَرْك الأحكام الشرعية)^(٤) وذلك أعم من أن يكون على سبيل القطع أو الظن ، وبمثل ذلك

(١) انظر التلويح لحل غوامض التنقيح ج ٢ ص ١١٧ .

(٢) ر : تسهيل الوصول ص ٣٢٠ .

(٣) ر : التلويح ج ٢ ص ١١٧ .

(٤) شرح الإسنوي على المنهاج ج ٣ ص ٢٣٢ .

عرفه ابن الهمام وغيره فقالوا : (هو بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلياً كان أو نقلياً ، قطعياً كان أو ظنياً)^(١) .
وجملة القول أن الاجتهاد هو : (عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشرع)^(٢) .

المطلب الثاني :

372 - بيان مشروعية الاجتهاد :

الاجتهاد من أصول الشريعة دلت أدلة كثيرة على جوازه ؛ منها ؛ ١ - قوله تعالى في التنزيل : ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾ [النساء : ١٠٥] فإنه يقتضي إقرار الاجتهاد بطريق القياس .

٢ - من السنة الحديث النبوي : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »^(٣) ، ومنها حديث معاذ رضي الله عنه حين بعثه رسول الله صلوات الله عليه قاضياً إلى اليمن ، فقال له : « بِمَ تَقْضِي ؟ قال : بما في كتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : أقضي بما قضى به رسول الله ، قال : فإن لم تجد فيما قضى به رسول الله ؟ قال : أجتهد برأي ، قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله »^(٤) .

وقد اتبع الصحابة طريق الاجتهاد فيما لم يعثروا فيه على نص قرآني ولا سنة نبوية ، فكان أبو بكر رضي الله عنه إذا نزلت به قضية فلم يجد في كتاب الله منها أصلاً ولا في السنة أثراً اجتهد رأيه .

(١) ر : التقرير والتحجير : ج ٣ ص ٢٩١ ، تحفة الرأي السديد ص ٦ .

(٢) انظر مقال الأستاذ الزرقاني حضارة الإسلام عدد ذي الحجة ١٣٨٤ : ص ١٢ والوسيط ص ٥٠٨ وما بعدها .

(٣) « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر » .

متفق عليه من حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة رضي الله عنهما بلفظ قريب منه وهو : « إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر وإن أصاب فله أجران » . وانظر تلخيص الجبير ج ٢ ص ١٩٩ .

(٤) انظر تخريج الحديث في الفقرة ذات الرقم (١١) ، وانظر الموافقات ج ٢ ص ٣٦٨ وج ٤ ص ١٦٣ ، والآمدي : ج ٣ ص ١٤٠ وكشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٣ ص ٩٩٦ ، والرسالة ص ٤٩٤ .

وعلى ذلك أجمع الصحابة فكانوا إذا حدثت لهم واقعة شرعية فزعوا إلى الاجتهاد فيما لا نص فيه^(١) .

المطلب الثالث :

373 - أقسام الاجتهاد :

قَصَرَ الإمام الشافعي الاجتهاد بمعنى الاستنباط على القياس على أمر ورد في الكتاب أو السنة^(٢) ، ووسَّع غيره من الأئمة في معنى الاجتهاد فجعلوه شاملاً للرأي والقياس والعقل ، والرأي عندهم ؛ كما فهمه الصحابة ؛ هو العمل بما يراه المجتهد مصلحةً وأقرب إلى روح التشريع الإسلامي من غير نظر إلى أن يكون هناك أصل معيَّن للحادثة أو لا يكون^(٣) .

ولقد قسم بعض الأصوليين المعاصرين الاجتهاد إلى ثلاثة أنواع ؛ أشار الشاطبي إلى بعضها في الموافقات : ١ - الاجتهاد البياني ٢ - الاجتهاد القياسي ٣ - الاجتهاد الاستصلاحي^(٤) .

وقسم آخرون من المعاصرين الاجتهاد إلى نوعين : الاجتهاد العقلي ، والاجتهاد الشرعي^(٥) ، فقد قصر الأول على (ما كانت الحجية الثابتة لمصادره عقلية محضة غير قابلة للجعل الشرعي) ، وجعل الثاني (ما احتاج إلى جعل حجيته من الحجج الشرعية) .

وإنني أرى أن القسمة ثنائية لكن على غير هذا النمط وذلك بأن يكون الاجتهاد لا يعدو أحد أمرين : (إما تفسير النصوص ، أو الرأي فيما لا نص فيه) .

(١) ر : الإحكام لابن حزم ج ٦ ص ٧٨٥ ، والملل والنحل للشهرستاني ج ١ ص ١٩٨ .

(٢) ر : الرسالة ص : ٤٧٧ .

(٣) ر : تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ١٢٦ .

(٤) ر : المدخل إلى علم أصول الفقه للدكتور البوالي ص ٧٥ ، ٣٨٩ .

(٥) ر : الأصول العامة للفقه المقارن ص ٥٦٩ وما بعدها للأستاذ محمد تقي الحكيم .

المبحث الثاني شروط الاجتهاد وحكمه

المطلب الأول : شروط الاجتهاد :

374 - شروط الاجتهاد في حق المجتهد المطلق ستة :

١ - أن يعرف القرآن مع معانيه ووجوهه وناسخه ومنسوخه ؛ وذلك بأن يكون عالماً بمحالتها من حيث تقدمها وتأخرها من جهة التلاوة والنزول ويرجع إليها وقت الحاجة ، والمقصود بذلك آيات الأحكام .

٢ - أن يعرف السنة بمتنها وسندها من تواتر أو شهرة أو آحاد ، ومن ذلك معرفة حال الرواة بالاكْتفاء بتعديل الأئمة الموثوق بهم في علم الحديث ، والمقصود بذلك أحاديث الأحكام ، بحيث يكون ممن يتمكن من استخراجها من مواضعها بالبحث عنها عند الحاجة إلى ذلك ، وأن يكون ممن له تمييز بالصحيح منها والحسن والضعيف بحيث يعرف حال الرجال معرفةً يتمكن بها من معرفة الحكم على الحديث .

٣ - أن يكون متمكناً من معرفة علم أصول الفقه لأنه عماد الاجتهاد .

٤ - أن يكون عارفاً بمسائل الإجماع ، حتى لا يفتي بخلاف ما وقع الإجماع عليه ، بحيث لا يبعد عليه معرفة ما وقع عليه الإجماع من المسائل أو يعلم أن هذه الواقعة متولدة في عصر لم يكن لأهل الإجماع فيها خوض ، فهذا القدر كفاية .

٥ - أن يكون عالماً بلغة العرب ، بحيث يمكنه تفسير ما ورد في الكتاب والسنة ، بحيث يكون متمكناً من استخراجها من مؤلفات الأئمة المشتغلين بهذا

الفن^(١) ، وصفوة القول أن يكون على علم بأساليب العربية وطرق دلالة عبارتها ومفرداتها ، وسعة اطلاع على آدابها ، وتذوق تلك الأساليب العربية ، واكتساب الحذق في علومها وفنونها .

٦ - أن يدرك مقاصد الشريعة في وضع الأحكام ؛ لأن فهم النصوص متوقف على معرفة هذه المقاصد ، كذلك أدلة ترجيح بعض دلالات الألفاظ على بعض عند التعارض^(٢) .

وبالجملة ؛ أن يكون خبيراً بوقائع الناس ومعاملاتهم ، وعدلاً غير مبتدع ، ولديه من فقه النفس نصيب وافر .

المطلب الثاني : حكم الاجتهاد وما يتعلق به :

375 - إذا وقعت حادثة لشخص أو سئل عن واقعة ، فإن حكم الاجتهاد في حقه قد يكون فرضاً عَيْنِيّاً ، وقد يكون فرضاً كَفَائِيّاً ، وقد يكون مندوباً ، وقد يصير حراماً :

١ - فهو فرض عين في حق نفسه فيما طرأ له من حوادث ، فإذا أدّاه اجتهاده إلى حكم لزمه العمل به ، ولا يجوز له أن يقلّد غيره من المجتهدين في حق نفسه ولا في حق غيره ؛ لأن حكم المجتهد هو حكم الله في المسألة التي اجتهد فيها بحسب ظنه الغالب ، والمجتهد ينبغي عليه أن يعمل بما غلب على ظنه أنه حكم الله ، وقد يكون الاجتهاد فرض عين عليه إذا سئل عن حادثة وقعت وخاف فوتها على غير وجهها الشرعي ولم يوجد غيره ؛ لأن عدم الاجتهاد يقضي بتأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهو ممنوع شرعاً .

٢ - الفرض الكفائي ؛ فإذا لم يخف فوت الحادثة ووجد غيره من المجتهدين يجب عليه وجوباً كَفَائِيّاً ، فإذا اجتهد أحد المجتهدين سقط الطلب

(١) انظر التلويح ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها ، وتسهيل الوصول ص ٣٢١ وما بعدها .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٦ وص ١٧٠ وما بعدها .

عن الباقيين ، وإن تركه الجميع أثموا .

٣ - النذب ؛ وهو الاجتهاد في حكم حادثة لم تحصل ، سواء أسئل عنها أم لا .

٤ - التحريم ؛ وهو وقوع الاجتهاد في مقابلة نص قاطع من كتاب أو سنة ، أو في مقابلة الإجماع ، وفيما عدا ذلك يكون جائزاً^(١) .

* * *

(١) ر : المستصفى ج ٢ ص ١٢١ ، كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٣٤ ، مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣١٩ ، إرشاد الفحول ص ٢٢٣ - الإحكام للأمدى ج ٣ ص ١٥٨ ، الوسيط ص ٥٢٥ وما بعدها .

المبحث الثالث مِنْ قواعد الاجتهاد

المطلب الأول :

376 - طريقة الاجتهاد :

شرح الإمام الشافعي رضي الله عنه ذلك بمقولة فاذة نفيسة أثبتها بنصها^(١) ، قال : (إذا وقعت الواقعة للمجتهد فليعرضها على نصوص الكتاب ، فإن أعوزه عَرَضَهَا على الخبر المتواتر ، ثم الآحاد ، فإن أعوزه لم يَخُضْ في القياس ؛ بل يلتفت إلى ظواهر الكتاب ، فإن وجد ظاهراً نظر في المخصصات من قياس وخبر ، فإن لم يجد مخصصاً حَكَمَ به ، وإن لم يعثر على ظاهرٍ من كتاب ولا سُنَّةٍ نظر إلى المذاهب ، فإن وجدها مجمعةً عليها اتبع الإجماع ، وإن لم يجد إجماعاً خاض في القياس ، ويلاحظ القواعد الكلية أولاً ، ويقدمها على الجزئيات ، كما في القتل بالمثل ، فتقدم قاعدة الردع على مراعاة الاسم ، فإن عُدِمَ قاعدة كليةً نظر في المنصوص ومواقع الإجماع ، فإن وجدها في معنى واحد ألحق به ، وإلا انحدر إلى القياس) .

وقال رضي الله عنه أيضاً : (ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد ؛ الكتاب والسنة والإجماع والآثار ، وما وصفت من القياس عليها)^(٢) .

* * *

(١) إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢٢٧ .

(٢) الرسالة : ص ٥٠٨ .

المطلب الثاني :

377 - تَجَرُّؤُ الاجتهاد :

معنى تجرؤ الاجتهاد : (تَمَكَّنُ الْعَالِمُ الْمُجْتَهِدُ مِنْ اسْتِنْبَاطِ الْحُكْمِ فِي مَسْأَلَةٍ مِنَ الْمَسَائِلِ دُونَ غَيْرِهَا) .

اختلف الأصوليون في تجزيء الاجتهاد في بعض المسائل كـ(المواريث مثلاً) فقال جمهورهم : يجوز تجزيء الاجتهاد بمعرفة ما يتعلق بمسألة وما لا بد منه فيها ، ولو جهل ما لا تعلق له من بقية المسائل الفقهية .

وقال بعضهم ومنهم الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه : لا يجوز ذلك له ، وسبب هذا الخلاف أنه لا يلزم من توافر ملكة الاجتهاد عند عالم أن يعلم فعلاً جميع المسائل ، وأن يستخدم ملكته دائماً ، فالطبيب بعد تخرجه طبيب وإن لم يداو أي مريض^(١) .

استدل الجمهور بالأدلة التالية :

١ - لو لم يتجزأ الاجتهاد لزم أن يكون المجتهد عالماً بجميع المسائل حكماً ودليلاً ، واللازم مُنْتَفٍ إِذْ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْمَفْتِي أَنْ يَكُونَ عَالِماً بِجَمِيعِ أَحْكَامِ الْمَسَائِلِ وَأَدْلَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وَسْعِ الْبَشَرِ ، وَقَدْ تَوَقَّفَ الْأُثْمَةُ الْمُجْتَهِدُونَ وَالصَّحَابَةُ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ .

٢ - إذا اطلع على أمارات بعض المسائل فيكون هو وغيره سواءً في تلك المسائل ، وكونه لا يعلم أمارات غيرها لا مدخل له فيها ، فيجوز حينئذٍ له الاجتهاد فيها كما جاز بشرط توافر كل ما يتعلق بالمسألة المجتهد فيها له .

واحتج البعض من الأصوليين ؛ بأنه يحتمل أن يكون كل ما يُقَدَّرُ جهله به يجوز تعلُّقه بالحكم الذي يَبْحَثُ فيه ؛ أي إن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها في نوع آخر منه ، وقد اتفقت كلمة الأصوليين على أن المجتهد لا يجوز

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٥٨٦ وما بعدها والوسيط ص ٥٤٥ .

له الحكم حتى يحصل له غلبة الظن بحصول المقتضي وعدم المانع ، وذلك إنما يحصل للمجتهد المطلق ، وهنا لم يحصل للمجتهد ظن عدم المانع .

وأجاب الجمهور : بأننا نفترض حصول جميع ما يتعلق بتلك المسألة^(١) .

وقد رجَّح بعض المعاصرين مذهب المانعين من تجزيء الاجتهاد ؛ لأن الاجتهاد ملكة وأهلية معينة تتطلب فهم روح الشريعة والمبادئ العامة فيها ، فلا يتصور تجزيء الاجتهاد ؛ لأن أحكام الشرع تتعلق بعضها ببعض ، فالجهل ببعضها مظنة للتقصير فيما عرفه^(٢) .

ومن الأصوليين المعاصرين^(٣) من رجَّح مذهب الجمهور وإنني أذهب كذلك إلى ترجيحه إذ قرر الجمهور ضرورة توفر شروط الاجتهاد في العالم ، ومنها معرفة مقاصد الشريعة ، كما أنهم تطلبوا معرفة ما يتصل بموضوع الاجتهاد ، فالعالم هذا قد عرف الحق بدليله ، وبذل جهده في معرفة الصواب ، فحكمه في ذلك حكم المجتهد المطلق .

وقال بعض الحنفية الاجتهاد لا يتجزأ : أي أنه لا يتصور أن يكون العالم مجتهداً في أحكام الطلاق وغير مجتهد في أحكام البيع ، فلا يكون مجتهداً حتى يكون على علم تام بأحكام القرآن والسنة حتى يصل من مقارنة بعضها ببعض ومن مبادئها العامة إلى الاستنباط الصحيح .

وجملة القول ؛ أن الخلاف منحصر في دائرة ضيقة ؛ فهو عند القائلين بالتجزيء لا بد من توافر شروط الاجتهاد ، ولكن لا يُطلب تحقق الشرط بكامله ، وإنما يكفي أن تتكامل الشروط مجتمعة في موضوع من الموضوعات .

(١) المستصفي ج ٢ ص ١٠٣ ، إرشاد الفحول ٢٢٤ ، فوائح الرحموت ج ٢ ص ٣٦٤ ، شرح العضد لمختصر المنتهى ج ٢ ص ٢٩ ، إعلام الموقعين ٤ ص ٢١٦ ، وأصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٨٥ والوسيط ص ٥٤٢ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخلاف ص ٢٦١ ، وأصول الفقه الإسلامي لشاكر الحنبلي ص ٣٩٠ ، والأصول العامة للغة المقارن ص ٥٨٥ ، وإعلام الموقعين ج ٤ ص ٢١٦ ، وتسهيل الوصول ص ٣٢٤ للمحلاوي .

(٣) انظر الوسيط للدكتور الزحيلي ص ٥٤٤ وما قبلها ، والعناوين في المسائل الأصولية للكاظمي ج ٢ ص ٨٩ .

المطلب الثالث :

378 - نقض الاجتهاد :

لدينا قبل الخوض في نقض الاجتهاد مسألتان : الأولى : حكم تعدد قول المجتهد : أي هل يجوز لمجتهد في مسألة أن يكون له قولان ؟ والثانية : تغير الاجتهاد : أي هل يجوز للمجتهد أن يغير اجتهاده ؟ .

١ - المسألة الأولى : تعدد قول المجتهد :

اتفق الأصوليون على أنه لا يجوز أن يكون لمجتهد في حادثة قولان متناقضان في وقت واحد ؛ لأن ذلك يؤدي إلى التناقض^(١) .

وإذا كان له قولان واقعان في وقتين ، فالقول الآخر رجوع عن القول الأول كـ(دلالتة على تغير اجتهاده الأول) وحينئذ فلا تناقض .

وهنا إيرادان اثنان :

أ - الإيراد الأول ؛ فإن قيل : (اختلفت الرواية عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله ورضي عنه في الحادثة) .

يُجاب : بأن اختلاف الرواية عن الإمام أبي حنيفة ليس من باب القولين ؛ لأن الاختلاف في الرواية من جهة الناقل وخطئه ، وذلك إمّا لِغَلَطٍ في السماع أو لعدم العلم بالرجوع عنه وعلم الآخر ، فَرَوَى كُلٌّ بِحَسَبِ عِلْمِهِ ، أو يكون هناك جوابان أحدهما جواب بالقياس والآخر جواب بالاستحسان فنقل كل ما علم ، أو يكون هناك قولان من جهتين كـ(العزيمة والرخصة) فنقل كل

(١) ولأنه لو افترض أن دليلي القولين متعادلان في القوة من كل وجه ، ولم يمكن الجمع بينهما ولا الترجيح فيجب على المجتهد حينئذ التوقف عن الفتوى لتعارض الأدلة وتعادلها في نظره ، فإن أمكنه الجمع بين مقتضى الدليلين وجب عليه الجمع بينهما ، وإن ترجح أحدهما على الآخر تعين عليه الأخذ به . انظر ؛ المستصفى ج ٢ ص ١٢٠ ، الإحكام ج ٣ : ١٥ ، مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٤٤ ، إرشاد الفحول : ص ٢٣٢ .

ما سمعه ، فما نقل فيه روايتان عن إمام المذهب لا يخرج عن أحد هذه الموارد ، هذا كله في الروايتين ؛ وذلك بخلاف القولين ، فإن التناقض يُنسب إلى المنقول عنه .

ب - الإيراد الثاني ؛ وماورد عن الإمام الشافعي رحمه الله ورضي عنه أنه قال في مسائل (فيها قولان) ؛ يُحمل أن له قولين مرتبين في الزمان المتقدم أو على أنه لسان حاله يقول : (يختلج لي قولان) فللمجتهد في المذهب ؛ الترجيح بالمرجحات التي ذكرها إمامه .

وإذا اختلف حكم المجتهد المطلق في مسألة واحدة وجُهل التاريخ فمذهبه هو أشبههما بأصوله وأقواهما مدركاً^(١) .

٢ - المسألة الثانية : تَغْيِيرُ الاجتهاد :

يجوز للمجتهد تَغْيِيرُ اجتهاده ؛ لأن مناط الاجتهاد هو الدليل ، فمتى ظفر المجتهد به وجب عليه الأخذ بموجبه ، لظهور ما هو أولى بالأخذ به مما كان قد أخذ به ، ولأنه أقرب إلى الحق والصواب ، ففي كتاب عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري قاضيه على الكوفة : (ولا يمنعك قضاء قضيتَه اليوم فراجعت فيه نفسك وهُديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم)^(٢) .

379 - أحكام نقض الاجتهاد وقواعده :

فَرَّقَ الأصوليون بين المجتهد والحاكم^(٣) في هذه المسألة :

(١) انظر تسهيل الوصول للمحلاوي ص ٣٢٥ والوسيط ص ٥٧٤ وما بعدها .

(٢) ر : إرشاد الفحول ص ٢٣٢ .

(٣) انظر : المستصفى ج ٢ ص ١٢٠ ، مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٤٥ ، فواتح الرحموت ج ٢ ص ٣٩٥ ، التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٣٥ ، شرح الإسنوي ج ٣ ص ٢٥٥ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ١٩٠ ، إرشاد الفحول : ص ٢٣٢ ، والآمدي : ج ٣ ص ١٥٨ ، شرح المحلي على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٢٠ ، الوسيط ص ٥٧٦ ، أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص ٣٣٣ .

أ - فالمجتهد لنفسه إذا رأى حكماً معيناً ثم تغير ظنُّه لزمه أن ينقض اجتهاده وما ترتَّب عليه ما لم يكن الحاكم قد حكم بصحة الأول ؛ لأن حكمه لا يُنقض ولأن حكمه أيضاً في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم .

ب - وإذا كان المجتهد حاكماً فقضى في واقعة بما اجتهد ثم تغير اجتهاده في واقعة مماثلة ، فلا يعدو الأمر حالتين :

- فإن كان حكمه مخالفاً لدليل قاطع ، من نص أو إجماع أو قياس جلي^(١) فينقض بالاتفاق بين العلماء ، سواءً من قبل الحاكم أو من أي مجتهد آخر لمخالفته للدليل .

- أما إذا كان حكمه في مجال الاجتهاديات أو الأدلة الظنية فإنه لا يُنقض الحكم السابق ؛ لأن نقضه قد يؤدي إلى اضطراب الأحكام الشرعية وعدم استقرارها وعدم الوثوق بحكم الحاكم ، وهو مخالف للمصلحة التي نصب الحاكم لها ، وهو الفصل في المنازعات ، فلو جاز نقض حكم الحاكم لما استقرت للأحكام قاعدة ، وذلك يوجب المنازعة وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكم .

وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه في المسألة الحجرية لما سئل عن حكمه السابق فيها قال : (تلك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي) فهو لم ينقض اجتهاده السابق وإنما أقره في وقته^(٢) .

وصفوة القول : إن الاجتهاد لا ينقض بمثله ، فلو اجتهد مجتهد في واقعة وحكم فيها بالحكم الذي أداه إليه اجتهاده ثم عُرِضت عليه صورة من هذه الواقعة فأداه اجتهاده إلى حكم آخر فإنه لا يجوز له نقض حكمه السابق كما لا يجوز لمجتهد آخر خالفه في اجتهاده أن ينقض حكمه ؛ لأنه ليس الاجتهاد

(١) وهو (ما كانت العلة فيه منصوصة ، أو كان قد قطع فيقي تأثير الفارق بين الأصل والفرع) .

(٢) الفروق : ج ٢ ص ١٠٤ وأصول الفقه للخضري ص ٣٦٨ ، وشرح السيد الشريف الجرجاني على السراجية بحث المسألة المشتركة .

الثاني بأرجح من الأول ولا اجتهد أحد المجتهدين أحق أن يتبع من اجتهد الآخر ، ولأن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام الشرعية وإلى أن لا تكون للشيء المحكوم به قوة وفي هذا مشقة وحرَج .

هذا ؛ وقد يتغير الزمن فيتغير الحكم لتغير العرف أو تغير مصالح الناس ، أو لمراعاة الضرورة ، أو لفساد الأخلاق ، وضعف الوازع الديني ، أو لتطور الزمن وتنظيماته المستحدثة ، فيجب تغير الحكم الشرعي لتحقيق المصلحة ودفع المفسدة وإحقاق الحق ، وهذا بالنسبة للأحكام الاجتهادية المتعلقة بالمعاملات أو الأصول التعاملية الدنيوية ، أما الأحكام التعبدية والمقدّرات الشرعية وأصول الشريعة الدائمة فلا تقبل التبديل مطلقاً مهما تغير المكان والزمان .

فمن أمثلة ذلك الحكم بتضمين الأجير المشترك لما يهلك في يديه محافظةً على الأموال من الضياع وتحقيقاً لمصالح الناس ودرء المفسد عنهم ومن هذا الباب كثير .

* * *

المبحث الرابع مَجَال الاجتهاد

380 - مجال الاجتهاد أمران اثنان :

- ١ - ما لا نص فيه أصلاً (فلا مساغ للاجتهاد في مورد النص) .
 - ٢ - أو ما فيه نص غير قطعي .
- ولا يجري الاجتهاد في القطعيات وفيما هو معلوم من الدين بالضرورة وفي العقائد واليقينيات^(١) .
- أقول :

وهذا المبدأ منسحب على القوانين الوضعية كذلك .

وبعد ؛ فإن باب الاجتهاد لم يُقفل ولا يملك أحد أن يقفله ، كل ما هنالك أنه مفتوح أمام من مَلَكَ أدوات الاجتهاد وشروطه ، وإنما أقفله فقهاء الحنفية بعد عصر الأربعمئة لما وجدوا من بعض من لم يستكمل شروط الاجتهاد تجرؤاً على هذا الأمر الخطير فأقفلوه سداً للذرائع ، وحسناً ما فعلوا رضي الله عنهم ، والآن فإنَّ مَنْ رأى في نفسه هذه الأهلية للاجتهاد فليتقدم أمام لجنة من كبار علماء المسلمين من سائر الأقطار الإسلامية فليمتحنوه فإن وجدوا فيه شروط الاجتهاد متحققةً بحذاقها قبلوا حينئذ اجتهاده فيما يجزئ من نوازل ووقائع لا فيما مضت عليه الأمة وأجمع عليه المسلمون قاطبة من اجتهاد الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم ينقضه حجراً حجراً ليقيم مذهبه الجديد على أنقاضه ، فذلك إفساد منهجي عنه وعمل لا طائل تحته ، وهو تحصيل حاصل ،

(١) ر : المستصفي ج ٢ ص ١٠٣ ، إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٦٠ ، الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٥٥ ، التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١١٨ إرشاد الفحول ص ٢٢٢ ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ص ٢٩١ .

بل إنّ ميدانه الحق بعد التحقق من استكمال أدوات الاجتهاد بالامتحان ؛ ميدانه الحق هو النوازل والوقائع التي جدّت للمسلمين فدونه ؛ فليجد لها الأحكام الشرعية وما أكثرها وما أحوج المسلمين إلى معرفة أحكامها الشرعية ؟!!^(١) .



(١) قلت : وأحسن ما رأيته في هذا المقام قول صاحب الوسيط من الأصوليين المعاصرين ما نصه : (غير أننا لا ننكر أن الاجتهاد المستقل بإيجاد أصول جديدة وقواعد خاصة للاستنباط لا مجال له اليوم ، فقد هدي الباحثون المجتهدون إلى مواطن الحق والكمال فيها ، فما علينا إلا الاهتداء بهديهم ، واستعمال أمضى سلاح عرفوه للولوج إلى مجاهل كل غريب واستثارة دفين كل بعيد ، وهاهم العلماء نراهم في كل عصر يجتهدون ويرجحون بين أقوال الفقهاء السابقين حتى انضبطت المذاهب وحررت الأحكام) اهـ الوسيط ص ٥٥٣ للدكتور وهبة الزحيلي ، وانظر (ابن عابدين وأثره في الفقه) ج ٣ الخاتمة .

المبحث الخامس الإصابة والخطأ في الاجتهاد في المسائل الفقهية الفرعية

المطلب الأول :

381 - المسائل الفقهية المجتهد فيها على ضربين :

١ - الأول ؛ المسائل القطعية (مما عُلِم قطعاً من دين الله) والمعلومة من الدين بالضرورة ، فحكمها ؛ ليس كل مجتهد فيها مصيباً ، بل الحق فيها واحد لا يتعدد ، وهو المعلوم لنا ، فالموافق له مصيب ، والمخالف عنه مخطئ آثم ، فإن كان الخلاف والإنكار فيما عُلِم بالضرورة من مقصود الشارع فهو كفر ، ومنكره كافر ؛ لأن الإنكار لا يصدر إلا عن مكذب بالشرع كـ(إنكار تحريم الخمر والسرقه والزنا ، ووجوب الصلاة والصوم) وإن كان فيما عُلِم قطعاً بطريق النظر لا بالضرورة كـ(الأحكام المعلومة بالإجماع) فمنكرها ليس كافراً بل هو آثم مخطئ ، ويلحق بذلك الأحكام العقلية من المسائل الكلامية التي تُدرك بالعقل كـ(العلم بوجود الله تعالى ووحدانيته) ، فالحق فيها واحد فمن أصابه أصاب الحق ومن أخطأه فهو كافر^(١) .

٢ - الثاني : المسائل الفقهية الظنية التي ليس عليها دليل قاطع ، فهذه هي محل الاجتهاد ، ولا إثم على المجتهد فيها لدى جميع الأصوليين المصوّبة منهم والمخطئة خلافاً لبشر المريسي والأصم وابن عُليّة ونفاة القياس

(١) المستصفى ج ٢ ص ١٠٦ ، وإرشاد الفحول ص ٢٣٠ ، الوسيط ص ٥٥٨ وما بعدها .

كـ(الظاهرية والإمامية) القائلين : إن الإثم غير مرفوع عن المجتهدين في الفروع ، بل فيها حق معيّن وعليه دليل قاطع فمن أخطأه فهو آثم بلا كفر ولا تفسيق ، ورّد عليهم : بأن هذه المسائل الظنية لا تدل لذاتها وليس فيها دليل قاطع ، وبأن الصحابة أجمعوا على ترك النكير على من خالف منهم في المسائل الفقهية تواتر ذلك بما لا شك فيه ، مع تشديدهم النكير على من خالف عما فيه دليل قاطع^(١) .

وأما التصويب والتخطئة في الاجتهاد في هذه المسائل الفرعية فالاختلاف فيه يكاد لا يعدو رأيين معروفين لدى الأصوليين ؛ رأي المصوّبة ورأي المخطئة .

ومنشأ الخلاف في هذا الشأن هو : (هل لله تعالى في كل مسألة حكمٌ معيّن قبل اجتهاد المجتهد أو ليس له حكم معين ، بل الحكم فيها هو ما وصل إليه المجتهد باجتهاده ؟) .

والقول المعتمد لدى جمهور الأصوليين : هو أنه نصّب على هذا الحكم أمانة ظنية ، والمجتهد ليس مكلفاً بإصابة الدليل لخفائه وغموضه ، فمن لم يصبه كان معذوراً مأجوراً ، وهو قول كافة الفقهاء .

وآية ذلك أن من البعث أن يكلف العاقل بحكم لا دليل عليه ولا أمانة ، ولا سيما والاجتهاد هو استفراغ الجهد في طلب الحكم من الدليل ، وهو يقضي طلب الدليل الذي يدل عليه ، وطلب الشيء متأخر عنه .

ثم إن خلاف الأصوليين في التصويب والتخطئة ينبغي أن يُفهم على أنه بالنظر للاجتهاد وأخذ الحكم من الدليل ، وأما بالنظر للعمل بما أدّى إليه اجتهاد المجتهد فلا ريب في أنه حكم الله ، وأنه هو المكلف به لدى الجميع .

أما عند المصوّبة فظاهر ، وأما عند المخطئة فلأن كل مجتهد يعتقد أن مخالفته مصيب في العمل برأي نفسه ، وإن كان مخطئاً في ظن مخالفته ؛ لأن

(١) المستصفى ج ٢ ص ١٠٦ ، وإرشاد الفحول ص ٢٣٠ ومسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٢٩ .

كل مجتهد مأمور بالعمل بما أدى إليه اجتهاده ، وكذلك من قلّده ، فالحق في المسائل الاجتهادية شائع بين المجتهدين .

المطلب الثاني :

382 - الآراء في هذه المسألة وأدلتها والترجيح :

أ - المصوّبة : وهم المعتزلة وبعض الأشاعرة ؛ فهم يقولون : إن كل مجتهد في الظنيات مصيب ، لكنهم اختلفوا :

- فمنهم من قال : ليس في الواقعة التي لا نص فيها حكم معيّن يُطلب بالظن ، بل الحكم يتبع الظن ، وحكم الله على كل مجتهد ما غلب على ظنه ، وهذا مذهب القاضي الباقلاني والإمام الغزالي^(١) .

- وقالت المعتزلة : إن الله في كل واقعة حكماً يتوجّه إليه الطلب ، فلا بدّ للطلب من مطلوب ، لكن المجتهد لم يكلف بإصابته .

ب - واتفق المخطئة : على أن في كل واقعة حكماً معيّنًا لله تعالى .

383 - الأدلة :

أ - أدلة المصوّبة : أظهر أدلتهم اثنان :

١ - أن الله تعالى كلف المجتهد بإصابة الحق ، فيكون كلّ مجتهد مصيباً وإلا يلزم تكليفه بما ليس في وسعه ، وهو ممتنع باطل شرعاً ، فالمجتهدون مكلفون بنيل الحق وإصابة الصواب ، إذ لا فائدة للاجتهاد سوى ذلك^(٢) ، فلو كان الحق واحداً لكان المجتهد مأموراً بإصابته بعينه ، وظاهر أن ذلك ليس في وسعه لغموض طريقه وخفاء دليّه ، فيجب أن يكون الحق بالنسبة إلى كل مجتهد هو ما أدّى إليه اجتهاده .

(١) المستصفى ج ٢ ص ١٠٩ .

(٢) التلويح ج ٢ ص ١١٨ وما بعدها .

٢ - والثاني : أن اجتهاد المجتهد في الحُكم كاجتهاد المصلي في أمر القبلة ، والحق فيه متعدّد اتفاقاً فكذا ههنا لعدم الفرق ، وإنما قال الفقهاء : إن الحق متعدّد اتفاقاً ؛ لأن المصلي مأمور باستقبال القبلة ، فلو لم يكن جميع الجهات بالنسبة للمصلين إلى جهات مختلفة قبلة لما تأدّى فرض من أخطأ جهة القبلة ، واللازم باطل ؛ لأنه لا يؤمر بإعادة الصلاة ، وكما جاز إرسال رسولين قبل البعثة المحمدية في وقت واحد إلى قومين مختلفين وأحدهما يأمر قومه بتحريم شيء والآخر بإباحته مع أن كل واحد منهما حق عند الله تعالى فكذلك يجوز اختلاف مجتهدين ويلزم قوم كل واحد منهما اتباع إمامه مع كون كل واحد منهما محقاً ، فعلى الحنفية مثلاً مسح ربع الرأس ، وعلى الشافعية مسح ثلاث شعرات ، وعلى المالكية مسح كل الرأس ، وزعموا على ذلك انعقاد الإجماع ، قلت : ولم يسلم .

وهذا المعقول الذي استدلوأ به مردود من وجوه :

١ - لأنه لا يلزم الشارع بمراعاة وجه الحكمة والمصلحة البادية لعقولنا لأول وهلة في التشريعات ، وقد تكون الحكمة مختصة بعلمه تعالى .

٢ - ولا يلزم من تعيين الحكم في المسألة كون مخالفه فاسقاً ، لأن المجتهد لم يكلف إلا بما أذاه إليه اجتهاده دون إصابة الحق .

٣ - ولا يمكن قبول دعوى أن حكم الله تابع لظن المجتهد ، إذ يترتب على ذلك اجتماع النقيضين ، فكل ما يقع فيه المجتهدون من تناقض في الأحكام يُنسب إلى الله تعالى .

وفند الشوكاني أدلة المصوّبة هذه بقوله : (وما أشنع ما قاله هؤلاء الجاعلون حكم الله عز وجل متعدداً بتعدد المجتهدين تابعاً لما يصدر عنهم من الاجتهادات ، فإن هذه المقالة مع كونها مخالفةً للأدب مع الله عز وجل ومع شريعته المطهرة هي أيضاً صادرة عن محض الرأي الذي لم يشهد له دليل ولا عضدته شبهةً تقبلها العقول ، وهي أيضاً مخالفةً لإجماع الأمة سلفها

وَحَلَفَهَا ، فَإِنَّ الصَّحَابَةَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ فِي كُلِّ عَصَرٍ مِنَ الْعَصُورِ مَا زَالُوا يَخْطِئُونَ
مَنْ خَالَفَ فِي اجْتِهَادِهِ مَا هُوَ أَنَهُضَ مِمَّا تَمَسَّكَ بِهِ ^(١) .

ب - أدلة المخطئة :

استدل المخطئة وهم جمهور المسلمين ، ومنهم الأئمة المجتهدون
الأربعة رضوان الله عليهم والشيعة بأدلة أظهرها ^(٢) ؛ (من الكتاب والسنة
والأثر ودلالة الإجماع والمعقول) .

١ - أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّاءَ إِنَّا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾
[الأنبياء : ٧٩] ^(٣) وَصَدَّرُ الْآيَةَ ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ
غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾  ووجه الاستدلال بهذه الآية على
المدعى وهو (أَنَّ الْحَقَّ وَاحِدٌ وَالْمَجْتَهِدُ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ) ما يلي :

(أن داود عليه السلام حكم بالغنم لصاحب الحرث وبالحرث لصاحب
الغنم ، وسليمان حَكَمَ بأن تكون الغنم لصاحب الحرث ينتفع بها ، ويقوم
أصحابُ الغنم على الحرث حتى يرجع كما كان فَيَرُدُّ كُلَّ إِلَى صاحبه ملكه ،
وكان حكم داود عليه السلام بالاجتهاد دون الوحي ، وإلا لَمَا جاز لسليمان
عليه السلام خِلافَهُ ولا لداود الرجوع عنه ، فلو كان كُلٌّ مِنَ الاجتهادَيْنِ حَقًّا
لكان كُلٌّ مِنْهُمَا قد أصاب الحكم وَفَهَّمَهُ ، ولم يكن لتخصيص سليمان عليه
السلام بالذكرِ وَجْهٌ صحيح ، فإنه وإن لم يدل على نفي الحكم عما عداه لكنه
في هذا المقام يدل عليه) ، وهذا مبني على جواز اجتهاد الأنبياء وجواز

(١) إرشاد الفحول ص ٢٣١ .

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٤١ ، التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها ، إرشاد الفحول
ص ٢٣١ ، تسهيل الوصول ص ٣٢٣ .

(٣) الأنبياء ٧٩ والضمير في (فَفَهَّمْنَاهَا) للحكومة أو الفتوى وارجع إلى تفسير مفاتيح الغيب للرازي ،
وتفسير السففي في تفسير سورة الأنبياء حيث قال سيدنا سليمان عليه السلام (غير هذا أوفق
للفريقين) .

خطئهم فيه غير أنهم لا يقرهم الله على ذلك بل يردهم بالوحي إلى الصواب كما ثبت لدى جمهور الأصوليين .

٢ - وأما السنة فأظهر أدلتهم قوله ﷺ لأُمير السرية : « وإن طلب منك أهل حصن النزول على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ، فإنك لا تدري ؛ أتصيب حكم الله فيهم أم لا » وهذا الحديث نص في موضوع النزاع ويُستأنس بحديث : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد »^(١) فلو كان الحق متعدداً لكان كل مجتهد مصيباً ، وهو خلاف ظاهر الحديث .

فهذه الآثار الدالة على ترديد الاجتهاد بين الصواب والخطأ وإن كانت من قبيل الآحاد إلا أنها متواترة من جهة المعنى ، وإلا لم تصلح للاستدلال على الأصول^(٢) .

٣ - وأما دلالة الإجماع : فهو أن القياس مُظهر لا مُثبت ، فالثابت بالقياس ثابت بالنص معنى ، وإن لم يكن ثابتاً به صريحاً ، وقد أجمعوا على أن الحق فيما ثبت بالنص واحد لا غير ، والحق أنه لا إجماع على اتحاد الحق إلا فيما لم يقع به خلاف وهو خارج عن موضوع النزاع ، وكذلك استدل هؤلاء المخطئة بإطلاق الصحابة الخطأ في الاجتهاد كما ورد في المرأة التي مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يسم لها مهراً أنه سُئل عنها ابن مسعود رضي الله عنه فقال : (اجتهد فيها برأيي فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأً فمني ومن

(١) قول النبي ﷺ لأُمير السرية : « وإن طلب منك أهل حصن النزول على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا » .

أخرجه مسلم عن بريدة رضي الله عنه بلفظ قريب منه وهو : « وإن حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا » . وانظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٣٣ .

وانظر تخريج حديث : « إذا حكم الحاكم . . . » في الفقرة ذات الرقم (372) .

(٢) انظر التلويح ج ٢ ص ١١٩ .

الشیطان ؛ أرى لها مهر مثل نساءها) وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً منهم على أن الاجتهاد يحتمل الخطأ^(١) .

ومن ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه في الكلالة : (أقول فيها برأيي فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان) ونقل مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وعلي رضي الله عنه وكرّم وجهه وابن عباس رضي الله عنهما ،

٤ - وأما المعقول : فلاّن كَوْنُ الفعل محظوراً ومباحاً أو صحيحاً وفاسداً أو واجباً وغير واجب ممتنع لاستلزامه اتصاف الشيء بالنقيضين ، والممتنع لا يكون حكماً شرعياً^(٢) .

هذا ؛ والمجتهد المخطيء ، مخطيء ابتداءً وانتهاءً عند أكثر المخطئة ؛ لأن المجتهد لو كان مصيباً من وجه لما كانوا مستحقين لنزول العذاب في قصة فداء أسرى بدر وذلك في قوله تعالى : ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأنفال : ٦٨] .

وعند الإمام أبي حنيفة رحمه الله ورضي عنه وبعض المخطئة : (كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد) أي مصيب في بذل وسعه فيؤجر عليه ، والحق عند الله واحد قد يصيبه وقد لا يصيبه لقوله تعالى : ﴿وَكَلَّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ فسمي عمل كليهما ﴿حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ لكن سليمان عليه السلام خُصَّ بإصابة الحق المطلوب ، وتنصيف الأجر يدل على أنه مصيب من وجه دون آخر .

وأما الاستدلال بآية فداء أسرى بدر فالحكم في الأسرى من قبل كان إمّا القتل أو المنّ ، ورُخص لرسول الله عليه الصلاة والسلام بالفداء أيضاً فلولا

(١) ر : تسهيل الوصول ص ٣٢٣ .

(٢) نوقش هذا القول ؛ بأن التناقض يحصل باجتماع النقيضين في حق شخص واحد أما في الشخصين فلا تناقض ، وفيما نحن من الاجتهاد كذلك اهـ ، ر : التلويح ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها .

الكتاب السابق بإباحة الفداء وهو الرخصة لمسككم العذاب على ترك العزيمة ، فنزول العذاب كان واجباً على تقدير عدم سبق الكتاب ، لكن سبق الكتاب كان واقعاً فلا يستحقون العذاب بسبب الخطأ في الاجتهاد بعد سبق الكتاب^(١) .

384 - الترجيح :

والذي اختاره هنا هو مذهب المخطئة القائل : بأن الله حكماً معيناً في كل واقعة قبل الاجتهاد وأن عليه أمانة ؛ فالمجتهد لم يكلف بإصابة الحق عند الله تعالى ؛ لأنه ليس في طاقته ذلك ، ولكنه مكلف بالاجتهاد ، ولرجاء الإصابة ؛ فإن أصاب ما عند الله تعالى أجر ، وإن أخطأ عذر .

نظير ذلك الأمير إذا ضلّ فرسه فأمر غلمانه أن يطلبوه فخرج كل واحد منهم إلى طريق غير طريق صاحبه ، ولا شك أن الفرس يكون في جانب واحد ، وقد وجب على كل واحد منهم طلب الفرس ، ولكن لم يجب على كل واحد منهم إصابة الفرس إذ ليس في وسعهم ذلك ، وإذا وجد واحد منهم الفرس ولم يجده الآخرون فإن الأمير يثيب كل واحد منهم لامتناله أمره في طلبه ويزيد ذلك الواحد الذي وجد الفرس من المثوبة لوجدانه الفرس^(٢) .

والدليل على هذا الترجيح ؛ أن أدلة الشريعة إما نصوص أو أقيسة على النصوص^(٣) .

385 - والخلاف في النصوص ؛

إما بسبب تأويلها ، أو بسبب نقلها ونسبتها إذا كانت أخبار آحاد .
فأما التأويل ؛ فمرجع الخلاف فيه إلى المجتهدين لأننا نعلم بدهاء أن الشارع يريد معنى معيناً من النص ، وهذا المعنى قد يظفر به بعض

(١) انظر التوضيح ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها والتلويح بحاشية التوضيح كذلك .

(٢) انظر تسهيل الوصول ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) انظر أصول الفقه للخضري ص ٣٦٦ .

المجتهدين ، وقد يخطئه آخرون ، فمن أصابه فهو المصيب ، ومن أخطأه فهو المخطيء .

وأما الخلاف في إثبات الأخبار ؛ فمرجه إلى ظروف الخبر التي ورد فيها حسبما يُتاح للمجتهد ، وأما حقيقة ذات الخبر فهي واحدة لا تتعدد ، فالخبر إما أن يثبت ، وإما أن لا يثبت ، ولا يجتمع الأمران معاً في وقت واحد وواقعة واحدة ، فمن عثر على هذه الحقيقة فهو المصيب وغيره مخطيء .

386 - وأما الأقيسة ؛ فأساسها العلل ؛

أي المصالح التي قصدتها الشارع من الأحكام ، ولا ريب أن الشارع يستهدف مصلحة معينة ، فمن وُفِّق إلى استنباط العلة المشتملة على هذه المصلحة كان مصيباً ، وغيره مخطيء .

387 - هذا ؛

ولا ينبغي لمسلم أن يقول : بجواز التفويض للعبد ليحكم بما شاء وما أراد دون نظر واجتهاد ، ولا علم للعبد بما يريد الله تعالى منها ، ولا يدري بما في أحكام الله من المصالح كما عليه جمهور الأصوليين^(١) .

* * *

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣٣ .

المبحث السادس

مراتب المجتهدين وطبقات الفقهاء

388 - تمهيد :

تَصْنِيفُ الفقهاء إلى طبقات عُرِفَ تَعَارَفَهُ أصحاب التراجم ورجال المناقب في المذاهب الأربعة من الفقه الإسلامي وفي غير الفقه الإسلامي من العلوم ك(التفسير والحديث والتصوف وغيرها) ، وأرجح أن هذا الاصطلاح انتقل إلى الفقه وبقية العلوم من علم تراجم الرجال في أصول الحديث ، فقد احتاج المحدثون في سبيل الاستيثاق من الحديث إلى الكشف عن تراجم الرواة وأحوالهم وتصنيفهم إلى طبقات ليسهل الرجوع إلى هذه التراجم عند الحاجة ، ثم سرى ذلك إلى الفقه الإسلامي فصنّف أصحاب كل مذهب فقهاء مذهبهم إلى طبقات ، ومن هؤلاء رجال المذهب الحنفي الذين اعتنوا بذلك عناية فائقة تشهد لهم بالبراعة وسعة الأفق وطول الباع في معرفة الرجال .

أما صلة هذا المطلب بأصول الفقه فهو أنه من مباحث الاجتهاد ، فهو متمم له من حيث ما لم تُعرف قواعد تقسيم المجتهدين إلى مراتب وطبقات لا يتم تصوّر الاجتهاد أصولياً التصوّر التام ، وألحق بذلك مبحث مراتب الفقهاء من قبيل ما لم يتم الشيء إلا به فهو منه .

389 - مدخل : لمحة تاريخية عن تدوين طبقات الفقهاء :

لقي مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي ما هو قمين به في الإجلال والإكبار لدى الفقهاء والدارسين لأصول التشريع الإسلامي ، في القديم والحديث ، وحظي حظوة كبيرة في ظل الخلافة العباسية ببغداد

والخلافة العثمانية بالقسطنطينية ، فتصدّر رجاله حلقات العلم ، وتسلّموا منصب الفتوى ، وشغلوا كراسي القضاء .

ولعلّ هذا هو الذي صرفهم عن تدوين تراجم رجال المذهب ردحاً طويلاً من الزمان ، فقد سبقهم إلى هذا الشافعية ، فبدأوا مبكرين في النصف الأول من القرن الخامس للهجرة ، وكان أول من صنف منهم في ذلك الإمام أبو حفص عمر بن علي المطوّعي ، المتوفى نحو سنة ٤٤٠هـ صنف للإمام أبي الطيب سهل الصعلوكي كتاباً : سماه (المذهب في ذكر شيوخ المذهب) ثم تبعه الناس ، حتى جاء تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ ، فخرج على الناس بمعلّمته الكبرى في تراجم علماء مذهب الشافعي (طبقات الشافعية الكبرى) ^(١) .

أما علماء الحنفية ، فقد تأخر بهم القصد إلى القرن الثامن للهجرة ، وظلّت تراجمهم مضمّنة في كتب التاريخ العامة ، وتواريخ البلدان ، وطبقات الأدباء واللغويين والفقهاء ، ثم نشطوا لهذا الأمر ، فحفلت القرون : الثامن ، والتاسع ، والعاشر ، والحادي عشر ، والثالث عشر بمؤلّفات كثيرة ، ترجمت لعلماء المذهب ، وتضمنت أخبارهم ، واشتملت على مسائلهم .

ففي القرن الثامن : ألف نجم الدين إبراهيم بن علي بن أحمد الطرطوسي المتوفى سنة ٧٥٨هـ كتاب (وفيات الأعيان من مذهب النعمان) ^(٢) .

وجمع صلاح الدين عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن المهندس المتوفى سنة ٧٦٩هـ (تاريخاً كبيراً لفقهاء الحنفية) يذكر ابن حجر أنه تعب عليه ، فإنه طالع كتباً كثيرة ببلاد متفرقة ^(٣) .

ثم جاء أبو محمد محيي الدين عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي

(١) انظر مقدمة التحقيق لطبقات الشافعية الكبرى ج ١/ ٢٠ وما بعدها .

(٢) كشف الظنون ١٠٩٨/ ٢ ، ٢٠١٩ ، وانظر : الجواهر المضية ٨١/ ١ ، الدرر الكامنة ٤٤/ ١ ، ٤٥ ، الفوائد البهية ١٠ .

(٣) الدرر الكامنة ٣٨٧/ ٢ ، ٣٨٨ ، كشف الظنون ١٠٩٩/ ٢ .

المتوفى سنة ٧٧٥هـ ، فأخرج كتابه (الجواهر المضية في طبقات الحنفية)^(١) .
ويذكر حاجي خليفة أن القرشي أول من صنف في طبقات الحنفية ، يذكر
هذا مرتين ، مرة عند التعريف بطبقات الحنفية ، وأخرى عند ذكر الجواهر المضية ،
حيث يقول : وفيه لحن كثير وتصحيف لأنه أول تأليف ، والرجل معذور .
وكتاب الجواهر المضية أكبر ما وصل إلينا من كتب طبقات الحنفية ،
ولكنه صغير كما يقول التقي التيمي بالنسبة إلى كثرة رجال المذهب ، وسعة
القول فيهم^(٢) .

وقد طبع الكتاب بحيدر أباد الدكن بالهند سنة ١٣٣٢هـ في جزئين .
وفي القرن التاسع ألف صارم الدين إبراهيم بن محمد بن أيدير بن دقماق
القاهري المتوفى سنة ٨٠٩هـ كتاب (نظم الجُمان في طبقات أصحاب إمامنا
النعمان)^(٣) .

ويذكر التقي التيمي أنه لم يقف على هذا الكتاب^(٤) .
ويقول حاجي خليفة : وقفت على المجلد الأول والثاني منه بخطه ،
ويذكر أن في هامشه بخط بعض العلماء أن الشيخ مجد الدين^(٥) اختصر طبقات
الحافظ عبد القادر ، فهو مختصر لا مبتكر ، لكنه زاد عليه قليلاً ، وهذا الرجل
- يعني ابن دقماق - لم يزد على ذلك إلا قليلاً جداً .

وكتاب (ابن دقماق) كما يذكر حاجي خليفة في ثلاث مجلدات الأول :
في مناقب أبي حنيفة ، والثاني والثالث : في أصحابه^(٦) .

وجاء بعده مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي
الشافعي المتوفى سنة ٨١٧هـ ، فألف كتاب (المرقاة الوفيّة في طبقات

(١) الدرر الكامنة ٦/٣ ، الفوائد البهية ٩٩ ، كشف الظنون ١/٦١٦ ، ٦١٧ ، ١٠٩٧ ، معجم المطبوعات ٣٣ .

(٢) انظر مقدمة الطبقات السنية صفحة ٦ .

(٣) الضوء اللامع ١/١٤٥ ، الطبقات السنية ترجمة رقم ٧٣ ، كشف الظنون ٢/١٠٩٨ .

(٤) انظر ترجمة رقم ٧٣ ، من الجزء الأول من الطبقات السنية .

(٥) يعني محمد بن يعقوب الفيروزآبادي .

(٦) انظر ترجمة رقم ٧٣ ، من طبقات التيمي ، وكشف الظنون ٢/١٠٩٨ .

الحنفية^(١) وقد سبق ذكر ما وجد بهامش (نظم الجُمان) من أنه مختصر من (طبقات الحافظ عبد القادر القرشي) .

ولتقي الدين أحمد بن علي بن عبد القادر المقرئ المتوفى سنة ٨٤٥هـ (تذكرة) جمع منها قاسم بن قُطلوبغا مادة كتابه (تاج التراجم)^(٢) .

وصنف القاضي بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ كتاباً (في طبقات الحنفية)^(٣) .

كما صنف زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطلوبغا السودوني الجمالي المتوفى سنة ٨٧٩هـ كتاباً مختصراً ، سماه (تاج التراجم) أفاد فيه من تذكرة أستاذه المقرئ ، ومن الجواهر المضية ، واقتصر فيه على ذكر من له تصنيف منهم ، وعدد تراجمه ٣٣٠ ترجمة^(٤) .

طُبع هذا الكتاب أول مرة في ليبسيك سنة ١٨٦٢م وطُبع معه فهرست بأسماء الرجال ، وملحوظات باللغة الألمانية لغوستاف فلوجل .

وأُعيد طبعه مكتبة المثنى ببغداد سنة ١٩٦٢م .

ويذكر ابن الشحنة في هوامشه على الجواهر المضية أن الإمام مسعود بن شيبه عماد الدين السندي ، وابن سابق ، جمعا طبقات أصحاب أبي حنيفة^(٥) .

ولابن الشحنة هذا وهو أبو الفضل محمد بن محمد الثقفي الحلبي المعروف بابن الشحنة الصغير المتوفى سنة ٨٩٠هـ كتاب (طبقات الحنفية)

(١) تاج العروس (الكويت) ٩٣/١ ، البدر الطالع ٢/٢٨٠ ، الضوء اللامع ١٠/٧٩ ، كشف الظنون ١٠٩٨/٢ ، ١٦٥٧ .

(٢) تاج التراجم ٣ ، كشف الظنون ١/٢٦٩ .

(٣) الجواهر المضية ٢/١٦٥ ، الضوء اللامع ١٠/١٣١ - ١٣٥ ، كشف الظنون ٢/١٠٩٨ .

(٤) البدر الطالع ٢/٤٥ ، شذرات الذهب ٧/٣٢٦ ، الضوء اللامع ٦/١٨٤ - ١٩٠ ، الفوائد البهية ٩٩ ، كشف الظنون ١/٢٦٩ ، ٢/١٠٩٧ ، معجم المطبوعات ٢١٦ .

(٥) كشف الظنون ٢/١٠٩٩ .

في عدة مجلدات^(١) .

أما القرن العاشر : فقد زَخَر بعدد كبير من كتب تراجم الحنفية .
فقد أَلَف شمس الدين محمد بن علي بن أحمد بن طولون الصالحي الدمشقي
المتوفى سنة ٩٥٣ هـ كتاب (العُرْف العلية في تراجم متأخري الحنفية)^(٢) .
وَأَلَف شمس الدين بن أجا محمد بن محمد كتاباً (في طبقات الحنفية) في
ثلاث مجلدات^(٣) .

واختصر إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ هـ كتاب
صلاح الدين عبد الله بن محمد المهندس ، الذي سبقت الإشارة إليه^(٤) ، كما
اختصر (الجواهر المضية)^(٥) .

وَأَلَف محمد بن عمر حفيد آق شمس الدين المتوفى سنة ٩٥٩ هـ كتاباً (في
طبقات الحنفية)^(٦) .

وجمع المولى علي بن أمر الله الحنَّائي المتوفى سنة ٩٧٩ هـ (مختصراً على
إحدى وعشرين طبقة) كتب فيه المشاهير ، بدأ بالإمام الأعظم ، وَخَتَم بَابِن
كمال باشا^(٧) .

وَأَلَف محمود بن سليمان الرومي الكَفَوِي المتوفى سنة ٩٩٠ هـ كتاب
(كَتَائِب أَعْلَام الْأَخْيَار مِنْ فُقَهَاء مَذْهَب النُّعْمَانِ الْمُخْتَارِ) .

-
- (١) البدر الطالع ٢/٢٦٣ ، الضوء اللامع ٩/٢٩٥ ، كشف الظنون ٢/١٠٩٨ ، ١٠٩٩ .
(٢) شذرات الذهب ٨/٢٩٨ ، كشف الظنون ٢/١٠٩٨ ، ١٢٠٢ وسماه (إسحاق بن حسن الحارثي
الصالحي ، ابن طولون) ، الكواكب السائرة ٢/٥٢ .
(٣) كشف الظنون ٢/١٠٩٨ ،
(٤) انظر الصفحات السابقة .
(٥) كشف الظنون ١/٦١٧ ، ٢/١٠٩٩ .
(٦) كشف الظنون ٢/١٠٩٨ .
(٧) ريحانة الألباء ٢/٢٤٩ - ٢٦٩ ، العقد المنظوم ٢/٣٧٥ - ٣٨٨ ، كشف الظنون ٢/١٠٩٩ .

وهو كتاب كبير يقع في ٥٧٣ ورقة^(١) .

كما صَنَّف قطب الدين محمد بن علاء الدين أحمد بن محمد النَّهْرَوَانِي (النَّهْرَوَالِي) الهندي الحنفي ، المتوفى سنة ٩٩٠ هـ ، كتاباً (في طبقات الحنفية) في أربع مجلدات ، ثم احترق مع كتبه ، ثم كان في صدد تجديدها ، ولم يُمَهَّل^(٢) .

وجاء القرن الحادي عشر : فأَلَف تقي الدين التيمي كتاب (الطبقات السنية في تراجم الحنفية) .

