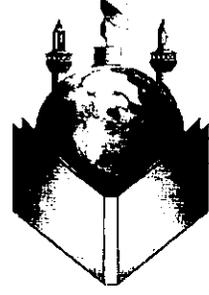




الجامعة الأمريكية المفتوحة
كلية الدراسات الإسلامية والعربية

القواعد الفقهية



حقوق الطبع محفوظة

لدار الأندلس الخضراء

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م

المملكة العربية السعودية - جدة

الإدارة: صرب: ٤٢٣٤٠٠ جدة ٢١٥٤١ هاتف: ٦٨١٠٥٧٧ - فاكس: ٦٨١٠٥٧٨

المكتبات: حي السلامة - خلف مسجد الشيعبي هاتف: فاكس: ٦٨٢٥٢٠٩

حي النثر - شارع باحشب - هاتف: ٦٨١٥٠٢٧ - فاكس: ٦٨١٠٥١٨

مكتب الرياض: هاتف: فاكس: ٢٤٣٤٩٢٠

الموقع: www.alandalos.com

البريد الإلكتروني: info@andalos.com

الجامعة الأمريكية المفتوحة

مؤسسة تعليمية
مستقلة غير ربحية

Web Location:
www.aou.edu.com

King Street
Alexandria, VA
U.S.A

مكتب الجامعة بالقاهرة
Email: info@aou.edu.com

هاتف: ٤١١٥٢٧٦
فاكس: ٤١١٥٢٦٠

مركز البحوث وإعداد
المناهج بالجامعة

٢٠ ش عبد العزيز عيسى المنطقة
التاسعة - مدينة نصر - القاهرة.

تليفاكس: ١٠٢٠٢٦٧٠٩٢٦٩

حقوق الطبع © ١٤٢٥هـ. لا يُسمح بإعادة نشر هذا
الكتاب أو أي جزء منه بشكل من الأشكال أو حفظه
ونسخته في أي نظام رقمي أو إلكتروني يُمكن من
استرجاع الكتاب أو أي جزء منه. ولا يُسمح باقتباس
أي جزء من الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون
الحصول على إذن من دار الأندلس الخضراء.

لجنة إعداد وتطوير المناهج بالجامعة

مكتب القاهرة - مكتب جدة



شارك في إعداد مادة هذا الكتاب:

د/ نجاح عثمان أبو العينين.

مدرس الفقه بقسم الدراسات الإسلامية بكلية
التربية جامعة المنصورة.

إشراف ومتابعة

د/ محمد يسري إبراهيم

رئيس مركز البحوث وإعداد المناهج بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

رسالة إلى الدارس

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا،
ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً،
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.
الإخوة والأخوات طلبة وطالبات الجامعة الأمريكية المفتوحة..

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.....وبعد

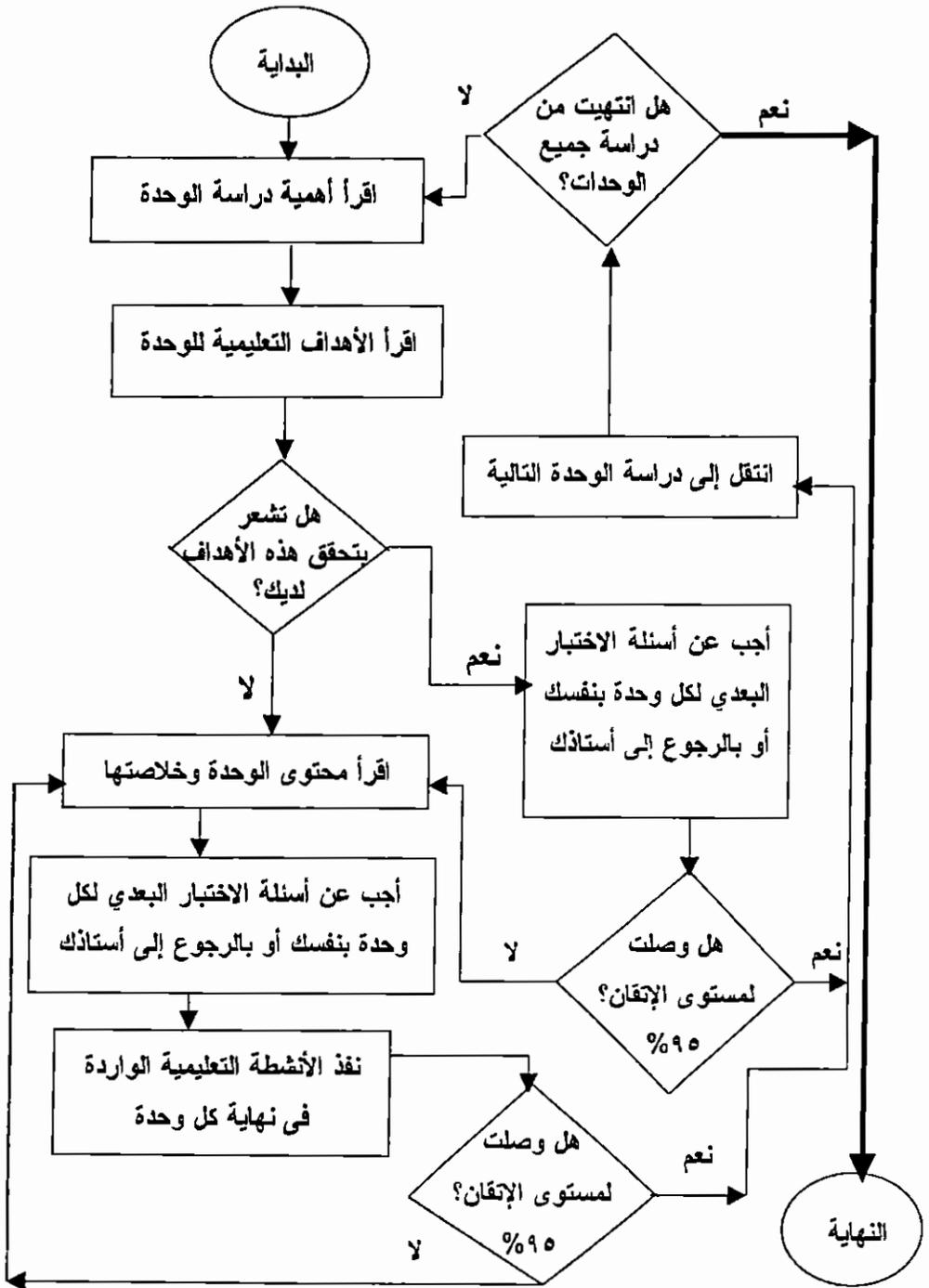
فمرحباً بكم على طريق التفقه في الدين، وأهلاً بكم أوفياء لدينكم في زمن الغربة
الثانية للإسلام، ونزف إليكم بشرى إمام الأنبياء والمرسلين ﷺ أن: "من يرد الله به
خيراً يفقهه في الدين"^(١)، وأن الملائكة تضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يفعل، وأن
من سلك طريقاً يتغي فيه علماً يسر الله له به طريقاً إلى الجنة.

عزيزي الدارس... عزيزي الدارسة، يطيب لنا أن نتقي بكم مجدداً في مرحلة
البكالوريوس مع مقرر **القواعد الفقهية**. وقد تم إعداد هذه المادة وتنظيمها في صورة
وحدات تضم فصولاً، تحتوي كل وحدة على عناصر أساسية هي: (مبررات دراسة
الوحدة - الأهداف التعليمية - الرسومات الخطية - الاختبار البعدي - الأنشطة
التعليمية).

وإننا لنوصي إخواننا وأخواتنا - طلبة الجامعة - بأن يسيروا في دراسة هذا المقرر وفقاً
لنظام تصميم الوحدات الذي أعد به هذا الكتاب وذلك حتى يتحقق أكبر قدر من
الاستيعاب والفائدة، والله - تعالى - هو الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

(١) رواه البخاري، كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، حديث رقم: ٦٤، ومسمى: كتاب

الركعة، باب: النهي عن المسألة، حديث رقم: ١٧٢١



القواعد الفقهية

القاعدة الفقهية : نشأتها
وحجيتها.

الوحدة
الأولى

القواعد الكلية الكبرى.

الوحدة
الثانية

القواعد الكلية الأقل شمولاً من
القواعد الكبرى.

الوحدة
الثالثة

دراسة نصية في القواعد المختلف فيها من كتاب
الأشباه والنظائر للسيوطي.

الوحدة
الرابعة



الوحدة الأولى

القاعدة الفقهية ونشأتها وحجبتها

ميررات دراسة الوحدة:

عزيزي الدارس: من المعلوم أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولأجل ذلك، فقد آثرت أن أبدأ مؤلفي هذا ببيان معنى القاعدة الفقهية، والفرق بين القاعدة الفقهية وغيرها من القواعد، وأسباب وضع القواعد الفقهية وأشهر من ألفتَ فيها، وفوائدها، وأختم الوحدة بمصادر القواعد الفقهية، ومدى حجية هذه القواعد والاعتماد عليها في استنباط الأحكام:

لندرك أن القواعد الفقهية لا تقل شأنًا عن القواعد الأصولية، فهي تخدم مقاصد الشريعة، وتُستنبط منها الأحكام، وتجمع بين الأصول المتشابهة، وتخدم النظريات العامة.

وقد ألفتَ في القواعد الفقهية جمع غفير من فقهاءنا الأجلاء في سني المذاهب الفقهية، واستمدت عظمتها من القرآن الكريم والسنة المطهرة وإجماع المسلمين.

فإليك الفصول الآتية:

الفصل الأول: المقصود بالقواعد الفقهية.

الفصل الثاني: أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية.

الفصل الثالث: فوائد القواعد الفقهية.

الفصل الرابع: مصادر القواعد الفقهية.

الفصل الخامس: حجية القواعد الفقهية.



الوحدة الأولى: القواعد الفقهية ونشأتها وجنيتها



الفصل الأول: المقصود بالقواعد الفقهية

- معنى القاعدة لغة واصطلاحًا.
- القاعدة الفقهية والأصولية والنحوية والقانونية والنظرية.
- الفرق بين القاعدة والضابط.

الفصل الثاني: أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية

- أشهر المؤلفين والمؤلفات في القواعد الفقهية.
- عرض مؤلف لكل مذهب من المذاهب الأربعة.
- أسباب وضع القواعد الفقهية.

الفصل الثالث: فوائد القواعد الفقهية

- قيمة القواعد الفقهية بالنسبة للفقهاء والمقلد.
- العلاقة بين القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة.

الفصل الرابع: مصادر القواعد الفقهية

- أهم مصادر القواعد الفقهية.
- العلاقة بين مصدر القاعدة الفقهية وأهميتها.

الفصل الخامس: حجية القواعد الفقهية

- القواعد المتفق على حجيتها وآراء العلماء فيها.
- القواعد المختلف على حجيتها بين العلماء.

الفصل الأول

المقصود بالقواعد الفقهية

الأهداف التعليمية للفصل الأول:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

١- تعرف معنى القاعدة في اللغة والاصطلاح.

٢- تميز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية والنحوية والقانونية والنظرية.

٣- تفرّق بين القاعدة والضابط.

٤- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من هذا الفصل.

الفصل الأول

المقصود بالقواعد الفقهية

١- التعريف بالقاعدة الفقهية :

جرت عادة العلماء أن يعرفوا القاعدة أو الأصل أو الضابط تعريفاً لغوياً، ثم يعرفوا هذه الأمور تعريفاً اصطلاحياً؛ لكي يكون الباحث على بصيرة من أمره قبل الخوض في دراسة هذا العلم الذي يرغب فيه.

وجدير بنا أن نبدأ بتعريف القاعدة في اللغة، ثم ننتهي بتعريف القاعدة في اصطلاح الفقهاء بوجه خاص.

أ- القاعدة في اللغة: الأساس، فقاعدة البيت أساسه، وجمعها قواعد، أي: أسس الشيء وأصوله، وقد تطلق على الشيء الحسبي كقواعد البيت^(١). قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧]، وقد تطلق القاعدة على الشيء المعنوي، كقواعد الدين وقواعد النحو وقواعد الفقه وقواعد الأصول^(٢).

ب- القاعدة في الاصطلاح الفقهي: عرف الفقهاء القاعدة اصطلاحاً بقولهم: حكم شرعي في قضية أغلبية يُتعارف منها أحكام ما دخل تحتها^(٣). أو هي: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منها^(٤).

(١) معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم (ص ٤٢٤) للراغب الأصفهاني، تحقيق ندم مرعي دار الفكر، بيروت بدون تاريخ.

(٢) معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم (ص ٤٢٤).

(٣) القواعد الفقهية للشيخ علي الندوي (ص ٤٣)، دار القلم دمشق، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، تحقيق الخطابي (ص ١١). طبعة بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث، الرباط، ١٩٨٠.

فالقواعد الفقهية قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات يؤخذ حكمها من تلك القواعد، وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالباً.

ومعنى غالباً: أن القواعد الفقهية أغلبية؛ إذ أن كثيراً من هذه القواعد تخرج عنها بعض المسائل تعتبر مستثناة منها، وهذه الاستثناءات تخرج عن القاعدة؛ لأنها أليقُ بالدخول تحت قاعدة أخرى، ومثلها كمثّل القياس في أصول الفقه، فإنه قد يعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية تجعل الحكم الاستحساني أقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ورفع الحرج، أو جلب المصالح ودرء المفاسد^(١).

وهذه الاستثناءات التي خرجت عن قواعدهما، لا تقدر في تلك القواعد، ولا تنقص من قيمتها العلمية في ضبط الفروع الفقهية، فهي تجمع شتاتها، وإن اختلفت أبوابها وموضوعاتها.

ولولا القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متناثرة، وقد تعارض ظواهرها إذا بقيت بدون أصول تمسك بها وتجمع بين جزئياتها غالباً. وإلى هذا يشير القرافي بقونه: "ومن جعل يُخرَج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية تناقصت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت"^(٢).

فالأمر الكلي إذا ثبت، فتختلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً، وأيضاً: فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار القطعي.

(١) المدخل الفقهي العام للشيخ أحمد الزرقاء (٢/٢، ٩).

(٢) الفروق للقرافي (٣/١) دار إحياء الكتب العربية، مصر، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ.

٢- الفرق بين القاعدة الفقهية والأصولية والنحوية:

بالنظر إلى القواعد الأصولية والنحوية، ندرك تمامًا أنها قواعد كلية، بمعنى أنه لا تخرج جزئية عن حكم قاعدتها. فكل أمر لم يقترن بما يصره عن الوجوب دل على الوجوب قطعاً، وكل فاعل مرفوع، وكل مفعول به يجب أن يكون منصوباً. وأما قواعد الفقه، فإن أحكامها ليست كلية، بل أكثرها أغلبية وغير مطردة، ولهذا قيل: من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية^(١). وعليه: فالقواعد الفقهية نوعان: (كلية ومندرجة).

فالقواعد الفقهية الكلية: هي التي يندرج تحتها قواعد أخرى، مثل: (الضرر يزال) يندرج تحتها قاعدة: (الضرر الأشد يدفع بالأخف).

والقواعد الفقهية المندرجة: هي التي تدخل تحت قاعدة كلية، كما مرَّ في المثال السابق، ومثل قاعدة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) فإنها تدخل تحت قاعدة كلية، وهي: (اليقين لا يزول بالشك).

فدراسة هذه القواعد من دراسة الفقه، ودراسة القواعد الأصولية من دراسة علم أصول الفقه.

ثم إن علم أصول الفقه يبين المناهج التي يلتزمها الفقيه؛ لكيلا يخطئ في الاستنباط.

يقول شهاب الدين القرافي: "إن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى مفادها شرفاً وعلواً، اشتملت على أصول وفروع: وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة،

(١) تهذيب الفروق (٣/١، ٤، ٩، ١٠) لمحمد علي حسين، بهامش الفروق للقرافي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ.

كقاعدة: الأمر للوجوب، وقاعدة: النهي للتحريم.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه. ولكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى.

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه^(١) والاطلاع على هذه القواعد يجعل القارئ يعرف فروع المذهب بأيسر كلفة وأقرب طريق، وهي - بجانب تيسرها الاطلاع على المذهب - تعطي القارئ صورة واضحة عن منطقه واتجاهه.

ويمكن أن يقال: إن هناك تشابهاً بين القاعدة الفقهية والأصولية، من جهة أن كلاً منهما تندرج تحتها قضايا جزئية. وأما من جهة الاختلاف فهي:

أ - أن القواعد الأصولية هي التي يندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية، يتوصل بها إلى استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية، مثل: كون الأمر للوجوب، والنهي للتحريم، ونحو ذلك.

أما القواعد الفقهية، فهي عبارة عن مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى علة واحدة تجمعها أو ضابط فقهي يحيط بها، والغرض منها تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها.

ب - القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها. أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية، ويكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات وتكون لها مستثنيات.

وهذه المستثنيات إنما خرجت من قواعدها لكونها أليق بالاندراج تحت قواعد

(١) الفروق (٢/١، ٣) بتصرف يسير.

أخرى. مثل قاعدة: "الأمر بمقاصدها" فإنه يستثنى منها قتل الوارث لمورثه لاستعجال الإرث، فإننا نعامل الوارث هنا بنقيض مقصوده لا بمقصوده كما تقول القاعدة؛ وذلك لأن هذا الفرع أولى بالدخول تحت قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه".

ج - القواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع؛ لأنها جمع لأشتاتها وربط بينها. أما الأصول فالغرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع؛ لأنها هي التي تستنبط منها الأحكام.

د - القواعد الفقهية موضوعها دائماً فعل المكلف. أما القواعد الأصولية فموضوعها الدليل والحكم^(١). فمعظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقاصدها، ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع بواسطة قواعد يتمكن العارف بها من انتزاع الفروع منها.

فهي على عكس القواعد الفقهية التي تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة وتمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها^(٢).

ومع هذا، فإن لقواعد الفقه اتصالاً وثيقاً بأصول الفقه؛ وذلك لأن:

أ - القواعد الفقهية تخدم مقاصد الشريعة التي لها صلة ببعض مسائل أصول

(١) القواعد الفقهية، تاريخها وأثرها في الفقه (ص ١٣) للدكتور محمد الوائلي، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ -

١٩٨٧م. المدخل لدراسة القرآن والسنة والعلوم الإسلامية (٤٣٢/٢) طبعة دار الأنصار، الطبعة

الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م. الاعتناء في الفرق والاستثناء (١٢/١١/١) ليدر الدين محمد بن أبي بكر

بن سليمان البكري، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، طبعة دار الكتب

العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٢) القواعد الفقهية (ص ٧١) للشيخ علي الندوي.

الفقه، وإن لم تكن بالقدر المساوي للقواعد الفقهية^(١).

ب- القواعد الفقهية أشبه ما تكون بالقياس الأصولي؛ لأنها تجمع الفروع المشابهة التي يقاس بعضها على بعض.

ج- القواعد الفقهية مصدر شرعي تستنبط منه الأحكام إذا كانت مستندة إلى دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو معبرة عن دليل أصولي؛ ولذلك فهي من قبيل أصول الفقه، كما قال ابن نجيم الحنفي، وسيأتي هذا مفصلاً عند الحديث عن حجية القواعد الفقهية.

د- هناك قواعد كثيرة تجمع بين الفقه والأصول مثل قاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)، وقاعدة: (لا ينسب إلى ساكت قول)، وقاعدة: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، وقاعدة (القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟) وقواعد العرف، وقاعدة: (زوال الضرر بلا ضرر)، وقاعدة: (لا اجتهاد مع النص)، وقاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)، وقاعدة: (إذا بطل الخصوص، هل يبقى العموم؟).

٣- الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط:

هل القاعدة هي نفسها الضابط دون فرق بينهما؟ أم أن هناك فرقاً بين

القاعدة والضابط؟

أ - من العلماء من لم يفرق بين القاعدة والضابط، ومنهم النابلسي الحنفي وابن رجب الحنبلي، فقال النابلسي في شرح الأشباه والنظائر: "القاعدة: في

(١) المرجع السابق، وشرح الكوكب المير (٤/٤٤٤) لابن النجار، حققه الدكتور محمد الرحيلي، والدكتور نزيه حماد، مطبعة العيكان الرياض السعودية ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"^(١). وكذلك العلامة ابن رجب الحنبلي يرى أن القواعد ضوابط تساعد في تفهم الحكم الشرعي، وأنها أغلبية وغير مطردة"^(٢).

ب - ومن العلماء من فرّق بين القاعدة والضابط، ومنهم ابن نجيم الحنفي، والعلامة البُناني، والسبكي من الشافعية، فقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر: "الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروغاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد"^(٣)، وذكر العلامة البُناني في حاشيته قائلاً: "والقاعدة لا تختص بباب، بخلاف الضابط"^(٤)، وقريب منه تعريف السبكي قائلاً: "والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور مشابهة أن يسمى ضابطاً"^(٥).

ومثال القاعدة: (المشقة تجلب التيسير، والعادة محكمة، والضرر يزال، والأصل بقاء ما كان على ما كان). ومثال الضابط: (كل ماء لم يتغير أحد أوصافه فهو طهور، وكل طير غير ذي مخلب مباح للأكل).

وهناك فرق آخر بين القاعدة والضابط، وهو أن القاعدة في الأعم الغالب متفق عليها بين المذاهب أو أكثرها، وأن الضابط يختص بمذهب معين إلا ما ندر، بل منه ما يكون وجهة نظر فقيه معين في مذهب معين قد يخالفه فيه فقهاء

(١) كشف الحظائر عن الأشباه والنظائر، مخطوط نقله الدكتور علي الندوي في كتابه: القواعد الفقهية (ص ٤٧).

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي (ص ٣).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٦٦)، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.

(٤) حاشية البُناني على شرح جلال الدين المحلي على جمع الجوامع (٢/٢٩٠) مطبعة عيسى البابي الحلبي بدون تاريخ.

(٥) الأشباه والنظائر (١١/١) للسبكي، تحقيق الأستاذ الدكتور عبدالفتاح أبو العنين، رسالة دكتوراة بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٧٦م.

آخرون من نفس المذهب.

ثم إن القاعدة أمر كلي مبني في الأغلب على دليل، وأما الضابط فهو أمر كلي لا يعتمد على دليل، وحيث وجد دليل للضابط فيكون قاعدة^(١). وهذا ما أميل إليه وأرجحه؛ لوجود هذه الفوارق.

٤ - الفرق بين القاعدة الفقهية والقانونية:

القاعدة القانونية: قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية التي تجبر الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء. والفرق بينها وبين القاعدة الفقهية أن:

أ - القاعدة الفقهية أغلبية، بمعنى أنه قد يخرج عنها بعض الفروع، بخلاف القاعدة القانونية، فهي عامة تشمل كل من اندرج تحتها من أشخاص.

ب - القاعدة الفقهية تحكم وتربط بين فروعها، بخلاف القاعدة القانونية فإنها تحكم أشخاصاً ومواطنين.

ج - القاعدة الفقهية قد يكون متفقاً عليها من أئمة المذاهب، وقد تكون خاصة بمذهب معين، بخلاف القاعدة القانونية، فإنها خاصة بأشخاص ذوي جنسية معينة، وإن كانت تعم كل هؤلاء الأشخاص المتمتعين بهذه الجنسية، اللهم إلا إذا كانت صادرة من منظمة دولية.

د - القاعدة الفقهية قد تكون مقترنة بعقوبة لمخالفتها، وهذه العقوبة قد تكون دنيوية، وقد تكون أخروية، مثل قاعدة: (الأمور بمقاصدها، وقاعدة: من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه مردود عليه). أما القاعدة القانونية فإنها دائماً تكون مقترنة بعقوبة رادعة عاجلة لكل من تسوّل له نفسه خرق القانون.

(١) القواعد الفقهية (ص ١٨) للدكتور عبدالعزيز عزام، مكتبة الرسالة الدولية، طبعة ١٩٩٨-١٩٩٩م.

هـ- القاعدة الفقهية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، بخلاف القاعدة القانونية. وهذا ناشئ من كون الأولى منبثقة من شرع الله، بخلاف التي من صنع البشر^(١).

٥- الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية:

الواقع أن مصطلح "نظرية" أمر مستحدث لدى الفقهاء، استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، خلال احتكاكهم وموازنتهم بين الفقه والقانون، وبوَّبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد، وأفردوا المؤلفات على هذه الشاكلة.

فمثلاً: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي تألفت من عدة عناصر، وهي: (حقيقة الإثبات - الشهادة - شروط الشهادة - كيفية الشهادة - الرجوع عن الشهادة - مسؤولية الشاهد - الإقرار - الخبرة - معلومات القاضي - الكتابة - اليمين - القَسَم - اللَعان).

فهذا مثال للمنهج الجديد الذي يسلكه المؤلفون في النظريات العامة في تكوينها؛ إذ كل موضوع عنصر من عناصر هذه النظرية، وتدرج تحته فصول، والرباط بينهما علاقة فقهية خاصة^(٢).

وقد عرف فضيلة الشيخ أبوسنة النظرية بأنها: "مفهوم كلي يتألف من نظام متكامل متناسق يتحكم في جميع ما يتصل بموضوعه"^(٣).

(١) انظر: كتابنا: "أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء" دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي (ص ٣٤، ٣٥). طبعة دار الوفاء ٢٠٠٣م.

(٢) القواعد الفقهية (ص ٦٣، ٦٤) للشيخ علي الندوي.

(٣) النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (ص ٤٤) للشيخ أحمد فهمي أبوسنة، طبعة دار التأليف

ومن ثم، فإن النظرية العامة غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي، فإن النظرية أشمل من القاعدة، والقواعد بالنسبة إلى تلك النظريات بمثابة الضوابط، وقد تَرَدُّ قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي تلك النظريات، فقاعدة: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد. وهكذا سواها من القواعد.

ويمكن أن تدرج مجموعة من القواعد الفقهية التي تختلف في فروعها وجزئياتها وآثارها، ولكنها تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة في موضوعها العام تحت نظرية معينة، ومنها على سبيل المثال القواعد التالية: (العادة محكمة، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها، ولا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصالح أو العرف بتغير الزمان، وإنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

فهذه مجموعة من القواعد الفقهية المعروفة، وبغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة بحق كل منها، فإنه يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان: (نظرية العرف)؛ لما هو ملاحظ من أن العرف هو الطابع العام الغالب على تلك القواعد.

ولهذا فالباحث في النظرية لا يستعني عن القواعد الفقهية لتأصيل مبدأ من مبادئ النظرية التي يبحث فيها. فمن يكتب في نظرية العقد مثلاً، يحتاج لقاعدة: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

إذن: فالقاعدة توظف لخدمة النظرية ولا عكس^(١).

(١) انظر: كتابنا السابق (ص ٤٢، ٤٣).

الفصل الثاني

أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية

الأهداف التعليمية للفصل الثاني:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادرًا على أن:

- ١- تعرف أشهر المؤلفين في القواعد الفقهية.
- ٢- تحفظ أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية.
- ٣- تختار مؤلفًا في القواعد لكل مذهب من المذاهب الأربعة، وتقارن بين المنهج العلمي لهذه المؤلفات.
- ٤- تستنبط من خلال قراءتك لهذا الفصل أسباب وضع القواعد الفقهية.

الفصل الثاني

أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية

لعلك -عزيزي الدارس- قد استوعبت المقصود بالقواعد الفقهية، من خلال قراءتك للفصل الأول؛ حيث عرفت معنى القواعد الفقهية، واتضح ذلك جلياً من خلال المقارنة بين القواعد الفقهية وغيرها من القواعد.

وآن لك الآن -بعد تصورك للمقصود من هذا العلم- أن ترى أشهر المؤلفات في هذا الفن، وذلك فيما يلي:

١- نشأة القواعد الفقهية وارتقاؤها:

لقد أوتي النبي ﷺ جوامع الكلم، فكان يؤدي المعاني الكثيرة بألفاظ قليلة غاية في الدقة والرقّة، فجاءت على لسانه قواعد فقهية أخذها الفقهاء كما هي، وما زادوا عليها إلا بالمقدار الذي يزيد بها إيضاحاً، أو يكشف عما فيها من اللطائف التي لا يعقلها إلا العالمون.

وقد تعلم أصحاب النبي ﷺ من نبينهم الإيجاز البليغ في تعييد القواعد وتأصيل الأصول؛ فقد كانوا ينطقون بالحكمة، فينقل عنهم من الكلام ما يكون قواعد فقهية يقاس عليها ويستأنس بها في التصحيح والترجيح.

وسار التابعون على هذا الدرب، فاعتنوا باستنباط القواعد الفقهية من القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الصحابة، فقاموا باستنباطها وجمعها وتدوينها في كتب، بعضها وصل إلينا، وبعضها لم يصلنا. وهكذا.

ولعل أول كتاب وصل إلينا هو كتاب "الخراج" لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الحنفي المتوفى سنة ١٨٢هـ، فقد تضمن هذا الكتاب كثيراً من قواعد الفقه،

صاغها بأسلوب حكيم، وشرحها، وبيّن خلاف العلماء في بعض مسائلها وفروعها. ومنها: كتاب "الأصل" لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩هـ، وكذلك كتاب "الأم" لمحمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، وهو كتاب فقهي عظيم، احتوى على كثير من القواعد والضوابط الفقهية، شأنه في ذلك شأن من سبقوه، فقد كانوا يجدون أنفسهم في حاجة إلى جمع ما يمكن جمعه تحت قواعد أو ضوابط كلية رغبة في الإيجاز، فإن الإيجاز ضرب من الحكمة، ومن شأن الحكمة أن تضع الأمور في موضعها، وترد الفروع إلى أصولها، ومن شأن الكلام الحكيم أن يحفظ، وأن يتناقله الناس فيما بينهم بسهولة ويسر جيلاً بعد جيل^(١).

هذا... وقد وضع أصحاب المذاهب كتباً في قواعد الفقه وضوابطه، وفق ما انتهى إليه علمهم واستقر عليه تأويلهم، سأذكر بعضها فيما يلي:

٢- أهم كتب القواعد الفقهية عند المذاهب الأربعة :

القواعد الفقهية التي وصلت إلينا لم تُوضع جملةً واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معينين، بل تكونت مفاهيمها وصيغتها نصوصها بالتدريج في عصور ازدهار الفقه ونخضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح.

وإذا كان الإمام الشافعي أول من دَوَّن أصول الفقه، فإن الحنفية كان لهم قصب السبق في تعديد القواعد؛ نظراً لطبيعة مذهبهم القائم على كثرة الفروع والتخریجات. فقد جاء في كتابي الأشباه والنظائر لابن نجيم والسيوطي^(٢): أن الإمام أبا طاهر

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٨، ١٩) للأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل، مكتبة فياض بالمنصورة طباعة دار المنار بالقاهرة الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥، ١٦) مرجع سابق، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩). مطبعة مصطفى محمد بمصر.

الدباس الحنفي جمع قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة، فسمع أبو سعيد الهروي من الشافعية سبعاً من هذه القواعد، وأبلغها لأصحابه، فذاعت واشتهرت.

وهذه القواعد أشهرها خمسة، وهي: (الأمر بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والعادة محكمة، والضرر يزال).

وهذه القواعد المذكورة مشروحة في رسالة جليلة للإمام أبي الحسن الكرخي من الحنفية، المتوفى سنة ٣٠٤هـ، وشرح هذه الرسالة أبو حفص عمر النسفي الحنفي، المتوفى سنة ٥٣٨هـ.

ثم جاء الإمام أبوزيد عبيدالله بن عمر الديوسي الحنفي، المتوفى سنة ٤٣٢هـ، فوضع كتابه: "تأسيس النظر"، وضمنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية، ومجموعة من القواعد الكلية مع التفريع عليها.

ثم جاء الفقيه الشافعي عز الدين بن عبدالسلام، المتوفى سنة ٦٦٠هـ، ووضع كتاباً أسماه "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، ويتكون من فصول فقهية موضوعية، ثم يقسم الأحكام المتعلقة بها، ويفصلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة التشريع. وحنى كتابه هذا على قاعدة: (جلب المصالح ودرء المفاسد)، وفرع عليها تفرعات غاية في الدقة والبراعة.

ثم جاء شهاب الدين القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤هـ، وألف كتاباً أسماه "الفروق"، وأوضح في مقدمته أنه وضعه لبيان الفروق بين القواعد، وأنه قد جمع (٥٤٨ قاعدة)، وألحق كلاً منها بما يناسبها من الفروع.

وقد جاء الكتاب مطبوعاً في أربعة أجزاء كبار، وهو يعرض الأحكام الأساسية في كل موضوعين متشابهين، ويوضح الفروق بينهما، فيقول مثلاً: (الفرق بين قاعدتي: الإنشاء والخير)، الفرق بين قاعدة (ما تؤثر فيه الجهالة

والغرر)، وقاعدة: (ما لا يؤثر فيه من التصرفات)، وقد أدخل في فصوله قواعد فقهية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام وضبط الضوابط^(١).

ثم جاء الفقيه الحنبلي عبدالرحمن بن رجب المتوفى سنة ٧٩٥هـ، وألف كتاب "القواعد"، وبنى مباحثه في (مائة وستين قاعدة) وختمه (بإحدى وعشرين فائدة)، وتحت عنوان القاعدة كان يضع موضوعاً فقهياً يتناوله بإيضاح مسهب، وتفصيل معجب، وهو كتاب عظيم القيمة يحمل من الثروة الفكرية ما يجلب عن الوصف.

ثم جاء العلامة جلال الدين السيوطي الشافعي، المتوفى سنة ٩١١هـ، وألف كتاباً أسماه: "الأشباه والنظائر"، ووضع فيه مجموعة من القواعد الكلية، وفرغ عليها الكثير من الفروع.

ثم جاء العلامة زين الدين بن نجيم المصري، المتوفى سنة ٩٧٠هـ، فجمع في الفن الأول من كتابه: "الأشباه والنظائر" خمساً وعشرين قاعدة، وقسمها إلى قسمين:

أ - قواعد أساسية كالأركان في المذاهب الفقهية، وهي ست قواعد، الخمس المتقدمة: (الأمر بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والعادة محكمة، والضرر يزال)، مضافاً إليها قاعدة سادسة، وهي قاعدة: (لا ثواب إلا بالنية).

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

وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع الأحكام العملية. وفي منتصف القرن الثاني عشر الهجري، جاء الفقيه الحنفي التركي محمد أبوسعيد الخادمي صاحب الحاشية على كتاب: "الدرر شرح الغرر"، فوضع متناً في أصول الفقه أسماه: "مجامع الحقائق"، وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة من

(١) مجلة منار الإسلام (ص ٢٠) عدد جمادى الآخرة سنة ١٤١٨هـ.

القواعد الفقهية، عرضها بنصوصها دون شرح، ورتبها على حروف المعجم بحسب الحرف الأول من كل كلمة منها، فبلغت مائة وأربعاً وخمسين قاعدة.

وقد جاء فيها بعض قواعد من قبيل الأصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كالتي جاءت في قواعد الكرخي، وبعضها متداخل، وبقائها كلها قواعد فقهية ذات أحكام عامة، أخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نجيم في الأشباه وأضاف إليه.

ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية تحمل في مقدمتها مجموعة كبيرة من هذه القواعد مختارة من أهم ما جمعه ابن نجيم والخادمي، مضافاً إليها بعض قواعد أخرى، فبلغت تسعاً وتسعين قاعدة في (٩٩) مادة من المادة (٢) حتى المادة (١٠٠) استهلكت بها أحكام المجلة بعد المادة الأولى التي تضمنت تعريف الفقه وتقسيم مباحثه.

وبعد المجلة قام العلامة الشيخ محمود حمزة مفتي دمشق في عهد السلطان عبدالحميد باستقصاء القواعد والضوابط والأصول في معظم الأبواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة، وقد جمعها في كتاب أسماء (الفوائد البهية) وأوضحها ببعض الأمثلة، وربطها على أبواب الفقه^(١).

٣- مصادر أخرى :

ثم صدرت مؤلفات أخرى في قواعد الفقه، منها على سبيل المثال لا الحصر: كتاب شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، وهو أشبه ما يكون بكتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام، إذ جاء بالقواعد المذكورة في المجلة

(١) الاعتناء في الفرق والاستثناء (١٧/١) مرجع سابق، محاضرات في قواعد الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور/ جمال عطوة (ص ٢٠، ٢١، ٢٢) المقررة على طلبة السنة الأولى للدراسات العليا في الفقه وأصول الفقه سنة ١٩٩٢م.

وشرحها، وفرع عليها تطبيقات ومستثنيات.

وكذلك كتاب الشيخ على الندوي، والذي يُعدُّ -بحق- من أبرز المؤلفات الحديثة في القواعد الفقهية، وقد جمع ما تفرق من القواعد الفقهية، ورتبه في أبواب مختلفة ترتيباً حسناً، وشرح الكثير منها شرحاً موجزاً، وبيّن جهود السابقين في تصنيفها وتفريع الفروع عليها في لمحة تاريخية.

ومن أهم ما ألف حالياً، كتاب المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية للدكتور: عبدالعزيز محمد عزام، وهو كتاب غنيٌّ بفروعه وقواعده، ربط فيه بين القواعد وحاجة المجتمع، مثل قاعدة: الحدود تسقط بالشبهات، وأثرها في حماية المتهم.

وكذلك كتاب القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه للأستاذ الدكتور: محمد بكر إسماعيل، وكتاب القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، للدكتور: محمد الزحيلي، وهما من الكتب النفيسة في هذا المجال.

وأخيراً كتابي: المستثنيات من القواعد الفقهية في العبادات والمعاملات، وأثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث

فوائد القواعد الفقهية

الأهداف التعليمية للفصل الثالث:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تُعرف قيمة القواعد الفقهية بالنسبة للفقيه والمقلد.
- ٢- تدرك العلاقة بين القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة.
- ٣- تميّن نفسك لاستخدام القواعد الفقهية في حل ما يواجهك من مشكلات.

الفصل الثالث

فوائد القواعد الفقهية

١- شهادة ذوي عدل لأهمية القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية وسيلة لتحقيق علوم الشريعة وشمولها للأحكام المناسبة للقواعد والحوادث التي تتجدد في العصور والأجيال، وشمولها لأحكام الأفعال التي تصدر من الناس، سواء كان الحكم إيجابياً أم سلباً.

يقول السيوطي: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يُطلع على حقائق الفقه ومداركه وآخذه وأسراره، ويتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان؛ ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر"^(١).

ويقول القرافي: "وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بما يَعُظُمُ قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى، ويتكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء.

ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلقت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها.

(١) الأشباه والنظائر (ص ٥) لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ. مطبعة

ومن ضبط الفقه بقواعده، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبه في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين فرق بعيد، وبين المنزلتين تفاوتٌ شديد^(١).

• فشهادة هذين العالمين الجليلين: (القراقي والسيوطي) قد أشادا فيها بمنزلة القواعد الفقهية ومكانتها.

ولقد أشار القراقي إلى أن قدر الفقيه يعظم بقدر إحاطته بها، وفضله يرقى ويعلو كلما كان على صلة وتعمق في هذا الفن.

ويستخلص مما سبق معرفة الأمور التي تبرز أهمية القواعد الفقهية.

٢- ومن الأمور التي تبرز أهمية القواعد الفقهية ما يلي:

أ - أنها تُكوِّن الملكة الفقهية لدى الباحث، وهذه من شأنها المساعدة في تلمس الحكم الشرعي في كثير من المسائل الفقهية.

ب- أنها تجمع الفروع والجزئيات المتناثرة؛ لأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكنة، كما أنها سريعة النسيان ولا تثبت في الذهن، ويحتاج الرجوع إليها كل مرة إلى بذل جهد ووقت. فلا بد من الرجوع إلى القاعدة التي تجمع تلك الفروع في مسلك واحد.

ج - إن علم قواعد الفقه يؤدي أجلّ الخدمات للفقه والفقهاء، فمن حيث نفعه للفقهاء فإنه يأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاستنباط الأحكام، ومن حيث نفعه للفقه أنه يجعله دائم التجدد، فلا تتحجر مسأله، ولا تتجمد قضاياه.

فالوظيفة الأساسية لهذا العلم، إمداد الفقه دائماً بما يث فيه الحركة ويعت

(١) الفروق للقراقي (٣/١) مرجع سابق.

النشاط في كيانه، بحيث يكون دائم الشباب قويّ البنية، فلا يعتريه ذبول، ولا يمّيته ركود.

د - إن وجود قواعد كلية للفقه الإسلامي يتيح لرجال القانون الفرصة الكافية للاطلاع على هذا التراث الفقهي دون الرجوع إلى المطولات الفقهية^(١).

هـ- إن القواعد الفقهية تؤدي إلى حصول الطمأنينة للمقلد؛ إذ بوقوفه على هذه القواعد وتفريعاتها يطمئن على عمله الذي يتبع فيه غيره فيما يعمل، فيعلم أن هناك أصلاً أو قاعدة تحكم هذا العمل عند المجتهد الذي يقلده^(٢).
يقول القرافي: "إذا رأيت الأحكام مخرّجة على قواعد الشرع، مبنية على مأخذها، فحُضت الهمم حينئذ لاقتباسها"^(٣).

(١) المدخل الفقهي وتاريخ التشريع (ص ٣٨٦) للدكتور عبدالرحمن الصابوني والدكتور خليفة بابكر، نشر مكتبة وهبة، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، إيضاح القواعد الفقهية (ص ٧) لعبدالله الحضرمي طبعة ونشر مطبعة المدني بالقاهرة.

(٢) المنشور في القواعد للركشي (٣٤/١)، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

(٣) الذخيرة للقرافي (٣٤/١) مطبعة كلية الشريعة بالقاهرة، بدون تاريخ.

الفصل الرابع

مصادر القواعد الفقهية

الأهداف التعليمية للفصل الرابع:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تعرف أهم مصادر القواعد الفقهية.
- ٢- تأتي بقاعدة فقهية من عندك وتبين مصدرها.
- ٣- تربط بين مصدر القاعدة الفقهية وأهميتها.
- ٤- تختهد وتستنبط من خلال تنوع مصادر القاعدة ومعرفة ما يكون منها حجة، وما يكون مصدرًا لجمع الفروع المتشابهة.

الفصل الرابع

مصادر القواعد الفقهية

١- القرآن الكريم :

القاعدة الفقهية مستمدة من الأدلة الشرعية، فقد يكون مصدرها مستنبطاً من كتاب الله تعالى، كقاعدة: (المشقة تجلب التيسير)، فإن مصدرها قول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وفي هذا المعنى ورد كثير من آيات الكتاب العزيز، وهي تدل دلالة واضحة على أن الله شرع الأحكام سهلة ميسرة، فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهو في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه.

والأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع، ولهذا سمي هذا الدين: الحنيفة السمحة؛ لما فيه من التسهيل والتيسير^(١).

٢- السنة النبوية:

وقد يكون مصدر القاعدة السنة النبوية، سواء كان ذلك بنص صريح أو بالاستنباط.

فمثلاً: القاعدة السابقة: (المشقة تجلب التيسير) إضافة إلى استنباطها من القرآن الكريم، فهي أيضاً مستنبطة من أحاديث كثيرة، منها الحديث الصحيح عن عائشة -رضي الله عنها-: "ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه"^(٢).

(١) القواعد الفقهية (ص ٢٢) للدكتور عبدالعزيز عزام.

(٢) صحيح البخاري (٢/٢٧٢، ٢٧٣)، كتاب الأنبياء، باب صفة النبي ﷺ.

وفي صحيح البخاري عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يسرّوا ولا تعسرّوا، وبشّروا ولا تنفّروا"^(١).

وطلب النبي صلى الله عليه وسلم من الناس في بيوعهم التساهل والتسامح.

فعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى"^(٢).

وكذلك قاعدة: (الأمور بمقاصدها) فإنها مستنبطة من السنة النبوية الشريفة، فإن الأصل فيها ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنما الأعمال بالنيات"^(٣).

وقاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) مستنبطة أيضاً من السنة النبوية؛ ففي صحيح البخاري، عن عباد بن تميم، عن عمه، وفيه: أنه شكاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: "لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً"^(٤)، أي: لا ينصرف حتى يتيقن من وجود الحدث؛ لأن الأصل عدم النقص حتى يقوم ما يرفع هذا الأصل.

ثبت بذلك أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك^(٥).

ومثال القاعدة التي مصدرها نصّ نبوي صريح، قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)، فأصلها ما أخرجه ابن ماجه وغيره عن يحيى المازني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) صحيح البخاري (٢٤/١)، كتاب العلم، باب كان النبي صلى الله عليه وسلم يتحولنا بالموعظة.

(٢) صحيح البخاري (٦/٢، ٧)، كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في البيع والشراء.

(٣) صحيح البخاري (٦/١)، كتاب بدء الوحي، باب كيف بدأ الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(٤) صحيح البخاري (٣٨/١)، كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يتيقن.

(٥) القواعد الفقهية (ص ٩٠) للشيخ علي الندوي، وللدكتور عبدالعزير عزام (ص ٢٣).

قال: "لا ضرر ولا ضرار"^(١).

٣- الإجماع :

وقد يكون الإجماع مصدراً للقاعدة الفقهية، كقاعدة: (لا اجتهاد مع

النص)، وقاعدة: (الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد)^(٢).

٤- قواعد معبرة عن دليل أصولي:

لا شك أن القاعدتين السابقتين المجمع عليهما معبرتان عن دليل أصولي،

وكذلك قاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)، وقاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به

فهو واجب) وغيرها كثير.

٥- تجميع الفروع المشابهة :

كما أن مصدر القاعدة قد يكون مجموعة المسائل الفقهية التي تجمعها

علاقة جامعة بينها، مثل قاعدة: (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء)^(٣).

فمثلاً، إجارة المشاع فاسدة ابتداءً، ولكن لو أجز بيتاً ثم استحق منه قسم شائع،

(١) سنن ابن ماجه (٧٨٤/٢) كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: (٢٣٤٠)،

ورجاله ثقات إلا أنه منقطع، وأخرجه مالك في الموطأ (٧٤٥/٢) مراسلاً في الأفضية باب القضاء في

المرقق، قال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، وقال: ولا يسند إلا من وجه

صحيح، وقال أبو عمرو بن الصلاح: هذا الحديث أخرجه الدارقطني من وجوه، وجموعها يقوي

الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به.

انظر: جامع الأصول في أحاديث الرسول (٦/٦٤٤، ٦٤٥) لابن الأثير الجزري، طبعة دار الفكر الطبعة

الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م. حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبدالقادر الأرناؤوط.

(٢) البسوط للسرخسي الحنفي (١٨٥/١٥)، دار المعرفة بيروت الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

رسالة الكرخي في الأصول مطبوعة مع تأسيس النظر (ص ١١٠-١١٨)، مطبعة الإمام بالقاهرة،

الأشباه للسيوطي (ص ٩١)، القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ١٠٣).

(٣) القواعد الفقهية للشيخ علي الندوي (ص ٤٣٥).

فتبقى الإجارة في الحصة الباقية، وكذلك لو أجز الكل ثم فسخ الإجارة في بعض شائع، جازت الإجارة فيما بقي؛ لأن الشروع الطارئ لا يفسدها؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

وقد كانت تعليقات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسائل الاستدلال القياسي عليها، أعظم مصدر لتقعيد القواعد وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى وانصراف أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها، وذلك مثل قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، وقاعدة: (الإقرار حجة قاصرة)^(١).
فَيَا تُرَى: أي من هذه القواعد يصلح مصدرًا شرعيًا وحجة تستمد منها الأحكام؟

هذا ما سنعرفه في الفصل التالي بإيضاح.

(١) القواعد الفقهية للدكتور عبدالعزيز عزام (ص ٢٤).

الفصل الخامس

حجية القواعد الفقهية

الأهداف التعليمية للفصل الخامس:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تعرف القواعد الفقهية التي هي حجة بالاتفاق.
- ٢- تذكر آراء العلماء في القواعد المختلف في حجيتها.
- ٣- تجمع بين الآراء المختلفة في حجية القواعد.
- ٤- تربط بين حجية القاعدة ومصدر ثبوتها.
- ٥- تذكر ثلاثة أحكام فقهية مسندة إلى قواعد فقهية.

الفصل الخامس

حجية القواعد الفقهية

١- القواعد المتفق على حجيتها :

الارتباط وثيق بين حجية القواعد الفقهية ومصدر ثبوتها، فلا ينفك أحدهما عن الآخر.

فالقواعد الفقهية المتفق على حجيتها، هي القواعد التي مصدرها الكتاب، أو السنة النبوية، أو الإجماع، أو القواعد المعيرة عن دليل أصولي، وقد سبق التمثيل لهذه القواعد بما يغني عن إعادة تكرارها الآن. وهذه القواعد تعتبر دليلاً شرعياً يمكن استنباط الأحكام منه؛ لأن الاحتجاج بما نابع من الاحتجاج بأصلها.

٢- القواعد المختلف في حجيتها :

أما القواعد التي أسسها الفقهاء نتيجة لاستقراء المسائل الفقهية المتشابهة، فقد اختلف العلماء في حكم الاحتجاج بها. أ - فذهب بعض العلماء إلى أنها تعتبر شاهداً يُستأنس به فقط ولا يمكن الاعتماد عليها في استخراج حكم فقهي.

فقد نقل الحموي عن ابن نجيم أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط؛ لأنها ليست كلية بل أغلبية^(١)، وكذلك نقل هذا القول عن ابن فرحون المالكي^(٢).

(١) عمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١/١٣٢) لياقوت الحموي. طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ-١٩٨٥م.

(٢) القواعد لابن المقري (ص ١٦٦) تحقيق أحمد بن عبدالله بن حميد.

وجاء في شرح المجلة للعلامة علي حيدر: "وحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد؛ لأن معظم هذه القواعد لا تخلو من المستثنيات، وربما كانت المسألة التي يراد حكمها من المستثنيات.

فلا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها؛ إذ ليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورباط للفروع دليلاً من أدلة الشرع، إنما هي شواهد يُستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة؛ إذ لها فائدة كلية في ضبط المسائل"^(١).

ب- بينما ترى بعض النصوص الفقهية يفهم منها القول بحجية هذه القواعد. فقد صرح شهاب الدين القرافي بنقض حكم القاضي إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض، ومثل لذلك بما لو حكم القاضي بعدم وقوع الطلاق في المسألة السُّرِّيَّة، فإنه ينقض؛ لأنه يخالف القاعدة المعروفة (إن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط). وشرط المسألة السُّرِّيَّة لا يجتمع مع مشروطه أبداً؛ لأن تقدم الثلاث يمنع لزوم الطلاق بعدها.

والمسألة السُّرِّيَّة مسألة مشهورة بين الفقهاء؛ سميت بذلك نسبة إلى أبي العباس أحمد بن عمر بن سُرَّيج الشافعي المتوفى سنة ٣٠٦هـ، وهي ما لو قال الزوج لزوجته: إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً.

وقد أفق ابن سُرَّيج بعدم وقوع الطلاق في هذه الحالة، وهي مسألة خلافية

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١٠/١) لعلي حيدر، ترجمة المحامي فهمي الحسيني، مكتبة النهضة

بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

بين العلماء^(١).

والقراfi جعل مخالفة القاعدة السالمة عن المعارض في درجة الحجج القوية التي ينقض لها حكم القاضي إذا حكم بخلافها، أي أنه جعلها في منزلة النص والإجماع والقياس الجملي^(٢)، وفي هذا دلالة على الاحتجاج بالقاعدة الفقهية. ويؤيد هذا الاتجاه ابن عرفة من فقهاء المذهب المالكي، فقد نُقل عنه جواز نسبة القول إلى المذهب؛ استنباطاً من القاعدة الفقهية.

قال الخطّاب: سئل ابن عرفة: هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق: هذا مذهب مالك؟ فأجاب بأنَّ مَنْ له معرفة بقواعد المذهب ومشهور أقواله والترجيح والقياس يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكره قواعد المذهب ومن لم يكن كذلك، لا يجوز له ذلك^(٣).

وهذا يدل على أن ابن عرفة يرى صفة الحكم استناداً إلى القاعدة الفقهية.

٣- الرأي الراجح :

وإنني أرجح الرأي الثاني القائل بصفة الحكم استناداً إلى القاعدة الفقهية، طالما أنّها قاعدة سائمة عن المعارض؛ لأنها تصير في منزلة القواعد المتفق عليها،

(١) روضة الطالبين (١٩٢/٨، ١٩٣)، طبعة المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، توضيح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص ٤٠٧) للونشريسي تحقيق أحمد أبوطاهر الخطّابي، طبعة بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث بالرباط ١٩٨٠م.

(٢) المروق للقراfi (٤٠/٢).

(٣) مواهب الجليل (٣٨/١) مكتبة النجّاح بطرابلس، ليبيا.

ولا شك أن الإجماع حُجَّةٌ شرعية.

ومما يرجح ذلك، ما أخرجه الدارقطني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري، أما بعد: "فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهمه إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلمٌ بحق لا نفاذ له، ولا يَمَنَعَنَّكَ قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهُدَيْت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل. الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك، مما لم يُبَلِّغَكَ في الكتاب والسنة. اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى"^(١).

فقول سيدنا عمر رضي الله عنه: "اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك". فيه دلالة واضحة على اعتبار القواعد الفقهية وحجيتها؛ لأن كل قاعدة تجمع تحتها الفروع المتشابهة، لا سيما إذا كانت القاعدة سالمة عن المعارضة.

(١) سنن الدارقطني (٢٠٦/٤)، كتاب الأفضية والأحكام الحديث رقم (١٥)، طبعة دار المحاسن بالقاهرة

١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، تحقيق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي. قال المحقق: وفي إسناده:

عبدالله بن أبي حميد، وهو ضعيف.

لكني أقول: إن الأمة قد تلقت هذا الأثر بالقبول.

خلاصة الوحدة الأولى

الفصل الأول: المقصود بالقواعد الفقهية

١ - التعريف بالقاعدة الفقهية:

القاعدة لغة: الأساس، وتجمع على قواعد، وقد تطلق على الشيء الحسيّ كقواعد البيت، وعلى الشيء المعنوي كقواعد الفقه، وقواعد الدين، وقواعد النحو وقواعد الأصول.

والقاعدة شرعاً: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منها.

٢ - الفرق بين القاعدة الفقهية والأصولية والنحوية:

وجه الاختلاف:

- القاعدة الأصولية كلية ليس لها مستثنيات، والقاعدة الفقهية أغلبية، وقد يكون لها مستثنيات.

- القاعدة الفقهية متأخرة في وجودها الذهني عن فروعها؛ لأنها تجمع الفروع المتشابهة، والقاعدة الأصولية موجودة قبل الفروع؛ لأنها هي التي تستنبط منها الأحكام.

- القواعد الفقهية موضوعها فعل المكلف، والأصولية موضوعها: الدليل والحكم. وجه الشبه:

- القواعد الفقهية تخدم مقاصد الشريعة التي لها صلة أيضاً ببعض مسائل الفقه.

- القواعد الفقهية أشبه ما تكون بالقياس الأصولي الذي يجمع الفروع المتشابهة.

- القواعد الفقهية مصدر شرعي تستنبط منه الأحكام إذا كانت مستندة

إلى دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو معبرة عن دليل أصولي.

- هناك قواعد كثيرة تجمع بين الفقه والأصول.

٣- الفرق بين القاعدة والضابط :

- القاعدة غالباً ما تعتمد على دليل شرعي، بخلاف الضابط.

- القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، بخلاف الضابط.

٤- الفرق بين القاعدة الفقهية والقانونية:

- القاعدة الفقهية أغلبية لها مستثنيات بخلاف القاعدة القانونية.

- القاعدة الفقهية تجمع الفروع، والقانونية تحكم الأشخاص والمواطنين.

- القاعدة الفقهية قد تقترن بعقوبة دنيوية، والقانونية لا بد فيها من ذلك.

- القاعدة الفقهية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، بخلاف القانونية.

٥- الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية:

- النظرية أشمل من القاعدة، والقواعد بالنسبة إلى النظريات بمثابة الضوابط

بالنسبة إلى القواعد.

الفصل الثاني: أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية

١- نشأة القواعد الفقهية وارتقاؤها:

- جاء على لسان النبي ﷺ قواعد فقهية، منها: "لا ضرر ولا ضرار"،

و"الخراج بالضمان".

- استنبط الصحابة والتابعون قواعد فقهية كثيرة من الكتاب والسنة، منها

قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، و(المشقة تجلب التيسير).

- كتاب "الخراج" لأبي يوسف تضمن كثيراً من قواعد الفقه، وكذلك كتاب

"الأصل" لمحمد بن الحسن الشيباني، وكتاب "الأم" للشافعي، وتلته كتب كثيرة.

٢- أهم كتب قواعد الفقه عند المذاهب الأربعة:

الحنفية كان لهم قصب السبق في إعداد كتب خاصة بالقواعد، "كرسالة الإمام الكرخي"، وكتاب "تأسيس النظر للدبوسي"، ثم جاءت كتب كثيرة، منها: "قواعد الأحكام" لعز الدين بن عبدالسلام الشافعي و"الفروق" للقرافي المالكي، و"القواعد" لابن رجب الحنبلي، و"الأشباه والنظائر" للسيوطي الشافعي، و"الأشباه والنظائر" لابن نجيم الحنفي، ثم تلى ذلك كتب كثيرة إلى أن جاءت مجلة الأحكام العدلية.

٣- مصادر أخرى:

منها على سبيل المثال: كتاب "شرح القواعد الفقهية" للشيخ أحمد الزرقاء، وكتاب "القواعد الفقهية" للشيخ علي اندوي، وكتاب "المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية" للدكتور عبدالعزیز عزام، وأخيراً كتابي القواعد لنجاح عثمان أبو العينين، وهما: "أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء"، و"المستنبات من القواعد الفقهية في العبادات والمعاملات".

الفصل الثالث: فوائد القواعد الفقهية

- ١- شهادة ذوي عدل لأهمية القواعد الفقهية وهما القرافي والسيوطي.
- ٢- الأمور التي تبرز أهمية القواعد، وهي:
 - تُكوّن الملكة الفقهية لدى الباحث، وتساعد في استنباط الحكم الشرعي.
 - تجمع الفروع والجزئيات المتناثرة.
 - تساعد الفقهاء على استنباط الحكم من مظانّه، وتجعل الفقه دائم التجدد.
 - تساعد رجال القانون على الاطلاع على القواعد دون الرجوع إلى المطولات الفقهية.
 - حصول الطمأنينة للمقلد إذا وجد المجتهد يحيل الأحكام إلى القواعد.

