رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

القواعد الكلية والضوابط الفقهية

حقوق الطبع محفوظة
١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

الطبعة الثانية

دار النفائس
للنشر والتوزيع والتوزيع
العبدلي مقابل عمارة جوهرة القدس
ص.ب ٩٢٧٥١١ عمان ١١١٩٠ الأردن
هاتف ٥٦٩٣٩٤٠، فاكس ٥٦٩٣٩٤١
بريد إلكتروني: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

الأستاذ الدكتور
محمد عثمان شبير

القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية

دار النفائس
للنشر والتوزيع والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

المتخصصين وبعينهم على فهم الفقه الإسلامي واستيعابه. كما يؤدي إلى إثراء التشريعات الحديثة.

وقد اتبعت في هذا الكتاب المنهج التحليلي وهو يقوم على بيان أهمية القاعدة الفقهية، ومفرداتها، ومعناها الإجمالي، وتأصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها من موضوع وحكم كلي ومناطه والمقصد الشرعي من القاعدة، وتطبيقات القاعدة الفقهية، والقواعد الكلية التي تندرج تحت القاعدة سواء أكانت تمثل فرعاً منها أم ضابطاً لها، أم استثناء منها.

وقد اعتمدت في إعداد هذا الكتاب على مراجع كثيرة ومتنوعة منها ما هو في القواعد الفقهية المتخصصة، ومنها ما هو في الفقه العام، والفقه المذهبي، ومنها ما هو قديم في تأليفه، ومنها ما هو حديث، ويظهر هذا بوضوح من خلال ما جاء في بداية علم القواعد الفقهية وما ورد فيها من مراجع قديمة وحديثة وتضافرت جهود المعاصرين في النهوض بالقواعد الفقهية، كما يظهر من خلال الإطلاع على قائمة المراجع والمصادر المرفقة.

وقد قسمت هذا الكتاب إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة.

تكلمت في المقدمة عن منهجي في إعداد هذا الكتاب

وفي الفصل الأول: حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية من حيث معناها والألفاظ ذات الصلة بها، ومصادر القواعد الفقهية: ونشأتها وتطورها، وأنواعها وأهميتها ومكانتها.

وفي الفصل الثاني: فقه القواعد الكلية الكبرى، وهي تشمل ست قواعد: «الأمور بمقاصدها» و«اليقين لا يزول بالشك» و«الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير» و«العادة محكمة» و«إعمال الكلام أولى من إهماله».

وفي الفصل الثالث: فقه القواعد الكلية الصغرى: مثل قاعدة: «التابع تابع» والقواعد الكلية الخاصة بالضمان، وبالحلال والحرام، وبالقضاء وطرق الإثبات، وبالسياسة الشرعية، وبالاجتهاد الفقهي.

وفي الفصل الرابع: الضوابط الفقهية المتعلقة بكل من العبادات، والمعاملات المالية، والأحوال الشخصية أو الجنايات والقضاء

والخاتمة اشتملت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

وبعد. فهذا جهد متواضع بذلت فيه أقصى ما أستطيع وبعلم الله أنني لم ادخر جهداً في إعداده وفي تبويبه وتصنيفه فإن كنت قد وفقت فهذا من فضل الله تعالى وكرمه وتوفيقه، وإن كانت الأخرى فمن نفسي وضعفي. والله أسأل أن يتقبل هذا الجهد المتواضع ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير
كلية الشريعة – الجامعة الأردنية
الجمعة ١/ صفر/ ١٤٢١هـ
الموافق ٥/ ٥/ ٢٠٠٠م

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفصل الأول

حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية

قبل أن نشرع في بيان فقه القواعد الكلية والضوابط الفقهية لا بدّ أن نبين حقيقة تلك القواعد: من حيث معناها، وعلاقتها بالعلوم ذات الصلة بها، وخصائصها، وأنواعها، ومصادرها، ونشأتها وتطورها، ومجالاتها، وأهميتها، وغير ذلك، لذا سيشتمل هذا الفصل على المباحث التالية

المبحث الأول: معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما

المبحث الثاني: القواعد الفقهية والعلوم المشابهة.

المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها

المبحث الرابع: أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها

وفيما يلي بيان لتلك المباحث:

المبحث الأول

معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما

يشتمل هذا المبحث على تعريف كل من القواعد الفقهية، والضوابط الفقهية، والعلاقة بينهما. وسأفرد كل واحد منها بمطلب مستقل:

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية قبل أن تكون علما كانت مركباً إضافياً فلا بدَّ من تعريفها باعتبارين الاعتبارين.

أولاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً:

القواعد الفقهية مركب إضافي يتكون من لفظين، وفيما يلي بيان لكل منهما:

١- تعريف القواعد:

القواعد في اللغة: جمع قاعدة، وهي مأخوذة من قعد يقعد قعوداً. والقُعدة (بالفتح) المرة، والقِعادة (بالكسر) الهيئة: نحو قعد قِعادة حسنة. والفاعل قاعد، والجمع قعود، والمرأة قاعدة، والجمع قواعد وقاعدات[1].

وأصل القاعدة في اللغة الثبوت والاستقرار في المكان، ومنه قوله تعالى: ﴿فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ﴾[2] [القمر: ٥٥] أي في مستقر صدق. قال ابن فارس في بيان هذا الأصل: «القاف والعين والدال أصيل مطرد مقاس لا يخلف، وهو يضاهي الجلوس ونهضه يطلق

(١) لسان العرب لابن منظور ٣/٣٢٦، مادة (قعد)، القاموس المحيط للفيروزابادي ٣٩٧، المصباح المنير للفيومي ٦٩٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ٥/١٠٨، وانظر: مختار الصحاح للرازي ٥٤٧، المفردات للراغب الأصفهاني ٣٨٧.

على أساسات البيت القواعد. قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾ [البقرة:١٢٧]، وقال تعالى: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾ [النحل ٢٦]

والقاعدة في الاصطلاح عرفها الجرجاني (٧١٦هـ) بأنها: «قضية كلية منطبقة على جميع جزيئاتها»(١) وبعبارة أخرى كما عرفها الكفوي (١٠٩٤هـ)-: «قضية كلية، من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزيئات موضوعها»(٢). وعرفها الفيومي(٧٧٠هـ) بأنها: «الأمر الكلي المنطبق على جميع جزيئاته»(٣). ورد التهانوي (بعد ١١٥٨هـ) على هذا التعريف: «بعدم تعريف أحكامها منه» فقال: «أمر كلي منطبق على جميع جزيئات عند تعرف أحكامها منه»(٤) أي أنها تؤدي إلى التعرف على أحكام الجزيئات.

يظهر من خلال هذه التعريفات أن القاعدة -بالمعنى العام- تختص بعدة خصائص وهي:

أ- **إنها قضية تركيبية:**

فالقضية قول يحتمل الصدق والكذب لذاته، حيث قال الجرجاني في تعريفها: «قول يصح أن يقال لقائله: إنه صادق فيه أو كاذب فيه»(٥). والتركيب هو جعل الأشياء الكثيرة في نظم واحد، بحيث يطلق عليها اسم واحد، ويكون لبعض أجزائه نسبة إلى البعض(٦). وأما القضية التركيبية فهي قضية إخبارية تضيف إلى معلوماتنا شيئاً جديداً عن الموضوع الذي لم يكن لنا علم به من قبل(٧). فهي بهذا المعنى تختلف عن القضية

(١) التعريفات للجرجاني ٢١٩.
(٢) الكليات للكفوي ٤/ ٤٨.
(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٧٠٠
(٤) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٣/ ١٢٧٦.
(٥) التعريفات للجرجاني ص٢٢٦
(٦) المرجع السابق
(٧) علم المنطق لمهدي فضل الله ص١٩٥، نقلاً عن القواعد الفقهية للباحسين ص١٨١

التحليلية التي لا تسهم عن شيء جديد. وتتكون القضية التركيبية من ثلاثة عناصر وهي: الأول: المحكوم عليه، وهو الموضوع. والثاني: المحكوم به وهو، المحمول، أو الحكم. والثالث: إدراك وقوع النسبة الحكمية بين الموضوع والمحمول أو عدم وقوعها، ويسمى الحكم. والقضية قسمها المناطقة إلى قسمين: حملية، وشرطية:

فالقضية الحملية هي ما كانت النسبة التجريبة ثابتة لجزئيها معاً، وهي غير ثابتة لواحد منهما(١). مثل: الإنسان حيوان. والإنسان ليس بفرس، والصدق ممدوح. والمؤمن ليس بكذاب. والقضية الحملية إذا جزئت تجزأ إلى مفردين. ويسمى المحكوم عليه فيها موضوعاً، والمحكوم به محمولاً.

وأما القسم الثاني للقضية فهي القضية الشرطية: وهي التي يتعلق وجود إحدى قضيتيها على وجود الأخرى أو نفيها. وعرفها الآمدي بأنها: «ما كانت النسبة الخبرية فيها لأحد جزئيها»(٢) ومثلوا لذلك: بما إذا أشرقت الشمس فالنهار موجود. والقضية الشرطية إذا جزئت تنحل إلى قضيتين(٣).

وكل من القسمين الحملية والشرطية ينقسم إلى أقسام: كالموجبة، والسالبة، وغير ذلك مما تحد تفصيله في كتب المنطق.

ب- **إنها قضية كلية.**

فالقاعدة تتصف بالكلية لكونها تشمل على حكم كلي جامع لكثير من الفروع والجزئيات. والأصل في القاعدة الإطراد والكلية، أي أنها تنطبق على كل جزئياتها دون تخلف أي جزئية منها. لكن يلاحظ على كثير من القواعد تخلف بعض الجزئيات وشذوذها عن القاعدة. لذلك حاول بعض العلماء التخلص من هذه

(١) الحدود في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين للآمدي ص٧٦
(٢) المصدر السابق ص٧٨
(٣) الكليات للكفوي ٤/ ٢١٨.

في التعاريف السابقة للقاعدة ووضع بدلا منها «جزئيات كثيرة» أو «أغلب الجزئيات» ومن هؤلاء العلماء ابن السبكي(٧٧١هـ) حيث عرّف القاعدة بأنها: «الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها»[١]، وكذلك فعل الحموي (١١٩٨هـ) الذي استبدل كلمة «كلي» بكلمة «أغلبي»، وعرف القاعدة بأنها: «حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته؛ لتعرف أحكامها منه»[٢].

أقول لا داعي لهذا ، ولا لمحترز من لفظة: «الكلي» أو لفظة: «جميع» لأن الأمر الكلي إذا ثبت، فتخلف بعض الفروع عن مقتضاه لا يخرجه عن كونه كليا. لأن هذه المتخلفات أو الاستثناءات الجزئية لا يجتمع منها كلي يعارض الكلي الثابت في القاعدة. وهذا شأن الكليات الاستقرائية كما قال الشاطبي (ت٧٩٠هـ) في الموافقات: «الكليات الاستقرائية صحيحة، وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات»[٣].

جـ- إنها تختص بالعمومية والتجريد:

تتميز القاعدة عن الحزئية بأنها غير موجهة إلى شخص أو أشخاص بذواتهم ولا إلى وقائع معينة: بالعبرة بعموم اللفظ. فهي ذات موضوع أو مضمون تتناوله، وهو ما يعبر عنه بمناط القاعدة وهو الذي ينبغي على الفقيه مراعاته عند إلحاق الجزئيات بالقاعدة، فلا بد من التحقق من وجوده لإنزال حكم القاعدة على جزئياتها. ولهذا يراد بالجزئيات في التعاريف السابقة للقاعدة جزئيات موضوع القضية، وليس جزئيات القضية، كما ذكر التهانوي. واعلم أن المراد بالجزئيات ليس جزئيات ذلك الأمر الكلي، كما يتبادر إليه الوهم، إذ ليس للقضية جزئيات تحمل هي عليها فضلاً عن أن يكون لها أحكام يتعرف منها. بل المراد جزئيات موضوع تلك القضية»[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١١.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ١/٥١.

(٣) الموافقات للشاطبي ١/٧٥.

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٣/١٤٧٦.

د- إنها قضية تشتمل على الحكم الكلي بالقوة.

تختص القاعدة بأنها تشتمل على حكم كلي بالقوة، ويستخرج منها بالفعل عند ورود الوقائع والجزئيات. ومن الأمثلة على ذلك: القاعدة الكلية: «كل عبادة تحتاج إلى نية» والصلاة عبادة. فالنتيجة: الصلاة تحتاج إلى نية، ومن الأمثلة أيضاً قاعدة: «الأمور بمقاصدها» كلية. وإعطاء زيد المال إلى عمرو جزئية تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فنقول: إن كان قصد زيد من إعطاء المال الهبة أو التصدق كان فعله طاعة يثاب عليها. وإن كان قصده القرض كان له حق الاسترداد دون زيادة مشروطة. ويترتب على ذلك أن القاعدة الكلية تستخدم في الكشف عن أحكام الجزئيات التي يتحقق فيها معنى القاعدة او موضوعها أو مناطها.

هـ- القاعدة تصاغ صياغة موجزة محكمة دقيقة تدل على الشمول والاستغراق، حتى لا تؤول القاعدة إلى مزلة الضوابط. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها، وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم»[١].

٢- تعريف الفقهية:

الفقهية نسبة إلى الفقه، وهو مأخوذ من فقه بمعنى فهم وعلم وفطن، وقيل: مأخوذ من «الفقّ» بمعنى الشق والفتح[٢]. لأن عمل الفقيه لا يقتصر على العلم بالأحكام وفهمها، وإنما يتعدى ذلك إلى الكشف عن علل الأحكام ومآخذها ومقاصدها وغير ذلك مما يساعد في عملية استنباط الأحكام. والفقه في الإصطلاح: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»[٣]. وزاده ابن خلدون توضيحاً حين قال: «معرفة

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٤٧.

(٢) انظر: مفردات الراغب ٦٨٤، الكليات للكفوي ٣/٣٤٤، بصائر ذوي التمييز للفيروزآبادي ٤/٢١٠، النهاية لابن الأثير ٣/٤٦٥.

(٣) التعريفات للجرجاني ٢١٦.

أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة، وهي متلقاة من الكتاب والسنة، وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة، فإذا استخرجت تلك الأحكام من الأدلة قيل لها فقه»[1].

ثانياً: تعريف القواعد الفقهية -باعتبارها علماً أو لقباً

١- عرف المقَّري (٧٥٨هـ) القواعد الفقهية بأنها: «كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من المعقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»[2] لكنه تعريف سيء غير واضح لا يدل دلالة واضحة على القواعد الفقهية، ولذلك اختلف من جاء بعده في تفسير هذا التعريف[3].

٢- وعرفها الحموي بأنها: «حكم أكثري، لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه»[4]. ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير خاص بالقاعدة الفقهية، لأن القاعدة الفقهية ليست واحدة الأكثرية، وإنما أغلب القواعد من أصولية ونحوية تتصف بالأكثرية أو الأغلبية، وإنما تتميز القاعدة الفقهية بموضوعها وطبيعة القضايا التي تشتمل عليه، لا بكونها كلية أو أغلبية؛ لأن هذه خاصية عامة للقواعد -كما بينا في خصائص القواعد العامة-.

٣- وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء (ت١٤٢٠هـ) بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً شريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»[5].

---

(١) مقاصد الشريعة عند ابن عاشور ص٣٨٩.

(٢) القواعد للمقري ١/ ٢١٢.

(٣) قارن بتعريف الحموي (٩٩٥هـ) في كتابه «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» ١/ ٤٩، مع تعريف المروكي في كتاب «نظرية التقعيد الفقهي» ص٤٩، و«القواعد الفقهية» لمحمد بكر ص٤٠.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٤٩.

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/ ٩٤٦. وقد تابع الزرقاء في هذا التعريف كثير من المعاصرين كمحمد الشلبي في كتابه «مع دستورية» عادل في أسفر عن التعريف بالفقه الإسلامي (٣٢٤): «الأصول =

ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرَّف القواعد بالأصول، وهي مرادفة لها، وأدخل فيه ألفاظاً عامة غير محددة: كالنصوص الدستورية[1].

٤- وعرفها الدكتور علي الندوي بأنها: «حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها» وقال في شرح تعريفه: «القواعد الفقهية هي قواعد تحتوي على زمرة من الأحكام الشرعية من أبواب مختلفة، يربطها جانب فقهي مشترك، ومن هنا فإن القيد المذكور في التعريف -وهو «شرعي» يخرج القواعد غير الشرعية- والقيد الثاني: «أغلبية» يفيد بأن هذه القواعد متسمة بصفة الأغلبية، وقد ينشأ عن معظم القواعد بعض الفروع، وإن كان خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد ولا يحط من قيمتها»[2].

وقد لاحظ الدكتور يعقوب الباحسين على هذا التعريف ثلاث ملاحظات:

الأولى: فيه تكرار لا داعي له، ففي ذكر الحكم والقضية تكرار يغني عنه قضية شرعية أغلبية. والثانية: أنه أدخل الثمرة: وهي (التعرف على الأحكام الشرعية) ضمن التعريف، والأصل في التعريفات أن تقتصر على ماهية المعرف. والثالثة: القول بأن القضية الفقهية أغلبية فيه نظر[3] -وبينه سابقاً-.

٥- وعرفها الدكتور محمد الروكي بأنها: «حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق على جميع جزئياته على سبيل الإطراد أو الأغلبية»[4].

= والمبادئ العامة في النصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». والدكتور علي الندوي حيث عدَّل فيه وحذف بعض الألفاظ فقد جاء أصل فقهي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة» من أدلة متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه (القواعد الفقهية ص٤٩).

(١) يتصرف من نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص٤٤.

(٢) القواعد الفقهية للندوي ص٤٣.

(٣) يتصرف من القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين ص٥٠.

(٤) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص٤٨.

وقد لاحظ الدكتور يعقوب باحسين على هذا التعريف عدة ملاحظات[1]:

أ- التعريف فيه تناقض؛ لأنه يعرف القاعدة الفقهية بالحكم الكلي، ثم يذكر أن انطباقها على جزئياتها على سبيل الإطراد أو الأغلبية.

ب- التعريف فيه تكرار؛ لأن الصياغة التجريدية من مستلزمات الحكم الكلي، فهو يكفي عن ذكر الصياغة التجريدية.

جـ- أنه أدخل الثمرة ضمن التعريف.

د- غير مانع من دخول القواعد العقائدية وغيرها؛ لأنها تستند إلى دليل شرعي، فلا بد من إضافة قيد يخرجها من التعريف مثل: «عملية».

٦- وعرفها الدكتور محمد عبد الغفار الشريف بأنها: «قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية»[2] ويؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل الثمرة ضمن التعريف.

٧- وعرفها الدكتور يعقوب الباحسين بأنها: «قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية» وبعبارة أخرى: «قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية»[3].

ويلاحظ على هذا التعريف التكرار.

ويمكن تعريف القواعد الفقهية بأنها: «قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها».

---

(١) يعقوب بن عبد الوهاب الفقهية ليعقوب باحسين ص٥٢.

(٢) مقدمة تحقيق المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا للدكتور محمد عبد الغفار الشريف ٣٨/١.

(٣) القواعد الفقهية ليعقوب باحسين ص٥٤.

فقيد «شرعية» يخرج به القواعد المنطقية والنحوية والبلاغية وغير ذلك. وقيد «عملية» يخرج به القواعد الاعتقادية. واشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها: يعني كون تلك الأحكام مستمدة لأن توجد وتخرج إلى الوجود وهي قبل وجودها غير موجودة، فإذا خرجت سميت خارجة بالفعل. لأن الفعل يعني كون الشيء خارجاً من الاستعداد إلى الوجود[1].

وأهم ما تختص به القواعد الفقهية بالإضافة إلى الخصائص العامة للقاعدة من كونها قضية تركيبية، وكلية، وتجريدية، واشتمالها على الأحكام بالقوة، والصياغة المحكمة.

١- إنها تستند إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو غيرها.

٢- إنها تخص بالأحكام الشرعية العملية التي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم كالصلاة والبيع.

المطلب الثاني: تعريف الضوابط الفقهية:

الضوابط الفقهية قبل أن تكون علماً كانت مركباً إضافياً، فلا بدَّ من تعريفها باعتبارين

أولاً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً.

بينت فيما مضى معنى الفقهية، وسأقتصر هنا على معنى الضوابط في اللغة والاصطلاح.

فالضوابط جمع ضابط وهو مأخوذ من ضَبَطَ الشيء بضبطه ضبطاً: أي حفظه حفظاً بليغاً أو حازماً. ومنه قيل: ضبطت البلاد، إذا قمت بأمرها قياماً حازماً محافظاً عليه. والضبط لزوم الشيء وحبسه ومصيره. والضبط الإتقان والإحكام[2].

---

(١) بتصرف من الكليات للكفوي ٤/ ٣٠٨.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٧/ ٥٠٩. مادة ضبط. والقاموس المحيط ١/ ٨٧٢. المعجم الوسيط ١/ ٥٣٥، المعجم الوسيط ١/ ٥٣٥

والضابط في الاصطلاح «حكم كلي ينطبق على جزئيات»[1] وهو مرادف للقاعدة، حيث قال التهانوي: «القاعدة... مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابطة والمقصد»[2]. وقال الفيومي في المصباح المنير: «والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته»[3].

وفرّق بعض العلماء بين القاعدة والضابط: بأن الضابط يجمع فروعاً من باب واحد، أما القاعدة فهي تجمع فروعاً من أبواب شتى. ففي السيوطي: «إن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد»[4]. وعرّف ابن السبكي الضابط بناء على هذا الفرق بأنه: «ما يختص بباب، وقصد به نظم صور متشابهة» ويقصد منه ضبط الصور النوع من الصنف من غير نظر في مأخذها»[5].

ولا مانع من اعتبار الفرق بين الضابط والقاعدة في الاصطلاح، لأن المصطلحات تتغير وتتطور بكثرة الاستعمال، فقد يكون المصطلح مطلقاً في عصر، فيتطور إلى مقيد، وقد يكون عاماً فيصبح خاصاً.

ثانيا: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً.

إذا كان الفارق الأساسي بين القاعدة والضابط هو أن القاعدة أوسع نطاق من الضابط، فإن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد من أبواب الفقه، بل تشمل أبواباً كثيرة منه. وأما الضابط الفقهي فإنه يخص باب واحد من أبواب الفقه. قال الزركشي «مثلا يختص باباً من أبواب الفقه وهو المراد هنا، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء. وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط»[6].

---

(1) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي 2/886.

(2) المرجع السابق.

(3) المصباح المنير 700.

(4) «الأشباه والنظائر في النحو للسيوطي 1/7 يتابعه على ذلك ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص:116) ونوره الكفوي في الكليات (4/49)

(5) الأشباه والنظائر لابن السبكي 1/11.

(6) تشنيف المسامع للزركشي ص419.

وقد استعمل الفقهاء الضابط في عدة معان منها:

١- المعنى السابق وهو القضية الشرعية العملية الكلية المختصة ببب من أبواب الفقه، والمشتملة بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها. ومن الأمثلة على ذلك: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أربعة: أم مرضعة وأمها، وبنتها، ومرضعة أخيك، ومرضعة حفيدك»[1].

٢- تعريف الشيء. ومثاله: «ضبط العصمة: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى»[2].

وقال السيوطي: «في ضبط المثلي أوجه: أحدها: كل مقدر بكيل أو وزن... والخامس: مالا يختلف أجزاء النوع الواحد»[3].

٣- المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء. ومثاله ما ذكره الزركشي في الجواب عن السؤال: «ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف؟ يجب على المفتي أن يتحرى عن أذى مشاق تلك العبادة لمعينه فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً. مثاله: تأذي بالفعل في الحج صبيح المحلق بالحديث في مرض أذى منه أو أعلى منه أباح (الحلق) وإلا فلا. والسهر صبيح للنفر بالنص، ويعتبر به غيره من المشاق»[4].

٤- ويطلق الضابط على «سمة الشيء أو تقسيمه». ومثاله ما ذكره ابن السبكي «ضابط مسائل يخلع: فإن منها ما يقع بالطلاق فيه بالنص، ومنها ما يقع بمهر المثل، ومنها ما يقع رجعياً، ومنها ما لا يقع أصلاً»[5]. وما ذكره السيوطي: «ضبط الولي في الإجبار أقسام: أحدها: بحر ويجبر وهو الأب...

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص476.

(2) الأشباه والنظائر لابن السبكي 2/304.

(3) الأشباه والنظائر السيوطي ص376.

(4) الفروق للقرافي 1/116، 120.

(5) الأشباه والنظائر لابن السبكي 1/384.

والثاني: لا يجبر ولا يجبر وهو السيد في العبد على المرجح فيهما.

والثالث: يجبر ولا يجبر، وهو السيد في الأمة

والرابع عكسه أي لا يجبر ويجبر، وهو تولي في السفيه[1].

٥- وتطلق الضوابط الفقهية على الشروط والأسباب المتعلقة بأمر من الأمور. ومثاله أن الشافعية اشترطوا لانعقاد الجمعة أربعين[2]. وذكر النووي ضابط انفساخ العقد بالأسباب التالية: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الخلف بأن شرط في العبد كونه كاتباً فخرج غير كاتب، والإفلاس، والتحالف. وتلف المبيع قبل القبض[3].

بهذا يتبين أن الضوابط الفقهية لها معنى واسع وشامل لكل ما يخصص ويجنس، سواء أكان بالقضية الكلية، أم بالتعريف، أم بذكر علامة الشيء، أم بالتقسيم، أم بالشروط والأسباب. ولذلك عرفها بعض المعاصرين بتعريف عام، وهو: «كل ما يحصر جزئيات أمر معين» ثم ربط بين هذا التعريف وتعريف ابن السبكي، وسبع تعريف آخر وهو: «ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر»[4].

لكن يلاحظ على هذين التعريفين أنهما عامان وغير مختصين بالضوابط الفقهية، والأولى إضافة قيد يخص التعريف بالضوابط الفقهية، فيقال في تعريفها: «ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع فقهي واحد غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر».

ويختص الضوابط الفقهية بأنها مستقاة من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغير ذلك من الأدلة. وهي أيضا منسجمة مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ومختصة بالأحكام العملية.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٧٥.

(٢) الأشباه والضوابط للندوي ص٣٤.

(٣) المرجع السابق ص٣٨.

(٤) القواعد الفقهية لبعقوب الباحسين ص٦٦.

المطلب الثالث: العلاقة بين القواعد الكلية والضوابط الفقهية:

مما سبق يتبين أن القواعد الكلية والضوابط الفقهية مشتركان في أن كلا منهما ينطبق على عدد من الفروع الفقهية، ولهذا نجد كثيراً من الفقهاء، لا يفرقون بين المصطلحين في الاستخدام، فيطلقون القاعدة على الضابط، والضابط على القاعدة.

وتختلف القواعد الفقهية عن الضوابط الفقهية من عدة وجوه.

١- الفرق السابق وهو أن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها»[1] والضابط الفقهي يختص بباب من أبواب الفقه مثل ضابط: «كل من أحرم خلف مقيم لزمه الإتمام إلا في مسألة واحدة، وهي ما إذا بان الإمام محدثاً أو جنباً»[2] وبذلك تكون القاعدة أوسع من الضابط أفقياً.

٢- الضوابط الفقهية لا تقتصر على القضية الكلية، وإنما تشمل بالإضافة إليها التعاريف وعلامة الشيء المميزة له، والتقاسيم والشروط والأسباب. وغير ذلك. في حين أن القاعدة الفقهية تقتصر على القضية الكلية. وبذلك يكون الضابط أوسع من القاعدة رأساً.

٣- إن مساحة الاستثناءات الواردة على القواعد أوسع بكثير من مساحة الاستثناءات الواردة على الضوابط، لأن الضوابط الفقهية تضبط موضوعاً واحداً فلا تكثر فيها الاستثناءات[3].

٤- القواعد الفقهية تصاغ بعبارة موجزة وألفاظ تدل على العموم والاستغراق. أما الضوابط الفقهية فلا يشترط فيها ذلك، فقد تصاغ في جمل أو فقرة أو أكثر من ذلك، كما هو ملاحظ في قواعد ابن رجب، فإن أغلبها ضوابط فقهية وليست قواعد كلية

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٩

(٢) المرجع السابق ص٤٤١

(٣) يتصرف من القواعد الفقهية للندوي ص٥٢.

المبحث الثاني

القواعد الفقهية والعلوم المشابهة.

توجد عدة علوم شرعية وغير شرعية ذات علاقة بالقواعد الفقهية منها: النظريات الفقهية، والقواعد الأصولية، والقواعد المقاصدية، والأشباه والنظائر، والفروق الفقهية، والقواعد القانونية، وفيما يلي بيان لمعنى كل علم وأوجه العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية.

أولا: النظريات الفقهية:

بدأ الفقه الإسلامي بالفروع والجزئيات، ثم انتقل إلى تقعيد القواعد الكلية والضوابط الفقهية. وهذا التقعيد مر بمرحلة مهمة في الجهد الفردي، لأساسية والنظريات العامة في الفقه الإسلامي، ولكن الظروف التي مرت بالمسلمين أوقفت العصر الاجتهادي عند مرحلة التقعيد الفقهي. وفي الأمر كذلك إلى أن ظهرت الجهود الفردية في هذا العصر، قام العلماء بصياغة نظريات فقهية عامة: مثل نظرية التملكية، ونظرية العقد، ونظرية الشرط، فما المراد بالنظريات الفقهية، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالنظريات الفقهية:

لم يعرف الأساتذة مصطلح النظرية الفقهية بأنها: "الدساتير والمفاهيم الكبرى التي تتولف كل منها على حده نظاماً متوقياً موضوعاً مبتكراً في الفقه الإسلامي" كما عرفت أيضاً لجملة متصلة في نواحي الحكم الإسلامي، وتحكمه عناصر ذلك النظام فيكون منفصلاً بعرضه عن شعب الأحكام"[1].

ب- وعرفها الأستاذ أحمد أبو سنة بأنها: "الكلية الكبرى التي سوف نعرضها كلي، تحته موضوعات متشابهة في الأركان، والشروط والأحكام العامة"[2].

جـ- وعرفها الدكتور علي الندوي بأنها: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً"[3].

مما سبق يبين أن النظرية الفقهية عبارة عن نظام عام لموضوع فقهي خاص، تنطوي تحته مسائل وفروع فقهية عديدة، تتعلق بتعريف الموضوع، وبيان مقوماته من أركان وشروط وموانع وضوابط، وبيان آثاره، وتحديد أسباب بطلانه وغير ذلك.

٢- العلاقة بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية:

اختلف العلماء في بيان هذه العلاقة، فمنهم من قال بأن النظريات مرادفة للقواعد الفقهية، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة، حيث قال في أصول الفقه: "إنه بسبب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي هي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي"[4].

وذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى التفريق بينهما: النظريات الفقهية والقواعد الفقهية. ومن هؤلاء الأستاذ مصطفى الزرقاء، والشيخ أحمد أبو سنة والدكتور علي الندوي وغيرهم[5].

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من التفريق بينهما، وإن اشتركا في أن كلا منهما يشتمل على فروع فقهية من أبواب مختلفة إلا أنهما يفترقان من عدة وجوه:

أ- النظرية الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من القاعدة الفقهية، لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية: كنظرية التعسف في استعمال الحق، يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل: "الضرر يزال" و ...

(١) مصدر الفقه الإسلامي، الزحيلي ١/٣٣٥.

(٢) النظريات العامة للمعاملات، الشيخ أحمد أبو سنة، نقلاً عن مذكرة الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد، القواعد الفقهية، الزحيلي ١/٣٥٩.

(١) القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي ص٥٤.

(٢) أصول الفقه لأبي زهرة ص١٠. وانظر: مقدمة أحمد بوطهر الحطاني لكتاب إيضاح المسالك للونشريسي ص١١١.

(٣) المدخل لزيدان ١/٣٥٥، والنظريات العامة للمعاملات لأبو سنة ص٤٤ نقلاً عن مقدمة من عميد الحقوق المصري ص١٠٩/١، والقواعد الفقهية لندوي ص٥٥.

«درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، و«إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفهما» وغير ذلك.

غير أن القاعدة الفقهية قد تكون في بعض الأحيان أعم من النظرية الفقهية من وجه آخر، فقد تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية: كقاعدة: «الأمور بمقاصدها» فهي تتصل بعدة نظريات: كنظرية العقد والملكية، والعمليات الشرعية وغير ذلك، فتكون العلاقة بين النظرية والقاعدة العموم والخصوص الوجهي[1].

ب- النظرية الفقهية تتضمن في الغالب المقومات الأساسية من أركان وشروط وضوابط، وهذا ما لا تتضمنه كثير من القواعد الفقهية.

جـ- النظرية الفقهية لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها؛ لأنها مجرد هيكل عظمي ينتظم مجموعة من القضايا المتجانسة في إطار ذلك الهيكل، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ويستمد ذلك الحكم إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو القياس أو غير ذلك[2].

د- النظرية الفقهية صياغ على شكل بحث أو كتاب مطول. في حين أن القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة دقيقة

ثانيا: القواعد الأصولية:

إن العلماء المسلمين وضعوا قواعد أصولية لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية. وأول من دونها في كتاب مستقل هو الإمام الشافعي في كتاب «الرسالة» وهي بذلك تكون سابقة على تدوين القواعد الفقهية. فما المراد بالقواعد الأصولية؟ وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالقواعد الأصولية.

بينت سابقا معنى القواعد، وأما الأصولية فهي نسبة إلى علم أصول الفقه وهو:

(١) القواعد الفقهية لبا حسين ص١٤٩، وينظر القواعد الفقهية للكيلاني ص٣٦.
(٢) القواعد الفقهية للندوي ص٥٥.

«العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية»[1]. وبناء على هذا يمكن تعريف القواعد الأصولية بأنها: «قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية» ومثالها: الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة. والنهي يقتضي الفور والدوام. وقد اهتمت أغلب كتب التخريج بتخريج الفروع على القواعد الأصولية: كتخريج الفروع على الأصول للزنجاني.

٢- العلاقة بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

جمع كثير من العلماء السابقين في كتب القواعد الفقهية بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، ومن هؤلاء القرافي في كتاب الفروق، والسيوطي في الأشباه والنظائر، وابن نجيم في الأشباه والنظائر؛ وذلك لأن كلا النوعين من القواعد يشتركان في أنها قضايا كلية وأصول عامة يتدرج تحتها فروع وجزئيات متعددة فهما بهذوات تناسب الفروع والجزئيات الفقهية التي لا تتناهى، ولذلك اعتبرها القرافي من أصول الشريعة التي تضبط فروعها، حيث قال: «فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى مبانيها شرفا وعلواً اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحوه. «الأمر للوجوب» و«النهي للتحريم» و«الصيغة الخاصة للعموم» ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلا لكون القياس حجة وخبر الواحد وصيغات المجتهدين

والقسم الثاني: قواعد كلية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى»[2].

كما أنهما يشتركان في خدمة الفقه الإسلامي والكشف عن الحكم الشرعي لكثير من الأفعال والتصرفات. فالقاعدة الأصولية: «الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة» تكشف عن

(١) حاشية العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب مع حاشية الصفاري ١/١٨. والمدخل لابن بدران ص٥٨.
(٢) الفروق للقرافي ١/٢.

الحكم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة ١٠]، فالأمر بالانتشار في طلب الرزق جاء بعد النهي عن البيع وقت صلاة الجمعة، فيفيد هذا الأمر الإباحة. ولهذا قال الزنجاني: «لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ولا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع وأدلتها التي هي أصول الفقه، لا يتسع له المجال، ولا يمكنه التفريع عليها بحال، فإن المسائل الفرعية على اتساعها وبعد غايتها لها أصول معلومة، وأوضاع منظومة، ومن لم يعرف أصولها لم يحط بها علما»[1].

وإذا كانت القواعد الأصولية والفقهية تشتركان في هذا القدر من الخصائص فإنهما يختلفان من عدة وجوه وهي:

أ- القواعد الأصولية ناشئة -في معظمها- عن الألفاظ العربية وما يعرض لها من رجحان وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وغير ذلك. في حين أن القواعد الفقهية نشأت من الاستقراء، وذلك بتتبع الأحكام الواقعة على أفعال المكلفين في الفقه وبذلك اجتمعت الأشباه مع أشباهها وانتظرت مع نظائرها في قاعدة واحدة[2].

ب- القواعد الأصولية سابقة للجزئيات والفروع الفقهية من حيث وجودها الذهني والواقعي، لأن المجتهد ينطلق فيها في استنباط الأحكام من تلك القواعد الأصولية، فيعرف طرائق الاستنباط وقوة الأدلة الفقهية ومراتبها وكيفية الترجيح بينها عند تعارضها. أما القواعد الفقهية؛ فهي متأخرة عن الجزئيات والفروع الفقهية لأنها مجموعة الضوابط التي تجمع الأحكام المتشابهة والروابط التي تربط بين المسائل الجزئية. فهي متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الجزئيات[3].

---

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص٣٤.
(٢) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية لمحمد هشام البرهاني ص٥٦، قواعد الفقه الإسلامي لمحمد الزرقا ص١٩.
(٣) مالك لأبو زهرة ص٢٠١.

جـ- القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمته، في حين أن القواعد الفقهية يفهم منها ذلك، كما نبه القرافي إلى ذلك[1]. لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح، وما شابه ذلك من القواعد ليس فيها شيء، من ملاحظة مقاصد الشارع. أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها[2].

د- القواعد الأصولية في حقيقتها قواعد استدلالية، يلتزمها الفقيه؛ ليحتمي بها عن الخطأ في الاستنباط. مثل: «النهي المطلق يفيد التحريم» فهي تعين الفقيه في اكتشاف الحكم الشرعي، وليست هي ذات الحكم ولا تعبر عنه. في حين أن القواعد الفقهية تعبر عن حكم شرعي كلي مثل: «الأمور بمقاصدها» فهي تتضمن حكما شرعيا كليا يندرج تحته الكثير من الجزئيات التي يتحقق فيها موضوع الكلي العام أو مناطه. ولذلك يرجع الفقيه إليه لاستحضار الأحكام الفقهية[3].

هـ- القواعد الأصولية أكثر إطرادا وعموما من القواعد الفقهية، حيث ترد على القواعد الفقهية كثير من الاستثناءات تجعلها قواعد أكثرية أو أغلبية. أما القواعد الأصولية فاستثناءاتها قليلة لا تكاد تذكر[4].

و- القواعد الأصولية لها من الحجية والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية. أما القواعد الفقهية فلا يصح الاعتماد عليها وحدها لبيان الحكم الشرعي إلا إذا كانت تستند إلى دليل شرعي يعضدها؛ مثل «لا ضرر ولا ضرار» و «الخراج بالضمان» و«الأمور بمقاصدها» فإنها حجة؛ لأنها تستند إلى

---

(١) الفروق للقرافي ١/ ٢.
(٢) مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور ص٦.
(٣) أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص١١، قواعد الفقه الإسلامي للزرقا ص١٢٩.
(٤) سد الذرائع للبرهاني ص١٦٠، قواعد الفقه الإسلامي للزرقا ص١٢٠.

نصوص شرعية. وأرجع البعض عدم حجيتها إلى كون القواعد الفقهية أغلبية ترد عليها الاستثناءات[1] أو أن بعضها مما اختلف الفقهاء فيه لأنها تستند إلى دليل ظني. والسبب الأول محل نظر كما سيأتي في حجية القواعد.

ز- القواعد الأصولية موضوعها الأدلة السمعية أو أعراض الأدلة: كصيغة الأمر تقتضي الوجوب، إذا لم يصرفها عنه صارف؛ أو العام المخصوص حجة ظنية وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فموضوعها فعل المكلف سواء كان فعلا أو قولا كعقد المكلف ونيته.

لكن قد توجد بعض القواعد التي تشمل الموضوعين (الدليل والفعل) مثل العرف، وسد الذرائع. فإذا نُظر إلى العرف على أنه فعل صدر من المكلف كان قاعدة فقهية، وإذا نُظر إليه على أنه إجماع عملي كان قاعدة أصولية. وإذا نظر إلى سد الذرائع على أنه فعل مباح أدى إلى محرم كان قاعدة فقهية، وإذا نُظر إليه على أنه دليل على تحريم ما أدى إليه كان قاعدة أصولية[2].

ثالثا: القواعد المقاصدية:

نبه علماء الفقه والأصول إلى مقاصد الشريعة ومن هؤلاء الغزالي والجويني وابن تيمية وابن القيم. وأول من دون هذا العلم كنظرية مستقلة الإمام الشاطبي (ت٧٩٠هـ) في كتابه الموافقات. فما المراد بالقواعد المقاصدية، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالقواعد المقاصدية.

استعمل العلماء السابقون لفظ المقاصد لكنهم لم يحددوا له معنى. ولما جاء العلماء المعاصرون حددوا معناه فعرّف الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور مقاصد الشريعة بأنها:

---

(١) سالقواعد الفقهية للندوي ص٢٩٥.

(٢) سد الذرائع للبرهاني ص١٦٦؛ القواعد الفقهية لمحمد يعقوب بن حسين ص١٣٨.

«المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة، وغايتها العامة التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في انواع كثيرة منها»[1]. فيلاحظ على هذا التعريف أنه يغلب عليه الإبهام والتوضيح والتفصيل لا العدد، كما يلاحظ عليه أنه يدخل في المقاصد الخصائص العامة للتشريع من توازن ووسطية وشمول وسماحة وغير ذلك. وعرّفها الفاسي بأنها: «الغاية منها (أي من الشريعة)، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها»[2]. وبعبارة أخرى: «المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه»[3].

وبناء على ما سبق يمكن تحديد معنى القواعد المقاصدية بأنها: «قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء للأحكام الشرعية».

٢- العلاقة بين القواعد المقاصدية والقواعد الفقهية.

تتفق القواعد المقاصدية والفقهية في أن كلاً منهما قضية كلية، وغايتهما واحدة: وهي الوقوف على الحكم الشرعي في الوقائع والمستجدات، وأنهما يفيدان في معرفة حكم الشريعة وأسرارها. وتختلفان من عدة وجوه:

أ- القاعدة المقاصدية حقيقتها بيان حكم الشريعة وأسرارها التي توخاها الشارع من أصول التشريع، ومثال ذلك: «أن مقصود الشارع من مشروعية الرخص الرفق بالمكلف من تحمل المشاق»[4] فهذه القاعدة تقرر الحكمة والغاية من تشريع الرخص. ولا تقتصر

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور ص٥١.

(٢) مقاصد الشريعة ومكارمها لعلال الفاسي ص٣.

(٣) قواعد مقاصد عند الإمام الشاطبي لسد الرحمن الكيلاني ص٤٣.

(٤) الموافقات للشاطبي ١/ ٣٤١.

على بيان الحُكم الكلي للرخص، وهذا يؤدي إلى سرعة الامتثال من قبل المكلف[1]، أما القاعدة الفقهية فتقتصر على بيان الحكم الشرعي الكلي الذي تندرج تحته جزئيات متعددة فإذا كان موضوع القاعدة المقاصدية أهداف الشريعة وغايتها العامة؛ فإن موضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف.

ب- القاعدة المقاصدية لها من الحجية والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في الاستدلال؛ لأن المعنى العام كالنص العام سواء بسواء من حيث القوة والاعتبار وصلاحيته في الاستدلال، ولأنه يستند إلى الاستقراء. يقول الشاطبي: «العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان: أحدهما: الصيغ إذا وردت وهو المشهور في كلام أهل الأصول. والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ»[2] أما القاعدة الفقهية فلا يصح الاعتماد عليها وحدها في الاستدلال إلا إذا كانت تستند إلى نص شرعي كما بينا في الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية.

جـ- القواعد المقاصدية حاكمة على القواعد الفقهية ومقدمة عليها عند التعارض؛ لأن القواعد المقاصدية تعبر عن أهداف التشريع وغاياته. أما القواعد الفقهية فتعبر عن وسائل تلك الأهداف والغايات. والغاية مقدمة على الوسيلة كما قرر المقري: «مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبدا»[3].

رابعا: الأشباه والنظائر الفقهية:

الأشباه والنظائر علم من علوم الفقه باعتباره يرتكز أساساً على الفروع الفقهية. وترجع نشأته إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي ذكر في كتابه الذي أرسله

(1) قواعد المقاصد للكيلاني ص٥٦.
(2) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٩٨.
(3) القواعد للمقري ١/ ٣٣٠. وانظر الفروق للقرافي ٢/ ٣٣.

إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه: «اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك»[1]. وقد ظل هذا العلم في بطون الكتب إلى أن أفرده بمصنف مستقل أبو عبد الله محمد بن عمر المعروف بابن الوكيل (ت ٧١٦هـ) أسماه: «الأشباه والنظائر» فما المراد بالأشباه والنظائر وما العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية؟

١ - المراد بالأشباه والنظائر الفقهية:

الأشباه: هي الفروع الفقهية التي تشتبه مع بعضها البعض في أكثر الوجوه[2]. مما يقتضي التسوي في الحكم.

والنظائر: هي الفروع الفقهية التي تشابه مع بعضها البعض في بعض الوجوه ولو كان وجهاً واحداً[3] مما يقتضي الاختلاف في الحكم.

وقد اهتم علم الأشباه والنظائر ببيان المسائل الفقهية المتشابهة في المعنى المتحدة في الحكم، والمسائل المتشابهة في الظاهر المختلفة في المعنى والحكم، لأن المماثل في الحكم يرجع إلى الاتحاد في المعنى لا الظاهر. ولكن كتب الأشباه والنظائر لم تقتصر على تلك المسائل، وإنما أضافت إليها المسائل المتشابهة في الظاهر والحكم، وهي التطبيقات الفقهية على القواعد الفقهية. وهذا النوع من المسائل هو الغالب في تلك الكتب، حيث تتصدر القواعد الفقهية هذه الكتب. فيشمل هذا العلم على القواعد الفقهية والفروق الفقهية.

٢- العلاقة بين الأشباه والنظائر والقواعد الفقهية

الأشباه والنظائر الفقهية تتفق مع القواعد الفقهية من حيث الموضوع، وهو الفروع الفقهية المتشابهة، كما تتفقان من حيث الأثر وهو الكشف عن الحكم الشرعي. وتختلفان من عدة وجوه منها:

(1) الحاوي في الفتاوى للسيوطي ٢/ ٤٦٦.
(2) الموسوعة ٢.

أ- الأشباه والنظائر الفقهية أعم من القواعد الفقهية -كما بينا سابقاً-.

ب- الأشباه والنظائر الفقهية تهتم بالفروع والجزئيات المتشابهة. في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالرابط الجامع للفروع والجزئيات[1].

خامساً: الفروق الفقهية:

الفروق الفقهية علم من علوم الفقه باعتباره يرتكز أساساً على الفروع الفقهية. وأول من ألف فيه الإمام أحمد بن عمر بن سريج[2] (٣٠٦هـ) الشافعي. فما المراد به وما العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالفروق الفقهية:

عرف السيوطي الفروق الفقهية بأنها: «الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى المختلفة حكماً وعلة»[3].

واقترح الدكتور يعقوب باحسين تصويراً لهذا العلم بأنه: «العلم الذي يبحث فيه عن وجوه الاختلاف وأسبابها بين المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة والمختلفة في الحكم من حيث بيان معنى تلك الوجوه، وماله صلة بها، ومن حيث صحتها وفسادها، وبيان شروطها، ووجوه دفعها، ونشأتها وتطورها وتطبيقاتها والثمرات والفوائد المترتبة عليها»[4].

---

(١) القواعد الفقهية لباحسين ٩٨.

(٢) توجد عدة كتب في الفروق الفقهية بالإضافة إلى كتب الأشباه والنظائر ومن تلك الكتب: الفروق الفقهية لأبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي (توفي في القرن الخامس الهجري)، والفروق لأسعد محمد الكرابيسي نحفي (٥٧٠هـ)، وعدة الفروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق لأحمد يحيى التونسي (ت٩١٤هـ).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧.

(٤) الفروق الفقهية والأصولية ليعقوب باحسين ص٢٥.

وموضوع الفروق الفقهية الفروع الفقهية المتشابهة في الصور والمختلفة في الحكم، من حيث بيان أسباب الافتراق أو الاجتماع فيما بينها، وما يتعلق بذلك من أمور[1]. فهو جزء من الأشباه والنظائر بينهما عموم وخصوص.

٢- العلاقة بين الفروق الفقهية والقواعد الفقهية.

تتفق الفروق والقواعد الفقهية من حيث الموضوع وهو الفروع الفقهية المتشابهة. ويختلفان من عدة وجوه منها:

أ- الفروق الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة المختلفة من حيث الحكم. في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة والمعنى والحكم.

ب- الفروق الفقهية تبحث في أسباب الافتراق بين الجزئيات المتشابهة. في حين أن القواعد الفقهية تبحث في الرابط الجامع للفروع والجزئيات.

سادساً: القواعد القانونية والمبادىء العامة:

بقي المسلمون منذ ظهور الإسلام يطبقون التشريع الإسلامي وحده إلى أن جاء الاستعمار الغربي الذي فرض قوانينه على البلاد الإسلامية المستعمرة. كالهند والجزائر ومصر. ومن ثم انتقلت تلك القوانين إلى بقية الدول الإسلامية، فأصبحت تلك الدول تطبق القانون الوضعي في كثير من الجوانب. فما حقيقة القواعد القانونية؟ وما علاقتها بالقواعد الفقهية؟

---

(١) يرجع السابق، وانظر: مقدمة الفروق الفقهية لأبي العباس الشلبي للمحققين محمد أبو الأجفان، وعثمان أبو فارس ص٢٨.

١ - المراد بالقواعد القانونية والمبادىء العامة.

القانونية نسبة إلى القانون. وقد اختلف في أصله. هل هو عربي أو معرب؟ فقال ابن منظور: قانون كل شيء طريقه ومقياسه وقال ابن سيده: أراها دخيلة: أي معربة، وهو الراجح؛ لأن ابن منظور رجع عن قوله، وقال في آخر المادة: القوانين: الواحد قانون وليس بعربي[1] لكنها قد تكون مستعملة عند العرب من قديم.

والقانون في الاصطلاح «مجموعة القواعد القانونية المتبعة في دولة معينة مهما كان مصدرها»[2]، وبعبارة أخرى: «مجموعة القواعد التي تحكم أعمال الناس في المجتمع وتلزمهم باحترامها ولو بالقوة إذا لزم الأمر»[3] فالقانون ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، أو علاقاتهم بالدولة أو علاقات الدول بعضهم ببعض ولا يتدخل فيه ما يتعلق علاقة الفرد بالله تعالى، ولا الأخلاق.

فالقاعدة القانونية: هي الوحدة التي يتكون منها القانون بمعناه الدقيق في بلد ما. وهي تتسم بالخصائص التالية:

أ - الوضعية: فهي من وضع الإنسان وعمله، سواء أكان فرداً أم جماعة، ومن الجائز أن يكون القانون مصدره أمر عصا ونحوه.

ب- لحماية السلوك الخارجي لظاهر الأفراد: فلا تهتم بالنوايا الباطنة للإنسان طالما أنها لم تظهر للعالم الخارجي. أما إذا أعقب النية فعل فالقانون يهتم بالنية حينئذ؛ لأنها تتصل بالسلوك الخارجي للأفراد، ويكون لذلك أثره في التكييف القانوني للعمل الظاهر نفسه. ومثال ذلك العزم على القتل لا شأن للقانون به، ولكن إذا ثبت أن القاتل كان

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة «قنن» ١٣/١٧٧.

(٢) معجم مصطلحات الشريعة والقانون لحمد الرحيم ص٣٢٤.

(٣) أصول القانون والقواعد الفقهية لعباس حسني ص١.

يقصد القتل فإنه يعامل على أساس أنها جريمة عمد مع سوء الإصرار، وتكون العقوبة مشددة. أما إن لم يقصد القتل فإنه يعامل على أساس أنها جريمة خطأ[1].

جـ- تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع، فالقانون مرآة للبيئة التي يعيش فيها ويتأثر بالزمان والمكان. ولهذا يختلف القانون من دولة إلى دولة ومن عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع، ولذلك نرى المشرع يتدخل في القانون لتعديله وتغييره؛ كي يتلاءم مع الظروف الجديدة.

د- عامة مجردة: فالقاعدة القانونية لا تتعلق بشخص معين، ولا بواقعة معينة، لأن الأشخاص غير محصورين والوقائع غير متناهية. ولهذا فالقاعدة القانونية تتعلق بالأشخاص بصفاتهم لا بأعيانهم، وبالوقائع بشروطها وأوصافها لا بأعيانها. ولذلك يصدر عند وقوع الواقعة إلى التكييف القانوني.

هـ- ملزمة. فالإلزام من الصفات الأساسية في القاعدة القانونية إذ توقع السلطة جزاء مادياً دنيوياً على مخالفي القاعدة، لأنها لو تركت القاعدة دون جزاء لما التزم بها أحد من الأفراد. ولفقدت القواعد القانونية قيمتها، ولما أمكن اعتبارها قواعد قانونية.

و - مصاغة صياغة دقيقة محكمة. فالقاعدة القانونية لا تقتصر على الوقوف على الأحكام القانونية. وإنما تصاغ صياغة دقيقة محكمة لكنها غير موجزة.

بهذا يتبين أن القواعد القانونية تشبه الضوابط الفقهية من حيث الشكل والصورة، ولا تشبه القواعد الفقهية. ولدى تشبه القواعد الفقهية في الاصطلاح القانوني المبادئ العامة أو الأمثال القانونية، وهي: «القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساساً لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص»[2].

(١) الفقه المقارن لعبد الفتاح القاضي ص٨١.

(٢) أصول القانون والقواعد الفقهية لعباس حسني ص٣٢.

٢- العلاقة بين القواعد والمبادىء القانونية والقواعد الفقهية.

تتفق القواعد القانونية مع الضوابط الفقهية من حيث محالها، فهي تختص بباب واحد، ومن حيث دقة الصياغة، ومن حيث الالزام بها، والعمومية والتجريد. وتتفق المبادىء العامة مع القواعد الفقهية من حيث الكلية والاستيعاب والتحرير، ومجالها. ودقة الصياغة. وتختلف عنها من عدة وجوه.

أ- القواعد القانونية والمبادىء العامة هي في نشأتها ومصادرها وصياغتها من وضع البشر، تعتمد في الغالب على الأعراف والعادات التي تستقر في المجتمع. أما القواعد الفقهية فهي مصدرها ونشأتها من القرآن والسنة النبوية والاجتهاد في إطار المصدرين الأساسيين، فهي ربانية المصدر، وإن صيغت ورتبت من قبل الفقهاء والمجتهدين.

ب- القواعد القانونية والمبادىء العامة تحكم الجانب القضائي فقط، فلا تشتمل على أحكام العقيدة والعبادات والأخلاق. أما القواعد الفقهية فهي تحكم الجانب الديني والقضائي في آن واحد فهي تشمل العقيدة والعبادات والمعاملات والأخلاق، فتجعل القواعد الفقهية أساس العمل هو النية والإخلاص لله تعالى.

بهذا يتبين أن القواعد الفقهية أوسع وأشمل من القواعد القانونية- لأن القواعد الفقهية تعتبر بالفرد في جميع محالاته الدنيوية والأخروية، كما تعنى بالدولة وعلاقتها بغيرها من الدول.

جـ- القواعد القانونية تأخذ بالظاهر ولا تلتفت إلى بواطن الأمور -كما بينا سابقا- في حين أن القواعد الفقهية تأخذ بالظاهر والباطن. فالنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً صحيحاً أو فاسداً، طاعة أو معصية. كما قال ابن القيم: «فالعقائد الشريعة التي لا يجوز عندها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في القربات والعبادات. فالعقيدة والنية والاعتقاد تجعل الشيء حلالاً أو حراماً، صحيحاً

أو فاسداً، طاعة أو معصية»(١). أي أن البواعث النفسية للأخلاق تؤثر في المعاملة، فإذا ثبت أن الفرد الموصي يهدف من وراء الوصية إلى الإضرار بالورثة فعندئذ يحكم ببطلان الوصية. وكذلك بالنسبة إلى الظلاق، فإذا كان الدافع إليه هو الرغبة في الهروب من الإرث فعندئذ يردُّ هذا القصد، وترث المرأة من زوجها، ولو كانت مطلقة: كمن يطلق امرأته في مرض الموت طلاقاً بائناً.

د- الجزاء في القواعد القانونية يقتصر على الجزاء الدنيوي من جزاء جنائي أو مدني أو إداري أو غير ذلك. في حين أن الجزاء في القواعد الفقهية يشمل الدنيوي والأخروي؛ فالقاتل عمداً يأثم في الآخرة، ويعاقب بالقصاص في الدنيا.

---

(١) مجموع مصنفات الشريعة والفقه بعنوان القواعد لكرم ص٣٢٥

المبحث الثالث

مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها.

بما سبقاً أن القواعد الفقهية تختص بالريادة، فهي ترجع في أصلها إلى الكتاب والسنة وروح الشريعة الإسلامية فما مصادر تلك القواعد؟ وكيف نشأت وتطورت إلى ما هي عليه الآن وما أهم الكتب التي تهتم بهذا الجانب من الفقه؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث -إن شاء الله تعالى- وسيشتمل على مطلبين هما:

المطلب الأول: مصادر القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: نشأة علم القواعد الفقهية وتطوره

وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول. مصادر القواعد الفقهية.

إن المصادر التي استمدت منها القواعد الفقهية هي الكتاب والسنة وآثار الصحابة والتابعين، واجتهادات الفقهاء بما فيها استقراء الفروع الفقهية، وفيما يلي بيان لهذه المصادر.

أولاً: القرآن الكريم:

جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة، وقواعد كلية وضوابط شرعية لتكون منارات يهتدي بها العلماء في تأصيل الأحكام وتقعيد الفقه. والاجتهاد في المستجدات. والحكمة من اشتمال القرآن على هذه المبادئ هي تأكيد كمال التشريع ومرونة الشريعة، وقدرتها على مسايرة جميع العصور والبيئات ليظل صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان.

وهذه المبادئ العامة كانت مصدراً مباشراً للفقهاء في صياغة القواعد الفقهية. ومن الأمثلة على ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨].

٢- وقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

٣- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

٤- وقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٥- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

٦- ومن الأمثلة التراهية على اعتبار تقرأن مصدرا لقواعد الفقهية ما ذكره الحصيري: «إن أصحاب محمد رحمهم الله حين وفق لهم [خال إلا ثبت الضروري] في طريق الحج فسلموا متاعه وجهزوه به، ثم رجعوا إلى محمد رحمه الله فأخبروه عن ذلك، فقال: لو لم تحملوا ثم تكونوا فقهاء ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]»[٢]. فالآية دعامة جليلة تشير إلى عنصر القصود والخواص، وهي أصل لقاعدة: «الأمور مقاصدها» كما أشار إلى ذلك السيوطي «الآية.... أصل لقاعدة الأمور بمقاصدها، فرب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر»[٣].

٧- ومن الأمثلة أيضاً، قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة ١٨٥]. فهذه الآية أصل لقاعدة عظيمة ينبني عليها فروع كثيرة وهي: «المشقة تجلب التيسير» وهي إحدى القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه، وتحتها من القواعد: «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة: «إذا ضاق الأمر اتسع» ومن الفروع مالا يحصى كثرة[٤].

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١/٨٨.

(٢) انظر: تحرير شرح الجامع الكبير للحصيري ١/٥٩، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/٢٠٠، والقواعد والفوائد مستخلصة من التحرير لعلي أحمد الندوي ص١٢٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٥

هذا غيض من فيض من القواعد الكلية وجوامع الكلم الواردة في القرآن الكريم، وهي تتصف بصفات الكمال من حيث الفصاحة والبلاغة والفصاحة والإحكام، فلا يستغني عنها فقيه عند تقعيد القواعد الفقهية

ثانيا: السنة النبوية:

لقد أُعطي النبي ﷺ جوامع الكلم ومعانيه حيث قال ﷺ: «أعطيت مفاتيح الكلم»[1] وقال: «بعثت بجوامع الكلم»[2] وفي رواية: «أعطيت جوامع الكلم، واختصر لي الكلام اختصارا»[3]. فالمراد بمفاتيح الكلم لفظ قليل يفيد معاني كثيرة. وهذا غاية البلاغة[4].

وكذلك جوامع الكلم واختصاره تدل على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى بنظم أطيف لا يعقيد فيه. قال المناوي في بيان معنى جوامع الكلم: «أي ملكة اقتدر بها على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى، بنظم لا تعقيد فيه يعثر الفكر في طلبه، ولا التواء يحار الذهن في فهمه»[5] فقد كان النبي ﷺ ينطق بالحكمة التي تخرج مخرج القاعدة الكلية والمبدأ العام الذي ينطوي على أحكام وجزئيات كثيرة. ومن الأمثلة على ذلك

١- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[6].

٢ وقوله ﷺ: «الدين النصيحة»[7].

٣- وقوله ﷺ: «البيعان بالخيار مالم يتفرقا»[8].

---

(١) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص٢٦

(٢) صحيح البخاري، كتاب تعبير الرؤيا، باب (٤٤)، ٨/ ٥٢.

(٣) صحيح مسلم، كتاب المساجد، ١/ ٣٧١.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي مع فيض القدير المناوي (١/ ٥٦٢) وفن للسيوطي: حسن.

(٥) عمدة القاري للعيني ٢٤/ ١٤٢، وانظر: فتح الباري لابن حجر ١٣/ ٣٤٠، شرح النووي على مسلم ٥/ ٥

(٦) فيض القدير للمناوي ١/ ٥٦٣.

(٧) صحيح البخاري، كتاب (١١)، ١/ ٥٢.

(٨) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٤٢)، ١/ ٢٠.

٤- وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل إمرىء ما نوى»[1].

فهذا الحديث من جوامع الأحاديث للأحكام الشرعية. قال ابن رجب في شرحه: «هاتان كلمتان جامعتان، وقاعدتان كليتان لا يخرج عنها شيء»[2]، وقال ابن القيم فيهما: «النبي ﷺ قال كلمتين كفتا وشفتا، وتحتهما كنوز العلم... فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بالنية. ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال»[3].

٥- وقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[4] ففي هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد القضاء. قال النووي في: «هذا حديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع»[5].

٦ وقوله ﷺ: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»[6] فهذا الحديث دليل قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»[7].

وقد جمع كثير من العلماء الأحاديث لجوامع في مصنفات خاصة ومن ذلك: الإيجاز وجوامع الكلم من السنن المأثورة لأبي بكر بن السني، والشهاب في الحكم والآداب

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (١٩)، ٣/ ١٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب (١)، ١/ ٢

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص١١

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٢٢٣.

(٥) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب (١١)، ٣/ ٦٢٦، وقال: وفيه مقال

(٦) شرح النووي على مسلم ٤/ ٢٠١

(٧) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحشاه (٧٨)، ١/ ٦٩.

لأبي عبد الله القضاعي. وقد اهتم أبو عمرو بن الصلاح بالأحاديث الكلية، وهي الأحاديث الجوامع التي يقال: إن مدار الدين عليها، وما كان في معناها من الكلمات الجمعة الوجيزة. هذا بالإضافة إلى كتاب الأربعين النووية ليحيى بن شرف النووي وشرحها لابن رجب. وغير ذلك من الكتب التي تشكل مصدرًا خصبًا للقواعد الفقهية في وجودها وصياغتها. فبعض هذه الأحاديث يعتبر دليلا خاصاً لقاعدة فقهية كلية، وبعضها بعد ذاته وألفاظه قاعدة فقهية: كقاعدة: «الخراج بالضمان».

ثالثا: آثار الصحابة والتابعين.

أثر السلف الصالح من الصحابة والتابعين، بمنهج النبي ﷺ في فهم نصوص الشريعة وبناء مقاصدها. والتعبير عنها بعبارات موجزة واضحة تخرج صحيح القاعدة الكلية. وذلك لأنه كما كان عهد الإنسان بالرسول ﷺ أقرب كان أعلم بالمعقول والمنقول، ويؤيد ذلك قول ﷺ: «خير الناس قرني ثم الذي يلونهم ثم الذي يلونهم...»[1]. وقد ترك السلف الصالح آثاراً كثيرة في مجال القواعد الفقهية مما يعد مصدراً لهذا المجال من العلم. ومن ذلك:

١- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ت٢٣هـ): «مقاطع الحقوق عند الشروط»[2].

٢- وقوله: «لا عفو في الحدود عن شيء منها بعد أن تبلغ الإمام، فإن عفته من قبل نفسه»[3].

٣- وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه (ت٤٠هـ): «ليس على صاحب العارية ضمان»[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٥٥.
(٢) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٩)، ٣/١٥١.
(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب (٦)، ٣/١٧٥.
(٤) المصنف لعبد الرزاق ٨/٢٤١. وانظر القواعد الفقهية لحسين ٢٩٠.

٤- وقول شريح القضائي (ت٧٨هـ): «ليس على المستعير، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[1].

٥- وقوله: «لا يقضى على غائب»[2].

٦- وقوله إبراهيم النخعي (ت٩٦هـ): «كل قرض جر منفعة فهو ربا»[3].

٧- وقول الشعبي (ت١٠٦هـ): «المعتدي في الصدقة كمانعها»[4].

٨- وقول قتادة (ت ١١٨هـ): «كل شيء لا يفاد (يقتص) منه فهو على العاقلة»[5].

٩- وقول حماد (١١٩هـ): «كل فرقة كانت من قبل الرجل فهي تطليقة، وكل فرقه من قبل المرأة فليست بشيء»[6].

رابعا: اجتهادات الفقهاء:

إن القواعد الفقهية كانت موضع اهتمام الفقهاء منذ العصور الأولى للفقه الإسلامي، فبذلوا جهوداً كبيرة في صياغتها، والتخريج عليها، والاستئناس بها في الكشف عن الأحكام الفقهية. كما بذلوا جهوداً في استنباطها من الأصول الشرعية ومبادىء اللغة العربية وسلمات المنطق ومقتضيات العقول، فالفقيه يجمع الأحكام المتشابهة التي تنظمها قاعدة كلية جامعة، ويستقري الأحكام والجزئيات المخروج برابط يربطها، ويضع الضوابط الفقهية لتحصين الفقه الإسلامي من العبث والزلل وانفراط عقده، وقد اتبع العلماء في تقعيد القواعد وإنشائها طريقتين: الأولى: استنباط القواعد الفقهية من النصوص. والثانية: الاستقراء. وفيما يلي بيان لهاتين الطريقتين:

---

(١) المصنف لعبد الرزاق ٨/١٧٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق ٨/٢٠٤.
(٤) المصنف لابن أبي شيبة ٦/١٨٠.
(٥) الخراج لأبي يوسف، ص٨٣.
(٦) المصنف لابن أبي شيبة ٧/٧.

الطريقة الأولى: استنباط القواعد الفقهية من النصوص الشرعية:

الاستنباط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: هو استخراج الأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تقعد عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً[1]. والأحكام إما أن تكون كلية أو جزئية. فالقواعد الأصولية تستنبط بها الفروع الفقهية، فإذا تكونت منها الفروع يبحث فيها عن علتها وحكمها للجمع بين المتشابهاتوالخروج برابط يربطها، وهو القاعدة الكلية. يقول الدكتور محمد سلام مدكور «والفقيه ينبغي أن يحيط ولا بأحوال المسائل، وما يتعلق به من قواعد أصوليه قبل العمل به، ثم يستخلص القاعدة الفقهية»[2].

يبدا يتبين أن الطريقة الأولى لإنشاء القاعدة وتكوينها هو الاستنباط الذي يقوم على القواعد الأصولية مثل: «الأمر يفيد الوجوب» و «النهي يفيد التحريم» و «النكرة في سياق النفي تعم» و «القياس حجة» وهي سابقة للاستقراء، لأن القاعدة الكلية تشتمل على حكم وكلية. والسبيل إلى معرفة الحكم هو الاستنباط. وأما معرفة الكلية فالاستقراء[3].

الطريقة الثانية: الاستقراء:

الاستقراء في اللغة التتبع. وفي الاصطلاح: «تصفح أمور جزئية لحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات»[4] وبعبارة أخرى: «أن تتصفح جزئيات كثيرة داخلة تحت معنى كلي، حتى إذا وجدت حكماً في تلك الجزئيات حكمت على ذلك الكلي به»[5].

---

(1) انظر: محمد الزحيلي 1/486.

(2) نظرية التقعيد الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي ص71

(3) أصول الفقه لمحمد سلام مدكور ص327

(4) نظرية التقعيد للروكي ص73

(5) المستصفى للغزالي 1/51.

والاستقراء نوعان: تام، وناقص.

1- **فالاستقراء التام**: هو أن يثبت الحكم في كل جزئي من جزئيات الكلي. وهو لا يكون إلا في العقليات. ويسمى الاستقراء المنطقي. ويفيد القطع[1]. ومن أمثلته: كل جسم متحيز، وكل متغير حادث.

2- **والاستقراء الناقص**: هو أن يثبت الحكم في الكلي لثبوته في أكثر جزئياته. بمعنى أن لا يكون قد تتبع لجميع جزئيات الكلي، وإنما يتم التتبع لأكثر الجزئيات. وهذا هو المقصود بالاستقراء عند الفقهاء، ويثبت به الحكم على سبيل الظن؛ لكن هذا الظن يختلف في درجته وقوته باختلاف الجزئيات المتتبعة؛ فكلما كانت أكثر، كان الظن أغلب وأقوى ومن أمثلته عند الفقهاء: «الوتر ليس بفرض» لأنه يؤدى على الراحلة، فالفرض لا يؤدى على الراحلة[2].

والاستقراء في القواعد الفقهية ينقل الحكم إلى الكلية بعد استنباطه من النص الشرعي. فيتتبع الفقيه الجزئيات للتأكد من كلية الحكم. يقول الشاطبي: «إن تلقي العلم بالكلي إنما هو من غرض الجزئيات واستقرائها، فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، ولأنه ليس بموجود في الخارج، وإنما هو مضمن في الجزئيات حسبما تقرر في المعقولات. فإذاً الوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد؛ دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به»[3].

وقد اتبع الفقهاء الاستقراء الناقص في استخراج القواعد الفقهية. ومن الأمثلة على ذلك قاعدة: «الضرر يزال» فقد استندت هذه القاعدة إلى مجموعة من النصوص الشرعية التي تشتمل على أحكام جزئية، ومن هذه النصوص قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[4] وقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ [البقرة: 233] وقوله تعالى:

---

(1) انظر: معيار العلم للغزالي 163، وبهجة السلوك للمشاوي 3/114، نظرية التقعيد للروكي 74

(2) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص 75.

(3) الموافقات للشاطبي 3/8-9

(4) سنن ابن ماجه 2/784. وقال الألباني في إرواء الغليل (3/413) مرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه.

﴿لَا تُضَآرَّهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فمن هذه النصوص وغيرها أخذت قاعدة: «الضرر يزال» وهي جزئيات في موضوعات مختلفة، ولكن يجمعها المعنى العام للضرر الذي هو الأساس في تكوين القاعدة[1].

المطلب الثاني: نشأة علم القواعد الفقهية وتطوره.

عرف الغفاري علم القواعد الفقهية بأنه: «قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نص عليها من كتاب أو سنة أو إجماع»[2] وبالرغم مما يؤخذ على هذا التعريف إلا أنه يدل على استقلالية علم القواعد الفقهية، واعتباره فناً قائماً بذاته، إذا كان مستقل، له تاريخ حافل بالعلماء المتخصصين فيه: وبالمؤلفات الخاصة به. فما المراحل التي مر بها هذا العلم؟ لقد مر هذا العلم بعدة من المراحل التاريخية وهي:

المرحلة الأولى: مرحلة النشوء.

المرحلة الثانية: مرحلة التدوين والتطور.

المرحلة الثالثة: مرحلة الاستقرار.

المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية

وفيما يلي بيان لهذه المراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة النشوء. (من البعثة النبوية إلى القرن الرابع الهجري).

ترجع نشأة القواعد الفقهية إلى عصر النبي ﷺ، ففي القرآن الكريم والسنة النبوية وجدت بذور هذا العلم، ونمت وترعرعت في عصر الصحابة والتابعين وأتباعهم وقد ضمن كثير من الفقهاء كتبهم الكثير من القواعد الفقهية ومن ذلك:

---

(١) القواعد الفقهية د. محمد ص ٢١٤.

(٢) الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية لمحمد بن يحيى الغفاري ١/ ٦٩.

١ - الإمام مالك بن أنس (ت١٧٩هـ) في كتابه «المدونة» ذكر عدة قواعد وضوابط فقهية منها: «لا يرث أحد أحداً بالشك»[1].

٢ - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت١٨٢هـ) في كتابه: «الخراج» ذكر فيه بعض القواعد والضوابط الفقهية منها: «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»[2].

٣ - الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ) في كتبه عدة قواعد وضوابط فقهيه منها: «كل أرض غلب عليها المسلمون فهي أرضي خراج»[3].

٤ - الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ) في كتابه: «الأم» قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت، ولا عمل عامل، وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله»[4].

المرحلة الثانية: مرحلة تدوين القواعد الفقهية وتطورها.

تبدأ هذه المرحلة من القرن الرابع الهجري إلى التاسع. ففيها بدأ تدوين القواعد الفقهية في كتب خاصة على يد الفقيه الحنفي أبي الحسن الكرخي (ت٣٤٠هـ) حيث ألف رسالة صغيرة في القواعد الفقهية تعرف: «بأصول الكرخي» بدأها بقاعدة: «ما ثبت باليقين لا يزول الشك»[5] ولم تكن كلها أصولاً فقهية، بل فيها بعض القواعد الأصولية. وقام محمد بن أحمد النسفي (ت٥٣٧هـ) بشرح موجز لها، بين المراد من القاعدة والتطبيقات الفقهية لها.

وقد روى عن أبي طاهر محمد بن محمد الدباس (ت٣٤٠) وهو معاصر للكرخي أنه كان يردد القواعد الفقهية من حفظه، مما يدل على اهتمامه بها وحرصه عليها، فقد ردَّ

---

(١) القواعد الفقهية د. محمد ص ٣٠٢.

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥.

(٣) السير للشيباني «القانون الدولي الإسلامي» تحقيق محمد خدوري ص ٢٥٧

(٤) الأم للشافعي ٧/ ١٥٢

(٥) أصول الكرخي المطبوعة في آخر كتاب تأسيس النظر للدبوسي ص ١١٠

فقه الإمام أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وكان ضريراً، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بسهره بعد أن يخرج الناس منه[1].

ومن اهتم بهذا العلم من المالكية محمد بن حارث الخشني (ت٣٦١هـ) حيث ألف كتاب: «أصول الفتيا» جمع فيه بعض الأصول في المذهب المالكي ونظائر في الفروع الفقهية، وبعض القواعد الفقهية ورتبه على أبواب الفقه، وبفتتح أغلب أبوابه بأصل فقهي أو قاعدة كلية ثم.

«المحدود تمرأ بالسهات»[2].

ثم جاء بعد الكرخي والخشني أبو الليث السمرقندي (ت٣٧٣هـ) فألف كتاب: «تأسيس النظائر» حققه محمد محمد رمضان. ثم جاء بعده أبو زيد عبيد الله الدبوسي (ت٤٣٠هـ) فألف كتاب: «تأسيس النظر» وهو يشتمل على قواعد أصولية بالإضافة إلى القواعد الفقهية وهو مطبوع في نهاية أصول الكرخي.

وعند ذلك الوقت إلى نهاية القرن التاسع استمر التدوين للقواعد الفقهية فظهرت عدة مؤلفات في القواعد الفقهيه أذكر بعضها حسب تاريخ وفاة مؤلفيها، ثم أبين مناهج ترتيبها وتنظيمها بعد ذلك

١- أبو حامد الجاجرمي (٦١٣هـ) ألف كتاب «القواعد في فروع الشافعية» وهو غير موجود

٢- الشيخ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) ألف كتابه المشهور: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» وهو يشتمل على قواعد وضوابط فقهية ومقاصدية كثيرة. هذا بالإضافة إلى كتاب آخر مكمل ومتمم للأول، وليس اختصاراً له، يعرف «بالقواعد الصغرى» أو «مختصر الفوائد في أحكام المقاصد» وهما مطبوعان

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥. وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨، غمز عيون البصائر للحموي ١/٣٦.

(٢) مقدمة تحقيق القواعد للمقري لأحمد بن عبد الله بن حميد ١/١٢٨.

٣- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) له كتاب: «الأصول والضوابط» ذكر فيها أهم ما يحتاج إليه طالب العلم الشرعي من القواعد الفقهية والأصول المهمة والمسائل المتشابهة.

٤- أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ) ألف كتاب: «أنوار البروق في أنواء الفروق» حيث قعد فيه القواعد لكثير من المسائل الفقهية. وتعقبه ابن الشاط (٧٢٣هـ) في كتاب: «إدرار الشروق على أنواء الفروق» ثم هذبه محمد علي المالكي (ت١٣٦٧هـ) في كتاب سماه: «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية»

٥- أبو عبد الله محمد بن عمر المعروف بابن الرَّكيل (ت٧١٦هـ) له كتاب: «الأشباه والنظائر» استنتج فيه بعض القواعد الفقهية.

٦- نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي (٧١٦هـ) له كتابان: «القواعد الكبرى»، «القواعد الصغرى» في قواعد الفقه الحنبلي.

٧- شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية (٧٢٨هـ) ألف كتاب «القواعد النورانية في القواعد الفقهية» ذكر هذا الكتاب ابن رجب على نمط كتب القواعد الفقهية، وهو بالكتب الفقهية أشبه. وجاءت موضوعاته مرتبة على أبواب الفقه، وقد احتوى على بعض القواعد والضوابط الفقهية[1].

٨- محمد بن رشد البكري القفصي المالكي (ت٧٣٦هـ) له كتاب: «المذهب في ضبط قواعد المذهب» وهو غير مطبوع.

٩- أبو عبد الله محمد بن محمد المقري المالكي (ت٧٥٨هـ) له كتاب القواعد جمع فيه (١٢٠٠) قاعدة وضابط في الفقه المالكي وقد قام باستنتاج بعض القواعد من الفروع الفقهية المتشابهة.

---

(١) القواعد الفقهية لابن حسين حمد ٢٢٧.

١٠- أبو سعيد صلاح الدين بن كيكلدي الشافعي العلائي (ت٧٦١هـ) ألف كتاب: «**المجموع المذهب في قواعد المذهب**» اعتمد مادته من كتاب ابن الوكيل، لكنه اختلف في ترتيبه وتبويبه، إذ رتب القواعد حسب عمومها وخصوصها.

١١- أبو العباس شرف الدين أحمد بن الحسن الحنبلي الشهير بابن قاضي الجبل (ت٧٧١هـ) له كتاب: «**القواعد الفقهية**».

١٢- تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي (ت٧٧١هـ) له كتاب: «**الأشباه والنظائر**».

١٣- محمد بن سليمان المقري التلمساني الشافعي (ت٧٩٣هـ) له كتاب: «**مختصر المجموع المذهب**» جمع فيه بين قواعد العلائي في المجموع المذهب والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي مع إضافة وزيادة عليهما. ويحتوي على القواعد الأصولية والفقهية والتخريج.

١٤- محمد بن بهادر الزركشي الشافعي (٧٩٤هـ) له كتاب: «**المنثور في القواعد**» وقد رتب القواعد فيه على حروف المعجم. وهو أول كتاب في القواعد يتبع هذا المنهج.

١٥- أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ) له كتاب «**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**» والملاحظ على هذا الكتاب أن أكثر قواعده ضوابط فقهية، وكانت صياغتها طويلة.

١٦- شرف الدين عيسى بن عثمان الغزي الشافعي (ت٧٩٩هـ) له كتاب: «**القواعد من الفروع**».

١٧- عمر بن علي الشافعي المعروف بابن الملقن (ت٨٠٤هـ) له كتاب «**الأشباه والنظائر**» مرتب على أبواب الفقه.