ثم أَلَف نور الدين علي بن سلطان (محمد سلطان) الهروي القاري ، المتوفى سنة ١٠١٤ هـ كتاب (الأثمار الجنيَّة في أسماء الحنفية)^(٣) .

وفي القرن الثالث عشر : شُغِل أبو الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ بهذا الأمر ، ورأى أنه لو جمع رجال المذهب في كتاب فسيصير المجموع أكبر ، لا ينتفع به إلا الأندر ، ففَرَّقَهُم في أكثر من كتاب ، فصنع لرجال (الهداية) كتاب (مقدمة الهداية) وجعل له ذيلًا سماه (مذيِّلة الدَّراية) وأفرد لتراجم شُرَّاح (الجامع الصغير) وأرباب المتون المشهورة ، وأصحاب الكتب المعروفة ، رسالة سماها (النافع الكبير) وذكر مَنْ له أو لكتابه ذُكِرَ (في شرح الوقاية) كما ذكر شُرَّاح (الوقاية) ومُحَسَّنِي شرح (الوقاية) وشُرَّاح (النقاية) في مقدمة شرحه لشرح الوقاية المسمى بـ (السعاية في كشف ما في شرح الوقاية) .

ثم أَطَّلَعَ على كتاب الكفوي ، ولَخَّصَ منه تراجم الفقهاء ثم حَذَفَ الفوائد الفقهية ، وزاد بعد ذلك عليها ، وسمى عمله هذا (الفوائد البهية في تراجم

(١) الأعلام ٤٩/٨ ، الفوائد البهية ٣ .

(٢) البدر الطالع ٥٧/٢ ، نجاي الزوايا ١٨٧ ، ريحانة الألبا ٤٠٧/١ ، شذرات الذهب ٤٢٠/٨ ، كشف الظنون ١٠٩٨/٢ .

(٣) البدر الطالع ٤٤٥/١ ، خلاصة الأثر ١٨٥/٢ ، الفوائد البهية ٣ ، ٨ .

الحنفية) فرَغ منه سنة ١٢٩٢هـ^(١) .

هذا ؛ وصاحب هذا الكتاب ، لم يَطَّلِع على (الطبقات السنية) للتقي التيمي ، ولم يترجم له بين رجاله .

وقد طُبِع هذا الكتاب في مصر بمطبعة السعادة ، سنة ١٣٢٤هـ ، كما طُبِع بحاشيته (التعليقات السنية على الفوائد البهية) للمؤلف أيضاً^(٢) .

هذه لمحة تاريخية عن طبقات الفقهاء ومُؤَدونات الفن قدَّمْتُها مدخلاً بين يدي هذا البحث ليطلع القارئ على الصورة الكلية قبل دخوله في التفاصيل .

المطلب الأول :

390 - نظريات الطبقات عند الحنفية :

للطبقات عند الحنفية نظرية قديمة أسَّسها ابن الكمال الوزير^(٣) . وتبعه فيها مَنْ جاء بعده من مقلِّدة الفقهاء في المذهب وسادت هذه النظرية قروناً بين رجال المذهب حتى تبين فسادُها في الترتيب والتوزيع وانكشف عُوارها فانتقدها كثيرون من الحنفية ، وسأعرض لك أولاً نص نظرية ابن الكمال في رسالته التي سماها (طبقات الفقهاء) التي تبنَّاها مع أسفنا الشديد العلامة ابن عابدين^(٤) في رد المحتار وفي شرح عقود رسم المفتي دون تمحيص حقيقي ولا انتقاد جوهري ، وتبناها كذلك التيمي في طبقاته^(٥) ،

(١) الفوائد البهية ٣ ، ٤ ، ٢٤٨ ، معجم المطبوعات ١٥٩٥ .

(٢) انظر مقدمة الطبقات السنية للتيمي بتحقيق د . عبد الفتاح الحلوص ٧ وما بعدها .

(٣) هو أحمد بن سليمان الرومي المعروف بابن الكمال أحد الفضلاء المشاهير في الدولة العثمانية ولي مشيخة الإسلام وتوفي سنة ٩٤٠هـ .

(٤) علق ابن عابدين على نظرية ابن الكمال بعد إيراده لها مع شيء من التصرف بانتقادات شكلية غير جوهريّة سنورها إن شاء الله .

(٥) قال تقي الدين التيمي عن هذا التصنيف بعد إيراده له : (وهو تقسيم حسن جداً) اهـ حسن التقاضي ص ١٠٤ .

وذكرها^(١) اللكنوي في أول الفوائد البهية مع إشارة لطيفة منه إلى انتقاده لها وإحالة هذا الانتقاد إلى الفصل الأول من كتابه (النافع الكبير)^(٢) .

391 - الفرع الأول : نظرية ابن الكمال ومقلّديه في طبقات الفقهاء :

قال ابن الكمال الوزير في رسالته (طبقات الفقهاء)^(٣) بعد الحمدلة والصلوة : اعلم أن الفقهاء على سبع طبقات :

١ - الطبقة الأولى : طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول واستنباط أحكام الفروع من الأدلة الأربعة : (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) على حسب تلك القواعد من غير تقليد أحد في الفروع والأصول .

٢ - الطبقة الثانية : طبقة المجتهدين في المذهب كأبي يوسف ومحمد وسائر أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله - القادرين على استخراج الأحكام عن الأدلة المذكورة على حسب القواعد التي قررها أستاذهم أبو حنيفة رحمة الله عليه وعيّنهما ، فإنهم وإن خالفوه في بعض الأحكام الفرعية لكنهم يقلّدونه في قواعد الأصول ، وبه يمتازون عن المعارضين في المذهب ويفارقونهم كـ (الشافعي ونظرائه) المخالفين لأبي حنيفة رحمة الله عليه في الأحكام غير المقلّدين له في الأصول .

٣ - الطبقة الثالثة : طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب كالخفاف ، وأبي جعفر الطحاوي ، وأبي الحسن الكرخي ، وشمس الأئمة الحلواني ، وشمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام

(١) ر : الفوائد البهية في طبقات الحنفية ص ٧ .

(٢) انظر رسالتي لنيل درجة الدكتوراه (ابن عابدين وأثره في الفقه ، دراسة مقارنة بالقانون) ج ١ .

(٣) رسالة مخطوطة في معهد الدراسات الإسلامية العليا ببغداد .

البزدوي ، وفخر الدين قاضيخان ، وغيرهم ، فإنهم لا يقدرّون على المخالفة للشيخ لا في الفروع ولا في الأصول ، لكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها عنه على حسب أصولٍ قرّرها ومقتضى قواعد بسطها .

٤ - الطبقة الرابعة : طبقة أصحاب التخرّيج من المقلّدين كالرازي وأصحابه ، فإنهم لا يقدرّون على الاجتهاد أصلاً ، لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرّون على تفصيل مجملٍ ذي وجهين وحكمٍ مبهمٍ محتملٍ لأمرين منقولٍ عن صاحب المذهب أو واحدٍ من أصحابه المجتهدين برأيهم ونظرهم في الأصول والمقايسة على أمثاله ونظائره من الفروع ، وما وقع في بعض المواضع من الهداية من قوله : (كذا في تخرّيج الكرخي) وتخرّيج الرازي من هذا القبيل .

٥ - الطبقة الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلّدين كأبي الحسن القدوري وصاحب الهداية وأمثالهما ، وشأنهم في تفضيل بعض الروايات على بعض آخر بقولهم : (هذا أولى ، وهذا أصحّ درايةً ، وهذا أصحّ روايةً ، وهذا أوفق للقياس ، وهذا أرفق للناس) .

٦ - الطبقة السادسة : طبقة المقلّدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف وظاهر المذهب وظاهر الرواية والروايات النادرة كـ(أصحاب المتون المعبّرة) من المتأخرين كـ(صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع) وشأنهم أن لا ينقلوا في كتبهم الأقوال المردودة والروايات الضعيفة .

٧ - الطبقة السابعة : طبقة المقلّدين الذين لا يقدرّون على ماذكر ولا يفرّقون بين العجاف والسمين ، والشمال من اليمين ، بل يجمعون ما يجدون وهم كحاطب ليل ، فالويل لهم ولمن قلّدهم كل الويل^(١) اهـ .

(١) انتهت رسالة ابن الكمال حيث قُتا بعد العبرة المتقدمة : (والحمد لله أولاً وآخراً) والرازي هو أبو بكر =

392 - الفرع الثاني : مقلدو ابن الكمال في نظريته في طبقات الفقهاء وموافقوه :

أ - ابن عابدين :

ذكر ابن عابدين طبقات الفقهاء حسب الترتيب السابق نقلاً عن ابن الكمال مع تصرف يسير في كتابيه : رد المحتار ج ١/ ٥٢ وما بعدها وفي عقود رسم المفتي ج ١/ ١١ وقال في مقدمة كلامه عن الطبقات : (وقد أوضحها المحقق ابن كمال باشا في بعض رسائله فقال : لا بد للمفتي أن يعلم حال من يُفتي بقوله ، ولا يكفيه معرفته باسمه ونسبه بل لا بد من معرفته في الرواية ودرجته في الدراية وطبقته من طبقات الفقهاء ليكون على بصيرة في التمييز بين القائلين المتخالفين وقدرة كافية في الترجيح بين القولين المتعارضين)^(١) .

وتبع كذلك ابن عابدين ابن الكمال في تصنيفه الأصحاب الثلاثة في مرتبة الاجتهاد في المذهب في مكان آخر من عقود رسم المفتي فقال : (والحاصل أن ما خالف فيه الأصحاب إمامهم الأعظم لا يخرج عن مذهبه إذا رجّحه المشايخ المعبرون)^(٢) .

ب - ابن القيم :

وممن سار في هذا الركب ابن قيم الجوزية في (إعلام الموقعين) وخلاصة ما قال : (ورتبة هؤلاء دون رتبة الأئمة في الاستقلال بالاجتهاد)^(٣) .

= الرازي الجصاص الحنفي صاحب أحكام القرآن ، وصاحب الكنز هو حافظ الدين النسفي ، وصاحب المختار هو ابن مودود الموصلي ، وصاحب الوقاية هو تاج الشريعة المحبوبي ، وصاحب المجموع هو ابن الساعاتي .

(١) رد المحتار ج ١/ ٥٢ وعقود رسم المفتي ١ : ١١ .

(٢) عقود رسم المفتي ١ : ٢٥ .

(٣) إعلام الموقعين ج ٤/ ٢١٢ وما بعدها .

ج - الحافظ العمادي :

وممن انتهج هذا النهج وسار في الدرب نفسه حافظ الدين محمد بن محمد بن عبد الستار العمادي في المناقب قال : (وخلافهما في بعض المسائل خلاف صورةً ووافق معنى) ^(١) .

د - علاء الدين الحصفكي في الدر ومحشُو الدر :

وكذلك تبع ابن الكمال علاء الدين الحصفكي عمدة المتأخرين من فقهاء الحنفية في الدر المختار وشرحه ، وتبعه مَنْ علمناه من محشي الدر بما فيهم الطحطاوي وابن عابدين والرحمتي والحلي والفتال وأضرابهم ، ولم نقف من محشي الدر على موقف ناقد لأصل نظرية ابن كمال اللهم إلا نقداً طفيفاً قام به بعض المحشّين لظاهر بعض عبارات ذلك التقسيم .

393 - الفرع الثالث : الردود العلمية على نظرية ابن الكمال في الطبقات :

لم تحظْ نظرية في طبقات الفقهاء عند الحنفية ما حظيت به نظرية ابن الكمال من الشهرة ، ولم تُهاجم ما هوجمت ، ذلك لما كان لابن الكمال من المنزلة في عصره ، فلقد كان شيخ الإسلام ووزيراً للباب العالي للشؤون الإسلامية ، حتى لُقّب بابن الكمال الوزير ، ولم يكن بذاك ، فلقد كانت بضاعته في الفقه مزجاة ولم تكن منزلته في الفقه كمنزلته في السياسة ، ومع ذلك فقد اغترّ بمنزلته السياسية كثيرون ممن جاء بعده من الفقهاء وقبلوا نظريته على أنها مسلّمة ، والقليلون من الفقهاء هم الذين انتبهوا إلى أخطائها وما فيها من الأغاليط ، ولم يصل إلينا قبل هرون بن بهاء الدين الحنفي منتقد لهذه النظرية ، فهو أول من علمنا موقفه الناقد هذا ، ونقل اللكنوي في النافع الكبير مقولة المرجاني ، ونقل الرافعي في تقريراته عن اللكنوي ، ونقل الكوثري

(١) المناقب ورقة ٢٢ ر : أبو يوسف حياته وآثاره وآراؤه الفقهية لمحمود مطلوب ص ١٣٢ .

أيضاً عن المرجاني مباشرة ثم تبعهما بقية الفقهاء الناقدين من المعاصرين .
وسأستعرض فيما يلي مواقف أكبر الناقدين للنظرية الذين وقفنا على نقدهم
لها مبيناً مأخذ كل واحد من الآخر فيما يبدو لي في أغلب الظن .

394 - آ - رد الشهاب المرجاني^(١) في كتابه (ناظورة الحق) :

قال الشهاب المرجاني في كتابه القيم (ناظورة الحق)^(٢) :

(وقد جعل أحمد بن سليمان الرومي المعروف بابن الكمال أحد الفضلاء
المشاهير في الدولة العثمانية فقهاء الأصحاب على ست طبقات . . . إلخ) ،
ثم قال بعد إيرادهِ للطبقات الست كما أوردها ابن الكمال : (هذا ما ذكره ،
وقد أورده التميمي في طبقاته بحروفه ثم قال : وهو تقسيم حسن جداً)
وأقول : بل هو بعيد عن الصحة بمراحل فضلاً عن حسنه جداً ، فإنه تحكمات
باردة وخيالات فارغة ، وكلمات لا روح لها ، وألفاظ غير محصلة المعنى ،
ولا سلف له في ذلك المدعى ، ولا سبيل له في تلك الدعوى ، وإن تابعه من
جاء من عقبه من غير دليل يتمسك به وحجة تلجئه إليه ، ومهما تسامحنا معهم
في عَدِّ الفقهاء والمتفقهة على هذه المراتب السبع ، وهو غير مسلّم لهم فلا
يَتَخَلَّصُونَ من فحش الغلط والوقوع في الخطأ المفرط في تعيين رجال الطبقات
وترتيبهم على هذه الدرجات .

(١) الشهاب المرجاني هو العلامة النظار المحقق الشيخ شهاب الدين بن بهاء الدين المرجاني المتوفى سنة ١٣٠٦ هـ وكتابه القيم هذا هو (ناظورة الحق في فرضية العشاء وإن لم يغب الشفق) مطبوع في قرآن (البلغار القديم شمالي وولجا) سنة ١٢٨٧ هـ ، نقل عنه العلامة الشيخ زاهد الكوثري هذا الرد في كتابه / حسن التقاضي في سيرة أبي يوسف القاضي / من ص ١٠٢ إلى ١١٥ .

(٢) نقل هذه المقولة بنوع اختصار كل من الشيخ محمد عبد الحي اللكنوي علامة المشرق صاحب الفوائد البهية في رسالته (النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير) فقد اشتملت على هذا الرد الموجه إلى ابن الكمال في نظريته استقاه من الشهاب المرجاني المذكور ولخصه كذلك الشيخ الرافعي الحنفي في تقريراته المسماة بالتحريير المختار لرد المختار ١ ص ١٠ وما بعدها ، والجامع الصغير هنا هو من كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنهم .

ثم قال رحمه الله :

نقد معيار ابن الكمال :

وليت شعري بأي قياس قاسهم وَوَجَدَ هذا التفاوت بينهم ؟ وهو قليل الممارسة في الباب ، كليل المؤانسة بما ذكره في الكتاب ، ولا يعرف كثيراً منهم ، وربما يجعل الواحد اثنين ويعكس الأمر ، ويقدم على ما هو عليه ويؤخر ، وينسب كثيراً من الكتب إلى غير أصحابها ، فكيف يعرف طبقاتهم ويميز في الفقه درجاتهم ، والحال أن العلم بهذه الكلية كـ (الْمُتَعَذِّر) بالنسبة إلى أَجَلَةِ الفقهاء وأئمة العلماء ، فإنهم كـ (الحَلَقَةُ الْمُفْرَغَةُ) لا يُدْرَى أين طرفاها على ما يشير إليه قوله تعالى : ﴿ وَمَا تُرِيهِمْ مِّنْ آيَةٍ إِلَّا هِيَ أَكْبَرُ مِنْ أُخْتَيْهَا ﴾ [الزخرف : ٤٨] يريد والله أعلم أن كل آية إذا جَرَّدَ النظر إليها قال الناظر : هي أكبر من الآيات وإلا فلا يتصوّر أن يكون كل آية أكبر من الأخرى من كل جهة للتناقض .

من أين أتى ابنُ الكمال :

ولكن لما كان الغالب على فقهاء العراق السذاجة في الألقاب ، وعدم التلون في العُنوانات والجِدُّ في الجَرِّي على منهاج السلف في التجافي عن الألقاب الهائلة والأوصاف الحافلة ، والتحاشي عن الترفع وتنويه النفس وإعجاب الحال تديناً وتصلباً ، وتورعاً وتادباً ، كما كان الغالب عليهم الخمول والاجتناب عن ولاية القضاء والأعمال السلطانية ، لأن مَنَازِعَ الأتباع ما كانت مفارقة عنهم ، ولا شعارهم متحوّلاً إلى شعار غيرهم ، فكانوا يذهبون مذهبهم في الاكتفاء بالتميز عن غيرهم بأسماء ساذجة يَتَبَدَّلُهَا العامة ويمتنعونها السوق من الانتساب إلى الصناعة أو القبيلة أو القرية أو المحلة أو نحو ذلك : كـ (الْخَصَّاف وَالْجَصَّاص وَالْقُدُورِي وَالثَّلْجِي وَالطَّحَاوِي وَالكَرْخِي وَالصِّمِيرِي) فجاء المتأخرون منهم على منهاجهم في الاكتفاء بها وعدم الزيادة عليها في الحكاية عنهم ، وأما الغالب على أهل خراسان ولا سيما ما وراء النهر في القرون الوسطى والمتأخرة فهو المغالاة في الترفع على غيرهم

وإعجاب حالهم والذهاب بأنفسهم عُجْباً وكبرياء ، والتصنع بالتواضع سمعة ورياء ، يستصغرون الأحاديث عمن سواهم ولا يستكرمون في معمورة الأرض مثوى غير مثواهم ، قد تصوّر كل منهم في خَلْدِه أن الوجود كله يصغر بالإضافة إلى بلده ، فلا جَرَمَ جرى عِرْقُ منهم في علمائهم فلقّبوا بالألقاب النبيلة ، ووُسِّمُوا بالأوصاف الجليلة مثل : (شمس الأئمة ، وفخر الإسلام ، وصدر الشريعة) واستمرت الحال في أخلاقهم على ذلك المنوال من الإتراف والعلو في تنويه أسلافهم والغض من غيرهم ، فإذا ذكروا واحداً من أنفسهم بالغوا في وصفه وقالوا : (الشيخ الإمام الأجلّ الزاهد الفقيه ونحو ذلك) وإذا نقلوا كلاماً عن غيرهم فلا يزيدون على مثل قولهم : (قال الكرخي والجصاص) وربما يقتندي بهم مَنْ عداهم ممن يتلقى عنهم الكلام ، فيظن الجاهل بأحوال الرجال ومراتبهم في الكمال وطبقات العلماء ودرجات الفقهاء ظنّ السوء ، فيأخذ بالاستدلال بنباهة الأوصاف على نباهة الموصوف ، فيحمله ذلك على الإنكار لمن عداهم واستخفاف رجال الله سواهم ، وقد كان ابن الكمال على ولاية عمل الافتاء من جهة الدولة فَأَحْوَجَهُ ذلك إلى مراجعة كتب الفتاوى والإكثار من مطالعة ما فيها في تحصيل أَرْبِه والتخلص عن كَرْبِه ، ووقع في نظره فيما سار به أهل ما وراء النهر من رفع أنفسهم والوضع من غيرهم ، فنزع إليهم ، وصار ذلك طبيعة له وسبباً لاندفاعه إلى هذه التحكمات الباردة ، والتعسفات الشاردة ، فكان ما فعله حَدّاً لمن بعده من المقلّدة ، فلا يجاوزن ما ذكره ، ولا يتعدّون طوره في تنزيل العالي عن درجته ، ورفع غيره فوق رتبته ، فلو نُقل إليهم شيء عن كبار العلماء ربما يقولون : إنه ليس من المجتهدين ، لأنه ليس بمذكور في طبقاتهم .

خاتمة :

وغير مستور عن أهل الشأن أن ما أورده الرجل منهم في كتابة كـ(نَعْبِيّة من دأماء ، وتربة في بَهْماء) ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : « أَمَرْنَا

رسول الله ﷺ أن نُنزل الناس منازلهم»^(١) صححه الحاكم وغيره ، وكلهم أئمة الدين ودعاة الحق في الأرض ، ولكن الله فَضَّل بعضهم على بعض .
وهذه فوائد وفصول وقواعد وأصول لأرباب البصيرة والتحصيل ، والله الهادي إلى سواء السبيل ، وهو حسبي ونعم الوكيل^(٢) . اهـ .

395 - ب - رأي مَنْ قبل ابن الكمال من أئمة الفقه في الأصحاب الثلاثة :

ذهب السرخسي من الحنفية وابن حزم من الظاهرية وإمام الحرمين من الشافعية إلى أن الأصحاب الثلاثة مجتهدون مطلقون لا مقيدون بالمذهب كما ذهب ابن الكمال وَمَنْ تَبِعَهُ ، قال ابن حَزَمَ : (وأصحاب أبي حنيفة كـ(أبي يوسف القاضي وزفر بن الهذيل وحماد بن أبي حنيفة والحسن بن زياد اللؤلؤي ومحمد بن الحسن . . .) وإن من ذكرْتُ من أصحاب أبي حنيفة دون سائرهم لأنهم لم يستهلكوا في التقليد بل خالفوه باختيارهم في كثير من الفقه فدخلوا من أجل ذلك في جملة الفقهاء)^(٣) .

وقال السرخسي : (غير أن تمام الفقه لا يكون إلا باجتماع ثلاثة أشياء : العلم بالمشروعات والإتقان في معرفة ذلك بالوقوف على النصوص بمعانيها وضبط الأصول بفروعها ثم العمل بذلك وهو صفة المتقدمين من أئمتنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم)^(٤) وقال إمام الحرمين فيما ذكره النووي عنه : (لا كأبي يوسف ومحمد فإنهما يخالفان أصول صاحبهما)^(٥) .

(١) « أمرنا رسول الله ﷺ أن ننزل الناس منازلهم » .

رواه الإمام مسلم في مقدمة صحيحه . ولفظ أبو داود : « أنزلوا الناس منازلهم » .

(٢) انظر رسالة (ناظورة الحق في فرضية العشاء وإن لم يغب الشفق) للشهاب هرون المرجاني ط قرآن ١٩١٦ م ، وحسن التقاضي في سيرة أبي يوسف القاضي ص ١٠٢ وما بعدها .

(٣) الإحكام في أصول الأحكام ج ٥ / ١٠٠ - ١٠١ وأبو يوسف لمحمود مطلوب : ١٣٣ .

(٤) أصول السرخسي ج ١ : ١٠ .

(٥) حسن التقاضي : ٣٣ .

396 - ج - رأي مَنْ بعد ابن الكمال من الفقهاء في الأصحاب الثلاثة :

ذهب المرجاني كما رأيت والكوثري والخفيف وأبو زهرة إلى القول :
(بأن الأصحاب مجتهدون مطلقون) ودونك نصوصاً منقولةً من كتبهم وتوضح
ذلك :

- الكوثري في حسن التقاضي : (وإنزال أبي يوسف وأمثاله إلى درجة
المجتهد في المذهب كما فعل ابن الهمام حط ل منزلهم وبخس لحقهم وإخسار
في الميزان عند من يعرف مقادير الرجال)^(١) .

- الخفيف في أسباب اختلاف الفقهاء : (وإنما نُسب المذهب إلى
أبي حنيفة لأنه عميدهم وأستاذهم وإن كانوا جميعاً من أهل الاجتهاد المطلق
يستوون فيه)^(٢) .

- أبو زهرة في أصول الفقه في معرض الحديث عن محمد بن الحسن :
(إنَّ الإنصاف والمنطق يوجبان أن نقول : إنه لا محالة كان هو وشيخه أبو
يوسف وزفر مجتهدين مطلقين لا يقلدون لا في الفروع ولا في الأصول)^(٣) .

- المستشرق Schacht (شخت) اعتبر أبا يوسف صاحب مذهب خاص
به^(٤) .

ردود الكوثري وأبو زهرة على ابن الكمال في القسمة والتوزيع في نظرية طبقات الفقهاء :

١ - الكوثري يقول في حسن التقاضي : (ومع ذلك هو أقرب إلى

(١) حسن التقاضي : ٣٠ .

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء : ٢٦٩ .

(٣) أصول الفقه للمرحوم أبي زهرة : ٣٧٦ وما بعدها .

(٤) ر : أبو يوسف لمحمود مطلوب : ١٣٥ .

الصواب مما عمله ابن الكمال الوزير في سرد درجات للفقه وتوزيع الفقهاء عليها ، سواء أكان له سلف في ذلك أم لم يكن ، ولم يُصَبِّ في أحد من الأمرين لا في ترتيب الطبقات ولا في توزيع الفقهاء عليها ، وإن بقي استحساناً من المقلدة بعده ، وكان في نفس الشيخ عبد الحي اللكنوي وَقْفَةٌ في صنيع ابن الكمال ، وقد شفى ما في نفسه عمل الناقد العصامي الشهاب المرجاني في كتابه (ناظورة الحق) من تَعَقُّبٍ يهدم الأمرين : الترتيب والتوزيع معاً ، فعاد الأمر إلى نصابه بتحقيقه فجراه الله عن العلم خيراً) ثم قال : (وأنقل هنا في الهامش رسالة ابن الكمال في طبقات الفقهاء بنصها للاطلاع على الترتيب والتوزيع المردودين كما سأنقل في آخر كتابي هذا نص تعقب المرجاني على طوله للحاجة الماسة إلى الإيقاظ لكثرة المغترين بكلام ابن الكمال)^(١) .

ودونك ما قال الكوثري أيضاً في هامش تعقب المرجاني الذي نقله الكوثري في آخر كتابه حُسن التقاضي عن كتاب المرجاني (ناظورة الحق) فالكوثري يقول : (ولقد أحسن المرجاني في الدفاع عن أبي بكر الرازي وهو ممن له قدم راسخة في الاجتهاد حقاً ويد بيضاء في معرفة الحديث ورجاله صدقاً)^(٢) ثم قال : (وعدّ الأستاذ المرجاني المتون المعتبرة في المذهب هي أمثال مختصر الطحاوي ومختصر الكرخي ومختصر الحاكم الشهيد ومختصر القدوري ، فخالف ابن الكمال أيضاً فيما قاله عن متون في الفقه للمتأخرين وتوسّع في بيان درجات الكتب في المذهب فأجاد وأفاد)^(٣) .

٢ - أبو زهرة في (أبو حنيفة) يقول رحمه الله : (وإنّا نرى أنّ التفرقة بين هذه الطبقة - الخامسة - وسابقتها - الرابعة - ليست واضحة ، وأنه لكي تكون الأقسام متميزة غير متداخلة يجب حذف طبقة من هذه الطبقات الثلاث وهي الثالثة والرابعة والخامسة واعتبارهما طبقتين اثنتين : إحداهما طبقة

(١) ر : حسن التقاضي : ٢٩ و ٣٠ والإشارة في هو إلى ما نقله عن ابن حجر المكي واللكنوي في النافع الكبير والدهلوي في الإنصاف .

(٢) ر : حسن التقاضي : ١١١ .

(٣) ر : حسن التقاضي : ١١٥ .

المُخَرَّجِينَ ، والثانية طبقة المرَّجَحِينَ ، ولقد أشرنا من قبل إلى أن الطبقة الثانية التي يعتبرونها أصحاب أبي حنيفة وينزلون بهم عن مرتبة المجتهدين المستقلين إلى مرتبة التابعين لشيخهم لا وجود لها^(١) ، وقال في شأن الطبقة السابعة التي عدّها ابن عابدين وقال عنها إنها طبقة المقلّدين الذين لا يقدرّون على تخريج ولا ترجيح ولا اختيار : (ولست أدري إذا كان هؤلاء على ذلك الوصف كيف يُعَدُّون من الفقهاء ؟ إنهم نَقَلَةٌ إن أردنا أن نرفُق بهم في الاسم)^(٢) .

397 - الفرع الرابع : نظريات في طبقات الفقهاء :

١ - نظرية الكوثري : قال في حسن التقاضي : (ومن المعروف تقسيم المجتهدين إلى مجتهد مطلق مستقل غير منتسب ، ومجتهد مطلق منتسب ، ومجتهد مقيّد بمذهب يجتهد فيه على أصول إمامه كما ذكره ابن حجر المكي في (شن الغارة) ونقله عبد الحي اللكنوي في (النافع الكبير) وجرى عليه أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي في (الإنصاف في أسباب الخلاف) وإن لم يوفيا البحث حقه من التمهيص) وقال بعد قليل : (والحق أن الاجتهاد له طرفان أعلى وأدنى ، وفيما بين الطرفين درجات متفاوتة جدّاً متفاوت ومنازل متخالفة جدّاً المتخالف)^(٣) .

398 - ٢ - نظرية أبو زهرة في طبقات الفقهاء :

يقول رحمه الله في كتابه (أبو حنيفة) في معرض حديثه عن المجتهدين والمُخَرَّجِينَ في المذهب :

(وعلى ذلك تكون الطبقات التي عدّوها خمساً - أي للمجتهدين - هي ثلاث فقط .

(١) أبو حنيفة للمرحوم أبو زهرة : ٤٤٤ .

(٢) المصدر السابق : ٤٤٥ .

(٣) حسن التقاضي : ٢٩ وما بعدها ، وانظر مثل هذا الرد في رسالة (إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأئمة) للمرحوم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية بعصره ص ٣٦٥ وما بعدها .

١ - الأولى طبقة أبي حنيفة وأصحابه .

٢ - الثانية طبقة المُخَرَّجِينَ .

٣ - والثالثة طبقة المُرَجِّحِينَ) .

ثم قال بعد صفحة : (ويظهر أن ترتيبهم الوجودي يتفق مع الترتيب الذي ذكرناه ، فالطبقة الأولى وهم المجتهدون المطلِّقون ثم الذين يلونهم وهم المخرَّجون ثم الذين يلونهم وهم المرَّجَّحون ، ثم جاء من بعدهم من لهم قدرة على معرفة ما رَجَّحه سابقوهم وليس لهم الحق في أن يرجِّحوا هم ما لم يُؤثِّر ترجيحه عن سبقهم لأن الطبقات الثلاث الأولى هم من المجتهدين سواء أكان اجتهداهم مطلقاً أم اجتهداهم في المذهب ^(١) .

399 - ٣ - نظرية الدهلوي في الطبقات :

أما أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي فلقد صنف طبقات الفقهاء حسب نظريته التي سجلها في رسالته القيِّمة (عَقْدُ الْجِدِّ فِي أَحْكَامِ الاجْتِهَادِ وَالتَّقْلِيدِ) إلى ؛ مجتهد مطلق ، ومجتهد في مذهب ، ومجتهد الفتيا ، ومقلِّد .

ودونك خلاصة كلامه : (الناس في الأخذ بهذه المذاهب على أربعة منازل :

أولاً : المجتهد المطلق على قسمين : آ - مستقل ومنتسب .

أ - فالمُسْتَقِل : يمتاز عن غيره بثلاث خصال :

١ - إحداها : التصرف في الأصول التي عليها بناء مجتهداته .

٢ - وثانيها : تَتَبُّعُ الآيَاتِ وَالْأَحَادِيثِ وَالْآثَارِ لمعرفة الأحكام التي سُبِقَ بالجواب فيها ، واختيار بعض الأدلة المتعارضة على بعض ، وبيان الراجح من محتملاته ، والتنبيه لِمَاخِذِ الأحكام من تلك الأدلة .

(١) ر : أبو حنيفة : ٤٤٤ و ٤٤٥ بتصرف يسر .

٣ - والثالثة : الكلام في المسائل التي لم يُسَبَقَ بالجواب فيها أخذاً من تلك الأدلة .

ب - والمنتسب : مَنْ سَلَّمَ أصول شيخه واستعان بكلامه كثيراً في تَبَّع الأدلة والتنبية للمأخذ ، وهو مع ذلك مستيقن بالأحكام من قِبَل أدلتها ، قادر على استنباط المسائل منها قلّ ذلك منه أو كَثُرَ ، وإنما تُشترط الأمور المذكورة في المجتهد المطلق .

ثانياً : وأما الذي هو دونه في المرتبة فهو مجتهد في المذهب .

وهو مقلّد لإمامه فيما ظهر فيه نصه ، لكنه يعرف قواعد إمامه وما بنى عليه مذهبه ، فإذا وقعت حادثة لم يَعْرِف لإمامه نصّاً فيها اجتهد على مذهبه ، وَخَرَجَها من أقواله وعلى منواله .

ثالثاً : ودونه في المرتبة مجتهد الفتيا ، وهو الْمُتَبَحَّر في مذهب إمامه الْمُتَمَكِّن من ترجيح قول على آخر ووجه من وجوه الأصحاب على آخر^(١) .

رابعاً : المقلّد الصّرف الذي يَسْتَفْتِي علماء المذهب ويعمل على فتواهم .

المطلب الثاني :

400 - مراتب المجتهدين عند الحنفية من الأصوليين :

مراتب المجتهدين عندهم ثلاثة :

١ - مجتهد مطلق : وهو المتصدّي للحكم والفتوى في جميع مسائل الفقه كالإمام أبي حنيفة وسائر الأئمة رحمهم الله ورضي عنهم ، ويشترط فيه فوق ما تقدّم من شروط الاجتهاد المطلق كونه بالغاً عاقلاً صاحب ملكة يقتدر بها

(١) ر : عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد لشاه ولي الله أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي المتوفى سنة ١١٧٦ هـ ص ٥ و ١٧ وما بعدها وقد أطال الدهلوي رحمه الله في تفصيل شروط هؤلاء وما يتعلق بذلك فليراجع هناك فهي رسالة قيمة جداً .

على استنباط كل حكم شرعي فرعي عن دليله ، والملكة هي : (الهيئة الراسخة في النفس التي يُدرك بها ما شاء أن يعلم) .

٢ - مجتهد مذهب : وهو المتمكن من تخريج الأحكام التي يُبديها على نصوص إمامه ومعنى ذلك (قياس ما سكت عنه إمامه على ما نص عليه لوجود معنى ما نص عليه فيما سكت عنه ، سواء نص إمامه على ذلك المعنى أو استنبطه من كلامه ؛ أو استخراج حكم المسكوت عنه من دخوله تحت عموم ذكره أو قاعدة قررها) .

وذلك كـ (الإمام أبي يوسف والإمام محمد بالنسبة للإمام أبي حنيفة رحمهم الله) هذا ؛ ومجتهد المذهب أقل رتبة من المجتهد المطلق ^(١) .

٣ - مجتهد الفتيا : وهو المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول على قول آخر أطلقهما صاحب المذهب ^(٢) .

المطلب الثالث :

401 - مراتب المجتهدين عند الجمهور (المتكلمين) :

يُفهم من كلام الإمام السيوطي والإمام ابن الصلاح والإمام النووي وغيرهم أن مراتب المجتهدين خمسة ؛ قال السيوطي بعد كلام طويل : (...) ولا عرفوا الفرق بين المجتهد المطلق والمجتهد المستقل ، ولا بين المجتهد المقيّد والمجتهد المنتسب ، وبين كل ما ذكر فرقا ^(٣) فهي في جملتها ؛ إما مجتهد مستقل أو غير مستقل .

(١) فإن أورد أن بعض الأصحاب قد يستنبط الحكم من نصوص الشارع كما يعلم ذلك من تتبع كلامهم أجيب : بأنهم يتقيدون في استنباطهم منها بالجري على طريق إمامهم في الاستدلال ومراعاة قواعده وشروطه فيها .

(٢) راجع تسهيل الوصول ص ٣٢٤ وما بعدها .

(٣) ر : الرد على من أخلد إلى الأرض ص ٣٨ .

والمجتهد غير المستقل أربعة أقسام :

١ - مطلق .

٢ - ومقيّد .

٣ - ومجتهد الترجيح .

٤ - ومجتهد الفتيا .

فتكون مراتب المجتهدين لديهم هي :

١ - المجتهد المستقل :

وهو الذي استقل بقواعده لنفسه ؛ يبني عليها الفقه خارجاً عن قواعد المذهب المقررة ؛ قال الإمام السيوطي رحمه الله : (وهذا شيء فُقد من دهر ، بل لو أراد الإنسان اليوم لامتنع عليه)^(١) .

٢ - المجتهد المطلق غير المستقل :

وهو الذي وُجدت فيه شروط الاجتهاد اتصف بها المجتهد المستقل ، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد ، بل سلك طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد ، فهو مطلق منتسب ، لا مستقل ولا مقيّد ، حيث لم يقلد إمامه ، بل سلك طريقة في الاجتهاد كـ (أبي يوسف ومحمد وزفر من الحنفية رحمهم الله ورضي عنهم) .

٣ - المجتهد المقيّد أو (مجتهد التخريج) :

وهو أن يكون مقيّداً في مذهب إمامه ، مستقلاً بتقرير أصوله بالدليل ، لكنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده ، كالحسن بن زياد في الحنفية وابن القاسم وأشهب في المالكية ، والبويطي والمزني في الشافعية ، ونحوهم من أصحاب الوجوه المقولة في المذهب تخريجاً على منصوص الإمام .

٤ - مجتهد التخريج :

وهو أن لا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه ، لكنه فقيه النفس ، حافظ لمذهب

(١) المصدر السابق .

إمامه ، عارف بأدلته ، قائم بتقريرها ، يصوّر ويحرّر ويقرّر ويمهّد ويزيّف ويُرجّح ، لكنه قصّر عن المجتهدين لقصوره عنهم في حفظ المذهب ، أو الارتياض في الاستنباط ، أو معرفة الأصول ونحوها من أدواتهم^(١) ، مثل القدوري وصاحب الهداية من الحنفية .

٥ - مجتهد الفتيا :

وهو الذي يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه في الواضحات والمشكلات ، ولكن لديه ضعف في تقرير أدلته وتحرير أقيسته ، فيُعتمد نقله وفتواه به فيما يحكيه في مسطورات مذهبه من نصوص إمامه وتفرّيع المجتهدين في مذهبه^(٢) .

وانتقد بعض المعاصرين^(٣) إطلاق اسم المجتهد على الأصناف الثلاثة الأخيرة وهي (المجتهد في المذهب) لأنه ينتهي إلى رأي إمامه لا إلى الحكم الشرعي من الشرع مباشرة ، وعلى هذا فإطلاق المجتهد عليه تسامح ، قلت : ولا أرى مانعاً من هذا الإطلاق لأنه صار حقيقة عرفية .

وعلى هذا تكون طبقات الفقهاء عند الجمهور ستاً هي :

١ - المجتهد المطلق المستقل : وهو الذي استقل بوضع قواعد لنفسه ، يبنى عليها الفقه كأئمة المذاهب الأربعة ؛ وهم المجتهدون في الشرع .

٢ - المجتهد المطلق غير المستقل : وهو الذي وُجدت فيه شروط الاجتهاد التي اتّصف بها المجتهد المستقل لكنه لم يبتكر قواعد لنفسه ، بل سلك طريق إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد ، فهو مطلق منتسب لا مستقل ، مثل تلامذة الأئمة السابق ذكرهم ، كأبي يوسف ومحمد وزفر من الحنفية ، وابن القاسم وأشهب وأسد بن الفرات من المالكية ، والبويطي

(١) ر : المجموع للإمام النووي .

(٢) المصدر السابق .

(٣) ر : الأصول العامة للفقه المقارن ص ٥٩٢ وما بعدها .

والمُزني من الشافعية ، وأبي بكر الأثرم وأبي بكر المروزي من الحنابلة ، وهو طبقة المجتهدين في المذهب ، فهم القادرون على استخراج الأحكام من الأدلة على مقتضى القواعد التي قرّرها أستاذهم في الأحكام ، وإن خالفوه في بعض أحكام الفروع لكن يقلّدونه في قواعد الأصول .

٣ - المجتهد المقيّد : أو مجتهد المسائل التي لا نص فيها عن صاحب مذهب أو مجتهد التخريج كـ(الخَصّاف والطحاوي والكرخي والحلواني والسرخسي والبزدوي وقاضي خان من الحنفية ، والأبهرى وأبي زيد القيرواني من المالكية ، وأبي إسحاق الشيرازي والمروزي ومحمد بن جرير وأبي نصر وأبا خزيمة من الشافعية ، والقاضي أبي يعلى والقاضي أبي علي بن أبي موسى من الحنابلة) وهؤلاء يُسمّون أصحاب الوجوه ؛ لأنهم يخرجون ما لم ينص عليه على أقوال الإمام ، ويُسمّى ذلك التخريج وجهاً في المذهب أو قولاً فيه .

٤ - مجتهد الترجيح : وهو الذي يتمكن من ترجيح قول الإمام المذهب على قول آخر ، أو الترجيح بين ما قاله الإمام وما قاله تلاميذه أو غيره من الأئمة ، فشأنه تفضيل بعض الروايات على بعض ، مثل : القدوري والمرغيناني صاحب الهداية من الحنفية ، والعلامة خليل من المالكية ، والرافعي والنووي من الشافعية ، والقاضي علاء الدين المرداوي منقح مذهب الحنابلة ، وأبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني البغدادي (٥١٠ هـ) المجتهد في مذهب الحنابلة .

٥ - مجتهد الفتيا : وهو أن يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه في الواضحات والمشكلات ، ويميز بين القوي والأقوى والضعيف ، والراجح والمرجوح ، ولكن عنده ضعف في تقرير أدلته وتحرير أقيسته ، كأصحاب المتون الحنفية المعتبرة من المتأخرين وهي (الكنز والدر المختار والوقاية ومجمع الأنهر) والأئمة الرافعي وزكريا الأنصاري والنووي من الشافعية .

٦ - طبقة المقلدين : الذين لا يقدرّون على ما ذكر من التمييز بين القوي وغيره .

هذا ؛ ولم يفرّق الجمهور بين المجتهد المقيّد ومجتهد التخريج ، وجعل ابن الكمال طبقة مجتهد التخريج مرتبةً رابعةً بعد المجتهد المقيّد ، ومثّل له بالرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ وأمثاله^(١) .

المطلب الرابع :

402- نظريتنا في طبقات الفقهاء :

بعد أن استعرضنا في الجولة السابقة نظرية ابن الكمال ومتبعيه ، ورأينا كيفية اندحارها ثم انهدامها حَجْراً حَجْراً حتى سُويت بالأرض ، واستعرضنا كذلك بعض النظريات الحديثة لفقهاء العصر ، لا بدّ لنا من وقفة نشفي بها أوام المرحوم الكوثري ، حيث قال في حسن التقاضي بعد إيراده تَعَقُّبُ الشهاب المرجاني لنظرية ابن الكمال قال : (فرأيت عَرَضَ هذا البحث الممتع لأنظار الباحثين على طوله لما فيه من الفوائد الجمة والتحقيقات المهمة ، مع ازدياد أهمية هذا الموضوع - موضوع طبقات الفقهاء - على مضي الزمن لكثرة الطامحين غير الواقفين عند حدودهم الجامحين المحوجين إلى كبح جماحهم بلجام من حُجِّج تُوَقِّفهم عند طَوْرِهِمْ ، حتى أصبح التفرغ لتمحيص هذا البحث المتشعب ضرورياً لِلْمُشَاتَةِ وتنسيق متفرقاته)^(٢) .

ولقد أَعْمَلْتُ الرأيَ وَأَجَلْتُ الفِكرَ في هذا الأمر فَأَلْهِمَنِي اللهُ سبحانه تصنيفاً جديداً في بابته لم أُسَبِّقَ إليه مجتمعاً فيما أعلم ، وإن كانت عناصره مسبوقة من قِبَلِ فقهاء الشريعة السابقين رضوان الله تعالى عليهم ؛ فأقول وبالله التوفيق :

لا يَعدُو أمر تصنيف الفقهاء إلى طبقات ؛ ثلاث طبقات رئيسة :

آ - طبقة المجتهدين ب - طبقة المتبعين ج - طبقة المقلّدين .

وقبل الخوض في أمر هذه الطبقات لا بدّ لي من تعريف كلٍ من الاجتهاد

(١) ر ؛ الرد على من أدخل إلى الأرض ص ٣٩ - ٤٢ وصفة الفتوى ص ١٦ والفوائد المكية ص ٣٩ .

(٢) ر ؛ حسن التقاضي : ١١٥ .

والاتباع والتقليد ، فالاجتهاد اصطلاحاً : هو (استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظنٍ بحكم شرعي)^(١) وقد سبق الحديث عنه .

والتقليد : هو (العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج بلا حجة منها)^(٢) .
والاتباع : هو (سلوك التابع طريق المتبوع وأخذ الحكم من الدليل بالطريق التي أخذ بها متبوعه)^(٣) فهي رتبة أنزل من الاجتهاد وأعلى من التقليد ؛ رتبة بين رتبتين .
وعلى هذا :

403 - آ - فالمجتهدون على نوعين :

١ - مجتهدون اجتهداً مطلقاً في الشرع ك(الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد) ، والإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر رضي الله عنهم ، فكلهم مجتهدون مطلقون من الشرع لكن بعضهم مستقل غير منتسب ك(أبي حنيفة

(١) حاشية التلويح للسعد التفتازاني على التوضيح ٢ : ٦٣٩ ، وشرط الاجتهاد المطلق الكامل كما ذكره السعد ؛ العلم بأمر ثلاثة : ١ - معرفة آيات الأحكام لغة وشرعية والمعتبر هو العلم بمواقعها بحيث يتمكن من الرجوع إليها عند طلب الحكم ٢ - معرفة أحاديث الأحكام كذلك ٣ - معرفة الأقيسة ومعرفة الإجماعات ووسائل الاستنباط الصحيح من أصول الفقه ، وممارسة الفروع في زماننا طريق إلى الاجتهاد أما الاجتهاد الجزئي ، فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم اهـ التلويح ٢ : ٦٣٩ و ٦٤٠ والاجتهاد لغة (بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة) اهـ التحرير لابن الهمام ص ٥٢٣ .

(٢) التحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمام ص ٥٤٧ وهو واجب على من عجز عن الاجتهاد في الفروع لقوله تعالى : ﴿ فَتَسْأَلْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [النحل : ٤٣] كما أشار إليه المحقق الكمال بن الهمام وهو تقليد محمود وصاحبه مأجور .

(٣) تحفة الرأي للسديد أحمد لأحمد الحسيني ص ٤٠ ، قال في معرض كلامه على التفرقة بين التقليد والاتباع ما خلاصته : (والفرق بين التقليد والاتباع أن التقليد هو الأخذ بقول الغير بغير حجة وهو الذي ينقسم إلى محمود ومذموم ، والاتباع هو سلوك التابع طريق المتبوع وأخذ الحكم من الدليل بالطريقة التي أخذ بها متبوعه . . . والفرق بينه وبين متبوعه أن متبوعه طلب الأدلة وسبرها وقدّم راجحها على مرجوحها وأخذ منها الأحكام والقواعد وفصل بينه وبين الفروع والجزئيات ، والتابع ينظر في تلك الأدلة ويقف على طرق الاستنباط التي بها أخذ ذلك المتبوع الأحكام منها فهو مثل المجتهد في معرفة الحكم من الدليل فمتى كان قادراً على ذلك وجب عليه ويلزمه أن يأخذ بما ترجح عنده الحكم من الدليل) اهـ المصدر السابق ٣٩ و ٤٠ .

رحمه الله والأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد) ، والبعض منتسب مع كونه مجتهداً مطلقاً كـ(الأئمة الثلاثة أبي يوسف ومحمد وزفر ومن كان في طبقتهم كالحسن بن زياد والطحاوي رحمهم الله تعالى)^(١) ، فكلهم حازوا رتبة الاجتهاد في الشريعة وليسوا تابعين لأحد لا في أصول الاستنباط ولا في الحلول الجزئية المستخرجة من الأصول العلمية ، وإن توافقت الأصول فليس ذلك للتقليد بل للاقتناع مع الاستعداد للمخالفة إن لم يتوافر ذلك الاقتناع .

٢ - مجتهدون مقيّدون بالمذهب ، وهم يُسمّون بمجتهدين في المذهب ، وهم في المذهب الحنفي طبقة المخرّجين ومجتهدى المسائل ، وهم طبقة واحدة وإن عدّهم ابن الكمال وابن عابدين ومن تبعهما طبقتين ، إذ أن ما عدّوه طبقة ثانية لا وجود لها ، وما عدّوه تخريجاً هو ترجيح في الحقيقة كما فنّد ذلك المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (أبو حنيفة^(٢)) حيث جعل هناك الطبقات الخمسة ثلاثاً : طبقة المجتهدين المطلقين ، وطبقة المخرّجين ، وطبقة المُرّجّحين .

أما أنا فقد جعلت طبقة المخرّجين وهي : ما يسمى بـ (اجتهاد المسائل) وهي الطبقة الثالثة عند ابن الكمال هي طبقة أهل الاجتهاد في دائرة المذهب ، وهؤلاء يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تُؤثّر لها أحكام عن أصحاب المذهب الأولين بالبناء على قواعد المذهب ، وليس لهم أن يجتهدوا في مسائل قد نصّ عليها إلا في دائرة معيّنة ؛ وهي التي يكون استنباط السابقين فيها على اعتبارات لا وجود لها في عرف المتأخرين ، بحيث لو كان السابقون موجودين لأفتوا بمثل فتواهم ، وهؤلاء عملهم في الحقيقة يتكوّن من عنصرين :

(أحدهما) : استخلاص القواعد العامة التي كان يلتزمها الأئمة أبو حنيفة وأصحابه من الفروع المأثورة عنهم ، فإن المأثور نثيره من الفروع ، وأولئك هم الذين جمعوها في ضوابط وقواعد واعتبروها الأصل الذي كان على أساسه

(١) أبو حنيفة لأستاذنا المرحوم أبو زهرة ص ٤٤٠ و ٤٤١ وما بعدها .

(٢) ر : أبو حنيفة ص ٤٤٣ و ٤٤٤ .

الاستنباط ، وكان مقياس الاستخراج السليم للأحكام الفقهية ، وكان هو السّنن القويم للاجتهاد .

(ثانيهما) : استنباط الأحكام التي ينص عليها بالبناء على تلك القواعد حتى لا يحدوا عن المذهب .

وهذه الطبقة هي التي خدمت الفقه الحنفي إذ هي التي وضعت الأسس لنموه والتخريج فيه والبناء على أقواله : وهي التي وضعت أسس الترجيح فيه والمقايسة بين الآراء ، وتصحيح بعضها وتضعيف الآخر ، وهي التي ميّزت الكيان الفقهي للمذهب الحنفي .

ومن هذه الطبقة : أبو بكر الرازي الجصاص والخفاف والكرخي وصاحب الهداية والقُدوري وأضرابهم .

404 - ب - المتبعون :

وهم أصحاب الترجيح من الطبقة الرابعة والخامسة من طبقات ابن الكمال ، فهاتان الطبقتان عنده هما في الحقيقة طبقة واحدة اسمها طبقة أهل الترجيح .

يقول المرحوم الشيخ أبو زهرة عن الطبقتين الخامسة والرابعة : (وإنا نرى أن التفرقة بين هذه الطبقة وسابقتها ليست واضحة)^(١) .

أقول وهو الحق : هذا والمرجّحون هؤلاء لا يستنبطون مسائل لا يعرف حكمها ، ولكن يرجحون بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التي ضبطتها لهم الطبقة السابقة^(٢) ، فلهم أن يقرّوا ترجيح بعض الأقوال على بعض بقوة

(١) ر : أبو حنيفة ص ٤٤٤ .

(٢) ر : أبو حنيفة للمرحوم الشيخ أبو زهرة ٤٤٣ وهو يرى رحمه الله أن لا فرق بين الطبقة المذكورة هذه وبين سابقتها أي بين المرجّحين ، وبين المخرجين ، وهو كلام فيه نظر ولا أستطيع أن أرد عليه رحمه الله بأحسن من ردّه على نفسه في الصفحة التالية المذكورة أي ٤٤٤ حيث اقترح عد الطبقات الخمس طبقات ثلاثة هم : مجتهدون مطلقون ومخرجون ومرجّحون وهو الصواب في رأينا ، ر : ٤٤٤ من الكتاب نفسه .

الدليل ، أو للصلاحيّة للتطبيق بموافقة أهل العصر ونحو ذلك مما لا يعدّ استنباطاً مستقلاً ولا تابعاً بل ترجيحاً وموازنة^(١) .

وهم أيضاً يستطيعون الموازنات بين أقوال المذهب ، ومن شأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض بقولهم : (هذا أولى ، وهذا أصح رواية ، وهذا أوضح ، وهذا أوفق للقياس ، وهذا أرفق للناس . . .) يقول في هؤلاء المتبعين صاحب رسالة (تحفة الرأي السديد الأحمد) : (وهؤلاء هم أهل الترجيح والتصحيح في المذهب)^(٢) .

ومن هذه الطبقة شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البزدوي^(٣) وفخر الدين قاضيخان وزين الدين العتّابي وأضرابهم .

405- ج - المقلّدون :

وهم طبقة أصحاب التصحيح ، وهم الطبقة السادسة من طبقات ابن الكمال وابن عابدين ، فطبقته هي طبقة المقلّدين الذين لا يُرجّحون بين

(١) أقول الاتباع مرتبة فقهية أنزل من الاجتهاد وأعلى من التقليد أثبتها كثيرون من علماء المذاهب الأقدمين منهم (أبو عبد الله بن خوارز منداد البصري المالكي) قال : (الاتباع ما ثبت عليه حجة ، وقال : كل من أوجب الدليل عليك اتباع قوله فأنت متبعه ، والاتباع في الدين مسوّغ) اهـ ، ر : إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٩٧ ، وقال ابن القيم في المصدر ذاته : (فإن الاتباع سلوك طريق المتبع والإتيان بمثل ما أتى به) / ص ١٩٠ .

(٢) ر : تحفة الرأي السديد الأحمد ص : ٤٠ .

(٣) أقول : في كتاب حجة الله البالغة للدهلوي بحث ممتع في إثبات مرتبة الاتباع بين التقليد والاجتهاد فيقول : (ولهذا لم يزل العلماء ممن لا يدعي الاجتهاد المطلق يصنّفون ويرتّبون ويخرّجون ويرجّحون ، وإذا كان الاجتهاد يتجزأ عند الجمهور والتخريج يتجزأ وإنما المقصود تحصيل الظن وعليه مدار التكليف فما الذي يُستبعد من ذلك ؟) ر : حجة الله البالغة لأحمد بن عبد الرحيم الدهلوي ج ١ : ١٥٦ وما قبلها وما بعدها ، وقال قبل صفحة : (وليس منه فيمن لا يدين إلا بقول النبي ﷺ ولا يعتقد حلالاً إلا ما أحله الله ورسوله ولا حراماً إلا ما حرمه الله ورسوله لكن لما لم يكن له علم بما قاله النبي ﷺ ولا بطريق الجمع بين المختلفات من كلامه ، ولا بطريق الاستنباط من كلامه أتبع عالماً راشداً على أنه مصيب فيما يقول ويفتي ظاهراً أتبع سنة رسول الله ﷺ فإن خالف ما يظنه أفلح من ساعته من غير جدال ولا إصرار ، فهذا كيف ينكره أحد ؟ !) المصدر ذاته : ١٥٥ .

الأقوال والروايات ، ولكنهم على علم بما رجّحه السابقون واختاروه وبَيَّنوا أنه الأقوى ، ويقول عنهم ابن عابدين نقلاً عن ابن الكمال : (إنهم القادرون على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف ، وظاهر الرواية وظاهر المذهب والرواية النادرة كأصحاب المتون المعتبرة كـ(صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع) وشأنهم ألا ينقلوا في كتبهم الأقوال المردودة والروايات الضعيفة ، فعمل هذه الطبقة ليس الترجيح ولكن معرفة ما رُجِّح وترتيب درجات الترجيح قد يؤدي ذلك إلى الحكم بين المرجّحين)^(١) .

وبعد ؛ فيرى الأستاذ المرحوم أبو زهرة أن الطبقات الثلاث الأولى :
طبقة المجتهدين المطلقين ، وطبقة المخرّجين ، وطبقة المرجّحين من طبقات الاجتهاد .

أما عدّه طبقتي المجتهدين المطلقين والمخرّجين من طبقات الاجتهاد فظاهر ، أما عدّه طبقة المرجّحين من طبقات الاجتهاد ففيه نظر ، فأبي اجتهاد في الترجيح بين الأقوال أو الكتب ؟ فالترجيح اتباع وليس اجتهاداً ولا تقليداً ، ولكن هذا التورّط نشأ من عدم وجود مرتبة الاتباع في أذهان أصحاب الطبقات . وهذا تورّط ما كان ينبغي أن يقع فيه رجال هم فقهاء العصر وحملة لواء الشريعة فيه ، على أن هذا التصنيف استلهمته من عدة ملحوظات أوردها الكاتبون في الطبقات ولم أنقله عن مصدر واحد ، وهو أقصى ما وصلتُ إليه بعد إعمال الفكر ، فأرجوا أن أكون قد وُفِّقت فيه إلى الصواب .



(١) ر : أبو حنيفة ص ٤٤٥ .

الفصل الثاني التقليد

التعريف بالتقليد
أبرز قواعد التقليد
ما يتصل بالتقليد من قواعد الأصول

المبحث الأول التعريف بالتقليد

406- آ - التقليد لغةً : (وضع الشيء في العُنق محيطاً به) ، ثم استُعمل في تفويض الأمر إلى الغير كأنه ربطه بعنقه .

407- ب - والتقليد اصطلاحاً : (هو العمل بقول الغير من غير حجة من الحُجج الأربع : الكتاب ، السنة ، الإجماع ، والقياس أو ما يتفرع عنها) أو : (أخذ قول الغير من غير معرفة دليله)^(١) فيخرج العمل بقول الرسول ﷺ والعمل بالإجماع لأن كلا منهما حُجة ، وخرج أيضاً رجوع القاضي إلى شهادة العدول ؛ لأن الدليل عليه ما في الكتاب والسنة من الأمر بالشهادة والعمل بها وقد وقع على ذلك الإجماع .