الفصل الرابع: مصادر القواعد الفقهفة

١- القرآن الكرفم:

كقاعدة: (المشقة تجلب التفسفر)، فإنها مستنبطة من قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ، [الحج: ٧٨].
٢- السنة النبوية:

كالقاعدة السابقة، فإنها أيضاً مستنبطة من قوله ﷺ: "يسرروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا".

وقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار) فإنها نصُّ نبوي، ومثلها: (الخراج بالضمان).
٣- الإجماع:

كقاعدة: (الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد)، وقاعدة: (لا اجتهاد مع النص).
٤- قواعد معبرة عن دليل أصولي:

كالقاعدتين السابقتين، وقاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)، وقاعدة: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).
٥- تجميع الفروع المتشابهة:

كقاعدة: (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء)، وقاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).

الفصل الخامس: حجفة القواعد الفقهفة

١- القواعد المتفق على حجفتها:

وهي التي مصدرها الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القواعد المعبرة عن دليل أصولي.

٢- القواعد المختلف في حجفتها:

وهي القواعد التي تأسست نتيجة لتجميع الفروع المتشابهة.

٣- والراجع أنما حجة تستنبط منها الأحكام إذا كانت سالمة عن المعارض؛ لأنما تصبر حينئذ في منزلة المجمع عليها.

اختبار الوحدة الأولى

أولاً: أسئلة الصواب والخطأ:

ضع علامة (✓) أمام العبارة الصحيحة، وعلامة (x) أمام العبارة الخطأ فيما يأتي:

- ١- القواعد الفقهية ليس لها مستثنيات.
- ٢- القاعدة الأصولية لها مستثنيات.
- ٣- القواعد الفقهية تبحث في جمع الفروع، والقواعد الأصولية تبحث في الأدلة الإجمالية.
- ٤- القواعد الفقهية لا تخدم مقاصد الشريعة.
- ٥- قاعدة: (لا اجتهاد مع النص) قاعدة أصولية وفقهية.
- ٦- الحكم الشرعي قد يستنبط من القاعدة الفقهية.
- ٧- القاعدة تجمع فروعاً من باب واحد، والضابط يجمع فروعاً من أبواب متعددة.
- ٨- القاعدة الفقهية قد تقرن بعقوبة دنيوية لمخالفتها.
- ٩- القاعدة الفقهية تتغير بتغير الزمان والمكان.
- ١٠- القاعدة القانونية تحكم أشخاصاً ومواطنين.
- ١١- القاعدة القانونية لها مستثنيات.
- ١٢- القاعدة أعمّ من النظرية.
- ١٣- الباحث في النظرية قد يستغني عن القواعد الفقهية.
- ١٤- لم يوجد في نصوص السنة النبوية أيّ قواعد فقهية.
- ١٥- الشافعية هم أول من ألف في القواعد الفقهية.
- ١٦- كتاب (قواعد الأحكام) ألفه السيوطي.

- ١٧- الحنابلة ليس لهم كتب في القواعد الفقهية.
- ١٨- القواعد لابن رجب ليس من كتب الحنابلة.
- ١٩- يوجد قواعد فقهية مختلف فيها بين الفقهاء.
- ٢٠- علم القواعد يكون الملكة الفقهية لدى الباحثين.
- ٢١- قواعد الفقه تجعل الفقه الإسلامي متحجراً وغير مرن.
- ٢٢- رجال القانون يمكنهم الاستفادة من القواعد الفقهية.
- ٢٣- القواعد التي مصدرها القرآن والسنة تصلح حجة شرعية تستنبط منها الأحكام.
- ٢٤- القواعد التي مصدرها الإجماع أو المعبرة عن دليل أصولي لا تصلح حجة شرعية في استنباط الأحكام.
- ٢٥- القواعد التي تجمع الفروع المتشابهة لا فائدة منها إطلاقاً.
ثانياً: أسئلة الاختيار من متعدد:
 - ١- القاعدة الفقهية (كلية - أغلبية).
 - ٢- الضرر يزال، قاعدة: (كلية شاملة - أقل شمولاً).
 - ٣- الأصل بقاء ما كان على ما كان، مندرجة تحت قاعدة: (المشقة تجلب التيسير - اليقين لا يزول بالشك).
 - ٤- الأمر للوجوب والنهي للتحريم، قواعد: (أصولية - فقهية - نحوية).
 - ٥- القاعدة القانونية، تبحث في: (الأدلة الشرعية - الأشخاص والمواطنين).
 - ٦- القاعدة القانونية، تفتقر بعقوبة: (دنيوية - أخروية).
 - ٧- العادة محكمة، يحتاج إليها في نظرية: (العرف - العقد - الضمان).
 - ٨- لا ضرر ولا ضرار، نص: (نبوي - قرآني - أثر من آثار السلف).

- ٩- الخراج، من تأليف: (أبي يوسف - الإمام الشافعي - ابن رجب الحنبلي).
- ١٠- أول من ألف في قواعد الفقه: (الحنفية - المالكية - الشافعية).
- ١١- القواعد الفقهية: (مضيعة للوقت - تختصر الوقت).
- ١٢- القواعد الفقهية: (يستنبط منها الأحكام دائماً - قد يستنبط منها الأحكام - لا يستنبط منها الأحكام).
- ١٣- المشقة تجلب التيسير: (مصدر من مصادر التشريع - ليست مصدرًا من مصادر التشريع - مختلف في حجيتها).
- ١٤- ابن عرفة المالكي قال: (بحجية القواعد - بعدم حجية القواعد).
- ١٥- ابن نجيم الحنفي قال: (بحجية القواعد - بعدم حجية القواعد).

النشاط التعليمي للوحدة الأولى

عزيزي الدارس: حتى تكتسب المزيد من المعلومات حول الموضوعات الواردة في فصول هذه الوحدة عليك أن تقوم بإنجاز النشاط التعليمي التالي:

اكتب بحثاً في معنى القواعد الفقهية، وأشهر مؤلفاتها وفوائدها ومصادرها، ومدى حاجتها مستعيناً بأهم المراجع في الفقه الإسلامي وقواعده.



الوحدة الثانية

القواعد الكلية الكبرى

مبررات دراسة الوحدة:

عزيزي الدارس: القواعد الفقهية متفاوتة في درجة شمولها للفروع، وكذلك في درجة اعتبارها من حيث الاتفاق عليها، أو الاختلاف فيها.

وفي هذه الوحدة، سنتناول -بمشيئة الله تعالى- القواعد الكلية الكبرى التي تشمل فروعاً لا تحصى في شتى أبواب الفقه، وأيضاً فقد اتفق على العمل بها جميع الفقهاء، وهي خمس قواعد، تتناولها الفصول التالية:

الفصل الأول: قاعدة: الأمور بمقاصدها.

الفصل الثاني: قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

الفصل الثالث: قاعدة: المشقة تجلب التيسير.

الفصل الرابع: قاعدة: العادة محكمة.

الفصل الخامس: قاعدة: الضرر يُزالُ.



الوحدة الثانية: القاعدة الكلية الكبرى

الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها

- المقصود بقاعدة الأمور بمقاصدها وأثر النية فيها.
- أهمية قاعدة الأمور بمقاصدها فيما يندرج تحتها من قواعد.

الفصل الثاني: قاعدة اليقين لا يزول بالشك

- معنى قاعدة اليقين لا يزول بالشك.
- أهمية قاعدة اليقين لا يزول بالشك فيما يندرج تحتها من قواعد.

الفصل الثالث: المشقة تجلب التيسير

- معنى قاعدة المشقة تجلب التيسير.
- أهمية قاعدة المشقة تجلب التيسير وأثرها الدلالة على سماحة الإسلام.

الفصل الرابع: قاعدة العادة محكمة

- معنى قاعدة العادة محكمة والموازنة بين العادة والعرف.
- أهمية هذه القاعدة واعتبارها من مصادر التشريع.
- أهمية القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة.

الفصل الخامس: قاعدة الضرر يزال

- معنى وأهمية قاعدة الضرر يزال بما يندرج تحتها.
- الأدلة على حجية القاعدة والفروع المندرجة تحتها.



الفصل الأول

قاعدة الأمور بمقاصدها

الأهداف التعليمية للفصل الأول:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

١- تعرف المقصود بقاعدة: الأمور بمقاصدها.

٢- تعرف أثر النية في قاعدة: الأمور بمقاصدها.

٣- تدرك أهمية قاعدة: الأمور بمقاصدها فيما يندرج تحتها من قواعد.

٤- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من قاعدة: الأمور بمقاصدها لا سيما أثرها في مراقبة الإنسان لربه في كل تصرفاته.

الفصل الأول

قاعدة: الأمور بمقاصدها

١- شرح القاعدة:

المراد (بالأمور) في القاعدة: جميع الأعمال التي يثاب العبد عليها أو يعاقب، فتشمل بعمومها: الواجب والمندوب والمحرم والمكروه والمباح. ومعنى (بمقاصدها) أي: بحسب قصد العبد بفعلها أو تركها، فإن قصد بالفعل أو بالترك طاعة الله ﷻ أثيب عليها، وإن قصد معصية الله تعالى عوقب عليها. والأصل في هذه القاعدة، قوله ﷺ في الحديث الذي أخرجه البخاري وغيره عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"^(١). فأعمال المكلف وتصرفاته -قولية كانت أو فعلية-، تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال والتصرفات، وعليه فالقاعدة على تقدير: أحكام الأمور بمقاصدها. فالإنسان لو ترك المحرمات المنهي عنها امتثالاً للنهي الوارد في التشريع أثيب على هذا الترك. وأما إن كان الترك يتعلق بطبيعة الشخص كاستقذاره لهذا الشيء بدون نظر إلى طلب الترك الناهي عن فعله، كان ذلك أمراً عادياً لا ثواب عليه.

فالذي يترك أكل الميتة؛ لأن نفسه تعافها؛ لاستقذارها لا ثواب له، بخلاف من يترك أكل الميتة امتثالاً لأمر الله تعالى، فإنه يثاب على هذا الترك. بل إن الإنسان قد يُحوّل العادة إلى عبادة، فيثاب عليها، فالذي ينام في قيلولة النهار؛ ليستعين على قيام الليل له الثواب، مع أن النوم عادة، والذي يعمل

(١) صحيح البخاري (٦/١)، كتاب بدء الوحي، باب كيف بدأ الوحي إلى رسول الله ﷺ.

لحلب الرزق الحلال لرعيته واستغنائهم عمًا في أيدي الناس له الثواب، والذي يتطيب للوقوف بين يدي الله له الثواب.

فهذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية؛ لاشتمالها على أكثر أبواب الفقه، ودخولها في تحديد الأعمال الصحيحة والمقبولة من غيرها، وتمييز ما هو من قبيل العبادات مما هو من قبيل العادات.

٢- النية:

وطالما أن الأمور بمقاصدها، أي بحسب نية العبد وقصده، فلا بد أن نلقي الضوء على النية؛ ليكتمل مفهومنا لهذه القاعدة الكبرى.

أ- تعريف النية:

النية لغة: العزم على الشيء، يقال: نويت نية أي عزمت^(١).

وشرعًا: قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل أو الامتناع عنه، وتدخّل في جُلّ أبواب الفقه، إن لم تكن فيه كله، بل إن ابن نجيم جعل النية في الأعمال^(٢) الأخروية قاعدة أولى من قواعده الكبرى، وهي قاعدة: (لا ثواب إلا بالنية)^(٣)، ولكنها في الواقع تدخّل ضمن هذه القاعدة: (الأمور بمقاصدها) فتختص بالجانب لأخروي منها، ولذلك أدرجناها ضمن قاعدتها هذه؛ لأن (الأمور) أعمّ من أن تكون دنيوية أو أخروية ومقاصد الأعمال أعمّ من كونها يرجى ثوابها أو لا يرجى.

(١) لسان العرب، مادة نوى.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٩).

(٣) المرجع السابق (ص ١٩).

فلفظ (الأمر) عام بدليل دخول (أل) الجنسية عليه، فهو من ألفاظ العموم ولفظ (مقاصدها) عام أيضاً؛ لإضافته إلى ضمير لفظ عام^(١).

ب - فائدة النية:

والنية شرعت لفائدتين:

الفائدة الأولى: تمييز العبادات من العادات، فالإمساك عن المفطرات قد يكون بنية الصوم، وقد يكون حمية أو تداوياً، أو لعدم الحاجة إليه. والجلوس في المسجد قد يكون للاعتكاف، وقد يكون للاستراحة. والذبح قد يكون للأكل، فيكون مباحاً أو مندوباً، وقد يكون قرينة كزكاة أو صدقة.

وبناء عليه، فالشيء الذي لا يصلح إلا للعبادة ولا يلتبس بغيره، لا تشترط فيه النية، كالإيمان بالله تعالى، والمعرفة والخوف والرجاء والنية وقراءة القرآن والأذكار؛ لأنها متميزة لا تلتبس بغيرها، وكذلك النية لا تحتاج إلى نية^(٢).

الفائدة الثانية: تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض، فالتقرب إلى الله تعالى يكون بالفرض والنفل، فشرعت النية لتمييزها^(٣). فالصوم قد يكون فرضاً أو نذراً أو نفلاً، والصلاة قد تكون كذلك، فشرعت النية لتمييز رتب هذه العبادات بعضها عن بعض.

ج - النية التي لا تترتب عليها أحكام شرعية:

وهي النية التي لا تقترن بفعل ظاهر على اللسان أو على سائر الجوارح، فلو طلق شخص زوجته في قلبه أو باع شيئاً ولم ينطق بلسانه، لا يترتب على

(١) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (ص ٥٩).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٩، ٣٠).

(٣) المرجع السابق.

ذلك الفعل الباطن حكم؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر ولا تناط بالمقاصد فقط^(١).

ولو اشترى شخص شيئاً بقصد أن يوقفه، وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك الشيء، فلا يصير وقفاً، حتى لو كان ينوي الوقف لمسجد.

والنذر، لا تكفي في إيجابه النية، بل لا بد من التلفظ به حتى يصير واجباً عليه، وحديث النفس لا يؤاخذ به ما لم يتكلم أو يعمل به؛ ولهذا (إن اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم).

قَالَ ابْنُ نُجَيْمٍ: وحاصل ما قالوه: أن الذي يقع في النفس من قَصْدِ المعصية أو الطاعة على خمس مراتب:

- الهاجس: وهو ما يلقي في النفس، وهذا لا يؤاخذ به إجماعاً؛ لأنه ليس من فعله، وإنما هو شيء ورَدَّ عليه لا قدرة له ولا صنْع.

- والخطر: وهو ما يجري في النفس، وقد كان الشخص قادراً على دفعه بصرف الهاجس أول وروده.

- وحديث النفس: وهو ما يقع في النفس من التردد؛ هل يفعل أو لا؟ وهو مرفوع بنص الحديث: "إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تكلم به"^(٢).

وإذا كان حديث النفس مرفوعاً إثمه، فمن باب أولى فالخطر أيضاً مرفوع ولا يؤاخذ به.

والهاجس والخطر وحديث النفس لو كانت في الحسنات لم يكتب بها

(١) المجموع (١٠/١٤٥). مكتبة الإرشاد، جدة، بدون تاريخ.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنور، باب إذا حث ناسياً في الأيمان (٤/١٥٣)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

أجر؛ لعدم القصد.

- وَأَمَّا أَلْهَمَ، فقد بين الحديث الصحيح أن الهمّ بالحسنة يكتب حسنة، والهم بالسيئة لا يكتب سيئة، ومنتظر، فإن تركها لله تعالى كتبت حسنة، وإن فعلها كتبت سيئة واحدة.

- وأما العزم، فالحققون على أنه يواخذ به، ومنهم من جعله من الهمّ المرفوع، وقال: من همّ بمعصية لا يأثم إن لم يصمم عزمه عليها، وإن عزم أثمّ إنمّ العزم لا أثمّ العمل بالجوارح، إلا أن يكون أمراً يتم بمجرد العزم كالكفر^(١).

د - شرط النية:

لما كانت النية عبادة، كان لها شروط لا تصح إلا بها، ولا يعتد بالنية إذا فقد واحد منها، وهي أربعة: الإسلام، والتميز، والعلم بالمنوي، وعدم المنافي بين النية والمنوي.

فالشرط الأول: وهو الإسلام؛ لأن نية العبادة لا تصح من الكافر؛ لأن العبادة لا تصح منه، فشرط صحة العبادة الإيمان بالله تعالى.

- ويستثنى من ذلك: المرأة الكتابية إذا كانت زوجة مسلم وطهرت من الحيض، فهل يشترط غسلها ليحل وطؤها؟ وإن قلنا بوجوب ذلك، فهل تشترط نيتها؟ في ذلك خلاف بين الفقهاء:

فالإمام مالك والشافعي وأحمد، يرون وجوب الغسل عليها، ويشترطون النية لذلك الغسل - وإن كانت ليست من أهلها - ليحل وطؤها، فالغسل لحقّ الزوج. وأما الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - فقال: يحل وطء الكتابية بمجرد انقطاع الدم لأقل من عشرة أيام، ولا يتوقف على الغسل؛ لأنها ليست من أهله، وإن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٤٩).

صَحَّ مِنْهَا لَوْ فَعَلْتَهُ.

- وكذلك يمين الكافر، هل تعتقد؟ وبالتالي هل تجب عليه الكفارة بالحنث؟ وهل عليه كفارة لو قتل مسلماً خطأً؟

فأبو حنيفة ومالك يرون أن الكافر لا تعتقد يمينه، سواء حنث حال كفره أو بعد إسلامه، ولا تصح منه الكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢]، وكذلك لا تصح منه الكفارة لو قتل مسلماً خطأً؛ لأن الكفارة عبادة، وهو ليس من أهلها^(١).

وأما الشافعي ومالك، فيرون أن يمين الكافر تعتقد وتلزمه الكفارة بالحنث فيها، سواء حنث حال كفره أو بعد إسلامه.

وكذلك تجب عليه كفارة قتل الخطأ عقوبة له، ويشترط نيتها منه للتمييز لا للقرية^(٢).

والشرط الثاني: وهو التمييز، ومعناه: القوة التي في الدماغ، وبها تستنبط المعاني، فلا تصح عبادة صبي لا يميز، ولا مجنون.

والشرط الثالث: وهو العلم بالمنوي إن كان فرضاً أو نفلًا، عبادة أو غيرها، لكن الذي لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو مفروض.

- ويستثنى من ذلك الإحرام بانبيهم في الحج؛ لأن علياً عليه السلام أحرم بما أحرم به النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وهو لا يعلمه، وصححه له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فجاز أن ينوي إحراماً

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٦)، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (٦٤).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٥٠)، المقاصد الشرعية (٦٤).

كإحرام غيره، وجاز أن ييهم إحرامه ثم يصرفه إلى أحد النسكين (الحج أو العمرة) أو إليهما^(١).

والشرط الرابع: وهو أن لا يأتي بمناف بين النية والمنوي، والمراد بالمنافي: العمل الخارج عن المنوي وليس من النية، كمن ارتد بعد نية العبادة، فتبطل عبادته^(٢).

هـ- الأفعال التي لا تتوقف على النية:

وهي الأفعال الصريحة في الدلالة على وصفها أو مضمونها، كالإقرار، والوكالة، والإيداع، والقذف، والسرقه.

فمن أقر بشيء لزمه، ما دام الإقرار قد صدر عنه بلفظ صريح، كأن يقول: لفلان عليّ كذا وكذا، لزمه ما أقر به، ولا يقبل قوله: كنت هازلاً، أو لم أكن جاداً في الإقرار.

وكذلك لو قال شخص لآخر: وكتلك بكذا، أو أودعت عندك كذا، أو أعرتك كذا، كان قوله هذا صريحاً لا يحتاج إلى نية، ولو قذف شخصاً شخصاً بالزنا جلدَ ثمانين جلدة، ولا يقبل عذره بأنه كان يمزح معه.

وكذلك لو ضُبط شخصٌ متلبساً بجريمة السرقة، فإنه تقطع يده، ولا يقبل عذره بأنه كان يمتحن المسروق منه أو يمزح معه.

و- وقت النية ومحلها:

بقي أن نعرف أن النية يجب أن تكون مقترنة بالفعل، فإذا تأخرت عنه أو تقدمت عليه بزمان طويل عرفاً، وكان العمل متوقفاً عليها، لا يصح هذا العمل،

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢١٥/١) لغز الدين بن عبد السلام، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، بدون تاريخ.

(٢) المرجع السابق.

وتجب إعادته.

ويستثنى من ذلك الصوم، فإن النية فيه تجزئ إن بيتت بليل، كذلك الأضحية، فإن النية فيها يجوز تقديمها على الذبح^(١).

٣- القواعد المندرجة تحت قاعدة: الأمور بمقاصدها:

هذه القاعدة من القواعد الكلية الكبرى التي يندرج تحتها قواعد كلية أيضاً، لكنها أقل شمولاً، ومن بين هذه القواعد ما يلي:

أ - قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟

فالصيغة المعبرة عن العقد، قد يأتي فيها لفظان، أحدهما بمفرده يدل على عقد، والآخر يدل على عقد آخر، مثل أن يقول شخص لآخر: وهبتك هذا الثوب بدينار. فهل يعتد بلفظ: (وهبتك) الدال على الهبة، أو يكون الاعتداد بالتركيب الذي وقع فيه، بحيث ينظر إلى الجملة جميعها، فيكون تبعاً؛ لأنها وقعت بعوض، أو يحكم بأن هذه الجملة لغو؛ لوجود التعارض بين أجزائها؛ لأن لفظ (وهبتك) يدل على أن العقد تبرع، في حين أن الذي تعلق به وهو (بدينار) يدل على أنه معاوضة.

وقد ثار جدال واسع بين الفقهاء في هذه القاعدة، وسوف أتناولها بالشرح والتوضيح في الوحدة الأخيرة المخصصة للقواعد الفقهية المختلف فيها، وأثرها في الفروع الفقهية.

ب- قاعدة: هل الأيمان مبنية على الألفاظ أو الأغراض:

يرى الحنفية والشافعية أن الأيمان مبنية على الألفاظ إن أمكن استعمال الألفاظ، وإلا فالأغراض.

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص٣٤)، المقاصد الشرعية (ص٧٠).

فلو أن شخصاً اغتاط من إنسان، فحلف أنه لا يشتري له شيئاً بدولار، فاشترى له شيئاً بجنیه، لم یحنت. ولو حلف لا یبعه بعشرة فباعه بأحد عشر أو بتسعة لم یحنت، مع أن غرضه الزیادة، لكن لا حنت بلا لفظ^(١).
وأما عند الحنابلة والمالكية، فالایمان ترجع إلى النية، لأن مبنى اليمين عندهم على نية الحالف إذا احتملت اليمين ما نواه، سواء كان موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له^(٢).

ج - قاعدة: هل الأيمان مبنية على العرف؟

یرى الحنفية والحنابلة أن الأيمان مبنية على عرف الحالف، فلو حلف لا یسكن بیئاً فسكن بیئاً من جلد أو شعر أو خيمة، فلا یحنت إن كان من سكان المدن، ویحنت إن كان من أهل البادية.
وعند الشافعية وقول لأحمد: یحنت إذا لم تكن له نية، سواء كان من سكان المدينة أو البدو.

وأما المالكية، فیرون أن الأيمان مبنية على النية أولاً، فإن لم تكن نية فعلى الباعث، أي یحمل یمینه على الباعث على هذا اليمين، فإن لم یكن باعث فعلى العرف، وإلا فعلى الوضع اللغوي.

فمن حلف أن لا یدخل أو یسكن بیئاً وهو من أهل المدن، وسكن بیئاً من بیوت الشَّعر، فإن لم تكن له نية فهو حانث؛ لأن الله تبارك وتعالى سمّاه بیئاً، وهذا یعنی أن اليمين هنا بدون النية مبنية على الاستعمال القرآني^(٣).

(١) الأشباه لابن نجيم (ص ٥٣).

(٢) المغني لابن قدامة (٧٦٣/٨، ٧٦٤)، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاریخ.

(٣) اللونة الكبرى (٥/٢) للإمام مالك بن أنس برواية سحنون، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى ١٣٢٣هـ.

د - اليمين على نية الخالف أو على نية المستحلف؟

يرى بعض الأحناف أن مقاصد اللفظ على نية الالفاظ، إلا في اليمين فقد استثنوها، وقالوا: اليمين عند القاضي على نية الخالف إن كان مظلوماً، بينما يرى البعض الآخر من الحنفية أن اليمين على نية الخالف مطلقاً سواء كان ظالماً أو مظلوماً^(١).

وأما عند الشافعية، فاليمين على نية القاضي عند التحالف.

وأما المالكية وظاهر مذهب الحنابلة، فيرون أن اليمين في الأحكام كلها على نية المستحلف وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية، ولا ينفع فيها الاستثناء^(٢).

هـ - المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في القربات والعبادات:

فهذه القاعدة أوردها ابن القيم في إعلام الموقعين^(٣)، وذكر أن القصد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة.

وهذه القاعدة لها أدلة كثيرة لا تنحصر، ومنها قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعيًا: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُونَهَا ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وذلك نصٌّ

(١) غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لياقوت حموي، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥م.

(٢) قوانين الأحكام الشرعية (٣٣٤) لابن جزى الغرناطي المالكي، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (ص ٧٩).

(٣) إعلام الموقعين (٩٦، ٩٥/٣) لابن قيم الجوزية، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.

في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار.
وفي شأن الخلع، قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. فبيّن تعالى أن الخلع المأذون فيه إنما يباح إذا ظنّا أن يقيما حدود الله.

وفي شأن الوصية يقول تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢]، فقدّم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار؛ فإن قصده، فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها.
ومن أمثلة هذه القاعدة:

المثال الأول: ذبح الحيوان بنية الأكل يحل، ويحرم إن ذبح لغير الله.
المثال الثاني: غير المُحَرَّم بحج أو بعمره إن صاد الصيد المحرم، حرم على المحرم أكله، وإن صاده لغير المحرم جاز للمحرم أن يأكل منه.
المثال الثالث: عصر العنب بنية أن يكون خمراً لا يجوز، بخلاف ما لو نوى أن يكون خلاً^(١).

(١) إعلام الموقعين (٣/٩٦).

الفصل الثاني

قاعدة: اليقين لا يزول بالشك

الأهداف التعليمية للفصل الثاني:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

١- تعرف معنى قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

٢- تدرك أهمية قاعدة: اليقين لا يزول بالشك فيما يندرج تحتها من قواعد.

٣- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من قاعدة: اليقين لا يزول بالشك لا سيما في مجال القضاء.

الفصل الثاني

قاعدة: اليقين لا يزول بالشك

١- شرح القاعدة:

أ - اليقين لغة: العلم الذي لا تردُّ معه، وهو في أصل اللغة، الاستقرار، يقال: يَقرن الماءُ في الحوض إذا استقر، ولا يتصور في تحقيق اليقين الاعتراف والتصديق، بل يتصور معه الجحود^(١) كما قال تعالى: ﴿وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا﴾ [النمل: ١٤].

ب - واليقين في اصطلاح العلماء، هو: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت^(٢). فخرج بالقيد الأول، أعني: (الجازم) الظن وغلبة الظن؛ لأنه لا جزم فيهما، وإن كان البعض يقول إن غلبة الظن تلحق باليقين. وخرج بالقيد الثاني: (المطابق للواقع) ما ليس مطابقاً للواقع، وهو الجهل حتى وإن كان صاحبه جازماً.

وخرج بالقيد الثالث (الثابت) اعتقاد المقلد فيما كان صواباً؛ لأن اعتقاده إذا لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال.

لكن المناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى اللغوي الأول؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تُبنى على الظاهر، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشارع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يميز أن يكون الواقع على خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبيينة الشرعية، فإنه في نظر الشارع يقين كالثابت بالعيان، مع أن

(١) مختار الصحاح (ص ٧٦٨) لمحمد بن أبي بكر الرازي، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٤) للشيخ أحمد الزرقاء، تحرير القواعد المنطقية (ص ١٦٦) لقطب الدين محمود بن محمد الرازي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ.

شهادة الشهود لا تخرج عن كونها أخبار آحاد يميز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال ضعيف لا يُخرج ذلك عن كونه يقيناً؛ لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابلة، ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر^(١).

و(الشك) هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر^(٢)، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل، ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموراً، لكن لم يطرح الاحتمال الآخر، فهو الظن^(٣)، فإن طرح الاحتمال الآخر، بمعنى أنه لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه فهو غالب الظن، وهو معتبر شرعاً بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر، وذلك كما إذا رأى إنسان عيناً في يد آخر يتصرف فيها تصرفاً يغلب على ظن من يشاهده أنها ملكه، وكان مثله يملك مثلها، ولم يخبر الرائي عدلان بأنها ملك غيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكها^(٤).

٢- وأدلة ثبوت هذه القاعدة كثيرة، منها:

أ - ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكلك عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً"^(٥).

ففي هذا الحديث نجد أن اليقين وهو عدم خروج شيء من القبل أو الدبر

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٤).

(٢) مختار الصحاح (ص ٣٦٧).

(٣) المعجم الوجيز (ص ٤٠١) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

(٤) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٥، ٣٦).

(٥) صحيح مسلم (٢٧٦/١) الحديث رقم (٩٨)، كتاب الحيض، باب الدليل على من يقن الطهارة ثم

شك في الحدث، طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.

من صوت أو ريح لا يزول بالشك، وهو أن يشكل على الإنسان خروج شيء من ذلك.

ب - ما أخرجه النسائي بسند صحيح عن عباد بن تميم عن عمه، قال: "شكيت إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: "لا يتصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً"^(١).

قال السيوطي في الأشباه والنظائر: "اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المتخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر، ولو سردتها لَطَالَ الشرح".

٣- فروع قاعدة: اليقين لا يزول بالشك :

ومن هذه الفروع ما يلي:

أ - من تيقن الطهارة وشك في الحدث، فهو متطهر. ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث^(٢).

ب - إذا شك في إخراج ما عليه من الزكاة، فإنه يجب عليه إخراج الزكاة وينوي التقرب، وإذا أدى الزكاة من مال يظن حله فأخلف ظنه لم تسقط الزكاة بذلك، وكذلك إذا عجل الزكاة على ظن بقاء الفقر إلى الحول فأخلف ظنه باستغناء الفقير لم تسقط الزكاة بذلك، وله الرجوع لخروج المقبوض عن كونه زكاة^(٣).

ج - إذا أحرم بالعمرة، ثم بالحج، وشك هل كان أحرم بالحج قبل طوافه فيكون

(١) سنن النسائي (١/٩٦)، كتاب الطهارة، باب من شك في الحدث. طبعة دار الفكر بيروت بدون تاريخ.

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٤٧)، بدائع الفوائد (٣/٢٧٢) لابن قيم الجوزية. دار الكتاب العربي بيروت. بدون تاريخ.

(٣) قواعد الأحكام (٢/٦٥).

صحيحاً، أو بعده فيكون باطلاً؟ حُكم بصحته؛ لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقن أنه كان بعده، وهذا كمن تزوج وأحرم، ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده؟ فإن الشافعي نص على صحة نكاحه؛ لأن الأصل عدم الإحرام^(١).

د - إذا أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً: أظن أنه يوجد لك بدمتي كذا من المال، فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم؛ لأن الأصل براءة الذمة؛ والأصل هو المتيقن، فما لم يحصل يقين يشغ ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له، إذ أن إقراره لم ينشأ منه عن يقين، بل عن شك وظن، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر^(٢).

هـ - ما نص عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الأموال الربوية كالمكليات والموزونات؛ لأن المماثلة في بيعها شرط محقق، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها، فلا تثبت الصحة بناءً على الأصل المقدر، وهو أن الحكم المعلق على شرط أو المشروط بشرط إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت؛ لأن ما ليس بيقين لا يثبت بالشك، والثابت بيقين لا يزول بالشك، ولأن الشك في المماثلة هو عين المفاضلة^(٣).

و - إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة، وانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطع أخباره صار شكاً في حياته، إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة من قبل، ومن ثم فلا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٥٧).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (ص ٢٠)، تأليف علي حيدر تعريب المحامي فهمي الحسين دار الكتب العلمية بيروت بدون.

(٣) المقاصد الشرعية (ص ٨٣).

يقينًا، وعلى العكس من ذلك إذا سافر آخر بسفينة، وثبت غرقها، فيحكم بموت الرجل؛ لأن موته ظنٌّ غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين.
 ز - لو عقد على أختين بعقدين متعاقبين، ونسي الأول، فإنه يفرق بينه وبينهما، ولا يجوز ترجيح أولية عقد إحداهما على الأخرى بغلبة الظن، بل لا بد من العلم؛ لأن التحري أو غلبة الظن لا يجري في مسائل الفروج^(١).

ح - الحمل، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلًا جازمًا على وجود الحمل ولم ينوا عليه الأحكام الجازمة، وإن كان يغلب على ظن كل من رأى امرأة ظهر عليها علامات الحمل أنها حامل. فلو أوصى إنسان للحمل شيئًا، لا تصح الوصية له أو الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن أن الحمل كان موجودًا^(٢).

ط - إقرار الحاكم بالشيء إن كان على جهة الحكم كان حكمًا، وإن لم يكن على جهة الحكم بأن كان في معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكمًا أي أننا إذا شككنا في ذلك لم يكن حكمًا؛ لأن الأصل بقاءه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء^(٣).

٤- مستثنيات قاعدة: اليقين لا يزول بالشك :

ولهذه القاعدة مستثنيات كثيرة أيضًا، منها:

أ - لو شك ماسح الخف في بقاء المدة أو انتهائها، كأن شك في الحدث الناقض لوضوئه الذي لبس عليه الخف، هل كان وقت العصر أو وقت المغرب، فإنه

(١) المرجع السابق (ص ٨٤).

(٢) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٨٨)، قواعد ابن رجب (ص ١٨٣).

(٣) انقاصد الشرعية (ص ٨٥).

يجعله في وقت العصر حتى لا يصلي. مسح وهو شاكٌ بالطهارة.

فهنا طرحنا اليقين، وهو جواز المسح، فجواز المسح متيقن، وانقضاء المدة مشكوك.

وسبب هذا الاستثناء: أن المسح رخصة، والرخص تُبنى على الاحتياط^(١).

ب - إذا بال حيوان في ماء ثم وجدته متغيراً، فإنه يحكم بنجاسته، وإن احتُمل تغيره بطول مكث أو بسبب آخر.

وحكم بالنجاسة عملاً بالظاهر، مع أن الأصل الطهارة؛ لأن الظاهر مستند إلى سبب معين وهو البول، فترجح بذلك إلى الأصل، وهذا إذا كان الماء قلتين^(٢) فأكثر بحيث يغيره ذلك البول.

أما إذا انتهى إلى الماء عقب البول، فلم يجده متغيراً، ثم عاد في زمن آخر فوجده متغيراً فلا يحكم بنجاسته بل يستعمله؛ لأنه تيقن أن تغير الماء ليس بسبب البول.

وإذا كان الماء أقل من قلتين، فإنه يحكم بنجاسته قطعاً حتى لو لم يتغير؛ لأن ما كان أقل من قلتين يتنجس بملاقاته للنجاسة، سواء تغير أم لا^(٣).

ج - الشك في موضع النجاسة من الثوب أو البدن أو غير ذلك، فلا تزول هذه النجاسة إلا بغسل جميع ما شك فيه. فإذا تيقنا النجاسة على اليد، وشككنا هل هي في اليمنى أو اليسرى، فعلينا غسل اليدين، ولا يجوز الصلاة في هذه

(١) معني المحتاج (٦٧/١) للخطيب الشربيني لشافعي، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٢هـ - ١٩٩٣م.

(٢) القلة: بناء للعرب كالجرة الكبيرة، وقد يجمع على قلال، والقلتان: حمسمائة رطل بغدادية تقريباً، وبالمساحة في المربع ذراع ورعب طولاً وعرضاً وعمقاً، وفي المدور ذراعان طولاً وذراع عرضاً. مختار الصحاح (ص ٥٧٥)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (١/٣٢، ٣٣) للخطيب الشربيني الشافعي - طبع على نفقة الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي (ص ١٩).

الحال إلا إذا تيقنا زوال جميع النجاسة، ولا يتيقن ذلك حتى يغسل كل محل
يحتمل أن تكون النجاسة قد أصابته^(١).

فاليقين أن إحدى اليدين غير متنجسة، وقد طرحنا اليقين وعملنا بالشك
وغسلنا اليدين.

د - لو شك المسافر، هل نوى الإقامة أو لا؟ فعليه أن يتم صلاته أربعاً؛ للشك
في سبب الرخصة؛ لأن الرخص لا تناط بالشك^(٢).

فهنا نجد أن المسافر قد طرح اليقين وأخذ بالشك في نية الإقامة، وترتب عليه
وجوب إتمام الصلاة أربعاً.

ومن العجيب أن ابن نجيم الحنفي علل وجوب الإتمام بأن الرخص لا تناط
بالشك مع أن الحنفية يقولون بأن القصر عزيمة^(٣).

هـ - من عليه فائتة وشك في قضائها، فإنه لا يلزمه قضاؤها، مع أن الأصل بقاؤها^(٤).

ولعل العلة في ذلك، هي تعذر أدائها على الوجه الصحيح؛ لأنه لو أداها مع
الشك لا تصح جزماً؛ لعدم الجزم بالنية.

قال ابن نجيم: "رجل لا يدري هل في ذمته قضاء الفوائت أو لا؟ يكره أن
ينوي الفوائت"^(٥).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦٥)، الأم (٤٧/١) للإمام الشافعي. مطبعة بولاق بالقاهرة ١٣٢٩

هـ. للزيلعي الحنفي طبعة دار الحديث، القاهرة بدون تاريخ، والأشباه لابن النجيم (ص ٧٢).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦٥)، الأم (٤٧/١) للإمام الشافعي. مطبعة بولاق بالقاهرة ١٣٢٩

هـ. للزيلعي الحنفي طبعة دار الحديث، القاهرة بدون تاريخ، والأشباه لابن النجيم (ص ٧٢).

(٣) نصب الراية (٢/٢٩١).

(٤) الأشباه للسيوطي (ص ٦٦)، والأشباه لابن نجيم (ص ٧٣).

(٥) الأشباه لابن نجيم (ص ٧٣).

ولو قضى المصلي الفاتئة بنية جازمة ولم يتردد فيها غير أنه شك، هل قضاها أو لا، فقضاها، فينبغي أن تجزئه؛ لأن الشك في القضاء وعدمه خارج عن النية^(١).
وأما إن كانت عليه فاتئة، فشك في قضائها، فنوى تلك النافلة إن كانت عليه، وإلا فهي فرض الوقت، فإن هذه الصلاة لا تجزئه عن الفرض؛ لعدم الجزم بالنية.

أما إن كانت عليه فاتئة وشك في أدائها، فقال: أصلي عنها إن كانت وإلا فنافلة، فظهر أنه لم يؤديها، فإن صلاته تصح^(٢).
ولعل سبب الصحة هنا أنه نوى الفرض إن كان عليه، فإن لم يكن عليه فرض فإن صلاته تقع نفلاً حتى لو لم ينو النفل.

و - هذا، وستأتي مستثنيات أخرى تحت القواعد المتفرعة من هذه القاعدة.

٥- القواعد المتفرعة من قاعدة: اليقين لا يزول بالشك:

أ- قاعدة: الأصل في الصفات العارضة العدم:

أولاً: شرح القاعدة:

الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً. بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، وهذه الصفات تسمى (بالصفات العارضة)، والأصل فيها العدم؛ لأن وجودها طارئ وعارض، وذلك مثل كون المبيع عيباً، أو كون العقد غير صحيح، ومثل هذه الصفات وغيرها من الأمور التي

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١٨٢/١) لياقوت الحموي الحنفي. طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٥م.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي (٣٨١/١) تحقيق لدكتور عبدالفتاح أبو العنين، وهي رسالة دكتوراة بكلية الشريعة بالقاهرة. المجموع للنووي الشافعي (٤٩٢/١) مكتبة الإرشاد، جدة بدون تاريخ.

توجد بعد العدم، كسائر العقود والأفعال.
الثاني: الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته، وهذه تسمى (الصفات الأصلية)، والأصل فيها الوجود، كبكاراة البنت، وسلامة المبيع من العيوب، والصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ هو البقاء بعد ثبوت وجودها؛ لأن (الأصل بقاء ما كان على ما كان).

والذي يدعى الصفة الأصلية، فالقول قوله، والذي يدعي الصفة العارضة فإنه يكون قد ادعى خلاف الأصل.
ثانياً: أمثلة هذه القاعدة، كثيرة؛ منها:

المثال الأول: لو اشترى شخص من آخر بقرة، ثم طلب المشتري ردّها لكونها غير حلوب، وأنكر البائع وقوع البيع على هذا الشرط.
فالصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب، وصفة الحلب طارئة، ولهذا فإن القول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط، وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه^(١).

المثال الثاني: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع، ولم يُعَلَّم هل دخل اللبن في حلقة أو لا، فإن النكاح لا يجرم؛ لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن.

المثال الثالث: إذا اختلف المضارب ورب المال في حصول البيع وعدمه، فالقول للمضارب، والبينة على رب المال لإثبات الربح؛ لأن الأصل عدمه.

(١) درر الحكام (١/٢٣)، شرح القواعد الفقهية (ص ٦٩، ٧٠).

المثال الرابع: لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار، فالقول لمنكره؛ لأنه صفة عارضة.

المثال الخامس: لو قال الوصي: لم أبحر في مال اليتيم، أو أبحر فلم أربح أصلاً، أو ما ربحت إلا كذا، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم التجارة وعدم الربح، والتجارة صفة عارضة^(١).

ثالثاً: من مستثنيات هذه القاعدة ما يلي:

المثال الأول: إذا تصرف الزوج في مال زوجته، ثم ماتت الزوجة، وادعى الورثة أن الزوج تصرف في مالها بدون إذنها، وادعى الزوج أنه تصرف بإذنها، فالقول للزوج بيمينه، مع أنه يدعي إذن الزوجة له، وهو أمر عارض.

ووجه هذا الاستثناء: أن الغالب المعتاد أن يتصرف الزوج في مال زوجته بإذنها؛ لأنه أقرب الناس إليها، وكلاهما يعلم عن الآخر ما لا يعلمه غيرهما. فقريئة الزوجية تقوي ادعاء الزوج بأنه قد تصرف بإذن زوجته وإذا كان الأصل عدم الإذن، فإن الظاهر يكفي لدفع هذا الأصل^(٢).

المثال الثاني: لو جاء المضارب بمال وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل، فالقول قول المضارب، مع أن الأصل عدم الربح.

المثال الثالث: لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم، فادعى الأب أنه أنفق عليهم، فالقول قوله مع اليمين، مع أن الأصل عدم الإنفاق.

المثال الرابع: لو أراد الواهب الرجوع في هبته، فادعى الموهوب له هلاك

(١) المرجعان السابقان نفس الصفحات.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه: رد المختار على الدر المختار (٩/٢٦٦). طبعة دار الكتب العلمية، بيروت -

لسان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

الموهوب، فالقول قوله ولا يمين عليه؛ لأنه حكى أمراً يملك استثنائه.

المثال الخامس: لو اختلف الزوجان في هبة المهر، فقالت الزوجة: وهبته لك بشرط أن لا تطلقني، وقال الزوج: بغير شرط، فالقول قولها، مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه^(١).

ب- قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان:

أولاً: شرح القاعدة:

(الأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يقوم الدليل على خلافه)؛ لأن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه، بطل.

وهذه القاعدة عبر عنها السيوطي بقوله: (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه)^(٢)، فما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفيًا يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره.

ودليل هذه القاعدة: الاستصحاب، وكون (القديم يبقى على قدمه) والاستصحاب عند الأصوليين يختلف عنه عند الفقهاء، فهو عند الأصوليين على عدة أنواع منها:

النوع الأول: استصحاب النص إلى أن يرد نسخ، أي العمل بالنص من كتاب أو سنة حتى يرد دليل ناسخ.

النوع الثاني: استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص، أي العمل باللفظ العام حتى يرد المخصص فيقصر العام على بعض أفراده.

النوع الثالث: استصحاب الحال وهو: ظن دوام الشيء بناءً على ثبوت

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٧١، ٧٢).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٢٥١).

وجوده قبل ذلك.

وهذا النوع الأخير قريب من تعريف الفقهاء للاستصحاب، فقد عرفه الفقهاء بأنه: لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، كالمملك عند جريان العقد المملك، وشغل ذمة المثلث عند وقوع الإلتلاف، وذمة المدين عند مشاهدة استداتته. وينقسم الاستصحاب عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: أن الشيء إذا كان على حال في الزمان الماضي فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره، وسَمَّاهُ بعضهم باستصحاب الماضي للحال.

الثاني: أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها، وهذا يسمى الاستصحاب المعكوس، وسماه بعضهم استصحاب الحال للماضي.

والقاعدة التي معنا تشير إلى النوع الأول^(١).

ثانياً: فروع القاعدة:

ومن فروعها ما يلي:

الفرع الأول: مسألة المفقود إذا انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته، فهذا يحكم بحياته؛ لأنه حين تغيبه كانت حياته محققة، فما لم يبق دليل على موته حقيقة أو يحكم بموته حكماً فليس لورثته اقتسام تركته، ولا تؤخذ وديعته ولا تبين منه امرأته.

الفرع الثاني: إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها، فأنكر الزوج طلاقها ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وفي دعواها الطلاق شكٌ لعدم وجود ما يثبت ذلك، فالتيقن إذاً هو النكاح،

(١) المقاصد الشرعية (ص ٨٦، ٨٧).

والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك.

ولا يقال: إن هذا يتعارض مع قاعدة: (الأصل في الأبضاع التحريم)؛ لأن هذه القاعدة تجري قبل النكاح لا بعده، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل، وكان الطلاق أمراً طارئاً، فإن ثبت بالإقرار أو بالشهود زال النكاح؛ لأن (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين).

الفرع الثالث: إذا مات نصراني، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته فأستحق في ميراثه، وقال الورثة: بل أسلمت قبل موته، فلا ميراث لها. فالقول قول الورثة عند بعض الفقهاء؛ لأن سبب الحرمان قائم في الحال وهو اختلاف الدين، فيثبت فيما مضى؛ تحكيماً للحال.

ولهذا الحكم وجه آخر، وهو أن إسلامها حادث، والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته^(١).

الفرع الرابع: لو ادعت امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة، صدقت بيمينها، ولها نفقة العدة؛ لأن الأصل بقاء العدة بعد وجوبها^(٢).

الفرع الخامس: لو اختلف البائع والمشتري في مدة خيار الشرط، أو في مضي مدة أجل الثمن، فالقول لمنكر عدم السقوط؛ لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ثم ادعى أحدهما السقوط، والأصل بقاؤهما بعد الثبوت. ثالثاً: ومن مستثنيات القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو ادعى المودع رد الوديعة أو هلاكها، والمالك ينكر، فالقول

(١) المقاصد الشرعية (ص ٨٧، ٨٨)، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٥٨، ٥٩).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٤٤).

للمودع، مع أن الأصل بقاءها عنده؛ وذلك لأن كل أمين ادعى ردّ الأمانة إلى مستحقها فالقول قونه يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي أو التقصير.

الفرع الثاني: لو ادعت المرأة مضيّ عدتها في مدة تحمل، صدقت يمينها، مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها؛ وذلك لأن مضيّ العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً، فقبُل قولها في ذلك ضرورة^(١).

ج - قاعدة: لا تعارض في البيّنات:

وهذه القاعدة ذكرها ابن القيم في الجزء الرابع من كتابه "بدائع الفوائد"^(٢)، ومعناها: أن الأدلة المفيدة لليقين لا تتعارض بحال في الشريعة الإسلامية، بخلاف الأدلة الظنية فإنها قد تتعارض، وعند تعارضها لا يعمل إلا بأحدها قبل الترجيح؛ لأن الجمع بين المتعارضات غير ممكن، والعمل بما جميعاً من غير ترجيح لا يصح.

فإذا لم يمكن الترجيح وجب التوقف حتى يتأتى الترجيح بأي قرينة من القرائن الملفوظة أو الملحوظة، وقيل: يجوز العمل بأينها شاء المكلف.

قال ابن القيم رحمه الله: "فائدة: شرط العمل بالظنيات: الترجيح عند التعارض، فإن وقع التساوي ففيه قولان: التخير أو التوقف، فإن كان طريق العمل التقليد"^(٣)، فهل يشترط الترجيح في أعيان من يقلده؟ قال: فيه وجهان: فإن كان طريق العمل اليقين فلا مدخل للترجيح؛ إذ الترجيح إنما يكون بين

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٤٨).

(٢) بدائع الفوائد (٤/٣٨).

(٣) المجتهد لا يعمل بالتعارض إلا بعد الترجيح، أما المقلد فإنه قد يشترط في العمل بالتعارض أن يكون مقلداً لإمام معين يرححه، وقد لا يشترط ذلك.

متعارضين، ولا تعارض في اليقينية^(١).

وهذه القاعدة تعد من القواعد الأصولية من وجه، وتعد من القواعد الفقهية من وجه آخر، فمن حيث النظر في الأدلة المتعارضة وترجيح إحداها بالقرائن تكون أصولية، ومن حيث العمل بمقتضى الدليل الذي رجحه المجتهد تكون قاعدة فقهية^(٢).

د - قاعدة: الأصل براءة الذمة:

أولاً: شرح القاعدة:

الذمة في اللغة: العهد والأمان والكفالة وجمعها ذمام، وفلان له ذمة أي حق، وفي حديث علي - كرم الله وجهه: "ذمتي رهينة وأنا بما زعيم"، أي: ضماني وعهدي رهن في الوفاء به.

والذمام: كل حرمة تلزمك إذا ضيعتها، ومن ذلك يسمى أهل العهد أهل الذمة، وهم الذين يؤدون الجزية من المشركين كلهم، ورجل ذمي معناه: رجل ذو عهد^(٣).

والذمة في الاصطلاح: معنى قائم بالشخص يقبل الإلزام والالتزام، وبراءة الذمة، أي: خلوها من المسؤولية وعدم التزامها بشيء من الحقوق^(٤).

فالإنسان يظل لذمته كما ولد، أي: بريئاً من كل حق غير مشغولة ذمته

(١) بدائع الفوائد (٤/٣٨).

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٦٢، ٦٣).

(٣) لسان العرب باب الذال، ذَمَّ (ص ١٥١٧).

(٤) القواعد الكلية للفقه الإسلامي (ص ٢٠٢)، للدكتور أحمد محمد الحصري، طبعة مكتبة الكليات

الأزهرية ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

بأي التزام أو مسئولية حتى يعرض لهذه الذمة ما يقتضي التزامها بحق، وتستمر هذه البراءة للذمة الإنسانية طالما لم يطرأ ما يزيل هذه البراءة ويشغلها بحق للغير، بناءً على بينة أو إقرار أو يمين.

وكذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بآخر أو يمين المدعي؛ ولذا أيضاً كان القول قول المدعى عليه؛ لموافقته الأصل.

ثانياً: ومن فروع القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو اختلفا في قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير والمستلم، والغاصب، والمودع المتعدي، فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة ذمته مما زاد^(١).

الفرع الثاني: لو توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، لا يقضى بمجرد نكوله؛ لأن الأصل براءة ذمته، بل تعرض اليمين على المدعي.

الفرع الثالث: من صيغ القرص: ملكتكه على أن تردّ بدله، قالوا: فلو اختلفا في ذكر البدل، فالقول قول الآخذ؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٢).

هـ— الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقات حدوثه:

أولاً: شرح القاعدة:

إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر، فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات في الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك، وهذا إذا كان الحدوث متفقاً عليه، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه. واعتبار هذه القاعدة مقيد بأن لا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت مقرر

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٥٩).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣).

فالأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت؛ لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت. وهذا ما سيظهر جلياً عند مستثنيات القاعدة؛ لأن معظم تلك المستثنيات إنما خرجت عن هذه القاعدة؛ لأن تطبيقها عليه يستلزم نقض ما هو ثابت متقرر^(١).

ثانياً: ومن فروع القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو رأى في ثوبه منياً، ولم يذكر احتلاماً، لزمه الغسل على الصحيح، وتجب عليه إعادة كل صلاة صلاحاً من أحدث نومة نامها فيه.

الفرع الثاني: لو ضرب بطن الحامل، فانفصل الولد حياً، وبقي زماناً غير متألم، ثم مات، فلا ضمان على الضارب؛ لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر، بخلاف ما لو مات عند ضربه، أو بقي متألماً حتى مات، فإنه تجب فيه دية كاملة لتيقن حياته، ولا شك أنه في حالة الضمان عليه فإنه يعاقب عقوبة دون الدية.

الفرع الثالث: لو فتح قفصاً عن طائر، فطار في الحال ضمنه، وإن وقف ثم طار فلا ضمان؛ إحالة على اختيار الطائر.

الفرع الرابع: ابتاع عبداً، ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات بذلك المرض عند المشتري فهو من ضمانه في الأصح؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، ولا تتحقق إضافته إلى السابق^(٢).

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٧٨).

(٢) المشور في القواعد للزرکشي (١/١٧٤، ١٧٥). طبعة وزارة الأوقاف، بالكويت، الطبعة الأولى،

الفرع الخامس: لو طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه، فصار بذلك فاراً، فترث هي منه، وقال الورثة: إنه أبانها وهو في صحته فلم يكن فاراً، فلا ترث، فإن اقول في ذلك قول الزوجة، والبينة على الورثة؛ لأن الزوجة تضيف الحادث، وهو الطلاق إلى أقرب الأوقات من الحال وهو زمن المرض^(١).

ثالثاً: ومن مستثنيات القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية. فقال البائع له: إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري، فالقول للمشتري؛ لأن المشتري ينكر الرؤية، وهي أمر عارض، والأصل في الصفات العارضة العدم.

الفرع الثاني: لو تزوج رجل بامرأة ثم جاءت بولد واختلفا، فقال الزوج: إنك ولدت قبل أن يتم لعقد النكاح ستة أشهر فالولد ليس بثابت النسب مني، وقالت الزوجة: ولدت بعد أن تم العقد ستة أشهر. فالولد ثابت النسب منك، فالقول قول الزوجة بيمينها، ولو أراد الزوج أن يقيم بينة على دعواه لا تقبل أيضاً؛ لأنها بينة تقوم في المعنى على النفي، وهو عدم تمام ستة أشهر من حين العقد إلى حين الولادة، والبينة على النفي لا تقبل.

الفرع الثالث: لو دفع لآمر ألفاً مثلاً ليشتري شيئاً بعينه، فاشتراه وهلك الدرهم في يده، ثم اختلفا، فقال الأمر: هلكت قبل الشراء أي: بطلت الوكالة بدلاؤها، فوقع الشراء للوكيل ويجب على الوكيل دفع ثمن ما اشتراه لنفسه، وقال المأمور: هلكت بعد الشراء، أي: فيكون الشراء للآمر، ويكون للمأمور الرجوع

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٧٨).

عليه بمثلها، فالقول للأمر بيمينه^(١).

الفرع الرابع: لو كان المرض مخوفاً، فتنزع، ثم قتله إنسان أو سقط من

سطح، فمات، أو غرق، حُسِبَ تبرعه من الثلث، كما لو مات بذلك المرض.

الفرع الخامس: لو ضُربَ على يده، فتورمت، ثم سقطت بعد أيام، وجب

القصاص^(٢).

الفرع السادس: لو ادعى شخص أن إقراره وقع حال طفولته وادعى المقر

له أن إقرار المقر حصل بعد البلوغ، فالقول للمقر مع اليمين^(٣).

ففي هذا الفرع: اتفق الطرفان على حدوث الإقرار، ولكنهما اختلفا في

الوقت الذي حدث فيه الإقرار، فالمقر يدَّعي أن إقراره وقع في حال طفولته، أي: قبل

بلوغه، بمعنى أنه لا يعتد بإقراره إلا إذا أقر من جديد بعد بلوغه. والمقر له يدعي أن

إقرار المقر وقع بعد بلوغه، أي: يعتد به ويؤاخذ به، ويكون الحق للمقر له.

وهنا: يقبل قول المقر بيمينه، مع أن الوقت الذي يدَّعي حدوث الإقرار فيه

كان أبعد من الوقت الذي يدعيه الطرف الآخر، وهذا على خلاف قاعدة

(الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقات حدوثه).

ووجه هذا الاستثناء: أننا أخذنا بقول المقر؛ لأنه يدعي براءة ذمته من الأثر

الذي ترتب على إقراره بحجة أن إقراره كان في وقت طفولته: فلا يؤاخذ بما

يترتب عليه من دَينٍ والتزامات.

فقاعدة: (الأصل براءة الذمة) و(الأصل بقاء ما كان على ما كان) تُقدَّم في

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٨٠، ٨١، ٨٢).

(٢) المتثور في القواعد (١/١٧٦).

(٣) درر الحكام (١/٢٦).

العمل على قاعدة و(الأصل إضافة احداث إلى أقرب أوقات حدوثه)^(١).

و- قاعدة: لا عبرة للتوهم:

أولاً: شرح القاعدة:

التوهم: إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر مُتَرَدِّد فيه^(٢). والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع، ولذلك لا يعمل في تأخير حق صاحب الحق؛ لأن الثابت قطعياً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم، بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع، فيعمل بتأخير الحكم، كما جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب؛ لأن الصلح بين الأقارب أمر متوقع كثير الوقوع.

وهذه القاعدة ليست كقاعدة (لا عبرة بالظن البين خطؤه)، فإن (الظن) إدراك الطرف الراجح، و(لوهوم) إدراك الطرف المرجوح، ولكن يمكن أن يقال: إن حكم قاعدة: (لا عبرة للتوهم) يفهم بالأولى من قاعدة: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

ولكن هذا الفهم خاطئ، أي أن من يفهم أن قاعدة التوهم من قاعدة الظن، ففهمه خاطئ؛ لأن قاعدة (لا عبرة بالظن البين خطؤه) لا يعمل فيها بالظن بعد أن تبين خطؤه تماماً، أي: يكون في درجة أقل من التوهم أصلاً؛ لأن التوهم قد يصبح حقيقة بخلاف الظن الذي تبين خطؤه.