١٨- سراج الدين أبو حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي (ت٨٠٥هـ) له كتاب: «**فوائد الحسام على قواعد ابن عبد السلام**».

١٩- محمد بن محمد الخضري الزبيري الشافعي (ت٨٠٨هـ) له كتاب: «**أسنى المقاصد في تحرير القواعد**».

٢٠- شهاب الدين أحمد بن محمد المقدسي الشافعي المعروف بابن الهائم (ت٨١٥هـ) له كتاب «**تحرير القواعد العلائية وتمهيد المسالك الفقهية**».

٢١- تقي الدين أبو بكر بن محمد الحصني (ت٨٢٩هـ) له كتاب «**القواعد**» وقد ضمنه عدداً كبيراً من القواعد الأصولية. والكتاب مطبوع.

٢٢- أبو الثناء نور الدين محمود بن أحمد المعروف بابن خطيب الدهشة (ت٨٣٤هـ)، له مختصر في القواعد وهو تلخيص لقواعد العلائي والتمهيد للإسنوي.

٢٣- محب الدين أحمد بن نصر الله الحنبلي (ت٨٤٤هـ) له كتابان: «**حواشي القواعد الفقهية**» و «**مختصر قواعد ابن رجب**».

٢٤- شرف الدين عبد الرحمن بن علي بن إسحق الحلبلي المقدسي (٨٧٦هـ) له كتاب: «**نظم الذخائر في الأشباه والنظائر**».

٢٥- أبو عبد الله محمد بن أحمد المكي المعروف بعظوم (توفي بعد ٨٨٩هـ)

مما سبق يتبين أن القواعد الفقهية قبل منتصف القرن الثامن الهجري لم يكن لها منهج معين في الترتيب والتنظيم، وفيما بعد تحددت مناهج الترتيب والتنظيم في ثلاثة مناهج وهي[1]:

الأول: ترتيب القواعد الفقهية على ترتيب كتب الفقه: كما هو الشأن في كتاب القواعد للمقري والقواعد لابن رجب.

والثاني: ترتيب القواعد الفقهية حسب عمومها وخصوصها وموضوعها أيضاً: كالمجموع المذهب للعلائي، والأشباه والنظائر لابن السبكي.

---

(١) القواعد الفقهية لبا حسين ص ٢٣٦.

والثالث: ترتيب القواعد الفقهية وفق الترتيب الهجائي لحروف المعجم: كالمنثور في القواعد للزركشي.

المرحلة الثالثة: مرحلة استقرار القواعد الفقهية.

تبدأ هذه المرحلة منذ بداية القرن العاشر الهجري إلى ما قبل تأليف مجلة الأحكام العدلية (١٢٩٣هـ) ففي هذه المرحلة استوعبت القواعد الفقهية وتميزت مباحثها، وحددت القواعد والضوابط الفقهية وتميزت عن غيرها. ومن أشهر المؤلفين للقواعد الفقهية في هذه المرحلة:

١- جلال الدين السيوطي الشافعي (ت٩١١هـ) ألف كتاب «الأشباه والنظائر» وهو يعتبر من أهم كتب القواعد عند الشافعية، فإن له تأثير واضح في عدد من المؤلفات التي كتبت بعده، وقد جعل السيوطي كتابه في سبعة أبواب وهي:

أ- شرح القواعد الخمس الكبرى التي ترجع إليها جميع المسائل الفقهية.

ب- شرح (٤٠) قاعدة من القواعد الكلية التي يندرج تحتها جزئيات كثيرة.

جـ- القواعد المختلف فيها وهي (٢٠) قاعدة.

د- أحكام لا يليق بالفقيه جهلها كأحكام الشاهد واليمين والمكره.

هـ- نظائر لأبواب وهي التي من باب واحد، ورتبها على أبواب الفقه.

و- ما افترق فيه الأبواب المختلفة.

ز- في نظائر شتى.

وقد عطي هذا الكتاب بالتنظيم، والاختصار، والشرح.

فقد نظم قواعده أبو بكر بن أبي القاسم الأهدل (ت١٠٥٣هـ) وسماه «الفرائد البهية في القواعد الفقهية» وقام بشرح هذا النظم والتعليق عليه عدد من العلماء منهم عبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي (ت١٢٠١هـ) في كتاب: «المواهب السنية».

ويوسف بن محمد البحاح الأهدل (ت١٢٤٦هـ) في كتاب: «المواهب اللدنية شرح الفرائد البهية»، وعبد الله بن سعيد محمد عبادي اللحجي (ت١٤١٠هـ) في كتاب: «إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية»، وضياء الدين عبد الهادي بن إبراهيم الأهدل من كتاب: «الأقمار المضية شرح القواعد الفقهية»، ومحمد بن ياسين بن عيسى الفداني (ت١٤١٠هـ) حيث قام بوضع حاشية: «الفوائد الجنية على المواهب السنية للجرهزي».

وقد اختصر «الأشباه والنظائر» عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي المالكي (ت١٠٩٦هـ) في كتاب: «الباهر في اختصار الأشباه والنظائر» ومحمد بن الدين ميمونجر المكي في كتاب: «الدرر البهية في إيضاح القواعد الفقهية».

وقام بشرح الأشباه والنظائر أو لتحشيه عليه أو شرح ما يتعلق بالقواعد الفقهية منه كل من محمد بن محمد بن باقر الحسيني الشيعي الإمامي (ت١١٣٣هـ) له حاشية على الأشباه والنظائر. وعبد الله بن علي الدمطجي الشافعي (ت١٢٣٤هـ) له شرح القواعد الخمس. وإبراهيم بن أحمد صبغة الله الحيدري الشافعي (ت١٢٩٩هـ) له حاشية على الأشباه والنظائر، والسيد علوي بن أحمد السقاف (ت١٣٣٥هـ) له «الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والقواعد الكلية».

٢- وللسيوطي كتاب آخر في القواعد سماه: «نواهد القواعد في الضوابط والقواعد».

٣- جمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي (٩٠٩هـ) له كتاب: «القواعد الكلية والضوابط الفقهية» وله في آخر كتاب معنى ذوي الأفهام مجموعة من الضوابط الفقهية.

٤- أبو الحسن علي بن قاسم المرادي التجيبي المالكي (ت٩١٢هـ) له كتاب: «منظومة المنهج المنتخب» الذي حظي بأعمال علمية كثيرة[1].

(١) للاطلاع على هذه الأعمال العلمية انظر: كتاب القواعد الفقهية للمؤلف (ص٣٧٢-٣٧٤).

٥- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي المالكي (ت٩١٤هـ) له كتاب: «**إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**». وهو مطبوع

٦- أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بابن غازي المالكي (ت٩١٩هـ) له كتاب: «**الكليات الفقهية**».

٧- أبو العباس أحمد بن علي الرقاق (ت٩٣١هـ) شرح منظومة والده السابق ذكرها في كتاب: «**شرح المنهج المنتخب**».

٨- عبد الواحد بن أحمد الونشريسي (ت٩٥٥هـ) له كتاب: «**النور المقتبس في قواعد مالك بن أنس**» وهو نظم لكتاب والده: «**إيضاح المسالك**».

٩- زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ) له كتاب: «**الأشباه والنظائر**». وهو يعتبر من أهم كتب القواعد عند الحنفية، وقد جعله ابن نجيم في سبعة فنون.

أ- في القواعد الكلية، وهي نوعان: الأول: القواعد الكبرى الست يتفرع عنها قواعد: «الأمور بمقاصدها» إلى قاعدتين: «الأمور بمقاصدها» و «لا ثواب إلا بنية».

والنوع الثاني: شرح (١٩) قاعدة من القواعد الكلية التي تندرج تحتها جزئيات

ب- في المواهب وترتيبها حسب الأبواب.

جـ- في الجمع والفرق

د- في الألغاز

هـ- في الحيل.

و- في الفروق

ز- في الحكايات والمراسلات

ولابن نجيم كتاب آخر في القواعد الفقهية اسمه: «**الفوائد الزينية في مذهب الحنفية**» وقد مطي كتاب الأشباه والنظائر بأكثر من أربعين عملاً علمياً ما بين تبويب وترتيب وشرح واختصار وتعقيب ونظم وحل مبهمات[1].

ومن أهم هذه الأعمال: تزهة النواظر على الأشباه والنظائر لمخبر الدين أحمد بن علي الرملي الحلبي (ت١٠٨١هـ) طبعت مع حاشية الحموي منه (١٢٩٠هـ)، وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي (ت١٠٩٨هـ) وهو مطبوع. ونزهة النواظر على الأشباه والنظائر لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (١٢٥٢هـ) وهو مطبوع بتحقيق محمد مطيع الحافظ.

١٠- أحمد بن علي المنجور المالكي (ت٩٩٥هـ) له كتاب: «**شرح المنهج المنتخب**».

١١- أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الحسني الخادمي (ت١١٧٦هـ) له كتاب: «**مجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق**» وهو في أصول الفقه، ولكن ذيله بمائة وأربع وخمسين قاعدة فقهية. وقد شرح هذا الكتاب مصطفى بن محمد الكوزل حصاري البولداني سنة ١٢٤٦هـ، واكتفى سليمان القرة أغاجي بشرح القواعد الموجودة[2] في الذيل، وطبع مع شرح الكتاب سنة ١٢٩٩هـ.

المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية:

المرحلة الأخيرة تبدأ من نهاية القرن الثالث عشر الهجري وتمتد إلى أيامنا هذه، ويمكن تحديدنا نهاية القرن الثالث عشر لوجود معلم هام من معالم هذه المرحلة، وهو ظهور مجلة الأحكام العدلية التي عرضت القواعد الفقهية على هيئة مواد

---

(١) للإطلاع على هذه الأعمال العلمية، انظر: كتاب القواعد الفقهية لبكر بوبو ص ٣٦٠-٣٧٠).

(٢) انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ١٠٤.

ومن معالم النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية في هذه المرحلة: تقنين القواعد الفقهية، وتحقيق طائفة من كتب القواعد، واستخلاص القواعد من كتب الفقه، ورصد القواعد وإحصاؤها، وتحديدها قواعد معينة بالدراسة والشرح والتبويب وجمع القواعد ذات الموضوع الواحد، والاهتمام بالمداخل لعلم القواعد وغير ذلك. وفيما يلي بيان لهذه المعالم[1]:

أولاً: تقنين القواعد الفقهية:

المراد بتقنين القواعد الفقهية: صياغة القواعد الفقهية والضوابط في صورة مبادىء عامة مركزة في صورة مواد ومبوبة بحسب الموضوعات تسهل على القاضي الكشف عن الحكم الشرعي، وتكييف القضية المعروضة عليه. ومن المؤلفات التي اهتمت بهذا النوع من القواعد:

أ- مجلة الأحكام العدلية، التي وضعتها لجنة من العلماء في الدولة التركية، وصدر أمر العمل بها في (٢٦/٩/١٢٩٣هـ). وقد خصصت اللجنة المقالة الثانية للقواعد الفقهية، ومجموعها (٩٩) قاعدة بدأتها بقاعدة: «الأمور بمقاصدها» وهي مختارة من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، وبعض كتب الحنفية كدرر الحكام لخادمي.

وقد حظيت تلك القواعد بالاهتمام والشرح من قبل كثير من العلماء نذكر منهم.

أ- عبد الستار القريمي (ت١٣٠٤هـ) له: «شرح قواعد المجلة».

ب- سليم رستم باز (ت١٣٢٨هـ) له: «شرح المجلة» حيث شرح القواعد بإيجاز ووضوح، واهتم بذكر تطبيقات على القواعد من المجلة نفسها.

جـ- علي حيدر العالم التركي له في شرح المجلة: «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» بين مفردات القاعدة، ومعناها الإجمالي، ومصدرها، وربطها بغيرها من القواعد.

---

(١) يرجع التفصيل في ذلك إلى هذه المعالم إلى الدكتور يعقوب باحسين في كتابه القواعد الفقهية.

د- محمد سعيد عبد الغني الراوي (١٣٥٤هـ) له: «شرح المجلة».

هـ- الشيخ خالد الأتاسي (١٣٢٦هـ) له: «شرح المجلة» ولكنه لم يشرح القواعد وبدأ بشرح المجلة من كتاب البيوع. فلما توفي جاء ابنه محمد طاهر الأتاسي (١٣٥٩هـ) وشرح القواعد، وطبع في حمص سنة ١٩٣١م. ويعدُّ هذا الشرح من الشروح المهمة؛ لأنه اتبع أسلوباً في شرح القاعدة يتلخص في: بيان مفرداتها، ومعناها، وربطها بغيرها من القواعد، سواء كانت قيداً فيها أو شرطاً لها.

و- محمد سعيد المحاسني (ت١٣٧٤هـ) له «شرح مجلة الأحكام العدلية» طبع في ثلاثة مجلدات سنة ١٩٢٧م، وهو من أجود الشروح الحديثة، أسلوبه سهل ممتع.

ز- منير القاضي (١٣٨٩هـ) له: «شرح المجلة» وهو مطبوع.

ح- الشيخ أحمد محمد الزرقاء له: «شرح القواعد الفقهية» وهو مطبوع.

ط- الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقاء (١٤٢٠هـ) شرح القواعد في كتابه «المدخل الفقهي العام». وأضاف إليها إحدى وثلاثين قاعدة أخرى، وقد رتبها على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها. وهو شرح موجز مفيد.

ي- عزت عبيد الدعاس له كتاب: «القواعد الفقهية» مع الشرح الموجز، وهو شرح موجز مفيد. وهو مطبوع.

ك- أبو الوفا محمد درويش المحامي، له رسالة صغيرة سماها: «السيادي» الفقهية» وهي رسالة موجزة في شرح قواعد المجلة.

٢- «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني» للشيخ أحمد بن عبد الله القاري (ت١٣٥٩هـ) وقد خصص المقدمة للقواعد الفقهية التي بلغت (١٦٠) قاعدة، وهي ملخصة من قواعد ابن رجب

ثانياً: تحقيق طائفة من كتب التراث في القواعد الفقهية.

اهتم كثير من طلبة العلم الشرعي بنشر كتب القواعد الفقهية وتحقيقها، وقد أدى هذا إلى تيسير وجودها بين أيدي الباحثين ومن الكتب التي حققت:

١- المنثور في القواعد للزركشي، نُشر سنة (١٤٠٢هـ/١٩٨٢) تحقيق تيسير فائق.

٢- مختصر من قواعد العلائي والأسنوي لابن خطيب الدهشة، نشر سنة (١٩٨٤هـ)، تحقيق مصطفى محمود البحيوي.

٣- القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام: نُشر سنة (١٩٨٨م)، تحقيق جلال الدين عبد الرحمن.

٤- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، نُشر بتحقيق أحمد بو طاهر الخطابي سنة (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م)، وبتحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني سنة (١٩٩١م).

٥- القواعد للمقري تحقيق أحمد بن حميد، حيث حقق (٤٠٤) قاعدة من مجموع (١٢٠٠) قاعدة.

٦- شرح المنهج المنتخب للمنجور، تحقيق محمد الشنقيطي.

٧- الأشباه والنظائر لابن السبكي، نُشر سنة (١٩٩١م) بتحقيق الشيخين عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض.

٨- الأشباه والنظائر لابن الوكيل، نشر سنة (١٩٩٣م) تحقيق الشيخين أحمد محمد العنقري، وعادل الشويخ.

٩- المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي، نشر سنة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، تحقيق محمد عبد العفار الشريف.

١٠- القواعد لأبي بكر الحصني، نشر سنة (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) تحقيق الشيخين عبد الرحمن الشعلان وجبريل البصيلي

١١- تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب، نشر سنة (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) تحقيق مشهور حسن السلمان.

١٢- الفوائد الوينة في مذهب الحنفية لابن نجيم نشر بتحقيق مشهور حسن سنة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ثم بتحقيق محمد غرايبة سنة ١٩٩٩م.

ثالثاً: استخلاص القواعد والضوابط الفقهية من أمهات كتب الفقه.

إن أمهات كتب الفقه كالأم للشافعي، والمبسوط للسرخسي والاستذكار لابن عبد البر، وكشاف القناع للبهوتي احتوت على قواعد كلية وضوابط فقهية كثيرة، ترفد علم القواعد الفقهية بكثير من القواعد، وتعين الباحثين في تصنيف القواعد حسب الموضوعات الفقهية. ومن الكتب التي ألفت في ذلك:

١- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمفتي الشام محمود حمزة الحسيني (ت١٣٠٥هـ)، حيث بذل جهداً في تقصي القواعد والضوابط الفقهية في كثير من كتب الحنفية، ورتبها حسب الأبواب الفقهية.

٢- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة للشيخ عبد الرحمن ابن ناصر السعدي (ت١٣٧٦هـ) حيث بذل جهداً في ذكر القواعد والضوابط الفقهية من بعض كتب الحنابلة، ومن بينها كتاب القواعد لابن رجب الحنبلي.

٣- طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول للشيخ عبد الرحمن السعدي (ت١٣٧٦هـ)، حيث جمع فيه أكثر من (١٠٠٠) قاعدة وضابط وأصل من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، ولم تقتصر تلك القواعد على القواعد الفقهية، وإنما تعدى ذلك إلى قواعد العقائد والأخلاق والرقائق.

٤- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي لمحمد الروكي، حيث استخرج القواعد الفقهية وصنفها ثلاثة أنواع: الأول: قواعد فقهية عامة تتناول معظم فروع الشريعة. والثاني: قواعد كلية تتناول فروعاً كثيرة، لكنها أقل من النوع الأول. والثالث: قواعد تتناول فروعاً خاصة بالأبواب الفقهية، وهي الضوابط الفقهية.

٥- القواعد الفقهية في أبواب العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني لابن قدامة لعبد الله العيسى، وهو رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعه الإمام محمد بن سعود سنة (١٤٠٩هـ).

٦- القواعد والضوابط المستخلصة من كتاب التحرير شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن؛ للإمام جمال الدين الحصيري (٦٣٦هـ)؛ عمل الدكتور علي أحمد الندوي، حيث استقصى القواعد والضوابط الفقهية في الكتاب المذكور، ورتبها على ثلاثة أقسام:

أ- القواعد والضوابط المختارة من فواتح أبواب الكتاب.

ب- القواعد الواردة في أثناء الشرح عند التعليل.

جـ- بقية القواعد المستخرجة من تضاعيف «التحرير» وعرضها مرتبة على حسب حروف المعجم.

٧- القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة؛ للناصر عبد الله الميمان، حيث قسم القواعد إلى قسمين: الأول: القواعد العامة التي لا تتعلق بباب أو كتاب معين. والثاني: القواعد المتعلقة بكتابي الطهارة والصلاة.

٨- قام الدكتور صلاح الدين الناهي باستخلاص مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية في مذهب تحقيق «روضة القضاة وطريق النجاة» لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي (ت٤٩٩هـ).

٩- ويقوم «مجمع الفقه الإسلامي» برعاية مشروع يتعلق بهذا المجال أطلق عليه «معلمة القواعد الفقهية»[1] صدرت الموافقة على هذا المشروع في الدورة الثالثة المنعقدة بعمان في الفترة (٨-١٣) صفر ١٤٠٧هـ الموافق (١١-١٦) تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٨٦م.

رابعاً: رصد القواعد الفقهية وإحصاؤها وترتيبها.

بينا سابقاً أن كتب الفقه مليئة بالقواعد الفقهية، ولا تقتصر تلك القواعد على الكتب الخاصة بها، فلا بدّ من جمع القواعد من مظانها. وهذا العمل يحتاج من الباحث إلى تتبع للقواعد ودقة ملاحظة واستفادة من العمل السابق. وبالرغم من أن هذا العمل يحتاج إلى جهود جماعية إلا أنه تمت جهود فردية به ومن ذلك:

١- قام الشيخ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي البنغلادشي بوضع كتاب: «قواعد الفقه» وهو يشتمل على: أصول الكرخي؛ وتأسيس النظر للدبوسي، وآداب المفتي، والتعريفات الفقهية، والقواعد الفقهية. فقد جمع في القواعد (٤٢٦) قاعدة، ورتبها حسب حروف المعجم. وهو مطبوع.

٢- وقام الدكتور محمد صدقي البورنو بجمع القواعد الفقهية في موسوعة القواعد الفقية، حيث جمعها من كتب القواعد الفقهية وكتب الفقه العام، ورتبها حسب حروف المعجم، يبدأ بالقاعدة ثم يشرحها ويوضحها بالأمثلة الفقهية، ويبين مصادرها. ولا يزال هذا العمل في بدايته إذ أصدر الباحث منه أربعة أجزاء تتعلق بحروف الهمزة والباء والتاء والثاء، وكان مجموع القواعد (١٠٢٩) قاعدة موزعة على النحو التالي: (٦٦٦) قاعدة في حرف الهمزة، و(١٠١) قاعدة في حرف الباء، و(٢٣٥) قاعدة في حرف التاء، و(٢٧) قاعدة في حرف الثاء.

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي ص ٥٠

خامساً: تخصيص قواعد معينة بالبحث والدراسة

لم يكن هذا العمل من مبتكرات العلماء المعاصرين، وإنما قام به العلماء السابقون. فقد أفرد أبو العباس القرافي (ت٦٨٤هـ) النية في كتاب مستقل سماه: «الأمنية في إدراك النية» وأفرد ابن عابدين (١٢٥٢هـ) العرف ببحث سماه: «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» ولكن العلماء المعاصرين اهتموا بهذا العمل أكثر، وتوسعوا في تبويبه وتفصيله وتطبيقاته. ومن الموضوعات التي لاقت اهتمام المعاصرين:

١ النية والقواعد المتعلقة بها.

ظهرت في هذا العصر عدة دراسات تتعلق بالنية وقواعدها منها:

أ- نهاية الإحكام في بيان ما للنية من أحكام. لأحمد بن أحمد الحسيني (ت١٣٣٢هـ). اعتمد في أكثر مادته العلمية على الأشباه والنظائر للسيوطي.

ب- أثر القصود في التصرفات والعقود لعمر الكريم زيدان، وهو بحث منشور ضمن مجموعة بحوث فقهية (٢٤٩-٢٧٠).

جـ- مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين «النيات في العبادات» لعمر الأشقر، وهو رسالة دكتوراه، قدمت للأزهر سنة ١٩٨٠م.

د- النية وأثرها في الأحكام الشرعية لصالح السدلان، رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء بالرياض.

هـ- النية في الشريعة الإسلامية لمحمد عبد الرؤوف بهنسي.

و- قاعدة: «الأمور بمقاصدها»: دراسة نظرية وتأصيلية لإبراهيم باحسين. وقد اهتم فيه بالجوانب التقعيدية والتأصيلية أكثر من تفاصيل الأحكام الفرعية، فبين القاعدة وأركانها، وشروطها، وموضوعها، وأقسامها، وكيفية التخريج عليها.

ز- نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لعبد الله إبراهيم الكيلاني، وهي رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية.

٢- التيسير في الفقه الإسلامي وأسبابه.

توجد عدة دراسات معاصرة تتعلق بالتيسير وأسبابه، أو قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» نذكر منها:

أ- المشقة تجلب التيسير لصالح بن سليمان اليوسف، وقد جعله على قسمين **الأول**: في بيان معنى القاعدة ودليلها وأقسامها، **والثاني**: في أثر القاعدة في الفروع الفقهية.

ب- المشقة تجلب التيسير لجمعة محمد مكي، وهو رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالأزهر.

جـ- التيسير في التشريع الإسلامي لمنصور محمد الحضاوي، جعله في بيان معنى التيسير وأسبابه، وأثره في الأحكام الفقهية.

د- التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير لعامر سعيد الزيباري، تكلم فيه عن الخصائص العامة للشريعة الإسلامية، وعرّف القواعد الفقهية وبين تاريخ نشأتها وتطورها وأهميتها، ثم شرح القاعدة وبين أدلتها وأنواعها وضوابطها، وأسباب التيسير وما يتفرع عنها من قواعد.

هـ- الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية لعمر عبد الله كامل، بين فيه تعريف كل من العزيمة والرخصة، والألفاظ ذات الصلة، ثم بين أدلة الرخصة وأحكامها، والأسباب الداعية لها، ثم تتبع الرخص والتلفيق، ثم جعل الفصل الرابع في القواعد الفقهية الكلية في الرخص وذكر منها قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فبين معناها الإجمالي، وأدلتها وأنواع المشقة وضوابطها. ومواضع اليسر في الأحكام الشرعية والقواعد التي تندرج تحتها، وتطبيقاتها.

و- قاعدة المشقة تجلب التيسير وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية لإيمان العقرباوي. وهي رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية.

ز- الرخص الشرعية لوهبة الزحيلي، دار الخير، ١٩٩٣م

ح أحكام الرخص في الشريعة الإسلامية لحسن خلف الحيوري، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، ١٩٨٨م.

٣- الضرورة الشرعية وما يتعلق بها.

ظهرت عدة دراسات معاصرة تتعلق بالضرورة أو قاعدة. «الضرر يزال» أو «نظرية الضرورة» نذكر منها:

أ- حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية ببغداد سنة (١٩٧٠م) وهو منشور ضمن مجموعة بحوث فقهية (ص١٤١-٢١٤) بين فيه معنى الضرورة، وحكمها، وحالاتها، وتطبيقاتها الفقهية.

ب- نظرية الضرورة مقارنة مع القانون الوضعي لمذكور وهبة الزحيلي، وقد تكلم فيه عن معنى الضرورة، وحالاتها، وضوابطها، والقواعد المتعلقة بها في الشريعة الإسلامية ثم بين معنى الضرورة في القانون ونظرية الظروف الطارئة.

جـ- نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ليوسف قاسم. تكلم فيه عن معنى الضرورة وأدلتها، وأركانها وشروطها، وآثارها، وتطبيقاتها في الجنايات.

د- نظرية الضرورة الشرعية لجميل محمد مبارك.

هـ- النظرية العامة للضرورة لمحمد سعود المعيني.

و- فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة لعبد الوهاب أبو سليمان.

ز- الضرورة والحاجة وأثرهما في التشريع الإسلامي لعبد الوهاب أبو سليمان.

ح- الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: تطبيقاتها، أحكامها، آثارها لمحمود محمد عبد العزيز الزيني.

ط- نظرية الضرورة مقارنة بالقانون الوضعي لأحمد فراج حسين.

ي- النظرية العامة للإكراه والضرورة لقانون أحمد.

ك- أثر الإضطرار في فعل المحرمات الشرعية لجمال نادر الفرا. رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية.

ل- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقاء.

م- الإضطرار إلى الأطعمة والأدوية لعبد الله محمد الطريقي.

ن- القرر في الفقه الإسلامي: تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه لأحمد موافي. في مجلدين. دار ابن عفان، السعودية، نشر سنة ١٩٩٧م.

٤- العرف والعادة.

ظهرت عدة دراسات معاصرة تتعلق بالعرف أو قاعدة: «العادة محكمة» أو العرف وأثره في تغير الأحكام نذكر منها:

أ- العرف في الفقه الإسلامي للشيخ عمر عبد الله، بين فيه معنى العرف وشروط اعتباره وأثره في التشريع.

ب- نظرية العرف ضمن كتاب المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء، بين فيه معنى العرف وشروط اعتباره وأثره في التشريع، والعرف وتغير الزمان. ويبلغ عدد صفحاته (١٠٩) صفحة، الجزء الثاني (٨٣٢-٩٤٠)

جـ- العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة. رسالة أستاذية.

د- أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور صالح عوض، رسالة دكتوراه.

هـ- نظرية العرف لعبد العزيز الخياط.

و- العرف وأثره في التشريعة والقانون لأحمد علي المباركي.

ز- العرف وأثره في التشريع الإسلامي لعبد الرحيم أبو عجيلة.

ح- من القواعد الفقهية الهامة «العادة محكمة» لخليل محمد نصار. رسالة ماجستير مقدمة للأزهر ١٩٧٩م.

ط- العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجيدي.

ي: الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية لعمر الأشقر.

ك: نظرية العرف ضمن كتاب النظريات الفقهية لمحمد رمه الزحيلي.

ل: مجموعة أبحاث في العرف ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي للعدد الخامس ١٩٨٩م.

٥- اليقين وما يتعلق به

ممن أفرد قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» بالدراسة الدكتور يعقوب باحسين. حيث قام بتأصيل القاعدة وبيان أدلتها وشروطها والضوابط التي تحدد مجالها وتساعد على معرفة ما يدخل فيها من جزئيات الأحكام، ورد ما يمكن أن يثار حولها من الشبهات.

٦- قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

ممن أفرد هذه القاعدة بالدراسة الشيخ محمود مصطفى هرموش: رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، وطبعت في بيروت من قبل المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

٧- الغنم بالغرم وما يتعلق به.

توجد عدة دراسات معاصرة هي قاعدة: «الغنم بالغرم» أو قاعدة: «الخراج بالضمان» نذكر منها:

أ- بحث حون حديث: «الغنم بالغرم» لحسن صالح العناني، أصدره المعهد الدولي للبنوك والاقتصاد الإسلامي.

ب- قاعدة: «الخراج بالضمان» لمحمد نوح القضاة. وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية ١٩٩٨م، بين فيها أن هذه القاعدة لا تقتصر على عقد البيع، وإنما تشمل سائر العقود التي تتم فيها مبادلة عين بين طرفين. وبين فيها حقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها في المعاملات المالية، ثم القواعد المتعلقة بها.

سادساً: جمع القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد.

من الدراسات المعاصرة في مجال القواعد الفقهية جمع القواعد ذات الموضوع الواحد في مصنف واحد: كجمع القواعد التيسيرية، وقواعد العقود وقواعد الأحكام الجنائية، وقواعد الإثبات، وقواعد الاقتصاد وغير ذلك. ولا يخلو هذا العمل من فوائد منها رسم صورة كلية للموضوع المطروح من طريق القواعد الكلية، والتعرف على الجوانب التي لم تعالجها القواعد الفقهية وسد النقص فيها عن طريق إنشاء قواعد جديدة[1]. ومن الدراسات التي ظهرت في هذا المجال:

١- قواعد الضمان في الفقه الإسلامي التي أشار إليها الدكتور وهبه الزحيلي في كتابه «نظرية الضمان» حيث ذكر فيه حوالي عشرين قاعدة فقهية تتعلق بالضمان. ولكن هذا العمل محدود ومنهج الدراسة فيه لم يكن القصد منه تكوين تصور كلي عن الموضوع[2].

٢- القواعد الفقهية الكلية وأثرها في النظام الاقتصادي في الإسلام لإبراهيم محمد الحريري. وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القرآن الكريم بالخرطوم.

٣- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام لإبراهيم محمد الحريري نشر دار عمار، الأردن، ١٩٩٩م، حيث تكلم فيه عن القواعد الكلية والضوابط الفقهية المتعلقة بنظام القضاء في عشرة فصول.

٤- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي لعبد الرحمن الكيلاني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.

٥- المقاصد عند ابن تيمية ليوسف البدوي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م.

---

(١) القواعد الفقهية لياسين ص ٤٣.

(٢) المرجع السابق.

سابعاً: الاهتمام بالمداخل لعلم القواعد «الدراسة النظرية»:

ظهرت في هذا العصر عدة دراسات علمية تعنى بالمداخل لعلم القواعد، حيث تبين حقيقة القواعد ومقوماتها، وتاريخ نشأة العلم وتطوره وأهميته، وأقسام القواعد وحجيتها ومن الدراسات في هذا المجال:

١ - القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي، وهو رسالة ماجستير، ويعد هذا الكتاب من أهم الكتب في هذا المجال؛ لأنه توسع في الجانب النظري، ويعد صاحبه من أوائل من خاضوا هذا المجال.

٢- القواعد الفقهية: المبادئ، المفهومات، المصادر، الدليلية، التطور - دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية ليعقوب عبد الوهاب الباحسين ويعد هذا الكتاب من أوسع الكتب في هذا المجال يعطي صوره كاملة عن هذا العلم، ويبين طلاب العلم الشرعي إلى القضايا التي تحتاج إلى بحث وتوسع.

٣- المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء، حيث تكلم في الجزء الثاني عن معنى القواعد، وتاريخ نشوئها وتطورها، وأقسامها.

٤- فلسفة التشريع في الإسلام لصبحي محمصاني، تكلم فيه عن تاريخ القواعد الفقهية ومعناها وفائدتها.

٥ المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية: تعريفها، نشأتها، تطورها، شرعيتها، تصنيفها، لإبراهيم محمد الحريري وهو مقدمة رسالة الدكتوراه التي أشرنا إليها سابقاً.

٦- بحث: النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي لعبد الوهاب أبو سليمان، نشر في مجلة جامعة الملك عبد العزيز ١٩٧٨م.

٧- بحث: القواعد الفقهية لمحمد مصطفى الزحيلي، نشر في مجلة البحث العلمي التابعة لجامعة أم القرى (١٤٠٢هـ).

٨- بحث: أهمية القواعد في الفقه الإسلامي لعبد الله العجلان، نشر في مجلة الدراسات الدبلوماسية (١٩٩٥م).

٩- بحث: القواعد الفقهية وتاريخ تقعيدها لمحمد الشريف الرحموني نشر في مجلة جوهر الإسلام (١٩٧٨م).

١٠ القواعد الفقهية: تاريخها وأثرها في الفقه لمحمد الوائلي.

١١- القواعد الفقهية للفقه الإسلامي: نشأتها، رجالها، آثارها لأحمد محمد الحصري.

١٢- القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي لعبد الله العجلان.

١٣- القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة لمحي هلال السرحان.

١٤- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي وهو رسالة دكتوراه بين فيه معنى القواعد الفقهية وعناصرها وطرق التقعيد الفقهي، وأهم طرق التقعيد، وأثره في الاختلاف وهو كتاب جيد في هذا المجال.

١٥ مقدمات كثير من الكتب في شرح القواعد اهتمت بهذا المجال ومن ذلك:

أ- إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية لعبد الله بن سعيد اللحجي، بيَّن فيه معنى القواعد وثمرتها وأهميتها وأثرها في التشريع.

ب- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي البورنو، تكلم فيه عن معنى القواعد الفقهية، والألفاظ ذات الصلة، وتاريخها، وأهميتها.

جـ- القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح بن غانم السدلان.

١٦ مقدمات تحقيق كتب القواعد الفقهية التي ورد ذكرها في النقطة الثانية من معالم المرحلة الرابعة من مراحل تاريخ علم القواعد الفقهية.

المبحث الرابع

أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها.

القواعد الفقهية كثيرة العدد عظيمة المدد كما قال القرافي: فهي كثيرة في عددها لكن يحكن تقسيمها إلى أقسام رئيسة، وهي عظيمة المدد أي الأهمية. ولذا سيتسلسل هذا المبحث على مطلبين:

الأول: أنواع القواعد الفقهية.

والثانية: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها.

وفيما يلي بيان لذلك:

المطلب الأول: أنواع القواعد الفقهية:

تتنوع القواعد الفقهية باعتبارات مختلفة إلى عدة أنواع، وفيما يلي بيان لتلك الأنواع والتقاسيم.

أولاً: تقسيم القواعد باعتبار الشمول والاتساع إلى كبرى شاملة، وأقل شمولاً وخاصة بباب فقهي أو قاعدة كبرى.

١- فالقواعد الكلية الكبرى الشاملة هي القاعدة التي يرجع إليها مسائل كثيرة من جميع أبواب الفقه. وهي القواعد الخمس التي ذكرها السيوطي: «الأمور بمقاصدها»، «اليقين لا يزول بالشك»، «المشقة تجلب التيسير»، «الضرر يزال»، «العادة محكمة»[1] ويضاف إليها قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٢٠.

٢- وأما القواعد التي هي أقل شمولاً من الكبرى وسماها الطوفي بالصغرى فهي التي يرجع إليها مسائل كثيرة من أبواب الفقه، لكنها أقل من حيث عدد المسائل وأبواب الفقه. ومن ذلك «التابع تبع»، و«الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»، و«إن اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».

٣- وأما القواعد الخاصة[1] بباب فقهي أو قاعدة كبرى فهي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من باب واحد أو قاعدة كلية. وهي بمعنى الضابط ومن أمثلتها «كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد»[2].

ثانياً: تقسيم القواعد باعتبار دليلها ومصدرها إلى منصوصة ومستنبطة.

١- فالقواعد الفقهية المنصوصة هي التي ورد بنائها نص شرعي من كتاب أو سنة مثل: «الخراج بالضمان».

٢- وأما القواعد الفقهية المستنبطة فهي التي خرجها الفقهاء من تتبع الفروع الفقهية وتشعبها في موارده المختلفة مثل: الأصل عند أبي حنيفة أن ما غير الفرض في أوله غيره في آخره خلافاً للصاحبين. ومن التطبيقات على هذه القاعدة أن المتيمم إذا أبصر الماء في آخر صلاته عندما قعد قدر التشهد قبل أن يسلم نفسد صلاته عند أبي حنيفة. وعند الصاحبين لا تفسد[3].

ثالثاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار استقلالها وتبعيتها إلى مستقلة أصلية، وتابعة[4].

١- فالقواعد الفقهية المستقلة أو الأصلية: هي القواعد التي لم تكن قيداً أو شرطاً أو ضابطاً في قاعدة أخرى، ولم تتفرع عن غيرها. ومن أمثلة ذلك القواعد الفقهية الست الكبرى

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٢٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) تأسيس النظر للدبوسي ص ٦.
(٤) ينظر من القواعد الفقهية لأبي حسين ص ١٢٧.

٢- وأما القواعد الفقهية التابعة: فهي القواعد التي تخدم غيرها من القواعد بأن تمثل جانباً من جوانب القاعدة الكبرى كقاعدة: «العبرة في العقود لمعاني لا للألفاظ والمباني» فإنها تمثل جانب المعاملات في قاعدة: «الأمور بمقاصدها» أو أن تكون قيداً أو شرطاً أو ضابطاً في غيرها كقاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» فإنها تعد قيداً في قاعدة: «الضرر يزال» أو أن تكون استثناء من غيرها كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» فإنها تستثني حالات الضرورة من المحظورات الشرعية.

رابعاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار اتفاق العلماء عليها وعدم اتفاقهم إلى متفق عليها، ومختلف فيها[1]:

١- فالقواعد الفقهية المتفق عليها، وهي نوعان:

أ- قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب الفقهية كالقواعد الست الكبرى والتي قيل إن الفقه مبني عليها.

ب- القواعد المتفق عليها بين أكثر المذاهب: كالقواعد التسع عشرة التي ذكرها ابن نجيم[2] و اختارهما من أربعين قاعدة عند السيوطي[3]. ومن أمثلة هذا النوع: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، والتابع تبع.

٢- القواعد الفقهية المختلف فيها وهي نوعان:

أ- القواعد الفقهية المختلف فيها بين المذاهب الفقهية، وهي القواعد المتفرقة من القواعد الأربعين التي ذكرها السيوطي بعد أن أخرج ابن نجيم تسع عشرة قاعدة فهي قواعد مختلف فيها بين الحنفية والشافعية مثل قاعدة: «ما حرم استعماله حرم اتخاذه»[4].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٠٤-١٦٢).
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠١-١٦٢).
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠.

ب- القواعد الفقهية المختلف فيها بين علماء مذهب معين وهي - في الغالب - ترد بصيغة الاستفهام. ومن أمثلتها: «العصيان هل يتافى الترخيص أم لا؟»[1].

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها.

إن دراسة القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي على طلبة العلم الاشتغال بها والتركيز عليها لما تتضمنه من فوائد عديدة ومنافع كثيرة، ونذكر لها من مكانة في أصول الشريعة ومن ذلك:

أولاً: حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة، وغير المحصورة في قواعد كلية يندرج تحت كل قاعدة أوضابط عدد كبير من الفروع. وقد أشار إلى هذه الفائدة كل من كتب في القواعد الفقهية من السابقين واللاحقين فهذا القرافي: «من ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات»[2] وقال ابن رجب «تنتظم منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد به الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»[3]. وقال الزركشي: «فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أدعى لحفظها وأدعى لضبطها، وهي بمثابة حكم العدد الذي وضع لأجلها. والحكيم إذا أراد التعليم لا بد له أن يجمع بين بابين: إجمالي تشوف إليه النفس وتفصيلي تسكن إليه، وقد لخص هذا الشيخ قطب الدين السباطي رحمه الله كان يقول: «الفقه معرفة النظائر»[4] وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه على مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلكه، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك...»[5].

---

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ١٣٦.
(٢) الفروق للقرافي ١/ ٣.
(٣) القواعد لابن رجب حـ ٣.
(٤) المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٦٥-٦٦)
(٥) المرجع نفسه ١/ ١١٤ وانظر من المعاصرين الوجيز للبورنو ص ٢٤

ويرجع سبب التركيز على هذه القاعدة إلى أن عدد فروع الفقه وجزئياته غير محصورة ويزيد تعدادها على الملايين، بل المليارات. قال البارتي الحنفي في عدد مسائل مذهبه: «ما وضعه أصحابنا في المسائل الفقهيه هو ألف ألف ومائة ألف وسبعون ألف ونيف» وهو يزيد على ضعف ما نسب إلى إمام المذهب، وقيل إنها بلغت خمسمائة ألف مسألة[1]. وهذا يدل على أن الفروع تزيد وتكثر خلال العصور بتجدد الحوادث وتعقد المسائل[2]. هذا في مذهب واحد فما بالك ببقية المذاهب، فإن مسائلها لا تنحصر، ويستحيل على لفقيه حفظها والإلمام بها بدون سلوك طريق القواعد الكلية، لأن تلك القواعد سهلة الحفظ بعيدة النسيان. ومتى ذكرها استحضر عدداً كبيراً من الفروعات.

ثانياً: تكوين الملكة الفقهية:

الملكة الفقهية: صفة راسخة في النفس تحقق الفهم لمقاصد الكلام الذي يسهم في التمكن من إعطاء الحكم الشرعي للقضية المطروحة، إما برده إلى مظانه في مخزون الفقه أو بالاستنباط من الأدلة الشرعية أو القواعد الكلية[3]. وقد أطلق عليها البصيرة والحكمة والاجتهاد. فالبصيرة مأخوذة من النص القرآني: ﴿قَدْ جَاءَكُمْ بَصَآئِرُ مِن رَّبِّكُمْ فَمَنْ أَبْصَرَ فَلِنَفْسِهِۦ وَمَنْ عَمِيَ فَعَلَيْهَا وَمَآ أَنَا۠ عَلَيْكُم بِحَفِيظٍ﴾ [الأنعام: ١٠٤]. والحكمة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة ٢٦٩] والاجتهاد مصطلح أصولي معروف

والقواعد الفقهية تسهم إسهاماً كبيراً في تكوين الملكة الفقهية عند طالب العلم الشرعي، كما أشار إلى ذلك العلماء السابقون أمثال: السيوطي حيث قال: «اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي

(١) حاشيه على الهدايه للبارتي مع فتح القدير ١/ ٤.
(٢) القواعد الفقهية لمحمد الحسن ص ١٥.
(٣) تكوين الملكة الفقهية لمحمد الحسن ص ٥٨.

ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان. ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر»[1] وقال ابن نجيم: «والأول (يقصد علم القواعد) معرفة القواعد التي ترد إليها وفروعا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد، ولو في الفتوى»[2].

وقال ابن رجب: «إنها تضبط للفقيه أصول لمذهب، وتطلعه على مأخذ الفقه على ما كان عنده قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»[3].

من هذه النصوص يتبين أن دراسة القواعد الفقهية تشكل عند طالب العلم الشرعي الملكة الفقهية عن طريق الأمور التالية:

١ - فهم مناهج الاجتهاد والإطلاع على حقائق الفقه ومآخذه بحيث يتمكن من تخريج الفروع على الأصول وإلحاق الجزئيات بالكليات بطريقة سليمة مضبطة. ومعينه على استنباط الأحكام للقضايا المستجدة. وبذلك تكون القواعد الفقهية مصدراً خصباً لإثراء التشريعات الحديثة ونمس على إحياء الاجتهاد وتجديد الفقه.

٢ - إدراك مقاصد الشريعة وحكمها وأسرارها، كما نبه إلى ذلك القرافي حيث قال: «قواعد كلية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه»[4] وقال ابن عاشور «القواعد الفقهية مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الربط بينها ومعرفة المقاصد التي دعت إليها»[5].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠.
(٣) القواعد لابن رجب ص ٢.
(٤) الفروق للقرافي ١/ ٢.
(٥) مقاصد الشريعه لابن عاشور ص ٦.

ومما لاشك فيه أن معرفة المقاصد ضرورية لتكوين الملكة الفقهية، كما نبه إلى ذلك الشاطبي حيث قال: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين، أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها. والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها»[1]. وينقل السيوطي عن الغزالي: «مقاصد الشرع قبلة المجتهدين من توجه إلى جهة منها أصاب الحق»[2] ومعرفة المقاصد تعين الفقيه على فهم النصوص، وكيفية استنباط الأحكام منها، وكيفية إلحاق الفروع بالأصول والقواعد الكلية.

٣ حفظ وضبط الفروع في قواعد كلية -كما ذكرنا في النقطة الأولى- ولكن الأصوليين اختلفوا في اشتراط معرفة فروع الفقه للمجتهد. فذهب غالبية الأصوليين إلى عدم اشتراطه لئلا يؤدي إلى الدور؛ إذ كيف نشترط في المجتهد العلم بفروع الفقه، وهو الذي يولدها ويستنبطها. في حين ذهب أبو إسحق الإسفرايني وأبو منصور التميمي الدارسي إلى اشتراط العلم بفروع الفقه[3].

يبدو أن هذا الخلاف في المجتهد المطلق، أما المجتهد المقيد فلا خلاف بين الأصوليين في اشتراط معرفة فروع الفقه، وكذلك بالنسبة لتكوين الملكة؛ فلا خلاف في اشتراطه، بل ضروري لتكوين الملكة الفقهية. ولما كان حفظ الفروع غير ممكن لأنها لا تنحصر، وينساع إليها النسيان فلا بد من الرجوع إلى القواعد الكلية التي تجمع تلك الفروع.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن الاشتغال بعلم القواعد الذي يسهم في تكوين الملكة الفقهية لدى الطالب يحتاج إلى العزم والحزم والجد والاجتهاد كما قال السيوطي: «إن هذا الفن لا يدرك بالتمني ولا ينال بسوف ولعل ولو أني، ولا ينعم إلا من كشف عن ساعد الجد وشمر واعتزل أهله وشد المئزر وخاض البحار وخالط العجاج (أي غبار

(١) الموافقات للشاطبي ٤/١٠٥-١٠٦.

(٢) الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي ص ١٨١.

(٣) كشف الأسرار للبردوي ٤/٢٩، المحصول للرازي ٦/٢٥، البحر المحيط للزركشي ٦/٢٠٥، شرح الكوكب المنير للفتوحي ٢/٢٩٦. إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥٦.

الكتب) ولازم الغدو إلى الأبواب في الليل الداج (المظلم) يدأب في التكرار والمطالعة بكرة وأصيلاً. وينصب نفسه للتأليف والتحرير بياناً ومقيلاً...»[1].

ثالثاً: المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه.

إن الاشتغال بالقواعد الفقهية الكلية وحفظها بحيث تجري مجرى الأمثال في شهرتها ودلالتها، ورد الجزئيات إليها يؤدي إلى المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه؛ فينبغي على الفقيه أن لا ينظر إلى الجزئيات منفردة دون ربطها بكلياتها، كما أنه لا يعتبر الكلي بإطلاق دون اعتبار الجزئي الذي يتحقق فيه مضمونه أو مناطه كما يقول الشاطبي: «فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها»[2] وذلك لأن الجزئي لم يوضع جزئياً إلا لكون الكلي فيه على التمام، فالإعراض عن الجزئي من حيث هو إعراض عن الكلي نفسه في الحقيقة وذلك تناقض[3].

وترجع هذه النظرة في أساسها إلى كليات القرآن الكريم وجزئياته، فقد اتخذ القرآن منهجاً كلياً في بيانه وتعبيره عن الأحكام -في الغالب- كما قال الشاطبي: «تعريف القرآن بالأحكام أكثره كلي لا جزئي، وحيث جاء جزئياً فمأخذه على الكلية»[4] أي كتطبيق للكلي. ويقول أيضاً: «إن الكتاب قد تقرر أنه كلية الشريعة، وعمدة الملة وينبوع الحكمة وآية الرسالة ونور الأبصار والبصائر... وإذا كان كذلك لزم ضرورة لمن رام الإطلاع على «كليات الشريعة» وطمع في إدراك مقاصدها والتحاق بأهلها أن يتخذه سميره وأنيسه، وأن يجعله جليسه على مر الأيام والليالي نظراً وعملاً؛ لا اقتصاراً على أحدهما»[5] فلا بدّ من اعتبار الكلي بالجزئي و الجزئي بالكلي عند الاجتهاد للمحافظة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢، ٣.

(٢) الموافقات للشاطبي ٤/١١٩

(٣) المرجع السابق. وانظر بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي للدريني ١/٣٨.

(٤) الموافقات للشاطبي ٣/٣٦٦.

(٥) الموافقات للشاطبي ٣/٨.

على وحدة القرآن الكريم وعدم تناقضه، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢] فتى أن يقع فيه الاختلاف البتة؛ ولو كان فيه ما يقتضي قولين مختلفين لم يصدق عنيه هذا الكلام على حال[1]. فالتناقض منتفٍ قطعاً في هذا القرآن بجميع أنواعه، سواء أكان بين معاني النصوص وأحكامها، أم بين كلياته وجزئياته، أم بين مقاصد اجزئيات والمقاصد العامة للتشريع. وهذا ينبغي أن ينسحب على الفقه المستنبط من القرآن الكريم؛ لأنه روحه وله. ولكن الناظر في اجتهادات الفقهاء المبنية على الرأي يلحظ أحياناً خروجاً عن ذلك؛ لأن جهد البشر يعتوره النقص، ولا يمكن أن يتصف بالكمال فلا بدَّ من ربط جزئيات الفقه بكلياتها لعدم الوقوع في التناقض. قال القرافي: ومن جعل يخرج الفروع المناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزت خواطره فيها واضطربت»[2].

رابعاً: تكوين تصور عام عن الفقه.

إذا كان تكوين الملكة الفقهية ضرورياً بالنسبة للمختصين في الفقه؛ فإن تكوين التصور العام عن الفقه وموضوعاته ضروري للمختصين وغيرهم؛ لأن علم الفقه هو أكثر العلوم الشرعية مساساً بحياة الناس، إذ فيه بيان حكم الشرع في تصرفات الإنسان المختلفة ومشكلات الحياة اليومية المتعلقة بجميع نواحي الحياة الأخروية والدنيوية من سياسية واقتصادية واجتماعية، ولما كانت معرفة تلك الفروع التفصيلية تشق على المختصين بالفقه، فعلى غيرهم شاقة من باب أولى. ولهذا يصار إلى جمع الفروع المتشابهة في قواعد كلية أو ضوابط فقهية وتقديمها إلى غير المختصين بهدف تكوين تصور عام عن الفقه. وهذا التصور يحقق عدة فوائد لغير المختصين منها:

١- تيسير فهم الفقه الإسلامي على غير المختصين، فإن هذه القواعد تجمع فروعاً متعددة في عبارة سهلة رشيقة لا تعقيد فيها ولا يحار الذهن في فهمها. ولولا هذه

(١) الموافقات للشاطبي ٤/١١٩.

(٢) الفروق للقرافي ١/٣.

القواعد لبقيت الأحكام مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار[1] فهي تشكل المعيار الدقيق لتنظيم الأحكام الفرعية وترتيبها، وتحديد الرابط الذي يربط بينها أو النمط الذي تبنى عليه.

٢- التيسير على الباحثين من غير المختصين في الفقه: كعلماء القانون الوضعي وعلماء الاقتصاد وعلماء الاجتماع الرجوع إلى تلك القواعد ورد جزئيات الفقه إليها والكشف عن الأحكام، فهي تساعدهم على الاستقلال بأنفسهم في فهم النصوص الفقهية، والبحث عن الأحكام الشرعية في مظانها، فالقانوني يحتاج إلى القواعد الفقهية لتفسير المواد القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي: كالقانون المدني. والاقتصادي يحتاج إليها لتفسير المواد التجارية المستمدة من الفقه الإسلامي.

٣- التمهيد لصياغة نظريات كلية في الفقه الإسلامي تفيد غير المختصين في الفقه؛ لأن هذا الفقه غني بالنظريات الكلية، وقد شهد بذلك غير الفقهاء من القانونيين كالسنهوري وغيره[2]. ولكنها تحتاج إلى صياغة وترتيب وتنظيم، ولو صيغت تلك النظريات لضاهت، بل فاقت في رقيها وشمولها ومسايرتها للتطور أعظم النظريات الغربية في القانون والاقتصاد. ومن هذه النظريات نظرية التعسف في استعمال الحق فالقواعد والضوابط الفقهية مرحلة ممهدة لصياغة النظريات الفقهية[3]. وقد بذلت جهود جيدة لإخراج بعض النظريات، ولكن الباب لا يزال مفتوحاً أمام الدارسين.

خامساً: أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء.

اختلاف الفقهاء يتمثل في الآراء والاجتهادات الفقهية المتنوعة التي توصل إليها الفقهاء عن طريق الاجتهاد في القضايا والنوازل التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة. ودفع إليه الإخلاص لله وإقامة دينه بالبحث عن حكم كل ما جد من وقائع لحياة زاخرة

(١) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/٩٤٩.

(٢) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد ليوسف قرضاوي ص ٢٩.

(٣) نظريات الفقهية لمحمد الزحيلي ص ٢٠١.

اختلاف اقتضته طبيعة اللغة ومناهج الاستنباط فضلاً عن تفاوت الفقهاء في قدراتهم العقلية[1]. قال ابن خلدون: «فاعلم أن هذا الفقه البسيط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم خلافاً لابد من وقوعه» ثم قال في بيان أهميته: «وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال فيما يرومون الاستدلال عليه»[2].

فالدارس لاختلاف الفقهاء يقف على آراء الفقهاء وأسباب اختلافهم وأدلتهم ومآخذهم ومناقشة الأدلة بقصد الوصول إلى الرأي الذي تقويه الأدلة. وقد ركز الفقهاء والأصوليون المعاصرون في مجال أسباب الاختلاف على القواعد اللغوية والأصولية[3] وأغفلوا القواعد الفقهية، مع أن الفقيه القدامى لم يغفلوا هذا الجانب وأفردوه بالتصنيف، ومن هؤلاء العلماء أبو زيد الدبوسي، حيث ذكر في كتابه تأسيس النظر الكثير من القواعد الفقهية التي كان الخلاف في تقعيدها وصياغتها سبباً من أسباب الاختلاف في الفروع الفقهية. وقد ظل هذا الجانب مغفلاً عند المعاصرين إلى أن جاء الدكتور محمد الزركي وأفرده بعمل علمي متميز سماه: «نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء» فجزاه الله خير الجزاء على ما قدم وبذل من جهد في إبراز هذا الجانب. وقد بين في كتابه: أن الفقهاء في تناولهم للخلاف الفقهي وأسبابه لم يدرجوا ضمن هذه الأسباب التقعيد الفقهي بشكل واضح مباشر مقصود، في حين أنه من أهم أسباب الاختلاف، بل إنه يعتبر أسباب الاختلاف كلها؛ لأن أسباب الاختلاف التي تحدث عنها الفقهاء إنما ترتبط بالأحكام الجزئية، ونحن هنا نريد الحديث عن ارتباطها بالأحكام الكلية. وهي من هذه الجهة تعتبر بمجموعها أسباباً للاختلاف[4].

---

(1) نظرية التقعيد الفقهي للزركي ص ١٩٠.

(2) مقدمة ابن خلدون ص ٣٩٨.

(3) من الكتب التي اهتمت بأسباب الاختلاف: «أسباب اختلاف الفقهاء» للشيخ علي الخفيف، و«أسباب اختلاف الفقهاء» لعبد الله الزركي، و«أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء» لمصطفى الخن.

(4) نظرية التقعيد الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء للزركي ص ٢٤٧.

وقد يرجع سبب عدم التركيز على هذا السبب أنه ليس سبباً بذاته، وإنما هو مسبب عن أسباب الاختلاف المعروفة. ولكن ليس هذا مبرراً لإغفاله وعدم التركيز عليه، بل لا بد من إظهاره وبيان العلاقة بين القواعد الفقهية واختلاف الفقهاء. ومن الأمثلة التي تظهر تلك العلاقة: قاعدة: «الرخص لا تناط بالمعاصي» أي رخص الشرع لا يستحقها العصاة؛ لأنهم توصلوا إلى تلك الرخص من باب المعصية لا من باب الطاعة. لكن الفقهاء اختلفوا في هذه القاعدة فمنهم من أقرها، ومنهم من لا يعبرها. ولذلك سألها الونشريسي بصيغة الاستفهام: «العصيان هل ينافي الترخيص أم لا؟» رغبة فهم العاصي بسفره وقصره، وفطره وتناوله الميتة ومسح المحرم العاصي بلبده»[1]. وقد ترتب على الاختلاف في هذه القاعدة الاختلاف في أحكام الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة.

وأما سبب اختلافهم في اعتبار أصل القاعدة فيرجع إلى الاختلاف في المشترك اللغوي الوارد في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] فقوله تعالى ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ يحتمل معنيين: الأول: غير باغ ولا عاد في سفره. فلا بدّ أن يكون سفره سفر طاعة لا سفر معصية. والثاني: المراد غير باغ ولا عاد في تناوله الأكل المحرم. فالذين حملوها على المعنى الأول استنبطوا قاعدة: «الرخص لا تناط بالمعاصي» والذين حملوها على المعنى الثاني قالوا: لا وجه لاستنباط تلك القاعدة[2].

سادساً: مكانة القواعد الفقهية من مصادر الأحكام.

إن للقواعد الفقهية دوراً مهماً في الكشف عن الحكم الشرعي وإلحاق الفروع بالكليات. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هو: هل يجوز أن تجعل القاعدة الفقهية أو الضابط الفقهي دليلاً شرعياً نستند إليه في الاستنباط، ونعتمد عليه في الترجيح؟

---

(1) إيضاح المسالك للونشريسي قاعدة (١٢) ص ٦٦.

(2) «نظرية التقعيد الفقهي» للزركي ص ٢٤٨-٢٤٩.

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال.

القول الأول: مقتضى قول الجويني[1] وابن دقيق العيد[2] وابن نجيم[3] عدم جواز الاحتجاج بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية. واستدلوا لذلك بما يلي:

١- إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية، وإن المستثنيات فيها كثيرة ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباط حكمه من القاعدة داخلاً في المستثنيات[4].

٢- إن أغلب القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوص شرعية، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية فلا تفيد اليقين. والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد، وهو يحتمل الخطأ، فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة[5].

٣- إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة ورابط لها، وليس من المعقول أن نجعل ما هو ثمرة ورابط دليلاً للاستنباط[6].

---

(١) قول الجويني الذي يفهم منه عدم الجواز. فوالد الإمام أضرب من قاعدة الشرع مثلين بقضي الفضول العجب منهما، وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لمدرك المسلك الذي جهلته في الزمن الحالي. وليست تقصد الاستدلال بهما، فقد يعرض بهما عرضاً خالياً عن المشاريع والتفاصيل لم يعتمد أهل الزمان إلا إلى مقطوع به. فالذي أذكر من أساليب الكلام في تفاصيل القنون والمثلان أحدهما في الإباحة. والثاني في براءة الذمة» (غياث الأمم في التياث الظلم ٢٦٠).

(٢) انتقد ابن دقيق العيد الشافعي إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشير المالكي لاستنباطه أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه وقال: «إنها غير مخلصة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية (يقصد القواعد الفقهية)» (التدبيج لابن فرحون، ص ٨٧).

(٣) قول ابن نجيم في «الفوائد الزينية» نقلاً عنه الجويني في غمر عيون البصائر ١/ ٤٧ «أنه لا يجوز الفتوى به، فتقصيه الضوابط؛ لأنها ليست كلية، بل أغلبية خصوصاً وهي لم تنص من الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه».

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٤٨.

(٥) القواعد الفقهية لأبا حسين ص ٣٧٢.

(٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للزحيلي ص ٣٩.

القول الثاني: مقتضى قول العزالي الشافعي[1] والغرافي[2] وابن بشير[3] والشاطبي[4] من المالكية أن الأصل جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع ويؤيد ذلك:

١- إن القاعدة الفقهية كلية أي منطبقة على جميع جزئياتها، ولا يقدح في كليتها وجود استثناءات - كما بينا سابقاً.

٢- إن حجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي تضمنت بمعنى تلك القاعدة، فإذا كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة[5] وكون دلالتها قطعية.

٣- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام يرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص الأمر الذي يبين لنا أن هذه القواعد راسخة في أذهان المجتهدين[6]. ومن الأمثلة على

---

(١) قول الغزالي الذي يفهم منه ذلك: «كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع، لا يرد أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع يهدم مقول به، فإن لم يشهد له أصل معين، لم يستدخل» ص ٣٦٤).

(٢) القرافي رد عباري من لم يوفق بالطلاق في مسائل الدور التي منها قول بطلاق ثم راجعه إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله بثلاث. وقال: «ينقض قضاء من حكم ببقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق وعمل ذلك مخالفة قاعدة الشرط الذي هو صحة اجتماعه مع المشروط فقال: «كل قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية (نسبة إلى ابن سريج الشافعي) تنقضه»، لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط. وشرط السريجيه لا يجتمع مع مشروطه أبداً، ومن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها» (الفروق ٤/ ٢٠٠).

(٣) التدبيج لابن فرحون ص ٨٧.

(٤) قول الشاطبي: «فكل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، ولكن ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به» (الموافقات ١/ ٣٩).

(٥) قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي لنكلاني ص ١٠٨.

(٦) المرجع السابق.

ذلك. صرّح جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً يقتلون به، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي والقياس القواعد الكلية فقال ابن العربي: «إن الله سبحانه وتعالى إنما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم. فحكمنا بإيجاب القصاص عليهم ردعاً للأعداء، وحسماً لهذا الداء»[1].

القول الثالث: ذهبت لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية[2] إلى أن الأصل في القاعدة الفقهية عدم صحة الاستناد إليها في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نص صريح من الكتاب أو السنة. فقد جاء في تقريرها: «المسألة الثانية من المجلة هي القواعد التي جمعها ابن نجيم، ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى. فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل»[3].

وقد علل بعض شرح المجلة ذلك بأن هذه القواعد لها مدارك ومآخذ وقيود وشروط قد تغيب عن بال الكثيرين من المقلدين. حيث قال الأتاسي: «يتور بها المقلد، ولا يتخذها منارةً للفتوى والحكم، فلعل بعضاً من حوادث الدنيا خرجت من إطرادها بقيد زائد، أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها. وقد يحتاج إلى نظر دقيق وتحر عميق يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية، ويستثني منها ما خرج عنها بقيد أو سبب من

---

(1) أحكام القرآن لابن العربي، 2/ 134. وانظر قواعد المقاصد للكيلاني ص 109.

(2) تكونت لجنة إعداد المجلة من: أحمد جودت باشا، ديوان الأحكام العدلية. ورشيد خليل مدني الأوقاف، وسيف الدين عضو شورى الدولة، وأحمد الخلوصي موظف في ديوان الأحكام العدلية، وأحمد حلمي موظف في ديوان الأحكام العدلية، ومحمد أمين المحامي عضو شورى الدولة، وهذا الثلاثي من محمد بن نجيم الحنفي.

(3) مجلة الأحكام العدلية ص 11. وقد ذهب كثير من المعاصرين إلى مثل هذا الرأي: منهم علي الخفيف في القواعد الفقهية ص 95، ومحمد صدقي البورنو في الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص 40، وأحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحفة القواعد للبغدادي 1/ 116، وصالح السدلان في القواعد الفقهية الكبرى ص 48.

الأسباب المبرة»[1] يفهم من هذا النص أن القاضي المقلد لمذهب من المذاهب يستأنس بتلك القواعد ولا يستند إليها في استنباط الأحكام، في حين أن المجتهد العالم بالمدارك والمآخذ والقيود والشروط يجوز له الاستناد إليها في الاستنباط.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من أن الأصل عدم جواز الاستدلال بهذه، ويستثنى من هذا الأصل الجواز بالشروط التالية:

١ - أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من كتاب أو سنة أو إجماع.

٢ - أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلاً مقطوعاً به من كتاب أو سنة أو إجماع.

وبناء على ذلك فإن القواعد التي كان أصلها نصاً من كتاب أو سنة نبوية، أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع تعتبر مصادر يجوز الاستناد إليها في الاستنباط. لأن الرجوع إليها رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها. مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» فإنها تستند إلى نص صريح من السنة وهو قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[2] وأما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى دليل صريح من الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ فإنها لا تعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط، سواء اتفق الفقهاء على تقعيدها أو اختلفوا فيه. ولكن عند الاتفاق يمكن أن يستأنس بها في الترجيح بين الآراء وتفريع الأحكام وتخريجها. وبهذا يمكن الجمع بين الأقوال الثلاثة. فالقول الأول يمكن أن يحمل على القواعد الاجتهادية المختلف فيها بين الفقهاء، والتي لم يكن أصلها نصاً من كتاب أو سنة أو لم تكن تستند إلى أدلة صريحة من كتاب أو سنة أو إجماع. وأما القول الثاني فيحمل على القواعد التي كان أصلها كتاب أو سنة أو استندت إلى أدلة صريحة من القرآن أو السنة أو الإجماع.

---

(1) شرح الأتاسي للمجلة 1/ 12.

(2) صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب (1)، 1/ 2.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفصل الثاني

فقه القواعد الكلية الكبرى

نقصد بالفقه في هذا الفصل وغيره من الفصول الثانية المعنى الشامل لفهم والإدراك والعلم والتمييز، فالفقه لا يكتفي بمعرفة المعنى الإجمالي للقاعدة ولا يقتصر على بعض التطبيقات وإنما يبحث عن حقيقتها، ويفتح ما استغلق منها، ويشفعها إلى عناصرها الأولية، ويبحث في كيفية الحاق جزيئاتها بها، ومعرف مضمونها أو مناطها وغير ذلك مما يقتضيه الفقه الشامل للقاعدة الفقهية. وأما المراد بالقواعد الكلية الكبرى فهي القواعد التي تحكم بنية الفقه الإسلامي بعض النظر عن الموالد المذهبية الفقهية التي تقولبت فيه المدارس الفقهية المختلفة. فقد ذكر السيوطي خمسة قواعد كبرى تدور عليها مدار الفقه وهي: «الأمور بمقاصدها» و«اليقين لا يزول بالشك» و«الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير» و«العادة محكمة». ويمكن أن يضاف إليها قاعدة سادسة وهي «إعمال الكلام أولى من إهماله» وفيما يلي بيان لهذه القواعد الكلية الكبرى. وسيشتمل هذا الفصل على ستة مباحث وهي

المبحث الأول: فقه قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

المبحث الثاني: فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

المبحث الثالث: فقه قاعدة: «الضرر يزال»

المبحث الرابع: فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

المبحث الخامس: فقه قاعدة: «العادة محكمة»

المبحث السادس: فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

وفيما يلي بيان لفقه تلك القواعد:

المبحث الأول

فقه قاعدة: «الأمور بمقاصدها»

قاعدة: «الأمور بمقاصدها» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، حيث تحتل حيزاً كبيراً في مجال التطبيق الفقهي، حتى قال الإمام الشافعي في الحديث الذي انبثقت منه هذه القاعدة وهو: «إنما الأعمال بالنيات»[1]: «هذا الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين باباً من الفقه»[2]. وقال الإمام أحمد بن حنبل: «أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث: حديث عمر: «إنما الأعمال بالنيات»، وحديث عائشة: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»[3] وحديث النعمان بن بشير: «الحلال بين والحرام بين»[4]. وقال إسحق بن راهويه: «على أربعة أحاديث» حيث زاد على الثلاثة السابقة: حديث: «إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً»[5] وفي رواية: «الذين يدور على خمسة أحاديث»، حيث زيد على الثلاثة السابقة حديث: «لا ضرر ولا ضرار»[6] وحديث «الدين النصيحة»[7] ومما يدل على اهتمام العلماء بهذه الجوامع أن بعضهم صنفها شعراً، وهو أبو الحسن طاهر بن مفوز المعافري الأندلسي حيث قال:

---

(١) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١)، ١/ ٢. صحيح مسلم، كتاب الإمارة، ٣/ ١٥١٥.

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٥٠ وقد ذكر السيوطي في الأشباه (ص٩-١٠) ثلث الأبواب.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب (٥)، ٣/ ١٦٧.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٣٩)، ١/ ١٩.

(٥) صحيح البخاري، كتاب التوحيد، باب (٢٨)، ٨/ ١٨٨.

(٦) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب (١٧)، ٢/ ٧٨٤. وقال الألباني: يرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه.

(٧) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، رقم (٩٥)، ١/ ٧٤. صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٤٢)، ١/ ٢٠.

عمدة الدين عندنا كلمات أربع من كلام خير البرية
اتق الشبهات وازهد ودع ما ليس يعنيك واعملن بنية[1]

فهذه الأقوال على اختلاف بينها في عد الأحاديث تتفق على أن حديث: «إنما الأعمال بالنيات» واحد من الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وأن النيات والمقاصد مهمة في تصرفات العباد. وسوف يشتمل فقه القاعدة على الأمور التالية:

١- معنى القاعدة.

٢- تأصيل القاعدة.

٣- تحليل القاعدة.

٤- تطبيقات القاعدة الفقهية.

٥- القواعد الكلية التي تتعلق بهذه القاعدة.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

قبل بيان مقومات هذه القاعدة وتطبيقاتها لا بد من بيان معناها، وذلك ببيان مفرديها ومعناها الإجمالي. ولذا سيشتمل هذا المطلب على الأمور التالية: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: معاني مفردات قاعدة: «الأمور بمقاصدها» والألفاظ ذات الصلة.

سيقتصر هذه القاعدة على لفظين فقط هما الأمور، والمقاصد. وفيما يلي بيان كل لفظ وما يتعلق به من ألفاظ.

١- معنى الأمور:

الأمور: جمع أمر، وهو في أصل اللغة يرجع إلى خمسة أصول كما ذكر ابن فارس

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٦

وهي: الأمر من الأمور (الشئون)، والنماء، والبركة، وضد النهي، والمعلَم، والعجب[1] فهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها[2]. وعلى ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِلَيْهِ يُرْجَعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ﴾ [هود: ١٢٣] وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ يُخْفُونَ فِي أَنفُسِهِم مَّا لَا يُبْدُونَ لَكَ يَقُولُونَ لَوْ كَانَ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ مَّا قُتِلْنَا هَاهُنَا﴾ [آل عمران: ١٥٤].

ثم إن الكلام على تقدير مقتض، أي أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن عدم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء، لا عن ذواتها[3].

٢- معنى المقاصد:

المقاصد جمع مقصد وهو مأخوذ من قصد يقصد قصداً. وهو يطلق على عدة معانٍ منها: إتيان الشيء وأمّه، واكتناز في الشيء، واستقامة الطريق[4]. ولعل المراد به في هذه القاعدة هو المعنى الأول. فالقصد إتيان الشيء وأمّه والتوجه إليه[5].

والقصد في اصطلاح الفقهاء: «هو العزم المتجه نحو إنشاء فعل»[6] وبعبارة أخرى: «الدوافع والدواعي التي تجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليها»[7].

٣- الألفاظ ذات الصلة بالقصد:

توجد عدة ألفاظ ذات صلة بالقصد وهي: النية، والباعث، والإرادة، والعزم، والهم. وفيما يلي بيان معنى كل لفظ منها، وبيان العلاقة بينه وبين القصد

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ١٣٧.
(٢) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٢٤.
(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٥.
(٤) المفردات للراغب ص ٤٠٤، معجم مقاييس لغة لابن فارس ٥/ ٩٥
(٥) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لـ حسين ص ٢٥
(٦) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٣/ ٩٦.
(٧) قاعدة «الأمور بمقاصدها» لـ حسين ص ٢٨.

أ- النية.

النية لغة: مأخوذة من نوى الأمر ينويه أنويه قصدته. وأصلها في اللغة يرجع إلى معنيين. الأول: مقصد الشيء. والثاني: عجم شيء. والأول هو الذي يعنينا. قال أهل اللغة: النوى التحول من دار إلى دار. هذا هو الأصل ثم حمي عنه الباب كله، فقالوا: نوى الأمر، ينويه إذا قصد له[1].

والنية في الاصطلاح: كما عرفها القرافي «قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله»[2] وعرفها النووي بأنها «عزم القلب على عمل فرض أو غيره»[3].

فالنية والقصد متقاربان في المعنى والدليل عرّف النووي النية بالقصد[4]. وقال ابن القيم: «النية هي القصد بعينه، ولكن بينها وبين القصد فرقين:

أحدهما: أن القصد متعلق بفعل الفاعل نفسه ويفعل غيره. والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره، ويتصور أن يقصده ويريده.

والفرق الثاني: أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدور يقصده الفاعل. وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه»[5].

ب- الباعث:

الباعث لغة من البعث، وهو الإثارة والإيقاظ من النوم[6]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي له عن المعنى اللغوي. وهو الأمر النفسي الذي يحرك الإرادة ويبعثها لتحقيق تصرف معين، بحيث يكون التصرف كالوسيلة للباعث، حتى إذا نفذ الباعث

(١) المصباح المنير للفيومي ٨٦٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٣٦٦.
(٢) الذخيرة للقرافي ١/ ٢٤٠.
(٣) المجموع للنووي ١/ ٣١٠.
(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ٣٤.
(٥) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ١٩٠.
(٦) الكليات للكفوي ١/ ٤٠٦.

عن طريق التصرف كان غاية ومآلاً حسياً قائماً[1]. وهو السبب الذي يدفع الشخص إلى التصرف.

جـ- الإرادة.

الإرادة لغة من الورد. فيقال أراد الرجل كذا إرادة إذا طلبه أو اختاره أو شاءه[2].

والإرادة في الاصطلاح هي: «نزوع النفس وميلها إلى الفعل، بحيث يحملها عليه»[3] وعرّفها الجرجاني بأنها: «صفة توجب للحي حالاً يقع منه الفعل على وجه دون وجه»[4].

وتتفق الإرادة والقصد في أن كلاً منهما يدل على تحسن العمل والتوجه نحوه بفعل أو ترك أو نفي أو إثبات. لكنهما يختلفان من وجهين:

أحدهما: أن القصد (بمعنى النية) يختص بفعل الفاعل (الناوي) دون فعل غيره، وأما الإرادة فغير مختصة بأحد الفعلين. فهي تتعلق بفعل الفاعل أو غيره.

والثاني: أن القصد إرادة في حال إيجاد الفعل فقط، فلا يصح أن تقول: قصدت أن أزورك غداً. أما الإرادة فأعم من ذلك[5].

د- العزم:

العزم لغة: من عزم على الشيء عزماً بمعنى أراد فعله مع القطع عليه. وأصل العزم في اللغة: الصريمة والقطع[6].

(١) التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ٥٠٤، ونظرية الباعث للكيلاني ٢٧
(٢) لسان العرب لابن منظور ٢/ ١٢٥٢، الكليات للكفوي ١/ ١٠٢.
(٣) الكليات للكفوي ١/ ١٠٣.
(٤) التعريفات للجرجاني ص ٣٠.
(٥) الفروق في اللغة للعسكري ص ٦١٩-٦٢٠.
(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ٣٠٨، المصباح المنير للفيومي ٥٥٨.

والعزم في الاصطلاح: الثبات والشدة فيما عقدت النية عليه[1].

ويتفق العزم والقصد في أن كلاً منهما يدل على تعيين العمل والتوجه نحوه لفعل أو ترك، لكنهما يختلفان من حيث وقت التعلق، فالقصد يتعلق بالحال، وأما العزم فيتعلق بالاستقبال.

هـ-الهم.

الهم لغة: من همّ بالشيء أراده، وعزم عليه. ومنه حديث: «أصدق الأسماء حارث وهمّام»[2] وإنما كان أصدقها لأنه ما من أحد إلا وهو يهم بالأمر خيراً كان أو شراً[3].

والهم في الاصطلاح: عقد القلب على فعل شيء قبل أن يفعل من خير أو شر[4].

والهم والقصد يتفقان في أن كلاً منهما يدل على تعيين العمل والتوجه إليه، ولكنهما يختلفان في الوقت فالهم يسبق القصد، فقد يهم الإنسان بالأمر قبل أن يقصد إليه وذلك أنه يبلغ آخر عزمه عليه ثم يقصده[5].

ثانياً: المعنى الإجمالي لقاعدة: «الأمور بمقاصدها».

المراد بهذه القاعدة أن أحكام التصرفات الصادرة من الإنسان تختلف باختلاف قصد الإنسان أو نيته. فبالنية يكون الفعل عبادة أو غير عبادة. وبالنية يكون التصرف طاعة أو معصية، وبالنية يكون القول حلالاً أو حراماً، وبالنية يكون العقد صحيحاً أو فاسداً. ولا فرق في ذلك بين أن يكون التصرف فعلاً أو قولاً. ومما يدل على كون الفعل تابعاً للقصد أو النية قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فالزوج إذا قصد من إرجاع زوجته بعد طلاقها الإصلاح جازت الرجعة، وإن قصد بها الإضرار

(١) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص ٣١٠.
(٢) مسند الإمام أحمد (٤/ ٣٤٥) وقال السيوطي في الجامع الصغير: حسن. (فيض القدير ٣/ ٢٤٦)
(٣) مختار الصحاح ص ٧٢٤، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥/ ٢٧٤.
(٤) التعريفات للجرجاني ٣٢٠.
(٥) الفروق في اللغة للعسكري ص ١٢٠.

لم تجز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، ومما يدل على كون القول تابعاً للقصد أو النية ما روى الترمذي -بسنده- عن ركانة الذي طلق امرأته بلفظ «البتة» قال أتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إني طلقت امرأتي البتة. فقال: ما أردت بها؟ قلت: واحدة. قال: «والله؟» قلت والله. قال: فهو ما أردت»[1] فقد جعل النبي ﷺ نية ركانة في الحكم على قوله وهو قوله: «أنت طالق البتة».

فالعبادات في تصرفات الإنسان الفعلية والقولية على المقاصد والنيات لا على ذات الأفعال والألفاظ. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «إن أحمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات. فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع إذا كان عامداً فإنه يعامل حكم، وإذا كان مخطئاً فله حكم آخر، ومن قال لآخر: خذ هذه الدراهم: فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة»[2].

المطلب الثاني - تأصيل قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

التأصيل من أصّل الشيء إذا جعل له أصلاً ثابتاً يبنى عليه، والأصل الأساس المتين. وهذا يقتضي الرجوع إلى أصول التشريع الإسلامي من قرآن وسنة وإجماع وقياس؛ لمعرفة ما يؤصل هذه القاعدة ويقيمها على أسس متينة. وفيما يلي بيان لتلك الأصول أو الأدلة التي تستند إليها هذه القاعدة:

إن هذه القاعدة تستند إلى حديث: «إنما الأعمال بالنيات»، ولذلك تعد أدلة اعتبار النية في الأعمال أدلة لهذه القاعدة. وقد وردت في اعتبار النية نصوص كثيرة ومتنوعة في القرآن والسنة سأكتفي بذكر بعضها، ثم أذكر بعض الأدلة المعقولة ومنها:

(١) سنن الترمذي ٣/ ٤٨٠.
(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٦٥، ٩٦٦.

١- قوله تعالى ﴿ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ ﴾ [البينة: ٥] فهي من الأدلة الدالة على وجوب النية في العبادات، لأن الإخلاص من عمل القلب[١]. والإخلاص لا يتحقق إلا بالقصد والنية[٢].