408 - والفرق بينه وبين الاتباع عند الجمهور :

أن التقليد هو الأخذ بقول الغير حُجة كما ذكرت ، وأما الاتباع فهو سلوك التابع طريق المتبوع ، وأخذ الحكم من الدليل بالطريق التي أخذ بها متبوعه ، فهو اتباع للقائل على أساس ما اتضح له من دليل على صحة قوله^(٢) ، والتقليد إذا صح للعامي على قول من قال به ، فطالب العلم المتخصص بعلوم الشريعة الإسلامية لا يليق به إلا الاتباع .

(١) تسهيل الوصول ص ٣٢٥ ، شرح المحلي على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٢٢ ، التقرير والتحرير ج ٣ ص ٣٤٠ ، فواتح الرحموت ج ٢ ص ٤٠٠ ، روضة الناظر ج ٢ ص ٤٥٠ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٠٦ والوسيط ص ٥٨٢ .

(٢) انظر الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي ص ٤٤ ، وتحفة الرأي للسيد أحمد ص ٤٠ وإعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧٨ والوسيط ٥٨٣ وما بعدها .

المبحث الثاني أبرز قواعد التقليد

المطلب الأول :

409 - مجال التقليد وحكمه :

آ - أصول الدين أو العقائد وما هو معلوم من الدين بالضرورة :
اختلف فيها الأصوليون ، أيجوز التقليد فيها أم لا ، إلى مذهبين :
١ - قال الرازي من أهل السنة والعنبري والحشوية والتعليمية^(١) : إنه يجوز ، وهو قول كثير من الفقهاء ؛ لأن الصحابة الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد اكتفى منهم المشرع بالإيمان الجملي ولم يكلفهم بالنظر وإقامة الأدلة . ورُدَّ ذلك بأنهم كانوا ينظرون ويقىمون الأدلة ولكنهم لم يبحثوا في ذلك .

٢ - وقال جمهور الأصوليين وعلماء العقائد وجمهور الفقهاء : لا يجوز التقليد فيها ؛

أولاً : لأن الأمة أجمعت على وجوب معرفة الله وأنها لا تحصل بالتقليد ؛ لأن المقلد ليس معه إلا الأخذ بقول من قلَّده ولا يدري أصواب هو أم خطأ .
وثانياً : أن النظر واجب ، وفي التقليد ترك الواجب ، آية ذلك أنه لما

(١) راجع عمدة التحقيق ص ٥١ ، والحشوية بفتح الشين ؛ المجسمة ، والتعليمية قوم من الباطنية يقولون بلزوم الإمام المعصوم الذي لا يكون العلم الصحيح إلا منه اهـ .

قلت : وقال بعض هؤلاء ، وهو أقبح ما قيل في هذا : إن التقليد هو الواجب على المكلف ، والنظر في ذلك والاجتهاد فيه حرام .

نزلت الآية ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَكَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِأُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [آل عمران : ١٩٠] قال عليه الصلاة والسلام : « ويل لمن لاكها بين لحييه ولم يتفكر فيها »^(١) فدل هذا الوعيد على وجوب النظر .

ب - التقليد في المسائل الفرعية :

ما ثبت بطريق ظني من أحكام القضايا العملية هي ميدان الاجتهاد والتقليد ، وقد اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال ؛ أبرزها :

١ - قول الظاهرية ومعتزلة بغداد وجماعة من الإمامية والإمام ابن عربي (الشيخ الأكبر) : وهو أن الاجتهاد لازم ، وأن التقليد غير جائز ، فعلى كل مكلف أن يجتهد لنفسه أمور دينه العملية ويعمل بذلك^(٢) .

٢ - قول الحشوية والتعليمية : أن التقليد واجب بعد زمن الأئمة المجتهدين .

٣ - قول جمهور الأصوليين والفقهاء وهو مذهب التفصيل ؛ وهو الراجح لديّ ولدى المحققين من أتباع المذاهب الأربعة ومقتضاه ؛ أن الاجتهاد ليس ممنوعاً ، وأن التقليد يحرم على المجتهد ويجب على العامي الذي لم تتوفر فيه

(١) أخرج عبد بن حميد وابن أبي الدنيا في التفكير وابن المنذر وابن حبان في صحيحه وابن مردويه والأصبهاني في الترغيب وابن عساكر عن عطاء قال : قلت لعائشة : أخبريني بأعجب ما رأيت من رسول الله ﷺ ، « قالت : وأي شأنه لم يكن عجباً أنه أتاني ليلة فدخل معي في لحافي ثم قال : ذريني أتعبد لربي ، فقام فتوضأ ثم قام يصلي فبكى حتى سألت دموعه على صدره ثم ركع فبكى ثم سجد فبكى ثم رفع رأسه فبكى فلم يزل كذلك حتى جاء بلال فأذنه بالصلاة ، فقلت يا رسول الله ما يبكيك وقد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، قال : أفلا أكون عبداً شكوراً ولم لا أفعل وقد أنزل عليّ هذه الليلة ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَكَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِأُولِي الْأَلْبَابِ﴾ إلى قوله : ﴿سُبْحَانَكَ فَقِنَا عَذَابَ النَّارِ﴾ ثم قال : ويل لمن قرأها ولم يتفكر فيها » انظر : الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي ج ١ ص ١١١ في تفسير الآية .

(٢) انظر : الإحكام لابن حزم ٦ ص ٧٩٣ وملخص إبطال القياس والرأي ص ٥٢ والرد على من أخلد إلى الأرض ص ٥٢ والرسالة في أصول الظاهرية ص ٣١ ونقل القرافي عن مالك مثل ذلك وانظر إرشاد الفحول ص ٢٣٦ .

أهلية الاجتهاد ولو كان عالماً بفنون من العلم^(١) ، وأدلة هؤلاء :

١ - قوله تعالى : ﴿ فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [النحل : ٤٣] ، وهو عام لكل المكلفين ويجب كونه عاماً في السؤال عن كل ما لا يعلم .

٢ - وللإجماع على أن العامة لم تزل في زمن الصحابة والتابعين قبل حدوث المخالفين يستفتون المجتهدين ويتبعونهم في الأحكام الشرعية ، والعلماء منهم يبادرون إلى إجابة سؤالهم من غير إشارة إلى ذكر الدليل ، ولا ينهونهم عن ذلك من غير نكير ، فكان إجماعاً على لزوم تقليد العامي للمجتهد وكذلك مشى الأمر في القرون الثلاثة التي شهد لها رسول الله صلوات الله عليه بالخيرية من غير نكير .

٣ - وضرب من المعقول : وهو أن الاجتهاد ملكة لا تحصل إلا لنفر قليل من الناس ، فإذا كُلف به سائر الناس كان تكليفاً بما لا يطاق ، وهو ممنوع عقلاً وشرعاً ، ثم إن العامي مكلف بالأحكام الشرعية ، وتكليفه بتحصيل رتبة الاجتهاد فيه حرج ومشقة ويؤدي إلى الحرج والاشتغال عن القيام بالمعاش الدنيوية ، وهو ممنوع قال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨] .

المطلب الثاني :

410- أقسام التقليد :

التقليد قسمان ؛ مذموم ومحمود :

أ - فالمحمود : هو تقليد العاجز عن الاجتهاد المجتهد لعجزه .

ب - وأما المذموم أو المحرّم من التقليد فهو ثلاثة أنواع :

(١) انظر : مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٥١ وما بعدها والمستصفى ج ٢ ص ١٢٤ ، وإرشاد الفحول ص ٣٢٦ ، والوسيط ص ٥٨٩ ، وتسهيل الوصول ص ٣٢٥ وما بعدها .

١ - ما تضمّن الإعراض عن أحكام الله بالباطل كـ(تقليد أهل الدنيا وأصحاب الوجاهة فيهم) .

٢ - وتقليد من لا يعلم المقلّد أنه أهل لأن يؤخذ عنه .

٣ - والتقليد بعد ظهور الحجة وقيام الدليل عند من هو أهل لفهم الأدلة والترجيح بينها على خلاف قول المقلّد .

وهذه الأنواع الثلاثة هي التي يُحمَلُ عليها ما ورد من النصوص الدائمة للتقليد ونُقول العلماء في ذم التقليد^(١) .

(١) انظر إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٦٨ ، تحفة الرأي السديد ص ٣٩ .

المبحث الثالث

ما يتصل بالتقليد من قواعد الأصول

411 - (١) الراجح أنه لا يجب على العامي التزام مذهب معين من المذاهب الأربعة المدونة في كل حادثة ، ولو التزم مذهباً معيناً لا يجب عليه الاستمرار بل يجوز له الانتقال إلى مذهب غيره ، لأن اختلاف العلماء رحمةً بالناس ، فلو ألزمتنا العامي العمل بمذهب ما ، كان هذا نعمة لا نعمة ، فالعامي الذي لم يكن له نوع نظر واستدلال إذا التزم بمذهب معين كان له الانتقال إلى غيره ، فالعامي لا مذهب له ومذهبه مذهب مفتيه كما نصّ على ذلك جمهور العلماء ، وقيل يلزمه الاستمرار وهو مردود لما بينا .

412 - (٢) المقلّد إذا عمل بحكم في حادثة تقليداً لمجتهد ؛ الراجح أنه لا يجوز له الرجوع عن ذلك الحكم في هذه الحادثة ، فليس له إبطال عين ما فعله بتقليد مجتهد آخر لأن إمضاء الفعل كـ (إمضاء القاضي لا يُنقض) ، كما لو صَلَّى الظهر بمسح ربع الرأس مقلداً المذهب الحنفي فليس له إبطال الصلاة باعتقاد لزوم مسح الكل مقلداً المذهب المالكي .

413 - (٣) للعامي تقليد غير المجتهد في حادثة أخرى ، فله أن يقلّد إماماً في صلاة الظهر ويقلّد إماماً آخر في صلاة العصر .

414 - (٤) التقليد بعد العمل جائز ، فلو صَلَّى حنفي طائناً صحة صلاته على مذهبه ثم تبين له بطلان الصلاة في مذهبه وصحتها على مذهب غيره فله تقليده ويكتفي بتلك الصلاة .

415 - (٥) المجتهد بعد اجتهاده ومعرفة الحكم ممنوع من التقليد فيه لأن

ما علمه هو حكم الله تعالى فلا يتركه بقول غيره ، وقبل اجتهاده فظهور حكم الحادثة فيه خلاف فقيل : يجوز تقليده وقيل : لا يجوز وهو الراجح ؛ لأن المجتهد الذي توافرت فيه شروط الاجتهاد المذكورة آنفاً الصحيح أنه يحرم عليه التقليد كما يحرم الاجتهاد على من لم يستوفِ شروطه^(١) .

416 - ٦) أجمع العلماء في المذاهب الكبرى الأربعة سلفاً وخلفاً على أنه لا يجوز للعامي تقليد غير أصحاب هذه المذاهب من المذاهب البائدة ، أو التي لم تُدَوَّنْ وتُضَبَّطْ وتصح الرواية عن أصحابها كـ(مذهب الليث بن سعد ، والأوزاعي) وأضرابهم لعدم ضبطها وتدوينها وفقدان صحة الرواية عن أهلها ، وأما الفقهاء الباحثون والعلماء المتخصصون فمتى صحت عندهم الرواية جاز ذلك في غير إفتاء للاحتياط في باب الفتوى .

417 - ٧) العبادة الملققة التي لا تصح على مذهب من المذاهب المعتمدة الراجح أنها باطلة .

418 - ٨) العبادة والأنكحة والموايرث يُفْتَرَضُ التحوُّطُ فيها ويجب التمسك بالتمذهب والاتباع والأخذ بالعزيمة فيها لأنها مجال ذلك ، وأما المعاملات المالية فلا ضرر من الأخذ بأقوال مختلفة في مذاهب مختلفة لمن بلغ درجة التخيُّر أو الترجيح أو مجتهد الفتيا والاجتهاد في المذهب بشروطه المعتمدة ؛ لعموم البلوى ؛ ولأن المعاملات المالية اليوم بسعتها وتعقيدها لا يتسع لها مذهب واحد في الشرع ، فلا مانع فيها من الأخذ من الجميع عند الحاجة .

(١) انظر تسهيل الوصول للمحلاوي ص ٣٢٦ والوسيط ص ٥٩٣ وما بعدها .

الفصل الثالث

قواعد الفتيا

التعريف بالمفتي والمستفتي
القواعد

المبحث الأول التعريف بالمفتي والمستفتي

419- آ- المفتي عند الأصوليين :

(هو المجتهد المطلق الذي يُفتي في جميع الأحكام بشروطه سالفه الذكر) ومن يحفظ أقوال المجتهدين فليس مفتياً عند الأصوليين ، والواجب عليه إذا سُئل أن يذكر قول المجتهد المطلق على جهة الحكاية والنقل .

وهذا النقل طريقه عن المجتهد أحد أمرين :

- ١ - إما أن يكون له سندٌ فيه إليه قويٌّ مشهور أو متواتر .
- ٢ - أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي من التصانيف المشهورة للمجتهدين ؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم والمشهور^(١) .

420 - ب - والمستفتي طالب الفتوى :

فيجوز للعامي الاستفتاء من مُفتٍّ اشتهر بالاجتهاد والعدالة ، أو رآه منتصباً للإفتاء والناس يستفتونه ، فإن ظُنَّ عدم اجتهاده أو عدم عدالته لا يجوز استفتاؤه عند الأصوليين والفقهاء المتقدمين .

* * *

(١) ر : تسهيل الوصول ص ٣٢٧ وما بعدها .

المبحث الثاني القواعد

وقال جمهور الفقهاء المتأخرين :

(يجوز استفتاء غير المجتهد ، ويقال له : / مفتي / مجازاً إذا ظهر علمه
وفضله وعدالته ، ولو لم يبلغ درجة الاجتهاد) .

هذا :

والمجتهد لا يستفتي غيره بل يعمل بما تبين له من اجتهاده وجوباً^(١) .

* * *

(١) ر : تسهيل الوصول ص ٣٢٨ .

الفصل الرابع

اجتهاد النبي ﷺ وأصحابه

اجتهاد النبي ﷺ
اجتهاد الصحابة الكرام في عصر النبي ﷺ

المبحث الأول

اجتهاد النبي ﷺ

421 - اتفق العلماء على أنه يجوز له الاجتهاد في الأقضية والمصالح الدنيوية وتدبير الحروب وما شاكل ذلك ، واختلفوا في اجتهاده في الأحكام الشرعية والقضايا الدينية فيما لا نص فيه من الوحي على مذاهب ثلاثة :

١ - قال جمهور الأصوليين : يجوز اجتهاده ﷺ عقلاً وقد وقع ذلك منه فعلاً .

٢ - وقال الحنفية : إنه كان مأموراً بالاجتهاد إذا وقعت له حادثة ولكن بعد انتظار الوحي ، إلا أن يخاف فوت الحادثة ؛ لأن اليقين لا يُترك عند إمكانه ، والاجتهاد في حقه يختص بالقياس ، فإن أقر على اجتهاده كان ذلك ك(النص قطعاً) إذ لا يُقرُّ على خطأ .

٣ - وقال جمهور الأشاعرة والمتكلمين وأكثر المعتزلة : ليس له ﷺ الاجتهاد في الأمور الشرعية .

الأدلة والترجيح :

المذهب الراجح مذهب الجمهور القائلين بجوار اجتهاد النبي ﷺ عقلاً ووقوعه منه فعلاً وهو الصحيح ؛ لأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال ، وأدلة الوقوع الفعلية كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ فَاعْبِرُوا يَتَأُولَى الْآبْصَرِ ﴾ [الحشر : ٢] فهو مأمور باعتباره أعظم الناس بصيرة بالقياس بنص هذه الآية ، وقوله تعالى : ﴿ وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ومن السنة قوله ﷺ : « أرأيت لو كان على أبيك دين » وفي الحديث : « ألا وإنني أوتيت القرآن ومثله »

معه»^(١) . ومن المعقول أنه ثبت في السنة « أن أفضل العبادة أحمرها »^(٢) أي أشقها ، فلو لم يكن النبي صلوات الله عليه عاملاً بالاجتهاد مع أن بعض أئمة قد عمل به لكان يلزم من ذلك اختصاص بعض أئمة بفضيلة لم تُوجد له ، وهو باطل .

بقي هنالك أن العلماء اتفقوا على أن الرسول صلوات الله عليه لا يُقرَّ على خطأ في اجتهاده ، واختلفوا في جواز الخطأ عليه في الاجتهاد على قولين : مذهب المانعين لذلك عنه تنزيهاً لمقام النبوة ومنهم الرازي والبيضاوي ، ومذهب الجمهور جواز الخطأ عليه فيما لا يرجع إلى التبليغ بشرط أن لا يُقرَّ عليه .

وأظهر أدلة الجمهور : أنه لو لم يجز عليه الخطأ في الاجتهاد لما وقع منه لكنه وقع ، فيكون جائزاً بدليل ما يلي :

١ - الآية ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذِنْتَ لَهُمْ﴾ [التوبة : ٤٣] فقد ظهر بهذا العتاب الخطأ في الإذن للمنافقين .

٢ - الآية في حق أسارى بدر ﴿مَا كَانَتْ لِيَنْتَ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَسْرَى حَتَّى يَتَخَرَّبَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال : ٦٧]^(٣) فهذا عتاب على أخذه ﷺ الفدية من أسرى بدر كما ارتأى سيدنا أبو بكر ولم يأخذ برأي سيدنا عمر رضي الله عنهما الذي أشار بقتلهم ، فظهر الخطأ في الأخذ بالرأي الأول بدليل ما نبهه الله عليه في هذه الآية^(٤) .

* * *

(١) انظر تخريج حديث : « رأيت لو كان على أبيك دين » في الفقرة ذات الرقم (١٤٧) .

« ألا وإنني أوتيت القرآن ومثله معه » .

أخرجه أحمد في المسند ١٢٩/٢ .

(٢) « أفضل العبادة أحمرها » .

موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما كما في النهاية لابن الأثير .

(٣) راجع كتاب (اجتهاد النبي ﷺ) .

(٤) راجع مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٢٦ وما بعدها وكشف الأسرار ج ٢ ص ٩٢٦ وشرح الإسنوي ج ٣ ص ٢٣٧ وإرشاد الفحول ص ٢٢٥ والوسيط ص ٥٢٦ وما بعدها .

المبحث الثاني

اجتهاد الصحابة في عصره ﷺ

422 - اتفق العلماء على جواز الاجتهاد من الصحابة وغيرهم بعد عهد النبوة ، واختلفوا في جواز الاجتهاد في عصره إلى مذاهب : عدم الجواز عقلاً ، وعدم الجواز مع عدم الوقوع ، وقال الجمهور : يجوز الاجتهاد في عصره عليه السلام للغائب والحاضر مع وقوع ذلك ، وفصل بعضهم بجواز ذلك للغائب دون الحاضر .

والراجح قول الجمهور وهو الصحيح وأدلتهم على الجواز العقلي بعدم ترتب محال على ذلك ، فيكون جائزاً ؛ واستدلوا على الوقوع بوقائع منها حديث معاذ المشهور الذي سبق ذكره مع إقراره ﷺ ذلك ورضاه صلوات الله عليه لاجتهاد أبي بكر في حضرته ، ورضاه ﷺ بتحكيم سعد في بني قريظة وإقراره إياه على ذلك ، وإقراره لبعض الصحابة ك(عمرو بن العاص وعقبة بن عامر وغيرهما) اجتهداهم بحضرته كما جاء في كتب السنة^(١) .

وهذا الخلاف لا ثمرة له في الفقه كما قرّر الفخر الرازي ؛ لأن اجتهاد الصحابي إن أقره الرسول صلوات الله عليه كان حجةً وشرعاً بالسنة التقريرية لا باجتهاد الصحابي ، وإن لم يبلغه كان داخلياً في الخلاف في قول الصحابي الذي سبق ذكره في مباحث الأدلة المختلف بها لدى الأصوليين^(٢) .

* * *

(١) راجع مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٢٧ وإرشاد الفحول ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) راجع الوسيط ص ٥٣٧ .

القِسْمُ الرَّابِعُ
فَلَسَفَةُ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ
المقاصد العامة للشرعية

423 - تمهيد :

اختلف المتكلمون في أفعال الله تعالى وأحكامه ، هل يصح أن تعلل بالأغراض والمقاصد ؟

أ - فذهب الأشاعرة إلى إنكار ذلك ، واحتجوا له :

١ - بقوله تعالى : ﴿ لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ ﴾ [الأنبياء : ٢٣] فقد نفى الله سبحانه عن نفسه أن يكون مسؤولاً عن أفعاله وأحكامه ، ولو كانت أفعاله وأحكامه معللة بالمقاصد والغايات لكان للعبد أن يسأل فيقول : لِمَ فعل كذا ولم يفعل كذا ، ولم أمر بكذا ونهى عن كذا ، فيكون سبحانه وتعالى مسؤولاً ، وتلك مخالفة لآية الكريمة .

٢ - أن أفعاله سبحانه لو كانت معللة بالأغراض لكان المرجح لوقوع النافع منها هو علمه سبحانه بنفعه ، وعلمه قديم لازم لذاته ، فيكون الفعل النافع واجباً عليه لأمر لازم له غير ذاته ، فلا يكون مختاراً ، وقد ثبت أنه تعالى مختار في أفعاله وأحكامه .

٣ - أن كل من فعل فعلاً لعلة يتحقق له من الكمال بوقوع تلك العلة ما لم يكن له من قبل ، فيكون ناقصاً بذاته كاملاً بغيره ، والله تعالى منزّه عن النقص لذاته .

ولهذا يجب تأويل ما ورد من الآيات دالاً على التعليل بحمله على المجاز ، أو جعل أداة التعليل فيه للعاقبة .

ب - وذهب الماتريدية والحنابلة والمعتزلة : إلى أن أفعاله تعالى وأحكامه معللة بالحكم والغايات ، واستدلوا لذلك :

١ - بالنصوص الدالة على تعليل أفعاله تعالى وأحكامه ، وهي من الكثرة في الكتاب والسنة بحيث يتعذر إحصاؤها ، فلا يجوز تأويل أي نص منها من غير دليل يوجب تأويله .

٢ - بأن أفعاله تعالى لو كانت غير معللة لكانت لهواً وعَبَثاً ، وهو سبحانه

منزّه عن اللهو والعبث .

٣ - أما قوله تعالى : ﴿ لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ ﴾ فمعناه أنه ليس هناك قوّة أعلى من قوته تحاسبه على عمله ، فتُثبِتُه على الخير وتعاقبه على الشر كما يُحاسب الإنسان ويُجازى .

فجميع القوى في الكون مستمّدة من قوته تعالى ، وبهذا تكون هذه الجملة ملائمة لقوله تعالى بعدها : ﴿ وَهُمْ يُسْأَلُونَ ﴾ [الأنبياء : ٢٣] إذ معناها : (وهم يُحاسبون) .

٤ - وقولهم : إن تعليل أفعاله تعالى وأحكامه ينافي اختياره ؛ مردود بأن معنى الاختيار أن يصدر الفعل من فاعله بقدرته بناءً على علمه هو وإرادته ، لا بناءً على علم غيره وإرادته ، ولا بناءً على قانون طبيعي لا دخل له فيه ، والله تعالى يفعل بقدرته بناءً على علمه وإرادته ما يلائم كماله في الأفعال التي لا تخلو من حكمة ، فلزوم الحكمة في أفعاله ناشيء من كماله ، فلا يكون منافياً لاختياره .

٥ - وقول الاشاعرة : إن من فَعَلَ فِعْلاً لعلّة لا بد أن يقع له من الكمال بتحقيق العلة ما لم يكن له من قبل ؛ غير مُسَلَّم ، لأن المقاصد المطلوبة بأفعاله تعالى وأحكامه لا تُراد لتكميل ذاته ، فهو عز وجل مستغن بذاته عن كل ماعداه ، وإنما تُراد لتكميل المكلفين ، ورعايته سبحانه لذلك مع استغنائه عن كل ما سواه ضَرْبٌ من الكَرَم ، ومظهر من مظاهر الحكمة البالغة والرحمة بالعباد .

٦ - وكذلك فإبطال الحكم والغايات التي شرعت من أجلها الأحكام إبطالٌ للشرع ، ولا يصح للقائل به أن يشتغل بالفقه لتعذر الحكم في غير المنصوص عليه من غير مراعاة المصالح ، وهي قضية يعترف بها العلماء في جميع الملل والأمصار .

وقد كتّب الإمام الشاطبي في ذلك بحثاً ممتعاً أفرد له جزءاً خاصاً من كتابه الموافقات^(١) يحسن أن يُرجع إليه .

(١) ج ٢ ص ٢ الموافقات .

البَابُ الْأَوَّلُ

أنواع المصاحح المقصودة من النشر

424 - المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس في هذه الحياة بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم ، لأن مصالح الناس في هذه الحياة تتكون من أمور ضرورية لهم وأمور حاجية وأمور تحسينية . فإذا توافرت لهم ضرورياتهم وحاجياتهم وتحسيناتهم فقد تحققت مصالحهم ، والشارع الإسلامي شرع أحكاماً في مختلف أبواب أعمال الإنسان لتحقيق أمات الضروريات والحاجيات والتحسينيات للأفراد والجماعات ، وما أهمل شيئاً من ذلك من غير أن يشرع حكماً لتحقيقه وحفظه ، وما شرع حكماً إلا لإيجاد واحد من هذه الثلاثة وحفظه ، فهو ما شرع حكماً إلا لتحقيق مصالح الناس ، وما أهمل مصلحة اقتضتها حال الناس لم يشرع لها حكماً ، ودونك بيان هذه الأنواع الثلاثة :

425 - أ - فالأمر الضروري :

هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ، وإذا فُقد اختل نظام حياتهم ولم تستقم مصالحهم وعمت الفوضى فيهم والمفاسد ، والأمور الضرورية للناس بهذا المعنى ترجع إلى حفظ خمسة أشياء :

١ - الدين ، ٢ - النفس ، ٣ - والعقل ، ٤ - والعرض ، ٥ - والمال ، فحفظ كل واحد منها ضروري للناس .

وعلى هذا ؛

تنقسم العلة باعتبار المقاصد التي تدل على اعتبارها إلى ثلاثة أقسام :

فالقسم الأول : ضرورة : وهي ما انتهت الحاجة فيها إلى حد الضرورة لكونها من المهمات التي نظام العالم مرتبط بها وهي ستة :

١ - حفظ الدين بوجوب الجهاد ؛ لأن التضاد فيه يفضي إلى مفسد كثيرة ، فالشافعية عللوا الجهاد بالكفر ، والحنفية عللوا بالحرابة ؛ لأن كفر الغير لا يضر المؤمن وحرابته هي الموجبة لقتالهم ؛ ولذلك لا يقتل من لم

يحارب كـ(الرهبان والصبيان) والمقصود من حفظ الدين لا يتم مع حرابتهم ، فإنها مفضية لقتل المسلم أو لفتنته عن دينه ؛ فكونه واجباً لحفظ الدين هو معنى وجوبه لحرابتهم ، فلا خلاف في المعنى .

٢ - وحفظ النفس بالقصاص .

٣ - وحفظ العقل بحرمة المسكر وبالحد .

٤ - وحفظ النسب بحرمة الزنا وحده .

٥ - وحفظ المال بعقوبة السارق وقاطع الطريق .

٦ - وحفظ العرض بحد القذف : هو مكمل لحفظ النفس ؛ لأن القذف قد يؤدي إلى المقاتلة فمن نظر إلى ذلك لم يجعله سادساً .

ويلحق بالسته المذكورة مكمل الضروري كـ(تحريم قليل الخمر) ووجوب الحد فيه ؛ لأن قليلها يدعو إلى كثير ، وتحريم البدعة والمبالغة في عقوبة المبتدع الداعي إليها ، والمبالغة في حفظ النسب بتحريم النظر واللمس ، والتعزير على ذلك ، وهذا القسم يسمى بالمناسب الحقيقي .

426 - ب - وأما الأمر الحاجي :

فهو ما يحتاج إليه الناس لليسر والسعة ، واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة ، وإذا فُقد لا يختل نظام حياتهم ، ولا تعم فيهم الفوضى كما إذا فُقد الضروري ، ولكن ينالهم الحرج والضيق ، والأمور الحاجية للناس بهذا المعنى ترجع إلى رفع الحرج عنهم والتخفيف عليهم .
وعلى هذا ؛

فالقسم الثاني حاجية : وهي التي لم تنته الحاجة إليها إلى حد الضرورة كـ(البيع لملك العين والإجارة لملك المنفعة والشركة للشركة في الربح) فإنها إذا لم تشرع لم يلزم فوات شيء من الضروريات الخمس المتقدمة غالباً ، لكن يحتاج إليها الإنسان في المعيشة فتكون من الحاجية دون الضرورية ، وقد يكون بعض الجزئيات من الضرورية كـ(استئجار المرضعة للطفل مثلاً) إذا لو لم تشرع تلفت نفس الطفل ، وكذا شراء مقدار القوت واللباس فاحتيج إلى دفع

حاجة المحتاج إليها بهذه العقود ، ولكن لقلتها لا نخرج كليات العقود عن الحاجة ، والآمدي عَدَّ هذا التعليل من قبيل الضروري لحفظ النفس ، ويلحق بالحاجة مكملها وجوب رعاية الكفاءة ومهر المثل على الولي في تزويج الصغيرة لدوام النكاح وحسن المعاشرة ، والعلة الحاجة هي الوصف الحاجي ويسمى بالمناسب المصلحي .

427 - ج - وأما التحسيني :

فهو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أقوم منهاج ، وإذا فُقد لا يختل نظام حياة الناس كما إذا فُقد الأمر الضروري ، ولا ينالهم حرج كما إذا فُقد الأمر الحاجي ، ولكن تكون حياتهم مستنكرة في تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة ، والأمور التحسينية للناس بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يُقصد منه سير الناس في حياتهم على أحسن منهاج .

وعلى هذا ؛

فالقسم الثالث تحسينية : وهي ما لا يكون ضرورياً ولا محتاجاً إليه ؛ بأن كان من قبيل اختيار الأحسن في محاسن العادات كـ (حرمة القاذورات والسباع) حثاً على مكارم الأخلاق ؛ لأن نفرة الطباع منها لقتارتها معنى يناسب حرمة تناولها لأنها منشأ الأخلاق السيئة ؛ ونبينا ﷺ موصوف بتشريع مكارم الأخلاق قال تعالى : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ [الأعراف : ١٥٧] ، وكسلب العبد أهلية الولاية من الشهادة والقضاء وغيرهما ؛ لأنها منصب شريف والعبد خسيس والجمع بينهما غير مناسب ، فسلب الولاية عنه أحسن عرفاً ؛ لأن السيد إذا كان له عبد ذو فضائل وآخر دونه فيها استحسن عرفاً أن يفوض العمل إليهما بحسب فضيلتهما ، فيجعل الأفضل للأفضل وإن كان كل منهما يمكنه القيام بما يقوم به الآخر ، فالعلة كونه رقيقاً ، والحكم سبب الولاية ، والحكمة نقص الرقيق وخسته عن الحر .

428 - ما شرعه الإسلام لتحقيق المقاصد وحفظها :

أ - ما شرعه الإسلام للأمور الضرورية للناس :

ولقد شرع الإسلام لكل واحد من الخمسة الضرورية (الدين والنفس والعقل والعرض والمال) أحكاماً تكفل إيجاده وتكوينه ، وأحكاماً تكفل حفظه وصيانته ، وبهذين النوعين من الأحكام حقق الشارع للناس ضرورياتهم :

١ - فالدين : هو مجموعة العقائد والعبادات والأحكام والقوانين التي شرعها الله لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض ، وقد شرع الإسلام لإيجاده وإقامته إيجاب الإيمان وأحكام القواعد الخمس التي بُني عليها الإسلام وهي : الشهادتان وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت ، وسائر العقائد وأصول العبادات التي قصد الشارع بتشريعها إقامة الدين وتثبيتته في القلوب باتباع الأحكام التي لا يصلح الناس إلا بها ، وأوجب الدعوة إليه وتأمين الدعوة إليه من الاعتداء عليها وعلى القائمين بها ومن وضع عقبات في سيرها .

وشرع لحفظه وكفالة بقائه وحمايته من العدوان عليه أحكام الجهاد لمحاربة من يقف عقبة في سبيل الدعوة إليه ، وعقوبة من يفتن متديناً ليرجع عن دينه ، وعقوبة المرتد ، وعقوبة المبتدع ، والحجر على المفتي الماجن الذي يُحل المحرّم .

٢ - والنفس : شرع الإسلام لإيجادها الزواج للتوالد والتناسل وبقاء النوع على أكمل وجوه البقاء .

وشرع لحفظها وكفالة حياتها إيجاب تناول ما يقيمها من ضروري الطعام والشراب واللباس والسكن ، وإيجاب القصاص والدية والكفارة على من يعتدي عليها ، وتحريم الإلقاء بها إلى التهلكة وإيجاب دفع الضرر عنها .

٣ - وشرع لحفظ العقل تحريم الخمر وكل مسكر وعقاب من يشربها أو يتناول أي مخدر .

٤ - وشرع لحفظ العرض حدّ الزاني والزانية وحدّ القاذف .

٥ - والمال شرع الإسلام لتحصيله وكسبه إيجاب السعي للرزق وإباحة المعاملات والمبادلات التجارية والمضاربة ، وشرع لحفظه وحمايته تحريم السرقة وحد السارق والسارقة وتحريم الغش والخيانة والربا والضرر .
وكفل حفظ الضروريات كلها بأن أباح المحظورات للضرورات .

429 - ب - ما شرعه الإسلام للأُمور الحاجية للناس :

ولقد شرع الإسلام في مختلف أبواب العبادات والمعاملات والعقوبات جملة أحكام ، المقصود بها رفع الحرج واليسر بالناس .
ففي العبادات : شرع الرُّخص ترفيهاً وتخفيفاً عن المكلفين إذا كان في العزيمة مشقة عليهم ، فأباح الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، وقصر الصلاة الرباعية للمسافر ، والصلاة قاعداً لمن عجز عن القيام .
وفي المعاملات : شرع كثيراً من أنواع العقود والتصرفات التي تقتضيها حاجات الناس كـ (أنواع البيوع والإيجارات والشركات والمضاربات) ورخص في عقود لا تنطبق على القياس وعلى القواعد العامة كـ (السلم والاستصناع) وجعل الحاجات مثل الضرورات في إباحة المحظورات .
وفي العقوبات : جعل الدية على العاقلة تخفيفاً عن القاتل خطأً ، ودراً الحدود بالشبهات ، وجعل لولي المقتول حق العفو عن القصاص من القاتل .

430 - ح - ما شرعه الإسلام للأُمور التحسينية للناس :

ولقد شرع الإسلام في مختلف أنواع العبادات والمعاملات والعقوبات أحكاماً تقصد إلى هذا التحسين والتجميل ، وتعوّد الناس أحسن العادات ، وترشدهم إلى أحسن المناهج وأقومها .
ففي العبادات : شرع الطهارة للبدن والثوب والمكان ، وستر العورة ، وفي كل عبادة شرع من أركانها وشروطها آداباً لها ترجع إلى تعويد الناس أحسن العادات .

وفي المعاملات : حرم الغش والتدليس والتغير والإسراف والتقتير وغير ذلك مما يجعل معاملات الناس على أحسن منهاج .

وفي العقوبات : يحرم في الجهاد قتل الرهبان والصبيان والنساء والمثلة والغدر ، وفي أبواب الأخلاق وأَمَات الفضائل قرر الإسلام ما يهذب الفرد والمجتمع ويسير بالناس في أقوم سبيل .

فاستقراء الأحكام الشرعية والعلل والحكم التشريعية في مختلف الأبواب والوقائع يُنتج أن الشارع الإسلامي ما قصد من تشريعه الأحكام إلا حفظ ضروريات الناس وحاجياتهم وتحسينياتهم ، وهذه هي مصالحهم^(١) .

431 - وقد اقتضت حكمة الشارع الإسلامي وما أَراده من حفظ هذه الأنواع الثلاثة على أتم وجه أن شرع مع هذه الأحكام التي تحفظ كل نوع منها أحكاماً تُعتبر مكملّة لها في تحقيق هذه المقاصد .

ففي الضروريات لما شرع إيجاب الصلاة لحفظ الدين شرع أداءها جماعة وإعلانها بالأذان لتكون إقامة الدين وحفظه أتم بإظهار شعائره والاجتماع عليها .

ولمّا أوجب القصاص لحفظ النفوس شرع التماثل فيه ليؤدي إلى الغرض منه من غير أن يثير العداوة والبغضاء ؛ لأن قتل القاتل بصورة أفطع مما فعل قد يؤدي إلى سفك الدماء وإلى نقيض المقصود من القصاص .

ولمّا حرم الزنا لحفظ العرض حرّم الخلوة بالأجنبية سداً للذريعة ، ولمّا حرّم الخمر حفاظاً على العقل حرّم القليل منه ولو لم يُسكر ، وجعل كلّ ما لا يتم الواجبُ به واجباً وكل ما يؤدي إلى المحذور محظوراً ، وحذّر من كثيرٍ من المباحات ، وقيد كثيراً من المطلقات ، وخَصَص كثيراً من العمومات سداً للذرائع .

(١) الموافقات للشاطبي الغرناطي ج ٢ ص ٢ وما بعدها .

ولما شرع الزواج للتوالد اشترط الكفاءة بين الزوجين تكميلاً للوفاق وحسن المعاشرة .

فالأحكام التي شرعها لحفظ الضروريات كملها بتشريع أحكام تحقق هذا المقصد على أكمل وجوهه .

وفي الحاجيات لما شرع أنواع المعاملات من بيع وإيجارات وشركات ومضاربات كملها بالنهي عن الغرر والجهالة وبيع المعدوم وغير ذلك مما يقصد به أن تكون المعاملات فيها سد حاجة الناس من غير أن تثير الخصومات والأحقاد .

وفي التحسينات لما شرط الطهارة ندب فيها عدة أشياء تكمّلها ، ولما ندب إلى الإنفاق ندب أن يكون من طيب الكسب .

فالمقصود من كل حكم شرع في الإسلام حفظ ضروري للناس ، أو حاجي لهم أو تحسيني أو مكمل لما يحفظ واحداً منها .



البَابُ الثَّانِي
ترتيب الأحكام الشرعية
بحسب المراد منها

432 - مما تقدم يتبين أن الضروريات أهم هذه المقاصد ؛ لأنها يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة وشيوع الفوضى بين الناس وضياع مصالحهم ، وتليها الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدانها وقوع الناس في الحرج والعسر واحتمال المشقات التي قد تنوء بهم ، وتليها التحسينيات ؛ لأنه لا يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة ولا وقوع الناس في الحرج ، ولكن يترتب على فقدانها خروج الناس عن مقتضى الكمال الإنساني والمروءة وما تستحسنه العقول السليمة .

433 - وعلى هذا فالأحكام المشروعة لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الأحكام التي شرعت لتوفير الحاجيات ، ثم الأحكام التي شرعت للتحسين والتجميل ، وتعتبر الأحكام التي شرعت للتحسينيات ك(المكملة للتي شرعت للحاجيات) ، وتعتبر الأحكام التي شرعت للحاجيات ك(المكملة للتي شرعت لحفظ الضروريات) ، فلا يُراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري أو حاجي ؛ لأن المكمل لا يُراعى إذا كان في مراعاته إخلال بما هو مكمل له ، ولذا أُبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاج أو عملية جراحية ؛ لأن ستر العورة تحسيني والعلاج ضروري .

434 - ولا يُراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري ، ولهذا تجب الفرائض والواجبات على المكلفين الذين ليسوا في حال تُبيح لهم الرخص وإن شق عليهم ما كلفوا به إذ كل تكليف فيه إزام بما فيه كلفة ومشقة ، فلو رُوعي أن لا تنال المكلف أية مشقة لأُهملت عدة من الأحكام الضرورية من عبادات وعقوبات وغيرها ؛ لأن كل ما أمر به المكلف أو نهى عنه لحفظ الضروريات لا يخلو امثاله من مشقة عليه ولكن احتُملت هذه المشقة في سبيل حفظ الضروريات للمكلفين .

435 - وأما الأحكام الضرورية فتجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بحكم منها إلا إذا كانت مراعاة ضروري تؤدي إلى الإخلال بضروري أهم منه .

ولهذا وجب الجهاد حفظاً للدين وإن كان فيه تضحية النفس لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وأبيح شرب الخمر إذا أكره على شربها بإتلاف نفسه أو عضو منه أو اضطر إلى ظمأ شديد لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل ، وإذا أكره على إتلاف مال غيره أبيح له أن يقي نفسه الهلاك بإتلاف مال غيره . فهذه الأحكام فيها إهمال حكم ضروري مراعاة لحكم ضروري أهم منه .

الباب الثالث

المبادئ التشريعية المبنية

على فلسفة التشريع

الفصل الأول
المبدأ الأول
نظرية رفع الحرج
في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة بالفقه الغربي

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج : ٧٨]

أصول نظرية رفع الحرج وأدلتها وتعليلها
أقسام الحرج والمشقة في الفقه
أسباب التخفيف في الفقه
أنواع التخفيف في الشريعة
معيار الحرج والمشقة وتطبيقات على النظرية
شروط التخفيف في الفقه وشروط الحاجة
ضوابط المشقة الموجبة للتخفيف
مدى بناء الأحكام التشريعية على نظرية رفع الحرج
الأصول العامة المبتنية على هذه النظرية

436 - تمهيد :

في أهمية النظرية ومكانتها في الشريعة ومجمل مباحثها :

مِنْ لَبِّ فلسفة التشريع الإسلامي وجوهر غاياته وعظيم مقاصده الباهرة وحُسن صنيع الله تعالى الشارع الحكيم بعباده أَنْ وضع لهم أحكام الشريعة في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل الآخذ من الطرفين بقسطٍ لا ميل فيه ولا أُمَّتٍ ، الداخِل تحت كسب العبد وقدرته من غير مشقة عليه ولا انحلال ، بل هو تكليف جارٍ على موازنةٍ تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال ، سواءً مما شُرِع ابتداءً على غير سبب ظاهر مقتضى لذلك أو لسبب يرجع إلى عدم العلم بطريق العمل ، أو لعذر قاهر أو عسير من أعذار العباد ، فإن كان التشريع إنما وُجد لأجل انحراف المكلف أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين ، كان التشريع راداً إلى الوسط الأعدل على وجه يميل فيه إلى شيء من الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه ، وهكذا نجد الشريعة أبداً في مواردها ومصادرها^(١) .

فإذا نظرت في كلية شرعية فإنك واجد إياها حاملة على التوسط ، فإن رأيت ميلاً إلى جهة طرف من الأطراف فلامر خارج ، وغالباً ما يكون في مقابلة أمر واقع أو متوقع الحصول من الطرف الآخر ، فعل الطبيب الماهر الرفيق يحمل المريض على ما فيه صلاحه حتى إذا ما استقلت صحته ونشط من عقله ، هياً له طريقاً في التدبير وسطاً لا ثقاً به في جميع أحواله .

فطرف التشديد يُؤتى به دواءً في مقابلة من غلب عليه الانحلال من الدين والاعتناق من ربة التكليف ، وطرف التخفيف يؤتى به دواءً أيضاً في مقابلة ما غلب عليه الحرج في التشديد ، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك رأيت التوسط

(١) الموافقات ج ٢ ص ١٦٣ وما بعدها .

لائحاً ، ومسلك الاعتدال واضحاً ، ولكن لما كان كل تكليف لا يخلو من نوع كلفة ، وكان العبد ضعيفاً بأصل الخَلقة غلب على الشرع أصل اليسر^(١) ليقوم العباد بأحكام الشرع على خير وجه دونما عنت أو ضيق أو ثقل . فهذه خطة الشارع في تشريعه وَوَضَعِهِ للأحكام ، وهو الأصل الذي يرجع إليه والمقصد الذي يُلجأ إليه .

437- ومن المعلوم لدى العقلاء : أن المقصد الشرعي العام من وضع الشريعة للمكلفين نوعان^(٢) ؛

أ- الأول : إقامة المصالح الدنيوية والأخروية لهم على وجه كلي .

ب- والثاني : إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبد لله اضطراراً .

ولا منافاة بين المقصدين بل بينهما تكامل واضح ؛ فالنوع الأول معناه وضع نظام إلهي كافل للسعادة في الدارين لمن تمسك به ، والثاني أن الشارع يطلب من العبد الدخول تحت هذا النظام الإلهي والانقياد له لا لهواه ، ثبت كل ذلك بالأدلة القاطعة لا ريب فيها .

438- وتأسيساً على ذلك نقول : إن هذا المقصد العام لا يُؤتي أَكْلَهُ ، ولا يُعطي ثماره إلا إذا كان التكليف سائراً على الخطة المرسومة آنفاً من التوسط والاعتدال واليسر .

فعلم من ذلك كله أن أصل الشرع مبني على اليسر والتسهيل المضبوط بضوابطه ، القائم على أسس متينة من القواعد المعتمدة ، على ذلك تضافرت الأدلة النقلية والعقلية ، ولولا ذلك لعظمت المشقة واشتد الحرج بالناس ، فصعب عليهم القيام بأعباء التكليف ، وهذا مالا يريده الشارع بل مما ياباه .

(١) شرح المجلة لأتاسي ج ٤٨ .

(٢) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٦٨ وما بعدها .

439- هذا ، ولقد التبس هذا الأصل على الكثيرين من الباحثين في أصول التشريع وفلسفته ، فراقهم هذا اليسر والرفق في التكليف ، فأخذوا بظاهر القول ، وأهملوا مقاصده ومراميه ، فذهبوا يترخصون في غير موضع الترخص ، ويتساهلون فيما لا يحتمل التساهل قائلين : (الدين يسر) وهم من وراء ذلك يهملون أوامرهم ويرتكبون نواهيهم تحت ستار التيسير والتخفيف ومرونة الشريعة ، حتى كأنما يريدون أن يجعلوا الشرع متمشياً مع أهوائهم وشهواتهم مستترين بهذا الأصل دونما ضابط يضبطه أو حدٌ يصلون به إليه .

440- وفي مقابل هؤلاء من الناس من غفل عن هذا الأصل العظيم أو تغافل عنه ، فذهب ينادي بالتشديد على النفس والقسوة عليها إلى حد ترك الرخص المشروعة ، والتورع عن المباحات الخالصة مما أحلَّ الله عز وجل ، كل ذلك باسم الورع ، وحقيقة الورع عند المحققين ترك الشبهات والابتعاد عن سبل المحرمات ، ثم إن الورع شيء والفتوى شيء آخر ، وما أحسن أن يأخذ المرء من الدين بالعزائم لنفسه مجاهدةً فيها ، وأن يترخص للناس فيفتيهم بالآيسر والأرفق مراعاةً لضعفهم الإنساني وليحبب إليهم الشرع ويوطئ لهم أكنافه ويظهره لهم بالصورة التي يحبون وبالشكل الذي يرغبون دونما إفراط ولا تفريط .

والنبي ﷺ كان القدوة المثلى ، والأسوة الحميدة في هذا الباب ، فقد كان يأمر أصحابه بالتخفيف على الناس وينهاهم عن التطويل والتشديد فقال لمعاذ لَمَّا علم أنه يطيل بصلاة الفجر وخلفه الرعاية والنساء والأطفال « أَفْتَانُ أَنتَ يامعاذ ؟ »^(١) ثم أمرهم بالتجوز « من أُمَّ فليخفف » .
ورُوي عنه ﷺ أيضاً : « إني لأسمع بكاء الصبي فأتجوز في صلاتي »^(٢) .

(١) رواه الخمسة إلا الترمذي وتمامه في البخاري : « فلولا صليت بسبح اسم ربك الأعلى ، والشمس وضحاها ، والليل إذا يغشى ؛ فإنه يصلي خلفك الكبير والضعيف وذو الحاجة » .

(٢) رواه الخمسة إلا أبا داود بلفظ : « إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها فأسمع بكاء الصبي فأتجوز في صلاتي لما أعلمه من وجد أمه من بكائه » .

علماً بأنه كان ربما صلى من الليل وحده حتى تنفطر قدماه ، أفرأيت إلى هذه الحكمة البالغة من النبي صلوات الله عليه الذي نوّه المولى جل شأنه به بقوله في التنزيل : ﴿ لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ ﴾ [التوبة : ١٢٨] ،

أفرأيت إليه صلوات الله عليه كيف يترخص للناس في محل الفتيا ويسرّ عليهم ؟ وكيف يأخذ في شأن نفسه بعزائم الدين ؟ وهذا والله هو الورع . . .

441- وبعد ؛ فهذه صفحات من نظرية رفع الحرج لا أدّعي فيها الإحاطة ، بل حسبي أنني جمعت أجزاءها ، وقَيَّدْتُ أوابدها واستنبطْتُ ضوابطها مع منافشات وتحقيقات لكثير من قواعدها ، وإن كانت منشورة بين ثنّايا كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية لدى المتقدمين والمتأخرين من الفقهاء والأصوليين جزاهم الله عن الإسلام خير الجزاء كِفَاءً ما قاموا به لهذا الدين من تصنيف وتأليف وحفظ .

442- على أن لهذه النظرية أهمية كبيرة إذ يتأصل عليها أصول ويتفرع عن تلك الأصول فروع ، وتقوم عليها أحكام عامة وخاصة ، وربما لا نجانب الحق إذا قلنا : إنه عليها مدار ثلث أحكام الشرع ، أما سائر أحكامه فتدور على دفع الضرر ودرء المفسدة على المكلفين من جهة ، وعلى جلب المصالح لهم من جهة أخرى .

443- هذا ؛ وقد قسمت البحث إلى مدخل وتسعة مباحث :

أما المدخل فيشتمل على ثلاثة مطالب : ١ - التعريف بالمشقة والحرج لغةً واصطلاحاً ، ٢ - نظرية رفع الحرج في إطار وظيفة الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة ، ٣ - الرخصة والعزيمة في الفقه الإسلامي وصلة رفع الحرج بهذا الأصل .

ويشتمل المبحث الأول الذي جعلته بعنوان : (أصول النظرية في الشريعة) على ثلاثة مطالب :

١ - الأول الأصل النصي والأصل الفقهي ٢ - وأدلة رفع الحرج من الشريعة
٣ - وتعليل النظرية .

أما المبحث الثاني فيبحث في (أقسام الحرج والمشقة في الفقه) .
والمبحث الثالث ؛ فيقوم على (أسباب التخفيف في الفقه) .
وخصّصت المبحث الرابع على (أنواع التخفيف في الشريعة) .
وجعلت المبحث الخامس قائماً على (معيار الحرج والمشقة في الفقه
الإسلامي وتطبيقات على النظرية) .
أما المبحث السادس ؛ فيشتمل على (شروط التخفيف للحرج في الفقه
وشروط الحاجة) .

وجعلت المبحث السابع (لضوابط المشقة الموجبة للتخفيف شرعاً) .
وقام المبحث الثامن على البحث في (مدى بناء الأحكام التشريعية على
رفع الحرج في الفقه) .

أما المبحث التاسع فقد عقدته على (الأصول العامة المبتنية على نظرية
رفع الحرج في الفقه الإسلامي) وفيه فرعان : ١ - القواعد الفقهية الكلية ،
٢ - الأصول المستوحاة من روح الشريعة الإسلامية .
ويلحق ذلك خاتمة تلخص كل ما وصلنا إليه من نتائج .

مدخل إلى البحث

(١) المطلب الأول : التعريف بالخرج والمشقة :

444 - ١ - التعريف بالخرج والمشقة لغة :

وجاء في لسان العرب تحت مادة (حَرَجَ) : (الحرج في الأصل الضيق ، ويقع على الإثم والحرام ، وقيل الحرج أضيق الضيق) وقال : (والحرج فيما فسر ابن عباس هو الموضع الكثير الشجر الذي لا يصل إليه الراعية . . . وماكن حَرَجَ وَحَرَجَ أي مكان ضيق كثير الشجر)^(١) . وجاء أيضاً في اللسان تحت مادة شقق : (والشَّقُّ والمشقة : الجهد والعناء ، ومنه قوله عز وجل : ﴿ إِلَّا يَشِقُّ آلَ أَنْفُسٍ ﴾ [النحل : ٧] وأكثر القرّاء على كسر الشين معناه إلا بجهد الأنفس وكأنه اسم ، وكأن الشَّقَّ فَعْلٌ)^(٢) .

وجاء في المصباح المنير : (حرج صدره حرجاً من باب تَعَبَ ؛ ضاق)^(٣) . وجاء في الموافقات للشاطبي مانصه : (ولا بد قبل الخوض في المطلوب من النظر في معنى المشقة ، وهي في أصل اللغة من قولك : شق عليّ شيءٌ يُشَقُّ شَقّاً ومشقةً إذا أتعبك ، ومنه قوله تعالى : ﴿ لَمْ تَكُونُوا بِهِ لَبِغِينَ إِلَّا يَشِقُّ آلَ أَنْفُسٍ ﴾ [النحل : ٧] الشَّقُّ هو الاسم من المشقة)^(٤) .

445 - ٢ - التعريف الاصطلاحي :

ومن التعريف اللغوي مع زيادة عليه يقتضيها المقام نستطيع أن نعرّف

(١) لسان العرب ج ٢ ص ٢٣٣ وما بعدها .

(٢) ر : لسان العرب ج ١٠ ص ١٨٣ وما بعدها .

(٣) المصباح المنير ص ١٣٨ .

(٤) الموافقات ج ٢ ص ١١٩ .

المشقة والخرج في اصطلاح الشريعة الإسلامية بعد استقراء أقوال الفقهاء والأصوليين في هذا البحث فنقول :

(الخرج والمشقة اصطلاحاً يُراد بهما الضيق الشديد جداً الذي يلحق المكلّف حال أخذه بالحكم المقابل للتخفيف بما يقتضي العُسْر العام) .

وعلى هذا ؛ فأصلُ الخرج في نظري أخص من المشقة من وجه وأعم من وجه ، فكل خرج فيه مشقة ، وليس كل مشقة فيها^(١) خرج ؛ ذلك لأن المشقة مطلق جهد وعناء ، وقد يكون فيهما ضيق ، وقد لا يكون ، لكن الضيق لا يكون إلا حيث الجهد والعناء وزيادة ، وربما كان فيما قاله صاحب اللسان^(٢) في الخرج : (وقيل معناه الضيق جداً) ما يشير إلى هذا أو قريب منه ، والظاهر هنا الترادف فهما في هذا المحل بمعنى ما يؤيد ذلك :

جاء في الموافقات للشاطبي : (وقد قال ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨] إنما ذلك سعة الإسلام ما جعل الله من التوبة والكفارات) ، وقال عكرمة : (ما أحلّ لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ، وعن عبيد الله بن عمير أنه جاء في ناس من قومه إلى ابن عباس رضي الله عنهما فسأله عن الخرج ؛ فقال : (أولستم العرب ؟ ! ثم قال ادع لي رجلاً من هذيل ، فقال ؛ ما الخرج فيكم ؟ قال : الحرجة من الشجر ما ليس له مخرج ، قال ابن عباس : ذلك الخرج ما لا مخرج له) ، فانظر كيف جعل الخرج ما لا مخرج له ، وفسر رفعه بشرع التوبة والكفارات ، وأصل الخرج الضيق ، فما كان من معتادات المشقات في الأعمال المعتاد مثلها فليس بخرج لغة ولا شرعاً^(٣) .

(١) وهو المسمّى عند المناطقة (بالعموم والخصوص الوجهي) اهـ ، ر : شرح الخبيصي على التهذيب بحاشية العطار ص ٨٨ وما بعدها .

(٢) ر : لسان العرب ج ٢ ص ٢٣٤ وقال الأزهري كما نقل عنه صاحب اللسان : (الخرج أن ينظر الرجل فلا يستطيع أن يتحرك من مكانه قرعاً وغيظاً) اهـ المرجع نفسه والصفحة ذاتها .

(٣) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٥٨ وما بعدها .

446 - وجوه افتراق الحاجة عن الضرورة وعن العرف الخاص :

وبعد ؛ فالضرورة والحاجة يفترقان في الحكم من ناحيتين :

آ - أن الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطراب حاصلًا للفرد أم للجماعة ، بخلاف الحاجة فإنها لا توجب التدابير الاستثنائية من الأحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة ؛ ذلك لأن لكل فرد حاجات متجددة ومختلفة عن غيره ، ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به ، بخلاف الضرورة فإنها حالة نادرة وقاصرة .

ب - أن الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة ، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطراب ، وتتنقيد بالشخص المضطر ، أما الأحكام التي تثبت بناءً على الحاجة فهي لا تصادم نصاً ، ولكنها تخالف القواعد والقياس ، وهي تثبت بصورة عامة دائمة يُفيد منها المحتاج وغيره .

ج - وبذلك تفرق الحاجة الخاصة عن العرف الخاص أيضاً ؛ لأن الحكم الذي يثبت بالعرف الخاص يقتصر على أهل العرف فقط^(١) .

المطلب الثاني :

447 - نظرية رفع الحرج في إطار وظيفة الشريعة الإسلامية ومقاصد الشريعة :

ثبت من استقراء الأحكام وعللها وحكمها التشريعية أن الشريعة الإسلامية وُضعت لتحقيق مصالح الناس المعترية شرعاً بكفالة ضرورياتهم وتوفير حاجياتهم وتحسينياتهم ، فتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها

(١) ر : المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٩٩٢ وما بعدها نقلاً عن شرح والده على القواعد بتصرف ، وشرح المجلة للأناسي ج ١ ص ٧٥ .

في الخلق ، والهدف من تشريع الأحكام تحقيق المصالح الحقيقية للناس (المصلحة دائماً) وحفظ كيان المجتمع الإنساني ، هذه المقاصد تستوعب تلك الأمور الثلاثة^(١) التي تتكوّن منها مصالح الناس ؛ وهي المسمّاة (الكليّات الثلاث) .

١ - فالمقصد الأول من التشريع هو كفالة ضروريات الناس : وهي التي تقوم عليها حياتهم ، بحيث إذا فقدت اختل نظام الحياة وعمت الفوضى والمفاسد وضاعت المصالح ، وبهذا المعنى ترجع مراعاة الأمور الضرورية للناس إلى المحافظة على خمسة أشياء ؛ هي الدّين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال .

٢ - والمقصد الثاني من التشريع هو توفير حاجيات الناس : وهي التي لا يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة بتخلف أمر ضروري ، وإنما يحتاج إليها الناس لرفع الحرج والتيسير ، فهي بهذا المعنى ترجع إلى رفع الحرج عن الناس ، والتخفيف عليهم ليتحملوا مشاق التكليف ، وتيسير طرق التعامل لهم وسبل العيش ، من ذلك أن شرع الإسلام الرخص في العبادات وأباح عقوداً في المعاملات يحتاج إليها الناس بالرغم من عدم اتفاقها مع القواعد العامة في العقود ك(السّلم)^(٢) .

٣ - والمقصد الثالث من التشريع هو توفير تحسينيات الناس : وهي التي لا يترتب على فقدانها فوات أمر ضروري أو حاجي ، وإنما هي أمور تقتضيها الآداب وسير الأمور على منهاج قويم ، فهي بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يُقصد به سير الناس في حياتهم على أحسن منهاج ، من ذلك تشريع الطهارة في العبادات وتحريم الغش والتدليس والتغريب في المعاملات ، والنهي عن قتل الصبيان والنساء في الجهاد ضمن دائرة العقوبات .

(١) ر : التوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) السّلم اصطلاحاً : (شراء أجل بعاجل) وهو ما رجحه ابن عابدين بعدما أورد تعاريف للسلم غير هذا ،

ر : حاشية رد المحتار ج ٤ ص ٢٠٣ .

448- على هذا السّنن تتحدد مراتب الأحكام الشرعية بحسب المقصود منها ، فالضروريات أهم المقاصد ، وتليها الحاجيات ، ثم التحسينيات ، وعليه فالأحكام المشروعة لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الأحكام المشروعة لتوفير الحاجيات ، ثم الأحكام المشروعة للتحسينيات ، وتُعدُّ كل طائفة من هذه الأحكام مكّمةً لتلك التي تعلوها في المرتبة ، فلا يُراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري ، أما الحكم الضروري فتجب مراعاته ولا يجوز الإخلال به إلا لكفالة ضروري أهمّ منه^(١) .

449- وتأسيساً على هذا التقسيم والترتيب وُضعت المبادئ الشرعية الخاصة بدفع الضرر ورفع الحرج ، أما دفع الضرر فيحتاج إلى بحث قائم برأسه سيأتي في حينه ، وسيكون الكلام هنا مقتصرًا على رفع الحرج في نظرية متكاملة لها أسبابها وضوابطها وأنواعها وتخريجاتها بقدر ما يستوعب البحث ويتسع المجال .

المطلب الثالث :

450- الرخصة والعزيمة في الفقه الإسلامي وصلة نظرية رفع الحرج بهذا الأصل :

آ- التعريف بالعزيمة والرخصة لغة واصطلاحاً :

العزيمة لغةً : (من العزم وهي عقد القلب المؤكّد على أمر ما ، فهي القصد المؤكّد^(٢)) وعند الأصوليين :

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ٨ وما بعدها - المستصفى للغزالي ج ١ ص ٢٨٦ ، و ر : دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية ج ١ نظرية القاعدة القانونية تأليف د عبد المنعم فرج الصده ص ٩ وما بعدها ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) ر : القاموس المحيط ج ٤ ص ١٤٩ وما بعدها .

(ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً لتكون تشريعاً عاماً لكل المكلفين في جميع الأحوال)^(١) ، كـ (الصلاة والصوم والزكاة والحج وسائر شعائر الإسلام) .

٢ - والرخصة معناها اللغوي : (التيسير والتسهيل في الأمر وخلاف التشديد فيه) وعند الأصوليين : (هي الأحكام التي شرعها الشارع بناء على أعذار العباد رعاية لحاجتهم مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي)^(٢) ولها تعريف آخر لدى بعض الفقهاء بقولهم : (هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر)^(٣) .

451 - ب - معنى العزيمة وأحكامها^(٤) :

معنى شرعية الرخصة ابتداءً أن يكون قصد الشارع بها إنشاء الأحكام التكليفية على العباد من أول الأمر فلا يسبقها حكم شرعي قبل ذلك ، فإن سبقها وكان الثاني ناسخاً فهو كـ (الحكم الابتدائي) ، ويدخل تحت العزيمة ما شرع لسبب اقتضى تشريعه ، إذ لا وجود لهذا الحكم إلا بعد وجود سببه فكان تشريعه ابتداءً كـ (تحريم سبّ الأنداد في القرآن الكريم) .

ويدخل أيضاً تحت العزيمة ما دعت المصلحة العامة إلى تشريعه من أول الأمر كـ (البيع والقصاص) كما يدخل فيها المستثنى من عام وما خصص

(١) ر : أصول الشاشي ص ١١٣ وما بعدها ، ومرة الأصول : ٢ ص ٣٩٠ ، كشف الأسرار ص ٦١٨ ،

شرح المحلي على جمع الجوامع ج ١ ص ٩٤ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ص ٢ ص ٨ ، شرح

الإسنوي ج ١ ص ٩١ ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٢٧ وانظر تعريف السعد .

(٢) غاية الوصول شرح لب الأصول لذكريا الأنصاري ص ١٨ ومرة الأصول ص ٢ ص ٢٩٤ ، والتقريب والتنخير

ج ٢ ص ١٤٦ ، وفواتح الرحموت ص ١١٦ .

(٣) ر : شرح الإسنوي ص ٨٩ ، المستصفى ص ٣٦ ، شرح المحلي على جمع الجوامع ص ٢٩ .

(٤) من الأصوليين من عدّ الرخصة والعزيمة من مباحث الحكم التكليفي بناء على أنهما يرجعان إلى الاقتضاء

والتخيير فالعزيمة اقتضاء والرخصة تخيير ، ومنهم من عدّهما من مباحث الحكم الوضعي وهو الأظهر

وعلى ذلك مشى الأمدي والشاطبي وابن الحاجب ، لأن الحكم المشروع هو جعل الضرورة أو الحاجة

سبباً في التخفيف اهـ .

منه ؛ فالمستثنيات من العمومات كقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] فلاأخذ في هذه الحال حال الخوف من التقصير في حقوق الله عزيمة^(١) .

هذا ؛ ولا يطلق اسم العزيمة إلا إذا كانت هنالك رخصة مقابلة لها عند المحققين ، أما مالا رخصة فيه بحال فلا يطلق عليه عزيمة وإن كان حكماً ابتدائياً كلياً^(٢) .

452 - ج - معنى الرخصة وأحكامها :

من عرّف الرخصة قيدها بأنها على خلاف الدليل احترازاً عما أباحه الشارع بالإباحة الأصلية فلا يسمّى رخصة ؛ لأنه لم يثبت على المنع منه دليل ، والعدر هو المشقة والحاجة مع بقاء سبب الحكم الأصلي ، أما إذا لم يبق السبب للحكم الأصلي كحل ترك المسلم الثبات لعشرة من الكفار بعد أن كان ممنوعاً فلا يسمى رخصة ؛ لأن الحكم الأصلي وهو وجوب الثبات للعشرة قد زال سببه وهو قلة المسلمين . فالحاصل أن العزيمة راجعة إلى أصل محلي ابتدائي ، والرخصة راجعة إلى جزئي مستثنى من ذلك الأصل الكلي .

أقسام الرخصة :

453 - الرخصة عند الجمهور أربعة أقسام :

- ١ - واجبة : ك(أكل لحم الميتة للمضطر) . ٢ - ومندوبة : ك(قصر الصلاة للمسافر بشرطه) . ٣ - ومباحة : ك(السّلم والعرايا والإجارة والمساقاة وأشباهاها من العقود) فإنها رخصة بلا نزاع لدفع الحاجة . ٤ - وخلاف الأولى : ك(فطر المسافر الذي لا يتضرر بالصوم) فمدار تقسيم هؤلاء وهم السادة

(١) ر : الوسيط ص ١٠٦ وما بعدها والموافقات للشاطبي ج ١ ص ٣٠٠ وما بعدها .

(٢) ر : الموافقات ج ٢ ص ٣٠٠ / الحاشية .

الشافعية والحنابلة هو العُذر^(١) .

وقال الشاطبي : (من المالكية حكم الرخصة الإباحة مطلقاً من حيث هي رخصة ، وأما وجوب تناول المحرمات اضطراراً فيرجع إلى عزيمة ثانية هي المحافظة على الحياة) واستدل لذلك بأدلة تجدها في الموافقات^(٢) .

454 - وجعل الحنفية الرخصة أربعة أنواع :

١ - الأول : إباحة الفعل المحرّم عند الضرورة والحاجة كـ(التَلَقُّظ بكلمة الكفر عند الإكراه على ذلك بالقتل أو بقطع بعض الأعضاء مع اطمئنان القلب بالإيمان ، وكالإفطار عمداً في رمضان ، والجناية على الحرم ، وإتلاف مال الغير عند الإكراه في كل ذلك) وكـ(شرب الخمر) عندما يتعين كونه طريقاً لإنقاذ النفس من الهلاك .

وحكمه ؛ الجواز إلا إذا خاف الشخص المكره هلاك نفسه أو ذهاب عضو من أعضائه فيصبح العمل بالرخصة واجباً ، فإذا لم يعمل بها حتى مات كان أثماً لتسببه في قتل نفسه قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] واستثنوا من ذلك التلفظ بكلمة الكفر فقالوا : إن الأخذ بالعزيمة أولى ولو قتل كان مأجوراً مستدلين بحديث الصحابين اللذين قتلها مسيلمة ترخص أحدهما فنجا وصبر الآخر فقتل شهيداً^(٣) .

٢ - الثاني : إباحة ترك الواجب إذا كان في فعله مشقة تلحق المكلف كـ(رخص المسافرين في الصوم والصلاة)^(٤) وحكم ذلك الجواز ، والأخذ

(١) ر : المستصفى ١ ص ٦٣ ، شرح الإسنوي ١ ص ٩٠ ، الإبهاج ١ ص ٥٢ ، شرح المحلي على جمع

الجوامع ١ ص ٥٢ ، والموافقات ج ١ ص ٣٠٣ وما بعدها إلى ٣٠٧ :

(٢) ر : الموافقات ج ١ ص ٣٠٧ .

(٣) ر : التقرير والتجوير ٢ ص ١٤٦ ، فوائح الرحموت ١ ص ١١٦ وما بعدها ، مرآة الأصول ٢ ص ٣٩٥

وما بعدها ، كشف الأسرار ١ ص ٦٣٥ وما بعدها ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٤) في شأن صلاة القصر واجب على المسافر عند الحنفية ولا يجوز الإتمام بل يكره تحريماً فالرخصة هنا رخصة إسقاط لا رخصة ترفيه فليعلم .

بالعزيمة أولى ، ولو ترخص لا شيء عليه إلا إذا خاف على نفسه الهلاك فيصبح الترخص عليه واجباً .

٣ - الثالث : إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج إليها الناس مع مخالفتها لقواعد الشريعة ك(السلم والاستصناع) .

٤ - الرابع : رفع الأحكام الشاقة التي كانت مشروعة على من قبلنا فخفف الله عنا بنسخها ك(اشتراط قتل النفس في التوبة ، وتطهير الثوب بقطع موضع النجاسة ، وإيجاب ربع المال في الزكاة) وهذا النوع رخصة مجازاً ؛ لأن الأصل لم يبق مشروعاً فلا عزيمة حتى يطلق عليه اسم الرخصة في مقابلها ، لكن لما ترتب على انتفائها من شريعتنا يسر وسهولة في حقنا أطلق عليها رخصة تجوزاً وتوسعاً عند الحنفية^(١) ، وخالف عن ذلك الجمهور فلم يعدوها رخصة^(٢) .

فالرخصة على هذا عند الحنفية لا تعدو أن تكون إما مباحاً أو واجباً .

455 - ثم الرخصة عند الحنفية نوعان باعتبار آخر هو :

(بقاء حكم العزيمة أو عدم بقاءه) :

أ - رخصة ترفيهه : وهي الرخصة المباحة التي يبقى حكم العزيمة معها ، فيخير الإنسان بين الترخص وبين الأخذ بالعزيمة ك(الإفطار في رمضان للمسافر) .

ب - ورخصة إسقاط : وهي الرخصة الواجبة التي لا يبقى معها حكم العزيمة باقياً ، فلا يخير الإنسان بل يُجبر على الترخص ك(القصر في الصلاة للمسافر)^(٣) .

(١) فوائح الرحموت ١ ص ١١٧ ، التقرير والتحبير ٢ ص ١٤٧ ، مرآة الأصول ٢ ص ٣٩٥ ، كشف الأسرار ١ ص ٦٣٦ ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢) الإبهاج شرح المنهاج لتاج الدين السبكي ج ١ ص ١٥ :

(٣) ر : المنار بشرح ابن العيني وابن الملك ص ٢٠٢ وما بعدها .

456 - وبعد ؛

فصلة رفع الحرج بالرخصة والعزيمة واضح مما تقدم ، وذلك أن الرخصة منها ؛ ما شرع استثناءً من أصل كلي لأعذار العباد دفعاً للمشقة ورفعاً للحرج المترتب عليهم عند أخذهم بالعزيمة ، سواء كان ذلك إباحةً لفعل محرم أو تركاً للواجب كما مر آنفاً ، أو إباحةً لعقود وتصرفات يحتاج إليها الناس مع مخالفتها للقواعد المقررة ، كل ذلك تيسيراً على المكلفين وتسهيلاً عليهم في أمر دينهم ودنياهم^(١) .



(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ٣٠٣ .

المبحث الأول

أصول نظرية رفع الحرج

في الشريعة الإسلامية وأدلتها وتعليلها

أولاً (أصول النظرية :

457 - آ) الأصل النصي :

- من الكتاب العزيز قوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥] ، وقوله عز وجل : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨]

- ومن السُّنَّة الشريفة : قوله صلوات الله عليه : « أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ »^(١) وقوله صلوات الله وسلامه عليه : « إِنْ اللَّهُ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »^(٢) وقوله أيضاً : « يَسِّرُوا وَلَا تَعَسِّرُوا وَبَشِّرُوا وَلَا تَنْفَرُوا »^(٣) ، وقوله ﷺ : « إِنَّ هَذَا الدِّينَ يَسِرُّ وَلَنْ يَشَادَّ أَحَدٌ هَذَا الدِّينَ إِلَّا غَلِبَهُ »^(٤) أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، ر : إيمان : ٣٩ .

(٢) ينظر تخريجه في الفقرة ذات الرقم (١٥٧) .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، انظر جامع الأصول ج ١ ص ٣٠٩ .

(٤) أخرجه البخاري في إيمان ٣٩ ، والنسائي في سنته في إيمان ٣٨ ، والإمام أحمد في المسند : ٤/٤٣٣ =

458 - ب) الأصل الفقهي :

تبني نظرية رفع الحرج التي أقام صرحها الفقه الإسلامي على ثلاث^(١) قواعد فقهية كلية جلية :

١ - (المَشَقَّة تجلب التَّيسِير) : قال في الأشباه^(٢) : (قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته^(٣)) وهي من القواعد الفقهية الكلية الأصلية التي تتفرع عنها قواعد فقهية كلية ثانوية ، وهذه القواعد الفقهية الكلية الأصلية خمس ، هي القواعد الكبرى التي تعد من أسس الشريعة في جميع المذاهب ، وهي بعد أمّات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية وهي :

١ - الأمور بمقاصدها .

٢ - الضرر يزال .

٣ - العادة محكمة .

٤ - اليقين لا يزول بالشك .

٥ - المشقة تجلب التيسير .

وقد نظمها بعض الفقهاء الشافعية مثيراً إلى أساسيتها في مذهبهم أيضاً بقوله :

لشافعيّ فكن بهن خيراً	خمسٌ مُقرّرة قواعدٌ مذهب
وكذا المشقة تجلب التيسيراً	ضرر يزال ، وعادة قد حُكمت
والقصد أخلص إن أردت أجوراً ^(٤)	والشك لا ترفع به متيقناً

= ٢٥٠/٥ - ٢٥١ .

(١) ر : الأشباه والنظائر ص ٧٥ وما بعدها ، وغمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١

ص ١٠٥ وما بعدها ، وشرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٤٨ .

(٢) ر : الأشباه والنظائر ص ٧٥ .

٢- قاعدة (الحرج شرعاً مرفوع) : من فروعه قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال من شؤون النساء ، والاكتفاء بغلبة الظن دون التزام الجزم والقطع في استقبال القبلة وطهارة المكان والماء والقضاء والشهادة ، ومن فروعه ما قرروه من أنه : (إذا ضاق الأمر اتسع)^(١) .

٣- قاعدة (الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات عامة كانت أو خاصة)^(٢) : ولذا قالوا : (أكثر ما ورد على خلاف القياس مبني على الحاجة) ومن فروعه : (الترخيص في السلم ، وبيع الوفاء ، والاستصناع ، وضمان الدرك)^(٣) وجواز عقود كثيرة من عقود المعاملات وضروب الشركات التي تحدث بين الناس وتقتضيها تجارتهم على خلاف القياس إذا قام البرهان الصحيح ودل الاستقراء التام على أن نوعاً من هذه العقود أو التصرفات صار حاجياً للناس بحيث ينالهم الحرج والضيق إذا حرم عليهم هذا النوع من التعامل ؛ أبيع لهم قدر ما يرفع الحرج منه بناءً على أن الحاجات تُقدَّر بقدرها كـ (الضرورات)^(٤) ، كل ذلك بالضوابط التي سيأتي ذكرها قريباً .

459 - ثانياً (أدلة نظرية رفع الحرج من الشريعة :

لم يقصد الشارع من تشريعه إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه بالمشقة غير المعتادة أي الزائدة عن الحدود العادية ، ولم توجد هذه المشقة المذكورة مطلقاً في تكاليف الشريعة الإسلامية من اقتضاء وتخيير ؛ والدليل على ذلك من أمور :

- (١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥١ وما بعدها .
- (٢) ر : المصدر السابق ج ١ ص ٧٥ وما بعدها .
- (٣) ر : الأشباه والنظائر ص ٩١ وما بعدها ، أما ضمان الدرك فهو [التزام رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول الضامن للدرك : (تكفّلت بما يدركك في هذا المبيع)] العناية بهامش الفتح ج ٨ ص ٢٠٦ والتعريفات ص ١٢١ ، هذا وعرف الأكمل الدرك بقوله : (هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع) أما الكفالة بالدرك فصحيحة كما ذكر في الصفحة نفسها اهـ .
- (٤) ر : شرح المجلة ج ١ ص ٧٥ وما بعدها .

١ - أولها : النصوص الدالة على ذلك ؛ كـ (الآيات والأحاديث) التي روينها أنفاً وكقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] ، وقوله تعالى : ﴿ فَالْتَقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ [التغابن : ١٦] وقوله : ﴿ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾ [الأعراف : ١٥٧] ، وقوله : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٨] وقوله : ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ ﴾ [المائدة : ٦] .

وفي الحديث : « ما خَيْرَ بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً »^(١) وإنما قال : « ما لم يكن إثماً » لأن ترك الإثم لا مشقة فيه من حيث كان مجرد ترك وتكليفاً بالمعتاد ، وقد تضافرت النصوص التشريعية على هذا المعنى واجتمعت عليه .

٢ - وثانيها : ما ثبت أيضاً من مشروعية الرُّخص ، وهو أمر مقطوع به ، ومما علم من دين الأمة ضرورة كـ (رخص القصر والفطر والجمع بين الصلوات بشروطه ، وتناول المحرّمات في الاضطراب ، وما جاء من النهي عن التعمق والتكلف والتسبب في الانقطاع عن دوام الأعمال) فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة .

٣ - والثالث : الإجماع على عدم وقوعه وجوداً في التكليف ، وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه وعلى أنه مرفوع شرعاً^(٢) .

460 - ثالثاً) تعليل التشريع لرفع الحرج :

الحرج مرفوع عن المكلف لوجهين :

(١) أحدهما : الخوف من الانقطاع من الطريق ، وبغض العبادة ، وكراهة

(١) أخرجه البخاري ، المناقب ٢٣ والأدب ٨٠ والحدود ١٠ ، ومسلم في الفضائل ٧٧ ، ٧٨ ، وأبو داود في الأدب ٤ ، والترمذي في المناقب ٢٤ ، ومالك في الموطأ في حسن الخلق ٢ ، وأحمد في مسنده ٨٥ ، ٦ .

(٢) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٢١ وما بعدها .

التكليف ، وينتظم تحت هذا المعنى الخوف من إدخال الفساد عليه في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله ، فالله عز وجل وضع هذه الشريعة المباركة حنيفيةً سهلةً سهلةً ، حفظ من النفرة من تكاليفها على الخلق قلوبهم ، وحببها لهم بذلك ، فلو عملوا على خلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كُلفوا به ما لا تخلص به أعمالهم ، فقد ورد في حديث عائشة مرفوعاً : « إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق ، ولا تبغضوا إلى أنفسكم عبادة الله ، فإن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى »^(١) لكن هذا كله معلل معقول المعنى بما دل عليه ما تقدم من السامة والملل والعجز وبغض الطاعة وكراهيتها .

(٢) والثاني : خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد بمختلفة الأنواع ، مثل : (قيامه على أهله وولده إلى تكاليف آخر تأتي في طريقها) فربما كان التوغل في بعض الأعمال شاغلاً عنها ، وقاطعاً بالمكلف دونها ، وربما أراد العبد الحمل للطرفين على المبالغة في الاستقصاء فانقطع عنهما معاً ، وبيانه أن المكلف مطالب بأعمال ووظائف شرعية لا بد له منها ولا محيص له عنها ، يقوم فيها بحق ربه تعالى ، فاذا أوغل في عمل شاق فربما قطعه عن غيره ولا سيما حقوق الغير التي تتعلق به ، فتكون عبادته أو عمله الداخل فيه قاطعاً عما كلفه الله به ، فيقصر فيه فيكون بذلك ملوماً غير معذور ، إذ المراد منه القيام بجميعها على وجه لا يُخل بواحدة منها ، ولا بحال من أحواله فيها .

461 - هذا هو شأن عامة المكلفين في كل من الضريبتين المذكورين في حكمة التشريع ، فشأنهم تزاحم الأعمال مع الخوف من الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف أو إدخال الفساد عليه في جسده أو عقله أو ماله أو حاله ، فيقع الترجيح بينها ، فإذا تعين الراجح ارتكب وترك ما عداه ، فيأخذ

(١) رواه البزار عن جابر وأخرجه السيوطي في الجامع الصغير ورواه أيضاً بصدده فقط أحمد في مسنده عن أنس صحيحاً .

في الحظوظ ما لم يخل بواجب ويترك الحظوظ ما لم يؤد الترك إلى محذور ،
ويبقى في المندوب والمكروه على توازنه بحسب نتائج الأعمال وما تؤدي
إليه ^(١) .

ذلك لأن الشريعة شرعت للعامة لا للخاصة من العباد والزهاد ، فهؤلاء
أهل إسقاط الحظوظ ، والكافة أهل الحظوظ ، فلا بد لهم من استيفائها
المأذون لهم فيه شرعاً لكن بحيث لا يُخل بواجب عليهم ، ولا يضر بحظوظهم
كما تقدم .

462 - أما هؤلاء القلة من الخلق فليسوا مقصودين بهذا وأمثاله ، ذلك لأن
أحدهم شأنه أن لا يدخل عليه ذلك الملل والكسل لوازع هو أشد من المشقة ،
أو حالٍ يسهل به الصعب ؛ لما له في العمل من المحبة واللذة حتى خف عليه
ما ثقل على غيره ، وصارت تلك المشقة في حقه غير مشقة ، فما تقدم من
الأدلة على رفع الحرج وإرادة اليسر فإنما يكون النهي منتهضاً مع فرض الحرج
والعسر ، فإذا فرض ارتفاع ذلك بالنسبة إلى قوم ارتفع النهي ، ومن ذلك
ما يُروى من الحكايات عن بعض عباد الصحابة والتابعين وسلف هذه الأمة
المشهود لهم بالخيرية ^(٢) .

* * *

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٣٦ وما بعدها .

(٢) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٣٩ وما بعدها .

المبحث الثاني

أقسام الحرج والمشقة في الفقه الإسلامي

المشاق على قسمين : مشقة لا ينفك عنها التكليف غالباً^(١) ، ومشقة ينفك عنها التكليف غالباً ، ودونك تفصيل ذلك :

463- آ - فالمشقة التي لا ينفك عنها التكليف غالباً :

فلا أثر لها في إسقاط التكليف في كل الأوقات ، وذلك كـ (مشقة البرد في الوضوء والغسل ، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ، ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج والجهاد عنها ، ومشقة ألم الحدّ ورجم الزناة وقتل الجناة وقتال البغاة) وهذه هي المشقة الطبيعية في الحدود العادية .

464 - ب - وأما المشقة التي ينفك عنها التكليف غالباً :

فعلى مراتب ثلاث :

١ - الأولى : مشقة عظيمة فادحة كـ (مشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأعضاء) فهي موجبة للتخفيف ، وكذا إذا لم يكن للحج طريق إلا من البحر وكان الغالب عدم السلامة لم يجب .

٢ - الثانية : مشقة خفيفة كـ (أدنى وجع في أصبع ، أو أدنى صداع في الرأس أو سوء مزاج خفيف) فهذا لا أثر له ولا التفات إليه ؛ لأنّ تحصيل مصالح التكليف أولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لا أثر لها^(٢) .

(١) ر : الأشباه والنظائر بحاشية غمز عيون البصائر ج ١ ص ١١٥ وما بعدها ، والفروق ج ١ ص ١١٨ وما بعدها ، وتهذيب الفروق بهامشه ص ١٣٢ وما بعدها .

(٢) ر : الأشباه والنظائر ص ٨٢ و ٨٣ والموافقات ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها ، وانظر في ذلك كلاماً نفسياً للشاطبي في الموافقات بعد تقريره لهذا المعنى يقول : (وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب فلا يعد في العادة مشقة وإن سميت كلفة ، فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار ، في أكله وشربه وسائر =

٣ - الثالثة : متوسّطة بين الدرجتين كـ (مريض في رمضان يخاف من الصوم زيادة المرض أو بقاء الشفاء فيجوز له الفطر ، وكذلك في المرض المبيح للتيمم إذا كان بتجربة سابقة أو بقول طبيب حاذق مقبول الشهادة) واعتبر الحنفية في الحج الزاد والراحلة المناسبين للمكلف بالحج^(١) .

ما تقدم إنما هو فيما كان من الأعمال يتسبب عنه مشقة ، وهو من المأذون فيه ، فإن كان غير مأذون فيه وتسبب عنه مشقة فادحة فهو أظهر في المنع من ذلك التسبب ؛ لأنه زاد على ارتكاب المنهي عنه إدخال العنت والحرَج على نفسه ، ثم إن الشارع لا يقصد فيها المشقة أيضاً وإن جاءت في الطريق بسبب المكلف .

* * *

(١) وقد عدّد الشاطبي في الموافقات المشقة إلى خمسة وأرجعها إلى أربعة في تقسيم بديع لم يسبق وأجمل ثم فصل ، وقد جمعنا في هذا التقسيم بين تقسيم ابن نجيم في الأشباه وبين تقسيم الشاطبي في الموافقات ، وكنت إلى الأول أميل مع الاحتفاظ بقيمة الثاني ووجهته ، وانظر الموفقات ج ٢ ص ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ وما بعدها .

المبحث الثالث

أسباب التخفيف في الفقه

465- أسباب التخفيف في التكاليف الشرعية سبعة بالاستقراء :

- ١- السفر ، ٢- المرض ، ٣- الإكراه ، ٤- النسيان ، ٥- الجهل ،
- ٦- العسر وعموم البلوى ، ٧- والنقص .

١ - أما السفر : فالتخفيف الحاصل بسببه نوعان : نوع يختص بالطويل ، وهو السفر الشرعي (ثلاثة أيام ولياليها) وهو القصر - رخصة إسقاط بمعنى العزيمة - والفطر ، والمسح أكثر من يوم وليلة ، وسقوط الأضحية ، ونوع لا يختص به ، والمراد به مطلق الخروج عن الحصر ، وهو ترك الجمعة والعيد والجماعة والنفل على الدابة وجواز التيمم عند فقد الماء أو عذر شرعي واستحباب القرعة بين نسائه وما إليه .

٢ - وأما المرض : فَرُخِّصَهُ كثيرة مر بعضها آنفاً وشرعت العبادات عليه بالقدرة الممكنة^(١) ، فيصلي قاعداً إن عجز عن القيام في الفرض ومستلقياً إن عجز عن القعود ، وضابطه أن يكون مرضاً شديداً يخاف المرء منه على نفسه أو على عضو منه أو من زيادة المرض أو بقاء البرء ، ومن أجله أبيح الفطر في رمضان والتيمم والصلاة قاعداً^(٢) .

(١) القدرة الممكنة : القدرة قدرتان : ممكنة وميسرة ، فالأولى : أدنى ما يتمكن به المأمور على أداء المأمور به من غير حرج غالباً وهي شرط لأداء كل واجب ، والثانية : وما يوجب اليسر على الأداء ويشترط بقاؤها لبقاء الواجب ، ر : التوضيح بحاشية التلويح ج ١ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) ويلحق بالمرض الحيض والنفاس ، وهما وإن كانا لا يُعدمان الأهلية ، لكن الطهارة شرط للصلاة ، وفي فوت الشرط فوت الأداء ، فلو وجب القضاء لكان ذلك حرجاً في الصلاة ، ولا حرج في قضاء الصوم اهـ . شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٠ .

٣- وأما الإكراه والنسيان والجهل : فهي في نظر الشارع الحكيم أَعذار موجبة للتخفيف متى قام على تحققها الدليل .

٤- أما النسيان : فاتفق الفقهاء على أنه مسقط للإثم مطلقاً ، وأما المَعْرَم فلا يسقط في حقوق العباد بالنسيان ، ويُرجع فيه لكتب الفروع وحَدُّه (عدم تذكر الشيء وقت حاجته إليه) ومن أجله رفع الإثم ممن ارتكب معصية ناسياً ، ولم يبطل صوم المفطر في رمضان ناسياً ، ولم تحرم ذبيحة تارك التسمية عليها ناسياً .

٤- وأما الجهل : فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم وأقسامه أربعة ، الأول جهل باطل لا يصلح عذراً كـ (جهل الكافر) وجود الله عز وجل وكجهل الباغي وصاحب الهوى ، والثاني الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في موضع الشبهة فهو عذر وشبهة كـ (المحجوم) يفطر على ظن أن الحجامة مفطرة ، والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر ؛ وهو عذر ، والرابع جهل الشفيع بالبيع والأمة بالإعتاق وجهل البكر بنكاح الولي وهو ما يُسمَّى : (بجهل الواقعة) وهو عذر أيضاً ، ومن أجل الجهل المعتبر شرعاً ساغ ردّ المبيع بالعيب لمن اشتراه جاهلاً بعيبه ، وساغ فسخ الزواج بالعيب لمن تزوج جاهلاً به لشروطه المعتبرة .

٥- وأما الإكراه : فإنه يمنع إلزام المستكره بعقده ، وإذا كان إكراهاً^(١) ملجئاً فإن الشرع يقيم به للمستكره عذراً فيما يُقدم عليه من محظورات الأفعال التي يُكره عليها باستثناء بعض الحالات الخاصة كـ (القتل والزنا) ومن أجله أبيح للمكره التلفظ بكلمة الكفر وترك الواجب وأكل الميتة وشرب الخمر وإتلاف مال الغير .

٦- وأما عموم البلوى : وهذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه ،

(١) انظر في الإكراه الملجئ وغير الملجئ بحثاً ممتعاً مسهباً في كتاب التوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٩٧ وما بعدها ، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ١٥٠٢ وما بعدها .

ولقد وسَّع أبو حنيفة رحمه الله تعالى في العبادات كلها وفي الزواج حتى قالوا : (عجبت لحنفي يزني) فالزواج عنده يصبح بلا وُلِّيٍّ للمكَلَّف ، ومن غير اشتراط عدالة الشهود ، ولم يفسده بالشروط المفسدة ، ولم يخصه بلفظ النكاح والتزويج ، بل ينعقد بما يفيد ملك العين للحال ، وصححه بحضور ابني العاقلين وناعسين وبعبارة النساء ، وجوَّز شهادتهن فيه ، فانعقد بحضور رجل وامرأتين ، ولم يجعل له خيار رؤيته ، كل ذلك دفعاً لمشقة الزنا وما يترتب عليه ، وكذلك عفي عن رشاش النجاسات من طين الشارع وغيره مما لا يمكن الاحتراز عنه ، وعفي في المعاملات عن الغبن اليسير في المعاوضات^(١) .

٧- والسبب السابع النقص الطبيعي : فإنه نوع من المشقة فناسب التخفيف ، فمن ذلك عدم تكليف الصبي والمجنون فقَوَّض أمر أموالهما إلى الولي ، وتربيته وحضانه إلى النساء رحمةً عليه ، ولم يجبرهن على الحضانه تيسيراً عليهن ، وعدم تكليف النساء بكثير مما وجب على الرجال ؛ من جمعة وجماعة وجهاد إلا عند النفير العام ، وإباحة لبس الحرير وحلي الذهب لهن تيسيراً عليهن^(٢) .

466- هذا ؛ وقد أوصل أسباب التخفيف بعضُ فقهاء الحنفية^(٣) لأكثر من ذلك وقسمها قسمين ؛ سماوية ، ومكتسبة وسَمَّاهَا (العَوَارِض) وتختص بالرخص والتسهيلات المشروعة تبعاً للأعذار ،

(١) ر : الأشباه والنظائر ص ٧٥ وما بعدها وأصول الفقه للمرحوم خلاف ص ٢٠٩ وما بعدها ، ور : القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ٥ ، وانظر (ابن عابدين وأثره في الفقه) رسالتي لنيل الدكتوراه ج ١ ص ١٢٠ وما بعدها .

(٢) ر : الأشباه والنظائر من ص ٧٥ إلى ص ٨١ ، ور : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٠٥ وما بعدها .

(٣) ر : كشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ٣٨٢ وما بعدها والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٦٧ وشرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٤٩ وما بعدها .

(آ) أما العوارض السماوية : فهي الصَّغَرُ والجنون والعتَّة والنسيان والنوم والإغماء والرَّق والمرض والموت .

فالصغير : يسقط به ما يحتمل السقوط عن البالغ كـ (الصلاة والصوم)
يحتملان السقوط عن البالغ بالجنون وغيره ، ولا يسقط عنه فريضة الإيمان ،
بمعنى أنه إذا أذاه كان فرضاً ، فلو كانت الفريضة ساقطة كانت نفلاً لا فرضاً كما
في الصلاة والصوم ، وصفوة الكلام أنه توضع عنه العهدة ، ويصح منه وله
ملاعدهة فيه .

وأما الجنون : فيسقط به كل العبادات ، وأما العتة^(١) بعد البلوغ : فهو
كـ (الصُّبَا مع العقل) في الأحكام حتى لا يمنع صحة القول والفعل ، فلو أُلِف
مال الغير ضَمِنَ ، ولو توكل من إنسان صح ، ويتوقف بيعه وإجارته على إجازة
الولي لكنه يمنع العهدة .

وقد مر الكلام على النسيان والمرض ، وأما النوم : فلما كان عجزاً عن
استعمال القدرة وجب تأخير الخطاب ، ولم يمنع الوجوب ، وهو منافٍ
للاختيار أصلاً ، حتى بطلت عبارات النائم في الطلاق والعتاق ، ولم يتعلق
بفريضة في الصلاة حكم ، ومثله الإغماء ؛ وهو مرض يُضعف القوي ويزيل
الإدراك إزالةً مؤقتةً وهو كـ (النوم) ، وقد يحتمل الامتداد فيسقط به الأداء كما
في الصلاة إذا زاد على يوم وليلة ، وأما الرق ؛ فهو عجز حكمي لا حقيقي
أسقط عنه مثل : (الحج والجمعة) .

والموت : وهو وإن كان منافياً للأهلية في أحكام الدنيا ، لكن يبقى
للميت ما تقضي به الحاجة ، فيقدَّم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه من ثلث ماله .
ب - وأما العوارض المكتسبة : فمنها الجهل وقد مرّ الكلام عنه وأنه يكون

(١) العتة : (آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ،
وبعضه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره) اهـ كشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ١٣٩٤
وما بعدها .

عذراً ، وكذلك مر الكلام على السفر أيضاً والإكراه ، وأما السَّفَهُ فيحجر على السفیه في ماله نظراً له (أي مصلحةً) ، والخطأ فهو عذر صالح لسقوط حقه تعالى^(١) .

والذي أراه أن هذا التقسيم شديد في جعله الأسباب سماوية ومكتسبة ، ولكنها في الواقع كلها ترجع إلى تلك الأسباب السبعة باستثناء الموت فيمكن جعله عذراً ثامناً والله تعالى أعلم .

* * *

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٠

المبحث الرابع

أنواع التخفيف في الشريعة

لأنواع التخفيفات والتسهيلات في الشرع اعتباران :

467 - آ - الاعتبار الأول (ذات التخفيف) :

تخفيفات الشرع الإسلامي أنواع سبعة^(١) :

- ١ - تخفيف إسقاط : كـ(إسقاط العبادات) عند وجود أعذارها .
- ٢ - تخفيف تنقيص : كـ(القصر في السفر) على القول بأن الإتمام أصل ، وأما على قول من قال القصر أصل والإتمام فرض بعده ، فلا تنقيص إلا صورة .
- ٣ - تخفيف إبدال : كـ(إبدال الوضوء والغسل بالتميم ، والقيام في الصلاة بالقعود ، والاضطجاع والركوع والسجود بالإيماء ، والصيام بالإطعام في الكفارة) .
- ٤ - تخفيف تقديم : كـ(الجَمْع بعرفات ، وتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة القطر في رمضان بعد تملك النصاب في الأول ، ووجود الرأس بصفة المؤنة والولاية في الثاني) .
- ٥ - تخفيف تأخير : كـ(الجمع بمزدلفة ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشغل بإنقاذ غريق لو صلى غرق ونحوه) .

(١) ر : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١ ص ١١٦ .

- ٦ - تخفيف ترخيص : كـ (صلاة المستجمر مع بقية النجاسة المعفو عنها) (وشرب الخمر للغصة ولا غيرها أمامه بحيث لو لم يشرب هلك ، أو في المخمصة بشروطها ، وكل ذلك بقدر دفع الهلاك) .
- ٧ - تخفيف تغيير : كـ (تغيير نظم الصلاة للخوف)^(١) .

468 - ب - الاعتبار الثاني (باعتبار أصل التخفيف وما شرع لأجله) :

ثم إنَّ جميع التسهيلات والتخفيفات الواردة في الشرع لا تخلو عن نوعين ؛ نوع شرع من أصله للتيسير ، ونوع شرع لما يوجد من الأعذار العوارض ، وهو المسمى بالرخصة ، ودونك أمثلة كاشفة للنوعين :

١ - الأول شرعية ؛ مثل : (القرض والحوالة والحجر والوصية والسلم والإقالة والشركة والصلح والعارية والوديعة والرهن والضمان والإبراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة وخلافها) .

أما القرض والإجارة ؛ فتسهيلاً على الناس شرعت لإباحة الانتفاع بملك الغير ، وأما الوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة ؛ فلاستعانة الإنسان بغيره لعجزه ، وأما الحوالة ؛ فليتمكّن الدائن من استيفاء دينه من غير المدين بطريق الحوالة ، وأما الرهن والكفالة بالمال وبالنفس ؛ فلتأمين حق الدائن وتوثيقه ، وأما الإبراء ؛ فلحطّ كل الدين أو بعضه عن ذمة المدين ، ولذلك شرع خيار الشرط في البيع للمشتري أو البائع دفعاً للندم ، وشرع السلم والبيع بالوفاء لاضطرار المفلس إلى النقد^(٢) ، وعلى هذا المنوال أكثر

(١) ر : الأشباه والنظائر ص ٨٣ وانظر غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١ ص ١١٦ وما بعدها .

(٢) وكذلك يقال في الضمان الذي يُعرّفه الفقهاء بأنه : (عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته) أهر : غمز عيون البصائر للحموي ج ٢ ص ٢١١ ، ور ؛ الوجيز للغزالي ج ١ ص ٢٠٨ والمدخل الفقهي ص ١٠١٧ ٦٤٨ ونظرية الضمان ص ١٥ وما بعدها ومجلة الأحكام العدلية المادة /٤١٦/ .

الأحكام ، وهذا النوع أستطيع أن أطلق عليه (تخفيف الشارع) .

٢ - النوع الثاني : التسهيل والرخص التابعة للعوارض ، وهي الأسباب والأعذار المقتضية للتخفيف^(١) ، وقد مر البحث عنها آنفاً فليُنظر ، وهذا النوع أرى أن أطلق عليه : (ترخيص الشارع) فجعلنا التخفيف الأصلي (تخفيف الشارع) والتخفيف لعارض (ترخيصاً) ومنه : (الرخص) مقابل العزائم ، ومن الأول التسهيلات وأنواع التيسير في الأحكام^(٢) .

(١) ر : شرح المجلة للاتاسي ج ١ ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ص ٤٨ .

المبحث الخامس

معيّار الحرج والمشقة في الفقه الإسلامي

وتطبيقات على النظرية

469 - المراد بالمشقة المنفية بالنصوص الشرعية والفقهية ، والداعية إلى التخفيف والترخيص ؛ إنما هي المشقة المتجاوزة للحدود الطبيعية العادية ، ولا يجب أن تكون بالغة درجة الاضطرار الملجئ ، بل يكفي أن تكون بالغة درجة الحرج والعسر مما يستدعي حاجةً ظاهرةً إلى تدبير يعود بالأمر إلى السهولة واليسر ، ومن ذلك القاعدة الكلية المعروفة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) ، وفي ذلك يقول الشاطبي في الموافقات^(١) : (وإلى هذا المعنى يرجع الفرق بين المشقة التي لا تعدّ مشقة عادة والتي تعدّ مشقة ، وهو أنه إن كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه وإلى وقوع خلل في صاحبه ، في نفسه أو ماله أو حال من أحواله فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد ، وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب فلا يعد في العادة مشقة وإن سميت كلفة) اهـ .

فالمعيار الأعظم للمشقة لكي تجلب التيسير والتخفيف عند الفقهاء هو (العُسْر) .

470 - وهناك معيار آخر : هو أن الحاجة التي توجب الاستثناء من الأحكام العامة هي حاجة الجماعة بما حصل لها من المشقة العامة . ذلك لأن لكل فرد من الناس حاجات متجددة مختلفة عن غيره ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٢٣ .

خاص به ، ودون القارىء الكريم تطبيقات على هذه النظرية الجلية بمعياريها المذكورين : (العسر ، وعموم الحاجة)^(١) .

471 - آ) ففي المعاملات :

١ - التقادم في الحقوق المدنية : (وهو مرور الزمن) المانع من المطالبة بالحق يمتنع أو يتوقف بالمعاذير كـ (نقص الأهلية أو السفر) ، وإلا كان إخراجاً لأصحاب الحقوق .

٢ - جهل الوكيل بعزل موكله إياه من وكالته : تستمر معه وكالته وتنفذ عقودة دفعاً للخرج .

٣ - والاعتداد بعُرف الناس : في ما يؤخذ فيه بالعرف شرعاً مبني على هذه القاعدة بشروطه ، لأن في ترك ذلك حرجاً عظيماً على الناس .

٤ - وفي المعاملات أيضاً : شرع الشارع الحكيم كثيراً من العقود والتصرفات التي تقتضيها حاجات الناس ، ورخص في عقود لا تنطبق على القياس وعلى القواعد العامة في العقود كـ (السلم ، وبيع الوفاء^(٢) ، والاستصناع^(٣) ، والمزارعة ، والمساقاة) .

(١) يقول الشاطبي في الموافقات نقلاً عن ابن العربي : (إذا كان الحرج في نازلة عامة في الناس فإنه يسقط ، وإذا كان خاصاً لم يُعتبر عندنا ، وفي بعض أصول الشافعي اعتباره) اهـ . وقد أفاد الشاطبي في هذا الموطن بكلام نفيس في تعيين المراد بالعموم وجعل معياره : (الخصوص هو إرادة بعض الأشخاص المتعينين أو بعض الأزمان المعينة أو الأمكنة المعينة) فهذا الحرج الخاص بهذا المعنى إنما يتصور في زمان النبوة أو على وجه لا يقاس عليه ، وما عداه فعموم حتى ولو كان بالنوع والصنف لأنه شامل لمتعدد غير منحصر ، ر : الموافقات ج ٢ ص ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ وما بعدها .

(٢) بيع الوفاء ويسمى بيع الأمانة وهو ما اشترط فيه أنه متى رد البائع الثمن إلى المشتري رد المشتري إليه المبيع اهـ ، ر : حاشية رد المحتار ج ٢ ص ٢٤٦ .

(٣) وأما الاستصناع فهو عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله وهو بيع يشبه الإجارة حتى قال الحنفية هو إجارة ابتداء بيع انتهاء وله شروطه المعروفة في كتب الفروع ، ر : حاشية رد المحتار ج ٤ ص ٢١٢ وما بعدها ولاحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٤٥٧ وما بعدها .

472 - ب) وفي العبادات :

١ - شرع الرخص ترفيهاً وتخفيفاً عن المكلفين إذا كان في العزيمة مشقة عليهم ، فأباح الصلاة قاعداً لمن عجز عن القيام ، والتيمم لمن لم يجد الماء ، والصلاة في السفينة قاعداً ولو كان الاتجاه لغير القبلة وهي سائرة^(١) حالة الإبحار ، والفطر في رمضان لمن كان مريضاً أو مسافراً سفرأً شرعياً ، وجعل الاستحالة تطهر الأعيان النجسة وما إلى ذلك^(٢) . . .

473 - ح) وفي العقوبات :

جعل الدية على العاقلة^(٣) تخفيفاً عن القاتل خطأً ، ودرأ الحدود بالشبهات ، وجعل لولي المقتول حق العفو عن القصاص من القاتل .

د) وفي الأنكحة : شرع الطلاق للخلاص من الزوجية عند الحاجة .

هـ) وفي باب الحظر والإباحة : أحل الصيد وميتة البحر من السمك والحيتان وما شاكلها ، والطيبات من الرزق .

وهكذا كانت الأمور الحاجية للناس ترجع إلى ما يرفع الحرج عنهم ويخفف أعباء التكليف عليهم ، ويسر لهم طرق المعاملات والمبادلات .

وعلى هذا الأساس جوّز الفقهاء في الأحكام الاجتهادية بيع الثمار المتلاحقة^(٤) متى بدا بعضها وأمنت العاهة ، وإن كان معظمها معدوماً لم يَبْدُ بعد ، نظراً للحاجة .

(١) ر : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للحموي ج ١ ص ١١٠ .

(٢) ر : القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ٥ .

(٣) العاقلة ؛ أهل ديوان لمن هو منهم وقبيله يحميه ممن ليس منهم اهـ التعريفات ص ١٢٧ .

(٤) ر : حاشية رد المحتار للعلامة ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ وما بعدها ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ١٠٣ .

ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٩ ور : رسالتي ونظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي تحت عنوان تطبيقات على نظرية الاستحسان .

وجوّزوا أيضاً نزول الحمّام بأجر مع جهالة المدة التي سيمكثها الإنسان المتحمّم ، وجهالة مقدار الماء الذي سيستهلكه نظراً للحاجة أيضاً ، وهكذا جميع الأحكام التي قرر الفقهاء تبديلها لتغير الزمان أو فسادة إنما تقرر أحكامها الجديدة وتُبدل تبعاً للحاجة ، وكذلك الاعتداد بالعرف عاماً كان أو خاصاً وتحكيمه في الأحكام إنما هو استجابة لداعي الحاجة .

474 - وبعد ؛

فإننا لا نستطيع وضع معايير دقيقة للحاجات لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والظروف المحيطة ، والضابط العام الذي وَضَعناه للحاجة هو توفر الجهد والمشقة والعسر والصعوبة التي يغلب على الظن وجود ضرر بسببه ، ويرجع ذلك إلى اطمئنان القلب واجتهاد الفقيه في حد التوسط دونما إفراط أو تفريط ، علماً بأن هناك من الحالات التي فيها جهد ومشقة لا يصح القياس عليها كـ (السفر) الذي هو مظنة وجود المشقة ، فلا يجوز شرعاً لغير المسافرين أن يفطر في رمضان لأنه في مشقة كائنة ما كانت ، وذلك لعدم إمكان وضع معيار ثابت لحالات المشقة أثناء الإقامة والأحوال العادية في الحياة ، فيزعم كل إنسان أنه مضطر أو محتاج وما هو بذاك .

وما أحسن ما قال الشاطبي في هذا المعنى : (نعم وضع الله الشريعة على أن تكون أهواء النفوس تابعة لمقصود الشارع فيها ، وينبغي الاحتياط في اتباع الرخص الشرعية ، والأولى الأخذ بالعزائم ، فالرخص التي أحب الله أن تُؤتى هي ما ثبت الطلب الشرعي فيها)^(١) .

* * *

(١) ر : الموافقات ١ ص ٣٣٧ وما بعدها ونظرية الضرورة الشرعية ص ٢٧٠ وما بعدها .

المبحث السادس

شروط التخفيف للخرج في الفقه

وشروط الحاجة

أ - المطلب الأول :

475 - شروط التخفيف للخرج :

بعد شدة التتبع والاستقراء لنصوص الشريعة ومذاهب فقهاؤها ثَبَّتَ لدى الباحثين عن معالم أصول التشريع أن شروط التخفيف للخرج في الفقه الإسلامي تنحصر في أربعة :

١ - ألا يصادم هذا التخفيف نصاً أمراً خاصاً : في هذا الحكم ولو كان فيه مشقة أو عَمَّت فيه البلوى ، فإذا وُجِدَ النص الخاص الأمر فقد أراد الشارع العمل به دون زيادة ولا نقص ، ولو رأى في هذا التخفيف المزعوم تحقيقاً لمقصد جوهرى من مقاصد التشريع لأمر به وذلك كـ (بول الإنسان) المنصوص على نجاسته فالمشقة هنا لم تجلب التيسير ، وفي ذلك يقول ابن نجيم في الأشباه : (المشقة والخرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه ، وأما مع النص بخلافه فلا)^(١) .

ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : بحرمة رعي حشيش الحرم وقطعه إلا الإذخر .

وجوّز أبو يوسف رحمه الله رعيه للخرج ، ورُدَّ عليه بما ذكرناه ، والحق ما ذهب إليه ، قلت : ولهذا أيضاً حرم الفقهاء بالإجماع الربا ولو احتاج إليه

(١) ر : الأشباه والنظائر ص ٨٣ .

الناس لمصادمته نصاً أمراً خاصاً في الكتاب والسنة فلا عبرة بخلافه^(١) .

٢ - ألا يَمَسَّ حقوق الجماعة العامة : كما إذا اشترى شخص أرضاً ثم ادَّعى أن بائعها كان وقفها مسجداً - أو مقبرة - تُسمع دعواه صيانة لحقوق الجماعة ، وإذا ثبت ذلك ينقض العقد^(٢) .

٣ - وألا يمس حق قاصر أو وقف وهو : ما يقال له في العرف الحالي عند الحقوقيين : (الاستغلال) فالغبن الفاحش مثلاً في بيع القاصر أو إيجار عقار الوقف لا ينفذ ، فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر ، أو أجر المتولي عقار الوقف ، ثم ادَّعوا وقوع غبن فاحش فيه تُسمع الدعوى منهم ، وإذا ثبت ذلك يُنقض العقد أيضاً^(٣) .

٤ - وأما الشرط الرابع فيفهم من روح الشريعة الإسلامية : فمن المعلوم أن لا يُراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحاجي أعظم منه أو ضروري ، وعلى هذا فلا يُراعى التخفيف للخرج والمشقة إذا كان ذلك يُخل بالضروريات الخمس أو بعضها أو بحاجي متقدم عليه ، وهذا الضابط مستخلص من أصول الفقه وحكمة التشريع^(٤) .

فالأصل عند الفقهاء والأصوليين في الشريعة الإسلامية أن لا يراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري أو بحكم حاجي أرقى منه شرعاً ، فتُعَدُّ الأحكام التي شرعت للتحسينيات كالمكملة للتي شرعت للحاجيات ، وتُعَدُّ الأحكام التي شرعت للحاجيات كالمكملة للتي شرعت للضروريات^(٥) .

(١) شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٠ وما بعدها ور : شرح قواعد المجلة للدعاس ص ٧٠ .

(٣) شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٠ وما بعدها ور : شرح قواعد المجلة للدعاس ص ٧٠ .

(٤) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ١٢ وما بعدها .

(٥) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٣ وما بعدها .

ب - المطلب الثاني :

476- شروط الحاجة :

ثبت بالاستقراء للأحكام الشرعية وقوانينها وحكمة تشريعها ومما مرّ آنفاً أن أهم شروط الحاجة لا تعدو أربعة :

١ - أن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي العام بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة .

٢ - أن يعتبر في تقدير الأمور الداعية إلى الأخذ بالحكم الاستثنائي للحاجة حالة الشخص المتوسط العادي في موضع معتاد مجرد لا صلة له بالظروف الخاصة به ، لأن التشريع يتصف بصفة العموم والتجريد .

٣ - أن تكون الحاجة متعيّنة ولاسبيل آخر من الطرق المشروعة عادة للتوصل إلى الغرض المقصود سوى مخالفة الحكم العام .

٤ - الحاجة كـ (الضرورة) تقدّر بقدرها ، فما جاز للحاجة يقتصر فيه على موضع الحاجة فقط ، فالحاجة إلى خيار التعيين دفع الغبن تتحقق استحساناً عند الحنفية بالاختيار بين ثلاثة أصناف فقط ، لأن الأشياء تتفاوت عادة بين مراتب ثلاث هي الجيد والوسط والرديء^(١) .

* * *

(١) ر : البدائع : ج ٥ ص ١٥٧ ، ور : نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٦٨ وما بعدها .

المبحث السابع

ضوابط المشقة الموجبة للتخفيف

477 - لا تصح هنا إحالة ضابط المشقة الموجبة للتخفيف شرعاً على العُرف لأنه مضطرب ومتغيّر لا تحديد فيه ولا ثبات له ، لذا فقد وضع المحققون ضابطين لهذه المشقة الموجبة للتخفيف الشرعي ضابطاً للعبادات ، وضابطاً للمعاملات ؛ ودونك تفصيل ما أجمل .

478 - ١ - ضابط المشقة الموجبة للتخفيف في العبادات :

لكل عبادة مرتبة معيّنة من مشاقها المؤثرة في إسقاطها ، فلم يكتف الشارع في إسقاطها بمسمّى تلك المشاق ، وضابط ذلك أن يفحص الفقيه عن أدنى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال ، ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق ينظر فيه ، فإن كان مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً وجاز تخفيف العبادة بسببها ، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً ولم يجز تخفيف العبادة بسببها .

مثال ذلك : التأذي بالقمل في الحج مبيح للحلق بالحديث الوارد عن كعب بن عجرة ، فأى مرض أذى مثله أو أعلى منه أباح الحلق وإلا فلا ، وهذا في محظورات الإحرام لا في ترك أصل الحج^(١) .

479 - ٢ - وضابط المشقة الموجبة للتخفيف في المعاملات :

اكتفى الشرع في إسقاط المسؤولية فيها على أقل ما تصدق عليه حقيقة

(١) ر : قواعد الأحكام للعلز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٢ وما بعدها ، الفروق ج ١ ص ١٢٠ ، تهذيب الفروق بهامشه ص ١٣٢ .

الشرط الذي تقتضيه حقيقة المعاملة ، أي إنه يُكتفى في تنفيذ الشرط بأقل ما يُسمّى شرطاً ينطبق على المتفق عليه ، فمن استأجر إنساناً على أنه كاتب أو خياط أو غير ذلك يكفي في تحقيق هذا الشرط مسمّى الكتابة أو الخياطة ، ولا يحتاج إلى المهارة فيها إلا أن يشترط تلك المهارة في العقد فتُطلب ، وكذلك شروط السّلم في سائر الأوصاف ، وأنواع الحرف يُقتصر على مسمّاها دون مرتبة معيّنة منها^(١) .

480 - والفرق بين العبادات والمعاملات في هذا الشأن هو أن العبادة لما كانت مشتملة على مصالح العباد ومواهب ذي الجلال وسعادة الأبد كان تفويتها بمسمّى المشقة مع يسارة احتمالها غير لائق ، ولذا كان ترك الترخص في كثير من العبادات أولى ، وكان تعاطي العبادة مع المشقة أبلغ في إظهار الطاعة والعبودية وأبلغ في التقرب من حيث لا تُقصد المشقة لذاتها بل العبادة المقرونة بها .

وأما المعاملات فلما كانت مصالحها التي بُذلت الأَعْوَاض فيها تحصل بمسمّى حقائق الشرع والشروط كان التزام غير ذلك فيها من رتبة أعلى يؤدي إلى كثرة الخصام ونشر الفساد وإظهار العناد ، وهو مردود شرعاً .

* * *

(١) ر : الفروق ج ١ ص ١٢٠ ، وتهذيب الفروق بهامشه ص ١٣٣ .

المبحث الثامن

مدى بناء الأحكام التشريعية على نظرية دفع الحرج في الفقه

481 - من المعلوم لدى المتخصصين في الفقه الإسلامي أن مقاصد التشريع بعامة ونظرية رفع الحرج بخاصة هي من عماد الفقه وفلسفته وجوهر الفكر الفقهي ، ولأجلها شرع الله تعالى الأحكام كلها ، سواء منها معقول المعنى والتعبدية ، ورَبَطَ الأمور بمقاصدها .