أما قاعدة: (لا عبرة للتوهم) فمعناها: أن التوهم لا يبنى عليه حكم شرعي، فإننا لا نعمل بالتوهم دون انتظار لبتين خطؤه من عدمه.

وفهم من قاعدة: (لا عبرة للتوهم) أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على

(١) درر الحكام (٢٦/١)، شرح القواعد الفقهية (ص ٨١)، وانظر كتابنا المستنليات من القواعد الفقهية في

العبادات والمعاملات (ص ٤٠٧، ٤٠٦). طبعة دار الوفاء، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

(٢) لسان العرب كلمة وهم (ص ٤٩٤٣).

وهم، فكذا لا يجوز تأخير الشيء الثابت أصلاً بصورة قطعية لحدوث وهم طارئ^(١).

ثانياً: ومن فروع القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو أثبت الورثة إرثهم للميت بشهود، وقالوا: لا يوجد ورثة غيرنا للميت بشهادة شهود؛ فإنه يقضى لهم بالإرث، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم؛ لأن ذلك أمر موهوم^(٢).

الفرع الثاني: لو توفي المفلس، تباع أمواله وتقسم بين الغرماء، وإن توهم ظهور غريم آخر جديد، والواجب للمحافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم، ولكن لَمَّا كان لا اعتبار للتوهم، فإنها تقسم على الغرماء، وإن ظهر غريم آخر جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

الفرع الثالث: إذا ولدت المرأة، فطهرت قبل الأربعين، اغتسلت وصلت بناءً على الظاهر؛ لأن معاودة الدم أمر موهوم، فلا يترك المعلوم وهو الطهارة بالموهوم.

الفرع الرابع: وإذا جرح شخص شخصاً آخر، ثم شفي المجرّح من جرحه تماماً، وعاش مدة، ثم توفي، فادعى ورثته بأنه من الجائر أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح، لا تسمع دعواهم؛ لأنه لا عبرة للتوهم^(٣).

ثالثاً: ومن مستثنيات القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: لو تهدم بعض الدار المستأجرة، فإن الإجارة لا تنفسخ، بل يثيب للمستأجر الخيار، ولو أصلح المؤجر الدار قبل مضي زمن يسير لا أجره له فلا خيار للمستأجر أيضاً، ولو تهدمت الدار كلها قبل تسليمها للمستأجر، فإن

(١) درر الحكام (٦٥/١) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٩٩، ٣٠٠)، وانظر: المستثنيات من القواعد الفقهية (ص ٣٧٠).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٩٩).

(٣) القواعد الفقهية (ص ٣٧٨) للشيخ علي الندوي.

الإجارة تبطل؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فوجب فسخه^(١).

لكن: لو تهدمت الدار كلها بعد تسليمها للمستأجر، فقد اختلف الفقهاء، هل يبطل العقد ويجب الفسخ، أو لا يبطل عقد الإجارة، فذهب بعض الفقهاء، ومنهم محمد بن الحسن من الحنفية ورواية للحنابلة، وبه قال الزيدية والإمامية أن الإجارة لا تنفسخ، وإنما يثبت للمستأجر حق الفسخ، إن شاء فسخ وإن شاء لا يفسخ؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت؛ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء، إلا أنه ناقص، فصار كالعيب، فيستحق الفسخ.

فالمنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها، فأشبهه هروب العبد قبل تسليمه للمشتري، فإن البيع لا يفسخ؛ لتصور عودة العبد مرةً ثانية.

فتوهم الفائدة بإعادة البناء ثابت، فلذلك لا تنفسخ الإجارة، وإنما يثبت للمستأجر الخيار فقط، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى^(٢).

وبناء على هذا المذهب^(٣) تكون الصورة المذكورة مستثناة من قاعدة: (لا عبرة للتوهم) حيث إن ميرر عدم فسخ الإجارة هو توهم الفائدة بإعادة البناء مرةً أخرى^(٤).

الفرع الثاني: المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك؛ ثم أراد استرداده منه لم يملك ذلك. أي: لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع، فقد معوه عن استرداد الثمن مع أن الإجارة موهومة الحصول^(٥).

(١) نتائج الأفكار (٢٢٠/٧) للقاضي زاده الحنفي طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة، بدون تاريخ. شرح القواعد الفقهية (ص ٢٠١)، المعنى (٢٨/٦).

(٢) نتائج الأفكار (٢٢٠/٧)، شرح القواعد الفقهية (ص ٢٠١)، البحر الزحار شرح الأزهار (٢٦٣/٣) لأبي الحسن عبدالله بن مفتح. مطبعة شركة التمدن بالقاهرة ١٣٣٢هـ. شرائع الإسلام (١٨٦/٢) لمحقق الحلبي الإمامي، دار الأصواء بيروت ١٩٨٣م-١٤٠٣هـ.

(٣) هناك مذهب آخران، والراجح فسخ الإجارة؛ لفوات المنفعة.

(٤) وهذا استثناء أيضاً من قاعدة: (بطل الشيء بطل ما في ضمنه)؛ لأن الأجرة قد سقطت، ومع هذا لم يفسخ العقد.

(٥) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٠١).

الفصل الثالث

قاعدة: المشقة تجلب التيسير

الأهداف التعليمية للفصل الثالث:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تعرف معنى قاعدة: المشقة تجلب التيسير.
- ٢- تدرك أهمية قاعدة: المشقة تجلب التيسير وأثرها في الدلالة على سماحة التشريع الإسلامي ورفع الحرج.
- ٣- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من قاعدة: المشقة تجلب التيسير.

الفصل الثالث

قاعدة: المشقة تجلب التيسير

١- شرح القاعدة:

الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء، كانت سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه ما^(١).
والمشقة في اللغة: الجهد والعناء والشدة، يقال: شق عليه الشيء يشق شقاً ومشقة إذا أتعبه^(٢)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغِيهِ إِلَّا يَشِقُّ الْأَنْفُسَ﴾ [النحل: ٧].

والمشقة في الاصطلاح تطلق على أربعة معان:

أولاً: مطلق المشقة، وهذا يشمل المعاني الثلاثة، ويشمل أيضاً ما في محاولة إيجاد المستحيل من العناء الذي لا يجدي، كالمقعد الذي يحاول القيام وهذا الأخير لم يقع التكليف به، ولم يقصده الشرع.

ثانياً: مشقة خاصة بالمتدور، ولكنها خارجة عما اعتاده الناس في أعمالهم

العادية، بحيث تشوش على النفوس في تصرفها، وهذا النوع على ضربين:

الأول: أن تكون المشقة موجودة في عين الفعل وإن لم يتكرر، كالصوم في

المرض وفي السفر، وهذا قد شرعت له الرخص.

الثاني: ألا تكون المشقة موجودة فيه، ولكنها تنشأ من الدوام عليه، وهذا

(١) المقاصد الشرعية (ص ٨١)، شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز (ص ٢٧). المطبعة الأدبية،

بيروت ١٩٢٣م، الطبعة الثالثة.

(٢) ابن الأثير (٢/٤٩١) وكناه "النهاية في غريب الحديث والأثر" طبعه عيسى الحلبي بالقاهرة بدون تاريخ.

يوجد في النوافل إذا داوم الإنسان عليها، وتحمل فيها فوق ما يتحمل عادة. وهذا قد نهي الشرع عنه، كنهيه ﷺ عن الوصال في الصوم، كما نهي ﷺ عن التنطع والتكلف في العبادة، وقال: "خذوا من الأعمال ما تطيقون، فإن الله لن يمل حتى تملوا"^(١).

وإنما نهي عنه ﷺ؛ لأنه يؤدي إلى الانقطاع عنه، أو عن بعضه وعن العبادات الأخرى وعن المصالح الأخرى الدنيوية، أو إلى وقوع خلل في عقل الإنسان وجسمه أو الإخلال بالواجبات والالتزامات تجاه أولاده وزوجته ومجتمعه. ثالثاً: مشقة خاصة بالمقدور ولم تخرج عمّا اعتاده الناس، فلا تعتبر في ذاتها مشقة، ولكن التكليف بالفعل المشتمل عليها يقتضي من العبد التزامه، وهذا الالتزام شاقٌّ على النفس.

وذلك مثل الصلوات الخمس، فهي في ذاتها غير شاقة في العادة ولكن التزامها في كل يوم في أوقاتها بكيفية المخصوصة وشروطها شاقٌّ، وإلقاء بالمقاليد ودخولٌ في أعمال زائدة على ما اقتضته الحياة الدنيا؛ ولذلك سمي طلبها تكليفاً؛ إشعاراً بما في هذا الالتزام من المشقة.

رابعاً: مشقة مجاهدة النفس ومحاربة هواها وشهواتها، وهذه قد تنشأ من التكليف ببعض الأفعال مما تقدم، كالصوم، فإن فيه محاربة شهوة الأكل والشرب والوطء، وكالزكاة، فإن فيها محاربة شهوة الحرص على المال، وتحريم الزنى وشرب الخمر وغير ذلك^(٢).

(١) صحيح البخاري (١٧/١) كتاب الإيمان باب أحب الدين إلى الله أدومه.

(٢) الموافقات للشاطبي (١١٩/٢)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدون تاريخ.

المشاق الواجبة للتخفيفات الشرعية:

المشاق ضربان:

أحدهما: مشقة لا تنفلت عنها العبادة، كمشقة الوضوء والغسل في شدة البرد، وكمشقة إقامة الصلاة في شدة الحر والبرد ولا سيما صلاة الفجر، وكمشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، وكمشقة الحج التي لا انفكاك عنها غالباً، وكمشقة الاجتهاد في طلب العلم والرحلة فيه، والمشقة في رجم الزناة وإقامة الحدود على الجناة ولا سيما في حق الآباء والأمهات والبنين والبنات، فإن في ذلك مشقة عظيمة على مقيم هذه العقوبات بما يحده من الرأفة والرحمة بما للسراق والزناة والجناة من الأجنب والأقارب والبنين والبنات؛ ومثل هذا قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النور: ٢]، وقال ﷺ: "وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"^(١)، وهو ﷺ أولى بتحمل هذه المشقة من غيره؛ لأن الله سبحانه وتعالى وصفه في كتابه العزيز بأنه: ﴿بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾ [التوبة: ٢٩].

فهذه المشقة كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات، ولا في تخفيفها؛ لأنها لو أثرت لفاتت مصاح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات، وَلَفَاتَ ما رتب عليها من الثواب.

ثانيهما: مشقة تنفك عنها العبادات غالباً، وهي أنواع:

النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ النفس والأعضاء لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للنفوات في عبادة أو

(١) صحيح البخاري (١٧٣/٤) كتاب الحدود. باب إقامة الحد على الشريف والوضيع.

عبادات، ثم تفوت تلك العبادات أيضاً.

النوع الثاني: مشقة خفيفة، كأدنى وجع في أصبع، أو أدنى صداع، أو سوء مزاج خفيف، فهذا لا التفات إليه ولا تعريج عليه؛ لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها.

النوع الثالث: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين، مختلفة في الحدة والشدة، فما دنا منها من المشقة العليا أوجب التخفيف، وما دنا منها من المشقة الدنيا لم يوجب التخفيف إلا عند الظاهرية أتباع داود الظاهري، كالحمي الخفيفة، ووجع الضرس اليسير.

وما وقع بين هاتين الرتبين مختلف فيه، فمنهم من يلحقه بالعليا، ومنهم من يلحقه بالدنيا، فكلما قارب العليا كان أولى بالتخفيف، وكلما قارب الدنيا كان أولى بعدم التخفيف.

وتوسط مشاق بين الربتين بحيث لا تدنو من إحداها، فقد يتوقف فيها، وقد يرجع بعضها بأمر خارج عنها، وذلك كابتلاع غريلة الدقيق في الصوم، وابتلاع غبار الطريق، فإنه لا أثر له؛ لشدة مشقة التحرز منها، ولا يعفى عما عداها مما تخف المشقة في الاحتراز منه.

ومن الأمثلة على المشاق الواقعة بين الربتين السابقتين ابتلاع ماء المضمضة حيث غلبه، فدخل في الجوف.

ولما كانت المبالغة في المضمضة مستندة إلى تقصيره بفعله ما نهي عنه - حيث ينهي عن المبالغة في المضمضة أثناء الصوم - ألحقها بعضهم بما تيسر الاحتراز منه، وأبطل به الصوم^(١).

(١) قواعد الأحكام (٩/٢، ١٠، ١١).

أنواع التخفيفات الشرعية:

التخفيفات الشرعية سبعة أنواع، وهي:

- ١- تخفيف الإسقاط، كإسقاط الجُمعات والصوم والحج بأعذارها.
- ٢- تخفيف التنقيص: كقصر الصلاة الرباعية وأدائها ثنائية، وتنقيص ما عجز عنه المريض من أفعال الصلوات، كتثنيص الركوع والسجود وغيرهما إلى القدر المستطاع من ذلك.
- ٣- تخفيف الإبدال: كإبدال الغسل والوضوء بالتميم، وإبدال القيام في الصلاة بالقعود، وإبدال الإطعام أو الكسوة أو العتق بالصوم في كفارة اليمين، وإبدال بعض واجبات الحج والعمرة بالكفارات عند قيام الأعذار.
- ٤- تخفيف التقديم، كتقديم صلاة العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر والمطر، وكتقديم الزكاة على حولها، والكفارة على الحنث بما إذا كان قد حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها.
- ٥- تخفيف التأخير، كتأخير صلاة الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء، ورمضان إلى ما بعده بالعدر.
- ٦- تخفيف الترخيص: كصلاة التيمم مع الحدث، وأكل النجاسات للمداواة، وشرب الخمر للغة التي يخاف منها الموت، والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان، ويُعبّر عن هذا بالإطلاق مع قيام المانع أو الإباحة مع قيام الحظر.
- ٧- تخفيف التغيير، كتغيير نظم الصلاة في الخوف^(١).

(١) المرجع السابق (٢/٨٠، ٩)، الأشباه للسيوطي (ص ٩١).

٢- أدلة ثبوت القاعدة:

هذه القاعدة أصل عظيم من أصول الشرع، ومعظم الرخص منبثقة عنها، بل إنها من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي، فهي قاعدة أصولية وفقهية، وصارت أصلاً مقطوعاً به؛ لتوافر الأدلة عليها. قال الإمام الشاطبي: "إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع"^(١).

فلقد خص الله رسالة الإسلام بالسماحة والسهولة واليسر؛ لأنه أرادها للناس كافة والأقطار جميعاً والأزمان قاطبة، ورسالة هذا شأنها من العموم والخلود، لا بد أن يجعل الله الحكيم في ثناياها من التيسير والتخفيف والرحمة ما يلائم اختلاف الأجيال وحاجات العصور وشتى البقاع، وهذا واضح في شريعة الإسلام عامة وفي العبادات خاصة.

وهذه القاعدة: (المشقة تجلب التيسير، فيها تيسير للأحكام التي روعي فيها التيسير والمرونة، وأن الشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون، أو بما يوقعهم في الحرج وبما لا يتفق مع غرائزهم وطبائعهم، وأن المراعاة والتيسير والتخفيف مطلوبة ومرادة من الشارع الحكيم.

وقد دل على هذه القاعدة وبعض القواعد الفرعية الأخرى التي هي امتداد لهذه القاعدة الجليلة -نصوص من الذكر الحكيم، وأحاديث النبي ﷺ، فضلاً عن إجماع الأمة.

فمن القرآن الكريم ما يلي:

قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]،

وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ

(١) الموافقات (١/٢٣١).

اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ» [النساء: ٢٨]، وقوله تعالى: «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ» [البقرة: ٦]، وقوله تعالى: «وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ» [الأعراف: ١٥٧]، وقوله تعالى: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» [الحج: ٧٨]، وقوله تقدست أسماؤه: «لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ» [البقرة: ٦١].

ووجه الدلالة في هذه الآيات وما سواها التي تضافرت في هذا الموضوع: أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائماً رفع الحرج عن الناس، وليس في أحكامها ما يجاوز قوَى الإنسان الضعيفة، وهذه النصوص دَلَّتْ على ذلك؛ لعموم معناها، وانطلاقاً منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة، وجعلوها بمثابة نبراس يستضيئون به عند النوازل والوقائع، ويعالجون كثيراً من المسائل والقضايا على أساسها^(١).

جاء في تفسير المنار عند قوله تعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»^(٢)، الآية تشعر بأن الأفضل أن يصوم إذا لم يلحقه مشقة أو عسر؛ لانتفاء علة الرخصة، وإلا كان الأفضل أن يفطر لوجود علتها؛ ذلك بأن الله لا يريد إعنات الناس بأحكامه، وإنما يريد اليسر بهم وخيرهم، وهذا أصل في الدين يرجع إليه غيره، ومنه أخذوا قاعدة: (المشقة تجلب التيسير).

وأما الأدلة على القاعدة من السنة: فهي أحاديث كثيرة، منها: قوله ﷺ: "عليكم من الأعمال ما تطيقون، فإن الله لا يملّ حتى تملوا"^(٣)، وقوله ﷺ في حديث قيام رمضان: "أما بعد: فإنه لم يخف علي شأنكم، ولكن

(١) القواعد الفقهية للشيخ علي الدوي (ص ٣٠٣).

(٢) تفسير المنار (١٦٤/٢)، مطبعة المنار بالقاهرة ١٣٧٣هـ.

(٣) صحيح مسلم (٥٢٤/١)، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب التريغ في قيام رمضان، الحديث رقم (١٧٨).

خشيت أن تفرض عليكم صلاة الليل فتعجزوا عنها"^(١)، وفي حديث الحولاء بنت تويت حين قالت عائشة للنبي ﷺ: "هذه الحولاء بنت تويت، زعموا أنها لا تنام الليل، فقال ﷺ: "لا تنام الليل؟! خذوا من العمل ما تطيقون، فوالله لا يسأم الله حتى تسأموا"^(٢)، وحديث أنس: "دخل علينا رسول الله ﷺ المسجد، وحبل ممدود بين ساريتين (عمودين)، فقال: "ما هذا؟" قالوا: حبل لزينب تصلي، فإذا فترت أمسكت به، فقال: "حُلوه، ليصل أحدكم نشاطه، فإذا كسل أو فتر قعد"^(٣)، وحديث معاذ حين قال له النبي ﷺ: "أفتأن أنت يا معاذ؟" حين أطال الصلاة بالناس، وقال: "إن منكم منفرين، فأيكم صلى بالناس فليتجوز؛ فإن فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة"^(٤)، وقد جاء عن عائشة -رضي الله عنها- عن النبي ﷺ أنه قال: "إن هذا الدين متين، فأوغلوا فيه برفق، ولا تبعضوا إلى أنفسكم عبادة الله، فإن النبات لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى"^(٥).

وما أجمل قول النبي ﷺ: "إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها،

فأسمع بكاء الصبي، فأتجوّز في صلاتي؛ لما أعلم من وجد أمه من بكائه"^(٦). قال ابن حجر العسقلاني: "وسمي الدين يُسرّاً مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله؛ لأن الله وضع عن هذه الأمة الإصر الذي كان على من قبلهم، ومن أوضح الأمثلة له

(١) صحيح مسلم (٥٤٢/١)، كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب فضيلة العمل الدائم من الليل، الحديث رقم (٢٢٠).

(٢) صحيح البخاري (٢٠٠/١، ٢٠١) كتاب التهجد، باب ما ينكر من التشديد في العبادات.

(٣) صحيح البخاري (١٣٠/١)، كتاب الأذان، باب من شك إمامه إذا طول.

(٤) مسند أحمد (١٩٩/٣) عن أنس بن مالك مختصراً.

(٥) صحيح البخاري (١٣١/١)، كتاب الأذان، باب مَنْ أَخَفَّ الصَّلَاةَ عِنْدَ بَكَاءِ الصَّبِيِّ.

(٦) فتح الباري (١٠١/١) لابن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٨٧م.

أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم، وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم^(١).
هذا... وقد انتظمت تلك الأحاديث ثلاثة جوانب على اختلاف
موضوعاتها، والمناسبات التي وردت فيها:

فبعضها يتناول يسر هذا الدين وسماحته ورفع الحرج عن العباد، وقسم
منها يتعرض لأوامر النبي ﷺ بالتخفيف، ونهي الناس عن التعمق والتشديد،
وباقياها في بيان ما ترك ﷺ من بعض القرب حشية المشقة على أمته^(٢).

٣- ومن فروع قاعدة (المشقة تجلب التيسير) ما يلي:

الفرع الأول: عدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض؛ لتكرارها، بخلاف
الصوم وبخلاف الاستحاضة؛ لندرة ذلك.

الفرع الثاني: مشروعية البيع للمبيع الموصوف في الذمة، مع النهي عن بيع
الغرر، والاكتفاء برؤية ظاهر الصيرة وبارز الدار عن أساسها.

الفرع الثالث: إباحة النظر عند الخطبة، وللتعليم والإشهاد والمعالجة.

الفرع الرابع: إباحة الجمع بين أربع نسوة، فلم يقتصر على واحدة؛ تيسيراً
على الرجال، وعلى النساء أيضاً لكثرتهم، ولم يبح الزيادة عن أربع؛ لما فيه من
المشقة على الزوجين في القسم وغيره.

الفرع الخامس: مشروعية الطلاق؛ لما في البقاء على الزوجين من المشقة
عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع والرجعة في العدة.

الفرع السادس: مشروعية الكفارة في الظهار واليمين؛ تيسيراً على
المكلفين، لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم.

(١) القواعد الفقهية لشيخ علي الندوي (ص ٣٠٧).

(٢)

الفرع السابع: مشروعية التخيير بين القصاص والدية؛ تيسيراً على هذه الأمة على الجاني والمجني عليه، وكان في شرع موسى عليه السلام القصاص حتماً ولا دية^(١) وفي شرع سيدنا عيسى الدية والقصاص.

الفرع الثامن: وفي القضاء على الرق، شرعت الكتابة ليتخلص العبد من دوام الرق؛ لما فيه من العسر.

الفرع التاسع: إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن؛ إذ لو كلفوا الأخذ باليقين لشق ذلك على الكثيرين منهم.

الفرع العاشر: عدم تكليف الصبي والمجنون، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال، كالجماعة والجمعة والجهاد والجزية، وإباحة لبس الحرير وحلي الذهب^(٢).

٤- القواعد المندرجة تحت قاعدة: المشقة تجلب التيسير:

ولشمول هذه القاعدة أيضاً، نجد أنه يندرج تحتها قواعد كثيرة منها:

أ- قاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع)، (وإذا اتسع الأمر ضاق):
أولاً: معنى القاعدة:

فهاتان قاعدتان متقابلتان، ومعناهما: أنه كلما ظهرت مشقة في أمر، فيرخص فيه ويوسع، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان.

أي أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو للجماعة، أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي للحالات العادية محرّجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق، فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم حتى يسهل ما

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٧٨-٨٠).

(٢) المرجع السابق (ص ٨٠).

دامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت، عاد الحكم إلى أصله، وهذا معنى إذا اتسع الأمر ضاق^(١).

ثانياً: أدلة القاعدة:

والأصل في هذه القاعدة، قوله تعالى: ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٧]، ومن السنة قوله ﷺ: "إِنَّا كُنَّا نُهَيِّبُكُمْ عَنْ لَحْمِهَا^(٢) أَنْ تَأْكُلُوهَا فَوْقَ ثَلَاثٍ لَكُمْ تَسَعُكُمْ، فَقَدْ جَاءَ اللَّهُ بِالسَّعَةِ، فَكُلُوا وَادْخُرُوا"^(٣).

فقد نهي النبي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث أو فوق الثلث، لما ضاق الأمر للحاجة حينما قدم الفقراء على المدينة، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله، فأباح لهم الادخار والانتفاع كما كانوا قبل ذلك.

ثالثاً: فروع القاعدة:

ويتفرع عن هذه القاعدة فروع كثيرة، منها ما يلي:

الفرع الأول: إذا فقدت المرأة وليها في السفر، فولت أمرها رجلاً، جاز.

الفرع الثاني: إذا وقف الذباب على غائط، ثم وقع على ثوب، فإن كان في طيرانه ما يخف به رجلاه لا يعفى، وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع.

الفرع الثالث: قليل العمل في الصلاة إذا اضطر إليه سومح به، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به.

الفرع الرابع: قليل دم البراغيث سومح به؛ توسيعاً، إذا وجد بالثياب، وتصح به الصلاة، ولم يسامح في كثيره^(٤).

(١) المقاصد الشرعية (ص ١٠٨).

(٢) الأضاحي.

(٣) سنن أبي داود باب حبس لحوم الأضاحي، الحديث رقم (٢٨١٢)، (٣/٩٩).

(٤) الوجيز لنعالي (ص ١٤٢، ١٤٣) مع فتح العزيز للرافعي، دار الفكر بدون تاريخ.

ولقد جمع الغزالي بين القاعدتين السابقتين بقوله: (كل ما تجاوز حده انعكس إلى ضده)^(١).

ب - قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات:

أولاً: شرح القاعدة:

هذه القاعدة لها ارتباط بقاعدتي: (لا ضرر ولا ضرار)، و(المشقة تجلب التيسير)، والضرورات جمع ضرورة، وأصلها من الضرر وهو الضيق، والمحظورات هي المنوعات، فمعنى القاعدة أن الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة^(٢)، وتعتبر هذه الحالة، أي حالة الضرورة من أعلى أنواع الحرج وأشدّها، وأكثر أهمية من الحاجة وأكبر خطراً.

ثانياً: بعض القيود الواردة على هذه القاعدة:

القيد الأول: وقد بعض الشافعية القاعدة المذكورة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظورات، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور.

قال الشيخ أحمد الزرقاء: وقواعدنا لا تأباه، أي: توافق الشافعية في هذا القيد، فقد ذكروا أنه إذا دار الأمر بين السنة والبدعة فتركه أولى، وإذا دار بين الواجب والبدعة ففعله أولى، ولو دُفن الميت بلا كفن جاز لأن هتك حرمة أشد من تركه بلا كفن^(٣)؛ وذلك لأنه: (يختار أهون الضررين)^(٤).

القيد الثاني: هذا... وقد قيدت هذه القاعدة بقيد آخر، وهو قاعدة: (الضرورات تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا).

(١) الوجيز (ص ١٤٣).

(٢) شرح مجلة الأحكام (ص ٢٩) لسليم رستم باز.

(٣) شرح القواعد الفقهية (ص ١٣١).

(٤) المرجع السابق (ص ١٤٩).

فما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر إنسان لمحذور، فليس له أن يتوسع في المحذور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط^(١).

القيد الثالث: أن لا تكون للمضطر وسيلة يدفع بها ضرورته إلا مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية، بأن يوجد في مكان لا تندفع ضرورته فيه إلا بارتكاب محرم^(٢).

القيد الرابع: أن يكون زمن الإباحة أو الترخيص مقيداً بزمن بقاء العذر، فإذا زال العذر زالت الإباحة، ومن هنا جاءت قاعدتهم: (ما جاز لعذر بطل بزواله)^(٣)، وقاعدتهم: (إذا زال المانع عاد الممنوع)^(٤)، وبناءً على ذلك بنوا بطلان التيمم بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة، وبطلانه إذا كان لمرض أو إذا كان لبرد بزواله، وبطلان الشهادة على الشهادة لمرض إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم^(٥).

القيد الخامس: أن لا يكون الاضطرار مبطلاً لحق الغير؛ وذلك لأن الضرر لا يزال بالضرر، ويتفرع على هذا أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الغير، يضمن، ومثل ذلك: لو استأجر زوراً على مدة، وانقضت في أثناء

(١) المرجع السابق (ص ١٣٣).

(٢) نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية (ص ٦٧) للدكتور وهبة الزحيلي نشر مكتبة الفارابي دمشق ١٩٦٩م.

(٣) شرح القواعد الفقهية (ص ١٣٥).

(٤) الأتساه للسيوطي (ص ٩٤)، وابن نجيم (ص ٨٦).

(٥) فلسفة التشريع في الإسلام (ص ٢٧) للدكتور صحي محمصاي، دار الكشاف، بيروت ١٩٥٢م،

الطريق، تمتد الإجارة حتى الوصول ويعطي المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة^(١).
 القيد السادس: أن تكون الضرورة قائمة بالفعل لا متوهمة أو متوقعة: أي:
 أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال أو غيرهما مما سبق
 ذكره؛ لأن التوهم لا يجوز أن تبني عليه أحكام التخفيف (فلا عبرة للتوهم)^(٢).

ثالثاً: دليل القاعدة:

وأصل هذه القاعدة ودليلها، قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

رابعاً: ومن فروع القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: أخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير
 إذنه إذا ظفر بجنس حقه.

الفرع الثاني: يجوز دفع الصائل المعتدي ولو أدى إلى قتله إن لم يمكن الدفع بدونه.
 الفرع الثالث: التلطف بكلمة الكفر للإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان،
 قال سبحانه: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

الفرع الرابع: أخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه.

الفرع الخامس: لو عم الحرام قَطْرًا بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً،
 فإنه يجوز استعمال ما احتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة.

الفرع السادس: ما لو أكره على القتل أو الزنا، فلا يباح واحد منهما
 بالإكراه؛ لما فيه من المفسدة التي تقابل مهجة المكروه أو تزويد.

(١) شرح مجلة الأحكام لسليم رستم باز (ص ٣٣)، شرح القواعد الفقهية (ص ١٥٩)، الأشباه للسيوطي (٩٤، ٨٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٩٩)، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية (ص ٤٤٠-٤٤٢) للدكتور
 يعقوب عبد الوهاب، ألباحسين، دار النشر الدولي بالسعودية، الطبعة الثانية ١٤٦٦هـ.

الفرع السابع: دم الشهيد طاهر في حق نفسه؛ لذلك لا يغسل، نجس في حق غيره؛ لعدم الضرورة.

الفرع الثامن: من جاز له اقتناء كلب الصيد، لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به.

الفرع التاسع: يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد، لكن الجواز يكون بقدر ما يندفع به هذا العسر، فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة.

الفرع العاشر: لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر إلا أن يكون نبيأ، فإنه يجوز له أخذه، ويحب على من معه بذله له، ولم يطلبه لوجوب فدائه بالنفس، ويتصور هذا في عيسى عليه السلام حينما ينزل.

الفرع الحادي عشر: لا يجوز للمضطر جوعاً قتل ولده أو عده، كما لا يجوز له قطع فلذة من نفسه إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر.

الفرع الثاني عشر: لو سقط على جريح، فإن استمر قتله، وإن انتقل قتل غيره، قيل: يستمر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، وقيل: يخير؛ للاستواء.

الفرع الثالث عشر: لو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بالإضرار بما فليس له الوطاء؛ لأن الضرر (وهو عدم تمكنه من حقه) لا يزال بالضرر، وهو جرح غيره^(١).

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٩٣-٩٥)، وابن نجيم (٨٦-٨٩)، رفع الجرح في الشريعة الإسلامية (ص ٢٤١-٢٤٧) للدكتور عدنان محمد جمعة، دار الإمام البحاري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

الفصل الرابع

قاعدة: العادة مُحكمة

الأهداف التعليمية للفصل الرابع:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تعرف معنى قاعدة: العادة محكمة.
- ٢- توازن بين العادة والعرف.
- ٣- تدرك أهمية قاعدة: العادة محكمة، واعتبارها مصدراً من مصادر التشريع.
- ٤- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه أهم القواعد المندرجة تحت قاعدة: العادة محكمة.

الفصل الرابع

قاعدة: العادة مُحكمة

١- شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي أولاها الفقهاء عناية فائقة، وتناولوها بالدراسة على ضوء ما جاء في الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وبينوا ما يتفرع عنها من الفروع الفقهية، وما يندرج تحتها من قواعد أقل شمولاً.
أولاً: العادة والعرف في اللغة والاصطلاح:

والعادة في اللغة: مأخوذة من المعاودة، بمعنى التكرار، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية^(١).

ولارتباط العادة بالعرف، لا بد أن نذكر معنى العرف لغة، ونتبعه بتعريف العادة والعرف اصطلاحاً.

والعرف لغة: ضد النكر، ويطلق ويراد منه عدة معان:

أولها: التابع، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾^(٢) [المرسلات: ١]، أي: الملائكة المرسلات متتابعة، أو لرياح المتتابعة، ومنه أيضاً عرف الفرس أي شَعْر عنقه المتتابع.

(١) المعجم الوسيط (٢/٦٢٦) طبعة مجمع اللغة العربية بالقاهرة الطبعة الثانية ١٩٧٣م. لسان العرب (ص ٢٨٩٩) باب العين.

(٢) وانظر: تفسير الخليلي (ص ٤٩٧) لجلال الدين المحمي وحلان الدين السيوطي. دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ-١٩٧٨م.

ثانيهما: أعلى الشيء: ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾ [الأعراف: ٤٦]، أي: أعالي السور بين الجنة والنار^(١).

وثالثهما: المؤلف المستحسن، الجميل بالإحسان، ومنه قول الشاعر:

وليس يضيع عند الله عرف إذا ما العرف عند الناس ضاعا

ورابعها: اسم من الاعتراف، نقول: له عليّ مائة عرفاً، أي أعترف بها اعترافاً.

وخامسها: الصبر، وقد سمي الصبر عرفاً؛ لدلالته على السكون والاستقرار، ومنه قوله الشاعر:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات^(٢)

العرف والعادة في الاصطلاح: أما في الاصطلاح: فقد اختلفت عبارات

العلماء في تعريف كل منهما تبعاً لاختلافهم في شمول العرف للعادة أو شمولها له، أو في كونهما مترادفين، وللعلماء في ذلك اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: أن العرف والعادة بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان لا

فرق بينهما، ومن هؤلاء ابن نجيم الحنفي، وعلي حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية، وفضيلة الشيخ عبدالوهاب خلاف^(٣).

فهؤلاء يرون أن العرف والعادة هما ما استقر في النفوس من قول أو فعل،

وتلقته الطباع السليمة بالقبول، لا فرق في ذلك بين ما كان للعقل في إنشائه مدخل، وبين ما ليس للعقل فيه مدخل كحرارة الجو التي تجعل البلوغ عادةً

(١) تفسير الجلالين (ص ١٢٨) لجلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي.

(٢) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (ص ١١، ١٢) للدكتور حسين محمود حسنين طبعة دار القلم دبي الإمارات، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

(٣) علم أصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف (ص ٨٩) نشر الدار الكويتية بالكويت الطبعة الثامنة

مبكرة، وكأقل الحيض أو أكثره مما رتب عليه الشرع أحكاماً.

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه أن العرف أعم من العادة، فالعرف ما استقر في النفوس وألفته الطباع قولاً كان أو فعلاً، بينما تختص العادة بالعرف العملي فقط، ومن رأى ذلك ابن الممام الحنفي^(١).

الاتجاه الثالث: ويرى أصحابه أن العادة أعم من العرف، فالعادة هي الأمر المتكرر بغض النظر عن العلاقة العقلية، سواء أكان ذلك قولاً أم عملاً، صادراً من فرد أو جماعة، أو كان مصدره أمراً طبيعياً، لا دخل للعقل فيه كالحيض والحمل وحرارة الإقليم أو بردوته التي تجعل البلوغ عادةً مبكرة أو كان مصدره العقل فيما كان للعقل فيه مدخل.

فما كان للعقل فيه مدخل، فهو عرف وعادة، وما ليس للعقل فيه مدخل فهو عادة فقط، ومن سار على هذا الاتجاه ابن أمير حاج من الحنفية والشيخ أحمد فهمي أبوسنة^(٢).

وبعد: فهذه الاتجاهات الثلاثة، لم تجد أثراً لها في الفقه، ولعل من جعلهما لفظين مترادفين، إنما أراد أن يبين أن كلاً منهما له تأثير في بناء الأحكام عليهما، وعلى هذا لا يكون هناك ثمة فارق بينهما.

ومن فرق بينهما إنما نظر إلى سبب إطلاق اللفظين على معنيهما، وشمول أحدهما للآخر، وإن اعترف بأن كلاً منهما له تأثير في بناء الأحكام، ولكل

(١) كشف الأسرار (٢/٩٠، ٩٨) لعلاء الدين البخاري، طعة دار الكتب العربي بيروت ١٩٧٤م. وشرح التوضيح

على التوضيح (١/١٧٥) لسعد الدين التفتازاني، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

(٢) التقرير والتحرير (١/٨٢) لابن أمير الحاج، طعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ-

١٩٨٣م، العرف وعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق (ص ١٤).

وجهة هو موليتها، ولا مشاحة في الاصطلاح.
فالعرف والعادة نستخلص لهما تعريفاً جامعاً، وهو: ما استقر في النفوس
من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول.
أقسام العرف:

والعرف قسمان: عام، وخاص.

فالعرف العام: ما كان فاشياً في جميع البلاد بين الناس كالاستصناع في كثير
الحاجات، وكتأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية، وغير ذلك.

والعرف الخاص: ما كان مخصوصاً ببلد، أو مكان دون مكان آخر، أو بين
فئة من الناس دون أخرى، كعرف التجار فيما يُعدُّ عيباً، وكعرفهم في بعض
البلاد أن يكون ثمن البضاعة مقسّطاً إلى عدد معلوم من الأقساط.

والعرف طالما لم يصادم النص من كل وجه كان له تأثير في بناء الأحكام
الشرعية عليه، فيترك به القياس، ويخصص به العام، كدخول الحمام والاستصناع
وغيرهما من المسائل الفقهية الكثيرة، ولذلك قال ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يُدار^(١)

٢- أصل هذه القاعدة:

وأصل هذه القاعدة، قول ابن مسعود رضي الله عنه: "ما رآه المسلمون حسناً فهو
عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"^(٢).

وهو حديث حسن، وإن كان موقوفاً على ابن مسعود، فله حكم المرفوع

(١) رسائل ابن عابدين (١١٤/٢) طبع محمد هاشم الكبي ١٣٢٥هـ.

(٢) مسند أحمد (٣٧٩/١)، الأشباه للسيوطي (ص ٨٩)، وابن نجيم (ص ١٠١).

إلى النبي ﷺ؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه^(١).

٣- شروط العمل بالقاعدة:

ويشترط للعمل بالعادة والعرف شروط، وهي:

١- الاضطراد: فلا تعتبر العادة إلا إذا اطردت، وستأتي قاعدة، (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) لاحقاً.

٢- أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف المراد تحكّم العرف فيه، ويعبر البعض عن هذا الشرط بقوله؛ العرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو المقارن السابق دون المتأخر^(٢).

وبدهي أن هذا الشرط إنما هو في العرف المتغير دون العرف الثابت؛ لأن العرف الثابت بطبيعته سابق على وقت إنشاء التصرف؛ لأنه لا يتغير أصلاً إذ هو متعارف عليه وتألفه جميع النفوس البشرية كالأكل والشرب وخلافه.

وهذا الشرط يعني أن يكون العرف سابقاً على التصرف ومقارناً له، وعلى ذلك، فلا عبرة بالعرف الذي يطرأ بعد إنشاء تصرف ما، وكذلك لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديد.

فالعبرة بالعرف السابق على إنشاء التصرف شريطة أن يكون ذلك العرف مستمراً أثناء هذا التصرف، أي يكون التصرف مقارناً لذلك العرف.

فلو أن شخصاً وقف عقاراً على العلماء، وكان المتعارف عليه وقت إنشاء التصرف إطلاق لفظ العلماء على علماء الشريعة الإسلامية، ثم تغير هذا العرف

(١) المرجعان السابقان، ومختصر العلائي وكلام الإسنوي (١/٢٥٢)، تحقيق الدكتور مصطفى محمود

السحوي العراقي. مطبعة الجمهور بالموصل ١٩٨٤م.

(٢) الأشباه لسيوطي (ص ٩٦)، وابن نجيم (ص ١٠١).

بعد ذلك، وأصبح لفظ العلماء يطلق على المتخصصين في المعارف الأخرى كالرياضيات والطلب والكيمياء، فإذا أريد توزيع ريع الوقف، فإن وثيقة الوقف إنما تفسر بالعرف الذي كان موجوداً أثناء إنشائها، ولا عبرة بالعرف الطارئ، وهكذا أي تصرف من التصرفات إنما يراعى فيه العرف القائم وقت إنشاء هذا التصرف؛ لأنه هو الذي انصرفت إليه إرادة صاحب التصرف.

ولو أن عرفاً كان قائماً في بلد ما، وكان هذا العرف يقضي بأن تأييث بيت الزوجية على الزوجة، ثم تغير هذا العرف، وأصبح التأييث على الزوج، وحدث أن تزوج رجل بامرأة بعد قيام العرف الجديد، وحصل بينهما نزاع حول أثاث البيت، فإنه لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل العقد، وإنما العبرة بالذي كان موجوداً أثناء العقد.

ورعاية لهذا الشرط، يجب أن تفسر وثائق العقود من أنكحة وأوقاف ووصايا وبيع وهبات وإجازات وغير ذلك من العقود على الأعراف التي كانت قائمة وقت إنشاء هذه التصرفات.

الشرط الثالث: ألا يعارض العرف نص بخلافه: فلقد اشترط العلماء ألا يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه العرف، فإنه يعمل بما اتفقا عليه، ولا عبرة بالعرف، فاللجوء إلى العرف إنما يكون عند عدم النص، وانعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحة، فإذا علم المقصود صراحة فلا حاجة للعرف.

ومن هذا يتضح أن دلالة العرف أضعف من دلالة النص، ولهذا نجد الفقهاء يقررون قاعدة مؤداها أنه، (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، والعرف إنما قصد به الدلالة على غرض المتعاقدين؛ فإذا علم الغرض صراحة فلا احتياج للعرف).

فلو أن هناك عرفاً يقضي بأن نفقات تسليم المبيع وأجرة الشحن وتغليف البضاعة على المشتري، ولكن اتفق العاقدان على خلاف ذلك، فقررا أن تلك النفقات تكون على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف. وكذلك إذا كان العرف يقضي بأن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري، ولكن اتفق العاقدان على أنها على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف.

وكذلك أيضاً، إذا كان العرف في الزواج بتأجيل بعض المهر، واتفق المتعاقدان على التعجيل، فالعرف حينئذ لا يحكم به ويعتبر ما بينهما من اتفاق. فالعرف يعمن به في حالة سكوت المتعاقدين، فيكون العرف مفسراً لسكوتكما مبيّناً لإرادتهما، قاضياً على ما بينهما من تصرف. الشرط الرابع: ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي.

فإذا كان ما تعارف عليه الناس مخالفاً للقرآن أو السنة، فإنه لا يعتد به، بل يعتبر عرفاً فاسداً، كأن يتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر والخروج بملابس البحر على الشواطئ، وما إلى ذلك من عادات وأعراف خالفت الأدلة الشرعية، فهي أعراف فاسدة.

فالنص الشرعي هو الذي أعطى للعرف قوته الملزمة، وبالتالي فإن له أن يلغيه، ثم إن العرف لا يكون حجة إلا على الذين تعارفوه بإرادتهم، والنص حجة على الجميع رَضَوْا أم أَبَوْا طالما اتخذوا الإسلام ديناً.

لكن يجب أن يلاحظ أن النص إذا كان معللاً بالعرف، فإن الحكم في هذه الحالة يدور معه وجوداً وعدمًا، وفي هذه الحالة لا يقال، إن العرف قد خالف النص. ومثال ذلك: ما يراه بعض الحنفية من أن الأشياء الأربعة: البُرّ والشعير والتمر

والملح، والتي نص عليها الرسول ﷺ في حديث الربا إنما هي معللة عند الحنفية بالكيل، فإذا تغير المعيار فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال، وجب أن يتغير المعيار تبعاً لتغير العرف، فتصبح المساواة بالوزن، ولا يقال حينئذ: إن العرف قد خالف النص؛ إذ نص الحديث على أن هذه الأشياء تكال في زمن الرسول ﷺ، ثم تغير العرف فأصبحت توزن؛ لهذا جعلنا العلة هي الوزن وليس الكيل، لا يقال هذا؛ لأن الحكم -أصلاً- معلل بالعرف، فيتغير الحكم بتغيره. وفي الحقيقة أن الحكم لم يتغير، وأن الذي تغير هو المعيار الذي تعرف به المساواة، وحكم الربا باق^(١).

فروع القاعدة:

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الخمس الأساسية، ويتفرع عليها قواعد كثيرة، ويرجع إليها مسائل لا تعد؛ لكثرتها، وتعرس الإحاطة بما^(٢)، ومن هذه الفروع ما يلي:

الفرع الأول: لو بعته إلى ماشيته، فركب المبعوث دابة الباعث، برئ لو كان بينهما انبساط، وإلا ضمن.

الفرع الثاني: يجوز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين على المعتمد، ما لم توجد دلالة المنع.

الفرع الثالث: اعتبار عرف الحالف أو الناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص، فلو حلف لا يأكل رأساً، أو لا يركب دابة، أو لا يجلس على بساط، أو لا يأكل لحمًا، لا يحث بأكل رأس عصفور، ولا يركوب إنسان، ولا يجلسه

(١) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (ص ٥١-٥٣)، مرجع سابق.

(٢) الأضواء للسيوطي (ص ٩٩).

على الأرض، ولا يأكل السمك؛ لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق، والدابة بما يركب عادة، والبساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش ويجلس عليه؛ ولم يطلق العرف على السمك لحمًا^(١).

الفرع الرابع: هناك أفعال تنافي الصلاة وتبطلها وهي الأفعال الكثيرة التي ليست من جنس الصلاة، والمحكم فيها العرف فيما يعده الناس كثيرًا بحيث إذا روي المصلي وهو يفعلها خيل للناظر أنه لا يصلي، تبطل الصلاة به وإلا فلا، وذلك بناء على العرف، فتكون العادة محكمة.

الفرع الخامس: الفصل بين الإيجاب والقبول، فجميع صيغ العقود يشترط فيها ألا يفصل بين الإيجاب والقبول كلامٌ أجنبيٌّ ولا سكوتٌ طويل، فإذا كان الفاصل طويلًا عرفًا بطل الإيجاب، ولا بد من إيجاب جديد، فالمحكم في طول الفاصل وقصره العرف والعادة فتكون العادة محكمة.

الفرع السادس: قبول القاضي الهدية، فإذا كانت الهدية من شخص اعتاد أن يهديه قبل توليته ثم أهدى له بعد التولية فلا شيء؛ لأن العادة محكمة بشرط أن لا يزيد عما اعتاده، وإلا حرم، ووجب إعادتها.

ووجه ذلك: أن التهمة في إعطاء الهدية منتفية؛ لأن المنع إنما يكون من أجل خصومة، وكلاهما منتف (٢) بدليل وجود المهادة قبل الولاية (٣).

وإذا لم تكن له عادة، حرم؛ لأنها رشوة مقنعة في صورة الإهداء؛ لأنه إنما أهدى إليه للقضاء، أما إذا لم تسبق له عادة في الإهداء ثم أهدى إليه بعد التولية

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٢١).

(٢) كشف القناع (٣١٧/٦) لمصور إدريس البهوتي الحسلي. دار الفكر بيروت ١٩٨٢ م.

(٣) المعنى (٤٣٧/١١). طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

وليس في محل القضاء، ننظر: إن كان له مصلحة حرم، وإلا فلا يحرم. والأولى للقاضي -على كل حال- أن لا يقبل الهدية مطلقاً؛ لوجود التهمة حيث يصدق القول: إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الكوة^(١).
 الفرع السابع: دخول الحمام ودور القضاء والولاية، فالعرف هو المتبع في دخول الحمام، فهناك في بعض البلاد يكون دخول الحمام بالإذن وفي بعضها بالتعاقد، وفي بعضها بعد استيفاء المنفعة، وهذا بالنسبة للدخول بالأجرة. وكذلك يكون العرف هو المتبع في دخول دور القضاء والولاية. والعرف الجاري الآن يقضي أن يكون الدخول بواسطة الحاجب عند القاضي والوالي، فالحكم في الدخول العرف^(٢).

٥- القواعد المدرجة تحت قاعدة: العادة محكمة:

وهي قواعد كثيرة أشهرها ما يلي:

القاعدة الأولى: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها):

فالظاهر أن المراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة، وقيل: الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه، ولا تظهر إرادته هنا، لأنه لا يتمشى إلا على قول أبي يوسف ومحمد المرجوح من أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز أكثر استعمالاً منها، يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز.

وإذا أريد بالاستعمال العرفي العملي يكون موضوع المادة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى، وحيث تكون القاعدة المذكورة تأكيداً لقاعدة العادة محكمة، وما قيل في تلك يقال في هذه.

(١) الميسوط (٨٢/١٦) للرحسي الحنفي. دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

(٢) المقاصد الشرعية (ص ١٨٨-١٩١) مرجع سابق.

القاعدة الثانية: (المتنع عادة كالمتنع حقيقة):

أولاً: شرح القاعدة:

المتنع حقيقة: هو الذي لا يمكن وقوعه، كاجتماع النقيضين فهذا لا يقبل الادعاء به ولا تسمع الدعوى فيه، ولا تقام البينة عليه، بل يرد؛ للتيقن بكذب مدعيه، كمن ادعى لمن يساويه سنًا أنه ابنه أو أبوه، وكقوله لمن لا يولد مثله مثله: هذا ابني.

والمتنع عادة: هو الذي لا يعهد وقوعه، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد، كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها بارت أو غيره، فلا تسمع دعواه، ولا تقبل بينة، ما لم يُثبت مصدرًا لهذا المال^(١).
ثانيًا: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو ادعى الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة على القاصر، وكذبه فيها ظاهر الحال، فلا يصدق ولا تقبل بينته.

الفرع الثاني: إذا ادعت الزوجة بعد الدخول بها أنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، فلا تصدق؛ لأن العادة أنها لا تسلم نفسها قبل قبضه.

الفرع الثالث: إذا ادعى المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما فلا تقبل دعواه.

الفرع الرابع: لو ادعى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه الآخر باطلاعه، وأن له حصة فيه، لا تقبل دعواه.

الفرع الخامس: لو ادعى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه، أو أن له

(١) القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي (ص ٢٨٦) للدكتور محمد الزحلي، طعة مكتبة

الكويت الوطنية الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

فيه حصة بعد ما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس فلا تسمع دعواه^(١).

القاعدة الثالثة: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)^(٢).

أولاً: شرح القاعدة:

هذه القاعدة قيد لقاعدة: (العادة محكمة)، وقيد لقاعدة (استعمال الناس حجة يجب العمل بما)؛ لأن ظاهر القاعدتين أن العادة مرعية على الإطلاق، فجاءت هذه القاعدة لتفيد التقييد بما إذا اطردت العادة أو غلبت، أما إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى.

فالعادة المعتبرة التي تبني عليها الأحكام الشرعية هي المطردة أو الغالبة، والشيوخ في الأكثر كاف، إذ لا عبرة للأقل، والعادة المعتبرة تنزل منزلة الشرط. ولا تراعى العادة النادرة.

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو باع بدراهم أو بدنانير، وكانت مختلفة في المالية والرواج، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً، وإذا كانت متساوية في الرواج والمسألة بحالها، فسد العقد؛ لأنه يؤدي إلى التنازع.

الفرع الثاني: لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرح بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ من الثمن كل جمعة قدرًا معلومًا، انصرف إليه بلا بيان؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

الفرع الثالث: لو جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه لها، ثم ادعى أنه عارية،

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٢٥)، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي (ص ٢٨٦، ٢٨٧).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ١٠١).

ولا بينة، فإن كان العرف أن الأب يدفع ذلك ملكاً لا عارية لم يقبل قوله.

الفرع الرابع: من أوقف على درس الحديث، ولم يعرف مراد الواقف، هل هو من يدرس مصطلح الحديث، أو يقرأ الحديث، فيتبع اصطلاح البلد وعرفه^(١).
القاعدة الرابعة: (العبرة للغالب الشائع لا للنادر).

أولاً: شرح القاعدة:

فإذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع، فإنه يبني عاماً للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات، ولا تبني الأحكام على الشيء القليل النادر، بل تبني على الغالب الشائع الكثير.
ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه، وإن أوفاهها معجلاً مهرها؛ لغلبة الإضرار في الأزواج وفي العصور المتأخرة.
الفرع الثاني: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه؛ لفساد حال القضاة غالباً.
الفرع الثالث: صحح المتأخرون الاستحجار على الإمامة والأذان والتعليم؛ لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً غالباً.

الفرع الرابع: قدر الفقهاء مدة الإياس من الحيض خمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن، ففي الغالب ينقطع حيضها، وعند الشافعية: الأشهر أن سنّ اليأس اثنتان وستون سنة، والراجح الأظهر أنه يعتبر أقصى يأس نساء العالم، وإليه يميل الأكثرون، وقيل: يعتبر إياس أقاربها^(٢).
وحلل الفقهاء كل ذلك أحكاماً عامة، مع أنه لا شك في التخلف في بعض

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٧، ٣٨)، والدكتور محمد الرحيني (ص ٢٩١).

(٢) المهذب (٤/٥٣٧).

الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا إليه، وجعلوا العبرة للكثير الغالب^(١).

القاعدة الخامسة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً):

أولاً: شرح القاعدة:

وردت هذه القاعدة بألفاظ أخرى متقاربة، منها: (الثابت بالعرف كالثابت

بدليل شرعي)، و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، و(الثابت بالعرف كالثابت

بالنص)، و(المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ)، و(العرف يقوم مقام الشرط).

وهذه القاعدة تعني أن المعروف بالعرف الشائع بين الناس في زمن من

الأزمان كالشرط المشروط في العقود وغيرها من المعاملات في تقدير الأحكام

بشرط أن يكون العرف غير مناقض للشرع.

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو عمل شخص لآخر عملاً، ولم يتفقا على الأجر، فللمعامل

أجرة المثل إن كان معروفاً بين الناس أن يعمل بالأجرة، فإن لم يكن معروفاً بين

الناس بذلك فلا أجرة له.

الفرع الثاني: لو اشترى شخص من آخر شيئاً بعشرة جنيهاً، ولم يعين

نوع الجنيه، يُرجع إلى العملة المتداولة في تلك البلدة.

الفرع الثالث: لو سكن شخص بيتاً أعده صاحبه للسكنى من غير إذنه، أو

سكن بإذنه من غير عقد ولا اتفاق على أجرة معينة، لزمه أن يدفع أجرة المثل

بحسب العادة الجارية في البلد^(٢).

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٣٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ١٨٣)، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٦٠)، القواعد الكلية

للفقه الإسلامي (ص ٢٥٧).

القاعدة السادسة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم):

هذه القاعدة في معنى سابقتها لا تفترق عنها، إلا أن تلك في مطلق العرف، وهذه خاصة في عرف التجار، فإذا وقع التعارف والاستعمال بينهم على شيء غير مصادم للنص يتبع وينصرف إليه عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه، كما لو باع التاجر شيئاً وقد جرى العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حلالاً، أو على أن دفع كل الثمن يكون منجماً^(١) على نجوم معلومة، يكون ذلك العرف مرعياً بمنزلة الشرط الصريح.

القاعدة السابعة: (الحقيقة تترك بدلالة العادة):

أولاً: شرح القاعدة:

الأصل في الكلام الحقيقة، والمجاز خلف عنه، وعند عدم القرينة ينصرف اللفظ إلى معناه الحقيقي، إلا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي، أو كان مهجوراً عادةً وعرفاً، فيأخذ حكم المتعذر، فتترك الحقيقة، ويصار إلى العرف والعادة.

والحقيقة للغوية تُترك بدلالة العرف والعادة؛ لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً.

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز ترجح الحقيقة، وهي هنا العرف والعادة، ويترك المجاز، وهو المعنى الوضعي الأصلي، لقولهم: "مطلق الكلام محمول على المعتاد".

وفائدة هذه القاعدة بعد قاعدة: (العادة محكمة) وقاعدة: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، التنبيه على أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس لا

(١) مقتضاً.

تقوى الحقيقة اللغوية على معارضتهما، بل يعمل بهما دونها، كمسألة لو حلف لا يأكل رأساً فأكل رأس عصفور، أو لا يركب دابة فركب إنساناً.

فظهر بهذا أن المراد بالحقيقة المذكورة في لفظ هذه القاعدة: الحقيقة المهجورة، وإلا فالحقيقة المستعملة هي المعتبرة عند الإمام أبي حنيفة دون المجاز، وإن كان استعماله أكثر من استعمالها، ورأيه هو الراجح؛ ولذلك تعتبر هذه القاعدة مكملتها لقاعدة: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)^(١).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فينصرف إلى ثمرها إن كان لها ثمر، صوتاً لكلام العاقل عن الإلغاء؛ لأنه يتعذر إرادة المعنى الحقيقي.

الفرع الثاني: كتب شخص على قرطاس بخطه: إن الدين الذي لي على فلان أبرأته منه. يقبل ويسقط الدين؛ لأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان.

الفرع الثالث: من كتب سنداً، أو استكتبه، وأعطاه ممضياً، أو محتوماً، إذا أقر بأنه له، ولكنه أنكر الدين الذي حواه، فلا يعتبر إنكاره، ويلزمه أداء ذلك الدين^(٢).

القاعدة الثامنة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان):

أولاً: شرح القاعدة:

تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإن كان عرف الناس وعادتهم يستدعيان حكماً، ثم تغير إلى عرف وعادة أخرى، فإن الحكم يتغير إلى ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم؛ ولذلك يرى الفقهاء أن من شرط الاجتهاد معرفة عادات الناس.

(١) القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي (ص ٢٩٥، ٢٩٦)، شرح القواعد الفقهية (ص ١٧٧).

(٢) المرجعان السابقان.

وأما الحكم الثابت بالنص، فلا يتغير، فمثلاً: لو أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً لم يره، بحديث رسول الله ﷺ: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"^(١).

فبناءً على هذا النص، فإنه لمَّا كانت الدور تبني على نمط واحد، قال الفقهاء المتقدمون: يكفي سقوط الخيار رؤية بيت واحد منها حيث جرت العادة بذلك. ولكن لما اختلفت طرز الإنشاءات وصارت الدور تبني على كفاءات مختلفة رجَّح المتأخرون قول زفر من الحنفية أنه لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان.