٢- وقوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقۡوَىٰ مِنكُمۡۚ ﴾ [البقرة: ٢٢٠] فهي تدل على اعتبار القصود والنوايا، وهي أصل لهذه القاعدة كما قال السيوطي: «الآية... أصل لقاعدة: «الأمور بمقاصدها» قرب أمر صلح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر»[٣].

٣- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى. فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[٤]. فقد اعتبر السيوطي هذا الحديث أصلاً لهذه القاعدة[٥]. وهو يعدُّ عمدة الأحاديث التي وردت في النية. وهو يدل على اعتبار النية في الأعمال جميعها، فقد نقل ابن رجب عن الطبري وغيره أن المراد بعموم الأعمال لا يختص منها شيء. وقال الإمام أحمد: «أحب لكل من عمل عملاً من صلاة أو صيام أو صدقة أو نوع من أنواع البر أن تكون النية متقدمة في ذلك قبل الفعل»[٦].

٤- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال ﷺ: «يبعث الناس على نياتهم»[٧] وفي رواية

(١) فتح القدير للشوكاني ٥/ ٤٧٦.
(٢) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ٣٢٦.
(٣) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ٣٢٦.
(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١)، ١/ ٢.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨
(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ١٧ وانظر: شرح حديث «إنما الأعمال بالنيات» لابن تيمية، ص ١١.
(٧) صحيح البخاري: كتاب الصوم، باب (٦)، ٢/ ٢٢٧.

عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «يبعثون على نياتهم»[١].

٥- عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: «إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في فم امرأتك»[٢].

٦- وقد أجمع العلماء على اعتبار النية في الأعمال من صلاة وصيام وصدقة وغير ذلك[٣]. وقال ابن القيم: «النية روح العمل وله وقوام، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها، والنبي ﷺ قال كلمتين كفتا وشفتا ونحتهما كنوز العلم وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى». فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه. وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال»[٤].

٧- ومن الأدلة العقلية التي يستدل بها على اعتبار النية في الأعمال:

أ- أن الشارع لم يعتد بأفعال من انتفى قصده: كالمجنون والمغمى، والمخطئ، والناسي وغيره. ويلزم من ذلك اعتبار قصد ما يفاله ممن تحقق قصده. لأن تصرفات المكلفين لا تخرج عن إحدى حالتين: الاعتبار أو عدمه[٥].

ب- لأن أفعال العقلاء الاختيارية لا تصدر إلا عن قصد وإرادة، فلو كلفوا أن يعملوا عملاً بغير قصد وإرادة لكان تكليفاً بما لا يطاق.

ثالثاً: الشبهات التي ترد على قاعدة: «الأمور بمقاصدها»

توجد عدة شبهات ترد على هذه القاعدة سأكتفي بذكر شبهتين منها:

١- إن هذه القاعدة لم تبق على كليتها بسبب وجود كثير من الأحاديث التي تجيز التيامم في العيد مثل حديث: «من مات وعليه صيام صام عنه

(١) صحيح البخاري، كتاب الإيمان: باب (٤١)، ١/ ٢٠
(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي ص ٢٩
(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ١١١.
(٤) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لبنا حسين ص ٨٣
(٥) انظر شرح الكوكب المنير للفتوحي ٢٩٣، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٨/ ٢٦٢

وبه[1] وحديث الجعمية «إن أبي أدركته فريضة الله في الحج شيخاً كبيراً، لا يستطيع أن يقوى على ظهر بعيره. فقال: «حجي عنه»[2] فمقتضى القاعدة امتناع النيابة في العبادات؛ لأن العبادة المطلوبة من المكلف بها شرعاً حصلت بدون نيته؛ بل نواها غيره.

ويجاب عن هذه الشبهة بأن خروج بعض الجزئيات التي تندرج في القاعدة عن أن يتناولها حكم القاعدة أمر مقبول - كما مرّ سابقاً - وبخاصة إذا كانت تلك الجزئيات تستند إلى السنة النبوية، فيعمل بالقاعدة في غير تلك الجزئيات، ويعمل بالجزئيات بحسب ما ورد في السنة؛ لأن السنة أصل قائم بنفسه يعمل به في دائرته[3]. وهذا لا يقدح في كلية القاعدة، لأن تو اعتراه قادحاً لاستعصى علينا فوق كثير من المعاني الكلية ولهذا فإن استثناء السنة النيابة في العبادات من القاعدة على سبيل الترخص لتلافي ما فات المكلف من التقصير[4] لا يمنع من كون قاعدة «الأمور بمقاصدها» كلية.

٢- إن هذه القاعدة لم تبق على كليتها بسبب وجود بعض الأحاديث التي ترتب بعض الأحكام على أعمال غير مقصودة: كتصرفات الهازل بالنسبة للنكاح والطلاق والرجعة لحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»[5]

ويجاب عن هذه الشبهة بما ذكرنا سابقاً في الرد على الشبهة الأولى.

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

بينا سابقاً أن القاعدة قضية تركيبية تتكون من ثلاثة عناصر وهي: المحكوم عليه وهو موضوع القضية، والمحكوم به وهو الحكم أو المحمول، وإسناد وقوع النسبة الحكمية. وبناء على ذلك فإن قاعدة: «الأمور بمقاصدها» تتكون من العناصر الثلاثة السابقة وهي.

---

(١) سنن أبي داود، كتاب الصوم، باب (٤١)، ٢/٣١٥.
(٢) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب (١)، ٢/٤٠٠.
(٣) الوجيز في أصول الـ لعبد الكريم زيدان ص ١٤٧
(٤) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لنا حسين ص ١٥٥
(٥) سنن أبي داود، كتاب الطلاق، ٢/٢٥٩.

الأمور، واعتبار النية فيها، وضبط الحكم. لكن لما كانت الأمور لا يتصور وقوعها من غير فاعل أو قاصد، كما أنه لابد من معرفة قصد الشارع لمراعاته، فلا بد من إضافة عنصرين وهما: القاصد أو الناوي، ومقصود الحكم. وبناء عليه فإن عناصر هذه القاعدة خمسة وهي

الأول: الأمور.

والثاني: الحكم وهو اعتبار النية في الأمور

والثالث: مناط الحكم وهو النية أو القصد.

والرابع: الناوي أو القاصد.

والخامس: مقصود الحكم في القاعدة.

وتتحقق الحكم وإلحاق الجزئيات بهذه القاعدة لا بدّ أنْ تتوفر الشروط اللازمة في كل عنصر من هذه العناصر.

أولاً: الأمور:

بينا سابقاً معنى الأمور، وهي تشمل الأقوال والأفعال الصادرة عن المكلف، وهي التي تسمى بالتصرفات الواقعة منه، وهي شاملة للعبادات من طهارة وصلاة، وزكاة وصيام وحج وتضحية، ونذر. كما تشمل المعاملات من بيع وإجارة وهبة وجعالة، وقبول هبة أو هدية، ووقف عين على طلبة العلم. كما تشمل الأحوال الشخصية من زواج وتطليق، ورجعة، وإيلاء، وظهار. كما تشمل الجنايات من قتل وسرقة وقاذف وزنى وغير ذلك[1].

وليس المراد من هذه الأمور ذاتها، وإنما المراد أحكامها وحقيقتها أو تكييفها: كالصحة أو الفساد، أو طاعة أو معصية، والثواب أو العقاب، والوجوب أو الندب، والحرام أو الكراهة وغير ذلك من الأحكام أو اعتبار التصرف بيعاً أو إجارة أو شركة أو قرضاً أو وعداً أو غير ذلك من التكييفات التي تبنى على قصد المتصرف.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠، وإيضاح القواعد الفقهية لعبد الله المحمي ص ١٠

فتأثير النية في العبادات واضح لا يحتاج إلى بيان؛ لأن القربات كلها مبناها على النيات، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية. ومن الأمثلة على ذلك لو دفع شخص إلى الماء، فوقع فيه وابتل جميع جسمه، ولم ينو الغسل الذي يبيح الصلاة لم يكن طاهراً.

وأما اعتبار النية في المعاملات فاستشكله بعض العلماء، فقالوا: ما لا يفتقر إلى نية؛ كالعادات من الأكل والشرب واللبس وغيرها أو مثل ردّ الأمانات والمضمونات؛ كالودائع والمغصوب فلا يحتاج شيء من ذلك إلى نية[1]. وفيما يلي بيان لمدى تأثر المعاملات بالنيات.

القول الأول: ذهب الحنفية[1] والشافعية والظاهرية[2] إلى عدم تأثر المعاملات بالنيات والدوافع، ما لم تظهر في العقود. قال الشافعي: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع»[3] لأن النية ما حدثوا به أنفسهم. كما أن المرء قد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله[4]. واستدل الشافعي لما ذهب إليه بما يلي.

١ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَٰفِقِينَ فِي الدَّرْكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَن تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾ [النساء: ١٤٥] فقد أخبر بأن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ومع هذا أمر الله رسوله بأن يحملهم على ما أظهروا من إسلام لا على ما أبطنوا من كفر[5].

٢- وقال ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٧.
(٢) الهداية وفتح القدير ٢/ ١٥٠.
(٣) المحلى لابن حزم ١١/ ٥٢١.
(٤) الأم للشافعي ٣/ ٦٥.
(٥) المرجع السابق.
(٦) الأم للشافعي ٥/ ١٧١، وانظر: أثر القصد في العقود لزيدان ضمن مجموعة بحوث فقهية ص ٢٥٤.

فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»[1]. فهو يدل على أن الحكم على الناس إنما يجري على نحو ما يسمع الحكم (القاضي) منهم مما نطقوا به، وإن كان يمكن أن تكون نياتهم وبواعثهم على التصرف غير ذلك. ودلالة أخرى في الحديث أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد إلا بما نطق، لا بما قضى عليه بشيء بما غيب الله تعالى عنه أمره من نية أو سبب أو فسق أو تهمة[2].

٣- ولأن في اعتبار النية في العقود حكماً بخلاف الظاهر، وإدعاءً لتغيب الذي سيأثر الله بعلمه[3].

القول الثاني: ذهب المالكية[4] والحنابلة[5] إلى تأثر المعاملات بالنيات والدوافع، بل ينظر إلى القصد والباعث والغرض المستتر وراء إبرام التصرف والعقد قال ابن القيم: «إن الاعتبار في العقود والأعمال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها... وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات. فالقصد والنية والاعتقاد 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»[6] واستدلوا لذلك بأدلة كثيرة من القرآن والسنة، حتى قال ابن القيم: «ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر»[7] وسأكتفي بذكر بعض هذه الأدلة.

(١) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٧)، ٣/ ١٦٢.
(٢) الأم للشافعي ٥/ ٢٠٢، وانظر: أثر القصد في العقود لزيدان ص ٢٥٤.
(٣) أثر القصد في العقود لزيدان ص ٢٥٤.
(٤) المدونة للإمام مالك ٢/ ١٧١، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٧٠.
(٥) كشاف القناع ٣/ ٢٥١.
(٦) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٩٥، ٩٦.
(٧) المرجع السابق، وانظر: أثر الدليل في إبطال التعامل لابن قدامة ص ٥٠، والحيل للبحيري ص ١٢٣.

١ - قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ .. إلى قوله تعالى ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٢٨-٢٣١] فالآيات تدل على أن الرجعة إنما ملكها له لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرر[1].

٢ قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ... مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ [النساء: ١١-١٢] أي غير مدخل الضرر على الورثة كأن يوصي بوصية بقصد إلحاق الضرر بالورثة أو يقر بدين عليه بقصد إضرار الورثة[2].

٣- قوله ﷺ: «البيّع والمبتاع بالخيار حتى يفترقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله»[3]. فالحديث يدل على خيار المجلس، فإذا عمد أحدهما إلى مفارقة صاحبه قاصداً لإسقاط حقه في هذا الخيار كان مضاداً للشارع في تشريعه وساعياً في مضارة أخيه المسلم فلا يحل له فعل ذلك. مع أن ظاهرها المفارقة لقضاء مصالحه، لكن باطنها المضارة فرتب الشارع المنع على الباطن.

٤- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النجش»[4] فالحديث ينهى عن النجش مع أن ظاهر النجش الرغبة في الشراء والصدق في مدح السلعة، لكن باطنه الإضرار بالمشتري بزيادة الثمن عليه فرتب الشارع التحريم على الباطن المقصود لا على الظاهر فمن عمى أن العقود بمعانيها وحقائقها.

---

(١) أعلام الموقعين ٣/ ٩٦.
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٨٠.
(٣) صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب (٤٤)، ٣/ ١٧.
(٤) صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب (٦٠)، ٣/ ٢٤.

٥- وقوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»[1] فالتصرية حبس اللبن في ضرع الشاة حتى يعتلأ باللبن وتبدو أنها ذات لبن، فرغب المشتري فيها. فظاهر هذا التصرف أن حبس اللبن جائز ما لم يصر بائعين. لكن باطنه الكذب والخديعة والتغرير بالمشتري وأكل أموال الناس بالباطل، فدل على أن العقود بمقاصدها ومواطنها لا بظواهرها وصورها.

٦ عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضنَّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[2]. فالحديث يدل على تحاد حوار شراء سلعة بثمن مؤجل بزيادة عن ثمن اليوم الذي اشترى فيه مقصده بيعه إلى البائع بثمن حال؛ لأنه يؤول إلى القرض المنهي عنه. والعبرة في المعاملات لمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

٧- كما استدل بقاعدة: «سد الذرائع» فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب مفاسدها التي غايتها وارتباطها بها. ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب مقاصدها التي غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود. لكنه مقصود قصد غايات، وهي مقصوده قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله صور، ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها، ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أبيح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به. وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء من سياسة مملوك المدبر تأبى ذلك فإن أحدهم إذا منع جنده من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ومحرضاً من رعيته وجنده ضد مقصوده. كذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه[3].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٦٤)، ٣/ ٢٥.
(٢) مسند الإمام أحمد ٢/ ٨٤، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب (٥٤) ٣/ ٢٧٤.
(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ١٣٥.

٨- ولأن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه: كالنائم والناسي والسكران والمجنون والمكره ... إلخ[1].

والراجح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من أن الأمور شاملة للعبادات والمعاملات بما فيها البيع والإجارة والزواج والطلاق والإرث وغير ذلك. وأما ما استدل به أصحاب القول الأول فيمكن الإجابة عنها بإجابة واحدة وهي: أن معرفة مقاصد المكلفين لا يتوقف على عباراتهم وألفاظهم وإنما تعرف بدلالة الحال والقرائن المقبولة، فإذا انكشفت تلك المقاصد عن أي طريق مقبول عمل بها وبنى الحكم عليها ويؤيد ذلك أن الرسول ﷺ: «استعمل رجلاً على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إليّ فقام النبي ﷺ على المنبر فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال ما بال العامل بعثه فيأتي فيقول: هذا لكم وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته...»[2] فهو يدل على اعتبار دلالة الحال على القصد والباعث، فالإهداء إلى العامل كان بقصد المحاباة لهم والتخفيف عنهم في الواجبات.

شروط الأمور:

تشترط في الأمور التي تصدر من المكلف عدة شروط وهي:

١- أن يكون الأمر معلوماً معيناً، فيحدده المكلف ويعرف حقيقته وحكمه الشرعي؛ لأن من لا يعرف الشيء، لا يصح أن يقصده أو ينويه، كما لا يصح للمكلف أن ينوي أمراً مبهماً. قال البغوي: «فمن جهل فرضة الوضوء أو الصلاة ثم يصح منه فعلهما». ومن فروع هذا الشرط ما لو طلق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها فلا يقع بها الطلاق[3].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٥.

(٣) انظر: الأشباه في إيراد مثله للقرافي ص ٤٠؛ والذخيرة للقرافي ١/ ٢٤١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٠، المنثور في القواعد للزركشي ٣/ ٢٩١.

٢- أن يكون الأمر مقدوراً على فعله عقلاً أو شرعاً أو عادة، فلا يصح أن ينوي فعل غير المقدور عليه عقلاً؛ كأن ينوي أن يصلي بوضوئه أن يصلي صلاة ما، وأن لا يصليها لما فيه من التناقض، ولا يصح أن ينوي غير المقدور عليه شرعاً: كأن ينوي بوضوئه الصلاة في مكان نجس. ولا يصح أن ينوي غير المقدور عليه عادة كأن ينوي بوضوئه صلاة العيد، وهو في أول السنة[1]. وذلك لأن الله تعالى لم يكلفنا إلا بما يدخل في مقدورنا ويمكن لنا تحصيله، وكل عمل لا طاقة للبشر على تحصيله لا يتعلق به تكليف فلا يكون مطلوباً ولا يصح أن يتعلق به أمر أو نهي؛ لأن المقصود من التكليف الامتثال، وهو غير متصور فيما لا يطاق من الأفعال.

٣- أن يكون الأمر مكتسباً اكتساباً شخصياً وبخاصة في التكاليف المختصة بالشخص فلا يصح أن ينوي صلاة عن غيره. والعلة في ذلك أنها مخصصة وتخصيص غير المفعول لمكتسب للمخصص محال، ولذلك امتنع نية الإنسان فعل غيره لأنه غير مكتسب له[2]. أما في غير الصلاة من حج أو زكاة أو صيام فيجوز للعاجز عن الغير وكذلك بالنسبة للمعاملات تصح الوكالة عن الغير.

ثانياً: الحكم: اعتبار النية في الأمور.

إن هذا الحكم تجريبي لا يتعلق بشخص معين ولا يتصرف بعينه، وإنما يتعلق بموضوع القاعدة، فتندرج تحته الفروع التي تتوافر فيها شروط التحكم الكلي للقاعدة. ومن هذه الشروط:

١- أن يكون الحكم ثابتاً بطريق شرعي كالقرآن والسنة وآثار السلف والإجماع والقياس وغير ذلك مما ذكرناه في مصادر القاعدة الفقهية، فلا يجوز اعتبار ذلك حكماً شرعياً إذا ثبت بغير هذا الطريق. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فمن بنى الكلام في علم الأصول والفروع على الكتاب والسنة والآثار المأثورة عن السابقين فقد أصاب طريق

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٠.

(٢) الذخيرة للقرافي ١/ ٢٤٤.

النبوة»[1] ولهذا انعقد قاعدة: «الأصل في الأبواب التجاسة» التي قررها الفقهاء، لأنها لا تستند إلى نص شرعي، ولو كانت نجسة لبين حكمها النبي ﷺ ونبه بيانه فليست نجسة، وذلك لأن هذه الأعيان تكثر «لابسة الناس لها ومباشرتهم لكثير منها خصوصاً الأمة التي بعث فيها رسول الله ﷺ فإن الإبل والغنم غالب أموالهم»[2].

٢- أن يكون الحكم الكلي للقاعدة ثابتاً مستقراً غير منسوخ بنص شرعي، لأن نسخ الحكم دلالة من الشارع على عدم اعتباره، وإلغاؤه وإذا أبطله الشرع وألغى عنه فلا يصح لإلحاق الجزئيات به[3].

٣- أن لا يكون حكم القاعدة معارضاً لنص قطعي في الكتاب والسنة أو للأصول الصحيحة المستندة إلى الكتاب والسنة. ومن الأمثلة على ذلك أن قاعدة: «الأصل فساد الشروط» معارضة للأصل العام «الأصل جواز الشروط» المستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستصحاب[4]. فيقدم الأصل العام على حكم قاعدة «فساد الشروط».

ومما لا شك فيه أن هذه الشروط متحققة في حكم القاعدة الكلي: وهو اعتبار النية في الأمور فهو ثابت بطريق شرعي، ومستقر، وغير معارض لنص قطعي أو أصل عام.

ثالثاً: النية أو القصد (مناط الحكم في القاعدة).

المناط في اللغة: موضع النوط وهو التعليق والالتصاق من ناط الشيء بالشيء إذا ألصقه وعلقه[5]. وفي الاصطلاح: «ما أوجب معلولة في حال رجوعه للعلة»[6] فهو

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢١/٣٦٣.
(٢) انظر تفصيل الرد على هذه القاعدة في مجموع الفتاوى ٢١/٥٤٣، ٥٨٧، والقواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية للميمان ص ١٣٥
(٣) شروط الأصل وحكمه وشروط الفرع لحنان قليمات ص ٥٨
(٤) القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢٠٦
(٥) الكليات للكفوي ٤/٣٠٥
(٦) الحدود للفنتازاني ص ١٣.

المعنى الذي يربط بين موضوع القاعدة وحكمها. كما يطلق على علة حكم النص التشريعي الجزئي. لأن الأحكام منوطة بالمعاني والأوصاف دون الأسماء والأشكال. ومعرفة مناط القاعدة ضرورية للتمكن من إلحاق الفروع بالقاعدة. فإذا قلنا مناط قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة ٢] عدم جواز الإعانة على المعصية، فلا نجوز الإجارة على حمل الخمر. فلا بدّ للفقيه في تخريج الفروع على القواعد الفقهية من تحقيق المناط وهو التحقق من وجود المعنى الذي يربط بين موضوع والحكم الكلي في الفرع. كما أنه لابدّ له من مراعاة المآلات، فينظر في الظروف المحتفة بالفرع ممّا لم تتعرض لها القاعدة، فيراعي تلك الظروف وما يترتب عليها من نتائج عند تخريج الحكم أو إنزال حكم القاعدة على الفرع؛ لأن تلك النتائج تصح دليلاً خاصاً بالفرع عند تقرير الحكم الشرعي. ومما يعين على معرفة المآلات والنتائج إدراك المقاصد والنيات أو بواعث الفعل؛ لأن أكثر المآلات أصلها بواعث. يقول الشاطبي: «تحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان ومداخل الهوى والحظوظ العاجلة، حتى ينقيها هذا المجتهد عنى ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل. . . . فصاحب التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف بها النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها وقوة تحملها لتكاليف وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها. بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف»[1]. ومن الأمثلة على مراعاة المآلات المترتبة على المقاصد والنيات قول الرسول ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «ولولا أن قومك حديثو عهد بشرك لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم»[2].

---

(١) الموافقات للشاطبي ٤/٩٨.
(٢) سنن الترمذي، كتاب الحج، باب (٤٧)، (٣/٢٢٥) وقال: حسن صحيح

فالنية أمر باطني محلها القلب، ولا تعلق لها باللسان، وعلل بعضهم بأن التلفظ عبارة عن القصد ومحل القصد القلب[1]. ولهذا يشترط لاعتبار النية في التصرفات عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تكون النية معلومة.

إن مقاصد المكلفين من تصرفاتهم المتعلقة بالعبادات والمعاملات معلومة لله تعالى ويحاسب العبد عليها. قال تعالى: ﴿قُلْ إِن تُخْفُوا مَا فِي صُدُورِكُمْ أَوْ تُبْدُوهُ يَعْلَمْهُ اللَّهُ وَيَعْلَمُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [آل عمران: ٢٩]. وقال تعالى: ﴿لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِن تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٨٤].

وأما العباد فلا يعلمون مقاصد بعضهم إلا إذا انكشفت لهم بإحدى الطرق ومن ذلك:

أ- أن يقرّ القاصد عن نيته ويبوح بها.

ب- أن تدل القرائن على نية الشخص وقصده. ومن هذه القرائن:

القرينة الأولى: انتفاء المصلحة المشروعة من الفعل مع لزوم المضرة بالآخرين. ومن أمثلة ذلك: أن الضحاك بن خليفة أراد يسوق قناة من الماء عبر أرض محمد بن مسلمة ليسقي أرضه، فأبى محمد أن يسمح للضحاك بذلك. فقال الضحاك: لمَ تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك، فأبى محمد فشكاه الضحاك إلى عمر، فأمر عمر بسوق الماء، وقال لمحمد: «والله ليمرّنّ به ولو على بطنك»[2]. فلا وجه لتفسير ذلك التصرف من محمد بن مسلمة إلا قصد الإضرار بالضحاك. فانتفاء المصلحة قرينة قوية على القصد غير المشروع[3].

---

(١) المعني لابن قدامة ١/ ١١١.

(٢) **موطأ** الأمام مالك مع تنوير الحوالك ٢/ ١٢٢.

(٣) نظرية الباعث وأثرها في العقود للكيلاني ص٩٤-٩٥.

القرينة الثانية: أن يكون في تحصيل الفعل مصلحة لمن صدر عنه، لكن يترتب عليه ضرر بالآخرين، وقد أمكن تحصيل تلك المصلحة من جهة أخرى لا يلزم عنها الضرر بالآخرين، فيصر الفاعل على الفعل للضرار بالآخرين، فيعتبر عمله في هذه الصورة متعمداً لقصد الإضرار[1].

٢- الشرط الثاني: أن لا تكون النية معارضة (منافضة) لمقصد الشارع.

مقاصد الشريعة هي المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنفع أم عن طريق دفع المفاسد[2]. وبعبارة أخرى هي الأهداف الكبرى التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها من إنزال الشريعة وتقريرها. ولكي يكون قصد المكلف مشروعاً لابدّ من الانسجام التام بينه وبين مقاصد الشريعة. قال الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع. والدليل على ذلك، ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع...»[3] فلا يكفي أن يكون ظاهر الفعل مشروعاً لوصف التصرف بالمشروعية، بل لابدّ أن يكون قصده موافقاً لمقاصد الشريعة.

٣- الشرط الثالث: الجزم في النية.

يشترط في النية أن تكون جازمة لا تردد فيها ولا شك، ولا تفكير في قطع التصرف، وإنما ينبغي ان تتجه الإرادة إلى فعل التصرف والاستمرار فيه وعدم الشك فيه[4]. كمن نوى أن يصوم ليلة الثلاثين من رمضان إن كان من رمضان وإلا فلا. أو دفع عشرة دنانير للفقير ونوى الزكاة أو صدقة التطوع. وقد يعتقد الشك أو التردد في موضعين وهما:

أ- أن يستند التعليق إلى أمر مستصحب[5] أو أصل عملاً بقاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٢٩.

(٢) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف العالم ص٧٩.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٣/ ٩٤.

(٥) المنثور في القواعد للزركشي ٣، ص٢٩٣-٢٩٣

ب أن يكون التردد في موضع الضرورة: كمن وجد بللاً في ثوبه فشك هل هو مني أو مذي فيغتسل احتياطاً[1].

٤ الشرط الرابع: عدم التشريك في النية.

التشريك في النية اختلاط يبتين فصاعداً في تصرف من التصرفات الصادرة من الإنسان. كأن يصوم ستة من شوال وينوي بها القضاء والتطوع. أو أن يصلي أربع ركعات، وينوي بها قضاء فائتة وفريضة الوقت الحاضر. أو أن يصلي صلاة يقصد بها وجه الله وثناء الناس ومديحهم. فالتشريك في النية له معنى عام يشمل إشراك غير الله تعالى في العبادة، وأن يقصد بالعمل الواحد قربتين.

الأصل العام في هذه المسألة عدم جواز التشريك في النية؛ لأن العبادة الواحدة لا يمكن أن تغني عن عبادتين والتصرف الواحد، لا يغني عن تصرفين. ويندرج تحت هذا الأصل أن ينوي مع العبادة لله تعالى التقرب إلى غيره مما هو ليس بعبادة: مثل أن يذبح أضحية لله ولغيره، فلا يجوز ذلك، وتكون الذبيحة محرمة الأكل[2]، وكذلك إذا كبر المسبوق والإمام في حالة الركوع تكبيرة واحدة وقصد بها تكبيرة الإحرام وتكبيرة الركوع لم تصح صلاته.

وكذلك إذا صلى الظهر ونوى بها صلاة الظهر والعصر لم تصح صلاته. لأن النية هنا تتعلق بالمقاصد لا بالوسائل[3]، وكل عبادة مستقلة عن الأخرى تحتاج إلى نية خاصة.

ويستثنى من هذا الأصل عدة حالات يجوز فيها التشريك منها:

أ- يجوز التشريك في النية إذا كان يتعلق بالوسائل: كمن نوى مع الصوم لله تعالى الحمية والتداوي، فهي من الوسائل، وهي تحقق مقصد الشارع من الصوم فلا بأس بذلك. وكذلك إذا نوى مع غسل رفع الجنابة غسل الجمعة أو العيد أو مع صوم يوم

(١) المرجع السابق.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠.

عرفة صوم يوم الاثنين. أو نوى مع سنة الظهر تحية المسجد أو غير ذلك[1].

ب يجوز التشريك في النية إذا نوى عبادة مفروضة وعبادة أخرى مندوبة عند الجمهور خلافاً لابن حزم الذي يرى بطلان العبادتين[2]. واختلف القائلون بالجواز في تحديد العبادة التي تقع بهذه النية على قولين:

القول الأول: تقع عن العبادة التطوعية دون الفرض: كمن نوى من إخراج مائة دينار الزكاة المفروضة وصدقة التطوع فإنها تقع عن صدقة التطوع عند الشافعية؛ لأنه متردد في نية الفرض، فتبطل وتقع عن النفل[3]. واستثنوا من ذلك ما إذا نوى الحج والنفل فإنه يقع عن الفرض.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنها تقع عن الفرض لا عن النفل؛ لأن الفرض أقوى وأوجب من النفل[4].

والراجح ما ذهب إليه الحنفية من أنها تقع عن الفرض لا عن النفل؛ لأن إعمال المقاصد أولى من إهمالها. فإذا أمكن حملها على عبادة واجبة تحمل عليها.

جـ- يجوز التشريك في النية فيما نصَّ الشارع على جوازه: كأن يجمع بين الحج والعمرة بنية واحدة عند إحرامه؛ لأن هذا هو الحكم الذي شرعه الله في هذه الحالة[5].

د أجاز بعض الفقهاء لمن نوى غير العبادة أن يمزج نية أخرى: كمن نوى بقوله لزوجته: أنت علي حرام الطلاق والظهار. فلأصبح أنه يخير بينهما، فما اختاره يثبت. وقيل: يثبت الطلاق تغليبه. وقيل: الظهار لأن الأصل بقاء النكاح[6].

(١) المرجع السابق.
(٢) المحلى لابن حزم (٦/١٧٤) نقلاً عن مقاصد المكلفين للأشقر ص ٢٥٦.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١.
(٥) المحلى لابن حزم نقلاً عن مقاصد المكلفين الأشقر ص ٢٥٦.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١

الشرط الخامس: مقارنة النية للأمر.

الأصل أنه يتبغي أن تكون النية مقارنة لأول العبادة من وضوء وصلاة وصيام وغير ذلك. فلا يصح تأخيرها عن بداية العبادات -في الجملة- قال ابن عابدين: «ولا عبرة بنية متأخرة؛ لأن الجزء التخالي عن النية لا يقع عبادة، فلا ينبني الباقي عليه. وفي الصوم جوزت للضرورة»[1].

وأما تقديم النية فقد أجازه كثير من العلماء منهم الشافعي، حيث قال في تقديم نية الطهارة: «وإذا قدم النية مع أخذه في الوضوء أجزأه الوضوء، فإن قدمها قبل ثم غربت عنه لم يجزه»[2]. فهو يجوز تقديم النية بشرط أن لا تغيب عن باله. وذهب أبو حنيفة وأحمد إلى جواز تقديم نية الصلاة على تكبيرة الإحرام بوقت يسير[3] واستدلوا لذلك بما يلي.

أ- قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»[4] فتقديم النية على الفعل لا يخرج الفعل عن كونه منوياً، ولا يخرج الفاعل عن كونه عابداً مخلصاً لله تعالى[5].

ب- واستدلوا بالقياس على جواز تقديم نية الصوم لرفع الحرج والمشقة عن الناس.

وأجاز الشافعية والمالكية تقديم النية في الصوم والكفارة والزكاة والأضحية لرفع المشقة[6].

---

(١) حاشية ابن عابدين ١/٣٠٦.

(٢) الأم للشافعي ١/٢٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ١/٣٥٠، الإفصاح لابن هبيرة ١/٨٨.

(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١) ١/٢.

(٥) المغني لابن قدامة ١/٦٦٩، بدائع الصنائع للكاساني ١/١٢٩.

(٦) المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢٩٣، الكافي لابن عبد البر ١/١٩٩.

رابعاً: القاصد أو الناوي:

القاصد هو الشخص الذي تصدر عنه التصرفات المعتبرة شرعية. ويشترط في الشخص لاعتبار قصده الأهلية[1]، فلا بد أن يكون أهلاً لأن تصدر عنه التصرفات والنيات. وقد قسم الأصوليون الأهلية إلى قسمين الأول: أهلية وجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. والثاني: أهلية أداء، وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً[2]. وهذا القسم هو المراد هنا. وتتحقق أهلية الأداء بالتمييز، بأن يصبح للشخص بصر عقلي يميز به بين الحسن والقبيح والخير والشر والنفع والضرر. وليس للتمييز سن معينة أو علامة طبيعية فقد يتقدم وقد يتأخر. ولكن الفقهاء قدروا سن التمييز بتمام السنة السابعة[3]. وبناء على ذلك لا تصح نية غير المميز لعدم صحة العمل منه. ويلحق بغير المميز المجنون والسكران، فلا تصح النية منهما.

وأما الإسلام فلا يعتبر شرطاً إلا في التصرفات الخاصة بالعبادات، فلا تصح نية العبادات من غير المسلم؛ لأن نية العبادة عبادة فلا تصح من الكافر[4]. واستثنوا بعض الصور من ذلك للضرورة كتصحيح غسل الكتابية المتزوجة من مسلم ليحل له وطؤها للضرورة وتصحيح نية الكفارة من غير المسلم لغلبة جانب الغرامة فيها على جانب العبادة. ولكون النية فيها للتمييز وليست للتقرب فتكون أشبه بالديون[5].

خامساً: المقصود من قاعدة «الأمور بمقاصدها»:

إن مقصود الحكم الكلي في قاعدة: «الأمور بمقاصدها» هو التمييز بين الأعمال الصادرة من الإنسان كما قال السيوطي: «المقصود الأهم منها (يقصد النية) تمييز العبادات من العادات وتمييز رتب العبادات بعضها من بعض: كالوضوء والغسل، فكل

---

(١) الأشباه والنظائر لسيوطي ص٣٦.

(٢) كشف الأسرار للبزدوي ٤/٣٩٢، ٤١١.

(٣) رفع الحرج لمعقوب باحسين ١/١٧٨، قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لباحسين ص٦٤.

(٤) الأشباه والنظائر لسيوطي ص٣٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٠.

(٥) الأشباه والنظائر لسيوطي ص٣٥.

منهما يتردد بين التطفل والتبرد والعبادة.. وكل من الوضوء والغسل والصلاة والصوم ونحوها قد يكون فرضاً ونذراً ونفلاً.. ونتيجة قد تكون عن الحدث أو الجنابة وصورته واحدة فشرعت لتتميز رتب العبادات بعضها عن بعض[1].

والتمييز يشمل أمرين

الأول: التمييز بين الأعمال المتشابهة في الصورة بتحديد وصفها الشرعي من فرض أو نفل أو عبادة أو عادة أو غير ذلك مما يحتاج إليه وغيره.

والثاني: التمييز بين الأعمال لا بقصد تمييزها عما يشابهها في الصورة، وإنما من أجل تحديد الأهداف والغايات من العمل والعبادة: كنية التقرب إلى الله تعالى من الصلاة ودفع ما يخالطها من البواعث الأخرى التي تخل بالمقصود من العبادة ونية المقصد الأصلي من العقد ودفع ما يخالطه من البواعث الأخرى التي تخل بالمقصد الأصلي من العقد. ومن الأمثلة على ذلك أن المقصد الأصلي لعقد البيع هو نقل الملكية بعوض، والمقصد الأصلي لعقد الإجارة هو تمليك المنفعة بعوض، والمقصد الأصلي للرهن هو احتباس مال لتوثيق استيفاء الدين. ولا تشترط نية المقصد الأصلي في المعاملات لأن الله تعالى لم يتعبدنا إلى تلك الأعمال لما فيها من المقاصد الأصلية، فإذا قام بها المكلف على وجهها الشرعي تحقق المقصد الشرعي منها. وإنما يشترط عدم نية مقاصد أخرى تؤدي إلى الإخلال بالمقصد الأصلي للعقد: كمن نوى عند عقد الزواج الإضرار بالمرأة وإيذاءها أو نوى من البيع إلى أجل الحصول على ثمن بزيادة: كما في بيع العينة، فلا يصح هذا العقد. وكذلك من أدخل على المقصود الأصلي للعقد مقاصد أخرى تؤدي إلى الإخلال بالمقصد الأصلي كما في بيع الوفاء.

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧، وانظر المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ٦٠/١. المنثور في القواعد للزركشي ٢٨٥/٣، وشرح حديث «إنما الأعمال بالنيات» لابن تيمية ص١٦

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

التطبيقات جمع تطبيق وهو مأخوذ من طبق، وهو يدل على وضع شيء مبسوط على مثله حتى يغطيه[1]. والمراد عند علماء القواعد الفقهية: إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة فقهية كلية[2] فالتصرف الصادر من الإنسان يوصف بالحل أو الحرمة بناء على قصد فاعله. وكذلك يتكيف التصرف بالحاقه بما يناسب من التصرفات الشرعية المسماة بناء على قصد المكلف من التصرف الصادر منه: كأن يوصف التصرف بالبيع أو الإجارة أو الرهن أو غير ذلك. وينبغي على طالب العلم الشرعي عند تطبيق الفروع الفقهية على القاعدة الكلية مراعاة مدى تحقق مناط الحكم في الجزئيات، ومدى توفر عناصر القاعدة وشروطها وانتفاء الموانع فإذا توفر فيها كل ذلك كانت الجزئية ملحقة بالقاعدة وإلا تعثر مستنتج. ولذا سيشتمل هذا المطلب على الفروع الملحقة بهذه القاعدة، وفيما يلي بيان لهذه الفروع.

١. ذهب المالكية والحنابلة في الرواية المشهورة عنهم إلى أن تغير الرائحة لا ينقض الوضوء إلا إذا كان بقصد الشهوة وذلك[3]، فالنية هي المعيار في انتقاض الوضوء بالتغير.

٢. ذهب البتانيحي من الشافعية إلى أن الحلي إذا انكسر، بحيث لا يمكن استعماله إلا بصياغة وسبك لا تجب زكاته إن نوى إصلاحه، أما إن نوى جعله نقداً أو دراهم أو كنوزاً، فتجب فيه الزكاة من يوم الانكسار[4]. فالنية هي المعيار في تحديد وجوب الزكاة في الحلي المكسور الذي لا يصلح للاستعمال

---

(1) المصباح المنير للفيومي ص٥١٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٢٩/٣.

(2) بتصرف من المعجم الوسيط ٥٥٦/٢

(3) التاج والإكليل للمواق مطبوع على هامش مواهب الجليل ٢٩٦/١، المغني لابن قدامة ١٤١/١

(4) نهاية المحتاج للرملي ٩٠/٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٢٧٤/٢، حاشية الجمل ٢٥٥/٢

٣- ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن الملتقط إذا أشهد على اللقطة حين رفعها كانت أمانة، وإن لم يشهد كان الملتقط غاصباً[1].

٤- ذهب الإمام مالك وأحمد في رواية إلى أنه لا يجوز للزوجة أن تتبرع بزيادة على ثلث مالها إلا بإذن زوجها[2]. لأن التبرع في هذه الحالة يدل على قصد الإضرار بالورثة فلا يجوز. لكن إذا علم قصد الإضرار بالورثة منعت ولو كان أقل من الثلث، كما قال الإمام مالك، واختاره ابن حبيب من المالكية[3].

٥- ذهب الحنفية إلى أن المودَع إذا استعمل الوديعة، ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ من ضمانها لأن تعديه باق. أما إن تركها بنية عدم العود إلى استعمالها فيبرأ من ضمانها. لكن لا يصدق في ذلك إلا ببينة تدل على نيته، لأنه أقرّ بموجب الضمان ثم ادعى البراءة منه. هذا إذ كان تعديه عليها بغير الحجر أو المنع، فإن كان بأحد هذين، فإنه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك وإن أزال تعديه بالاعتراف بها[4].

٦- لو قال شخص لآخر: أبيعك سيارتي هذه بألف دينار. وقصد من فعل المضارع (أبيع) زمن الحال. وقال المشتري: قبلت. انعقد البيع. أما إذا قصد من المضارع زمن الاستقبال فلا ينعقد البيع؛ لأنه يكون وعداً بالبيع لا بيعاً[5]. وذلك لأن لفظ المضارع يحتمل البيع والوعد بالبيع، فتحديد أحدهما يحتاج إلى نية.

٧- ذهب الحنفية إلى أنه لو كل شخص زيداً بشراء سمنة كفرس، فاشتري لموكيل فرساً. ففيه تفصيل: إن كان نوى شراءه للموكل أو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع

(١) الفوائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص١٨٩
(٢) الشرح الصغير للدردير ٣٨١/٣، المغني لابن قدامة ٥١٧/٤.
(٣) الشرح الصغير ٥١٧/٤
(٤) جامع الفصولين ص (٢٣٦) ص ٤٤٥، نقلا عن شرح القواعد الفقهية لمشايخ أحمد الزرقاء ص٧
(٥) شرح المجلة لعلي حيدر ٥٥/١

الشراء للموكل. أما إذا نوى الشراء لنفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه؟ فيقع الشراء لنفسه. وكذا لو أضاف العقد إلى دراهم مطلقة، فإنه إذا نوى بها دراهم الموكل يقع الشراء لموكل، وإن نوى بها دراهم نفسه يقع لنفسه[1].

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة

إذا كانت قاعدة: «الأمور بمقاصدها» تمثل قاعدة النية فإنه يتعلق بها عدد كبير من القواعد الفقهية. ذكر الشيخ صالح السدلان منها ثماني عشرة قاعدة[2]، في حين أن الدكتور يعقوب الباحسين أوصلها إلى خمس وسبعين قاعدة[3]. ويمكن تقسيم هذه القواعد إلى قسمين:

الأول: القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة الكبرى.

والثاني: القواعد التي تمثل قيوداً أو ضوابط للقاعدة الكبرى.

وفيما يلي ذكر وتوضيح لأهم القواعد في كل قسم.

أولا: القواعد التي تمثل فروعا لقاعدة: «الأمور بمقاصدها»

قال ابن السبكي: «قاعدة النية طويلة الذيل متسعة الأرجاء[4] فهي تتضمن مواضيع واسعة وأبواب فقهية كثيرة، يتفرع عنها قواعد كلية تتعلق ببعض المواضيع والأبواب الفقهية، وسيكون حديثي عن تلك القواعد مختصراً يبين علاقة القاعدة الفرعية بالقاعدة الكلية الكبرى، ومعناها وتطبيقاتها ومستثنياتها وفيما يلي بيان لأهم القواعد:

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٤١/٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص٦.
(٢) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان ص٥٢ ٥٣
(٣) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لمحمد يعقوب الباحسين ص١٧٧
(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٥٤/١

١ قاعدة في العبادات والقربات: «لا ثواب إلا بالنية».

قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي. جعلها ابن نجيم من القواعد الكبرى وبدأ بها في الأشباه والنظائر[1]. وبها تعلق بأبواب الفقه من طهارة وصلاة وزكاة وصوم وجهاد في سبيل الله وتولي القضاء وغير ذلك من القربات. وهي تعرف عن قاعدة: «الأمور بمقاصدها» وتندرج تحتها، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

الثواب لغة: مأخوذ من ثوب، وهو العود والرجوع. والثواب من الأجر والجزاء، مر يثاب إليه[2]. والثواب في الاصطلاح: «ما يستحق به الرحمة والمغفرة من الله تعالى والشفاعة من الرسول ﷺ»[3].

والثواب نوعان: أخروي، وهو الأجر واستحقاق العقاب الدنيوي، وهو صحة العمل وفساده. وقد أريد بهما، فالقاعدة الثواب الأخروي بالإجماع، للإجماع على أن لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية. فالنفي الآخر أن يكون مراداً[4]. وقيل: يراد الأخروي والدنيوي فإذا وجدت النية الخالصة لله تعالى صح العمل وبرئت الذمة وحصل الثواب، وإذا فقدت النية أو اختلت فسد العمل وشغلت الذمة وكان العقاب. والأولى العموم؛ لأن القاعدة تفيد العموم.

وبناء على ما سبق يكون المعنى الإجمالي للقاعدة أن الثواب والعقاب في الدنيا والآخرة لا يتحققان في الأعمال والعبادات والقربات إلا بوجود النية، فإذا وجدت

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠.
(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٣٩٣، المصباح المنير للفيومي ص١٢٠.
(٣) التعريفات للجرجاني ص٩٩.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠.

وكانت خالصة لله تعالى صح العمل وحصل الثواب، وإذا فقدت النية أو اختلت فسد العمل وكان العقاب.

ب تطبيقات القاعدة.

١-انفاق الرجل على زوجته وأولاده لا يثاب عليه[1].

٢ الوضوء يصح بدون نية، لكن ليس له ثواب إلا إذا نوى التقرب إلى الله تعالى[2].

٣- ذبح الحيوان قد يكون للأكل فيكون مباحاً أو مندوباً، وقد يكون للأضحية فيكون عبادة، وقد يكون لقدوم أمير حراماً أو كفراً على قول[3].

٢- قاعدة في المعاملات: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني».

هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لأن العقود من جملة الأمور التي تصدر عن الإنسان، وحيث إن المعتبر في أحكام الأمور هو القصد والنية فكذلك لاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها؛ لأن من لم يراع المقصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن يبيح ما حرم الله تعالى ويحرم ما أباح الله ويقع في التناقض. والدليل قول ابن القيم أن هذه القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية حيث قال: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز غيرها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات. كما هي معتبرة في التقربات والعبادات»[4].

(١) القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة للشرجان ص٣٦.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم بتعليقات من الفرق البهية في الفوائد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة ص١٣.
(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٩٥-٩٦.

وفيما يلي بيان لمعنى هذه القاعدة وتطبيقاتها ومستثنياتها.

أ- معنى القاعدة.

العقود جمع عقد. وهو في اللغة الربط والشد، فيقال عقدت الحبل عقدا بمعنى جمعت طرفي الحبل وشددت أحدهما بالآخر[1]. والعقد في الاصطلاح: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[2]. وذكر العقود في القاعدة لا يمنع غيرها من الدخول فيها: كالوعاري. وإنما ذكرت على سبيل التمثيل. ويؤيد ذلك ما ذكره الكرخي في أصوله: «الأصل أنه يعتبر في الوعاوي مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر»[3].

وأما المعاني فهي جمع معنى، وهو الصورة الذهنية للفظ[4]. وبعبارة أخرى: المقاصد الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد. فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له ويقيد اللفظ به، ويرتب الحكم بناء عليه[5].

وأما الألفاظ فهي جمع لفظ، وهو ما نطق به اللسان من الكلام[6]. وقد قسم ابن القيم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المكلفين وبناتهم إلى ثلاثة أقسام وهي[7]:

الأول: أن يكون اللفظ مطابقا للقصد ويعرف ذلك بالقرائن الحالية والمقالية وحال المتكلم به. فحينئذ يحمل اللفظ على ظاهره.

(1) المصباح المنير للفيومي ص٥٧٥.

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادتان (١٠٣-١٠٤)، المدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٣٩١.

(3) أصول الكرخي مطبوعة مع تأسيس النظر للدبوسي ص١١٠.

(4) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٤٤٢.

(5) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لريدان ص٩٢.

(6) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٣٩٣.

(7) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ١٠٧-١٠٨.

والقسم الثاني: ما يظهر أن المتكلم لم يرد معنى اللفظ الذي نطق به. ويعرف ذلك بالقرائن. وهو نوعان:

النوع الأول: أن لا يكون مريداً لمقتضاه ولا لغيره: كالمكره والنائم والمجنون ومن اشتد به الغضب والسكر. فلا يعتد بلفظه؛ لأنه لا يقصده.

والنوع الثاني: أن يكون مريداً لمعنى يخالفه: كالمعرض والموري والملغز والمتأول، فيحمل على المعنى لا على الظاهر.

والقسم الثالث: ما هو ظاهر في معناه، لكن يحتمل إرادة المتكلم له ويحتمل إرادته غيره، ولا دلالة على واحد من الأمرين. وهذا القسم مما اختلف الفقهاء فيه. وقد بناء فيما مضى ورجحنا اعتبار القصود والمعاني.

وبناء على ذلك يمكن تحديد المعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأحكام في المعاملات تبنى على مقاصدها وأغراضها، لا على ظاهر ألفاظها المستعملة في صيغة العقد (الإيجاب والقبول)؛ لأن المقاصد هي حقائق المعاملات وقواعدها، وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وبني الحكم عليه. ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية؛ لأن الألفاظ قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتراعى أولا الألفاظ بما تخص من معنى ظاهره، فإذا ظهرت مقاصد تعارضها وتعذر الجمع بينها وبين الألفاظ فتقدم المقاصد على الألفاظ. وتعرف المقاصد من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من القرائن[1].

ب- تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي اختلف الفقهاء فيها، ولذلك اختلفت تطبيقاتها كما قال السيوطي: «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ خلاف والترجيح مختلف في الفروع»[2] ومن هذه التطبيقات:

(1) بتصرف من شرح المجلة لسليم القاضي ١/ ٥٦، والمدخل للشريعة الإسلامية لريدان ص٩٦

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٦، وإيضاح القواعد الفقهية لمحمد الله البصمي ص٨٧.

١- بيع الوفاء الذي أجازه الحنفيه للضرورة كمخرج من الربا[١] وحقيقة بيع الوفاء أن يبيع المدين سلعة لدائنه بما عليه من دين بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، فهذا البيع بهذا الشرط يؤول إلى أن السلعة تبقى في يد المشتري كوثيقة بالدين فإذا قضى المدين دينه رد المشتري السلعة، وهي فترة البيع له أن يستعملها فهذا هو الرهن حقيقة، لكن لا يجوز له استعمال عين الرهن فلا يصح بيع الوفاء. ومما يدل على أن رهن أن المشتري لا يستطيع ان يبيع ما اشتراه فهو كالعين لمرهونة.

٢- الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) بأن قال شخص لآخر: وهبتك سيارتي هذه بخمسة آلاف دينار. فقال الآخر: قبلت، فان العقد يبعد[٢].

٣- إعارة النقود: بأن أعار الشخص آخر مائة دينار، تكون قرضاً مضموناً على المستعير، لا عارية أمانة بقربة التعالي؛ لأن النقود لا ينتفع بها إلا باستهلاك عينها[٣]. فالنقود ليست محلا للعارية وإنما محلها المال غير القرض للاستهلاك، وهو الذي ينتفع به مع بقاء عينه. وكذلك تأجير النقود يعتبر قرضا جرَّ منفعة فهو ربا وليس إجارة.

٤- الإعارة بشرط العوض: بأن قال شخص لآخر: أعرتك سيارتي لتركبها إلى البقعة بخمسين ديناراً يكون عقد إجارة؛ لأن الإعارة هي تمليك منفعة بغير عوض[٤].

جـ مستثنيات القاعدة:

١- البيع بنفي الثمن بأن قال شخص لآخر بعتك هذا الجمل بدون ثمن فالبيع باطل ولا يؤول إلى هبة، لأن الأمر فيه دار بين عقد محظور وهو البيع بلا ثمن، والهبة، وهي

(١) حاشيه ابن عابدين ٥/٢٧٦.

(٢) انصرف عن شرح مجلة الاحكام العدلية لعلي حيدر ١/١٩، وشرح المجلة لسليم الفاضي ١/٥٦؛ المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٦٦.

(٣) شرح المجلة لسليم الفاضي ١/٥٦.

(٤) بتصرف من شرح المجلة لعلي حيدر ١/١٩، وشرح القواعد الفقهيه لأحمد الزرقاء ص٣٢.

عقد مباح فغلب الحاظر، بخلاف بقية فروع القاعدة فإنه قد دار الأمر فيها بين مباحين فاعتبر فيهما المقصد والمعنى.

٢- الإجارة بنفي الأجرة لا تنعقد عارية في قول عند الحنفية لما بينا سابقا.

ثانيا: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «الأمور بمقاصدها».

١-قاعدة: «الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية»[١]، فالنية في الأمور الدنيوية تقيد باقترانها بالعمل.

أ- معنى القاعدة.

إن النية المجردة عن الفعل لا أثر لها في أحكام الدنيا: كمن نوى ان يعقد بيعا مع فلان فلا يعد ذلك إيجاباً، لأن النية عمل قلبي باطني والأحكام الدنيوية من تعاقد بيع أو صحته أو فساده لا تبنى إلا على الأمور الظاهرة. أما الأمور الأخروية من ثواب وعقاب في الآخرة فتبنى على الثبات الباطنة لقوله ﷺ: «إن الله كتب الحسنات والسيئات، فمن همَّ بحسنة فلم يعملها كتب الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها فعملها كتبها الله عنده عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة، وإن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها فعملها كتبها الله سيئة واحدة»[٢] وقوله ﷺ: «من تزوج امرأة على مهر معلوم ونوى أن لا يعطيها من مهرها شيئا يموت يوم يموت وهو زان»[٣]. فالحديثان خاصان بأمور الآخرة من ثواب وعقاب، ولا دخل لهما بأحكام الدنيا، وأما اعتبار الزواج بنية عدم دفع المهر زنا، فهذا على سبيل الترهيب من هذا العمل وعظم عقوبة هذا الزوج في الآخرة.

(١) المبسوط للسرخسي ٣٩/١، موسوعة القواعد الفقهية لمحمد البورنو ١٥٨/١

(٢) صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب (٣١)، ٧/١٨٧.

(٣) رواه أحمد والطبراني وفي إسناد أحمد رجل لم يسم وبقية رجاله ثقات. ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٢٨٤).

ب- تطبيقات القاعدة

من تطبيقات هذه القاعدة إذا طلق الرجل زوجته في قلبه ولم ينطق بالطلاق فلا يعد ذلك طلاقاً.

ومنها: إذا أجر رجل بيته لشخص وصدر من الطرف الآخر قبول لا يعد إجارة؛ لأن القبول لم يصادف إيجاباً فلم ينعقد العقد.

٢- قاعدة: «الأصل مقارنة النية للفعل إلا أن يتعذر أو يتعسر فتتقدم ولا تتأخر»[١].

وفيما يلي بيان معنى النية وتطبيقاتها.

يشترط في النية أن تكون مقارنة لأول العبادة من وضوء وصلاة وصيام وغير ذلك، ولا يجوز تأخيرها عند جمهور الفقهاء[٢] إذا كانت العبادة واجبة، أما في صوم التطوع فيجوز التأخير لما روي عن الرسول ﷺ: «أنه كان يصبح فيسأل أهله هل عندكم شيء تطعمون؟ فيقولون ما عندنا شيء. فيقول: إني صائم»[٣] وذهب الحنفية إلى جواز تأخير نية صوم رمضان وصوم النذر المعين إلى ما قبل نصف النهار، فإن النية تنسحب إلى أول الصيام[٤]. وأما تقديم النية عن أول العبادة فأجازه غالبية العلماء لرفع المشقة كما بينت سابقاً عند شروط النية.

---

(١) قواعد المقري ٢/ ٥٤٦، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢، والمنثور للزركشي ٣/ ٢٩٣.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ١/ ٢٩٢.

(٣) صحيح مسلم ٢/ ٨٠٩.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ١/ ٣١٣.

المبحث الثاني

فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تعدُّ من أكثر القواعد الكبرى تطبيقاً، فهي تمتد إلى غالبية أبواب الفقه، كما قال السيوطي: «هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه. والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر»[١] كما أن هذه القاعدة تعدُّ أصلاً لكثير من القواعد الفقهية، والقواعد الأصولية: كقاعدة الاستصحاب، بل إن الكثيرين من العلماء عدوا هذه القاعدة الاستصحاب نفسه. قال العلائي: «القاعدة الثانية أن اليقين لا يزول بالشك، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان»[٢]. كما أن هذه القاعدة تعد مظهرا من مظاهر اليسر والرحمة في الإسلام، إذ تهدف إلى رفع الحرج الذي ينشأ عن الوساوس، وبخاصة في باب الطهارة والصلاة. حيث إنها تطرح الشك وتقرر اليقين[٣]. ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد التي تتفرع عنها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

قبل بيان عناصر هذه القاعدة وتطبيقاتها وقواعدها الفرعية لا بدَّ من بيان معناها، وذلك ببيان مفرداتها ومعناها الإجمالي. ولذا سيشتمل هذا المطلب على بيان المفردات التي تتركب منها القاعدة: والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥١؛ وانظر أيضا: إيضاح القواعد الفقهية لعبد الله اللحجي ص٢٣

(٢) المجموع المذهب للعلائي ١/ ٣٠٣.

(٣) بتصرف من القواعد الفقهية للندوي ص٣١٦.

أولاً: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة:

١ - اليقين:

اليقين لغة: من يقن الأمر يقناً وأيقناً إذا استقر وثبت ووضح فيقال. يقن الماء في الحوض إذا استقر فيه. ويقال: يقنت، وأيقنت، واستيقنت، ويستعمل متعدياً بنفسه - كيقنته، كما يستعمل متعدياً بالباء، كأيقنت به[1] قال الراغب: «صفة العلم فوق المعرفة والدراية وأخواتها، يقال علم يقين ولا يقال معرفة يقين. وهو سكون الفهم مع ثبات الحكم»[2].

واليقين في اصطلاح المناطقة: «اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقاً للواقع غير ممكن الزوال»[3]، وبعبارة أخرى: «العلم الجازم الثابت المطابق للواقع» وقيل: «العلم المستقر في القلب لثبوته عن سبب متعين له، بحيث لا يقبل الانهدام»[4].

فالتعاريف تشرح بعضها بعضاً، ولكن سأذكر بعض المحترزات: فقوله: «اعتقاد الشيء» هو جزم القلب على شيء ولو بدون دليل كاعتقاد العامي، وهو قيد يخرج به (الشك) لخلوه من الاعتقاد بسبب استواء طرفيه. وقوله: «الجازم» القاطع في الأمر والأخذ فيه بالثقة. وهو قيد خرج به (الظن) وهو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض[5]. وقوله. «المطابق للواقع» خرج به الجهل وإن كان صاحبه جازماً، وهو التجهل المركب الذي هو اعتقاد جازم غير مطابق للواقع[6]، وقوله «غير ممكن الزوال» أو «الثابت» قيد خرج به «اعتقاد المقلد للغير بدون دليل» فإن هذا الاعتقاد في مهب الريح.

---

(١) انظر: فصاح العنبر ٩٣٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥٧/٦، وأساس البلاغة للزمخشري ص٧١٤، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ١٦٠١.
(٢) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ٥٥٣.
(٣) التعريفات للجرجاني ٣٤٢.
(٤) الكليات للكفوي ١١٦/٥.
(٥) التعريفات للجرجاني ١٨٧
(٦) المرجع السابق ٢٠٨.

وأما اليقين في اصطلاح الفقهاء فهو العلم الذي لا شك معه ولا تردد فيه. وبهذا المعنى يتسع اليقين لما هو مظنون، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظن الظاهر، كما قال النووي: «واعلم أنهم (يقصد الفقهاء) يطلقون العلم واليقين على العلم الظاهر لا حقيقة العلم واليقين. فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم، وليس ذلك بشرط في هذه المسألة (يقصد نجاسة الماء) فلو أخبره ثقة بنجاسة الماء الذي يتوضأ به فحكمه حكم اليقين في وجوب غسل ما أصابه وإعادة الصلاة، وإنما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين. ولكنه نص يجب العمل به، ولا يجوز العمل بالاجتهاد مع وجوده، وينقض حكم المجتهد فيه إذا بان خلاف النص، وإن كان خبر واحد»[1].

ويرجع القرافي سبب بناء الأحكام على الظن الظاهر إلى الضرورة، حيث قال: «الأصل أن لا تبنى الأحكام إلا على العلم» لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦] ولكن دعت الضرورة للعمل بالظن لتعذر العلم في أكثر الصور فبنيت عليه بناء الأحكام لكثرة خطئه وقلة إصابته، والغالب لا يترك للنادر وبقي الشك غير معتبر إجماعاً»[2].

٢ الشك

الشك لغة: مأخوذة من شك الأمر يشكه شكاً، وشككت في الأمر بمعنى التردد فيه. وأصل الشك التداخل، ومن ذلك قولهم: شككته بالرمح، وذلك طعنته فتدخل السنان جسمه. وسمي الشك بذلك لأن الشاك كأنه شُكَّ له الأمران في شك واحد، ولا يتيقن واحداً منهما»[3].

---

(١) المجموع للنووي ٢٢٣/١.
(٢) فروق للقرافي ١١٩/١.
(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٣/٣، فصاح العنبر للفيومي ٤٣٦، الحدود في الأصول للباجي ص٣٩.

والشك في اصطلاح المتكلمين والأصوليين: «تجويز أمرين لامزية لأحدهما على الأخر»[1] وبعبارة أخرى: «التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك» وقيل: هو ما استوى طرفاه، وهو الوقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما. فإذا ترجح أحدهما ولم يطرح الأخر فهو (ظن)، فإذا طرحه فهو (غالب الظن) وهو بمنزلة اليقين[2]، وترجح الراغب سبب الشك أو التردد إلى عدة أمور: منها وجود أمارتين متساويتين عند النقيضين، أو عدم الأمارة فيهما. ومحل الشك إما أن يكون في وجود الشيء وعدم وجوده، وإما ان يكون في جنسه من أي جنس هو؟ وإما أن يكون في بعض صفاته، وإما أن يكون هي الغرض الذي لأجله أُوجد. والشك -بهذا المعنى- ضرب من (الجهل)، وهو أخص منه؛ لأن الجهل قد يكون عدم العلم بالنقيضين راسا، فكل شك جهل وليس كل جهل شكا[3].

وقد استعمل كثير من الفقهاء الشك بمعنى التردد مطلقاً، سواء كان الطرفان متساويين أو أحدهما راجحاً. حيث قال الفيومي: «استعمل الفقهاء الشك في الحالين على وفق اللغة، نحو قولهم: من شك في الطلاق، ومن شك في الصلاة أي لم يستيقن وسواء رجح أحد الجانبين أم لا»[4]، وقال ابن القيم: «حيث أطلق الفقهاء لفظ الشك فمرادهم به التردد بين وجود الشيء وعدمه، تساوى الاحتمالان أو رجح أحدهما»[5].

وعلل ابن قدامة ذلك بقوله: «إذا شك تعارض عنده الأمران، فيجب سقوطهما كالبينتين إذا تعارضتا، ويرجع إلى اليقين» ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما أو يتساوى الأمران عنده؛ لأن غلبة الظن إذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعي لا يلتفت إليها كما لا يلتفت لتحاكم إلى قول أحد المتداعيين إذا غلب على ظنه صدقه بغير دليل»[6].

---

(١) الحدود في الأصول للباجي ص٢٩.

(٢) التعريفات للجرجاني ص١٦٨.

(٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص٢٦٥.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص٢٤٦. وانظر: المجموع المذهب للنووي ١/١٦٨، وتحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص٣٦، والأشباه والنظائر لتنبيرطي ص٥٤.

(٥) بدائع الفوائد لابن القيم ٤/٢٦.

(٦) المغني لابن قدامة ١/١٩٧.

وأما البعض الآخر من الفقهاء فقد استعملوا الشك بالمعنى الأصولي وهو التردد بين الأمرين دون الترجيح لأحدهما. وبهذا فقد أخرج هذا الفريق (الظن) من دائرة الشك، فقد انتقد الزركشي القائلين بالقول الأول ووصفه بالزعم حيث قال: «وهو في اللغة مطلق التردد. وفي اصطلاح الأصوليين تساوي الطرفين فإن رجح كان ظناً والمرجوح وهماً. وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كالمغة في مئة الأبواب، ولا فرق بين المتساوي والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث «وقد فرقوا في مواضع كثيرة»[1].

والراجح هو القول الثاني من أن المراد بالشك عند الفقهاء هو التردد بين الأمرين من غير ترجيح. أما إذا رجح فإن الراجح (ظن) وهو تبنى عليه الأحكام في المذهب- كما بينا عند بيان حقيقة اليقين - ولكن يشترط في الترجيح أن يستند إلى دليل شرعي لبناء الأحكام الشرعية عليه. وأما المراد بالشك، في القاعدة فيشمل الظن؛ لأنه في مرتبة أقل من اليقين أو غلبة الظن.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالشك الاشتباه والوسوسة. فالاشتباه: الالتباس في أمر من الأمور وعدم اتضاحه: تعدم تيقن الحكم كونه حلالاً أو حراماً[2]. وبعد الشك سبباً من أسباب الاشتباه. وأما الوسوسة فهي مرض في القلب: كأن يشتغل القلب بفكرة تسيطر على العقل فتعرضه على أعمال خرقاء خارجة عن المألوف[3]. والشك لا يصل إلى حد الخروج عن المألوف

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن الأمر الثابت ثبوتا يقينياً **والمقرر** بدليل أو أمارة أو أي طريق من طرق الاثبات المعتد بها والمعبر عنه بالأصل أو اليقين لا يرفعه شك ضعيف أو احتمال لا يستند إلى دليل، بل يبقى حكم الأصل أو اليقين ساريا حتى يقوم الدليل المعتبر في تغيير ذلك الحكم. فإذا كان الأصل في المياه الطهارة فلا يرفع هذا الحكم بالشك

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٥٥.

(٢) التعريفات للجرجاني ص١٦٥.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص٩٠٧، المفردات للراغب ص٥٢٢، الفروق ومنع الترادف لتحكيم الترمذي ص١٧٤ معجم لغة الفقهاء، وقتيبي ص٥٠٣

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» من أوائل القواعد التي دخلت مجال التقعيد الفقهي، فقد نقلت عن الإمام الشافعي، حيث قال: «من استيقن الطهرة، ثم شك في الحدث، أو استيقن الحدث ثم شك في الطهرة فلا يزول اليقين بالشك»[1] وذكرها الكرخي ضمن أصوله (قواعده)، فقال: «الأصل ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»[2]. كما ذكرها السرخسي في تأسيس النظر، حيث قال: «الأصل عند أبي حنيفة أنه متى عرف الشيء من طريق الإحاطة واليقين لأي معنى كان، فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه»[3]. ويرجع سبب هذا التعبير المبكر إلى استنادها إلى أدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول. ومن هذه الأدلة:

١ قوله تعالى ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [يونس: ٣٦] فالظن هنا بمعنى التوهم؛ لأن الظن في القرآن اسم لما يحصل عن أمارة، فإذا كانت قوية كان بمنزلة اليقين، وإذا كانت ضعيفة كان توهماً[4]. فالله سبحانه وتعالى ينعى على المشركين عدم اعتدادهم إلى طريق العلم أصلاً أي ما يتبع أكثرهم في معتقداتهم ومحاوراتهم إلا التوهم الذي يستند إلى أدلة واهية[5]. وقد أكدت هذا المعنى كثير من الآيات منها: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنفُسُ﴾ [النجم: ٢٣] وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَهُم بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [النجم: ٢٨] فالحق بمعنى الحقيقة، وهي اليقين فلا ترتفع بالتوهم ولا بالشك.

---

(١) الحاوي للماوردي ١/ ٢٧.
(٢) أصول الكرخي، مع تأسيس النظر ص ١٠.
(٣) تأسيس النظر للسرخسي ص ١٧.
(٤) المسودة لآل تيمية ص ٣١٧.
(٥) نصب من خسر في السرد ٢/ ٤٩٤.

٢ قوله ﷺ: «إذا شكّ أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى: ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان»[1]. فهو يدل دلالة صريحة على طرح الشك والبناء على اليقين[2].

٣- وقوله ﷺ: «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً». وفي رواية «شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة. قال لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»[3]. قال النووي: «هذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم بإقرارها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها. . ومن ذلك إذا تيقن الطهرة وشك في الحدث حكم ببقائه على الطهارة، ولا فرق بين حصول هذا الشك في نفس الصلاة وحصوله خارج الصلاة»[4].

٤- وقد أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة، وممن نقل الإجماع القرافي في فروقه حيث قال: «فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يحرم بعدمه»[5].

٥- وأما من جهة المعقول فإن اليقين أقوى من الشك؛ لأن اليقين يتصف بالثبات والاستقرار والجزم، في حين أن الشك يحمل معنى التردد والاحتمال فلا يقوى على إزالة اليقين. قال الشيخ مصطفى الزرقا: «اليقين أقوى من الشك لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك»[6].

---

(١) صحيح مسلم، كتاب المساجد، رقم (٨٨)، ١/ ٤٠٠.
(٢) فتح الباري لابن حجر ٣/ ١٠٣.
(٣) صحيح مسلم، كتاب الحيض، رقم (٩٨، ٩٩)، ١/ ٢٧٦.
(٤) شرح النووي على مسلم ٤/ ٤٩.
(٥) الفروق للقرافي ١/ ١١١.
(٦) المدخل الفقهي للزرقا ٢/ ٩٦٧.

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» قضية تركيبية تتكون من الموضوع، والحكم: وهو بقاء الحكم اليقيني وعدم تأثره بالشك، والعلاقة بين الموضوع والحكم. ويمكن أن يضاف إلى ذلك: الشك، والمكلف الذي يعرض له الشك، ومقصد القاعدة. وبناء عليه تكون عناصر هذه القاعدة ستة وهي:

الأول: الموضوع

الثاني: الحكم وهو بقاء الحكم اليقيني وعدم تأثره بالشك.

والثالث: العلاقة بين الحكم والموضوع.

والرابع: الشك.

والخامس: المكلف.

والسادس: مقصد القاعدة.

ولإعمال هذه القاعدة وإلحاق الجزئيات بها لا بد من التحقق من هذه العناصر وتوفر الشروط اللازمة لذلك. وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: موضوع القاعدة.

موضوع القاعدة هو الحكم اليقيني: كاليقين من إباحة شيء أو مناط الحكم اليقيني: كاليقين من أن الماء بلغ قلتين. ويدخل في ذلك الأقوال والأفعال والأعيان من عبادات ومعاملات ومأكولات ومشروبات وملبوسات وغيرها. ولذا لا تعتبر الأدلة موضوعا للقاعدة. والمراد باليقين هي الحكم ومناطه هو الاستصحاب لما تيقن في الماضي، وهو الأصل وأطلق عليه اليقين مجازا[1]، ولا يراد به اليقين بالمعنى الاصطلاحي المنطقي الدقيق، وإنما يراد به ما ثبت بأدلة الشرعة سواء استند إلى علم

(١) قواعد الفقهية للندوي ص٣٢٤

يقيني أو ظن غالب؛ لأن الأحكام الفقهية تبنى عليه. فشهادة الشهود مع أنها خبر آحاد يتطرق إليه السهو والكذب اعتبرها الشارع يقينيا، وبنى عليها الأحكام، ولم يجعل احتمال السهو والكذب مؤثراً فيها ولا في يقينيتها. ولا فرق بين أن يكون الحكم اليقيني مقتضياً للحظر أو الإباحة[2].

والمقصود بالأصل المستصحب: هو أن حكمه ثابت بدليل شرعي معتبر، ويبقى مستمراً ويُعمل به، ولا يلتفت إلى الاحتمالات والشكوك التي ترد عليه ما لم يعضدها دليل قوي. ومن الأصول اليقينية المستقرة:

١- الأصل في المياه الطهارة[3]. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: ٤٨] وقوله ﷺ: «الماء الطهور لا ينجسه إلا ماغلب على ريحه أو طعمه»[4].

٢- الأصل في الأرض وما توند فيها الطهارة[5]. ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «جعلت الأرض كلها لي ولأمتي مسجداً وطهوراً»[6]. وقوله ﷺ: «إن الصعيد طهور لمن لم يجد الماء عشر سنين»[7]. ويتفرع على هذا الأصل طهارة الأعيان والجمادات والنباتات والأصواف والأوبار والشعور والألبان والملابس وغير ذلك

٣- الأصل في دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم التحريم[8]. لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص٣٧.
(٢) المجموع للنووي ١/٦٨، الوجيز للغزالي ١/٤، قواعد الفقهية للسعدي ص٥٥
(٣) سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب (٣٤)، ١/١٧.
(٤) الذخيرة للقرافي ١/١٧٠، القواعد الفقهية لسعدي ص٥٥
(٥) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب (٥٦)، ١/١٢٤.
(٦) صحيح البخاري، كتاب التيمم، باب (٦)، ١/٨٨.
(٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣/٢٨٣.

﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا وَٱرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»[٢].

٤- الأصل في الذبائح التحريم[١]، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

٥- الأصل في الأبضاع التحريم[٣] لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣].

٦- الأصل في الطلاق الحظر[٤] لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤].

٧- الأصل في المنافع الإباحة[٥]. لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢].

٨- الأصل في الضرر التحريم[٦] لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٧].

---

(١) سنن الترمذي، كتاب البر، باب (١٨)، (٤/ ٣٢٥) وقال: حسن غريب.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ٢٧٢، والأعلام لابن القيم ١/ ٢٩٥.

(٣) النشر في القواعد الزركشي ١/ ١٧٧.

(٤) هذا الأصل ليس متفقا عليه، وإنما خالف في ذلك الوخشي والرباني وابن حبيب وغيره. وقرره المرغيناني في الهداية (١/ ٢٢٧) وابن عابدين في حاشيه (٣/ ٢٣٨).

(٥) تحصول للرازي ٢/ ٢٤١.

(٦) الأشباه والنظائر لتسبوطي ص٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦١

(٧) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب (١٧)، ٢/ ٧٨٤. وقال الألباني: يرتقي إلى درجة الصحيح =

٩- الأصل في الميتات التحريم[١]. لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] وذلك لأن الدم إذا احتقن في العروق تعفن وفسد وتحصل من أكله مضار كثيرة[٢]. وقد استثنى الشارع من ذلك ميتة السمك والجراد، ففي حل ميتة السمك ورد قوله ﷺ: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[٣] وورد في حل ميتة الجراد عن أبي أوفى قال: «غزونا مع النبي ﷺ سبع غزوات أو ستا، كنا نأكل معه الجراد»[٤].

شروط الحكم البيني:

يشترط في الحكم لعدني عامة شروط وهي:

١- أن يستند الحكم البيني إلى دليل شرعي. ولذا نعتبر جميع الأصول التي قامت الأدلة على صحتها بينة كما في قاعدة «الأصل في المعاملات الإباحة» أما إذا لم يستند الحكم إلى دليل شرعي فلا يعتبر ولو كان مبنيا على علة الظن كما قال الشيخ أحمد الزرقا: «علة الظن إذا كانت غير مستندة إلى دليل فلا كلام في عدم اعتبارها كما لو غلب على ظن تخاصب حل العين للمنصوبة له بناء على حمل المالك بناء في حال عنهاء وكما لو ظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء على احتمال أن مالكه أباحه لمن يأخذه، فإنه يكون ضامناً، ولا تعتبر علة الظن هذه مهما قويت، لأنها غير مستمدة إلى دليل لأنه من مجرد التوهم ولا عبرة بالتوهم»[٥].

٢- أن يتعلق اليقين بالفعل، فلا عبرة باليقين التقديري أعني صدق شخص بالشك[٦]،

---

(١) تذكرة الفقهاء للحلي ١/ ١٧٤.

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/ ٢٣٣، نقلا عن أحكام القرآن للكيا الهراسي ص ٣٠٠.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب (٢٦)، ٥/ ٢٠٥١، سنن أبو داود ٤/ ٣٧٩.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الصيد، باب (٢٦)، ٢/ ١٠٧٥، مسند أحمد ٤/ ٣٨١.

(٥) شرح قواعد الفقه، مصطفى أحمد الزرقا، ص ٢٩.

(٦) الفروق للقرافي، الفرق الثاني والثلاثون بين قاعدة اليقين والشك، ١/ ٢٠٨.

فلو تيقن المكلف من الحدث، ثم غفل عن حاله وصلى، وبعد فراغه من الصلاة شك في أنه هل تطهر قبل الدخول في الصلاة أولا؟ فصلاته صحيحة لحدوث الشك بعد الفراغ من العمل ولم يوجد الشك قبله. فلا يقال إنه على تقدير أنه لو التفت قبل الصلاة إلى حالته فإنه سيكون غير متطهر لأنه كان متيقنا من الحدث وشك في أنه تطهر منه، فبنى على الحالة السابقة؛ وهي أنه محدث فتكون صلاته على هذا التقدير غير صحيحة، ولكنها صحيحة لأنه لا عبرة باليقين التقديري[1].

٣ ـ أن لا يُعارض الحكم اليقيني بما هو أرجح منه **وأقوى** فإذا حصل التعارض عمل بالراجح ويحصل ذلك التعارض في حالتين:

أ- أن يوجد أصلان يقتضي كل منهما حكماً يخالف الآخر. فإذا كان ما يقابل الحكم اليقيني راجحا قدم عليه، ولما كانت الموازنة بين الراجح والمرجوح عملاً اجتهادياً فلا بدَّ أن تختلف وجهات النظر في ذلك، ولا يحصل اتفاق[2]. ومن الأمثلة على ذلك: إذا ظهر في المبيع عيب، واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع؟ ففي مذهب الحنابلة روايتان: إحداهما أن القول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالعقد. والثانية: يختر قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض العرفي[3].

ب- أن يوجد ظاهر أرجح من الحكم اليقيني. والمراد بالظاهر هنا الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور[4]، أو القرائن القوية الدالة على ذلك والمخالفة للحكم اليقيني، فيعمل بالظاهر الراجح. ومثاله: إذا كان رجلان في سفينة مشحونة بالدقيق، فادعى كل واحد منهما السفينة وما فيها، وأحدهما يعرف بأنه تاجر دقيق، والآخر يعرف بأنه ملاح فإنه يحكم بالدقيق لتاجر الدقيق، وبالسفينة للملاح عملا بالظاهر[5].

---

(١) قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ليعقوب باحسين ص٥٨-٥٩.

(٢) الأشباه والنظائر لابن سبكي ١/ ٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٧

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٣٧.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص٦١.

(٥) المرجع السابق.

ثانيا: حكم القاعدة الكلي:

إن الحكم الكلي لقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» هو استدامة حكم اتصف الثابت بيقين وعدم تأثره بتشكيك المشكك، وهو الذي يطلق عليه اثبات في الحكم. فإذا ثبت الحكم الشرعي بأدلة شرعية لا يزول ذلك الحكم بالشك. ويشترط فيه ما ذكرناه من شروط عند قاعدة: «الأمور بمقاصدها» وهي أن يثبت بدليل شرعي، والتحقق من عدم المسبح، وعدم معارضته نص قطعي أو أصل عام أقوى منه.

ثالثاً: العلاقة بين الموضوع والحكم الكلي: أو مناط الحكم هو الدليل أو الحجة فإذا كانت قوية كان الحكم ثابتاً ومستمراً، ولا تؤثر فيه الشكوك والاحتمالات، وإذا كانت ضعيفة لا يثبت أمام الشكوك والاحتمالات. والحجة القوية هي ما كانت ظناً غالباً. قال القرطبي: «فإن قضى مما يغلب على الظن ثم يكن كذلك عملاً بجهالة كالقضاء بالشاهدين العدلين، وقبول قول العالم المجتهد، وبهما العمل بالجهالة قبول قول من لا يحصل غلبة الظن بقوله»[1].

رابعاً: الشك:

بيت سابقا أن المراد بالشك عند الفقهاء التردد بين الأمرين من غير ترجيح لأحدهما. والمراد به في هذه القاعدة التردد في بقاء الحكم اليقيني واستمراره لا في حدوثه وحصوله، لأن اليقين لا يتصور حصوله إذا رافقه الشك منذ وجوده، لأنهما نقيضان لا يجتمعان، وبناء على ذلك فالمراد بالشك في القاعدة الشك الطارئ، وليس الشك الذي منشؤه تعارض الأدلة؛ لأن هذا النوع يخرج اليقين عن كونه يقينا مثل قولهم: سؤر اليمن والحمار مشكوك فيه، فيتوضأ به ويتيمم. فهذا الشك لتعارض دليلي الطهارة والنجاسة وقد أخرج اليقين عن كونه يقيناً[2]. ومن ذلك: لو رأى امرأة بين الخمسين سنة والستين

---

(١) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي ١٦/ ٣١٣.