لكن الشارع الحكيم وإن كان قصد من تشريعه الأحكام معقولة المعنى إلى التيسير والتخفيف ودفع المشقة عن المكلفين المقتضية للتخفيف ، إلا أن هذه الحكمة للتشريع قد تَظْهَر وقد تَخْفَى ، قد تَتَحَقَّق وقد لا تَتَحَقَّق ، وَيَصْعَب بناء الحكم على أمر هذا شأنه ، لذا أَعْرَضَ الشارع الحكيم من أجل بناء صرح الفقه العظيم على الأمور الظاهرة البدْهِيَّة التي يصل إلى معرفتها أيُّ مكَلَّف بالحس والمشاهدة ؛ أَعْرَضَ عن بناء الأحكام غير التعبدية على هذه المقاصد واكتفى بوجودها في الأعم الأغلب من حالات المكلفين ، وبنى هذه الأحكام المعلولة على عللها المؤثِّرة وجوداً وعدمًا ، فحيثما وُجِدَت العلة وجد الحكم وحيثما انتفت انتفى بانتفائها ، وسَمَّى الفقهاء المقصد أو حكمة التشريع بالمِئِنَّة ، والعلة بالمِظَنَّة ، وقالوا : الحكم الشرعي لا يَبْنَى على المِئِنَّة بل على المِظَنَّة ، مثال ذلك : (بناء إباحة الفطر في رمضان للمسافر ، ووجوب أكل لحم الميتة عند المخمصة) بقدر ما يدفع الهلاك على السفر الشرعي ، والمخمصة دون المشقة والحرج أو الاضطرار ، علماً بأن الشارع الحكيم قصد من هذين الحكمين ذينك المقصدين ، وذلك لخفاء ضبط المقصدين عن عامة المكلفين

من جهة ولتخلفهما من جهة أخرى أحياناً عن الوجود ، فربما كان هنالك سفر شرعي بلا مشقة وتخلفت حكمة التشريع لكن العلة لم تتخلف فبقي الحكم ، ومن ذلك بناء وجوب الغسل على الإيلاج دون الإنزال ؛ لأن الإيلاج هو العلة المؤثرة ، والإنزال قد يوجد وقد يتخلف في حالة الإكسال ، ثم قد يظهر وقد يخفى فلم يُبين الحكم عليه بل بني على علته ، وهذا لا يَغضُّ بحال من الأحوال من قيمة هذه النظرية وأمثالها من مقاصد الشريعة العامة القائمة على اليسر وجلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم ، وكثيراً ما يقول الأصوليون : (الحكم يدور مع علته) أي فيثبت بثبوتها وينتفي بانتفائها^(١) .

482 - هذا ؛

والحكمة المجردة لا تعتبر في كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل في الجنس ، فيضاف الحكم إلى وصف ظاهر منضبط يدور الوصف مع الحكمة أو يغلب وجود الحكمة عند الوصف ، والمراد أن ترتب الحكم على الوصف يكون محصّلاً للحكمة دائماً أو في الأغلب كـ (السفر مع المشقة) إذ المشقة غالبية الوجود في السفر فترتّب الحكم وهو الرخصة على الوصف ، وهو السفر يكون محصّلاً للحكمة التي هي دفع الضرر في الأغلب^(٢) .



(١) ر : التوضيح في حل غوامض التنقيح بحاشية التلويح للسعد ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ج ٢ ص ٦٤ .

المبحث التاسع

الأصول العامة المبتنية على هذه النظرية في الفقه الإسلامي

483- يبتني على هذه النظرية الجلييلة التي تُظهر سماحة الإسلام وسجاحته ومرونته وقابليته للتكيف مع العصور والحضارات مع بقاء جوهره النفي ؛ تبتني أصول عامة لها كبير الأهمية في ميدان الفقه والاجتهاد وهي نوعان : قواعد كلية ، وأصول مستوحاة من روح الشريعة :

484- (آ) أما القواعد الكلية المبتنية على هذه النظرية فهي ثلاث^(١) :

- ١ - (إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق) ، أي إذا طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرراً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل بقيام هذا الظرف فإذا انفرج وزال عاد الحكم إلى أصله^(٢) .
- ٢ - (يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء) .

(١) جانف الصواب الأستاذ الزرقا في مدخله حيث عدّ تحت هذه القاعدة (المشقة تجلب التيسير) قواعد ليست منها ولا من فروعها بل هي من قبيل دفع الضرر لا من قبيل رفع الحرج منها ؛ (الضرورات تبيح المحظورات) و (الضرورات تقدر بقدرها) و (الاضطرار لا يبطّل حق الغير) وهذه ليست من فروع رفع الحرج بل دفع الضرر وشتان بينهما وهذا فيما يبدو سهو من المؤلف فليُنظر ؛ المدخل الفقهي ج ١ ص ٩٨٨ وما بعدها .

(٢) وانظر في هذه القواعد الثلاث بحثاً ممتعاً مستفيضاً في شرح الأناسي على المجلة ج ١ ص ٥١ وما بعدها فقد وُفّي الكلام حقه وأُوفّي على الغاية .

٣ - (يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء) وهما نظير القاعدة السابقة ولهما فروع في كتب الفروع .

485 - ب) أما الأصول المستوحاة من روح الشريعة فترجع في معظمها إلى الأصول السبعة التالية :

١ - ليس للمكلف أن يقصد المشقة في التكليف نظراً إلى عظم أجرها ، وله أن يقصد العمل الذي يعظم أجره لعظم مشقته من حيث هو عمل ، والدليل على القضية الأولى ؛ أن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات فلا يصلح منها إلا ما وافق قصد الشارع ، فإذا كان قصد المكلف إيقاع المشقة فقد خالف قصد الشارع من حيث إنه لم يقصد بالتكليف نفس المشقة ، وكل قصد يخالف قصد الشارع باطل ، فالقصد إلى المشقة ذاتها باطل منهي عنه ولا ثواب فيه ، بل ربما كان فيه الإثم لأنه قصد مناقض لقصد الشارع ، وأما الدليل على الثانية ؛ فلأنه شأن التكليف في العمل كله لأنه إنما يقصد نفس العمل المترتب عليه الأجر ، وذلك هو قصد الشارع بوضع التكليف به ، وما جاء على موافقة قصد الشارع هو المطلوب ، وما ورد من الآثار على غير هذا الوجه فمؤول بحكم تشريعية أخرى ، وما ورد من عمل غير المعصوم فالحجة في غيره لا فيه .

٢ - الأفعال المأذون فيها إما وجوباً أو نداءً أو إباحةً إذا تسبب عنها ثقة غير معتادة لا يخلو أن تكون حاصلة بسبب المكلف واختياره مع أن ذلك العمل لا يقتضيها بأصله أولاً :

أ - فإن كانت حاصلة بسببه كان ذلك منهياً عنه وغير صحيح في التعبدية ؛ لأن الشارع لا يقصد الحرج فيما أذن فيه كحديث الناذر للصيام قائماً في الشمس ، أمره رسول الله بإتمام الصوم وأمره أيضاً بالقعود والاستظلال ، إلا أن هذا النهي مشروط بأن تكون المشقة أدخلها على نفسه مباشرة لا بسبب الدخول في العمل .

ب - وأما إن كانت تابعة للعمل كـ (المريض غير القادر على القيام في

الصلاة أو على الصوم وأضرابه) فهذا هو الذي جاء فيه مشروعية الرخص ، فإن عمل بالرخصة فذاك ولا نسأله عن قصده فيه ، وإن لم يعمل بالرخصة وغلب على ظنه الضرر والأذى أو دخل عليه ذلك لما دخل في العمل ، فحكمه الإمساك عما أدخل عليه المشوش مثل قوله صلوات الله عليه : « ليس من البرِّ الصيام في السفر »^(١) ، ونهيه عن الصلاة وهو بحضرة الطعام أو يدافع الأخبشين بسبب عدم استيفاء العمل المأذون فيه على كماله ، فإن قصد الشارع المحافظة على عمل العبد ليكون خالصاً من الشوائب ، والإبقاء عليه حتى يكون في ترفُّه وسعة حال دخوله في ربة التكليف .

وأما إن علم أو ظن أنه لا يدخل عليه ذلك الفساد ولكن في العمل مشقة غير معتادة فهذا موضع لمشروعية الرخصة ؛ لأن المشقة هي العنت ، فإن قدر على الصبر عليها وقتاً ما فهي مما لا يقدر على الصبر عليه دائماً .

وهناك وجه ثالث ذكره ، وهو أن تكون المشقة غير معتادة ولكنها صارت بالنسبة إلى بعض الناس كالمعتادة بسبب إعانة من الله عز وجل لهم خصَّهم بها ، فلهم أن يقوموا بشدائد الأعمال ما لم يؤد ذلك بأغلب الظن إلى الهلاك أو فساد العقل أو الضعف عن أداء الفرائض أو ضرر محقق محقق يلحق الإنسان بدينه أو بدنيته .

٣ - قد يكون في الشرع ما يكون سبباً لأمر شاق على المكلف ، ولكن لا يكون قصداً من الشارع لإدخال المشقة عليه ، وإنما قصد الشارع جلب مصلحة أو درء مفسدة كـ(القصاص والعقوبات الناشئة عن الجرائم الممنوعة شرعاً) فإنها زجر للفاعل وعِظَةٌ لغيره ، وكونُ هذا الجزاء مؤلماً وشاقاً مضاهٍ لكون قطع اليد المتأكلة وشرب الدواء المر مؤلماً وشاقاً ، ويُلحق بذلك النذور التي يشق على المسلم الوفاء بها فإنها تلزمه ؛ لأن المكلف لما أريح من مقتضياتها كان التزامها مكروهاً ، فإذا وقع وجب الوفاء بها من حيث هي عبادات وإن شقت ، كما لزمَت العقوبات بناء على التسبب فيها ، حتى إذا

(١) ينظر تخريجه في الفقرة ذات الرقم (295) .

كانت النذور فيما ليس بعبادة أو كانت في عبادة لا تطاق وشرعت لها تخفيفات ، أو كانت مصادمةً لأمر ضروري أو حاجي في الدين سقطت كما إذا حلف بصدقة ماله فإنه يجزئه الثلث ، أو نذر المشي إلى مكة راجلاً فلم يقدر فإنه يركب ويهدي ، أو كما إذا نذر أن لا يتزوج أو أن لا يأكل الطعام فإنه يسقط حكم الوفاء . فالناذر يصحبه الرفق الشرعي فيما أدخل على نفسه من المشقات .

٤ - المشقة الداخلة على المكلف من خارج لا بسببه ولا بسبب دخوله في عمل تنشأ عنه ، فهذا ابتلاءٌ فهم من مجموع الشريعة الإبانة في دفعها على الإطلاق رفعاً للمشقة اللاحقة وحفظاً على الحظوظ التي أُذن لهم فيها ، بل أُذن في التحرز منها عند توقعها وإن لم تقع تكملة لمقصود العبد وتوسعه عليه ، وحفظاً على تكميل الخلوص في التوجه إليه والقيام بشكر النعم ، فمن ذلك الإذن في دفع ألم الجوع والعطش والحر والبرد والتداوي للأمراض والتوقي من المؤذيات والتحرز من المتوقعات وسائر ما يقوم به عيش الدنيا من درء المفسد وجلب المصالح ، وكون هذا مأذوناً معلوم من الدين بالضرورة ، لكن هل يتحتم على العبد هذا الدفع المأذون فيه ؟ أقوال ثلاثة ؛ قول بوجوب ذلك الدفع على العبد ، وقول بعدم ذلك إلى النذب ، وقول بالإباحة ، والراجح الذي أراه هو الثاني أي القول بعدم وجوب الدفع المأذون فيه إلى النذب فالنبي صلوات الله عليه يقول : « تداوَوْا فإن أنزل الداء أنزل الدواء » ^(١) .

(١) « تداووا فإن الذي أنزل الداء أنزل الدواء » .

أخرجه في الموطأ مرسلاً عن زيد بن أسلم رحمه الله تعالى بلفظ : أن رسول الله ﷺ قال : « أنزل الدواء الذي أنزل الأدواء » .

وللحديث شواهد بمعناه يقوى به منها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « ما أنزل الله من داء إلا أنزل له دواء » .

وأخرج أبو داود والترمذي عن أسامة بن شريك رضي الله عنهما ، قالوا - أي الأعراب - يا رسول الله : أنتداوى ؟ قال : « تداوَوْا فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد وهو الهرم » أخرجه أبو داود ، ورواية الترمذي قريبة من هذه ، وإسناده صحيح ورواه أيضاً أحمد وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .
انظر جامع الأصول ج ٧ ص ٥١٢ .

٥ - قصد الشارع بوضع الشريعة إخراج المكلف عن اتباع هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عليه اضطراراً ، فإذا مخالفة الهوى ليست من المشقات المعتبرة في التكليف حتى يشرع لها التخفيف ؛ لأنه لو كان كذلك لكان نقضاً لما وُضعت الشريعة له ، وهو باطل .

٦ - العمل المؤدي إلى المشقة من حيث تأديته لها لا يطلب ، والطلب إنما هو من جهة كونه مصلحة .

فإذا تعارضت المشقة العامة والمشقة الخاصة في مصلحتين متعارضتين فإن أمكن وجه لاجتماع المصلحتين مع انتفاء المشقتين فيها ونعمت ، كأن تكون مشقته من حيث عيش عياله فتقوم الأمة له بذلك ويقوم لها بالعمل العام الذي تتضرر بعده . وإن لم يمكن ، فلا بد من الترجيح ، فإذا كانت المشقة العامة أعظم اعتبر جانبها وأهمل جانب الخاصة ، كما إذا كان التعارض بين وظيفة عامة تتعين عليه وبين مهم ديني غير متأكد عليه ، وإن كان بالعكس فالعكس ، وإن لم يظهر ترجيح فالتوقف هو الأولي .

٧ - المشقة قد تبلغ في الأعمال المعتادة ما يُظن أنه غير معتاد ، ولكنه في الحقيقة معتاد ، ومشقته في مثلها مما يُعتاد ، إذ المشقة في العمل الواحد لها طرفان وواسطة :

١ - طرف أعلى : بحيث لو زاد شيئاً لخرج عن المعتاد ، وهذا لا يُخرجه عن كونه معتاداً .

٢ - وطرف أدنى : بحيث لو نقص شيئاً لم يكن ثمَّ مَشَقَّةٌ تنسب إلى ذلك العمل .

٣ - وواسطة : هي الغالب والأكثر ، فكثير مما يظهر بباديء الرأي من المشقات أنها خارجة عن المعتاد لا يكون كذلك ، فلا قصد للشارع في رفعها ، فلا يكون فيها رخصة ، وهذا مما يشبهه على غير الراسخين في العلم^(١) .

(١) ر : الموافقات ج ٢ من ص ١٢٣ إلى ص ١٥٩ باختصار وتصرف .

خَاتِمَةٌ

خلاصة لكل ما تقدم

من مباحث نظرية رفع الحرج

486 - بعد هذه الجولة العجلى في رياض الفقه والأصول نستطيع أن نضع

القلم وقد أثلجنا صدورنا بما توصلنا إليه من نتائج علمية نلخصها بما يلي :

١ - اليسر والتسهيل : أصل في الشرع دونما إفراط ولا تفريط بالأدلة القاطعة ، ومعيار التخفيف للحرج (العسر العام) والأعذار المقتضية للتخفيف من العباد سماوية ومكتسبة .

٢ - إن الله يحب أن تُؤْتَى رُخْصَه كما يحب أن تُؤْتَى عزائمه ، فالرخص شرع أغلبها للتخفيف .

٣ - شروط التخفيف كونه في ما لانص فيه ، وألا يصادم مصالح الجماعة ، وأن لا يكون مُتَكِنًا للاستغلال ، وأن لا يُنَافِي ما فوقه من حاجي أو ضروري .

وله أنواع باعتبارات مختلفة ، وللحاجة ضابط في العبادات وضابط في المعاملات ، وشروط لا تخرج عن شروط الضرورة .

٤ - يَنبَنِي على هذه النظرية أصول وقواعد كلية لها مكانتها في الفقه الإسلامي .

487 - وبعد ؛

فأختم هذا البحث بكلام نفيس لابن القيم أسوقه هنا أصلاً عاماً للتشريع الإسلامي قال رحمه الله :

(. . . فإنَّ الشريعة مبناهَا وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عَدْل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحِكمة إلى العَبَث ، فليست من الشريعة . . .)^(١) .

* * *

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤ ، ور : الموافقات ج ٢ ص ١٠ وما بعدها .

الفصل الثاني
المبدأ الثاني
نظرية دفع الضرر
في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة بالفقه الغربي

« لا ضَرَرَ ولا ضِرَار » حديث شريف

التعريف بنظرية دفع الضرر وأصولها العامة
أثر نظرية دفع الضرر في القواعد الكلية للفقه
أثر نظرية دفع الضرر ومقارنتها بالفقه الغربي
خلاصة لكل ما تقدم في نظرية رفع الضرر

مدخل إلى البحث

488 - يكاد يكون دفع الضرر العمود الفقري للفقهاء الإسلامي الخالد ، فلا تصفح كتاباً من كتبه القديمة أو الحديثة إلا وجدت كثيراً من الأحكام شرعت لرفع الضرر وللتعامل ولعموم البلوى وما إلى ذلك . . . وهذه مزية من مزايا فقهاء العظم أن فهم واقعي ؛ لا يُخلّق في المثاليات ولا يُغالي فيما يجب عليه الأمر أن يكون ، بل يعالج ما هو كائن ، ويهدف دائماً من وراء تشريعه الأحكام للناس إلى إبعاد الضرر عن المكلفين ، سواء كان هذا الضرر من ثقل بعض التكاليف فيميل فيها إلى التخفيف ، أو إلى تعامل الناس فيما بينهم فيجتنح إلى وضع حدٍّ مانع من إلحاق الأضرار بالناس عن طريق تشريع الضمانات وسدّ الذرائع والاستحسان بالمصلحة والضرورة كما هو معروف للباحثين .

ونحن حين ندرس الفقه الإسلامي لتبين معالمه وصوّاه لا نقوم بذلك ابتغاء الكشف عن وجوه عظمة هذا الفقه وخلوده فحسب ، فهذا أمر شهد به الخصوم قبل الأصدقاء ، ولكن لنجعل منه تشريع الغد الزاهر والمستقبل المشرق يوم يأتي اليوم الذي تتوحد فيه الأمة العربية في ظل تقنين واحد نابع من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه ومدارسه ، فالوحدة المنشودة لا تقوم على تشريعات مختلفة مستوردة متضاربة متناقضة ، إنما لا بد من وحدة التقنين قبل وحدة الشعوب ، ولا بد من وحدة الفكر قبل وحدة البلاد ، وفكر الأمم والشعوب مرآته الصادقة قوانينها الضابطة لأنماط الحياة فيها ، وما لم نعمل على توحيد هذه القوانين في ظل الفقه الإسلامي الذي نبع في الأمة العربية وبها نشأ وهي التي صدرته للعالم ؛ ما لم نعمل على ذلك فلا نحدث أنفسنا بشيء من الوحدة بعد اليوم .

إن دفع الضرر وهو نظرية فقهية لها أصولها وضوابطها وتفرعاتها وثمراتها ولها ما لها من مكانة في فقهننا لهي جديرة بالدراسة المستوعبة ، ولا سيما وهي أساس لكثير من أحكام الفقه في ميدان الحقوق الجزائية والمدنية ، وهي كذلك أساس واضح لنظرية (منع التعسف في استعمال الحق) التي أخذ بها الحنفية وغيرهم استحساناً وهي كذلك القاعدة المنظمة لحقوق الجوار ، وهي بُعد تشكّل مع نظرية رفع الحرج التي تحدثت عنها فيما سبق حجر الزاوية في مقاصد الشريعة العامة التي نستطيع أن نطلق عليها ؛ (فلسفة التشريع الإسلامي) أو (حكمة التشريع) .

* * *

المبحث الأول

التعريف بنظرية دفع الضرر وأصولها العامة

المطلب الأول : التعريف بنظرية دفع الضرر :

الفرع الأول : صلة النظرية بمقاصد الشريعة :

تقدّم في نظرية رفع الحرج سابقاً أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد لا تعدو بالاستقراء ثلاثة أقسام : ضرورية ، وحاجية ، وتحسينية :

489 - آ) فأما الضرورية : فما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت اختلت في كليهما . والحفظ لها يكون بأمرين : أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها .

والثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها . وأصول هذه الضروريات راجعة إلى حفظ خمسة أشياء : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال .

وشرع كذلك لهذه الضروريات ما يكفل تكميلها وتتميم المراد منها^(١) .

490 - ب) وأما الحاجيات : فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق^(٢) المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ٨ وما بعدها ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها وفصول البدائع في أصول الشرائع للفناري ج ٢ ص ٣٧١ وما بعدها ور ؛ فوائح الرحموت ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها بهامش المستصفي .

(٢) ر : حجة الله البالغة للدهلوي ج ١ ص ١١٠ .

المطلوب ، فإذا لم تُراعَ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة .

491 - ج) وأما التحسينيات : فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات ، فهذه الأمور راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية ، إذ ليس فقدانها بمخلٍ بأمر ضروري ولا حاجي ، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين .

وكل من الحاجيات والتحسينيات جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات ، وكل مرتبة من هذه المراتب ينضم إليها ما هو كاللتممة والتكملة مما لو فرضنا فقدته لم يخل بحكمتها الأصلية بشرطة ألا يعود اعتبار التكملة على الأصل بالإبطال وإلا فلا .

492 - هذا ؛ والمقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية ، فلو فرض اختلال الضروري بإطلاق لا اختلالاً باختلاله بإطلاق ، ولا يلزم من اختلالهما اختلال الضروري بإطلاق ، وقد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق اختلال الحاجي بوجه ما ، وقد يلزم من اختلال الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما ، فلذا إذا حوِّظ على الضروري فينبغي المحافظة على الحاجي ، وإذا حوِّظ على الحاجي فينبغي أن يُحافظَ على التحسيني ، فإذا ثبت أن التحسيني يخدم الحاجي وأن الحاجي يخدم الضروري ، فإن الضروري هو الأصلي والأشد في الطلب والأهم منه^(١) ؛ لأنه يترتب على فقدته اختلال نظام الحياة وشيوع الفوضى بين الناس وضياع مصالحهم ، وتليه الحاجيات لأنه يترتب على فقدتها وقوع الناس في الحرج والعسر وتكليفهم بالمشقات التي تنوء بهم ، وتليها التحسينيات لأنه لا يترتب على فقدتها اختلال نظام الحياة ولا وقوع الناس في الحرج ، ولكن يترتب على فقدتها برفع الناس عن مقتضى

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ١٦ وما بعدها .

الكمال الإنساني والمروءة وما تستحسنه العقول السليمة .

وعلى هذا فتُعَدُّ الأحكام المشروعة للتحسينيات كـ (المكملة) للتي شرعت للحاجيات وتعد الأحكام المشروعة للحاجيات كـ (المكملة) للتي شرعت لحفظ الضروريات ، فلا يُراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو مكمل له ، ولا يُراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري ، وأما الأحكام الضرورية فتجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بحكم منها إلا إذا كانت مراعاة ضروري تؤدي إلى الإخلال بضروري أهم منه .

493 - فقد ثبت بالبرهان أن مقاصد الشارع مما شرعه من الأحكام لا تعدو حفظ واحد من هذه الثلاثة أو ما يكمله وأن المقاصد مرتبة في مراعاتها حسب أهميتها ، وعلى ترتيبها رُتبت الأحكام التي شرعت لتحقيقها ، فالظواهر والعمومات والمطلقات والمقيّدات والجزئيات الخاصة في أعيان مختلفة ووقائع مختلفة في كل باب من أبواب الفقه وكل نوع من أنواعه ، يؤخذ منها بالاستقراء أن التشريع دائر حول حفظ هذه الثلاثة التي هي أسس مصالح الناس .

494 - وعلى هذا وُضِعَتْ المبادئ الشرعية بدفع الضرر ، والمبادئ الشرعية الخاصة برفع الحرج ، وعن كل مبدأ من هذه المبادئ تفرعت عدة فروع واستنبطت جملة أحكام .

فنظرية دفع الضرر مكملة لنظرية رفع الحرج ، وكلتاها يكوّن الحاجيات والأحكام المشروعة لحفظها وتكميلها والقيام عليها من مقاصد التشريع الإسلامي ، وهذا معنى قول الحنفية من الفقهاء (وهذه القاعدة مع التي قبلها (المشقة تجلب التيسير) متحدثان أو متداخلتان)^(١) . وشرح ذلك الحموي في غمز عيون البصائر (أي داخله كل واحدة منهما في الأخرى وفيه ما فيه فتأمل)^(٢) .

(١) ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

(٢) ر : حاشية الحموي على الأشباه ج ١ ص ١١٨ .

495 - جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي^(١) :

(المراتب خمسة ؛ ضرورة ، حاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول ؛ فالضرورة بلوغه حداً إن لم يتناوله الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول الحرام ، والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم ، والمنفعة كالذي يشتهي خبز البر ولحم الغنم والطعام الدسم ، والزينة كالمشتهي الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان ، والفضول : التوسع بأكل الحرام والشبهة).

الفرع الثاني : مكانة النظرية في بنية الفقه الإسلامي :

496 - تُعدُّ هذه النظرية من أركان الشريعة ونظرياتها الكبرى :

فهي من القواعد الخمس التي ينبنى عليها المذهب الشافعي وهي :
١ - اليقين لا يزول بالشك ٢ - المشقة تجلب التيسير ٣ - الضرر يزال ٤ - العادة محكمة ٥ - الأمور بمقاصدها .

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ما نصه :

(بل قد يرجع الكل إلى اعتبار المصالح ، فإن درء المفسد من جملتها ، ويقال على هذا : واحدة من هؤلاء الخمس كافية ، والأشبه أنها الثالثة)^(٢) .

ثم إن هذه النظرية أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودفع المفسد ، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث .

وحسبك أنها يتبنّى عليها كثير من أبواب الفقه ، وهي مدار كثير من الفروع

(١) ر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ .

(٢) ر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨ .

والقواعد والأحكام^(١) .

ثم هي بعدُ أصل الضمانات في الفقه الإسلامي كله ، وأساس من أسس التعليل بالمصالح في الشريعة الإسلامية في نطاق المعاملات المالية كما نص عليه جمهور الفقهاء .

الفرع الثالث : التعريف اللغوي والشرعي للضرر :

497 - المعنى اللغوي والشرعي لكلٍ من الضرر والضرار .

١ - معنى الضرر لغةً وشرعاً :

- جاء في لسان العرب : (الضَّرُّ والضَّرُّ نعتان ؛ ضد النفع ، والضَّرُّ ؛ المصدر ، والضَّرُّ الاسم ، وقيل : هما نعتان كـ (الشَّهْد والشَّهْد) ، فإذا جمعت بين الضَّر والنفع فتحت الضاد ، وإذا أفردت الضَّر ضُمَّت الضاد إذا لم تجعله مصدرًا ، كـ (قولك : ضَرَرْتُ ضَرًّا) ، هكذا تستعمله العرب ، أبو الدَّقَيْش : الضَّرَّ ضد النفع ، والضَّر بالضم الهزال وسوء الحال . والمَضَرَّة خلاف المنفعة والاسم الضَّرَر ، والضرر ؛ الضيق)^(٢) .

وجاء في القاموس مثل ذلك وقال : (والاضطرار الاحتياج إلى الشيء)^(٣) .

- أما الضرار فجاء في اللسان : (وقوله : ولا ضرار أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه ، فالضرار منهما معاً والضرر فعل واحد ، ومعنى قوله ولا ضرار أي لا يدخل الضرر على الذي ضره ولكن يعفو عنه) وقال : (والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، والضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٨٥ والأشباه للسيوطي ص ٨٤ ، والمدخل للزرقاج ١ ص ٩٧٢ .

(٢) ر : لسان العرب ج ٤ ص ٤٨٢ وما بعدها .

(٣) ر : القاموس المحيط ج ٢ ص ٧٥ وما بعدها ، وانظر المخصص لابن سيده ج ١٢ : ص - ٢٤٠ ، وانظر إصلاح المنطق لابن السكيت ص : ١٢٣ .

وقيل : الضرر ما تضرُّ به صاحبك وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع ، وقيل : هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد (١) .

* * *

498- وجاء في النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير الجزري :
(وفيه : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الضَّرُّ ؛ ضد النفع ، ضَرَّه يضره ضراً وضراراً وأضر به يُضِرُّ إضراراً ، فمعنى قوله : « لا ضرر » أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه .

والضرار ؛ فِعَالٌ : من الضَّرَّ : أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه ، والضَّرَرُ : فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، والضَّرَرُ : ابتداء الفعل ، والضرار ؛ الجزاء عليه . وقيل الضَّرُّ : ما تضرُّ به صاحبك وتنتفع به أنت ، والضرار ؛ أن تضره من غير أن تنتفع به (٢) .

وجاء في شرح المجلة للأتاسي : (وفي الفرق بين الضرر والضرار أقوال ؛ قيل : الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً ؛ والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة ، أي كل منهما يقصد إضرار صاحبه من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق ، وقيل : الضرر أن يُدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به ، والضرار أن يُدخل على غيره ضرراً بما لا منفعة له به ، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع ، وقيل : الضرار ؛ المضارَّة أي لا يضار أحد بأحد .

وقد ذكر المفسِّرون ذلك في قوله تعالى : ﴿ لَا تَضْكَاْزَ وَالِدَةً يُولِدهَا وَلَا مَوْلُودًا لِّهٖ يُولِدهٖ ۝ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] أي لا تضارَّ والدَّةً زوجها بسبب ولدها وهو أن تعنف بالولد ، وتطلب منه ما ليس بعدل من الرزق والكسوة ، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد ، وأن تقول بعدما ألفتها الصبي : (اطلب له ظئراً) أو ما أشبه ذلك ، ولا يضار مولود له امرأته بسبب ولده بأن يمنعها شيئاً مما وجب

(١) ر : اللسان ج ٤ ص ٤٨٢ .

(٢) ر : النهاية ج ٣ ص ٨١ وما بعدها . وانظر غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للحموي ج ١ ص ١١٨ تجد مثل ذلك وعزاه إلى شرح الجامع الصغير .

عليه من رزقها وكسوتها ولا يأخذ منها وهي تريد إرضاعه ولا يكرهها على الإرضاع ، ومن المضارة أن يطلق زوجته ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الوطء ليطلق عليها عدتها ، والنفي بلا الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشرع لأنه نوع من الظلم إلا ما خُصَّ بدليل كـ (الحدود والعقوبات) ^(١) ، وجاء في معجم ألفاظ القرآن الكريم : (ومكان ضرر ؛ ضيق والنقص في النفس أو البدن أو المال ، فهو سوء الحال بشيء من هذا ، وهو ضد النفع ، والضرة الفعلة التي تضر) ثم جاء أيضاً فيه : (فالضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين أو هو طلب الضرر ومحاولته من واحد) ^(٢) .

وأخيراً جاء في المُعَرَّب في تفسير الضرر : (بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً) ^(٣) .

والأصل في ذلك كله حديث أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال :
« لا ضرر ولا ضرار » ^(٤)

-
- (١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٢٤ وما بعدها .
(٢) ر : معجم ألفاظ القرآن الكريم ج ٢ ص ١١٠ .
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي ج ١ ص ١١٨ .
(٤) حديث حسن أخرجه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلوات الله عليه وسلامه رسلاً فأسقط أبا سعيد ، وله طرق يقوي بعضها ببعض وأنقل هنا عبارة الطوفي في شرح الحديث قال : أما الضرر فهو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً ، والضرار إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه ويروى هذا الحديث بلفظ : « ولا إضرار » وهو في معنى الضرر ، وقوله : « لا ضرر ولا ضرار » فيه حذف أصله : « لا لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ولا فعل ضرار مع أحد » ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص ، مخصص ، أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا يتنفي ، وأما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص ، فلأن الحدود والعقوبات ضرر لا حق بأهلها وهو مشروع بالإجماع ، وإنما كان ذلك دليل خاص ، وإنما كان الضرر منتفياً شرعاً فيما عدا ما استثنى ؛ لأن الله عز وجل لا يريد العسر لعباده فوضع الدين على تحصيل النفع والمصلحة فلو لم يكن الضرر والضرار منفيّاً شرعاً لزم وقوع الخلف في الخبر الشرعي وهو محال أما معنى الحديث فهو نفي الضرر والمفاسد شرعاً ، وهو نفي عام إلا ما خصَّه الدليل اهر ؛ المصلحة ونجم الدين الطوفي للدكتور مصطفى زيد ص ١٤ من الملحق : ٢٠٥ وما بعدها .

ونص هذا الحديث ينفي الضرر نفيًا ، فيوجب منعه مطلقاً ، ويشمل الضرر الخاص والعام ، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره ، كما يدل على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما ؛ لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتاً ، وعلى هذا فإنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة وإن ترتب عليها ضرر بهم ؛ لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم .

والمقصود بمنع الضرر نفي فكرة التآثر المخصص الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته ؛ لأن الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً ، وإنما يُلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع .

فمن أتلف مال غيره لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله لأن في ذلك توسيعاً للضرر بلا منفعة ، فالواجب تضمين المتلف قيمة ما أتلف إن لم يعفُ صاحب الحق أو يصالح ، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي ، فإنه سيان في حقه إتلاف ماله وإعطائه للمضرور لترميم الضرر الأول ، فأصبحت مقابلة الإتلاف بالإتلاف عبثاً .

وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن مما شُرِع فيه القصاص ؛ لأن هذه الجنایات لا يجمعها إلا عقوبة من جنسها رادعة بحيث يعلم الجاني أنه في النهاية كمن يعتدي على نفسه ، وكلّ عقوبة أخرى فإنها لا تعيد للمجني عليه ما فقد من نفس أو عضو فتظل حزازات النفوس الكامنة في كل وقت مدعاةً للتآثر الممقوت .

أما إتلاف المال فالتضمين فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الإتلاف بالإتلاف^(١) .

(١) المدخل ج ١ ص ٩٧٢ وما بعدها .

المطلب الثاني : الأصول العامة لنظرية دفع الضرر :

الفرع الأول : الأصل النصي للنظرية :

(من نصوص الشرع : الكتاب والسنة ، وأقاويل السلف) :

500 - آ - فمن الكتاب العزيز الآيات الكريمة من آيات الأحكام :

- ١ - ﴿ لَا تَضْرَكُوا وَلَدَهُ يُوَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُهَا ﴾ [البقرة : ٢٣٣] ^(١) .
- ٢ - ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقِهِنَّ عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] .
- ٣ - ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .
- ٤ - ﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة : ١٧٣] .
- ٥ - ﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣] ^(٢) .

٦ - ﴿ لَا يَسْتَوِي الْقَلْعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ ﴾ [النساء : ٩٥] .

٧ - ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْنَدَنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣١] .

٨ - ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ ﴾ [النساء : ١٢] .

501 - ب - ومن السنة :

١ - الحديث النبوي الشريف المعروف وهو قوله ﷺ : « لا ضررَ

ولا ضرارَ » ^(٣) .

(١) انظر في تفسير هذه الآية تفسير القرطبي ط : دار الكتب ففيه شرح نفيس .

(٢) انظر معجم ألفاظ القرآن الكريم ج ٢ ص ١١٠ وما بعدها ط : مجمع اللغة العربية بالقاهرة .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً في الأفضية / ٣١ فأسقط أبا سعيد الخدري ، وأخرجه الحاكم في المستدرک والبيهقي ، والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبد الله بن الصامت رضي الله عنهما في الأحكام / ١٧ ، وأحمد في مسنده / ٥ ، ٣٢٧ وله طرق يقوى بعضها ببعض ، قال الشوكاني : (وهو حديث مشهور) ، ر : نيل الأوطار : ٥ : ص ٢٦٠ .

وهو حديث نبوي في رتبة الحسن ، وفي رواية : « لا ضرر ولا إضرار »^(١) ، وهو من جوامع الكلم له ﷺ كما ذكر الأتاسي في شرح المجلة .

٢ - وهنالك أحاديث في هذا المعنى منها : « من ضار ضار الله به »^(٢) ، وفي رواية : « أضر الله به »^(٣) ، وحديث : « ملعون من ضار مؤمناً »^(٤) .

٣ - وهنالك قصة جرت على عهد النبي ﷺ لها صلة بما ذكرت وهي كما جاءت في كتب السنة :

روى أبو داود : (حدثنا سليمان بن داود العتكي ثنا حماد ثنا واصل مولى ابن عيينة قال : سمعت أبا جعفر محمد بن علي يحدث عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أنه كانت له عَصِيد من نخل في حائط رجل من الأنصار قال : ومع الرجل أهله قال : فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى ويشق عليه فطلب إليه أن ينقله فأبى ، قال فهبه لي ولك كذا أو كذا مراراً رَغِبَ فيه ، فأبى ، فقال : أنت مُضَارٌّ ، فقال رسول ﷺ للأنصاري : « اذهب فاقلع نخله »^(٥) .

٤ - ودونك هذه القصة الأخرى في هذا المعنى ذاته ، روى أبو داود : (حدثنا أبو الوليد الطيالسي ثنا الليث عن الزهري عن عروة أن عبد الله بن الزبير حدثه أن رجلاً خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها ، فقال الأنصاري : سَرَّح الماء يمر ، فأبى عليه الزبير ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : « اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك » ، فغضب الأنصاري فقال : يا رسول الله

(١) رواه أحمد / ٣١٣٧١ ، ور : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٢٤ .

(٢) رواه الترمذي في البر / ٢٧ .

(٣) رواه ابن ماجه في الأحكام / ١٧ وأبو داود في الأقضية / ٣١ .

(٤) رواه الترمذي في البر / ٢٧ .

(٥) رواه أبو داود في كتاب الأقضية / ٣٢ ، قلت : والذي في أبي داود « عَصِدٌ » لكن قال في بذل المجهود في حل أبي داود السهارنفوري ما نصه : (هكذا هو في رواية أبي داود وإنما هو عصيد من نخل ، يريد نخلًا لم تسبق ولم تطل ، قال الأصمعي : إذا صار للنخلة جذع يتناول منه المتناول فتلك النخلة العَصِيدَة وجمعه عضدان) اهـ ، ر : بذل المجهود ج ١ ص ٣٢١ وما بعدها .

أَنَّ كَانَ ابن عمك ، فتلوّن وجه رسول الله ﷺ ثم قال : « اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجذر » (١) .

٥ - روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رسول الله ﷺ قضى في السيل المهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » وفي رواية : « أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل » (٢) .

502 - ج - ومن أقوال السلف رضي الله عنهم :

- ١ - عن علي رضي الله عنه : (من احتكر الطعام أربعين ليلة قسا قلبه) (٣) .
- ٢ - قال الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه في الذي يطلق زوجته ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الوطء ليطلق عليها عدتها :
(إذا كان قصده تطويل العدة فلا تستأنفها رداً لقصده) (٤) .
- ٣ - سئل الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه عن الرفو بحيث لا يتبين قال : (لا يجوز لمن يبعه أن يخفيه وإنما يحل للرفا إذا علم أنه يظهره أو أنه لا يريده للبيع) (٥) .
- ٤ - نظر الفضيل بن عياض رضي الله عنه إلى ابنه وهو يغسل ديناراً يريد أن يصرفه ويزيل تكحيله وينقيه حتى لا يزيد وزنه بسبب ذلك فقال : (يا بني ؛

(١) رواه أبو داود في الأقضية ٣٣ ، وانظر بذل المجهود ج ١٥ ص ٣٢٢ وما بعدها . قال : (حتى يرجع الماء إلى الجذر ، يفتح الجيم وكسرها وسكون الدال المهملة قال في المجموع وهو هنا المسناة ، وهو ما رفع حول المزرعة كالجدار ، أمره ﷺ أولاً بالمسامحة والإيثار بأن يبقي شيئاً يسيراً ثم يرسله إلى جاره ، فلما قال الأنصاري ما قال وجهل موضع حقه أمره بأن يأخذ تمام حقه ويستوفيه فإنه أصلح له وبالزجر أبلغ) اهـ . بذل المجهود الصفحة ذاتها من ج ١٥ .

(٢) رواهما أبو داود في الأقضية ٣٤ و ٣٥ .

(٣) الإحياء : ج ٢ ص ٧٤ .

(٤) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٢٥ ، والقواعد الفقهية لمحمود حمزة ص : ٦ .

(٥) الإحياء ج ٢ ص ٧٨ .

فعلك هذا أفضل من حجتين وعشرين عمرة (١).

٥ - قال الإمام حجة الإسلام الغزالي : (ويعوّل في نفي التحريم وإثباته على الضرر) ... ثم قال : (وانتظار مبادئ الضرر محذور كانتظار عين الضرر ولكنه دونه ، وانتظار عين الضرر أيضاً هو دون الإضرار فبقدر درجات الإضرار تتفاوت درجات الكراهية والتحريم) (٢).

الفرع الثاني : الأصل الاجتهادي للنظرية :

503 - آ - يرجع دفع الضرر بعمومه في الأصل الفقهي الاجتهادي إلى قاعدة سد الذرائع الفاسدة أولاً ، ثم إلى الاستحسان والمصالح المرسلة ثانياً . والمعلوم أن الشارع جعل الذريعة إلى الشيء تأخذ حكمه ، فطلب الذرائع الحسنة وحثّ عليها لأنها توصل إلى الحسن شرعاً ، ونهى عن الذرائع الفاسدة ومنع منها لأنها تؤدي إلى القبيح شرعاً ؛ فما أدى إلى الحسن فهو حسن ، وما أدى إلى القبيح فهو قبيح .

كما أن دفع الضرر يرجع بعمومه أيضاً إلى الاستحسان والمصالح المرسلة باعتبار أن كلاً من الاستحسان والمصالح المرسلة ما شرع إلا لدفع الضرر عن الأمة والفرد ، ولو كان في ذلك استثناء من القاعدة أو عملاً بالعلة الخفية أو بالمصالح التي أرسلها الشارع .

ذلك لأن دفع الضرر هو المقصد الثاني للشارع بعد المقصد الضروري ، ولئن كان المقصد الضروري جعل لإقامة الحياة الإنسانية على أسس راسخة ، فالمقصد الحاجي الذي يشمل كلاً من دفع الضرر ورفع الحرج إنما جعل لتوفير السّعة والراحة ، وذلك ما أراده الفقه الإسلامي وقصده من تشريعه الأحكام .

فسدّاً للذرائع حرّم النظر إلى وجه الأمرد بشهوة ، والخلوة بأَم الزوجة الشابة (الصهرة) ، وحرّم كل ما يؤدي إلى فساد في الأخلاق والحضارة

(١) الإحياء ج ٢ ص ٧٩ .

(٢) الإحياء ج ٢ ص ٧٥ .

الإنسانية الماجدة التي هدف إليها الاسلام، وأباح أموراً كذلك وندب إلى أشياء تقتضيها المصلحة العامة ، وذلك كله ضمن ضوابط معروفة لدى الفقهاء^(١) :
(فحيثما وُجدت المصلحة فثمَّ شرع الله) أي المصلحة المعتبرة شرعاً كما قرر ذلك في الأصول .

504 - وبناءً على ذلك فقد فُرِّع فقهاء الحنفية ما لو أخرج ميزاباً وشبهه من داره ينظر إن كان يضر بالمسلمين لا يسعه ، وإن كان لا يضر يسعه أن يفعل وعليه ضمان ما عطب به سواء أضر بالمسلمين أم لم يضر ، ولو فعل بإذن الإمام لا يضمن^(٢) .

وقالوا : قوم بينهم شرب امتنع بعضهم عن كرى النهر ، أمر الحاكم الآخرين أن يكررو النهر ، ولهم أن يمنعوه من شرب النهر حتى يدفع حصته^(٣) ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وفرَّعوا على ذلك أيضاً : أجبر القصار انفلتت منه المدقة فوقع على ثوب فتخرَّق فلو انفلتت أولاً على الثوب قبل أن تقع على الخشب التي يدق عليها ضمن الأجير ، ولو بعده ضمن القصار ، ولو أصابت المدقة إنساناً يضمن التلميذ كيفما كان^(٤) .

وفي الباب الثاني فروع فقهية لدى فقهاء المذاهب تخرَّجت على هذه القاعدة الجليلة فلتنظر هناك^(٥) .

505 - ب - بين الطوفي والجمهور أئمة فقهاء الشرعية الإسلامية مجموعون على رفض الغلو في تقدير المصلحة أبعد من طورها ، فالقائلون

(١) ر : نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي للدكتور الفرفور ص ١٥ وما بعدها .

(٢) ر : مجمع الضمانات ص ١٧٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٨٧ .

(٤) واقعات المفتين لقدرى أفندي الحنفي ص ١٣٤ و ر ؛ جامع الفصولين في ضمانات القصار من الفصل الثالث والثلاثين .

(٥) ر : إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٢٧ ، ٢ ص ١٠٤ .

بالمصلحة أقامو في طريق تمييز المصلحة من المفسدة وتحديد حدودهما ضوابط كفيلة بهذا التمييز ، والتحديد مستمدة من مقاصد الشرع العامة ، أولى هذه الضوابط أن تكون المصلحة المبني عليها الحكم مصلحة مرسله ، وأن يكون فيها تأييد للضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات ، فإذا عارض المصلحة نص شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص ترجيحاً مطلقاً ، كما يريد الطوفي الذي يرجحها على النص والإجماع في غير الضروريات من مقاصد الشريعة ، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي .

وقد غالى سليمان الطوفي في اعتبار المصلحة فجعلها مقدمة على النصوص القطعية إذا عارضتها ، وهذا رأي خطير جداً يؤدي إلى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي محض وفي ذلك منتهى الاضطراب والتخبط^(١) ولو لم يكن مقصوداً لصاحبه الذي انطلق إلى هذا كله من شرح حديث : « لا ضرر ولا ضرار » فجعله وهو الكلي العام مخصصاً لكل نص تضمن ضرراً ، وهو عكس ما يجب وعكس ما ينبغي أن يكون .

الفرع الثالث : ضابط الضرر المعتبر شرعاً :

506 - ثبت باستقراء الأحكام الشرعية وعللها لدى الفقه الإسلامي أن ضوابط الضرر المعتبر شرعاً أربعة ؛

١ - توفر عنصر التعدي أو الاعتداء ؛ فلو أضرت روائح الطعام المشتهة في الجيران الذي يتوقونه ليس لهم المنع بدعوى الإضرار ، كذلك ليس للجار الذي يستظل بشجر جاره منعه من قطعها لو أراد بهلة تضرره لحرمانه من الظل وما شاكل ذلك .

٢ - ترتب الضرر المادي على التعدي أو الاعتداء على الغير ؛ فليس في

(١) ر : المصلحة ونجم الدين الطوفي للدكتور مصطفى زيد ص ١٢٧ وما بعدها إلى ص ١٤٤ والمدخل للأستاذ الزرقا ج ١ ص ٩٣ وما بعدها وانظر رسالة الطوفي كاملة في مجموع رسائل من ص ٣٩ إلى ص ٧٠ وقد حقق نصها الدكتور زيد في ملاحق رسالته المذكورة فليرجع إليه .

الفقه الإسلامي ما يقيّد الحرية الشخصية ما لم يكن في مقتضاها تعدّد مع ضرر مادي مترتب عليه للغير ، فلا وجه لمنع إنسان من لبس نظارة سوداء بحجة أن هذا المنظر مؤذٍ لعين من يراه مثلاً .

ولا لإنسان مع آخر من حمل عكاز بدعوى أن هذا العكاز له صوت يضر بسامعه وما إليه .

وكذلك فالأضرار المعنوية لا قيمة لها شرعاً ما لم ترد النصوص بغير ذلك ، فلا وجه لمنع الناس من نداء شخص باسمه ؛ لأن هذا يضر بلقب رسمي ناله كـ (الباشا أو البيك) وما إليه .

٣ - ويجب كون هذا الضرر جسيماً وغالباً على غيره ، فلا قيمة لضرر قليل مما لا يُحترز عنه أو لضرر مغلوب ؛ لأن العبرة للغالب دائماً في الفقه الإسلامي والمغلوب لا حكم له ، ويُعفى دائماً عن الغبن القليل غير الفاحش ، ويتساهل في مثله من الأضرار القليلة التافهة .

٤ - كما يجب كون هذا الضرر محققاً وقوعه باليقين أو بغلبة الظن ، فلا قيمة لضرر نادر أو موهوم ، فلو بنى إنسان في ملكه بناءً في العلو فليس لصاحب السفلى منعه بحجة أن هذا العلو ربما انهدم على السفلى ومن فيه ؛ لأن هذا أمر موهوم شريطة كون العلو مبنياً على أسس متينة ودعائم قوية طبق الأصول الهندسية .

* * *

507 - وهكذا فليس كل ضرر معتبراً شرعاً وينبغي عليه ما ينبغي من الأحكام ما ينبغي عادةً ، بل يجب توفر هذه الضوابط في الضرر ليعتبره الشارع ويعتدّ به وينبغي عليه الأحكام^(١) .

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

المبحث الثاني

أثر نظرية دفع الضرر في القواعد الكلية للفقه الإسلامي

508 - مدخل إلى البحث :

في ما سبق تكلمت عن التعريف بنظرية دفع الضرر بباب قائم برأسه ، فعرفت بالنظرية ومكانتها في بُنية الفقه الإسلامي وصلتها بمقاصد الشريعة ، وعقبت بتعريف للضرر لغةً واصطلاحاً ؛ ثم ذكرت الأصل النصي للنظرية من نصوص الشرع وأقوال السلف رضوان الله عليهم ، والأصل الاجتهادي لها ، وموقف الجمهور من المصلحة ، وموقف الطوفي منها ودليل كلٍّ ، ثم ختمت ذلك كله بوضع ضابط ما أظن أنني سبقت إليه بمجموعه الكلي ، وإن كان الفقهاء الأقدمون رضوان الله تعالى عليهم سبقوا إلى روحه وجزئياته لكنهم - وهم معذورون ؛ لأنهم كتبوا لعصرهم لا لعصرنا - لم يصوغوا هذه الجزئيات بضابط كلي يجمع شملها المتبددة ، بل نشروا تلك الجزئيات في كتبهم على غير نظام ، فكان لي شرف الصياغة والسبك والفضل للمتقدم وما أحسن ما قيل في هذا :

وَبَّه شَوْقِي بَعْدَمَا كَانَ نَائِمًا
بَكَتْ شَجْوَهَا عِنْدَ الضُّحَى فَتَسَاوَجَمَتْ
فَلَوْ قَبْلَ مَبْكَاهَا بَكَيْتُ صَبَابَةً
وَلَكِنْ بَكَتْ قَبْلِي فَهَيَّجَ لِي الْبُكَاءُ
هَتَّوْفُ الدُّجَى مَسْغُوفَةٌ بِالتَّرْنَمِ
إِلَيْهَا دُمُوعُ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ مَسْجَمٍ
بِسُعْدَى شَفِيتُ النَّفْسَ قَبْلَ التَّنَدُّمِ
بُكَاهَا ، فَقُلْتُ ؛ الْفَضْلُ لِلْمُتَقَدِّمِ^(١)

(١) راجع مقامات الحريري ص ٥١٦ وهامشها .

509 - هذا ؛ وقد أقمت البحث في هذا القسم على أثر النظرية في القواعد الكلية للفقهاء الإسلاميين وما صيغ منها بهذا المعنى ولهذا الغرض لدى فقهاء المذاهب الكبرى في الإسلام ، لتلمس الأثر الذي تركته هذه النظرية في فقهنا الشامخ وبصماتها عليه التي لا تزال آثارها باقية ما بقي الدهر .

510 - وقد جعلت هذا الذي نوهت عنه قائماً على مطلبين اثنين ؛ الأول ؛ القواعد الفقهية الكلية المتفق عليها - صياغةً - لدى فقهاء الأمصار ، والثاني ؛ القواعد المختلف بها لديهم ، وربما كان في المبحث الأول قواعد أصلية وقواعد فرعية . . .



تمهيد :

511 - لاحظَ الفقهاء مكانة نظرية دفع الضرر في الفقه الإسلامي بعامته ، ومدى شمولها لكثير من الفروع والأحكام التشريعية ، فصاغوا قواعد كلية فيما صاغوا من القواعد - تضبط هذه الفروع ضبطاً أغلياً عن طريق الاستقراء والتتبع - لهذا وجدنا اليوم في هذه الثروة الفقهية العظيمة أثراً بارزاً لنظرية دفع الضرر من مقاصد الشريعة^(١) في هذه القواعد الفقهية الكلية في مختلف مذاهب فقهاء الأمصار ، وفي فروع هذه المذاهب وفي التخريجات الفقهية والاجتهادات المذهبية ، وسترى أيها القارئ الكريم في ثنايا هذا البحث هذا الأثر البارز بوضوح ، مما يجعل لها القيمة العلمية الجديرة بالاهتمام وبمزيد من الدراسة المستوعبة المتأنية .

(١) قضية تعليل التكليف بالأغراض وعدمه فيها خلاف عند الإسلاميين ؛ فالأشاعرة يقولون : بعدم التعليل بالأغراض ، وخالفهم المعتزلة ، وقالت الفقهاء : لا يجب ذلك لكن أفعاله تابعة لمصالح العباد تفضلاً وإحساناً ؛ ومال السيد الشريف الجرجاني شارح المواقف إلى الأول وأيده ورد على المعتزلة والفقهاء وأسهب في ذلك فليُنظر فيه ص ٥٣٨ وما بعدها من شرح الجرجاني على المواقف للعضد .

المطلب الأول :

512 - القواعد المتفق عليها في مذاهب الأمصار :

بعد كثير من التتبع والاستقراء لكتب الفقهاء والأصوليين في المذاهب الأربعة الكبرى في الفقه الإسلامي ظهر لي أن القواعد الفقهية الكلية المتفق عليها بينهم لا تعدو سبعة أصولاً ، ول بعضها قواعد متفرعة عنها تعدّ لواحق لها ؛ وينضوي تحت كل قاعدة من هذه فروع فقهية كثيرة ، ودونك تفصيل ما أجملت :

513 - ١ - القاعدة الأولى : (الضرر يُزال) (م / ٢٠) :

ذكر الحنفية هذه القاعدة كثيراً في مباحث الغصب والشفعة وغيرهما :

وببني عليها كثير من أبواب الفقه^(١) ، فمن ذلك عند الحنفية :

- ١ - الرد بالعيب ، ٢ - وجميع أنواع الخيارات من اختلاف الوصف المشروط والتعزير وإفلاس المشتري ، ٣ - والحجر بسائر أنواعه على المفتى به ، ٤ - والشفعة فإنها للشريك لدفع ضرر الجار سوء على المعتمد^(٢) ، ٥ - والقصاص والحدود ، ٦ - والكفارات ، ٧ - وضمنانة المتلفات ، ٨ - والجبر على القسمة^(٣) بشرطه ، ٩ - ونصب الأئمة والقضاة ، ١٠ - ودفع الصائل ، ١١ - وقتال المشركين والبغاة ، ١٢ - وحرمة صعود السقوف والمنع منه قضاءً بلا تنبيه وإخبار للإضرار بالجيران بالاطلاع

(١) جاء في الكليات للكفوي ما نصه : (الضّر سائغ في كل ضرر ، وبالمضم خاص بما في النفس كمرض وهزال ، ولا يُزال الضرر بالضرر ، ومن فروعه مسألة أبي هاشم ؛ وهي أن الساقط باختياره أو بغير اختياره على جريح بين جرحي إن استمر عليه يقتله وإن لم يستمر يقتل كفاه في حقه القصاص ، قيل ؛ يلزمه الاستمرار على الجريح ولا ينتقل إلى كفته لأن الضرر لا يُزال بالضرر ، وقيل يتخير للتساوي في الضرر ، وقال إمام الحرمين ؛ لا حكم فيه إذن أو منع ، وتوقف الغزالي) ر : الكليات ج ٣ ص ١٤٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

(٣) قوله : بشرطه . قلت : هو اتحاد الجنس في العروض . ر : المرجع السابق الصفحة ذاتها .

على عوراتهم^(١) ، ١٣ - والمهياة لدفع ضرر الشركة .

وعند الشافعية ما ذكرناه مع زيادة فسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار^(٢) .

514 - ٢ - القاعدة الثانية : (الضرر لا يُزال بالضرر)^(٣) أو
(الضرر لا يُزال بمثله) (م / ٢٥) :

هذه القاعدة مقيّدة للقاعدة الأولى (الضرر يُزال) .

ذلك أن الضرر مهما كان واجب الإزالة ، فيزالته إما بلا ضرر أصلاً ، أو بضرر أخف منه ، وأما إزالته بضرر مثله أو أشد فلا يجوز شرعاً ، وهذا غير جائز عقلاً أيضاً ؛ لأن السعي في إزالته بمثله عبث^(٤) ، ونقل السيوطي عن ابن السبكي أن هذه القاعدة كعائد يعود على قولهم : (الضرر يزال ولكن لا بضرر) فشأنهما شأن الأخص مع الأعم ، بل هما سواء لأنه لو أزيل ؛ لضرر لما صدق (الضرر يزال)^(٥) .

515 - آ - ومن فروع هذه القاعدة عند الحنفية :

١ - ما لو أكره على قتل المسلم بالقتل مثلاً : لا يجوز لأن هذا إزالة الضرر بضرر مثله ، بخلاف أكل ماله فإنه إزالة الضرر بما هو أخف .

٢ - ومنها : إذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ، ثم ظهر فيه عيب قديم كان عند البائع ، فليس للمشتري أن يرده على بائعه بالعيب القديم ؛ لأن الضرر لا يُزال بمثله بل له الرجوع بنقصان العيب فقط فيدفع بقدر الإمكان ،

(١) ر : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١ ص ١١٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤ .

(٣) وهي في المجلة (الضرر لا يُزال بمثله) اهـ . شرح الأتاسي على المجلة ج ١ ص ٦٣ وما بعدها وقرر مثل ذلك الحنابلة فقالوا : (الضرر لا يزول بضرر آخر) اهـ . ر : القواعد لابن رجب ص ١٤٠ .

(٤) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٣ وما بعدها .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

وهذا أخف الضررين^(١) .

٣- ومنها : البناء على ساحة مغصوبة ، وقيمة البناء أكثر ، يملكها الباني .

٤- ومنها : ابتلعت دجاجة لؤلؤة ، أو أدخلت بقرة رأسها في قِدر^(٢) ، أو أودع رجل لدى آخر فصيلاً فكبر في بيت المودع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار ، يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل .

٥- ومنها : إذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة ، وكان شريكه ممتنعاً ، وعمّره دون إذنه يكون متبرعاً فلا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته ، وإن كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فلا يجبر على التعمير لكن يجبر على القسمة ، وذلك الشخص بعد القسمة يفعل بحصته ما يشاء ، فعدم الجبر بني على هذه القاعدة ؛ فإذا لم يكن قابلاً للقسمة كـ (الطاحون والحمام) واحتاج للعمارة ، وطلب من أحد الشريكين تعميره ، وامتنع الآخر يصرف عليه قدرأ معروفاً بإذن الحاكم ، ويعمره ، ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية دَيْناً عليه ، وله أن يستوفي دَيْنه هذا من أجرته بإيجار ذلك الملك المشترك .

وإن عمّر بغير إذن الحاكم فلا ينظر إلى مقدار ما صرفه ، ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروع .

والحاصل أن الضرر ما أزيل بمثله بل بقدر الإمكان أزيل بأخف منه^(٣) .

-
- (١) ر : شرح المجلة للاتاسي ج ١ ص ٦٤ ، وشرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣١ .
(٢) جاء في الأشباه للسيوطي : (ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم يخرج إلا بكسرهما فإن كان صاحبها معها فهو مفروط بترط الحفظ فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر وعليه أرش النقص ، أو مأكولة ففي ذبحها وجهان ؛ هذا إن كان معها صاحبها ، فإن لم يكن معها صاحبها فإن فرط صاحب القدر كسرت ولا إرش ، وإلا فله أرش ؛ أي قيمة النقصان في القدر بعد كسره) اهـ . ص ٨٦ .
(٣) ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ ، ور : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر =

٦ - ومنها مسألة البناء الأعلى والبناء الأسفل ، فلكل من صاحب السفلى والعلو حق في ملك الآخر ، لذي العلو حق قراره ، ولذي السفلى حق دفع المطر والشمس عن السفلى ، فالمِلْكُ مُطْلَقٌ والحق مانع ، وقد اجتمعا فجمعنا بينهما ، وقد اتفق الفقهاء على منع هدم صاحب السفلى الجدار الحامل للعلو فإن هدمه أُجبر على بنائه ، ولصاحب السفلى السقف وتوابعه ، غير أن لصاحب العلو السكن في ذلك^(١) .

وكذلك فَرَعَ الحنفية على هذه القاعدة ما لو كان السفلى من البناء لرجل وعلوه لآخر ، فسقف السفلى وجدوعه وهراديه^(٢) وبواريه وطينه لصاحب السفلى ، غير أن صاحب العلو مسكنه في ذلك ، واتفقوا على منع هدم صاحب السفلى الجدار الحامل للعلو ، فإن هدمه أُجبر على بنائه ، لأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار العلو ، فلو هدم صاحب البناء الأسفل بناءه ، وذو العلو علوه ، أخذ الأول ببنائه ، إذ فَوَّتَ عليه حقاً الْحَقَّ الْمِلْكُ فيضمن ، كما لو فَوَّتَ عليه ملكاً ، وهل يجبر صاحب العلو ؟ روايتان ، ولو انهدم السفلى بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ، ولصاحب العلو أن يبني إن شاء ويبنى عليه علوه ، ثم يرجع ويمنعه عن السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطراً ، ولو انهدم العلو والسفلى فكذلك^(٣) ، وجاء في الأشباه والنظائر

= للحموي ج ١ ص ١٢٠ القاعدة الخامسة .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٥ وما بعدها ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها والبحر الرائق لزين الدين ابن نجيم والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ .

(٢) الهردى ؛ ما يوضع فوق السقف إما من قصب أو من عريش وقيل هو المكعب ، قلت : وهو ما يعرف بزماننا بـ (الهوردي) الذي يوضع بقصد حفظ المنازل من تقلبات الجو فيجعل عازلاً ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٥ نقلاً عن الذخيرة وفتاوى الطرسوسي .

(٣) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٥ نقلاً عن جامع الفصولين ، ثم قال : (ثم الرجوع هل بقيمة البناء أو بما أنفق ؛ قيل : إن كان صاحب العلو مضطراً يرجع على صاحب السفلى بقيمة السفل مبنياً ، لا بما أنفق ، وقيل : إن بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق ، وإلا رجع بقيمة البناء وبه يفتى ، كذلك في قسمة الولوالجية ، وإذن الشريك كإذن القاضي ، فيرجع بما أنفق كما حرره العلامة ابن الشحنة في شرح المنظومة ، وإذا قلنا : يرجع بقيمة البناء عند عدم الإذن فهل المعتبر قيمته يوم البناء ، أو وقت الرجوع ، =

لابن نجيم (ومن فروعها عدم وجوب العمارة على الشريك ، وإنما يقال لمريدها أنفق واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء أو ما أنفقه ، فالأول إن كان غير إذن القاضي والثاني إن كان بإذنه وهو المعتمد) ^(١) .

٧ - وفرّعوا كذلك ما إذا كان جوار بين متجاورين بالسكنى ، ولكل منهما حمولة فوهى الحائط ، فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ، ينبغي أن يقول مريد الإصلاح لآخر ؛ ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ، ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا ، وأشهد على ذلك ، فلو فعله ، وإلا فله رفع الجدار ، فلو سقطت حمولته لم يضمن ^(٢) .

٨ - وفرّعوا على ذلك أنه لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ولا شيئاً من بدنه ^(٣) .

516 - ب - ومن فروع هذه القاعدة عند الشافعية :

ما ذكر عند الحنفية مع ما يأتي .

- ١ - لو مال حائط إلى الشارع أو إلى ملك غيره لم يجب إصلاحه .
- ٢ - ولو سقطت جرة ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها في الأصح .
- ٣ - ولو وقع دينار في محبرة ولم يخرج إلا بكسرها كسرت ، وعلى صاحبه الأرض ، فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شيء عليه .
- ٤ - ولو التقت دابتان على جبل عالٍ ولم يمكن تخليص واحدة إلا بإتلاف الأخرى ، لم يُفْتَّ واحد منهما بالإتلاف ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلّص دابته ضمن .

= قولان ، والصحيح وقت البناء وهو مبني على أن المبني يبنى على ملك الشريك أو على ملك الباني ثم ينتقل منه (اهـ . شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٥ وما بعدها .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

(٢) ر : جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٨٦ وشرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٦ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

(٣) الأشباه لابن نجيم ص ٨٧ .

٥ - ولو سقط على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره ،
فقليل : يستمر لأن الضرر لا يُزال بالضرر ، وقيل : يتخير للاستواء ، وتوقف
الإمام الشافعي رضي الله عنه .

٦ - ولو كانت الزوجة ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها من زوجها
إلا بإفصائها (أي تصير مفضاة وهي من اختلك مسلك بولها بمسلك غائطها)
ليس له وطؤها .

٧ - ولو رهن المفلس المبيع أو غرس أو بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع في
صورة صحة الرهن ؛ لأن فيه إضراراً بالمرتتهن ولا في صورة الغرس ، ويبقى
الغرس والبناء للمفلس ؛ لأنه ينقص قيمتها ويضر بالمفلس وبالغرماء ^(١) .

517 - ٢ - القاعدة الثالثة : (الضرر لا يكون قديماً) (م / ٧) .

هذه القاعدة مستثناة من القاعدة الفقهية الكلية (القديم يُترك على
قدمه) ^(٢) من قواعد المجلة والمراد بالقديم هنا (هو ما لا يوجد وقت التنازع
فيه من أدرك مبدأه) ، ومعنى كون الضرر لا يكون قديماً ؛ أن كل شيء غير
مشروع وفيه ضرر عام فاحش يُزال ، وقولهم : (لا يكون قديماً) أي لا يُحتجُّ
بتقادمه ، وليس إعداد عدم إمكان التقادم فيه لمصادمته الواقع .

ولا فرق بين القديم والحادث إذ العلة الضرر ، ومحل هذا في الضرر العام
دون الضرر الخاص ، فالضرر الخاص لا يرفع إذا كان قديماً إذ لعلّه كان بحق
شرعي وضابط ذلك (أن ما يمكن استحقاقه علم الغير) ^(٣) بأحد الأسباب
المشروعة يُحترم قدمه وإلا فلا .

518 - ولوجود الفرق بين الضررين العام والخاص كان لكل أحد حق الانتفاع

(١) انظر في ذلك كله الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

(٢) ر : مجلة الأحكام العدلية م ٦ ص ٢٥ ، ور : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص ١٥٣ .

(٣) ر : المدخل الفقهي للأستاذ الزرقا نقلاً عن والده الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله ج ١ ص ٩٨٣
وما بعدها .

بالعموميات بشرط عدم الضرر بالآخرين ، وليس له ذلك في ملك غيره وإن لم يضر إلا بالإذن ، جاء في الخراج للإمام أبي يوسف : (أنه لا يُتْرَع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف)^(١) .

519 - ووجه عدم الاعتداد بالقدم في الضرر العمومي أنه من أصله غير مشروع كـ (وجوده في الطريق العام) حتى لو كان بإذن السلطان يأثم صاحبه ، فالأصل عند الحنفية أن ما كان على طريق العامة ولم يُعرف حاله يُجعل حديثاً وكان للإمام رفعه ، وليس مثل ذلك ما إذا كان لأحد مسيل قديم أو نحوه على دار جاره والضرر بين ، فليس للجار منعه ؛ لأنه ضرر خاص عندهم^(٢) .

520 - ٤ - القاعدة الرابعة : (الضرر يُدْفَع بِقَدْرِ الإمكان) (م/ ٣١) .

الضرر يُدْفَع شرعاً ؛ فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً ، وإلا فيُتَوَسَّل لدفعه ؛ بالقدر الممكن فما يندفع بالعصا لا يجوز دفعه بالسيف ، وما يندفع بالصياح ورفع الصوت لا يُصار فيه إلى العصا ، وعلى هذا يجب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية الكافلة وفقاً لقاعدة المصالح الشرعية المعتمدة والسياسية الشرعية كل ذلك بقدر الإمكان ؛ لأن التكليف الشرعي منوط بالوسع وهذه القاعدة مهمة من مواضع الشرع ومقاصده ترجع إلى الدرجة المحمودة وهي التوسط بين درجتي الإفراط والتفريط يتفرع عنها كثير من الأحكام الأصولية والفرعية والاعتقادية ، فكل الفضائل منحصرة في التوسط بين الإفراط والتفريط فرؤوس الفضائل (الحكمة والعفة والشجاعة) ، وجمع التوسط في هذه الفضائل الثلاث الأَمَات هو العدالة ، ولهذا فسرت الوساطة بالعدالة^(٣) في قوله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴾ [البقرة : ١٤٣] ومنه قوله تعالى : ﴿ قَالَ أَوْسَطُهُمْ ﴾ [القلم : ٢٨] .

(١) ر : الخراج لأبي يوسف ص ٦٠ وما بعدها .

(٢) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٢٤ .

(٣) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧١ وما بعدها ، والتوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ٤٨ .

521- هذا ؛ وقد فرّع على هذه القاعدة الفقهاء في ميدان المصالح العامة :
شُرّع الجهاد لدفع شر الأعداء وقتل من يستحق القتل من المجرمين المروّعين
المحترفين الذين لم يتردعوا بالحدود والتعازير والقصاص وذلك بالسياسة
الشرعية ، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن الداخلي ، ووجب
سد ذرائع الفساد كلها وأبوابه من جميع أنواعه ، وكذلك كل تدبير قُصد منه دفع
الشر والحيلولة دونه ، وقالوا : من شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه
إذا مست الضرورة ؛ لأنه باغ ، فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته ، وفي
الحقوق الخاصة ؛ ويؤمر المحتكر للطعام عند شدة الحاجة بالبيع إزالة للظلم
وإلا يعاقبه السلطان^(١) .

- شُرّع حق الشفعة لمقاصد منها دفع ضرر سوء الجوار .
- وشُرّع الحجر على السفية لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته .
- وشُرّع الحجر على المفلس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته .
- واختلف الفقهاء في سن المحجور عليه .
- وحُقّ للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل
وكيلاً بالخصومة ، ولم يصح منه عزل الوكيل ما دام هو مسافراً منعاً لضرر
الدائن .
- وشُرّع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بطلب
أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك .
- وشرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر كـ(خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار التعيين) في البيوع لحاجة المشتريين للتروّي والاستشارة قبل
البتّ .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٢ والبدائع من كتاب الاستحالة .

522 - وفرّع الحنفية من الفقهاء على ذلك :

- أن للمضطر أن يأكل مال الغير لكن عليه الضمان .
- وما لو ظهر في المبيع عيب قديم وطراً عليه عيب آخر عند المشتري امتنع رده ، لكن لدفع الضرر بقدر الإمكان يرجع بنقصان العيب .
- وما لو كان الأجير الذي لعمله أثر في العين كـ (الصبغ) مثلاً إذا حبسها لقبض الأجرة فهلكت يلزمه الضمان لكن له الأجر ؛ لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان .

ولتلك القاعدة فروع كثيرة تجدها في شروح المجلة وكتب المذهب^(١) .

523 - ٥ - القاعدة الخامسة : (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع ضررٍ عام) (م/٢٦) .

هذه القاعدة مقيّدة لقاعدة (لا يزال الضرر بالضرر) أي لا يزال الضرر بمثله إلا إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً ، فيتحمّل حينئذ الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص ، فهذه القاعدة تجري في كل مسألة تدور بين ضررين خاص وعام ، وكثير من الأوامر والنواهي الشرعية والحدود والعقوبات مشروع لهذا المعنى^(٢) .

524 - وقد فرّع الحنفية على هذا ما يلي :

- ١ - الفعل المنكر يجب إنكاره وإزالته لكن إذا كان يترتب على إزالته وقوع منكر أعظم أو يعمُ ضرره يُتْرَكُ الإنكار .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٦٦ وما بعدها ورد المختار ج ٥ ص ٢٥٧ .

- ٢ - ومن هذا القبيل قتل الساحر المضّر والكافر المضل ؛ لأن هذا يفتن الناس ، وهذا يدعوهم إلى الكفر ويهدم دينهم .
- ٣ - ومنها وجوب نقض جدار مملوك مائل إلى طريق العامة على دار مالكة دفعاً للضرر العام ، وكذلك هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسرايته .
- ٤ - ومنها إباحة التسعير^(١) بسعر معتدل بمعرفة أهل الخبرة عند تعدي أصحاب الطعام في بيعه بغبن فاحش دفعاً للضرر العام ، وقدّر الحنفية الغبن الفاحش بخمس القيمة فما زاد على الراجح المعتمد .
- ٥ - ومنها جواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله ورضي عنه في ثلاثة :
- آ - المفتي الماجن ، ب - والطبيب الجاهل^(٢) ، ج - والمكاري المفلس ؛ دفعاً للضرر العام في الدين والنفوس والأموال ، وجواز الحجر على السفية عند الصاحيين ، وعليه الفتوى دفعاً للضرر العام .
- ٦ - ومنه بيع طعام على صاحبه عند الحاجة جبراً إذا امتنع ، ويُعطى حيثنّد صاحب الحق حقه شرعاً^(٣) .
- ٧ - يباع مال المدين جبراً عنه إذا امتنع عن بيعه وأداء دينه .
- ٨ - يُمنع اتخاذ حانوت حداد أو حانوت للطبخ أو فرن للخبز وشبهه بين تجار الأقمشة أو ما يماثل ذلك .
- ٩ - ومنها جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان المسلمين ولا سبيل للوصول إليهم منفردين^(٤) .

(١) ر : رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) المصدر ذاته والصفحة ذاتها .

(٣) ر : في ذلك كله شرح المجلة للأناسي ج ١ ص ٦٧ وما بعدها ، والمكاري (بضم الميم) هو الذي يتعاقد مع راغب السفر لنقلهم أو نقل أمتعتهم على دوابه اهـ .

(٤) ر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ وما بعدها ، وانظر أيضاً أصول الفقه لخلاف ص ٢٠٧ =

525 - ٦ - القاعدة السادسة : (الضرر الأشد يُزال بالأخف)

(م / ٢٧) .

هذه القاعدة قيد للقاعدة (الضرر يُزال) ، ومفادها أن الضرر إنما يُزال إذا لم يتأت من إزالته ضرر مثله أو أشد ؛ وإلا فإذا دار الأمر بين ضررين ؛ فيتحمل الأخف لإزالة الأشد ؛ والأصل في ذلك أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء ، وإن اختلفا اختار أهونهما ؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة^(١) ، وقد اتفقت أنظار الفقهاء في ذلك^(٢) .

ولهذا شرع القصاص والحدود وقتال البغاة وقاطع الطريق ودفع الصائل والشفعة وما إلى ذلك^(٣) .

526 - وقد فرّع على هذه القاعدة الحنفية الفروع الآتية :

١ - الإجبار على قضاء الدين ، وقضاء النفقات الواجبات ، وحبس الأب لو امتنع عن الإنفاق على من تجب عليه نفقته من ولده بخلاف الدين فإنه لا يحبس الوالد بدين ولده^(٤) ،

٢ - لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة آخر ، وكانت قيمة اللؤلؤة أكثر يضمن صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لصاحبها ويتملكها ، وكذا لو أدخل البقر رأسه في قدر من نحاس فتعدّر إخراجها ، وما لو سقط ديناره في محبرة غيره ولم

= وما بعدها ، وانظر شرح منظومة ابن وهبان لابن الشحنة باب الدعوى ، وانظر أيضاً المنهل الفقهي للزرقا ج ١ ص ٩٧٨ وما بعدها .

(١) ر : شرح المجلة الأناسي ج ١ ص ٦٨ ، والقواعد لابن رجب ص ٢٤٦ : قاعدة / ١١٢ .

(٢) ر : الأشباه للسيوطي ص ٨٧ نقلاً عن ابن السبكي وابن الكتاني من الشافعية .

(٣) الأشباه للسيوطي ص ٨٧ وما بعدها .

(٤) ر : شرح المجلة للأناسي ج ١ ص ٦٨ ، والأشباه لابن نجيم ص ٨٨ وما بعدها .

يخرج إلا بكسرهما^(١) ، وفصل الشافعية فقالوا : إن كان صاحب البهيمة معها فهو مفرط بترك الحفظ ؛ فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر وعليه أرش النقص ، وإن كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان ، وإن لم يكن معها صاحبها فإن فرط صاحب القدر كسرت القدر ولا أرش ، وإلا فله الأرش .

٣ - ومنها جواز دخول بيت غيره بلا إذنه إذا سقط فيه متاعه وخاف صاحبه أنه لو طلبه منه لأخفاه .

٤ - ومنها ما لو ظفر الدائن بجنس دئنه مع المطل فله أن يأخذه بلا إذن صاحبه ولا شيء عليه .

٥ - ومنها جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت تُرجى حياته وقد أمر به الإمام أبو حنيفة ، بخلاف ما إذا ابتلع لؤلؤة فمات فإنه لا يُشق بطنه عند الحنفية ؛ لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال .

٦ - ومنها طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه يتضرر ، فيجانب صاحب الكثير على بعض الأقوال في المذهب ؛ لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها^(٢) .

٧ - ولو غصب أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها لا ينقطع حق المالك ، ويقال للغاصب : اقلع البناء والغرس وردّها فارغة ، فإن كانت الأرض تنقص بالقلع فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكون له البناء والغرس رعاية للجانبين وارتكاباً لأخف الضررين^(٣) .

527 - وفرّع على ذلك الشافعية أيضاً فروعاً منها : ما لو أحاط الكفار بالمسلمين ولا مقاومة بهم جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ؛ لأن مفسدة بقائهم في أيديهم واصطلامهم

(١) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٨ وتبيين الحقائق للزيلعي كتاب الغضب .

(٢) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٩ .

(٣) ر : البدائع (من كتاب الغصب) .

للمسلمين أعظم من بذل المال . (١)

528 - قواعد كلية بمعنى هذه القاعدة :

يدخل تحت هذه القاعدة قواعد فقهية كلية ذكرها الفقهاء وقصدوا منها ما قصدوا من هذه القاعدة ، ولكن اختلفوا فيما بينهم في التعبير عن المعنى وكل أخذ بصيغة .

وبعد الاستقراء وجدنا أنها قواعد خمس : (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما) ، (يرتكب أخف الضررين اتقاءً لأشدهما) ، و (يُختار أهون الشرين) ، (درء المفسد مقدم على جلب المصالح) ، (إذا تعارض المانع والمقتضى قُدم المانع) .

ودونك تفصيل ذلك :

529 - ١ - القاعدة الفرعية الأولى :

(إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما) نص قاعدة من المجلة (م / ٢٨) والأصل في ذلك أن من ابتلي ببلتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء ، وإن اختلفتا يختار أهونهما دفعاً لأشدّهما .

من فروعها^(٢) : لا يجوز للإنسان أن يلقي بنفسه إلى التهلكة ، لكن إذا وقع بين أمرين أحدهما أهون من الآخر ؛ فيختار أهون الشرين كما لو هُدد بالقتل على أن يرمي بنفسه من علٍ بحيث تحتل النجاة يجب عليه رمي نفسه لاحتتمال النجاة ، ومن فروعها أيضاً : جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين إذا كانت تُرجى حياته ، وجواز السكوت عن إنكار المنكرات باليد واللسان إذا كان يترتب على إنكارها ضرر أعظم ، لكن لا يجلس مع أهلها ، فالمنكر إما أن تزيله وإما أن تزول عنه ؛ لأن الجلوس إقرار وهو حرام^(٣) .

(١) ر : الأشباه للسيوطي ص ٨٧ .

(٢) ر : تبين الحقائق للزيلعي آخر كتاب الإكراه ، والأشباه لابن نجيم ص ٩٠ .

(٣) ر : شرح الأناسي على المجلة ١٦٠ ص ٦٩ وما بعدها ، ور : الأشباه لابن نجيم ص ٨٩ وتبين الحقائق للزيلعي في باب شروط الصلاة .

ومن فروع هذه القاعدة أيضاً : أن الحريق إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيها يحترق ، ولو وقع في الماء يغرق ، فعند الإمام أبي حنيفة يختار أيهما شاء ، وعند الصاحبين يصبر^(١) ، ثم إذا ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكروه القصاص ، ومنه أن الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز كـ(الكذب للإصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لإصلاحها ، وعلى العدو لمخاتلته عن جيش المسلمين) .

530 - ٢ - القاعدة الفرعية الثانية :

(يرتكب أخف الضررين اتقاءً لأشدّهما) :

من فروعها : يُحبس الزوج إذا ماطل في القيام بنفقة زوجته ، ويحبس القريب الواجب عليه الإنفاق على قريبه إذا امتنع عن ذلك ، وتطلق الزوجة للضرر ، وإذا عجز مريد الصلاة الفريضة عن التطهر أو ستر العورة أو استقبال القبلة صلى كما قدر ؛ لأن ترك هذه الشروط أخف من ترك الصلاة^(٢) .

531 - ٣ - القاعدة الفرعية الثالثة :

(يُختار أهون الشرين) (م / ٢٩) :

من فروعها عند الحنفية : ما لو خرج ملك أحد من يده بلا قصد كما لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ؛ يتبع الأقل في القيمة الأكثر ، يعني يضمن صاحب الأرض التي قيمتها أكثر لصاحب الأقل ، ويتملك الضامن تلك الأرض^(٣) التي ضمنها لصاحبه .

(١) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٩٠ وما قبلها ، والأشباه للسيوطي ص ٨٧ .

(٢) ر : أصول الفقه لخلاف ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٣) ر : شرح المجلة للأتاسي ١٦٠ ص ٧٠ .

532 - ٤ - القاعدة الفرعية الرابعة :

(دَرءُ المَفسَدِ أَوَّلَى من جَلْبِ المنافع) (م / ٣٠) :

أي رفعها وإزالتها ، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدّم على جلب المصلحة في غالب الأحوال ؛ لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، لما يترتب على المنهيات من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي ؛ ولأن للمفاسد سرياناً وتوسعاً كـ (الوباء والحريق) فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها ولو ترتّب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها^(١) ، ولذا روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »^(٢) .

وإنما قلنا دفع المفسدة مقدّم في الغالب ؛ لأنه قد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة ، وهذا النوع داخل في قاعدة ارتكاب أخف المفسدتين ، فمن ذلك الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة والستر والاستقبال عند التعذّر لترجح مصلحة الصلاة^(٣) .

533 - فمن فروعها عند الفقهاء :

وجوب منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أن فيها أرباحاً اقتصادية .

ويُمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ولو كان فيها منفعة ، ويُمنع المستأجر من أن يتصرف في المأجور على وجه يضر به ضرراً فاحشاً^(٤) .

وكذا يُمنع كل جار من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجيرانه كاتخاذ

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ١٦٠ ص ٧٠ والمدخل الفقهي للزرقاج ١ ص ٩٧٩ .

(٢) رواه الإمام النووي في الأربعين وفي هذا المعنى حديث الكشف الذي رواه صاحب مجامع الحقائق : « ترك ذرة مما نهى الله عنه خير من عبادة الثقلين » اهـ .

(٣) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧١ .

(٤) ر : رد المحتار ج ٥ ص ١٨ .

معصرة أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة أو الدخان أو ما شابه ، ويمنع الاحتكار والتعدي في الأسعار ونحو ذلك .

وكذلك يُمنع الحاضر من شراء مجلوب البادية لما فيه من الضرر^(١) .
وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع (التعسف في استعمال الحق) فقد سبقت الشريعة الإسلامية إلى تقرير موضوع هذه النظرية في مختلف فروع الأحكام^(٢) .
وسياُتيك تفصيل ذلك قريباً .

534 - ٥ - القاعدة الفرعية الخامسة :

(إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) (م / ٤٦) :
وهذه من قواعد المجلة ، ومفادها أنه إذا كان للأمر محاذير تستلزم منعه ودواع تقضي تسويغه يُرجَح منعه ؛ لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح ؛ ولأن المانع في بعض الحالات قد يكون لعله اقتضت ترجيحه على المقتضي ، وقد يكون تقديم المانع لوجود أمرٍ محذور يمنع من العمل بالمقتضي ، والحاظر مقدّم لما فيه من درء المفسدة ، وهذا مقيد بما إذا لم يكن المقتضي أعظم من المانع وإلا يرجح المقتضي كما مر آنفاً .

535 - وتأسيساً على ذلك :

- ١ - يُمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بما يضر شريكه ؛ لأن حق شريكه مانع وإن كان حق نفسه مُقتضياً ، وكذا أحد صاحبي البناء السفلى أو العلو في الأبنية ذات الطوابق .
- ٢ - ويرجَح جانب الجرح في تزكية الشاهد على جانب التعديل إذا تعارضا ولا مرجح ، فتردُّ الشهادة .
- ٣ - وإقرار الوديع بالوكالة لا يلزمه بدفع الوديعة لمدعي الوكالة ؛ لأن حق

(١) ر : رد المحتار ج ٤ ص ١٣٢ ، ١٨١ .

(٢) ر : الدرر شرح الغرر آخر الإجارة ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها .

المودع في عين وديعته يمنع تسليمها لاحتمال إنكاره التوكيل^(١) .

٤ - ولا يبيع الراهن الرهن لأخر ما دام في يد المرتهن .

وهكذا نرى المانع أحياناً في العبادات فساد الزمان كـ (منع النساء عن الجماعة والجمع في المساجد في زماننا) ، وقد يكون في المعاملات لتعلق حق الغير ، أو لكون المانع ثبوتي والمقتضي نافي والمثبت مقدّم على النفي كما في قضية الجرح والتعديل السابقة في الشهادة ، وقد يكون المانع أقوى من المقتضي لداع خلقي كما في مسألة الأب لا يحبس بدين ابنه ؛ لأن الحق اللازم أدائه شرعاً وإن اقتضاه ، لكن حق الأبوة في لزوم البر واجتناب العقوق مانع ، فيقدّم المانع^(٢) .

536 - ٧ - القاعدة السابعة من القواعد الأصلية :

(الضرورات تبيح المحظورات) (م / ٢١) :

وزاد الشافعية (بشرط عدم نقصانها عنها)^(٣) وسيأتي شرح ذلك .

هذه القاعدة الجليّة أصل لنظرية فرعية أخرى هي (نظرية الضرورة)

وسيأتي البيان عنها في المبحث الثالث (الفقرتين : 555 - 556) من هذا الفصل قريباً إن شاء الله .

وأصل هذه القاعدة الأصولية من النص الشرعي قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾^(٤) [الأنعام : ١١٩] والاضطرار ؛ الحاجة الشديدة ، والمحظور ؛ المنهي عن فعله ، يعني أن الممنوع شرعاً يُباح عند الضرورة المعترية شرعاً .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ١٠٣ وما بعدها مادة ٤٦ ور : المدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٩٨٠ وما بعدها .

(٢) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ .

(٣) ر : الأشباه للسيوطي ص ٨٤ .

(٤) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٥ وما بعدها ونص الآية الكريمة المذكورة هو : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام / ١١٩] .

537- وليبان ذلك ينبغي أن نعلم أن لأفعال المكلف من جهة التصرفات الحسية حكماً يتعلق به أولاً وبالذات مقاصد أخروية وهي إما عزيمة : (وهي ما شرع ابتداءً غير مبني على أعذار العباد) وإما رخصة : (وهو ما شرع لما يوجد من الأعذار العوارض) .

538- ثم هذه الرخصة ثلاثة أنواع^(١) :

أ- نوع هو مباح : ك(أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر عند المجاعة أو العطش ، أو عند الإكراه التام الملجئ بقتل أو قطع عضو^(٢)) فهذا مما يباح عند الاضطرار لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ أي دعتكم شدة المجاعة إلى أكلها ، والاستثناء من التحريم إباحة ، وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق بالإكراه ، فيباح التناول ولا يُباح الامتناع ، حتى لو امتنع حتى مات أو قُتل يؤاخذ ؛ لأنه بالامتناع أهلك نفسه ، وهو منهي عنه ، وإن كان الإكراه ناقصاً ك(حبس أو ضرب) لا يُخاف منه التلف لا يحلُّ له أن يفعل ذلك .

ب- ونوع لا تسقط حرمة بحال : ولكن يُرَخَّص فيه ك(إتلاف مال المسلم والقذف في عرضه ، وإجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب منه بالإيمان إذا كان الإكراه تاماً) ، فهو في نفسه محرّم مع ثبوت الرخصة ، فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذه ، لا في تغيير وصفه ، وهو الحرمة ، والامتناع عنه أفضل ، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً .

(١) ر : التوضيح بحاشية التلويح ج ٢ ص ١٢٨ وما بعدها وشرح ابن العيني على المنار بهامش شرح ابن الملك / آخر صفحة من الكتاب .

(٢) رأى الأستاذ الزرقا أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور بل يكفي أن يكون الامتناع مفضياً إلى وهن لا يحتمل أو آفة صحية قال : (والميزان في ذلك أن يكون ما يترتب على الامتناع أعظم محذوراً من إتيان المحظور) اهـ . المدخل ج ١ ص ٩٨٩ / ف ٦٠٠ . والذي يظهر أن الميزان الذي وضعه الأستاذ الزرقا لم يوافق عليه أحد من الفقهاء الحنفية لا القدامى ولا المعاصرون من جهة ، ومن جهة ثانية كيف يتساهل الأستاذ المذكور في نسف معيار وضعه المجتهدون أخذاً من روح التشريع ونصوصه في مسألة هامة كهذه ينتج عنها نتائج خطيرة !! في ميدان الفقه والتشريع ؟ مع أن الميزان الذي وضعه مائع لا حدود له ثابتة يدخله الخلل من كل جوانبه ولا ضابط له يضبطه والله تعالى أعلم .

ج - ونوع لا يُباح ولا يرخص أصلاً لا بالإكراه التام ولا بخلافه : كـ (قتل المسلم ، أو قطع عضو منه بغير حق ، والزنا ، وضرب الوالدين ، وفعل فاحشة قوم لوط) فلا يباح بحال من الأحوال شيء من هذا النوع الأخير ، وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) لا تتناول هذا النوع الأخير ، بل تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته ، والثاني مع بقاءه على الحرمة ، والترخيص إنما هو في رفع الإثم كـ (نظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض أو جريح) فإنه ترخيص في رفع الإثم لا الحرمة كـ (الاضطرار لأكل مال الغير عند المخصصة) فإنه لا يُسقط حرمة مال الغير ، بل يسقط عنه الإثم ويجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه^(١) .

539 - ومن فروعها :

أخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله إذا لم يندفع بما هو أقل .

وفرّع على ذلك فقهاء الشافعية : ما لو عمّ المال الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً وهو غير معلوم ولو بغلبة الظن ؛ فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة ولا يرتقي إلى التبسط وأكل الملاذ ، بل يقتصر على قدر الحاجة^(٢) ، ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال والظفر بهم ، وكذا الحيوان الذي يقاتل عليه الأعداء ، ونبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة أو في أرض أو ثوب مغصوب ، وجاز غضب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم^(٣) .

وقول الشافعية : (بشرط عدم نقصانها عنها)^(٤) ليخرج ما لو كان الميت

(١) ر : شرح الأتاسي على المجلة ج ١ ص ٥٥ وما بعدها .

(٢) فرض المسألة أن معرفة صاحب المال في المستقبل فأما عند اليأس فالمال حينئذ من جملة أموال بيت المال لأنه جهل مالكة أحد الأشباه للسيوطي نقلاً عن ابن عبد السلام ص ٨٤ .

(٣) الأشباه للسيوطي ص ٨٤ .

(٤) قوله : (بشرط عدم نقصانها عنها) أي الضرورة في نظر الشرع عن ذلك المحذور الذي اقتضت إباحتها أحد ، ر : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ج ١ ص ١١٩ .

نبياً فإنه لا يحلُّ أكله للمضطر ؛ لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر ، وما لو أكره على القتل أو الزنا فلا يُباح واحد منهما بالإكراه لما فيهما من المفسدة المقابلة لحفظ مهجة المكره أو تزيد عليها ، وما لو دُفن الميت بلا تكفين فلا يُنبش ؛ لأن مفسدة هتك حرمة أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه^(١) ، وعند الحنفية نظير ذلك ؛ فإنهم قالوا : لو أكره على قتل غيره بقتل نفسه لا يُرخص له ، فإن قتلته أثم ؛ لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره ، وقالوا : كذلك لو دفن بلا تكفين لا ينبش منه ، وكذا لو دُفن بلا غسل وأهيل عليه التراب صُلِّي على قبره ولا يُخرج^(٢) .

540 - القواعد المكملة لهذه القاعدة والمتفرعة عنها :

تَبَيَّن بالاستقراء أن القواعد المكملة لقاعدة الضرورة والمتفرعة عنها لا تعدو أربعة هي : (ما أبيع للضرورة يُقدَّر بقدرها) و (الاضطرار لا يبطل حق الغير) و (ما جاز لعذر بطل بزواله) و (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة) .

541 - ١ - القاعدة الأولى الفرعية :

(ما أبيع للضرورة يُقدَّر بقدرها) أو (الضرورات تُقدَّر بِقَدْرِهَا) (م / ٢٢) .

فكل فعل أو ترك جُوز للضرورة ، فالتجوز على قدرها ، ولا يتجاوز عنها ، والضرورة هنا من النوع الأول من أنواعها المذكورة آنفاً فهي ترفع المؤاخذه لا الضمان .

ومن أجل هذا قال أصوليو الحنفية : إن المقتضى (بالفتح) وهو الثابت بدلالة اقتضاء ؛ لا عموم له ؛ لأنه ثبت شرعاً لضرورة تصحيح الكلام المنطوق

(١) ر : الأشباه للسيوطي ص ٨٤ .

(٢) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٥ وما بعدها .

فَيَقْدَرُ بِقَدْرِهَا^(١) .

وكما تكون الضرورات في الأفعال تكون في التروك ؛ ومثالها في التروك مسألة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فمن رأى المنكر وفقد في إزالته الاستطاعة بالفعل مع الإمكان باللسان لا يجوز له السكوت ؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها ، فإن لم يستطع باللسان فبالقلب للحديث النبوي المرفوع : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده . فإنه لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان »^(٢) .

ومثالها في الأفعال : الأمثلة الآتية :

١ - من أصابته مخمصة فاضطر لأكل الميتة أو مال الغير على أن يضمن مثله أو قيمته ، يتناول مقدار ما يسد الرمق لدفع الهلاك .

٢ - وكذلك الطبيب ينظر من العورة بقدر الحاجة .

٣ - ومن فروعها : جواز الإجهاض لرضاع مع انقطاع لبن المرضع وعدم إمكان استئجار الظئر ويخاف هلاك الولد شريطة أن يكون ضمن مائة وعشرين يوماً على قول عند الحنفية ، أو ضمن أربعين يوماً على قول آخر ، وبحيث لا يؤدي إلى ضرر أفحش^(٣) .

٤ - ومن فروعها : أن الكفار حال الحرب إذا تترسوا بأطفال المسلمين فلا بأس بالرمي عليهم لضرورة إقامة فرض الجهاد ، لكنهم يقصدون الكفار دون

(١) فلو قال : (إن أكلت فعبيدي حر) ونوى طعاماً دون طعام لا يصدق عندنا لا ديانة ولا قضاء ، فلو أكل أي طعام كان حث . أما عدم تصديقه في نية طعام مخصوص فلأن الطعام هنا مقتضى ، (بالفتح) اقتضاه (أكلت) لأن الأكل يقتضي مأكولاً ما ، وليس عاماً حتى يصح فيه نية التخصيص ، وأما أنه يحث بأي طعام أكل فليس ذلك لعموم المقتضى (بالفتح) بل لوجود ماهية الأكل ، ولو صرح بالمأكول فقال (أكلت طعاماً) يحث بكل طعام ويصدق بنية التخصيص ؛ لأنه حينئذ ملفوظ لا مقتضى ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٩ .

(٢) أخرجه مسلم بسنده عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً .

(٣) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٧ ، ور : الفتاوى الخانية / فصل في الختان / ورد المحتار لابن عابدين رحمه الله ج ٢ ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .

الأطفال ما أمكن إلى ذلك سبيلاً ، ولا تجب الذية ولا الكفارة عند جمهور الحنفية خلافاً للحسن بن زياد ، فعنده أن دم المسلم معصوم ، فكان ينبغي المنع من الرمي إلا أنه لم يُمنع لضرورة فرض الجهاد ، فعلى قوله يتقدر بقدر الضرورة في رفع المؤاخذه لا في نفي الضمان^(١) .

٥ - ومن فروعها : أن اليمين الكاذبة لا تباح للضرورة^(٢) لاندفاعها بالتعريض الذي أباحه الشارع للضرورة وللحاجة كما سيأتي ، ومن استشير في خاطب واكتفى بالتعريض كقوله : (لا يصلح لك) لا يُعدل إلى التصريح لاندفاع الضرورة^(٣) .

٦ - دم الشهيد طاهر في حق نفسه ، نجس في حق غيره لعدم الضرورة ، والجبيرة يجب ألا تستر من الجسم الصحيح إلا بقدر ما لا بد منه للاستمسك^(٤) .

٧ - ومن فروعها أيضاً : أنه لا يجوز للمرأة أن يطلع على عورتها للتطبيب أو للتوليد رجل إذا وُجدت امرأة تحسن ذلك ؛ لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً .

وفرّع الشافعية على هذه القاعدة زيادةً على هذا : المجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها ، ومن جاز له اقتناء الكلب لم يجز^(٥) .

وأخرج الشافعية صوراً عن هذه القاعدة استثنوها منها : العرايا فإنها أبيحت للفقراء ثم جازت للأغنياء في الأصح ، ومنها الخلع ؛ فإنه أبيع مع المرأة ترخساً ثم جاز مع الأجنبي ، ومنها اللعان جوز حيث تعسرت إقامة البيّنة على زناها ثم جاز حيث يمكن على الأصح^(٦) .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٥٨ وما بعدها ، ورد المختار ج ٥ ص ١٣٥

(٢) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٦ والفتاوى الظهيرية كتاب الأيمان .

(٣) الأشباه للسيوطي ص ٨٢ .

(٤) الأشباه لابن نجيم ص ٨٦ .

(٥) الأشباه للسيوطي ص ٨٥ .

(٦) المصادر السابقة ذاتها .

542 - ٢ - القاعدة الفرعية الثانية :

(ما جاز لعذر بطل بزواله) (م / ٢٣) :

أي لأن جوازه لما كان بسبب العذر فهو خلف عن الأصل المتعذر ، فإذا زال العذر أمكن العمل بالأصل ، فلو جاز العمل بالخلف أيضاً للزم الجمع بين الخلف والأصل فلا يجوز ، فمعنى البطلان شامل لسقوط اعتباره من حيث إنه يصير في حكم عدم .

وهذه القاعدة قريبة من سابقتها ولها فروع كثيرة في العبادات والمعاملات ، فبطل عند الحنفية التيمم إذا قدر على استعمال الماء ، فإن كان لفقد الماء بطل بالقدرة عليه ، وإن كان لمرض بطل ببرئه ، وإن كان لبرد بطل بزواله .
وقيد ذلك الشافعية بقولهم : (كالتيتم يبطل بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة)^(١) .

ومن فروعها عندهم : الشهادة على الشهادة إذا كان الأصل مريضاً ؛ فصح بعد ٣١ لإشهاد ، أو مسافراً ؛ فقدم بطل الإشهاد^(٢) الأول على الشهادة ، ويتخرج على هذه القاعدة كثير من أحكام العوارض على أهلية الإنسان سماوية كانت أو مكتسبة ترتفع رخصتها بارتفاع أعذارها .

543 - ٣ - القاعدة الفرعية الثالثة : (الاضطراب لا يبطل حق الغير)

(م / ٣٣) فالاضطراب إن كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كـ (أكل الميتة) وفي بعضها الترخيص في فعله مع بقاءه على الحرمة كـ (كلمة الكفر) إلا أنه على كل حال لا يبطل حق الغير وإلا لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر ، وهذا غير جائز شرعاً ومنافٍ لما تقدم .

(١) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٦ والأشباه للسيوطي ص ٨٥ وشرح الأناسي ج ١ ص ٥٩ وما بعدها .
(٢) ر : الأشباه لابن نجيم ص ٨٦ ، وقيد ذلك بقوله : (على القول بأن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا لموت الأصل أو مرضه أو سفره) اهـ ، ومثل ذلك نقله السيوطي في الأشباه ص ٨٥ وقيد بقوله : (يبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم) اهـ .

ثم الاضطرار قد يكون لدى الفقهاء :

آ - سماوياً : كـ (المجاعة) ، ب - وقد يكون بسبب إنساني : كـ (الإكراه والحبس) ، ففي الملجئ كـ (القتل أو القطع) أو غير الملجئ كـ (الضرب والحبس) ففي الملجئ الضمان على الأمر لا الفاعل ، وفي غير الملجئ على الفاعل .

ومن فروعها : لو صال عليه جمل فقتله يضمن لصاحبه قيمته ، لكن لو كان لأحد جمل أو حيوان من الأنعام شرس اعتاد الأذية والإتلاف ، فأُتلف إنساناً أو مَالاً لا يلزم الضمان على صاحبه إلا بعد التقدم إليه ^(١) ، وكذلك لو اضطر إنسان من الجوع فأكل مال آخر يضمن قيمته ، وإنما يُعد الاضطرار معذرة تسقط المأثم لا المغرم .

544 - ٤ - القاعدة الفرعية الرابعة :

(الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) (م/٣٢) :

مَبْنَى الضرورة على فعل ما لا بد منه للتخلص من عَهْدَةٍ تلزم العبد ولا يسعه الترك ، ومَبْنَى الحاجة على التوسيع والتسهيل فيما يسع العبد تركه وفعله ^(٢) لما قرره فقهاء الحنفية في كتب المذهب .

فالضرورة وإن كانت أشد إلا أن الحاجة عامة كانت أو خاصة تنزل أيضاً منزلتها في تجويز الممنوع شرعاً ، وهنالك فروق بينهما من وجه فما جاز للضرورة يقدّر بقدرها ، وليس كذلك فيما جاز للحاجة .

كذلك ما جاز للضرورة منه ما يتغير بسببها الحكم من الحرمة إلى الإباحة ، ومنه ما لا تسقط حرمة بحال ولكن يرخّص عند الضرورة بخلاف

(١) ر : شرح الأتاسي على المجلة ج ١ ص ٦ وما بعدها ، ونقل الشارح سليم باز قيداً في الملتقى عن الحنفية : (أنه إذا كان هو أو غيره أشهر على الجمل ولم ينته فلا ضمان عليه) ولا أصل لهذا القيد في كتب المذهب الحنفي كما ذكر الشارح الأتاسي .

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار / في مبحث الحاجة .

الحاجة ، وكذلك ؛ الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطراب^(١) حاصلًا
للفرد أم للجماعة بخلاف الحاجة فلا بد من كونها جماعية ، والحكم الضروري
مؤقت ينتهي بانتهاء الضرورة خلافاً للحكم الحاجي .

ودونك مثلاً للتفريق بين الحاجة والضرورة ، فالولي المسلط على تربية
الصغير لإرضاعه ونفقته عليه ضروري يجب على الولي ولو أدى إلى بيع
عقاره ، بخلاف تزويجه الصغيرة فليس من الضروريات ، فلا يزوجه غير الأب
والجد عند عدم وجود الأب إلا من الكفاءة وبمهر المثل لحاجة إصلاح
المعيشة باشتباك العشائر والتظاهر بالأصهار^(٢) .

545- هذا ؛ وإن أكثر ما ورد على خلاف القياس من الأحكام الشرعية
استحساناً مبني على الحاجة ؛ كـ (الإجارة) ، وكـ (البيع) بالوفاء وسمّوه بيع
الأمانة ، والشافعية يسمونه الرهن المعاد^(٣) ، وكذا دخول الحمام جُوزَ بلا
شرط أجره لحاجة الناس ، والإجارة والسلم نصاً ، والاستصناع إجماعاً^(٤)
جُوزت خلافاً للقياس لحاجة الناس ، ولعدم الحاجة لا تجوز إجارة بيت
بمنافع بيت آخر لاتحاد جنس المنفعة بخلاف ما إذا اختلف ، والاستئجار في
زماننا لتعليم القرآن والفقهِ وللإمامة والأذان يعلل بالضرورة لا بالحاجة
استحساناً عند المتأخرين من الحنفية لظهور التواني في الأمور الدينية . جاء في
رد المحتار : (وقد اتفقت كلمتهم جميعاً في الشروح والفتاوي على التعليل
بالضرورة وهي خشية ضياع القرآن)^(٥) .

(١) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٥ وما بعدها ور : المدخل الفقهي للزرقا ج ١ ص ٩٩٣
(ف / ٦٠٣) .

(٢) ر : شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٥ وما بعدها نقلاً عن المستصفى الحنفي .

(٣) شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٥ والأشباه لابن نجيم ٩٢ .

(٤) حذ الإجماع : (اتفاق مجتهدي الأمة المحمدية في العصر على حكم شرعي) وحذ الاستصناع :
(عقد مقابلة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً) شرح المجلة للأتاسي ج ١ ص ٧٦ نقلاً عن مجمع
الحقائق .

(٥) ر : رد المحتار للعلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥ وما بعدها وهذا ردّ على الشارح سليم باز الذي علل =

ومن ذلك ضمان الدرك^(١) جُوز على خلاف القياس استحساناً للحاجة ، وجوزت الإجارة والجعالة والحوالة كذلك لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة ، وفي الثانية من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة فكانت كـ (الضرورة) ، ومن ذلك جواز بيع الثمار المتلاحقة في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة كان أكثرها معدوماً لم يَبْدُ بَعْدُ نظراً للحاجة .

ومن الحاجة العامة كذلك عند الشافعية : إباحة النظر للمعاملة ونحوها إلى وجه الأجنبية للحاجة .

ومن الحاجة الخاصة كذلك عندهم : تضييب الإناء بالفضة يجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضة لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعاً ، بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضييب سوى التزيين كـ (إصلاح موضع الكسر والشد والتوثيق) ، ومنها الأكل من الغنيمة في دار الحرب جائز للحاجة ، ولا يشترط لآكل أن لا يكون معه غيره^(٢) .

546 - وعلى هذا ؛ فالضرورة أشد دافعاً من الحاجة ؛ لأن الضرورة ما يترتب على عصيانها خطر ، والحاجة ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة ، والمراد بكونها عامة أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الأمة ، والمراد بكونها خاصة ؛ كون الاحتياج لطائفة منهم وليس المراد بخصوصها كونها فردية^(٣) ، ثم إن هذا النظر هو ما وفقنا الله تعالى إليه وإن كان يخالف ما وصل إليه بعض

= بالحاجة غفلة منه وقصر نظر ، ر : شرح باز ص ٣٣ ، وشرح الأتاسي ج ١ ص ٧٦ .
(١) ضمان الدرك : (هو أن يضمن البائع للمشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً لغير البائع أو معيباً أو نقصاً) انظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٠١ ورد المحتاج ج ٤ ص ٨٩ و ٩٩ ور : الأشباه لابن نجيم ص ٩٢ ، والسيوطي ص ٨٨ وعلل السيوطي ذلك بقوله : (إذ البائع إذا باع ملك نفسه ليس ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يضمن ، لكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً) اهـ .

(٢) ر : الأشباه للسيوطي ص ٨٨ .

(٣) ر : المدخل ج ١ ص ٩٩٢ وما بعدها .

فقهاء العصر من تحديد كبريات قضايا دفع الضرر وأهم مبادئهم^(١).

المطلب الثاني :

547 - القواعد المختلف بها في مذاهب الأمصار في ميدان دفع الضرر :

انفرد الحنفية بأربعة قواعد بالصياغة ولو كان لها شاهد من المذاهب الأخرى ، وقد مر الحديث عنها تفصيلاً وهي تعداداً :

١ - (الاضطراب لا يبطل حق الغير) وهذه من المجلة تحت رقم (٣٣) .

٢ - (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)^(٢) وهذه من المجلة أيضاً تحت رقم (٤٦) .

٣ - (القديم يُترك على قدمه)^(٣) وهذه كذلك من المجلة تحت رقم (٦) .

٤ - (لا ضرر ولا ضرار)^(٤) وهي كذلك من المجلة تحت رقم (١٩) وهي نص حديث نبوي شريف تقدم الحديث عليه .

وظاهر أن الاختلاف إنما هو في الصياغة والسبك لا في المضمون والجوهر ، فذلك شبه متفق عليه في مذاهب الفقه الإسلامي على اختلافها في مدى الأخذ بكل . . .

(١) ر : أصول الفقه لخلّاف ، فلقد جدّد قواعد دفع الضرر ومبادئه بقواعد سبعة هي : (الضرر يزال شرعاً ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ويرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما ، ودفع المضارّ مقدّم على جلب المنافع ، والضرورات تبيح المحظورات والضرورات تقدّر بقدرها) فشاركناه في البعض وخالفناه في البعض ولكل وجهة ، ور : كذلك المدخل للأستاذ الزرقا فلقد رتب القواعد الخاصة بدفع الضرر على غير ما رتبنا ج ١ ص ٩٧٥ وما بعدها .

(٢) انظر المدخل للأستاذ الزرقا ج ١ ص ٩٨٠ / ف ٥٩٥ .

(٣) ر : المرجع السابق ج ١ ص ٩٨٢ / ف ٥٩٦ .

(٤) ر : المرجع السابق ج ١ ص ٩٧١ / ٥٨٦ .

المبحث الثالث

أثر نظرية دفع الضرر

ومقارنتها بالفقه الغربي

548 - مدخل إلى البحث :

هذا هو القسم الثالث والأخير من نظرية دفع الضرر به تستكمل بنيانها الشامخ بين نظريات الفقه الإسلامي الكبرى ، وهي في الحقيقة المبحث الثالث من مباحث ثلاثة عليها انعقد بناء النظرية .

وبعد ؛ فإن البحث في هذا الباب يدور حول أثر النظرية في صياغة النظريات الفقهية الفرعية التي هي تطوّر في صياغة الفقه اقتضاه الزمن ، ثم أثرها في أبرز الفروع والنظائر الفقهية العملية التي يدور عليها العمل ويحتاجها الناس وتقتضيها طبيعة الحياة المتطوّرة .

ثم تكلمت عن حكم الضرر في الفقه الإسلامي ، وخصّصت المطلب الثاني من هذا الباب للدراسة المقارنة بين فقهاء الإسلام والفقه الغربي في نطاق النظرية ، فدرست الضرر لدى فقهاء الغرب وألمعت بشيء من الفقه الروماني القديم حول الموضوع ، ثم عقدت فصلاً للموازنة بين الفقهاء الإسلامي والغربي في دفع الضرر ، وأقمت الحجة على تفوّق فقهاء الخالد صياغةً ومضموناً ، فكراً وسبكاً ، تأسيساً وتفريعاً ، بشهادة الحقائق العلمية القاطعة الناصعة ؛ وذلك بعض ما نتوخاه من هذه الدراسة المتواضعة .

المطلب الأول: أثر دفع الضرر في بُنية الفقه الإسلامي :

549- الفرع الأول : أثر هذه النظرية الكبرى في صياغة نظريات فرعية عنها :

التَعَسُّف في استعمال الحق ، ونظرية الضرورة ، ونظرية الضمان :
هذه النظريات الثلاث صاغها الفقهاء الإسلاميون مستلهمين من هذه النظرية الكبرى الأساسية (نظرية دفع الضرر) التي تكاد تكون أصلاً لها وأساساً لبنائها ومادةً رئيسةً لصياغتها .

550- ١- فأما نظرية منع التعسف في استعمال الحق^(١) ، أو المضارّة :

فهي قيود لحق الملكية وغيره من الحقوق المشروعة في الفقه الإسلامي ، وأول من نادى بها من الفقهاء الإمام أبو حنيفة بقوله : (إن الحقوق وكل مأذون شرعاً مقيد بشرط السلامة)^(٢) ، وأخذ بها الحنفية وغيرهم استحساناً ، جاء في مجلة الأحكام العدلية القاعدة الكلية (تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره)^(٣) والمقصود بالضرر هنا الضرر الفاحش^(٤) دون الضرر اليسير^(٥) .

(١) التعبير الشرعي المأثور هنا هو (المضارّة) .

(٢) ر : تأسيس النظر للدبوسي ص ١٥ حيث يقول : (الأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما حصل مفعولاً بإذن الشرع كان كأنه حصل مفعولاً بإذن من له الولاية من بني آدم ، وعند أبي حنيفة يدرج فيها بشرط السلامة) اهـ . ور : وخزانة الفقه وعيون المسائل للإمام أبي الليث السمرقندي ص ١٧ وما قبلها .

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٩٠ وما بعدها ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ١٢٥ شرح مرشد الحيران للأبياتي والسجقلي ج ١ ص ٤٥ ، ور : الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٣٦ .

(٤) معيار الضرر الفاحش ما ذكرته المجلة : (كل ما يمنع الحوائج الأصلية) م ١١٩٩ ور : مادة ١٢٠٠ من المجلة .

(٥) وانظر مجامع الحقائق ص ٤٥ : (تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به الجار) .

551 - البند الأول - معالم النظرية وضوؤها :

ولكي نتبين معالم هذه النظرية عن كُتب وباختصار لا بد لنا من أن نشير إلى أن كل الحقوق التي منحها الشارع للعباد كـ (حق الملك والتمسك والاختصاص والاستغلال والاستيلاء على المباحات والارتفاق وغيرها) مقيّدة بعدم الضرر بالغير ، سواء بالناس كافة أو بالآحاد ، إلا إذا كان ضرر الآحاد أقل من ضرر المالك في حق الملكية ، وإن دفع الضرر متى كان يمكن دفعه بأحكام القضاء يجب .

هذا ؛ والمضارة تكون إذا كان أصل الفعل مأذوناً فيه للشخص أو يرتبط بحق ناله وثبت له أصالةً بحكم من الشرع كـ (حق الملكية) ثم كان الاستعمال مؤدياً إلى الإضرار بالغير ، فإذا كان أصل الفعل مأذوناً فيه بحق شرعي ثابت له بعوض أو بغير عوض ؛ فالاستعمال هو الذي أدى إلى هذا الضرر إما لتجاوز حد الاستعمال المباح عادة ؛ وإما للاستعمال المعتاد ولكن يترتب على هذا الاستعمال المعتاد ضرر ؛ وإما لقصد الإضرار من غير أن يعود على المالك أي نفع .

فهذه الصور الثلاث امتزج الحق فيها بالضرر بالغير وتعرض الأمر للإباحة والمنع معاً . فإن لوحظ جانب من يتضرر منه كان المنع ، وإن لوحظ جانب الحق وحده وهو ثابت بطريق شرعي كانت الإباحة^(١) .

فاستعمال الحق استعمالاً ضاراً بغيره لا يجوز شرعاً ، والنية والقصد موضع حساب الله يوم القيامة ، ومادة الضرر بالغير موضع نظر في الدنيا ، ويأخذ الفعل حكماً شرعياً دنيوياً على حسب مقدار الضرر بالغير ، ومقدار الضرر الذي يلحق الفاعل إذا منع من فعله ، وتكون الموازنة عادلة على أن دفع الضرر عن صاحب الحق الأصلي أولى بالاعتبار وأجدر بالتغليب إذا لم يكن له مناص من الانتفاع بحقه إلا بأن ينال الضرر غيره .

(١) ر : الموافقات ج ٢ .

552 - ولكنهم في هذا المقام فرقوا بين ما إذا كان الضرر واقعاً على العامة أو كان واقعاً على أحد من الناس فقالوا :

آ - إذا كان الضرر الواقع نازلاً بأحد الأفراد كانت مصالح صاحب الحق هي المقدّمة ؛ لأن حقه مقدم بحكم أنه صاحب الحق الأصلي .

ب - وإذا كان الأمر يتعلق بالعامة فالضرر حيثئذ يكون عاماً ، ومهما يكن مقدار الضرر النازل بصاحب الحق فإنه قليل بالنسبة لما يصيب العامة ، ولذا قُدِّم حق العامة ، ولكن يجب تعويض صاحب الحق عما يناله من ضرر بسبب فوات جلب المنفعة الشرعية له ، وبذلك يتم التوفيق بين ما يجلب لصاحب الحق بمزاولة حقه ودفع ما يقع بالعامة من ضرر^(١) .