وهذا مسلّم به، وهو سنة الله في تشريعه لعباده؛ فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان وكان الحال ضيقاً؛ لقلّة عدد الذرية أباح نكاح الأخت لأخيها ووسع في أشياء كثيرة، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع وكثرت الذرية، فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل، وحرّم السبت والشحم ولحوم الإبل، وأموراً كثيرة^(٢).
ثانياً: فروع القاعدة:

إضافة إلى الفرع السابق (اختلاف نمط الدور) هناك فروع أخرى:
الفرع الأول: لما كان لون السواد في زمن الإمام أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- يعد عيباً، قال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب بالسواد يكون قد عيَّبهُ، ثم بعد ذلك لمَّا تغير عرف الناس، وصاروا يعدونه زيادة، قال الصحابان: إنه زيادة.
الفرع الثاني: قال المتقدمون: إن الدائن ليس له استيفاء دينه من مال المدين حال غيبته إلا إذا كان من جنس حقه؛ لما كان في زمانهم من انقياد الناس إلى

(١) نصب الرأية (ص٩).

(٢) المقاصد الشرعية (ص٢١٧).

الحقوق، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى الجحود، قال الفقهاء: للدائن استيفاء دينه ولو من غير جنس حقه.

الفرع الثالث: جَوَزَ الفقهاء تحليف الشهود عند إلحاح الخصم، وكذا إذا رأى الحاكم ذلك؛ لفساد الزمان.

الفرع الرابع: منع عمر بن عبدالعزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به، بعد أن كان مطلقاً لهم؛ لما رأى من تغير حالهم.

الفرع الخامس: القيام بالواجبات الدينية: لا يجوز أخذ الأجرة عليها، كالإمامة وخطبة الجمعة، وتعليم القرآن، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً؛ لأنه واجب شرعي، غير أن المتأخرين من الفقهاء لاحظوا قعود المهتم عن هذه الواجبات، فأفتوا بجواز أخذ الأجرة عليها؛ حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم وإقامة الشعائر الدينية بين الناس.

الفرع السادس: جَوَزَ الفقهاء إحداث أحكام سياسية لقمع الدُّعَارِ وأرباب الجرائم عند كثرة الزمان، وأول من فعل ذلك عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله تعالى؛ فإنه قال: سيحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

الفرع السابع: ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه، وقال لأصحابه: "من كتب عني غير القرآن فليمحه"^(١)، إلا ما ثبت استثناء من كتابة بعض الصحابة.

وفي عهد عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله- خافوا من ضياع السنة بموت حفظتها، ورأوا أن سبب النهي هو خشية النبي ﷺ أن تختلط بالقرآن، فلما عمَّ القرآن وشاع حفظاً وكتابة، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة، بل أصبحت

(١) مسند أحمد (١٢/٣، ٢١، ٣٩).

كتابتها واجبة؛ لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع، والحكم يدور مع علته ثبوتاً وعدمًا^(١).

الفرع الثامن: وكذلك إيقاف سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه سهم المؤلفه قلوبهم؛ وذلك لأن الله قد أعز الإسلام، ولم يكن هذا نسخاً من سيدنا عمر رضي الله عنه، لكنه رأى أن العلة قد انتفت، وهذا يعني أن المسلمين لو أصبحوا أذلاء في زمن ما - كزمننا هذا - جاز إعمال سهم المؤلفه قلوبهم.

القاعدة التاسعة: (كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف)^(٢).

أولاً: شرح القاعدة:

(كل ما ورد به الشرع مطلقاً)، أي من غير تقييد أو تحديد، أو تقدير، فالعرف فيه محكم ما لم يكن هناك ضابط لغوي يجب حمل النص عليه، وذلك بأن يكون اللفظ صريحاً لا يقبل التأويل.

ففي القرآن والسنة نصوص توجب على المكلف أموراً موكولاً بتحديدها وتقديرها وضبطها إلى عوائد الناس وأعرافهم رحمة بهم وتيسيراً عليهم، ورعاية لمصالحهم؛ لتظل أحكام الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، ولكي يتمكن كل مكلف من القيام بما كلفه الشرع به بحسب قدرته وطاقته، ويجد أصحاب الأعدار مخارج تدفع عنهم الحرج والمشقة^(٣).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: الاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة العرفية، بحيث يعد

(١) شرح لقواعد الفقهية (ص ٢٢٩)، والدكتور محمد الزحيلي (ص ٣١٦-٣١٩).

(٢) الأشباه للنسبوتي (ص ٩٨).

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجه (ص ١٥٦).

مستحضرًا للصلاة على ما اختاره النووي وغيره.

الفرع الثاني: الحرز في السرقة والتفرق في البيع يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الثالث: وقت الحيض وقدره يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الرابع: إحياء الموات يرجع فيه إلى العرف.

الفرع الخامس: الاستيلاء في الغصب - أي اعتبار الغاصب مستوليًا على

ما غصبه - يرجع فيه إلى العرف^(١).

ثالثًا: مستنيات القاعدة:

الفرع الأول: المعاطاة على أصل المذهب الشافعي، لا يصح البيع بها ولو

اعتاد الناس على ذلك، خلافًا لما قاله النووي من صحة انعقاد البيع بالمعاطاة؛

إعمالًا للقاعدة.

الفرع الثاني: دخول الحمام، فإنه يوجب الأجرة.

وإن لم يجر لها ذكر قطعًا؛ لأن الداخل مستوف لمنفعة الحمام بسكوته،

وصاحب المنفعة صرفها.

الفرع الثالث: أن يدفع ثوبًا إلى خياط لينخيطه، أو قصار ليقصره، أو

جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه، أو دلاك فدلكه، أو دخل سفينة بإذن وسار

إلى الساحل، فلا يوجب الأجرة؛ خلافًا للقاعدة^(٢).

القاعدة العاشرة: (ما يُعاف في العادات يكره في العبادات)

فما تعافه النفوس في العادة تجده مكروهًا في الشرع غالبًا، والحكم للغالب،

والنادر لا حكم له^(٣).

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٩٨).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٩٩).

(٣) المنثور في القواعد للزرکشي (٣/٢٤٦)، الفروق للقرافي (٣/٣٠٣)، القواعد الفقهية للشيخ الندوي

(ص ١٦٤، ٢٦١).

ومن فروع هذه القاعدة:

الفرع الأول: الأواني المعدة للنجاسات والمستقذرات، فهذه يكره استعمالها في الطهارات والمطعومات وغيرها من الأشياء المحترمة.

الفرع الثاني: المراحيض، تكره الصلاة فيها؛ لأنها موضع مستقذر غالباً، والصلاة لها حرمة، كما تكره الصلاة في المكان المعد لقضاء حاجة الإنسان.

الفرع الثالث: يكره الوضوء والغسل من الماء المستعمل؛ لأن النفوس تعافه في العادة.

ومثل القاعدة السابعة قاعدة: (المستقذر شرعاً كالمستقذر حساً)، ومثالها: الرجوع في الصدقة بعد إخراجها للفقير^(١). هذا؛ وهناك قواعد أخرى كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة آثرت عدم ذكرها؛ لعدم الإطالة، ولأن فروعها قد تفهم قياساً على فروع القواعد السابقة، ومن بين هذه القواعد، قاعدة (الكتاب كالخطاب)، وقاعدة: (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان)^(٢).

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٦١، ١٦٢).

(٢) راجع: الدكتور محمد الرحيلي (ص ٢٩٨-٣٠١)، المنثور في القواعد للركشي (١/١٦٤-١٦٦)، شرح القواعد الفقهية (ص ٣٤٩، ٣٥٠)، درر الحكام (١/٦٩).

الفصل الخامس

قاعدة: الضرر يزال

الأهداف التعليمية للفصل الخامس:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تعرف معنى قاعدة: الضرر يزال.
- ٢- تدرك أهمية قاعدة: الضرر يزال بما يندرج تحتها من فروع.
- ٣- تستوعب مقاصد الشريعة من هذه القاعدة.
- ٤- توازن بين سماحة التشريع الإسلامي وغيره من التشريعات السماوية الأخرى والتشريعات الوضعية من خلال هذه القاعدة.
- ٥- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه أهم القواعد المندرجة تحت قاعدة الضرر يزال.

الفصل الخامس

قاعدة: الضرر يزال

١- شرح القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الضرر يجب إزالته؛ لأن الضرر ظلم وغدر، والواجب عدم إيقاعه؛ لأن الأضرار مرفوعة ومزالة ولا يحق أن تقع أصلاً. والضرر: ما قابل النفع، فكل ما ليس بنفع ضرر، والضرر يزال: جملة خبرية لفظاً إنشائية معني؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المراد بها الإنشاء، أي أن الأضرار يجب إزالتها، بل هي مزالة من الله ابتداءً ودواماً، وليس هناك تكليف فيه ضرر؛ لأنه مُزال ومرفوع شرعاً. وكذلك الإنسان مكلف بأن يزيل الضرر عن نفسه؛ لأن نفسه ليست ملكاً له، بل مملوكة لله تعالى؛ لأنه خالقها وبارئها، ولا يجوز أن يلحق الضرر بغيره؛ لأنه ظلم، والظلم حرام، وإقدام الظالم على ظلمه حرامٌ وممنوعٌ. وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصراً على الأضرار الواقعة بالفعل، بل يشمل ما كان منها ابتداءً بعد تشريع حكم لزم منه ضرر، سواء كان ذلك الحكم تكليفيّاً أو وضعيّاً، كما يشمل أيضاً: الضرر الحاصل بسبب الأعداء الطارئة، وما كان بالتدارك، أي بتشريع الأحكام التي يُتدارك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث^(١).

(١) فواتح الرحموت (ص ٣١٤) لعبدالعلي محمد الأنصاري المطبعة الأميرية بولاق الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ. والمقاصد الشرعية (ص ١١٤).

ويدخل تحت هذه القاعدة قاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)، والتي سيأتي بيانها لاحقاً، فهي قيد عليها، أي أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر، لما صدق الضرر يزال، فشأنها معها كشأن الأخص مع الأعم^(١).

٢- الأدلة على حجية القاعدة:

وقد ثبتت هذه القاعدة بالكتاب والسنة والإجماع والعقل.

أولاً: فمن الكتاب: آيات كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى في شأن المطلقات: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال في شأن الوصية والدين: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء: ١٢].

ولم يكن تحريم الضرر في القرآن الكريم محصوراً بنطاق لفظ: (الضرر)، بل إنه ورد بصور وأشكال مختلفة، ولهذا السبب تجد أنه يستدل على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦].

ثانياً: من السنة النبوية: قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نفى الضرر مطلقاً؛ لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، فلا يكون النفي واقعاً على الإمكان ولا على الوقوع الفعلي؛ لأن كلاً من الضرر والضرار واقع وموجود بكثرة، فلا يصح أن يراد نفي ذلك أو إذا انتهى أن يكون المراد نفي الإمكان أو الوقوع، فتعين أن يكون المراد به أنه لا يجوز الضرر والضرار في ديننا، وإذا انتهى الجواز ثبت التحريم.

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٩٢)، وابن السبكي (٢٩/١).

(٢) راجع الأشباه للسيوطي (ص ٩٢)، وابن نجيم (ص ٨٥).

فالحديث نصٌّ في تحريم الضرر مُطلقاً^(١).

٣- فروع القاعدة:

وهذه القاعدة يبنى عليها فروع كثيرة من أبواب الفقه، منها:

الفرع الأول: الرد بالعيب: فإذا دلس البائع على المشتري بإخفاء العيب الموجود في السلعة عند التعاقد، أجاز له الشارع الرد بالعيب؛ لأن المشتري قصد بالشراء السالم الذي تندفع به حاجته على التمام، فكان له حق الرد إذا تحققت شروط الرد بالعيب، وهي: أن يخفيه البائع، وألا يكون العيب ظاهراً وقت العقد، وألا يعلم به، وأن يرد به فور علمه بالعيب.

الفرع الثاني: إفلاس المشتري، فإذا اشترى رجل سلعة ثم ركبته الديون وحجر القاضي عليه، فيرد المبيع للبائع إذا كان بحاله، لدفع الضرر عنه.

الفرع الثالث: الشفعة، شرعت لدفع ضرر القسمة، أو لدفع الضرر عن الجار. **الفرع الرابع:** القصاص، شرع لدفع الضرر، ففي قتل القاتل مصلحة عامة، لأن مريد الجريمة إذا علم عقوبتها امتنع، فبقيت حياته وحياته غيره.

الفرع الخامس: الحدود والكفارات، فهي عقوبات أحقها الله بالذي ارتكب سببها، والعقوبات أضرار، ولكن الشرع أوجبها لدفع الضرر الأعظم^(٢). **الفرع السادس:** ضمان المتلفات، فيضمن المتلف عوضاً عما أتلفه للضرر الذي أحدثه.

الفرع السابع: نصب الأئمة، لأن عدم نصب الأئمة سوف يؤدي إلى هلاك الأمة واختلافها وضعفها، فيجب على المسلمين نصب إمام ليلتقوا كلهم تحت رايته.

(١) المقاصد الشرعية (ص ١١٦)، غمز عيون الصائر (ص ١١٨)، الأشباه للسيوطي (ص ٩٢).

(٢) محاضرات في قواعد الفقه (ص ٢٢) للشيخ جاد الرب رمضان جمعة، مكتوبة بخط اليد.

الفرع الثامن: دفع الصائل، فلو لم يجب دفع الصائل، لانتشر الصَّيَال، وهو فساد، وإذا علم الصائل أنه لو صَالَ قُتِلَ لا ممتنع.

الفرع التاسع: قتال المشركين؛ دفاعاً عن الدين وَرَدًّا لعدوانهم عن أرض الإسلام حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله، فشرع قتالهم لدفع الضرر.

الفرع العاشر: دفع البغاة، فلو لم يجب دفعهم لَعَمَّتِ الفوضى، وهذا ضرر، والضرر يزال^(١).

٤- القواعد المندرجة تحت قاعدة: الضرر يزال:

القاعدة الأولى: (الضرر لا يزال بالضرر):

أولاً: شرح القاعدة: هذه القاعدة قيد لقاعدة: (الضرر يزال)، فالضرر لا يزال بمثله ولا بأكثر منه من باب أولى، إذن: فيشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه^(٢).

يقول أستاذنا الدكتور/ جاد الرب رمضان في بيان معنى القاعدة: والضرر من المعاني الوجدانية، فليس لها حدٌ معين، ولا يقوى عليها أفصح البلغاء^(٣).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: عدم وجوب العمارة على الشريك؛ فإذا اشترك اثنان في منزل يحتاج إلى عمارة أو ترميم وأحد الشريكين غير مستطيع، فلا يجب إجباره؛ لأن في إجباره إزالة ضرر أحدهما بضرر الآخر، فلم يرتفع.

الفرع الثاني: عدم إجبار الجار على وضع الجذوع على جدار الجار،

(١) الأشباه للسيوطي (ص ٩٢، ٩٣)، المقاصد الشرعية (ص ١١٩).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٩٥).

(٣) محاضرات في قواعد الفقه (ص ٢٢).

فيذهب الضرر عن نفسه ويلحقه بالجار، وهذا يكون الضرر باقياً، فيمنع من ذلك؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر.

الفرع الثالث: لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر إلا أن يكون نبيئاً فيجب بذله له، وإن لم يطلبه لوجوب فدائه بالنفس، ويتصور هذا في عيسى عليه السلام حينما ينزل^(١).

الفرع الرابع: لا يجوز للمضطر أن يقطع جزءاً من جسم مضطر آخر ليأكله، فيندفع به ضرره بضرر غيره؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، بل يحرم عليه ذلك ولو من غير معصوم كالمرتد والقاتل.

الفرع الخامس: لو سقطت حرة، ولم تندفع عنه إلا بكسرهما ضمنها في الأصح^(٢)؛ لأن في عدم ضمائها إزالة للضرر عن نفسه بضرر غيره^(٣).

القاعدة الثانية: (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام):

أولاً: الشرح: فهذه القاعدة تدخل ضمناً في القواعد السابقة، وهي قاعدة مهمة مبنية على مقاصد الشريعة في مصالح العباد، واستخراجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص.

فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضره يجب إزالتها ما أمكن، وفي سبيل تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص. ولهذا الحكمة شرع حد القطع؛ حماية للأموال، وقتل الساحر المضر،

(١) حاشية الحيرمي على الخطيب (٤/٢٧٢)، طبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٠هـ.

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٩٥).

(٣) وقد سبق فروع كثيرة لهذه القاعدة أدرجتها تحت قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات (ص).

والكافر المضل؛ لأن أحدهما يفتن الناس والآخر يدعوهم إلى الكفر، فيتحمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الأعم^(١).

ثانياً: فروع القاعدة: إضافة إلى الفروع السابقة هناك فروع أخرى:
الفرع الأول: وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتل؛ دفعاً للضرر العام.

الفرع الثاني: وجوب قتل كل مؤذ لا يندفع أذاه إلا بالقتل، كما أفتى به بعض المتأخرين.

الفرع الثالث: الحائط المتوهم إذا كان في الطريق، فإنه يجب نقضه على مالكة؛ دفعاً للضرر العام.

الفرع الرابع: جواز التسعير إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالخبن الفاحش؛ دفعاً للضرر العام.

الفرع الخامس: جواز الحجر على الطبيب الجاهل؛ دفعاً للضرر العام.

الفرع السادس: بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة^(٢).

الفرع السابع: جواز الحجر على المفتي الماجن؛ حرصاً على دين الناس.

الفرع الثامن: جواز قتل الكفار إذا تترسوا بصبيان المسلمين^(٣).

القاعدة الثالثة: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح):

أولاً: شرح القاعدة: المراد بدرء المفاسد، رفعها وإزالتها، فإذا تعارضت مفسدة مع مصلحة، فدفع المفسدة مقدم في الغالب، إلا أن تكون المفسدة

(١) المقاصد الشرعية (ص ١٥١).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ١٤٣، ١٤٤).

(٣) الأشباه لابن نجيم (ص ٨٧).

مغلوبة؛ لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات؛ لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي.

ثانياً: دليل القاعدة: وهذه القاعدة يستدل عليها بقوله ﷺ: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه"^(١).

ومثلها قاعدة: (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع إلا إذا كان المقتضي أعظم)^(٢)، والمراد بالمقتضي هنا: الأمر الطالب للفعل، فوجود المانع يمنع من الفعل غالباً.

وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل؛ بناءً على قاعدة: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)^(٣)؛ لأنه في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة.

ومن ثم إذا تعارض دليل يقتضي التحريم وآخر يقتضي الإباحة، قدم الحظر في الأصح؛ تغليباً لتحريم ودرءاً للمفسدة^(٤).

ثالثاً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: إذا وجب على المرأة غسل، ولم تجد سترة من الرجال، تؤخر الغسل؛ لأن في كشف المرأة على الرجال مفسدة عظيمة.

الفرع الثاني: تمنع التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وخنزير، ولو أن فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية هائلة.

الفرع الثالث: لو اشتبهت محرم بأجنبيات محصورات، لم يحل الزواج بإحدهن.

الفرع الرابع: لو اختلطت زوجته بغيرها فليس له الوطء بالاجتهاد.

(١) أخرجه السنائي في باب وجوب الحج.

(٢) المنشور في القواعد للزركشي (٣٤٨/١).

(٣) السيوطي (ص ١٠٥) في الأشباه.

(٤) المنشور (٣٣٧/١).

الفرع الخامس: إذا أرسل كلبه المعلم وشاركه كلب غير معلم في الصيد حرم أكل الصيد بهما، وكذا لو شارك من تحل ذبيحته كمسلم وكتابي مع من لا تحل ذبيحته كمجوسي ووثني حرم المذبوح؛ تغليبا للتحريم^(١).
رابعاً: المستثنيات من القاعدة:

الفرع الأول: لو رمى سهماً على طائر فجرحه ووقع على الأرض فمات، فإنه يحل، وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض؛ لأن ذلك لا بد منه، فغفي عنه.
الفرع الثاني: معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه، فلا يحرم في الأصح، ولكن يكره، وتشتد الكراهة بكثرة الحرام^(٢).

الفرع الثالث: لو اختلطت محرّمه بنسوة قرية كبيرة، فله النكاح في الأشهر؛ لندرة الوقوع في الحرام^(٣).

الفرع الرابع: جواز مسّ كتب التفسير والحديث للمحدث، سواء كان الأكثر تفسيراً أو قرآناً.

الفرع الخامس: لو جمّع في عقد واحد بين من تحل له ومن لا تحل، كمن يجمع بين مسلمة ووثنية وأجنبية ومحرّم، جاز العقد فيمن تحل وبطل في غيرها؛ لأن لكل واحدة حكمها المستقل بما.

الفرع السادس: إذا اختلط الواجب بالمحرّم، فتراعى مصلحة الواجب، كاختلاط موتى المسلمين بالكفار، ويجب غسل الجميع؛ نظراً لإقامة المصلحة في حق المسلمين على الأصح.

(١) إحياء علوم الدين (٨٢٩/٥) للإمام الغزالي. مطبعة الشعب بالقاهرة بدون تاريخ، محاضرات في الفقه الشافعي (ص ٢٧) للدكتور عبدالعزيز عزام. طبعة دار البيان، بدون تاريخ.

(٢) قواعد الأحكام (٨٥/١).

(٣) المرجع السابق (٨٤/١).

الفرع السابع: الهجرة على المرأة من بلاد الكفر واجبة، وإن كان سفرها وحدها حراماً^(١).

القاعدة الرابعة: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما):

أولاً: معنى القاعدة: فالأمر إذا تردد بين ضررين، أحدهما أشد من الآخر، فيتحمل الضرر الأخف، ولا يرتكب الأشد، ومراعاة أعظمهما تكون بإزالته؛ لأن المناسد تراعى نقيًا، كما أن المصالح تُراعى إثباتاً^(٢).

ولكن: هل قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) هي عين قاعدة:

(إذا اجتمعت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)؟

قد يقال ذلك، ولكن يمكن تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً، وأمکن إزالته بالأخف، كما لو غصب أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها، ثم طلبها مالكها، فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء والغرس مهما بلغت قيمته، إلا إذا كان قلعها يضر بالأرض، فإن المالك يتملكها بقيمتها مستحقين للقلع، وتخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران ولم يقع واحد منهما.

وهذا أقوى من دعوى التكرار؛ لأن: (التأسيس أولى من التأكيد) وإلى هذا التخصيص يشير التعبير في القاعدة بقوله: (يزال) في الأولى، وفي الثانية بقوله: (تعارضت)^(٣).

ثانياً: دليل القاعدة:

والأصل في هذه القاعدة: حديث الأعرابي الذي بال في المسجد، فقد نسي

(١) قواعد الزركشي "المشور" (١٢٣/١-١٢٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٢٠١).

(٣) المقاصد الشرعية (ص ١٦٩، ١٧٠).

النبى ﷺ عن زجره.

وهذه القاعدة تعتبر تقييداً لقاعدة (لا يزال الضرر بالضرر) أي: لا يزال الضرر بالضرر ما لم يكن أحد الضررين أعظم فعند ذلك نزيلُ الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف^(١).

ثالثاً: ومن فروع القاعدة:

الفرع الأول: المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة ما لم يكن الإنسان صائماً، فتكره المبالغة خشية إفساد الصوم.

الفرع الثاني: تخليل الشعر، فإذا كانت لحية الرجل خفيفة وجب تخليلها إن لم يصل الماء إلى باطنها إلا بالتخليل. أمّا إن كانت اللحية كثيفة وهي التي تغطي البشرة وتسترها فتخليها سنة.

وهذا في غير المحرم بحج أو عمرة، فإن كان محرماً، فيكره له تخليل شعره؛ لخوف سقوط شعر منه؛ حتى لا يجب عليه دم.

الفرع الثالث: لو كان رجل به جرح لو سجد سال دمه، فلا يسجد ويصلي قاعداً، ويومئ بالركوع والسجود، ويكون إيماؤه بالسجود أخفض من الركوع، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث؛ بناءً على القول القائل بأن الدم ينقض الوضوء، وعلى فرض أن الدم لا ينقض الوضوء، فإن المشقة تجلب التيسير.

الفرع الرابع: انكشاف العورة في الصلاة، فلو أنه صلى قائماً تنكشف عورته، ولو صلى قاعداً لا ينكشف منه شيء، فإنه يصلي قاعداً؛ لأن ترك القيام أهون من كشف العورة.

(١) المرجع السابق (ص ١٧٠).

الفرع الخامس: التهديد بالقتل: فلو هدد شخص شخصاً بالقتل إن لم يلق نفسه من منارة أو جبل عال، فهل له الخيار؟ وهل المفسدتان هنا متساويتان؟ الرأي المختار، أن يصير فيقتل أهون من أن يرمي نفسه، لما في إلقاء نفسه من شبهة الانتحار وهو لا يجوز بحال، كما لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه^(١).

الفرع السادس: جواز شق بطن الميت إذا كان ترجى حياته^(٢).

رابعاً: مستثنيات القاعدة:

إذا كان درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، فهو الغالب، بشرط أن تكون المفسدة راجحة، أما إذا كانت مرجوحة فتقدم المصلحة ولا ينظر إلى المفسدة؛ لذلك قال السيوطي: "وقد تُرَاعَى المصلحة لغلبيتها على المفسدة المرجوحة"^(٣).

والأمثلة كثيرة، منها:

- ١- التكلم بالكذب مفسدة، ولكن إن أريد به إصلاح ذات الين يجوز على قدر الحاجة.
- ٢- لو أراد ظالم أخذ الوديعة من الوديعة غصباً عنه، فله أن يكذب وينكر وجودها عنده؛ محافظة على الوديعة؛ لأن حفظ الودائع واجب وإنكارها إحسان^(٤).
- ٣- قطع اليد المتأكلة؛ حفظاً للروح، إذا كان الغالب السلامة، فإنه يجوز قطعها، وإن كان إفساداً لها؛ لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة وهو حفظ الروح.
- ٤- حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها، كتغيب أموال اليتامى والمجانين والسفهاء، وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب، كما فعل الخضر عليه السلام لَمَّا خَاف عَمَى السَّفِينَةَ الْغَصْبَ، فَحَرَقَهَا لِيُرْهِدَ غَاصِبَهَا فِي أَخْذِهَا^(٥).

(١) الوحي (ص ٨٣، ٨٤) للزفالي، الأشباه لابن نجيم (ص ٨٩).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ١٤٧).

(٣) الأشباه للسيوطي (ص ٩٧).

(٤) درر الحكام (ص ٥٤).

(٥) قواعد الأحكام (١/٩٢)، غاية المحتاج (١/١١١) لشمس الدين الرملي، مطبعة مصطفى الخلي ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.

خلاصة الوحدة الثانية

الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها

- ١- معنى القاعدة: أي الأعمال الصادرة من المكلف تختلف باختلاف نية الشخص من وراء هذه الأعمال والتصرفات، أي: أحكام الأمور بمقاصدها.
- ٢- النية: وهي قصد الشيء مقترناً بفعله، ولها فائدتان: الأولى: تمييز العبادة من العادة، والثانية: تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض. والنية: بمفردها دون فعل لا يترتب عليها حكم شرعي، فمن نوى الطلاق أو النذر أو فعل المعصية، لا يحاسب بمقتضى نيته. ويشترط لصحة النية شروط، وهي: الإسلام؛ لأنها عبادة، والعبادة لا تصح من الكافر، والتميز، والعلم بما ينويه، وأن لا يأتي بمناف بين النية والمنوي. وهناك أفعال لا تتوقف على النية كالإقرار أو الوكالة والإيداع والقذف والسرقه، لأنها أفعال صريحة في الدلالة على وصفها أو مضمونها. والنية يجب أن تكون مقترنة بالفعل، ويستثنى الصوم والأضحية، فيجوز فيهما تقديم النية على الفعل.
- ٣- القواعد المندرجة تحت قاعدة: الأمور بمقاصدها، وهي قواعد كثيرة جداً، منها:
 - أ - قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها، وسيأتي بيانها في الوحدة الأخيرة.
 - ب - وقاعدة: هل الأيمان مبنية على الألفاظ أو الأغراض؟
 وهي أشبه ما تكون بقاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ فاللفظ متعدّد، والمعنى واحد.

ج - وقاعدة: هل الأيمان مبنية على العُرف؟

فالحنفية وقول للحنابلة يرون أن الأيمان مبنية على عُرْف الحالف، والشافعية والمالكية والقول الآخر للحنابلة لهم تفصيل في ذلك.

د - وقاعدة: هل اليمين على نية الحالف أو على نية المستحلف؟

ولا شك أن هذه القاعدة لها دَوْرٌ عظيم في مجال القضاء، وقد تناولها الفقهاء بالتحليل والتفصيل، فبعضهم فرّق بين اليمين عند القاضي وغيره، وبعضهم فرّق بين المظلوم وغيره، وبعضهم جعلها على نية الحالف مطلقاً، وبعضهم جعلها على نية المستحلف.

هـ - وقاعدة: المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في القربات والعبادات.

فذبح الحيوان بنية الأكل يحل، والذبح لغير الله لا يحل، وعصير العنب بنية جعله خمراً لا يحل، وأما بنية جعله خلاً فإنه يحل.

الفصل الثاني: قاعدة: اليقين لا يزول بالشك

١ - شرح القاعدة:

فاليقين هو العلم الذي لا تردّد معه، وهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، الناشئ عن دليل.

والمقصود به هنا: معناه الأول؛ لأن الأحكام الفقهية تبنى على الظاهر، فالثابت بالبيينة الشرعية مثلاً يُعدُّ في نظر الشارع يقيناً، مع أن شهادة الشهود يجيز فيها العقل السهو والكذب.

والذي أدنى درجة من اليقين: هو غالب الظن، ثم يليه الظن الذي للطرف الراجح، ويتبعه الشك الذي هو استواء للطرفين دون ترجيح لأحدهما على

الآخر. وأما الوهم فهو إدراك الطرف المرجوح ولا عبرة للتوهم.
 ٢- وأدلة ثبوت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) قد بلغت حد التواتر، ومنها قوله ﷺ: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً".
 والمسائل المتخرجة على قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) تبلغ ثلاثة أرباع الفقه.

٣- ومن هذه المسائل:

من يتقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر، ومن يتقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث. ومن شك في إخراج الواجب من الزكاة وجب عليه إخراجها. والوصية للحمل لا تصح إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية التي نتقن أن الحمل كان موجوداً حينها.

٤- ومستثنيات قاعدة: اليقين لا يزول بالشك كثيرة، ومنها:

لو بال حيوان في ماء ثم وجدته متغيراً، فإنه يحكم بنجاسته، مع أنه يحتمل تغيره بطول مكث أو بسبب آخر، ولو شك في موضع النجاسة من الثوب أو البدن، فلا تزول هذه النجاسة إلا بغسل جميع ما شك فيه. وَمَنْ عَلَيْهِ فَائِةٌ وَشَكَ فِي قَضَائِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ قَضَاؤُهَا، مَعَ أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهَا.

٥- القواعد الفقهية المتفرعة من قاعدة: اليقين لا يزول بالشك :

وهي قواعد عديدة أيضاً، ومنها:

أ - قاعدة: الأصل في الصفات العارضة العدم.

ب - قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

ج - قاعدة: لا تعارض في البيئات.

د - قاعدة: الأصل براءة الذمة.

هـ - قاعدة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقات حدوثه.

و - قاعدة: لا عبرة للتوهم.

ولكل قاعدة من هذه القواعد فروع ومستثنيات سبق ذكرها.

الفصل الثالث: قاعدة: المشقة تجلب التيسير

١- شرح القاعدة:

فالصعوبة إذا وجدت في شيء ما، استدعت التخفيف ورفع المعاناة عن المكلفين، طالما أن هذه المشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفس والأعضاء.

أما المشقة المقدورة للمكلف أو التي لا تنفك عنها العبادة كمشقة الحج والاجتهاد في طلب العلم، أو المشقة الخفيفة كأدنى صدام أو سوء مزاج خفيف، فهذه لا توجب التيسير.

وقد ذكرت أن أنواع التخفيفات سبعة، وهي: تخفيف الإسقاط، وتخفيف التقيص، وتخفيف الإبدال، وتخفيف التقديم، وتخفيف التأخير، وتخفيف الترخيص، وتخفيف التغيير.

٢- أدلة ثبوت القاعدة:

والأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة قد بلغت مبلغ القطع، سواء من الكتاب الكريم، أو من السنة النبوية الشريفة:

فمن القرآن لكريم، قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] ، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

ومن السنة النبوية، قوله ﷺ: "عليكم من الأعمال ما تطيقون، فإن الله لا يمل حتى تملوا"^(١)، وقوله ﷺ: "إن هذا الدين متين، فأوغلوا فيه برفق، ولا تبغضوا إلى أنفسكم عبادة الله، فإن المنيب لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى"^(٢).

٣- فروع قاعدة: المشقة تجلب التيسير:

ومن هذه الفروع: عدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض؛ لتكررها بخلاف الصوم، ومشروعية بيع السلم مع أن المبيع غير موجود؛ للحاجة إلى إباحته، وإباحة النظر عند الخطبة والتعليم والشهادة والمعالجة، وإباحة الجمع بين أربع نسوة، ومشروعية الطلاق، ومشروعية الكفارة في الظهار واليمين؛ تيسيراً على المكلفين، وإسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال كالجمعة والجهاد والجزية.

٤- القواعد المندرجة تحت قاعدة: المشقة تجلب التيسير:

وهي قواعد كثيرة، منها:

قاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع) (وإذا اتسع الأمر ضاق).

وهذه القاعدة مقيدة بقيود عديدة، منها: أن لا تنقص الضرورة عن المحذور، وأن تقدر الضرورة بقدرها، وأن لا يكون للمضطر وسيلة أخرى وأن يكون الترخيص مقيداً بزمن بقاء العذر، وأن لا يكون الاضطرار مبطلاً لحق الغير، وأن تكون الضرورة قائمة بالفعل، أي غير متوهمة ولا متوقعة ولكل قاعدة من القاعدتين السابقتين أدلة وفروع سبق ذكرها.

(١) صحيح البخاري كتاب الإيمان - باب أحب الدين إلى الله وأدومه (١٧/١).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٩/٣)، عن أنس بن مالك مختصراً.

الفصل الرابع: قاعدة العادة محكمة

١- شرح القاعدة:

فالعادة أو العرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

وقد وقع خلاف بين العلماء، هل العادة والعرف بمعنى واحد، أو كل منهما له اصطلاح خاص به.

ولكل منهما تأثير في بناء الأحكام، سواء قلنا: إنهما بمعنى واحد أم بمعنيين متغايرين.

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يُدار.

٢- أصل هذه القاعدة:

وأصل هذه القاعدة: قول ابن مسعود رضي الله عنه: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"، وهو حديث حسن، وفي حكم المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه.

٣- شروط العمل بقاعدة: العادة محكمة:

الشرط الأول: أن تكون العادة مطردة: (إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت).

الشرط الثاني: أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه.

الشرط الثالث: ألا يتعارض العرف مع النص.

الشرط الرابع: ألا يتفق المتعاقدان على شرط يخالف العرف.

٤- فروع قاعدة: العادة محكمة:

وهي فروع أكثر من أن تحصى، ومنها: جواز التقاط الثمار التي يتسارع

إليها الفساد، وعتبار عرف الخالف أو النادر، والرجوع في كثرة الأفعال التي

تبطل الصلاة إلى العرف، والرجوع في طول الفصل بين الإيجاب والقبول إلى العرف، وقبول القاضي الهدية إذا كانت من شخص اعتاد أن يهديه قبل توليته، والرجوع في كيفية دخول الحمام، ودور القضاء والولاية إلى العرف.

٥- القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة:

القاعدة الأولى: استعمال الناس حُجَّة يجب العمل بما.

القاعدة الثانية: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

القاعدة الثالثة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.

القاعدة الرابعة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

القاعدة الخامسة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

القاعدة السادسة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

القاعدة السابعة: الحقيقة تترك بدلالة العادة.

القاعدة الثامنة: لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

القاعدة التاسعة: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له في الشرع ولا

في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف.

القاعدة العاشرة: ما يعاف في العادات يكره في العبادات. أو المستقدر

شرعاً كالمستقدر حساً.

وقد سبق ذكر فروع كل من هذه القواعد.

الفصل الخامس: قاعدة: الضرر يزال

١- شرح القاعدة:

الضرر ما قابل النفع، وليس هناك تكليف فيه ضرر، ولا يجوز للإنسان أن يلحق الضرر بغيره. وَمَنْ لَحِقَ بِهِ ضَرَرٌ فَلَهُ إِزَالَتُهُ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَتَرْتَبَ عَلَيْهِ إِضْرَارٌ بِالْآخَرِينَ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يَزَالُ بِالضَّرَرِ.

٢- الأدلة على حجية القاعدة:

قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيْقِهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١].

وفي السنة النبوية حديث: "لا ضرر ولا ضرار".

٣- فروع قاعدة: (الضرر يزال):

وهي فروع عدة، ومنها: الرد بالعيب إذا دلس البائع على المشتري، ورد المبيع للبائع عند إفلاس المشتري وعجزه عن دفع الثمن، ومشروعية الشفعة لدفع الضرر عن الجار أو الشريك، ومشروعية القصاص لزجر الجاني ولدفع الألم عن ولي المقتول، ومشروعية الحدود للحفاظ على مقاصد الشريعة، وضممان المتلفات، ونصب الأئمة، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبيعة.

٤- القواعد المندرجة تحت قاعدة: الضرر يزال.

القاعدة الأولى: الضرر لا يزال بالضرر.

القاعدة الثانية: يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.

القاعدة الثالثة: درء المفسد أولى من جلب المصالح.

القاعدة الرابعة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.

وتحت القواعد السابقة مستثنيات ينبغي مراجعتها.

اختبار الوحدة الثانية

أولاً: أسئلة الصواب والخطأ:

ضع علامة (✓) أمام العبارة الصحيحة، وعلامة (x) أمام العبارة الخطأ فيما يأتي:

- ١- النية تميز العبادة عن العادة.
- ٢- الإنسان مؤاخذ بالمحاسن وحديث النفس.
- ٣- العبادة لا تصح من الكافر؛ لعدم صحة نيته.
- ٤- يجوز بيع عصير العنب لمن يتخذه خمرًا.
- ٥- من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر.
- ٦- إذا بال حيوان في ماء، ثم وجدته متغيراً، حكم بنجاسته.
- ٧- من عليه فائتة وشك في قضائها، لزمه قضاؤها.
- ٨- الأصل في الصفات العارضة العدم.
- ٩- الأصل بقاء ما كان على ما كان.
- ١٠- المفقود إذا انقطع خبره، حُكِمَ بحياته.
- ١١- لا تعارض في البيّنات.
- ١٢- الأصل عدم براءة الذمة.
- ١٣- الأصل إضافة الحادث إلى أبعاد أوقات حدوثه.
- ١٤- لا عبرة للتوهم.
- ١٥- لو أهدم بعض الدار المستأجرة، انفسخت الإجارة.
- ١٦- المشقة تجلب التيسير.
- ١٧- لا يباح النظر عند الخطبة.

- ١٨- يجب قضاء الصلاة على الحائض دون الصوم.
 - ١٩- إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق.
 - ٢٠- الضرورات تبيح المحظورات بدون شروط.
 - ٢١- دم الشهيد طاهر في حق نفسه، نجس في حق غيره.
 - ٢٢- الضرر يزال بالضرر.
 - ٢٣- يعمل بالعادة والعرف دون قيد أو شرط.
 - ٢٤- يجوز للقاضي قبول الهدية مطلقاً.
 - ٢٥- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
 - ٢٦- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
 - ٢٧- العبرة للنادر لا للغالب الشائع.
 - ٢٨- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.
 - ٢٩- ما يعاف في العادات يكره في العبادات.
 - ٣٠- لا ضرر ولا ضرار.
 - ٣١- يجوز للمشتري رد السلعة بالعيب.
 - ٣٢- لا يجوز دفع الصائل ولا قتال البغاة.
 - ٣٣- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.
 - ٣٤- درء المفاسد أولى من جلب المصالح.
 - ٣٥- الحجرة محرمة على المرأة حتى وإن كانت في بلاد الكفر.
- ثانياً: أسئلة الاختيار من متعدد:

- ١- النية تصح من: (المسلم - الكافر - الصبي غير المميز).
- ٢- لا تشترط النية في: (الصلاة - الوكالة - الحج).

- ٣- الأيمان مبنية على العرف عند: (الحنفية - الشافعية - المالكية).
- ٤- اليمين على نية المستحلف عند: (كل الحنفية - الشافعية - المالكية).
- ٥- ذبح الحيوان يحل إذا كان بنية: (الأكل - التعذيب - الذبح لغير الله).
- ٦- الحبل علامة على وجود: (الحمل - الزنا - البكارة).
- ٧- لو ادعت انقضاء عدتها: (صدقت - كذبت - صدقت بيمينها).
- ٨- لو رأى في ثوبه منياً (لزمه الغسل - لزمه الوضوء - لا يلزمه شيء).
- ٩- لو ضرب على يده فتورمت ثم سقطت بعد أيام: (لا يجب شيء - وجبت الدية - وجب القصاص).
- ١٠- الأمر المتوهم: (أقوى من الظن - أقل من الشك - يساوي الشك).
- ١١- لو طهرت النفساء قبل الأربعين: (لا يلزمها الصلاة ولا الصوم - لزمها الصلاة - لزمها الصلاة والصوم).
- ١٢- المشقة تجلب: (الضرر - التيسير - التعويض).
- ١٣- المشقة الخفيفة: (يلتفت إليها - غير معتبرة - تبيح ترك العبادة).
- ١٤- رفع الحرج من خصوصيات: (الأمة الإسلامية - الصحابة فقط - الأمم السابقة).
- ١٥- يباح النظر عند: (المعالجة - المرور في الأماكن المزدحمة - الخلوة).
- ١٦- تجب الجمعة على: (الصبيان - النساء - الرجال).
- ١٧- يعفى عن دم: (الكلب - البراغيث - الحيوان الطاهر).
- ١٨- التلطف بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان: (حرام - مستحب - جائز).

- ١٩- يجوز للمضطر جُوعًا: (الأكل من الميتة قدر الضرورة - عدم الأكل من الميتة مطلقًا - الأكل من الميتة مطلقًا).
- ٢٠- العادة: (محكمة مطلقًا - غير محكمة مطلقًا - محكمة بشروط).
- ٢١- العبرة: (للتوهم - للغالب الشائع - للنادر).
- ٢٢- العرف يقوم مقام: (الاستحسان - القياس - الشرط).
- ٢٣- لا ينكر تغير الأحكام بتغير: (الحكام - الزمان - الأشخاص).
- ٢٤- يجب تحليف الشهود: (عند إلحاح الخصم - مطلقًا - إذا رأى القاضي ذلك).
- ٢٥- وقت الحيض وقدره يرجع فيه إلى: (الكتاب - السنة - العرف).
- ٢٦- يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر: (أخص - عام - خاص).
- ٢٧- درء المفسد: (أقل - يساوي - أولى) من جلب المصالح.
- ٢٨- الضرر الأشد يزال بالضرر: (الساوي له - الأشد منه - الأخف).
- ٢٩- المبالغة في المضمضة والاستنشاق: (مسنونة مطلقًا - مسنونة لغير الصائم - واجبة).
- ٣٠- الكذب لإصلاح ذات البين: (جائز - حرام - مكروه).

النشاط التعليمي للوحدة الثانية

عزيزي الدارس: حتى تكتسب المزيد من المعلومات حول موضوعات الوحدة الثانية عليك بإنجاز النشاط التعليمي التالي:

اكتب بحثاً موجزاً في كل قاعدة من القواعد الكلية الكبرى، مبيّناً ما يندرج تحت كل قاعدة من قواعد، مع التمثيل لكل قاعدة ببعض الفروع الداخلة تحتها، والمستثنيات الخارجة عنها، مستعيناً في ذلك بأهم المراجع في الفقه الإسلامي وقواعده.



الوحدة الثالثة

القواعد الكلية الأقل شمولاً

من القواعد الكبرى

مبررات دراسة الوحدة:

القواعد الفقهية لا تقتصر على القواعد الكلية الكبرى، بل هي تشمل قواعد أخرى كثيرة تُعدُّ أيضاً قواعدَ كليةً لاحتوائها على فروع في شتى أبواب الفقه، إلا أنها ليست بنفس المكانة الكبرى الموجودة في القواعد السابقة. وهذه القواعد كانت مثار اهتمام عظيم عند الفقهاء؛ لما لها من أثر في الفقه بمذاهبه المختلفة، سواء كانت محل اتفاق أو مثار خلاف بين رجال الفقه. وفي هذه الحالة، سنتناول أهم القواعد الكلية غير الكبرى، والتي يسميها البعض من الفقهاء: القواعد الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، بينما يسميها الآخرون: القواعد الكلية الأقل شمولاً من القواعد الكبرى. فإليك هذه القواعد بما تحويه من فروع ومستثنيات؛ لنقف على حقيقتها ومدى تأثيرها في الأحكام الشرعية وعلاقتها بها، وذلك في الفصول الآتية:

الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالشرط.

الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار.

الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بأبواب متفرقة.



الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان.

- أهمية القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان.
- أهمية القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط.

- أهمية احترام الإسلام لما يشترطه الناس بما لا يتعارض مع النصوص.
- أهمية القواعد الفقهية في تنظيم الشروط بين المتعاقدين.

الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار.

- قاعدة المرء مؤاخذ بإقراره.
- قاعدة البينة حجة متعدية، والآراء حجة قاصرة.

الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بأبواب متفرقة

- قاعدة لا ينقص بالاجتهاد - قاعدة التابع تابع - تبدل سبب الملك كتبدل الذات - على اليد ما أخذت حتى تؤديه
- قاعدة جنابة العجماء جبار.



الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

الأهداف التعليمية للفصل :

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

١- تدرك أهمية القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان من حيث احتوائها على فروع عديدة، وارتباطها ارتباطاً وثيقاً بأحكام القضاء، وعملها على تحقيق المساواة والعدالة.

٢- تبرز أهمية القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان في مجال تقنين الشريعة الإسلامية.

٣- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان.

الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

- ١- قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان.
- ٢- قاعدة: الخراج بالضمان، أو الغرم بالغنم.
- ٣- قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مُجْبِرًا.
- ٤- قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.
- ٥- قاعدة: إذا اجتمع السبب والمباشرة، قدمت المباشرة.
- ٦- قاعدة: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.
- ٧- قاعدة: جناية العجماء جُبَار.
- ٨- قاعدة: مَنْ أتلَفَ شيئًا لدفع أذاه له، لم يضمنه. وإن أتلَفَه لدفع أذاه له، ضمنه.
- ٩- قاعدة: من أتلَفَ نفسًا أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه، فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره، فعليه الضمان.

الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

١- قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان:

أولاً: معنى القاعدة:

"الجواز الشرعي" هو كون الأمر مباحاً، فعلاً كان أو تركاً.

"ينافي الضمان" لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف.

أي: إذا تصرف الشخص تصرفاً يقره الشرع، فنشأ عنه إتلاف مال، لا يضمنه ولا يغرم مثله^(١).

وهذه القاعدة عبر عنها الإسنوي بقوله: "ما تولد عن المباح، فهو معفو عنه"^(٢).

وقريب من القاعدة المذكورة ما عبر عنه السيوطي بقوله: "الرضا بالشيء رضاً بما يتولد منه"^(٣).

ولا شك أن الذي يتصرف تصرفاً أجازاه الشرع، فقد رضي الشرع بهذا التصرف، كما أن الشرع يميز للإنسان أن يوكل غيره برضاه في التصرف في كل ما يملك التصرف فيه.

قال السيوطي: "وقريبٌ منها، أي: من قاعدة: "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه" قاعدة: "المتولد من مأذون فيه لا أثر له"^(٤).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقاء (ص ٣٨١)، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢١٠).

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (٤/١٨٩)، الطبعة الثانية تحقيق محمد حسن هيتو ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

(٣) أشباه السيوطي (ص ١٢٦).

(٤) المرجع السابق (ص ١٢٦).

وهذه القاعدة مقيدة بشرطين:

الشرط الأول: أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة، كضرب المعلم والزوج والولي وتعزير الحاكم وإخراج الجناح ونحو ذلك^(١). فالمباح يتقيد بالسلامة^(٢).

الشرط الثاني: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه؛ وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبي وجوده، فتتأقفاً^(٣). ومثاله: أكل مال الغير دون إذنه لمن نزلت به مخصصة، فهذا جائز شرعاً، ومع ذلك فقد أوجب الشرع الضمان على الآكل؛ لأنه حينما أتلف مال الغير بإذن الشرع كان لمصلحة نفسه، لا لمصلحة صاحب المال؛ لأن "الاضطرار لا يبطل حق الغير"^(٤).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو رضي أحد الزوجين ببيع صاحبه، فزاد، فلا خيار له على الصحيح.

الفرع الثاني: لو أذن المرهّن للراهن في ضرب العبد المرهون، فهلك في الضرب، فلا ضمان؛ لأنه متولد من مأذون فيه، كما لو أذن في الوطاء فأحبل.

الفرع الثالث: لو قال مالك أمره^(٥): اقطع يدي، ففعل، فسرى (أي سرى

(١) اشترط الشيخ الزرقاء هذا الشرط للقاعدة المذكورة، لكن السيوطي جعل ذلك من مستثنيات القاعدة. المرجعان السابقان.

(٢) الفتاوى الخيرية لنفع البرية (١٩٧/٢) لخير الدين الرملي نقلاً من قواعد الشيخ علي الندوي (ص ٣٣٦).

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٨١).

(٤) المرجع السابق (ص ١٥٩)، والقواعد الفقهية للشيخ علي الندوي (ص ١٠٢).

(٥) البالغ الرشيد.

الجرح فمات)، فهدر على الأظهر، أي: لا يدفع القاطع الدية.

الفرع الرابع: لو قَطَعَ قِصَاصًا أو حَدًّا، فسرى، فلا ضمان.

الفرع الخامس: لو تطيب قبل الإحرام، فسرى إلى موضع آخر بعد

الإحرام، فلا فدية.

الفرع السادس: الاستحمار مَعْفُوٌّ عنه، فَلَوْ عَرِقَ فتلوث، فالأصح العفو.

الفرع السابع: لو سبق ماء المضمضة أو الاستنشاق إلى جوفه، ولم يبالغ لم

يفطر في الأصح، بخلاف ما إذا بالغ؛ لأنه متولد من منهى عنه^(١).

الفرع الثامن: لو حفر في أرضه بئراً، فوقع فيها حيوان لشخص، لا يلزمه

ثمنه ولا ردّ مثله لصاحبه؛ لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة،

بخلاف ما لو كان البئر محفوراً في طريق عامّ بدون إذن ولي الأمر.

الفرع التاسع: لو حَمَلَ المستأجر سيارةً ما يناسبها من الحمولات أو ما

دونه، فأصابها تلف، فلا ضمان عليه، ما لم يثبت إتلافها بسبب آخر، كإهماله في

القيادة أو السرعة في السير.

الفرع العاشر: إذا سكن واحد من الشركاء في الدار المشتركة بينهم، ثم

احترقت، لا يلزمه الضمان، سواء سكن فيها بإذنه أم بغير إذنه.

ثالثاً: ما استثنى من قَاعِدَةِ الجواز الشرعي يُنَافِي الضَّمَانَ:

الفرع الأول: الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه

الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده، والحالة هذه، يلزم الوكيل الثمن.

الفرع الثاني: ما لو مات رفيقه في السفر، ولا قاض، فله بيع أمتعته وحفظ

ثمنها لورثته، والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن، أو يأخذوا ما

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٢٦).

وجدوا ويضمنوا ما لم يجدوا.

الفرع الثالث: لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنًا كافيًا، ثم جاء صاحبها، فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يُضَمَّنَهُ.

الفرع الرابع: لو وقع حريق في محلة فهدم رجل بيت جاره لمنع سرعان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر، ثم انقطع الحريق، ضمن قيمتها وهي في حالة الحريق لا كاملة، ولا يكون آثمًا في فعله على كل حال^(١).

٢- قاعدة: الخراج بالضمان، أو الغنم بالغرم:

أولاً: معنى القاعدة ودليلها:

(الخراج) الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه، ككسب العبد وسكنى الدار وأجرة الدابة (بالضمان) أي: بمقابلة دخوله في ضمان مَنْ سَلِمَ له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لمن يَسَلِّمَ له خراجه^(٢).

فالمقصود: أن من يضمن شيئاً لو تلف، ينتفع به في مقابلة هذا الضمان.

وهذه القاعدة مثل قولهم: الغنم بالغرم، ويصح عكسها فنقول: الغرم بالغنم،

أي: التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء، تكون على مَنْ ينتفع به شرعاً.

يقول الشاه ولي الله الدهلوي رحمه الله: "ومن القواعد المبني عليها كثير من

الأحكام أن الغنم بالغرم؛ وأصله ما قضى النبي ﷺ أن "الخراج بالضمان"^(٣).

فأصل قاعدة: الخراج بالضمان حديث نبوي، وسببه ما أخرجه ابن ماجه وغيره

من حديث عائشة -رضي الله عنها: أن رجلاً اشترى عبداً، فاستغله، ثم وجد به عيباً

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٨٣، ٣٨٤).

(٢) المرجع السابق (ص ٣٦١).

(٣) حجة الله البالغة (١٦٩/٢) لولي الله الدهلوي، دار الجبل للطباعة بدون تاريخ.

فَرَدَّهُ، فقال: يا رسول الله، قد استغل غلامي، فقال ﷺ: "الخراج بالضمان"^(١).

قال أبو عبيدة: الخراج في هذا الحديث غلة العبد، يشتره الرجل فيستعمله زماناً، ثم يعثر منه على عيب دلّسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله.

وكذا قال الفقهاء: معناه: ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين، فهو للمشتري؛ عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة في مقابلة الغرم^(٢).

قال ابن نجيم: حديث "الخراج بالضمان" حديث صحيح^(٣)، وذكر فخر الإسلام في أصوله أن هذا الحديث من جوامع الكلم، لا يجوز نقله بالمعنى^(٤).
اعتراضان والرد عليهما:

ذكر السيوطي وابن نجيم اعتراضين على هذه القاعدة، وأجابا عليهما:

الاعتراض الأول: لو كان الخراج في مقابلة الضمان، لكانت الزوائد قبل القبض للبائع، سواء تمّ العقد أو انفسخ؛ لكونه من ضمانه، ولا قائل بذلك.

والجواب: أن الخراج يعلل قبل القبض بالملك، ويعلل بعد القبض بالملك والضمان معاً. وقد اقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع

(١) سنن ابن ماجه (٧٥٣/٣) باب الخراج بالضمان، الحديث رقم (٢٢٤٣)، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، بدون تاريخ.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢١).

(٣) إلا أن الخطابي قال: والحديث في نفسه ليس بالقوي، إلا أن أكثر العلماء قد استعملوه في البيوع. فالأحوط أن يتوقف عنه فيما سواه. انظر: معالم السنن للخطابي مع مختصر سنن أبي داود (١٦٠/٥) تحقيق/ محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨هـ.

(٤) الأشباه لابن نجيم (ص ١٥١).

وأقطع لطلبه، واستبعاده أن الخراج للمشتري.

الاعتراض الثاني: لو كانت الغلة بالضمان، للزم من ذلك أن تكون الزوائد للغاصب؛ لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله: إن الغاصب لا يضمن منافع الغصب.

وأيضاً: فالخراج هو المنافع، جعلها ﷺ لِمَنْ عَلَيْهِ الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المصوب، بل إن أتلفها، فالخلاف في ضمانها عليه، هل يضمنها أو لا. فلا يتناول هذا موضع الخلاف^(١).

ثانياً: فروع قاعدة: (الخراج بالضمان، أو الغنم بالغرم):

الفرع الأول: نفقة العارية على المستعير؛ لأن منفعتها له^(٢).

الفرع الثاني: الملك المشترك متى احتاج إلى التعمير والترميم، يعمره ويرممه أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم؛ لأن منفعة كل منهم على قدر حصته؛ لأن كلاً ينتفع من المال المشترك بقدر حصته^(٣).

الفرع الثالث: أجرة المستأجر لحفظ الرهن تكون على المرتهن؛ لأن المرتهن يأخذ الرهن تأميناً لطلبه^(٤).

(١) الأشباه للسيوطي (١٢١، ١٢٢) - الأشباه لابن نجيم (ص ١٥١، ١٥٢).

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية (٢٤٦/١) للأناسي: محمد طاهر ومحمد خالد، مطبعة حمص الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ/١٩٣٠م.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٧٩/١) لعلي حيدر تعريب المحامي فهمي الحسيني منشورات مكتبة النهضة بيروت.

(٤) شرح المجلة (١١١/١) لمحمد سعيد المحاسني مطبعة الترقي دمشق ١٣٤٦هـ/١٩٢٨م.

الفرع الرابع: لو ردَّ المشتري حيواناً بسبب عيب أخفاه البائع عنه، أو لم يكن البائع عالماً به، وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه أجرته؛ لأنه لو تلف في يده قبل الرد، ما جاز له أن يرجع على البائع بثمنه، بل ولا يجوز من ثمنه؛ لأنه تلف وهو في ملكه.

وقد حكم عمر بن عبدالعزيز في هذه المسألة بالأجرة للبائع، ولكنه لمَّا اطلع بعد ذلك على الحديث الشريف: (الخراج بالضمان) نقض ذلك الحكم.

الفرع الخامس: أحد الشركاء في المال المشترك يلزمه من الخسارة بنسبة ماله من المال المشترك كما يأخذ من الربح^(١).

ثالثاً: ما استثنى من قاعدة: (الخراج بالضمان):

الفرع الأول: لو أعتقت المرأة عبداً، فإن ولاءه يكون لابنها.

الفرع الثاني: لو جنى جنابة خطأ، فالعقل على العصبة دونه، وقد يجيء مثله في بعض العصابات يعقل ولا يرث، كالأخ مثلاً يعقل أخاه، ولا يرثه إذا كان له أب أو ابن^(٢).