(٢) «بدائع الفوائد» لابن القيم ٣/ ٢٧٢. وقد ذكر هذه المسألة عند التعليل، مع أنه ذكر الطهارة سؤر الحمار لأن دليل الطهارة أرجح من دليل النجاسة. ورد على من احتج على نجاسته بحديث «نهي الحمر الأهلية إنها رجس» فقال في نحومها إن ذبحت ولا يلزم منه أن تكون نجسة في حياتها

أنه مشكوك فيه، فتصوم وتصلي وتقضي فرض الصوم لتعارض دليلي الصحة والفساد[1].

ويشترط في الشك عدة شروط وهي:

1- أن يكون ما تعلق به الشك هو ما يتعلق به اليقين، وبعبارة أخرى اتحاد قضيتي الشك واليقين، لأن عند اختلاف القضيتين يكون للشك في الحدوث والحصول لا في البقاء. وهذا خارج عن موضوع بحثنا في القاعدة. لأنه لا يكون هناك تناقض للتيقن بالشك. ومن الأمثلة على تغاير الموضوع أن يكون المتيقن عدالة زيد والمشكوك فيه عدالة عمرو، أو أن يكون المتيقن عدالة عمرو والمشكوك فيه كرم عمرو[2].

2- أن يتحقق الشك بالفعل، فلا عبرة بالشك التقديري كما بينا عند شروط اليقين.

خامساً: المكلف الذي يعرض له الشك.

المكلف هو الذي يحصل له الشك الطاري، وذلك لأن المكلف عرضة للجهل والنسيان والسهو والغفلة والذهول. المؤدية إلى الشك.

فالجهل في اللغة نقيض العلم ويطلق على السفه والتضييع[3].

والجهل في الاصطلاح: «اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه»[4] وفي المثل: لكي يشك جهلاً[5] والجهل أنواع باطل لا يصلح عذراً: كالجهل من خالف في اجتهاده الكتاب والسنة. وجهل يصلح عذراً: كالجهل في موضع الاجتهاد، والجهل في موضع الشبهة[6].

---

(1) عوائد الفوائد لابن القيم 3/ 272 وفيه الصحيح أنه محض.

(2) قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» للحسن ص55

(3) المصباح المنير للفيومي ص 156

(4) التعريفات للجرجاني ص 108

(5) المصباح المنير للفيومي ص 156

(6) الكليات للكفوي 1/ 168.

والنسيان زوال المعلومة عن فكر المكلف مع العجز عن تذكرها في الحال. وهو يختلف عن السهو من حيث بقاء صورة المعلومة في الحافظة، ففي السهو تزول الصورة عن الفكر مع بقائها في الحافظة، وأما في النسيان فإنها تزول من الفكر والحافظة معاً[1].

وسبب السهو عدم استحالة التصور فيشبه مرة ويزول أخرى، ويثبت بدله تصور آخر، فيشتبه أحدهما بالآخر اشتباهاً غير مستقر حتى إذا نبه بأدنى تنبيه وعاد إلى التصور الأول[2].

والغفلة قلة الفطنة، وقيل: الغفلة عن الشيء هي ألا يخطر ذلك بباله، وهي قريبة من الجهل. وكذلك الذهول يقرب منه. وسببه عدم استثبات التصور حيرة ودهشة[3].

بهذه الأسباب تصبح المسألة مشكوكاً فيها عند بعض المكلفين، وربما تكون ظنية عند غيره، أو له في وقت آخر، وتكون قطعية عند آخرين. فتكون المسألة شكية أو ظنية أو قطعية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف[4].

سادساً: مقصود القاعدة الشرعي.

إن المقصد الشرعي من هذه القاعدة هو التحقق والتثبت والتمحيص في الأقوال والأفعال والاعتقادات، فإذا كان الأصل براءة الذمة فلا ينتقل عن استصحاب نحال إلا بدليل شرعي، فإن وجد دليلاً من أدلة الشرع انتقل عنه سواء كان ذلك الدليل قطعاً أو مفهوم نص أو ظاهراً[5]. وإذا ثبت ذلك دام هذا الحكم واستمر ولا يجوز أن يهدم على تغيره بمجرد الشك والاحتمال، وذلك لأن أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص. أما الجزئية فما يعرب عنها

---

(1) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص 251، 479.

(2) الكليات للكفوي 1/ 168

(3) المرجع السابق

(4) بدائع الفوائد لابن القيم 3/ 271.

(5) الفتح والمنقح للبغدادي 1/ 216، شرح الكوكب المنير للفتوحي ص 392

كل دليل لحكم في خاصته. وأما الكلية فهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته، فلا يكون كالبهيمة المسيبة تعمل بهواها حتى يرتاض بلجام الشرع، فإذا صار المكلف في كل مسألة عمت له يتبع رخص المذاهب، وكل قول وافق فيها هواه فقد خلع ربقة التقوى، ونمادى في متابعة الهوى ونقض ما أبرمه الشارع وآخر ما قدمه[1].

بل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تمثل في حياة المسلم منهجاً واضح المعالم في تمحيص الأمور والثبات عليها، فتجعله يقف على أرض صلبة وليس في مهب الريح. وقد دلت نصوص الشريعة الإسلامية. على ذلك نذكر منها قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦].

وقال ﷺ: «الأناة من الله والعجلة من الشيطان»[2] وهذا مما يميز علماء المسلمين عن غيرهم كما قال ابن تيمية: «تقول النصارى أن المسيح سوغ لعلمائهم أن يحرموا ما رأوا تحريمه مصلحة ويحللوا ما رأوا تحليله مصلحة. وليس هذا دين المسلمين ولا كان الصحابة يسوغون هذا لأنفسهم»[3].

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

يتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب مختلفة كالطهارة والصلاة والصوم والزكاة والحج والبيع والإجارة والعارية والوديعة والضمان والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك ومن هذه التطبيقات:

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/ ٣٨٦.

(٢) سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب (٦٦)، ٤/ ٣٦٧.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٤/ ٩٤.

١- إذا شك من يغتسل من الجنابة، هل عم الماء بدنه أم لا؟ بنى على اليقين. وهو عدم التعميم، ولزمه تعميم الماء ما لم يكن ذلك وسواساً[1].

٢- إذا شك المصلي المنفرد: هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ بنى على اليقين إذا الأصل بقاء الصلاة في ذمته. أما إذا كان إماماً فيبني على غالب ظنه؛ لأن المأموم ينبهه فقد عارض الأصل هنا ظهور تنبه المأمور على الصواب. هذا عند الحنفية والحنابلة، أما عند المالكية والشافعية فيبني على اليقين مطلقاً؛ لأنه الأصل[2].

٣- إذا شك الصائم في غروب الشمس لم يجز له الفطر؛ لأن الأصل بقاء النهار، ولو أكل؛ فعليه القضاء. أما لو شك في طلوع الفجر جاز له الأكل ولم يفطر؛ لأن الأصل بقاء الليل[3].

٤- إذا شك في أداء ما وجب عليه من زكاة أو كفارة لزمه الإتيان به، لأن الأصل بقاء الواجب في ذمته[4].

٥- إذا شك هل طاف ستاً أو سبعاً أو رمى ست حصيات أو سبعاً؟ بنى على اليقين[5].

٦- إذا باع قمحاً بقمح مجازفة (أي دون أن يعلم كيله أو وزنه) فلا يصح البيع؛ لأن المماثلة في المقدار شرط في بيع الأموال الربوية. وهذا الشرط مشكوك فيه لوجود المجازفة، فلا يثبت الشرط للقاعدة الفقهية: «الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط»[6] أو «الحكم المعلق على شرط أو المشروط بشرط إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت»[7].

---

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ٢٧٣.

(٢) المرجع السابق. وانظر: الفروق للقرافي ١/ ٢٢٧، وإيضاح الوشائر، ص ٧٦.

(٣) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ٢٧٣. وانظر: البدائع للكاساني ٢/ ١٠٥.

(٤) عمدة عون الفقير لحمدي ١/ ٢٢٣، ٢/ ٥٥؛ الفروق للقرافي ١/ ٢٢٥.

(٥) المغني لابن قدامة ٣/ ٣٧٨.

(٦) إيضاح الوشائر، ص ٧٥.

(٧) شرح المجلة للأتاسي ١/ ١٨.

٧- إذا شكَّ في موت مورثه، هل مات أو لم يمت؟ بنى على اليقين، وهو استصحاب الحياة، فلا يحل له ماله حتى يتيقن موته[1].

٨- إذا شكَّ في عدالة الشاهد هل هو عدل أم لا؟ اختلف في ذلك بناء على اختلافهم هل الأصل في الإنسان العدالة أم الفسق؟ فمن قال: الأصل في الإنسان العدالة حكم بشهادة المشكوك في عدالته. ومن ذهب إلى ذلك المرداوي من الحنابلة والشوكاني والصديقي وغيرهم[2]. ومن قال: الأصل في الإنسان عدم العدالة؛ لم يحكم بشهادة المشكوك في عدالته. ومن ذهب إلى ذلك ابن القيم، حيث قال: «الغالب في الناس عدم العدالة، وقول من قال الأصل في الناس العدالة كلام مستدرك، بل العدالة طارئة متجددة، والأصل عدمها، فإن خلاف العدالة مستند جهل الإنسان وظلمه، والإنسان خلق جهولاً ظلوماً، والمؤمن يكمل بالعلم والعدل، وهما جماع الخير، وغيره يبقى على الأصل الذي فيه، الأصل في الناس العدالة ولا الغالب»[3].

٩- إذا قال شخص لآخر: أعلم أنه يوجد لك في ذمتي مبلغ ألف دينار، فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم؛ لأن الأصل براءة الذمة، والأصل هو المتيقن، فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه لمجرد أنه بذ أن إقراره لم ينشأ عن يقين، بل عن شك وظن. وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر[4].

١٠- إذا هلكت الوديعة عند المودع، وشككنا في سبب هلاكها: هل كان بتعد وتفريط في حفظها، أو أنها هلكت قضاء وقدراً؟ بني على اليقين، وهو أن الأصل في الإنسان الأمانة ولا يزول هذا بالشك في حصول التعدي أو التقصير، فلا يضمن المودع[5].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢٣٤.

(٢) الإنصاف للمرداوي ١٢/٢٨٥، السيل الجرار للشوكاني ٤/١٩٢، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٦/٤٩.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٥٩.

(٤) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد فهمي حيدر ١/٢٠.

(٥) المرجع السابق ١/٣٦٦.

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة.

تتعلق بقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فروعاً لهذه القاعدة، ومنها ما يمثل قيوداً وضوابط لها. وقد ذكر الشيخ صالح البدلان ست عشرة قاعدة، وفيما يلي بيان لأهم هذه القواعد:

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

يتفرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» عدة قواعد نذكر منها:

١- قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»[1].

أ- معنى القاعدة: أن ما كان محكوماً له بحكم فيما مضى يبقى على ذلك الحكم ما لم يرد دليل شرعي آخر يفيد تغير ذلك الحكم، فما كان حلالاً يبقى حلالاً إلى أن يرد دليل على الحرمة، وما كان واجباً يبقى واجباً إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب، وما كان طاهراً يبقى طاهراً إلى أن يرد دليل يفيد النجاسة، وما كان حياً يبقى حياً إلى أن يرد دليل يفيد الوفاة: كاعتبار المفقود حياً إلى أن تثبت وفاته. وهذا الذي يُسمى بالاستصحاب وقريب من هذه القاعدة قاعدة: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»[2] وقاعدة: «القديم يترك على قدمه»[3].

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: لو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المؤجر ذلك، كان القول قوله مع اليمين؛ لأن الأصل بقاء الأجرة في ذمة المستأجر إلى أن يثبت دفعه إلى المؤجر[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٧.

(٢) المجلة تنقيح الدكتور الزحيلي ١/٥٠.

(٣) درر الحكام على مجلة ١/٤٠.

(٤) المجلة مع تقنين الزرقا ١/٦٠.

ومنها أيضاً: إذا اختلف في كون المسيل (رهوحق تسييل المياه الزائدة) الواقع في ملك أحد حادثاً أو قديماً، ولم تكن لأحد الطرفين بينة. ينظر: فإن كان جريان الماء في المسيل قبل الخصومة معلوماً يحكم ببقائه بعد تحليف صاحب المسيل بعدم كونه حادثاً، وإن كان غير معلوم يحكم بضده، ويعتبر قول صاحب الملك بعد تحليفه بعدم كون المسيل جارياً من القديم[1].

جـ- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من حكم قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» ما لو ادعى الوديع رد الوديعة إلى المستودع، فأنكر المستودع ذلك. يصدق الوديع مع أن الأصل بقاء الوديعة بيد الوديع. ووجه الاستثناء أن الوديع يدعي براءة ذمته من الضمان والمستودع يدعي اشغال ذمته والأصل براءة الذمة[2].

ويستثنى أيضاً أن الضرر لا يكون قديماً، ولا يحكم ببقائه، فلو أن أظفار دار شخص تسيل من القديم إلى الطريق العام أو إلى نهر يشرب منه الناس، فيرفع ثلث الضرر ولا عبرة بقدمها، وسكوت الناس عليها؛ لأن الشارع لا يمكن أن يجيز حقاً يكون منه ضرر عام[3].

٢ قاعدة: «الأصل براءة الذمة»[4].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» وقد جعلها بعض الفقهاء مستقلة لارتباطها بأبواب كثيرة ومهمة في الفقه كالقضاء والحدود. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها:

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٧٧).
(٢) شرح المجلة لسليم رستم باز ١/ ٦٠.
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٧٢.
(٤) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١١٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٩

أ- معنى القاعدة:

البراءة لغة من برأ وهي تدل على معنيين الأول: الخلق. والثاني: التباعد من الشيء ومزايلته. ومن ذلك براءة الذمة من الدين، أي انقطاعه عن المدين وخلو الذمة منه[1]. والذمة في اللغة: العهد والأمان والضمان[2]. وفي الاصطلاح: «صفة يصير بها الإنسان أهلاً للالتزام»[3].

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الأصل في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت ذلك بدليل؛ لأن الناس يولدون وذممهم فارغة. والتحمل والالتزام صفة طارئة، فيستصحب الأصل المتيقن به، وهو فراغ الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك. ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[4].

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقاتها إذا ادعى شخص على آخر ديناً لم تقبل دعواه إلا بدليل. ومنها: وإذا اتهم إنسان شخصاً بالقتل أو الزنا أو السرقة فإن المتهم بريء إلى أن تثبت هذه الدعوى بالدليل. ومنها: لو اختلف المؤجر مع المستأجر في مقدار الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه، وعلى المؤجر البينة. ومنها: إذا أتلف إنسان لآخر مالاً واختلفا في قيمته؛ فالقول للمتلف بيمينه والبينة على صاحب المال لاثبات الزيادة؛ لأن البينة تقام لاثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل[5].

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي: «الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين»[6]. كالشك في أداء الدين فإن اشتغال الذمة به متيقن، فلا تفرغ منه بمجرد الشك بل لابد من اليقين.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٢٣٦.
(٢) المصباح المنير للفيومي ٢٨٦.
(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص ٢١٤.
(٤) سنن الترمذي، كتاب الأحكام باب (١١)، ٣/ ٦٢٦. وقال: فيه مقال. ورواه البيهقي بإسناد صحيح (نيل الأوطار ٨/ ٣٤٤).
(٥) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ٦٣، وأصول الكرخي ص ١١٠.
(٦) إيضاح المسالك للونشريسي ص٧٦.

٣- قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم»[1].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» لأن العدم في الأمور العارضة أو الصفات العارضة يقين، وأما وجودها فهو مشكوك فيه. ويتعلق بهذه القاعدة كثير من التصرفات، كالعقود والالتزامات والإتلافات. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثناتها:

أ- معنى القاعدة:

الأمور العارضة: هي الصفات الطارئة التي لم تلازم موصوفها منذ وجوده: كالعيب في المبيع والربح أو الخسارة في المضاربة. ويقابل ذلك الصفات الأصلية، وهي التي لازم موصوفها منذ وجوده، مثل كون المبيع صحيحاً سليماً من العيوب، وكون رأس المال في شركة المضاربة خالياً من الربح أو الخسارة[2].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الصفات والأحوال الطارئة على الشيء يحكم بعدم وجودها إلى أن تثبت دليل الوجود. ويترتب على ذلك مفهومان مخالفان. الأول: الأصل في الأمور الأصلية الوجود. والثاني: الأصل في ما يستوي فيه الأصالة والطروء التوقف[3] إلى أن يرد دليل الإثبات أو النفي.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا ادعى شخص شرطاً جائزاً في عقد، وأنكر الآخر ذلك. فإن الشروط أمور طارئة على العقود يحتاج إلحاقها بالعقود إلى دليل وإثبات[4]. ومنها: إذا باع شخص سيارة وسلمها إلى المشتري، فادعى المشتري وجود عيب فيها، وادعى البائع سلامتها من العيوب، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن السلامة من العيوب من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود. وأما العيب فصفة عارضة فلا يقبل قوله إلا ببينة[5]. ومنها: إذا اختلف المضارب ورب المال في وجود ربح فالقول للمضارب، وعلى رب المال البينة؛ لأن الربح حالة عارضة[6].

جـ- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من حكم قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم» عدة مسائل[7]: منها: إذا أراد الواهب الرجوع عن هبته، وادعى الموهوب له تلف الهبة؛ لأن التلف مانع للرجوع من الهبة، فالقول قول الموهوب له بلا يمين مع أن التالف حالة عارضة إلا أن قول الموهوب له بالتلف قبل، والأصل أن لا يقبل إلا ببينة؛ لكن عُدل عن هذا الأصل لأن الموهوب له يدعي تالف ماله لأن الهبة بعد قبضها دخلت في ملك الموهوب له، والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا علاقة لأحد به. ولا يقال إن الواهب ذو علاقة بالمال الموهوب؛ لأنه بعد قبض الموهوب له انقطعت علاقة الواهب بالموهوب. وإنما أثبت الشرع له حق الرجوع، وهو حق مجرد ليس له علاقة بالمال الموهوب.

ومنها: إذا طلب المسروق منه رد العين المسروقة، فادعى السارق استهلاك العين، وأنه لا حق عليه سوى أداء القيمة؛ فالقول للسارق مع يمينه، وعلى المسروق منه البينة على وجود عين المال المسروق. مع أن الاستهلاك حالة عارضة إلا أن قول السارق قبل؛ لأنه يدعي إجراءً صدر منه بالفعل. والأصل أن المرء يصدق فيما يدعي أنه قد أجراه بنفسه.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٦٢.

(٢) القواعد الفقهية لكتور الندوي ص ٤٣.

(٣) قواعد الفقه الإسلامي لابو زهرة ص ١٩٣.

(٤) القواعد الفقهية لمحمد حلاق وسرحان ص ٣٨.

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه لبورنو ص ١٨٤.

(٢) شرح مجلة الأحكام القاضي ١/ ١٥.

(٣) شرح المجلة لعلي حيدر ١/ ٢٤، شرح المجلة القاضي ١/ ٦٥.

ومنه: إذا تصرف الزوج بأموال الزوجة في حياتها، وبعد أن توفيت ادعى ورثة الزوجة أن تصرف الزوج بأموالها كان بدون إذن منها وطلبوا تضمينه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذن من زوجته؛ فالقول قوله، مع أن الإذن حالة عارضة إلا أن قول الزوج قبل؛ لأن حالة الزوجية دليل على الإذن كما أن العادة الغالبة أن الزوجات لا يتصرفن في أموالهن بأنفسهن؛ بل يفوضن ذلك إلى أزواجهن.

٤ - قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان»[1].

هذه القاعدة تفرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» وبخاصة الشطر الأول منها وهو: «لا ينسب إلى ساكت قول» فعدم القول هو اليقين. وأما الشطر الثاني فهو بمثابة الاستثناء. فقد اعتبر السكوت في حكم النطق في موضوع تعم الحاجة فيه إلى البيان، لكما تدرك المعاني من الألفاظ تؤخذ أحياناً من السكوت لدلالة القرائن المرجحة[2]. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ - معنى القاعدة وتأصيلها:

الساكت لغة: من سكت يسكت سكوتاً بمعنى صمت، وهو يدل على خلاف الكلام[3] ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للسكوت عن المعنى اللغوي له. وهو: «ترك الكلام مع القدرة عليه»[4] والسكوت عند الفقهاء: «التزام حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شيء يتنبئ عن الإرادة»[5].

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (٦٧)، والأشباه للسيوطي ١٤٢، والأشباه لابن نجيم ص ١٥٢.
(٢) فواتح الرحموت للبرزي ص ٤٩١، ٤١٩.
(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٣٨٣، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٩٠/٣.
(٤) التعريفات للجرجاني ص ١٥٩.
(٥) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوحيد الدين سوار ص ٢٦٤.

ويختص السكوت بأنه سلوك سلبي محض يتمثل في عدم الاعتراض على ما صدر من الغير. كما أنه لا يدل بذاته على شيء ما، وإنما يستفاد منه الرضا أو عدمه من القرائن والظروف الملابسة ودلائل الأحوال وأحيانا يستفاد ذلك من العرف السائد بين الناس. كما أن دلالة السكوت على الموافقة احتمالية؛ لأنه قد يكون نتيجة عدم الانتباه أو شرود الذهن أو عدم الاكتراث أو التفكير في عاقبة الأمر[1]. وبناء على ذلك يمكن تقسيم السكوت إلى قسمين: الأول: السكوت المجرد، وهو يكون سكوتاً في ظاهره وباطنه، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه. والقسم الثاني: السكوت الملابس: وهو يكون ساكتاً في ظاهره متجهاً لإحداث الأثر الشرعي في باطنه. ويسمى الفقهاء هذا القسم: لتعبير بطريق الدلالة، وذلك إذا اقترنت ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا[2].

فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأصل عدم الاعتداد بالسكوت، ويستثنى من ذلك الاعتداد به إذا كان ملابساً. أي إذ كان في معرض الحاجة، ودلت الظروف الملابسة على الاعتداد به.

وكان الإمام الشافعي رحمه الله هو أول من صاغ الشطر الأول من هذه القاعدة في عبارته الشهيرة: «لا ينسب إلى ساكت قول»[3] ويبدو أن الاعتبارات التي حدت بالشافعي إلى إقرار هذه القاعدة هي نفسها التي حدت به إلى نبذ التعاطي كوسيلة للتعبير عن الإرادة فكلاهما في نظره تعبير احتمال ظني لا يجوز الإعتداد به. فالسكوت يحتمل معنى عدم الانتباه والشرود أو عدم الاكتراث أو الاستهزاء أو الاستغراب أو الموافقة أو الإنكار أو الرفض أو غير ذلك من المعاني، كما أن المعاطاة تحتمل معنى الاستباء أو أنواع متغايرة من

(١) السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية لمحمد الشربيني ص ١٦ - ١٧.
(٢) التعبير عن الإرادة لسوار ص ٢٦٤.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٢.

المعروضات[1]. وأما الشطر الثاني من القاعدة وهو: «السكوت في معرض الحاجة بيان»، فقد دلت عليه السنة النبوية، فهي تتضمن إقرارات النبي ﷺ أو تقريراته، وهي سكوت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل أو فعل حدث بين يديه أو في عصره وعلم به. وقد عُدّها أكثر الأصوليين دالة على الأحكام الشرعية[2]. واستدلوا لذلك بأن الصحابة رضوان الله عليهم احتجوا بتقريراته على كثير من الأحكام، ومن ذلك ما روي عن أبي بن كعب: «الصلاة في الثوب الواحد» كما تفعلها على عهد النبي ﷺ ولا يعاب علينا»[3]. وما روي عن ابن عباس أنه قال: «أقمت راكباً على حمار أتان، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام، ورسول الله ﷺ يصلي بالناس بمنى إلى غير جدار، فمررت بين يدي بعض الصف، فنزلت وأرسلت الأتان ترتع ودخلت في الصف، فلم ينكر ذلك علي أحد»[4].

ب- تطبيقات الشطر الأول: «لا ينسب إلى ساكت قول».

«السكوت في ذاته لا يدل على شيء، وإن دل على شيء تكون دلالته احتمالية ظنية فلا يعتد به». ويتفرع عن هذه القاعدة عدة فروع منها: جاء في المبسوط: «إن سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه محتملٌ: قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التهاون، وقلة الالتفات إلى تصرف الفضولي، وقد يكون بطريق التعجب أي لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره وإلى ماذا تؤول عاقبة فعله، والمحتمل لا يكون حجة»[5].

ومنها: لو رأى غيره يتلف ماله، فسكت لا يكون سكوته إذناً بإتلافه، وعلى المتلف الضمان[6].

---

(1) مصطفى من التحبير على الإرادة لسوار ص٢٦٥.

(2) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١

(3) مسند أحمد ٥/ ١٤٠.

(4) صحيح البخاري ١/ ٥٧١.

(5) المبسوط للسرخسي ٣٠/ ١٤٠.

(6) [illegible] ١/ ٥٩.

ومنها: إذا جمع شخص أمتعة في مرض موته وأشهدهم على أنه ليس مديناً لأحد من الناس، وكان لرجل من الحضور عليه دين ولم يتكلم فذلك لا يمنع الرجل بعد وفاة هذا الشخص من الإدعاء بما له عليه من الدين[1].

ومنها: لو سكن شخص في دار آخر، وهي غير معدة للاستغلال (الإجارة) فسكت صاحبها، لا يعد ذلك إجارة[2].

ومنها: إذا رأى المرتهن الراهن يبيع العين المرهونة، فلا يعد سكوته إجازة لبيع الرهن[3].

ومنها: إذا سكتت الثيب عند استئذانها هي الزواج من فلان، فلا يعد سكوتها إذناً[4].

جـ- تطبيقات الشطر الثاني: «السكوت في معرض الحاجة بيان».

السكوت يعتدّ به إذا اقترنت به ملابسات تدل على ذلك. وقد صنف بعض المعاصرين التطبيقات التي يحتدُّ فيها بالسكوت في الرمز الآتية[5]:

الرمزة الأولى: الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وُجه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت الموقوف عليه، وسكوت المدين عند براء الدائن له، حتى لو أراد بعد مجلس الإبراء أن يرفضه لم يكن له ذلك.

الرمزة الثانية: الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، ويتصل الإيجاب بهذا التعامل. وهذا التعامل قد يكون عقداً سابقاً ثم يرتب القانون عليه أثراً: كالمرهن والهبة المدين لم يقبضا بالعقد. فإذا ما قبض المرتهن المرهون بعد العقد، واقترن

---

(1) المرجع السابق.

(2) شرح المجلة لعلي حيدر الفاسي ١/ ١٣١.

(3) المرجع نفسه.

(4) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٤٣

(5) التعبير عن الإرادة لسوار ص٢٦٥، ٢٦٦، وانظر: القواعد الفقهية الكبرى للندوي ص١٨٩-١٩٠.

هذا القبض يسكوت الراهن اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض، وكذا الحال في الهبة، فإذا ما قبض الموهوب له العين الموهوبة بعد العقد وصاحب حذا القبض سكوت الواهب اعتبر سكوته إذناً بالقبض. وقد يكون التعامل السابق عقداً ولَّدَ أثراً: كحالة البيع الذي يمنك البائع فيه حق الحبس على الشيء المبيع، فإذا قبض المشتري المبيع بعد ذلك، وسكت البائع اعتبر سكوته إذنا بالقبض. ويدخل في هذه الحالات أيضاً سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة عن الاعتراض على تصحيح الآخر له بقوله: «قد بدا لي أن أجعل هذا العقد صحيحاً».

الزمرة الثالثة: الحالات التي يستلزم فيها مبدأ الحالة اعتبار السكوت رضا: كسكوت السيد حين يرى عبده يبيع ويشتري. فإنه يجعل إذناً له في التجارة دفعاً للضرر عمن يعامل العبد.

الزمرة الرابعة: الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا: كسكوت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج، فإن سكوتها يعد قبولاً بالخاطب.

٥- قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»[1].

هذه القاعدة فرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» وتندرج تحتها. فإذا كانت الأحكام تختلف باختلاف تاريخ حدوثها فإنه لابدَّ من معرفة التاريخ. وإذا حصل شك فيه هل وقع في وقت كذا أو في وقت كذا؟ أضيف إلى أقرب تلك الأوقات المشكوك فيها، فيكون أقرب الأوقات هو حكم اليقين فلا يعدل عنه إلا بدليل. وقد وردت هذه القاعدة بعدة صيغ منها ما ذكرناه ومنها: «الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات»[2] ومنها: «الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن»[3] وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها وما يستثنى منها:

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤، مجلة الأحكام مادة (١١)

(٢) القواعد الكبرى للعز ص ١٤٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩

أ- معنى القاعدة:

الحادث في اللغة مصدر حدث حدوثاً تجدد وجوده، فهو حادث وهي حادثة[1]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي له عن المعنى اللغوي، فهو في استعمال الفقهاء: «الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد»[2]. والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث شيء، نسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ولا يعدل عن هذه النسبة إلا بدليل؛ وذلك لأن الخصمين اتفقا على حصول الشيء، وادعى أحدهما حدوثه في وقت، والآخر ادعى حدوثه في وقت آخر قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك مما يورث شكاً في صحة كلامه. فيُعمل بالوقت الأقرب؛ لأنه يقين ويترك الوقت الأبعد لأنه شك[3].

ب- تطبيقات هذه القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو ادعت زوجة المتوفى أن زوجها طلقها أثناء مرض الموت طلاقاً بائناً، وطلبت الإرث وادعى الورثة: أنه طلقها في حال صحته، وبالتالي لاحق لها في الإرث. فالقول للزوجة لأن الطلاق يضاف إلى مرض الموت[4].

ومنها: إذا ظهر في المبيع عيب، وهو عند المشتري، هزعم البائع حدوثه بعد قبض المشتري، وادعى المشتري وجوده قبل القبض اعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع بالعيب حتى يثبت أنه قديم عند البائع عملاً بهذه القاعدة[5].

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص ١٧٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص ١٧٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٧٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص٧٨.

ومنها: ما لو ضرب شخص بطن امرأة حامل فانفصل الولد حياً وبقي زماناً غير متألم، ثم مات فلا ضمان على الضارب؛ لأن الظاهر أن الطفل مات بسبب آخر غير الضرب. بخلاف ما لو مات عند ضربه أو بقي متألماً حتى مات؛ تجب على الضارب دية كاملة[1].

ومنها: لو أن مسلماً تزوج نصرانية، ثم مات فادعت الزوجة أنها أسلمت قبل وفاته، وأنكر الورثة ذلك، وقالوا: بل أسلمت بعد موته. فالقول قولهم[2].

جـ مستثنيات القاعدة:

إن قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» مقيدة بأن لا تؤدي هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت[3]. ولذلك تستثنى من هذه القاعدة عدة فروع وأحكام منها: ما لو ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها، وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت زوجها. فالقول قول الورثة وليس قول الزوجة مع أنه حسب هذه القاعدة يجب أن يكون القول قول الزوجة لأنه الأقرب مع ادعائها. ولكن عدلوا عن العمل بهذه القاعدة لقاعدة أخرى وهي قاعدة: «الاستصحاب» والتي تقتضي أن اختلاف الدين وهو سبب الحرمان من الإرث موجود بالحال، وبالاستصحاب المقلوب: (وهو أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي مالم يوجد دليل يخيرها) بهذا الاستصحاب المقلوب تعتبر الزوجة في الزمن السابق مسلمة أيضاً[4].

ومنها: لو استأجر شخص أجيراً على حفظ عين: كسيارة مدة سنة، وبعد انتهاء المدة طالب الأجير بالأجرة، فادعى المستأجر أن العين هلكت بعد شهر من عقد الإجارة،

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٩

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٢٦

(٣) المدخل الفقهي للزرقا ٢/ ٩٧٢. وينبغي ملاحظة أن المسائل المستثناة من أي قاعدة يمكن أن تخرج بعدم تحقق الضابط فيها، أو بالترجيح تحت قاعدة أخرى أو جهت تعارض فلزم الترجيح.

(٤) تصرف من درر الحكام شرح المجلة ١/ ٢٦.

وبالتالي لا يستحق المستأجر سوى أجرة شهر واحد، وادعى الأجير أن العين هلكت بعد تمام السنة، وبالتالي يستحق الأجرة كاملة. فالقول للمستأجر مع يمينه وليس للأجير مع أنه حسب هذه القاعدة يجب أن يكون القول للأجير؛ ولكن عُدل عن العمل بمقتضاها لأن المستأجر يتمسك بقاعدة أخرى وهي: «براءة الذمة» وهي لأصل؛ فمن المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً. فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام السنة بناء على هذه القاعدة لزم منه نقض لأمر الثابت المقرر، وهو: «براءة الذمة» أو فراغ ذمة المستأجر[1].

ومنها: لو اشترى شخص شيئاً، ثم جاء إلى البائع ليرده عليه بخيار الرؤية. فقال البائع للمشتري: إنك رضيت بالمبيع بعد ما رأيته فسقط خيارك. وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه، وبالتالي لم يسقط خياري. فالقول للمشتري[2] وليس للبائع، مع أنه بحسب هذه القاعدة يكون للبائع إلا أنه عُدل عن ذلك لقاعدة أخرى وهي: «الأصل في الأمور العارضة العدم» فالرؤية لأمر عارض والأصل عدمه. فالأصل مع المشتري، ولا تثبت الرؤية إلا بيقين أو بينة.

٦- قاعدة: «لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل»[3].

هذه القاعدة تتخرج على قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن كل من فعل فعلاً، ولم تتمكن التهمة في فعله نفذ فعله، أما إذا تمكنت التهمة في فعله لم ينفذ فعله، وحكم بفساد فعله؛ لأن التهمة في فعله شك في فساده، والاحتمال المستند إلى دليل يقين. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص ٨٠

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٠٢.

(٣) مجلة الأحكام مادة (٧٣)

أ- معنى القاعدة:

الحجة البرهان الذي يدل على صحة الدعوى[1]. والاحتمال هو الإمكان الذهني للشيء[2]. والدليل هنا ما كان موصلاً إلى علم أو ظن، فيشمل الأمارات والعلامات وظاهر الحال وغيرها[3].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه لاحجة مقبولة أو مفيدة مع الاحتمال الذي ينشأ عن دليل ظني أو قطعي يوجود تهمة[4]. وبعبارة أخرى أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة. أما الاحتمال الذي لا يستند إلى دليل فهو بمنزلة العدم. وأصل هذه القاعدة في كتاب تأسيس النظر للدبوسي، حيث قال: «إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله»[5].

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو أقر شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين لا يصح إقراره إلا بتصديق باقي الورثة لاحتمال محاباة بعض الورثة، وهو احتمال قوي تدل عليه حالة المرض. أما الإقرار في حالة الصحة فيصح؛ لأن احتمال المحاباة ضعيف، وهو نوع من التوهم لا يمنع صحة الإقرار بالدين[6].

ومنها: لا تقبل شهادة الزوجين، وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض لتمكن التهمة الناشئة عن قرابة بعضهم لبعض، مما يدفعهم إلى التحزب[7].

---

(1) «التعريفات للجرجاني ص١١٢».
(2) المرجع السابق ص٢٦.
(3) شرح المجلة للاتاسي ١/٢٠٥.
(4) الوجيز في قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ٢١٦.
(5) تأسيس النظر للدبوسي ص ٢٧.
(6) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١٢.
(7) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٧٦.

٧- قاعدة: «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح».

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن دلالة التصريح بقينية ودلالة القرائن والحال محل شك. فالتصريح يقدم على الدلالة عند التعارض لأنه أقوى منها. ومجال هذه القاعدة الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول وإذن ومنع ورضا ورفض وغير ذلك. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثياتها:

أ- معنى القاعدة:

الدلالة هي: كون الشيء بحالة يلزم منه العلم به العلم بشيء آخر[1]. وتستفاد عن طريق الحال أو العرف أو الإشارة أو اليد أو السكوت أو غير ذلك. فلو أن شخصاً دخل دار إنسان بإذنه فوجد على المائدة كأساً فيه ماء، فشرب ووضعت الكأس من يده أثناء الشرب فانكسرت فلا يضمن؛ لأن دلالة الحال تدل على أنه مأذون له باستخدام الكأس. ويسمى اللفظ الذي يكون به التصريح صريحاً، وهو: «اللفظ الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً ومعتاداً»[2]. وعرفه الجرجاني بأنه: «اسم الكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان أو مجازاً»[3] وبناء عليه إذا منع داخل الدار من الشرب من الكأس صراحة وانكسرت يضمن؛ لأن التصريح لم يبق اعتباراً لدلالة الحال.

فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن دلالة التصريح أقوى من دلالة الحال عند التعارض سواء أكان التصريح قولاً أم كتابة وتقدم عليها. وعند عدم التعارض يعمل بدلالة الحال لأنها في حكم التصريح.

---

(1) «التعريفات للجرجاني ص ١٤١».
(2) «درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٨».
(3) «التعريفات للجرجاني ص ١٧٤».

ب- تطبيقات القاعدة

من تطبيقات هذه القاعدة يجوز للبائع حبس المبيع لقبض الثمن، فلو قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وسكت كان إذناً بالقبض، ولو نهاه صراحة فلا يعتبر إذناً بالقبض؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة[1].

ومنها: لو ثُصدق على إنسان فسكت يثبت له الملك، ولا حاجة إلى قوله: قبلت؛ لكن لو صرح بالرد والرفض لا يملك؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة[2].

ومنها: لو دخل شخص إلى حانوت عرضت فيه أشياء سوم نظر المشترين، فأخذ منها شيئاً لينظره فسقط من يده بدون تعد منه ولا تقصير فهلك لا ضمان عليه، لأن حالة العرض لسوم النظر دلالة على الإذن بأخذه للنظر في شرائه. بخلاف ما إذا نهاه البائع عن أخذه، أو كتب عبارة: «يمنع اللمس» فأخذه المشتري فوقع من يده فانكسر؛ فإن عليه الضمان، ولو لم يكن مقصراً ولا متعدياً؛ لأن الإذن بالأخذ دلالة سقط بالنهي الصريح المعارض لهذه الدلالة[3].

جـ- مستثنيات القاعدة:

الدلالة في بعض الحالات قد تكون أقوى من دلالة التصريح، ويثبت بها ما لا يثبت بالتصريح ومن ذلك: إذا اشترى شيئاً، ثم اطلع على عيب فيه، فاستعماله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب وهو يصرح بعدم الرضا؛ فإنه يلزمه البيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا[4].

---

(1) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم القاضي 1/ 72.

(2) قواعد الحادمي ص328، نقلاً عن القواعد الفقهية للسدلان ص 178

(3) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم القاضي 1/ 73

(4) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص95.

ومنها: لو أن رجلاً طلق زوجته ثم راجعها، فأتت بولد لستة أشهر بعد الرجعة، فأنكر الرجل نسب هذا الولد إليه لأنه لم يجامعها منذ مراجعتها. فينسب إليه عملاً بدلالة الشرع وهي: «الولد للفراش» وهي أقوى من التصريح[1].

ومنها: لو اشترى شخص حواناً، ثم عرضه للبيع، فقال لمن يساومه عليه: اشتره لا عيب فيه. ولم يتم البيع بينهما. ثم وجد به عيباً فله رد على البائع الأول، ولا يمنعه قوله لمن ساومه «لا عيب فيه» لأن كلامه هذا محمل عن الترويج لظهور أنه لا يخلو عن عيب، فيحمل بأن ظاهر إغراء غير مراد[2].

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

١- قاعدة: «لا عبرة للتوهم»[3].

الأصل في حكم اليقين الثبات والاستمرار عملاً بقاعدة: «ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين»[4] فلا يرتفع بطروء الشك عليه ولا بطروء التوهم؛ لأنهما أضعف من اليقين. فالتوهم هو الاحتمال العقلي الذي لا يدل عليه قرينة ولا يصحبه مرجح، فلا يقوى على تغيير حكم اليقين، ولا يبنى عليه حكم أصلاً.

ومن الأمثلة على التوهم الذي لا يقوى على تغير الحكم اليقيني: إذا أدلى الثقات بشهادتهم وله يعلم بمخالفتها، ولا عبرة بتوهم انخفاظ وحسابه. وكذلك إذا توفي شخص عن عدد معروف من الورثة فقسم التركة بينهم، ولا تؤخر لتوهم وجود عدد آخر من الورثة.

---

(1) شرح قواعد الحادمي للفرق أيضي ص٤٤، وشرح المجلة للاتاسي ص ٤٠، نقلاً عن القواعد الفقهية للسدلان ص١٨٠

(2) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 95

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص59، ومجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٤).

(4) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٥

٢- قاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه»[١].

هذه القاعدة كسابقتها تفيد الظن بالراجح لتغيير حكم اليقين. فالظن الظاهر خطؤه لا يقوى على تغيير حكم اليقين، ولا يبنى عليه حكم أصلاً.

ومن الأمثلة على الظن البين خطؤه: إذا دفع المدين لدائنه ما عليه من دين، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله ضناً منه أن الدين لم يدفع بعد، فإن للمدين أو الوكيل أو الكفيل استرداد مادفع ثانياً لأنه إنما كان بناء على الظن ببقاء الدين في الذمة. فلما تبين خطأ هذا الظن سقط العمل به. وهكذا في سائر العقود والتصرفات والالتزامات التي يبنيها الشخص بناء على الظن فإنها تبطل إذا تحقق خطأ هذا الظن؛ وكذلك إذا ظن المصلي أن الوقت قد دخل فصلى، ثم بان أن الوقت لم يدخل لم تجزه تلك الصلاة، وعليه الإعادة بعد دخول الوقت[٢].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧؛ والأشباه لابن نجيم ص١٦٦، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٢).

(٢) قواعد الفقه الإسلامي للزرقا، ص ١٩٥.

المبحث الثالث

فقه قاعدة: «الضرر يزال»

إن قاعدة: «الضرر يزال» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي إذ يبنى عليها كثير من أبواب الفقه[١] ولعلها تتضمن نصف الفقه؛ فإن الأحكام إما لجلب مصلحة أو لدفع مضرة. ويدخل فيها ما يتعلق بالضروريات الخمس وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض (النسب) والمال وهي ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقديرها بدفع المفاسد أو تخفيفها[٢]. كما تدخل فيها كثير من القواعد الفقهية الفرعية مثل: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» و«الضرر لا يزال بمثله». ومن أبواب الفقه التي تدخل فيها رد المعيب في البيع، وإثبات الخيار للمشتري عند إخلاف الصفات المشروطة، وفسخ النكاح بالعيوب، وباب التفليس، والحجر والشفعة والصداق، والقصاص والحدود وأرش الجنايات، ووجوب تنصيب الإمام والجهاد، والقسمة، والتداعي بالنجاسات وغير ذلك[٣]. وقد عد كثير من العلماء الحديث الذي اشتقت منه القاعدة وهو: «لا ضرر ولا ضرار»[٤] من الأحاديث التي يُبنى عليها الإسلام. وسوف يشتمل فقه القاعدة على الأمور التالية:

١- معنى القاعدة.

٢- تأصيل القاعدة.

٣- تحليل القاعدة.

---

(١) الأشباه والنظائر السيوطي ٨٦

(٢) شرح الكوكب المنير للفتوحي ص ٣٩٠.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب ٢/ ٣٧٦.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب (١٧)، ٢/ ٧٨٤. وقال الألباني: يرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه

٤- تطبيقات القاعدة الفقهية.

٥- القواعد الكلية التي تتعلق بهذه القاعدة

وفيما يلي بيان لذلك

المطلب الأول: معنى قاعدة: «الضرر يزال»

قبل بيان عناصر هذه القاعدة لابدّ من بيان معناها من حيث مفرداتها والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

١ الضرر.

الضرر في اللغة: مأخوذ من ضرّ، فيقال: ضرّه يضرّه ضرّاً. وهو يرجع في أصل اللغة إلى ثلاثة معان وهي: خلاف النفع، واجتماع الشيء، والقوة فمن الأول: الضر بمعنى الهزال، والضرّة، والضرير الذي به ضرر من عينه. ومن الثاني (اجتماع الشيء) شاة ضرة أي ذات لبن، وضرة الإنسان أي اللحم المجتمع تحتها. والمضرُّ الذي له ضرة من مال وهو من صفة المال الكثير. ومن الثالث (القوة) الضرير، وهو قوي النفس. ويقال: فلان ذو ضرير على الشيء إذا كان ذا صبر ومقاساة[1].

والضرر في الاصطلاح: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تحاشياً أو تعمداً أو إهمالاً"[2]. "المصلحة هي محل وقوع الضرر وهي "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"[3].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٦٠، المصباح المنير للفيومي ص٣٩٢، المفردات للراغب ص٢٩٣.

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد مواهي ١/٩٧.

(٣) ضوابط المصلحة للبوطي ص ٢٣.

٢- الإزالة

الإزالة من زول، فيقال: زال يزول زوالاً. وهي ترجع في أصل اللغة إلى تنحي الشيء عن مكانه. ومنه زالت الشمس عن كبد السماء، ويقال أزلته عن المكان وزولته[1] ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للإزالة عن المعنى الاصطلاحي لها. فقال صاحب معجم لغة الفقهاء: «الإزالة التنحية والإذهاب»[2].

ويستعمل في معنى الإزالة «الدفع»: وهو في اللغة بذل على تنحية الشيء من مكانه، فيقال: دفعت الشيء أدفعه دفعاً. والمدفَّع الفقير الذي يدفعه الناس عند سؤاله[3]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي لدفع عن المعنى اللغوي له، ولذلك قال صاحب المغرب: الدفع معروف[4].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

هذه القاعدة من جوامع الأحكام، وهي أساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير. وهي توجب رفع الضرر قبل وقوعه وبعده؛ لأن الوقاية خير من العلاج، فإذا وقع وجبت إزالته وترميم آثاره. فشرع الجهاد لمقاومة الأعداء ووجبت العقوبة لمنع الإجرام، وشرعت الشفعة لدفع ضرر الجار أو الشريك.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الضرر يزال»

تستند هذه القاعدة إلى نصوص كثيرة في القرآن والسنة وآثار السلف الصالح من الصحابة والتابعين وأتباعهم، كما تستند إلى الإجماع. وفيما يلي بيان لتلك الأدلة:

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٨، المصباح المنير للفيومي ص٢٥٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٥٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٢٨٨، المصباح المنير للفيومي ص٢٦٦.

(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ص١٦٦.

أولاً: نصوص من الكتاب الكريم.

١- نصوص تنص على النهي عن الضرر والمضارة. تقوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وقوله تعالى. ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾ [البقرة: ٢٠٥] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا﴾ [النساء: ٢٩، ٣٠] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣].

فهذه الآيات تدل على أن كل ما يضر الإنسان والحيوان والنبات والأموال هو من قبيل الفساد في الأرض والظلم والعدوان، وأن كل ذلك مما يوجب سخط الله تعالى وعقابه في الآخرة، كما يوجب على الحاكم اتخاذ التدابير الزاجرة لمنعه وإزالة ما يترتب عليه من آثار.

٢- نصوص تدل على إزالة الضرر. منها قوله تعالى: ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٨-٧٩] ففي الآيتين ذكر لحادثة فعل ضرر، وهو أن غنم شخص دخلت مزرعة آخر فرعت فيها وأفسدت الغلة. فدعا إلى كل من داود وسليمان عليهم السلام ليقضيا بينهما فقضيا بحكمين مختلفين دون أن يُذكر في الآيتين حقيقة الحكمين، لكنهما أشارتا إلى أن رأي سليمان هو الصواب والعدل الذي يحقق التعادل عن الضرر والعوض فالآيتان تدلان على إزالة الضرر وترميم الآثار الناجمة عن الضرر. وقد نقل الطبري عن ابن عباس حكم

سليمان عليه السلام في هذه الحادثة وهو: «أن الحرث لا يخفى على صاحبه ما يخرج منه كل عام، فله من صاحب الغنم أن يبيع من أولادها وأصوافها ومنافعها حتى يستوفي ثمن الحرث»[1] في حين كان حكم داود عليه السلام أن يأخذ صاحب المزرعة الغنم لأنها تقارب قيمة الغلة التي أُفسدت[2].

ثانياً: نصوص من السنة النبوية.

وردت عدة أحاديث تنفي الضرر والضرار، وتوجب إزالة الضرر وحبر الثاره ومن ذلك:

١- روى مالك وأحمد وابن ماجه والدارقطني وغيرهم عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[3].

فالضرر بيّ معناه سبقاً. وأما الضرار فقد اعتبره الجوهري بمعنى الضرر، فيكون لفظ الضرار تأكيداً للضرر[4]. ولكن أغلب العلماء فرقوا بين اللفظين، وهو الأولى لأن حمل اللفظ على التأسيس أولى من حمله على التأكيد. والفرق بينهما أن الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة كما قال ابن منظور: «الضرار أن يضار كل منهما صاحبه، فالضرار منهما معاً»[5] فالحديث يدل على عدم جواز إلحاق الضرر والضرار بالغير. قال الطوفي: «فيه حذف، أصله لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ولا فعل ضرار مع أحد. ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص

---

(١) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري ١٧/٣٨.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١١/٣٠٧.

(٣) موطأ مالك مع تنوير الحوالك ٢/١٢٢، ... مسند أحمد ١/٣١٣، سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤، سنن الدارقطني ٤/٢٢٨؛ مجمع الزوائد للهيثمي ٤/١١٠. وقد الألباني: بكثرة طرقه ارتقى إلى درجة الصحيح.

(٤) مختار الصحاح للجوهري انظر الرازي ص٤٠٣.

(٥) لسان العرب لابن منظور ٢/٥٢٥.

مخصص. أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا ينتفي. وأما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها وهو مشروع بالإجماع، وإنما كان ذلك دليلاً خاصاً[1].

٢- وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»[2] فهو يدل على عدم إلحاق الضرر بالغير

٣- وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[3] فالحديث يدل على وجوب رد المغصوب من مال الغير، ولا يبرأ إلا بتصييره إلى مالكه أو من يقوم مقامه. ويدخل في ذلك الغصب والوديعة والعارية[4]. فالغاصب المعتدي على مال الغير يبقى مسئولاً عن أخذه المال حتى يرده إلى مالكه، وفي ذلك رفع للضرر.

٤- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه قال: «من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن»[5] فهو يدل على تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها سواء أصاب بالسراية أم بالمباشرة وسواء كان عمداً أو خطأ. لأن التطبب تكلف التلف ولم يكن طبيباً. فالمتطبب من ليس له خبرة بالعلاج[6]. وقد عقّب الشاطبي على بعض أنواع الأدلة الواردة في القرآن بقوله: «فإن الأدلة قد تأتي في معان مختلفة، ولكن يشملها معنى واحد شبيه بالأمر في المصالح المرسلة. . . فتأتي السنة بمقتضى ذلك المعنى الواحد، فيعلم أو يظن أن ذلك المعنى مأخوذ من مجموع تلك الأفراد بناء على صحة الدليل الدال على أن السنة إنما جاءت مبينة للكتاب، وهذان هذا الوجه طلب معنى قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[7].

---

(١) شرح حديث «لا ضرر ولا ضرار» للطوفي ملحق بكتاب المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد ص٢٠٦

(٢) سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب (١٨)، ٤/ ٣٢٥. وقال حسن غريب.

(٣) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب (٣٩)، ٣/ ٥٦٦. وقال: حسن صحيح.

(٤) فتح العلام لنور حسن عدان ٢/ ٥٢.

(٥) أخرجه الدار قطني وصححه الحاكم (سبل السلام ٣/ ٢٥٠).

(٦) سبل السلام ٣/ ٢٥٠، فتح العلام لنور حسن عدان ٢/ ٢٠٥

(٧) الموافقات للشاطبي ٤/ ٤٧.

ثالثاً: نصوص من الآثار.

١- عن علي رضي الله عنه أن رجلين جاءا إليه ليشهدا على رجل بالسرقة فقطعه علي رضي الله عنه ثم جاء آخر فقالا هذا الذي سرق وأخطأ في الأول. فلم يجز شهادتهما على الآخر، وغرمهما الدية الأول (أي دية اليد المقطوعة) وقال: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»[1] فهو يدل على أن خطأ الشهود في شهادتهم يعتبر تسبباً في الضرر ويوجب الضمان[2].

٢- روي عن معاوية بن أبي سفيان: «أنه أُتي بمجنون قتل رجلاً، فكتب إليه معاوية أن أعقله، ولا تُقِد منه، فإنه ليس على مجنون قود»[3] فهو يدل على أن المجنون مسؤول في ماله إذا صدر منه فعل ضار: كالقتل فإنه يتحمل الدية من ماله؛ لأن فعله من غير قصد يشبه قتل الخطأ. وقتل الخطأ يختص بالعمْل دون القصاص[4].

٣- وروي عن علي رضي الله عنه: «أنه ضمن الغسال والصباغ وقال لا يصلح الناس إلا بذلك»[5]. فقد ضمنه ما يتلف بعمله أو ما يضيع عنده. وهذا استحسان على خلاف القواعد القياسية؛ لأن هؤلاء أجراء. والأجير لا يضمن إلا بالتعدي على الأمانة أو التقصير في حفظها[6].

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على تحريم أكل أموال الناس بالباطل، كما أجمعوا على تحريم الدماء إلا بحقها، كما أجمعوا على تحريم الأعراض. وقد قررت الشريعة الإسلامية حفظ هذه

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الديات، باب (٢١) ٨/ ٤٢

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ٢/ ١٠٩

(٣) الموطأ مع تنوير الحوالك للسيوطي ٢/ ١٨٢.

(٤) المنتقى للباجي ٧/ ٧١.

(٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٣/ ٥٧١

(٦) الفعل الضار للزرقا، ص٥٢.

الضروريات ومنعت من أي اعتداء عليها، وشرعت من الأحكام ما يرتب المسؤولية على المعتدي عليها ويلزمه بتوسيم الآثار الناجمة عن اعتدائه. هذا ما قرره كثير من العلماء منهم ابن قدامة وابن تيمية والشاطبي وغيرهم[1]. حيث قال الشاطبي في حديث: «لا ضرر ولا ضرار»: «إنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار ممنوع منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات.. ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض وعن الغصب والظلم وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرر، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال فهو معنى في غاية العموم لامراء فيه ولا شك»[2].

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الضرر يزال»

إن قاعدة: «الضرر يزال» تتكون من العناصر الآتية: الموضوع: وهو الضرر، والحكم الكلي: وهو وجوب إزالة الضرر، ومناط الحكم، والمقصد الشرعي من هذه القاعدة:

أولاً: موضوع القاعدة.

موضوع قاعدة: «الضرر يزال» هو الضرر أو الفعل الضار وهو يتنوع باعتبار محله- إلى ضرر يتعلق بالبدن والنفس والعقل والعرض (النسب) والمال. كما يتنوع - باعتبار دور فاعله - إلى ضرر بالمباشرة: وهو فعل الضرر من غير واسطة: كالمباشر للقتل وبعبارة أخرى: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف: كما لو ضرب غيره فمات وعرفته المسجلة بأنه: «إتلاف الشيء بالذات»[3] والنوع الثاني: ضرر بالتسبب: وهو أن يكون الإنسان سبباً في حصول ضرر لغيره[4]. وبعبارة أخرى أن يتصل أثر فعل

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٦٣٥، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤/ ٨٦

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٦-١٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٨٧)

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص١٢٩.

الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، فيتلف به: كمن حفر بئراً، فجاء إنسان ووقع فيه فمات وعرفته المجلة بأنه: «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر عمى جرى العادة»[1] ويتنوع الضرر - باعتبار هيئته - إلى ضرر مادي: كالضرب والقتل وسرقة الأموال وغير ذلك، وضرر معنوي أو أدبي: كالتعدي على الغير في حريته أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو غير ذلك

ولإعمال قاعدة: «الضرر يزال» يشترط في الضرر عدة شروط وهي:

١- أن يكون الضرر محققاً.

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الضرر الذي بُني عليه الأحكام أن يكون محققاً في الحال أو المستقبل، فلا تبنى الأحكام على مجرد موهوم أو نادر الحصول عملاً بقاعدة: «لا عبرة لتوهم» المتفرعة من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» فلا يقال: إن كثرة إنجاب النسل يترتب عنه ضرر بالغ في الاقتصاد الوطني فهذا ضرر موهوم[2]؛ لأن الله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان ومتطلباته وذلك إذا أحسن توظيف الأيدي العاملة والعقول المفكرة وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [الأعراف ٩٦].

ومن الأمثلة على الضرر النادر الحصول بناء الشخص جداراً في أرضه فدعي جاره أنه يحجب عنه الهواء، فلا يكون ذلك ضرراً مخلاً بالمصلحة المشروعة؛ لأنه لا ينفع حجب الهواء وإذا وقع كان نادراً[3].

كالعبرة في الضرر كثرة الحصول. أما إذا كان الضرر محتملاً أو غالباً فهل يبنى عليه الأحكام أم لا؟ ومن الأمثلة التوضيحية للضرر الغالب بيع الحَب الذي عرف بحصره خبراً، وبيع الحديد والرصاص لأهل الحرب حيثه تصنيع السلاح منه.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٨٨)

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٣٥، الضرر في الفقه الإسلامي لعواض ٢/ ٧٢٣.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٣٥.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار الضرر الغالب أو المظنون؛ لأن الظن الغالب يجري مجرى العلم في الأحكام، ولأنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه، كما تزيده قاعدة: «سد الذرائع» في الشريعة الإسلامية[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم اعتبار الضرر الغالب أو المظنون في جميع الأحوال، فيصححون بيع العنب لمن يعرف بعصره خمراً، وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب مع الكراهة. لأن المشتري قد لا يعصي الله بما اشتراه[2].

والراجح هو القول الأول من اعتبار الضرر المظنون أو الغالب ضرراً مخلاً بالمصلحة، فيمنع مراعاة لمقاصد الشريعة في منع الضرر ومنع فتح أبوابه.

٢- أن يكون الضرر فاحشاً.

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون مقداره كبيراً أو فاحشاً، فلا يعتد بالضرر اليسير كما لا يعتد بالغرر اليسير. والعبرة في تحديد الكثير واليسير إلى العرف والعادة[3]. وهذا مما يحقق مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على مسايرة التطورات والأعراف.

٣- أن يكون الضرر بغير حق.

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون إخلاله بالمصلحة المشروعة بغير حق: كالتعدي والتعسف والإهمال. ومن التصرفات التي لا تعد ضرراً من الوجهة الشرعية لكونها حاصلة بمقتضى إقامة القصاص والحدود على أهلها، وكذلك التعازير والضغط بالحق ودفع الصائل الذي يحتدي على غيره ولو أدى إلى قتله.

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ٧٠، الفروع لابن مفلح ٤/ ٤٢٠.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٣٣، المجموع للنووي ٩/ ٣٥٤.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٣٢.

ولكي نحكم على الضرر أنه بغير حق ومخل بالمصلحة المشروعة لابد أن يتحقق من وجود التعدي أو التعسف أو الإهمال. وللتحقق من ذلك لابد من بيان حدود كل منها على حدة. وفيما يلي بيان للتعدي والتعسف والإهمال.

أ- التعدي.

التعدي لغة: الظلم ومجاوزة الحد، ومجاوزة الشيء إلى غيره.

وقال ابن فارس: «التجاوز عن ينبغي أن يقتصر عليه»[1].

والتعدي في الاصطلاح: «إضرار بالغير بغير حق»[2].

ويذكره الفقهاء في التعدي على الأنفس بالقتل أو الجرح أو إتلاف المنافع، والتعدي على الأموال بالغصب والإتلاف، وتعدي الأمين في الوديعة وغير ذلك[3]. ويستعمل التعدي للدلالة على عدة معان منها:[4]

المعنى الأول: العمل المحظور في ذاته شرعاً: كالانتحار والقتل للغير.

والمعنى الثاني: المجاوزة إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

والمعنى الثالث: الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعمد وسوء القصد عند استعمال الحق.

ونخلص من هذا إلى ضابطين للتعدي هما:[5]

الضابط الأول: أن يكون الفعل غير مشروع في ذاته، سواء تعلق بنفس الفاعل أو بغيره.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ٣٤٩.
(٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ١/ ٤٦٨.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ١/ ٨٠٣.
(٥) المرجع السابق.

والضابط الثاني: أن يقصد الإضرار من الفعل، أو مظنة قصد الإضرار المستفادة من القرائن، أو الإهمال والتقصير في بذل العناية الواجبة: كمن يوقد ناراً في ملكه ونام.

ب- التعسف:

التعسف لغة: من عسف يعسف عسفاً الأخذ بقوة: قال الخليل «العسف: ركوب الأمر من غير تدبر، وركوب مفازة من غير قصد ومنه التعسف»[1].

والتعسف في الاصطلاح: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»[2] والمقصود بمناقضة قصد الشارع: المضادة. وهي إما أن تكون مقصودة بأن تكون في القصد المضاد لقصد الشارع: كبيع العينة للتوصل إلى الربا، وإما أن يكون في الفعل الذي ظاهره الجواز، ولكنه يفضي إلى ما هو محرم: كهبة المال إلى قريب له لإسقاط الزكاة وغير ذلك مما يدخل في الحيل التي تهدم مقصد الشارع. وبذلك يكون التعسف أحد السبل المؤدية إلى الضرر. وهو داخل في التعدي بالمعنى العام وبناء على ذلك يمكن أن نخلص إلى ضابطين في التعسف وهما:[3]

الضابط الأولى: ذاتي أو شخصي لأنه ينظر فيه إلى العوامل النفسية التي تحرك الإرادة إلى التصرف من قصد الإضرار أو الدفع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

والضابط الثاني: موضوعي يعتمد على أمور مادية ترجع إلى مدى التناسب بين ما يُجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة. ووسيلة ذلك الموازنة والمقارنة. فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عنها منع العمل.

جـ- الإهمال.

الإهمال لغة: من همل الدمع هموماً وهملاناً جرى، وهملت الماشية سرحت بغير راع فهي هامل. فالإهمال لغة ترك الشيء بغير عناية[4]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٣١١، المصباح المنير للفيومي ص٥٤٠.
(٢) التعسف في استعمال الحق للبوعي ص ٨٠.
(٣) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٢/٨٢٤.
(٤) المصباح المنير الفيومي ص٨٨١.

للإهمال عن المعنى اللغوي له[1] فهو بمعنى التقصير في النظر المأمور به، وعدم بذل العناية والاحتياط الواجبين على الإنسان عند استعماله السلطة المخولة بمقتضى الحق، مما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالتعدي[2]. ويرجع في بيان حد الإهمال إلى العرف والعادة، كما أشار إلى ذلك كل من الشافعية والحنابلة[3].

٤- أن يكون الضرر مخلاً بمصلحة مشروعة.

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون مخلاً بمصلحة مشروعة في الأصل كاقتناء السيارة والثوب والبيت وغير ذلك، وأما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتبر الضرر الذي يقع عليها: كإتلاف خمر لمسلم، وإتلاف آلات اللهو المحرمة وغير ذلك[4].

٥ أن يكون الضرر مخلاً بمصلحة مستحقة للمتضرر بأي وجه من وجوه الاستحقاق، ولذا إذا كانت غير مستحقة للمتضرر؛ لم يعتبر الإخلال بها ضرراً: كمن بنى في أرض الغير بدون وجه حق فإن البناء يزال ولا يضمن صاحب الأرض قيمة البناء المهدوم[5].

ثانياً: حكم القاعدة الكلي وهو وجوب إزالة الضرر.

حكم قاعدة: «الضرر يزال» وجوب إزالته، لأن الإخبار في كلام الفقهاء تلوجوب[6]. وهو يتضمن حكمين، الأول: وجوب رفع الضرر قبل وقوعه. والثاني: وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه.

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي الكويتية ٢٧/١٦٧، معجم المصطلحات الفقهية لمحمود عبد المنعم ١: ٣٣٢.
(٢) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٢/٨٤٩.
(٣) حاشية تحيري ٣/١٩٨، المغني لابن قدامه ٥/٦١٩.
(٤) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٢/٨٥٩.
(٥) الترجع السابق.
(٦) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص١٢٥.

١ وجوب رفع الضرر قبل وقوعه.

إن الشريعة الإسلامية قررت قاعدة عظيمة وهي: «سد الذرائع» وقد اتفق الفقهاء على أصل هذه القاعدة باعتبار أنها تعمل في نطاق قطع المضار؛ لأن معنى سد الذرائع غلق جميع المنافذ المؤدية إلى المضار. وقد تضافرت الأدلة على سد منافذ المضار. وتمثل هذه القاعدة الدور الوقائي، إذ ننظر إلى مآل تصرف الإنسان فتمنعه إذا ترتب عليه مضرة أو مفسدة، ولو كان التصرف في ذاته مباحاً.

٢- وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه.

إذا وقع الضرر على إنسان فتجب إزالته وترميم آثاره؛ لأن الضرر ظلم وغدر، وإقرار الظالم على ظلمه وغدره لا يجوز[١]. وإزالة الضرر إما أن تكون بإزالة عينه، وإما بالتعويض عنه وهو المسمى بالضمان، وإما بإيقاع العقوبة على الفاعل من قصاص وحدود وتعزير. وفيما يلي بيان لذلك.

أ- إزالة عين الضرر.

تجب إزالة عين الضرر فيما لو أمكن ذلك، والضرر الذي تجب إزالة عينه إما أن يكون فعلاً - كأن يبني الرجل في بيته تنوراً للخبز فيؤذي جيرانه، وكذلك لو وضع مضخة في بيته فإنه تجب إزالة عين التنور والمضخة لرفع الضرر عن الجيران[٢]. وإما أن يكون الضرر قولاً: كتصرف صادر من إرادتين أو طرفين: كعقد البيع أو الإجارة إذا كان فاسدين فإنهما يفسخان لمنع ترتب آثارهما عليهما. وتصرف صادر من إرادة واحدة كالإبراء والطلاق والنازل عن حق الشفعة إذا كان فاسداً، فإنه يفسد التصرف. ومن وسائل إزالة الضرر العيني في العقود الخيارات التي شرعها الإسلام. وفي حالة ما إذا كان مصدر الضرر الامتناع عن فعل: كاحتكار السلع لدى تاجر معين فإنه يجبر على الفعل بيع السلعة المحتكرة[٣].

---

(١) الضرر في الفقه الإسلامي لعوافي ٢/ ٩٣٥.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٦٩، ونهاية شرح التحفة ٢/ ٢٣٥، والمنتقى للباجي ٦/ ٦٠.

(٣) الفتاوى لابن تيمية ٢٨/ ٩٨، والطرق الحكمية لابن القيم ٣٤٤.

ب التعويض عن الضرر «الضمان».

الضمان لغة: من ضمنت المال ضمناً فأنا ضامن وضمين التزمته. ويتعدى بالتضعيف فيقال ضمنته المال أي ألزمته إياه[١].

والضمان في الاصطلاح. «واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة»[٢].

وعبارة أخرى: «التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[٣].

وقد قررت الشريعة الإسلامية للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم الضمان جبراً للضرر وقمعاً للمعتدين وزجراً للمتعدين في كثير من آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠] وقوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها التي ألقت قصعة الطعام فكسرتها: «طعام بطعام وإناء بإناء»[٤].

جـ- إيقاع العقوبة على الفاعل من قصاص وحدود وتعازير.

إذا كان الضرر يمثل جناية حدية من قصاص أو حدود عوقب بالحد الذي حدده الشارع لها فيقتل القاتل عمداً، ويجلد الزاني غير المحصن وتقطع يد السارق. أما إذا كان الضرر يمثل جناية دون ما يجب فيها الحد فإن الفاعل للضرر يعاقب بالتعزير، ويرجع في تحديده إلى تقدير الحاكم أو القاضي.

هذه الأنواع الثلاثة من إزالة الضرر قد توقع منفردة بالنسبة لبعض الأضرار، وقد تجتمع في بعضها كما في الغصب، فإن الغاصب يقضى عليه برد ما غصب، وضمان ما نقص منه، ويعزر على جناية الغصب[٥].

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٢٤٧.

(٢) الوجيز للغزالي ١/ ٢٠٨.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٣٢.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ٦/ ٢٧٧.

(٥) مواهب الإكليل ٢/ ١٤٨، ومواهب الجليل للحطاب ٥/ ٢٧٤.

ثالثاً: العلاقة بين الموضوع والحكم الكلي أو مناط الحكم: هو درء المفاسد عن الناس وقد قرر الآمدي الإجماع على تعليل الشريعة بجلب المصالح ودرء المفاسد[1]. وقال الطوفي: «قد أجمع إلا من لا يعتدُّ به من جامدي الظاهرية على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد»[2] وإذا كانت أحكام الشريعة معللة بجلب المصالح ودرء المفاسد، فإن إزالة الضرر تُعلل بنفس المفاسد. كما قال الشاطبي في بيان المقاصد الضرورية: إنها لابدَّ منها. في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين. والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك مراعاتها من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[3]. ويؤيد ذلك ما ورد في أبنات إزالة الضرر من التعبير عنه بالفساد.

رابعاً: المقصد الشرعي من هذه القاعدة.

المقصود الشرعي من هذه القاعدة نفي فكرة الظلم من عقول الناس؛ لأن الضرر ظلم. قال تعالى: ﴿ وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا يُؤَخِّرُهُمْ لِيَوْمٍ تَشْخَصُ فِيهِ الْأَبْصَارُ مُهْطِعِينَ مُقْنِعِي رُءُوسِهِمْ لَا يَرْتَدُّ إِلَيْهِمْ طَرْفُهُمْ وَأَفْئِدَتُهُمْ هَوَاءٌ وَأَنْذِرِ النَّاسَ يَوْمَ يَأْتِيهِمُ الْعَذَابُ فَيَقُولُ الَّذِينَ ظَلَمُوا رَبَّنَا أَخِّرْنَا إِلَىٰ أَجَلٍ قَرِيبٍ نُجِبْ دَعْوَتَكَ وَنَتَّبِعِ الرُّسُلَ أَوَلَمْ تَكُونُوا أَقْسَمْتُمْ مِنْ قَبْلُ مَا لَكُمْ مِنْ زَوَالٍ وَسَكَنْتُمْ فِي مَسَاكِنِ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ وَتَبَيَّنَ لَكُمْ كَيْفَ فَعَلْنَا بِهِمْ وَضَرَبْنَا لَكُمُ الْأَمْثَالَ ﴾ [إبراهيم: ٤٢-٤٥] وقال تعالى: ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ ﴾ [الشورى: ٤٢] وقال ﷺ فيما يرويه عن ربه تبارك وتعالى: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرماً فلا

(١) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣/ ١٣٢.

(٢) شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» لنجم الدين الطوفي ملحق بكتاب: المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي لمصطفى زيد ص ٢١٥.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ٨.

تظالموا»[1]. وقد عدَّ الذهبي كثيراً من الأفعال الضارة من الظلم مثل الغصب وأكل مال اليتيم والمماطلة في قضاء الدين[2].

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «الضرر يزال».

بينا سابقاً أن هذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، ولذلك فإن تطبيقاتها تفوق الحصر، وسأكتفي بذكر بعضها:

١- للشريك الذي أنفق على صيانة العدل المشترك حبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمة النفقات التي أنفقها[3].

٢- إذا سلط شخص ميزاب بيته على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال. وكذلك إذا تعدى على الطريق العام ببناء أو حفر بالوعة فإنه يزال. ويضمن المتعدي ما ألحقه بالغير من أضرار[4].

٣- إذا استقرض مبلغاً من النقود المتداولة فأبطل التعامل بها فعليه قيمة ما استقرضه. أما إذا لم يبطل التعامل بها، ولكن انخفضت قيمتها؛ فيرد مثلها؛ لأن رد القيمة يؤدي إلى الربا[5].

٤- إذا انتهت مدة عقد إجارة الأرض الزراعية قبل حصاد الزرع تبقى الأرض في يد المستأجر بأجرة المثل حتى يتم الحصاد منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه[6].

٥- من أحدث في ملكه مذبغة جلود يتأذى منها الجيران بحيث لا يستطيعون السكنى في منازلهم بسبب الروائح الكريهة؛ فإنه يكلف بدفع الضرر بالطرق الممكنة[7].

(١) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، رقم (٥٥)، ٤/ ١٩٩٤.

(٢) الكبائر للذهبي ص١١٣.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص١٩.

(٤) القواعد الفقهية لندوي ص٥١٦.

(٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (بتصرف) ص ١٢٥.

(٦) المدخل الفقهي للزرقا ٢/ ٩٧٩.

(٧) شرح مجلة الأحكام العدلية لقاضي ص٨١.

٦ ـ د. ماطل المدين في قضاء ما عليه من دين للقاضي أن يأمر ببيع أمواله لإيفاء الدين معاً للضرر[1].

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «الضرر يزال».

إن قاعدة: «الضرر يزال» تتداخل مع قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» كما قال ابن نجيم: «هذه القاعدة هي التي قبلها متحدة أو متداخلة»[2] ويترتب على ذلك كما قال الحموي: «أن تصدق كل واحدة منهما على ما تصدق عليه الأخرى»[3] كما يترتب عليه صلاحية دخول بعض القواعد الفرعية تحت القاعدتين كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» ويرجع هذا التداخل إلى أن كل قاعدة تعمل في نطاق الأخرى، فقاعدة: «الضرر يزال» نطاقها الضرر الواقع بالناس الذي هو في معنى الحرج والمشقة والضرورة. وتقتضي القاعدة إزالته، وقاعدة «المشقة تجلب التيسير» نطاقها المشقة والحرج والضيق وهي بمعنى الضرر وهذا يوحي بأنه لا فرق بين القاعدتين فلم أفردت كل واحدة بقاعدة؟ والذي يدقق النظر يجد فروقاً: منها ما ذكره الجرجاني في بيان معنى الضرورة: «مشتقة من الضرر وهو الشر» مما لا مدفع له»[4]. فنطاق قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لمعسار النازلة بالإنسان ولا يمكنه دفعها وإزالتها، وتقتضي التخفيف والتيسير في الأحكام. أما قاعدة: «الضرر يزال» فنطاقها المعسار التي يحدثها الإنسان بنفسه أو بغيره، ويمكن إزالتها ودفعها بإزالة عينها أو بالتعويض أو بالعقوبة. وسنقتصر في ذكر القواعد الفرعية المتعلقة بهذه القاعدة على ما يتعلق بنطاقها؛ وهو الضرر الذي يلحقه الإنسان بنفسه أو بغيره، ويمكن دفعه بإزالة عينه، أو بالتعويض أو العقوبة أو بإمكانية تلافيه قبل وقوعه. ويمكن تقسيم القواعد المتعلقة بقاعدة: «الضرر يزال» إلى قسمين وهما القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة، والقواعد التي تمثل ضابطاً للقاعدة.

(١) المرجع نفسه.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٥
(٣) غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٢٧٥
(٤) التعريفات للجرجاني ص ١٨٠.

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

١ ـ قاعدة: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»[1].

هذه القاعدة متفرعة من قاعدة: «الضرر يزال» وهي تعد أساساً نظرية: «التعسف في استعمال الحق» وهي تنظم علاقة الجار بجاره، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ ـ معنى القاعدة.

إن على الإنسان مراعاة حقوق غيره، فلا يلحق به ضرراً، فمن كان مالكاً لدار له أن يتصرف فيها أي تصرف شرعي بشرط عدم إلحاق ضرر بجاره.

ب ـ تطبيقات هذه القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا بنى بيتاً وفتح فيه نوافذ بإذن جاره، فكانت تلك النوافذ تطل على سماء الجيران، فيجب سدها ولو كان لصاحبها مصلحة في فتحها؛ لأن درء المفسد أولى من جلب المصالح. ومنها: إذ حفر حفرة في أرضه من أجل البناء لكنه تؤدي إلى انهدام بيت الجار، فيجب إتخاذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من ذلك[2]. ومنها: حبس الأب لو امتنع عن الانفاق على ولده[3].

(١) موسوعة القواعد الفقهية لبورنو ٤/ ٣٠٩، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٧.
(٢) نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٧.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٨.

٢- قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»[١].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «الضرر يزال» لأنه عند الموازنة بين المصالح والمفاسد تعتبر المصالح إذا كانت غالبة فتقدم على المفاسد، وتقدم المفاسد إذا كانت غالبة. أما عند التساوي بين المصالح والمفاسد، فتقدم المفاسد على المصالح. أي يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

الدرء بمعنى الدفع، فيقال درأت الشيء درءاً من باب نفع دفعته. ودارأته بمعنى دافعته[٢]. وقد استعمله الفقهاء بهذا المعنى ومن ذلك: درء الحدود بالشبهات أي دفع إقامة الحدود لشبهة من الشبه المعتبرة شرعاً[٣]. والجلب: الإتيان بالشيء من موضع إلى موضع[٤]. والمصلحة بمعنى المنفعة. والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه إذا تعارضت المصالح والمفاسد في فعل شيء أو الكف عنه فإنه يتم دفع المفاسد على جلب المصالح؛ لأن الشارع الكريم حرص على منع المنهيات، وأكد على ذلك أكثر من تأكيده على تحقيق المأمورات، لأن المفاسد سريعاً وتتوسعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها[٥].

ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم»[٦] قال النووي في شرحه: «هذا من قواعد الإسلام المهمة ومن جوامع الكلم التي أعطيها ﷺ، ويندرج فيه مالا يحصى من الأحكام»[٧] واستدل به على أن اعتناء

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٠

(٢) المصباح المنير للفيومي ص٢٦٣، المعجم الوسيط ص١٦٩.

(٣) معجم لغة الفقهاء، القلعجي وقنيبي ص٢٠٧.

(٤) معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٩.

(٥) المدخل الفقهي الزرقاء ٢/ ٩٨٤.

(٦) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب (٢١)، ٨/ ١٤٢.

(٧) شرح مسلم للنووي على مسلم ٩/ ١٠٢.

الشرع بالمنهيات فوق اعتنائه بالمأمورات، لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك، وقيد في المأمورات بقدر الطاقة.

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات القاعدة قطع اليد المتآكلة عند استواء الخوف من قطعها والخوف من إبقائها[١].

٣- قاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»[٢].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «الضرر يزال» باعتبار أنه يوجد في القاعدة الفرعية دفع ضرر أعظم. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

في الموازنة بين المفاسد يتبع الفقيه معياراً مستمداً من القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَكُفْرٌۢ بِهِۦ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِۦ مِنْهُ أَكْبَرُ عِندَ ٱللَّهِ وَٱلْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ ٱلْقَتْلِ ﴾ [البقرة: ٢١٧] فالقتال في الشهر الحرام مفسدة، والفتنة عن الإسلام مفسدة أعظم فيرتكب أخف الضررين إذا لم يكن بد من فعل أحدهما. ويتمثل ذلك المعيار فيما يلي:

١- عند اختلاف رتب المفاسد ترتكب المفاسد المتعلقة بالتحسينيات دفعاً لمفاسد الحاجيات والضروريات، وترتكب مفاسد الحاجيات دفعاً لمفاسد الضروريات. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يختار أهون الضررين»[٣].

٢- وعند اتحاد رتب المفاسد كأن تكون المفسدتان متعلقتين بالضروريات ترتكب مفسدة المال دفعاً لمفاسد النسل أو مفاسد العقل أو مفاسد النفس أو مفاسد الدين. وترتكب مفاسد النسل دفعاً لمفاسد الثلاثة التي قبلها وهكذا.

---

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص١٥١، القواعد الفقهية للندوي ص٦٠

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٩).

٣- وعند التعارض الجزئي والكلي ترتكب المفسدة الخاصة دفعاً للمفسدة العامة. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»[1]. كما ترتكب المفسدة الجزئية دفعاً للمفسدة الكلية.

ب- تطبيقات هذه القاعدة.

إن من تطبيقات هذه القاعدة على المعيار الأول جواز الكذب في الحرب لدفع الهلاك عن النفس مع ما فيه من مفسدة تتعلق بالتحسينيات. ومن تطبيقات المعيار الثاني: جواز إلقاء حمل السفينة من بضائع دفعاً لمفسدة هلاك نفوس الآدميين. ومن تطبيقات المعيار الثالث: التحاق الشخص بالخدمة العسكرية لحفظ كيان الأمة ودفع الهلاك عنها مع ما فيه من ضرر خاص على الفرد وأسرته.