553 - البند الثاني : نبذة عن نظرية التعسف في استعمال الحق عند الأصوليين :

مراتب الضرورة ومراتب النفع :

للضرر الواقع من استعمال الحق مراتب ، وللنفع المسلوب من صاحب الحق مراتب ، وقسّم الأصوليون الضرر المترتب على الفعل المأذون فيه إلى أربعة أقسام :

١ - ضرر مؤكّد الوقوع ، ٢ - ضرر نادر الوقوع ، ٣ - ضرر كثير غالب بحيث يغلب على الظن الوقوع عند استعمال الحق ، ٤ - ضرر كثير ولكن لا يغلب على الظن الوقوع .

فهذه أقسام أربعة : وقد تكلم علماء الأصول في كل قسم من هذه الأقسام ، وإن شئت التفصيل فانظر كتاب الموافقات للإمام أبي إسحق الشاطبي الغرناطي اللخمي ففيه الكثير المِعْجَب^(٢) من التفرّيعات والأحكام الدقيقة

(١) ر : الموافقات ج ٢ .

(٢) ر : الموافقات ج ٢ ور : أسبوع الفقه الإسلامي ص ٣٠ وما بعدها مقال لأستاذنا العلامة المرحوم محمد

والتفصيل لهذا الإجمال .

554- البند الثالث : تطبيق نظرية التعسف في الفروع :

لنتجه من بعد ذلك إلى تطبيق هذه الأصول على الفروع الفقهية في المسائل التي تتشابه فيها المضار والمنافع ، وأوضح ما يكون ذلك في الملكية بأنواعها المختلفة سواء أكانت ملكية أعيان أم ملكية منافع ، والعقود الناقلة للملكية والمثبتة للحقوق المختلفة ، هذا ومن المعلوم أن الأضرار العامة لا يلاحظ فيها القصد .

والتعسف في استعمال الحق المؤدي إلى ضرر الأحاد يكاد يكون غالباً في الموضوعات الفقهية الخمسة ؛ ١- الجدار المشترك ، ٢- العلو والسفل ، ٣- الشركة في الارتفاق والتعسف في استعمالها ، ٤- الشركة في العقود والتعسف في أثارها ، ٥- حقوق الجوار وتعلقها بحق الملكية^(١) .

وتفصيل ذلك في المطولات المتخصصة بهذه النظرية الفقهية^(٢) .

555- ٢ - نظرية الضرورة :

الضرورة وهي : (وضع طارئ على الإنسان يدفعه دفعاً إلى عملٍ منافيٍّ للشرع فعلاً أو تركاً أو تأخيراً ، سواء كان مصدره خطراً محدقاً أو مشقةً شديدةً يتأتى منه بأغلب الظن ضرر بالغ بالإنسان ، أو أذىٌ محقق به أو بما تقوم به حياته الإنسانية بأدنى حالاتها عادةً)^(٣) .

= أبو زهرة في نظرية التعسف في استعمال الحق .

(١) المصدر السابق ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) ر : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالفقه الغربي والقانون مقال للأستاذ الفقيه عبد المقصود عبد القادر شلتوت في أسبوع الفقه الإسلامي من ص ١٣٤ إلى ص ٢١٤ فهو مقال شافٍ وافٍ ظفر بحظ وافر من الجلاء والتأسيس والتحديد والتطبيق .

(٣) هذا التعريف اقترحه بين يدي البحث بعد استقراء كل التعريفات السابقة للضرورة بحيث اطمئن إلى كونه تعريفاً جامعاً مانعاً تاماً بقدر الإمكان والله تعالى أعلم .

والاضطرار : (دفع الإنسان إلى ما يضره وحمله عليه أو إلجأؤه إليه) .

556 - ضوابط الضرورة :

وضوابط الضرورة التي يراد بها تحديد معنى الضرورة بالمعنى الضيق هي ما يأتي باختصار :

- ١ - كون الضرورة قائمة لا منتظرة .
- ٢ - أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية دون وسيلة ممكنة أخرى .
- ٣ - أن يكون في حالة وجود المحظور مع غيره من المباحات أي أن تكون الضرورة ملجئة .
- ٤ - ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية من ؛ حفظ حقوق الآخرين ، وتحقيق العدل ، وأداء الأمانات ، ودفع الضرر ، والحفاظ على مبدأ التدين حقيقة ، وأصول العقيدة الإسلامية .
- ٥ - أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة في رأي جمهور الفقهاء على الحد الأدنى .
- ٦ - أن يصف المحرم في حال الدواء طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه دون علاج آخر .
- ٧ - أن يمر على المضطر زمن يتأكد فيه من انقطاع الأمل بطريق آخر غير المحرم بأغلب الظن^(١) .
- ٨ - أن يتحقق ولي الأمر في حال الضرورة العامة من ؛ وجود ظلم فاحش ، أو ضرر واضح ، أو حرج شديد ، أو منفعة عامة بحيث تتعرض الدولة للخطر إذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة .
- ٩ - أن يكون الهدف في حالة فسخ العقد للضرورة هو تحقيق العدالة بقدر الإمكان^(٢) .

(١) ر : المغني ج ٨ ص ٥٩٥ وما بعدها .

(٢) انظر في نظرية الضرورة كتاب (نظرية الضرورة الشرعية) للدكتور وهبه الزحيلي ومن أجل هذه =

557 - ٣ - نظرية الضمان :

هذه هي النظرية الثالثة المبنية على نظرية دفع الضرر وهي قائمة على عدة قواعد كلية أهمها القاعدة المأثّر ذكرها (الاضطراب لا يبطل حق الغير) وقاعدة (الخراج بالضمان) .

والضمان : لغةً (الالتزام) واصطلاحاً : (هو إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات) أو (هو عبارة عن ردّ مثل الهالك أو قيمته)^(١) .

وللضمان في فقها أسباب رئيسية ثلاثة هي ؛ التعدي ، والإتلاف ، والتسبب . وهذه النظرية جليّة لها أركانها وقواعدها وأحكامها سواء في جانبها المدني أو جانبها الجنائي ويقابلها عند فقهاء الغرب (المسؤولية التقصيرية) ولا أستطيع أن أقوم في هذه العجالة ببيان مبادئها وأسسها وتفرعاتها ، فأحيل فيها إلى المطوّلات التي تولّت ذلك وتفرعت له من كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين ، ومن أحسن ما كتب في هذا الشأن قديماً كتاب (مجمع الضمانات) لابن غانم البغدادي الحنفي^(٢) .

558 - الفرع الثاني : أثر نظرية دفع الضرر في أبرز الفروع والنظائر الفقهية :

بنى الفقهاء على هذه القاعدة الأساسية أحكاماً كثيرة في شتى أبواب الفقه نذكر طرفاً صالحاً منها :

- = الضوابط ر : ٦٦ وما بعدها من الكتاب المذكور بتصرف استدركناه .
- (١) ر : مجلة الأحكام العدلية المادة (٤١٦) وغمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للحموي ج ٢ ص ٢١١ ومجمع الضمانات ص ٢ وما بعدها .
- (٢) ر : نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي وانظر في الضمان التقصيري حاشية ردّ المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٣٤٢ وما بعدها .

- ١ - أبطل الفقهاء أثر طلاق الفارّ ، وهو الذي يطلّق في مرض موته هرباً من الميراث ردّاً لقصده الضارّ عليه^(١) (إذا مات وهي في العدة) .
- ٢ - لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع ، تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .
- ٣ - لو باع شيئاً مما يسرع إليه الفساد كـ (الفواكه) مثلاً ، وغاب المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع وخيف فساد البائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره دفعاً لضرره^(٢) .
- ٤ - لو اشترى شيئاً وأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه يُعدّ هذا عُذراً له يسوّغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه ، والإجارة تفسخ بالأعذار .
- ٥ - من وجد عين حقه عند غيره فله أن يأخذه اتفاقاً دفعاً لضرر المطل عن صاحب الحق بين الفقهاء ، واختلفوا فيما كان من جنس حقه أو من غير جنسه ومكانه في المطوّلات .
- ٦ - ويتفرع عن هذه القاعدة جميع صور الاضطراب إلى دفع الدّين عن الغير بلا إذنه ، حيث لا يعد الدافع متبرعاً بل يرجع بما دفعه عن ذمته منعاً للضرر عن نفسه .
- ٧ - يجوز شرعاً حبس المعروفين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ولو لم يثبت عليهم جرم معين قضاءً ؛ دفعاً لشهرهم من باب السياسة الشرعية ؛ لأنهم يحتاطون ويتحفظون ، فقد يملؤون الدنيا فساداً وأضراراً ولا يمكن إثبات شيء عليهم بطريقه القضائي^(٣) ، وهو المعروف اليوم بالسجن الاحتياطي .

(١) ر : شرح الأحوال الشخصية الكبير للأبياني ج ١ ص ٣٨٠ وما بعدها .

(٢) ر : ردّ المحتار من متفرقات البيوع .

(٣) ر : معين الحكام القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص ٢١٥ و ٢١٨ .

٨ - جواز التسعير الجبري العادل للحاجات بشروطه المعتبرة شرعاً وعند الحاجة فقط كما مر ، وجواز فرض الإمام ضريبة على المسلمين للجند عند الحاجة إليها ، وخلو بيوت الأموال واستنفاد أموال الأمراء ومدّخراتهم حسبما يراه مناسباً^(١) كما ذكره الشاطبي ، كما يجوز فرض قيود على الملكية الخاصة أو انتزاعها من أصحابها شريطة دفع تعويض عادل إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة وعند الضرورة أو الحاجة الشديدة ، وشريطة أن يكون هذا إجراءً استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة لا تشريعاً دائماً وألا يهتدم رأس المال من أصله أو تضيع الحقوق وإلا بطل المصير إليه .

والأصل في ذلك ما تمّ في زمن سيدنا عمر وعثمان من نزع ملكية بعض الدور المحيطة بالحرم المكي لتوسعته جبراً عن أصحابها مع دفع ثمنها بالعدل والقسط إليهم دون مضارة .

٩ - يفتى بالصلح حيث كان العاقدان مطلقي التصرف يصبح اصطلاحهما في مسألة النقود التي رخصت وليس الغالب عليها الغش ويدفع من أوسطها نقصاً كيلا يتناهى الضرر على البائع أو المشتري^(٢) كما نص على ذلك ابن عابدين من الحنفية .

١٠ - يجوز دخول ملك الغير للانتفاع أو الارتفاق بملكه للضرورة كـ(إجراء الماء في أرض الغير أو المرور ونحوها من صنوف الارتفاق^(٣)) وإلا كان في ذلك مضارة بالآخرين ، ويدلّ لذلك ما ورد من قصة^(٤) الضحّاك بن خليفة وأرض محمد بن مسلمة الذي أبى أن يُمر الضحّاك في أرضه

(١) ر : الاعتصام ٢ ص ١٢١ .

(٢) ر : مجموع رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٦٦ ور : ابن عابدين وأثره في الفقه للمؤلف ج ٢ ص ٧٢١ وما بعدها .

(٣) وهي عند الحنفية ستة : (حق الشرب ، وحق الاستطراق ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق التعلي ، وحق الجواز) ، ر : مرشد الحيران ص ١١ وما بعدها .

(٤) رواه مالك في الموطأ ، ر : الموطأ ج ٢ ص ٢١٨ .

ماء ، فقال له عمر رضي الله عنه وعنهم : (لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع ، تسقي به أولاً وآخراً ، وهو لا يضرُّك ؟ !) فقال محمد بن مسلمة : لا والله ؛ فقال عمر : (والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بطنك) .

559 - وبعد ؛

فهذه في الجملة نظرية دفع الضرر اتضحت معالمها في الفقه الإسلامي وأصوله وظهرت ثمراتها وتفرعاتها وتحدّدت ضوابطها ومبادئها في فقهنا العظيم الذي سبق إلى ذلك بقرون .

560 - الفرع الثالث : حكم الضَّرر في الفقه الإسلامي :

حكم الشيء : الأثر المترتب عليه^(١) .

والضرر في الفقه الإسلامي كما تبين لنا هو إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو إيذاء يلحق الإنسان سواء في ماله أو جسمه أو عرضه أو كرامته ، فهو يشمل الضرر المادي كـ (تلف المال) والضرر الأدني كـ (الإهانة) التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة بالقول أو بالفعل الإيجابي أو بالفعل السلبي كما مرّ .

أما الحكم الأخروي للضرر فهو المأثم عند التعمد والقصد إليه .
والحكم الدنيوي لهذه الأضرار المادية والأدبية إذا كانت محققة الوقوع وجوب الضمان مع عقوبة رادعة أخرى إن أصبح الضرر ظاهرة اجتماعية كـ (التعزير) .

561 - لكن جمهور الفقهاء الإسلاميين اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية دون المعنوية ، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها كـ (حد القذف أو التعزير في كل معصية أو جناية لا حدَّ فيها) .

(١) الحكم : (أثر الخطاب المترتب على الأفعال المشروعة) اهـ ، ر : الكليات للكنفوي ج ٢ ص ٢٢٠ .

وفي المذهب الحنفي أفتى صاحبان بوجوب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني على خلاف بينهما في كنه هذا التعويض^(١).

562 - وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة وإن لم ينص عليه فقهاء الشريعة إلا أنه يمكن للحاكم الحكم بناءً على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز لتعارف الناس ذلك دخولاً تحت القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط نصاً)^(٢).

563 - ومما يؤيد مبدأ تعويض الأضرار عموماً بما يراه الإمام أو القاضي أو أهل الخبرة إذا فوّض تقدير ذلك إليهم ؛ أن الإمام أبا يوسف من الحنفية والمفتي به عند المالكية وبعض الشافعية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية ؛ أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً - سياسة شرعية - بدليل ما ثبت في سنة رسول الله صلوات الله عليه من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها ، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين ، ومضاعفة الغرم على سارق ما ليس فيه القطع من الثمر أو من غير حرز أو عام المجاعة ، وأخذ شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى ، ومثل : (تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان الذي يُباح فيه الخمر ، وأخذ عمر رضي الله عنه ما وجده من طعام مع سائل فوق كفايته إلى بيت المال ، وأخذ فضول أموال الأمراء إلى بيت المال أيضاً عند عزلهم ومحاكمتهم من جهته ، ونحو ذلك كثير^(٣)) ولعل الذين لا يجيزون من الأئمة الأربعة التعريض بالمال تعزيراً

(١) ر : المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ٨١ حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤١٥ ، مجمع الضمانات ص ١٧١ .

(٢) ر : المدخل للزرقا ف ٢٣٤ ، ١٠٦ ، ٥٠٦ ، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله ص ١٣٣ وما بعدها .

(٣) ر : القواعد لابن رجب ص ٣١٢ ورد المحتار على الدر ج ٣ ص ١٩٥ والأشباه لابن نجيم ص ٤٧ في =

في الراجح عندهم يخافون من تسلط الظلمة من الأحكام باسم التأديب فمنعوه سداً للذرائع ، وقد زال هذا بعد تنظيم دفع الغرامات للخزينة العامة للدولة ، وإذا زال المانع عاد الممنوع اهـ .

564 - ملحوظة :

كل ما ذكرناه من مقصد الشريعة العام في دفع الضرر عن الفرد والجماعة هو من أهداف الشارع وحكمة التشريع وليس عللاً تُنَاطُ بها الأحكام إلا ما جعله الشارع علّةً من ذلك أو اتضحت على ذلك أمارات اليقين ، وعلى هذا فإنما يُستأنس بما ذكرنا في فهم علل الأحكام وأسبابها والمقاصد العامة للفقهاء الإسلامي من وراء تشريعه الأحكام للناس .

وعلى كل فالإمام الشاطبي في هذا المقام يقول : (الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة)^(١) .

المطلب الثاني : دراسة مقارنة بالفقه الغربي :

565 - الفرع الأول : نبذة عن الضرر ودفعه في الفقه الغربي :

أرأيت إلى شمول نظرية الضرر ودفعه في الفقه الإسلامي وخطورها وعظيم شأنها حتى لتكاد تكون داخلية في أكثر أبواب الفقه الإسلامي ومسائله في مختلف المذاهب الفقهية ، ولكن الأمر في الفقه الغربي يختلف كثيراً عنه في الفقه الإسلامي الزاخر .

= الرسالة الثالثة عشرة من رسائله ، والحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٤٩ وما بعدها ، والطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٦٦ وما بعدها وإعلام الموقعين له ج ٣ ص ٢٢ ، والمدخل ف / ٣٣٣ ، ونظرية الضمان ص ٢٦ وما بعدها وانظر في شأن التعويض عن الضرر المادي والمعنوي عند الحنفية حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٣ ص ١٩٦ ، وج ٥ ص ١٣٥ .

(١) ر : الموافقات ج ٢ ص ٢٥٣ .

فالضرر في الفقه الغربي يُعدُّ مصدرًا من مصادر الالتزام (الفعل الضار)^(١) ولكن معناه عندهم (الفعل غير المشروع) وهو ما يُسمى : (المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية) وأما (المسؤولية الجنائية) لدى فقهاء الغرب أيضاً فهي غير المسؤولية المدنية المارّ ذكرها ولها تشريع خاص اسمه (قانون الجنايات) لا يدخل تحت القانون المدني في اعتبارهم .

والمسؤولية سواء كانت التقصيرية أو التعاقدية يدخل فيهما الخطأ^(٢) والضرر مع علاقة السببية غالباً بينهما فلا يكفي أن يثبت المصاب خطأ في جانب المسؤول ، بل يجب عليه أيضاً أن يثبت أن هناك ضرراً أصابه أيضاً ، ويهمننا في بحثنا هنا (عنصر الضرر) فشروطه كونه موجوداً ومحققاً .

566 - ودونك التفصيل :

آ - فوجود الضرر شرط حتى تتحقق المسؤولية ، فيجب لذلك أن يوجد ضرر يعوّض عنه المسؤول ، فقد يصدر منه خطأ دون أن ينجم عن هذا الخطأ أي ضرر مثل : (أن يحفر شخص في أرضه متعمداً أن يوهي أساس بناء لجاره) ، ولكن البناء لم يه أساسه بالرغم من هذا الحفر .

ب - تحقيق الضرر : فلا يكفي احتمال وجود الضرر بل يجب أن يكون وقوع الضرر محققاً ، فلا محل لتعويض ورثه المقتول عما يعود عليهم من الفائدة لو أن المقتول بقي حياً وتحقق بحياته المحتملة هذه ترقّيته إلى درجة أعلى من درجته . على أنه يجب التمييز بين الضرر المحتمل الذي لا يجوز التعويض عنه كما ظهر ، والضرر المستقبل ، وهو ضرر محقق وإنما يترأخى

(١) ر : الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ في أماكن متعددة .

(٢) مفهوم الخطأ عند الفقهاء يختلف عن مفهومه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، فهو لدى الأولين إخلال بالترام قانوني سابق وهو عدم الاضرار بالغير وله معيار : وهو عنصران : أولاً : الإخلال بحق الغير وهذا عنصر يتصل بالمصاب وهو الدائن ، في المسؤولية التقصيرية ، وثانياً : القصور عن عناية الرجل اليقظ وهذا عنصر يتصل بالمسؤول وهو المدين في المسؤولية التقصيرية ، ر : الموجز في النظرية العامة للمعاملات للدكتور السنهوري ص ٣٢٢ وما بعدها .

وقوعه إلى وقتٍ مستقبل ، ويجب التعويض عن هذا الضرر ، ومثاله أن يصاب شخصٌ لا تُعرف درجة الإصابة فيجوز الحكم بتعويض عما ظهر الآن من الضرر على أن يزداد التعويض لو زادت جسامته الضرر في المستقبل .

567 - أنواع الضرر (الضرر المادي والضرر الأدبي) :

قد يكون الضرر مادياً يصيب الإنسان في ماله أو في نفسه ، وقد يكون أدبياً كأن يُصاب الشخص في كرامته من قذف أو إغواء ، ويمكن رد الضرر الأدبي إلى أقسام ثلاثة ؛

- ١ - ضرر يصيب الكرامة والعرض ، كما في فسخ الخطبة .
- ٢ - ضرر يصيب الشخص فيما يُكنُّ من عواطف الحنو والحب نحو أفراد أسرته كما إذا فقد أصلاً أو فرعاً أو أحداً من الحواشي أو زوجاً أو خاطباً أو أحداً من المورثين ، ولكن لا تعويض عن فقد الصديق .
- ٣ - ضرر يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له كما إذا دخل شخص أرضاً مملوكةً لآخر بالرغم من معارضة المالك ، فيجوز لهذا الأخير أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حق ملكيته ، حتى لو لم يصيبه ضرر مادي من وراء ذلك الاعتداء .

568 - التعويض عن الضرر في الفقه الغربي :

الرأي السائد في القضاء والفقه أن الضرر الأدبي كـ (الضرر المادي) يجب التعويض عنه ، وإن ذهب البعض لـخلاف ذلك .

فإن وجه التعويض عن الضرر مادياً كان أو أدبياً إنما ما يحدثه الضرر من إيلام في النفس وأذى ، وهذا الوجه متوافر في الضرر الأدبي توافره في الضرر المادي ، وإذا كان لا يمكن تقدير الضرر الأدبي تقديراً مادياً دقيقاً ، فهذا لا يمنع من التعويض عن هذا الضرر تعويضاً مقارباً إذا لم يكن شافياً يكون مواسياً ، على أن من الضرر المادي ما لا يمكن تقديره تقديراً دقيقاً ولم يمنع هذا من وجوب التعويض .

مدى التعويض : يُراعى في تقدير التعويض قيمة الضرر وحالة من أوقعه وحالة من وقع عليه ، ويكون التعويض بقدر الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع كما مر آنفاً وتُرَاعَى المحاكم عادة جسامته الخطأ الذي أحدثه الضرر ، فتزيد في التعويض تبعاً لذلك ، وتصل إلى أقصى حد عندما يكون المسؤول متعمداً عن إحداث الضرر .

أما كيفية التعويض : فيكون التعويض عادةً مبلغاً من المال مجمداً أو مقسّطاً كما في الإيراد المرتّب ، ولكن قد يكون التعويض عينياً ك(هدم جدار) أقامه المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ؛ والتعويض عن الضرر الأدبي قد يكون في مجرد نشر الحكم القاضي بالمسؤولية ، وقد يكون في مجرد الحكم بالمصاريف ، أو الحكم بمبلغ ضئيل يطلبه المصاب ليدل بذلك على أنه لا يريد استغلال ما أصابه من الضرر الأدبي استغلالاً مادياً .

علاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفقه الغربي :

ولا يكفي أن يُثبت المصاب الخطأ والضرر بل يجب أن يُثبت أيضاً أن الخطأ كان سبباً في الضرر .

وهنا حالات ثلاث :

١ - متى توجد علاقة السببية فتتحقق المسؤولية .

٢ - متى تنتفي علاقة السببية فتبطل المسؤولية .

٣ - متى توجد علاقة السببية ولكن تنتفي المسؤولية .

فأما الحالة الأولى : حينما توجد علاقة السببية فتتحقق المسؤولية : فذلك لا يكون إلا إذا كان الضرر نتيجة للخطأ نتيجة مباشرة .

وأما الحالة الثانية : حينما تنتفي علاقة السببية فتبطل المسؤولية : وذلك إذا أثبت المسؤول أن الضرر لم يكن نتيجة الخطأ بل كان نتيجة سبب أجنبي ، وذلك إما أن يكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي . وإما أن يكون فعل الخير ، وإما أن يكون خطأ المصاب .

وأما الحالة الثالثة : حينما توجد علاقة السببية ولكن تنتفي المسؤولية :
لا لأنها مُبْطَلة ولكن لأن هناك سبباً للإعفاء بمقتضى القانون أو بمقتضى الاتفاق
بشروط يتفق عليها^(١) .

وهذا الكلام كله عند فقهاء الغرب في المسؤولية المبنية على خطأ ثابت
لا على خطأ مفروض أو على تحمل التبعة فلينتبه .

569 - الفرع الثاني : موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في دفع الضرر :

نظرية الفعل الضار عند فقهاء الغرب بفروعها الواسعة ونظرياتها التي
يدخل ضمنها نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية المسؤولية المدنية ،
ومسؤولية عدم التمييز ، وحدود الضمان المترتب على أفعال القاصرين ؛ كل
ذلك اقتصر على نواح ذات معايير مادية بحتة جوهراً وصياغةً من حيث كان
للفقه الإسلامي في نظرية دفع الضرر وما تفرع عنها معايير مادية وشخصية
معاً ، ولعلنا نكون غير مجافين للواقع والمنطق الفقهي السديد إذا قلنا إن :
(نظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تكاد تعد جزءاً من نظرية الضمانات
بالتعدي أو الإتلاف أو التسبب في الفقه الإسلامي)^(٢) فما بالك بنظرية دفع
الضرر لدينا التي تكون نظرية الضمان وغيرها في الفقه الإسلامي جزءاً منها
وعنصراً من عناصر تكوينها الفقهي السديد !؟

570 - وبعد ؛

فليس بصحيح ما يقوله الدكتور السنهوري في كتابه : (مصادر الحق في

(١) ر : الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني من ص ٣٣٩ إلى ص ٣٥٢ ور : شرح

القانون المدني السوري نظرية الالتزامات العامة للأستاذ الزرقا ص ٣٥٥ وما بعدها ف / ٢٨٩ .

(٢) ر : نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقا ص ١٠٣ .

الفقه الإسلامي^(١) من أن فكرة الضرر فكرة محدودة في فقهنا وضيقة ،
فالواقع الذي قرأته يشهد بخلاف ذلك ، وهل أدل على خطأ هذه المقولة من أن
فكرة الضرر ودفعه هي من أعظم الأفكار الفلسفية الفقهية الإسلامية وأرقاها
سمواً وصياغةً وتفريعاً ؟!

* * *

(١) ر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهاوري باشا ج ٦ ص ١٦٨ وما بعدها .

المبحث الرابع خلاصة لكل ما تقدّم في نظرية دفع الضرر

571 - أما بعد ؛

فهذه صفحات من فلسفة الفقه الإسلامي الفذة تتجلّى بأبداع صورها وأشكالها في هذه النظرية الجليلة (دفع الضرر) وما يتفرع عنها من نظريات وقواعد وفروع ؛ ونستطيع أن نجمل ما بأيدينا من نتائج في نهاية المطاف فيما يلي من النقاط :

- ١ - أن الأصل للنظرية هو من النصوص والاجتهاد .
- ٢ - أن للضرر المعتبر شرعاً ضوابط ثبتت لدينا من استقراء كتب الفقهاء ومناهجهم في ذلك .
- ٣ - أن للنظرية أثراً في القواعد الكلية الرئيسة والفرعية وفي صياغة النظريات الفقهية وفي الفروع والمسائل .
- ٤ - أن الفقه الغربي عرّف الضرر بأضيق مما عرفه الفقه الإسلامي ، وعلى أساس مختلف مما يجعل لفقهنّا العظيم ميزة السبق وحسن الصياغة وشمول النظر الفقهي ودقة الصناعة ، ويجعل من نظرية دفع الضرر لبنة رئيسة في معمار فقهنّا الخالد .



خاتمة الكتاب

وبعد ؛

فلقد وَصَعْتُ القلم بعد إعياء أثلجت به صدري ، طفت به في حدائق علم أصول الفقه ، ففقطفت الرياحين وأضاميم الزهر ، وعدتُ سعيداً بما وصلتُ إليه من حقائق علمية تُظهر للملأ أن هذا العلم العظيم الذي هو حصيلة الحضارة الإسلامية وزبدة نتاجها ، إن هو في حقيقة الأمر إلا النابض الفعال في الشريعة الإسلامية وأساسها المتين وقطبها العتيد الذي يظهر به وجهها المشرق الوضاء .

ولعل من الضروري أن أذكر أنني اتبعت في هذا الكتاب منهج الحنفية في طرائق الاستنباط بل وفي أسلوب الكتابة والتأليف . فهو يمثل بحق أصول فقه الحنفية المنقح المحكك شكلاً وموضوعاً ، مع التعرض مني لمنهج المتكلمين حينما يقتضي الحال ذكر رأيهم ضمن مناقشة الحنفية آراء الجمهور والتعرض لحججهم وأدلتهم .

على أنه مما ينبغي التنبيه له أن جلَّ اعتمادي في ميدان المصادر العلمية على الكتب القديمة الدسمة ، فمنها استقيتُ معظمَ ما كتبت . لكنني لا أنكر أنني أفدتُ أيضاً من الكتب الحديثة المؤلفة في هذا العلم طرائق التأليف وأساليب الكتابة . فكان الكتاب جامعاً مزايا القديم والدقة العلمية فيه ، وأسلوب الحديث والتبسيط فيه .

فعسى أن يكون هذا العمل إن شاء الله تعالى فاتحة عهد جديد في تأليف كتب أصول الفقه الجامعة للمزيتين ، وعسى أن يفهم هذا العلم ألبليل فهماً جديداً ويُعطى حقه من الدراسة والبحث على أنه خلاصة الفلسفة الإسلامية وزبدتها وروحها ، وعلى أن دارس أصول الفقه لا يقل أبداً في الدقة العلمية

والعطاء العظيم عن الفيلسوف المفكر ، والرياضي الماهر . . . إن لم يزد عليه .

وختاماً فإني لأتقدم بعملبي هذا إلى المنبع الأول الثرّ ، والشخصية النبوية الفدّة ، إلى سيد الإنسانية قاطبةً ومعلم البشرية جمعاء سيدي أبي الزهراء ، صاحب هذا العطاء فهو منه وإليه . . .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات . .

دمشق الشام في غرة ربيع الأنور / ١٤٠٥ هـ
الموافق لـ ١٩٨٤ م

وكتبه

الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور

فهارس الكتاب

- فهرس مصادر الكتاب
ومراجعته حسب العلوم
- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث الشريفة
- فهرس موضوعات الكتاب

فهرس

مصادر الكتاب ومراجعته

حسب العلوم

آ - علوم القرآن الكريم :

- الألوسي / شهاب الدين أبو الثناء محمود / (روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني)
- البيضاوي / عبد الله بن محمد المعروف بالقاضي ناصر الدين / (أنوار التنزيل وأسرار التأويل) بشرح الخفاجي (عناية القاضي وكفاية الراضي)
- الباقلائي / أبو بكر / القاضي - البيهقي / الحافظ / (شرح شيخ زاده) و (حاشية القونوي) و (حاشية الكازروني)
- الباقلائي / أبو بكر / القاضي - البيهقي / الحافظ / (إيجاز القرآن) على هامش الإتيان (أحكام القرآن)
- الجصاص الرازي / أحمد بن علي / - الجمل (أحكام القرآن) ط : استانبول (الفتوحات الإلهية على الجلالين)
- الرازي / الإمام فخر الدين / (مفاتيح الغيب)
- الزركشي / بدر الدين / (البرهان في علوم القرآن)
- السيوطي / عبد الرحمن / (الإتيان في علوم القرآن) و (أسباب النزول)
- أبو السعود / مفتي السلطنة العثمانية / (التفسير الكبير)
- الشافعي / الإمام محمد بن إدريس / (أحكام القرآن)
- الشربيني / الخطيب / (تح : أستاذنا فضيلة الدكتور الشيخ عبد الغني محمد عبد الخالق)
- السراج المنير / (السراج المنير)
- ابن العربي / أبو بكر / القاضي (أحكام القرآن)

- الفراء / القرطبي / الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري /
 (معاني القرآن)
 (الجامع لأحكام القرآن) ط : دار الكتب
 المعروف بتفسير القرطبي
 (تفسير القرآن العظيم) مط : البابي الحلبي
 (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)
 (أسباب نزول القرآن)
 تح : أحمد صقر ، ط : الأولى
- ابن كثير / الحافظ /
 - النسفي / أبو البركات حافظ الدين محمود /
 - الواحدي / أبو الحسن علي بن أحمد /

ب - علوم السنة :

- ابن الأثير / الجزري /
 - الأصبحي / الإمام مالك بن أنس /
 - البخاري / الإمام محمد بن إسماعيل /
 - البغدادى / الحافظ الخطيب /
 - ابن حجر / العسقلاني الحافظ أحمد /
- (جامع الأصول) تح : الأرناؤوط
 (الموطأ)
 (الجامع الصحيح) بحاشية السندي
 (تقييد العلم)
 (فتح الباري شرح صحيح البخاري)
 (تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير)
 (بلوغ المرام من أدلة الأحكام)
 (المسند)
 (نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية)
 (تنوير الحوالك على موطأ مالك)
 (الجامع الصغير)
 (التدريب شرح التقريب)
 (بذل المجهود بشرح سنن أبي داود)
 (نبيل الأوطار)
 المقدمة (علوم الحديث)
 تح : الدكتور نور الدين العتر
 (المصنف)
 (مشكل الآثار)
- ابن حنبل / الإمام أحمد /
 - الزيلعي / الحافظ /
 - السيوطي / عبد الرحمن /
 - السهارنفوري
 - الشوكاني / محمد بن علي /
 - ابن الصلاح / تقي الدين أبو عمرو /
 - الصنعاني / الحافظ عبد الرزاق /
 - الطحاوي / الإمام أبو جعفر /

- (شرح معاني الآثار)
 - اللكنوي / محمد عبد الحي /
 (التعليق الممجد بشرح موطأ مالك
 برواية الإمام محمد)
 (الجامع الصحيح)
 - القشيري / الإمام مسلم بن الحجاج /
 (تحفة الأحوذى بشرح سنن الترمذي)
 - المباركفوري / الهندي /
 (غريب الحديث)
 - الهروي /
 (شرح صحيح مسلم)
 - النووي / الحافظ يحيى بن زكريا /
 (الأربعون النووية) بشرح المصنف

ج - الفقه الإسلامي بمذاهبه والسياسة الشرعية والقواعد الفقهية الكلية :

١ - الفقه بمذاهبه :

- الأنصاري / الإمام يعقوب بن إبراهيم المكنى
 بأبي يوسف /
 (الخراج) وشروحه
 - الأتاسي / خالد وولده طاهر /
 (شرح المجلة) ط : حمص
 - ابن بدران / عبد القادر /
 (المدخل إلى مذهب الإمام أحمد)
 - البابرتي / أكمل الدين /
 (العناية شرح الهداية) بهامش فتح القدير
 - باز / سليم رستم /
 (شرح المجلة) ط : بيروت
 - الباجوري / إبراهيم /
 (حاشية علي ابن قاسم الغزي)
 - البغدادي / ابن غانم /
 (مجمع الضمانات)
 - جوده باشا / وجماعة من العلماء /
 (مجلة الأحكام العدلية) ط : استانبول
 - ابن جزّي / المالكي /
 (القوانين الفقهية)
 - الجرجاني / السيد الشريف /
 (شرح على السراجية) في علم المواريث
 - الحصكفي / علاء الدين /
 (الدر المختار شرح تنوير الأبصار)
 - ابن حزم / الأندلسي /
 (المحلّي)
 - الحدّادي /
 (الجوهرة النيرة)

- الخادمي / أبو سعيد /
- السرخسي / شمس الأئمة /
- السمرقندي / أبو الليث /
- الشيرازي / أبو إسحاق /
- الرملي / الشافعي /
- شيخ زادة /
- ابن رشد / أبو الوليد /
- الزيلعي /
- الشيباني / الإمام محمد بن الحسن /
- الدردير / أحمد /
- الدسوقي / المالكي /
- الطوري /
- الطحطاوي / أحمد /
- ابن عابدين / السيد محمد أمين /
- علاء الدين /
- عالم كثر / وجماعة من علماء الهند /
- علي أفندي /
- (مجامع الحقائق)
(المبسوط شرح الكافي للحاكم الشهيد)
(خزانة الفقه وعيون المسائل)
تح : د . صلاح الدين الناهي
(المذهب)
(حاشية الرملي على أسنى المطالب)
(مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر)
(بداية المجتهد ونهاية المقتصد)
(تبين الحقائق شرح كنز الدقائق)
(شرح السير الكبير) والأصل
(حاشية الشرح الصغير)
ط : دار المعارف بمصر
(الشرح الكبير على متن خليل)
مع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
(حاشية على الشرح الكبير)
(تكملة الفتح)
(حاشية على رد المحتار)
(حاشية على مراقي الفلاح)
(معين الحكام)
(رد المحتار مع التكملة)
ط : بولاق ١٢٧٢ هـ
(مجموع الرسائل العابدنية) جزءان
ط : بولاق ١٢٧٢ هـ
(مجموع الرسائل العابدنية)
(تنقيح الفتاوى الحامدية)
(الفتاوى الهندية)
(فتاوى علي أفندي)

- الفَنَارِي (حاشية على شرح الجرجاني على السراجية)
 (فصول البدائع)
 - ابن قاضي سمانو / محمود بن إسرائيل / (جامع الفصولين) .
 - القرافي / شهاب الدين أحمد / (الفروق)
 - قاضيخان (الفتاوى)
 - قدرِي أفندي (واقعات المفتين)
 - الكاساني / علاء الدين / (البدائع في ترتيب الشرائع)
 - المرجاني / شهاب الدين هارون / (ناظورة الحق في إثبات فرضية العشاء ولو لم يغب الشفق) ط : قزان
 - الموصلي / ابن مودود / (الاختيار شرح المختار)
 - النووي / يحيى بن زكريا / (المجموع شرح المذهب) ط : البابي الحلبي (المناسك)
 - ابن الهمام / كمال الدين علي بن عبد الواحد / (فتح القدير شرح الهداية) مع العناية للأكمل

٢ - السياسة الشرعية :

- الماوردي / أبو الحسن / (الأحكام السلطانية والولايات الدينية)
 - الفراء / أبو يعلى / (الأحكام السلطانية)
 - ابن تيمية / أحمد بن عبد الحليم / (الحسبة في الإسلام) مجموع الرسائل
 - ابن القيم (الطرق الحكمية)

٣ - القواعد الفقهية الكلية :

- ابن حزم (الإحكام في قواعد الأحكام)
 - حمزة / محمود / (القواعد الفقهية)
 - الحموي (غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لابن نجيم)
 - الدهلوي / شاه ولي الله أحمد بن عبد الرحيم / (حجة الله البالغة)
 - ابن رجب الحنبلي (القواعد)

- الزرقا / أحمد /
 - السيوطي / عبد الرحمن /
 - ابن عابدين / محمد أمين /
 (شرح القواعد الفقهية) ط : دار القلم
 (الأشباه والنظائر) في قواعد الشافعية
 (حاشية نزهة النواظر على الأشباه والنظائر
 لابن نجيم) تح : د. محمد مطيع الحافظ
 ط : دار الفكر بدمشق
 (قواعد الأحكام في مصالح الأنام والقواعد
 الكبرى)
 (إعلام الموقعين عن رب العالمين) الطبعة
 الأولى
 (الأشباه والنظائر) في قواعد الحنفية
 (الفروق)
 - ابن عبد السلام / عز الدين /
 - ابن القيم / ابن قيم الجوزية /
 - ابن نجيم / زين الدين /
 - القرافي / شهاب الدين /

د - أصول الفقه :

١ - الكتب المؤلفة على طريقة الحنفية :

- الشاشي
 (أصول الشاشي مع عمدة الحواشي)
 مطبوع في دهلي الهند
 (كشف الأسرار على أصول الفقه للبزدوي)
 طبع مكتب الصنائع
 (شرح المنار في الأصول) المطبعة العثمانية
 (شرح المنار في الأصول)
 و (المنار للنسفي) وكلاهما على هامش
 ابن الملك
 - منلا خسرو
 (مرآة الأصول في شرح مرعاة الوصول)
 (حاشية على شرح مختصر منلا خسرو
 المسمى مرآة الأصول) مجلدان مطبعة
 البوسنوي
 - ابن عابدين / السيد محمد أمين /
 (حاشية نسيمات الأسحار على شرح إفاضة
 الأنوار على متن أصول المنار) للحصكفي
 الحصني طبع الأستانة

- الرهاوي / وعزمي زاده وابن الحلبي /
 - ابن نجيم الحنفي
 (حواشي المنار) طبع الآستانة دار السعادة
 (فتح الغفار بشرح المنار)
 المسمى (مشكاة الأنوار)
 وعليه تعليقات البحراوي في ثلاثة أجزاء
 بمجلد طبع الحلبي
 (تأسيس النظر)
 (نور الأنوار شرح المنار)
 (حاشية قمر الأقيمار على نور الأنوار)
 ط : دهلي الهند
 (شرح على المنار)
 (التحرير)
 (شرح التحرير)
 (المعتمد شرح العمدة)
 ط : المعهد العلمي الفرنسي بدمشق
 (متن المنار)
 وشرح المصنف (الكشف الصغير)
 (شرح على المنار)
 (أصول السرخسي) تح : أبو الوفا الأفغاني
 - الدبوسي / أبو زيد /
 - ملاجيون
 - اللكنوي / محمد عبد الحي /
 - الحصكفي / علي /
 - ابن الهمام / علي بن عبد الواحد / كمال الدين
 - ابن أمير باد شاه
 - البصري / أبو الحسين /
 - النُسفي / أبو البركات /
 - ابن العيني
 - السرخسي / شمس الأئمة /

٢ - الكتب المؤلفة على طريقة المتكلمين :

- الإمام الشافعي
 - الشيرازي
 - الغزالي
 (الرسالة) مطبعة الحلبي الطبعة الأولى
 (اللمع في أصول الفقه) مطبعة الحلبي
 (المستصفى من علم الأصول) جزءان ،
 الطبعة الأولى مطبعة مصطفى محمد
 (المنخول من تعليقات الأصول)
 الطبعة الأولى بتحقيق الأخ الأستاذ محمد
 حسن هيتو طبعة دار الفكر بدمشق

- ابن الحاجب
(مختصر المنتهى) مطبعة العالم في
إسلامبول ، و (شرحه) لعضد الملة والدين
- القرافي / شهاب الدين /
(أنوار البروق في أنواء الفروق)
وبهامشه (تهذيب الفروق والقواعد السنية في
الأسرار الفقهية) للشيخ محمد علي حسين ،
أربعة أجزاء الطبعة الأولى
(شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول)
- الإسنوي
(نهاية السؤل شرح منهاج الوصول إلى علم
الأصول) ومعه شرح البدخشي (مباحج
العقول) في ثلاثة أجزاء - مطبعة صبيح ،
وحاشية الشيخ محمد بخيت المطيعي على
نهاية السؤل أيضاً
- البصري / أبو الحسين /
(المعتمد في أصول الفقه) المعهد العلمي
الفرنسي بدمشق ، الطبعة الأولى
- الشاطبي / أبو إسحاق إبراهيم اللخمي الغرناطي / (الموافقات في أصول الشريعة) أربعة أجزاء ،
تح : الشيخ عبد الله دراز
مطبعة المكتبة التجارية بمصر
- الأنصاري / زكريا /
(غاية الوصول شرح لب الأصول)
طبعة الحلبي
- ابن قاسم العبادي
(شرح على شرح المحلي على الورقات
للجويني) مطبوع على هامش إرشاد الفحول
للسوكاني
- الغزالي / محمد بن محمد أبو حامد /
(شفاء الغليل) تح : د . الكبيسي
- البيضاوي / القاضي /
(المنهاج في أصول الفقه) ط : دار السعادة
١٩٥١ م بمصر
- البدخشي
(مباحج العقول شرح منهاج الأصول)
- المقدسي / موفق الدين ابن قدامة /
(روضة الناظر وجنة المناظر)
- ابن حزم
(رسالة في أصول الظاهرية)
(إبطال القياس والاستحسان والرأي)
ط : جامعة دمشق .

- السيوطي / عبد الرحمن
(الردُّ على أخلد إلى الأرض وجهل أن
الاجتهاد في كل عصر فرض)
(الإحكام في أصول الأحكام)
(المسودة في أصول الفقه) لثلاثة من آل تيمية
- الآمدي / سيف الدين/
- آل تيمية

٣ - الكتب الجامعة للطريقتين :

- ابن عبد الشكور
(مسلم الثبوت مع منهواته)
جزءان ، المطبعة الحسنية المصرية
(فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت في
أصول الفقه) مطبوع بهامش المستصفي
للغزالي ، المطبعة الأميرية ببولاق ١٢٢٢ هـ
- التفتازاني
(شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في
أصول الفقه) لصدر الشريعة عبيد الله ابن
مسعود البخاري ، مطبعة البابي الحلبي
- ابن أمير الحاج
(التقرير والتحبير على تحرير ابن الهمام في
علم الأصول الجامع بين اصطلاح الحنفية
والشافعية) المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٦ هـ
- ابن السبكي / تاج الدين/
- البنّاني
(جمع الجوامع)
(حاشية على شرح الجلال المحلي على جمع
الجامع لابن السبكي » جزءان ، الطبعة الثانية
المطبعة الأميرية
- الشوكاني / محمد بن علي/
(إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم
الأصول) ط : الحلبي بمصر ١٢٥٦ هـ

هـ - التاريخ والتراجم وفن الرجال :

- التميمي / الحنفي/
الطبقات السنية) تح : الدكتور عبد الفتاح
الحلو ، مطبعة البابي الحلبي بمصر
- الخضري / محمد/
- الخفاجي / الشهاب/
- الدهلوي / شاه ولي الله/
(تاريخ التشريع الإسلامي) الطبعة الأولى
(ريحانة الألبا)
(الإنصاف في أسباب الخلاف)

- رضا / محمد /
- الزركلي / خير الدين /
- ابن السبكي / تاج الدين علي بن عبد الوهاب
- ابن عبد الكافي /
- الشهرستاني /
- الشوكاني / محمد بن علي /
- ابن العماد / الحنبلي /
- الغزي / نجم الدين /
- ابن قُطُوبغا / قاسم /
- القُرشي /
- الكوثري / زاهد /
- كحالة / عمر رضا /
- اللكنوي / محمد عبد الحي /
- (محمد رسول الله ﷺ)
(الأعلام) ط : الثالثة
(طبقات الشافعية الكبرى)
ط : البابي الحلبي بمصر
(الممل والنحل)
(الضوء اللامع في محاسن من بعد القرن السابع)
(شذرات الذهب)
(الكواكب السائرة)
(تاج التراجم)
(الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية)
(سيرة أبي يوسف) و (سيرة محمد بن الحسن)
(سيرة زفر)
(معجم المؤلفين)
(الفوائد البهية) و (النافع الكبير)

و - اللغة والمعاجم :

- ابن الأثير / الجزري /
- التهانوي /
- الجرجاني / السيد الشريف /
- الجوهري /
- حاجي خليفة /
- الحريري /
- الزمخشري / محمود /
- الزبيدي /
- سركيس / يوسف إيان /
- ابن سيده /
- (النهاية في غريب الحديث)
(الكشف) المعروف بـ (كشف اصطلاحات
الفنون)
(التعريفات)
(الصحاح)
(كشف الظنون) وذيله
(مقامات الحريري)
(أساس البلاغة)
(تاج العروس شرح القاموس)
(معجم المطبوعات)
(المخصّص) ط : دار الكتب

(إصلاح المنطق)	- ابن السكيت
(معجم ألفاظ القرآن الكريم)	- عبد الباقي / محمد فؤاد
(القاموس المحيط)	- الفيروزبادي
(المصباح المنير)	- الفيومي
(الكليات)	- الكفوي / أبو البقاء
(لسان العرب) دار صادر	- ابن منظور / أبو المكرم
(دائرة المعارف الإسلامية) المترجمة للعربية	

ز - أبرز كتب الفلسفة والتصوف وعلم الكلام :

(المواقف في علم الكلام)	- الإيجي / عضد الملة والدين
(شرح الجوهرة)	- الباجوري / إبراهيم
(شرح المواقف)	- الجرجاني / السيد الشريف
(شرح طوابع الأنوار) للبيضاوي	
(المسمى بد) مطالع الأنظار	- الخيصي
(التذهيب شرح التهذيب) مع حاشية العطار	- ابن عربي / محي الدين / الشيخ الأكبر
(لطائف الأسرار)	- الفرفور / د . محمد عبد اللطيف
(معايير الفكر) ج ١	- ابن الهمام
(المسيرة وشرحها المسامرة لابن أبي شريف)	

ح - أبرز الكتب المعاصرة :

(شرح الأحكام الشرعية لقدرى باشا)	- الأبياني / زيد
(الكبير والصغير)	
(أصول الفقه)	- إبراهيم / أحمد بك
(اجتهاد النبي ﷺ)	- أبو النصر / عيسى
(مدونة جوستنيان) تعريب عبد العزيز فهمي	- جوستنيان / الإمبراطور
(القاموس الفقهي)	- أبو جيب / سعدي
(أصول التشريع الإسلامي)	- حسب الله / علي

(الأصول العامة للفقهاء المقارن)

(أصول الفقه الإسلامي)

(الحق والذمة)

(أحكام المعاملات الشرعية)

(أصول الفقه)

(المدخل إلى أصول الفقه) ط : جامعة دمشق

(أصول الفقه)

(مصادر التشريع فيما لا نص فيه)

(المصلحة في التشريع الإسلامي)

(ونجم الدين الطوفي)

(نظرية الضمان)

(نظرية الضرورة الشرعية)

(الفقه الإسلامي وأدلته) ط : دار الفكر بدمشق

(الوسيط في أصول الفقه) ط : دار الفكر بدمشق

(شرح القانون المدني السوري)

(عقد البيع والمقايضة)

(نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي)

(نظرية الالتزامات العامة في القانون المدني)

(المدخل الفقهي العام)

(عقد التأمين)

(الوسيط شرح القانون المدني)

(مصادر الحق في الفقه الإسلامي)

(الموجز في النظرية العامة للمعاملات)

(نظرية العقد)

(عقد الإيجار)

(العرف والعادة في رأي الفقهاء)

(نظرية الحق)

- الحكيم / محمد تقي /

- الحنبلي / شاكر /

- الخفيف / علي /

- الخضري / محمد /

- الدواليبي / د. معروف /

- خلّاف / عبد الوهاب /

- زيد / د. مصطفى /

- الزحيلي / د. وهبة /

- الزرقا / د. مصطفى أحمد /

- السّنهوري / د. عبد الرزاق /

- أبو سنة / د. أحمد فهمي /

- أبو زهرة / محمد /
(أصول الفقه)
(أبو حنيفة)
(شرح مرشد الحيران) الجزء الأول
(النظرية العامة للحق)
(تعليل الأحكام)
(المدخل لدراسة الفقه الإسلامي)
(نظرية التعسف في استعمال الحق)
(أصول الفقه الإسلامي)
(نظرية القاعدة القانونية)
دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون
(مقياس الذكاء)
(المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون)
(الفقه الإسلامي العام) ط : جامعة دمشق
(ابن عابدين وأثره في الفقه) دراسة مقارنة
بالقانون
(نظرية الاستحسان)
(الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)
ط : هندية بمصر
(مرشد الحيران في أحوال الإنسان)
(الأموال)
(نبراس العقول) الجزء الأول
(إرشاد أهل الملة لإثبات الأهلة) رسالة
(أصول الفقه)
(مقالات الكوثري)
(علم أصول الفقه عند المستشرقين)
- السنجلفي
- شحاتة / د. شفيق /
- شلبي / د. محمد مصطفى /
- شلتوت / د. عبد المقصود /
- شعبان / د. زكي الدين /
- الصدة / د. عبد المنعم فرج /
- عمر / حسن /
- فيض الله / د. محمد فوزي /
- الفرفور / د. محمد عبد اللطيف /
- قدرى باشا / محمد /
- مرسى / محمد كامل /
- منون / عيسى /
- المطيعي / محمد بخيت /
- المظفر / محمد /
- الكوثري / زاهد /
- التشمي / د. محمد عجيل /

ط - المجلات والدوريات :

- مجلة العربي (الكويتية)

- مجلة نهج الإسلام (السورية)

- مجلة حضارة الإسلام (السورية)

※ ※ ※

فهرس الآيات القرآنية

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً... ﴾	١٧	الرعد	١٨
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ... ﴾	٥٩	النساء	٤٩ + ٥٤ + ١٩٦
			٢٠٧
﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ... ﴾	٨٣	النساء	١٧٢ + ٥٤
﴿ إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْءَانَهُ... ﴾	١٨-١٧	القيامة	٥٦
﴿ قُلْ لِّىنْ أَجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ... ﴾	٨٨	الإسراء	٥٩
﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا... ﴾	٢٤-٢٣	البقرة	٥٩
﴿ أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْءَانَ... ﴾	٨٢	النساء	٦٠
﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَءُكُمْ... ﴾	١٢	النساء	٦٢
﴿ وَالْمُطَلَّقَتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... ﴾	٢٢٨	البقرة	٦٢ + ٦٨ + ١٢١ +
			٥١٣
﴿ فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾	٨٩	المائدة	٦٤ الحاشية ٣
﴿ وَأَزْكُوا مَعَ الرِّكْعَيْنِ ﴾	٤٣	البقرة	٦٦
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ﴾	٦	المائدة	٦٦-٦٧
﴿ وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾	٢٩	الحج	٦٧
﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾	٢٣٠	البقرة	٥٢٤-٧٢
﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾	٣٨	المائدة	٧٣ + ٩٠ + ٩٤ +
			١٦١ + ١٢٤ + ٩٥
			+ ٢٣٢ + ٢٢٤
			+ ٢٣٧ + ٢٣٥
			٣٥٧

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿الطَّلِقُ مَرَّتَانٍ فَلْيَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ...﴾	٢٢٩-٢٣٠	البقرة	٧٥-٧٦
﴿أَنْ تَسْتَعُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾	٢٤	النساء	٧٧
﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ﴾	٥٠	الأحزاب	٧٩
﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾	٩٧	هود	٨٢-٨٤
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾	١٨٣	البقرة	٨٣
﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾	٩٧	آل عمران	٨٣
﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾	٤٣	البقرة	٨٥ + ٣٥٥
			٣٨٣ + ٥١٣
﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾	٧٧	الحج	٨٥
﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾	٤	المائدة	٨٥
﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	٢٨٢	البقرة	٨٥ + ١٦٣ + ٧١٥
﴿وَأَسْتَفِزُّ مَنْ اسْتَطَعَتْ مِنْهُمْ﴾	٦٤	الإسراء	٨٥
﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾	٢٩	الكهف	٨٥
﴿رَبَّنَا قَبَلْ مِنَّا﴾	١٢٧	البقرة	٨٥
﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾	٢	المائدة	٨٦ + ٣٨٢ + ٣٩١
﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ...﴾	٣٦	الأحزاب	٨٧
﴿أَسْجُدُوا لِآدَمَ﴾	١١	الأعراف	٨٧
﴿قَالَ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ...﴾	١٢	الأعراف	٨٧
﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ...﴾	٦٣	النور	٨٧
﴿قُلْ أَجَلُ لَكُمْ الطَّيِّبُ...﴾	٤	المائدة	٨٨
﴿فَإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾	٥	التوبة	٨٨
﴿وَادْعُوا ثُبُورًا كَثِيرًا﴾	٤١	الفرقان	٩٠
﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾	٦	المائدة	٩٠ + ٩١
﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾	٢	النور	٩٠ + ٢٣٢

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿ أَقْرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾	٧٨	الإسراء	٩٠ + ١٤١ + ٢٢٤
﴿ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾	٤	التحریم	٩٦ + ٢٣١
﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾	١٠	الجمعة	٩٧ + ٣٨٢
﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾	٣	المجادلة	١١٣ + ٢١٧
﴿ كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ... ﴾	٦٥	النساء	١١٩
﴿ ... فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾	٩٢	النساء	١١٣
﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	٢	الطلاق	١١٣
﴿ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ﴾	٨٩	المائدة	١١٥
﴿ فَأَقْنُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾	٥	التوبة	١١٧
﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ... ﴾	٦	التوبة	١١٧
﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزِّوَاءَ ﴾	٥٧٢	البقرة	١١٧ + ١٢٢ + ١٦١
﴿ إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ ﴾	٢	العصر	١٢٠
﴿ فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴾	١٦	المزمل	١٢٠
﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾	٦٥	الشرح	١٢٠
﴿ فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾	٣	النساء	١٢٢ + ١٦١
﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴾	٣٠	الحجر	١٢٣ + ١٦١ + ٥١٣
﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ارْكَعُوا ﴾	٧٧	الحج	١٢٧
﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾	٣٢	الإسراء	١٢٧ + ٣٨٩
﴿ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾	٢٢٣	البقرة	١٢٥ + ١٦١
﴿ الْمَرءِ ﴾	١	البقرة	١٢٦
﴿ الْمَصَّ ﴾	١	الأعراف	١٢٦
﴿ الرَّبِّ تِلْكَ آيَاتُ الْكِتَابِ الْمُبِينِ ﴾	١	يوسف	١٢٦
﴿ ... أَوَلَمْ تَسْمُ النِّسَاءَ... ﴾	٦	المائدة	١٢٨ + ١٣١

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿ وَسَلِّ الْقَرِيَّةَ ﴾	٨٢	يوسف	١٣١+١٣٢
﴿ وَمَكْرُؤًا وَّمَكْرَ اللَّهِ ﴾	٥٤	آل عمران	١٣١
﴿ أَمْ يَقُولُونَ بِهِ حِجَّةٌ بَلْ جَاءَهُم بِالْحَقِّ وَكَثُرَتْ لَهُمُ الْحَقِّ ﴾	٧٠	المؤمنون	١٣٥
﴿ وَلَدَيْنَا كِتَابٌ يَنْطِقُ بِالْحَقِّ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ﴾	٦٣-٦٢	المؤمنون	١٣٥
﴿ قَالُوا لَيْسَ بِنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ ﴾	٩١	الكهف	١٣٦
﴿ وَإِنَّا أَوْ إِيَّاكُمْ لَعَلَى هُدًى أَوْ فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴾	٤٢	سبا	١٣٦
﴿ حَتَّىٰ مَطْلَعِ الْفَجْرِ ﴾	٥	القدر	١٣٧
﴿ قَنِتْلُوا لَدَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾	٢٩	التوبة	١٣٧
﴿ ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ . . . ﴾	١٧	البقرة	١٣٨
﴿ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ ﴾	٦	المائدة	١٣٩
﴿ وَءَاتَىٰ أَلْمَالِ عَلَىٰ حِيَةٍ ﴾	١٧٧	البقرة	١٣٩
﴿ أَرْضَيْتُمْ بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ ﴾	٣٨	التوبة	١٤٠
﴿ لَنْ تُغْنِيَ عَنْهُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا أَوْلَادُهُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ﴾	١٧	المجادلة	١٤٠
﴿ فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾	٦	المائدة	١٤٠+١٥٥
﴿ ثُمَّ آتُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾	١٨٧	البقرة	١٤٠
﴿ ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾	٣٨	الأعراف	١٤٠
﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ ﴾	٣٠	الحج	١٤٠
﴿ وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمْ ﴾	٣٣	الأنفال	١٤١
﴿ كُلُّ يَجْرَى لِأَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾	٢	الرعد	١٤١
﴿ يَجْزُونَ لِلْآدِقَانِ سَجْدًا ﴾	١٠٧	الإسراء	١٤١
﴿ وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَمَةِ ﴾	٤٧	الأنبياء	١٤١
﴿ لَوْ لَا جَاءَهُ وَعَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ﴾	١٣	النور	١٤١
﴿ فَلَوْلَا كَانَتْ قَرِيَةً ءَامَنْتَ فَفَعَلَهَا إِيْمَانًا ﴾	٩٨	يونس	١٤١
﴿ وَلَيْخَشَّ الَّذِينَ لَوَّزُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضَعَفًا ﴾	٩	النساء	١٤٦
﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ﴾	١٧٢	الأعراف	١٤٧