٣- قاعدة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر، ما لم يكن مُجبراً):

أولاً: شرح القاعدة:

(يضاف الفعل) أي: ينسب حكمه؛ لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها، لا من حيث ذواتها. (إلى الفاعل) ويقتصر عليه إذا كان عاقلاً بالغاً، ولم يصحَّ أمر الأمر في زعمه؛ لأنه أي الفاعل هو عله للفعل. و(لا) ينسب الفعل إلى (الأمر) به؛ لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. ومتى بطل

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢٠٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٢).

الأمر لم يضمن الأمر. ولأن الأمر قد يكون سبباً والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها؛ لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها؛ لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر.

والفعل يضاف إلى الفاعل (ما لم يكن) الأمر (مُجْبِرًا) أي مُكْرِهًا للفاعل على الفعل. فإن كان مكرهًا له عليه، فحينئذ تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إليه، لا إلى الفاعل؛ لأن الفاعل بالإكراه صار كالألة في يد المُكْرِه (١).
تسيهان لشرح القاعدة:

التنبيه الأول: إن دَعَوَى الضمان تكون على المباشر لا غير، أي: الدعوى القضائية ترفع ضد المباشر، ولا ترفع ضد الأمر، سواء صَحَّ الأمر أم لم يصح. فإن صح الأمر، رجع المباشر على الأمر، وإن لم يصح، فلا رجوع.

التنبيه الثاني: الظاهر أن إضافة الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر إنما تكون في فعل ظهر فيه تَعَدُّ على الغير موجب للضمان. فلو لم يكن شيء من هذا، فإن الفعل يضاف حينئذٍ للأمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة. فلو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فلان، فأمر غيره فحمله وأدخله، حث (٢).
ثانيًا: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة، ففَعَلَ، فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الأمر، إلا إذا كان الأمر مُجْبِرًا ومُكْرِهًا للفاعل على الفعل، فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذٍ إذا كان إكراهه له بملجئ، ولا يعتبر بغير الملجئ في مثل هذا؛

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٥).

(٢) المرجع السابق (ص ٣٧٨).

لأنه من التصرفات الفعلية.

ومن الإكراه المعتبر هاهنا أيضاً: ما إذا كان الأمر سلطاناً، فإن أمره إكراه.

الفرع الثاني: إذا أمره بحفر باب في حائط الغير، غرم الحافر، ورجع على الأمر. وهذا فيما إذا قال له: احفر لي، أو قال: احفر في حائطي، أو كان ساكناً في تلك الدار، أو استأجره على ذلك؛ لأن ذلك كله من علامات الملك، وإلا فلا يرجع؛ لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور.

الفرع الثالث: لو قال رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا، فقد أذنت له بالتجارة، فبايعوه، ثم ظهر أنه ابن للغير، رجعوا على الرجل؛ لأن الأمر بقوله: بايعوا، والإضافة بقوله: ابني يصححان أمر الأمر في زعم المأمور، ويجعلونه مغروراً من قبل الأمر، فلا يقتصر فعل هؤلاء من الحفر والمبايعه عليهم، بل يرجعون بما تضرروا به على الأمر^(١).

ثالثاً: ما استثني من القاعدة:

الفرع الأول: لو كان المأمور أجيراً خاصاً للأمر، فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز الحد المعتاد، فالضمان على أستاذه الأمر له.

الفرع الثاني: لو أمره برش الماء في فناء دكانه، فرش، فما تولد منه فضمانه على الأمر. وإن رش بغير أمره، فالضمان على الراش.

فلو أمره برش الطريق، فتلفت الدابة، فيضمن مطلقاً، وإن تلف الآدمي، فيضمن إذا رش كل الطريق، ولم يترك ممراً^(٢).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٥، ٣٧٦).

(٢) المرجع السابق (ص ٣٧٧، ٣٧٨).

٤ - قاعدة: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)^(١):
أولاً: معنى القاعدة:

من باشر إتلاف شيء بنفسه مُتَعَدِّيًا وجب عليه ضمان ما أتلفه، إما بإصلاحه حتى يعود كما كان، وإما بالإتيان بمثله، وإما بدفع ثمنه، سواء أخطأ في الإتلاف أم تعمد، بخلاف المتسبب في الإتلاف، فإنه لا يضمن إلا إذا كان متعمداً متعدياً.

والمباشر للفعل في نظر الفقهاء هو: الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعلٌ فاعلٍ آخر.

والتسبب: هو الفاعل للسبب المفضي إلى إتلاف الشيء، ولم يكن السبب من شأنه أن يؤدي إلى هذا الإتلاف بذاته.

والفرق بين المباشرة والسبب: أن المباشرة علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد.

ولأن السبب ليس علة مستقلة، فلزم أن يقترن العمل فيه بصفة الاعتداء والتعمد؛ ليكون موجباً للضمان^(٢).

والمقصود بالتعمد: أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر.

فمثلاً: لو رمى بالبنديقية، فخافت الدابة، فندت، وأتلفت شيئاً، فإنه يشترط لصيرورته ضامناً، أن يكون قد قصد الإخافة فقط. ولا يشترط لصيرورته ضامناً

(١) هذه في حقيقتها قاعدتان في مجلة الأحكام العدلية هما: القاعدة الحادية والتسعون، والثانية والتسعون،

وقد جمعتهما في قاعدة واحدة؛ لأن كلاً منهما مكمل للآخر.

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والترجيح (ص ٢١٤).

أكثر من ذلك، أي: لا يشترط أن يكون قصد الإحافة لأجل الإتلاف.

كما أنه يكفي لتضمينه بسوقها، أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها، ولا يشترط أن يكون قصد سيرها لتلف^(١).

والمسبب المتعمد عبّر عنه ابن القيم بقوله: "إتلاف المسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان"^(٢).

والفرق بين المتسبب في هذه القاعدة، والأمر في القاعدة السابقة:

أن المتسبب للضرر قد لا يأمر غيره بمباشرة الفعل، كمن حفر بئراً في طريق عام، ف وقعت فيه دابة فماتت، وقد يأمر غيره بمباشرة الفعل؛ كالسلطان الذي يأمر السياف بقتل غيره. فالسلطان هنا متسبب، وأمر في آن واحد. وهذه القاعدة عبر عنها العز بن عبد السلام بقوله: (من أتلّف شيئاً عمداً بغير حق لزمه الضمان؛ جبراً لما فات من الحق)^(٣).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو سقى من له حق الشرب أرضه حسب العادة، فطغت المياه على أرض حاره، فأحدثت ضرراً فيها، فلا ضمان عليه. أمّا لو كان الإسقاء على خلاف العادة فإنه يضمن.

الفرع الثاني: لو دفع السكين إلى صبي، ف وقعت من يده، فجرحت، أو حفر فيما ليس له حق الحفر فيه، فتدهور في حفرته الحيوان فهلك، فإنه يضمن؛ لتعديده وتعمده.

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٨٧).

(٢) إعلام الموقعين (١٤/٢) لابن قيم الجوزية، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٦٤/٢).

الفرع الثالث: لو قعد إنسان في الطريق للبيع بغير إذن وليّ الأمر، فقتل بقعوده شيء، ضمنه. أما لو كان قعوده بإذن وليّ الأمر، فإنه لا يضمن.

الفرع الرابع: لو زلق إنسان، فوقع على مال آخر، فأتلفه، أو أتلف إنسان مال غيره يظنه ماله، فإنه يضمن.

الفرع الخامس: لو طرق الحداد الحديدية المحماة، فطار شررها، فأحرق ثوب إنسان ماراً في الطريق، ضمنه الحداد.

الفرع السادس: لو انقلب النائم أو الصغير - حتى لو لم يعقل أصلاً - على مال لغيره، فأتلفه، أو على شخص، فقتله، فإنه يضمن^(١).
ثالثاً: ما استثنى من القاعدة:

الفرع الأول: ما أتلفه الكفار على المسلمين من النفوس والأموال، فإنهم لا يضمنونه؛ لما في تضمينه من التنفير عن الإسلام، مع أن إتلافهم إياه محرّم؛ وذلك لأنهم مخاطبون بفروع الإسلام.

الفرع الثاني: ما يتلفه المرتدون في حال القتال، وفي تضمينهم مع تحريم الإتلاف اختلاف بين العلماء، من جهة أن التضمين منفر عن الإسلام، ولكن الردّة لا تعم عموم الكفر الأصلي.

الفرع الثالث: ما يتلفه البغاة على أهل العدل في حال القتال، فإنهم لا يضمنونه على أحد الأقوال أيضاً؛ لما فيه من التنفير عن الطاعة والإذعان. وعلى قول آخر: يضمنون؛ لانحطاط رتبة التنفير عن الإسلام، ولا يتصف إتلافهم بتحليل ولا تحريم ولا إباحة؛ لأنه خطأ معفو عنه.

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٨٥-٣٨٨)، وراجع قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٦٦/٢).

الفرع الرابع: ما يتلفه العبيد على السادة، فإنهم لا يضمنونه مع تحريم إتلافهم. وفي هذا إشكال؛ لأن إيجاب ما يتلفه العبيد في ذمتهم لا يمنع منه شرع ولا عقل، ولا فرق بين السادة وغيرهم في ذلك.

الفرع الخامس: أن الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئاً من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام، ودون عواقلهما على قول الشافعي؛ لأنهما لما تصرفا للمسلمين، صار كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما، فيتضرران به.

الفرع السادس: إذا قتل الجلاد من لا يجوز قتله في نفس الأمر - أي وثبتت براءته مثلاً - حدّاً أو قصاصاً، فإنه لا يطالب بشيء من ضمان ذلك، مع كونه غير ملحق إلى الإتلاف.

الفرع السابع: من وضع يده خطأ على مال غيره، لزمه ضمانه، إلا الحكام وأمناء الحكام فيما يتعلق بعهدة ما باعوه؛ لأن ذلك لو شرط، لزهّد الناس في البيع بطريق احكم ونيابة الحكم^(١).

٥- قاعدة: (إذا اجتمع السبب والمباشرة أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة)^(٢).
أولاً: معنى القاعدة:

الغرور جمع غرر، وهو في اللغة الخطر، وعند الفقهاء: إبداء ما ظاهره السلامة ثم يتخلف، أي: تكشف حقيقته، كمن تزوج فتاة على أنها بكر، فثبت أنها ثيب^(٣).

(١) راجع في تلك المستنبات: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٦٤/٢، ١٦٥).

(٢) راجع هذه القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٤٥)، وابن نجيم (ص ١٦٣)، والمنثور في القواعد للركشي (١/١٣٣).

(٣) المعجم الوجيز (ص ٤٤٨)، المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (ص ٣٨٦).

وهذه القاعدة لا تختلف كثيراً عن قاعدة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مُجْبِرًا) والتي سبق بيانها، وقد عرفنا الفرق بين السبب والأمر. وكذلك لا نجد كبير فرق بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) اللهم إلا أن هذه القاعدة اجتمع فيها السبب والمباشرة في الإلتلاف، بخلاف قاعدة: (المباشر ضامن) فتأمله. كما أن قاعدة: (المباشر ضامن) تعتبر شرطاً للقاعدة التي بين أيدينا؛ لأنها ذكرت أن المتسبب لا يضمن بشرط عدم التعمد، والقاعدة التي بين أيدينا أضافت حكماً جديداً، وهو اجتماع الغرور مع المباشرة، وتقديم المباشرة عليه. هذا: ومن أجود ما رأيت في تفصيل هذه القاعدة، ما ذكره ابن رجب الحنبلي في قواعد، وعلق عليه أبو عبيدة مشهور بن حسان آل سلمان، حيث ذكر ابن رجب هذه القاعدة، فقال: "القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة: إذا استند إلتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة. ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية، استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان، شاركت السبب في الضمان"^(١). فالأقسام ثلاثة^(٢):

القسم الأول: ألا تكون مباشرة مبنية على السبب، فالضمان على

(١) تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٥٩٧/٢) لابن رجب الحنبلي، تصنيف: جلال الدين أبي الفرج نصر

البغدادي، ضبطه وعلق عليه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان

طبعة دار ابن عفان بالخير بالسعودية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

(٢) المرجع السابق (٥٩٧/٢).

المباشرة، أي: إذا اجتمع متسبب ومباشر، والمباشرة ليست مبنية على السبب، فالضمان على المباشر.

القسم الثاني: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، والمباشرة ليس فيها عدوان إطلاقاً، فالضمان على السبب.

القسم الثالث: أن تكون مبنية على السبب، وفيه نوع عدوان، فيشتركان في الضمان^(١).

وسيتضح ذلك جلياً من خلال ذكر الفروع لكل قسم من هذه الأقسام.

ثانياً: فروع القاعدة:

من فروع القسم الأول وهو: ألا تكون المباشرة مبنية على السبب؛ ما يلي:
الفرع الأول: إذا حفر واحد بئراً عدواناً، ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالا لمعصوم، فسقط، فتلف، فالضمان على الدافع وحده^(٢).

الفرع الثاني: لو فتح قفصاً عن طائر، فاستقر بعد فتحه، فجاء آخر فنقره، فالضمان على المنقر وحده.

الفرع الثالث: لو رمى معصوماً من شاهق، فتلقاه آخر بالسيف، فقد به، فالقاتل هو الثاني دون الأول.

الفرع الرابع: لو ضرب بطن امرأة، فألقت جنيناً وفيه حياة غير مستقرة فضربه آخر، فمات، فالقاتل هو الأول، وعليه العرة، ويعزر الثاني: لأن الضارب

(١) انظر: المرجع السابق والتعليق عليه (٥٩٧/٢).

(٢) معلوم أن حفر البئر هكذا عدوان، ولو أن رجلاً رأى رجلاً واقفاً على هذه البئر، فربطه، فسقط، فمات، فالضمان على الدافع، وإن كان المتسبب أخطأ بالحفر، لكن لا أثر له في هذا الدفع، فيكون الضمان على المباشر وحده.

ليس بمتسبب، بل هو مباشر للقتل، فلذلك لزمه الضمان.

ومن فروع القسم الثاني: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، والمباشرة

ليس فيها عدوان إطلاقاً ما يلي:

الفرع الخامس: إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به، فأكله وهو لا

يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص والدية^(١).

الفرع السادس: لو قتل الحاكم حذاً أو قصاصاً بشهادة، ثم أقر الشهود

أنهم تعمدوا الكذب، فالضمان والقوّد عليهم دون الحاكم^(٢).

الفرع السابع: إذا غصب شاة، وأمر جزاراً بذبجها، وهو جاهل بالحال،

فقرار الضمان على الغاصب قطعاً^(٣).

الفرع الثامن: إذا استأجر لحمل طعام، فسلمه زائداً، فحمله المؤجر

جاهلاً، فتلفت الدابة، ضمنها المستأجر في الأصح.

الفرع التاسع: إذا أفتاه أهل الفتوى بإتلاف، ثم تبين خطؤه، فالضمان

على المفتي.

الفرع العاشر: قتل الجلاذ بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل، فالضمان على الإمام.

الفرع الحادي عشر: وقف ضيعة على قوم، فصرفت غلتها إليهم،

فخرجت مستحقة، ضمن الواقف؛ لتغيره^(٤).

(١) لاحظ أن هذا الفرع اجتمع فيه الغرور والمباشرة، وقدّمنا الغرور؛ لأن المباشرة لا عدوان فيها إطلاقاً؛

فالغرور يتساوى مع السبب في حكمه.

(٢) هذا الفرع كسابقه. انظر: المرجع السابق (٢/٥٩٨-٦٠٠).

(٣) معنى قرار الضمان على الغاصب، أي: استقرار الضمان عليه، بأن يضمن الجزار أولاً ثم له الرجوع

على الغاصب. انظر: روضة الطالبين للإمام النووي (١٠/٥).

(٤) من الفرع الخامس إلى الفرع الحادي عشر، اجتمع فيها أيضاً الغرور والمباشرة، وقدّمنا الغرور؛ لأن

المباشرة لا عدوان فيها إطلاقاً. -

ومن فروع القسم الثالث: وهو: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، وفيها نوع عدوان؛ ما يلي:

الفرع الثاني عشر: المكره على القتل، فالمذهب عند الحنابلة:

اشترك المكره والمكره في القود والضمان؛ لأن الإكراه ليس بعذر في القتل.

الفرع الثالث عشر: المسك مع القاتل، فإنهما يشتركان في الضمان

والقود على إحدى الروايتين للحنابلة، وفي الأخرى: يختص بالقود المباشر معهما، ويجبس المسك حتى يموت.

الفرع الرابع عشر: لو حفر بئراً عدواناً في الطريق، فوضع آخر حجراً إلى

جانبيها، فهل يختص بالضمان الواضع؛ جعلاً له كالدافع، أو يشتركان فيه كالمسك والقاتل؟ على روايتين.

الفرع الخامس عشر: لو دُلَّ المودع لصاً على الوديعة، فسرقها، فالضمان

عليهما. كما لو دلَّ المُحرَّم محرماً آخر على صيد، فقتله.^(١)

٦- قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه):

أصل هذه القاعدة حديث نبويٍّ أخرجه الترمذي وغيره بسند حسن صحيح

عن سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(٢).

والحديث يفيد عمومته وجوب رد الإنسان ما أخذه من أخيه قرضاً أو

= وهذه الفروع ذكرها السيوطي في أشباهه ضمن المستنثيات من القاعدة؛ لأنه لم يذكر التفريعات التي فرعها ابن رجب الخنيلي، فهي عند السيوطي من المستنثيات، وعند ابن رجب من فروع القاعدة بناءً على تفريعاته. الأشباه للسيوطي (ص ١٤٥).

(١) انظر: تقرير القواعد وتحريم الفوائد مع التعميق عليه (٢/٦٠٦، ٦٠٧).

(٢) سنن الترمذي (٣/٥٦٦) كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية موداة، الحديث رقم (١٢٦٦).

وديعة أو إعارة أو إجارة، ونحو ذلك مما يدخل في الذمة حتى يرد إلى صاحبه. وبهذا الحديث استدل بعض الفقهاء على وجوب الضمان على المستعير لو تلفت العارية عنده^(١).

بينما يرى الآخرون أن الحديث لا دليل فيه على وجوب الضمان على المستعير في كل الأحوال، بل يجب أن يتقيد الضمان بحالة التفريط أو التعدي؛ لأن الغرم إنما يكون بالتفريط والتعدي، فكيف نضمّن أمينًا تلف ما أوّمن عليه بسبب خارج عن إرادته دون تفريط أو تعدّ.

ويقاس على ذلك، كل ما كان تحت يد الإنسان، فإذا لم يفرض فيه ولم يتعد، فلا ضمان عليه؛ لأن (المؤمن غير ضامن ما لم يفرض)^(٢).

٧- قاعدة: (جناية العجماء جبار):

أولاً: شرح القاعدة ودليها:

هذه القاعدة مقتبسة من الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه البخاري بصيغة "العجماء جرحها جبار"^(٣)، وهي من القواعد المتعلقة بنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وليست هذه القاعدة إلا بمثابة قاعدة خاصة، فيها نفي الضمان أو الضرر عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من تلقاء نفسها.

(١) وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، والمسألة فيها خلاف كبير، لا يتسع المقام لذكره. راجع: بدائع الصنائع (٣٩٠٦/٨، ٣٩٠٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٣٦/٣)، نهاية المحتاج (١٤١/٥)، نيل المآرب (١٣٧/١).

(٢) انظر: المراجع السابقة، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢١٧، ٢١٨، ٢٥٨، ٢٥٩)، وكتابتنا: أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء (ص ١٩٥).

(٣) صحيح البخاري (٢٥٣٣/٦) كتاب الديات، باب: المعدن جبار والبئر جبار، طبعة دار القلم بيروت،

الحديث رقم (٦٥١٤)، ترقيم د. مصطفى البغا.

والجناية: اسم لصورة الفعل الذي ينشأ منه التلف أو النقصان بالنفوس والأموال. والعجماء: البهيمة. وجبار: معناه: هدر، أي: لا مواخذة فيه. قال الإمام ابن دقيق العيد في شرح الحديث: "الجبار: الهدر وما لا يضمن. العجماء: الحيوان البهيم"^(١).

وروي عن الإمام مالك - رحمه الله - تفسير الجبار: أنه لا دية فيه^(٢). فما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال هدر وباطل لا حكم له إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة.

قال في قواعد الأحكام: "إرسال البهائم للرعي بالنهار، فإنه لا يضمن ما تلفه؛ لما في تضمنه من الضرر العام"^(٣).

أما إذا كان إضرارها منبعثاً عن فعل فاعل مختار، فإنه يضمن ما تلفه البهيمة. ولا منافاة بين هذا الحديث، وحديث البراء بن عازب رضي الله عنه، والذي فيه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل الماشية حفظها بالليل"^(٤)؛ لأن حديث البراء يقتضي فقط أنه يجب على المالك ضمان ما أتلفته البهيمة بالليل دون النهار؛ لأنه يجب على صاحبها أن لا يسيب دابته في الليل.

أما جنايتها في النهار، سواء كانت على النفوس أم الأموال فيما فعلته من تلقاء نفسها، فلا ضمان فيه بناءً على القاعدة المذكورة، إلا إذا كان معها القائد

(١) إحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام (٢/١٨٩، ١٩٠) لابن دقيق العيد، دار الطباعة المنيرية بالقاهرة ١٣٤٠هـ.

(٢) أوجز المسالك شرح موطأ الإمام مالك (١٣/١٠٣)، طبعة دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة بدون تاريخ.

(٣) قواعد الأحكام (٣/١٦٠).

(٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود، الجزء التاسع، الحديث رقم (٤٨٣).

أو السائق أو الراكب وداست شيئاً للغير أو جرحت إنساناً، فإنه يعتبر ضامناً^(١).
 وإلى هذا أوما ابن دقيق العيد في قوله: "فيمكن أن يقال: إن جنايتها هدر،
 إذا لم يكن ثمة تقصير من المالك، أو ممن تحت يده، ويُنزَلُ الحديث على ذلك"^(٢).
 ثانيًا: فروع قاعدة: (جناية العجماء جبار):

الفرع الأول: لو كان راكب الدابة يسير في ملكه، فنضحت برجلها أو
 بذنبها أو كدمت بغمها أو ضربت بيدها، فلا ضمان عليه. بخلاف ما لو داست
 شيئاً وأتلفته، فإنه يضمنه، حتى وإن كان يسير في ملكه؛ لأنه جنايته لا جنايتها.
 الفرع الثاني: لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلفت
 إحداهما الأخرى، فلا ضمان على صاحبها.

الفرع الثالث: لو اغتالت هرةً إنسان طائرًا لغيره، فلا ضمان على صاحبها.
 لكن لو أتلفت العجماء شيئاً بنفسها، وكان صاحبها يراها، فلم يمنعها،
 ضمن إذا كان قادرًا على منعها^(٣).

٨- قاعدة: (من أتلف شيئاً لدفع أذاه له، لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذى به، ضمّنهُ):
 ومن فروع هذه القاعدة، ما يلي:

الفرع الأول: لو أشرفت السفينة على الغرق، فألقى متاع غيره ليخففها،
 ضمنه. ولو سقط عليه متاع غيره، فخشي أن يهلك، فدفعه، فوقع في الماء، لم يضمنه.
 الفرع الثاني: لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيم، فدفعه عن نفسه بالقتل،

(١) ويمثل هذا قال الإمام الشافعي حينما بين عدم المعارضة بين الحديثين.

راجع: الأم (٥٥٦/٨، ٥٦٧) طبعة دار المعرفة بيروت. الطبعة الأولى ١٣٨١هـ/١٩٦١م.

(٢) إحكام الأحكام (١٩٠/٢).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٨٣/١) المغني لابن قدامة (٣٠٦/٥)، شرح القواعد الفقهية، للشيخ

أحمد الزرقاء (ص ٣٨٩).

لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيى به نفسه، ضمنه.

الفرع الثالث: لو صال عليه صيد في إحرامه، فقتله دفعاً عن نفسه، لم يضمنه على أصح الوجهين. وإن اضطر فقتله في المخمصة؛ ليحيى به نفسه، ضمنه.

الفرع الرابع: لو حلق المحرم رأسه؛ لتأذيه بالقمل والوسخ، فذاه؛ لأن الأذى من غير الشعر، ولو خرجت في عينه شعرة، فقلعها، أو نزل الشعر على عينه فأزاله، لم يُفدِه^(١).

٩- قاعدة: (من أتلف نفساً، أو أفسد عبادةً لنفع يعود إلى نفسه، فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره، فعليه الضمان):

ومن فروع هذه القاعدة ما يلي:

الفرع الأول: الحامل والمرضع، إذا أفطرتا خوفاً على أنفسهما، فلا فدية عليهما. وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما، فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب^(٢) ووافقهم الشافعية.

الفرع الثاني: لو تَجَّى غريقاً في رمضان، فدخل الماء في حلقه، وقلنا: يفطر، فعليه الفدية. وإن حصل له بسبب إنقاذه ضعف في نفسه، فأفطر، فلا فدية عليه.

الفرع الثالث: لو دفع صائلاً بالقتل، لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل، ضمنه. وقيل: لا ضمان عليه أيضاً.

الفرع الرابع: لو أكره على الحلف يمين لِحَقِّ نفسه، فحلف؛ دفعاً للظلم عنه، لم تتعد يمينه، ولو أكره على الحلف ندفع الظلم عن غيره، فحلف، انعقدت يمينه^(٣).

(١) راجع: تقرير القواعد وتحرير الفوائد (١/٢٠٦-٢٠٨).

(٢) الحائبة.

(٣) والأظهر: لا تتعد أيضاً. انظر: المرجع السابق (١/٢٠٩، ٢١٠، ٢١١).

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط

الأهداف التعليمية للفصل:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تدرك مدى أهمية احترام الإسلام لما يشترطه الناس، بما لا يتعارض مع النصوص.
- ٢- تبرز أهمية القواعد الفقهية في تنظيم الشروط بين المتعاقدين.
- ٣- تعرف مدى حاجة القضاء إلى معرفة القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط.
- ٤- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بالشرط

- ١- قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
- ٢- قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٣- قاعدة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط.
- ٤- قاعدة: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.
- ٥- قاعدة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بالشرط

١- قاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم):

وهذه القاعدة قد سبق بيانها عند الحديث على القواعد المدرجة تحت

قاعدة: العادة محكمة^(١).

٢- قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً):

وقد سبق أيضاً اندراج هذه القاعدة تحت قاعدة: العادة محكمة^(٢).

٣- قاعدة: (ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط):

أولاً: شرح القاعدة ودليلها:

الحكم الذي ثبت بوضع الشارع، مقدم على ما ثبت بالشرط عند التعارض؛ لأننا إذا قدمنا ما ثبت بالشرط، ترتب على ذلك تقدم عبارة المخلوق على عبارة الخالق ﷻ، وهذا لا يجوز شرعاً ولا عقلاً؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [الحجرات: ١]. والمعنى: لا تقطعوا أمراً من أمور دينكم قبل أن يحكم الله ورسوله به، فينبغي أن تتأدبوا ولا تقضوا أمراً دون الله ورسوله من شرائع دينكم^(٣).

فالعقول مهما أوتيت من عظمة، فإن الله تعالى لم يجعل لها القدرة على إدراك كل شيء والإحاطة علماً بكل صغيرة وكبيرة ﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾

(١) راجع (ص ١١٨).

(٢) راجع (ص).

(٣) تفسير البيضاوي (٣/٣٦٥) من الحاشية.

[الإسراء: ٨٥]. فمن الأشياء ما لا يصل العقل إليها بحال، ومنها ما يصل إلى الظاهر منها فقط، وهي مع هذا القصور الذاتي لا تكاد تنفق في فهم الحقائق التي أمكن لها إدراكها، فإن قوى الإدراك ووسائله تختلف عند الناظرين اختلافًا كبيرًا.

ولذلك فإن سبب مَزَلَّة أقدام العقلانيين ووقوعهم في البدع، أنهم قدموا العقل على النصوص الشرعية، فلم يأخذوا منها إلا ما وافق عقولهم، وطرحوا كل ما لم يستحسنوه، فرفعوا بذلك العقل عن مكانته، ونزلوا الشرع عن مكانته، فقدموا ما حقه التأخير، وأخروا ما حقه التقديم، وجعلوا الأصل فرعًا والفرع أصلًا، فوقعوا في بدع عظيمة كبدع الجهمية في نفي أسماء الله وصفاته، وبدع المعتزلة في نفي الصفات^(١).

ثانيًا: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لا يصح نذر الواجب المعين؛ لأنه ثابت بالشرع أصلًا، كصلاة الصبح والظهر، فيكون التزامه بالنذر لا معنى له. ولو قلنا بانعقاده، لأدى إلى تقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرع، وهو خلاف القاعدة، ويكون من قبيل تحصيل الحاصل، وهذا لا يجوز^(٢).

لكن لو نذر مثلاً أن يصلي على كل حنافة يحضرها، انعقد نذره؛ لأن هذا ليس واجبًا معينًا عليه، بل هو واجب كفائي. وكذلك لو نذر أن يصلي الصلوات المفروضة في أول وقتها، انعقد نذره؛ لأنه يجوز ترك الصلاة في أول الوقت، ويصلي في وقت الاختيار؛ لأن ما جاز تركه في وقت من الأوقات، انعقد نذره في وقت معين.

(١) انظر: انقاص الشرعية في القواعد الفقهية (ص ٢٧٩، ٢٨٠).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٣٣)، والمرجع السابق (ص ٢٨١-٢٨٣).

الفرع الثاني: ولو قال: طلقتك بألف على أن لي الرجعة، سقط قوله: بألف، ويقع رجعيًّا؛ لأن المال ثبت بالشرط، والرجعة ثابتة بالشرع، فكان الثابت بالشرع أقوى^(١).

الفرع الثالث: من لم يحج، إذا أحرم بتطوع أو نذر، وقع عن حجة الإسلام؛ لأن حجة الإسلام واجبة بالشرع وثابتة به، وحج التطوع أو النذر كان بشرط الفاعل ونيته، فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط؛ لأن الشرع أقوى.

الفرع الرابع: ولو شرط شرطاً من مقتضيات العقد، كاشتراط حبس المبيع حتى يقبض الثمن، لم يضره ولم ينفعه؛ إذ مقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لا من الشرط.

الفرع الخامس: قال السبكي: "هذه الفروع تدل على أنه: إذا ثبت خيار المجلس وخيار الشرط، يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق، أي من انتهاء وقت خيار المجلس؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع" وهو خيار المجلس، فلا يحتاج إلى الشرط"^(٢).

٤- قاعدة: (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان):

شرح القاعدة، وأدلتها، وذكر فروعها أثناء الشرح:

هذه القاعدة تعني الوفاء بالشرط، والمراد بالشرط الواجب الوفاء به هنا: الشرط المقيد، والمعرف بأنه: التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد، بصيغة مخصوصة.

والفرق بين المقيد بالشرط، المراد هنا، والمعلق بالشرط، والذي سيأتي بيانه في القاعدة اللاحقة، أن المقيد بالشرط، تقييده لا يوجبه تأخره في الوجود على القيد، بل سبَّقه عليه. أما المعلق بالشرط، كان معدومًا قبل وجود الشرط؛ لأن ما توقف حصوله على حصول شيء، يتأخر بالطبع عنه.

(١) مغني المحتاج (٢٧١/٣)، الأشباه للسيوطي (ص ١٣٣، ١٣٤).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ١٣٤).

أنواع الشروط :

أ- والشروط الذي يلزم مراعاته هنا، هو الشرط الجائز، وهو: ما يقتضيه العقد، كاشتراط حبس المبيع بالثمن، وهذا يجب بدون شرط أصلاً. أو الشرط الذي يلائم العقد، ككون الفرس مثلاً أصله كذا، أو اشتراط رهن بالثمن، أو اشتراط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن، أو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولكن ورد الشرع بجوازه، كاشتراط خيار الشرط. فإن الشرط في جميع ذلك تلزم مراعاته.

ب- أما الشرط الفاسد، فلا تلزم مراعاته، بل يفسد العقد، كشراء ثوب على أن يصبغه البائع، أو شراء الدابة على أن يركبها البائع شهراً.

ج- وأما الشرط اللغوي^(١)، فإنه يُلغى، لكن يصح العقد، كبيع الدابة على أن لا يخرجها عن ملكه، أو على أن يبيعها ولكن لم يعين المشتري^(٢). وهذه القاعدة: (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان) عبّر عنها بتعبيرات مختلفة، بعضها يؤدي نفس معنى القاعدة، والآخر يعبر عن شروط تطبيق القاعدة.

(١) فرّق الحنفية بين الشرط الفاسد والشرط اللغوي، فقالوا: الشرط الفاسد: ما كان بخلاف الشرط الجائز، وفيه نفع مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين للآخر غير معطوف بالواو، كما مثل. أو فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق، كشراء العبد على أن يعتقه المشتري، أو على أن لا يخرجها عن ملكه. وأما الشرط اللغوي فهو: ما كان بخلاف الشرط الجائز والفاسد، كأن يشترط شرطاً مفسداً، ولكن عطف بالواو، كعتك بكذا وعلى أن تقرضني كذا، أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر، ولكن بعد العقد، أو قبل العقد، ولكن لم يتفقا على بناء العقد على ما شرطاً.

راجع: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الرزق (ص ٣٥١، ٣٥٢).

(٢) المرحع السابق.

فمثلاً: ذكر المرغيناني في الهداية أن: "كل شرط يوجب جهالة في الربح، يفسده؛ لاختلال مقصوده"^(١) فهذا يعني أن ذلك الشرط لا تجوز مراعاته؛ لعدم الإمكان. و ذكر القاضي شريح أن: "من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو واجب عليه"^(٢) فهذا يعني وجوب مراعاة الشروط، طالما صدرت عن طواعية واختيار. و ذكر الخطابي في معالم السنن أن: "كل شرط كان من مصلحة العقد أو من مقتضاه، فهو جائز"^(٣)، فهنا قد بين معنى الشرط الجائز الواجب مراعاته، طبقاً للقاعدة.

وذكر ابن تيمية في القواعد النورانية أن "كل ما كان حراماً بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه، كالربا والوطفاء في ملك الغير، وثبوت الولاء لغير المعتق. وأما ما كان مباحاً دون الشرط، فالشرط يوجب، كالزيادة في المهر والثلث والرهن، وتأخير الاستيفاء"^(٤).

فالشرط المبيح للمحرّم أو المحرّم للمباح، لا تجوز مراعاته؛ لعدم الإمكان، أي: لعدم جواز مخالفة الشرع.

وكان ابن تيمية يذكرنا بحديث النبي ﷺ: "المسلمون عند شروطهم"^(٥)، ولم يخالف أحد في القول بأن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

(١) الهداية (٤٥١/٨) للمرغيناني الحنفي، مطبوعة مع فتح القدير وتكملته.

(٢) صحيح البخاري بشرح الكرمانى (٥٥/١٢) كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا. طبعة المطبعة المصرية الأولى ١٣٥١هـ/١٩٢٣م.

(٣) معالم السنن (٤٧/٥) للخطابي مطبوع في مختصر سنن أبي داود للمنذري، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨هـ.

(٤)

(٥) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أحر السمرة (٧٩٤/٢).

٥- قاعدة: (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط):

في القاعدة السابقة بينت الفرق بين الشرط المقيد والشرط المعلق، ولزيادة الإيضاح فإن التعليق: التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل. أو هو: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط، نحو، إن، وإذا، وكلما، ومتى، أو بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف، أو حرف جر غير لام التعليل، أو استثناء (بإلا أن) إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت كالطلاق.

كما لو قال لامرأته: أنت طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً، فإنه يحمل على الشرط، فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد فأنت طالق.

ويشترط لصحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال، ممكن الوجود عادة في المستقبل.

فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال، يُعدُّ تنجيذاً، مثل: إن كانت السماء فوقا فهي طالق.

وكذا التعليق بالممكن عقلاً لا عادةً، فإنه تنجيز، مثل: إن لم أصعد السماء، وإن لم أقلب الحجر ذهباً.

والتعليق بالمستحيل الوجود، كـ: إن دخل الجمل في سم الخياط، فهو لغو وباطل. فما لا يراد وجوده يعلق على المحال عادةً^(١).

وهذه القاعدة نصَّ عليها الخطابي في معالم السنن بقوله: "الحكم المعلق بشرط لا يصح إلا بوجود شرطه"^(٢) و"الحكم المعلق بشرطين لا يجب بأحدهما والآخر معدوم"^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٤٧، ٣٤٨) للشيخ أحمد الزرقاء.

(٢) معالم السنن (١/١١٤).

(٣) المرجع السابق (٢/١٦٥).

أنواع المعلق بالشرط :

النوع الأول: ما يصح تعليقه بمطلق الشرط، ملائماً أو غير ملائم، وهي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها، كالطلاق والعتاق، فإن كلاً منهما يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، ملائماً كان، كقوله لزوجته: إن أسأت إلي فأنت طالق، أو غير ملائم، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار مثلاً، فإن المعلق في كل ذلك ينزل، ويثبت عند ثبوت الشرط.

أما الإسقاطات غير المحضة، وهي ما فيها تمليك من وجه كالإبراء، فإن التعليق بالشرط يبطلها.

وتقييد الإسقاطات بـ (التي يحلف بها) لإخراج ما لا يحلف به منها، وذلك كإسقاط الشفعة ولو بعد ثبوتها، فلو علقه بغير كائن، لا يصح تعليقه، ويبقى على شفيعته.

النوع الثاني: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط، وهو ما يؤكد موجب العقد، وذلك كالإطلاقات والولايات.

فمثال الإطلاقات: الإذن بالتجارة، والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه.

ومثال الولايات: القضاء والإمارة، كقول الإمام: إن شغرت الولاية الفلانية، فقد وليتكَ إياها.

النوع الثالث: ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، وهو المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح عن مال بمال وكذا التمليكات كالهبة. وتستثنى الوصية إذا علقتم بالموت، فإنها تصح على خلاف القياس^(١).

(١) شرح القواعد الفقهية (٣٤٨، ٣٤٩) للشيخ أحمد الزرقاء.

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار

الأهداف العلمية للفصل:

عزيزي الدراس: يرجى بعد دراستك لهذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تدرك أن الإقرار أقوى أدلة الإثبات.
- ٢- تعرف أن نظام القضاء في حاجة دائماً إلى الإمام بالقواعد الفقهية من خلال قواعد الإقرار.
- ٣- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار.

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار^(١)

١- قاعدة: المرء مؤاخذ بإقراره.

٢- قاعدة: البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة.

(١) وهي قواعد كثيرة، واكتفيت بذكر هاتين القاعدتين؛ لأهميتهما، وخشية الإطالة.

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار

١ - قاعدة: (المراء مؤاخذ بإقراره):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها:

الإقرار أقوى الأدلة على إثبات الحق على المقر، بما يعني أن الإقرار سيد الأدلة. ولذلك فإن العز بن عبد السلام ذكر الإقرار في أول الأدلة على وقوع الأحكام، فقال:

"فصل في بيان أدلة الأحكام، وهي ضربان: أحدها: ما يدل على شرعيتها، والثاني: ما يدل على وقوعها مستندة إلى أسبابها. الضرب الثاني: ما يظن تحقق أسبابها ووقوعها بظنون متفاوتة في القوة والضعف، وهي أنواع: منها: إقرار المقرين، ثم شهادة أربع من المعدلين، ثم شهادة رجلين من المؤمنين، ثم شهادة رجل وامرأتين من الصالحين، ثم شهادة عدل واحد مع اليمين، ومنها: شهادة أربع نسوة. مما يخفى غالباً على الرجال المعدلين"^(١).

ولقد عبر الفقهاء عن هذه القاعدة بعدة تعبيرات، منها: ما رواه الليث بن سعد عن خَيْرِ بن نُعَيْم أنه كان يقول: "من أقر عندنا بشيء ألرمننا إياه"^(٢). ومنها ما ذكره أبو يوسف في كتابه الخراج: "وإن أقر بحق من حقوق الناس من قذْف، أو قصاص في نفس أو دونها، أو مال، ثم رجع عن ذلك، نُفَّذَ عليه الحكم فيما

(١) قواعد الأحكام (٤١/٢).

(٢) أبحار القضاة (٢٣١/٣) لوكيع بن حيان، طبعة عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.

أقر به، ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه^(١)، ومنها ما ذكره الخشني محمد بن حارث في كتابه "أصول الفتيا": "كل مقر أقر إقراراً مجملًا، فالقول قوله في تفسيره"^(٢)، وقوله: "كل من ادعى في إقراره وجهًا يحتمله إقراره، صدق"^(٣).

ومنها: ما ذكره الإمام الخصاصف بأن: "الإقرار حجة موجبة بنفسه"^(٤).

وقد ذكر هذه القاعدة عند بيان الفرق بين البينة والإقرار، فقال: إن البينة لا تكون حجة موجبة إلا بانضمام القاضي إليها، فتراعى شرائط كونها حجة في القضاء. أما الإقرار، فحجة موجبة بنفسه، فلا يشترط انضمام القاضي إليه لكونه حجة^(٥).

والإقرار في الشرع: عبارة عن الإخبار بما عليه من الحقوق، وهو ضد الجحود^(٦). وهو حجة شرعية ثبتت حجيته بالنقل والعقل.

فمن الأدلة النصية على هذه القاعدة، إرشاد القرآن الكريم إلى توثيق المدائنة بالكتابة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَأُكْمِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فلو لم يقبل إقراره، لَمَا كان لإملائه معنى. إذ الإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار^(٧)، وكذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

(١) الخراج (١٨٣) لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، طبعة دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.

(٢) أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك (ص ٣٠٥) لمحمد بن حارث الخشني، مطبعة الدار العربية للكتاب ١٩٨٥م.

(٣) المرجع السابق (ص ٣٠٥).

(٤) شرح أدب القاضي للخصاصف (٢/٢٩٢) تأليف: الصدر الشهيد، عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد ببغداد، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

(٥) المرجع السابق (٢/٢٩٢).

(٦) تبين الحقائق (٢/٥) للزليعي.

(٧) تبين الحقائق (٣/٥).

آمَنُوا كُوفُوا قَوَامِينَ بِالْقِسْطِ شَهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ
وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥]، ففي الآية توجيه إلى اعتبار القاعدة.

أما الدليل العقلي على ثبوت القاعدة، فإنه من المعلوم أن الإنسان العاقل لا
يقر على نفسه كاذباً، ولا يدفع نفسه متعمداً إلى ما فيه ضرر بين؛ ولذلك اعتبره
الشرع غير متهم فيما يقر به على نفسه. وإلى هذا المعنى أشار الله تعالى بقوله:
﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤].

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: لو أقر أحمد لإبراهيم بمبلغ معلوم من الدراهم ديناً عليه، ثم
ادعى الغلط والخطأ، لم يقبل؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره.

الفرع الثاني: وكذلك إذا قبض المؤجر الأجرة، وبعد إقراره بذلك ادَّعى
أن النقود التي تسلمها مزيفة، لا يقبل ادعاؤه^(١).

الفرع الثالث: وكذلك من أقر بسبب موجب للضمان، ادعى البراءة عنه،
لا يصدق إلا بالبينة أو بتصديق المدَّعى عليه^(٢).

قال الشيخ علي الندوي: ويمكن تلخيص الموضوع بذكر ضوابط، كما يلي:

- ١- إقرار الإنسان العاقل على نفسه، مقبول معتبر.
- ٢- كل مَنْ أقر بشيء، ثم رجع عنه، فإنه لا يقبل رجوعه، إلا فيما كان حَدًّا لله
تعالى^(٣)؛ عملاً بالقاعدة الشرعية: (الحدود تدرأ بالشبهات)^(٤).

(١) انظر: درر الحكام (٧٠/١)، وشرح المحنة للأتاسي (٢٢٧/١).

(٢) التحرير شرح الجامع الكبير (٧٠٢/٢) لحمال الدين محمود بن أحمد الحصري الحنفي، المكتبة الأزهرية
شريط مصور رقم (٤٤١٤٧).

(٣) القواعد الفقهية للشيخ علي الندوي (ص ٤١٩).

(٤) المشور في القواعد (١٨٧/١).

ثالثاً: شروط العمل بقاعدة: (المرء مؤاخذ بإقراره):

من خلال الضوابط السابقة، يمكن أن نستخلص منها شروط العمل بقاعدة: (المرء مؤاخذ بإقراره) وإضافة بعض الشروط، وبيانه كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً. فإقرار الصغير أو المعتوه أو المكره غير معتبر، إلا في السارق إذا أقر مكرهاً على أحد الأقوال.
الشرط الثاني: ألا يكون الإقرار فيه إضرار بالغير. فلو أقر المدعى عليه بالدار لغيره بعدما أقام المدعي البينة، بطل إقراره، لكن لا تندفع به الدعوى. فلو جاء المدعي بالشاهد الآخر أو ظهرت عدالة الشاهدين والدار في يد المقر، فالقاضي يحكم على المقر.

الشرط الثالث: ألا يصير المقر مكذباً بحكم الحاكم، وإلا بطل إقراره. فلو ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلاً، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين، وقضى له، فإن الشفيع يأخذه بألفين حتى وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف؛ لأنه لما قضى عليه بالبينة، صار مكذباً بحكم الحاكم، وبطل إقراره.

الشرط الرابع: ألا يكون المقرُّ به محالاً من كل وجه، عقلاً أو شرعاً. فلو أقر لغيره بدية يده التي قطعها، واليد قائمة، بطل إقراره. ولو أقر الوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية، كان باطلاً.

الشرط الخامس: ألا يكون المقرُّ محجوراً عليه، وإلا بطل إقراره؛ لأنه متهم بالسفه أو بتضييع الديون التي عليه لغيره.

الشرط السادس: ألا يكون المقرُّ به مجهولاً جهالةً فاحشة^(١).

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص ٣٣٣، ٣٣٤) للشيخ أحمد الزرقاء. والمادة (١٥٧٣، ١٥٧٥، ١٥٧٦،

١٥٧٧، ١٥٧٨) من مجلة الأحكام العدلية.

٢- قاعدة: البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة:
أولاً: شرح القاعدة:

هذه القاعدة قاعدة قضائية مهمة جداً لا سيما في مجال العقوبات والجنایات. والبينة هي الحجة الواضحة، قال تعالى: ﴿أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾ [هود: ٦٣-٨٨]، وهي هنا: الشهادة العادلة التي تبين صدق دعوى المدعي، ويقوم مقامها السند المكتوب الموثق.

ومعنى كونها متعدية: أي تتجاوز المشهود عليه إلى كل من له مساس بالقضية. فالحكم المقضي به استناداً على بينة، يكون شاملاً لعموم الناس، أو شاملاً لكل من ينطبق عليه الحكم.

أمَّا الإقرار: فهو قاصر على المقر، لا يتعداه إلى الغير، بمعنى أن إقراره أمام القاضي لا يكون حجة إلا عليه؛ لأن كونه حجة بيني على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره.

قال الكرخي في أصوله: "المرء يعامل في حق نفسه بما أقر به، ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً"^(١).

ووجه الافتراق بين البينة والإقرار:

أ - أن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وحيث إن للقاضي ولاية عامة، ينفذ قضاؤه في حق الجميع.

ب - أن الدلالة بالبينة كالدلالة بالحس شرعاً، وما يثبت بطريق الحس والمشاهدة، ينسحب حكمه على سائر الناس، فالحكم على أحد الورثة بدين على مورثهم، يتعدى إلى جميعهم.

(١) أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر للدبوسي) (ص ١١٢) لأبي الحسن عبيدالله بن الحسين الكرخي، مطبعة الإمام بالقاهرة بدون تاريخ.

وأما المقر، فله ولاية على نفسه دون غيره، فتبقى هذه الحجة مقصورة على صاحبها مع قوتها^(١).

وهذه القاعدة صاغها الفقهاء بصياغات مختلفة، فذكرها ابن عبد البر في التمهيد قائلاً: "لا يواخذ أحد بإقرار غيره عليه"^(٢)، وعبر عنها في موطن آخر بقوله: "لا يقبل إقرار أحد على غيره"^(٣).

وذكرها ابن عبد البر مقرونة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وذكر الإمام الحصري هذه القاعدة، فصرح قائلاً: "إن إقرار الإنسان حجة عليه لا على غيره؛ لقصور ولايته على نفسه، والبينة حجة على الناس كافة؛ لأنها إنما تصير حجة بالقضاء"^(٤).

هذا، بالإضافة إلى ما سبق ذكره للإمام الكرخي في أصوله^(٥).

وحينما يصرّح بأن: البينة حجة متعددة، والإقرار حجة قاصرة، فهذا لا يتعارض مع كونه لا تهمة فيه. فالإقرار مع كونه سيد الأدلة وأقواها إلا أن البينة حجة تشمل المدعى عليه وكل من على شاكلته. فالجهة منفكة ولا تعارض.

والذي يطالب بإحضار البينة إنما هو المدعى؛ لقول النبي ﷺ: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعى،

(١) انظر: الأناسي "شرح المجلة" (١/١٢٢)، والمحاسني "شرح المجلة" (١/٩٩) لمحمد سعيد المحاسني مطبعة الترقى بدمشق ١٣٤٦هـ/١٩٢٨م.

(٢) التمهيد (٩/٩٠) لابن عبد البر، طبعة المغرب، الطبعة الأولى بدون تاريخ.

(٣) المرجع السابق (١/١٨٧).

(٤) التحرير شرح الجامع الكبير (٢/٥٠٥) مرجع سابق.

(٥) أصول الكرخي (ص ١١٢)، وانظر هذه الصفحة والصفحة السابقة.

واليمين على المدعى عليه" (١).

وهذه قاعدة فقهية معروفة لدى الفقهاء، عبروا عنها بقولهم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٢).
والبينة كما ذكر ابن القيم، ليست خاصة بالشهادة، بل الشهادة قسم من أقسام البينة.

قال ابن القيم: "ومن خص البينة بالشهادة لم يوف مسمأها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بما الشاهدان، وإنما أتت مراداً بما الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة. والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده، وجده شاهداً لها بالاعتبار، مرتباً عليها الأحكام" (٣).

وكما سبق ذكره، فإن البينة على المدعي؛ لأن المدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر ويثبت الزيادة، وأما المدعي عليه فهو مستصحب للأصل، فجانب المدعي ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكان عليه أن يقوي ضعفه بالحجة القوية وهي البينة. وأما كون جانب المدعي عليه قوياً؛ فلأن الأصل عدم المدعي به، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين (٤).

(١) صحيح مسلم (١٣٣٦/٣) كتاب الأقضية.

(٢) انظر: المادة (٧٦) من درر الحكام، شرح لقواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (٣٠٤).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ص١٤) بتصرف، لابن قيم الجوزية، طعة دار البيان ودار المؤيد، بيروت ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.

(٤) شرح لقواعد الفقهية (ص٣٠٤-٣٢٢) لشيخ أحمد الزرقاء.

ثانياً: فروع قاعدة: (البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة):

الفرع الأول: إذا ادعى شخص بحضور واحد من ورثة المتوفى أن له في ذمة المتوفى ديناً، أو أيدت دعواه بالبينة، وحكم الحاكم له بالحق الذي ادعاه، فالحكم يكون سارياً على جميع الورثة، ولا يحق للورثة الذين لم يكن الحكم بمواجهتهم أن يطالبوا المدعي بإثبات الدين بحضورهم أيضاً^(١).

أما إذا كان الحكم مبنياً على إقرار الوارث الذي سمع من ادعى أن له حقاً على المتوفى، فلا يسري هذا الحكم على غيره من الورثة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، بخلاف البينة.

الفرع الثاني: لو أحرَّ شخص لآخر داراً لا يملكها، بإقراره بعد أن أجرها بأنها ليست داره لا تفسخ الإجارة، ولكن تظل إلى انتهاء مدتها.

فإن انتهت المدة، حكم القاضي بملكية الدار لمن أقر له المجرر بالملكية؛ لأن الإقرار لا يتعدى المالك إلى المستأجر. أما لو أقام المالك على استحقاقه الملك بينة، فإنه حينئذ يفسخ عقد الإجارة^(٢).

الفرع الثالث: لو استحق شخص شيئاً، وأثبت ذلك بالبينة، وحكم الحاكم له به، فللمحكوم عليه إذا كان مشتركياً حق الرجوع على البائع بالثمن، ولا يحق للبائع أن يتعلل عن الدفع بدعوى أنه لم يحضر المحاكمة.

وعكس ذلك: فيما إذا لم يثبت المستحق استحقاقه بالبينة، بل بإقرار المشتري، فليس له حق الرجوع على البائع بالثمن.

الفرع الرابع: إذا كفل شخص آخر قائلاً: إني أكفل فلاناً بما هو مطلوب منه لفلان، فإذا أثبت مقدار الدين بالبينة، ضمن الكفيل ذلك المقدار. أما إذا لم

(١) المرجع السابق (ص ٣٢٧).

(٢) درر الحكام (١/٦٩).

يثبت الدائن الدين بالبينة، بل ثبت الدين بإقرار المدين نفسه، فلا يسري الحكم به على الكفيل بأكثر مما اعترف به للدائن.

فإذا أثبت الدائن مثلاً أن له على فلان ألف جنيه، فقال الكفيل: أنا أكفل هذا الدين، فحاء المدين وأقر بأن عليه لهذا الدائن ألفين، فلا يلزم الكفيل إلا ما تكفل بدفعه وهو الألف جنيه الثابت بالبينة^(١).

ثالثاً: مستثنيات قاعدة: (البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة):

الفرع الأول: لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها، فإنه حجة عليها، وتبرأ به ذمة الزوج^(٢).

الفرع الثاني: لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا ببيع العين المؤجرة، فإن الإجارة تفسخ، ويبيع المأجور لوفاء الدين.

ففي هذا الفرع تعدى إقرار المؤجر، وبيعت العين المؤجرة وتضرر المستأجر.

الفرع الثالث: لو أقر اثنان من الورثة بولد المتوفى، فإنه يثبت نسبه في حق غيرهم من الورثة، وفي حق الناس كافة، ولا يحتاج في ذلك للفظ الشهادة، ولا محس القضاء على الأصح.

الفرع الرابع: لو أقر وكيل انبيع بقبض وكيله الثمن، برئ المشتري، كما لو أقر بقبض نفسه^(٣).

الفرع الخامس: لو أنفق أجنبي على بعض الورثة، فقال: أنفقت بأمر الوصي، وأقر به الوصي، ولا يعلم ذلك إلا بقول الوصي بعدما أنفق، قيل قول الوصي لو كان المنفق عليه صغيراً. فقد تعدى إقرار الوصي على الصغير^(٤).

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجه (ص ١٧٦، ١٧٧).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٢٨) للشيخ أحمد الزرقاء.

(٣) المرجع السابق (ص ٣٢٨، ٣٢٩).

(٤) المرجع السابق (ص ٣٣١).

الفصل الرابع

القواعد الفقهية المتعلقة بأبواب متفرقة

الأهداف التعليمية للفصل:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك هذا الفصل أن تكون قادراً على أن:

- ١- تدرك الارتباط الوثيق بين أصول الفقه وقواعد الفقه من خلال بعض القواعد في هذا الفصل، ومنها: قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وقاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وقاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله.
- ٢- تعلم أن المستثنيات من القواعد الفقهية لا تؤثر في الإخلال بمكانتها وأهميتها.
- ٣- تتأمل تلك القواعد، وتضع يدك على القاعدة التي لها دور في أدلة الإثبات أمام أنظمة القضاء، والقاعدة التي تحمي الرعية من ظلم الحاكم، والقاعدة التي تحفظ حقوق الناس من بطش الآخرين، والقاعدة التي تحيب عمل الظالمين.
- ٤- تكتب مقالاً مستخلصاً فيه ما استفدته من القواعد الواردة في هذا الفصل.

الفصل الرابع

قواعد فقهية متعلقة بأبواب متفرقة

- ١- القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.
- ٢- القاعدة الثانية: التابع تابع.
- ٣- القاعدة الثالثة: تبدل سبب الملك كتبدل الذات.
- ٤- القاعدة الرابعة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.
- ٥- القاعدة الخامسة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.
- ٦- القاعدة السادسة: الساقط لا يعود.
- ٧- القاعدة السابعة: لا يتم التبرع إلا بالقبض.
- ٨- القاعدة الثامنة: ليس لعرق ظالم حق.
- ٩- القاعدة التاسعة: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل.
- ١٠- القاعدة العاشرة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.
- ١١- القاعدة الحادية عشرة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- ١٢- القاعدة الثانية عشرة: الميسور لا يسقط بالمعسور.
- ١٣- القاعدة الثالثة عشرة: إعمال الكلام أولى من إهماله.

الفصل الرابع

قواعد فقهية متعلقة بأبواب متفرقة

١- القاعدة الأولى: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد):

أولاً: شرح القاعدة:

هذه القاعدة تعني أن القاضي إذا اجتهد في مسألة شرعية، ثم عرضت له مسألة مشابهة فحكم فيها برأي، فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني. وكذا لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده، ثم حكم مجتهد آخر في تلك المسألة عينها وكان اجتهاده مخالفاً، فلا يُنقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

وحكمة هذا أو علته: أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول، وأنه إذا أنقض الحكم اللاحق الحكم السابق فلن يستقر حكم، وفي ذلك مشقة شديدة؛ لأنه سيؤدي إلى بلبله الأفكار وعدم استقرار أمور الحياة، وفي ذلك حرج عظيم يتنافى مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]^(١).

وعليه: فالحاكم إذا قضى بقضاء، ثم بدا له أن يحكم بغيره، لم يجز له نقض أحكامه السابقة، ولكن يعمل بما بدا له فيما يستقبل، ما لم يتيقن أنه كان مخطئاً في أحكامه السابقة بأن خالفت نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، أو خالفت القواعد الكلية أو حكم بشيء لا دليل عليه.

(١) راجع: المستصفى للغزالي (٣٨٢/٢)، الفروق للقرافي (١٠٤/٢).

فالاتجاه الذي لم يتبين خطؤه لا ينقض بالاتجاه، لكنه يغير الحكم في المستقبل^(١).