٤ - قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»[2].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «الضرر يزال» لأنها تتعلق بدفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانيات المتاحة، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة ونطاقاتها

أ معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه قدر الإمكان، فالوقاية خير من العلاج. كما تفيد أنه إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية فيدفع بالقدر الممكن فلا يترك ولا يتجاوز فيه إلى أكثر من القدر الممكن الدفع به[3]. فإن كان مما يمكن أن يقابل بعوض جُبر به[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر مع المجلة ١/ ٣٧
(٣) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ٩٠.
(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ١٥٣.

ونستند هذه القاعدة إلى أدلة رعاية المصالح المرسلة وأدلة سد الذرائع. وكان الصحابة رضوان الله عليهم أكثر الناس استعمالاً لهذه القاعدة وأقضيتهم المتعلقة بالعقوبات والسياسة الشرعية خير شاهد على ذلك

ب تطبيقات هذه القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة أن الجهاد شرع لدفع شر الأعداء. ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وحماية الأمن وردع المجرمين. ومنها من غصب مالاً لأحد فهلك لزم تضمين الغاصب مثل المال إذا كان مثلياً وقيمته يوم الغصب إذا كان قيمياً. ويراعى في القيمة يوم الغصب ومكانه. ولا يترك الضمان إذا انقطع المثل[1]. ومنها: شرع حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار. ومنها: جواز الحجر على المدين المفلس دفعاً للضرر عن الناس[2]. ومنها: منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن أو وكيله[3].

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً في قاعدة: «الضرر يزال».

١ - قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»[4]

إن هذه القاعدة تمثل قيداً في قاعدة: «الضرر يزال» فإذا كانت إزالة الضرر واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله أو أشد، وإنما ينبغي أن يزال الضرر بغير ضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه[5].

ومن تطبيقات هذه القاعدة لا يجوز لمن أكره بالقتل على قتل غيره أن يقتل الغير بغير وجه حق. ومنها: عدم جواز أكل المضطر إلى طعام أن يأكل طعام مضطر

---

(١) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ٩٠.
(٢) كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٤٢٣
(٣) بحث بعنوان منع المدين من السفر، مجلة دراسات بالجامعة الأردنية عدد (٢) مجلد (٢٢) سنة ١٩٩٥م
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧.
(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ص١/ ٤١.

آخر[1] ومنها: لا يجوز لأصحاب حرفة في سوق منع صاحب حرفة جديد بحجة أن اشتغاله يمنك الحرفة يؤدي إلى كساد عملهم[2].

٢- قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً».

بن هذه القاعدة تمثل ضابطاً للضرر الذي يزال، فتجب إزالته ولو كان قديماً قد سكت الناس عنه. وقد أشرت سابقاً إلى معنى هذه القاعدة وتطبيقاتها.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٦.

(٢) شرح مجلة الأحكام لتقاضي ١/ ٨٧

المبحث الرابع

فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» تعد من أمهات القواعد الفقهية، وهي واحدة من خمس أو ست قواعد عليها مدار الفقه والأصول، فهي تصير للتخفيفات المطلقة: كفروض الكفاية وسننها وبناء الأحكام على الظنون لمشقة الوصول إلى العلم اليقيني، ويتخرج عليها رخص التشرع وتخفيفاته في جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ومناكحات وجنايات وأقضية وحقوق وغير ذلك. كما أن هذه القاعدة تعدُّ مظهراً من مظاهر الوسطية في الإسلام وتكليف الناس بما يطيقون وعدم إعناتهم وتكليفهم بالأعمال الشاقة ورفع الحرج عنهم. ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة ومكانتها في الشريعة الإسلامية لابدَّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتفريقاتها والقواعد المتفرعة عنها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتضمن هذا المطلب بيان مفردات القاعدة، والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

سأقتصر على بيان معنى كل من المشقة والتيسير وما يتعلق بهما من ألفاظ وأما الجلب فقد بينت معناه عند بيان قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح».

١- المشقة.

المشقة لغة: من الشق، فيقال شق الأمر عليّ يشق من باب قتل فهو شاق، واشق الشيء إذا تفرج فيه فرجة. وأصله في اللغة انصداع في الشيء، أو انخراق فيه. ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ إِلَىٰ طَعَامِهِۦٓ أَنَّا صَبَبْنَا ٱلْمَآءَ صَبًّا ثُمَّ شَقَقْنَا ٱلْأَرْضَ شَقًّا﴾ [عبس: ٢٤ ٢٦]

وقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا انشَقَّتِ السَّمَاءُ فَكَانَتْ وَرْدَةً كَالدِّهَانِ ﴾ [الرحمن: ٣٧] وسميت المشقة بذلك، لأنها تؤدي إلى انكسار النفس وانبهاذ بسبب الجهد والتعب والعناء والثقل[١].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن المعنى اللغوي لها فقال صاحبا معجم لغة الفقهاء «المشقة: العسر والعناء الحاصلان عن حد المعادة في الاحتمال»[٢].

ومن الألفاظ ذات الصلة بالمشقة الحرج والضرورة والحاجة.

أ- الحرج.

الحرج لغة: الضيق، فيقال: صدر حرج، أي ضيق. ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمَن يُرِدْ أَن يُضِلَّهُ يَجْعَلْ صَدْرَهُ ضَيِّقًا حَرَجًا ﴾ [الأنعام: ١٢٥] وأصله في اللغة تجمع الشيء وضيقه. ومنه الحرج بمعنى الإثم[٣].

والحرج في الاصطلاح: «ما فيه مشقة فوق المعتاد» فهو أخص من المشقة كما قال الشاطبي: «فما كان من معتادات المشقات في الأعمال فليس من الحرج لغة وشرعاً»[٤].

ب الضرورة.

الضرورة في اللغة: اسم من الاضطرار فيقال: اضطره إلى كذا بمعنى ألجأه إليه وليس له منه بد، وضره إلى كذا بمعنى ألجأه[٥].

والضرورة في الأصطلاح: «بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول المحظور هلك أو قارب»[٦]. كالمضطر تلاكل من الحشرز، بحيث لو بقي جائعاً هلك أو هزل أو مرض مرضاً شديداً وهي أخص من المشقة.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ١٧٠، المصباح المنير للفيومي ص٤٢٥، المفردات للراغب الأصفهاني، ص٢٦٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٤٣١.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ٥١، المصباح المنير للفيومي ١٧٤

(٤) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٥٩.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص٤٩٣.

(٦) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣١٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٥

جـ- الحاجة.

الحاجة لغة: من الحوج وهو الاضطرار إلى الشيء، فيقال: حاج الرجل يحوج بذا احتاج[١].

والحاجة في الاصطلاح: «ما يفتقر إليه من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب»[٢] وبعبارة أخرى: «ما تكون حياة الإنسان دونها عسرة شديدة»[٣]. كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله ثم يهلك ولم يقارب الهلاك غير أنه يكون في جهد ومشقة. فهي أدنى من الضرورة ولذلك لا تبيح ارتكاب الحرام[٤].

د-٢- اليسر.

التيسير لغة: مصدر يُسر وهو ضد العسر، ونُصبه في اللغة انفتاح شيء وخفته[٥]. ومنه قوله تعالى: ﴿ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ [الشرح: ٦] وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥].

والتيسير في الاصطلاح: موافق لمعناه اللغوي فقد استعمله الفقهاء في الإفتاء بما هو أيسر على الناس[٦].

ومن الألفاظ ذات الصلة بالتيسير: التخفيف، والترخيص، والتوسعة، والتعزيم

أ- التخفيف.

التخفيف في اللغة: من خف الشيء خفاً وخفة ضد الثقل كما قال ابن فارس: «وهو شيء يخالف الثقل والرزانة»[٧].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ١١٤، المصباح المنير للفيومي ص ٢١٣.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/ ٧.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص ١٧١.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٥.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٥٥، المصباح المنير للفيومي ص٩٣٦، المفردات للراغب ص٥٥١

(٦) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص ١٥٢.

(٧) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ١٥٤، المصباح المنير للفيومي ص٢٤٠.

والتخفيف في الاصطلاح: «رفع مشقة الحكم الشرعي بنسخ، او تسهيل، أو إزالة بعضه أو نحو ذلك»[1] فهو أخص من التيسير لأن التخفيف تيسير ما كان فيه عسر في الأصل، ولا يدخل فيه ما كان في الأصل ميسراً»[2].

ب- الترخيص.

الترخيص لغة: التسهيل والاسم الرخصة. يقال: رخص الشيء رخصاً فهو رخيص بدا يسره له وسهله، وأصله في اللغة يدل على لين وخلاف شدة، ومن ذلك اللحم الرَّخص أي الناعم، والرخص خلاف الغلاء[3].

الترخيص في الاصطلاح: لا يخرج عن المعنى اللغوي له وهو أن يجعل في الأمر سهولة[4]. والرخصة في الاصطلاح تطلق على معنيين[5]:

الأول: الحكم المتنازل باليسر بعد العسر تعذر من الأعذار.

والثاني: وهو أخص من الأول: ما استبيح مع قيام المحرم كالإذن في السلم مع انعدام المبيع رخصة من بيع المعدوم. وكذا ما نسخ عنا من الآصار والأغلال التي كانت على من قبلنا[6].

جـ- التوسعة.

التوسعة لغة: مصدر وسع أي صير الشيء واسعاً. والسعة الغنى والرفاهية[7].

---

(1) زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي 2/ 60.
(2) الموسوعة الفقهية الكويتية 14/ 211.
(3) معجم مقاييس اللغة لابن فارس 2/ 500، المصباح المنير للفيومي ص 304.
(4) الموسوعة الفقهية الكويتية 14/ 212.
(5) المرجع السابق.
(6) الموسوعة الفقهية الكويتية 14/ 212.
(7) المصباح المنير للفيومي ص 918.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للتوسعة عن معناها اللغوي. وهي بذلك تكون من التيسير، بل هي أعلى منه[1].

د- التعزيم.

التعزيم لغة: مصدر عزم على الأمر يعزم عزماً وتعزم أراد فعل الأمر وقطع عليه أو جدَّ فيه[2] ومنه العزيمة. قال الراغب: «العزيمة قصد الشيء والتصميم عليه تصميماً مؤكداً، وهو عقد القلب على إمضاء الأمر»[3].

والتعزيم في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي له، وهو التشديد على النفس بفعل ما فيه مشقة غير معتادة. وهو بكون بذلك خلاف التيسير.

وأما العزيمة في اصطلاح الأصوليين: فقد عرفها الزركشي بأنها: «الحكم الأصلي السالم موجبه عن المعارض»: كالصلوات الخمس من العبادات ومشروعية البيع وغيرها من التكاليف[4]. وبعبارة أخرى هي: «الحكم الوارد على فعل غير منظور فيه للعذر» كوجوب الصلاة تامة في الأحوال العادية، ووجوب صيام رمضان، وتحريم أكل الميتة[5].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقه حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج[6].

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية 14/ 213.
(2) المصباح المنير للفيومي ص 558، معجم مقاييس اللغة لابن فارس 4/ 308.
(3) المفردات الراغب الأصفهاني ص 334.
(4) البحر المحيط للزركشي 1/ 335.
(5) الواضح في أصول الفقه للأشقر ص 56.
(6) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي لبورنو ص 218.

المطلب الثاني: تأصيل القاعدة.

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» من أوائل القواعد التي دخلت مجال التقعيد الفقهي، فقد عزا الخطابي هذه القاعدة إلى الإمام الشافعي الذي قال في معناها: «إذا ضاق الأمر اتسع» وقال غيره: «إذا اتسع الأمر ضاق» وجمع بينهما ابن أبي هريرة بقوله: «وضعت الأشياء في الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت، وإذا اتسعت ضاقت» كما جمع بينهما أيضا الغزالي في قاعدة: «كل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده»[1] ويرجع سبب هذا الاهتمام المبكر بهذه القاعدة إلى اسنادها إلى أدلة كثيرة من القرآن والسنة وآثار الصحابة والإجماع والمعقول والتي وصفها الشاطبي بأنها بلغت مبلغ القطع، حيث قال: «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع»[2] وفيما يلي بيان لتلك الأدلة.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

١- آيات تدل على التيسير والتخفيف كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى: «يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا» [النساء: ٢٨] وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] قال ابن تيمية: «تضمن أن جميع ما كلفهم به أمرا أو نهيا مطيقون له قادرون عليه وأنه لم يكلفهم مالا يطيقون... وأنهم في سعة ومنحة من تكليفه لا في ضيق وحرج ومشقة، فإن الوسع يقتضي ذلك. فاقتضت أن ما كلفهم به مقدور لهم من غير عسر ولا ضيق ولا حرج عليهم»[3].

٢- آيات تدل على نفي الحرج والضيق كقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦] قال

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٥٩. وانظر في القواعد المزركشي ١/ ١٢٠

(٢) الموافقات للشاطبي ١/ ٢٣١

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤/ ١٣٧.

الجصاص: «لما كان الحرج هو الضيق، ونفي الله عن نفسه إرادة الحرج بنا سائغ الاستدلال بطاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام المسموعات»[1].

٣- آيات نفي الإثم والإصر كقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠] وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

٤- آيات النهي عن الغلو في الدين كقوله تعالى: ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ وَلَا تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ أَلْقَاهَا إِلَى مَرْيَمَ وَرُوحٌ مِنْهُ﴾ [النساء: ١٧١].

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية.

١- أحاديث تدل على السماحة والتيسير في الدين كقوله ﷺ: «إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية»[2] وسئل النبي ﷺ عن أحب الأديان إلى الله فقال: «الحنيفية السمحة»[3] وقوله ﷺ: «إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة»[4]. وقالت عائشة رضي الله عنها: «ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما»[5].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٣٩٢، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٣٩

(٢) مسند أحمد بن حنبل ٥/ ٢٦٦.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٩)، ١/ ١٥.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٩)، ١/ ١٥.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب (٨٠)، ٧/ ٦٠.

فهذه الأحاديث تدل على الوسطية والاعتدال في دين الإسلام والمراد بالحنيفية المائلة عن الباطل إلى الحق والاستقامة. والمراد بالسمحة الميسورة والمحكمة من السماحة في الإسلام أن الله جعل هذه الشريعة دين الفطرة، وأمور الفطرة راجعة إلى الجبلة فهي كائنة في النفوس سهل عليها قبولها ومن الفطرة النفور من الشدة والإعنات[1].

٢- أحاديث تدل على التخفيف وعدم التشدد والغلو: كقوله ﷺ عندما شكا بعض الصحابة ممن يطول في صلاة الجماعة: «أيها الناس إنكم منفرون، فمن صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة»[2] وكان ﷺ: «إذا أمر الصحابة أمراً أمرهم من الأعمال ما يطيقون»[3] وقوله ﷺ: «عليكم بما تطيقون فوالله لا يمل الله حتى تملوا وكان أحب الدين إليه ما دام عليه صاحبه»[4] وقال ﷺ حينما رأى رجلا أرهقه الصيام في السفر: «ليس من البر الصيام في السفر»[5].

٣ أحاديث تدل على محاسبة النبي ﷺ لنفسه خشية أن يكون قد شق على أمته كقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي ما قعدت خلف سرية، ولوددت أني أقتل في سبيل الله ثم أحيا، ثم أقتل، ثم أحيا، ثم أقتل»[6] وقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة»[7]. وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال: أعتم النبي ﷺ بالعشاء، فخرج عمر فقال: الصلاة يا رسول الله! رقد النساء والصبيان، فخرج ورأسه يقطر، يقول: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بهذه الصلاة هذه الساعة»[8] وعن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ خرج من عندها، وهو قرير العين طيب النفس، ثم رجع إليها وهو حزين فقال: «إني دخلت الكعبة ووددت أني لم أكن فعلت، إني أخاف أن أكون قد أتعبت أمتي من بعدي»[9].

---

(١) مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر ابن عاشور ص٦١

(٢) صحيح البخاري، كتاب العلم، باب (٢٨)، ١/ ٣١.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (١٣)، ١/ ١٠.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٣٢)، ١/ ١٦.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب (٣٦)، ٢/ ٢٣٨.

(٦) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٦)، ١/ ١٤.

(٧) سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب (١٨)، ١/ ٣٤ وقال صحيح.

(٨) صحيح البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب (٢٤)، ١/ ١٤٣

(٩) سنن الترمذي، كتاب الحج، باب (٤٥) ٣/ ٢٢٣. وقال: حسن صحيح

ثالثاً: آثار الصحابة والتابعين.

يمكن أن يستأنس لذلك بآثار الصحابة والتابعين ومن ذلك

١- قول ابن مسعود: «إياكم والتنطع، وإياكم والتعمق»[1].

٢- مرّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوما فسقط عليه شيء من ميزاب، ومعه صاحب له فقال صاحبه: «يا صاحب الميزاب ماؤك طاهر أو نجس؟ فقال عمر رضي الله عنه: يا صاحب الميزاب لا تخبرنا ومضى»[2].

٣ وقال الشعبي: «إذا اختلف عليك أمران فانظر أيسرهما فأقربهما إلى الحق»[3].

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على أن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه. وممن نقل ذلك الشاطبي حيث ذكر ثلاثة أدلة لأصل المسألة منها النصوص الدالة على ذلك، وما ثبت أيضاً من مشروعية الرخص، وهو أمر مقطوع به، ومما علم من دين الأمة ضرورة: كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات في الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة. والإجماع على عدم وقوع التكليف بالشاق والإعنات فيه، ولو كان واقعاً لتحصل في الشريعة التناقض والاختلاف وذلك منفي عنها، فإنه إذا كان وضع الشريعة على قصد الإعنات والمشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد الرفق والتيسير كان الجمع بينهما تناقضاً واختلافاً، وهي منزهة عن ذلك[4].

خامساً: المعقول.

إن العقل السليم مفطور على النفور مما فيه حرج ومشقة كما أنه مفطور على عدم التناقض، فلو كان الشارع قاصداً للمشقة لما كان مريداً للتيسر والتخفيف وذلك باطل عقلاً[5].

---

(١) الجامع الصغير للسيوطي مع فيض القدير للمناوي ٣/ ١٣٤

(٢) إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لابن القيم ١/ ٥٤.

(٣) شرح السنة للبغوي ٦/ ٣٠٧.

(٤) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٢٢.

(٥) المرجع السابق

المطلب الثالث: تحليل قاعدة «المشقة تجلب التيسير»

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» تتكون من العناصر الثاني: الموضوع وهو المشقة، والحكم وهو طلب التيسير والتخفيف، ومناط الحكم، ومقصود القاعدة. وفيما يلي بيان لهذه العناصر.

أولا: موضوع القاعدة.

موضوع قاعدة: المشقة تجلب التيسير» هو المشقة، وهي ما يلحق على النفس من جهد وتعب وعناء وتعنت. وفيما يلي بيان لأسباب وجودها، وأنواعها وضوابط اعتبارها لبناء الأحكام عليها.

١ أسباب وجود المشقة.

تعمل القاعدة بالتيسير إذا قامت الأسباب التي يغلب معها وقوع المشقة في العبادات وغيرها وهي:[1].

أ- السفر:

السفر لغة: قطع المسافة مطلقاً، وأصل مادة (سفر) الكشف والإظهار، يقال: سفرت المرأة عن وجهها إذا أظهرته. وقيل: في تسمية السفر بهذا الاسم؛ لأنه يسفر عن وجوه المسافرين وأخلاقهم، ويظهر ما كان خافياً منها[2].

والسفر في الاصطلاح: «الانتقال من موضع الإقامة مع ربط القصد بمقصد معلوم»[3].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٥.
(٢) لسان العرب لابن منظور ٤/ ٣٥٤، المصباح المنير للفيومي ٢٧٨.
(٣) بحث عزوم المدبر للعرالي ٢/ ٣٦٠.

ولما كان السفر يغلب معه وقوع المشقة جعله الشارع سبباً من أسباب التيسير والتخفيف بمجرد حدوثه دون انتظار للمشقة[1]. قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١] وقال تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ويشترط في السفر الذي تترتب عليه أحكام التيسير عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تكون مسافته معقولة شرعاً وعرفاً.

إن مجرد الانتقال من موضع الإقامة لا يكفي لاعتبار الشخص مسافراً، بل لا بدَّ من قطع مسافة معقولة شرعاً وعرفاً. وقد اختلف الفقهاء في حد تلك المسافة على ثلاثة أقوال[2]: الأول: مسيرة ثلاثة أيام، وهو قول الحنفية، والثاني: مسيرة ستة عشر فرسخاً (٨١كم) وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهي تعادل مسيرة يومين. والثالث: أن تكون معقولة عرفاً، وهو قول من ضعف أحاديث المسافة وبنى على العرف: مثل ابن حزم وابن تيمية. وأرى أنه يمكن أن يجمع بين القولين الأخيرين واعتبار المسافة ستة عشر فرسخاً أو (٨١كم)؛ لأنها معقولة شرعاً وعرفاً. وقد اعتبر الفقهاء من قطع تلك المسافة أو أكثر منها مسافراً سفراً طويلاً، ورتبوا على ذلك السفر عده رخص منها: قصر الصلاة الرباعية، وجمع الصلوات، والفطر في رمضان، والمسح على الخفين مدة ثلاثة أيام بلياليها. ولما من قطع مسافة أقل من تلك المسافة، فقد اعتبره الفقهاء مسافراً سفراً قصيراً، ورتبوا على ذلك السفر عدة رخص منها: عدم المطالبة بصلاة الجماعة والجمعة والعيدين.

(١) كشف الأسرار للبزدوي: ٤/ ٣٦٥.
(٢) ينظر تفصيل هذا الخلاف في كتاب «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» لابن الأشقر وأبو رحية وشبير، وأبو البصل ص٩٨.

الشرط الثاني: أن يكون السفر سفر طاعة، فلا يرخص للعاصي في الأحكام الشرعية. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[1] لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣] وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

الشرط الثالث: أن يجاوز مكان إقامته وما يتصل به من أبنية ومزارع، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة خلافاً لابن الماجشون من المالكية الذي اشترط قطع مسافة ثلاثة أميال قبل الأخذ بالرخص[2] وقول الجمهور أولى لأن الرسول ﷺ كان لا يتجاوز القصر في سفر إلا بعد خروجه من المدينة.

الشرط الرابع: قصد السفر وذلك بأن يقصد موضعاً معيناً، أما إذا هام على وجهه أوتاه في صحراء ولا يدري أين يذهب، فلا يترخص عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة الذي أجاز له الترخص، وهو على تلك الحالة إذا قصع مسافة القصر[3] والأولى قول الجمهور عملاً بقاعدة: «الأمور بمقاصدها» قال النووي: «ما حكي عن أبي حنيفة شاذ غريب ضعيف جداً»[4].

ب- المرض.

المرض في اللغة: السقم، وهو يدل في الأصل على كل ما يخرج به الإنسان من حد الصحة في أي شيء كان[5].

---

(١) الخ تضمين هذا الشرط في المرجع السابق ص٧٨٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١/ ٢٩٠، قوانين الأحكام لابن جزي ص٩٣، المجموع للنووي ٤/ ٢٠٢، المغني لابن قدامة ٢/ ٣٥٩.

(٣) الإشراف لابن هبيرة ١/ ١٥٧.

(٤) المجموع للنووي ٤/ ١٩٦.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٣١١، المصباح المنير للفيومي ص٧٨٠.

والمرض في الاصطلاح: «حالة تعتري خارجه عن المجرى الطبيعي»[1].

وبعبارة أخرى: «عرض يطرأ على بدن الإنسان فيؤثر على طبيعته النفسية والخلقية، ويؤدي إلى إضعاف أو إبطال عن القيام بالمطلوب منه على الوجه المعتاد»[2].

ويدل على اعتبار المرض سبباً للمشقة الموجبة للتيسير و التخفيف قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ النِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَآءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا﴾ [النساء: ٤٣] وقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].

ويشترط في المرض الموجب للتيسير أن يكون شديداً يؤدي إلى هلاك النفس أو تلف بعض الأعضاء أو فوات منافعها. بإضعاف البدن. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فلا يعتبر موجباً للترخيص والتيسير: كالتهاب يسير في الجسم أو صداع خفيف[3] ويرجع في تقدير شدة المرض وعدم شدته إلى الإنسان نفسه إذا عرف ذلك، وإلا يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء العدول بحيث يغلب على الظن أن هذا المرض شديد ويؤثر على البدن واكتفى الشافعية بقول واحد من الأطباء[4]. في حين ذهب الحنابلة إلى أنه لا يقبل إلا قول طبيبين ثقتين[5]. ويختلف الترجيح في هذه المسألة باعتبار وجوه الترخيص، فإذا كان الترخيص يتعلق بارتكاب محظور خطير: كإسقاط جنين، كان الاحتياط أرجح فلا يكتفي بطبيب واحد، بل لابد من لجنة طبية. وإذا كان الترخيص يتعلق بأمر خفيف: كترك صلاة الجماعة في المسجد، فيمكن أن يكتفي بقول طبيب واحد.

---

(١) كشف الأسرار للبزدوي ١/ ٤٩٩.

(٢) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية لصالح بن عبد الله بن حميد ص١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ١١٦، قوانين الأحكام لابن جزي ص١٣٧، مغني المحتاج للشربيني ١/ ٤٣٧، الإنصاف للمرداوي ٣/ ٢٨٤.

(٤) المجموع للنووي ٤/ ٣٩٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٢/ ٨٢.

جـ- الإكراه:

الإكراه لغة: اسم من كرهت الشيء أكرهه كرهاً. وأصله في اللغة على خلاف الرضا والمحبة. والكَرْه أن تكلف الشيء فتعمله كارهاً ويقولون إن الكره: الجعل الشديد الرأس، كأنه يكره الأنف[1].

والإكراه في الاصطلاح: حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد أو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر[2]. وبعبارة أخرى: "حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه"[3].

ويدل على اعتبار الإكراه سبب من أسباب المشقة الموجبة التيسير قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل: ١٠٥-١٠٦] وقوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[4].

ويشترط لتحقق الإكراه الذي تبنى عليه الأحكام عدة شروط وهي[5]:

الشرط الأول: أن يكون المكرِه قادراً على تنفيذ ما هدد به من قتل أو غيره، والمكرَه عاجزاً عن التخلص مما هدد به بهروب أو مقاومة أو استغاثة.

الشرط الثاني: أن يقع في غالب ظن المكرَه أنه لو لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما هدد به.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/١٧٣.

(٢) التعريفات للجرجاني ص٥١.

(٣) شرح التلويح على التوضيح ٢/١٦٦.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب (١١)، ١/٦٥٩، وبمعناه صحيح.

(٥) المشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف، ص١٦٧. وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ٢٠٨-٢١٠، كشف الأسرار للبزدوي ٤/١٣٨١.

الشرط الثالث: أن يكون الشيء المهدد به مما يتنق على المكرَه تحمله: كأن يهدد بقتل أو قطع عضو أو ضرب شديد أو حبس مديد، وهو الإكراه الملجيء.

الشرط الرابع: ألا يكون الإكراه بغير حق، وهو بما لا يقصد منه التوصل إلى غرض مشروع. أما إذا كان بحق كإجبار المدين على بيع ماله لوفاء دينه، وإجبار المالك على بيع أرضه للدولة لتوسيع الطريق لنعام، فلا يعد ذلك إكراهاً معتبراً.

الشرط الخامس: أن يكون الإكراه عاجلاً بأن يهدد بتنفيذه في الحال، أما إذا هدد أنه سينفذ في الغد فلا يعتبر إكراهاً.

د- النسيان:

بينت السنة عدد الحديث عن العنصر الخامس من عناصر القاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" وهو النسيان، وهو: "زوال المعلومة عن ذكر المكلف مع العجز عن تذكرها في الحال، أو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه"[1].

ومما يدل على اعتبار النسيان سبباً من أسباب المشقة الموجبة للتيسير الحديث السابق: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان" أي أن الله تعالى رفع الإثم المترتب على التقصير في أداء الواجبات بسبب النسيان. ويشترط في النسيان لاعتباره سبباً من أسباب التيسير عدة شروط وهي[2]:

الشرط الأول: أن لا يكون النسيان بسبب تقصير المكلف في مباشرة أسباب التذكر مع تذكره عليه. فإن كان بتقصير تمكلف فلا يعد سبباً للتيسير. كمن أكل في أثناء الصلاة ناسياً، فإن النسيان يفسدها، ولا يعتبر عذراً لوجود حالة التذكر من الإنسان بما هو فيه من هيئة الصلاة.

---

(١) عمر عبود الله أبو المحمود ١/٢١٧.

(٢) كشف الأسرار للبزدوي ٤/١٣٥٦.

الشرط الثاني: أن لا يتعلق النسيان بحقوق العباد، فإن تعلق بها فلا يعد عذراً؛ لأن حقوق العبد محترمة لا تسقط بالنسيان، فلو أتلف إنسان مال آخر ناسياً ضمنه، ولا يسقط الضمان بالنسيان. أما حقوق الله فهي شرعت للابتلاء، وتحتاج إلى النية والقصد والنسيان يعد مهماً.

الشرط الثالث: أن لا يسبق تصريح بتنفيذ الأمر، ولو ناسيا كمن قال: والله لا أدخل هذه الدار عامداً أو ناسياً فدخلها ناسياً حنث في يمينه.

الشرط الرابع: أن يكون الحق غير قابل للتدارك. لاعتبار النسيان سبباً من أسباب الإسقاط أو التخفيف. أما إذا كان الحق قابلاً للتدارك فلا يسقط ولا يخفف: كمن نسي الصلاة أو الزكاة أو الكفارة، فيجب الإتيان بها عند تذكرها لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»[1].

هـ- الجهل.

بيت معنى الجهل عند العنصر الخامس من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» والمراد به هنا عدم العلم بالأحكام الشرعية كلها أو بعضها.

والجهل لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء؛ لأن متعلق الأهليتين هو الذمة والعقل والتمييز والجهل لا تأثير له على هذه المقومات للأهلية. إلا أن للجهل حالات اعتبرها الشارع عذراً من الأعذار في حق المكلف، وبالتالي تسقط عنه التبعات الناتجة بما فعل عن جهل[2].

ويشترط في الجهل لاعتباره عذراً أو سبباً للتخفيف والتيسير عدة شروط وهي:

(1) صحيح البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب (37)، 1/148؛

(2) عوارض الأهلية عند الأصوليين لنصري محمد ممارك ص308.

الشرط الأول: أن يتعلق بموضوع اشتبهت فيه الأدلة كالجهل في موضع الاجتهاد والجهل في موضع الشبهة. أما الجهل فيما فيه أدلة واضحة وضرورية فلا يعد جهلاً: كالجهل بمخالفة الكتاب والسنة والجهل بما علم من الدين بالضرورة.

الشرط الثاني: أن لا يكون فيما يمكن الاحتراز عنه سؤال أهل العلم عن حكمه، أما إذا تعذر الاحتراز عنه بأن كان من دخل في الإسلام في بلاد غير إسلامية لا يوجد فيها وسيلة للحصول على العلم الشرعي، فإنه يعذر بجهله. قال ابن النجار: «إذا قلنا أن الجاهل يعذر، فإنما محله إذا لم يقصر ويفرط في تعلم الحكم، أما إذا قصر أو فرط فلا يعذر جزماً»[1].

الشرط الثالث: أن لا يتعلق الجهل بحق للعباد، فإذا تعلق بملك الغير: كأن يتلف الخنزير المبيع قبل القبض جاهلاً، فلا يعد ذلك عذراً ويضمنه إذا كان بيده، وإذا كان بيد البائع عتر ذلك الإتلاف قبضاً للمبيع.

و- العسر وعموم البلوى.

العسر في اللغة: نقيض اليسر، وهو يدل على صعوبة ومشاقة[2]. والمقصود به هنا أن يجد الإنسان مشقة في تجنب الشيء والاحتراز عنه. وأما عموم البلوى فهو شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد عنه[3]: كنجاسة الصلاة مع وجود النجاسة: كدم القروح والدمامل والقيح والصديد. ومما يدل على اعتبار العسر وعموم البلوى سبباً من أسباب التيسير إسقاط الصلاة عن المرأة الحائض وعدم قضائها بعد طهرها. وما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: «كانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في زمان رسول الله ﷺ في المسجد فلم يكونوا يرشون شيئاً من ذلك»[4] وغير ذلك من الأحاديث التي تدل على يسر الدين وسماحته.

(1) القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام لابن اللحام ص58.

(2) معجم مقاييس اللغة لابن فارس 4/319.

(3) نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي ص123

(4) صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب (33)، 1/51.

والضابط في عموم البلوى هو تحقق أحد أمرين:

الأول: نوازة الشيء وقلته، فإنه يعفى النادر يقبول شهدة الأمثل فالأمثل إذا أصبحت العدالة نادرة الوجود.

الثاني: كثرة الشيء وشيوعه وانتشاره، كالتجاوز عن طين الشوارع بسبب التحفظ في تنجيس الثوب.

ز- النقص

النقص ضد: خلاف الزيادة، وخلاف الكمال، فيقال نقص الشيء نقصا أو نقصانا، وانتقص ذهب منه شيء بعد تمامه[1].

والنقص في المكلف يتعلق بثلاثة أمور: العقل، والحرية، والذكورة[2]. فالنقص الذي يعترض العقل على جميع أنواع: الجنون، والعته، والبلوغ، والإغماء، والسكر. وهي من أسباب التيسير؛ لأن صاحبها يتحمل نوعا من المشقة؛ لانطوت بالتكاليف العادية.

والنقص الذي يعترض الحرية الرق، وهو عجز حكمي يقوم بالإنسان فاقتضى التخفيف؛ لأن العبد يتحمل نوعا من المشقة إذا ما طولب بالتكاليف العادية فأسقط عنه الجمعة والعيدين والجهاد. والنقص الذي يعتبر بالجنس الأنوثة، فتعتبر سببا من أسباب التخفيف لاختلاف المرأة عن الرجل في كثير من الأمور: كالحيض والنفاس والنفاس مما يؤثر على بنية المرأة الجسمية. هذا بالإضافة إلى تغليب الجانب العاطفي في المرأة للقيام بوظيفة تربية الأولاد. ونظرا لطبيعة المرأة الجسمية والنفسية طالبها الإسلام بواجبات أقل مما طالب به الرجل فأسقط عنها الصلاة في أيام حيضها، ورخص

---

(1) الأشباه والنظائر للسبكي ص/ ٧٨.

(2) المصباح المنير للفيومي، ص/ ٨٥٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٤٧٠.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص/ ٨١، المصباح المنير ص/ ٦٣٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ١٩٨.

لها بالفطر في أيام حيضها في شهر رمضان وأسقط عنها صلاة الجمعة وغير ذلك.

ح- الخطأ:

الخطأ لغة: ضد الصواب، وهو اسم من أخطأ فهو مخطيء وأصله في البغية تعني الشيء، ومنه أخطأ، بمعنى تعدى الصواب وخطيء بخطأ إذا أذنب لأنه يترك توجه الخير.

والخطأ في الاصطلاح: «هو ما ليس للإنسان فيه قصد»[1] وبعبارة أخرى: وقوع الفعل أو القول على خلاف ما يريد الفاعل أو القائل. كمن يتمضمض في الوضوء، وهو صائم فيسبق الماء إلى حلقه[2]، وهو عذر شرعي في بعض الحالات، وهو لا ينافي الأهلية بنوعيها، ولكن يعتبر سببا من أسباب المشقة الموجبة للتيسير والتخفيف. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان...»[3].

ويشترط لاعتبار الخطأ سببا من أسباب التيسير عدة شروط منها:

الشرط الأول: أن يكون متعلقا بحق من حقوق الله تعالى؛ لأنها مبنية على المسامحة: كالخطأ الذي ينتج عن التعرف على القبلة، والخطأ في الاجتهاد والحكم القضائي والفتوى وغير ذلك. أما إذا كان متعلقا بحقوق العباد فلا يعتبر الخطأ عذرا؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة والمقاضاة. فيجب الضمان على من أتلف مال غيره خطأ[4].

الشرط الثاني: أن لا يكون فيما يمكن الاحتراز عنه: كالطبيب الذي يمارس مداواة الناس، وهو غير أهل لذلك. فإنه يجب عليه ترك هذه المهنة حتى لا يقع في الخطأ.

---

(1) التعريفات للجرجاني ص/ ١٣١.

(2) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب (١٦)، ٢/ ٦٥٩، وسنده ضعيف.

(3) كشف الأسرار للبزدوي ٤/ ٦٢٦.

(4) المرجع السابق.

أما إذا تعذر الاحتراز عنه بأن كان حاذقا في الطب ولكن وقع منه الخطأ فإنه لا يؤاخذ على ذلك في الآخرة؛ لأنه أهل لمزاولة مهنة الطب[1].

٢- أنواع المشقة وضوابطها العامة.

قسم العلماء المشقة باعتبارات مختلفة إلى أقسام منها-

التقسيم الأول: قسم العلماء المشقة - باعتبار تحمل الإنسان لها- إلى مشقة معتادة ومشقة غير معتادة. وفيما يلي بيان ذلك:

أ- المشقة المعتادة.

المشقة المعتادة: هي المشقة الطبيعية التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق ضرره[2]. فهذه المشقة لم يرفعها الشارع عن الناس، وهي من مستلزمات التكاليف الشرعية، فلا تنفك عنها العبادة غالبا: كمشقة الوضوء والغسل في شدة البرد، ومشقة صلاة الفجر في هجر المضجع، ومشقة الصوم في طول النهار وشدة الحر ومشقة الحج، ومشقة إقامة حدود الله على الجناة كما قال العز بن عبد السلام: «فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو هي غالب الأوقات ولفات ما يترتب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسماوات»[3]. وذكر الشاطبي أن غزوة تبوك وما صاحبها من متاعب في الحر وبعد المسافة وترك الأهل والأحباب لاتخرج عن حدود المشقة المعتادة[4]. وقال ابن القيم: «إن كانت المشقة مشقة تعب فمصالح الدنيا والآخرة كلها منوطة بالتعب، ولا راحة لمن لا تعب له، بل على قدر التعب تكون الراحة»[5].

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي ص١٩٦.
(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/ ٩.
(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٢٢.
(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ١٣١.
(٥) نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي ص١٩٦.

ب- المشقة غير المعتادة.

المشقة غير المعتادة: هي الزائدة عن المشقة المعتادة والتي لا يتحملها الإنسان عادة، وتفسد على النفوس تصرفاتها وتخل بنظام حياتها وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالبا[1].

فهذه المشقة يمكن أن يقع التكليف بها عقلا، ولكن لا يقع التكليف بها شرعا، فلم يكلف الله تعالى الناس بالتكاليف الشاقة كالوصال في الصيام والمواظبة على قيام الليل، كما شرع لعبادة الرخص المعروفة ورغب في الأخذ بها. وقد بين الشاطبي الحكمة من عدم التكليف بالمشاق، وهي تتمثل في وجهين[2]:

الأول: خوف الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف. وينتظم تحت المعنى الخوف من إدخال الفساد على المكلف في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وذلك لأن الله وضع هذه الشريعة المباركة حنيفية سمحة سهلة، حفظ فيها على الخلق قلوبهم وحببها لهم بذلك. فلو عملوا بخلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كلفوا ما لاتخلص به أعمالهم.

والثاني: خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع: مثل قيامه على أهله وولده إلى تكاليف أخر تأتي في الطريق.

وقد جعل العز بن عبد السلام هذا القسم على ثلاثة أنواع[3]:

النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة: كمشقة الخوف على النفس أو الأعضاء أو منافعها، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ النفوس والأطراف لقيام

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٣٦.
(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٠.
(٣) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/ ١٣، الفروق للقرافي ١/ ١١٩

بمصالح الدنيا والآخرة أولى من تعريضها للضرر بسبب عبادة من العبادات. فإذا كان طريق الحج غير آمن لم يجب الحج على من يمر بذلك الطريق.

النوع الثاني: مشقة خفيفة كالوجع البسيط المحتمل في الأصبع أو الصداع الخفيف في الرأس. فهذه مشقة لا تأثير لها ولا التفات إليها؛ لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها عادة.

والنوع الثالث: مشقة متوسطة بين المرتبتين السابقتين. وضابطها أنها إذ اقتربت من المشقة العظيمة أوجبت التخفيف كمريض في رمضان يخاف من الصوم زيادة مرض أو بطء البرء أو تأخيره فيجوز له الفطر إذا غلب على ظنه ذلك. وكذلك في المرض المبيح للتيمم. أما إذا اقتربت من المشقة الخفيفة فلا توجب التخفيف كمن أصيب بحمى خفيفة أو وجع سن يسير. وفي حالة عدم التمكن من إلحاقها بإحدى المرتبتين يحصل التوقف وربما حصل الاختلاف بين العلماء وبين المكلفين؛ لأن مقياس اعتبارها ملحقة بالنوع الأول أو الثاني هو قناعة المكلف نفسه وهو أمر ظني.

ولكن العلماء وضعوا عدة ضوابط لذلك الإلحاق منها: أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تلك العبادة، فإن كانت مثلها أو أزيد منها ثبتت الرخصة بها وإلا فلا. فالأمراض التي هي في مشقة إصابة الرأس بالفعل في الأذى تلحق بها، فيبيح الحلق للمحرم إذا أصيب بها[1].

ومنها: أنه كلما اشتد اهتمام الشارع بتكليف أو بأمر من الأمور اشترط في تخفيفه أو الترخيص فيه مشاق شديدة، أما إذا كان الاهتمام بالتكليف أقل فإنه يخفف ويرخص بالمشاق الخفيفة فيطلب في العبادات مشاق مشددة بخلاف ما يطلب في المعاملات لأن اهتمام الشارع بالعبادات أكثر من المعاملات؛ لأن في العبادات مصالح الدين والدنيا، فلا

(١) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/٦١.

ينبغي إهمال العبادة بالمشقة[1]. ويطلب في النواهي مشاق مشددة بخلاف ما يطلب في الأوامر. وذلك لأن اهتمام الشارع بالنواهي أشد من اهتمامه بالأوامر لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»[2]. فالنواهي يبتعد عنها بإطلاق والأوامر تفعل بقدر الحاجة والطاقة.

ومنها: أنه يراعى في المقاصد أكثر ما يراعى في الوسائل، فينظر إلى العمل المطلوب من المكلف: هل هو مقصود في ذاته كالصلاة أو هو وسيلة إلى غيره كالوضوء من أجل الصلاة، فالمقصود في ذاته يطلب وجود مشاق شديدة لتخفيف منه في حين أن الوسائل تتطلب وجود مشاق أخف، ولهذا قرر السيوطي «يختفر في الوسائل مالا يغتفر في المقاصد»[3].

التقسيم الثاني: يمكن تقسيم المشقة- باعتبار علاقتها بمقاصد الشريعة- إلى قسمين: الأول: مشقة تتعلق بالضروريات، وهي التي تعرف بالضرورة، والثاني: مشقة تتعلق بالحاجيات، وهي التي تعرف بالحاجة. وقد سبق بيان معنى كل حالة وأنها معتبرة في التخفيف والتيسير.

ثانيا: حكم القاعدة الكلي:

الحكم الكلي لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» هو طلب الشارع التيسير في التكاليف والمطلوبات. ويشمل هذا التيسر في التكاليف الشرعية، فقد رُوعي فيها التكليف بما هو متحمل من المشاق وعدم التكليف بما لا يتحمل. قال الشاطبي: «فإنه لا ينازع في أن الشارع قاصد للتكليف بما يلزم فيه كلفة ومشقة ما، ولكن لا تسمى في العادة مستمرة مشقة. كما لا يسمى في العادة مشقة طلب المعاش بالتحرف وسائر الصنائع؛

(١) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب (٢)، ٨/ ١٤٢.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٥٩.
(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٢٣.

لأنه ممكن معتاد لا يقطع ما فيه من الكلفة عن العمل في الغالب المعتاد، بل أهل العقول وأرباب العادات يعدون المنقطع عنه كسلان ويذمونه بذلك، فكذلك المعتاد في التكاليف»[1]. كما يتمثل التيسير في الرخص الشرعية[2]، وفيما يلي بيان لأنواع الترخيص (التيسير)[3].

١ ـ رخصة إسقاط: كإسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء، وعدم وجوب الحج على المرأة إذا لم تجد محرماً.

٢ ـ رخصة تنقيص: كقصر الصلاة الرباعية في السفر.

٣ ـ رخصة إبدال: كالتيمم والغسل بالتيمم عند عدم وجود الماء أو عدم القدرة على استعماله.

٤ ـ رخصة تقديم: كتقديم صلاة العصر إلى الظهر أو العشاء إلى المغرب عند السفر أو المطر.

٥ ـ رخصة تأخير: كتأخير صلاة المغرب إلى العشاء في مزدلفة بسبب النفرة من عرفات، وتأخير صيام رمضان إلى أيام أخر بسبب المرض أو السفر.

٦ ـ رخصة اضطرار: كشرب الخمر للغصة وأكل الميتة عند المسغبة وخشية الموت جوعا.

٧ ـ رخصة تغيير: كتغيير هيئة الصلاة للخوف.

---

(١) بيّنت معنى الرخصة عند الأخذ ذات الصلة بالتيسير.

(٢) قواعد الأحكام (لابن عبد السلام ٢/٨، والرخصة الشرعية لعمر عبد الله كامل ٢٦٢، والتحرير في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لعامر الزيبري ص٨٨. والمشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف ص٣٢٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٢، المنثور للزركشي ٢/١٦٤.

والرخصة قد تكون واجبة: كالأكل من الميتة للمضطر لحفظ النفس، وقد تكون مندوبة: كقصر الصلاة في السفر، وقد تكون مباحة: كالسلم والإجارة والمساقاة، وقد تكون خلاف الأولى: كالمسح على الخفين، فترك المسح على التخفين أولى من المسح عليهما، وترك الجمع بين الصلاتين في السفر أولى من الجمع. وقد تكون مكروهة: كالقصر في أقل من ثلاث مراحل[1].

ثالثا: مناط الحكم.

مناط الحكم في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» هو سبب المشقة، فوجوده أساس التخفيف بقطع النظر عن تحقق المشقة أو عدم تحققها. فالسفر سبب للتيسير والتخفيف ولو كان مريحاً أو كانت مشقته خفيفة كسفر الملوك والرؤساء. وكذلك المرض هو سبب للتيسير لأن الغالب أن يكون فيه الألم والوجع والمشقة. ولهذا قرر علماء الأصول: «الحكم يدور مع علته لا مع حكمته وجوداً أو عدماً»[2]. وقال ابن القيم: «إن الفطر والقصر يختصان بالمسافر ولا يفطر المقيم إلا مريض. وهذا من كمال حكمة الشارع، فإن السفر في قسمه قطعة من العذاب، وهو في نفسه مشقة وجهد، ولو كان المسافر في أرجه الناس، فإنه في مشقة وجهد بحسبه فكان من رحمة الله بعباده، ويره بهم أن خفف عنهم شطر الصلاة واكتفى منهم بالشطر، وخفف عنهم أداء فرض الصوم في السفر واكتفى منهم بأدائه في الحضر. كما شرع مثل ذلك في حق المريض والحائض فلم يفوت عليهم مصلحة العبادة بإسقاطها في السفر جملة، ولم يلزمهم بها في السفر بإلزامهم في الحضر. وأما الإقامة فلا موجب لإسقاط بعض الواجب فيها ولا تأخيره، وما يعرض فيها من المشقة والشغل فأمر لا ينضبط ولا يحصر. فلو جاز تكل مشغول وثقل مشقوق عليه التخلص صاع الواجب واضمحل بالكلية وإذ جوز لبعض دون

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٢

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/١٣١.

البعض لم يضبطه، فإنه لا وصف يضبط ما تحوز معه الرخص وما لا يجوز بخلاف السفر على أن المشقة قد علق بها من التخفيف ما يناسبها فإن كانت مشقة مرض وألم يضر به جاز معها الفطر والصلاة قاعداً أو على جنب وذلك كغير قصر العدد، وإن كانت مشقة تعب كمصالح المنبع والأجرة متوعة بالتعب ولا رخصة فيمن لا تعب له»[1].

رابعاً: مقصود القاعدة الشرعي:

مقصود القاعدة الشرعي هو رفع الحرج عن العباد[2] أو «دفع الحرج» أو «وضع الحرج» أو «نفي الحرج» وهي بمعنى واحد يراد: «منع وقوع أو بقاء الحرج على العباد بعد حصوله ابتداء أو بتخفيفه أو تداركه بعد تحقق أسبابه»[3]. وقد ذكرت عند تأصيل القاعدة بعض الأدلة التي تدل على نفي الحرج والتيسير منها ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ومما ينبغي التنبيه عليه أن قصد الشارع من تشريع التيسير نفي رفع الحرج تحقيق مصالح العباد والمحافظة على الضروريات والحاجيات والتحسينيات فالضروريات هي التي لا بد من وجودها لقيام حياة مستقرة للناس. وتتمثل هذه الضروريات في حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال. وأما الحاجيات فهي التي يحتاج إليها الناس لتوسعة عليهم، ودفع الضيق والحرج عنهم. وتتمثل هذه الحاجيات في تشريع الرخص وإجارة المضاربة والمساقاة والحكم بالقوائم، وتحميل الدية للعاقلة، وإدخال الشاة وتضمين الصناع مع أن يدهم يد أمانة. وأما التحسينيات فهي التي يقتضيها الأدب الشرعي كرفع والتنزه الاسلامي العالي وتتمثل في العادات الحسنة ومكارم الأخلاق: كالطهارة وإزالة النجاسة وستر العورة وغير ذلك[4].

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٣٩٠.
(٢) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ص٤٩.
(٣) الموافقات للشاطبي (بتصرف) ٢/١٢

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتفرع على هذه القاعدة كثير من المسائل الفقهية التي تتعلق بأغلب أبواب الفقه. وقد ذكرت كثيراً من تلك التطبيقات عند بيان أسباب المشقة وأنواع التيسير وسأكتفي هنا بذكر بعض التطبيقات[1]:

١- يجوز للمسافر بيع ماله رقيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية.

٢- يجوز فسخ الإجارة بعذر السفر «الظروف الطارئة».

٣- يجوز للطبيب النظر إلى موضع الألم في جسم المرأة المريضة.

٤- يجوز تأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ.

٥- إذا حمل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة.

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتعلق بهذه القاعدة عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فرعاً لها، ومنها ما يمثل ضابطاً أو قيداً. وفيما يلي بيان لتلك القواعد.

أولاً: القواعد الفرعية التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة:

يتفرع عن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» عدة قواعد فرعية نذكر منها:

١ قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»

هذه القاعدة اعتبرها كل من السيوطي وابن نجيم فرعاً من فروع قاعدة: «الضرر يزال»[2]. ولكن اعتبارها فرعاً من فروع قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» أولى وذلك لأن

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص١٠٥-١١١.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥.

الضرورة نوع خاص من المشقة التي يسعى رفعها كما بينا عند الألفاظ ذات الصلة بالمشقة وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وضوابطها وتطبيقاتها وستثنياتها.

أ- معنى القاعدة وضوابطها.

المحظورات: جمع محظور وهو الحرام المنهي عن فعله[1]، والحرام ما طلب الشرع تركه على وجه الحتم والإلزام[2]. والإباحة هنا: رفع الإثم والمؤاخذة الأخروية عند الله تعالى. وقد ينضم إلى ذلك امتناع العقاب الدنيوي كما في حالة الدفاع عن النفس. والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تبيح ارتكاب المحظور شرعاً لكن ليس كل من يدعي أنه مضطر إلى ارتكاب المحظور يقبل منه ذلك، بل لا بد من توافر عدة ضوابط وهي[3]:

الشرط الأول: أن تكون الضرورة قائمة غير منتظرة: بأن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال، وذلك بغلبة الظن أو أن يتحقق الشخص من وجود خطر حقيقي على أحد من الضروريات الخمس.

الشرط الثاني: أن يتعين على المضطر ارتكاب المحظور، بأن لا تكون وسيلة أخرى من المباحات لدفع الاضطرار.

الشرط الثالث: أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة على القدر الكافي لدفع حالة الضرورة. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»

الشرط الرابع: أن يكون الضرر المترتب على ارتكاب المحظور أقل من الضرر المترتب على وجود حالة الضرورة. كما قال السيوطي: «الضرورييبيح المحظورات بشرط عدم تضمنها عنها»[4].

---

(1) المصباح المنير للفيومي ص٩٤.
(2) أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١/ ٨٠.
(3) نظرية الضرورة لوهبة الزحيلي ص٥٨.
(4) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٤.

الشرط الخامس: أن لا يخالف المضطر المبادىء العامة في الشريعة الإسلامية من تحقيق العدل وحفظ حقوق الآخرين والمحافظة على أصول الدين.

الشرط السادس: أن يتحقق ولي الأمر في حالة الضرورة العامة من وجود ضرر واضح أو حرج شديد على عامة الناس إذا لم يرتكب المحظور.

الشرط السابع: أن يكون زمن الإباحة مقيداً بزمن بقاء العذر، فإذا زال العذر زالت الإباحة، ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «ما جاز بعذر بطل بزواله»[1] وقاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع»[2].

ب تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: يجوز التلفظ بكلمة الكفر إذا اضطر إليها بالإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان. ومنها: ما إذا وجد حريق في بلد واحتيج إلى هدم بعض البيوت لإخماد الحريق وحجزها في جهة معينة جاز الهدم. ومنها: جواز فرض ضرائب استثنائية سد حاجة الدولة أو دفع العدوان عن البلد[3].

جـ مستثنيات القاعدة.

يستثنى من هذه القاعدة القتل بغير حق والاعتداء على عضو من الأعضاء والزنا وضرب الوالدين أو أحدهما، فارتكاب هذه المحظورات ولو في حالة الضرورة لا يعفي الجاني من العقوبة، لأن هذه الأفعال لا تباح بحال من الأحوال، وإنما يعتبر الإكراه الملجىء على فعل منها شبهة من الشبهات التي تدرأ بها الحدود[4].

٢- قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»

هذه القاعدة كسابقتها اعتبرها السيوطي فرعاً من فروع قاعدة: «الضرر يزال»[5]،

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٥.
(2) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر. مادة: (٢٤)، ١/ ٣٥.
(3) الموافقات للشاطبي ١/ ٣٤، وبحث الزكاة والضرائب لمعاصرة: مجلة الشريعة - الكويت، (٣٩).
(4) التوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي لبورنو ص٢١٢.
(5) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٨.

والأولى عتبارها فرعاً من قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لأن الحاجة حالة تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وضوابطها وتطبيقاتها ومستنداتها

أ- معنى القاعدة وضوابطها.

بينت سابقاً معنى الحاجة وهي حالة تستدعي تيسيراً؛ لأن عدم رعايتها يجعل حياة الإنسان عسيرة، وهي تتفق مع الضرورة في أن كلاً منهما يؤثر في تغيير الحكم فيبيح المحظور ويجيز ترك الواجب ويختلفان من عدة وجوه منها[1]:

الفرق الأول: الضرورة أشد وقعاً من الحاجة؛ لأن الضرورة حالة ملجئة تستدعي فعل المحظور لحماية الضروريات الخمس، ولا يسع الإنسان التخلص منها إلا بارتكاب المحظور، أما الحاجة فهي حالة تستدعي التوسع والتسهيل على الإنسان، ويسع الإنسان التخلص منها لكن مع ضيق وحرج.

والفرق الثاني: الضرورة يثبت بها حكم مؤقت بمدة قيام الضرورة، أما الحاجة فيثبت بها حكم دائم ومستمر ويستفيد منها المحتاج وغيره: كالبيع والإجارة والمضاربة، وهي ثبتت بنص شرعي ولا تصادم نصاً، ولكنها قد تخالف قاعدة كلية عامة أو قياساً.

وبناء على ذلك فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الحاجة العامة سواء أكانت عامة أو خاصة تؤثر في تغيير الأحكام كالضرورة فتبيح المحظور، وتجيز ترك الواجب. فالحاجات الجماعة مما هي دون الضرورة توجب التسهيل والتيسير سواء أكانت الحاجة عامة تشمل جميع الأمة من زراعة أو صناعة أو تجارة أو مباشة عادلة أو غير ذلك. أم كانت خاصة بفئة من الناس: كالتجار أو الصناع أو أهل مدينة معينة.

ويشترط لاعتبار الحاجة سبباً من أسباب التيسير عدة شروط نذكر منها[2]:

(1) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٥٥

(2) الموافقات للشاطبي ٢/ ١٣، ٣٢١.

الشرط الأول: أن تكون الحاجة قائمة لا منتظرة كما بينا في الضرورة.

الشرط الثاني: أن لا يؤدي اعتبار الحاجة إلى بطلان ضرورة من الضروريات؛ لأن الضروريات تعتبر أصلاً وأساساً للحاجيات والتحسينات، فلا يراعى حفظ العورة أمام الطبيب إذا كان يؤدي إلى هلاك الإنسان.

الشرط الثالث: أن لا يؤدي اعتبارها إلى مخالفة قصد الشارع أو ما ورد الشرع به فالإجارة أجيزت لرعاية الحاجة، لكن لا تجوز الإجارة على النوح.

ب- تطبيقات القاعدة.

تطبيقات هذه القاعدة كثيرة جداً، وهي إن دلت على شيء فإنما تدل على أهمية هذه القاعدة ودخولها في جميع مجالات الفقه الإسلامي من عبادات ومعاملات وعقوبات وعادات وتقاليد اجتماعية وتجارية وغير ذلك. وفيما يلي بيان لبعض هذه التطبيقات: المعقود التي أجازها الشارع بنصوص شرعية استثناء من بعض القواعد العامة لحاجة الناس إليها: كالسلم والإجارة، والوصية والجعالة والمضاربة[1]. ومنها: جواز النظر إلى وجه المرأة من أجل المعاملة والإشهاد والخطبة. ومنها: جواز ترجمة معاني القرآن إلى للغات الأجنبية نظراً لحاجة الناس إلى معرفة الأحكام والدعوة إلى الإسلام. ومنها جواز التصوير «الفوتوغرافي» لحاجة الناس في سفرهم وإقامتهم لإثبات شخصيتهم ومراقبة سلوكهم، بل إن ذلك لم يعد مما نهى الشارع عنه إذ هو عبارة عن مجرد حبس النظر إلى الصورة كالنظر إلى صورة إنسان في المرآة أو الماء[2]. ومنها: جواز لبس الحرير للرجل لحاجة مرضية: كالجرب أو الحكة[3].

(1) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٥٦.

(2) نظرية الضرورة للرحيلي ص ٢٦٧

(3) المرجع السابق

٣ قاعدة: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»[1].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وصيغت بعبارة أخرى هي: «إذا بطل الإصل يصار إلى البدل»[2] لأن إثبات البدل عند تعذر الأصل رخصة من الرخص. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

التعذر في اللغة: من تعذر عليه أمر إذا تعسر، ويقال تعذر الأمر إذا لم يستقم[3]. وبطل الشيء يبطل بطلاً وبطالاً ويطلاناً إذا فسد أو سقط حكمه، وأصلها في اللغة ذهاب الشيء وقلة مكثه وماله[4]. والأصل في اللغة الأساس وأصل كل شيء ما يستند إليه[5]. والأصل في الاصطلاح يستعمل في عدة معان منها ما ينبني عليه غيره ويقابله الفرع، والراجح، والدليل، والقاعدة المستمرة، والمنفرع منه: كالأب أصل للأولاد، والمراد به هنا القاعدة المستمرة، أو ما يجب الوفاء به باستمرار أو ما وجب أداؤه باستمرار، أو العزيمة. فإذا تعذر أو تعسر تطبيقه لظروف معينه ينتقل الحكم إلى الرخصة، وهو البدل عن العزيمة[6]. والبدل في اللغة (بفتحتين) والبدل (بالكسر) والبديل كلها بمعنى واحد يدل على قيام الشيء مقام الشيء الذاهب أو تنحية الأول وحمل الثاني مكانه[7].

---

(١) المنثور في القواعد ٢/٢١٩، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٣٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص٢٢٧.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٢٥٥، المصباح المنير للفيومي ص٤٥٥.

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٢٥٨، المصباح المنير للفيومي ص٧١.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ١/١٠٩، المصباح المنير الفيومي ص٢١ القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٣٠.

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٢١٠، المصباح المنير للفيومي ص٥٤.

(٧) انظر تفصيل ذلك في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٢١.

وبناء على ما سبق يكون المعنى الإجمالي للقاعدة: هو أن الشيء الواجب أداؤه هو الأصل ما دام ممكناً، فلا يصار إلى البدل، فيوفى الأصل لأنه هو الواجب لا بدله، وقد أمكن القيام به، فلا يسد غيره مسده: كالعين المغصوبة إذا كانت قائمة في يد الغاصب ترد عينها ولا يصار إلى المثل أو القيمة، أما إذا تعذر الأداء أو الوفاء بالأصل لسبب من الأسباب فإنه يصار إلى البدل كما إذا هلكت العين المغصوبه في يد الغاصب فإنه يضمن مثلها اذا كانت مثلية وقيمتها إذا كانت قيمية، ولا يصار إلى القيمة إذا كان المثل ممكناً.

وإذا حكم بالبدل لتعذر الأصل، ثم قدر بعد ذلك على الأصل فهل يرجع إلى الأصل؟.

إن كانت القدرة على الأصل بعد أداء البدل فلا يرجع إلى الأصل. أما إذا كانت القدرة على الأصل قبل أداء البدل فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين[1]:

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يرجع إلى الأصل، كما لو وجد الماء قبل التيمم، ولأنه إنما انتقل إلى البدل لمانع، وقد زال المانع فيعود إلى الأصل.

والقول الثاني: ذهب فريق آخر من العلماء إلى أنه لا يرجع إلى الأصل لأن الوجوب بالبدل تعلق به تعلقاً مستقراً فلا يصار إلى غيره، ولأن البدل صار بمثابة الأصل.

ويمكن أن يعمل بالقول الأول فيما إذا كان أداء البدل لا يحتاج إلى حكم حاكم، أما إذا كان يحتاج إلى ذلك فيعمل بالقول الثاني عملاً بمبدأ استقرار القضاء.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: الأصل في حل لحوم الحيوانات أن تذبح، أما إذا تعذر الذبح فيصار إلى الذكاة الاضطرارية كما إذا توحشت الأنعام، أو سقط الحيوان في بئر فإنه يصار إلى جرحه بسهم أو سيف أو غير ذلك[1].

ومنها: إذا استأجر أحد داراً لشهر مثلاً، فإن جرى عقد الإيجار مساء آخر يوم من الشهر فإن الشهر يحسب بحسابه مهما كان عدد أيامه (٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١) ولكن إذا جرى عقد الإيجار بعد مرور عدة أيام من الشهر فيصار إلى البدل وهو الشهر التقديري: وهو ثلاثون يوماً[2].

ومنها: إذا جمع المتمتع بأن جمع بين العمرة بحر مين وجب عليه هدي المتعة؛ فإن عجز عنه صار إلى الصيام، أما إن قدر على الهدي قبل الشروع في الصيام فهل يرجع إلى الأصل أم يبقى على البدل؟ خلاف[3]، مبني على الخلاف السابق. والراجح أنه يرجع إلى الأصل لأن هذا لا يحتاج إلى حكم حاكم.

ثانيا: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

١ قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»[4].

هذه القاعدة تعتبر قيدا في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وبخاصة القاعدة المتفرعة منها: «الضرورات تبيح المحظورات» فكل فعل حُرِّ للضرورة فلا يتجاوز عنها ومعيارة أخرى: إذا كانت الضرورات تبيح المحظورات فليس ذلك على الإطلاق، ولكن تقدر

(١) انظر تفصيل ذلك في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٢١

(٢) شرح مجلة الأحكام لسليم الذاقي ١/ ١١٥.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ٢٠-٢١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦

بقدرها، فما جاز بناء على الضرورة إنما يجوز أخراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة. ولا يجوز استباحته على الإطلاق. ويقرب من هذه القاعدة: «إذا اتسع الأمر ضاق»[1]، وسيأتي بيان مضمون القاعدة وتطبيقاتها ومستثنياتها.

أ- معنى القاعدة:

القدر: من قدرت الشيء قدراً وأصله في اللغة يدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته. فالقدر مبلغ كل شيء. يقال قدره كذا أي: مبلغه وكذلك القَدْر[2]. والمعنى الإجمالي للقاعدة: كل ما أبيح للضرورة من فعل أو ترك، فإنما يباح بالقدر الذي يدفع الضرر والأذى دون ما عدا ذلك، فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محذوراً من الضرر عليها كما أن الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع الهلاك ولا يجوز الاسترسال ومتى زال الخطر عاد الحظر[3].

ومما ينبغي ملاحظته أن على المؤمن الاحتياط عند الأخذ بالرخص وعدم الاسترسال فيها، والأولى الأخذ بالعزائم، كما ينبغي عليه مراجعة العلماء المختصين وسؤالهم فيما يطرأ له من ضرورات وحاجات؛ لأنهم أعلم من غيرهم في تقدير الضرورة والحاجة[4]، وتحديد المقدار اللازم من المحظور لدفعها.

(١) المرجع نفسه ص٨٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٦٢، المصباح المنير للفيومي، ص٦٧٥

(٣) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/ ٩٩٦؛ ونظرية الضرورة للزحيلي ص٢٤٥

(٤) جعل العلماء مراتب الرغبة في الأشياء خمسة وهي: «الضرورة» والحاجة، والسفه؛ فهي: أن يشتهي الإنسان طعاماً أساسياً. كمن يشتهي خبز الحنطة، والثريد؛ وهي: أن يشتهي الإنسان شيئاً من الكمالات في عرفنا كمن يشتهي أكل الحلويات، والفواكه، والفضول: وهو التوسع بأكل الحرام أو المشتبه فيه كمن يريد استعمال أواني الذهب والفضة وشرب الخمر. (غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٢٧٦)، ونظرية الضرورة للزحيلي ٢٤٧).

ب - تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة[1]: أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر ما يسد الرمق أو يدفع عن نفسه خطر هلاك النفس، ومنها: لا يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة إلا بقدر الحاجة، ولا تتداوى المرأة عند طبيب إذا وجدت امرأة تحسن الطب؛ لأن إطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً. ومنها: للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها بقدر ما يدعوه إلى الزواج منها كالوجه والكفين. ومنها: يباع من مال المدين جبراً عنه بواسطة القاضي بقدر ما يفي بالديون ويبدأ بالمنقولات ثم العقارات. ومنها: يراعى الحاكم في فرض الضرائب الاستثنائية الاعتدال وأن تكون مناسبة لإمكانيات الناس.

جـ - مستثنيات القاعدة.

يستثنى من هذه القاعدة عدة صور[2] منها: العرايا[3] تباح للفقراء ثم تجوز للأغنياء في الأصح. ومنها اللعان[4] جوز حبست نصف إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حبث يمكن على الأصح. ومنها: الخلع[5] يبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ثم جاز مع الأجنبي.

٢- قاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله»[6].

هذه القاعدة تعتبر قيدا في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وبخاصة قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» وهي قريبة في المعنى من قاعدة: «الضرورة تقدر

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦، وغمز عيون البصائر للحموي ١/٢٧٦.

(٢) المواهب السنية شرح الفرائد البهية ١/٢٥١.

(٣) العرايا: جمع عرية: وهي النخلة التي يهب صاحبها ثمارها لأحد المحتاجين فيبيع رطبها إلى صاحب البستان بقدره من التمر تخميناً. (القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب ص٢٤٩).

(٤) اللعان: شهادة مؤكدة باليمين المقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة (معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ٣٩٢).

(٥) الخلع: طلاق الرجل زوجته على مال يبذله له (معجم لغة الفقهاء ص١٩٩).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٦.

بقدرها» بل هي مكملة لها وملحقة بها إلا أن القاعدة السابقة يعمل بها أثناء قيام الضرورة، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة.

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن ما جاز فعله بسبب عذر من الأعذار أو طاريء من الطوارىء أو عارض من العوارض فإنه يزول جوازه ومشروعيته بزوال العذر[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2]:

أ- من جاز له الفطر في رمضان بسبب المرض، ثم شفي منه وجب عليه الصيام، وكذلك من أفطر في رمضان بسبب السفر.

ب- من قبلت إشارته في العقود للخرس، ثم زال الخرس طولب بالتلفظ بالإيجاب أو القبول.

جـ- الوكيل تنتهي وكالته إذا علم بعزل الموكل له.

د- إذا شب حريق في دار فأخرج صاحبها ما عنده من ودائع للناس وسلمها إلى بعض الجيران، فهو معذور في ذلك ولا يضمنها إن تلفت. لكن إذا انتهى الحريق وتركها عندهم فهلكت كان مقصراً فيضمنها لزوال عذره الذي سوغ وضعها لديهم.

هـ- تجوز شهادة الشاهد على الشاهد لعذر: كالسفر أو المرض أو التسجن في مكان لم يكن للقاضي سلطة على إحضاره منه، فإذا زال العذر بأن عاد الشاهد الأصيل أو شفي من مرضه أو خرج من السجن فلا تجوز الشهادة على الشهادة لزوال العذر

---

(١) نظرية الضرورة للزحيلي ص٢٥٤.

(٢) انظر الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص١٣، المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/١٠١٣، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/٥٧٥.

٣- قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»[1].

هذه القاعدة تعتبر قيداً في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فإذا تحلو على المكلف القيام بعض الواجب، ويمكن القيام بالبعض الآخر وجب عليه القيام بالممكن وسقط عنه ما تعذر عليه أو عجز عنه. وإذا كانت قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» قيداً يعمل بها في نطاق المنهيات، فإن قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور» يعمل بها في نطاق المأمورات. حتى إن ابن القيم جمع بينهما في قاعدة واحدة وهي: «لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة»[2] وهي من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي تداولها كثير من الفقهاء حتى قال فيها ابن السبكي: «من أشهر القواعد الممتثلة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[3] وقد صيغت هذه القاعدة بصيغ متعددة منها: «إن من كلف بشيء من الطاعات، فقدر على بعضه وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما قدر عليه، ويسقط عنه ما عجز عنه»[4] ومنها: «لا يسقط الميسور بالمعسور»[5]، ومنها: «أن المتعذر يسقط اعتباره، والممكن يستصحب فيه التكليف»[6] ومنها: «من قدر على بعض العبادة، وعجز عن باقيها هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أم لا؟»[7] ومنها: «أن المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه»[8] ومنها: «إن ما أوجبه الله تعالى ورسوله أو جعله شرطاً للعبادة أو ركناً فيها أو وقف صحتها عليه فهو مقدر بحال القدرة؛ لأنها المحال التي يؤمر فيها العبد أما في حال العجز غير مقدور ولا مأمور فلا تتوقف صحة العبادة عليه»[9] وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثياتها.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٥٩.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٢٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٥٩ والحديث متفق تخريجه.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ٧.

(٥) شرح المنار ٢/ ٢٣

(٦) الفروق للقرافي ٣/ ١٩٨

(٧) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٩

(٨) عيث الأمم في الآيات للطير ص١٢٨

(٩) تهذيب السنن لابن القيم ١/ ٤٧-٤٨، وبدائع الفوائد لابن القيم ٢/ ٣٤، ٣٥

أ- معنى القاعدة.

بينت معنى اليسر عند بيان مفردات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وهو بمعنى السهل، والعسر بمعنى الضيق والشدة. وسقط الشيء يسقط سقوطاً إذا وقع[1] وقول الفقهاء: «سقط الفرض» أي سقط طلبه والأمر به.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن فعل بعضه فيجب فعل هذا البعض المقدور عليه، ولا يترك هذا بترك الكل الذي يشق فعله[2].

وقد ذكر ابن القيم أربع حالات للمكلف بالنسبة إلى القدرة والعجز في الشيء المأمور به والآلات المأمور بمباشرتها من البدن وهي:

الأولى: قدرته بهما. فحكمه الإتيان بهما: كالصحيح القادر على استخدام الماء.

والثانية: عجزه عنهما. فحكمه عدم وجوب الإتيان بهما: كالمريض العادم للماء.

والثالثة: قدرته ببدنه وعجزه عن المأمور به: كالصحيح العادم للماء، فحكمه الانتقال إلى البدل إن كان له بدل يقدر عليه كالتيمم. فإن لم يكن له بدل سقط عنه كالمعذور العاجز عن ستر عورته في الصلاة، فإنه يصلي ولا يعيد.

والرابعة: عجزه ببدنه وقدرته على المأمور به أو بدله. ولها صور:

الصورة الأولى: المعضوب الذي لا يستمسك على الراحلة، وله مال يقدر أن يحج عنه. فالصحيح وجوبه عليه بماله لقدرته على المأمور به إن عجز عن مباشرته هو بنفسه.

والصورة الثانية: الشيخ الكبير العاجز عن الصوم القادر على الإطعام، فهذا يجب عليه الإطعام كل يوم مسكيناً في أصح الأقوال.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٣/ ٨٦.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٤/ ٢٩

والصورة الثالثة: المريض العاجز عن استعمال الماء. فحكمه حكم العادم، ويتمثل إلى البدل كالشيخ العاجز عن الصيام.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة:[1] إذا كان الإنسان مقطوع بعض الأطراف كاليد أو الرجل، فيجب عليه غسل الجزء الباقي من العضو الواجب غسله في الوضوء. وكذلك الحكم في التيمم يجب مسح الجزء الباقي من العضو إذا كان مقطوعاً كله أو بعضه.

ومنها: إذا وجد المتوضيء ماءً لا يكفيه لإزالة النجاسة ورفع الحدث غسل النجاسة وتيمم.

ومنها: إذا عجز المصلي عن الركوع والسجود، لكنه قدر على القيام لزمه القيام بلا خلاف عند الشافعية. ومن قدر على الوقوف بهيئة الركوع لتقوس ظهره لزمه الوقوف على هذه الهيئة.

ومنها: إذا فاتت الجمعة وصلاها الناس ظهراً يجوز صلاتها جماعة؛ لأن حصول الجمعة قد تعسر وتيسرت الجماعة في الظهر فلا يمنع من فعلها جماعة على الأصل في مشروعية الجماعة والميسور لا يسقط بالمعسور. هذا عند الشافعية والحنابلة وقال الحنفية والمالكية تصلى فرادى لا جماعة.

جـ- مستثنيات هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة[2] كل واجب لم يكن جزؤه عبادة مشروعة: كمن وجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها لأن الرقبة عبادة كاملة وجزؤها ليس في نفسه عبادة. وكذلك لو قدر على صوم بعض يوم دون كله لا يلزمه إمساك الجزء؛ لأن صوم اليوم لا يتبعض. وكذلك إذا عجز في الصلاة عن وضع جبهته على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩؛
(٢) المرجعان السابقان.

السجود. قال الحنابلة: لا يلزمه ذلك على الصحيح؛ لأن السجود على بقية الأعضاء إنما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له.

٤- قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»[1].

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فإذا اضطر إلى تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل طعام غيره، فبعد زوال الاضطرار عليه قيمة ما أكل إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً. وفيما يلي بيان للمعنى الإجمالي للقاعدة وتطبيقاتها.

أ- المعنى الإجمالي للقاعدة.

أباح الشارع أكل مال الغير حال الضرورة إلا أنه قيد ذلك بأن لا يخالف المضطر القواعد العامة في الشريعة من حفظ أموال الناس لهم. فالاضطرار يعدُّ معذرة تسقط الإثم وتعفي من عقوبة التجاوز على حق الغير، ولا يعد عذراً لإبطال حقوق الغير ولا ينافي الضمان لأن أموال الناس معصومة، فالضرر لا يزال بالضرر، وإنما تتجلى الضرورة في الحفاظ على حياة المضطر. قال البزدوي: «إن أثر الضرورة يظهر في إسقاط الإثم دون الحكم فيلزم المضطر بالتعويض. فمن أصابته مخمصة يباح تناول مال الغير ولا يسقط الضمان»[2] ومما يؤيد ذلك قوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»[3] وقوله ﷺ: «لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»[4].

ب- تطبيقات القاعدة:

يندرج تحت هذه القاعدة كثير من الفروع الفقهية:[5]

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٩٦.
(٢) كشف الأسرار للبزدوي ١/١٥١٦ نقلاً عن القواعد الفقهية الكبرى للسدلان ص ٣٠١.
(٣) صحيح مسلم، كتاب البر، رقم (٣٢)، ٤/١٩٨٦.
(٤) مسند أحمد بن حنبل ٥/١١٣.
(٥) انظر القواعد لابن رجب ٣٦، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٤٣، الفروق للقرافي ١/٩٥، ٤/٩.

ومنها: من اضطر إلى قتل جمل صائل أو ثور هائج لأنه هدد حياته تهديداً أشرف فيه على الهلاك الذي لا نجاة معه إلا بالقتل. فإن هذا الاضطرار لا يمنع من ضمان قيمة الجمل أو الثور لصاحبه.

ومنها: إذا أرضعت امرأة طفلاً بأجرة فانتهت مدة الإجارة، لكن الرضيع صار لا يقبل ثدي غيرها ولم يستغن عن الرضاعة. فإنها تجبر على إرضاعه مدة أخرى لكن بأجرة المثل.

ومنها: لو أشرفت سفينة على الغرق، فألقى الملاح متاع أحد الركاب في البحر ليخفف حمولتها صيانة

المبحث الخامس

فقه قاعدة: «العادة مُحكَّمة»

إن قاعدة: «العادة محكمة» تعدُّ من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، فقد عدَّها القاضي حسين[1]. إحدى القواعد الخمس التي يبني عليها الفقه الإسلامي؛ ولهذا لم يخل كتاب من القواعد الفقهية من ذكرها أو ذكر بعض القواعد الفرعية التي تتفرع عنها وهي تعبر عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي؛ حيث يستند إليهُ كثير من الأحكام الفقهية في شتى أقسام الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في بناء الأحكام وتجديد بنائها لتجده العرف وتطوره؛ إذ تدور عليه عجلة المعاملات بين الناس. قال السيوطي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة: فمن ذلك: سن الحيض والبلوغ... والنجاسات المعفو عن قليلها... والأنهار المملوكة... وغيرها»[2] كما أن هذه القاعدة تعدُّ مظهراً من مظاهر التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ لأنها تدعو إلى اعتبار ما ألفه الناس وتعود عليه واستقر فيه في نفوسهم وعدم نزعهم من عاداتهم الصالحة الموافقة للشريعة الإسلامية ومقاصدها. وأن غير ذلك من العادات فقد تدرجت الشريعة في نزعها، ولم تنزعها دفعة واحدة. كما أن لهذه القاعدة تعلقاً ببقية القواعد الست الكبرى والتي سبق بيان بعضها، فالعقود تنعقد بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل، وبكل ما عدَّه الناس بيعاً أو إجارة[3]. ومن شروط اعتبار العرف أن لا يقابله تصريح بخلافه أو نص لأحد المتعاقدين؛ لأن التصريح يقين ودلالة العرف ليست يقينية واعتبار العرف فيه دفع للحرج والمشقة والضرر الذي

(١) هو حسين بن محمد بن أحمد المروزي، شيخ الشافعية في زمانه المتوفى سنة (٤٦٢هـ).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠، والأشباه: لابن نجيم ص٩٣.

(٣) هذا يدل على علاقة هذه القاعدة بقاعدة: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» المتفرعة عن قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

أوجب الإسلام إزالته[1]. والممتنع عادة كالممتنع حقيقة؛ فهي تتعلق بقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ولكي تدرك أهمية قاعدة: «العادة محكمة» لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد التي تتعلق بها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «العادة محكمة»

يشتمل هذا المطلب على بيان معنى مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها، وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: معنى مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

١-العادة:

العادة لغة: مأخوذة من العَوْد، فيقال: عاد يعود عوداً وعَادة، جمعها عاد وعادات وعوائد، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة. وأصل العود في اللغة يدل على معنيين: الأول: التثنية في الأمر، ومنه العادة. والثاني: العود الجنس من الخشب، ومنه العُود وهو خشبة دقت، والعود البخور[2].