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾	٤٤	النحل	١٧٤+
(الحاشية ١) ٣٦٤			
﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ...﴾	١٢٢	التوبة	١٧٦
﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾	١٠٥	النساء	١٧٧+٥٥٨
﴿فَمَن أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعِدْهُ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾	١٩٤	البقرة	١٨٢
﴿أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وَجَدْتُمْ﴾	٦	الطلاق	١٨٣
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾	٦	الحجرات	١٩١
﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ...﴾	١١٥	النساء	١٩٦
﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَصَابُ وَالْأَنزَلُمُ رِجْسٌ...﴾	٩٠	المائدة	٢٠٦
﴿... فَأَعْتِرُوا بِتَأْوِيلِ الْأَبْصَرِ﴾	٢	الحشر	٢٠٧+٦٢٧
﴿إِنَّكَ فِي ذَلِكَ لَعِزَّةٌ﴾	١٣	آل عمران	٢٠٨
﴿لَقَدْ كَانَتْ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ﴾	١١١	يوسف	٢٠٨
﴿قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِينَ أَشْهَأَ أَوَّلَ مَرَّةٍ...﴾	٧٩-٧٨	يس	٢٠٨
﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ...﴾	١٠٣	التوبة	٢١٠
﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ بَيِّنَاتٍ لِّكُلِّ شَيْءٍ...﴾	٨٩	النحل	٢١١
﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا...﴾	٣١	البقرة	٢١٦
﴿وَمَا مِن دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا...﴾	٦	هود	٢١٨ (الحاشية ١)
﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ...﴾	٧	الحشر	٢٢٤+٢٣١
﴿فِيمَا رَحِمَهُ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ...﴾	١٥٩	آل عمران	٢٢٤
﴿وَمَا أَتَىٰ نَفْسِي إِلَّا النَّفْسُ لَأَمَارَةً بِالسُّوءِ﴾	٥٣	يوسف	٢٢٤
﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ﴾	٢٢٢	البقرة	٢٢٥+٢٣٦
٥٣١+٣٦٧+			
﴿إِلَّا أَن يَفْقُوتَ...﴾	٢٣٧	البقرة	٢٢٥+٢٣٦
﴿فَمَن أَضْطَرَّ فِي مَخْبَصَةٍ﴾	٣	المائدة	٢٢٧+٣٧٠
(الحاشية ١) ٧١٥+			

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿ فَيُظَاهِرُ مِنْ الذَّنْبِ هَادُوا حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ طَيْبَتٍ... ﴾	١٦٠	النساء	٢٣١
﴿ أَهَيْطَ يَسْلَمُ مِنَّا... ﴾	٤٨	هود	٢٣١
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ﴾	٩	الجمعة	٢٣٧+٤١٤
﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾	٤٨	الفرقان	٢٤٦
﴿ وَلَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا ﴾	٢٦	الكهف	٢٥٧
﴿ أَوْ كَأَنَّ أَحَدًا مِنْكُمْ مِنَ الْغَايِبِ... ﴾	٤٣	النساء	٢٦٦
﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ... ﴾	٩٧	آل عمران	٢٧٥+٣٨٣
﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ... ﴾	١٨٥	البقرة	٢٨٤+٦٦٩
﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ^٤ ﴾	١٨	الزمر	٢٨٤
﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾	٥٥	الزمر	٢٨٤
﴿ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴾	٢٤	ص	٢٨٩
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ... ﴾	١٨٣	البقرة	٣٠٦
﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ... ﴾	٣٢	المائدة	٣٠٦
﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالْغَيْبِ... ﴾	٤٥	المائدة	٣٠٦+٣٠٧
﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ... ﴾	١٧٩	البقرة	٣١١
﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا ﴾	٣٧	الأحزاب	٣١١
﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ... ﴾	١٠٨	الأنعام	٣١٢
﴿ وَلَا يَضُرُّنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ... ﴾	٣١	النور	٣١٣
﴿ ... وَذَرُوا الْبَيْعَ... ﴾	٩	الجمعة	٣١٣
﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ... ﴾	٥٨	النساء	٣٣١
﴿ وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾	١٥٩	آل عمران	٣٣٥+٦٢٧
﴿ وَأَمَرَهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾	٣٨	الشورى	٣٣٥
﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	٢٩	النساء	٣٤٨
﴿ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنْفُسَكُمْ ^٤ ﴾	٣٦	التوبة	٣٥٤
﴿ إِنَّ الْأَبْرَارَ لَفِي نَعِيمٍ ﴾	١٣	الانفطار	٣٥٨

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّ ﴾	٣	المجادلة ٣٥٩ (الحاشية)	
﴿ وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا . . . ﴾	٢٠٤	الأعراف ٣٦٤	
﴿ فَأَقْرَأُوا مَا تَنَزَّلَ مِنَ الْقُرْآنِ ﴾	٢٠	المزمل ٣٦٤	
﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾	٢٨٢	البقرة ٣٦٦	
﴿ لَا يُؤْخَذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْنَةِ . . . بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾	٨٩	المائدة ٣٦٦	
﴿ لَا يُؤْخَذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْنَةِ . . . بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾	٢٢٥	البقرة ٣٦٦	
﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾	٢٩	البقرة ٣٦٧	
﴿ وَأَوَّلَتْ أَلْحَمَالُ أَجْلَهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾	٤	الطلاق ٣٦٧	
﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ . . . وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ﴾	٢٣٤	البقرة ٣٦٧	
﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	١	المائدة ٣٨٢+٣٨١	
﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ ﴾	١٨٨	البقرة ٣٨٢	
﴿ . . . وَعَلِمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ . . . ﴾	١١٣	النساء ٤١٢	
﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾	٢٨٦	البقرة ٦٧٢+٤١٢	
﴿ ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ . . . ﴾	١٩٩	البقرة ٤١٣	
﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾	٢٩	النساء ٦٦٦+٤١٤	
﴿ . . . إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ . . . فَكُتِبَتْهُ . . . ﴾	٢٨٢	البقرة ٤١٤	
﴿ فَإِنِ آمِنَ بَعْضُكُم بِبَعْضٍ فليُؤَدِّ الَّذِي . . . ﴾	٢٨٣	البقرة ٤١٤	
﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾	٥٦	الذاريات ٤٢٧	
﴿ فَأَمَّا نِ طِفْيَ ۖ ﴿٧﴾ وَءَاثَرُ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا . . . ﴾	٤١-٣٧	النازعات ٤٢٨	
﴿ وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ . . . ﴾	٧١	المؤمنون ٤٢٨	
﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾	٢٨	سبأ ٤٣٢	
﴿ قُلْ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ﴾	١٥٨	الأعراف ٤٣٢	
﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ أَتَقُورِبَكُمُ . . . ﴾	١	النساء ٤٣٢	
﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾	١٥	الإسراء ٤٣٨	
﴿ إِنِّي آتَاكَ وَقَوْمَكَ فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴾	٧٤	الأنعام ٤٣٨	

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿وَلَا تَوْنُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾	٥	النساء	٤٥٠
﴿... إِلَّا مَنْ أَكْثَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ...﴾	١٠٦	النحل	٤٥٣
﴿لَا يَرْفُؤُونَ فِي مَوْنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً...﴾	١٠	التوبة	٤٧٧
﴿هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ...﴾	١٣٨	آل عمران	٥٠٩
﴿ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾	١٩	القيامة	٥٠٩
﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ سَطَرَ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ...﴾	١٥٠	البقرة	٥١٥
﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾	٦	الكافرون	٥١٥
﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْنِسَاءُ مِنْ بَعْدُ﴾	٥٢	الأحزاب	٥١٤
﴿وَلَا طَلَبُ يُطِيرُ بِجَنَاحِهِ...﴾	٣٨	الأنعام	٥١٣
﴿تُرْجَى مِنْ تَشَاءَ مِنْهُنَّ وَتَقْوَى إِلَيْكَ مِنْ تَشَاءَ﴾	٥١	الأحزاب ٥١٥ (الحاشية ١)	
﴿فَاجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾	٤	النور	٥٢٣
﴿وَحَلَّلَيْلُ آبَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾	٢٣	النساء	٥٢٤
﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾	٦	الطلاق	٥٢٤
﴿... أَوْ دَمَا مَسْفُوحًا...﴾	١٤٥	الأنعام	٥٣٠
﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْسِدَكُمْ الدِّينَ كَفَرُوا...﴾	١٠١	النساء	٥٣١
﴿وَرَبَّيْبِكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ...﴾	٢٣	النساء	٥٣١
﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾	١١	النساء	٥٣٣
﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾	١٤٥	الأنعام	٥٣٤
﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ...﴾	٧٩+٧٨	الأنبياء	٥٧٦
﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ...﴾	٦٨	الأنفال	٥٧٨
﴿وَمَا تُرِيهِمْ مِنْ آيَةٍ إِلَّا هِيَ أَكْبَرُ مِنْ أُخْتِهَا...﴾	٤٨	الزخرف	٥٩٣
﴿فَتَسْلُوْا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾	٤٣	النحل ٦٠٦ (الحاشية ٢)	
			٦١٦+
﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ... لِأُولِي الْأَلْبَابِ﴾	١٩٠	آل عمران	٦١٥

الآية القرآنية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾	٧٨	الحج	٦٦٠+٦٥١+٦١٦
﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذْنَتْ لَهُمْ...﴾	٤٣	التوبة	٦٢٨
﴿مَا كَانِ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ شَرَى...﴾	٦٧	الأنفال	٦٢٨
﴿لَا يَسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾	٢٣	الأنبياء	٦٣٣+٦٣٤
﴿... وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمْ...﴾	١٥٧	الأعراف	٦٣٩
﴿لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ...﴾	١٢٨	التوبة	٦٥٦
﴿... لَمْ تَكُونُوا بِهِ نَبِيًّا إِلَّا بَشَى الْآنَفُسِ...﴾	٧	النحل	٦٥٩
﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا...﴾	٢٢٩	البقرة	٦٦٥
﴿فَأَنْفُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...﴾	١٦	التغابن	٦٧٢
﴿... وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي...﴾	١٥٧	الأعراف	٦٧٢
﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾	٢٨	النساء	٦٧٢
﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...﴾	٦	المائدة	٦٧٢
﴿لَا تَضَارَّ وَلِدَةً وَلَا يُولَدُ لَهَا وَلَا يُولَدُ لَهَا وَلَا يُولَدُ لَهَا﴾	٢٣٣	البقرة	٧١٢+٧١٥
﴿وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِضَعْفِهِنَّ...﴾	٦	الطلاق	٧١٥
﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	١٧٣	البقرة	٧١٥
﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾	٩٥	النساء	٧١٥
﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِئَعْدُوهُنَّ﴾	٢٣١	البقرة	٧١٥
﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾	١٢	النساء	٧١٥
﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا...﴾	١٤٣	البقرة	٧٣٠
﴿قَالَ أَوْسَطُهُمْ...﴾	٢٨	القلم	٧٣٠
﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾	١١٩	الأنعام	٧٤٠+٧٤١
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾	١٨٥	البقرة	٦٦٩

* * *

فهرس الأحاديث الشريفة

الفقرة	الصفحة	الحديث الشريف
372+147+121+11	+١٧٢+٥٤	«كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟...»
	٥٥٨+٢٠٨	
20	٦٥ الحاشية	« في كل أربعين شاة شاة »
20	٦٦	« ارجع فصل فإنك لم تصل »
20	٦٧	« ألا لا يطوفن بالبيت محدث ولا عريان »
26+20	٩٤-٦٩	« طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان »
20	٧١	« لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق... »
20	٧٢	« لعن الله المحلل والمحلل له »
20	٧٤	« لا غرم على السارق بعدما قطعت يده »
20	٧٧	« المختلعة يلحقها صريح الطلاق... »
20	٧٩	« لا مهر أقل من عشرة دراهم »
23	٨٣	« إني لست كأحدكم أبيت عند ربي... »
23	٨٤	« ما لكم خلعتم نعالكم؟ فقالوا: ... »
347+23	٥٠٩+٨٤	« صلوا كما رأيتموني أصلي »
25	٨٩	« سأل الأقرع بن حابس الرسول ﷺ... »
26	٩٥	« إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن... »
29	٩٨	« من فاته صوم يوم من رمضان لم... »
30	١٠١	« هي لك صدقة ولنا هدية »
186+185+180+40	٢٦٠+٢٥٦+١١٥	« لا نكاح إلا بشهود »
	٢٦١+	
186+40	٢٦١+١١٥	« لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »

الفقرة	الصفحة	الحديث الشريف
50	١٢٣	« الجهاد ماضٍ منذ بعثني الله تعالى . . »
114+56	١٦٢+١٢٨	« لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا . . »
123+107+60	١٧٥+١٥٦+١٣٠	« إنما الأعمال بالنيات »
88	١٤٦	« إن سالماً شديد الحب لله عز وجل . . »
457+115+107	٦٦٩+١٦٣+١٥٥	« رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما . . »
108	١٥٦	« تقعد إحداهن في قعر بيتها . . »
108	١٥٦	« أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة »
120	١٧١	« أن صحابيين خرجا في سفر . . فقال
		للذي لم يعد: أصبت السنة . . »
123	١٧٥	« من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده . . »
123	١٧٥	« بني الإسلام على خمس »
124	١٧٧	« . . أن نفساً لن تموت حتى تستكمل . »
125	١٧٨	« أبرؤا أنتم أعلم بأمور دنياكم »
151+125	٢١٥+١٧٨	« من شهد له خزيمة فهو حسبه »
127	١٨٠	« من أكل لحم جزور فليتوضأ »
127	١٨٠	« لا وضوء لمن لم يسلم »
128	١٨١	« من اشترى شاة فوجد لها محفأة . . »
128	١٨٢	« من أعتق شقصاً من مملوك ضمن قيمته »
128	١٨٣	« بررع بنت وأشق . . فقضى لها النبي . . »
128	١٨٤	« خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم . . »
250+129	٣٦٦+١٨٥	« البينة على المدعي واليمين على من أنكر »
129	١٨٦	« الطلاق بالرجال والعدة بالنساء »
129	١٨٦	« ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلا . . »
130	١٨٧	« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها . . »
130	١٨٧	« أن النبي ﷺ كان يرفع يديه عند الركوع »

الفقرة	الصفحة	الحديث الشريف
130	١٨٨	« البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »
134	١٩٥	« لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل »
135	١٩٦	« لا تجتمع أمتي على خطأ » « إن أمتي . . »
302+210+135	٤٢٦+٢٨٤+١٩٧	« وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله . . »
147+140	٢١٠+١٩٩	« لا تتبعوا الطعام قبل القبض »
145	٢٠٥	« الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل والفضل ربا »
161+154+147	٢٢٠+٢٠٩	« أرايت لو كان على أبيك دين . . »
421+	٦٢٧+٢٣٣	
147	٢٠٩	« رضيهِ رسول الله ﷺ لديننا أفلا نرضاه لديننا »
148	٢١١	« لم يزل أمر بني إسرائيل مستقيماً . . »
210+151	٢٨٥+٢١٥	« تيمَّ على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك »
152	٢١٨ الحاشية (١)	« الطعام بالطعام مثلاً بمثل »
180+152	٢١٨ الحاشية (١)	« في كل خمسٍ شاة »
	٢٥٦+	
154	٢١٩	« توضَّئي وصلِّي وإن قطر الدم على الحصير . . »
194+156+154	٢٦٦+٢٢٤+٢٢٠	« إنها من الطَّوافين عليكم »
210+154	٢٨٤+٢٢١	« ورخص في السَّلم »
156	٢٢٤	« سها النبي فسجد »
156	٢٢٥	« أرايت لو تمضمضت بماء . . »
163+156	٢٣٦+٢٢٥	« للفارس سهمان ، وللراجل سهم »
163+156	٢٣٦+٢٢٥	« القاتل لا يرث »
156	٢٢٥	« فإن اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »
160	٢٣٠	« نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الضحايا . . »
229+160	٣١١+٢٣٠	« فإنما الاستئذان من النظر »
160	٢٣١	« أجعل لك صلاتي كلها . . »

الفقرة	الصفحة	الحديث الشريف
160	٢٣٢	« لا تخمروا رأسه فإنه يبعث مليباً »
161	٢٣٢	« أينقص الرطب إذا جف ؟ »
162	٢٣٣	« لا يقضي القاضي . . . وهو غضبان »
162	٢٣٤	« حُرِّمت الخمرة لعينها »
163	٢٣٥	« لا تغسلوهم فإن كل دم . . . »
163	٢٣٥	« من أحيا أرضاً ميتة فهي له »
163	٢٣٥	« . . . أعتق رقبة »
172	٢٤٦	« الماء طهور »
180	٢٥٦	« نهى عن البيتراء »
180	٢٥٦	« الوتر حق واجب »
186+180	٢٦١+٢٥٦	« إن الله عز وجل قد زادكم صلاة . . . »
185	٢٦٠	« أعلنوا النكاح . . . »
186	٢٦١	« صلاة الليل مثنى مثنى . . . »
187	٢٦٢	« خمس صلوات في اليوم والليلة »
213+210	٢٨٦+٢٨٤	« من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم »
210	٢٨٥	« أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه »
215	٢٩١	« إذا اختلف المتبايعان والسلعة . . . »
227	٣٠٨	« لا يمكث الحمل في بطن أمه . . . »
229	٣١١	« إذا منع الله الثمرة فبم تستحل . . . »
231	٣١٣	« لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل . . . »
232	٣١٤	« . . . بئسما شريت وبئسما شري . . . »
314+244	٣٥٥ (الحاشية ١) + ٤٤٣	« رفع القلم عن ثلاثة عن النائم »
249	٣٦٤	« من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة »
249	٣٦٤	« أنه صلى صلاة الكسوف ركعتين بركوعين وسجدتين »

الصفحة	الحديث الشريف	الفقرة
٣٦٤	«وأنه صلاها بأربع ركعات وأربع سجعات»	249
٣٦٥	« أيتوضأ بما أفضلت الحُمُرُ الأهلية ؟ قال نعم »	249
٣٦٥	« نهى عليه الصلاة والسلام عن أكل لحمها . . . »	249
٤٣٠+٣٦٧	« ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال »	306+250
٣٦٨	« روي أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم »	251
٣٦٨	« أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال »	251
٣٦٩	« أنَّ بريرة عتقت وزوجها عبد فخيرها عليه السلام . . . »	251
٣٦٩	« أنَّ بريرة عتقت وزوجها حر فخيرها عليه السلام . . . »	251
٣٨٧	« لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »	265
٣٩٠	« هذان حرام على رجال أمتي حلال لنسائهم »	268
٤١٧	« لا تغضب »	294
٤١٨	« إن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى »	295
٦٩٨+٤١٨	« ليس من البر الصيام في السفر »	485+295
٤٢٥	« لا تنام الليل . . . فوالله لا يملُ الله حتى تملُّوا »	302
٧٣٨+٤٢٥	« ما نهيتكم عنه فاجتنبوه . . . وما أمرتكم به . . . »	532+302
٤٢٦	«عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي»	302
٤٣٠	« ما أحلَّ الله فهو حلال ، وما حرَّم فهو حرام . . . »	306
٤٣٢	«وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعث إلى الناس عامة»	307
٤٤٨	« كنّا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ . . . »	315
٤٤٨	« أيُّما أمةٍ ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبرٍ منه »	315
٤٥٠	« يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها »	315
٤٥٠ الحاشية	« ثلاث جدهن جد وهزلهن جد . . . »	315
٤٥١	« أنه ﷺ لما خرج إلى السفر رخص للمسافرين »	315
٤٧٧	« المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم »	326
٤٨٨	« ذمة الميِّت مرتبهةٌ بدنيته حتى يقضى عنه »	336

الصفحة	الفقرة	الحديث الشريف
٤٨٩ (الحاشية ١)	336	« أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . . . فَيَسْأَلُ هَلْ تَرَكَ لِدِينِهِ فَضْلًا . . . »
٥٠٩	347	« خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ »
٥١٤	352	« كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ زِيَارَةِ الْقُبُورِ إِلَّا فَرَّوْهُمَا »
٥١٤	352	« لَمْ يَمُتْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى أَحَلَّ اللَّهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْ . . . »
٥٢٣	356	« إِنَّمَا الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ »
٥٣٢+٥٢٤	363+356	« مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ »
٥٣٢+٥٢٤	363+356	« فِي السَّائِمَةِ زَكَاةٌ »
٥٣٣	365	« أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدَ الثَّلَاثِينَ وَزَوْجَهُ الثَّمَنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ »
٥٣٤	365	« أَحَلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ وَدَمَانِ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ وَالْكَبِدَ وَالطَّحَالَ »
١٧١+٥٤٣ (الحاشية ١)		« لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ »
٧١٦+٧١٥+٧١٣+٧١٢	501+498+369	
٥٧٧+٥٥٨	383+372	« إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتِهِدْ فَأَصَابَ . . . »
٥٧٧	383	« وَإِنْ طَلَبَ مِنْكَ أَهْلُ حَصْنِ النَّزُولِ عَلَى حَكْمِ اللَّهِ . . . »
٥٩٥	394	« أَمَرْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَنْزِلَ النَّاسَ مَنَازِلَهُمْ »
٦١٥	409	« وَيَلْ لِمَنْ قَرَأَهَا وَلَمْ يَتَفَكَّرْ بِهَا »
٦٢٨	421	« أَلَا وَإِنِّي أُوتِيتُ الْقُرْآنَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ »
٦٢٨	421	« أَفْضَلُ الْعِبَادَةِ أَحْمَرُهَا »
٦٥٥	440	« أَفْتَانُ أَنْتِ يَا مَعَاذَ . . . مِنْ أُمَّ فَلْيُخَفَّفْ »
٦٥٥	440	« إِنِّي لَأَسْمَعُ بَكَاءَ الصَّبِيِّ فَاتَجَوَّزُ فِي صَلَاتِي »
٦٦٩	457	« أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ »
٦٦٩	457	« يَسِّرُوا وَلَا تَعَسِّرُوا وَبَشِّرُوا وَلَا تَنْفَرُوا »
٦٦٩	457	« إِنْ هَذَا الدِّينُ يَسِرُ وَلَنْ يَشَادَّ أَحَدٌ هَذَا الدِّينَ إِلَّا غَلَبَهُ »
٦٧٢	459	« مَا خَيْرٌ بَيْنَ شَيْئَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا »
٦٧٣	460	« إِنْ هَذَا الدِّينَ مَتَيْنٌ فَأَوْغَلُوا فِيهِ بَرْقًا . . . »
٦٩٩	485	« تَدَاوَوْا فَإِنَّ الَّذِي أَنْزَلَ الدَّاءَ أَنْزَلَ الدَّوَاءَ »

الفقرة	الصفحة	الحديث الشريف
501	٧١٦	« من ضار ضاراً الله به »
501	٧١٦	« ملعون من ضاراً مؤمناً »
501	٧١٦	« اذهب فاقلع نخلة »
501	٧١٧	« اسقي ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر »
501	٧١٧	« أن الماء إلى الكعيبين لا يحبس الأعلى على الأسفل »
541	٧٤٤	« من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، . . . »

* * *

فهرس موضوعات الكتاب

الموضوع	الصفحة	الفقرة
راسم خط سماحة الوالد الجليل		
العلامة المغفور له إن شاء الله		
الشيخ محمد صالح الفرفور رحمه الله	٤	
تقديم صاحب السماحة شيخنا الوالد		
طيب الله ثراه	٥	
مقدمة الطبعة الثانية	٧	
مقدمة الطبعة الأولى	١١	
مخطط البحث	١٩	
مدخل إلى علم أصول الفقه	٣٣	
مقدمة في تعريف أصول الفقه وموضوعه	٣٥	
تعريف الفقه	٣٥	1
تعريف علم أصول الفقه	٣٥	2
موضوع أصول الفقه	٣٥	3
الغاية من أصول الفقه	٣٦	4
نشأة هذا العلم وتطوره	٣٧	5
طرق تدوينه	٣٧	6
طريقة علماء الكلام	٣٧	
طريقة علماء الحنفية	٣٨	
الطريقة الجامعة	٣٨	
ثبت بأهم الكتب الأصولية	٣٩	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
أبرز الكتب المؤلفة على طريقة المتكلمين	٣٩	7
أبرز الكتب المؤلفة على طريقة الحنفية	٤١	8
أبرز الكتب المؤلفة	٤٢	9
أفضل كتب المعاصرين	٤٤	
القسم الأول الأدلة	٤٥	
الباب الأول الأدلة الشرعية الكلية المتفق عليها	٤٧	
الفصل الأول الأصول الأربعة الكبرى	٤٩	
الأصل الأول الكتاب (القرآن الكريم)	٥١	
مقدمة بين يدي مباحث القرآن المجيد	٥٣	
تمهيد	٥٣	10
تعريف الدليل	٥٣	
الأدلة الشرعية بالإجمال	٥٣	11
مطلب في الأدلة الشرعية المتفق عليها	٥٣	
مطلب في الأدلة المختلف بها	٥٥	
المبحث الأول التعريف بالكتاب	٥٦	
تعريفه	٥٦	12
خواصه	٥٧	13
حجيته	٥٨	14
معنى الإعجاز وأركانه	٥٨	
وجوه الإعجاز	٦٠	
أنواع أحكامه	٦١	15
دلالة آياته	٦١	16
المبحث الثاني أقسام القرآن وقواعده	٦٣	
المطلب الأول وجوه النظم	٦٣	
تمهيد	٦٣	17

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفرع الأول الخاص	٦٤	
تعريف الخاص	٦٤	18
أنواع الخاص	٦٤	19
دلالتة	٦٤	20
أ - مذهب جمهور الحنفية	٦٥	
ب - مذهب الشافعية	٦٥	
ج - نتائج الخلاف تظهر في مسائل تسع أقسامه	٦٥	
البند الأول الأمر والنهي	٨٠	21
الأمر - تعريفه	٨٠	22
قواعد الأمر - القاعدة الأولى	٨٠	23
القاعدة الثانية موجب الأمر	٨٥	24
القاعدة الثالثة موجب اختصاص الأمر بالوجوب	٨٩	25-26
القاعدة الرابعة حكم الأمر	٩٦	27
الأداء	٩٦	28
القضاء	٩٧	29
أنواع الأداء	٩٩	30
القضاء نوعان	١٠٢	31 إلى 33
الحسن والقبح	١٠٦	34
أنواع الأمر	١٠٧	35
النهي	١٠٨	36
البند الثاني المطلق والمقيد	١٠٩	
أ - المطلق	١٠٩	37
ب - المقيد	١١١	38
حكم المطلق والمقيد	١١١	39

الموضوع	الصفحة	الفقرة
ج - اجتماع الإطلاق والتقييد	١١٢	41-40
الفرع الثاني العام	١١٦	
تعريفه	١١٦	42
حكمه	١١٦	43
العام المخصوص	١١٧	44
تخصيص العام	١١٧	45
صيغ العموم	١١٩	47-46
الفرع الثالث المشترك	١٢٠	
تعريفه	١٢٠	48
حكمه	١٢٠	49
الفرع الرابع المؤول	١٢١	
تعريفه	١٢١	50
حكمه	١٢١	51
المطلب الثاني وجوه البيان	١٢٢	
أ - أقسام واضح الدلالة	١٢٢	52
الظاهر	١٢٢	
النص	١٢٢	
المفسر	١٢٣	
المحكم	١٢٣	
ب - أقسام خفي الدلالة	١٢٤	53
الخفي	١٢٤	
المشكل	١٢٥	
المجمل	١٢٥	
المتشابه	١٢٦	
المطلب الثالث وجوه الاستعمال	١٢٧	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفرع الأول الحقيقة والمجاز	١٢٧	من 54 إلى 63
حروف المعاني	١٣٢	64
حروف العطف	١٣٢	من 65 إلى 71
مسائل الزيادات	١٣٨	71
حروف الجر	١٣٨	من 72 إلى 78
أسماء الظروف	١٤١	من 79 إلى 83
حروف الشرط	١٤٤	من 84 إلى 90
حروف الجواب	١٤٧	92-91
أدوات أخرى	١٤٧	من 93 إلى 103
الفرع الثاني الصريح والكناية	١٥٢	من 104 إلى 106
المطلب الرابع وجوه الوقوف على المعنى المراد	١٥٤	
شرحها	١٥٤	107
التعارض والترجيح بينها	١٥٦	108
المطلب الخامس خلاصة خاتمة لمباحث الكتاب	١٥٨	109
أ - التقسيم المختصر	١٥٨	110
ب - التقسيم الانحصاري	١٥٩	من 111 إلى 117
أبرز مقولات المستشرقين في أصول الفقه الإسلامي	١٦٥	
تمهيد	١٦٥	118
مصادر التشريع عند المستشرقين	١٦٥	
القرآن الكريم في نظر المستشرقين	١٦٦	119
الأصل الثاني السنة	١٦٩	
المبحث الأول تعريف السنة وحجيتها	١٧١	
تعريف السنة	١٧١	120
حجيتها	١٧٢	121
المبحث الثاني قواعد السنة	١٧٤	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
نسبته إلى القرآن الكريم	١٧٤	122
أقسامها باعتبار السند	١٧٥	123
أقسامها من جهة الورود والدلالة	١٧٦	
أنواع الوحي	١٧٧	124
ما ليس تشريعاً من أقوال الرسول وأفعاله	١٧٧	125-126
المبحث الثالث قبول الحديث ورده	١٧٩	
شرائط الراوي	١٧٩	127
راوي الحديث	١٨١	128
انقطاع الحديث	١٨٤	129
الطعن في الحديث	١٨٦	130
محل الخبر بالنظر لشهادة الآحاد ورواياتهم	١٨٩	131
أنواع الخبر	١٩٠	132
السنة في نظر المستشرقين	١٩١	133
الأصل الثالث الإجماع	١٩٣	
المبحث الأول تعريف الإجماع وحجتيه	١٩٥	
تعريف الإجماع	١٩٥	134
حجية الإجماع	١٩٥	135
المبحث الثاني قواعد الإجماع	١٩٨	من 136 إلى 142
الإجماع في نظر المستشرقين	٢٠٠	143
الأصل الرابع القياس	٢٠٣	
المبحث الأول تعريف القياس وحجتيه	٢٠٥	
تعريف القياس	٢٠٥	144
أمثلة القياس	٢٠٥	145
حجية القياس	٢٠٦	146
أدلة مثبتة القياس	٢٠٦	147

الموضوع	الصفحة	الفقرة
شبه نفاة القياس	٢١١	148
ردود مثبتة القياس	٢١٢	149
المبحث الثاني قواعد القياس	٢١٤	
المطلب الأول أركان القياس	٢١٤	150
المطلب الثاني شروط القياس	٢١٤	152-151
المطلب الثالث مباحث العلة	٢١٩	
تعريف العلة	٢١٩	153
أنواعها	٢١٩	154
مسلك العلة	٢٢١	155
طريق معرفة العلة	٢٢٤	156
أنواع العلل	٢٢٦	157
المطلب الرابع مسالك العلة عند الأصوليين	٢٢٨	
تمهيد - الطرق التي يعرف بها كون الشيء علة	٢٢٨	158
المسلك الأول الإجماع على تعيين العلة	٢٢٨	159
المسلك الثاني النص على العلة	٢٣٠	160
المسلك الثالث الإيماء والتنبيه	٢٣٢	من 161 إلى 164
المسلك الرابع الاستدلال على علية الحكم بفعل النبي	٢٣٨	165
المسلك الخامس المناسبة	٢٣٨	من 166 إلى 169
المسلك السادس السبر والتقسيم	٢٤٣	171-170
المسلك السابع الشبه	٢٤٦	172
المسلك الثامن الطرد والدوران	٢٤٧	173
المسلك التاسع تنقيح المناط	٢٤٨	175-174
المسلك التاشر تحقيق المناط	٢٤٩	176
تقسيم العلة	٢٥٠	177
شروط العلة	٢٥١	178

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المطلب الخامس حكم القياس	٢٥٥	من 179 إلى 181
المطلب السادس أقسام القياس	٢٥٨	182-183
المطلب السابع ما لا يجري فيه القياس	٢٦٠	من 184 إلى 188
المطلب الثامن دفع القياس	٢٦٢	من 189 إلى 204
القياس في نظر المستشرقين	٢٧٢	205
الفصل الثاني أسباب الأحكام	٢٧٣	
الأسباب الحقيقية التي يراد بها العلل		
الشرعية	٢٧٥	206
كيفية معرفة سبب الحكم وعلته	٢٧٦	207
الباب الثاني الأدلة التشريعية المختلف بها	٢٧٩	
الفصل الأول الاستدلالات الصحيحة	٢٨١	
المبحث الأول الاستحسان وصلته		
بالمصالح المرسلة	٢٨٣	
المطلب الأول تعريفه وحجته	٢٨٣	
تعريفه	٢٨٣	208
حجته	٢٨٣	من 209 إلى 212
المطلب الثاني قواعده وأنواعه	٢٨٦	213-214
الفرق بين الاستحسان القياسي وبقيه		
أنواع الاستحسان	٢٩٠	215
تخصيص العلة	٢٩٢	216
الاستحسان والمصالح المرسلة عند		
المستشرقين	٢٩٣	217-218
المبحث الثاني الاستصحاب ومباحثه	٢٩٩	
المطلب الأول تعريف الاستصحاب		
وحجته	٢٩٩	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
تعريفه	٢٩٩	219
حجيته	٢٩٩	220
المطلب الثاني مدى الاحتجاج به عند		
الأصوليين	٣٠٠	221
المبحث الثاني العُرف ومباحثه	٣٠٣	
المطلب الأول تعريف العرف	٣٠٣	222
المطلب الثاني أنواع العرف	٣٠٣	223
المطلب الثالث حكمه ومدى الاحتجاج به	٣٠٤	224
المبحث الرابع شرع من قبلنا	٣٠٦	
تمهيد	٣٠٦	225
حكمه	٣٠٧	226
المبحث الخامس مذهب الصحابي	٣٠٨	
تمهيد	٣٠٨	227
مذاهب الأئمة	٣٠٩	228
المبحث السادس سد الذرائع	٣١٠	
تمهيد	٣١٠	229
معنى سد الذرائع	٣١٢	230
أقسام الذريعة عند الأصوليين	٣١٢	من 231 إلى 235
المصادر المادية عند المستشرقين	٣١٨	
تمهيد	٣١٨	236
العرف في مفهوم المستشرقين	٣١٩	237
أعمال الخلفاء الراشدين في نظر		
المستشرقين	٣٢٦	238
آراء القضاة والفقهاء في نظر المستشرقين	٣٣١	239
المصادر الأجنبية وعهد بني أمية	٣٣٩	240

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفقه الإسلامي والقانون الروماني	٣٤٣	241
الفصل الثاني الاستدلالات الفاسدة	٣٥١	
الاستدلال	٣٥٣	242
المبحث الأول مفهوم المخالفة	٣٥٤	243
المبحث الثاني الاستدلال بالمقارنة	٣٥٥	244
المبحث الثالث تخصيص العام بسببه	٣٥٧	245
المبحث الرابع تخصيص العام بغرض		
المتكلم	٣٥٨	246
المبحث الخامس حمل المطلق على		
المقيد	٣٥٩	247
الباب الثالث التعارض والترجيح بين		
الأدلة	٣٦١	
المطلب الأول تعريف المعارضة وركنها		
وشرطها	٣٦٣	248
المطلب الثاني حكم المعارضة	٣٦٣	249
المطلب الثالث وجوه التخلص عن		
المعارضة	٣٦٥	250
المطلب الرابع وجوه الترجيح	٣٦٨	251
القسم الثاني الأحكام الشرعية	٣٧١	
الباب الأول الحاكم	٣٧٣	
الفصل الأول الحاكم وما يتعلق به	٣٧٥	
تمهيد	٣٧٧	من 252 إلى 254
الفصل الثاني الحكم وما يتعلق به	٣٧٩	
المبحث الأول التعريف بالحكم	٣٨١	255
المبحث الثاني أنواع الحكم	٣٨٢	من 256 إلى 258

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفرض	٣٨٣	من 259 إلى 264
الواجب	٣٨٧	265
المندوب	٣٨٨	266
المحرم	٣٨٩	267
المكروه تحريماً	٣٩٠	268
المكروه تنزيهاً	٣٩١	269
المباح	٣٩١	270
الحكم الوضعي	٣٩١	271
أنواعه - السبب	٣٩٢	272
العلة	٣٩٣	273
الشرط	٣٩٥	274
العلامة	٣٩٦	275
المانع	٣٩٧	276
المبحث الثالث الصحة والفساد والبطلان	٣٩٨	
تعريفها	٣٩٨	من 277 إلى 279
المبحث الرابع الأحكام المشروعة	٤٠١	
العزيمة	٤٠١	280
الرخصة	٤٠٢	من 281 إلى 283
الفصل الثالث المحكوم فيه وما يتعلق به	٤٠٥	
المبحث الأول التعريف بالمحكوم به		
وبيان أقسامه	٤٠٧	
المحكوم به	٤٠٧	من 284 إلى 289
المبحث الثاني نظرية التكليف عند		
الأصوليين والفقهاء	٤١١	
تمهيد	٤١١	290

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المطلب الأول التعريف بالتكليف	٤١٢	292-291
المطلب الثاني أقسام التكليف	٤١٣	293
المطلب الثالث شروط صحة التكليف	٤١٥	294
المشقة نوعان	٤١٧	295
المطلب الرابع أبرز المعايير الضابطة		
للتكليف في الفقه	٤١٨	296
المعيار الأول	٤١٩	من 297 إلى 301
المعيار الثاني	٤٢٤	303-302
المعيار الثالث	٤٢٦	305-304
المعيار الرابع	٤٢٩	306
المطلب الخامس نتائج البحث وثمراته	٤٣١	307
الفصل الرابع المحكوم عليه وما يتعلق به	٤٣٥	
المبحث الأول التعريف بالمحكوم عليه		
وبيان شروط تكليفه شرعاً	٤٣٧	
تعريفه	٤٣٧	308
شروط تكليفه شرعاً	٤٣٧	309
أهلية الوجوب	٤٣٩	310
أهلية الأداء	٤٣٩	311
حالات الإنسان بالنسبة لأهلية الوجوب	٤٣٩	312
حالات الإنسان بالنسبة لأهلية الأداء	٤٤٠	313
المبحث الثاني عوارض الأهلية	٤٤٢	
عوارض أهلية الأداء السماوية	٤٤٢	314
عوارض أهلية الأداء المكتسبة	٤٤٨	315
المبحث الثالث الأهلية اللازمة لصحة		
التكاليف الشرعية	٤٥٤	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
العقائد والعبادات	٤٥٤	316
المعاملات	٤٥٤	من 317 إلى 319
الباب الثاني الأصول العامة لنظرية الذمة		
في الفقه الإسلامي وأصوله	٤٦٩	
تمهيد	٤٧١	من 320 إلى 325
المبحث الأول التعريف بالذمة في الفقه الإسلامي	٤٧٧	
المطلب الأول تعريفات	٤٧٧	326
المطلب الثاني الخلاف في تعريف الذمة		
في الفقه الإسلامي	٤٧٩	327
حاجة فقهاء الشريعة إلى تقدير الذمة	٤٨٣	328
المبحث الثاني خصائص الذمة في الفقه الإسلامي	٤٨٥	
تمهيد	٤٨٥	329
الخاصة الأولى	٤٨٥	330
الخاصة الثانية والثالثة والرابعة	٤٨٦	من 331 إلى 333
المبحث الثالث انهدام الذمة	٤٨٨	
تمهيد	٤٨٨	334
الاتجاه الأول والثاني	٤٨٨	336-335
الاتجاه الثالث وهو مذهب الحنفية	٤٨٩	337
المبحث الرابع الفروق بين قاعدة الذمة وبين قواعد مشابهة لها	٤٩١	
الفرق الأول الفرق بين قاعدة الذمة وبين قاعدة أهلية المعاملة	٤٩١	338

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفرق الثاني الفرق بين قاعدة ما يثبت في		
الذمم وبين قاعدة ما لا يثبت فيها	٤٩٣	340-339
المبحث الخامس أبرز ثمرات نظرية الذمة		
في الفقه الإسلامي	٤٩٧	341
المبحث السادس نظرية الذمة بين الفقه		
الإسلامي والفقه الغربي	٤٩٨	
المطلب الأول خلاصة عن نظرية الذمة		
في نظر الفقه الغربي	٤٩٨	342
المطلب الثاني موازنة بين النظر الفقهي		
الإسلامي والنظر الفقهي الغربي	٤٩٩	من 343 إلى 345
خاتمة البحث	٥٠٢	346
القسم الثالث القواعد الأصولية العامة	٥٠٣	
الباب الأول البيان وأقسامه	٥٠٥	
الفصل الأول تعريف البيان	٥٠٧	
تعريف البيان	٥٠٩	347
الفصل الثاني أقسام البيان	٥١١	
بيان التقرير	٥١٣	348
بيان التفسير	٥١٣	349
بيان التغيير	٥١٣	350
بيان تبديل ونسخ	٥١٤	351
قواعد النسخ	٥١٤	352
أنواع المنسوخ	٥١٥	353
أقسام النسخ	٥١٦	354
بيان الضرورة	٥١٦	355
الباب الثاني المفهوم وأقسامه	٥١٧	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
تمهيد	٥١٩	
الفصل الأول أنواع مفهوم المخالفة	٥٢١	
مفهوم المخالفة ثمانية أنواع	٥٢٣	357-356
الفصل الثاني مدى الاحتجاج بمفهوم المخالفة لدى الأصوليين	٥٢٧	من 358 إلى 365
الباب الثالث التقعيد الفقهي في الفقه الإسلامي وأبرز القواعد الفقهية الكلية	٥٣٥	
تمهيد	٥٣٧	366
الفصل الأول معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية ولمحة تاريخية عنها	٥٣٩	
المبحث الأول التعريف بالقواعد الفقهية الكلية	٥٤١	367
المبحث الثاني مكانة القواعد الأصولية وموقعها من أصول الشريعة	٥٤٢	368
المبحث الثالث لمحة تاريخية عن القواعد الكلية	٥٤٣	369
الفصل الثاني مدونات القواعد وحاجة الفقه إليه	٥٤٧	
المبحث الأول أشهر مدونات فقه القواعد الكلية	٥٤٩	
المبحث الثاني حاجة الفقه المعاصر إلى التقعيد الفقهي	٥٥١	370
الباب الرابع الاجتهاد والاتباع والتقليد والفتيا	٥٥٣	
الفصل الأول الاجتهاد	٥٥٥	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث الأول التعريف بالاجتهاد	٥٥٧	
المطلب الأول تعريف الاجتهاد لغةً		
واصطلاحاً	٥٥٧	371
المطلب الثاني بيان مشروعية الاجتهاد	٥٥٨	372
المطلب الثالث أقسام الاجتهاد	٥٥٩	373
المبحث الثاني شروط الاجتهاد وحكمه	٥٦٠	
المطلب الأول شروط الاجتهاد	٥٦٠	374
المطلب الثاني حكم الاجتهاد وما يتعلق به	٥٦١	375
المبحث الثالث من قواعد الاجتهاد	٥٦٣	
المطلب الأول طريقة الاجتهاد	٥٦٣	376
المطلب الثاني تجزؤ الاجتهاد	٥٦٤	377
المطلب الثالث نقض الاجتهاد	٥٦٦	378
أحكام نقض الاجتهاد وقواعده	٥٦٧	379
المبحث الرابع مجال الاجتهاد	٥٧٠	
مجال الاجتهاد أمران اثنان	٥٧٠	380
المبحث الخامس الإصابة والخطأ في		
الاجتهاد في المسائل الفقهية الفرعية	٥٧٢	
المطلب الأول المسائل الفقهية المجتهدة		
فيها	٥٧٢	381
المطلب الثاني الآراء في هذه المسألة		
وأدلتها والترجيح	٥٧٤	382
الأدلة	٥٧٤	383
الترجيح	٥٧٩	384
الخلاف في النصوص	٥٧٩	من 385 إلى 387

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث السادس مراتب المجتهدين		
وطبقات الفقهاء	٥٨١	
تمهيد	٥٨١	388
مدخل لمحة تاريخية عن تدوين طبقات		
الفقهاء	٥٨١	389
المطلب الأول نظريات الطبقات عند		
الحنفية	٥٨٧	390
الفرع الأول نظرية ابن الكمال ومقلديه		
في طبقات الفقهاء	٥٨٨	391
الفرع الثاني مقلدو ابن الكمال في نظريته		
في طبقات الفقهاء وموافقه	٥٩٠	392
الفرع الثالث الردود العلمية على نظرية		
ابن الكمال في الطبقات	٥٩١	393
رد الشهاب المرجاني في كتابه (ناظورة		
الحق)	٥٩٢	394
رأي من قبل ابن الكمال من أئمة الفقه		
في الأصحاب الثلاثة	٥٩٥	395
رأي من بعد ابن الكمال من الفقهاء		
في الأصحاب الثلاثة	٥٩٦	396
ردود الكوثري وأبو زهرة على ابن الكمال		
في القسمة والتوزيع في نظرية طبقات		
الفقهاء	٥٩٦	
الفرع الرابع نظريات في طبقات الفقهاء	٥٩٨	397
نظرية الكوثري	٥٩٨	
نظرية أبو زهرة	٥٩٨	398
نظرية الدهلوي	٥٩٩	399

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المطلب الثاني مراتب المجتهدين عند		
الحنفية من الأصوليين	٦٦٠	400
المطلب الثالث مراتب المجتهدين عند		
الجمهور (المتكلمين)	٦٠١	401
المطلب الرابع نظريتنا في طبقات الفقهاء	٦٠٥	402
المجتهدون على نوعين	٦٠٦	403
المتبعون	٦٠٨	404
المقلدون	٦٠٩	405
الفصل الثاني التقليد	٦١١	
المبحث الأول تعريف بالتقليد	٦١٣	
التقليد لغة	٦١٣	406
التقليد اصطلاحاً	٦١٣	407
الفرق بين التقليد والاتباع عند الجمهور	٦١٣	408
المبحث الثاني أبرز قواعد التقليد	٦١٤	
المطلب الأول مجال التقليد وحكمه	٦١٤	409
المطلب الثاني أقسام التقليد	٦١٦	410
المبحث الثالث ما يتصل بالتقليد من قواعد		
الأصول	٦١٨	من 411 إلى 418
الفصل الثالث قواعد الفتيا	٦٢١	
المبحث الأول التعريف بالمفتي والمستفتي	٦٢٣	
المفتي عند الأصوليين	٦٢٣	419
المستفتي طالب الفتوى	٦٢٣	420
المبحث الثاني القواعد	٦٢٤	
الفصل الرابع اجتهاد النبي ﷺ وأصحابه	٦٢٥	
المبحث الأول اجتهاد النبي ﷺ	٦٢٧	421

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث الثاني اجتهاد الصحابة في عصره عليه السلام	٦٢٩	422
القسم الرابع فلسفة التشريع الإسلامي (المقاصد العامة للشريعة)	٦٣١	
تمهيد	٦٣٣	423
الباب الأول أنواع المصالح المقصودة من التشريع	٦٣٥	424
الأمر الضروري	٦٣٧	425
الأمر الحاجي	٦٣٨	426
الأمر التحسيني	٦٣٩	427
ما شرعه الإسلام لتحقيق المقاصد وحفظها	٦٤٠	428
ما شرعه الإسلام للأموال الحاجية للناس	٦٤١	429
ما شرعه الإسلام للأموال التحسينية للناس	٦٤١	431-430
الباب الثاني ترتيب الأحكام الشرعية بحسب المراد منها	٦٤٥	من 432 إلى 435
الباب الثالث المبادئ التشريعية المبنية على فلسفة التشريع	٦٤٩	
الفصل الأول المبدأ الأول نظرية رفع الحرج في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي	٦٥١	
تمهيد في أهمية النظرية ومكانتها في الشريعة ومجمل مباحثها	٦٥٣	من 436 إلى 443
مدخل إلى البحث	٦٥٩	
المطلب الأول التعريف بالحرج والمشقة	٦٥٩	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
التعريف بالخرج والمشقة لغةً	٦٥٩	444
التعريف الاصطلاحي	٦٥٩	445
وجوه افتراق الحاجة عن الضرورة وعن		
العرف الخاص	٦٦١	446
المطلب الثاني نظرية رفع الحرج في إطار		
وظيفة الشريعة ومقاصد الشريعة	٦٦١	من 447 إلى 449
المطلب الثالث الرخصة والعزيمة في الفقه		
الإسلامي وصلة نظرية رفع الحرج بهذا		
الأصل	٦٦٣	450
معنى العزيمة وأحكامها	٦٦٤	451
معنى الرخصة وأحكامها	٦٦٥	452
الرخصة عند الجمهور أربعة أقسام	٦٦٥	453
وجعل الحنفية الرخصة أربعة أنواع	٦٦٦	454
رخصة ترفيه ورخصة إسقاط	٦٦٧	456-455
المبحث الأول أصول نظرية رفع الحرج		
في الشريعة الإسلامية وأدلتها وتعليلها	٦٦٩	
الأصل النصي	٦٦٩	457
الأصل الفقهي	٦٧٠	458
أدلة نظرية رفع الحرج من الشريعة	٦٧١	459
تعليل التشريع لرفع الحرج	٦٧٢	من 460 إلى 262
المبحث الثاني أقسام الحرج والمشقة في		
الفقه الإسلامي	٦٧٥	464-463
المبحث الثالث أسباب التخفيف في الفقه	٦٧٧	
أسباب التخفيف في التكاليف سبعة		
بالاستقراء	٦٧٧	466-465

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث الرابع أنواع التخفيف في الشريعة	٦٨٢	
الاعتبار الأول ذات التخفيف	٦٨٢	467
الاعتبار الثاني باعتبار أصل التخفيف		
وما شرع لأجله	٦٨٣	468
المبحث الخامس معيار الحرج والمشقة		
في الفقه الإسلامي وتطبيقات على		
النظرية	٦٨٥	
العسر	٦٨٥	469
الحاجة	٦٨٥	470
ففي المعاملات	٦٨٦	471
وفي العبادات	٦٨٧	472
وفي العقوبات	٦٨٧	474-473
المبحث السادس شروط التخفيف للحرج		
في الفقه وشروط الحاجة	٦٨٩	
المطلب الأول شروط التخفيف للحرج	٦٨٩	475
المطلب الثاني شروط الحاجة	٦٩١	476
المبحث السابع ضوابط المشقة الموجبة		
للتخفيف	٦٩٢	477
ضابط المشقة الموجبة للتخفيف في		
العبادات	٦٩٢	478
ضابط المشقة الموجبة للتخفيف في		
المعاملات	٦٩٢	480-479
المبحث الثامن مدى بناء الأحكام التشريعية		
على نظرية دفع الحرج في الفقه	٦٩٤	472-481

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث التاسع الأصول العامة المبتنية على		
هذه النظرية في الفقه الإسلامي	٦٩٦	483
القواعد الكلية المبتنية على هذه النظرية فهي		
قواعد ثلاث	٦٩٦	484
الأصول المستوفاة من روح الشريعة	٦٩٧	485
خاتمة خلاصة لكل ما تقدم من مباحث		
نظرية رفع الحرج	٧٠١	487-486
الفصل الثاني المبدأ الثاني نظرية دفع الضرر		
في الفقه الإسلامي		
دراسة مقارنة بالفقه الغربي	٧٠٣	
مدخل إلى البحث	٧٠٥	488
المبحث الأول التعريف بنظرية دفع الضرر		
وأصولها العامة	٧٠٧	
المطلب الأول التعريف بنظرية دفع الضرر	٧٠٧	
الفرع الأول صلة النظرية بمقاصد الشريعة	٧٠٧	
فأما الضرورية	٧٠٧	489
وأما الحاجيات	٧٠٧	490
وأما التحسينيات	٧٠٨	من 491 إلى 495
الفرع الثاني مكانة النظرية في بنية الفقه		
الإسلامي	٧١٠	496
الفرع الثالث التعريف اللغوي والشرعي		
للضرر	٧١١	من 497 إلى 499
المطلب الثاني الأصول العامة لنظرية		
دفع الضرر	٧١٥	
الفرع الأول الأصل النصي للنظرية	٧١٥	
	٨٢٥	

الموضوع	الصفحة	الفقرة
فمن الكتاب العزيز	٧١٥	500
ومن السنة	٧١٥	501
ومن أقوال السلف رضي الله عنهم	٧١٧	502
الفرع الثاني الأصل الاجتهادي للنظرية	٧١٨	من 503 إلى 505
الفرع الثالث ضابط الضرر المعتبر شرعاً	٧٢٠	507-506
المبحث الثاني أثر نظرية دفع الضرر في		
القواعد الكلية للفقهاء الإسلاميين	٧٢٢	
مدخل إلى البحث	٧٢٢	من 508 إلى 510
تمهيد	٧٢٣	511
المطلب الأول القواعد المتفق عليها في		
مذهب الأمصار	٧٢٤	512
القاعدة الأولى (الضرر يزال) (م/٢٠)	٧٢٤	513
القاعدة الثانية (الضرر لا يزال بالضرر)		
(م/٢٥)	٧٢٥	من 514 إلى 516
القاعدة الثالثة (الضرر لا يكون قديماً)		
(م/٧)	٧٢٩	من 517 إلى 519
القاعدة الرابعة (الضرر يدفع بقدر		
الإمكان) (م/٣١)	٧٣٠	من 520 إلى 522
القاعدة الخامسة (يتحمل الضرر الخاص		
لدفع ضرر عام) (م/٢٦)	٧٣٢	525-524
القاعدة السادسة (الضرر الأشد يزال		
بالأخف) (م/٢٧)	٧٣٤	من 525 إلى 527
قواعد كلية بمعنى هذه القاعدة	٧٣٦	528
الفرعية الأولى (إذا تعارضت مفسدتان		
روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما)	٧٣٦	529

الموضوع	الصفحة	الفقرة
الفرعية الثانية (يرتكب أخف الضررين		
اتقاء لأشدهما)	٧٣٧	530
الفرعية الثالثة (يختار أهون الشرين)	٧٣٧	531
الفرعية الرابعة (درء المفسد أولى من		
جلب المنافع)	٧٣٨	533-532
الفرعية الخامسة (إذا تعارض المناع		
والمقتضي يقدم المناع)	٧٣٩	535-534
القاعدة السابعة (الضرورات تبيح		
المحظورات) (م/ ٢١)	٧٤٠	من 536 إلى 539
القواعد المكملة لهذه القاعدة والمتفرعة		
عنها	٧٤٣	540
القاعدة الأولى الفرعية (الضرورات تقدر		
بقدرها)	٧٤٣	541
القاعدة الثانية الفرعية (ما جاز لتعذر بطل		
بزواله)	٧٤٦	542
القاعدة الفرعية الثالثة (الاضطرار لا يبطل		
حق الغير)	٧٤٦	543
القاعدة الفرعية الرابعة (الحاجة تنزل		
منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة)	٧٤٧	من 544 إلى 546
المطلب الثاني القواعد المختلف بها في		
مذاهب الأمصار في ميدان دفع الضرر	٧٥٠	547
المبحث الثالث أثر نظرية دفع الضرر		
ومقارنتها بالفقه الغربي	٧٥١	
مدخل إلى البحث	٧٥١	548

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المطلب الأول أثر دفع الضرر في بنية		
الفقه الإسلامي	٧٥٢	
الفرع الأول أثر هذه النظرية الكبرى في		
صياغة نظريات فرعية عنها	٧٥٢	549
١- نظرية منع التعسف في استعمال الحق		
أو المضارة	٧٥٢	550
البند الأول معالم النظرية وصواها	٧٥٣	552-551
البند الثاني نبذة عن نظرية التعسف في		
استعمال الحق عند الأصوليين	٧٥٤	553
البند الثالث تطبيق نظرية التعسف في الفروع	٧٥٥	554
٢- نظرية الضرورة	٧٥٥	555
ضوابط الضرورة	٧٥٦	556
٣- نظرية الضمان	٧٥٧	557
الفرع الثاني أثر نظرية دفع الضرر في أبرز		
الفروع والنظائر الفقهية	٧٥٧	559-558
الفرع الثالث حكم الضرر في الفقه		
الإسلامي	٧٦٠	من 560 إلى 564
المطلب الثاني دراسة مقارنة بالفقه الغربي	٧٦٢	
الفرع الأول نبذة عن الضرر ودفعه في الفقه		
الغربي	٧٦٢	566-565
أنواع الضرر (الضرر المادي والضرر الأدبي)	٧٦٤	567
التعويض عن الضرر في الفقه الغربي	٧٦٤	568
الفرع الثاني موازنة بين الفقه الإسلامي		
والفقه الغربي في دفع الضرر	٧٦٦	570-569

الموضوع	الصفحة	الفقرة
المبحث الرابع خلاصة لكل ما تقدم		
في نظرية دفع الضرر	٧٦٨	571
خاتمة الكتاب	٧٦٩	
فهرس مصادر الكتاب ومراجعته حسب		
العلوم	٧٧٣	
فهرس الآيات الكريمة	٧٨٧	
فهرس الأحاديث الشريفة	٧٩٧	
فهرس موضوعات الكتاب	٨٠٤	

مؤيد الطيف صانع الفرور

تأليف
الاستاذ الدكتور

في أصول استنباط الأحكام

٢

دار البعثات