قال الإسكندر: "فالنقض الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية، فلا يتعرض الاتجاه الثاني لحجته فيما مضى وفق اتصال القضاء به، لكن يغير الاتجاه الثاني الحكم في المستقبل؛ لانتفاء المرجع الآن، وصيرورته كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به، ثم عارضه دليل آخر، فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل ولا ينقض ما مضى".
ثانياً: دليل ثبوت القاعدة:

والأصل في ثبوت قاعدة: (الاتجاه لا ينقض بالاتجاه)، إجماع الصحابة -رضي الله عنهم- نقله ابن الصباغ.

فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل خالفه فيها عمر رضي الله عنه، ولم ينقض حكمه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك، وحكم عمر رضي الله عنه في الجدل بقضايا مختلفة؛ وحكم في المسألة المشتركة بعدم المشاركة، ثم حكم بالمشاركة.

والمسألة المشتركة هي: إذا استغرقت الفروض التركة، وكان هناك إخوة أشقاء لم يتبق لهم شيء يرثونه بالتعصيب باعتبارهم من ذوي العصبات الذين لا يرثون بالفرض؛ فإنهم في هذه الحالة يدخلون مع الإخوة لأم في الثلث باعتبارهم أولاد أم واحدة.

(١) المنثور في القواعد للزركشي (٤٥/١)، الأحكام في أصول الأحكام (٢٧٣/٤) لسيف الدين الآمدي، المتوفى سنة ٦٣١هـ، طبعة دار الفكر، بيروت ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، القواعد الفقهية للشيخ علي البدوي (ص ١٦٤)، المبسوط للسرْحسي (١٠/١٨٥).

فالمسألة المشتركة شروطها أربعة:

الأول: أن يكون فيها زوج.

والثاني: أن يكون فيها صاحب سدس كام أو جدة.

والثالث: أن يكون اثنان فصاعداً من ولد الأم يستكمل فرضهم الثلث.

والرابع: أن يكون فيها شقيق ذكر وحده، أو مع ذكور، أو مع إناث

وكلاهما في درجة واحدة.

فقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لما قضى للزوج بالنصف، وللأم بالسدس وللإخوة غير الأشقاء بالثلث، فلم يبق للإخوة الأشقاء شيء احتج الأشقاء، وقالوا لعمر: هب أن أبانا كان حماراً، أليست الأم تجمعنا؟ ولهذا سميت بالحمارية، وقال زيد بن ثابت: لو أن أباهم كان حماراً، ما زادهم الأب إلا قرباً. وفي رواية قالوا: هب أن أبانا كان حجراً في اليمّ، أليست الأم تجمعنا؟ ولهذا سميت بالمسألة الحجرية، وبالمسألة اليمية؛ نسبة إلى اليمّ وهو البحر، فأشركهم عمر رضي الله عنه في الثلث مع الإخوة لأم، لكن للذكر مثل الأنثى؛ لأنهم لم يرثوا بالتعصيب حينئذ، بل ورثوا باعتبارهم جميعاً إخوة من الأم، ولهذا سميت بالمسألة المشتركة.

فقيل لعمر: إنك قضيت في عام أول بخلاف هذا، فقال: تلك على ما

قضينا، وهذا على ما نقضي، ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر^(١).

ثالثاً: فروع قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد):

وهي فروع كثيرة تُعدُّ بمثابة الدليل عليها، وهي في مجموعها تؤكد أن

الاجتهاد لا ينقض اجتهاداً آخر؛ لأن شرط النقض اتحاد النسبة الحكمية، ومع

(١) مصنف عبدالرزاق (٢٤٩/١٠، ٢٥٠)، غمز عيون البصائر (١٤١/١) لياقوت الحموي.

اختلاف الظنون لا تتحد النسبة الحكمية، فلا ينقض اجتهاداً اجتهاداً آخر.

الفرع الأول: لو تغير اجتهاده في القبلة، عمل بالثاني، ولا قضاء، حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات، فلا قضاء.

فقد أخرج الترمذي وأحمد والطبراني من حديث عامر بن ربيعة بلفظ: "كنا مع النبي ﷺ في ليلة مظلمة، فلم ندر أين القبلة، وصلى كل رجل منا على حياله، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ، فنزل: ﴿فَإَيَّمَا تُؤَلُّوا فَسَمِّ وَجْهَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥]، وفي رواية البيهقي: قال ﷺ: "قد أحسنتم". ولم يأمرنا أن نعيد"^(١)، فدل على أن الاجتهاد لا ينقض اجتهاداً آخر.

الفرع الثاني: لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق، ثم تاب، فأعادها، لم تقبل، لأن في قبول شهادته بعد التوبة نقض الاجتهاد بالاجتهاد. ولذا قالوا: من رُدَّتْ شهادته لعله، ثم زالت، ثم أعادها في تلك الحادثة، لم تقبل إلا في أربعة: لصبي والعبد والكافر والأعمى.

قال في المواهب السنية: "لأن الرد فيها ليس باجتهاد حتى يكون القبول بعد زوالها بانقضائه، ولعدم التهمة بالنسبة للحاكم في القبول بعد زوالها، كما لا يخفى، فتأمل"^(٢).

الفرع الثالث: لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين، فاستعمله وترك الآخر، ثم تغير ظنه، لا يعمل بالثاني، بل يتييم. وهذا بناءً على أنه يجوز التحري في الإناءين، بخلاف الأحناف القائلين بوجوب إراقة الإناءين وتهييم^(٣).

(١) نيل الأوطار (١٨٥/٢) محمد علي الشوكاني، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ طبعة دار التراث بالقاهرة بدون تاريخ.

(٢) المواهب السنية (ص ٩١).

(٣) المواهب السنية (ص ٩١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٦).

الفرع الرابع: لو أحقه القائف بأحد المتداعين، ثم رجع وأحقه بالآخر لم يقبل، وكذا لو أحقه قائف بأحدهما، فجاء قائف آخر فأحقه بالأول، لم يلحق به؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

والقائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود^(١)، والقيافة من الأدلة الشرعية لإثبات النسب عند الاشتباه. فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فقال: "يا عائشة: إن مجزرا المدلجي دخل عليه، فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة وغطيا رؤوسهما. وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض"^(٢).

يقول الدكتور عبدالعزيز عزام: في هذا العصر (عصر الاكتشافات العلمية) القافة هم خبراء الجينات الذين يحكمون بإلحاق نسب الطفل إلى أبيه بأدق الوسائل العلمية، فلا يعقل أن يطلب حكم القافة مع وجود ما يدل على البنية بطريق أدق؛ ولهذا، كان العمل بالقيافة عن طريق الفراسة أو خبراء الجينات عن طريق التحاليل الطبية مشروع. وهذا قول الجمهور^(٣).

الفرع الخامس: لو زوّجت المرأة نفسها بغير ولي، فلا ينقض ذلك النكاح؛ لأن الحنفية صححوا النكاح مع عدم الولي، بخلاف بقية المذاهب. وكذلك لو حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، لا ينقض؛ فلقد لقي عمر بن

(١) التعريفات (ص ٢٧٧) للحرجاني علي بن محمد الشريف، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (٤١/١٠) ليجي بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة دار الحديث بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

(٣) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (ص ٢٢٩)، وراجع: الذخيرة للقرافي (٢٤/١٠)، المهذب (٢/ ٢١٧)، المغني (٣٧١/٨، ٣٧٢).

الخطاب رجلاً له خصومة، فقال له: ما صنعت؟ قال: قضى فيها علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت بكذا. قال عمر: لو كنتُ أنا لقضيتُ بكذا. فقال الرجل: وما يمنعك والأمر إليك؟ أي: وأنت أمير المؤمنين. قال: لو كنت أردك إلى كتاب أو سنة لفعلت، ولكن أردك إلى رأي، والرأي مشترك. ولم ينقض عمر ما حكم به عليٌّ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد^(١).

رابعاً: المستنيات من قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد):

واستثنى من قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد صور^(٢).

الصورة الأولى: للإمام الحمى: بأن يحمي أرضاً بتخصيصها لمنفعة يراها، كبناء مدرسة أو مستشفى أو غيرها من المصالح العامة، ولو أراد من بعده نقضه، فله ذلك في الأصح؛ لأنه للمصلحة، وقد تغير.

ومنع الإمام الاستثناء، وقال: ليس مأخذ التجويز هذا، ولكن حمى الأول كان للمصلحة، وإذا تغيرت المصلحة المقتضية تغير الحكم؛ لأن المصلحة كالعلة للحكم، وهي تدور معه وجوداً وعدمًا.

أما ما حماه رسول الله ﷺ، فلا ينقض، فقد حمى أرضاً بالبيع، فهذا الحمى يستمر إلى يوم القيامة؛ لأنه بمثابة النص، ولا اجتهاد مع النص^(٣).

الصورة الثانية: نقض القسمة إذا ظهر فيها غبن فاحش، مع أن القاسم قسم باجتهاده.

وأجاب ابن نجيم بمنع هذا الاستثناء، وقال: إن نقضها لفوات شرطها في الابتداء، وهو المعادلة، فظهر أنها لم تكن صحيحة من الابتداء، فهو كما لو ظهر

(١) المتور في القواعد (٩٣/١)، إعلام الموقعين (٦٥/١).

(٢) أشباه السيوطي (ص ٥٤).

(٣) المتور في القواعد (٩٣/١)، إعلام الموقعين (٦٥/١).

خطأ القاضي بفوات شرط، فإنه ينقض قضاؤه^(١).

الصورة الثالثة: وينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً.

قال الحافظ العراقي: أو خالف القواعد الكلية، وقال الحنفية: أو كان حكماً لا دليل عليه، وقال السبكي: ومتى خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً (مقطوعاً به لا يقبل الاحتمال) أو كان ظاهراً، أي: قابلاً للاحتمال.

وقال السبكي: وما خالف المذاهب الأربعة فهو مخالف للإجماع؛ لانضباط مذاهبهم وانتشارهم وكثرة أتباعهم.

وقال السيوطي: وكذلك ينقض الحكم لتبين خطئه، سواء كان الخطأ في نفس الحكم بكونه مخالفاً لنص أو إجماع كما سبق. أو كان الخطأ في السبب، كأن يحكم بينة مزورة، ثم تبين أو كان الخطأ في الطريق، كما إذا حكم بينة ثم بان فسقها.

ففي هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أنا تبينا بطلانه، فلو لم يتبين الخطأ، بل حصل مجرد التعارض، كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب الحكم عليها فلا تقل، أي لم يوجد رأي في هذه المسألة على حد قول السيوطي، والذي رجحه السيوطي أن الحكم السابق لا ينقض؛ لعدم تبين الخطأ^(٢).

هذا... ولعلك عرفت من خلال ما سبق، أن من شروط الاجتهاد: أن لا

يتعارض مع النص، سواء كان هذا النص من كتاب أو سنة، وكذلك أن لا يتعارض مع الإجماع أو القياس الجلي... إلخ.

(١) أشباه ابن نجيم (ص ١٠٦).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ٩٥).

وهذا مما يغنينا أن نخصص فصلاً مستقلاً لقاعدة: (لا اجتهاد مع نص، أو لا اجتهاد في مورد النص)^(١).

٢- القاعدة الثانية: (التابع تابع):

أولاً: شرح القاعدة:

التابع لشيء في الوجود تابع له في الحكم؛ لأن التابع لا يختص بوجوده مستقلاً، كالجلد من الحيوان، والجنين، والفص للخاتم.

فلو أقر بخاتم، دخل فسه، والمفتاح تابع للقفل.

وإلى هذا أشار الحموي في قوله: "التابع تابع، أي غير منفك عن متبوعه"^(٢).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: الجنين يدخل في بيع الأم تبعاً، وذكاتها دكاته. إذا بذ خرح حياً، فإنه يذكي؛ لأنه لم يعد تابعاً لأمه.

الفرع الثاني: الزوائد التي تحصل في المبيع بعد البيع وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري.

(١) فلو حكم الحاكم بعدم صحة رجعة الرجعية بدون رضاها، فلا يعتد بدلت نقضاء؛ لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وكذلك لو قضى بخير المضقة ثلاثاً بمجرد عقد الزواج الثاني، فلا ينفذ؛ لقوله ﷺ: "حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلت". ولذلك لما حكم أحد قضاة الأندلس على أحد الأمراء بأن يكفر كفارة الطهار صوم شهرين متتابعين مع أنه قادر على عتق رقبة، وعلل ذلك بأن عتق الرقبة ليس فيه زجر له وردد؛ لكثرة الرقاب التي يمكنها. لما حكم بذلك تصدى له العماء وأبطلوا حكمه؛ لأنه اجتهاد مخالف للنص الذي منع لصيام إلا بعد أعتق عن عتق الرقبة في كفارة الطهار، وذلك في سورة المجادلة، وعدد من الأحاديث الصحيحة.

(٢) غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١/١٥٤) لياقوت الحموي، دار لطباعة العمرة بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

الفرع الثالث: زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب، تابعة للمغصوب بالوجود، فتكون ملكاً للمغصوب منه.

الفرع الرابع: لو رهن رجل عند شخص ناقة ونتاجها عند المرتهن، فالنتاج يكون رهناً أيضاً تبعاً لأمه، ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فكّ الرهن^(١).

الفرع الخامس: إذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها أُلقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب دية الأم، ولا عُرة في اجنين؛ فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم؛ لكونه تبعاً لها.

الفرع السادس: الطريق في السكة غير النافذة الموصلة إلى الطريق العام، يدخل في بيع الأرض تبعاً وإن لم يُنص عليه، بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل إلا إذا نُص عليه^(٢).

الفرع السابع: وقد تسري هذه القاعدة في باب النيات أيضاً، كما جاء في بدائع الصنائع: "والمعتبر في النية نية الأصل دون التابع، حتى يصير العبد مسافراً بنية مولاد، والزوجة بنية الزوج، وكل من لزمه طاعة غيره كالسلطان وأمير الجيش؛ لأن حكم التابع حكم الأصل"^(٣).

ثالثاً: القواعد المندرجة تحت قاعدة: (التابع تابع):

أ - قاعدة: (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصِرْ مقصوداً):

هذه القاعدة من القواعد الداخلة تحت قاعدة: التابع تابع، كما ذكر السيوطي وابن نجيم^(٤)، أو هي بمثابة تنمة للقاعدة المذكورة، كما ذكر الشيخ

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتحديد (ص ١٣٠).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ١٩٧) للشيخ أحمد الزرقاء.

(٣) بدائع الصنائع (٢٩٠/١) للكاساني.

(٤) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٥)، وابن نجيم (ص ١٢٠).

على الندوي^(١).

وهي تبين أن التابع الذي لا يستقل بنفسه ويسري عليه ما سرى على متبوعه من حكم، يكون من قبيل اجزاء، كالعضو أو كاجزاء الملاصق لأصه، ولا يصلح أن يكون محلاً في العقود، بل وجوده يستتبع وجود متبوعه؛ لأن ما لا يصح إيراد لعقد عليه منفرداً، لا يصح استثناءه من العقد.

ومن فروع هذه القاعدة، ما يلي:

الفرع الأول: الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً، ولا يفرد بالبيع والهبة.

وكذلك كل ما كان اتصاله حلقة، كاللبن في الضرع واللؤلؤ في تصدق والصوف على ظهر الغنم، والجلد على الحيوان، والنوى في اتمر. اللهم إلا إذا صار التابع مقصوداً، فإنه يفرد بالحكم، كما يجوز بيع المفتاح دون القفل، والحمائل دون السيف^(٢).

الفرع الثاني: لو أحيا شيئاً له حریم، مَلَكَ الحریم على الأصح؛ تبعاً كما

يملك عرصة الدار بيناء الدار، فلو باع الحریم دون الملك لا يصح.

الفرع الثالث: الدود المتولد في الطعام، إذا أكله، جاز تبعاً في الأصح.

الفرع الرابع: زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض، تكون

تبعاً للمبيع، ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت، لكن لو أتلها البائع، سقطت حصتها من الثمن^(٣).

(١) القواعد الفقهية (ص ٤٠٢) للشيخ علي الندوي.

(٢) المراجع السابقة نفس الصفحات.

(٣) المراجع السابقة.

ومن مستثيات قاعدة: (التابع لا يفرد بالحكم)، ما يلي:

الفرع الأول: الجنين يورث، فتكون غرثته بين ورثته.

الفرع الثاني: يصح الإيصاء بالجنين والإيصاء له إذا ولد لأقل من أقل مدة الحمل وقت الوصية^(١)، ويصح الإقرار له بالشرط المذكور إذا بين سبباً صالحاً لملك الحمل للمقر به، كإرث أو وصية، ويصح الإقرار به بدون أمه أيضاً بالشرط نفسه، وإن لم يبين المقر سبباً صالحاً.

والفرق بين الإقرار له والإقرار به، حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سبباً صالحاً دون الثاني، أن المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق، بخلافه في الأول، فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق، وإذا بين سبباً صالحاً يصح.

الفرع الثالث: لو أبطل المدين الأجل، صحَّ ويجل الدين، مع أن الأجل صفة له، والصفة تابعة للموصوف، وهذا عند الأحناف بخلاف الشافعية^(٢).

ب - قاعدة: (التابع يسقط بسقوط المتبوع):

فهذه القاعدة متفرعة من قاعدة: التابع تابع، وقد وردت في كتب القواعد الفقهية بصيغة أخرى، وهي: "إذا سقط الأصل سقط الفرع"^(٣)، وعبر عنها النووي بقوله: "إذا سقط الأصل مع إمكانه، فالتابع أولى"^(٤).

(١) أقل مدة الحمل للإبل والحيل والحمير سنة، وللفيل أحد عشر شهراً، وللبقر تسعة أشهر، وللأدمي ستة أشهر، وللشاة خمسة أشهر، وقيل أربعة، وللسنور شهران، وللكلب أربعون يوماً، وللطيور واحد وعشرون يوماً. شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقاء (ص ٢٠٢).

(٢) السيوطي (ص ١٠٥)، وابن نجيم (ص ١٢٠).

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٠)، والشيخ الزرقاء (ص ٢٠٥).

(٤) المجموع شرح المهذب (٤٣٤/١) مطبعة الإمام بالقاهرة بدون تاريخ.

وقال السيوطي: (يقرب من ذلك قولهم: الفرع يسقط إذا سقط الأصل)^(١).
والذي يفهم من هذه القاعدة، أنه يسقط التابع بسقوط المتبوع في الحكم؛
لأن التابع في الوجود يأخذ حكم المتبوع، فإذا سقط حكم المتبوع كان سقوط
حكم التابع من باب أولى.
ولا عكس: أي إذا سقط الفرع أو سقط التابع، فليس من اللازم أن
يسقط الأصل أو المتبوع.
وهذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات؛ لأنه إذا انهدم الأساس،
انهدم معه ما بُني عليه.
ومن فروع هذه القاعدة، ما يلي:

الفرع الأول: من فاتته صلاة في أيام الجنون، لا يستحب قضاء السنن
الرواتب، بناءً على القول بسقوط الفرائض عنه؛ لأن الفرض أصل، والسنن تابع،
وإذا سقط الأصل سقط التابع أو الفرع.

الفرع الثاني: إذا أبرأ المضمون عنه المدين، برأ الضامن؛ لأن الضامن فرعه،
فإذا سقط الأصل فكذا الفرع، بخلاف عكسه^(٢).

الفرع الثالث: من فاتته الحج، فتحلل بأفعال العمرة، لا يأتي بالرمي
والمبيت؛ لأنهما تابعان للوقوف، وقد سقط.

الفرع الرابع: لو مات الفارس، سقط سهم الفرس تبعاً، لا العكس.
الفرع الخامس: إذا ادعى الزوج الخلع، وأنكرت، ثبتت البيئونة. وإن لم

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٦).

(٢) شرح المحلة للأتاسي (١/١١٥)، والسيوطي (ص ١٠٦).

يثبت المال الذي هو الأصل^(١).

ومن مستثبات قاعدة: (التابع يسقط بسقوط المتبوع)، ما يلي:

الفرع الأول: إذا أقر الكفيل بدين مكفوله، وأنكره المدين، وعجز الدائن عن الإثبات، وحلف المدين الأصيل اليمين، يسقط الأصل ويبقى الفرع؛ لأن اليمين حجة قاصرة، فلا يسري على غير الخالف^(٢).

الفرع الثاني: من له حق في ديوان الخراج كالمقاتلة والعلماء وطلبتهم والمفتين والفقهاء، يفرض لأولادهم تبعاً، ولا يسقط بموت الأصل؛ ترغيباً في الأعمال الصالحة.

الفرع الثالث: الأخرس يلزمه تحريك لسانه في تكبيرة الافتتاح والتلبية؛ بناءً على القول به، مع أن المتبوع قد سقط وهو التلفظ.

الفرع الرابع: إجراء الموسى على رأس الأقرع في الحج والعمرة، فإنه واجب على الأصح، مع أن الأصل قد سقط وهو الخلق^(٣).

ج - قاعدة: (التابع لا يتقدم على المتبوع):

وهذه القاعدة ذكرها السيوطي وابن نجيم^(٤) وهي قاعدة لا تجري إلا في أبواب معينة من أبواب الفقه، ولكنها تجري مجرى المثل؛ لما فيها من الحكمة. فالعقل يرتضي أن يكون التابع للشيء متأخراً عنه، ولا يرتضي أن يكون متقدماً عليه في الغالب.

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٦).

(٢) شرح المجلة للمحاسني (١/٧٤).

(٣) الأشباه لابن نجيم (ص ١٢١).

(٤) السيوطي (ص ١٠٧)، وابن نجيم (ص ١٢١).

ومن فروع هذه القاعدة، ما يلي:

الفرع الأول: المأموم لا يتقدم على الإمام في أفعال الصلاة كتكبيرة الإحرام والركوع والسجود والسلام والوقوف^(١).

الفرع الثاني: لو باع بشرط الرهن، فتقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح.

الفرع الثالث: لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال، ولو لا هو لم تصح قدوته، لم يصح أن يحرم قبله؛ لأنه تابع له كما أنه تابع لإمامه.

الفرع الرابع: لو حضر الجمعة من لا تتعقد به كالمسافر والمرأة، لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الجمعة؛ لأنهم تبع لهم^(٢).

د - قاعدة: (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها):

فهذه القاعدة متفرعة أيضاً من قاعدة: التابع تابع. ومعناها: أنه يُتسامح في التابع ما دام تابعاً ما لا يُتسامح فيه إذا صار متبوعاً، أي مقصوراً.

وقريب من هذه القاعدة ما ذكره السيوطي وابن نجيم: "يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً"^(٣)، أو كما قال السيوطي: "يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل"، وقد يقال: "أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها"^(٤).

وإلى هذه القاعدة أشار ابن القيم بقوله: "يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل"^(٥). وهذه القاعدة قريبة من قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"^(٦).

(١) السيوطي (ص ١٠٧)، وابن نجيم (ص ١٢١).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٧).

(٣) المرجعان السابقان نفس الصفحة.

(٤) السيوطي (ص ١٠٧).

(٥) بدائع الفوائد (٤/٢٧) لابن قيم الجوزية، طبعة دار الكتاب العربي بيروت، بدون تاريخ.

(٦) راجع الأشباه لابن نجيم (ص ١٢٢) أسفل الصفحة.

ومن فروع هذه القاعدة، ما يلي:

الفرع الأول: لا يثبت شؤال إلا بشهادة اثنين قطعاً، ولو صاموا بشهادة

واحد ثلاثين يوماً، ولم يروا الهلال، أفطروا في الأصح؛ لحصوله ضمناً وتبعاً.

الفرع الثاني: لا يثبت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة على

الفراش، ثبت النسب تبعاً.

الفرع الثالث: لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا إذا شرط القطع. فإن بيع

مع الأرض، جاز تبعاً.

الفرع الرابع: الوقف على نفسه لا يصح. ولو وقف على الفقراء، ثم صار

منهم استحق في الأصح تبعاً^(١).

الفرع الخامس: الشفعة لا تثبت في الأبنية والأشجار بطريق الأصالة،

وتثبت تبعاً للأرض إذا بيعت معها.

الفرع السادس: يجوز وقف المنقول غير المتعامل وقفه؛ تبعاً للعقار

الموقوف، ويكون المنقول موقوفاً أيضاً كوقف حق الشرب تبعاً للأرض، ووقف

الماء تبعاً للقناة، ولا يجوز وقف ذلك مستقلاً^(٢).

ومن مستثنيات هذه القاعدة، ما يلي:

يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداءً، ولو كان عدلاً ابتداءً، ففسق، انعزل عند

بعض العلماء، وعليه الفتوى.

قال ابن نجيم: "فهذه المسألة، اغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء، عكس

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٨).

(٢) شرح المجلة للمحاسني (١/٧٨).

القاعدة المشهورة^(١).

٣- القاعدة الثالثة: (بَدَل سبب الملك كتبدل الذات):

أولاً: شرح القاعدة ودليها:

فتبدل سبب الملك، أي: علته، قائم مقام تبدل الذات، وعامل عمله. والأصل في ذلك، ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريرة للنبي ﷺ، فقيل له: إنه تُصدَّقَ به عليها، فقال: "هو عليها صدقة ولنا هدية"^(٢). فأقام ﷺ تبدل سبب الملك من التصدق إلى الإهداء، فيما هو محظور عليه وهو الصدقة، مقام تبدل العين.

ثانياً: فروع القاعدة:

الفروع الأول: لو اشترى من آخر عيّن، ثم باعها لغيره، ثم اشتراها من ذلك الغير، ثم اطلع على عيب قلم فيها كان عند البائع الأول، فليس له أن يردّها عليه؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه.

بخلاف ما لو اشترى من رجل داراً وقبضها، ثم باعها لغيره، ثم اشتراها منه ثانياً، ثم استحقت الدار من يد المشتري، فله أن يرجع على البائع الأول بالثمن.

الفروع الثاني: لو وهب لغيره العين الموهوبة له، ثم عادت إليه بسبب جديد، بأن بيعت له، أو تصدق عليه بها، فأراد الواهب أن يرجع بهبته، لا يملك ذلك.

الفروع الثالث: لو باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقابل البائع مع المشتري البيع، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة، حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة؛ لأنها بيع جديد في حق

(١) الأشباه لابن نجيم (ص ١٢٢).

(٢) سنن ابن ماجة (٢/٥٣٠، ٥٣١)، كتاب اطلاق، باب خيار الأمة إذا أعتقت الحديث رقم: (٢٠٧٦)،

طبعة دار المعرفة، بيروت، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيجا - مسند أحمد (١/٢٨١).

ثالث، والشفيع هنا ثالثها^(١).

٤- القاعدة الرابعة: (التصرف على الرعية منوطاً بالمصلحة):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها:

هذه القاعدة يوجد أصلها في كلام الإمام الشافعي -رحمه الله- بأن منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم^(٢)، ثم اشتهر هذا القول عند الكثيرين من الفقهاء باعتباره قاعدة تحت عنوان: "تصرف الإمام على الرعية منوطاً بالمصلحة"^(٣).

والمراد: أن كل من ولي أمراً من أمور العامة، عاماً كان كالسلطان الأعظم، أو خاصاً كمن دونه من العمال، فإن نفاذ تصرفات كل منهم على العامة معلقٌ ومرتبٌ على وجود المنفعة في ضمنها؛ لأنه مأمور من قبل الشارع أن يحوطهم بالنصح، ومتوعداً من قبله على ترك ذلك بأعظم وعيد.

وهذه القاعدة مهمة جداً، وذاتُ مساسٍ بالسياسة الشرعية وتنظيم الدولة الإسلامية، فهي تضع حداً ووازعاً للحاكم في كافة تصرفاته، ولكل من يتولى أمراً من أمور المسلمين.

والأدلة على ثبوت هذه القاعدة من الكتاب والسنة والآثار.

فمن الكتاب، أدلة كثيرة، منها:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الإسراء: ٣٤].

(١) شرح القواعد الفقهية (ص ٣٩٩، ٤٠٠) للشيخ أحمد الزرقاء.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي (١/٣٠٩).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٨).

ومن السنة، أدلة كثيرة أيضاً، منها:

ما ورد عن عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله ومسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته"^(١).

وقوله ﷺ: "ما من عبد يسترعيه الله ﷻ رعية يموت وهو غاشٌّ رعيته إلا حرم الله عليه الجنة"^(٢).

وما ورد أن عائذ بن عمرو من أصحاب رسول الله ﷺ دخل على عبيدالله بن زياد فقال: أي بُنيَّ: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "اللهم مَنْ ولي من أمر أمتي شيئاً، فشق عليهم، فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئاً، فرقق بهم، فارقق به"^(٣).

فهذه الأحاديث تدل على وجوب حرص الوالي على رعيته، والاجتهاد في مصالحهم والنصيحة لهم في دينهم ودنياهم، وإلا كان غاشّاً لهم وتحرم عليه الجنة. ومن الآثار: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه عن البراء بن عازب، قال: قال عمر رضي الله عنه: "إني أنزلت نفسي من مال الله منزلة والي اليتيم، إذا احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغيت استعفت"^(٤).

وكانه يستشهد بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا

(١) صحيح البخاري (٣٠٤/١) كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن.

(٢) صحيح البخاري، باب من استرعي رعية فلم ينصح.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي (٢١٢/١٢، ٢١٣)، باب فضيلة الأمير العادل وعقوبة الخائر، والحث على الرفق.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٠٨، ١٠٩).

وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ [النساء: ٦].
ثانياً: فروع القاعدة،

وهي فروع كثيرة لا تحصى، ومنها:

١- ما ذكره الماوردي: أنه لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً للصلاة فاسقاً، حتى وإن صححنا الصلاة خلفه؛ لأننا مكروهة؛ لأن ولي الأمر مأمورٌ برعاية المصلحة، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه^(١).

والدليل على ذلك: ما أخرجه ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يُؤْمَنُ فاجر مؤمناً، إلا أن يقهره بسلطانه أو يخاف سوطه وسيفه"^(٢).

٢- إذا لم يوجد وليٌّ للقتل، فالسلطان وليه، لكن ليس له العفو عن القصاص مَحَانًا؛ لأنه خلاف المصلحة، بل إن رأى المصلحة في القصاص اقتصر، أو في الدية أخذها^(٣).

٣- القاضي إذا زوّج الصغيرة من غير كفاء لم يجز؛ لأنه لم ينظر في مصلحتها^(٤).

٤- القاضي لا يميز وصية من لا وارث له بأكثر من ثلث المال؛ حفاظاً على حقوق بيت المال^(٥).

٥- إذا تخير في الأسرى بين القتل والرق والمنّ والفداء، لم يكن له ذلك بالتشهي، بل بالمصلحة، فإذا لم يظهر وجه المصلحة حبسهم إلى أن يظهر^(٦).

٦- إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب جاز، وبغير سبب لا يجوز^(٧).

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٠٩).

(٢) سنن ابن ماجه (١/٣٤٣)، كتاب إقامة الصلاة، باب فرض الجمعة.

(٣) أشباه السيوطي (ص ١٠٩).

(٤) الأشباه لابن نجيم (ص ١٤١).

(٥) السيوطي (ص ١٠٩).

(٦) المرجع السابق (ص ١٠٩).

(٧) المرجع السابق (ص ١٠٩).

٧- لا يجوز للوالي أن يجابي أحداً دون أحد لجاه أو سلطان أو رغبة أو طمع، ولا يجوز له أن يأخذ درهماً من أموال الناس إلا بحق، ولا يضعه إلا في يد مستحق^(١).

ثالثاً: ما استثني من القاعدة:

الأب أو الجد إذا لم يكن سكراناً، ولم يكن معروفاً بسوء الاختيار، ينفذ تصرفه للصغير والصغيرة من غير كفاء وبغبن فاحش. وهذا للأب أو الجد خاصة دون بقية الأولياء؛ لأن الأب أو الجد غير متهم في تصرفه. وإذا تنازل عن شرط من شروط الكفاءة، فإنما يكون ذلك لاعتبارات يراها تُحقق المصلحة^(٢).

٥- القاعدة الخامسة: (الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان):

أولاً: شرح القاعدة وأمثلتها:

المراد أن البينة الشخصية العادلة حجة كالشيء الثابت بالمشاهدة.

فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته، فكذلك ما ثبت بالبينة المُرَكَّاة لا تجوز مخالفته؛ لأن البينة مبينة.

فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلاً، يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة.

وكذلك إذا ثبت الدين المدعى أو البيع أو الكفالة أو الغصب أو الملك مثلاً بالبينة، فإنه يحكم به بمنزلة ما إذا شوهده بالحس.

لكن: يفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد، وهو أن ما كان قائماً مشاهدًا، لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه ولا على الإقرار.

فلو ادعى على آخر أنه قتل مورثه، وهو حيٌّ، أو أنه قطع يده، وهي قائمة. بخلاف ما كان أمراً منقضيًا وثبت بالبينة، فإنه تسمع دعوى ما يخالفه.

كما إذا ادعى عليه دينًا مثلاً، فأثبت بالبينة، فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شيء له عليه، تسمع، أي تسمع دعواه إذا أثبتتها بأدلة من أدلة طرق الإثبات.

(١) الخراج لأبي يوسف (ص ٦٥)، طبعة دار المعرفة بيروت، بدون تاريخ.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٢٨٤) المقاصد الشرعية (ص ٢٥٨).

ثانياً: المستثنى من القاعدة:

ويستثنى من القاعدة المذكورة، ما لو أنكر المدعى عليه المال، وحلف بالطلاق على ذلك، فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراره له، لم يحنث المدعى عليه. ووجه ذلك: أنه بالشهادة على الإقرار لم يتحقق قيام الدين حين الحلف^(١).

٦- القاعدة السادسة: (الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود):

أولاً: شرح القاعدة:

الساقط من الحقوق القابلة للسقوط، لا يعود بعد سقوطه؛ قياساً على المعدوم، فكما أن المعدوم لا يعود، فالساقط بعد سقوطه لا يعود؛ لأنه أصبح معدوماً. والحقوق ثلاثة: حق لله، وحق للعبد، وحق مشترك بين العبد وربّه. أمّا حق الله تعالى، فلا يجوز لأحد إسقاطه، وإنما يستقط بعفو الله عنه؛ تيسيراً على الخلق ودفعاً للضرر عنهم.

وقد عرفه التفتازاني بأنه: "ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى؛ لعظم خطره وشمول نفعه".

وعرفه ابن القيم بقوله: "ما لا يدخل الصلح فيه، كالحدود والزكوات والكفارات وغيرها"^(٢).

وأما حق العبد، فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له، كحرمة ماله. وعرفها ابن القيم بقوله: "هي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها"^(٣).

وأما الحق الذي بين العبد وربّه، فهو ما يتعلق به نفع عام ونفع خاص.

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٠٣).

(٢) إعلام الموقعين (١/١٠٨) لابن قيم الجوزية، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

(٣) المرجع السابق (١/١٠٨). الموسوعة الفقهية الكويتية (٨/١٨) طبعة وزارة الأوقاف بالكويت بدون تاريخ.

وهذا ما اختلف فيه العلماء، فمنهم من يغلب حق الله على حق العبد، ومنهم من يغلب حق العبد على حق الله. فمن غلب حق الله على حق العبد لم يُجز الإسقاط، ومن غلب حق العبد على حق الله أجاز الإسقاط.

فالقذف مثلاً، يتنازعه حقان: حق الله وحق المقدوف. فَمَنْ غَلَبَ حَقَّ اللَّهِ، لم يُجْزَ للمقدوف العفو عن قاذفه، ومن غلب حق العبد أجازته^(١).

ومن أسقط حَقَّهُ لا يجوز له أن يعود بالمطالبة بحقه الذي أسقطه، كمن أسقط الدين أو حق الشفعة^(٢).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: إضافة إلى الفرعين السابقين - وهما مَنْ أسقط حقه من

الدين أو الشفعة لا يجوز له المطالبة بهما؛ لأن الساقط لا يعود - إليك ما يلي:

الفرع الثاني: الورثة لو أجازوا الزائد على الثلث من وصية مورثهم، سقط

حقهم المتعلق بالزائد، فلا يصح رجوعهم عن الإجازة؛ لأن الساقط لا يعود^(٣).

الفرع الثالث: إذا رَدَّ القاضي شهادة الشاهد لفسق أو تممة، فليس له أن

يقبلها ويحكم بما في تلك الحادثة^(٤).

الفرع الرابع: كل خيار إذا سقط بمسقطه الشرعي، سواء كان في بيع أو

نكاح أو غيرهما، لا يعود بعد السقوط^(٥).

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ٢٨٥، ٢٨٦).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٥/١). الأتاسي شرح المجلة (١١٩/١).

(٣) المرجع السابق (١١٩/١).

(٤) شرح المجلة للمحاسني (١٧٥/١).

(٥) الأتاسي: شرح المجلة (١١٩/١).

الفرع الخامس: لا تعود النجاسة بعد الحكم بزوالها. فلو دبغ الجلد بالتشميس، ثم أصابه ماء لا تعود النجاسة في الأصح^(١).

الفرع السادس: لو كان الثمن غير موجبل، وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن^(٢).

٧- القاعدة السابعة: (لا يتم التبرع إلا بالقبض):

أولاً: شرح القاعدة وفروعها:

وذلك لما روي عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل -رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض.

ولأن عقد التبرع لو تمّ بدون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم، فيصير عقد ضمان، وهو مخالف للمشروع^(٣).

ولا فرق في اشتراط القبض لتتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهديّة والصدقة، وبين ما كان تبرعاً ابتداءً ومعاوضةً انتهاءً كالهبة بشرط العوض والقرض والرهن. فإن القبض شرط لتتمام جميعهما.

ثانياً: شروط القبض:

ويشترط لصحة القبض ما يلي:

أ - أن يكون بإذن المالك صراحةً، كقوله: أقبضه، أو دلالةً كأن يقبض العين في المجلس ولا ينهأه.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٦٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٢٠٨).

(٣) هذه القاعدة من القواعد المختلف فيها، ومن أراد الاطلاع فليراجع أحكام الهبة والصدقات في الكف الفقهية، هل تلزم بالعقد أو بالقبض؟

ب - أن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره، فلا تصح هبة الدابة وعليها حمل أو الدار وفيها متاع للواهب.

ج - أن لا يكون المقبوض متصلاً بغيره اتصال الأجزاء. فلو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وسلمها جميعاً، لم يَجُزْ القبض؛ لأنه حينئذٍ في معنى المشاع.

د - أن يكون المقبوض مَحَلًّا للقبض، فلم وهب ما في بطن غنمه أو ضرعها، أو سمناً في اللبن، أو زيتاً في زيتون لم يُجِزْ القبض.

هـ - أن يكون القابض أهلاً للقبض. فلا يجوز قبض المجنون والصغير الذي لا يعقل، أو يكون هناك ولاية لمن يقبض عن غيره كأب الصغير أو جده أو وصيه^(١).

ثالثاً: كيفية القبض:

القبض قد يكون بالاستيلاء على الشيء فعلاً وحقيقةً، وهو ظاهر، وقد يكون بدون ذلك، كالتخلية بأن يقول له: خَلَيْتُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ، أو حذوه، أو نحو ذلك مما يفيد الإذن طالما توفرت شروط القبض السابقة، ولم يكن المأذون بقبضه بعيداً، أي يقدر على قبضه بلا كلفة.

رابعاً: المستثنى من القاعدة:

ويستثنى من القاعدة المذكورة: الوصية، فإنها تبرع وتتم بدون قبض^(٢).

٨- القاعدة الثامنة: (لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ):

شرح القاعدة وفروعها:

هذه القاعدة أصلها حديثٌ نبويٌّ ورد في إحياء الموات، ونصّه: "من أحيا

(١) المرجع السابق (ص ٢٣٧، ٢٣٨).

(٢) المرجع السابق (ص ٢٤٤).

أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق" (١).

وهذه القاعدة أساس يبنى عليه تحقيق العدالة ودحر العدوان أيًا كان نوعه، وفي أي مكان كان، وفي أي زمان وقع. فالعدوان لا يُكسب المعتدي حقًا. فمن غصب أرضًا مثلاً، فزرع فيها زرعاً، أو غرس غرساً، أو حفر بئراً، أو بنى داراً، لا يستحق تملكها بالقيمة أو البقاء فيها بأجر المثل.

ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.

والعرق قد يكون ظاهراً، وقد يكون باطناً. فالباطن: ما احتفزه الرجل من الآبار واستخرجه من المعادن. والظاهر: ما بناه أو غرسه (٢).

القاعدة التاسعة: (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل):

شرح القاعدة وفروعها:

هذه القاعدة لها ارتباط وثيق بقاعدة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى

الآمر ما لم يكن مجزئاً) والتي سبق بيانها.

ومعنى هذه القاعدة: أنه إذا أمر أحدٌ غيره أن يتصرف في ملك ثالث، فهذا

الأمر لا يعتدُّ به ولا يترتب عليه أثر بالنسبة للآمر، طالما أن المأمور عاقلٌ بالغ،

(١) أكثر الروايات بتوين (عرق) و(ظالم) نعت له. والعرق الظالم: أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحيها رجل قبله، ويغرس فيها غرساً غصباً، أو يزرع أو يحدث فيها شيئاً ليستوجب به الأرض. انظر: نص الحديث في: صحيح البخاري (٨٢٣/٢)، كتاب الحرث، باب من أحيأ أرضاً مواتاً، طبعة دار القلم، بيروت، بدون تاريخ. وشرح الحديث في كتاب: الخراج (ص ٨٤) ليحيى بن آدم القرشي تحقيق أحمد محمد شاكر، طبعة دار المعرفة بيروت، بدون.

(٢) انظر: نيل الأوطار (١٥/٦)، باب إحياء الموات، طبعة إدارة البحوث العلمية بالسعودية - المدخل الفقهي العام (١٠٨٢/٢) للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء مطبعة جامعة دمشق، الطبعة السابعة ١٣٨٣هـ - ١٩٨٣م.

ولم يكن الأمرُ مُجْبِرًا للمأمور، وعلم المأمور أن ما يتصرف فيه ليس ملكًا للأمر وإنما هو ملكٌ لغيره.

والذي يتحمل تبعات هذا التصرف حينئذٍ إنما هو المأمور؛ (فالفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن الأمرُ مُجْبِرًا؛ لأن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأمر سبب، والأصل الإضافة إلى العلة المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة، ولأن أمرَ الأمر إذ كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة، وهي غير ملزمة للمأمور، ولا تصلح مستندًا له لتبرير عمله.

ولا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائمًا حين الأمر، بل يكفي أن يكون قائمًا حين التصرف.

قلو أودع رجلاً ماله وقال: إن متُّ فادفعه لابني، فمات، فدفعه يجب عليه أن يعطيَ الحقوق لأصحابها، ولا ينفذ أمرَ الميت، وكذا لو دفع المال إلى غير وارث أصلاً، حتى لو أمره قبل موته بذلك.

ولو أخطر أنه وصي الميت، فلم يضع يده على التركة، ولكن أمر المخير أن يعمل بما بطريق المضاربة، ففعل وضاع المال، ثم لم تثبت وصايته، فالذي عمل بالمال ضامن؛ لعدم صحة أمر الأمر وعدم نفاذه في ملك الغير، ولا يضمن الأمر؛ لأنه لم يضع يده على المال^(١).

١٠ - القاعدة العاشرة: (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه):

أولاً: شرح القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه، يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه، سواء كان على سبيل المنحة

(١) شرح القواعد العقبية (٣٩١) للشيخ أحمد الزرقاء.

كالهبة والهدية والصدقة، أم على سبيل المقابلة، فلا يجوز أن يتبرع به لجهة من الجهات الخيرية، ولا أن يضعه في المرافق العامة ولا يبيعه ولا يرهنه ولا يوجره.

فإعطاء المحرم للغير يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم والإعانة والتشجيع عليه، فيكون المعطي شريك الفاعل، ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام، لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه ^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

وهذه القاعدة أقرب ما تكون من قاعدة: (ما حرم فعله حرم طلبه) إلا في مسألتين:

الأولى: لو ادعى دعوى صادقة، فأنكر الغريم، فله تحليفه.

الثانية: الجزية يجوز طلبها من الذمي، مع أنه يحرم عليه إعطاؤها؛ لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام، فأعطاؤه إياها إنما هو لاستمراره على الكفر، وهو حرام ^(٢).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: كما يحرم أخذ الربا، يحرم إعطاؤه ^(٣).

الفرع الثاني: الرشوة، ولا تملك بالقبض، ويجب ردُّها ولو كانت بغير طلب المرتشي.

الفرع الثالث: حلوان الكاهن، ومهر البغي، وأجرة المغني، والزمار، والنائحة، والواشمة، والمتوسطة لعقد النكاح، والمصلح بين المتخاصمين ^(٤).

(١) الشيخ أحمد الزرقاء (ص ١٦١).

(٢) الأشباه للسيوطي (١٣٥)، وابن نجيم (ص ١٥٨).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

ثالثاً: المستثنيات من هذه القاعدة:

الفرع الأول: الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه. يجوز دفعها ويحرم على الحاكم أخذها، ويجب عليه ردّها.

الفرع الثاني: ما يدفعه الإنسان للشاعر ونحوه للتخلص من هجوه فيجوز الدفع، ويحرم على الشاعر الأخذ، ويجب عليه الرد.

الفرع الثالث: لو خاف الوصي أن يُستولى على المال، فله أن يؤدي شيئاً ليخلصه.

الفرع الرابع: دفع المال لفكّ الأسير يجوز، ويجب على الآخذ ردّه؛ لأنه يحرم عليه أخذه.

الفرع الخامس: وذكره الشيخ أحمد الزرقاء قائلاً: وما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجاً، فله الدفع، ويحرم على الآخذ، ويجب عليه الرد^(١).

القاعدة الحادية عشرة: (ما لا يتم الواجب إلاّ به، فهو واجب):

أولاً: شرح القاعدة:

هذه القاعدة تُعدّ من القواعد الأصولية والفقهية معاً، وعبروا عنها بتعبيرات مختلفة.

ومن هذه التعبيرات ما ذكره ابن تيمية - رحمه الله: 'الأمر بالشيء أمر بلوازمه'^(٢).

وقال الشيخ ابن سعدي: "الوسائل لها أحكام المقاصد، فما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب، وما لا يتم المسنون إلاّ به فهو مسنون، وطرق الحرام

(١) المراجع السابقة، والمقاصد الشرعية (ص ٢٩٩-٣٠٩).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٥٣/١٠) لفتي الدين أحمد بن تيمية الحراني، طبعة مكتبة العبيكان بالرياض بالسعودية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

والمكروهات تابعة لها، ووسيلة المباح مباحة، ويتفرع عليها: أن توابع الأعمال ومكملاتها تابعة لها^(١).

وهي من القواعد المختلف فيها عند علماء الأصول، لكن ما عليه العمل أن: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب سواء كان سبباً أم شرطاً، وسواء كان السبب شرعياً أم عقلياً أم عادياً، وكذلك الشرط. وهذا ما ذهب إليه الإمام الرازي والآمدي وأكثر الشافعية والحنابلة، وذلك بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون الإيجاب مطلقاً، غير مقيد بحالة حصول المتوقف عليه.

الشرط الثاني: أن يكون ذلك المتوقف عليه مقدوراً للمكلف^(٢).

والسبب الشرعي: كالصيغة بالنسبة إلى العتق الواجب. والسبب العقلي، كالنظر المحصل للعلم الواجب. والسبب العادي، كحز الرقبة في القتل إذا كان القتل واجباً.

والشرط الشرعي: كالوضوء بالنسبة للصلاة، والشرط العقلي، كترك أضداد المأمور به. والشرط العادي كغسل جزء من الرأس في الوضوء للعلم بحصول غسل الوجه^(٣).

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص ١٠، ١١) لابن سعدي المتوفى سنة ١٣٧٦هـ، طبعة مكتبة المعارف الرياض سنة ١٤٠٦هـ.

(٢) راجع: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول (ص ٧٩) لجمال الدين عبدالرحيم الإسوي، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، الفائق في أصول الفقه (٣٨٥/١) لمحمد بن عبدالرحيم الرموي تحقيق الدكتور علي بن عبدالعزيز العميريني، طبعة سنة ١٤١١هـ بدون ذكر المطبعة، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة (ص ٣٠٢) لمحمد بن حسين بن حسن الجيزاني، طبعة دار ابن الجوزي الرياض، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول (ص ٣٣) لابن التلمساني.

(٣) التمهيد للإسوي (ص ٧٩، ٨٠) - الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠٢هـ.

ثانياً: فروع القاعدة: وهي كثيرة جداً، ومنها إضافة إلى ما ذكر في الشرح، ما يلي:

الفرع الأول: إذا لم يمكنه إظهار دينه إلا بالهجرة من بلده، وجبت عليه الهجرة؛ لأن القيام بواجب الدين واجب على من قدر عليه، والهجرة من ضرورة الواجب وتتمته. وما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب^(١).

الفرع الثاني: إذا اختلط الماء الطاهر بالمتنجس، وجب تركهما طالما لم يعرف الطاهر منهما؛ لأن ترك المتنجس واجب، وهذا لا يتأتى إلا بترك الطاهر معه^(٢).

الفرع الثالث: إذا اشتبهت زوجته بأجنبية، فيجب عليه الكف عن الجميع.

الفرع الرابع: إذا اشتبهت محرّم بأجنبيات محصورات، فليس له أن يتزوج واحدة منهن.

الفرع الخامس: يجب ستر جزء زائد عن العورة لتحقيق ستر العورة.

الفرع السادس: إذا نسى صلاة من الخمس، ولم يعلم عينها، لزمه الخمس.

الفرع السابع: إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، فيجب غسل الجميع وتكفينهم والصلاة عليهم^(٣).

الفرع الثامن: إذا غصب لوحاً وأدخله في سفينة له، واشتبه اللوح بغيره من سفنه، فإنه ينزع ألواح الجميع^(٤).

(١) المغني (١٥١/١٣) لابن قدامة، طبعة هجر، إمبابة، القاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.

(٢) الفائق في أصول الفقه (١/٣٩٠).

(٣) وهذا مستثنى من قاعدة: إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع. قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٦/٢).

(٤) التمهيد للإسنوي (ص ٨١، ٨٢، ٨٣).

١٢- القاعدة الثانية عشرة: (الميسور لا يسقط بالمعسور):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها:

هذه القاعدة، كما ذكر الجويني: "أنها من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة"^(١).

وعبر عنها صاحب الاعتناء بقوله: "المقدور عليه لا يسقط بالمعجوز عنه"^(٢). وذكرها عز الدين بن عبد السلام فقال: "إِنَّ مَنْ كَلَّفَ شَيْءً مِنَ الطَّاعَاتِ، فَقَدَرِ عَلَى بَعْضِهَا وَعَجَزَ عَنْ بَعْضِهَا، فَإِنَّهُ يَأْتِي بِمَا قَدَرَ عَلَيْهِ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ مَا يَعْجِزُ عَنْهُ"^(٣).

وهذه القاعدة تعني أن الشارع لو كلفنا بأمر، تيسر لنا فعل بعضه وتعسر علينا البعض الآخر، فلا يسقط الذي تيسر بما شق أو عسر، بل نأتي بالميسور، ثم يسقط المعسور.

والأدلة على هذه القاعدة مستمدة من الكتاب والسنة:

فمن الكتاب، كما ذكر عز الدين بن عبد السلام، قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]^(٤).

ومن السنة: قال السبكي: وهي من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"^(٥).

قال العلامة ابن حجر الهيتمي في شرح هذا الحديث: "وهذا من قواعد

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٤٢).

(٢) الاعتناء في الفرق والاستثناء (١٩/١) لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود، وعلى محمد معوض، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

(٣) قواعد الأحكام (٥/٢، ٦).

(٤) ولقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

(٥) سنن ابن ماجه في المقدمة. صحيح البخاري (٤/٢٥٨)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة.

الإسلام المهمة، مما أوتي به ﷺ من جوامع الكلم؛ لأنه يدخل فيه ما لا يحصى من الأحكام، وبه وبالآية الموافقة له، يُخص عموم قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧]. فإذا عجز عن ركن أو شرط، كنحو وضوء أو صلاة، أو قدر على غسل أو مسح بعض الأعضاء أو التيمم أو على ستر بعض العورة أو على بعض الفطرة أو بعض الفاتحة أو إزالة بعض المنكر، أتى بالممكن وصحت عبادته مع وجوب القضاء تارة وعدمه تارة أخرى^(١).

كما أن هذه القاعدة تستفاد من حديث النبي ﷺ: "صَلِّ قَائِمًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَقَاعِدًا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَعَلَى جَنْبٍ"^(٢).

وهذه القاعدة مبناها على التيسير والاعتدال ورفع المشقة عن العباد، مع الإتيان بما هو في المستطاع.

يقول الإمام ابن تيمية مشيراً إلى هذه القاعدة: "فإن أصول الشريعة تفرق في جميع مواردنا بين القادر والعاجز، ولمفرط والمعتدي، ومن ليس بمفرط ولا معتدٍ والتفريق بينهما أصل عظيم معتمد، وهو الوسط الذي عليه الأمة الوسط، وبه يظهر العدل بين القولين المتباينين"^(٣).

ثانياً: فروع القاعدة:

الفرع الأول: إذا كان مقطوع بعض الأطراف، يجب غسل الباقي جزءاً^(٤).

الفرع الثاني: القادر على ستر بعض العورة، يستتر به القادر الممكن جزءاً.

(١) فتح المبين شرح الأربعين النووية (ص ١٣٢) لابن حجر الهيتمي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ.

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري (٢/٥٨٧).

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢١/١٤١)، مطابع الرياض، الطبعة الأولى ١٣٨١ هـ.

(٤) بدائع الفوائد (٤/٣٠) لابن قسيم الجوزية.

- الفرع الثالث: القادر على بعض الفاتحة، يأتي به بلا خلاف.
- الفرع الرابع: إذا لم يمكنه رفع اليدين في الصلاة إلا بالزيادة على القدر المشروع أو أنقص، أتى بالممكن^(١).
- الفرع الخامس: لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام، لزمه بلا خلاف عند الشافعية.
- الفرع السادس: من بجسده جرح يمنع استيعاب الماء، فعليه غسل الجزء الصحيح مع التيمم عن الجريح.
- الفرع السابع: واحد بعض الصاع في الفطرة، يلزمه إخراجها في الأصح^(٢).
- ثالثاً: ما استثني من القاعدة^(٣):
- الفرع الأول: القادر على صوم بعض يوم دون كله، لا يلزمه إمساكه.
- الفرع الثاني: إذا أطلع على عيب، ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد، لا يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح.
- الفرع الثالث: واجد بعض الرقبة في الكفارة، لا يعتقها، بل ينتقل إلى البديل بلا خلاف.
- الفرع الرابع: إذا وجد الشفيع بعض الثمن، لا يأخذ قسطه المقابل للثمن، بل عليه أن يحضر جميع الثمن وإلا سقط حقه في الشفعة^(٤).

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٤٢).

(٢) الأشباه للسيوطي (ص ١٤٢).

(٣) المستثنيات من القاعدة المذكورة لا تنأى عند ابن رجب الحنبلي، فإنه صاغ القاعدة بصيغة الاستفهام، وأجاب بأنها على أربعة أنواع، وهذه المستثنيات تنوع على هذه الأنواع الأربعة. فمن أراد الاطلاع فليظنر إلى تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٤٣/١) مرجع سابق.

(٤) المغني لابن قدامة (٦٧/٥).

١٣ - القاعدة الثالثة عشرة: إعمال الكلام أولى من إهماله:

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها:

يرى الفقهاء أن إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن حمله على معنى من المعاني الحقيقية أو المجازية.

وتعذر إعمال الكلام له سببان:

أولهما: امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي. فلو ادَّعى في حق مَنْ هو أكبر منه سناً أنه ابنه فلا تكون دعواه صحيحة؛ لأن ذلك متعذر حقيقة ومجازاً؛ إذ لا يعقل أن يكون الابن أكبر من الأب سناً.

وثانيهما: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد ما يرجح أحدهما. فلو قال شخص: لفلان عندي شيء أو دابة، ولم توجد قرينة ترجح نوع الشيء أو نوع الدابة، أهمل الكلام^(١).

وأصل هذه القاعدة: النهي الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣].

ولأن العاقل يسان كلامه من الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه، فيرجح، سواء كان بالحمل على المجاز أو بغيره، إلا عند عدم الإمكان، فيلغى ويهمله، كما تفصح عن ذلك القاعدة: (إذا تعذر إعمال الكلام بحمل)^(٢)، مع ملاحظة أن لا ينتقل إلى المجاز إلا إذا تعذر حمل الكلام على الحقيقة، كما تفصح عن ذلك القاعدة: (إذا تعذرت الحقيقة يعصار إلى المجاز)^(٣).

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص ١٤٢، ١٤٣).

(٢) الشيخ أحمد الزرقاء (ص ٢٥٧). الأتاسي: شرح المجلة (١/١٥١).

(٣) الشيخ الزرقاء (ص ٢٥٥).

ثانياً: فروع القاعدة:

وهذه القاعدة قد أولأها السيوطي وابن نجيم عناية فائقة، فبسطوا فيها بالشرح والتحليل، وذكروا لها فروعاً منها ما يلي:

الفرع الأول: لو أوصى بطل، وله طبل لهُوَ وطبل حرب، صح، وحمل على طبل الحرب.

الفرع الثاني: لو قال رجل لزوجته وحمارٍ: أحدكما طالق، فإنها تطلق.

الفرع الثالث: لو وقف على أولاده، وليس له إلا أولاد أولاد، حمل عليهم.

الفرع الرابع: لو قال لزوجته: إن دخلت الدار أنت طالق -بجذب الفاء- فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول؛ صوتاً للفظ عن الإهمال.

الفرع الخامس: لو أوصى رجل لرجل بكأس، حمل على الكأس الذي يوضع فيه الماء ونحوه؛ لأن الكأس يطلق أحياناً على الخمر نفسها، ويطلق أحياناً على إنائها، ويطلق كذلك على كل إناء مثل الكوب مطلقاً، فيحمل كلامه في الوصية على الجائز، وهو النوع الأخير^(١).

ثالثاً: القواعد المندرجة تحت قاعدة: (إعمال الكلام أُولَى من إهماله):

وهي قواعد كثيرة سبق ذكر بعضها أثناء الشرح، وهي: (إذا تعذر إعمال الكلام بهمل)، و(إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)^(٢)، ولكن أشهر القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة:

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١١٥-١٢١)، وابن نجيم (ص ١٣٥-١٤٠).