والعادة في الاصطلاح: «ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد مرة»[3] وعرَّفها الشيخ زكريا الأنصاري بأنها: «ما استقرت الناس فيه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى»[4]. والأولى التعبير بالاستمرار، لأنه يناسب العود إليه مرة بعد أخرى.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالعادة: العرف، والسنة، والأدب. وفيما يلي بيان لحقيقة كل لفظ والعلاقة بينه وبين العادة.

---

(١) مما يدل على علاقة هذه القاعدة بقاعدتي: «الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير».
(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ١٨١، المصباح المنير للفيومي ص٥٩٦.
(٣) التعريفات لنجم الدين الحنفي ص١٨٨
(٤) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة للشيخ زكريا الأنصاري ص٧٢.

أ- العرف.

العرف لغة: مأخوذ من عرف الشيء، وهو ما تعرف عليه النفس في عاداتهم ومعاملاتهم. وهو في أصل اللغة يطلق على معنيين. الأول: تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض. والثاني. السكون والطمأنينة، والمراد به هنا التتابع، وما تطمئن إليه النفس. فإذا اطمئن الناس إلى شيء وسكنوا إليه وتتابع العمل به صار معروف وسمي عرفاً[1].

والعرف في الاصطلاح: «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»[2].

والعادة والعرف مترادفان في استعمال الفقهاء وبناء الأحكام عليهما[3].

ب- السنة.

السنة في اللغة: من سننت الماء على وجهي أسنه سناً إذا أرسلته إرسالاً. وأصله في اللغة: جريان الشيء وإطراده في سهولة، ومنه السنة الطريقة وسيرة الرسول ﷺ، وإنما سميت السنة بذلك؛ لأنها تجري جريه[4].

والسنة في الاصطلاح: «الطريقة المسلوكة في الدين من غير افتراض وجوب»[5].

والفرق بين العادة والسنة أن العادة ما يديم الإنسان فعله من قبل نفسه. وأما السنة فهي يفعلها الإنسان على مثال سبق كسنة النبي ﷺ[6].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ٢٨١، المصباح المنير للفيومي ص٥٥٣.
(٢) التعريفات لنجم الدين الحنفي ص١٩٨، الحدود الأنيقة للأنصاري ص٧٢.
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٤٠، شرح المجلة للزرقا ١/ ٩٥.
(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٦٠، المصباح المنير للفيومي ص٣٩٦.
(٥) التعريفات للجرجاني ص١٦١.
(٦) الفروق في اللغة للعسكري ص٢٢٠.

جـ- الدأب.

الدأب في اللغة: من دأب في العمل دأباً ودُءوباً جدَّ فيه ودوام عليه. وأصله في اللغة الملازمة والمواظبة[1].

والدأب: «العادة المستمرة دائماً على حالة»[2]. ومنه قوله تعالى: ﴿ كَدَأْبِ ءَالِ فِرْعَوْنَ ﴾ [آل عمران: ١١] أي كعادتهم التي يستمرون عليها.

والفرق بين العادة والدأب أن العادة تشتمل على الأمور الاختيارية والاضطرارية. فالاختيارية: كتعود شرب الشيء وما يجري مجراه مما يكثر فعله فيعتاده ويصعب عليه مفارقته. والاضطرارية: مثل أكل الطعام وشرب الماء لإقامة البنية وإبقاء الروح. هي حين أن الدأب لا يكون إلا في الأمور الاختيارية ألا ترى أن العادة في الأكل والشرب العقيمين للبدن لا تسمى دأباً[3].

٢- المحكمة:

المحكمة في اللغة: اسم مفعول من التحكيم، وهو مأخوذ من الحكم. وأصله في اللغة المنع، وسمي الحكم بذلك لأنه يمنع من الظلم. ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس لفض النزاع القائم بينهم[4].

ومعنى المحكمة في القاعدة: أن العادة هي المرجع للقصل عند التنازع[5].

ومن الألفاظ ذات الصلة بالمحكَّمة: المحكمة، والقضاء.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣٢١، المفردات للراغب الأصفهاني ص ١٧٤، معجم التعريفات بقرآنية لمحمد عتريس ص١٠٧.
(٢) المفردات للراغب الأصفهاني ص ١٧٤.
(٣) الفروق في اللغة للعسكري ص ٢٢٠.
(٤) معجم مقاييس لغة لابن فارس ٦/٩١، المصباح المنير للفيومي ص١٩٩.
(٥) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص٣٧٣.

أ- المَحْكَمة

المَحْكَمة (بفتح الميم والكاف) جمعها محاكم، وهي المكان الذي يصدر منه الحاكم أو القاضي أحكامه[1].

ب- القضاء:

القضاء لغة: الحكم، وأصله في اللغة يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته[2].

والقضاء في الاصطلاح: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»[3].

والفرق بين القضاء والحكم أن القضاء يقتضي فصل الأمر على التمام. وأما الحكم فيقتضي المنع من الخصومة والخلاف[4].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حَكَماً لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، وبعبارة أخرى: أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخصيع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة[5].

وقد صاغ الفقهاء قاعدة أخرى في معنى هذه القاعدة وهي: «استعمال الناس حجة يجب العمل به»[6]، أي أن التعامل الجاري بين الناس حجة يجب الرجوع إليه والعمل به بشروطه. كما لو استعان شخص بآخر ليبع متاعه في السوق، وبعد البيع طالبه الرجل بأجرته. فينظر إلى تعامل أهل السوق: فإن كانت العادة أن يعدى مثل هذا العمل بالأجرة فله أجرة مثله وإلا فلا[7].

---

(١) معجم لغة الفقهاء، لقلعجي وقنيبي ص٤١٣.
(٢) معجم مقاييس، لغة لابن فارس ٥/١٩٩.
(٣) شرح منح الجليل لعليش ٤/١٣٦.
(٤) الفروق في اللغة للعسكري ص١٨٤.
(٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص١٦٥.
(٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٧).
(٧) القواعد الفقهية تسمى مجلة الزرقاء ص٤٢.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «العادة محكمة»

إن قاعدة: «العادة محكمة» دخلت التقعيد الفقهي منذ وقت مبكر، أصلها التركي، حيث قال في أصوله: «الأصل أن السؤال والخطاب بمقتضى على ما عم وغلب لا على ما شذ ونذر، والأصل أن جواب السؤال يمضي على ما تعارف كل قوم في مكالمتهم»[1].

ويرجع سبب هذا التقعيد المبكر للقاعدة أنها تستند إلى نصوص من القرآن والسنة. ومن الأدلة التي تدل عليها:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

استدل الفقهاء لهذه القاعدة بالآيات التي دلت على مراعاة العرف والعادة منها:

١- قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فالآية تدل على اعتبار العرف، وهي أصل لهذه القاعدة، كما ذكر كثير من العلماء[2]، منهم السيوطي حيث قال: «قال ابن الفرس المعنى: اقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع. وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف»[3].

٢- وقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فالآية واضحة للدلالة في اعتبار العرف في التشريع؛ لأن المراعى في أجرة الرضاع للأم إذ طلبتها حال الزوج يساراً وإعساراً ونوسطاً، لا حال الزوجة ولا حالهما[4] لقوله تعالى: ﴿ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ ومراعاة حال الزوج تقتضي تحكيم العرف والعادة في ذلك.

---

(١) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص١١٢.

(٢) انظر الفروق للقرافي ٤/١٤٩، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٦٥، تذكرة الفقير للفتوحي ص٣٩٢.

(٣) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص١١٠.

(٤) المرجع السابق ص٤١.

٣- وقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾ [الطلاق: ٧] فهي تدل على اعتبار العرف وبناء الأحكام[1] عليه، وقد بنى استدلاله على أن الانفاق ليس له تقدير شرعاً، ولكنه مفوض إلى العرف والعادة.

٤- وقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١] فهي تدل على اعتبار العرف في المتعة المفروضة للمطلقة التي لم يُسم لها مهر، فيراعى حال المرأة فيها[2].

٥- وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٍ مِّن قَبْلِ صَلَوٰةِ ٱلْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِ ثَلَٰثُ عَوْرَٰتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَٰتِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [النور: ٥٨] فقد استدل بهذه الآية العلائي على اعتبار العرف والعادة في التشريع الإسلامي حيث قال: «أمر الله تعالى بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالانكشاف ووضع الثياب؛ فابنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه»[3].

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية:

استدل العلماء لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من السنة نذكر منها:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني ويكفي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4] فالمراد بالمعروف في الحديث القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية[5] (وهو يدل على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي؛ لأن مقدار النفقة يرجع فيه إلى العادة.

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي ١/٣٠٢.

(٢) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا ومحمد عبده ٢/٤٠٢.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ٢/٤٠١، وشرح الكوكب المنير للفتوحي ص٣٩٢.

(٤) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب (٩)، ٦/١٩٣.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ٦/٣٦٣.

٢ عن حمنة بنت جحش قالت: كنت استحاض حيضة كثيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ استفتيه وأخبره، فوجدته في بيت أختي زينب. فقال ﷺ: «تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي، فإذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت فصلي أربعاً وعشرين ليلة أو ثلاثاً وعشرين ليلة وأيامها وصومي وصلي فإن ذلك يجزئك وكذلك فافعلي، كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن...»[1]، فردَّ رسول الله ﷺ أمر حمنة إلى العرف الظاهر والأمر الغالب من أحوال النساء، كما جعل أمرها في تحيضها كل شهر مرة واحدة على الغالب من عاداتهن ويدل على ذلك قوله: «كما تحيض النساء» وهذا أصل في قياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض والحمل والبلوغ وما أشبه هذا من أمورهن. ويشبه أن يكون ذلك منه ﷺ على غير وجه التخيير بين السنة والسنيعة، ولكن على معنى اعتبار حالها بحال من هي مثلها، وفي مثل سنها من نساء أهل إقليمها، فإن كانت عادة مثلها منهن أن تحمد سنة فقعدت ستاً، وإن سبعاً فسبع[2].

٣ روي عن مجيضة بن مسعود الأنصاري أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط (بستان) رجل فأفسدت فيه، فكلم رسول الله ﷺ فيها: «فقضى أن حفظ المواشي بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل»[3] قال العلائي: «وهو أول شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها؛ لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي، وحبسها بالليل للحلبة. وعادة أهل البساتين الكون في أموالهم بالنهار -غالباً- دون الليل. فبنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به عادتهم»[4].

---

(١) سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب (٩٥)، ١/ ٢٢١، وقال: حسن صحيح

(٢) معالم السنن للخطابي ١/ ٨٠-٨٩.

(٣) سنن أبي داود، كتاب البيوع، رقم (٣٥٦٩)، ٣/ ٢٤٦. وإسناده حسن.

(٤) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ٢/ ٤٠٥

٤ وعن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة»[1]: ووجه الدلالة أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبر عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن[2].

٥- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهم يسلفون الثمر السنة والسنتين، فقال ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم»[3]. فهو يدل على اعتبار العرف في التشريع.

ثالثاً: الآثار.

١- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[4].

اعتبره كثير من العلماء حديثاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ وأصلاً لقاعدة: «العادة محكمة»[5] والصحيح أنه ليس بحديث مرفوع. قال العلائي: «لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا يسند ضعيف بعد طول البحث عنه وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه»[6].

٢- مروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قضى في متاع البيت: «أن ما كان للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهو للنساء»[7] فهو يدل على اعتبار العرف في التشريع.

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، رقم (٣٣٤٠)، ٣/ ٢٩٨، وهو صحيح.

(٢) المجموع المذهب للعلائي ٢/ ٤٠٤.

(٣) صحيح البخاري، كتاب السلم، باب (٢)، ٣/ ٤٤.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩

(٥) شرح المنار للمسوط السرخسي ١٢/ ٤٥، ١٣/ ١٣٨، شرح تنكرك لمنير للفتوحي ٣٩٢.

(٦) المجموع المذهب للعلائي ٢/ ٤٠٠.

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٢٦٩.

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على اعتبار العرف في الأحكام الشرعية حتى قال القرافي المالكي: «نقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وليس كذلك أما العرف فيشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»[1] فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الزرع إذا أصابته جائحة فأتلفته فإن الخراج الموظف يسقط عنه، وتلك عادة طبقها الأكاسرة في العراق أيام حكمهم[2] كما أنهم صححوا الشروط التي تعارفها الناس. والإمام مالك اعتبر عمل بالعرف واعتبره نوعاً من المصلحة. والإمام الشافعي لما ذهب إلى مصر غير مذهبه تبعاً لتغير العادات والأعراف. والإمام أحمد اعتبر كثيراً من الأعراف وبخاصة في تطبيق الأحكام وتفسير النصوص. قال الشيخ محمد أبو زهرة: «ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه»[3].

خامساً: المعقول.

إذا كانت مراعاة العرف ضرباً من ضروب المصلحة فما وجوه المصلحة المتحققة من ذلك[4].

١- في اعتبار العرف رفع للحرج عن الناس وتيسير عليهم.

٢- في اعتبار العرف إقامة التكليف وتحققه فالعرف جرى أن الزجر سبب لانكفاف عن المخالفة كما في القصاص فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرع.

٣ إذ في عدم اعتبار العرف في التشريع تناقضاً لا تقبل به الشريعة لأن الشريعة جاءت بمبدأ امتناع التكليف بما لا يطاق، فإذا لم نعتبر العرف فكأننا قررنا عكس ذلك المبدأ.

---

(١) مختصر التنقيح ص٧٦ نقلا عن أصول الفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص٣٢٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) كتاب الإمام مالك لمحمد أبو زهرة ص٣٣٦.

(٤) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٨.

المطلب الثالث: تحليل عناصر قاعدة: «العادة محكمة».

إن قاعدة: «العادة محكمة» تتكون من العناصر التالية:

الموضوع وهو العادة أو العرف، والحكم هو اعتبار العادة، ومناط الحكم، ومقصود القاعدة الشرعي. وفيما يلي بيان لتلك العناصر

أولاً: موضوع القاعدة:

موضوع قاعدة: «العادة محكمة» هو العادة أو العرف، وفيما يلي بيان لنشأة العادة، وأنواعها.

١- نشأة العادة وسيطرتها على النفوس:

تنشأ العادة من تصرفات الأفراد، فكل عمل اختياري لا بدَّ له من باعث[1]، وهذا الباعث إما خارجي كظهور منفعة شيء وإما داخلي نفسي: كحب الانتقام الدافع إلى التأثر، والحياء الشديد الدافع إلى اعتزال الناس أو السكوت. فإذا أوتاح الفرد للفعل الذي مال إليه وكرره أصبح بذلك التكرار عادة له. وإذا حاكاه الناس بدافع حب التقليد وتكرر المحاكاة وانتشرت بين الناس أصبحت بذلك عرفاً، والذي هو في الحقيقة عادة الجماعة. وكما يجري هذا في الأفعال يجري في الأقوال أيضا كالمصطلحات التي تنشأ بين أهل الحرف أو العلوم أو الأديان.

وترجع نشأة العادة في المجتمعات إلى ثلاثة أسباب وهي:

الأول: الحاجة وهي تعد سبباً لمعظم العادات إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل ويشيع بين الناس حتى يصبح عرفا فدرجاً: كوقف الكتب وبيع الوفاء.

---

(١) بتصرف من المدخل الفقهي لمصطفى الزرقاء ٢/ ٨٣٣- ٨٣٧

الثاني: صدور أمر سلطاني أو توجيه حكومي للقيام بعمل من الأعمال: كعادة الاحتفال بالمولد النبوي التي نشأت بتوجيه من الحكم الشيعي الفاطمي.

والثالث: وراثي تناقله الخلف عن السلف كما في كثير من العادات التي كانت منتشرة عند الجاهليين: كعادة الأربعين للميت ووأد البنات.

ولمعادة سلطان كبير على النفوس وتحكم في العقول، فمتى رسخت اعتبرت من ضروريات الحياة؛ لأن العمل بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ولا سيما إذا اقتضته الحاجة، ولذلك يقول علماء النفس: «إن العادة طبيعة ثانية». ويقول ابن عابدين «إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً»[1] وقد اعتبرت القوانين الوضعية العرف مصدراً أساسياً في التشريع[2].

٢-أنواع العادة أو العرف.

قسم العلماء العادة أو العرف باعتبارات مختلفة إلى أقسام:

التقسيم الأول: تقسم العادة أو العرف -باعتبار الموضوع أو متعلقه- إلى قسمين قولي (لفظي) وعملي.

أ-العرف القولي أو اللفظي:

وهو الذي يسميه الأصوليون بالحقيقة العرفية[3] ويسميه بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ[4] وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين: ضمن مجموعة رسائله ٢/ ١١٥

(٢) أصول القانون لعبد المنعم الصدة ص١٢٣.

(٣) الحقيقة العرفية هي: ما صار اللفظ دالاً فيها على المعنى بالعرف لا باللغة وقد يكون نادراً أعم من المعنى اللغوي: كالرقبة تطلق في العرف على جميع البدن. وتارة أخص: كاختصاص الفقب ببعض العلماء، وتارة يكون مبايناً كالدابة. وهو المصطلح من الأرغر. (مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/ ٩٦)

(٤) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ٢٣٤.

بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية[1] وعرفه ابن عابدين بأنه: «يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى»[2] مثل استعمال «البيت» في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي بعضها الآخر بمعنى الدار.

ب- العرف العملي: وهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية[3]. وبعبارة أخرى: ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم[4]. وهو الذي يطلق عليه الفقهاء «ما جرى عليه العمل» أو «المتعارف»[5] ومثاله في الأفعال العادية ما ينشأ بين الناس من عادات تتعلق بالأكل والشرب واللباس والركوب والحرث والزراعة وغير ذلك ومثاله في المعاملات المدنية التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو تصفيتها أو إسقاطها اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح أن تكون حمولتها على البائع. وتعارف الناس في الزواج تحجيل جزء من المهر وتأجيل الباقي، وتعارف الناس على أجرة معينة عند نقل التراكب من مكان إلى مكان.

التقسيم الثاني: يقسم العرف -باعتبار عمومه وخصوصه- إلى عام وخاص.

أ- العرف العام: وهو ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم[6]. وينتظم ذلك كثيراً من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم: كبيع المعاطاة، والاستصناع (عقد المقاولة)، وتقسيم مهر الزوجة إلى معجل ومؤجل.

(١) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/ ٨٤٥.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين، ضمن مجموعة رسائله ٢/ ٥٦.

(٣) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/ ٨٤٦.

(٤) الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية لعمر الأشقر ص٦٢

(٥) تذكر السنهوري في تاريخ الفقه الإسلامي ٢/ ٤٠٥.

(٦) الأصول العامة للفقه المقارن لمحمد تقي الحكيم ص ٤٢١.

ب- **العرف الخاص**: وهو الذي يختص ببلد أو فئة من الناس دون أخرى[1]: كالأعراف التي تسود في بلد أو قطر خاص، أو تسود بين أرباب مهنة خاصة: كعرف التجار فيما يعدُّ عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة، أو لا يعدُّ عيباً أو عرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المبيعة، أو لا يعدُّ عيباً أو عرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً إلى أقساط معلومة. وكعرف المحامين تقسيم أجرة المحامي إلى معجل ومؤجل إلى حين ربح الدعوى.

التقسيم الثالث: تقسم العادة باعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه إلى عبة وجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي[2].

أ- **فالعادات الشرعية**: هي التي كلف بها الشرع وأمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهية أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً وثبت في ذلك بالنص من كتاب أو سنة أو إجماع.

وهذه العادات ثابتة أبداً كما في الأمر بالصلاة وستر العورة وإباحة ما أباحه من المعاملات، والأمر بإزالة النجاسة ومشروعية الزواج والطلاق.

ب- **والعادات الجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي (العادات غير الشرعية)** وهي تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: العادات الجارية الثابتة، وهي لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال، لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه. كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح، وميل الإنسان إلى ما يلائمه ونفوره عما لا يلائمه. ولما كانت تلك العادات أسباباً لمسببات حكم بها الشارع واعتبرها وبنى عليها الأحكام.

---

(١) المدخل الفقهي العام، ٢/٨٤٨.

(٢) انظر الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٣-٢٨٦، أثر العرف في التشريع للدبو صالح عوض ٩٥-١٢١، من القواعد الفقهية الهامة وتطبيقاتها في قضاء محكمة تمييز دبي للخليل ١٠٥ ١١٦

والنوع الثاني: العادات الجارية (غير شرعية) المتبدلة: وهي ما كان لزمان أو لمكان أو الحال دخل في تبدلها وتغيرها، وينتظم تحتها عدة صور منها:

الصورة الأولى: العادات التي تختلف باختلاف البقاع والبيئات، فتكون في بعضها حسنة وفي البعض الآخر قبيحة: مثل كشف الرأس، فإنه للذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح عند أهل المغرب. هذا في الماضي أما الآن فقد تغير عند أهل المشرق أيضاً. ومن الأمثلة أيضاً الأكل في الشوارع والأسواق، فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح في العدالة؛ لأنه مخل بالمروءة. وقد أصبح الآن غير قبيح عند كثير من الناس. فإذا تغير مناط الحكم تغير الحكم

الصورة الثانية: العادات التي تختلف باختلاف الأقوال والألفاظ المعبرة عن المقاصد والنيات أو ما يريد الإنسان قوله أو فعله، وكذلك المصطلحات المستخدمة بين أهل الحرف والمهن والمذاهب. فهذه تختلف باختلاف الجماعات والمذاهب والمصطلحات؛ فيحمل اللفظ على عادة المتكلم بحسب ما يفهم عند أمثاله، ويدخل تحت هذه الصورة الألفاظ المستعملة في الأيمان والعقود والطلاق كناية وتصريحاً.

الصورة الثالثة: العادات التي تختلف باختلاف الأفعال في المعاملات: كالعادة في البيع والشراء نقداً أو نسيئة، والعادة في قبض الصداق.

الصورة الرابعة: العادات التي تختلف بحسب أمور خارجة عن إرادة المكلف كاختلاف الأقطار حرارة أو برودة وأثر ذلك في الإمراع بالبلوغ في الأقطار الحارة، وبطئه في البلاد البادرة، وكذلك أثرها في مدة الحيض ومدة الحضانة وسن اليأس وغير ذلك.

الصورة الخامسة: ما يكون في أمور خارقة للعادة كبعض الناس تعتبر له خوارق العادات عدة جارية، فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عدالته الحرية لا المطردة الدائمة بشرط أن تصير العادة الأولى الزائلة لا ترجع إلا بخارقة أخرى. ومن الأمثلة على ذلك الباش أو المتوسط من جرح حدث له حتى صار كالمجروح المعتاد له. أما المجروح المعتاد في الناس فأصبح في حكم العدم.

ثانياً: الحكم الكلي للقاعدة: اعتبار العادة في الأحكام الشرعية.

إن قاعدة «العادة محكمة» تتضمن حكماً كلياً، وهو اعتبار العادة في الأحكام الشرعية؛ بحيث تجعل حكماً لإثبات الحكم الشرعي سواء كانت عامة أو خاصة؛ ولها سلطان واسع المدى في استنباط الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقييدها، فهي تعمل في المجالات التالية:

المجال الأول: تفسير النصوص التي وردت مطلقة، ولم يأت الشرع ولا اللغة بتفسيرها. كما قال ابن تيمية: «كل اسم ليس له حد في اللغة، ولا في الشرع، فالمرجع إلى العرف»[1].

والمجال الثاني: بناء الأحكام الشرعية عليها؛ للقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي. فنصوص الشريعة لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات فلا بد من الرجوع إلى العرف لبناء الأحكام عليه. ومن الأمثلة على ذلك القراض (المضاربة) فقد أجمع العلماء على أنها لم تستند إلى نص مرفوع إلى النبي ﷺ، وإنما أجيزت؛ لأنها كانت معاملة معروفة فتعامل بها الصحابة[2].

والمجال الثالث: تحديد بناء الأحكام الشرعية وتعديلها مما هو مبنى أصلاً على العادات والأعراف، فإذا تغيرت تلك العادات والأعراف وجب تغير الحكم. ولهذا قال القرافي: «إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»[3]. وقال أيضاً: «الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»[4].

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/ ٤٠.
(٢) تبيين الأبصار للسوكاني ٥/ ٣٦٥.
(٣) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للقرافي ص٢٣١.
(٤) الفروق للقرافي ٤/ ١٧٧.

بهذا يتبين أن العادة ليست دليلاً مستقلاً من أدلة الشريعة الإسلامية من قرآن أو سنة وإنما ترد إليهما لاعتبارها وبناء الأحكام الشرعية عليها، ولهذا قرر الفقهاء لاعتبارها عدة شروط وهي:

١- أن لا تخالف العادة نصاً من كتاب أو سنة أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية كتعارف الناس التعامل بالربا، فإن هذا العرف يسمى بالعرف الفاسد أو الباطل.

٢- أن تكون العادة مطردة أو غالبة بأن يكون العمل بها مستمر في جميع الحوادث أو في أغلبها. كما قال السيوطي: «إنما تعتبر إذا طردت، فإن اضطربت فلا»[1]. وقال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»[2] فلا يضير العادة شيء بل تخصص في بعض الوقائع القليلة النادرة. كما يقول الشاطبي: «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انخرامها ما بقيت عدة على الجملة»[3] أما إذا اضطربت العادة، وصارت مشتركة بين العمل بها والعمل بخبرها، فلا تعتبر. كما قال الغزالي: «ولا يصلح - أي العرف المشترك - مقيداً؛ لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً»[4].

وقد علل ابن عابدين ذلك: «بأن العرف المشترك يؤدي إلى التردد في المعنى المراد، فلا يقطع بأن المتكلم قصد هذا المعنى أو غيره فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك؛ لأنه يقتضي تساوي المعنيين دون ترجيح لأحدهما. فالعرف المشترك غير معتبر ولا يعمل به، ولا يبنى عليه حكم». ومثاله: أن يوجد عرف في بلد بأن جهاز الأب لابنته المتزوجة من ماله يعتبر عارية، ووجد عرف آخر في نفس البلد يعتبر جهاز الأب لابنته هدية وتساوى العرفان. وجهز الأب ابنته وحصل نزاع بين الأب وابنته حول هذا الجهاز هل هو عارية يرد إلى الأب أم هدية تملكه البنت ولا بينة لأحدهما. ثم يصلح

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩.
(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٨.
(٤) المستصفى للغزالي نقلاً عن نشر العرف لابن عابدين ٢/ ١٣٤.

هذا العرف دليلا لأحد الخصمين للتعارض ولا مرجح. لكن القول قول الأب بيمينه، لأنه المعطي وهو أقوى بصفة الإعطاء[1].

٣- أن تكون العادة موجودة عند إنشاء التصرف؛ بأن تكون سابقة للتصرف أو مقارنة له، وإلا فلا تعتبر كما قال السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»[2]، وأضاف ابن نجيم: «وإذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ»[3]، وذلك لأن القاعدة أن ما له عرف أو عادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه السائد، أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضى بها على النطق، فإن النطق سالم من معارضتها فيحمل على اللغة[4]. ومن الأمثلة على ذلك لو أن شخصا وقف سنة ألف هجرية مزرعة على علماء الأزهر، وكان المتبادر من كلمة العلماء: من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية وإن لم يحملوا شهادة، ثم حدث عرف في هذا الزمان يطلق هذا اللفظ على حملة الشهادة العالية لا غيرهم، ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة. فالقاضي يفسر هذا اللفظ بالعرف الذي كان سائدا وقت إنشاء الوقف، وهو كل من حاز صفة العلم، ولا يحمله على العرف الحالي[5].

٤- أن لا تعارض العادة شرطا للعاقدين أو أحدهما بعدم العمل بها، كما ذكر العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي السنن الرواتب، ويقتصر على الفروض صح، ووجب الوفاء به، لأن تلك الأوقات إنما خرجت على الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع، ويمكن الوفاء به جاز[6]. ومن الأمثلة

(١) نشر العرف لابن عابدين ٢/ ١٣٤.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠١.
(٤) شرح تنقيح الفصول للقرافي نقلا عن «العادة محكمة» للنمار ص٨٧.
(٥) «العرف والعادة» في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة ص٦٥.
(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز بن عبد السلام ٢/ ١٨٦.

أيضا: إذا كان العرف جاريا على أن يدفع المستأجر أجرة البيت مقدما في أول كل شهر، فاتفقا على دفع الأجرة في آخر الشهر جاز.

ثالثاً: العلاقة بين العادة والحكم الكلي.

إن العلاقة بين موضوع قاعدة: «العادة محكمة» والحكم الكلي فيها: (اعتبار العادة في أصل الأحكام) وهو مد حاجات الناس، فالعادات تولدها الحاجات المتجددة المستمرة، واعتبارها يسد حاجة الناس إليها، فصبح تلك العادات نظاما حاكما تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، وتكشف عن معاني كلامهم ومرامهم، وترسم حدود الحقوق والالتزامات[1].

فالمتكلم يحتاج إلى حمل كلامه على لغته وعرفه، فيتصرف الكلام إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية، لأنه لم يقصدها وإنما قصد المعاني العرفية ولهذا قرر الفقهاء: «الحقيقة تترك بدلالة العادة» وكذلك المتصرف بحاجة أن تحمل تصرفاته على ما تقتضي به العادة والعرف؛ لأنها هي المقصودة، ولهذا قرر الفقهاء: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

رابعاً: مقصود القاعدة الشرعي:

إن مقصود قاعدة: «العادة محكمة» هو رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم وتحقيق مصالحهم. قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ورفع الحرج يتحقق بمراعاة عادات الناس وأعرافهم الصالحة. وكذلك اعتبار المصالح يقتضي اعتبار العادات في الأحكام الشرعية[2].

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٨٥٠.
(٢) الموافقات للشاطبي ٣/ ٢٨٨.

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

إن اعتبار العرف والعادة يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، وقد تعرضنا لبعضها عند بيان عناصر القاعدة، وسأكتفي بذكر بعض التطبيقات التي تبنى على العرف.

١- نص الفقهاء على أنه ينظر إلى العادة في الحيض، فلو زاد الدم على أكثر الحيض يرد إلى أيام عادتها. وقد اختلف الفقهاء في عدد المرات التي تثبت بها العادة: فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح إلى أنها تثبت بمرة واحدة، فلو كانت عادتها ثلاثة أيام، ثم رأت الدم أربعة أيام انتقلت عادتها إلى الأربعة واعتبر الرابع حيضا. وإن كانت عادتها أربعة ثم رأت خمسة انتقلت العادة إلى خمسة وكان الخامس حيضا وهكذا إلى العشرة. فإذا جاوزت العشرة كانت مستحاضة ورد إلى عادتها[1]، وذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى أنها لا تثبت بمرة واحدة، بل لا بد من مرتين أو ثلاث. والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن العادة تثبت بمرة واحدة إذا غلب على الظن تكرارها

٢- نص الفقهاء على أن العمل المفسد للصلاة مفوض إلى العرف، فلو كان العمل بحيث لو رآه راءٍ يظن أنه خارج الصلاة أفسدها وإلا فلا[2].

٣- ثبوت المالية في الأشياء يكون بالعرف حيث يتحدد به ما يعدُّ مالاً شرعاً وما لا يعدُّ، فكل ما ينتفع به عادة، ويجري فيه البذل والمنع يعد مالاً. أما ما لا ينتفع به عادة فليس بمال[3]. وكذلك بالنسبة للنقود فكل ما تعارف الناس على اعتبارها ثمناً للأشياء تعتبر نقوداً، وإلا فلا. قال ابن تيمية: «وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح»[4].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١/ ٤١؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٤. حاشية الدسوقي ١/ ١٦٩.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٢٩٦.

(٣) نظرية العرف للدكتور ص١٠٧.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩/ ٢٥١.

٤- حقوق الارتفاق: كحق الشرب، وحق المسيل. وحق الجوار وغير ذلك مما يتعلق بها من أحكام تستند إلى العرف السائد في البلد ولذا قد تختلف من بلد إلى بلد[1].

٥- توجد كثير من البيوع التي بنى الجواز فيها على العرف: مثل السلم، والاستصناع كما بينا سابقا.

٦- توجد كثير من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية تعتمد على العرف ومن ذلك:

أ- الهدايا التي يقدمها الخاطب لمخطوبته، إذا عدل الخاطب عن الخطبة فليس له حق استرداد الهدايا إذا كان العدول منه، أما إذا كان منها فله حق استرداد الهدايا. ويرجع في ذلك إلى العرف وتبع عادة الناس[2].

ب- النفقة في الزواج تحسب على العرف. كما قال ابن قدامة: «فإذا أطلقت النفقة وجب حملها على المتعارف»[3].

جـ- تقدير النفقة للزوجة والأولاد والأقارب يعتبر العرف في تقديرها، ويراعى حال اليسار والفقر مما يختلف فيه طباع الناس وأعرافهم وأوطانهم.

٧- العقوبة بالتعزير يراعى في تقديرها الظروف والأحوال التي ارتكبت فيها الجريمة وما جرى به العرف في كل ما يعد زجرا وتأديباً.

٨- إقناء الناس والقضاء بينهم مبني على العرف والعادة. ولهذا اشترط الفقهاء في المجتهد والمفتي والقاضي أن يكون عالما بالأعراف الجارية في زمنه، ولا يجوز له إفتاء الناس بأحكام بنيت على أعراف قديمة. قال ابن القيم: «ومن أفتى الناس بمجرد المنقول

---

(١) نظرية العرف للخياط ص١١٠-١١٥

(٢) القواعد الفقهية للندوي ص٣٨٣

(٣) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩

بالكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضلّ وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم»[1].

المطلب الخامس: القواعد المتعلقة بقاعدة: «العادة محكمة»

تتعلق بقاعدة: «العادة محكمة» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فرعا في القاعدة أو اثراً، أو قيداً فيها. وفيما يلي بيان لأهم هذه القواعد.

أولا: القواعد التي تمثل فرعاً أو أثراً لهذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد منها:

١ قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[2]

هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: «العادة محكمة» وتتفرع عنها، لأنها تعبر عن سلطان العرف العملي وأثره في إنشاء الحقوق والالتزامات. فهو يكون في قوة العبارة المنشئة للحق والالتزام[3] كما يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح: فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحا مما تعورف لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط[4] وقد صيغت هذه القاعدة بعبارات أخرى منها قاعدة: «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي»[5]، وقاعدة: «كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف»[6]، وقاعدة: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»[7] وقاعدة:

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٥٠.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩
(٣) المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء ٢/ ٨٦٣.
(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص١٨٣.
(٥) القواعد الفقهية لمحمد هلال تسرحان ص٤٤.
(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/ ٤٠١.
(٧) القواعد الفقهية لصالح السدلان ص٤٥.

«المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ»[1] وقاعدة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»[2]

أ- معنى القاعدة:

المعروف هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم والمشروط ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما ليلتزم في العقد.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن ما تعرف عليه الناس في معاملاتهم أو اعتادوا التعامل عليه لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف الصار ذكرها. ومن ذلك ألا يكون مخالفا لنص من نصوص الشريعة الإسلامية. أما إذا خالف نصا بخصوصه فلا يعتبر ذلك العرف كتعارف الناس تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المستعارة أو المأجورة بدون تعد منه ولا تقصير، فلا يعتبر ذلك العرف ولا يراعى لمصادمته نصا شرعياً.

ب- تطبيقات القاعدة:

تطبيقات هذه القاعدة كثيرة نذكر منها[3]: إذا استعمل رحل مثل غيره المعد للإجارة أو للاستغلال، فعليه أجرة لمثل، لأن المعروف أن المعد للاستغلال لا يستعمل إلا بأجرة.

ومنها: إذا اشترى شخص سيارة، فإن توابعها من عدة ومفاتيح وعجل احتياطي تدخل في المبيع ولو لم ينص على ذلك؛ لأن الناس تعارفوا ذلك.

ومنها: البيع بالتعاطي، فقد أقر كثير من الفقهاء انعقاد البيع بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ.

(١) المرجع السابق.
(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٥) وينظر الحكام لعلي حيدر ١/ ٤٦.
(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية لتلميذ أحمد الزرقاء ص١٨٤، شرح المجلة لمنير القاضي ١/ ١٠٦، شرح المجلة لعلي حيدر ١/ ٤٦.

ومنها: أن ناظر الوقف يستحق أجرة المثل، ولو لم يشترط له الواقف أجرة؛ لأن المعروف أن المتولي لا يتحمل كلفة التولية بلا أجرة.

ومنها: أن خيوط الثوب والأزرار وسائر الكلف تكون على الخياط، لأن هذا هو المعروف.

لكن إذا صرح المتعاقدان عند العقد بمخالفة المعروف عرفا فالعبرة حينئذ تكون لما صرح به لا إلى المعروف عرفا. كما لو صرح الخياط عند استلام القماش أن تكون الأزرار على صاحب الثوب فلا ينظر إلى العرف.

ومنها: إذا أعار شخص آخر سيارة إعارة مطلقة، فلا يجوز للمستعير أن يحمل عليها غير المعتاد المتعارف: كمن يحمل في سيارة الركاب حديداً، وكذلك لا يجوز له أن يسلك بها طريقاً وعراً فإذا هلكت بسبب ذلك ضمن.

٢- قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»[1]

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة إلا أن القاعدة الأولى عامة، وهذه خاصة بعرف التجار وأرباب الصنائع والحرف. ويمكن أن تصاغ بصياغة أخرى: «المعروف بين أهل كل طائفة كالمشروط بينهم»[2] ومن تطبيقات هذه القاعدة[3] ما ذكره الفقهاء من أنه لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرحا بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف بين التجار أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان. ولو باع شيئ بدراهم وأطلق نزل على النقد الغالب. وبثبت خيار العيب للمشتري بالعيوب الموجبة لنقص المالية في عادات التجار[4].

---

(١) مجلة الأحكام، مادة (٤٤)

(٢) أثر العرف في التشريع للشيخ صنع عوض ص٤٥٥.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢

(٤) حاشية الدسوقي ٣/١١٨.

٣- قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»[1]

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة «العادة محكمة» لأنها تعتبر بأحد أقسام العرف، وهو العرف القولي حيث إن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، وإن كان مخالفاً للمعنى اللغوي.

أ- معنى القاعدة:

الحقيقة: اللفظ المستعمل فيما وضع له أصلاً[2]: كلفظ الأسد لنحيوان المفترس، والدابة في كل ما دب على الأرض. **ويطلق عليها** الحقيقة اللغوية. ويقابلها الحقيقة الشرعية: وهي الألفاظ التي وضعها الشارع لدلالة على معانٍ خاصة: كالصلاة والصيام والحج. ويقابلها أيضاً الحقيقة العرفية: وهي إما عامة: كاللفظ الذي غلب استعماله في غير مسماه اللغوي: كلفظ الدابة في ذوات الأربع. وإما خاصة: كالألفاظ التي يستعملها بعض الطوائف كاصطلاح نهم كالفاعل والمفعول به عند النحاة، والجوهر والعرض عند المناطقة[3].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا كان للمصطلح معنيان أحدهما حقيقي والآخر عرفي، فإن المعنى الحقيقي يترك ويحمل المصطلح على المعنى العرفي عند المتعاقدين. فاليوم في عرف إجارة العمال ثماني ساعات أو تسع، ومعناه الحقيقي أكثر من ذلك فيرجع إلى المعنى العرفي ويترك المعنى الحقيقي.

فتعتبر العادة هنا بمعنى القرينة الدالة على العمل بالمعنى المجازي وترك المعنى الحقيقي كما قال في شرح التوضيح: «لا بدَّ للمجاز من قرينة تمنع إرادة الحقيقة عقلاً أو حساً أو عادة أو شرعاً»[4] وقال ابن عابدين: «التحقيق أن لفظ الواقف والموصي

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٧

(٢) معجم لغة الفقهاء، لقلعجي وقنيبي ص١٨٣

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للبورنو ٢٩٩

(٤) شرح التوضيح للقنازاني ١/ ٩٢.

والحالف والناذر، وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولا»[1].

وضابط هذه القاعدة: ما إذا كان المعنى الحقيقي غير مستعمل لتعذره أو لكونه أصبح مهجوراً شرعاً أو عادة: كما لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه الشجرة وكان الأكل من نفس الشجرة متعذراً، فإنه يصار إلى المعنى المجازي فيحمل على ثمار الشجرة، فإن أكل ثمرها حنث في يمينه وإلا فلا، ولو أكل من نفس الشجرة أو من أوراقها. هذا إذا كانت الشجرة مثمرة، أما إذا كانت غير مثمرة فيحمل الأكل على الانتفاع بعينها. أما إذا كان المعنى الحقيقي مستعملا بصورة أكثر من المجازي أو مساوية فإنه يصار إلى المعنى الحقيقي باتفاق. وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملا بصورة أقل فعند أبي حنيفة يصار إلى الحقيقي وعند الصاحبين يصار إلى المعنى المجازي لأنه هو الغالب في الاستعمال[2].

ب- **تطبيقات القاعدة**:

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا حلف شخص أن لا يضع قدمه في دار فلان، فإن كلامه يحمل على المعنى المجازي حتى لو دخل دار فلان راكبا أو محمولاً حنث. ولو مدَّ رجله في دار فلان، وهو خارج فلا يحنث[3].

ومنها: صيغ الماضي في العقود: كبعت ووهبت وأجرت يعتقد العقد بها، وإن كانت للماضي وضعا لأنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع[4].

ومنها: جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين ما لم توجد دلالة المنع[5].

---

(١) رسالة نشر العرف لابن عابدين ٢/ ١٣٣.
(٢) شرح المجلة لسليم القاضي ١/ ١٠٢.
(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص١٦٧
(٤) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه لبورنو ٣٠١.
(٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص١٦٧.

ومنها: لو حلف أن لا يأكل رأسا فلا يحنث بأكل رأس عصفور، لأن العرف خص الرأس برأس الأنعام الذي يباع للأكل في الأسواق[1].

٤- قاعدة: «الكتاب كالخطاب»[2]

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «العادة محكمة» لأنها تعبر عن سلطان العرف اللفظي وأثره في الأحكام، ومما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن المقصد الكتابة، فيصار إليها عند الحاجة. كما قال ابن القيم «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كانت بإشارة أو كتابة أو إيماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مطردة لا يخل بها»[3] فيعمل بالكتاب المكتوب على الوجه المتعارف ويعد حجة على من حرره. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- **معنى القاعدة**:

الكتاب لغة: من كتب يكتب كتابا والاسم الكتابة: وهي الخط[4]. وعرَّفه الجرجاني بأنه: «تصوير اللفظ بحروف هجائه»[5] والخطاب من خاطبه مخاطبة وخطابا، وهو الكلام بين متكلم وسامع[6].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر تعقد به العقود: من بيع وإجارة وكفالة وغيرها، فللمتعاقدين أن يعقدا ذلك بينهما بطريق الكتابة

---

(١) المرجع السابق.
(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (٦٩)
(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٢١٨
(٤) المصباح المنير للفيومي ص٧١٩.
(٥) التعريفات للجرجاني ص١٣٣
(٦) المصباح المنير للفيومي ص١٢٦.

كما جاز لهما العقد بطريق المشافهة، ولكن يشترط في الكتاب أن يكون مستبينا أي يمكن قراءة خطه، فان لم يكن مستبينا: كالخط على الماء أو في الهواء فلا عبرة به. كما يشترط فيه أن يكون مرسوما أي جاريا على الرسم المعتاد بأن يكون معنونا ومصدقاً ومكتوباً حسب الأصول القانونية المعروفة في البلد[1]. والحاصل أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف يعد حجة على كاتبه كالنطق باللسان.

ب - تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا كتب شخص كتابا إلى شخص غائب، قائلا فيه: «إنني قد بعت منك سيارتي بألف دينار. وقبل المرسل إليه المبيع بذلك المبلغ في مجلس قراءة الكتاب؛ أو كتب كتابا للبائع يخبره فيه بقبوله انعقد العقد. جاء في شرح المادة (١٧٣) من المجلة: يجري حكم هذه المادة -يعني اعتبار الكتابة- في جميع العقود من إجارة ووكالة وهبة وغير ذلك[2].

٥- قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»[3]:

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «العادة محكمة» لأنها تعبر عن سلطان العرف اللفظي وأثره في بناء الأحكام، وأن الإشارة تقوم مقام اللفظ كما ذكرنا في القاعدة السابقة.

أ- معنى القاعدة:

الإشارة: إقامة الحركة مقام النطق في التعبير[4]. والأخرس مأخوذ من خرس الإنسان خرسا منع الكلام خلقة أو آفة، فهو أخرس، والأنثى خرساء والجمع خُرس[5]. والبيان: الإظهار والوضوح والكشف عن المقصود. ويراد به الكلام الذي يبين به ما في قلبه، وسمي الكلام بيانا لكشفه عن المعنى المقصود إظهاره[6].

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص٢٨٥، شرح المجلة للقاضي ١/ ١٣٧.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ١٢١.
(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٠)
(٤) معجم لغة الفقهاء، لقلعجي وقنيبي ص١٨.
(٥) المصباح المنير للفيومي ص٢٢٧.
(٦) المرجع السابق ص٩٧، والمصطلحات الواقعة ص٦٩

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن إشارة الأخرس المعهودة أو المعروفة مقاصده منها تقوم مقام الكلام أو النطق باللسان. لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس ولو وقع في الحرج الشديد. ويشترط في اعتبار إشارة الأخرس أن تكون مفهومة معهودة يفهمها كل من وقف عليها؛ فإذا كانت تعبر عن عقد النكاح فلا بد أن تكون مفهومة لشاهدين، وإذا كانت تعبر عن الطلاق فلا بدّ أن يصحبهما صراخ وتصويت لأن العادة مبه في ذلك، فكانت بيانا لما أجمله[1].

ب- تطبيقات القاعدة ومستثنياتها:

الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام النطق في جميع العقود من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح ورجعة وظهار وغير ذلك. ثم ذكر السيوطي صورا لا تعتبر فيها إشارة الأخرس[2].

الأولى: لا تقبل شهادته بالإشارة في الأصح.

الثانية: لا ينعقد يمينه في الإشارة إلا في اللعان.

والثالثة: إذا خاطب بالإشارة هي الصلاة لا تبطل صلاته على الصحيح.

والرابعة: إذا حلف لا يكلم شخصا فأشار إليه لا يحنث.

والخامسة: إسلام الأخرس بالإشارة لا يصح في قول، حتى يصلي بعدها والصحيح صحته

٦- قاعدة: «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»[3]:

هذه القاعدة اعتبرها الشيخ مصطفى الزرقاء فرعا من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»[4]. والأولى اعتبارها فرعا من قاعدة: «العادة محكمة» لأن العادة هي المعول عليها في الحكم على الأمور الممتنع وقوعها، ولا ينظر فيه إلى الإمكان العقلي.

(١) غمز عيون البصائر للحموي ١/ ١٨٨.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٦
(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٨)
(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٧٧

أ- معنى القاعدة:

الممتنع مأخوذ من المنع، فيقال: منعه الأمر ومن الأمر منعاً فهو ممنوع وأصله في اللغة: خلاف الإعطاء[1]. والممتنع لذاته في الاصطلاح: «ما يقتضي لذاته العدم»[2] وهو المحتم حقيقة، فلا يمكن وقوعه عقلاً. وهو المستحيل. فهذا لا يقبل الإدعاء فيه، بل يرفض: كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه. والممتنع عادة: هو الذي لا يعهد وقوعه، وإن كان في احتمال عقلي بعيد: كمن ادعى شخص معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها بإرث أو غيره لا تسمع دعواه ولا تقبل بينة ما لم يثبت مصدراً لهذا المال[3].

ومعنى القاعدة الإجمالي: أن دعوى المستحيل عادة أو الممتنع عادة لا تسمع كدعوى المستحيل حقيقة. لكن الظاهر أن الممتنع حقيقة يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويتبد به، ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وأنها لا تسمع. في حين أن دعوى الممتنع عادة تحتاج إلى سؤال الخصم عنها؛ فإن دفع بأنها لا تسمع لامتناعها عادة ردها القاضي حينئذ؛ لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم نفذ عليه الحكم[4].

ب- تطبيقات القاعدة

من تطبيقات هذه القاعدة: ادعى شخص أن الجنين الذي في بطن هذه المرأة باعه داراً بعشرين ألف دينار فادعاؤه غير صحيح لأنه أسند إلى سبب مستحيل عادة. ومنها: إذا ادعى شخص أن زيداً المعروف أنه في السجن أنه غصب فرسه يوم الدعوى فلا تسمع دعواه لامتناع ذلك عادة[5].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٢٧٨، المصباح المنير للفيومي ص٧٩٧.

(٢) التعريفات للجرجاني ص٢٩٦. معجم لغة الفقهاء للقنعجي وقلعجي ص٤٦٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص١٧١؛ المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا ٢/٩٧٧.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص١٧٢.

(٥) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/٩٩، والقواعد الفقهية لمحمد حسن ص٤٢.

٧ قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»[1].

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «العادة محكمة» لأن العادات تنقسم إلى ثابتة ومتبدلة، وهذه القاعدة تتعلق بالقسم الثاني، فتعبر عن تغير الأحكام المبنية على الأعراف تبعاً لتغير العادات والأعراف والأحوال[2]. أما القسم الأول، وهو العادات الثابتة، فلا مجال لهذه القاعدة فيها. فتبقى أحكامها ثابتة لا تتغير ولا تتبدل كالأحكام الثابتة بالنصوص الشرعية. وهي قاعدة مهمة عظيمة النفع لا يستغني عنها طالب علم ولا فقيه ولا مجتهد لما على أهميتها كثير من العلماء مثل القرافي[3] وابن القيم[4] والشاطبي[5] ونظراً لأهميتها سأتعرض لأصل النقول فيها فأبين معناها وأدلتها وعناصرها وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

النُّكر لغة: من نكر الشيء وأنكره إنكاراً لم يقبله قلبه ولم يعترف به لسانه، وأنكرت عليه فعله إنكاراً إذا عبته وبهته، والإنكار خلاف الاعتراف. وأصله في اللغة خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب[6]. والتغير مأخوذ من صيرت الشيء تغييراً إذا أزلته عما كان عليه فتغير هو. وأصله في اللغة يدل على اختلاف

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: مادة (٣٩).

(٢) ذكر الزرقا في المدخل الفقهي (٢/٩٣٧) أن هذه القاعدة ينبغي أن تندرج تحت قاعدة «المصالح المرسلة» لأن فساد الدهر وقلة الورع وكثرة الطمع وانصرافهم الحقيقة لبست أعرفوا بخلافها الناس وسنوا عنها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي إيحالال في الأخلاق يضعف الثقة. أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الرسمي. وكل ذلك يحمل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق العناية الشرعية من تطبيقها، يجب أن يتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع الطارئة، ويحقق العناية الشرعية من الحكم الأصلي

(٣) تكلم القرافي عن هذه القاعدة في أثناء كلامه على كتاب الأحكام في تمييز فتاواي عن الأحكام (ص٢٣١) في الإجابة عن السؤال التاسع والثلاثين، وفي الفروق (١/١٧٦)

(٤) تعرض ابن القيم لهذه القاعدة في أعلام الموقعين (٣/٣ ٥٨) تحت عنوان: «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والنيات، والعوائد»

(٥) فصل الشاطبي القول في هذه القاعدة في الموافقات (٢/٢٨٥)

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٤٧٦، المصباح المنير للفيومي ص٨٥٩

شيئين[1]. والأحكام جمع حكم وهو في اللغة القضاء، وأصله في اللغة المنع[2].

والحكم في الاصطلاح: «إسناد الأمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً»[3]. والحكم الشرعي: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[4]. والأزمان: جمع زمان وزمن، وهو اسم لقليل الوقت وكثيره، وبعبارة أخرى «المدة من الوقت قصيرها وطويلها»[5]. والمراد بتغير الزمان في هذه القاعدة: تغير أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم بتقلبات الأزمان عليهم.

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الأحكام الجزئية في الواقع إذا كانت مبنية على العرف في زمن قد تتبدل في أمثالها من المواضع لتبدل العرف والعادة في هذا الزمان، فإن العادات تتبدل بتبدل الأزمان. فالأحكام المبنية عليها تتبدل أيضا تبعا لتبدلها[6]. أما الأحكام المبنية على نصوص شرعية أو أعراف ثابتة، فلا تتغير ولا تتبدل بتقلبات الأزمان وتبدلها.

ب- الأدلة على هذه القاعدة.

يستدل لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من القرآن والسنة وآثار الصحابة والإجماع والمعقول. وفيما يلي بيان لتلك الأدلة.

١ - قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [الأنفال: ٦٥-٦٦].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤٠٣، المصباح المنير للفيومي ص٦٢٩.

(٢) المصباح المنير للفيومي ٢٠٠.

(٣) التعريفات للجرجاني ١٢٣.

(٤) الأحكام للآمدي ١/٤٩، حاشية البناني على جمع الجوامع ١/٤٠، إرشاد الفحول للشوكاني ص٥.

(٥) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٢٣٣.

(٦) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/٩٩.

قال ابن عباس في تفسير هاتين الآيتين: لما نزلت «إن يكن منكم عشرون صابرون» شق ذلك على المسلمين حين فرض ألا يفر أحد من عشرة فجاء التخفيف[1]: «الآن خفف الله عنكم... » فهذا ليس من قبيل النسخ الأصولي، وهو رفع الحكم إلى الأبد، وإنما هو تغيير للحكم بحسب الحال، ففي حال القوة يعمل بالآية الأولى، وفي حال الضعف يعمل بالآية الثانية.

٢- وقوله ﷺ: «من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة، ولا يبقى في بيته منه شيء»[2]. فقد نهى النبي ﷺ عن إدخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، وأمر بالتصدق بالباقي، ثم أبرح في العام التالي لهم الادخار. فقال ﷺ: «كلوا وأطعموا وادخروا» وفي رواية: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا»[3]. فالنهي في السنة الأولى يحمل على حالة معينة طارئة، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة، وهم يحتاجون إلى الإكرام والمواساة. وفي السنة الثانية ارتفع ذلك الظرف العارض وزالت تلك العلة، فأذن لهم عليه السلام بالادخار؛ مما يدل على أن الحكم المبني على حالة طارئة يتغير بتغير تلك الحالة.

٣- أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط ضالة الإبل والتعريف بها لتغير حال الناس في زمنه فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب الزهري قال: «كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها، ثم تباع فإذ جاء صاحبها أعطى ثمنها»[4] مع أن الرسول ﷺ قال عندما سئل عنها: «معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[5]. فهي قادرة على العيش وحدها: فهي ترد الماء وتأكل الشجر ولا يخاف عليها من اعتداء الذئب خلافا للغنم، ولا يخاف عليها من أخذ الضحالة لها وإخفائها بقوة النوازع الديني عندهم، فلما خف النوازع الديني وتغير الحال أمر عثمان بالتقاطها لاختلاف الحال.

---

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٣٢٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/٤٤.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، رقم (٣٤) ٣/١٥٦٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، رقم (٢٨)، ٣/١٥٦١.

(٤) موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك ٢/١٣٩.

(٥) صحيح البخاري، كتاب العلم، (٣٨)، ١/٣١.

٤- إجماع العلماء على أن الأحكام المبنية على الأعراف المتغيرة تتغير بتغير الأعراف والعادات. ومن نقل الإجماع القرافي حيث قال: «ألا ترى أنهم -الفقهاء- أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عينا انتقلت نعادة إليه، وتعين الأول لانتقال العادة منه. وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب»[1].

٥- ولأن الجمود على الأحكام المبنية على أعراف متغيرة يوقع الناس في حرج شديد ومشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، كما قال ابن القيم في وصف فصول «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد». «هذا فصل عظيم النفع جدا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»[2]. وقال القرافي: «الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»[3].

ولهذا اشترط الفقهاء والأصوليون في المفتي الذي يتصدى للإفتاء أن يكون عارفا بأحوال الناس وعاداتهم. فقال ابن عابدين: «والتحقيق أن المفتي في الوقائع لا بدَّ له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس»[4] لأن كثيراً من الأحكام الاجتهادية ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً أو عجلاً لمصلحة نبيلة في زمن معين فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق. وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤه

(١) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ص٢٣٣.
(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٣.
(٣) الفروق للقرافي ١/ ١٧٧.
(٤) نشر العرف في بناء الأحكام على العرف لابن عابدين ٢/ ١١٧.

الأولون. وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو: «اختلاف الزمان وفساد الأخلاق» فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قاله المتأخرون[1].

جـ- عناصر هذه القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من عدة عناصر رئيسية وهي الأحكام التي تخضع للتغير، وأسباب تغير الزمان، والمقصد الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان. وفيما يلي بيان لهذه العناصر

١- الأحكام التي تخضع للتغيير:

الأحكام الشرعية نوعان: **الأول**: ما يكون مستنده صريح النص من القرآن والسنة والإجماع. فهذا النوع لا يخضع للتبديل والتغيير، لأن التغيير مسخ للأحكام الشرعية، ولا نسخ بعد وفاة النبي ﷺ: كحرمة المحرمات المطاعة ووجوب التراضي في العقود.

والنوع الثاني: ما يكون مستنده الاجتهاد من مصلحة أو قياس أو عرف أو عادة. فهذا النوع هو محل التغيير والتبديل ويراعى فيها تحقيق العدل وإحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية التشارع فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجا وأنجع في التقويم علاجا[2].

٣- أسباب تغير الزمان:

الزمان ظرف يجمع عادات الناس وأحوالهم وعلومهم وضروريانهم وحاجياتهم وأوضاعهم التنظيمية والإدارية والإجراءات التي تحقق لهم المصالح وتدفع عنهم المضار. وهي تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان. ولذلك يمكن إرجاع أسباب تغير الزمان إلى الأسباب التالية:

(١) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/ ٩٢٣-٩٢٤.
(٢) المرجع السابق.

السبب الأول: فساد أخلاق الناس وضعف الوازع الديني، وهو الذي يسمى: «فساد الزمان»[1] حيث ينشأ عن ذلك تبدل وتشدد في بعض الأحكام، كما في وجوب التقاط صائة الإبل في عهد عثمان رضي الله عنه.

السبب الثاني: تغير العادات والأعراف التي جعلها المجتهد مناطاً لحكم شرعي، فإن هذا التغير يوجب تبدل الحكم وتغييره. ومن أمثلة هذا السبب ما يتعارفه الناس من شؤون المعاملات: كعادة قبض المهر قبل الدخول، وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل. وسقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في الزمن القديم على بيع الدور ومشتملاتها على نمط واحد، ثم لما تغير عرف الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة واحدة، بل لا بدَّ من رؤية جميع مشتملات الدار[2].

السبب الثالث: حدوث معطيات علمية جديدة تستدعي تغير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة. ومن الأمثلة على ذلك أن الفقهاء اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فقال الزهري تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين، وقال عبادة بن العوام: خمس سنين. وقال الليث: ثلاث سنين. وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمشهور في المذهب عند المالكية والشافعي وأحمد إلى أنه سنتان. وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر[3]، وقد أثبت الطب الحديث القائم على الملاحظة والتجربة أن أصح الأقوال: هو قول ابن حزم، وأنه لا يمكن أن يتأخر الحمل أكثر من شهر زيادة على التسعة أشهر، أما أقوال الفقهاء الآخرين فلم تكن مبنية على نص صريح من الكتاب والسنة، وربما كانت مبنية على ملاحظة النساء للحوامل، وعلى أخبار الأطباء في عصرهم، فلا يعمل بها.

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٢٦/٢.

(٢) المدخل إلى الشريعة الإسلامية لزيدان ص١٠٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٧٧/٧، التبيان في أقسام القرآن لابن القيم ٢١٢، كفاية الأخيار الحصني ١٤٨/١، المحلى لابن حزم ٣١٦/١.

والسبب الرابع: تطور الأوضاع التنظيمية والترتيبات الإدارية والوسائل والأساليب الاقتصادية وغيرها مما يستدعي تغير الأحكام المبنية على تلك الأساليب والأوضاع. ومن الأمثلة على ذلك ما يتخذه الحكام وولاة الأمور من الوسائل والأنظمة والمظاهر في سياسة الملك والإمارة، وحفظ الأمن والنظام، فإن ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الأزمنة والأمكنة واختلاف الثقافات والأمم والشعوب.

فقد جاء في الفروق للقرافي: لما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان -عامله على إقليم الشام- قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب واتخذ المراتب النفيسة والثياب الهائلة الغالية وسلك ما يسلكه الملوك فسأله عن ذلك: فقال: إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا. فقال له: لا آمرك ولا أنهاك. ومعناه أنت أعلم بحالك. هل أنت محتاج إلى هذا، فيكون حسنا، أو غير محتاج فيكون قبيحاً. فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال فلذلك يحتاجون إلى تجديد زحارف وسياسات لم تكن قديما وربما وجبت في بعض الأحوال[1].

والسبب الخامس: حدوث ضرورات وحاجات عامة تتطلبها الحياة المعاصرة مما يستدعي تغيير بعض الأحكام القديمة، ومن ذلك أخذ المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإقامة وغير ذلك[2].

٣- المقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان:

إن المقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان هو تحقيق المصالح ودفع المفاسد عن الناس ورفع الحرج عنهم كما بينا في المقصود الشرعي لقاعدة «العادة محكمة».

---

(١) الفروق للقرافي ٢٠٣/٤-٢١٤. وتزيد من الأمثلة انظر: أعراف وتقاليد حكام زمن في العصر الإسلامي الفاضي إسماعيل الأكوع

(٢) تكوين الملكة الفقهية للمؤلف ص١٣١.

د- تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بكثير من أبواب الفقه وتطبيقاتها كثيرة لا تعد ولا تحصى نذكر منها:

١- لم يشترط الإمام أبو حنيفة تركية الشهود لا سراً ولا علناً، لأن الناس لم يكونوا ليجرأوا على شهادة الزور في عصره نظراً لما ألفوه من التربية الدقيقة. ولكن لما رأى من بعده من العلماء، أن التربية الدينية قد ضعفت، وليس بأن الناس شهادة الزور شرطوا تزكية الشهود سراً وعلناً[1].

٢- لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان. قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجوراً فالأقل[2].

٣- جوّز الفقهاء إحداث أحكام سياسية لقمع أرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان. وأول من فعل ذلك عمر بن عبد العزيز فإنه قال: «سنحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»[3].

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً في قاعدة: «العادة محكمة»:

١- قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت»[4].

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة: «العادة محكمة» فلما كان ظاهر القاعدة الكبرى تحكيم العادة على الإطلاق، أتى هذه القاعدة لتقييد العادة بما إذا اضطردت أو غلبت أما إذا كانت نادرة فلا تحكم. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ معنى القاعدة:

الاضطرار: من اضطر الأمر تبع بعضه بعضاً، واضطردت الأنهار جرت، واضطرد الحبل تتابعت أفراده وجرت مجرى واحداً تجري الأنهار[5]. والاضطراد في القاعدة بمعنى

(١) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٠٠.
(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١٧٤.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤.
(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٥٠٦.

أن يكون العمل بالعادة مستمراً في جميع الحوادث. والتعبير بالغلبة يوحي بأنه لا يشترط إعمال العادة أن تكون مضطردة، بل يكفي أن يكون معمولاً بها في أغلب الحوادث. وبناء على ذلك يكون معنى القاعدة هو: أن العادة المعتبرة هي المطردة التي لا تتخلف أبداً، أو الغالبة التي قد تتخلف قليلاً. كما سبق أن بينا في شروط العرف. أما العادة المغلوبة فلا عبرة لها، ولا تحكم. كما قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت، فإن غُلبت فلا»[1] وعبّر صاحب تهذيب الفروق بالتكرار وقصد به الاضطراد. حيث قال: «إن مجرد الاستعمال من غير تكرار لا يكفي في النقل، بل لا بدّ من تكرر الاستعمال؛ بحيث يفهم المنقول إليه بغير قرينة ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره»[2] ولا يعني هذا أن العادة لا تثبت إلا بالتكرار، وإنما تثبت ولو بمرة واحدة إذا غلب على الظن المعاودة والتكرار. فالمرة الواحدة تكفي لإثبات العادة إذا وجدت قرينة تدل على التكرار والاضطراد.

ب تطبيقات القاعدة:

إذا سرق الأجير من مال المستأجر فسخت الإجارة، ولو بمرة واحدة ونحكم بأنها عادة له؛ لأن العقل يمكنه أن يعرف أن وقوع السرقة من الأجير يمكن أن يتكرر؛ لأن وقوعه في المرة الأولى صفة مستقرة في النفس وهي الخيانة، ويمكن أن تقع عدة مرات إذا توفرت أسبابها. فهذه يغلب على الظن وقوعها ويمكن اعتبارها عادة، ولو بمرة واحدة[3]. وكذلك بالنسبة للمحبس يمكن أن تثبت العادة فيه بمرة واحدة كما بينا سابقاً.

٢- قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا النادر»[4]

هذه القاعدة وثيقة الصلة بالقاعدة السابقة، فهي مكملة لها؛ لأن من شروط إعمال العادة أن تكون عامة شائعة. أما إذا كانت نادرة فلا يعمل بها. ومن جهة أخرى فإن هذه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢.
(٢) تهذيب الفروق للشيخ محمد علي بهامش فروق القرافي ١/ ٨٣.
(٣) الفواكه الجنية على المواهب السنية للفاداني ١/ ٢٩٤.
(٤) مجلة الأحكام، مادة (٤٢).

القاعدة تصلح أن تكون أصلاً عاماً في الشريعة الإسلامية، وهو اعتبار الغالب وتقديمه على النادر. كما قال القرافي: «الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، وعصر في السعر ويضبط بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم؛ لأن الغالب منهم التحيف»[1]. وقد عقد العز بن عبد السلام فصلا في الحمل على الغالب والأغلب في العادات، وذكر أمثلة منها: أن من أتلف متنوعا فإنه يلزمه ضمانه بقيمته من نقد البلد أو غالبه إن كان فيه نقود بعضها أغلب من بعض. ومنها وجوب صدقة الفطر من غالب قوت البلد[2]. كالتمر والأرز. وقال ابن عبد الهادي: «العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له»[3] فهذه القاعدة -بالمعنى العام- يراد بها أن الأحكام لا تبنى على الأمور المغلوبة، وإنما تبنى على الشائع الغالب. وأما المعنى الخاص لها أن المعتبر في بناء الأحكام على العدة وهو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع[4] لأن اسراد بالشيوع في هذه القاعدة -بالمعنى الخاص- اشتهار العمل بذلك التعرف واشتهاره بين الناس. أما إذا كان العمل به نادرا أو مغلوبا فلا يعمل به. وكذلك إذا كان العمل به مساويا لعدم العمل به، وهو الذي يسمى بالعرف المشترك فلا يعتبر أيضا للتردد فيه كما بينا سابقاً. ومن تطبيقاتها في هذا المجال: أن المفقود يحكم بموته إذا أكمل التسعين من عمره؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، وخلاف ذلك نادر أو قليل جداً.

ومنها: إذا أكمل الشخص من عمره خمس عشرة سنة حكم ببلوغه؛ لأن الغالب أن الإنسان يبلغ عند وصوله هذا السن. ومنها: يحكم بانتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين والمنت ببلوغه تسع سنين؛ لأن الغالب بأن الذكر بذلك السن يستغني عن أمه في أكله ولباسه وطهارته، وأن الأنثى بذلك السن تصل إلى مرتبة النساء[5].

---

(١) الفروق للقرافي ٤/ ١٠٤.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٤٢.

(٣) معنى ذوي الأرحام عن الكتب الكثيرة في الأحكام لابن عبد الهادي ص٧٥

(٤) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٠٤.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السادس

فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

إن قاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» ذات مكانة عظيمة وفوائد كثيرة تدخل في كثير من أبواب الفقه المتعلقة بتصرفات المكلف القولية، كما أنها تدخل في بعض المسائل الأصولية التي تتعلق بالخطابات الشرعية. وقد ذكرها كل من كتب في القواعد الفقهية[1]. ولكنهم لم يعتبروها ضمن القواعد الكلية الكبرى، ولم يتوسعوا في الحديث عنها، ولم يذكروا كثيراً من القواعد التي تفرع عليها. ولكن الدراسة التي قدمها الشيخ محمود هرموش حول هذه القاعدة أثبتت أنه يمكن إضافة هذه القاعدة إلى القواعد الكلية الكبرى التي يبنى عليها الفقه الإسلامي. فتتعلق هذه القاعدة بالعقود من بيع وإجارة وسلم ورهن وعارية ووقف ووصية وهبة واستصناع، كما أنها تدخل في النكاح والطلاق والعتق والإيلاء وغير ذلك. كما أنها تتعلق بالمباحث الأصولية: كتعارض الحقيقة الشرعية واللغوية في الخطاب الشرعي، ودلالة الاقتضاء والمشترك والتخصيص والتقييد والنسخ، والزيادة على النص، والتعارض والترجيح. كما أنها تتعلق ببعض المباحث اللغوية: كالحروف الزائدة. ولم يقف الأمر عند هذا الحد، وسما تعدى ذلك إلى أنه يندرج تحتها كثير من القواعد الفقهية[2]. ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة ومكانتها في الشريعة الإسلامية لابدّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد المتفرعة عنها.

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ١/ ١٨٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٥ الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/ ٢٣.

(٢) القاعدة الكلية «إعمال الكلام أولى من إهماله» لمحمود هرموش ص٤٨١.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

يتضمن هذا المطلب بيان مفردات القاعدة والمعنى الإجمالي لها:

أولاً: مفردات القاعدة:

مفردات هذه القاعدة: الإعمال، والكلام، والأولى، والإهمال. وفيما يلي بيان لمعنى هذه المفردات.

١- الإعمال.

الإعمال لغة: من عمله أعمله عملاً صنعه، وأعملت الكلام استعملته فيما أعد له[1].

واعمال الكلام في القاعدة: إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي[2].

٢- الكلام:

الكلام في اللغة: اسم من كلمته تكليماً، والكلمة (بالتثقيل) لغة الحجاز وجمعها كلم وكلمات، والكَلْمة (بالتخفيف) لغة بني تميم. والكلام في أصل اللغة عبارة عن أصوات متتابعة لمعنى مفهوم. وقيل: الكلام يطلق على المفيد وغير المفيد، فيقال: هذا كلام لا يفيد[3].

والكلام في الاصطلاح: «ما تضمن كلمتين بالإسناد». وفي اصطلاح النحويين: «المعنى المركب الذي فيه الإسناد التام»[4]. وبعبارة أخرى: اسم لما تركب من مسند ومسند إليه»[5].

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص٥٨٨.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للزرعي ص٢١٥؛ والمدخل الفقهي للزرقا ٢/ ١٠٠٣.

(٣) المصباح المنير للفيومي، ص٥٤١.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٥٤٠.

(٥) التعريفات للجرجاني ص٢٣٧.

٣- الأولى:

الأولى في اللغة: من ولي، فيقال: فلان أولى بكذا أي أحق به، وهم الأولون (بفتح اللام) والأولى، وفلانة هي الوُلْيا، وهن الوُلَى: مثل الكبرى والكبر. وربما جمعت بالألف والتاء فيقال الوُلَيَات[1].

٣- الإعمال:

بينت معنى الإعمال عند قاعدة: «الضرر» فهو في اللغة بمعنى الترك ومنه الكلام المهمل، وهو خلاف المستعمل. والمعنى هو الكلام العاري عن فائده.

والمراد بإعمال الكلام في القاعدة: عدم ترتب ثمرة عملية بإلغاء مقتضاه ومضمون[2].

والإلغاء عدم يشمل الإلغاء بالمرة، وإلغاء فائده المستأنفة بجعله مؤكداً[3].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

لا يجوز إعمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي؛ لأن العاقل لا يتكلم باللغو والعبث، فكان جديراً أن يحمل كلامه على معنى قدر الإمكان؛ فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز. وإذا كان الكلام مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لأن التأسيس يفيد معنى جديداً لم يتضمنه اللفظ السابق، وأما التأكيد فيفيد معنى اللفظ السابق أو المؤكد، ولأن حمله على التوكيد إلغاء له وإهمال، وكلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن[4].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الوجيز للبورنو ص٢١٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص٢٥٣.

(٤) المدخل الفقهي للزرقا ٢/ ١٠٠٣، والمدخل إلى شريعة الإسلام لدبدان ٩٤، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لهوساوي ص٥٦.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

يُستدل لهذه القاعدة بمعلومات كثيرة في الكتاب والسنة بالإضافة إلى المعقول.

١ قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ عَنِ ٱللَّغْوِ مُعْرِضُونَ﴾ [المؤمنون: ٣].

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا۟ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُوا۟ عَنْهُ﴾ [القصص - ٥٥].

فاللغو من الكلام ما لايعتد به[1]. وهو الكلام الخالي عن الفائدة الصادر عن غير روية ولا فكر فينغي ويهمل.

أما الكلام المفيد الصادر عن العقلاء فينبغي أن يصان ويعتدَّ به قدر الإمكان، فيحمل على أقرب وجه يجعله معمولاً به.

٢- وقوله تعالى: ﴿مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق: ١٨]

فالمسلم العاقل مؤاخذ بكل ما يتلفظ به من كلام؛ لأن الكلام وعاء للمعاني التي يقصدها الإنسان. قال مجاهد: «يكتب على الإنسان كل شيء حتى الأنين في مرضه»[2].

٣ ما روى عن معاذ بن جبل قال: كنت مع النبي ﷺ في سفر، فأصبحت يوماً قريباً منه ونحن نسير، فقلت: يا رسول الله أخبرني بعمل يدخلني الجنة ويباعدني من النار. قال: «لقد سألتني عن عظيم وإنه ليسير على من يسره الله عليه: تعبد الله ولا تشرك به شيئاً، وتقيم الصلاة، وتؤتي الزكاة، وتصوم رمضان، وتحج البيت. ثم قال: ألا أدلك على أبواب الخير.... ألا أخبرك بملاك ذلك كله قلت: بلى يا نبي الله، فأخذ بلسانه قال: كف عليك هذا قلت: يا نبي الله وإنا لمؤاخذون بما نتكلم به؟ فقال: ثكلتك أمك يا معاذ، وهل يكبُّ الناس في النار على وجوههم أو على مناخرهم إلا حصائد

(١) المفردات لراغب الأصفهاني ص٤٥١.
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧/ ١١.

ألسنتهم»[1] قال الغزالي: «اللسان رحب الميدان ليس له حد ولا لمحاله منتهى وحد، نه في الخير مجال رحب، وله في الشر ذيل سحب، فمن أطلق عذبة لسانه وأهمله مرخي العنان سلك به الشيطان في كل ميدان وساقه إلى جوف هو إلى النار بضبطره إلى البوار وهل يكب الناس في النار على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم، ولا ينجو من شر اللسان إلا من قيده بلجام الشرع»[2]. فإذا كان المسلم مؤاخذاً بكل ما يتكلم به من كلام وما يصدر منه تصرفات قولية مسموعة فإن كلام العقلاء يجب أن تترتب عليه جميع آثاره الشرعية.

٤- ولأن الكلام الصادر عن العقلاء إذا كان حمله على معنى لا يترتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد لأن خلاف ذلك إهمال له وإلغاء وإن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن[3].

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

إن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» تتكون من العناصر التالية: الموضوع وهو الكلام، والمتكلم، والحكم التكليفي، ومناط الحكم، والمقصود الشرعي من القاعدة. وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: الموضوع:

موضوع قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» هو الكلام» وهو يطلق على اللفظ المركب من الكلمات، كما يطلق على ما في النفس من المعاني التي يعبر عنها، ولذلك قالوا: الكلام قوالب المعاني

وهو ينقسم باعتبارات مختلفة إلى عدة أقسام:

(١) سنن الترمذي، كتاب الإيمان، باب (٨)، ٥/ ١١. وقال: حسن صحيح.
(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ٣/ ١٠٨.
(٣) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/ ١٠٠٢.

التقسيم الأول: ينقسم الكلام - باعتبار المتكلم - إلى قسمين كلام الله تعالى، وكلام الناس.

١- كلام الله تعالى:

الكلام بالنسبة لله تعالى صفة كمال له سبحانه وتعالى، فيجب الجزم بأنه متكلم بكلام قديم قائم بذاته غير مخلوق ولا محدث ولا حادث لا يشبه كلام الخلق. وهو يتكلم بما شاء ومتى شاء، بلا كيف، والله سبحانه وتعالى هو المتكلم بالقرآن ومنه سُمع[1] ولذلك عرّف الأصوليون القرآن بأنه: «الكلام المنزل للإعجاز بآية منه المتعبد بتلاوته»[2]. وبعبارة أخرى: «كلام الله تعالى المنزل على رسوله ﷺ باللسان العربي للإعجاز بأقصر سورة منه، المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر، المتعبد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس»[3] وقد أنزله الله سبحانه وتعالى ليحكم حياة الناس بما اشتمل عليه من قواعد شرعية تتعلق بتنظيم حياة الناس بالله تعالى، وبعضهم البعض.

ومن خصائص هذا القرآن أنه نزل بلغة العرب وأنه معجز ببيانه وبلاغته وفصاحته، حتى عجز العرب وهم أرباب الفصاحة والبلاغة عن أن يأتوا بسورة من مثله: وأنه منزه عن ورود الألفاظ المهملة التي لا فائدة فيها ولا معنى ولا حكمة من وضعها كما ذكر الزركشي: أنه لا يجوز أن يتكلم الله تعالى بشيء، ولا يعني به شيئاً، لأن التكلم بما لا يفيد هذيان وهو نقص وهو محال على الله تعالى، ولأن الله تعالى وصف القرآن بكونه هدى وشفاء وبياناً وذلك لا يحصل بما لا يفهم معناه[4].

---

(١) لوامع الأنوار البهية للسفاريني ١/١٣٣.

(٢) البحر المحيط للزركشي ١/٤٤١.

(٣) التقرير والتحبير في شرح المنهاج لابن السبكي ١/١٨٩؛ كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١/٦٧، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١/٤٢.

(٤) المحصول للرازي ١/٣٨٤-٣٨٦.

٢- كلام الناس:

كلام الناس مخلوق يصدر عن اللسان الذي خلقه الله تعالى وأنعم به على الناس وأعطاه القدرة على البيان والنطق، فهو صغير في حرمه عظيم في طاعة وجُرمه إذ لا يستتبين الكفر والإيمان إلا بشهادة اللسان وهما غاية القطاعة والعصيان، ثم إنه ما من موجود أو معدوم خالق أو مخلوق متجل أو معلوم، مظنون أو موهوم إلا واللسان يتناوله ويتعرض له بالبيان أو نفي، وكذلك كل ما يتناوله العلم يعرب عنه اللسان. وهذه خاصية لا توجد في سائر الأعضاء[1]. كما أن خاصية النطق لا توجد في سائر المخلوقات من حيوان ونبات وجماد. قال تعالى: ﴿الرَّحْمَٰنُ عَلَّمَ الْقُرْآنَ خَلَقَ الْإِنسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾ [الرحمن: ١-٤].

وأصل الكلام الذي ينطق به اللسان هي الحروف التي خلقها الله تعالى وأوردها في بدايات كثير من السور القرآنية مثل «الم، ألمر، ق ...» وهي من الأسماء التي علمها الله تعالى لآدم عليه السلام. قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾ [البقرة: ٣١] قال ابن عباس وعكرمة وقتادة ومجاهد: علمه أسماء جميع الأشياء كلها جليلها وحقيرها[2]. وقال الأصفهاني في المراد بالأسماء: «الألفاظ والمعاني مفرداتها ومركباتها... وكلها علم الاسم علم الفعل والحرف»[3]. ويرجع سبب الاهتمام بتعليم الإنسان الحروف إلى أنها مباني كلام الله وكتبه التي تكلم سبحانه وتعالى بها وأنزله على رسله وهدى بها عباده وعرفهم بواسطتها نفسه وأسماءه وصفاته وأفعاله وأمره ونهيه ووعيده ووعده، وعرفهم بها الخير والشر، والحسن والقبيح، وأقدرهم على التكلم بها، بحيث يبلغون بها أقصى ما في أنفسهم بأسهل طريق وأقل كلفة ومشقة وأوصله إلى المقصود وأدله عليه. وهذا من أعظم نعم الله تعالى على الإنسان[4].