(٢) فَمَنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أضع قدمي فِي دَارِ فُلَانٍ، لَا يَمْنَحُ بوضع قدمه؛ لأنها حقيقة مهجورة، وإنما يَمْنَحُ بِدخول الدار حتى لو دخلها رَاكِبًا دون أن يضع قدمه. فالجواز المستعمل أُولَى من الحقيقة للمهجورة. الشيخ الزرقاء (ص ٢٥٥).

قاعدة: التأسيس أولى من التأكيد:

شرح القاعدة وفروعها:

فهذه القاعدة اعتبرها السيوطي وابن نجيم من القواعد الداخلة تحت قاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله. فإذا دار اللفظ بين كونه مؤكداً لما قبله، وكونه مستقلاً أي مؤسساً لمعنى جديد، حمل على التأسيس؛ لأن التأسيس يأتي بمعنى جديد^(١).

ومن فروعها ما يلي:

١- قال ابن نجيم: ولذا قال أصحابنا^(٢): لو قال لزوجته: أنت طالق طالق طالق، طلقت ثلاثاً. فإن قال: أردت به التأكيد، صدق ديانة لا قضاء^(٣).

٢- ولو قال رجل لآخر: والله لا أكلمه يوماً، والله لا أكلمه شهراً، والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة، فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد الغد، فعليه يمينان، وإن كلمه بعد شهر، فعليه يمين واحدة، وإن كلمه بعد سنة، فلا شيء عليه.

٣- وإذا حلف على أمر ألا يفعله، ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر ألا يفعله أبداً، ثم فعله؛ إن نوى يميناً مبتدأً أو التشديد، أو لم ينو شيئاً، فعليه كفارة يمينين، وإن نوى بالثاني الأول، فعليه كفارة واحدة.

٤- لو قال: هو يهودي وهو نصراني إن فعل كذا، تُعدُّ يميناً واحدة. ولو قال: هو يهودي إن فعل كذا، هو نصراني إن فعل كذا، فهما يمينان^(٤).

(١) الأشباه للسيوطي (ص ١٢١)، وابن نجيم: (ص ١٤٩).

(٢) فقهاء الحنفية.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) الأشباه لابن نجيم (ص ١٤٩، ١٥٠).

خلاصة الوحدة الثالثة

الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

١- قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان:

أولاً: معناها: أنه إذا تصرف الشخص تصرفاً يقره الشرع، فنشأ عنه إتلاف مال، لا يضمنه ولا يغرم مثله؛ لأن (ما تولد عن المباح فهو معفو عنه). وهذه القاعدة لها شرطان: الأول: أن لا يكون ذلك الأمر الجائر مقيداً بشرط السلامة، كضرب المعلم والزوج. والثاني: أن لا يتلف مال الغير لأجل نفسه، فمن كان مضطراً وأكل من طعام الغير، ضمنه.

ثانياً: فروعها: لو رضي أحد الزوجين ببيع صاحبه، فزاد، فلا خيار على الصحيح. ولو قطع قصاصاً أو حدّاً، فسرى، فلا ضمان. ولو تطيب قبل الإحرام، فسرى إلى موضع آخر بعد الإحرام، فلا فدية. والاستجمار معفو عنه، فلو عرق فتلوث، فالأصح العفو.

ثالثاً: مستثنياتها: الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه الثمن. ولكن لو هلك المبيع في يده والحالة هذه، يلزم الوكيل الثمن. ولو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها، ثم جاء صاحبها، فهو بالخيار بين أن يجيز تصرفه أو يضمنه. ولو هدم بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر، ثم انقطع الحريق، ضمن قيمتها دون الإثم.

٢- قاعدة: (الخراج بالضمان، أو الغنم بالغرم):

أولاً: معناها ودليها: من يضمن شيئاً لو تلف، ينتفع به في مقابلة هذا الضمان، وكذلك العكس صحيح؛ فالتكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء، تكون على من ينتفع به شرعاً. ودليها قول النبي ﷺ: "الخراج بالضمان".

ثانياً: فروع القاعدة: نفقة العارية على المستعير؛ لأن منفعتها له. وأجرة المستأجر لحفظ الرهن تكون على المرتهن؛ لأن المرتهن يأخذ الرهن تأميناً لمطلوبه، والمالك المشترك، ترميمه يكون على الشركاء بقدر حصصهم؛ لأن المنفعة بقدر حصصهم. ثالثاً: ما استثنى من القاعدة: لو أعتقت المرأة عبداً، فإن ولاءه يكون لابنها، ولو جنى جنابة خطأ، فالذي يتحمل الدية العصابة دونه، والأخ يتحمل الدية دون الأب مع أن الأخ لا يرث مع وجود الأب.

٣- قاعدة: (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مُجبراً):

أولاً: شرح القاعدة: فمن أمر غيره بفعل شيء دون أن يجبره عليه، فإن تحمّل تبعات هذا التصرف الناشئ يكون على الفاعل دون الأمر. ثانياً: فروع القاعدة: لو أمر غيره بإتلاف مال أو تعييبه دون إجبار، فالضمان على الفاعل، لا على الأمر. ولو أمره بحفر باب في حائط الغير، غرم الحافر، ورجع على الأمر.

ثالثاً: ما استثنى من القاعدة: لو كان المأمور أجيراً خالصاً للأمر، فتلف بعمله شيء دون تعدد، فالضمان على الأمر. ولو أمره برش الماء في فناء دكانه، فتلف شيء، فالضمان على الأمر. ولو أمره برش الطريق، فتلفت الدابة، فالضمان على الأمر. وإن تلف آدمي فالضمان على الأمر إن رش كل الطريق ولم يترك ممرّاً، وإلا فلا ضمان.

٤- قاعدة: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد):
 أولاً: معنى القاعدة: من باشر إتلاف شيء بنفسه متعمداً، وجب عليه ضمان ما أتلّفه حتى لو لم يكن متعمداً، وأما المتسبب للضرر فلا يضمن إلا إذا كان متعمداً.

ثانياً: فروع القاعدة: لو سقى أرضه حسب العادة، فطغت المياه على أرض جاره، فلا ضمان، ولو زلق إنسان فوق على مال آخر فأتلّفه، ضمن. ولو انقلب النائم أو الصغير على غيره، فقتله، ضمن.

ثالثاً: ما استثنى من القاعدة: ما أتلّفه الكفار على المسلمين، لا يضمن، ترغيباً في الإسلام. وكذلك ما يتلفه البغاة، ترغيباً في الرجوع لطاعة الإمام، وكذلك أيضاً ما يتلفه العبيد على السادة لا يضمن، والجلاد لا يضمن وإن ثبت براءة الجاني.

٥- قاعدة: (إذا اجتمع السبب والمباشرة، أو الغرور والمباشرة، قدمت المباشرة):
 أولاً: معنى القاعدة: الغرور: جمع غرر، وهو الخطر، وإبداء ما ظاهره السلامة، ثم تنكشف حقيقته، كمن يتزوج فتاة على أنها بكر، فيثبت أنها ثيب.
 ثانياً: فروع القاعدة:

القاعدة لها أقسام ثلاثة، وكل قسم تحته فروع:

القسم الأول: ألا تكون المباشرة مبنية على السبب، فالضمان على المباشرة، فلو حفر بئراً عدواناً، ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً، فالضمان على الدافع.

ولو رمى معصوماً من شاهق، فتلّقه آخر بالسيف، فقده به، فالقاتل هو الثاني.

القسم الثاني: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، والمباشرة ليس فيها

عدوان مطلقاً، فالضمان على المتسبب. فلو قدم إليه طعاماً مسموماً علماً به، فأكله، وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص والدية، ولو اقتص بناء على شهادة الشهود، ثم أقروا بالكذب، فالضمان عليهم، ولو غضب شاة وأمر جزاراً بذبحها وهو لا يعلم بالحال، فقرار الضمان على الغاصب.

القسم الثالث: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وفيها نوع عدوان، فإن المباشر والمتسبب يشتركان في الضمان. ومعلوم أن الغرور يأخذ حكم السبب في الأقسام الثلاثة. فالمكره على القتل، يقتص منه مع المكره؛ لأن الإكراه ليس بعذر في القتل، والممسك مع القاتل يشتركان في الضمان والقود. ولو دل المودع لصاً على الوديعة، فسرقتها، فالضمان عليهما.

٦- قاعدة: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه):

أصل هذه القاعدة حديث نبي "على اليد ما أخذت حتى تؤدي". وبهذا استدلل الفقهاء على وجوب الضمان على المستعير لو تلفت العارية عنده، ويقاس عليه كل ما كان عند الإنسان لغيره. وهذه القاعدة مثار اختلاف بين الفقهاء، هل يضمن حتى لو لم يتعد، أو لا يضمن إلا بالتعدي.

٧- قاعدة: (جناية العجماء جبار):

أولاً: شرح القاعدة ودليها: هذه القاعدة نصٌ للحديث النبوي "العجماء جرحها جبار"، وفيها نفي الضمان عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من تلقاء نفسها. ومعنى: جبار، أي: هدر لا مؤاخذه فيه. والعجماء: الحيوان البهيم.

ومعل هذه القاعدة: إذا كانت الجناية بالنهار، أما لو كانت بالليل فإن

صاحب البهيمة يضمن؛ لأنه يجب عليه أن يجسها بالليل؛ لما ورد عن البراء بن عازب رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل الماشية حفظها بالليل".

ثانياً: فروع القاعدة: لو ربط اثنان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلقت إحداهما الأخرى، فلا ضمان على صاحبها. ولو اغتالت هرة إنسان طائراً لغيره؛ فلا ضمان على صاحبها، طالما أنه لم يقدر على منعها.

٨- قاعدة: (من أتلف شيئاً لدفع أذاه له، لم يضمنه. وإن أتلفه لدفع أذى به، ضمنه):

ومن فروعها ما يلي: لو أشرفت السفينة على الغرق، فألقى متاع غيره ليخففها، ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره، ضمنه. ولو صال عليه حيوان آدمي، فدفعه بالقتل، لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في محمصة ليحيي به نفسه، ضمنه.

٩- قاعدة: (من أتلف نفساً، أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه، فلا ضمان

عليه. وإن كان النفع يعود إلى غيره، فعليه الضمان):

ومن فروعها ما يلي: الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على أنفسهما، فعليهما القضاء فقط، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية مع القضاء.

ولو دفع صائلاً بالقتل لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه في أحد القولين. ولو أكره على الحلف دفعاً للظلم عنه، لم تنعقد يمينه، وإن أكره دفعاً للظلم عن غيره، انعقدت يمينه.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بالشرط

١- قاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم):

٢- قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً):

وقد سبق عرض هاتين القاعدتين، وعرض ملخص لهما أثناء اندراجهما تحت قاعدة: العادة محكمة في الوحدة الأولى.

٣- قاعدة: (ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط):

أولاً: شرح القاعدة ودليها: الحكم الثابت بدليل من الشرع مقدم على الثابت بموجب الشرط؛ إذ أن عبارة الخالق تقدم على عبارة المخلوق، وكل شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فهو باطل.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقَدَّمُوا يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾
[الحجرات: ١].

ثانياً: فروع القاعدة: لا يصح نذر الواجب المعين كالصلوات الخمس، لأنها ثابتة بالشرع، فيكون ثبوتهما بالشرط تحصيل حاصل، لكن لو نذر أن يصلّيها في أول الوقت أو في جماعة، صح نذره.

ومن لم يحج إذا تطوع بالحج، وقع عن حجة الإسلام؛ لأنها ثابتة بالشرع. ولو قال: طلقتك بألف على أن لي الرجعة، وقع الطلاق رجعيًا؛ لأنه ثابت بالشرع، وسقط قوله: بألف؛ لأنه ثابت بالشرط.

٤- قاعدة: (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان):

فهذه القاعدة تعني الوفاء بالشرط، كاشتراط حبس المبيع حتى يقبض البائع الثمن، وكاشتراط الخيار في البيع، واشتراط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن. وهذا إذا كان الشرط جائزاً كالأمثلة السابقة.

أمّا إذا كان الشرط فاسداً، فلا تلزم مراعاته، بل يفسد العقد، كشراء ثوب على أن يصبغه البائع، أو شراء الدابة على أن يركبها شهراً. وكل ما كان محرماً بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه، كالربا والوطء في ملك الغير.

٥- قاعدة: (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط):

ويشترط لصحة التعليق: كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال، ممكن الوجود عادة في المستقبل. فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال، يُعدّ تنجيزاً، مثل: إن كانت السماء فوقنا فهي طالق. وكذا التعليق بالممكن عقلاً لا عادة مثل: إن لم أقلب الحجر ذهباً فهي طالق. وكذا التعليق بالمستحيل الوجود، مثل: إن دخل الجمل في سم الخياط فهي طالق.

والمعلق بالشرط ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يصح تعليقه بمطلق الشرط، سواء كان ملائماً أم غير ملائم، وهي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق، أو الإسقاطات التي فيها نوع تملك كالإبراء.

النوع الثاني: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط، وهو ما يؤكد موجب العقد، كالإطلاقات مثل الإذن بالتجارة، والولايات مثل: القضاء والتجارة.

النوع الثالث: ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، وهو المعاوضات المالية كالبيع والشراء، ويستثنى الوصية المعلقة بالموت.

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار

١- قاعدة: (المرء مؤاخذ بإقراره):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها: الإقرار أقوى أدلة الإثبات، وهو إخبار الشخص بما عليه من الحقوق، وهو حجة شرعية، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾، [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] ومن المعقول أن الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه.

ثانياً: شروط العمل بالقاعدة: ويشترط للعمل بهذه القاعدة ستة شروط: أن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً. وألا يكون الإقرار فيه إضرار بالغير، وألا يصير المقر مكذباً بحكم الحاكم. وألا يكون المقرُّ به محالاً عقلاً أو شرعاً، وألا يكون المقر محجوراً عليه. وألا يكون المقرُّ به مجهولاً جهالة فاحشة.

ثالثاً: فروع القاعدة: لو أقر لشخص بدين، ثم ادعى الغلط أو الخطأ، لم يقبل ادعاؤه؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره. ولو قبض المؤجر الأجرة ثم ادعى أن العقود مزيفة، لا يقبل ادعاؤه.

٢- قاعدة: (البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة):

أولاً: شرح القاعدة: فما يثبت بالبينة كالشهادة العادلة يصبح حجة على المدعى عليه، وعلى كل من تنطبق عليه مواصفات المدعى عليه. وأما ما يثبت بالإقرار، فإنه لا يصير حجة إلا على المقرِّ.

فمع أن الإقرار سيد الأدلة إلا أن حجيته لا تعدى المقر؛ وذلك لأن البينة لا

تصير حجة إلا بقضاء القاضي، والقاضي ولايته عامة، وينفذ قضاؤه في حق الجميع، ولأن الدلالة بالبينة كالدلالة بالحس والمشاهدة، فيسحب حكمها على سائر الناس، بخلاف المقر فإن ولايته على نفسه دون غيره، فتبقى الحجة مقصورةً عليه.

واعلم أن البينة - كما ذكر ابن القيم - لا تقتصر على الشهادة فقط، بل ربما غير الشهادة يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي. والبينة يُطالب بها المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الأصل، فكان عليه المطالبة بما هو أقوى مما يطالب به المدعى عليه وهو يمينه.

ثانياً: فروع القاعدة: لو أجر شخص لآخر داراً لا يملكها، فإقراره بعد أن أجزها بأنها ليست داره لا يفسخ الإجارة، ولكن تظل إلى انتهاء مدتها، أما لو أقام المالك على استحقاقه الدار بينة، فإنه حينئذٍ يفسخ الحكم له، فللمحكوم عليه إذا كان مشترياً حق الرجوع على البائع بالثمن، ولا يحق للبائع أن يتعلل بدعوى أنه لم يحضر المحاكمة، وعكس ذلك: إذا لم يثبت المستحق استحقاقه بالبينة، بل بإقرار المشتري، فليس له حق الرجوع على البائع بالثمن.

ثالثاً: مستثنيات القاعدة: لو أقر الأب على ابنته البالغة العاقلة بقبضه مهرها من زوجها، فإنه حجة عليها وتبرأ به ذمة الزوج.

ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا ببيع العين المؤجرة، فإن الإجارة تفسخ، ويبيع المأجور لوفاء الدين، فقد تعدى إقرار المؤجر، وبيعت العين المؤجرة وتضرر المستأجر. ولو أقر وكيل البيع بقبض موكله الثمن، برئ المشتري، كما لو أقر بقبض نفسه.

الفصل الرابع

القواعد الفقهية المتعلقة بأبواب متفرقة

١ - القاعدة الأولى: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها: إذا اجتهد القاضي في مسألة شرعية، ثم عرضت له مسألة مشابهة فحكم فيها برأي، فلا يُنقض الاجتهاد الأول باجتهاد الثاني، وكذلك بالنسبة للمجتهد إذا أفق في مسألة، ثم عرضت له مسألة مشابهة، فأفقت فيها بفتوى أخرى، فإنها لا تنقض الأولى؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

وعلة ذلك: أنه لو نُقض الاجتهاد بالاجتهاد، لتعرض الاجتهاد الثاني للنقض، وهلمَّ جرأ... ولنا الأسوة الحسنة في قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "تلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي".

ثانياً: شروط القاعدة: ويشترط في الاجتهاد الذي لا ينقض: ألا يتعارض مع النص من كتاب أو سنة، وألا يتعارض مع الإجماع، أو القياس الجليّ وإلا وجب نقضه؛ لتبين بطلانه من أصله؛ لأنه (لا اجتهاد في مورد النص).

ثالثاً: فروع القاعدة: لو تغير اجتهاده في القبلة، عمل بالاجتهاد الثاني، ولا قضاء، حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات، فلا قضاء. ولو حكم القاضي برد شهادة الفاسق، ثم تاب، فأعادها، لم تقبل. ولو ألحقه القائف بأحد المتداعيين، ثم رجع وألحقه بالآخر، لم يقبل. ولو زوجت المرأة نفسها بغير ولي، فلا ينقض ذلك النكاح؛ لأن الحنفية صححوا النكاح مع عدم الولي.

رابعاً: المستثنيات من القاعدة: للإمام الحمى: بأن يحمي أرضاً بتخصيصها لمنفعة يراها، ولو أراد من بعده نقضه، فله ذلك في الأصح؛ لأنه للمصلحة، وقد تتغير. والقسمة إذا ظهر فيها غبن فاحش فإنها تنقض، مع أن القاسم قسم باجتهاده. وينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً.

وقد سبق أن عرّفنا أن هذه المستثنيات لم يعتد بها بعض العلماء كابن نجيم.

٢- القاعدة الثانية: (التابع تابع):

أولاً: شرح القاعدة: التابع لشيء في الوجود تابع له في الحكم؛ لأن التابع لا يحتمل وجوده مستقلاً، كالجلد من الحيوان والجنين. فالتابع غير منفك عن متبوعه.

ثانياً: فروع القاعدة: الجنين يدخل في بيع الأم تبعاً، وذكاتها ذكاته. والزوائد التي تحصل في المبيع بعد البيع وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري. ونتاج العين المرهونة يعد رهنًا؛ تبعاً لأمه.

ثالثاً: القواعد المدرجة تحت قاعدة: (التابع تابع):

أ - قاعدة: (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً):

فهذه القاعدة بمثابة تنمة للقاعدة السابقة، فالتابع يستتبع وجود متبوعه؛

لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً، لا يصح استثنائه من العقد.

ومن فروع هذه القاعدة ما يلي: الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً، ولا يفرد

بالبيع والهبة. ولو أحيا شيئاً له حريم، ملك الحريم على الأصح تبعاً. والدود المتولد

في الطعام يجوز أكله تبعاً في الأصح.

ومن مستثنيات هذه القاعدة ما يلي: الجنين يورث، فتكون غرته بين

ورثته، وليس لأمه فقط، ويصح الإيصاء بالجنين والإيصاء له دون أمه، ولو أبطل
المدينُ الأجل، صح، ويحل الدين، مع أن الأجل صفة له، والصفة تابعة
للموصوف، وهذا عند الأحناف بخلاف الشافعية.

ب - قاعدة: (التابع يسقط بسقوط المتبوع):

وهذه القاعدة لها عبارات مختلفة، منها: إذا سقط الأصل سقط الفرع.
ومن فروع هذه القاعدة: من فاتته صلاة في أيام الجنون، فلا يستحب له
قضاء السنن الرواتب؛ بناءً على القول بسقوط الفرائض عنه. وإذا أبرأ المضمون
عنه المدين، برأ الضامن. ومن فاتته الحج فتحلل بعمل عمرة، لا يأتي بالرمي
والمبيت؛ لأنهما تابعان للوقوف، وقد سقط. ولو مات الفارس، سقط سهم
الفرس تبعاً، لا العكس.

ومن مستثنيات القاعدة ما يلي: الأخرس يلزمه تحريك لسانه في تكبيرة
الافتتاح والتلبية؛ بناءً على القول به، مع أن المتبوع قد سقط وهو التلفظ. وإجراء
الموسى على رأس الأقرع في الحج والعمرة واجب على الأصح، مع أن الأصل قد
سقط وهو الخلق.

ج - قاعدة: (التابع لا يتقدم على المتبوع):

فالعقل يأبى أن يكون التابع متقدماً على المتبوع، وهذه القاعدة تجرى مجرى المثل.
ومن فروعها ما يلي: المأموم لا يتقدم على الإمام في أفعال الصلاة كتكبيرة
الإحرام والركوع والسجود والسلام والوقوف. ولو حضر الجمعة من لا تعتقد
به كالمسافر والمرأة، لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الجمعة؛
لأنهم تبع لهم.

د - قاعدة: (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها):

فالتابع يُتسامح فيه ما لا يتسامح في المتبوع. وهذه القاعدة لها تعبيرات مختلفة، منها: يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً. ويغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل. وأوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد بها أواخرها. ويغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل. وهذه التعبيرات قريبة من قاعدة: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

ومن فروع هذه القاعدة ما يلي: لا يثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعاً، ولو صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوماً ولم يروا الهلال أفطروا، في الأصح؛ لحصوله ضمناً وتبعاً. ولا يثبت النسب بشهادة النساء، فلو شهدت بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعاً للفراش. والوقف على نفسه لا يصح، ولو وقف على الفقراء ثم صار منهم استحق في الأصح تبعاً.

ومن مستثناها: يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداءً، ولو كان عدلاً ابتداءً ففسق انعزل عند بعض العلماء، وعليه الفتوى عند الأحناف.

٣- القاعدة الثالثة: (تبدل سبب الملك كتبدل الذات):

أولاً: شرح القاعدة ودليلها: من أسباب الملك: الإرث، أو الهبة أو المعاوضة. وتبدل سبب من هذه الأسباب قائم مقام تبدل الشيء المملوك. فمثلاً: لو كان شخص لا يستحق الصدقة، وآخر يستحقها، فإنه يجوز أن يأخذها المستحق، ويهديها أو يبيعها لغير المستحق؛ بدليل حديث النبي ﷺ في لحم أهدته بريرة للنبي، فقيل له: إنه تُصدَّقَ به عليها، فقال: "هو عليها صدقة ولنا هدية".

ثانياً: فروع القاعدة: لو وهب لغيره العين الموهوبة له، ثم عادت إليه بسبب جديد، بأن بيعت له، فأراد الواهب أن يرجع بهبته، لا يملك ذلك. ولو باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم حدثت إقالة بين البائع والمشتري، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة؛ لأن عوده إليه بسبب جديد، وهو الإقالة، والإقالة بيع جديد.

٤- القاعدة الرابعة: (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها: كل من ولي أمراً من أمور العامة، سواء كان سلطاناً، أو قاضياً، أو وصياً أو ولياً، فإنه مأمور بأن تكون تصرفاته من أجل مصلحة رعيته، ومطالب بإحاطتهم بالنصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، [الأنعام: ١٥٢] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾، [النساء: ٥٨] وقوله ﷺ: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته"، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "إني أنزلت نفسي من مال الله منزلة والي اليتيم".

ثانياً: فروع القاعدة: لا يجوز تنصيب الإمام الفاسق للصلاة. ولا يجوز للسلطان أن يتنازل عن القصاص مجاناً؛ لأنه سيفوت الدية على بيت المال، ولا يجوز للقاضي أن يزوج الصغيرة من غير كفاء. ولا يجوز له تنفيذ وصية من لا وارث له بأكثر من ثلث المال؛ حفاظاً على حقوق بيت المال.

ثالثاً: ما استثني من القاعدة: الأب أو الجد إذا كان مكلفاً غير سكران ويحسن التصرف، يجوز له أن يزوج الصغير أو الصغيرة من غير كفاء وبغبن

فاحش؛ لأنه غير متهم في تصرفه؛ وإذا تنازل عن شيء فإنها لاعتبارات يراها تحقق المصلحة.

٥- القاعدة الخامسة: (الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان):

أولاً: شرح القاعدة وأمثلتها: البينة العادلة حجة كالشيء الثابت بالمشاهدة. فإذا ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلاً، يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة. والدين الثابت بالبينة، يحكم به بمنزلة ما إذا شوهد بالحس.

ثانياً: المستثنى من القاعدة: لو أنكر المدعى عليه المال، وحلف بالطلاق على ذلك، فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراضه له، لم يحنث المدعى عليه؛ لأنه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف.

٦- القاعدة السادسة: (الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود):

أولاً: شرح القاعدة: الحق الذي يقبل السقوط لا يعود بعد سقوطه؛ قياساً على المعدوم فإنه لا يعود.

وحقوق الله لا تسقط إلا بعفو الله، وحق العبد يسقط بإسقاطه له.

والحقوق المشتركة بين الله والعبد مثار خلاف، هل تسقط أو لا؟

ثانياً: فروع القاعدة: لو أجاز الورثة الزائد على ثلث الوصية، لا يصح رجوعهم عن الإجازة؛ لأن الساقط لا يعود. وإذا ردَّ القاضي شهادة الشاهد لفسق أو تممة، فلا يجوز له قبولها في تلك الواقعة. ولو دبغ الجلد بالتشميس، ثم أصابه ماء، لا تعود النجاسة في الأصح.

٧- القاعدة السابعة: (لا يتم التبرع إلا بالقبض):

أولاً: شرح القاعدة وفروعها: فالصدقة لا تتم بالعقد، وكذلك الهبة والهدية، بل بالقبض؛ حتى لا يثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم، فيصير عقد ضمان، وهو مخالف للمشروع.

ثانياً: شروط صحة القبض: أن يكون بإذن المالك، وأن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره، وأن لا يكون المقبوض متصلاً بغير اتصال الأجزاء، وأن يكون المقبوض محلاً للقبض، وأن يكون القابض أهلاً للقبض. ثالثاً: كيفية القبض: القبض قد يكون بالاستيلاء على الشيء حقيقة، وقد يكون بالتخلية بين القابض والمقبوض.

رابعاً: المستثنى من القاعدة: الوصية، فإنها تبرع، وتتم بدون قبض.

٨- القاعدة الثامنة: (ليس لعرقٍ ظالمٍ حق):

أصل هذه القاعدة حديثٌ نبويٌّ ورد في إحياء الموات، ونصه: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ"، فمن غصب أرضاً مثلاً، فزرع فيها زرعاً، لا يستحق تملكها بالقيمة، ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.

٩- القاعدة التاسعة: (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل):

فإذا أمر أحدٌ غيره أن يتصرف في ملك ثالث، فهذا الأمر لا يعتد به ولا يترتب عليه أثر بالنسبة للأمر، طالما أن المأمور بالغ عاقل غير مُجبر، وعلم أن الأمر ليس مالكاً للشيء المتصرف فيه. والذي يتحمل تبعات هذا التصرف هو الفاعل.

وما أشبه هذه القاعدة بالقاعدة السابقة، (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى

الأمر ما لم يكن مُجبراً).

فلو أودع رجلاً ماله، وقال: إن مت فادفعه لابني، فمات، فدفعه لابنه، وله وارث غيره، ضمن نصيبه؛ لأنه كان يجب عليه أن يوزع المال على جميع الورثة.

١٠- القاعدة العاشرة: (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه):

أولاً: شرح القاعدة: الشيء المحرم أخذه لا يجوز لأحد أن يعطيه لغيره. حتى لو كان على سبيل المنحة، وهذه القاعدة أقرب ما تكون من قاعدة: (ما حرم فعله حرم طلبه)، إلا في مسألتين: لو ادعى دعوى صادقة، فأنكر الغريم، فله تحليفه، والجزية يجوز طلبها من الذمي مع أنه يحرم عليه إعطاؤها؛ لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام الواجب عليه.

ثانياً: فروع القاعدة: يحرم أخذ الربا كما يحرم إعطاؤه، والرشوة لا تملك بالقبض ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرثشي. وكذلك مهر البغي وحلوان الكاهن، يحرم إعطاؤه كما يحرم أخذه.

ثالثاً: المستثنيات من القاعدة: الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه، يجوز دفعها، ويحرم على الحاكم أخذها ويجب عليه ردها، وكذلك ما يدفع للشاعر للتخلص من هجوه، فيجوز الدفع، ويحرم على الشاعر الأخذ، ويجب عليه الرد. وذكر الشيخ الزرقا: أن المستقرض بالربا إذا كان محتاجاً يجوز له الدفع، ويحرم على الآخذ، ويجب عليه الرد.

١١- القاعدة الحادية عشرة: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب):

أولاً: شرح القاعدة: هذه القاعدة من القواعد الأصولية والفقهية، ولها تعبيرات مختلفة، منها: (الأمر بالشيء أمر بلوازمه) و(الوسائل لها أحكام المقاصد)، وهي مشروطة بشرطين: الأول: أن يكون الإيجاب مطلقاً، غير مقيد بحالة حصول المتوقف عليه. والثاني: أن يكون ذلك المتوقف عليه مقدوراً للمكلف.

ثانياً: فروع القاعدة: يجب الهجرة من البلد إذا لم يمكنه إظهار دينه إلا بذلك. وإذا اشبهت زوجته بأجنبية، وجب عليه الكف عن الجميع. وإذا نسي صلاة من الخمس، لزمه الخمس إذا لم يعلم عينها.

١٢- القاعدة الثانية عشرة: (الميسور لا يسقط بالمعسور):

أولاً: شرح القاعدة وأدلتها: هذه القاعدة من أهم الأصول الشائعة التي لا تستغني عنها الشريعة. فلو كَلَّفْنَا الشارع بأمر، تيسر لنا بعضه وتعسر علينا البعض الآخر، فلا يسقط الميسور بسقوط المعسور؛ لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾، [التغابن: ١٦] وقوله ﷺ: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم".

ثانياً: فروع القاعدة: لو كان بعض الأطراف مقطوعاً، وجب غسل الباقي جزءاً. والقادر على ستر بعض العورة، يستر به القدر الممكن جزءاً. والقادر على بعض الفاتحة يأتي به. وواحد بعض الصاع في زكاة الفطر، يلزمه إخراجه في الأصح. ثالثاً: ما استثنى من القاعدة: القادر على صوم بعض يوم دون كله، لا يلزمه إمساكه وواحد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها، بل ينتقل إلى البدل بلا خلاف.

١٣- القاعدة الثالثة عشرة: (إعمال الكلام أولى من إهماله):

أولاً: شرح القاعدة: الكلام متى أمكن حمله على معنى من المعاني الحقيقية وجب إعماله، وإن تعذر حمله على المعنى المجازي، وإلا أهمل. وأصل هذه القاعدة؛ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطَلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾، [حمد: ٣٣] ولأن العاقل يسان كلامه عن اللغو إلا عند عدم الإمكان.

ثانياً: فروع القاعدة: لو أوصى بطلب، وله طلب لهو وطلب حرب، صح،

وحمل على طبل الحرب. ولو قال لزوجته وحمار: أحدكما طالق، فإنها تطلق. ولو وقف على أولاده، وليس له إلا أولاد أولاد، حمل عليهم.

ثالثاً: القواعد المندرجة تحت القاعدة: وهي قواعد كثيرة، منها: إذا تعذرت الحقيقة يصر إلى المجاز. وإذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

وأهم هذه القواعد: (التأسيس أولى من التأكيد).

فإذا دار اللفظ بين تأكيد ما قبله، أو إفادة معنى جديد، حمل على التأسيس، فيفيد معنى جديداً. فلو قال لزوجته: أنت طالق طالق طالق طلقت ثلاثاً، فإن قال: أردت التأكيد، صدق ديانة لا قضاء. ولو قال رجل لآخر: والله لا أكلمه يوماً، والله لا أكلمه شهراً، والله لا أكلمه سنة، فإن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد يوم فعليه يمينان، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة، وإن كلمه بعد سنة، فلا شيء عليه.

اختبار الوحدة الثالثة

أولاً: أسئلة الصواب والخطأ:

ضع علامة (✓) أمام العبارة الصحيحة وعلامة (X) أمام العبارة الخاطئة فيما يأتي:

- ١- الجواز الشرعي يناهض الضمان.
- ٢- لو أتلّف مال الغير لأجل نفسه لا يضمن.
- ٣- الرضا بالشيء ليس رضا بما يتولد منه.
- ٤- الخراج بالضمان تعني: العُثم بالغرْم.
- ٥- نفقة العارية واجبة على المستعير.
- ٦- لو أعتقت المرأة عبداً، ثبت لها الولاء.
- ٧- يضاف الفعل إلى الفاعل حتى لو كان مُجبراً.
- ٨- المتسبب يضمن وإن لم يتعمد.
- ٩- لو انقلب النائم على غيره فقتله، لا يضمن.
- ١٠- الكافر يضمن ما أتلّفه على المسلم.
- ١١- يُقدم السبب على المباشرة.
- ١٢- المكره على القتل لا قصاص عليه.
- ١٣- على اليد ما أخذت حتى تؤديه.
- ١٤- جناية العجماء جبار.
- ١٥- من أتلّف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه.
- ١٦- الحامل إذا أفطرت خوفاً على نفسها عليها القضاء فقط.
- ١٧- ما ثبت بالشرط مقدّم على ما ثبت بالشرع.

- ١٨- من لم يحج، وتطوع بالحج، وقع الحج تطوعاً.
- ١٩- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان حتى لو كان فاسداً.
- ٢٠- المرء لا يؤاخذ بإقراره.
- ٢١- من أقر بشيء يضر به غيره، يعتد بإقراره.
- ٢٢- البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة.
- ٢٣- البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي.
- ٢٤- إقرار الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها حجة يؤخذ بها.
- ٢٥- الاجتهاد الباطل ينقض.
- ٢٦- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.
- ٢٧- لو رُدَّت شهادة الفاسق ثم تاب، قبلت في نفس الحادثة.
- ٢٨- لو ظهر في القسمة غبن فاحش وجب نقضها.
- ٢٩- الجنين يدخل في بيع الأم تبعاً وذكاتها ذكاته.
- ٣٠- التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصِرْ مقصوداً.
- ٣١- الدود المتولد في الطعام يجوز أكله.
- ٣٢- تصح الوصية للجنين والوصية به.
- ٣٣- التابع لا يسقط بسقوط المتبوع.
- ٣٤- إذا أبرأ المضمون عنه المدين، برئ الضامن.
- ٣٥- لو مات الفارس لم يسقط سهم الفرس.
- ٣٦- يجب على الأقرع أن يُمرَّ موسى على رأسه في الحج والعمرة.
- ٣٧- للمأموم أن يتقدم على الإمام في الركوع والسجود.
- ٣٨- يثبت شهر شوال بشهادة شاهد واحد.

- ٣٩- تبذل سبب الملك لا يقوم مقام تبذل الذات.
- ٤٠- التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.
- ٤١- الثابت بالبرهان لا ينزل منزلة الثابت بالعيان.
- ٤٢- الساقط يعود، كما أن المعدوم يعود.
- ٤٣- حق الله قد يسقط بتسامح العبد.
- ٤٤- لا يتم التبرع إلا بالعقد.
- ٤٥- الوصية تتم بدون القبض.
- ٤٦- ليس لعرق ظالم حق.
- ٤٧- الأمر بالتصرف في ملك الغير صحيح.
- ٤٨- ما حرم أخذه جاز إعطاؤه.
- ٤٩- ما حرم فعنه حرم طلبه.
- ٥٠- الجزية يحرم دفعها؛ لأنه يحرم طلبها.
- ٥١- يجوز للقاضي أو لرئيس العمل أخذ الرشوة لإيصال الحقوق لأهلها.
- ٥٢- ما لا يتم الواجب إلا به فهو مستحب.
- ٥٣- لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار وجب ترك الجميع دون غسل وتكفين.
- ٥٤- الميسور يسقط بالمعسور.
- ٥٥- القادر على ستر بعض العورة فقط، لا يلزمه ذلك.
- ٥٦- إذا وجد الشفيع بعض الثمن أخذ قسطه من الشفعة.
- ٥٧- إعمال الكلام وإهماله سواء.
- ٥٨- التأكيد أولى من التأسيس.

ثانيًا: أسئلة الاختيار من متعدد:

- ١- ما تولد عن المباح فهو (معفو عنه - مضمون - هدر).
- ٢- لو قطع قصاصًا أو حدًا، فمات (وجب الضمان - فلا ضمان - فالقاطع آثم).
- ٣- من استحمر فتلوث بالعرق فالأصح (الطهارة - النجاسة - العفو).
- ٤- الوكيل بالشراء (له - ليس له - يجب عليه) حبس المبيع عن موكله حتى يقبض الثمن.
- ٥- أجرة المستأجر لحفظ الرهن تكون على (الراهن - المرتمن - الموجر).
- ٦- لو جنى جناية خطأ، فالدية على (الأصول والفروع - العصابات - الجاني).
- ٨- ما يتلفه البغاة في حال القتال (يضمنونه - لا يضمنونه - يضمنه الإمام).
- ٩- يقدم المباشرة على (الغرور فقط - السبب والغرور - السبب فقط).
- ١٠- إذا غصب شاة وأمر جزارًا بذبحها فقرار الضمان على (الغاصب - الجزار - المغصوب منه).
- ١١- إذا أفتاه أهل الفتوى بإتلاف ما، فتبين خطؤه (فلا ضمان - فالضمان على المتلف - فالضمان على المفتي).
- ١٢- جناية العجماء جبار (بالليل - بالنهار - بالليل والنهار).
- ١٣- المرضع التي أفطرت إن خافت على ولدها (عليها القضاء والفدية - القضاء فقط - لا شيء عليها).
- ١٤- لو دفع صائلاً بالقتل (لم يضمنه - ضمنه - عليه القصاص).
- ١٥- المعروف عرفًا (كالمشروط شرطًا - لا أثر له - كالجمع عليه).
- ١٦- المعلق بالشرط يجب (إلغاؤه - ثبوته - تأجيله) عند ثبوت الشرط.
- ١٧- من أقر بحق، لهم رجوع عنه (قبل رجوعه - فهو غير مكلف - لم يقبل رجوعه).

- ١٨- لا يقبل إقرار أحد على (نفسه - غيره - أقاربه).
- ١٩- البينة على (المدعى - المدعى عليه - القاضى) واليمين على من: (جنى - أقر - أنكر).
- ٢٠- الاجتهاد (ينقض - لا ينقض - لا يثبت) بالاجتهاد.
- ٢١- لو تغير اجتهاده في القبلة (بطلت صلاته - عمل بالثاني - عمل بالاجتهاد الأول).
- ٢٢- ينقض قضاء القاضى إذا خالف (إجماعاً - قاضياً آخر - القانون).
- ٢٣- زوائد المغصوب تكون ملكاً (للمغاصب - لبيت المال - للمغصوب منه).
- ٢٤- التابع (لا يفرد بالحكم - لا يعتد به - يسقط) ما لم يصير مقصوداً.
- ٢٥- إذا سقط الفرع (بقي - سقط - توقف) الأصل.
- ٢٦- الأخرس (لا يلزمه - يستحب له - يلزمه) تحريك لسانه في القراءة.
- ٢٧- يغتفر في (الابتداء - الانتهاء - التوابع) ما لا يغتفر في غيرها.
- ٢٨- تقبل شهادة النساء في (ثبوت النسب - الولادة على الفراش - الزنا).
- ٢٩- من أسقط حقه لا يطالب به؛ لأن (الساقط لا يعود - الساقط يعود - المدعوم لا يعود).
- ٣٠- كما يحرم أخذ الربا (يحرم البيع - يحرم إعطاؤه - يحرم السلم).
- ٣١- الأمر بالشيء (أمر بلوازمه - نهي عن ضده - لا يكون على الفور).
- ٣٢- إذا اختلط الماء الطاهر بالنجس (جاز له استعمال أحدهما - وجب تركهما - وجب استعمالها في إزالة النجس لا الحدث).
- ٣٣- لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام (جاز له الصلاة قاعداً - لزمه القيام - جاز له ترك الركوع والسجود).
- ٣٤- إذا تعذرت الحقيقة (بهمل الكلام - يصار إلى المجاز - سقط المجاز).

النشاط التعليمي للوحدة الثالثة

عزيزي الدارس: حتى تكتسب المزيد من المعلومات حول الموضوعات الواردة في فصول الوحدة الثالثة، عليك أن تقوم بإنجاز النشاط التعليمي التالي:

اكتب بحثاً موجزاً في كل قاعدة من القواعد الواردة في هذه الوحدة، مع التمثيل لكل قاعدة ببعض الفروع، وبعض المستثنيات، مدعماً ما تقول بالأدلة إن أمكن، مستعيناً بأهم المراجع الواردة في هذه الوحدة.



الوحدة الرابعة

دراسة نصية في القواعد المختلف فيها

من كتاب الأشباه والنظائر، للسيوطي

مبررات دراسة الوحدة:

بعد أن انتهينا من الوحدات الثلاث السابقة، وسلطنا الضوء على أهمية القواعد الفقهية، وأتبعنا ذلك بدراسة القواعد الكلية الكبرى، والقواعد الكلية الأقل شمولاً، آن لنا أن نختتم البحث بدراسة القواعد الفقهية المختلف فيها؛ لنرى أثر ذلك في الاختلاف في الفروع الفقهية.

وفي الحقيقة أن القواعد المختلف فيها أكثر من أن تُحصى؛ فهناك قواعد مختلف فيها بين فقهاء المذهب الحنفي فقط، وكذلك المذهب المالكي، والمذهب الحنبلي، لكني آثرت أن أختار القواعد الفقهية المختلف فيها التي ذكرها السيوطي في أشباهه؛ نظراً لأن الخلاف فيها ليس مقتصرًا على فقهاء المذهب الشافعي فحسب، بل هي مثار اختلاف لدى جميع الفقهاء، وترتب عليها اختلاف في المسائل الفقهية.

ولذلك يمكن أن نقول: إن الاختلاف في القواعد الفقهية سبب من أسباب اختلاف الفقهاء.

هذا: وقد أردنا أن تكون هذه الوحدة دراسة نصية، حتى يكون ذلك تدريباً على قراءة كتب الفقهاء القدامى، وتسهيلاً لفهمها، وإدراكاً لما فيها من كنوز وثروة علمية عظيمة.

الأهداف التعليمية للوحدة:

عزيزي الدارس: يرجى بعد دراستك هذه الوحدة أن تصبح قادرًا على أن:

- ١- تستنتج الفائدة من دراسة هذه الوحدة النصية.
- ٢- تعريف بصاحب هذه الدراسة النصية الإمام السيوطي وكتابه الأشباه والنظائر.
- ٣- تبين هل النذر يسلك به مسلك الواجب أم لا.
- ٤- تشرح قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها.
- ٥- تحدد ما إذا كان الإبراء هو إسقاط أم تكليف.
- ٦- تذكر هل الطلاق الرجعي يقطع النكاح أم لا.
- ٧- تعرف الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد أم لا.
- ٨- تحدد هل العبرة تكون بالمال أم بالمآل.



- الهدف من دراسة هذه الوحدة النصية في القواعد الفقهية وأهميتها.

- التعريف بصاحب الدراسة النصية وهو الأمام السيوطي وكتابه الأشباه والنظائر.

- هل النذر يسلك به مسلك الواجب أم لا؟

- قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها.

- هل الإبراء هو إسقاط أم تكليف؟

- الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أم لا؟

- الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟

- هل العبرة بالمال أو بالمآل؟



الوحدة الرابعة: الدراسة النصية

الدراسة النصية:

قال السيوطي^(١): الكتاب الثالث^(٢) في القواعد المختلف فيها، لا يطلق الترجيح لاختلافه في الفروع^(٣)، وهي عشرون قاعدة^(٤).

القاعدة الرابعة: النذر هل يسلك^(٥) به مسلك الواجب أو الجائز^(٦)

(١) هو جلال الدين بن أبي بكر بن محمد الخضري السيوطي. ولد بأسبوط سنة ٨٤٩هـ، وتولى القضاء قبل قدومه للقاهرة. لازم العلامة القباني، وأخذ عنه الكثير من الفقه والأصول والعقيدة والنحو. توفي بالقاهرة سنة ٩١٢هـ. انظر: شخصيات عربية إعداد سلسلة كتاب المعرفة، بيروت ١٩٨٣م، مجلة الأزهر (ص ١٠٤٥) عدد رجب ١٤٢٠هـ.

(٢) كان الكتاب الأول في القواعد الكلية الكبرى، والكتاب الثاني في القواعد الكلية الأقل شمولاً.

(٣) هذه القواعد لا نستطيع أن نرجح فيها رأياً موحدًا، وذلك لأن الفروع المدرجة تحتها يختلف فيها الترجيح من فرع لآخر، وهذا ما سنعرفه خلال الشرح.

(٤) النذر لغة: الوعد بخير أو شرّ المصباح المنير (٨٢٢/٢) لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بدون تاريخ.

وشرعًا: الوعد بخير خاصة، أو التزام قرينة لم تتعين بأصل الشرع. مغني المحتاج (٣٥٤/٤).
والأصل فيه: كتاب الله ﷻ، وسنة رسوله ﷺ. أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]. وأما السنة، فما أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال: "من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه". صحيح البخاري (١٥٩/٤)، كتاب الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك في معصية.

(٥) يقال: سلك المكان سلكًا وسلوكًا: دخل ونفذ، فالمسلك: الطريق والمنفذ. المعجم الوجيز (ص ٣١٨، ٣١٩) طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

(٦) أي: النذر هل يؤدي كما يؤدي الواجب؛ لأن النذر واجب تنفيذه. أو يؤدي كما يؤدي مندوب أو الجائز؛ لأنه لم يكن واجبًا أصلاً قبل النذر؟ فمن نذر أن يصلي ركعتين، هل

قولان^(٧) والترجيح مختلف في الفروع^(٨).

يصليهما كما يصلي الصلوات المفروضة، فيصليهما قائماً، أو يجوز له أن يصليهما قاعداً كالصلاة المسنونة؟

(٧) لا خلاف في وجوب أداء النذر الذي فيه طاعة لله، وإلا فعليه كفارة يمين. وإنما الخلاف في كيفية أدائه، كما سبق، هل يؤدي كما يؤدي الشيء الواجب، أو يؤدي كما يؤدي المستحب أو الجائز؟

القول الأول: أن النذر يؤدي كما يؤدي الواجب، وبه قال بعض الشافعية وبعض الحنابلة، وهو ما يفهم من كلام الحنفية والمالكية.

ووجهة هذا القول: أن المنذور واجب فعله والالتزام به طالما أنه ليس في معصية، ومن ثم، فإنه يؤدي كما تؤدى باقي الواجبات الشرعية.

القول الثاني: أن النذر عند إطلاقه يؤدى كما يؤدى المندوب، وبه قال بعض الشافعية ومنهم إمام الحرمين الجويني، والغزالي، وبعض الحنابلة وارتضاه فقهاء الظاهرية. ووجهة هذا القول: أن الأصل براءة ذمة المكلف مما لم يلزم به من قبل الشرع فيحمل النذر على أقل ما يصح من جنسه ويطلق عليه.

ونوقش هذا القول بأن المكلف هو الذي شغل ذمته وأوجب على نفسه النذر، فكان في أدائه كباقي الواجبات.

القول الرابع: ولذا فإني أرجح أن النذر يؤدي كما يؤدي الواجب إلا إذا وجدت علة أخرى أخرجته عن ذلك، كما سنعرف خلال الفروع الداخلة تحت هذه القاعدة.

راجع في ذلك: الأجوبة الحفيفة (ص ٢١٨) (فقه حنفي) لسمر عبدالله حسين، طبعة المكتبة المحمودية ميدان الجامع الأزهر، بلغة السالك (١/٧٣٥) لأحمد بن محمد الصاوي المالكي مطبعة عيسى الحلبي بدون تاريخ، المجموع (٨/٤٥٠) لأبي بكر زكريا محيي الدين النووي الشافعي، مكتبة الإرشاد، جدة، بدون تاريخ، المنع (٣/٦٠٤) لموفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، طبعة المطبعة السلفية ومكبتها بدون. الفتاوى الكبرى (٥/٥٥٥) لابن تيمية الحنبلي، طبعة دار المنار ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، قواعد ابن رجب (ص ٢٢٨)، المحلى (٥/٥)

فمنها: نذر الصلاة، والأصح فيه الأول، فيلزمه ركعتان، ولا يجوز القعود مع القدرة، ولا فعلها على الراحلة، ولا يجمع بينها وبين فرض أو نذر آخر بتيمم^(٩)، ولو نذر بعض ركعة أو سجدة لم ينعقد نذره على الأصح في الجميع^(١٠).

٣٢/٣١ لابن حزم الظاهري الأندلسي ما لم ينص على طبعته فهو مطبوعة الإمام بالقلعة بدون تاريخ.

(٨) تارة ترجح في بعض الفروع أنها تؤدي كما يؤدي الواجب. وتارة ترجح في بعضها أنها تؤدي كما يؤدي المندوب أو الجائز.

(٩) بناءً على أنه لا يجمع بين فرضين بتيمم واحد.

(١٠) وصورة هذا الفرع: أن إنساناً نذر لله أن يصلي، ولم يحدد عدد الركعات، فهل يلزمه أن يفعلها على هيئة الصلاة الواجبة، فيصلّي ركعتين، وهما أقل الواجب، ويقوم فيهما، ولا يصلّيها على الراحلة... إلخ. في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: أنه لو نذر مطلق صلاة، لزمه بذلك ركعتان على الأقل، يصلّيها كما يصلّي الصلاة الواجبة. وهذا ما أفتى به جمهور العلماء: الحنفية والمالكية والأظهر عند الشافعية ورواية للحنابلة.

قال الحنفية في فتح القدير: "وكذا إذا قال: عَلَيَّ صلاة، تجب ركعتان عندنا" فتح القدير (٩٤/٤). وقال المالكية في قوانين الأحكام: "في الصلاة: إذا نذر صلاة، لزمه ما نوى، وإلا كفته ركعتان. فإن نوى أقل من ركعة، لزمته ركعتان". قوانين الأحكام (ص ١٧٨).

ووجهة هذا المذهب: أن أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان، فوجب حمل النذر عليها. وأما الوتر، فهو نقل. ومن قال: إنه واجب كالحنفية جعلوه ثلاث ركعات. والنذر فرض، فحمّله على المفروض أولى، ولأن الركعة لا تجزئ في الفرض، فلا تجزئ في النذر كالسجدة.

المذهب الثاني: إذا نذر صلاة ولم يحدد عدد ركعاتها، كفاهاً بذلك ركعة واحدة، وبهذا أفتى الشافعية في القول الآخر، ورواية للحنابلة.

قال النووي في المجموع: "فإن نذر صلاة مطلقة، ففيما يلزمه قولان مشهوران: الثاني: ركعة" المجموع (٤٦٥/٨).

ومنها: نذر الصوم، والأصح فيه الأول، فيجب التبييت، ولا يجزي إمساك بعض يوم، ولا ينعقد نذرٌ بعض يوم^(١١).

ووجهة هذا المذهب: أن أقل الصلاة ركعة، فجاز الاقتصار عليها في النذر المطلق. فالوتر صلاة مشروعة، ويجوز الاقتصار عليها في النذر المطلق، ويجوز الاقتصار فيها على ركعة واحدة. وثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تطوع بركعة واحدة. ويناقش هذا المذهب بما يلي:

١- استدلالهم بالأثر الذي ورد عن عمر لا يصلح دليلاً لأمر.

أولها: أنهم قاسوا النذر على التطوع، مع وجود فارق بينهما، فالنذر واجب والتطوع بخلافه. ثانيها: عمر رضي الله عنه أوجب على نفسه ركعة واحدة إن سلمنا أنها لم تكن تطوعاً، وعمل النزاع فيمن أوجب على نفسه صلاة دون تحديد عدد ركعاتها.

ثالثها: قول عمر رضي الله عنه قول صحابي، وقول الصحابي مختلف في حجته على غيره.

٢- وأما قياسهم النذر على الوتر، فغير سديد؛ لأنهم قاسوا ما وجب أداؤه وهو النذر على ما لم يجب أداؤه على الأرجح، وهو الوتر، فلا يصح القياس؛ لوجود الفارق.

المذهب الراجح: وبعد أن رأينا أن منشأ الخلاف مبنيٌّ على الاختلاف في قاعدة النذر، هل يسلك في أدائه مسلك الواجب أو مسلك الجائز؟

فإننا نرى أن الأولى قياس النذر هنا على الواجب بجامع الوجوب في كل، بدلا من قياسه على غير الواجب؛ لعدم وجود ما ينفي القياس الأول. وعليه، فيلزمه ركعتان قائماً.

راجع في ذلك: فتح القدير (٩٤/٤) لابن الهمام الحنفي. قوانين الأحكام (ص ١٧٨) لمحمد بن أحمد بن حزي الغرناطي المالكي، طبعة عالم الفكر، الطبعة الأولى ١٩٧٥م، المجموع (٨/٤٦٥)، المغني والشرح الكبير (١١/٣٤٤، ٣٤٥)، إعلام الموقعين (١٢/١)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٠١/٤) طبعة دار الفكر، بيروت ١٤١٦هـ.

(١١) لو نذر إنسان صوم يوم معين، فهل يكون لهذا اليوم من الهبة والجلال ما لأيام شهر

رمضان؟ وهل يلزم تسييت النية لصوم النذر مثل الصوم المفروض؟

الرأي الأول: يرى وجوب تبييت النية للصوم المنذور. وبه قال ابن عمر وجابر بن زيد

ومنها: إذا نذر صوم الدهر، فلزمته كفارة^(١٢)، الأصح فيه الثاني^(١٣)،

والليث بن سعد والمالكية والأصح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة.

وحجة هذا الرأي: عموم قوله ﷺ: "من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له" سنن الترمذي (١٠٨/٣)، كتاب الصوم، باب ما جاء في "لا صيام لمن لم يعزم من الليل" الحديث رقم (٧٣٠)، وإسناده صحيح.

الرأي الثاني: قال بعدم وجوب تبييت النية في صيام النذر، وهو مقابل الأصح عند الشافعية. وحجته: قياس صوم النذر على صوم النقل، بجامع أن كلا منهما ليس بواجب في أصل الشرع، فكأنهم تَبَيَّنوا مذهبهم على أن النذر في الصوم يسلك مسلك المندوب أو الجائز. الرأي الثالث: فَرَّقَ بين النذر المعين والنذر المطلق، فقال بوجوب تبييت النية في النذر المطلق، وبعدم وجوب تبييتها في النذر المعين. وبهذا قال علي بن أبي طالب وابن مسعود -رضي الله عنهما- وإبراهيم النخعي، وهو مذهب الحنفية والزيدية.

وحجتهم: قياس نذر صوم يوم معين على صوم رمضان، وصوم رمضان لا يشترط فيه تبييت النية عندهم؛ لأن وقته غير قابل أصلاً إلا لصوم رمضان. وكذلك نذر صوم يوم معين لا يقبل غيره من الصوم.

وأما نذر صوم يوم غير معين، فلا بد من تبييت النية حتى لا يختلط بسائر الأيام؛ لأن الزمان غير متعين له، فوجب التبييت؛ تقياً للمزاحمة.

الرأي الرابع: هو الرأي الأول، وهو القائل بوجوب تبييت النية لصوم النذر، سواء كان مطلقاً أم معيناً؛ قياساً على رمضان، ولدخوله تحت عموم الحديث الذي استدلوا به. وأدلة المذاهب الأخرى لم تسلم من الاعتراضات والردود بما لا يتسع المقام هنا لذكرها.

راجع في ذلك: مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح (ص ٢٨٨) لحسن بن عماد بن علي الحنفي، مطبعة مصطفى الحلبي، بالقاهرة ١٣٥٦هـ. قوانين الأحكام (ص ١٢٤)، الأشباه للسيوطي (١٤٦)، المجموع (٣٠٢/٦)، المغني (٢٢/٣)، شرح الأزهار (٩/٢) لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح (فقه زيدي) طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

(١٢) صورة هذا الفرع: أن إنساناً نذر صوم الدهر، ثم ارتكب ما يوجب الكفارة، كأن جامع في نهار رمضان أو ظاهر من امرأته، فهل يقطع النذر ويصوم الكفارة؛ فيجري النذر مجرى الجائز أو المندوب الذي يمكن قطعه، ثم يفدي عن النذر. أو يعتبر عاجزاً عن جميع خصال الكفارة، وبذلك يجري النذر مجرى الواجب الذي لا يجوز قطعه؟.

(١٣) أي: إجراء النذر مجرى الجائز أو المندوب.

فيصوم عنها ويفدي عن النذر. وعلى الآخر^(١٤): لا، بل هو كالعاجز عن جميع الخصال^(١٥).

القاعدة الخامسة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها^(١٦)؟ خلاف^(١٧)

(١٤) أي: على اعتبار أن النذر يجري مجرى الواجب.

(١٥) وللفقهاء في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يرى أن من نذر صوم الدهر، فلزمته كفارة، فإن النذر هنا يسلك مسلك الجائر أو المندوب، فيقطع النذر ويفدي؛ لكي يصوم عن الكفارة الواجبة. وهذا هو المذهب عند الشافعية، ورجحه الحنابلة وبه قال الظاهرية.

الرأي الثاني: يرى سلوك النذر هنا مسلك الواجب، فلا يجوز قطع الصوم المندوب، ويعتبر عاجزاً عن جميع خصال الكفارة. وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية وأحد احتمالين للوجه الآخر عند الحنابلة

وحجة الرأي الأول: أن الشرع هو الذي أوجب عليه الكفارة.

أما النذر، فقد أوجهه المكلف على نفسه، فيقدم ما أوجهه الشرع على ما أوجهه المكلف، كما تقدم حجة الإسلام لمن لم يسبق له الحج على الحجة المندوبة.

وحجة المذهب الثاني: أنه لو صام للكفارة، لترتب عليها كفارة أخرى لقطع النذر، وهذا يؤدي إلى التسلسل، والتسلسل باطل. إضافة إلى أن ذمته مشغولة بصيام النذر، (المشغول لا يشغل).

الرأي الرابع: الرأي الأول القائل بأن من لزمته كفارة صيام بعد النذر، وجب عليه قطع النذر مع الفدية عنه، والصوم عن الكفارة.

(١٦) الصيغة المعبرة عن العقد، قد يأتي فيها لفظان: أحدهما بمفرده يدل على عقد، والآخر يدل

على عقد آخر، مش أن يقول شخص: وهبتك هذا الثوب بدينار.

فهل يعتد بلفظ: (وهبتك) الدال على الهبة، أو يعتد بالتركيب الذي وقع فيه، بحيث ينظر إلى الجملة جميعها، فيكون بيعاً، أو يحكم بأن هذه الجملة لغوٌ؛ لوجود التعارض بين أجزائها، حيث إن لفظ: (وهبتك) يدل على أن العقد ترع، في حين أن الذي تعلق به وهو: (بدينار)

يدل على أنه معاوضة؟

(١٧) جدال واسع بين الفقهاء في هذه القاعدة، والمعبر عنها أيضاً بـ: (هل العبرة باللفظ أو بالمعنى).
(١٨) أي: قد يرجح في بعض فروعها أن العبرة باللفظ، أي: بالصيغة، وقد يرجح في البعض الآخر أن العبرة بالمعنى.

وإليك بيان الفقهاء في هذه القاعدة:

هذه القاعدة منبثقة من قاعدة فقهية متفق عليها، وهي قاعدة: (الأمر بمقاصدها). فهي كالجزء منها، ومن ثم فقد ذكرتها مجلة الأحكام العدلية بعد قاعدة: (الأمر بمقاصدها). شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الرزقاء (ص ١٣)، مرآة المجلة (ص ٨) قام بشرحها: يوسف أصاف. المطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤م.

ولقد اختلف العلماء في هذه القاعدة على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن العبرة بالمعنى المفهوم من الجملة جميعها، وليس بلفظ عقْدٍ وارد فيها، أي: أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ، وهذا ما رآه جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية ورأي للشافعية ورأي للحنابلة، ووافقهم ابن تيمية وابن القيم وهو مذهب الزيدية. ولم يستثن الشافعية إلا النكاح، فاتفقوا على عدم جوازه إلا بلفظ: النكاح أو التزويج.

وحجتهم: قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. فما جرى على اللسان غير معتد بالقلب، فهو لغو ولا اعتبار له.

وقوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى". صحيح البخاري (٦/١)، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى الرسول ﷺ.

قال ابن رجب: "هاتان كلمتان جامعتان، وقاعدتان كليتان، لا يخرج عنهما شيء". قواعد ابن رجب (ص ٢٨٥).

القول الثاني: أن العبرة باللفظ الدال على العقد دون الاعتبار بما يتعلق به. وهو الرأي الثاني للشافعية، ووافقهم متقدمو الحنابلة.

وحجتهم: أن الرضا أمر خفي لا اطلاع لأحدٍ عليه، فيعمل باللفظ المصرح للعقد، ويلغى

فمنها: إذا قال: بعتك ولم يذكر ثمنًا، فإن راعينا المعنى انعقد هبة، أو اللفظ فهو بيع فاسد^(١٩).

الشرط الفاسد.

القول الثالث: قال بأنه إذا تعارض لفظان في العقد، لغا العقد وبطل، ولا يعتد بصيغة العقد ولا بمعناه، وهذا هو الرأي الثالث للشافعية، وهو يتمشى مع نصوص المذهب الظاهري.

وحجتهم: أنه عقد لم يستوف شروطه وأركانه ومخالف للنصوص الشرعية، فلا يعمل به، ويكون باطلاً.

القول الرابع: هو القول بأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ وذلك لأن الجملة لا يفهم السامع معناها إلا مع متعلقاتها، كما أن اللفظ يتغير معناه بحسب ما يتعلق به.

فإذا قال أحد: رأيت أسدًا في الغابة، فالمراد به الأسد الحقيقي. وإذا قال رأيت أسدًا يقود الجيوش، فالمراد به القائد الشجاع بلا شك، ولم يتغير معناه هذا إلا بما تعلق به. وكذلك الأمر بالنسبة للعقود؛ لأن (إعمال الكلام أولى من إعماله)، (وإذا تعذرت الحقيقة فإنه يصار إلى المجاز).

راجع: روضة الطالبين (٣٦/٧) للإمام النووي للشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، الهداية مع فتح القدير (٧٦/٥) لابن همام الحنفي، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق ١٣٣٦هـ، الفروق للقراقي (٥٣/١)، الأشباه للسيوطي (ص ١٤٨)، القواعد النورانية (ص ١١٠) لابن تيمية الحنبلي، دار الكتب العلمية ١٤١٤هـ، إعلام الموقعين (٣/٩٥، ٩٦)، الروض النضير (٤٢٦/٣) لأحمد بن يحيى المرتضى، دار الكتاب الإسلامي، بالقاهرة، بدون تاريخ. المحلى لابن حزم (٩/١٢٩-١٤٤).

(١٩) من المعلوم أن الثمن ركن في عقد البيع، فإذا قال: بعث لك هذه السلعة، ولم يذكر الثمن في الصيغة، فهل يعتبر هذا عقد هبة؛ لأنه تنازل دون مقابل، أو يعتبر بيعًا فاسدًا؛ لأنه لم يذكر فيه أحد العوضين مع أنه قد عقد بلفظ البيع؟

ومنها: إذا قال: خالعتك^(٢٠)، ولم يذكر عَوْضًا. قال الهروي: فيه قولان؛

الرأي الأول: ينعقد هبة، طالما أنه لم ينص على الثمن في العقد. وبهذا أفتى الحنفية وظاهر المذهب المالكي وصرح به الشافعية في أحد القولين ووافقهم الحنابلة. قال الأحناف في الاختيار: "إن وجد تملك المال بالمنافع، فهو إجارة أو نكاح، وإن وجد مجانًا فهو هبة". الاختيار لتعليل المختار (٣/٢). فهذا النص صرح بأن البيع لا يعتبر بيعًا، بل هبة؛ نظرًا إلى المعنى.

الرأي الثاني: قال بأن صيغة البيع إذا خلّت عن ذكر الثمن، كان بيعًا فاسدًا، وبهذا قال الشافعية في أحد القولين، وهو يتوافق مع أصول المذهب الظاهري. قال النووي في المجموع: "لو قال: بعته، ولم يذكر ثمنًا، فإن اعتبرنا المعنى: انعقد هبة، وإلا فبيعٌ فاسدٌ". المجموع (٢٠٣/٩).

وحجة الرأيين متفرعة عن أدلتهم في قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها. الرأي الراجح: أن هذه العبارة: (بعته) دون ذكر الثمن، يُراعى فيها مقتضى الحال الذي قيلت فيه، وما يلحقها من قرائن.

فمثلاً: لو دخل شخص محلاً تجارياً وطلب سلعة معينة، وقال له البائع: بعته هذه السلعة دون أن يذكر الثمن، ولم يكن الثمن مدوناً على السلعة، فهو بيع فاسد؛ لأن صاحب المحل يريد البيع لا الهبة، فكان لا بد من ذكر الثمن. ولو قال رجل لصديقه: هبني هذا الشيء، فقال صديقه: (بعته) دون أن يذكر الثمن، انعقد هبة. ولو قال سائل: أعطني مما عندك، فقال له: (بعته) دون ذكر الثمن، كان هبة لا بيعاً... وهكذا.

(٢٠) الخلع لغة: مصدر خلع، يقال: خلع الرجل ثوبه خلعاً، إذا أزاله عنه ونزعه من بدنه. وخلع الرجل امرأته، وخالعت المرأة زوجها مخالعة، إذا افتدت منه، وتخالعا، أي: أزال كل منهما لباسَ صاحبه. لسان العرب (١٧٩/٤).

وشرعاً: فراق الزوجة بعوض بالفاظ مخصوصة، سُمي بذلك؛ لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس.

الروض المربع شرح زاد المستنقع (ص ٤٧٠) لمنصور بن إدريس البهوتي الحنبلي، مطبعة

بناءً على القاعدة: أحدهما: لا شيء. والثاني: خلعٌ فاسدٌ يوجب مهر المثل وهو الصحيح (٢١).

الشركة المصرية للطباعة والنشر، بالقاهرة ١٣٩٨هـ.

(٢١) إذا كان الإسلام قد أعطى للرجل حق الطلاق كطريق لإنهاء الحياة الزوجية عند الشقاق وعدم الوفاق، فإنه في المقابل أعطى للمرأة حق الخلع، فأجاز لها أن تطلب الخلع من الزوج إذا كرهت زوجها، وخشيت ألا تؤدي حق الله فيه.

فلو خالعتها زوجها دون أن يذكر العوض بنفي أو إثبات، فقال لها: خالعتك، فهل يعدّ هذا خلعاً حقيقياً، ويستحق مهر المثل في مقابل ذلك؛ مراعاة للفظ؟ أو لا يعدّ خلعاً وإنما يعتبر طلاقاً رجعيّاً؛ مراعاة للمعنى؟

المذهب الأول: يرى أن الخلع لا يصح إلا بعوض، وبهذا قال الحنفية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وبه قال الزيدية والإمامية. فإن تلفظ بغير عوض ونوى الطلاق، كان طلاقاً، وإن لم ينو الطلاق لم يكن شيئاً.

وحجتهم: أن الخلع يصح كنايةً عن الطلاق، والكناية لا بد فيها من نية. فإذا نوى الطلاق، كان طلاقاً موجباً لمهر المثل؛ لأنه عقد على البضع، فوجب لها مهر المثل. وإذا لم يكن هناك نية للطلاق، فلا يقع شيء؛ لعدم النية اللازمة في الألفاظ الكنائية، ولا خلع؛ لأننا لو أجزناه بغير عوض واعتبرناه خلعاً، ما كان هناك فرق بين الخلع والطلاق.

المذهب الثاني: يرى أن الخلع يصح بدون عوض، ويقع خلعاً، ولا يستحق الزوج شيئاً. وهذا ما يراه المالكية والمعتمد عند الحنابلة.

قال ابن قدامة في المغني: "وإن خالعتها على غير عوض، كان خلعاً، ولا شيء له". للمغني والشرح الكبير (١٩٤/٨).

وحجتهم: أن الخلع قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق. ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه، فإذا سألته فراقها وأجابها، حصل المقصود من الخلع، فصح كما لو كان بعوض.

المذهب الرابع: لَمَّا كان عوض الخلع حقاً للزوج، وكان من المقرر في الشريعة أن المرء له أن يتنازل عن حقه بإرادته، فإننا نرى أن المذهب الثاني القائل بصحة الخلع وجوازه وانعقاده

القاعدة الثامنة: الإبراء^(٢٢)، هل هو إسقاط^(٢٣) أو تملك^(٢٤)؟ قولان،

خلعًا هو الراجح، حتى لو كان بغير عوض؛ طالما توافر شرط التراضي على ذلك من جانب الزوج المخالع.

ولأن المرأة لم تغرر به، فلا يستحق الرجوع عليها بمهر المثل. ولأنها طلبت منه الخلع دون تسمية عوض، فصارت كأنها قالت له: طلقني ولا شيء لك.

وبهذا فقد رجَّحنا في الفرع المذكور أن العبرة بالمقاصد.

راجع: حاشية ابن عابدين (٤٥٩/٣) لمحمد أمين الحنفي، المطبعة الأميرية بولاق ١٣٢٣هـ،

الأشباه للسيوطي (ص ١٤٨)، مغني المحتاج (٣/٣٦٨)، المغني والشرح الكبير (٨/١٩٥)،

الناج المنهب (٢/١٧٤) لأحمد بن قاسم العنسي اليماني (فقه زيدي) مطبعة عيسى الحلبي ١٣٦٦

هـ، شرائع الإسلام (٣/٥٠، ٥١) للمحقق الحلبي الإمامي منشورات دار الأضواء، بيروت ١٤٠٣

هـ. أسهل المدارك (٢/١٥٨) لشهاب الدين عبدالرحمن بن محمد بن عساكر، مطبعة عيسى

الحلبي، الطبعة الثانية بدون تاريخ.

(٢٢) الإبراء لغة: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء. قال ابن الأعرابي: برئ: تخلص

وتنزهه وتباعد. لسان العرب (١/٣٥٦).

وإصطلاحًا: إسقاط الشخص حقًا له في ذمة آخر أو قبْلَهُ. فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا

تجاهه كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به، فتركه لا يعتبر إبراءً، بل هو إسقاطٌ محض. وقد

اختير لفظ (إسقاط) في التعريف بالرغم من أن الإبراء فيه معنيان هما: الإسقاط والتمليك؛ تغليبا

لأحد المعنيين، ولأنه لا يخلو من وجهٍ إسقاط، كما سنعرف. فتح القدير (٣/٣٥٦)، حاشية ابن

عابدين (٤/٢٧٦).

والإبراء تعتربه الأحكام الخمسة، والأصل فيه الندب؛ لأنه نوع من الإحسان؛ إذ هو في الغالب

يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذي يُثقل الدين كاهله. وعلى الأقل يزيد المودة بين الدائن

والمدين. مغني المحتاج (٢/٢٠٣). ولقد حث الإسلام على الرفق بالمعسر؛ حتى يتمكن من الوفاء

بالدين، فقال ﷺ: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ

تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: "ومن

يَسْرَ عَلَى مَعْسَرِ يَسْرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ" صحيح مسلم (٢٠٧٤/٤) كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر. الحديث رقم (٢٦٩٩). وأخرج الترمذي في سننه بإسناد صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ "من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله" سنن الترمذي (٥٥٩/٣)، كتاب البيوع، باب في إنذار المعسر، الحديث رقم (١٣٠٦).

(٢٣) الإسقاط لغة: الإزالة. يقال: سقط الشيء من يده على الأرض، وأسقطه، أوقعه. وأسقط الفارس اسمه من الديوان: رفعه وأزاله. لسان العرب (١٨٧/٩).

واصطلاحاً: إزالة الملك أو الحق، لا إلى مالكٍ أو مستحق، وذلك مثل الطلاق، فهو إزالة ملك النكاح، وانعفو عن القصاص، فهو إزالة حق القصاص. والإسقاط قد يقع على حَقٍّ في ذمة آخر، أو قَبْلَهُ على سبيل المديونية (كالحال في الإبراء)، كما قد يقع على حق ثابت للشرع لم تُشغَل به الذمة (كحق الشفعة)، ويكون بعوض وبغير عوض.

فالإبراء أحص من الإسقاط. فكل إبراء إسقاط، ولا عكس. الموسوعة الفقهية الكويتية (١٤٣/١).

(٢٤) ولقد اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي لحقيقة الإبراء، هل الدائن ملك المدين ما عليه من دين، فيعتبر الإبراء تمليكاً. أو أنه يعتبر إسقاطاً؛ لأنه أسقط الدين الذي له على المدين؟ وكان لهذا الخلاف أثره في فروع فقهية عديدة:

الرأي الأول: أن الإبراء يحتل معنى الإسقاط ومعنى التمليك. وإليه ذهب الحنفية. ونصوا عليه، فقالوا: "الإبراء فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط". الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٦٤)، فتح القدير (٤٤/٧).

وحجتهم: أن الإبراء فيه إسقاط بالنظر إلى الدائن؛ لأنه قد تَخَلَّى عن الدين، فلم يبق من عناصر تراثه، وانقطعت مطالبته به.

وفيه معنى التمليك بالنظر إلى المدين؛ لأنه قد تَمَلَّكَه، فزاد ثراؤه بقدره.

الرأي الثاني: أن الإبراء إسقاط. وهو قول مرجوح للمالكية، وبه قال بعض الشافعية، وهو المعتمد للحنابلة والإمامية، وقاله الظاهري، وكذا الراجح عند الزيدية.

وحجتهم: أنهم نظروا إلى منشئ الإبراء، وهو الدائن، والدائن يأتي من ناحيته الإسقاط، فكان

الإبراء يغلب فيه الإسقاط. ولهذا: لو حلف ألا يهب لشخص، فأبراه، لم يحنث؛ لأن الهبة تملك، وهذا إسقاط.

الرأي الثالث: أن الإبراء تملك لما في ذمة المدين. وهو الراجح عند المالكية، وبه قال بعض الشافعية ورأي للحنابلة، والمؤيد بالله من الزيدية في أحد قوليّه.

وحتتهم: أن الفرض من الإبراء هو تملك المدين ما عليه من دين. والدين قد دخل في ملكه بعد أن كان مطالباً به، فكان الإبراء تملكاً.

الرأي الراجح: مع التسليم باشمال الإبراء على المعنين، فلعل الراجح هو التملك في الإبراء على جانب الإسقاط؛ للاعتبارات التالية:

١- أن شرط تحقق الإسقاط هو زوال الحق نهائياً وتلاشيه دون أن يتملكه المسقط عنه. وهذا هو الإسقاط المحض الخالي عن معنى التملك.

أما الإبراء، فإنه لا يتوافر فيه هذا المعنى؛ لأنه وإن زال حق الدائن في مطالبته المدين، فإنه يوجب ملكية هذا الدين للمدين إذا قبل الإبراء ولذا افترقا.

٢- الإبراء قد يأتي في صورة الهبة والوصية والصدقة والعطية. وهذه كلها تصرفات ناقلة للملكية، فلو لم يفد الإبراء التملك، لما صحَّ بحينه في صورة هذه التصرفات.

٣- محل الإبراء هو الحقوق الثابتة في الذمة، وهي تمثل في الديون أيضاً كان مصدرها، والديون كلها قابلة للتملك.

٤- الإبراء لا يردُّ على الحقوق التي لا تثبت في الذمة كحق ملكية العصمة وحق ملكية الرقبة وحق القصاص وحق الشفعة، وإنما هذه الحقوق يردُّ عليها الإسقاط.

وهذا يؤكد ترجيح جانب التملك في الإبراء على جانب الإسقاط.

راجع: فتح القدير (٤٤/٧)، حاشية الدسوقي (٩٩/٤)، مغني المحتاج (١٩٤/٣)، كشاف

القناع (٤٧٨/٢)، شرح الأزهار (٢٩٨/٤)، البحر الزخار (٩٦/٥)، المحلى لابن

حزم (١٤٣/٦). طبعة دار الاتحاد العربي ١٣٨٧هـ.

المنثور في القواعد للزركشي (٨١/١، ٨٢)، الفروق للقرافي (١١٠/٢، ١١١).

فمنها: تعليقه، فالأصح فيه التملك، فلا يصح^(٢٥).

ومنها: ارتداده بالرد، والأصح فيه الإسقاط، فلا يصح^(٢٦).

(٢٥) من المقرر لدى الفقهاء أن التمليكات لا تقبل التعليق؛ لما يؤدي إليه تعليقها من معنى الغرر

والمخاطرة، بخلاف الإسقاطات، فهي تقبل التعليق؛ وذلك لعدم الغرر وانتفاء الضرر.

ولما كان الإبراء مختلفاً في طبيعته، هل هو تملك فلا يصح تعليقه، أو إسقاط فيصح تعليقه،

فقد اختلف الفقهاء في حكم تعليقه؛ إلى آراء:

الرأي الأول: لا يجوز تعليق الإبراء على شرط مطلقاً، سواء كان الشرط ملائماً كقول الدائن

لمدينه: إن أديت إلي كذا من الدين، فأنت بريء من الباقي، أو كان الشرط غير ملائم، كأن

يقول: إن هبّت الرياح أو نزل المطر فأنت بريء من الدين. وهذا ما يراه الحنفية والراجح

للمالكية والأصح للشافعية وقول للحنابلة وبه قال المؤيد بالله من الزيدية في أحد قوله.

الرأي الثاني: يجوز تعليق الإبراء على شرط، وهو رأي مرجوح عند كل من المالكية

والشافعية واختاره بعض الحنابلة وصوّبه ابن القيم، وقال به جمهور الزيدية. وهو مصير كل

من قال: إن الإبراء إسقاط باستثناء المذهب الظاهري.

قال ابن القيم: "ويصح تعليق الإبراء بالشرط؛ لأنه إسقاط، كما يصح تعليق الطلاق". إعلام

الموقعين (٧/٤).

وحجة كل من الرأيين مبنية على رأيهم في حقيقة الإبراء. فمن رجح فيه جانب الإسقاط،

أجاز تعليقه على الشرط، ومن رجح فيه جانب التملك، منع. إلا أن الحنفية منعت تعليق

الإبراء على شرط، مع أنهم يقولون بأن لإبراء يحتمل الإسقاط والتملك؛ لأنهم علّوا في هذا

الفرع جانب التملك.

الرأي الراجح: ونظراً لأننا رجحنا أن الإبراء يغلب فيه التملك، وكانت حجة الرأيين مبنية

على حقيقة الإبراء، فإنني أرى أنه لا يجوز تعليق الإبراء على شرط؛ لأن التعليق في التمليكات

لا يجوز. انظر: المراجع السابقة، نفس الصفحات، وحاشية ابن عابدين (٧٠٧/٥).

(٢٦) هذا الفرع مأخوذ من فرع آخر، وهو حكم توقف الإبراء على القبول. فالذين قالوا بأن

الإبراء تملك، اشترطوا أن يقبل المدين الإبراء حتى لا يدخل في ملك المدين ما ليس برضاه،

ومنها: الإبراء مما يجهله المبرئ، والأصح فيه التملك، فلا يصح^(٢٧).
القاعدة الحادية عشرة: الطلاق^(٢٨) الرجعي^(٢٩)، هل يقطع النكاح أم لا؟ قولان^(٣٠):

وبناءً عليه أيضًا قالوا: إن المدينَ إذا رفض الإبراء قبلَ رفضه، فالمدين قد يخشى المنة من الدائن، فتلحقه المعرة (العار) بذلك، لا سيما إذا كان المدين أعز قدرًا ومنزلةً ومن أهل الفضل والمروءة.

وهذا هو الراجح، بل حتى لو افترضنا أن الإبراء إسقاط محض؛ وذلك خشية المنِّ كما ذكر. راجع: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥)، الفروق (١١١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٥٢)، الإنصاف (١٢٧/٧) للمرداوي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٧٦هـ. كشف القناع (٣٠٤/٤)، شرح الأزهار (٣٠٤/٤).

(٢٧) الشخص المدين هنا معلوم، لكن قدر الدين مجهول، فهل يجوز الإبراء من هذا الحق المجهول؛ بناءً على أن الإبراء إسقاط؛ أو لا يصح الإبراء من الحق المجهول؛ بناءً على أن الإبراء تملك؛ الذي رجحهُ السيوطي عدم صحة الإبراء من الحق المجهول؛ تغليبًا لجانب التملك، وتمليك المجهول لا يصح.

لكنني أرى صحة الإبراء من الحق المجهول؛ لأن عدم صحة التملك في الشيء المجهول معلل بأنه يؤدي إلى المنازعة. أما التملك الذي في الإبراء، فإنه لا يؤدي إلى المنازعة؛ لأنه لا يحتاج إلى قباض وتسليم، وإذا زالت العلة زال المعلول.

والحكم في هذا المقام يدار على معنى الإسقاط؛ لتحقيق العفو المأمور به في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والامتثال لأمر النبي ﷺ: "من كانت له مظلمة لأحد فليتحلل منه اليوم..." صحيح البخاري (٦٧/٢)، كتاب المظالم، باب من كانت له مظلمة عند الرجل، فحللها له، هل يبين مظلمته؟

راجع: الهداية (٣٩٧/٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٦٤)، حاشية الدسوقي (٣٣٩/٣)، مغني المحتاج (٢٠٢/٢)، المغني لابن قدامة (٢٤/٥)، شرائع الإسلام (٢٢١/٢)، شرح الأزهار (٣٠٢/٤)، المحلى لابن حزم (١٤٣/٦)، طبعة دار الاتحاد العربي ١٣٨٧هـ.

(٢٨) الطلاق لغة: الترك مطلقًا والتخلية من القيد، سواء كان هذا القيد حسيًّا كترك الناقة وإرسالها ترعى، أم معنويًّا كتطليق الزوجة. لسان العرب (٣٩٩٢/٤).

وشرعاً: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو تصرفٌ مملوكٌ للزوج يحدّثه بلا سبب، فيقطع النكاح. معني المحتاج (٢٧٩/٣).

(٢٩) الرجعة لغة: اسم مصدر لكلمة: رجع، يقال: رجع عن سفره وعن الأمر: رَجُوعًا ورجعًا، وهو نقيض الذهاب. المعجم الوجيز (ص ٢٥٦).

وشرعاً: عرفها الحنفية بأنها: استدامة ملك النكاح القائم ومنعه من الزوا. بدائع الصنائع (٣ / ٨١)، طبعة دار الكتاب العربي.

وعرفها الشافعية بأنها: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص. معني المحتاج (٣/٣٣٠).

(٣٠) لو طَلَّقَ الرجل زوجته طلاقاً للرجعة، فهل هذا الطلاق يقطع العلاقة الزوجية بينهما؟ بمعنى أنه لا يجوز له وطؤها والاستمتاع بها قبل مراجعتها، ولو طلقها مرة أخرى قبل المراجعة لا يقع طلاقه عليها، ولو مات وهي في العدة لا يجوز لها أن تغسله؟

تحريم محل النزاع

من خلال تتبع كلام الفقهاء، نجد أنهم يتفقون على أن المطلقة طلاقاً رجعيًا لها حكم الزوجة من حيث ثبوت الإرث بينها وبين زوجها، وصحة وقوع الطهار عليها، ووجوب النفقة لها ما دامت في عدتها، وصحة التلاعن بينها وبين زوجها.

لكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من الأمور، ومنها: هل الطلاق الرجعي يقطع النكاح أم لا؟ الاتجاه الأول: يرى أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأصح عندهم، وإليه مآل بعض الحنابلة، وهو قول عطاء بن أبي رباح المكي.

وحجتهم: قوله تعالى: ﴿وَيُعَوِّظُهُنَّ أَنْ يَحْسَبُنَّ بَرَءَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٨٨].

فقد عبر الله تعالى عن الرجعة بالرد، والرد معناه الإعادة، فدل هذا على أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح، ولا يعود النكاح إلا بالرجعة التي هي بمعنى الإعادة. ولأنها طلقة واقعة فأثبتت التحريم كالطلاق بعوض.

الاتجاه الثاني: يرى أن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وهذا الاتجاه قاده فقهاء الحنفية وبعض الشافعية، وتبعهم الحنابلة في ظاهر المذهب، وهو رأي الإمامية والزيدية والظاهرية.

قال الرافعي: والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما؛ لاختلاف الترجيح في فروعها.

منها: لو مات عن رجعية، فالأصح أنها لا تغسله. والثاني: تغسله

قال الحنفية في البحر الرائق: "الرجعة: إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة". البحر الرائق (٥٤/٤) لابن نجيم الحنفي، الطبعة الثانية بيروت ١٣٧٠هـ.

وحجتهم: قوله تعالى: ﴿ وَيُعَوِّثُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾. [البقرة: ٢٢٨] وقالوا في وجه الدلالة: الآية قد سمّت المطلق بعلاً، أي زَوْجًا، فالزوجية باقية بنص الآية.

وقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّمَا كَبَّمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْخَسَانِ ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فإنه سبحانه وتعالى قد سمى الرجعة إمساكاً، فالرجعة تحول بين النكاح وبين مَضِيهِ إلى البينونة. الاتجاه الراجح: هو رأي الأحناف القائل بأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وأن الرجعية تعتبر في حكم الزوجة طالما كانت في العدة، بدليل صحة الإيلاء والظهار منها إن حصلت الرجعة بعدهما، كما يلحقها الطلاق أيضاً وتصح ملامعتها، وإذا مات أحدهما في أثناء العدة ورثه الآخر. فهذه الأمور كلها تعتبر مؤكدات لقيام الزوجية حكماً.

وإذا ثبت كون الزوجية قائمة حكماً، كانت الرجعة إمساكاً للنكاح كما يقول الأحناف، لا إعادة له كما يقول الشافعية.

وأما قول الشافعية: إن الرد معناه: الإعادة، فهذا لا يعني أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح، وإلا لوجب استئذانها في حق الرجعة، وهو لا يجب.

والإعادة تعني رجوع الشيء إلى ما كان عليه، وهذا لا يكون إلا ببقاء أصل الشيء وقياسهم على الطلاق بعوض قياس مع الفارق؛ لأن الزوجة تدفع العوض لرفع سلطان الزوج عنها، وهذا ليس بوارد في الطلاق الرجعي.

راجع: بدائع الصنائع (١٨٣/٣-١٨٥)، حاشية الدسوقي (٣٦٩/٢، ٣٧٠)، مغني المحتاج (٤/٣٣٧)، كشف القناع (٣٤١/٥)، شرح الأزهار (٤٦٧/٢)، شرح كتاب النيل وشفاء العليل (١٠٤/٧) لمحمد بن يوسف أطفيش (فقه إباضي) مكتبة الإرشاد جدة، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م. شرائع الإسلام (٣/٣٠)، المحلى لابن حزم (٧/٣٠٥).

ومنها: أنه لا يشترط فيها الإشهاد^(٣٢).

(٣١) الزوجة يجوز لها أن تُغسَل زوجها إذا مات، وهو الرأي الراجح؛ بدليل قول عائشة -رضي الله عنها: لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما غسل رسول الله ﷺ إلا نساؤه. سنن أبي داود بإسناد صحيح (١٩٦/٣)، كتاب الجنائز، باب ستر الميت عند غسله. وأوصى أبو بكر ﷺ أن تغسله أسماء بنت عميس، ففعلت. وغسل أبا موسى الأشعري زوجته أم عبدالله.

وكذلك فالراجح عند جمهور أهل العلم أنه يجوز للزوج أن يغسل زوجته بدليل قول النبي ﷺ لعائشة -رضي الله عنها: "لَوْ مِتَّ قَبْلِي لَغَسَلْتُكَ وَكَفَّنْتُكَ" أخرجه رجاله ثقات. وقد غسل علي ﷺ زوجته فاطمة -رضي الله عنها- دون إنكار من أحد.

والمعنى في ذلك: أن كل واحد من الزوجين يسهل عليه إطلاع الآخر على عورته؛ لما كان بينهما في الحياة، ويأتي الغسل على ما يمكنه؛ لما كان بينهما من المودة والرحمة. وأمَّا المطلقة طلاقاً رجعيًا، ومات زوجها في العدة، فهل يجوز لها أن تغسله، بناءً على أن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، أو لا يجوز؛ ترجيحاً لأن الطلاق الرجعي يقطع النكاح؟ خلاف بين العلماء في ذلك، وهو مبني على اختلافهم في القاعدة المذكورة: الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟

والراجح: جواز غسل المرأة لزوجها ولو كانت معتدة طالما أن الطلاق رجعي، وهذا ما أفق به الحنفية وأحد القولين عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو مذهب الزيدية. راجع: الأجوبة الخفيفة (ص ٦٨)، قوانين الأحكام (ص ١٠١)، المجموع (١١٣/٥)، الشرح الكبير بامش المغني (٢١٣/٢)، شرح الأزهار (٤٠٨/١).

(٣٢) أي: بناءً على أن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح.

وللعلماء في اشتراط الإشهاد على الرجعة قولان:

القول الأول: أن الإشهاد على الرجعة مستحب، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمشهور عند المالكية والأصح في المذهب الشافعي وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وهو رأي الإمامية.

القاعدة الرابعة عشرة: الزائل العائد، هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف (٣٣).

وحجتهم: حديث ابن عمر: "... مرة فليراجعها" ولم يأمر النبي ﷺ بالإشهاد. سنن الدارقطني (٥/٤)، كتاب الطلاق، الحديث رقم (٦). قال المحقق: وسنده صحيح. وقياساً على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق، فالرجعة قرينة، فلا يجب الإشهاد فيها. والطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وهي لا تحتاج إلى قبول.

القول الثاني: قال بوجوب الإشهاد على الرجعة، وهو ما ذهب إليه المالكية في قول مرجوح عندهم، ومقابل الأصح عند الشافعية، والرواية الثانية عن أحمد، وهو مذهب الإباضية والظاهرية. وحجتهم: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فهذا أمر، والأمر للوجوب. ولأن الطلاق الرجعي يقطع النكاح، فكان لا بد من الإشهاد على الرجعة، لأنه استباحة بضع محرم. والراجح: هو القول الأول باستحباب الإشهاد على الرجعة لا سيما إذا لم يكن أحد قد علم بوقوع الطلاق، فإن أشيع بين الناس وقوع الطلاق وأذيع الخير، فالأولى بالقبول هو القول الثاني القائل بوجوب الإشهاد على الرجعة؛ سداً لذرائع الفساد، واحتياطاً وصيانة للأعراض والأنساب. وهذا تليق حسن وجمع بين القولين.

راجع: الاحيار لتعليل للخلع (١٤٨/٣)، قوانين الأحكام (ص ٢٤٦)، المجموع (٤١٣/١٨)، للفتن (٢٢٢/٣)، شرائع الإسلام (٣٠/٣)، شرح كتاب التل (٣٤٣/٧)، المحلى (٣٠٥/٧)، نيل الأوطار (٢٥٣/٦).

(٣٣) الشسيء الذي زال، ثم عاد مرة ثانية، هل نعتبه كأنه لم يزل، أي: كأن شيئاً لم يكن، أو لأنه قد زال يعدُّ كأنه لم يعد؟ فمثلاً: لو سافر إنسان سفراً تقصر فيه الصلاة، وفاته صلاة في السفر، ثم سافر مرة ثانية، فهل له أن يقصر الصلاة التي فاته في السفر الأول طالما أنه يصلها في سفرٍ أيضاً، وهو السفر الثاني؛ لأن الزائل (السفر) العائد (السفر للمرة الثانية) كالذي لم يزل، أو يلزمه الإتمام؛ لأن الزائل العائد كالذي لم يعد؟

الرأي الأول: يرى أن الزائل العائد يعتبر كأنه لم يزل، وهذا الرأي مُحَرَّجٌ على رأي الحنفية، وبعض الإمامية، وصرح به الشافعية والحنابلة في أحد القولين عندهم.

وحجتهم: أن الإعادة تعتبر استدامة للزائل، فيُعْطَى العائد حكم الزائل، ويصير كالذي لم

فرجح الأول في فروع، منها^(٣٤): إذا أخرج المعجل له الزكاة في أثناء الحول عن الاستحقاق، ثم عاد، تجزئ في الأصح^(٣٥).

يزل أصلاً، طالما أنه عادَ إلى ما كان عليه.

الرأي الثاني: أن الزائل العائد يعتبر كأنه لم يعد. وهو مُخَرَّجٌ عَنِ رَأْيِ المَالِكِيَّةِ وبعض الإمامية، وصرح به الشافعية والحنابلة في أحد القولين عندهم.

فقال ابن رجب الحنبلي: "ما زال من الأعيان، ثم عاد بأصل الخِلْقَةِ أو بصنع آدمي، هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا؟ فيه خلاف يَطْرُدُ في مسائل" قواعد ابن رجب (ص ٣١٢).

والراجح: الرأي الأول القائل بأن الزائل الذي يعود يعتبر كأنه لم يزل. فمن العبث مثلاً لو ذهب سمع إنسان ثم عاد أن نقول بأن السمع الثاني غير السمع الأول. ولو قطعت يد الإنسان ثم أعيدت بوسائل الطب الحديث، فهل يمكن القول بأن اليد التي أعيدت غير اليد التي قطعت؟! ولو سلمنا في بعض الأحوال أن العائد غير الزائل، كالمسافر الذي يقيم، ثم يسافر مثلاً، فالسفر الثاني غير الأول، فإن هذا لا يمنع من إعطاء هذا العائد حكم الزائل، وذلك لأمرين: الأول: أننا لم ننكر أنه غير الزائل، وإنما فقط نعطيه حكم الزائل.

الثاني: أن مواصفات العائد هي نفس مواصفات الزائل، فُعطى حكمه؛ قياساً عليه، طالما أننا لم نكر العمل بالقياس. راجع: البحر الرائق (٢/٢٤٢)، الاختيار (٢/٦١)، أسهل المدارك (٢/٣٢٨-٣٣٠)، قواعد ابن رجب (ص ٣١٢)، مختصر العلائي (ص ٤٦٠)، الأشباه للسيوطي (ص ١٥٦)، شرائع الإسلام (١/١٣٦، ٤/٢٧٢، ٢/٢٧٣).

(٣٤) أي رجع أن الزائل العائد كالذي لم يزل في بعض الفروع.

(٣٥) القاعدة المذكورة لها فروع كثيرة، شأنها شأن القواعد السابقة واللاحقة إلا أنني أمثل لكل قاعدة بمخالفين أو أكثر، وأنتقي الأمثلة التي نحن في أمس الحاجة إلى معرفتها لا سيما في وقتنا المعاصر، وذلك بما يفهم المقصود من كل قاعدة.

وقاعدة: الزائل العائد من أمثلتها: الصلاة الفائتة في السفر كما ذكر أثناء شرح القاعدة، وكذلك من أمثلتها أيضاً هذا المثال:

وهو: أنه يجوز تعجيل إحراج الزكاة في الأموال التي لا تجب فيها الزكاة إلا بمرور الحول،

ومنها: إذا أزال سمع إنسان، ثم عاد، سقط القصاص والضمان في الأصح^(٣٦).

طلما أن المال بلغ النصاب؛ تيسيراً ورفقاً بالمزكين، وتوسعةً على الفقراء والمساكين. فلو أن من وجبت عليه الزكاة عَجَّلَ إخراجها قبل وقت وجوبها فأعطاها المستحق كالفقير المسلم، ثم اغتنى الفقير أو ارتد المسلم أثناء الحول، ثم عاد عند رأس الحول مستحقاً، بأن عاد الغني فقيراً، والمرتد مسلماً، فهل تسقط الزكاة عن الدافع؛ لأن الزائل للعائد كالذي لم يُزَلْ، أو لا تسقط الزكاة عن الدافع؛ لأن الزائل العائد كالذي لم يعد؟

القول الأول: يرى أنه تبرأ ذمة الدافع، وإليه ذهب الحنفية والأصح عند الشافعية وبه قال الحنابلة. قال في البحر الرائق: "ثم اعلم أنه لو عَجَّلَ زكاة ماله، فأيسر الفقير قبل تمام الحول، أو مات، أو ارتد، جاز عن الزكاة". البحر الرائق (٢/٢٤٢).

فعلم من باب أولى أنه لو رجع المرتد إلى إسلامه أو عاد الغني فقيراً عند رأس الحول، لبرأت ذمة الدافع.

وحتتهم: أن الزائل العائد، كالذي لم يُزَلْ. وأن الآخذ كان مستحقاً وقت إعطاء الزكاة له، فَصَحَّ إعطاؤه، ولا يضر الدافع ما يَعْرِضُ للآخذ من موانع. ولأن الزكاة حقٌّ أدَّاه الغني إلى مستحقه، فبرأ منه، ولأنه كان أهلاً للآخذ وقت الأداء ووقت الوجوب، فاكتفي بذلك.

القول الثاني: لا تبرأ ذمة للدافع. وهو الرأي الثاني في المذهب الشافعي.

وحتتهم: أن الزائل العائد كالذي لم يُعَدَّ، وبالقياس على عدم الاستحقاق عند الآخذ وعند آخر الحول، بجماع عدم الاستحقاق في كل.

والراجح: هو القول الأول ببراءة ذمة من عَجَّلَ زكاته قبل مرور الحول، حتى لو خرج المدفوع إليه عن أهلية الاستحقاق، طالما أنه عاد إلى ما كان عليه عند رأس الحول. بل إن الدافع يستحق ثواب التعجيل، لا سيما في هذا الزمان الذي يتصارع فيه الناس على تأخير ما يجب عليهم.

راجع: البحر الرائق (٢/٢٤٢)، حاشية الدسوقي (١/٥٠٣)، الأشباه للسيوطي (ص ١٥٦)،

المجموع (٦/١٢٤، ١٢٥)، المغني والشرح الكبير (٢/٥٠٣)، المحلى لابن حزم (٣/٣٨٨).

(٣٦) لو وقعت جناية على إنسان، فذهب سمعه وبصره أو إحدى حواسه، أو قطعت يده، ثم عاد

ما زال من حواس وأعضاء، فهل يسقط القصاص عن الجاني في حالة العمد، أو الدية في حالة

القاعدة الخامسة عشرة: هل العبرة بالحال أو بالمآل^(٣٧)؟ فيه خلاف،

الخطأ؛ لأن الزرائل العائد كالذي لم يُزل، أو يجب القصاص أو الدية؛ لأن الزرائل العائد كالذي لم يُعَدَّ؟

المذهب الأول: يرى عدم وجوب القصاص أو الدية لو عاد إلى المحني عليه ما قد زال منه. وهذا ما صرح به الحنفية وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة وإليه ذهب الإمامية، وقال الإمامية بتعطيل القصاص عن الجاني حتى تفوت مدة يتوقع فيها عودة المحني عليه إلى حالته الأولى من عدمه.

المذهب الثاني: قال بوجوب القصاص أو الدية. وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في قول مرجوح عندهم.

وحجة كل مذهب مبنية على الاختلاف في القاعدة المذكورة.

والراجح: المذهب الأول القائل بأن المحني عليه إذا عاد إلى حالته فلا قصاص ولا دية، وإنما يجب الأرش أو الحكومة ويعزَّر إذا كان متعمداً، مع عدم الإسراع في القصاص.

راجع: مجمع الأثر (٢/٦٢٥)، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢/٢٦١) للشيخ صالح عبد السمیع الآبی الأزهری مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٦٦هـ. الأشباه للسيوطي (ص ١٥٦)، قواعد ابن رجب (٣١٣)، شرائع الإسلام (٤/٢٧٢، ٢٧٣)، شرح الأزهار (٤/٤٤٣).

(٣٧) رغم ما لهذه القاعدة من عظيم الأثر في بناء الفروع عليها، إلا أنها لم تنل القدر الذي

يتناسب مع أهميتها؛ لأن معظم الفقهاء سوى الشافعية والحنابلة لم يحصوها ببحث مستقل، وإنما ذكروها في أبواب الفقه المختلفة أثناء تعليلهم الأحكام في الفروع المبنية عليها.

والمقصود بالحال، أي: حالة إنشاء التصرف، والمقصود بالمآل، أي: المستقبل حالة تنفيذ التصرف. وللعلماء في هذه القاعدة رأيان:

الرأي الأول: أن العبرة بالحال لا بالمآل، وهو مخرج على بعض الفروع عند الحنفية والظاهرية، وصرح به الشافعية والحنابلة في أحد القولين عندهم.

وحتتهم: أن إنشاء التصرف هو الذي قد نشأ عنه الحكم المتعلق بتمّ أنشأ هذا التصرف، ووقت الإنشاء كان في الحال، فتكون العبرة بالحال لا بالمآل.

والترجيح مختلف ويعبر عن هذه القاعدة بعبارات، منها: ما قارب الشيء هل يُعطى حكمه؟ والمشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل؟ والمتوقع هل يجعل كالواقع؟ وفيها فروع.

الرأي الثاني: أن العبرة بالمآل، أي: بما يؤول إليه الشيء في المستقبل وقت تنفيذ التصرف. وهو مخَّرج على غالب الفروع عند الحنفية والمالكية والإمامية والزيدية، وبه صرَّح الشافعية والحنابلة في القول الثاني عندهم.

فقال ابن رجب الحنبلي: "القاعدة الخامسة: مَنْ عَجَّلَ عبادة قبل وقت الوجوب، ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال، بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه، فهل تجزئه أو لا؟". قواعد ابن رجب (ص ٧).

وحتجهم: أن ما حدث في المآل لو كان موجوداً في الحال لأثر في الحكم، فقياساً عليه: يعتد بالمآل ويعطي حكم الحال.

فمثلاً، بناءً على هذا الرأي: لو عَجَّلَ الزكاة، فدفعها إلى فقير، ثم اغتنى الفقير قبل مرور الحول، لا تسقط الزكاة عن المدافع؛ لأن غناه لو كان موجوداً حال الدفع لا اعتدُّ به واعتبر، ومنع من إعطائه الزكاة. فكان ما يحدث في المآل له أثر، طالما أنه لم يأت وقت وجوب تنفيذ الحكم أو الأثر المترتب على ما حدث في الحال.

والراجح: أن هذه القاعدة من القواعد التي لا يطلق فيها الترجيح؛ وذلك لأن فروعها المبنية عليها تارة يُرَجَّحُ في بعضها أن العبرة بالحال، وتارة يرجح في بعض فروعها الأخرى أن العبرة بالمآل.

راجع: الاختيار (٩٩/٢)، البحر الرائق (٢٤٢/٢)، جواهر الإكليل (٢٥٨/٢، ٢٥٩)، قوانين الأحكام (ص ١٣١)، شرائع الإسلام (٢٤٦/٢)، الأشباه للسيوطي (ص ١٥٧)، النور للزركشي (١٤٤/٣)، مختصر العلامي (ص ١١٠، ٢٥٧)، قواعد ابن رجب (ص ٧)، شرح الأزهار (٤/٤٩١)، الفوائد الحنفية حاشية المواهب السنية شرح الفوائد البهية في نظم القواعد الفقهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية: تأليف أبي الفيض محمد بن ياسين بن عيسى القاداني المكي، طبعة دار البشائر الإسلامية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ/١٩٩٩م.

منها: مَنْ عليه دين مؤجل يحل قبل رجوعه^(٣٨)، فهل له السفر؛ إذ لا مطالبة

(٣٨) وصورة هذه المسألة: مَدِينٌ عليه دين مؤجل إلى خمسة أشهر مثلاً، وأراد السفر إلى بلد بعيد لمدة عام، أي: لمدة تزيد على خمسة أشهر، فهل يجوز للدائن أن يمنعه من السفر؛ لأن وقت سداد الدين سيحل وهو غائب، والعبرة بالمال، أو لا يجوز له منعه؛ لأن الدين مؤجل والعبرة بالحال؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ولهم فيها رأيان:

الرأي الأول: لا يجوز للدائن أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين مؤجلاً. وبه قال الحنفية وهو الأصح عند الشافعية.

وحجتهم: أن الدين ليس بلازم في حال؛ إذ لا مطالبة به عند سفره، فلا يجوز منعه من السفر الآن، والعبرة بالحال لا بالمال. ولأن الدائن هو المقصر في عدم أخذه رهناً أو كفيلاً من المدين، فيتحمل تبعه تقصيره، ولا يُزِمُّه بتقدم رهنٍ أو كفيل.

الرأي الثاني: يرى أنه يجوز للدائن أن يمنعه من السفر إذا كان الدين سيحل قبل رجوعه إلا إذا أتى بضامن أو وكيل. وهو رأي المالكية ومقابل الأصح عند الشافعية ووافقهم الحنابلة. وحجتهم: أن الدائن لن يستطيع مطالته وقت حلول الأجل، والعبرة بالمال لا بالحال. وهذا يترتب عليه إلحاق الضرر في تأخير حق الدائن، فَمُنِعَ المدين من السفر؛ قياساً على منعه بعد حلول الحق، وقد لا يرجع المدين، فيضيع حق الدائن، فوجب استئذانه أو تقديم ضامن أو رهن؛ حفاظاً على حق الدائن من التلف، ولأن المدين لا يملك تأخير الدين عند وقت حلوله، فَمُنِعَ من السفر؛ قياساً على وجوب الحجر على المدين عند حلول الأجل.

والراجح: أنه يجوز للدائن منع المدين من السفر إلا إذا قَدَّمَ رَهْنًا أو ضامناً، حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها، ولأن الأموال مصنونة ومعصومة، ومن شأن السفر أن يعرضها للضياع خصوصاً في هذا الزمان الذي خربت فيه الذمم، ومن السهل أن تضيع فيه الحقوق. فالأخذ بالرأي الثاني يحقق مصلحة الدائن والمدين.

راجع: الاختيار (٩٩/٢)، جواهر الإكليل (٨/٢)، الأشباه للسيوطي (ص ١٥٨)، مغني المحتاج (١٥٧/٢)، الشرح الكبير بهامش المغني (٤/٤٥٧، ٤٥٨).

في الحال، أو لا إلا بإذن الدائن؛ لأنه يحل في غيبته؛ وجهان: أصحهما: الأول.
ومنها: هل العبرة بالثلث الذي يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو الموت؟
وجهان: أصحهما: الثاني^(٣٩).

(٣٩) لا تجوز الوصية بما زاد على الثلث. فإذا أوصى بثلث ماله، وكانت ثروته تساوي - عند إنشاء الوصية- تسعة آلاف جنيه، ثم زادت حتى بلغت عند موته خمسة عشر ألف جنيه، أو نقصت فكانت عند موته ستة آلاف جنيه.

فهل العبرة بالثلث الموصى به تكون حال إنشاء الوصية، فيستحق الموصى له عند الوصية ثلاثة آلاف جنيه، ولا يتأثر نصيبه بالزيادة أو النقصان الذي آلت إليه تركة الموصي؟
الوجه الأول: أن الوقت المعتبر للثلث الموصى به هو وقت موت الموصي.

وهذا ما رآه الحنفية، والأصح عند الشافعية، وإليه ذهب الحنابلة والإمامية والزيدية. وحتتهم: أن الرصايا تُملَّكُ بالموت، ولا تُملَّكُ قبله، ويجوز للموصي الرجوع فيها، فاعتبر بما وقت ملكها، وهو موت الموصي.

الوجه الثاني: أن العبرة في الثلث الموصى به بوقت إنشاء الوصية، طالما أن التركة لم تنقض عند موت الموصي، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في مقابل الأصح عندهم، ووافقهم الظاهرية. قال ابن حزم: "ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله، ثم حدث له مال، لم يُجَرَ من وصيته إلا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية" المحلى (٣٩١/٦).

وحتتهم: أن الوصية عقد، والعقود لا يعتبر فيها ما يطرأ بعدها. فإذا صدر بإيجاب وقبول بإمضاء العقد على المعقود عليه، فلا عبرة بما زاد في المعقود عليه أو نقص. والراجح: هو الوجه الأول القائل بأن العبرة بمقدار الثلث تكون بوقت وفاة الموصي.

فالفرق بين الوصية وسائر العقود، أن سائر العقود يظهر أثرها فور إمضاءها، بخلاف الوصية، فلا أثر لها إلا بعد موت الموصي. والوصية يجوز للموصي أن يرجع فيها وقت ما يشاء، بخلاف سائر العقود، فلا رجوع لأحد الطرفين طالما فاتت مدة الخيار، ولم يظهر عيب في المعقود عليه.

راجع: الاختيار (٦٥/٥)، جواهر الإكليل (٣٢٢/٢)، المجموع (٣٩١/١٦)، المغني (٦/٤٩٢)، شرائع الإسلام (٢/٢٥٥)، شرح الأزهار (٤/٤٩١)، المحلى (٦/٣٨٦).

ومنها: هل العبرة في مكافأة القصاص بحال الجرح أو الزهوق (٤٠).

(٤٠) من شروط وجوب القصاص أن يكافئ المقتول القاتل في الدين؛ إذ لا يقتل مسلم بكافر؛ ما ثبت في الحديث الذي أخرجه البخاري في صحيحه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "لا يقتل مسلم بكافر" صحيح البخاري (٣١/١، ٣٢)، كتاب العلم، باب كتابة العلم. وصحيح البخاري أيضاً (١٩٤/٤)، كتاب الديات، باب لا يقتل المسلم بالكافر.

لكن: لو أن كافرًا اعتدى على كافر، فجرحه، ثم أسلم الجاني، ومات المجني عليه من أثر الجرح، فهل يقتص من الكافر الذي أسلم؛ لأن العبرة بحال الجرح؛ أو لا يقتص منه؛ لأن العبرة بالمال، ووقت إزهاق الروح كان الكافر قد أسلم، ولم يكن هناك حينئذ تكافؤ بين الجاني والمجني عليه؟ المذهب الأول: أن العبرة بحال الجرح، ولا يعتد بما آل إليه أمر الجاني من إسلام. وحال الجرح كان هناك تكافؤ بين الجاني والمجني عليه، فيقتص من الكافر حتى لو أسلم. وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة والمالكية وأحد القولين عند كل من الشافعية والحنابلة وهو مذهب الزيدية.

وحجتهم: أن انقصاص عقوبة، فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها؛ بدليل أنه لو زنى وهو بكرٌ، فلم يُحدَّ حتى أُحصن، اعتبر حال الوجوب، ووجب عليه الجلد دون الرجم، ولأن القصاص حق، وسببه وجبَّ عليه قبل إسلامه، فلم يسقط بإسلامه؛ قياساً على ما لو كان عليه دينٌ لكافر، ثم أسلم المدين، فإن الدين لا يسقط.

المذهب الثاني: أن العبرة بحال موت المجني عليه، وبناءً عليه، فالقاتل في هذه الصورة يسقط عنه القصاص، وهذا ما رآه أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وأحد القولين عند كل من الشافعية والحنابلة وهو مذهب الإمامية والظاهرية.

وحجتهم: حديث النبي ﷺ: "لا يقتل مسلم بكافر". والقاتل صار مسلماً قبل القصاص منه، فلا يقتل بكافر. والراجح: هو المذهب الأول القاتل بوجوب القصاص حتى لو أسلم الجاني قبل موت المجني عليه أو أسلم قبل القصاص؛ لأن القصاص عقوبة وجبت، فلا ترتفع إلا بدليل، والحديث معمول على القاتل الذي كان مسلماً حال القتل؛ لأن القتل هو الذي يوجب القصاص، ولو ارتفع القصاص عنه ثبت ذلك كما ثبت رفع العقوبة عن قاطع الطريق إذا تاب.

راجع: فتح القدير (٢٩٨/٨)، جواهر الإكليل (٢٥٨/٢، ٢٥٩)، الأشباه للسيوطي (ص ١٥٨)، المغني والشرح (٣٤٢/٩)، شرائع الإسلام (٢١١/٤)، شرح الأزهار (٣٨٩/٤)، المحلى لابن حزم (٤٣٣/٧).

النشاط التعليمي للوحدة الرابعة

عزيزي الدارس: حتى تكتسب المزيد من المعلومات حول موضوع الدراسة النصية في القواعد الفقهية قم بتنفيذ النشاط التعليمي التالي:

اختر سبعة من القواعد الفقهية التي لم تشتمل عليها هذه الوحدة من خلال كتاب الأشباه والنظائر للإمام السيوطي وشرحها شرحاً مستوفياً بما لا يزيد عن خمس عشرة صفحة.

مؤرخ الكتاب
فهرس الكتاب
بعض من مؤرخ الكتاب

الصفحة

الموضوع

| | |
|--------|---|
| ٤ | رسالة إلى الدارس |
| ٥ | لوحة المسار لدراسة وحدات الكتاب |
| ٦ | خريطة مكونات الكتاب |
| ٤٩-٧ | الوحدة الأولى: القاعدة الفقهية ونشأتها وحجبتها |
| ٨ | مبشرات دراسة الوحدة |
| ٩ | الرسم الخطي للوحدة |
| ١٠ | الفصل الأول: المقصود بالقواعد الفقهية |
| ٢١ | الفصل الثاني: أشهر المؤلفات في القواعد الفقهية |
| ٢٨ | الفصل الثالث: فوائد القواعد الفقهية |
| ٣٢ | الفصل الرابع: مصادر القواعد الفقهية |
| ٣٧ | الفصل الخامس: حجية القواعد الفقهية |
| ٤٢ | خلاصة الوحدة الأولى |
| ٤٦ | اختبار الوحدة الأولى |
| ٤٩ | النشاط التعليمي لوحدة الأولى |
| ١٥١-٥١ | الوحدة الثانية: القواعد الكلية الكبرى |
| ٥٢ | مبشرات دراسة الوحدة |
| ٥٣ | الرسم الخطي للوحدة |
| ٥٤ | الفصل الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها |

| | |
|---------|---|
| ٦٦ | الفصل الثاني: قاعدة: اليقين لا يزول بالشك |
| ٨٩ | الفصل الثالث: قاعدة: المشقة تجلب التيسير |
| ١٠٥ | الفصل الرابع: قاعدة: العادة مُحكمة |
| ١٢٧ | الفصل الخامس: قاعدة: الضرر يزال |
| ١٣٩ | خلاصة الوحدة الثانية |
| ١٤٧ | اختبار الوحدة الثانية |
| ١٥١ | النشاط التعليمي للوحدة الثانية |
| ١٥٣-٢٦١ | الوحدة الثالثة: القواعد الكلية الأقل شمولاً من |
| | القواعد الكبرى |
| ١٥٤ | ممرات دراسة الوحدة الثالثة |
| ١٥٥ | الرسم الخطي للوحدة الثالثة |
| ١٥٦ | الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان |
| ١٧٩ | الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالشرط |
| ١٨٨ | الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالإقرار |
| ١٩٩ | الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بأبواب متفرقة |
| ٢٣٧ | خلاصة الوحدة الثالثة |
| ٢٥٦ | اختبار الوحدة الثالثة |
| ٢٦١ | النشاط التعليمي للوحدة الثالثة |

٢٦٣-٢٩٣ الوحدة الرابعة: دراسة نصية في القواعد المختلفة فيها

من كتاب الأشباه والنظائر

- ٢٦٤ مبررات دراسة الوحدة الرابعة
- ٢٦٥ أهداف دراسة الوحدة الرابعة
- ٢٦٦ الرسم الخطي للوحدة الرابعة
- ٢٦٧ قاعدة: النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز
- ٢٧٢ قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها
- ٢٧٧ قاعدة: الإبراء ، هل هو إسقاط أو تمليك
- ٢٨١ قاعدة: الطلاق الرجعي، هل يقطع النكاح أم لا
- ٢٨٥ قاعدة: الزائل العائد، هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد
- ٢٨٨ قاعدة: هل العبرة بالحال أو بالمآل
- ٢٩٣ النشاط التعليمي للوحدة الرابعة
- ٢٩٤-٢٩٦ الفهرس