---

(١) إحياء علوم الدين للغزالي ٣/١٠٨.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/٢٨٢.

(٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص٤٤٦.

(٤) التبيان في أقسام القرآن لابن القيم ص١٢٧.

وكلام الناس من حيث البلاغة والفصاحة درجات منه البليغ والفصيح وما دون ذلك، ومنها العي والمكن. ولا يمكن أن يصل إلى بلاغة كلام الله تعالى وفصاحته وأعلى درجات البلاغة والفصاحة في كلام المخلوقين تتحقق في كلام النبي ﷺ: فهو جوامع الكلم ومعجزات البلاغة والفصاحة. قال القاضي عياض في صدد كلامه ﷺ: «وأما فصاحة لسانه وبلاغة القول فقد كان يؤتى ذلك المحل الأفضل والموضع الذي لا يجهل. ملاءمة طبع ومراعاة منزع وإيجاز مقتع وتصاقب لفظ وجزالة قول وصحة معان وقلة تكلف أوتي جوامع الكلم وخص ببدائع الحكم وعُلِم أفصح العرب. فكان يخاطب كل أمة منهم بلسانها ويحاورها بلغتها ويجاريها في منزع بلاغتها»[1]. وقال الجاحظ في وصف كلامه ﷺ: «هو الكلام الذي قل عدد حروفه، وكثر عدد معانيه. وجلّ عن الصنعة، ونزه عن التكلف واستعمل المبسوط في موضع البسط، والمقصور في موضع القصر، ومجتلب الغريب الوحشي ورغب عن الهجين السوقي، فلم ينطق إلا عن ميراث حكمة، ولم يتكلم إلا بكلام قد حُفّ بالعصمة وشد بالتأييد ويسر بالتوفيق. وهو الكلام الذي ألقى الله عليه المحبة ورشاه بالقبول وجمع له بين السهولة والحلاوة وبين حُسن الأبهة وقلة عدد الكلام مع استغنائه عن إعادته، وقلة حاجة نسامع إلى معاودته لم تسقط له كلمة ولا زلت به قدم. ولا بارت له حجة. ولم يسمع الناس بكلام قط أعم نفعاً، ولا أقصد لفظاً، ولا أحسن وزناً، ولا أجمل مذهباً، ولا أكرم مطلباً، ولا أحسن موقعاً، ولا أسهل مخرجاً، ولا أفصح معنى، ولا أبين في فحوى من كلامه ﷺ»[2].

التقسيم الثاني: قسم كثير من العلماء الكلام -باعتبار دلالته- إلى حقيقة ومجاز

١- **الحقيقة.**

الحقيقة لغة: من حق يحق حقاً خلاف الباطل، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته ونبوته[3].

(١) الشفا بتعريف حقوق المصطفى للقاضي عياض ١/٤٤.
(٢) البيان والتبيين للجاحظ ١/٤٤.
(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/١٤. المصباح المنير للفيومي ١٩٧.

والحقيقة في الاصطلاح: «لفظ مستعمل فيما وضع له ابتداء»[1].

وبعبارة أخرى: «الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح به التخاطب»[2].

وبعبارة أوضح: «اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في الاصطلاح الذي به التخاطب»[3]. وبهذا التعريف تشتمل الحقيقة على عدة حقائق وهي:[4]

أ- **الحقيقة اللغوية:** وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة: كالأسد في الحيوان المفترس.

ب- **الحقيقة الشرعية:** وهي استعمال الاسم الشرعي فيما كان موضوعاً له أولاً في الشرع: كالصلاة والصيام.

جـ- **الحقيقة العرفية:** وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال كالدابة.

٢- المجاز.

المجاز لغة: من جاز الموضع جوزاً وجؤوزاً وجوازاً ومجازاً أي عبره وتعداه. وأصله في اللغة قطع الشيء ومجاوزته[5].

والمجاز في الاصطلاح: هو «اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما» وبعبارة أخرى: «اللفظ المستعمل فيما وضع له نقلة أو عرفاً أو شرعاً بوضع ثان لعلاقة بين ما وضع له أولاً وما وضع له ثانياً مع قرينة مانعة من إرادة ما وضع له أولاً»[6].

(١) جمع الجوامع للسبكي مع حاشية البناني ١/٣٠٠.
(٢) التعريفات للجرجاني ص١٢٦.
(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/٢٧.
(٤) المرجع السابق
(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/١٩٤.
(٦) جمع الجوامع للسبكي مع حاشية البناني ١/٣٠٥.

هذا هو مذهب جماهير علماء اللغة: كأبي عبيدة وابن جني والزمخشري وعلماء الأصول والحديث والتفسير: كالبيضاوي والآمدي وابن الحاجب والغزالي والخطيب البغدادي وابن حجر العسقلاني والطبري والرازي والقرطبي[1]. فقد قسموا الكلام إلى حقيقة ومجاز. ولكن نسب إلى أبي إسحق الإسفراييني وأبي علي الفارسي عدم وقوع المجاز في لغة العرب؛ لأن في المجاز إطالة عارية عن الفائدة لأنه يحتاج إلى ذكر القرينة، والأن في المجاز كذبًا، لأنه يتناول الشيء على خلاف موضعه. والحقيقة أن المجاز واقع في اللغة، فقد استبعد الجويني صدق تلك النسبة إلى الإسفراييني والفارسي حيث قال: «والظن بالأستاذ أنه لا يصح هذا النقول عنه»[2]. وقال ابن السبكي: «وقيل عنه» من حط الشيخ تقي الدين ابن الصلاح أن أبا القاسم بن كج حكى عن أبي علي الفارسي صاحب الإيضاح إنكار المجاز كما هو المحكي عن الأستاذ الاسفراييني. أما عن الفارسي فإن الإمام لا نفتح من جني تلميذ الفارسي وأعلم الناس بمذهبه لم يحك ذلك، بل حكى عنه ما يدل على إثباته»[3]. وأما القول بأن فيه إطالة بلا فائدة، فيجاب عنه بأن ذكر المجاز لا يخلو من فوائد. وأما القول بأنه كذب فيجاب عنه بأنه لا كذب مع وجود العلاقة[4].

ثم إن القائلين بالمجاز في اللغة العربية اختلفوا في وقوعه في القرآن والحديث. فذهب عالبية العلماء إلى وقوعه في القرآن والحديث، حتى أن أبا عبيدة كتب كتابًا في مجاز القرآن. وذهب فريق آخر إلى عدم وقوعه في القرآن و الحديث أو في القرآن دون الحديث، وممن ذهب إلى هذا ابن خويز منداد من المالكية وابن القاص من الشافعية.

(١) انظر: معجم الغرائب لأبي عبيدة ١/٥٢، الخصائص لابن جني ٢/٤٤٢، أساس البلاغة للزمخشري ١٠٤، القاعدة الكلية لمحمد الروشي ١٥٨-١٩٠. منع جواز المجاز في المنزل للشنقيطي ١٠، والإعجاز للشنقيطي ص٦.

(٢) «التلخيص في أصول الفقه» للجويني ١/١٩٢.

(٣) «الإبهاج في شرح المنهاج» ١/٢٩٦.

(٤) المرجع السابق.

وانتصر لهذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم[1] للأدلة السابقة وغيرها. والحقيقة أن المجاز يقع في القرآن والحديث ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱشْتَعَلَ ٱلرَّأْسُ شَيْبًا﴾ [مريم: ٤] فالاشتعال الحقيقي لا يمكن، فهو مجاز عن بياض شعر الرأس، وقوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] فهو مجاز في سؤال أهلها وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» فهو مجاز عن حكم الأعمال.

وإذا ثبت جواز وقوعه فينبغي أن لا يتوسع فيه بحيث يشمل أسماء الله وصفاته التي لا يصح تأويلها؛ لأن باب الأسماء والصفات باب التشابه الحقيقي[2]. أما ما عدا ذلك من الحديث عن أحوال الناس والمخلوقات فيمكن أن يدخله المجاز.

ثانيا: المتكلم:

المتكلم هو الشخص الذي يصدر عنه الكلام؛ ولإعمال هذه القاعدة في كلام المكلفين لابد أن تتوافر فيهم الشروط التالية:

١ – البلوغ.

اتفق الفقهاء على أن البالغ يصان كلامه ويثبت، كما اتفقوا على عدم صيانة كلام غير البالغ الذي لم يميز ولم يدرك. واختلفوا في صيانة كلام غير البالغ إذا كان مميزاً ومدركاً لما يتلفظ به على أقوال مختلفة تبعاً لاختلاف التصرفات من استدانة وطلاق ووصية. ففي الاستدانة مثلاً ذهب الشافعية إلى عدم نفاذ كلام المميز وإلغائه. ووقف الحنفية والحنابلة نفذه على إذن الولي. في حين ذهب المالكية إلى صحة كلامه ونفاذه دون إذن وليه، ولكن لا يلزم إلا بالبلوغ[3]. وفي الطلاق ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى عدم صحة طلاق المميز. في حين ذهب الحنابلة إلى صحة

(١) منع جواز المجاز للشنقيطي ص٦.

(٢) القاعدة الكلية لمحمد الروشي ص١٩٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٤، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤/٣٩١، منتهى الإرادات ١/٣٣٩، المهذب للشيرازي ١/٣٤٢.

طلاقه واعتباره[1]. وفي الوصية صحح الجمهور وصية المميز في حين ذهب الحنفية إلى عدم صحة وصيته[2].

والراجح اعتبار كلام المميز الذي يدرك ما يتلفظ به، فقد أجاز عمر بن عبد العزيز وصية علام في الثالثة عشرة من عمره. أما إذا لم يصل الصبي إلى درجة التمييز فإن كلامه لا ينفذ وعبارته ملغاة لا اعتداد بها في نظر الشارع.

٢- العقل.

اتفق الفقهاء على أن المجنون لا ينفذ كلامه؛ لأنه نوع من الهذيان الذي لا يترتب عليه أثر شرعي، واختلفوا فيما إذا زال عقله بفعل من نفسه كشرب الخمر. فذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار كلامه كالطلاق الصادر منه فإنه واقع. وذهب طائفة من السلف منهم عثمان رضي الله عنه إلى عدم اعتبار كلام السكران[3]. والراجح عدم اعتباره؛ لأن لم يدرك ما تلفظ به فلا ينفذ.

٣- الاختيار:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المكره لا ينفذ كلامه ولا يعمل به ويصير لا غياً[4]؛ لأن الإكراه سالب للاختيار كما بينا سابقاً.

ثالثاً: الحكم الكلي للقاعدة:

إن الحكم الكلي للقاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله) هو وجوب إعمال كلام العقلاء، وصونه عن الإلغاء، وترتيب حكم شرعي على حقيقة ذلك الكلام، فإذا تعذر

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ١/ ٢٢٩، المدونة الكبرى ٣/ ٢٥، تكملة المجموع المطيعي ١٥/ ٣٨٢، القواعد لأحوله لابن اللحام ص٢٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٣/ ٤٨٧، المدونة الكبرى ٦/ ٣٣، تكملة المجموع المطيعي ١٤/ ٢١٤، المغني لابن قدامة ٧/ ١١٦.

(٣) انظر: الهداية ١/ ١٣٠، المغني ٧/ ١١٤، تحفة المحتاج لابن حجر ٨/ ٤.

(٤) المراجع السابقة.

حمل الكلام على الحقيقة يرتب الحكم الشرعي على المجاز. ويشترط لإعمال الكلام عدة شروط منها:

١- أن لا يتعذر إعمال الكلام بأحد أنواع التعذر الثلاثة: العادي أو العقلي، أو الشرعي[1].

أ- فالتعذر العادي (العرفي): كمن حلف أن لا يأكل من هذه التمر فإنه مجاز في العادة. فيحمل على المجاز، وهو الأكل مما في التمر.

ب- والتعذر العقلي: كأن يقول لمن هو أكبر منه سناً: أنت ابني.

جـ- والتعذر الشرعي: مثل النكاح فإنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فإن قال رجل لأجنبية: إن تكحتك بألف دينار فلك شقة خاصة فإنه يحمل على المعنى المجازي، وهو العقد دون الوطء لحرمة وطء الأجنبية. أما إذا قال ذلك لزوجته فإنه يحمل على المعنى الحقيقي. هذا عند الحنفية. أما الجمهور فيرون أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء.

٢- أن لا يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين بحيث لا يتضح مراد المتكلم منهما، ولا يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر هذا عند الحنفية والرازي[2]. وذهب الشافعية إلى أنه لا يهمل وإنما يعمل باللفظ المشترك مع القرينة[3]. ومثل الحنفية لذلك بما إذا قال شخص أوصيت لمولاي بألف دينار وكان لذلك الشخص سيد معتق (بالكسر) وعبد معتق (بالفتح) والمولى يطلق على السيد والعبد ولا مرجح لأحدهما فيهمل هذا الكلام، ولا تصح الوصية للجهالة.

(١) أصول السرخسي ١/ ١٨٥

(٢) أصول السرخسي ١/ ١٨٥، المحصول للرازي ١/ ٣٥٣

(٣) الإبهاج للسبكي ١/ ٢٧٣.

رابعاً: مناط الحكم.

العلاقة بين الموضوع (الكلام) وبين الحكم الكلي للقاعدة هو صدوره عن العقلاء المميزين. فكلام الله تعالى من حكيم خبير، وكلام الرسول ﷺ صادر من أفضل المخلوقين حكمة وأكملهم عقلاً. وأما كلام المكلفين فلابدّ أن يتوفر في المتكلم العقل والتمييز لاعتباره وإعماله وبناء الأحكام عليه. كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «جميع الأقوال والعقود مشروطة بوجود التمييز والتعقل، فمن لا تمييز له ولا عقل ليس لكلامه اعتبار في الشرع أصلاً»[1].

خامساً: المقصود الشرعي من القاعدة.

إن المقصود الشرعي من قاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» هو صيانة الكلام من الإهمال وتصحيح كلام العقلاء وحمله على معنى يترتب عليه أثر شرعي. ويشترط لصيانة كلام المكلفين عن الإهمال والزلل عدة شروط وهي[2]:

١- أن يكون الكلام لداعٍ يدعو إليه إما في اجتلاب نفع أو دفع ضرر. أما ما لا داعي له فهذيان، وما لا سبب له هُجر أي قبيح.

٢- أن يأتي بالكلام في موضعه ويتوخى به إصابة فرصته. أما إذا كان في غير حينه فلا يقع موقع الانتفاع به وما لا ينفع من الكلام فهو هذيان وهُجر.

٣- أن يقتصر منه على قدر حاجته وقدر كفايته، فالكلام ليس له حد، فإذا أطلق الإنسان تلسانه الكلام كان حشواً بلا فائدة وكثر غلطه وهذره.

٤- أن يتخير الألفاظ التي يتكلم بها، فاللسان عنوان الإنسان يترجم عن مجهوله ويبرهن عن محصوله. قال بعض البلغاء: «اللسان يظهر به حسن البيان، وظاهر يخبر عن الضمير، وشاهد ينبيء عن غائب، وحاكم يفصل به الخطاب، وناطق يرد به الجواب،

---

(١) طريق الوصول لمعرفة القواعد والأصول. من كتب ابن تيمية وابن القيم للسعدي ص١٥٤.

(٢) منهاج اليقين شرح أدب الدنيا والدين للماوردي لخان زاده ص٤٥١-٤٥٩.

وشاهد تدرك به الحاجة، وواصف يعرف به الحقائق، ومعبر ينفي به الحزن، ومؤنس تذهب به الوحشة، وواعظ ينهى عن القبيح ومزين يدعو إلى الحسن، ووازع يحرث المودة، وحاصد يستأصل الضغينة وملهم يونق الأسماع»[3].

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

لما كان المقصود من هذه القاعدة تصحيح كلام العاقل وحمله على معنى يترتب عليه حكم شرعي كان لابدّ أن نشمل تطبيقات هذه القاعدة العقود والالتزامات التي يباشرها المكلف: كالبيع والوصية والوقف والرهن والطلاق والظهار والأيمان والنذور وغيرها.

وفيما يلي بيان لهذه التطبيقات[1]:

١- إذا قال شخص: وقفت بيتي هذا على ولدي، ثم على الفقراء.

فإن كان له ولد صلب حسن الكلام عليه، وإن لم يكن له ولد صلب بل له حفيد حسن عليه أيضاً لئلا يهمل الكلام، وقد أمكن إعماله، لكن إذا لم يكن له ولد مطلقاً أهمل كلامه هذا وصرف الريع إلى الفقراء.

٢- لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه النخلة فأكل من ثمرها فإنه يحنث لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها فحمل على ما تولد منها.

٣- لو قال شخص لآخر: أوصيت لك بطبل، وكان له طبل حرب وطبل لهو. يحمل على طبل الحرب لتصح الوصية.

قال السبكي في التعليق على هذه المسألة: «محل القاعدة فيما إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة في الكلام أو تقاربا كمسألة الطبل. فإن الطبول بالنسبة إلى نمط الطبل فيحمل على ما يصح سواء كان عنده النوعان من الطبول أو لم يكن عنده، فإن لم يكن عنده إلا طبل اللهو فالوصية باطلة، لأن قرينة كونه عنده يرشد إلى أنه الموصى به فاصمحن هـ احتمال الإعمال»[2].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) دور الحكام لعلي حيدر ١/٥٣، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ٢٥١.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٧١.

٤- لو قال شخص: زوجت فاطمة، ولم يقل بنتي لم يصح؛ لكثرة الفواطم وفيه وجه لجواز عند الشافعية.

٥- لو أوصى بألف دينار في وجوه الخير، ثم أوصى مرة أخرى بألف دينار في وجوه الخير تعتبر الوصية ألفين، ولا يقبل قول الورثة: الوصية ألف دينار وأداء بالثانية عين الأولى. لأن إعمال كلامه في المرة الثانية أولى من إهماله أو حمله على التأكيد.

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة.

إذا قلت قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» تمثل تصحيح كلام المكلف وكلام الشارع صوناً له عن الإهمال والإلغاء، فإنه يتعلق بها كثير من القواعد الفرعية التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة أو قيوداً لها. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

١- قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة»[1].

هذه القاعدة اعتبرها كلٌ من السيوطي وابن نجيم فرعاً من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن إرادة المعنى الحقيقي من خطابات الشارع وخطابات غيره هي الأصل المراجع عند الإطلاق في حين اعتبرها العلامة المعاصرون مثل الشيخ الزرقاء فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»[2] لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإلغاء والإهمال لاعتبار عقله ودينه وإذا أردنا أن نحمل كلامه حملناه على المعنى الحقيقي؛ لأنه الأصل، فإن تعذر ذلك حملناه على المجاز إعمالاً له، وإلا يعتبر لاغياً. ولا مانع أن تكون هذه القاعدة ذات صلة وثيقة بتلك القاعدتين.

وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٦٩.

(٢) مدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٠٣.

أ- معنى القاعدة.

تحمي ألفاظ المتكلم من ضارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم عند الإطلاق على معانيها الحقيقية، لأن المعنى الحقيقي أصل في اللفظ، ولا تحمل على المعاني المجازية إلا عند التعذر، بحيث توجد قرائن تدل على ذلك. فمهما أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي فلا يحمل على معناه المجازي.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو قال شخص: هذه الدار لزيد. يحمل كلامه على الإقرار بأنها ملك زيد؛ لأن اللام تحمل في الحقيقة على الملك. أما إذا قال: داري هذه لزيد بعد موتي فلا يحمل على الإقرار، وإنما يحمل على الوصية لزيد لقرينة إضافة الدار إليه وقوله بعد موتي.

ومنها: لو قالت الحرة للخاطب: بعتك نفسي بألف دينار. وقال الخاطب قبلت. ينعقد نكاحاً ويحمل البيع على المعنى المجازي لا الحقيقي لأن الحرة لا تباع.

ومنها: إذا وقف شخص داراً على أولاده دخل الذكور والإناث؛ لأن لفظ الولد يشملهم جميعاً حقيقة.

٢- قاعدة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»[1].

هذه القاعدة تعتبر فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن كلام المكلف يجب أن يصان عن الإهمال، فإذا أردنا إعمال كلامه حملناه على الحقيقة، فإن تعذر ذلك حملناه على المجاز. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

هذه القاعدة تنصُّ على أن حمل الكلام على المعنى الحقيقي، وإذا تعذر تعين المصير إلى المجاز. والأسباب التي تؤدي إلى ترك المعنى الحقيقي هي:[2]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٦١).

(٢) القاعدة الكلية: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لبورنو ص٣٠.

السبب الأول: أن يتعذر حمل الكلام على المعنى الحقيقي بأحد أنواع التعذر الثلاثة: العادي أو العقلي أو الشرعي المار ذكرها في حكم القاعدة الكلي.

السبب الثاني: أن يكون المعنى الحقيقي مهجوراً عادة أو شرعاً.

فالحقيقة المهجورة عادة: كمن حلف أن لا يأكل هذا الدقيق فأكل عين الدقيق متصور فعله، لكن الناس تركوه وهجروه فينصرف أكل الدقيق إلى أكل خبزه.

وأما الحقيقة المهجورة شرعاً فهي كالتوكيل في الخصومة، فإن حقيقة الخصومة هي المنازعة، ولكنها مهجورة شرعاً فتحمل الوكالة بالخصومة على المجاز، وهو الدفاع عن الشخص والمحاماة عنه.

السبب الثالث: أن تدل دلالة الكلام أو السياق أو العرف أو قصد المتكلم على ترك المعنى الحقيقي، فحينئذ يصار إلى المعنى المجازي.

ومثال دلالة نص الكلام: أن يقول: كل مملوك لي فهو حر ثم يدخل العبد المكاتب إلا إذا نوى دخوله؛ لأن لفظ المملوك يطلق على المملوك الكامل.

ومثال دلالة سياق الكلام: أن يقول مسلم لمقاتل حربي: انزل فنزل كان آمناً. أما إذا قال: انزل إن كنت رجلاً فلا يكون آمنا.

ومثال دلالة العرف والعادة: النذر بالصلاة فهي في الأصل تطلق على الدعاء، ثم نقلت بالعادة أو الشرع إلى الهيئة المعروفة فلا يتحقق النذر بمجرد الدعاء.

ومثال دلالة قصد المتكلم: أن يقول المؤجر للمستأجر: أعرتك هذه الدار كل شهر بمائة دينار فقصده الإيجار وليست الإعارة.

ب- تطبيقات القاعدة:

يوجد لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة نذكر منها[1]: إذا وقف مزرعة على أولاده، وليس له إلا أولاد أولاد حمل عليهم صوناً للفظ عن الإهمال عملاً بالمجاز. ومنها: إذا قال

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٦، انتهى في تخريج الفروع على الأصول ص٢٣١.

شخص لراعي غنمه: اعط فلاناً رأساً من غنمي. أعطي شاة كاملة لتعذر المعنى الحقيقي.

ومنها: إذا حلف لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد حلمه بزمان صباه بأنه قال: لا أكلم هذه الذات ولو كلمه بعد ما كبر يحنث. ومنها: إذا نذر أن يهدي شقة للحرم وهو يسكن في مكان بعيد عن الحرم يبيعها ويهدي ثمنها للحرم، لأن المعنى الحقيقي يتعذر.

٣- قاعدة: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»[1].

هذه القاعدة تعتبر فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن كلام المكلف إذا تعذر حمله على المعنى الحقيقي أو المجازي اعتبرناه لاغياً. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها

أ- معنى القاعدة:

هذه القاعدة تنص على أن كلام المكلف يحمل على المعنى الحقيقي، فإذا تعذر يحمل على المعنى المجازي، وإلا فيهمل ويعدُّ لغواً من القول ولا يعتد به. ويرجع سبب الإهمال إلى أمرين. الأول: تعذر حمله على أحد أنواع التعذر الثلاثة العادي أو العقلي أو الشرعي.

والثاني: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين أو أكثر، ولم تقم قرينة على ترجيح أحد معانيه. كما بينا عند الحكم الكلي للقاعدة الكبرى.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة[2]: إذا أقر عمرو بأن زيداً الذي هو أكبر منه سناً ولده. فإنه لغظ: «ولده» لا يمكن حمله على المعنى الحقيقي، ولا على المعنى المجازي فيلغو هذا الكلام.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٥، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٢).
(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٢٤، درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٥٥.

ومنها: إذا قال رجل متزوج أربع نسوة لامرأة: تزوجتك على مهر ألف دينار كان هذا الكلام لغواً؛ لأنه لا يمكن حمل قوله: «تزوجتك» على المعنى الحقيقي لتعذر ذلك شرعاً، ولا على المعنى المجازي لعدم قرينة تدل عليه، فيهمل ولا يعتد به.

ومنها: لو ادعى رجل صحيح اليدين على رجل آخر أنه قطع يده وطالبه بالدية وقع الكلام لغواً.

ومنها: لو أقر شخص بأن أخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه، فإن كلامه يهمل لتعذر ذلك شرعاً؛ لأن نصيب البنت نصف نصيب الابن. بخلاف ما إذا أقر أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر منها ولم يعين أنه من طريق الإرث، فإن هذا الإقرار صحيح؛ لأنه إقرار الابن لأخته ممكن بأسباب كثيرة كالقرض للمورث.

٤- قاعدة: «التأسيس أولى من التأكيد»[1]

إن هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن الكلام المراد إعماله إذا دار بين التأسيس والتوكيد يحمل على التأسيس أولاً؛ لأن في التأسيس إعمالاً للكلام؛ لأنه يفيد معنى جديداً. أما التأكيد فهو إعادة اللفظ السابق لتقريره في ذهن المخاطب، فلا يفيد معنى جديداً. وهذا يعد إهمالاً للفظ. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

التأسيس لغة: من أسس البناء تأسيساً جعل له أساساً. وأصله في اللغة الأصل والشيء الوطيد الثابت. فالأس أصل البناء، والجمع آساس وجمع أساس أسس[2] والمراد به في القاعدة: إفادة معنى آخر لم يكن أصلاً قبله. فالتأسيس بهذا المعنى خير من التأكيد لأن حمل الكلام على الإفادة خير من حمله على الإعادة[3].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٤٩.

(٢) مصباح المنير للفيومي ص ٢٠، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ١٤.

(٣) التعريفات للجرجاني ص٧١.

والتأكيد: من أكد وأصله: وكد لأن الهمزة مبدلة من واو.

وأصلها في اللغة الشدة والاحكام والتقوية[1] وهو في الاصطلاح تابع يقرر أمر المتبوع في النسبة أو الشمول. وقيل: عبارة عن إعادة المعنى الحاصل فيه[2]. ولذا قيل: «التأكيد إعادة والتأسيس إفادة»[3] والتأكيد عند النحاة نوعان. تأكيد لفظي: وهو إعادة اللفظ الأول: مثل جاء زيد زيد. والثاني: تأكيد معنوي مثل: جاء زيد نفسه. وفائدته رفع معنى المجاز لاحتمال أن يكون المعنى في جاء زيد أي جاء غلامه أو خادمه أو كتبه[4].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ احتمل إفادة معنى جديد، واحتمى إفادة الإعادة، فالأولى حمله على إفادة معنى جديد؛ لأن الإفادة خير من الإعادة.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة[5]: لو أقر شخص بأنه مدين لزيد بألف دينار دون أن يذكر سبب الدين وأعطى المقر سنداً بذلك، ثم أقر لزيد نفسه مرة ثانية بألف دينار وأعطى سنداً بذلك ولم يبين سبب الدين. فإن إقراره الثاني يحمل على التأسيس لا على التأكيد، فيكون مقراً بألفي دينار.

ومنها: إذا قال رجل لزوجته: أنت طالق طالق طالق. تطلق ثلاثاً لحمل الكلام على التأسيس لا التأكيد.

ومنها: لو قال بائع السيارة للمشتري: خفضت لك من الثمن مائة دينار فقبل المشتري؛ ثم قال مرة أخرى: خفضت لك من الثمن مائة دينار، وقبل المشتري يسقط من الثمن مائتا دينار بحمل الكلام الثاني على التأسيس.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٣٨.

(٢) التعريفات للجرجاني ص٧١.

(٣) معجم القواعد العربية لعبد الغني الدقر ص١٣١

(٤) المصباح المنير للفيومي ص٢٤

(٥) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٢٣.

٥ - قاعدة: «المطلق يجرى على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة»[1].

إن هذه القاعدة تدخل تحت قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن الإطلاق والتقييد من صفات الألفاظ، وإعمال الكلام يقتضي حمله على إطلاقه. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

المطلق لغة: من أطلقت القول إطلاقاً فهو مطلق، وأطلقت البينة، إذا شهدت من غير تقييد. وأصله في اللغة التخلية والإرسال[2]. والمطلق في الاصطلاح - كما دل على شائع في جنسه[3] وبعبارة أخرى: «ما دلَّ على فرد شائع في جنسه غير محدد شيوعه بقيد لفظي»[4]. ويقابله المقيد، وهو في اللغة من قيدت الفرس تقييداً، جعلت القيد في رجله، وتقييد الألفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس[5].

والمقيد في الاصطلاح: «ما تناول معيناً موصوفاً بوصف زائد على حقيقة جنسه»[6] لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء - ٩٢] فقد قيد الرقبة بوصفها مؤمنة.

وبعبارة أخرى - هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل[7].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ المطلق يبقى على إطلاقه دون تقييد بوصف معين أو قيد معين، حتى يقوم دليل على التقييد إما بنص عليه: كذكر لفظ خاص من صيغة: كفرس عربي، أو حال: كأن دخلت راكباً، أو إضافة: كاشتر لي فرس بكر، أو مفعول: كبيعه من فلان، أو نهي: مثل لاتبعه في سوق كذا، أو شرط: مثل الطلاق المطلق على شرط، أو استثناء: مثل لك علي مائة دينار إلا عشرة. وإما أن يكون التقييد

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٤).
(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٢٠/٣، المصباح المنير للفيومي ص٥١٣.
(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٤٣٦.
(٤) الواضح في أصول الفقه للأشقر ص ١٩٠.
(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٨/٥.
(٦) معجم لغة الفقهاء ٤٥٥.
(٧) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٣٣٩/٣.

بدلالة الحال: مثل قول من قدم بلدة لغيره استأجر لي شقة، فستأجر له بعد سنة، فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الآمر؛ لأن استئجار الشقة مقيد بسد حاجته في المحال[1]. ودلالة العرف كدلالة الحال عند الصاحبين من الحنفية فلو وكل شخص غيره ببيع سيارة تقيد بثمن المثل وبالنقد (الحال) فلا يملك بيعها بأقل من ثمن المثل، كما لا يملك بيعها بالتقسيط نظراً للعرف. وقد علل ذلك الشيخ أحمد الزرقاء بأن الإذن بالشيء في مظان التهمة ومواطن الخيانة يقيد بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عندهما خلافاً لأبي حنيفة فلا يقيد بدلالة العرف[2]. والأولى اعتبار رأي الصاحبين.

وينبغي تخصيص هذه القاعدة: «المطلق يجرى على إطلاقه» بالتصرفات التي لا تضرها الجهالة الفاحشة كالأقارير والأيمان والكفالة وما لا يحتاج إلى قبضه من الأثمان. أما ما تضره الجهالة الفاحشة: كالمهر في النكاح والثمن والمبيع المحتاج إلى قبضهما في البيع والموكل بفعله من التصرفات أو بشرائه من البائع إذا كان المطلق فيها مجهولاً جهالة فاحشة فلا يعتبر ذلك لإطلاق، ولا يحتمل جهالته. كما إذا وكله في جميع أموره وليس للموكل صنعة معروفة لتنصرف الوكالة إليها أو وكله بشراء شيء مجهول الجنس. كثوب أو دابة. أو تزوج امرأة على مهر دون تحديد الجنس بطلت الوكالة في جميع الأمور والوكالة بالشراء ووجب مهر المثل في النكاح لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية.

كما تخصص القاعدة بغير الأقوال والتروكات المطلقة، فإن مطلقات المتون يقيدها الشراح، وقد نصوا على أنه إذا نص بعض الأئمة بقيد لم يصرح به غيره يجب اتباعه[3].

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة:[4] لو أقر شخص لزيد بأن له في ذمته ديناً ولم يبينه ولم يقيده. فيصح إقراره ويطلب منه بيان مقداره. لأن الجهالة في ذلك لا تضر ولو كانت فاحشة.

---

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٢٦١.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.
(٤) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١٢٧/١، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٦٤

ومنها: إذا وكل شخص آخر بشراء فرس، فاشتراها حمراء. فقال الموكل إنما أردتها بيضاء يلزم بما اشتراها الوكيل؛ لأن كلامه مطلق فيجري على إطلاقه.

ومنها: إذا أعار شخص لآخر ثيباً ولم يعين المستعمَل كانت الإعارة مطلقة للمستعير أن يستعمل العارية حسب الإطلاق، فله أن ينتفع منها الانتفاع المعتاد بنفسه، وله أن يعيره إلى غيره، لكن لو قيد المعير بأن ينتفع المستعير بنفسه فليس للمستعير أن يعير ذلك الشيء إلى غير.

٦- قاعدة: «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»[1].

إن هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأنها تتعلق بنصوص الشرع. فيحسن الكلام على عموم لفظه، لا على خصوص سببه. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وضابط إعمالها وتطبيقاتها.

العموم لغة: من عم المطر عموماً إذا كثر. وأصلها في اللغة الطول والكثرة والعلو فالتعميم التطويل من الثياب. ويقال للنخلة عمّة. والعموم إذا اقتضاء اللفظ ترك التفصيل إلى الأحكام، ويختلف العموم بحسب المقامات وما يضاف إليها من قرائن الأحوال[2].

والعموم في اصطلاح أهل اللغة: إحاطة الأفراد دفعة[3] أو القول المشتمل على شيئين فصاعداً[4]. ويقابله الخصوص وهو في اللغة: من خصّ الشيء خصوصاً خلاف عمّ. وأصله في اللغة يدل على الفرجة والثلمة، ويسمى الخصوص بذلك لأن تعيين أفراد اللفظ يؤدي إلى إيقاع فرجة بينه وبين غيره من أفراد اللفظ[5]. والخصوص في الاصطلاح: «تفرد بعض الشيوع بما لا يشاركه فيه الجملة»[6] والمراد بالسبب: سبب نزول القرآن، وسبب ورود الحديث.

---

(١) القواعد الفقهية لمحمد هلال السرحان ص٤٩، والإتقان للسيوطي ١/ ٢٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ١٥٧.

(٣) التعريفات للجرجاني ص٢٠٣.

(٤) معجم المصطلحات الأصولية لمحمود عبد المنعم ٢/ ٥٤٦.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص٦٣٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ١٥٢.

(٦) المفردات للراغب الأصفهاني ص١٤٩.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ العام يحمل على عمومه، ولو نزل في شخص معين؛ لأن استخدام الشارع الصيغة العامة في سبب خاص يدل دلالة واضحة على أن العبرة بعموم اللفظ فيتنول كل من باشر ذلك العمل الوارد في سبب النزول. مثل قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] فهو عام يتناول كل صلح، وإن كانت تلك الآية نزلت بخصوص الصلح بين الزوجين، فالعبرة بعموم اللفظ. والضابط في ذلك أن تكون الصيغة عامة، أما إذا كانت الصيغة خاصة، ونزلت في معين فإنها تقصر عليه. كما في قوله تعالى: ﴿وَسَيُجَنَّبُهَا الْأَتْقَى الَّذِي يُؤْتِي مَالَهُ يَتَزَكَّى﴾ [الليل: ١٧، ١٨] فإنها نزلت في أبي بكر الصديق رضي الله عنه فتقصر عليه، ولا يدخل فيها كل من عمل عمل أبي بكر رضي الله عنه؛ لأن الآية وردت بصيغة الخصوص لا العموم. إذ الألف واللام في «الأتقى» لا تفيد العموم لأنها غير موصولة بأفعل التفضيل إجماعاً والأتقى ليس جمعاً بل هو مفرد والعهد موجود خصوصاً مع ما يفيده صيغه أفعل من التمييز وقطع المشاركة[1].

٧- قاعدة: «ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله»[2]

إن هذه القاعدة من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، فهي تدخل في كثير من أبواب الفقه. ووجه تعلقها بقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» أن في جعل البعض يقوم مقام الكل فيما لا يقبل التبعيض إعمالاً للكلام. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثنياتها.

أ. معنى القاعدة:

الأشياء التي لا تقبل التجزئة كثيرة، ويمكن تقسيمها إلى قسمين:[3]

الأول: ما لا يقبل التجزئة لتعذرها عقلاً: كالشفعة والقصاص والطلاق، والكتابة بنفس الإنسان ووصية الأب عمي ابنه وغير ذلك.

والثاني: مالا يقبل التجزئة لإمكان إلحاق الضرر بالغير: كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة.

---

(١) البرهان في علوم القرآن للزركشي ١/ ٣٢٢، الإتقان للسيوطي ١/ ٣١٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٦٢

(٣) القاعدة الكلية لبرهوش ص٢٦٥.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها إذا ذكر بعضها فكأن الكل قد ذكر، وإذا جرى تصرف على بعضها، فإن التصرف يشمل الكل[1]. وقد صاغها النبيوي بقوله: «الأصل أن ما لا يتبعّض فوجود بعضه كوجود كله»[2]. وصاغها الزركشي بقوله: «مالا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله»[3].

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة:[4] إذا قال رجل لزوجته: نصفك طالق أو ربعك طالق، تطلق كلها. وكذلك إذا قال لها: طلقتك نصف تطليقة، فتعتبر تطليقة كاملة.

ومنها: لو قال أحد في معرض الكفالة بالنفس: أنا كفيل بنصف زيد كان كفيلاً بنفس زيد، لأن النفس واحدة لا تتجزأ فذكر بعضها كذكر كلها. بخلاف الكفالة بجزء من الدين فتصح لأنه يقبل التجزئة.

ومنها: إذا قال الشفيع للمشتري: رضيت بشرائك نصف المشفوع، سقطت شفعته عن الكل لأن الشفعة حق مجزوء لا يتجزأ، ولأنها لو تجزأت لما حصل الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك أو الجار. لأن الشفيع إذا رضي بأن يتملك المشتري بعض المشفوع فقد رضي بالشركة أو الجوار فلا يبقى للشفعة معنى معقول.

ومنها: لو نذر أن يصلي لله تعالى ركعة لزمه أن يصلي ركعتين، لأن أقل الصلاة ركعتان، فذكر إحداهما كذكر كليهما.

ومنها: أن المرأة لو طهرت من حيضها أو نفاسها آخر وقت صلاة الظهر، وقد بقي منه مقدار ما يمكنها من الاغتسال فيه والتحريمة للصلاة، لزمها صلاة الظهر كاملة، لأن الواجب لا يتبعض.

---

(١) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٢٦.
(٢) تأسيس النظر للدبوسي ص٦٠.
(٣) المنثور في القواعد للزركشي ١/ ١٥٣.
(٤) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٢٦-١٢٧، الوجيز في إيضاح القواعد للبورنو ص٣٢١.

جـ- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة:[1] ما لو قال رجل للدائن نصفي كفيل لك بدين زيد، لم تنعقد الكفالة، لأنه يدل على عدم قبول هذه الكفالة.

ومنها: لو قال رجل لامرأته: أنت طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت نصف واحدة لم يقع شيء لعدم موافقة المرأة لعرض الزوج.

٨- قاعدة: «السؤال معاد في الجواب»[2].

إن هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن مضمون السؤال يعمل به في الجواب المجمل، ولو لم يذكر في الجواب، ويعتبر مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل.

وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

السؤال لغة: من سأل يسأل سؤالاً ومسألة. ورجل سُؤلة أي كثير السؤال. وسألته عن كذا استعلمته، وسأل الله العافية طلبها[3]. وفي الاصطلاح: الكلام الذي تطلب الإجابة عنه[4].

والجواب في اللغة: من جوب وهو يدل في اللغة على أصلين:

الأول: خرق الشيء، ومنه جبت لأرض جوباً، فأنا جائب وجواب.

والثاني: مراجعة الكلام ومنه كلمه فأجابه جواباً وقد تجاوبا مجاوبة. ولا يسمى جواباً إلا بعد طلب[5].

---

(١) شرح القواعد السهيلية لأحمد الزرقاء ص ٣٦.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥٣.
(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ١٢٤، المصباح المنير للفيومي ٤٠٣.
(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٢٣٨، منهاج السلف في السؤال لعبد الفتاح أبو غدة ص٩
(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٤٩١، المصباح المنير للفيومي ص١٥٦.

والمعنى الإجمالي للقاعدة:[1] أن الجواب إذا ورد بصيغة مجملة من أدوات الجواب مثل: نعم، بل، أجل، يشتمل على مضمون السؤال؛ لأن مدلولات هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها. فيكون المجيب بأداة من تلك الأدوات مقراً بمضمون السؤال؛ لأن تلك الأداة تنوب عن السؤال. فلو سئل شخص هل أخذت من زيد ألف دينار؟ فقال من وجه إليه السؤال: نعم. يكون إقراراً بأخذ ألف دينار من زيد.

ومثل السؤال غيره من أنماط الإخبار والإنشاء: فلو باع شخص فضولي دار شخص آخر، فلما علم صاحب الدار بالبيع قال: رضيت، فيعتبر قوله رضيت إذناً وصح البيع. وكذلك لو قالت مرأة لزوجها أنا طالق. فقال الزوج: نعم فتعتبر طالقة؛ لأن الكلام تضمن الطلاق[2].

ثانياً: القواعد التي تعد قيداً أو ضابطاً في القاعدة.

١- قاعدة: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر»[3].

هذه القاعدة بمثابة قيد في قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» فيشترط لإعمال الكلام أن لا يكون مخالفاً للواقع المشاهد: كأن يصف العين الحاضرة بوصف كلامي مغاير للواقع المشاهد والمشار إليه فيلغو ذلك الوصف. ولا عبرة بالأوصاف التي ذكرت لتعريف الشيء المشار إليه؛ لأنه معروف بالمشاهدة والإشارة، وهما أبلغ من التوصيف. ولابدَّ أن تكون صفته مما يدرك بهذه المشاهدة. كالألوان والحجوم. فإذا قال البائع مثلاً: بعتك هذه السيارة البيضاء بخمسة آلاف دينار وهي سوداء، فقبل المشتري العقد انعقد لازماً للمشتري ولا خيار له في فسخه باختلاف الوصف؛ لأن وصفه لها بالبياض، يلغو بحضور السيارة والإشارة إليها. هذا بخلاف ما إذا كانت السيارة غائبة؛ للمشتري الخيار باختلاف الوصف. لأن الغائب لا يعرف ولا يتعين إلا بالموصوف. فإن وجدت العين على ما وصفت به فقد تم العقد وإلا فلا.

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠١٧.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٢٧١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٤).

وخلاصة القول أن الوصف الكلامي لا يعتبر بشروط منها

أ- أن يكون الشيء الموصوف موجوداً في مجلس العقد.

ب- أن تكون صفة الشيء مما يدرك بالمعاينة كالألوان والأحجام.

أما إذا كانت لا تدرك بالمعاينة كأن يكون المشتري ضريراً لا يميز الألوان أو باعه عبد أنه صوف انجليزي ثم تبين أنه صيني. فلا يلغو الوصف.

٢- قاعدة: «من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وبين ما لا يتعلق به الحكم فالعبرة بما يتعلق به الحكم دون الآخر»[1]

ومعنى القاعدة أن من تكلم كلاماً جمع فيه بين ما يكون محدداً لحكم من الأحكام وما لا يكون. فالحكم يتعلق بما هو محل للحكم. ويهمل الكلام الذي لا يكون محلاً. ومثال ذلك أوصى بنت سأله لحمي وعينت فالثلث كله للحمي وليس للميت شيء، سواء علم بموته أو لا. وكذلك إذا قال لفلان علي ألف دينار ونهلها. للجدار لزمه الألف دينار لتشخص الذي عينه دون الجدار. وكذلك إذا قال لزوجته وهبته: إحداثي طالق تطلق الزوجة لأن لا بدية لا تقبل حكم الطلاق فيصرف إلى الزوجة تصحيحاً لكلام المكلف.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٦.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس

الفصل الثالث

فقه القواعد الكلية الصغرى

المراد بالقواعد الكلية الصغرى -كما سماها الطوفي- هي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي لكنها أقل من القواعد الكلية الكبرى من حيث عدد المسائل وأبواب الفقه. هذا بالإضافة إلى أن بعض هذه القواعد يندرج تحتها قواعد فرعية وبعضها لا يندرج تحته أية قاعدة من القواعد الفرعية. وبالرغم من قلة عدد المسائل التي ترجع إليها وعدد القواعد التي تتفرع عنها إلا أنها تعدُّ من معالم الفقه الإسلامي وأبراجه العالية التي لا يستغني عنها طالب العلم الشرعي والقانوني: إذ يستطيع الطالب بدراستها أن يطوِّل على مساحاتٍ واسعةٍ وأطراف مترامية من الفقه الإسلامي نظرياً وعملياً، ويرى مداداته التطبيقية في جميع نواحي الحياة الدنيوية والأخروية

ولما كانت تلك القواعد كثيرة ويصعب حصرها في كتاب واحد لا بد من اختيار بعض هذه القواعد التي تتلاءم مع طبيعة هذه المادة والمستوى العلمي للدارسين، وكان اختياري لها موضوعيا ومتدرجاً، يبدأ بالقواعد الكلية العامة ثم القواعد الكلية الخاصة ببعض الأبواب الفقهية والأصولية ولذا سيشتمل هذا الفصل على ستة مباحث وهي:

الأولى: فقه قاعدة كلية عامة "التابع تبع".

الثاني: فقه قواعد كلية خاصة بالضمان

الثالث: فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام.

الرابع: فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات

الخامس: فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية.

السادس: فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي.

وفيما يلي بيان لتلك المباحث.

المبحث الأول

فقه قاعدة كلية عامة «التابع يتبع»

المراد بالقواعد الكلية العامة هي التي ترجع إليها مسائل فقهية كثيرة من أبواب متعددة، ويتفرع عليها بعض القواعد الفرعية. ويمثل هذا النوع من القواعد قاعدة: «التابع تبع» وهي من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، إذ أنها تدخل في العبادات من صلاة وزكاة، كما تدخل في المعاملات من بيع وإجارة ورهن وإحياء موات وإقرار. كما تدخل في القضاء والشهادات والجهاد، كما تدخل في البيئات والمقاصد. ولكي يتدرك أهمية هذه القاعدة لا بدَّ من بيان حقيقتها اللغوية والشرعية وتطبيقاتها ومستثنياتها والقواعد التي تتعلق بها.

المطلب الأول: حقيقة قاعدة: «التابع تبع»:

أمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها. وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: معنى قاعدة: «التابع تبع»:

التابع في اللغة: من تبع عمر زيداً إذا مشى خلفه، ومنه قال: المصلي تبعٌ لإمامه، والناس تبع لحكامهم. والتبع يكون واحداً وجمعاً ويجوز جمعه على أتباع. وأصل التبع في اللغة التلو واللقفو والإلحاق، فيقال: تبعت فلاناً إذا تلوته واتبعته إذ لحقته. ويطلق التبع على توائم الدابة، لأنه يتبع بعضها بعضاً[1].

والتابع في اصطلاح الفقهاء: يطلق على عدة أمور[2]:

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٣٦٤، المصباح المنير للفيومي ص٩٩

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المواد (٢٢٠-٢٣٣)، الفروق للقرافي ٣/ ٢٨٣

الأول: ما اتصل بغيره اتصالاً حقيقياً لغة أو شرعاً، بحيث يكون جزءاً منه كالعضو من الحيوان وفروع الأشجار وأوراقها، وقفل الباب المثبت في الباب والحجارة المحلوقة في الأرض وغير ذلك.

والثاني ما اتصل بغيره اتصالاً قابلاً للانفصال عنه. مثل الجنين، والثمار.

والثالث: ما اتصل بغيره اتصالاً ضرورياً: كالمفتاح من القفل.

والرابع: ما اتصل بغيره اتصالاً عرضياً كالنقل والتفريغ في الأشياء المباعة. وإذا كان التابع يخضع للعرف والعادة فإنه يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى آخر، فإذا تغير العرف تغير الحكم، عملاً بقاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن التابع لشيء في الوجود حقيقة أو حكماً تابع له في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه، ولا ينفرد بالحكم، فإذا بيع حيوان فإن بعضه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع.

ثانياً: تأصيل قاعدة: «التابع تبع»:

تستند هذه القاعدة إلى السنة والإجماع والمعقول

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً وقد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1] فالإبار هو التلقيح، وإبار كل شيء بحسب ما جرت العادة أنه إذا فعل فيه نبتت ثمرته وانعقدت به، ولا يشترط في التأبير أن يؤبره أحد، بل لو تأبر بنفسه لم يختلف الحكم. ويعبر به عن ظهور الثمرة وانعقادها. والحديث يدل بمنطوقه على أن النبي ﷺ جعل ثمار النخيل المباع للبائع إذا كانت مؤبرة إلا أن يشترطها المشتري في العقد، ويدل بمفهومه على أن الثمار قبل التأبير تكون من حق المشتري؛ لأن النبي ﷺ جعلها للبائع بشرط الإبار، فإذا انتفى المشروط انتفى المشروط[2]

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٩٠)، ٣/ ٣٥. الموطأ للإمام مالك مع تنوير الحوالك ٢/ ٥٥.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٠٢.

٢ وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[٦] فالذكاة الذبح أو النحر بشروطه الشرعية[٧] والحديث يدل أن الجنين يتبع أمه في الذكاة، فإذا ذكيت أمه يحل بذكاة الأم سواء خرج حياً أو ميتاً، ولا يحتاج إلى تذكية[٣].

٣- وقد أجمع العلماء على العمل بهذه القاعدة من حيث الجملة. ففي بيع الأصول والثمار اتفق الفقهاء على أنه يدخل في بيع الدار الأرض وكل بناء حتى حمامها[٤]. وقال ابن المنذر: إنه لم يرو عن أحد من الصحابة، ولا عن العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا باستئناف الذكاة فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة[٥].

٤- ومن المعقول أن التابع متصل بالمتبوع اتصال خلقة كما في الجنين، يتغذى بغذائها فكون ذكاته كذكاة عضو من أعضاء الذبيحة[٦] ولأن إفراد التابع بحكم يشق على المكلفين، فيلحق التابع بالمتبوع في الحكم عملاً بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

ثالثاً: تحليل عناصر قاعدة: «التابع تبع»

هذه القاعدة تتكون من موضوع وحكم تلي ومناط الحكم.

١ - فالموضوع هو توابع الأشياء من إنسان وأموال ومقاصد ونيات فالمضمون تبع للإمام، ويتبع المبيع من عقار وحيوان ما يتصل به من أعضاء وأجزاء، وثمار وأجنة وغير ذلك. والمعتبر في النية نية الأصل دون التابع، فيصير العبد مسافراً بنية مولاه، وتعتبر الزوجة مسافرة بنية زوجها، ويصير الجنود مسافرين تبعاً لنية قائدهم، وترجع أسباب تبعية الشيء إلى غيره إلى عدة أمور وهي[٧]:

---

(١) سنن الترمذي، كتاب الأطعمة، باب (٣)، ٤/ ٧٢ وقال: حسن صحيح.
(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٢١٤.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني ٨/ ١٦٤
(٤) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي ص١٣٦.
(٥) نيل الأوطار للشوكاني ٨/ ١٦٤
(٦) المغني لابن قدامة ٨/ ٥٧٩.
(٧) الفروق للقرافي ٣/ ٢٨٤.

أ. النص الشرعي: كما في حديث بيع النخل المؤبر.

ب- اللغة، فما اقتضاه اللفظ يتبع متبوعه: كالأرض يتبعها البناء والأشجار.

جـ- العرف: كنجم الدابة وخطام البعير.

د- الشرط العقدي: كما ورد في الحديث: «إلا أن يشترطه المبتاع» فما اشترطه أحد العاقدين بأن يكون تابعاً يكون كذلك.

٢-**والحكم الكلي**: تبعية التابع للمتبوع في الحكم، ويشترط لذلك.

أ- أن تثبت التبعية بأحد الأسباب السابقة.

ب- أن لا ينص على خلاف تبعية التابع للمتبوع

٣- **ومناط الحكم**: هو النص أو اللغة أو العرف أو الشرط العقدي، فإذا بني الحكم على نص شرعي أو اقتضته اللغة أو صُرح به في العقد ثبت الحكم الشرعي، ولا يختلف باختلاف العوائد ولا يقال: إن العرف اقتضاه، أما إذا كان الحكم مبنياً على عرف وتغير العرف تغير الحكم.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة «التابع تبع» ومستثنياتها:

أولاً: تطبيقات هذه القاعدة:

إن تطبيقات هذه القاعدة تدخل في كثير من أبواب الفقه ومن ذلك:

١ - **ذهب الحنفية في قول وهو الصحيح عندهم والمالكية والحنابلة إلى أن الأخرس لا يلزمه تحريك لسانه بتكبيرة الإحرام، وإنما يكفيه أن يدخل في الصلاة بقلبه؛ لأن تحريك اللسان عبث، ولم يرد الشرع به. في حين ذهب الشافعية والحنفية في قول إلى وجوب تحريك لسانه لمتابعة الإمام في صلاة الجماعة[١] والراجح الأول؛ لأن الأخرس يكفيه النية لأنه أتى بأقصى ما في وسعه.**

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٣٤٤، حاشية الدسوقي ١/ ٢٣٣، نهاية المحتاج للرملي ١/ ٤٤٣، مغني المحتاج، ١/ ١٥٢، المغني ١/ ٤٦٣.

٢- الربح في عروض التجارة ونتاج السائمة يتبعان أصلهما في الحول، فيضمان إلى حول أصلهما؛ لأنهما تبع لهما من جنسهما فأشبه النماء المتصل[1].

٣- إذا ضرب شخص بطن إمرأة فماتت، ثم بعد موتها ألقت جنيناً ميتاً، ففي الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين، وذلك لأن غرته اعتبرت داخلة في دية الأم لكونه تبعاً لها[2].

٤- زوائد المغصوب: كالصوف واللبن تعود إلى المغصوب منه، لأن المغصوب ملكه والزوائد تابعة للمغصوب في الوجود.

٥- إذا باع أرضاً ولها حقوق ارتفاق، من حق شرب ومسيل وطريق؛ فإنها تدخل في الأرض تبعاً ولا تفرد بالحكم.

ثانياً: مستثنيات القاعدة:

١- لو أسقط المرتهن حقه في حبس الرهن جاز مع بقاء حقه في الدين.

٢- لو أبرأ الدائن الكفيل صح الإبراء، ولا يسقط الدين عن الأصيل.

المطلب الثالث: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «التابع تبع».

تتعلق بقاعدة «التابع تبع» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فروعاً في القاعدة، ومنها ما يمثل قيوداً أو ضوابط لها. ومنها ما يمثل استثناء من القاعدة الأم، وفيما يلي بيان لتلك الأنواع من القواعد

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة:

يتفرع عن قاعدة: «التابع تبع» عدة قواعد منها:

١- قاعدة: «**التابع لا يفرد بالحكم**»[3].

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٢٦/٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص١٩٧.

(٣) المنثور للزركشي ٢٣٤/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٠.

هذه القاعدة مكملة للقاعدة الكلية: «التابع تبع» فهي تعني أن التابع للشيء في الوجود لا يجوز أن يفرد بحكم مختلف عن حكم متبوعه، ولا أن يتصرف فيه وحده دون متبوعه، فلا يجوز بيع الجنين في بطن أمه دونها. ولا بيع حق الشرب أو المسيل دون الأرض، ولا بيع عضو من أعضاء الشاة وهي حية دون أصلها. وقد قيد هذه القاعدة الشيخ مصطفى الزرقاء بما إذا كان التابع من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلاً في العقود أي معقوداً عليه. أما ما وراء ذلك فالتابع يمكن أن يفرد بحكم، كما في حالة التعدي: كما لو ضرب شخص بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً ففي الضارب الغرة. وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً أربعة: منها إرثه من مورثه، والوصية له بشرط أن يولد حياً. وكذلك يجوز بيع المفتاح دون قفله والجام الدابة دون الدابة[1].

وقيدها الشيخ أحمد الزرقاء بما لم يصر التابع مقصوداً، أما إذا صار مقصوداً فإنه يفرد بالحكم، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها تصير أمانة هي يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب، فإنه يضمنها حينئذ، لأنها صارت مقصودة وكذلك زوائد الرهن المنفصلة المتولدة تكون رهناً تبعاً ولا يقابلها شيء من الدين، فلو هلكت لا يسقط شيء من الدين، ولكن إذا صارت مقصودة بالفكاك بأن بقيت بعد هلاك الأصل فلك بحصتها من الدين، فيقسم الدين على قيمتها يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض، ويسقط من الدين حصة الأجل وتفك الزوائد بحصتها، وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت، ولكن لو أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك[2].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٢١/٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٢٠١-٢٠٢.

٢ - قاعدة: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته»[١]:

هذه القاعدة فرع عن قاعدة: «التابع تبع»؛ لأنها تتناول الأصول والتوابع المتعلقة بالبيع والشراء.

ومعنى الضرورة في القاعدة الضرورة العقلية المطلقة، وهي التي يحكم فيها بضرورة ثبوت المحمول للموضوع[٢]. وبعبارة أخرى: اللزوم، فمن ملك شيئاً ملك ما هو من لوازمه عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد، فمن ملك داراً ملك الطريق الموصلة إليها؛ لأن الطريق ضروري للدار لأنه لا ينتفع بالدار بدونها. ومن اشترى أرضاً ملك ما فوقها من فضاء وما تحتها من أرض، وله أن يبني الطوابق المتعددة في حدود التنظيم العام في البلد، وله أن يحفر في الأعماق إلى ما يشاء[٣].

٣- قاعدة: «التابع يسقط بسقوط المتبوع»[٤]:

هذه القاعدة تعد فرعا من فروع قاعدة: «التابع تبع» كما ذكر الزركشي والسيوطي وابن نجيم ويقرب من هذه القاعدة قاعدة: «يسقط الفرع إذا سقط الأصل»[٥] وقاعدة: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»[٦] وقاعدة: «المبني على الفاسد فاسد»[٧].

ومعنى القاعدة: أن الذي يكون وجوده مرتبطاً بوجود غيره يتبعه في الوجود والعدم، فإذا سقط الأصل سقط الفرع كالشجرة إذا ذوى (ذبل) أصلها وجذورها وساقها ذوت فروعها وثمارها.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٩).
(٢) التعريفات للجرجاني ص١٨٠
(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠١٨.
(٤) المنثور للزركشي ١/٢٣٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٨، الأشباه لابن نجيم ص١٢١
(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢١.
(٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٥٢).
(٧) الوجيز في القواعد للبورنو ص٣٤٢.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: إذا أبرأ الدائن المدين بريء كفيله. وقد صاغ هذا الفرع ابن نجيم في قاعدة وهي: «إذا بريء الأصيل بريء الكفيل»[١] ولا عكس كما قال الشيخ أحمد الزرقاء فلو أبرأ الدائن الكفيل لا يبرأ الأصيل[٢] ومن تطبيقاتها: إذا مات الفارس في الجهاد سقط سهم فرسه لا العكس[٣].

ومنها: إذا مات الموكل أو جُنَّ انعزل الوكيل؛ لأن تصرف الوكيل فرع عن تصرف الموكل، فإذا سقط تصرف الموكل سقط تصرف الوكيل[٤].

ومنها: إذا هلك المبيع وهو بيد البائع سقط الثمن عن المشتري، لأن الثمن عوض عن المبيع ومتفرع عنه[٥].

ومما يستثنى من هذه القاعدة[٦]: لو مات المجاهد الذي له حق في بيت المال يعطي أولاده من بيت المال، ولا يسقط حقهم بسقوط أصلهم ترغيبا للناس في الجهاد في سبيل الله. وكذلك العالم الذي له حق في بيت المال ترغيباً في طلب العلم. ومنها: أن المحرم الذي لا شعر على رأسه يجب إمرار الموس عليه مع أن الأصل قد سقط وهو الشعر. ومنها: إذا بطل أمان رجال لم يبطل أمان نسائهم وأطفالهم في الأصح.

ثانياً: القواعد التي تعد قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «التابع تبع»:

١ - قاعدة: «التابع لا يتقدم على المتبوع»[٧]:

هذه القاعدة تعدُّ ضابطاً في قاعدة: «التابع تبع» لأن التابع تابٍ لمتبوعه ومتأخر عنه في

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٢١.
(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٢٠٥.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٨.
(٤) شرح مجلة المذهبي ١/١١٩
(٥) المرجع السابق.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢١.
(٧) المنثور للزركشي ١/٢٣٦، الأشباه للسيوطي ص١١٩، الأشباه لابن نجيم ص١٢١

الوجود، فلا يجوز أن يتقدم عليه في العمل والعمل، لأنه إذا تقدم عليه في العمل تقدم عليه في الحكم، وهذا تناقض لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة: لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف، ولا في تكبيرة الإحرام ولا الخروج من الصلاة بالسلام ولا في غيرها من الأفعال لقوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا»[2] فالالتمام الإتباع والمقتدي غير تابع[3]. ومنها: ما لو كان بياض (أرض غير مزروعة) مشتبكة بين أشجار النخيل أو العنب فساقى على الأشجار وبارعه على البياض فيشترط أن يتقدم عقد المساقاة على المزارعة في العقد؛ لأن المزارعة تابعة للمساقاة فلا تتقدم التابع على المتبوع.

٢- قاعدة: «يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها»[4].

هذه قاعدة تعد ضابطاً في قاعدة: «التابع تبع» لأنه قد يتساهل في استيفاء بعض الشروط الشرعية فيما يعد تبعا لغيره أو فيما ثبت ضمنا، في حين لا يتساهل في استيفاء تلك الشروط في المتبوع أو المحل الأصلي؛ لأن التابع يثبت ضرورة لثبوت متبوعه، فيشدد في المتبوع ويتساهل في التابع.

ومن أمثلة ذلك: اشترط الفقهاء في الوقف أن يكون عقاراً فلا يصح وقف المنقول، لكنهم أجازوا وقف المنقول إذا كان تابعاً للعقار: كالآلات الموجود في الدار الموقوفة يصح وقفه تبعا للدار. ومنها: إطلاق النار على المسلمين ابتداء لا يجوز أما إذا تترس بهم الكفار لمحاربون فيجوز إطلاق النار على الكفار والمسلمين. ومنها: لا يجوز للمشتري أن يوكل البائع بقبض الثمن؛ لأن التسليم والتسلم لا يتمان من جانب واحد، لكن لو أنفى المشتري البائع كيلاً ليكيل له ويضع فيه الطعام الذي اشتراه جاز وكان قبضا من المشتري.

ثالثا: القواعد التي تعد استثناء من قاعدة: «التابع تبع»:

توجد عدة قواعد تندرج تحت هذا النوع، لكن سأقتصر على بيان قاعدة:

«قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل»[1]:

هذه القاعدة تعتبر استثناء من قاعدة: «التابع تبع» لأن الأصل أن التابع لغيره لا يثبت إلا إذا ثبت المتبوع. ويستثنى من هذا الأصل أنه قد يحكم بثبوت شيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع؛ وذلك لقيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم. وقد صيغت هذه القاعدة بعبارات أخرى منها: «قد يثبت الفرع دون الأصل»[2] و«قد يثبت الفرع مع سقوط الأصل»[3].

وقد يستغرب البعض وجود هذه القاعدة ويحكم بعدم معقوليتها؛ لأنها تنافي الأسس الطبيعية في الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل. لكن الشيخ مصطفى الزرقاء أزال هذا الاستغراب من الأذهان حيث قال: «إن الأمور الحقوقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية. فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع. فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص عقد تنعقد وسنده المثبتة في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع»[4].

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/١٦٢.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الصلاة: باب (١٨)، ١/١٠٠.

(٣) الفوائد الجلية للقادري ٢/١٢٣.

(٤) الأشباه للسيوطي ١٢٠، الأشباه لابن نجيم ١٢١، ويضرب من هذه القاعدة: «يغتفر في الشيء ضمنا ما لا يغتفر فيه قصدا»، «قد يثبت الشيء ضمناً وحكماً ولا يثبت قصداً»، «يغتفر في الثواني مالا يغتفر في الأوائل».

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٢).

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٢١.

(٣) الوجيز للبورنو ص٣٣٨.

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٢١، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز لها لعزت عيد الدعاس ص٦٦.

ومن الأمثلة على ذلك[1] : لو ادعى رجل على خالد ألف دينار وكفله زيد، واعترف الكفيل (زيد)، وأنكر المدين (خالد) وعجز المدعي عن إثبات ما له في ذمة خالد يؤخذ المبلغ من الكفيل، لأن المرء مؤاخذ بإقراره. ففي هذه المسألة قد ثبت اتباع. ولم يثبت المتبوع وثبت التفريع (الكفالة) ولم يثبت الأصل (الدين). ومنها: إذا ادعت عائشة على خليل بالنفقة لولدها أحمد فأنكر خليل الزوجية بينهما وعجزت المرأة عن إثباتها، فإن دعواها بالنفقة لا تسمع، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن خليل وأثبت ذلك بدعوة خليل إياه، فإنه يثبت نسبه منه، ففي هذه المسألة قد ثبت النسب الذي هو فرع، ولم يثبت النكاح الذي هو أصل. ومنها: إذا أقر رجل بتعجيز مجهول النسب أنه أخوه، ولكن الأب أنكر ذلك ثم يستطع المدعي إثبات دعواه لم تثبت بنوته للأب، ولكن يؤخذ المقر بإقراره أنه أخوه فيقاسمه ذلك الشخص حصته من ميراث الأب.

---

(1) المدخل لمرقه 2/ 1021. شرح المجلة للقاضي 1/ 145.

المبحث الثاني

فقه قواعد كلية خاصة بالضمان

الضمان لغة: من ضمنته المال أرمته أياه، وأصله في اللغة جعل الشيء في شيء يحويه، ومنه ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، وتسمى الكفالة بذلك لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته، ومنه الحضانين ما في بطون الحوامل[2].

والضمان في اصطلاح الفقهاء: على أحد معنيين. الأول: الكفالة، وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة[3] والثاني: الغرم وهو ما يتحمله الغارم عند تلف شيء برد مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً (أي لا مثل له)[4] وهذا هو المعنى الذي يهمنا في هذا المبحث لا المعنى الأول. وعلى المعنى الثاني تبنى نظرية الضمان في الفقه الإسلامي كما يظهر من كتابات العلماء القدامى والمعاصرين[4]، وقد وردت في هذه النظرية عدة قواعد فقهية ذكرها المعاصرون. وسأقتصر في هذا المبحث على أربع قواعد وهي: «الخراج بالضمان» و«الغرم بالغنم»، و«إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»، و«جناية العجماء جبار».

المطلب الأول: فقه قاعدة: «الخراج بالضمان»:

إن قاعدة: «الخراج بالضمان» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي إذ أنها تتعلق بكثير من أبواب المعاملات المالية من بيع وإجارة وكفالة ووكالة ورهن وشركة وغير ذلك. وهي تعبر عن أهم المبادىء في المعاملات المالية وهو مبدأ العدل. وفيما يلي بيان لحقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها، ومستثنياتها.

---

(1) معجم مقاييس اللغة لابن فارس 3/ 372، المصباح المنير للفيومي ص497.
(2) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي، ص383.
(3) المرجع السابق ص285.
(4) من كتب العلماء القدامى: مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة لأبي محمد بن غانم البغدادي. ومن كتب المعاصرين: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف، ونظرية الضمان نوهبة الزحيلي، ونظرية الضمان لمحمد موزي فيض الله.

أولا: حقيقة قاعدة: «الخراج بالضمان»:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها.

١- معنى قاعدة: «الخراج بالضمان»:

الخراج لغة: مأخوذ من خرج يخرج خروجاً ومخرجاً، وأصله في اللغة التقاد عن الشيء. ويطلق على الغلة والإتاوة[1]. والمراد بالخراج في هذه القاعدة: ما يحصل من عين المبيع لمباعة عما كان أو أمة أو ملكاً. وبعبارة أعم: «كل منفعة منفصلة حصلت من عين مملوكة»[2]. والمراد بالضمان في القاعدة: الغرم وهو ما يتحمله الغارم عند تلف الشيء، رد مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن منفعة الشيء أو غلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه وحسابه. وبعبارة أخرى: أن من يضمن شيئاً لو تلف فإنه ينتفع به في مقابلة الضمان[3]. فالمشتري الذي له الحق في رد المبيع إلى البائع وأخذ الثمن بعيب ثم بيعه البائع، يستحق غلة المبيع قبل الرد ولا يجب عليه رده إلى البائع؛ لأنها تحصل في مقابلة الضمان عليه فيما لو هلك المبيع وهو في يده.

٢- تأصيل قاعدة: «الخراج بالضمان»:

يستدل لهذه القاعدة بالسنة والمعقول.

أ- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان»[4].

إن سبب ورود هذا الحديث، هو ما روت عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه،

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ١٧٥.

(٢) قاعدة: «الخراج بالضمان» وتطبيقاتها بمحكمة شرع منطقة عسير.

(٣) منار شرح مجلة الأحكام بناضي ١/ ١٥٠.

(٤) سنن النسائي: كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان مع شرح السيوطي ٧/ ٢٤٥، سنن أبي داود: كتاب البيوع، باب (٧٢) رقم (٣٥٠٨)، ٣/ ٢٨٤، سنن الترمذي: كتاب البيوع، باب (٥٣) وقال حسن صحيح غريب.

فقال الرجل: يارسول الله قد استغل غلامي. فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[4] ولذلك قضى شريح رحمه الله بين الرجلين اللذين احتكما إليه في مثل هذا بأن قال للمشتري: رد الداء بداءه، ولك الغلة والضمان[5].

ب- ومن المعقول: القياس على الأصل: «من ملك شيئاً ملك منافعه» بجامع ضمان الهلاك في كل. فالعين المملوكة إذا هلكت تهلك على مالكها، والعين المشتراة قبل الرد بالعيب إذا هلكت تهلك على المشتري إذا كانت هي بيده فله منفعتها[6].

٣- تحليل قاعدة: «الخراج بالضمان»:

هذه القاعدة تتكون من الموضوع والحكم الكلي وشروط الحكم.

أ- **الموضوع**: هو الخراج أو غلة العين المملوكة أو الزيادة الحاصلة في العين. وقد قسم الفقهاء هذه الزيادة إلى أربعة أقسام[7]:

الأول: زيادة متصلة ومتولدة من الأصل: كسمن الدابة، ونماء الشجر.

الثاني: زيادة متصلة بالأصل، ولكنها غير متولدة منه، وإنما تحصل بفعل الإنسان: كالبناء في الأرض وزرعها، الأصباغ وصباغة الثوب ودبغ الجلود.

والثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل: كثمار الأشجار وأولاد الماشية وغير ذلك.

والرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، وإنما تحصل من الصنعة: كأجرة السيارة، وأجرة الدار وغير ذلك.

ب- **والحكم الكلي للقاعدة**: هو أن غلة العين تملك لمن وجب عليه الضمان. ويشترط لذلك عدة شروط وهي[8]:

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب (٧٢) رقم (٣٥١٠)، ٣/ ٢٨٤.

(٢) قواعد الفقه الإسلامي للزرقا ص ٢٧٦.

(٣) قاعدة: الخراج بالضمان منعدمة ص ٣٤.

(٤) البيان للعمراني ٥/ ٢٨٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٥٩، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٦٢، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢١٨.

(٥) المراجع السابقة.

الشرط الأول: أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل سواء كانت متولدة عنه أو غير متولدة، أما إذا كانت الزيادة متصلة فلا تدخل في ملك المشتري إذا ردَّ المبيع بالعيب: كالسمن والكبر، لأنها نماء وليست بخراج.

الشرط الثاني: أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكاً شرعياً: كالملك عن طريق البيع ولو في مدة خيار العيب أو مدة خيار الشرط، أو عن طريق الهبة أو عن طريق اشتراه، أو لو كانت العين مستحقة للغير بالشفعة فيكون الخراج لمن بيده العين بأحد تلك الطرق، أما إذا كانت الغلة حاصلة من عين غير مملوكة بطريقة شرعية: كغلة المغصوب والمسروق فلا يستحقها من وقعت تحت يده.

والشرط الثالث: أن تكون الغلة حاصلة بعد وقوع سبب الملك: كعقد البيع، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يستحقها من وقعت تحت يده: مثل لبن المصراة، فهو موجود في الشاة أو الناقة قبل البيع فيضمنه المشتري ويرد بدله صاعاً من تمر.

جـ- مناط الحكم الكلي: الضمان، حيث يتعلق الحكم بمن وجب عليه الضمان.

فلما كان الإنسان بريء الذمة غير مطالب بأي التزام إلا بدليل أو سبب شرعي فإن أسباب الضمان هي[1]:

السبب الأول: الإتلاف لمال الغير.

إذا أتلف شخص مالا لغيره بالمباشرة أو لتسبب ضمنه. ومن الأمثلة على الإتلاف بالمباشرة هدم الدور وحرقها، وأكل الطعام الممنوك وشرب الماء المحوز و غير ذلك.

ومن أمثلة الإتلاف بالتسبب إيقاد نار قرب زرع جاره، فتؤدي إلى حرقه، فهذا إتلاف بالتسبب لأنه لم يتلف بالمباشرة، وإنما فعل ما من شأنه عادة أن يؤدي إلى التلف.

والسبب الثاني. وضع اليد (القدرة على تصرف الشخص في العين).

قسم الفقهاء الأيدي - باعتبار الضمان وعدمه - إلى يد أمانة ويد ضمان، فيد الأمانة: هي التي قبضت العين لا بقصد التملك، بل نيابة عن المالك، فكان قبضها لمنفعة المقبوض منه:

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٤، نظرية الضمان للزحيلي ص٦٤، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص١٩.

كالوديع وعامل المضاربة والوصي على مال اليتيم. فأصحاب هذه الأيدي لا يضمنون ما تلف تحت أيديهم إذا كان بدون تعد أو تفريط، لأن صاحب اليد قصد من القبض منفعة مالك العين.

ويد الضمان: هي التي قبضت العين لمنفعة القابض نفسه سواء أكان بإذن المالك وهي تسمى (يد المؤنمة): كيد البائع على المبيع قبل التسليم أم بغير إذن المالك، وهي ما تسمى (يد العادية) كيد الغاصب أو السارق، فإن أصحاب هذه الأيدي يضمنون بمجرد القبض، ولو كان التلف بآفة سماوية، أو قوة قاهرة. فالضمان على الحائز أي أنه يتحمل تبعة الهلاك.

السبب الثالث: العقد:

العقد مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط أو كان الشرط مفهوما ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أخلَّ المتعاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو بمقتضى الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي: «ما يضمن ضمان عقد قطعاً هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح»[1].

ثانياً - تطبيقات فاعلة: «الخراج بالضمان»:

من تطبيقات هذه القاعدة[2] لو رد المشتري على البائع سيارة أجرة بخيار العيب بعد أن استعملها مدة أسبوع لا تلزم المشتري أجرة تلك المدة؛ لأنه لو تلف حال وجوده عنده كان عليه ضمان مثله أو قيمته

ومنها: ما لو كان المبيع ثمرة فأثمرت عند المشتري ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق (وهو ظهور مالك آخر للمبيع) كانت الثمرة للمشتري؛ لأنه هو المتحمل تبعة الهلاك فيما لو هلكت

ومنها: الشريك في شركة الأعمال (التقبل) يستحق من الربح ولو لم يعمل، وذلك بسبب ضمانه للمحل.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٢
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٥.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الغرم بالغنم»:

فالغنم من أن هذه القاعدة عكس القاعدة السابقة: «الخراج بالضمان» إلا أنهما تتفقان، أي أن المستفيد منفعة شيء هو أولى من غيره بتحمل خسارة ذلك الشيء عملاً بمبدأ العدل في المعاملات الذي قررته الشريعة الإسلامية.

والغرم لغة: من غرم في تجارته إذا خسر، ويقال: الغرم أي أدى غرماً ومغرماً خرجه، وتعني بالتضعيف (بشديد الراء) فيقال: غرّمته وأغرمته جعلته غارماً. وأصل الغرم في اللغة يدل على الملازمة[1]. والغرم في الاصطلاح: «ما يتحمله الغريم في ماله تعويضاً عن ضرر بغير جناية ولا خيانة»[2].

والغنم في اللغة: من غنمت الشيء أغنمه غنماً أصبته غنيمة ومغنماً. وأصله في اللغة يدل على إفادة شيء لم يملك من قبل[3].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: كما أن المالك يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد، فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد[4] سواء أكان المالك فرداً أم جماعة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة[5]:

١ - لما كان المرتهن هو المستفيد بالعين المرهونة بتأمين الدين وتوثيقه، كان على المرتهن أجرة حراسة العين المرهونة.

٢ - لما كان المشتري هو المنتفع بتوثيق نقل ملكية العقار، كان عليه أجرة تحرير سند البيع ورفع رسوم التسجيل في دائرة الأراضي.

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤١٩، المصباح المنير للفيومي ص٦١٠.
(٢) معجم لغة الفقهاء، قنعجي وقنيبي ص٣٣٠.
(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٣٩٧، المصباح المنير ص٦٢٢.
(٤) المصباح المنير للفيومي ص٦٢٢.
(٥) شرح المجلة للقاضي ١/١٥٢.

٣- لما كانت الأرباح توزع على الشركاء بحصة رؤوس أموالهم أو قدر حصصهم؛ كان عليهم نفقة تعمير الملك وصيانته.

٤- لما كان الانتفاع بالبهر المشترك لعموم المنتفعين المقربين منه كان كري النهر (تنظيفه من الطمي) على هؤلاء المنتفعين بقدر حصص انتفاعهم بالنهر.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»:

سبق أن بينت من أن من أسباب الضمان الإتلاف بالمباشرة أو التسبب وتأتي هذه القاعدة لبيان ما إذا اجتمع على الإتلاف للمال شخصان أحدهما بالمباشرة والثاني بالتسبب؛ فإن الضمان حينئذ يكون على المباشر، وفيما يلي بيان حقيقة القاعدة، وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليل عناصرها.

١- معنى القاعدة وتأصيلها:

المباشر للإتلاف: هو الذي يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[1].

والمتسبب للإتلاف: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى: هي فعل مختار. وبعبارة أخرى: «هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[2].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء شخصان أحدهما أتلفه بفعله المباشر، والثاني أتلفه بسبب بعيد؛ فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ١/٤٦٦
(٢) المرجع السابق.

ولو كان السبب البعيد متصفا بالتعدي والإهمال. كما قال القرافي: «إذا اجتمع منهما سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب: كممسك حفر بئراً لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول تقديما للمباشرة؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض»[1].

٢- تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من الموضوع والحكم الكلي ومناط الحكم.

أ-فالموضوع: هو اجتماع المباشر والمتسبب على إتلاف الشيء وبتحقق اجتماع المباشر والمتسبب: بأن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الإتلاف فعل شخص آخر مختار. فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً[2].

ب- والحكم الكلي للقاعدة: يتضمن الفاعل المباشر للإتلاف دون المتسبب ويشترط في هذا الحكم عدة شروط منها[3]:

الشرط الأول: اجتماع المباشر والمتسبب في إلحاق الضرر بالغير، فإن انفرد أحدهما بالضرر نسب الحكم إليه، كما إذا حفر بئراً، فسقط فيه حيوان بنفسه، فإن الحافر يضمن لانفراد التسبب.

الشرط الثاني: أن لا يكون للسبب تأثير قوي يؤدي إلى العمل بانفراده إلى الإتلاف: كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان على المتسبب وعلى المباشر؛ لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها. وكذلك إذا نخس الدابة بأمر راكبها يكون الضمان على الناخس والراكب؛ لأن الناخس بمنزلة السائق.

(١) الفروق للقرافي ٢/٢٠٨.
(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٤٧.
(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٣٨٠.

جـ- ومناط الحكم في هذه القاعدة أو علته: هي رجحان المباشرة على التسبب، وكونها أقوى من التسبب؛ لأن المباشرة هي فعل الفاعل، وأما التسبب فهو المفضي والموصل إلى الحدوث والوقوع. والأصل في الأحكام أن تضاف إلى أفعالها وعللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة. كما قال البخاري في كشف الأسرار: «الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى السبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية»[1].

ثانيا: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة[2]:

١- لو حفر أحد بئراً في الطريق العام، فألقى شخص فيها مالاً لشخص آخر فتلف ضمن الذي ألقى المال في البئر ولا شيء على حافرها. أما إذا سقط المال بنفسه: كشاة وقعت فيه فيضمن حافر البئر؛ لأنه ليس له حفره في الشارع العام.

٢- لو دلَّ شخص سارقاً على مال غيره فسرقه فالضمان على السارق، وليس على الدال، بخلاف ما إذا كان الدال وديعاً، فإنه يضمن المسروق، لأن الوديع حينئذ يعد مقصراً في الحفظ والوديع إذا قصر في الحفظ يضمن.

٣- لو أن شخصاً دفع لصبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه، فقتل به نفسه فلا ضمان على الدافع لأنه متسبب، وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر إلا أن متأخري الحنفيه قالوا: المختار أن الصبي يضمن.

٤- إذا حلَّ شخص رباط دابة في حظيرة مغلقة وفتح شخص آخر باب الحظيرة فهربت الدابة فالضمان على فاتح الباب، لأنه المباشر.

(١) كشف الأسرار للبزدوي ٤/١٧٦.
(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/١٥٣-١٥٤، إيضاح القواعد الفقهية لعبد الله اللحجي ص٨٤، نظرية الضمان للزحيلي ١٨٩.

٥- إذا غصب شخص شاة وأمر قصاباً بذبحها، فذبحها وهو جاهل بالحال. فالضمان على الغاصب.

٦-إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف شيء، ثم تبين خطؤه فالضمان على المفتي. أما إذا كان المفتي غير أهل للفتوى، فلا يضمن المفتي؛ لأن المستفتي مقصر في اختيار المفتي المؤهل.

٧- إذا قتل الجلاد بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل فالضمان على الإمام بخلاف ما إذا كان عالماً بظلمه أو خطئه فالضمان على الجلاد.

المطلب الرابع: فقه قاعدة: «جناية العجماء جُبار»:

هذه القاعدة تتعلق بنظرية الضمان في الفقه الإسلامي؛ لأنها تتعلق بضمان ما يحدثه الحيوان من إتلاف مال الغير، وفيما يلي بيان لحقيقة القاعدة وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها.

أولا: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة القاعدة لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

الجناية لغة: من جنى على قومه إذا أذنب و أجرم[1].

والجناية في الإصطلاح: «كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها»[2]، وغلبت الجناية في أنها تقع على الجرح والقطع. والجمع جنايات.

والمراد به في هذه القاعدة: ما تفعله البهائم من الإضرار بالنفس أو بالمال[3].

والعجماء في اللغة: مؤنث أعجم فيقال: عجم (بالضم) عجمة، فهو أعجم والمرأة

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص١٥٤.

(٢) التعريفات للجرجاني ص١٠٧

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٣٨٩.

عجماء. وهو أعجمي لكنة وعدم فصاحة، وهو في أصل اللغة يدل على السكوت وانصمت وعدم الكلام، فيقال بهيمة عجماء، لأنها لا تتكلم، وكذلك كل من لا يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم[1]. والمراد بالعجماء في القاعدة: البهيمة.

والجبار في اللغة: الهدر. وهو في أصل اللغة العظمة والعلو والاستقامة. والجُبار مما يشذ عن هذا الأصل. فحناية العجماء جبار أي هدر، وكذلك البئر العادية (القديمة) التي لا يعلم لها حافر ولا مالك يقع فيها الإنسان أو غيره فذلك هدر، وكذلك المعدن جبار. إذا انهار على أحد العمال وهم يحفرونه فذلك جبار[2].

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الحيوان إذا أتلف شيئ بالليل أو بالنهار من تلقاء نفسه، وبغير تفريط من مالكه أو أتلف شيئا وليس معه أحد من سائق أو قائد، فذلك غير مضمون على صاحبه. ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»[3] قال الترمذي: «فسر بعض أهل العلم، قالوا: العجماء الدابة المنفلتة من صاحبها، فما أصابته من انفلاتها، فلا غرم على صاحبها»[4].

٢- تحليل قاعدة: «جناية العجماء جبار»:

هذه القاعدة تتكون من موضوع القاعدة وحكمها ومناطها.

أ- فالموضوع: هو جناية العجماء أو ما تحدثه من إضرار بالنفس أو بالمال. فالجناية لاتنسب إلى الحيوان إلا لفعل قد وقع منه وبعبارة أخرى: أن يكون الحيوان قد قام بدور إيجابي في إحداث الجناية. أما لو حدثت الجناية دون أن يصدر فعل من الحيوان، فلا

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٢٣٩، المصباح المنير للفيومي ٥٣٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٥٠١، المصباح المنير للفيومي ص٣٣٣، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ١/٢٢٥.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الديات، باب (٢٨)، ٨/ ١٧؛ صحيح مسلم مع شرح النووي ١١/ ٢٢٥.

(٤) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب (٣٩)، ٣/ ٦٦٢؛ فتح الباري لابن حجر ١٢/ ٢٥٤.

تنسب الجناية إليه، كما لو ارتطم شخص بحيوان مربوط في ملك صاحبه.

ولا يشترط في نسبة الجناية إلى الحيوان الاتصال المادي المباشر بين جسم الحيوان وبين المضرور، بل يكفي لذلك أن يكون الحيوان هو السبب في إحداث الجناية، كما لو أنَّ حيواناً مفترساً دخل السوق، فأصاب الناس الذعر بسببه فجرح بعضهم أو كسرت يده أورجله بسبب ذلك الحيوان، فتنسب الجناية إلى الحيوان[1].

ب- **الحكم الكلي للقاعدة هو**: أن جناية البهائم من تلقاء نفسها لا ضمان فيها. ويشترط لذلك عدة شروط منها[2]:

الشرط الأول: أن تكون الجناية متعلقة بفعل إيجابي للحيوان سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب -كما بينا سابقا.

الشرط الثاني: أن تكون الجناية صادرة من تلقاء نفس الحيوان، كما لو قطعت الدابة رباطه وشردت أو جفلت أو نفحت برجلها فأضرت أحداً فلا ضمان على صاحبها. وكذلك لو قتلت هرة شخص طائر غيره فلا ضمان على أحد. أما إذا كانت جناية العجماء صادرة عن فعل بإنسان: كراكب الدابة أو قائدها فداست شيئا للغير فيضمن الراكب أو القائد؛ بتعبير مباشر، والدابة بمثابة الآلة بيده.

الشرط الثالث: أن تكون جناية العجماء واقعة بدون تعد أو تفريط من مالكها، كما لو ربط شخصان دابتيهما في مكان معد لربط الدواب، فنطحت إحداهما الأخرى فقتلتها لا يلزم الضمان على صاحب الدابة المعتدية، لأنه وقع بدون تعد أو تفريط. أما إذا وقع الضرر بتفريط من المالك في حفظ الحيوان: كما لو امتنع صاحب الكلب العقور عن ربطه أو حبسه فأتلف الضرر بالمارة ضمن صاحب الكلب العقور.

جـ- **ومناط الحكم الكلي**: هو عدم إمكانية صاحب الحيوان التحرز من جناية

---

(1) مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والإنسان لإبراهيم الدبو ص٣٦

(2) البسائع للكاساني ٧/٢٧٣؛ . والمرجع السابق.

الحيوان، فإذا كان التحرز غير ممكن وليس في مقدور الإنسان منع الحيوان؛ كانت جناية الحيوان هدراً لا ضمان على مالك الحيوان فيها لأن الجناية تنسب إلى الحيوان وهو غير مدرك فلا يؤاخذ على فعله، أما إذا كان التحرز ممكناً وفي مقدور الإنسان منع جناية الحيوان كان صاحب الدابة ضامناً لجناية دابته.

هذا إذا كان صاحب الحيوان هو الذي يرفقه الحيوان، أما إذا كان يرفقه غيره كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب أو الوكيل أو المودع، فإن الضمان يتحمله من معه وليس صاحب الحيوان؛ لأن الحيوان في حوزة من معه، فعليه تعهده وحفظه، وإذا كان الرجل معه؛ كان الفعل منسوباً إلى الرجل.

ثانياً: تطبيقات قاعدة: «جناية العجماء جبار».

من تطبيقات هذه القاعدة[1]:

١- لو أدخل شخص دابته في مزرعة غيره بإذنه لا يضمن ما تتلفه الدابة هناك. لكن لو أطلقها في المزرعة بدون إذن مالك المزرعة أو رآها فيها دون أن يطلقها هو، فلم يمنعها عن الزرع ضمن صاحب الدابة، لأنه يعتبر متعدياً ومقصراً.

٢- إذا جمحت الدابة بالراكب، ولم يقدر على ردها ومنعها؛ فإنه لا يضمن ما تتلفه من مال أو إنسان.

٣- لو أغرى إنسان كلباً أو أشلاه (حرضه على رجل) فعقر رجلاً ضمن المغري للكلب سواء أكان الإغلاف فور الإشلاء أم بعدئذ؛ لأنه بإغرائه يصير الكلب آلة في يد المغري.

---

(1) تقرية الضمان للزحيلي ص٢٣٠، شرح مجلة الأحكام العدلية للقاضي ١/١٥٧، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٣٨٩.

المبحث الثالث

فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام

الحلال في اللغة: مأخوذ من الحل فيقال: حلّ الشيء يحل حلاً خلاف حرم فهو حلال وحلّ. ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال أحللته وحللته ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي أباحه. وأصله في اللغة فتح الشيء، ومنه الحلال ضد الحرام، فهو من حللت الشيء إذا بحثته وأوسعته لأمر فيه[1]. والحلال في الاصطلاح: «كل شيء لا يعاقب عليه باستعماله أو هو ما أطلق الشرع فعله»[2] وبعبارة أخرى: «هو المباح الذي إذن الشرع في فعله ولم يرد أمر بحظره»[3] أو «ما ليس ممنوعاً منعاً يدل شرعي. فهو أعم من المباح.

والحرام في اللغة: مأخوذ من حرم الشيء (بالضم) حُرماً وحَرماً أي امتنع فعله وزاد ابن القوطية حُرمة (بالضم) وحرمة (بالكسر) ويقال: حرمت الصلاة حراماً، وحرم الشيء فعلها، وحرمت الشيء تحريماً. والممنوع يسمى حراماً تسمية بالمصدر. وأصله في اللغة يدل على المنع والتشديد[4].

والحرام في الاصطلاح: «الأمر الذي نهى الشارع عن فعله نهياً حازماً، بحيث يتعرض من خالف النهي لعقوبة الله في الآخرة، وقد يتعرض لعقوبة شرعية أيضا في الدنيا»[5] ومن ثم فالحلال والحرام متقابلان على ما تفصح عنه نصوص القرآن والسنة كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ٢٠، المصباح المنير للفيومي ص ٢٠٢

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١٢٤

(٣) بيانات الحلال والحرام للشيخ جاد الحق على جاد الحق ص ٣

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ٤٥، المصباح المنير للفيومي ص ١٨٥

(٥) الحلال والحرام للقرضاوي ص ١٥.

عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ﴾ [النحل: ١١٦]، وقوله ﷺ: «هذان حل لنساء أمتي محرم على ذكورهم»[1] وقد أخذ هذا الموضوع حيزاً كبيراً من كتب الفقه واهتمام الفقهاء، ولكنهم لم يعرضوا له مستقلا، بهذا العنوان أو نحوه إلا أن الإمام أبا حامد الغزالي (٥٠٥هـ) قد تعرض له في كتابه الشهير: «إحياء علوم الدين» سماه ربع العبادات، كتاب الحلال والحرام، وخصه شيخ الإسلام ابن تيمية برسالة لطيفة بين فيها أصول الحلال والحرام في المعاملات المالية. وفيما يلي بيان ذلك بعد القواعد المتعلقة بهذا الباب.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بالمرجحات التي يفزع إليها عند تعارض دليلين: أحدهما يفيد الإباحة والآخر يفيد التحريم، فيقدم الدليل الذي يفيد التحريم على الذي يفيد الإباحة. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتأصيلها وتطبيقاتها.

أولا: معنى القاعدة وتأصيلها:

إذا تعارض في المسألة وجهان: وجه يبيحه، ووجه تحريمه. إما في أصل مأخذ المسألة من الشريعة: كحديثين متعارضين أو قياسين متنافيين، وإما في تطبيق صورة الحادثة بما تقرر في الشريعة من حكمي الإباحة والتحريم، فيقدم الترك على الفعل والأخذ بما لا اشتباه فيه مما فيه الشبهات، كما يقدم التحريم على الكراهة إذا دارت المسألة بين الكراهة والتحريم فالاحتياط حملها على التحريم؛ لأن اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه، كما أن فعل الواجب أفضل من فعل المندوب. ولأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات[2]. ومما يؤيد هذه القاعدة:

---

(١) سنن الترمذي، كتاب اللباس، باب (١)، ٤/ ٢١٧، وقال: حسن صحيح.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز بن عبد السلام ٢/ ١٩، حجة الله البالغة للدهلوي ٣/ ١٠٢.

١- قوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام: كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه. ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله محارمه»[1].

فالمشتبهات: جمع مشتبه وهو كل ما ليس بواضح الحل والحرمة مما تنازعته الأدلة وتجاذبته المعاني: فبعضها يعضد دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال[2]. ففي هذه الحالة يصار إلى الاحتياط، وهو تغليب جانب الحرمة باجتنابها.

٢- وقوله ﷺ: «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به البأس»[3].

٣- وقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[4].

ثانيا: تحليل القاعدة.

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم المتعلق به، ومناط الاحتكام.

١- موضوع القاعدة.

إن موضوع هذه القاعدة هو اجتماع الحلال والحرام في الشيء بحيث يشتبه الأمر، ويعسر ترجيح أحدهما على الآخر.

فالاشتباه: هو الالتباس في أمر من الأمور وعدم اتضاحه: كعدم تيقن كون الشيء حلالاً أو حراماً[5].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٢)، ٣/ ٤.

(٢) فتح المبين شرح الأربعين، لابن حجر الهيتمي، ص ١١٢.

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب الزهد، باب (٢٤)، ٢/ ١٤٠٩.

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٢)، ٣/ ٤.

(٥) التعريفات للجرجاني ص ١٦٥.

وينقسم الاشتباه -من حيث الأصل- إلى قسمين:

القسم الأول: الاشتباه الحقيقي (المتشابه) وهو: «ما خفي بنفس اللفظ، ولا يرجى درکه أصلاً»[1]، أو ما لا سبيل إلى فهم معناه، ولا نصب لنا دليل على المراد منه، فإذا نظر المجتهد في أصول الشريعة وفروعها، وجميع أطرافها لم يجد ما يحكم له معناه، ولا ما يدل على مقصوده ومغزاه ولا شك في أنه قليل لا كثير، ولا يكون إلا فيما لا يتعلق به تكليف سوى مجرد الإيمان به أي أنه لا يتعلق به تكليف بمعناه المراد عند الله تعالى، ولا يتعلق به التكليف من حيث هو محمل، وذلك بأن يؤمن أنه من عند الله تعالى[2]. ومن أمثلته الحروف المقطعة في أوائل السور القرآنية، قال تعالى في المتشابه: ﴿هُوَ الَّذِيٓ أَنزَلَ عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ مِنۡهُ ءَايَٰتٞ مُّحۡكَمَٰتٌ هُنَّ أُمُّ ٱلۡكِتَٰبِ وَأُخَرُ مُتَشَٰبِهَٰتٞۖ فَأَمَّا ٱلَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمۡ زَيۡغٞ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَٰبَهَ مِنۡهُ ٱبۡتِغَآءَ ٱلۡفِتۡنَةِ وَٱبۡتِغَآءَ تَأۡوِيلِهِۦۖ وَمَا يَعۡلَمُ تَأۡوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُۗ وَٱلرَّٰسِخُونَ فِي ٱلۡعِلۡمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِۦ كُلّٞ مِّنۡ عِندِ رَبِّنَاۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾ [آل عمران: ٧].

والقسم الثاني: الاشتباه الإضافي أو النسبي، وهو ما يكون متشابهاً عند بعض الناس، ولا يكون متشابهاً عند آخرين. فالاشتباه فيه ليس ملازماً له كالمتشابه الحقيقي، وإنما هو من الأمور النسبية. قال ابن القيم: «كون المسألة شكية أو ظنية أو قطعية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف، وقد تكون شكية عنده وربما تكون ظنية لغيره أولاه في وقت آخر، وتكون قطعية عند آخرين»[3]. وهذا القسم هو موضوع القاعدة، وأما القسم الأول فهو خارج عن موضوعها كما قال الشاطبي: «المتشابه الإضافي ليس بداخل في صريح الآية»[4].

وترجع أسباب الاشتباه الإضافي إلى الأمور التالية:

---

(١) التعريفات للجرجاني ص ٢٥٣.

(٢) الموافقات للشاطبي ٣/ ٢٤٤، ٩١. أحكام الاشتباه لسدري ص ١٩.

(٣) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ٢٧١.

(٤) الموافقات للشاطبي ٣/ ٩٢.

السبب الأول: تعارض الأدلة.

إذا عرضت للمجتهد قضية فينظر في الأدلة الشرعية الواردة فيها، فقد تكون متفقة الدلالة على الحكم فيحكم بموجبها. وقد تكون مختلفة الدلالة. وفي هذه الحالة فإن التعارض يكون بين دليلين ظنيين لا قطعيين؛ لأن التعارض بين الأدلة القطعية مستحيل. كما قال الشاطبي: «إن كل من يتحقق بأصول الشريعة فأدلتها عنده لا تكاد تتعارض، كما أن من حقق مناط المسائل فلا يكاد يقف في مشتبه؛ لأن الشريعة لا تعارض فيها البتة، فالمحقق بها متحقق بما في الأمر، فيلزم أن لا يكون عند تعارض، ولذلك لا نجد البتة دليلين أجمع المسلمون على تعارضهما، بحيث وجب عليهم الوقوف، لكن لما كان أقوام المجتهدين غير معصومين من الخطأ أمكن التعارض بين الأدلة عندهم»[1]. فالتعارض بين الأدلة ظاهري وليس حقيقياً.

السبب الثاني: الاختلاف في التطبيق وإنزال الحكم على الوقائع.

إن إلحاق الوقائع بالأحكام العامة المجردة يحتاج إلى اجتهاد في تحقق مناط الحكم العام المجرد في الوقائع. وهو مما تختلف فيه وجهات النظر، ويترتب عليه اشتباه في محل الحكم. ومما يدخل في هذا السبب الاشتباه في الصفات التي تناط بها الأحكام، فبعضها يوجب التحريم، وبعضها يوجب الإباحة، ولا يستطيع الباحث أن يرجح؛ بل تستوي الصفات المؤدية إلى التحريم والصفات المؤدية إلى الإباحة، فيقع الاشتباه في الحكم. كمن أوصى لتفقهاء بألف دينار فالفقيه المتخصص يدخل فيه، والفقيه المتقدم في تعلم الفقه لا يدخل فيه. وبينهما فقهاء على درجات متعددة فيقع الاشتباه في استحقاقهم الوصية أو عدم استحقاقهم[2].

السبب الثالث: اختلاط الحلال بالحرام.

الاختلاط: هو ضم الشيء إلى الشيء، وقد يكون التمييز بعد ذلك كما في خلط الحبوبات. وقد لا يمكن التمييز كخلط المائعات فيكون

(١) الموافقات للشاطبي ٤/ ٩٦.
(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ٢/ ١٥٨.

مزجاً[1]. وهو ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: اختلاط امتزاج بحيث لا يتميز بالإشارة: كاختلاط المائعات من الدم والخمر والبول وغير ذلك. وهو يتنوع إلى نوعين[2]:

النوع الأول: أن يختلط حلال بحرام، ويظهر أثر الحرام في الحلال حرم تناول الحلال؛ لأنه يتعذر الوصول إلى الحلال إلا بتناول الحرام، كما إذا وقعت النجاسة في ماء طاهر فغيرت أحد أوصافه الثلاثة من طعم أو لون أو رائحة.

والنوع الثاني: أن يختلط حرام بحلال ويستهلك فيه دون أن يظهر له أثر في الحلال. كما إذا خالطت النجاسة الماء الذي لم يبلغ قلتين[3] ولم تغير النجاسة أحد أوصافه الثلاثة. فإنه لا يتحرى عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وذلك لاستهلاك العين النجسة في الطاهر[4]. ومن الأمثلة المعاصرة إضافة قطرات من الخمر إلى الطعام في مصنع الشوكولاتة، وإضافة الأشحم النجسة إلى الذي يقصد تصنيع الأجبان، وإضافة جوزة الطيب إلى الطعام وغير ذلك[5]. فهذه مما يحرم على المسلم إضافتها؛ لأنها توقع كثيراً من المسلمين في حرج شديد في تناولها؛ لأن بعض فقهاء المالكية أفتى بعدم جواز تناول تلك الأطعمة المضطنة بما هو محرم.

القسم الثاني: اختلاط استهلاك: بحيث يمكن تمييز الأعيان عن بعضها، لكن لا يستطيع أن يحدد العين المحرمة من غير المحرمة. ويندرج تحت هذا القسم ثلاث صور[6]:

(١) المصباح المنير للفيومي ص٢٤٧.
(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ٢/ ١٥٣.
(٣) القلة: (٢٥٠) رطلاً بغدادياً وهي معادل (٩٠) لتر من الماء.
(٤) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/ ٢٥٨.
(٥) أحكام الاشتباه لبزدوي ص١٠٥.
(٦) إحياء علوم الدين للغزالي ٢/ ١٥٣.

الصورة الأولى: أن تمتهم العين المحرمة المحصورة بعدد محصور من الحلال: كما لو اختلطت شاة ميتة بشاة مذكاة أو بعشر شياه مذكيات أو اختلطت رضيعة محرمة على شخص بريد الزواج؛ بعشرة نسوة. فهذه شبهة يجب اجتنابها، لأنه إذا اختلطت المحرمة بعدد محصور صارت الجملة كالشيء الواحد فتقابل فيه يقين التحريم والتحليل فتضعف جانب الاستصحاب وجانب الحظر أغلب في نظر الشارع. وإذا أقدم المكلف على إحدى تلك الأعيان كان ترجيحاً بلا مرجح. وكذلك إذا اختلط حلال محصور بحرام غير محصور فتثبت الحرمة أيضا.

الصورة الثانية: أن تمتهم العين المحرمة المحصورة بحلال غير محصور. كما إذا اختلطت أخت له من الرضاعة منسوة بلد كبير، فلا يلزم بهذا اجتناب نكاح نساء أهل البلد، بل له أن يتكح من شاء منهن.

الصورة الثالثة: أن تمتهم العين المحرمة غير المحصورة بحلال غير محصور. ومثل الغزالي لذلك بالأموال في زماننا. فلا يحرم بهذا الاختلاط تناول شيء بعينه إلا أن يقترن بذلك العين علامة تدل على أنه من الحرام.

٢- حكم القاعدة الكلي: حكم قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»

هو تغليب جانب الحرام على الحلال، وبناء الحكم الشرعي على الحرام، وذلك باجتنابه احتياطا. ويشترط لإعمال هذه القاعدة عدة شروط وهي[1]:

أ- أن يعجز عن إزالة الاشتباه في المسألة، فعلى المسلم بذل ما في وسعه لإزالة ذلك الاشتباه، فإن كان عالما اجتهد في إزالته في إطار قواعد أصول الفقه. وإن كان عامي سأل أهل العلم، ولا يجوز له سلوك سبيل الاستباحة عن غير تقليد لأحد المجتهدين، كما لا يجوز للمجتهد أن يسلك سبيل استباحة من غير اجتهاد.

ب- أن يتساوى الحل والحرمة، أما إذا ترجح أحدهما على الآخر فيغلب جانب الراجح

---

(١) شرح السنة للبغوي ٨/١٦. المنثور للزركشي ١/٢٣٧.

جـ- أن يكون الحلال متعلقا بالمباحات وليس بالواجبات أما إذا تعلق الحلال بالواجبات: كأن يختلط واجب بمحرم يغلب الواجب على المحرم: كما إذا اختلطت جثث موتى المسلمين بجثث الكفار وجب غسل الجميع والصلاة عليهم. وكذلك إذا اختلط الشهداء بغيرهم غسل الجميع وصلى الإمام عليهم.

٣- مناط الحكم.

مناط الحكم الكلي لقاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» هو استبراء المسلم لدينه وعرضه كما جاء في الحديث. فالأمر الذي يجب اجتنابه هو ما يستلزم ارتكاب المحرم فقط.

ثانيا: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة[2]:

١- ما روي البخاري عن ابن عباس وجرهد ومحمد بن جحش رضي الله عنهم عن النبي ﷺ قال: «إن الفخذ عورة»[3] وقال أنس: «خيبر النبي ﷺ عن فخذه» قال البخاري تعليقا على هذين الحديثين: «حديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط حتى يخرج من اختلافهم»[4].

٢- يحرم على المسلم أكل الذبيحة التي ذكاها مسلم ومجوسي معا.

٣- يحرم على المسلم قطع الشجرة التي هي بين الحل والحرم.

٤- يحرم على المسلم نكاح من التبس أمرها أهي محرمة أم أجنبية.

٥- يجب على الخنثى المشكل أن يستتر في الصلاة كالمستتر للنساء احتياطاً لتحصيل مصلحة الستر.

---

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/١٩. المنثور في القواعد للزركشي ١/١٣٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب (١٢)، ١/٩٧.

(٣) المرجع السابق.

٦ إذا احتفظ درهم حلال بدرهم حرام وجب اجتنابهما دفعا لمفسدة الحرام.

٧- لا يقتدي الرجل بالخنثى ولا الخنثى بالخنثى دفعا لمفسدة اقتداء الذكور بالإناث.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»

هذه القاعدة تتعلق بالحلال والحرام، لأنها تمنع من الاقتراب من الحرام بالأخذ والإعطاء والإعانة عليه. فإذا كان أخذ الشيء حراما ممنوعا على الناس فإعطاؤه حرام ممنوع أيضا. أي أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطي فهو ممتنع عليهما، لذلك يترتب العقاب على المعطي كما يترتب على الآخذ، وقد يترتب على المعطي الضمان أيضا كما يترتب على الآخذ. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] ولأن المعطي الذي يعين المتفاعل على فعل الحرام يعد شريكا له كما يؤيد ذلك قوله ﷺ: «لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وهم في الإثم سواء»[1] وقد لعن رسول الله ﷺ: «الراشي والمرتشي»[2].

ومن تطبيقات هذه القاعدة[3]: يحرم إعطاء الربا كما يحرم أخذه، ويحرم إعطاء الرشوة كما يحرم أخذها، ولا تملك بالقبض ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرتشي، كما يحرم إعطاء حلوان الكاهن، ودفع الأجرة للمغني والزامر والنائحة والنمام، والوشاية بين الأصدقاء، ويحرم على الصيدلي إعطاء السم للمريض بدون وصفة الطبيب، وعليه العقاب.

ويستثنى من ذلك ما إذا كان الإعطاء لضرورة أو حاجة[4]: مثل ما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان مضطرا أو محتاجاً، وما يدفع للشاعر أو المضحي من مال للتخلص من شره وأذاه، وما يدفعه الموصي من بعض ماله لليتيم لتخليص الباقي، وما يدفعه الإنسان

---

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، رقم (١٠٦)، ٣/١٢١٩.

(٢) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب(٩)، ٣/٦٢٣ وقال: حسن صحيح

(٣) شرح مجلة الأحكام للقاضي، ١/٩٣، شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٩، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص١٦١

(٤) المرجع السابق

لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير. فإنه في جميع الأمثلة السابقة يحرم على الآخذ دون المعطي.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن».

هذه القاعدة تجمع التصرف في ملك الغير بغير إذنه وإذن الشرع، ولذلك رأى الشيخ مصطفى الزرقاء تعبيرها بعبارة: «بلا إذن» لتشمل إذن صاحب الملك وإذن الشرع[1]، وإذن العرف. ويرى الشيخ علي الندوي ضرورة إضافة لفظ: «بولاية» حتى تكون القاعدة أكثر جمعاً، ويقل عدد المستثنيات[2].

أولاً: معنى القاعدة:

الإذن في اللغة: اسم من أذنت له في كذا: «طلقت له فعله»[3].

والتصرف لغة التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب. يقال: صرف الشيء إذا نحمله في غير وجهه وكأنه يصرفه عن وجه إلى وجه آخر ومنه التصرف في الأمور[4].

والتصرف في الاصطلاح: «ما يصدر عن الإنسان بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة، وبهذا المعنى يكون التصرف أعم من الالتزام، إذ من التصرف ما ليس فيه التزام»[5]. والتصرف في ملك الغير نوعان: فعلي وقولي:

فالنوع الأول: التصرف الفعلي، فإن كان تقدمه إذن سابق يحل ويصح؛ لأن الإذن السابق توكيل[6]. وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بوضع اليد فقط، أو تصرفاً بإحداث

---

(١) مصادر الحق الفقهي للزرقاء ٢/١٠٣٨.

(٢) القواعد الفقهية لعلي الندوي ص١٣٣.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص١٣.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص٤٦٢.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ١/٤٥٦.

(٦) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٤٥٢).

ذي أثر أو إتلافاً، فإن كان غصباً فهو محظور يوجب رد العين ومضمون بالتلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة.

وإن كان التصرف بإحداث فعل ذي أثر في العين كالحفر في ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الطم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، بل يضمنه النقصان، بخلاف الحفر في الطريق العام، فإن الحفر فيه يجبر على الطم اتفاقاً. ثم إذا نشأ عن حفر هذا ضرر: كما إذا وقع حيوان في الحفرة فتلف يضمنه الحافر؛ لأنه متسبب متعد.

وإذا كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال سواء أجاز المالك أولا، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

والنوع الثاني: التصرف القولي في ملك الغير: كبيع الفضولي وهبته وإجارته وغيرها وهو إما أن يكون قولياً محضاً، أو أن يكون قولياً يعقبه فعل كالتسليم. فإن كان قولياً محضاً لم يحفه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها لزم. وشرطها بقاء المالك، وبقاء العين المتصرف فيها، وبقاء المتعاقدين ويزاد في البيع قيام الثمن لو غير نقد. ويزاد في الإجارة: بقاء المدة. وأما إذا كان التصرف قولياً يعقبه فعل كالتسليم كان المتصرف غاصباً بالتسليم وضامناً وعقده موقوف، فإذا لحقته إجازة المالك بشروطها لزم العقد[1].

والمعنى الإجمالي للقاعدة:

ليس لأحد حق التصرف في ملك غيره إلا إذا أذن له المالك، وكذلك إذا كان له ولاية عليه، لأن الولي قائم مقام المولى عليه[2].

ثانيا: تطبيقات القاعدة ومستثنياتها:

١- من تطبيقات هذه القاعدة[3]:

أ- لا يجوز أن تبيع الأم مال ولدها الصغير لنفقتها، إذ لا ولاية لها في التصرف حال الصغر، ولا في الحفظ بعد الكبر.

---

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ٣٩٤.

(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٦٠.

(٣) الوجيز في إيضاح القواعد الفقه الإسلامي للبورنو ص ٣٩١، شرح مجلة للقاضي ١/ ١٦١؛ درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٨٥.

ب- لا يجوز المشي في بستان الغير ولا السكن فيه حتى لا يجوز إجابة دعوة من سكن في بستان مغصوب ولا عيادته.

جـ- لا يجوز لأحد أن يستخدم جدار الغير بأن يضع عليه سقف بيته بلا إذن من جاره، وإذا فعل ذلك كان لجاره حق طلب رفع ذلك.

د- لا يجوز لمن ليس له حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً على ذلك الطريق بلا إذن مالكه، فإن فعل كان لصاحب الطريق طلب سد الباب.

٢- ويستثنى من هذه القاعدة بعض الفروع[1]:

أ- يجوز للمولد والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أوالابن المريض بلا إذنه للضرورة ولا يجوز في غير الدواء كالمتاع أو الأثاث.

ب يجوز لمن سقط ثوبه في حوش غيره، وخاف أن يخفيه الغير أن يدخل لأخذه، ولو بدون إذن صاحب الحوش للضرورة.

جـ- يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمي عليه أن يتفقوا عليه من ماله، كما يجوز لهم أن يبيعوا ما معه من ثياب وأمتعه لتجهيزه إذا مات، ورد ما بقي من أموال إلى الورثة. ووجه الاستثناء الضرورة.

ثالثاً: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة:

تتعلق بقاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذنه» علة قواعد منها.

١- قاعدة: «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»:

الأمر في اللغة: الطلب وجمعه أوامر[2]. وفي الاصطلاح: «قول القائل لمن دونه:

---

(١) شرح القواعد الفقهية لاحمد الزرقاء ٣٩٥

(٢) المصباح المنير للفيومي ص٢٩.

فعل»[1] والباطل لغة: من بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً فسد أو سقط حكمه فهو باطل[2].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا أمر أحد غيره بأن يتصرف في ملك شخص آخر فلا عبرة بهذا الأمر، فإذا تصرف المأمور وكان عاقلاً بالغاً، ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور، وترتب على تصرفه شيء فالتبعة على المأمور لا على الآمر

ومن تطبيقات هذه القاعدة[3]: إذا أمر أحد آخر بأن يحرق مال غيره فأحرقه فالضمان على المأمور؛ لأن أمر هذا الآمر لا عبرة به. ومنها: لو قال الدائن لمدينه عندما أراد أن يسلمه الدين: إرمه في البحر قرضاه، فلا عبرة بهذا الأمر ويبقى الدين بحاله في ذمة المدين؛ لأن المال الذي بيد المدين ملكه قبل أن يقبضه الدائن. ومنها: إذا قال المودع للوديع: إذا مت فادفع هذه الوديعة لابني فلان ففعل وكان للميت المودع وارث آخر فإن الوديع يضمن؛ لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملكاً للورثة جميعاً فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل.

والحاصل أنه يشترط لإعمال القاعدة ثلاثة شروط وهي[4]:

أ- أن يكون التنفيذ في ملك الغير، أما إذا كان التنفيذ في ملك الآمر فلا ضمان على المأمور؛ لأنه إذن بالإتلاف.

ب- أن لا يكون للآخر ولاية ما على المال، كما لو أعار أحد الشركاء المال المشترك بدون إذن شركائه وأمر أحداً أن يسلم العارية إلى المستعير فامتثل المأمور فالضمان على الشريك لا على المأمور فيما لو هلكت العارية.

جـ- أن لا يكون الأمر مجبراً للمأمور على التنفيذ، وإلا كان الأمر ضامناً.

---

(1) التعريفات للجرجاني ص٥٢.
(2) المصباح المنير للفيومي ص٧٢.
(3) د. الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٨٤؛ شرح المجلة للقاضي ١/ ٦٥٨.
(4) المرجعان السابقان.

٢ قاعدة: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي[1]:

أسباب التملك الشرعية أربعة وهي: إحراز المباحات، والعقود، والخلافة، والتولد من المملوك[2].

فإحراز المباحات: كحيازة الماء في المنابع، والكلأ في المنابت والأشجار في البراري وصيد البر والبحر. ويشترط لذلك أن لا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق، فلو جمع إنسان ماء البحر في إناء فليس لغيره أن يأخذه، كما يشترط قصد التملك، فإذا حصن الصياح في حورة إنسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه كمن نشر شبكته للتجفيف فوقع فيها صيد لا يملكه.

وأما العقود فهي كالبيع والإجارة والهبة والكفالة والنكاح والخلع والوقف وغير ذلك.

وأما الخلافة (بفتحتين مع تشديد اللام) فهي حلول شخص محل شخص: كالإرث، وحلول شيء عن شيء كالتضمين أو التعويض.

وأما التولد عن المملوك فهو لصاحبه عملاً بقاعدة: «ما يتولد أو ينشأ عن المملوك مملوك»[3]. فذلك الأصل هو أولى بفرعه من سواه، سواء في ذلك ما ينتج من تسبب مالك الأصل وعمله، وما يحصل بفطبعه دون عمل من ذلك الأصل كثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها كلها مملوكة لصاحب الأصل.

أما ما عدا تلك الأسباب فيمنع التملك عن طريقها كالتملك عن طريق الظلم والاستعلاء، كما في تحريم الربا والاحتكار والقمار وانتهاب والسرقة، والتملك عن طريق الغش والخداع في البيع. كإخفاء عيوب السلعة وإصطناع الصفة الكاذبة فيها والتملك عن طريق إلحاق الضرر بالغير كالانجار مع العدو والاتجار بالخمر

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٩٧).
(2) المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٢٤٢.
(3) المرجع السابق ١/ ٢٥٢.

والمخدرات[1].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: ليس لأحد أن يأخذ مال غيره بسبب غير مشروع كالغصب والسرقة والرشوة سواء أكان الآخذ جاداً أم هازلاً أم ناسياً، لأن حقوق الناس محترمة والنسيان والهزل لا يكون عذراً في حقوق العباد كما بينا في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير». فإذا أخذ أحد مال غيره بوجه من الوجوه غير المشروعة وجب عليه رده إليه، وإذا هلك قبل رده إليه لزمه الضمان[2].

ومن تطبيقات هذه القاعدة[3]: إذا غصب أحد مال شخص وجب عليه رده بعينه فإن هلك قبل الرد لزمه الضمان. ومنها: إذا أخذ شخص مال غيره هازلاً وجب عليه أن يرده إليه وإذا هلك قبل الرد لزمه الضمان. ومنها: إذا صالح أحد آخر عن دعوى ثم ظهر بعد ذلك أنه ليس له أي حق في الدعوى التي أقامها كان له أن يسترد بدل الصلح. ومثال ذلك: ادعى المشتري وجوب عيب في السلعة التي اشتراها، وأنكر المدعى عليه (البائع) وجود العيب قبل البيع، ثم صالح المشتري البائع على أن يبرئه من العيب المذكور على مبلغ مائة دينار ثم ظهر أن ليس في المبيع عيب أو كان العيب جديداً بعد عقد البيع فإن للبائع أن يسترد المائة دينار. ومنها: أن التقادم (مرور الزمن) يمنع فقط سماع الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء فلا تسمع الدعوى بالحق الذي مرّ عليه زمن معين تجب لمراقبة الإثبات ومشكلاته بعد التقادم ولكنك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة له، ولكن أصل الحق لا يسقط بالتقادم ولا يجوز لمن كان تحت يده أن يتملكه، بل عليه رده في حكم الديانة، لأن التقادم ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية، وإنما هو حاجز قضائي[4].

---

(1) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي ٢/ ٣٦.

(2) شرح المجلة لفاضي ١/ ١٦٦.

(3) المرجع السابق.

(4) تدخل الفقهي للزرقاء ١/ ٢٤٣، ٢/ ١٠٤١.

المبحث الرابع

فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات

القضاء لغة: الحكم والأداء[1]. وفي الاصطلاح: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»[2]. وهو فريضه محكمة وسنة متبعة لا يستغنى عنها مجتمع من المجتمعات الإنسانية. وقد تضمن نظام القضاء في الإسلام عدة قواعد كلية تميز النراسين على إيجاد تصور عام عن هذا النظام. ومن هذه القواعد:

المطلب الأول: فقه قاعدة. «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي يرتكز عليها القضاء. فلو لم تكن هذه القاعدة موجودة لوقع القضاة في حرج شديد واستعصى عليهم حسم النزاع بين الناس. ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقة القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقه هذه القاعدة لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

١ – معنى القاعدة:

البينة لغة: من بان يبين بياناً إذا اتضح الأمر وانكشف[3].

والبينة في الاصطلاح: اسم لما يبين الحق ويظهره. وقيل تطلق على الشهادة. فتارة تكون بأربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس، وتارة تكون شاهدين وشاهداً

---

(1) المصباح المنير للفيومي ص٦٩٦.

(2) شرح منح الجليل لعليش ٤/ ١٣٦.

(3) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٣٢٧، المصباح المنير للفيومي ص٩٧

واحداً وامرأة واحدة وغير ذلك[1]، والأولى التعميم.

والمدعي لغة: من ادعى الحق على غيره إذا طلبه لنفسه[2].

والمدعي في الاصطلاح: هو الذي تجرد قوله عن أصل معهود عرفاً يصدقه حين دعواه، إذا طلبت منه البينة لتصديقه. والمدعى عليه من ترجح قوله بأصل أو معهود[3]. وقال الحنفية: المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها[4].

واليمين في اللغة: من يمن، وهي لفظ مشترك يطلق على عدة معان منها: اليد اليمنى، والجهة اليمنى، والبركة، والقوة، والقسم والحلف، وكلها ترجع إلى أصل واحد، وهو اليد اليمنى. فالحلف يرجع إليها لأن العرب في الجاهلية كانوا إذا تحالفوا أخذ كل واحد يد صاحبه اليمين فسمي الحلف يميناً لذلك، أو لأن الحالف يتقوى بقسمه لأن اليد اليمنى أقوى من اليد اليسرى[5].

واليمين في الاصطلاح: «تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق» [6] وعرفه البعلي: بأنه «توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص»[7].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره يكلف لإثبات دعواه بإقامة البينة إذا كان المدعى عليه منكراً للدعوى، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة فإن المدعى عليه تتوجه إليه اليمين.

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص٦٧

(٢) المصباح المنير للفيومي ص٢٦٤

(٣) الشرح الصغير للدردير ٤/ ١٥

(٤) التعريفات للجرجاني ص٢٦٥.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٥٨، المصباح المنير للفيومي، ص٩٢٩

(٦) التعريفات للجرجاني ص٣٣٢

(٧) المطلع على أبواب المقنع للبعلي ١٦٥

٢- تأصيل القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى عدة أدلة وهي:

أ- ما روي عن النبي ﷺ: قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على من أنكر»[1].

فهو واضح الدلالة في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر وعجز المدعي عن إقامة البينة. والحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية، وهي البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً، فيقوى بها ضعف المدعي. وأما جانب المدعى عليه فهو قوي، لأن الأصل براءة ذمته فاكتفي فيه باليمين، وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر، فكان ذلك في غاية الحكمة[2].

ب- وقال ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[3].

جـ- وعن ابن عباس: «أن النبي ﷺ: قضى باليمين على المدعى عليه»[4].

د- وقال ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[5].

٣- تحليل القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم الكلي وضابطه

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الأقضية، رقم (١)، ٣/ ١٣٣٦

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٨/ ٣٤٤.

(٣) رواه البيهقي بإسناد صحيح (نيل الأوطار ٨/ ٣٤٤).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٠)، ٣/ ١٥٩، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، رقم (٢) ٣/ ١٣٣٦.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٣)، ٣/ ١٦٠

أ- موضوع القاعدة هو الدعوى:

الدعوى لغة: الطلب. وفي الاصطلاح: «قول يطلب به الإنسان إثبات حق على غيره»[1]، ولابد أن يكون الغير منكراً للحق المدعى أو مقراً به لكنه ممتنع. أما إذا كان غير ذلك فلا فائدة في الدعوى. ولهذا عرفها بعضهم بأنها: «مطالبة بحق لازم حال عند قاضٍ على منكر أو مقر ممتنع بشروط»[2]. ويشترط في الدعوى عدة شروط وهي[3]:

الشرط الأول: أن لا يسبق من المدعي ما يناقض دعواه: كما لو ادعى شخص ملكية دار بعد إقراره أنه استأجرها.

الشرط الثاني: أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت، ولذا لا يصح ادعاء ما هو مستحيل في الحس أو العقل أو العادة.

مثل إدعاؤه الجهل ذهباً، ومثال المستحيل عقلاً: أن يدعي شخص عمره في الثلاثين أن زيداً البالغ من العمر أربعين سنة ابنه. ومثال المستحيل عادة: أن يدعي فقير معروف بالفقر أن له على فلان مليون دينار.

الشرط الثالث: أن يكون المدعى به معلوماً، يفصل المدَّعي ما يدعيه فيقول في دعوى القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى ملزمة بشيء على الخصم وإلا كانت عبثاً كما لو دعى شخص التوكيل عن موكله الحاضر. فهذه دعوى لا يسمعها القاضي، لأن الوكالة عقد غير لازم فبإمكان الموكل عزل وكيله.

الشرط الخامس: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء، فلا يلزم المدعى عليه بالجواب إذا كانت في غير مجلس القضاء.

---

(١) التعريفات للجرجاني، ص١٣٩.
(٢) النظام القضائي في الفقه الإسلامي محمد رأفت عثمان ص١٤٧.
(٣) المرجع السابق ص١٦٤.

الشرط السادس: أن يكون المدعى عليه معيناً في الدعوى

الشرط السابع: أن تكون الدعوى محققة، فلا تصح الدعوى إذا قال المدعي أظن أن لي عليه ألف دينار.

حكم القاعدة الكلي:

تتضمن هذه القاعدة حكماً كلياً، وهو أن عبء الإثبات يقع على كاهل المدعي، ولا يكلف المدعى عليه بإقامة الحجة على ما يدعيه، ولكن إذا عجز المدعي عن إقامة الحجة وأنكر المدعى عليه طُلب منه اليمين على إنكاره. هذا أصل عام يتبعه القاضي مع الخصوم إلا في استثناءات قليلة، وإلا فيجب على كل مدعٍ أن يقيم البينة فمن أحضر بينة حكم له بها، وإن تعارضتا وجب التحالف[1]. واستثنى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة جواز تغيير عبء الإثبات من قبل القاضي لتحقيق العدل، كما يجوز تغييره باتفاق الخصوم بأن يقيم المدعى عليه البينة على ما في يده من حق ويحكم القاضي له بذلك وترد دعوى المدعي، ويحق للمدعى عليه أن يرد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق. كما يجوز نقل عبء الإثبات من أحدهما إلى الآخر[2] في حين ذهب الحنفية إلى عدم جواز مخالفة الأصل العام، فإذا اتفق الخصمان على أن يحلف المدعي ويستحق فلا يصح، وكذا إذا أراد المدعى عليه أن يقيم البينة فلا تقبل منه، لأنه يدعي خلاف ظاهر، فلو قبلت بينة المدعى عليه لكانت لإثبات الثبت وتأييد الظاهر، وهو تحصيل للحاصل لا فائدة منه، فلا تقبل البينة من المدعى عليه مطلقاً[3].

---

(١) التحالف: أن يحلف كل من المدعي والمدعى عليه على نفي دعوى صاحبه وإثبات نوعه ويقسم المدعى به بينهما نصفين. ذلك في كل حالة لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه. (البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٢٠، المقدمات لابن رشد ٢/٣١٧، البهجة للتسولي ١/٣٧، المهذب للشيرازي ٣/٣١٢، كشاف القناع للبهوتي، ٤/٢٢٩)
(٢) المقدمات لابن رشد ٢/٣١٤، البهجة للتسولي ١/٣٣، المهذب للشيرازي ٢/٣٠٨، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٢٣
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٠٤.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز تغيير عبء الإثبات ونقله؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين[1]. فلو انتقل اليمين من المدعي عليه إلى المدعي كما يؤيد ذلك أن رسول الله ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق[2] فهو يدل على أن اليمين توجه إلى المدعي إذا نكل المدعى عليه عنه. ولأنه يصعب الوصول إلى معيار حاسم في التفريق بين المدعي والمدعى عليه.

جـ ـ نقاط التحكيم:

نقاط التحكم في هذه القضية: هو معرفة المدعى والمدعى عليه والتمييز بينهما. وهي في غاية الأهمية ويحتاج إلى دقة النظر وإعمال الفكر و لتأمل في حقيقة النقطة المعروضة على القاضي. فإذا ميز بينهما كُلف المدعي بالإثبات دون المدعى عليه. قال سعيد بن المسيب: «إنما يرجع عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتمس عليه ما يحكم بينهما» وبعبارة أخرى «من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء»[3].

والنقاط في التمييز بينهما أن المدعي يدعي خلاف الظاهر والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر. والظاهر يعرف بعدة أمور أو مرجحات أوليه ثانية وهي[4]:

المرجح الأول: الأصل.

الأصل هو ما أدرك بالعقل و لحس دون الحاجة إلى دليل. وقد بنينا ذلك عند قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ومن الأمثلة على ذلك قاعدة: «الأصل في الذمم براءة الذمة» وقاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم».

---

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢، سنن أبي داود ٣/٤١٩

(2) ورد الحاكم في المستدرك ٤/١٠٠ وقال: صحيح الإسناد، تلخيص الحبير ٤/٤١٦

(3) تبصرة مع شرح التحفة للشربيني ١/٢٥

(4) وسائل الإثبات للزحيلي ص٦٥٨

المرجح الثاني: العرف.

العرف يولد عند الناس حالة ظاهرة مستقرة، فتكون هذه الحالة مرجحا لمظاهر، كما بينا عند قاعدة «العادة محكمة» ومن الأمثلة، على ذلك حيازة المنقول دليل على الملك، فالقول قول الحائز مع يمينه.

المرجح الثالث: الاستصحاب.

الاستصحاب: بقاء ما كان على ما كان. وهو مرجح في الدفع وبقاء الحال على ما كان عليه، ولا يصح حجة للاستحقاق، وذلك لمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له، بناء على تيقنه في وقت سابق. لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاؤه فهو مرجح من المرجحات التي تقوي جانب المدعي عليه حتى يثبت عكس ذلك. فإذا ثبت الملك والملك، والحق في محل سابقة وجب على الحكم بالاستصحاب الحال وطائه على ما كان.

المرجح الرابع: المعهود الشرعي.

المعهود الشرعي هو أن الشارع ينص على حالات، خاصة لاعتبارات معينة تتعلق بأصحابها، فيقبل قولهم ويفترض صدقهم حتى يثبت عكس ذلك. ومن هذه الحالات الأمين مصدق في قول كالوصي والولي والوكيل والملتقط. والزوج إذا رمى زوجته بالزنى يقبل قوله مع اليمين. وفي المضامة يرجح قول المدعين المطالبين بالدم ويطلب منهم اليمين عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية ويستحقون

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها كثير من التطبيقات[1]:

١ - إذا ادعى شخص على زيد ألف دينار كدين وأنكر المدعى عليه (زيد) فإذا أثبت المدعي بالبينة دعواه يحكم له بها، وإن عجز عن إقامة البينة توجه القاضي بالسؤال إلى زيد، فإن أقرّ بالدين حكم عليه بإقراره، وإلا توجه اليمين إليه فإن حلف ترد الدعوى

---

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٦٦، شرح مجلة الأحكام القاضي ١/١٣٨

٢- إذا اشترى عمرو مالاً من خالد، ثم ادعى خالد على عمرو بأنه قد اشترى المال بالوكالة عن فلان وأنه أضاف العقد إلى نفسه، لذلك يطلب منه ثمن المبيع؛ لأن حقوق العقد تعود إلى المتعاقد، وأنكر عمرو كونه وكيلاً عن فلان زاعماً أنه رسول عن فلان فالبينة على البائع واليمين على المشتري عند عجز البائع عن البينة.

٣- إذا ادعت امرأة نفقة من زوجها، فأنكر المدعى عليه كونها زوجته فعليها إثبات الزوجية، فإذا عجزت يكلف الزوج باليمين، فإن حلف ترد الدعوى، وإن نكل يحكم عليه بالنفقة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «المرء مؤاخذ بإقراره».

هذه القاعدة تتعلق بمبدأ الأدلة في القضاء وهو الإقرار، لأنه الفيصل في إنهاء النزاع وإعفاء المدعي من عبء الإثبات لعدم الحاجة إليه بعد إقرار المدعى عليه. ولإدراك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقتها وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة هذه القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بدّ من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

١- معنى القاعدة:

الإقرار لغة: من أقرّ بالشيء اعترف به. وأصل الإقرار في اللغة التمكن، يقال: قرّ واستقر. قال ابن فارس: «راء القاف والباء عندنا- وهو قياس صحيح- الإقرار ضد الجحود، وذلك أنه إذا أقرّ بحق أقره قراره»[1].

والإقرار في الاصطلاح: «إخبار بحق لآخر عليه»[2].

والمؤاخذة: من أخذه بالشيء مؤاخذة حاسبه عليه، وأخذه بذنبه مؤاخذة عاقبه عليه. وأخذه بإقراره ألزمه به»[3].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٧، المصباح المنير للفيومي ٦٨١.
(٢) التعريفات للجرجاني ص٥٠
(٣) المصباح المنير للفيومي ص٩

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الشخص إذا أقر بشيء على نفسه فإنه يلزم به، ولا ينفعه بعد ذلك ادعاؤه الخطأ في الإقرار. وبعبارة أخرى: من أقر على نفسه بشيء ألزمناه إياه.

٢- تأصيل القاعدة:

الأصل في هذه القاعدة القرآن والسنة والإجماع والمعقول ومن ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقد أمر الله تعالى المدين أن يملي على الكاتب ما عليه من حق للدائن، والإملال من المدين هو إقرار واعتراف بالدين والتزام به. فلو لم يكن الإقرار حجة عليه يؤاخذ به لما كان في الإملال فائدة ولما أمر به.

ب- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله ألا قضيت لي بكتاب الله. فقال الآخر وهو أفقه منه: اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي فقال: قل. قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وليدة. فسألت أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله. الوليدة والغنم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام. واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1] فهو يدل على أن الإقرار حجة على صاحبه.

جـ- وروي عن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا، فقالت: يا رسول الله أصبت حداً فأقمه عليّ فدعا نبي الله وليها، فقال: أحسن إليها فإذا وضعت فأتني بها ففعل فأمر بها رسول الله ﷺ فشدت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها»[2] فهو يدل على أن الإقرار حجة، وإذا كان الإقرار حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات ففي غيرها أولى.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب(٥)، ٣/١٦٧.
(٢) سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب (٩)، ٤/٤٢. وقال: حسن صحيح.

د- وقد أجمع العلماء على كون الإقرار حجة على المقر في التعامل بين الناس وأمام القضاء.[1]

هـ- ومن المعقول أن الإقرار يقدم على الشهادة بجامع أن كلاً منهما إخبار بحق لآخر، فلما كانت الشهادة حجة شرعية في الإثبات مع احتمال التكذيب فيها فالإقرار حجة بالأولى، لأن تهمة التكذيب في الإقرار أقل منها في الشهادة؛ لأن الإنسان لا يكذب على نفسه وإن كذب على الآخرين.[2]

٣- تحليل القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم ومتعلقه

أ- فالموضوع: هو الإقرار الصادر من المرء على نفسه ويشترط فيه عدة شروط بعضها يتعلق بالمقر، وبعضها بالمقر له، وبالمقر به، وبصيغة الإقرار.[3]

فيشترط في المقر: أن يكون بالغاً أو صبياً المضرورة، عاقلاً (غير مجنون)، مختاراً (غير مكره)، غير متهم في إقراره: كإقرار المريض لوارثه بدين عليه، معلوماً (غير مجهول) غير محجور عليه بحيث يمنع من نفاذ التصرفات، جاداً (غير هازل).

ويشترط في المقر له: أن يكون معيناً (غير مجهول)، ذا أهلية للتملك ولو بالمآل كالحمل، مصدقاً لما أقر به المقر. وأن يكون مستحقاً للمقر به عقلاً وشرعاً. كمن أقر لحمل بألف دينار بسبب التعامل والاقراض فلا يقبل عقلاً.

ويشترط في المقر به: أن يكون معلوماً (غير مجهول)، وأن لا يكون ملكا للمقر، غير محال عقلاً أو شرعاً ولا يكذب به ظاهر الحال.

ويشترط في صيغة الإقرار أن تكون جازمة (غير مفيدة للشك)، منجزة غير معلقة على المستقبل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/ ١٣٨.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢/ ١٣٨، المجموع شرح المهذب ١٨/ ٥٢٤.

(٣) لتفصيل هذه الشروط، انظر رسائل الاثبات للزحيلي ص٢٤٨.

ب- حكم القاعدة الكلي:

الحكم الكلي للقاعدة هو إلزام المقر بإقراره، وإذا صدر أمام القاضي يلزم القاضي الحكم به لأن الإقرار إذا صدر من الإنسان فإنه يظهر به الحق والقاضي مكلف بالحكم بالحق.

جـ- مناط الحكم:

مناط الحكم في قاعدة: «المرء مؤاخذ بالإقرار» أن الإنسان البالغ العاقل له ولاية على نفسه في إلزامها بما يشاء من الحقوق والالتزامات. قال تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، وهو أدرى من غيره بما في ذمته من حقوق والتزامات فيؤاخذ بما يقر على نفسه.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة عدة تطبيقات[1]:

١- لو أقر عمرو لزيد بمبلغ ألف دينار ديناً عليه، ثم ادعى الغلط والخطأ لم يقبل؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره. ونهذا قرر الفقهاء قاعدة «لا يجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد»[2].

٢- إذا قبض المؤجر الأجرة من المستأجر وبعد إقراره بقبضها ادعى أن النقود التي تسلمها مزيفة لا يقبل ادعاؤه.

٣- إذا ادعى المشتري بأن في المبيع عيباً قديماً (قبل البيع) وأقر البائع بذلك فللمشتري رد المبيع بناء على هذا الإقرار.

٤- إذا أقر الشركاء الذين اقتسموا الملك المشترك بأنهم استوفوا حقوقهم، فلا تسمع دعوى من أحدهم بالنقص الفاحش في القسمة.

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٧٠، شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٤٣.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٧٠.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة»:

هذه القاعدة تتكون من شطرين، الأول: البينة حجة متعدية، والثاني: الإقرار حجة قاصرة. وفيما يلي بيان معنى كل شطر وتطبيقاته.

الشطر الأول: «البينة حجة متعدية»:

الحجة المتعدية: هي التي لا تقتصر قوتها الإثباتية على من أقيمت عليه، بل تتجاوزه إلى غيره[1].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن البينة إذا أقيمت على شخص كانت ملزمة له، وملزمة لغيره من الناس؛ لأن البينة برهان يكشف الواقع ويوضحه بالنسبة إلى جميع الناس، وليس خاصاً بشخص معين، فلذا كان الثابت بالبينة يحتج به على سائر الناس.

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2]: إذا ثبت بالبينة نكاح امرأة من رجل فلا تسمع من أحد في العالم بعد ذلك الدعوى على خلاف ذلك. ومنها: إذا أقام من له دين في ذمة شخص متوفى الدعوى على أحد ورثته إضافة إلى التركة، وثبت ذلك بالبينة فإن الحكم يسري على بقية الورثة كما يسري على المدعى عليه. ومنها: إذا اشترى شخص من آخر سيارة بألف دينار، ثم ادعى شخص ثالث أن السيارة له أو مستحقة له وأقام بينة على ذلك فإن الحكم يسري على البائع كما يسري على المشتري. فيأخذها صاحبها من المشتري، ومن ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن، وليس له أن يمتنع عن إعادة الثمن بدعوى أن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لعدم حضوره الخصومة.

الشطر الثاني: «الإقرار حجة قاصرة»:

الحجة القاصرة: هي التي تقتصر قوتها الإثباتية على من أقر على نفسه، ولا تتجاوزه إلى غيره.

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٣.

(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٤٢، درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٦٨.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الإقرار حجيته قاصرة على المقر وحده؛ لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه فله أن يلزمه نفسه، بما يشاء وليس له سلطة على إلزام غيره، ولأنه من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث. فلا يسري إقراره على الغير[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2]: إذا ادعى شخص أن له ألف دينار على شخص متوفى، ولم تثبت الدعوى بالبينة، بل بإقرار أحد الورثة الذي اتخذ المدعي خصماً فإن الحكم الذي يصدر بموجب الإقرار يختص بما يصيب حصة المقر من الدين إضافة إلى التركة.

ومنها: في بيع السيارة المستحقة للغير إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينة، بل بإقرار المشتري فإن للبائع أن يمتنع عن إعادة الثمن؛ لأن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لثبوته بالإقرار.

ويستثنى من هذه القاعدة: أن الفتاة البكر البالغة إذا أقر أبوها أو جدها عند عدم وجود الأب بقبض مهرها حين تزويجها فإن إقراره يسري عليها، ويثبت به القبض إن أنكرته هي فيما بعد. وذلك لأن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وإن من ملك حق القبض ملك الإقرار به[3].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٣.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٦٨، وشرح المجلة لقاضي ١/ ١٤٢.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٦.

المبحث الخامس

فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية

السياسة في اللغة: هي تعهد الأمر بما يصلحه[1]. والسياسة الشرعية في الاصطلاح: «تدبير الأمر في الأمة داخلاً وخارجاً تدبيراً مرتبطاً بالمصلحة»[2]. وعبارة أخرى: الأحكام التي تدبر مرافق وشئون الدولة مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة. وقارنه على أصولها الكلية ومحققة لأغراضها الاجتماعية والاقتصادية وإن لم يدل عليه نص خاص[3]. وفيما يلي بيان لفقه بعض القواعد المتعلقة بالسياسة الشرعية.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في إدارة الدولة وتنظيم شؤونها، حيث تضع حداً لتحاكم في كل تصرفاته المتعلقة بالرعية. لكن لا تقف هذه القاعدة عند حد تصرفات الحاكم السياسية، وإنما تتعدى ذلك إلى كل من يتولى أمراً من أمور المسلمين. وقد عبر عنها السبكي بالصيغة التالية: «كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة»[4]، وفيما يلي بيان لحقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٢/٢٣٩.

(٢) خصائص التشريع في السياسة والحكم للدريني ص٤١٢.

(٣) مذكرة في السياسة الشرعية للدريني. نقلاً عز السياسة الشرعية عند ابن خلدون لمصطفى النجار ٣٩

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٥٢.

١- معنى القاعدة:

الرعية لغة: من رعت الماشية ترعى رعيا فهي رعية إذا سرحت بنفسها. وأصلها في اللغة: يدل على المراقبة والتحفظ، فيقال للحاكم والأمير راع لقيامه بتدبير أمور الناس وسياستهم، ويقال للناس رعية؛ لأنهم تحت مراقبة الحاكم أو الأمير[1]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي لها عن المعنى اللغوي، فقد عرفها صاحب معجم لغة الفقهاء بأنها: «كل من كان تحت الولاية العامة للأمير المؤمنين»[2].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن من كانت له ولاية على غيره، عامة كانت أو خاصة فتصرفه على ذلك الغير مرتبط بمصلحة من يتصرف له، فلا تكون تصرفاته على من هو في رعايته نافذة إلا إذا كان في ذلك التصرف مصلحة له.

٢- تأصيل القاعدة:

يرجع أصل هذه القاعدة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وآثار الصحابة. وعن الأدلة عليها:

أ- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [النساء: ٥٨].

قال القرطبي: «هذه الآية من أمهات الأحكام تضمنت جميع الدين والشرع.. والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس، فهي تتناول الولاة فيما يأمرهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد المظالم، والعدل في الحكومات.. وتتناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك»[3].

ب- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٤٠٨، والمصباح المنير للفيومي ص٣١٥.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٢٢٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/٢٥٠.

[الإسراء: ٣٤]. ففي هذه الآية تنبيه على أنه لا يصح التصرف في مال اليتيم إلا بما هو أصلح له كاستثماره وحفظه.

جـ- وقوله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته»[1].

د- وقوله ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله رعية، فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة»[2].

هـ- وقوله ﷺ: «ما من والٍ يلي رعية من المسلمين، فيموت وهو غاش لهم إلا حرم الله عليه الجنة»[3].

و- وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة مال اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعففت»[4].

٣- تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من موضوع القاعدة وحكمها ومناطه.

أ- **فموضوع القاعدة**: هو تصرفات كل من له ولاية غيره كالإمام والقاضي وناظر وقف، والولي والوصي، والنائب عن الأمة في مجلس النواب وغير ذلك.

والولاية نوعان: عامة وخاصة.

فالولاية العامة: هي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة وتصريف شئون الناس والأمر والنهي فيهم. ويندرج تحتها: الإمامة العظمى، وإمارات الأقاليم والبلدان، والوزارة، والقضاء والشرطة، والمظالم والحسبة، وإمارة الجيش، وإمامة الصلاة، وجباية الصدقات والخراج[5].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب (١١)، ١/ ٢١٥.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب(٨)، ٨/ ١٠٧.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الأحكام، باب (٨)، ٨/ ١٠٧.

(٤) الأشباه والنظائر لسيوطي ص ١٢١.

(٥) الأحكام السلطانية للماوردي ٢٥٩، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص ٣٠٨.

والولاية الخاصة: هي سلطة تمكن صاحبها من التصرف عن الغير. إما بمباشرة العقود عنه وترتيب آثارها دون توقف على رضاه. وإما بالتربية والرعاية للصغير: كالولاية على النفس والحضانة[1].

ب- **والحكم الكلي للقاعدة**: هو أن نفاذ تصرفات الولي على الغير تتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن التصرف سواء أكانت تلك المنفعة دينية أم دنيوية، فإن تضمن التصرف منفعة وجب على الغير تنفيذه. وإلا فلا. ويرد ذلك التصرف لأن الولي ناظر وتصرفه إذا خلا من المنفعة كان مترددا بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء[2].

ويشترط لإعمال هذه القاعدة عدة شروط منها:

الشرط الأول: أن تتوفر في الولي شروط الوكيل؛ لأن الولي لا يتصرف لنفسه وإنما هو وكيل عن غيره في القيام بشئونه، ومن الشروط المشتركة في الولاية العامة الإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعلم بالأحكام الشرعية، والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية. ويشترط في الولاية الخاصة العقل والبلوغ والحرية والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية.

والشرط الثاني: أن يتضمن التصرف منفعة للمولى عليه، لأن الولي مأمور من قبل الشارع أن يحوطه بالنصح، ولأنه وكيل عن الغير، فعليه أن يراعي خير التدابير لإقامة العدل وإحقاق الحق.

جـ- **ومناط الحكم الكلي**: هو تحقيق المصالح ودفع المضار، فإذا ترتب على تصرف الولي مصلحة للمولى عليه نفذ التصرف في حقه ويلتزم به ترتب. وأما إذا ترتب على التصرف مفسدة أو مضرة من استئثار أو استبداد أو ظلم أو محاباة أو غير ذلك، فلا

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٨١٨.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٤٧.

بتقل تصرف الوالي في حق الموالي عليه، ولا يلتزم به لقوله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»[1] وقوله ﷺ: «إنما الطاعة في المعروف»[2] وقال العز بن عبد السلام: «يتصرف الولاة ونوابهم... من التصرفا بما هو أصلح للمولى عليه درءاً للصور والمفاسد، وجلباً للمنافع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وإن كان هذا في حقوق اليتامى فأولى أن يثبت في حق عامة المسلمين فمن تصرف فيه الأئمة من الأموال العامة، لأن عنايتهم تتسع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة. وكل تصرف جرّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه»[3].

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

إذا كانت هذه القاعدة تتعلق بالولاية العامة والخاصة فإن تطبيقاتها لا تعد ولا تحصى نذكر منها[4]:

١- إذا اجتمع جماعة يصلحون للقيام بالأيتام قدم الحاكم أفرههم بذلك وأعرفهم بمصالح الأيتام وأشدهم شفقة ومرحمة، فإن تساووا من كل وجه تخير. ويجوز أن يولي كل واحد منهم بعض الولاية ما لم يكن بينهم نزاع واختلاف يؤدي إلى تعطيل مصالحها وتعطيل درء مفاسدها، لأن الولاية كلها ضاقت قوي الوالي على القيام بجلب مصالحها ودرء مفاسدها، وكلما اتسعت عجز الوالي عن القيام بذلك.

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الإمارة، رقم (٣٤٩)، ٣/١٤٦٩.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب (٤)، ٨/١٠٦.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز بن عبد السلام ١/ ٧٢.

(٤) انظر: قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام ١/ ٧٥. الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٢١٧؛ شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٢٠؛ المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٥٠.

٢- لا يقدم في ولاية الحرب إلا أشجع الناس وأعرفهم بمكايد الحروب والقتال مع العدة والشجاعة وحسن السيرة في الاتباع فإن استووا اختير الإمام، وله أن يفرق بينهم كيلا يجد بعضهم على الإمام بتقديم غيره عليه، وإن تعددت الجهات صرف بكل واحد منهم إلى الجهة التي تنشو.

قال العز بن عبد السلام معلقاً على بعض تطبيقات هذه القاعدة:

«والمقصود في الولايات كلها أنها لا يقدم فيها إلا أقوى الناس بجلب مصالحه ودرء مفاسدها، فيقدم الأقوى بأركانها وشرائطها على الأقوم بسنتها وآدابها. فيقدم في الإقامة الفقيه على القارئ، والأفقه على الأقرأ؛ لأن الفقيه أعرف باختلال الأركان والشروط، وبه يقرأ على الصلاة من المفسدات، وكذلك يقدم الورع على غيره؛ لأنه ورعه يحثه على إتمام الشرائط والسنن والأركان...»[1].

٣- يجب على الأئمة في تفريق مال المصالح (المال العام) أن يصرفوه في تحصيل أعلاها مصلحة فأعلاها، وفي درء أعظمها مفسدة فأعظمها.

٤- إذا قُبل شخص لا ولي له السلطان وليه، لكن لا يصح له أن يعفو عن القصاص مجاناً؛ لأنه خلاف المصلحة لأن الحق للعامة والسلطان نائب عنهم فيما هو أنظر لهم، وليس من نظر إسقاط حقهم مجاناً وإنما له القصاص أو الصلح وأخذ الدية.

٥- أن القاضي إذا أراد تزويج الصغيرة فلا يزوجها لغير الكفء، لأنه خلاف مصلحتها.

٦- لا يجوز للوالي أن يمنع من محاسة من تحت يده أموال العامة والقاصرين كالمتولين على الأوقاف والأوصياء.

٧- لا يجوز للوالي أن يسمح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً كالغش والخمر والقمار ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها.

---

(١) قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام ١/ ٧٦.

٨- لا يجوز لمجلس الأمة أن يسن القوانين المخالفة للقرآن والسنة؛ لأنها منافية لمصلحة الأمة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»:

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في الإدارة وتوزيع الصلاحيات والمسؤوليات، فجميع صلاحيات الولي الخاص تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة، يمارسها بنفسه أو بواسطة من يأذن له كالقاضي والمحتسب وغيرهما حتى ينصب لها وصي يمارسها. فإذا وجدت الولاية الخاصة: كالولي أو الوصي فتقدم على ولاية السلطان أو القاضي، فليس للقاضي ممارسة تلك الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار وجباية وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود الوصي أو الولي؛ لأنه المختص بتلك الولاية وهذا ما يقضي به علم الإدارة اليوم وفقا لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج. فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمرؤوسه، ولكن إذا تمرد هذا الموظف أو غاب، فيمكن أن يقوم مقامه بالتوقيع[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2]: إذا كان للصغير وصي فليس للقاضي تزويجه حسب ولايته العامة. ومنها: إذا كان لليتيم وصي فليس للقاضي أن يتصرف في ماله ولا أن يؤجر أملاكه. ومنها: إذا كان للوقف ناظر فليس للقاضي أن يتصرف في مال الوقف بالإيجاز أو القبض أو الصرف أو التوزيع فإذا تصرف لا ينفذ تصرفه، فلو أجر القاضي عمارة من عمارات الوقف بماله من الولاية العامة على الوقف، وأجر الناظر العمارة نفسها يكون إيجار الناظر صحيحه في حين لا يعتبر إيجار القاضي؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، ولا يجوز تصحيح الولاية العامة أن يتصرف مع وجود صاحب الولاية الخاصة؛ وإن كان القاضي هو الذي عين ذلك الناظر.

---

(١) المدخل الفقهي للزرقا، ٢/ ٨٢٧، ١٠٤٩.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر (٤٢/١)، شرح المجلة للقاضي، ١/ ١٢١، شرح قواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص٢٥٠.

ومنها: لا يحق للقاضي أن يعزل ناظر الوقف على المنصوب من قبل الواقف، ما لم تظهر عليه خيانة، لأنه ولاية الواقف على الوقف ولاية خاصة وهي أقوى من ولاية القاضي.

ويستثنى من ذلك[1]: يجوز للقاضي إيجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة إلى التعمير وليس للمتولي ذلك؛ لأن صيانة أموال الأوقاف هي من الحق العام فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء. ومنها: يجوز للقاضي إقراض مال القاصر، وليس لأب أو الوصي ذلك، لأن صيانتها من الحق العام.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه».

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: معنى القاعدة:

استعجل الشيء: سارع إليه قبل حصوله لياخذه بسرعة[2] وأوان الشيء: وقت حصوله الطبيعي وسببه العام[3]: كنمو الفواكه سبب طبيعي لاشتقاق الإرث إلى الورثة.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا كان الشخص يستحق شيئا بسبب ما ثم بحق وقت حصوله، فلم يصبر لمستحق وعجل في حصوله ذلك السبب بدون وجه حق ليتحقق له استحقاق الشيء. فإنه يعاقب بالحرمان من الاستحقاق وقريب من هذا المعنى قاعدة: «من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده»[4] وقاعدة: «من الأصول المعاملة بنقيض

---

(١) المدخل الفقهي سيرده، ٢/ ١٠٤٩.

(٢) المصباح المنير ص٥٣٩.

(٣) المرجع السابق ص٣٨.

(٤) درر الحكام لعلي حيدر (٨٧/١).

المقصود الفاسد»[1] وقاعدة: «من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه» وقاعدة: «من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل، أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس إليه- أتى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه»[2].

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة[3]:

١- من قتل مورثه بغير حق يحرم من الميراث، كأن يقتله عمداً.

٢- من قتل الموصى بغير حق يحرم من الوصية.

٣- إذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بدون رضاها ومات وهي في العدة فإنها ترثه، ولا تحرم من الميراث بسبب ذلك الطلاق.

ثالثاً: مستثنيات القاعدة:

مستثنى من هذه القاعدة ما لو قتل أحد الغرماء المدين ليحل الدين المؤجل فإنه يحل بالموت، ولا يمنع قتله له حلول الدين، كما هو الأصل في جميع الديون المؤجلة تحل بالموت[4].

---

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام الونشريسي ص ١١٣.

(٢) القواعد الفقهية لعلي الندوي ٣٨٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٤٠٥.

المبحث السادس

فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي

الاجتهاد في اللغة: بذل الوسع والطاقة ولا يستعمل إلا فيما فيه مشقة، فيقال اجتهد في حمل الصخرة ولا يقال اجتهد في حمل النواة[1].

والاجتهاد في الاصطلاح: «استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم ظني شرعي»[2] ومما ينبغي التنبه عليه أن الاجتهاد بمفهوم ما يتعلق به من قواعد تندرج تحت العلوم الأصولية. لكن الفقهاء أوردوا بعض قواعد الاجتهاد ضمن القواعد الفقهية، لكثرة حاجة الفقيه إليها وشيوع استعمالها في كتب الفقه. وسأقتصر على إيراد قاعدتين منها وهما: قاعدة «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» وقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بمثله» وفيما يلي بيان ذلك.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص».

هذه القاعدة تعد قيداً في الاجتهاد الفقهي فلا مجال للمجتهدين أن يجتهدوا في حكم واقعة ورد بخصوصها نص شرعي، ولكي ندرك أهمية هذا القيد لا بد من بيان حقيقة القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بدّ من بيان معنى القاعدة وتأصيلها وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

المساغ لغة: من ساغ يسوغ سوغاً، وهو يدل في أصل اللغة على سهولة الشيء

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٤٨٦، المصباح المنير للفيومي ص١٥٥.

(٢) شرح الكوكب المنير الفتوحي ص ٣٩٤.

واستمراره في الحلق خاصة، فيقال: ساغ الشراب في الحلق سوغاً. وساغ فعل الشيء بمعنى الإباحة ويتعدى بالتضعيف فيقال سوَّغت أي أبحته[1].

والنص في اللغة: من نصَّ الحديث إلى فلان رفعه إليه، وهو يدل في أصل اللغة على رفع وارتفاع وانتهاء في الشيء[2]. والنص في الاصطلاح: الكتاب والسنة وما لا يحتمل إلا معنى واحداً[3].

والمراد به في القاعدة: الثابت بالنقل الصحيح من كتاب أو سنة أو إجماع وما لا يحتمل إلا معنى واحداً.

والمعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الاجتهاد لا يجوز في قضية شرعيه ورد نص واضح وصريح بحكمها؛ لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه، أو فيما فيه نص ولكن معناه محتمل، فيجتهد العالم في فهم ذلك النص.

٢- تأصيل القاعدة:

أصل هذه القاعدة يرجع إلى الكتاب والسنة والإجماع.

أ- قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦].

ب- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [الحجرات: ١].

جـ- وقوله تعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِن دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٧].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٢١٦، المصباح المنير للفيومي ص٤٠٢.
(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٣٥٦، المصباح المنير للفيومي ص١٣٥.
(٣) الكليات للكفوي ٤/ ٣٦٦.

د- وقوله تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ [الأنعام: ٥٧].

هـ- وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]

﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥] ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧] فأكد هذا التأكيد وقرر هذا التقرير في موضع واحد لعظم مفسدة الحكم بغير ما أنزل الله وعموم مضرته وبلية الأمة به[4].

و- وقوله ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾ [النحل: ١١٦].

ز- وروي عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء عند النبي ﷺ بكر حديث الملاعنة وقول النبي: «البصروها فإن جاءت به أكحل العينين[5]، سابغ الأليتين[6]، خدلج الساقين[7] فهو لشريك بن سحماء، وإن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية فجاءت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ: «لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»[8] قال ابن القيم: «يريد -والله ورسوله أعلم- بكتاب الله قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور: ٢٤]، ويريد بالشأن والله أعلم- أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به ولكن كتاب الله فصل الخصومة وأسقط كل قوله وزاده ولم يبق للاجتهاد معه موقع»[9].

ح- وقد نقل ابن القيم إجماع العلماء على ذلك ومن أقوالهم قال الشافعي: أجمع الناس على أن من استبانت له سنة عن رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد من

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٢٨١.
(٢) أكحل العينين: من وجد في أجفان عينيه سواد خلقة (النهاية ٤/ ١٥٢).
(٣) سابغ الأليتين: أي تامهما وعظيمهما (النهاية ٢/ ٣٣٨).
(٤) خدلج الساقين: أي عظيمهما (النهاية ٢/ ١٥).
(٥) صحيح البخاري، كتاب التفسير، سورة النور ٦/ ٣.
(٦) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٢٨١.

الناس. وتواتر عنه أنه قال: إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط. وصح عنه أن قال إذا رويت عن رسول الله ﷺ حديثا ثم آخذ بغيه فاعلموا أن عقلي قد ذهب. وصح عنه أنه قال: لا قول لأحد مع سنة رسول الله ﷺ[1].

٣ - تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من موضوع وحكم كلي ومناطه.

أ- فالموضوع هو الاجتهاد وهو بذل الجهد العلمي في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها. وهو نوعان.

النوع الأول: الاجتهاد في فهم النص (بطيئة).

إن النصوص إما أن تكون واضحة الدلالة في إفادة الحكم بحيث لا تحتمل التأويل، فلا يجوز في هذه الحالة تأويل النص بما يخرجه عن ظاهره أو لا يحتمله مثل قوله تعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور: ٢] فالنص قطعي الدلالة في أن الزاني يجلد مائة جلدة.

وإما أن تكون النصوص غير واضحة الدلالة، وتحتمل وجوها مختلفة في تفسيرها، فيجوز في هذه الحالة الاجتهاد في فهم النص وتأويله مثل قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فالقرء يحتمل الطهر والحيض فيجتهد الفقيه في المراد بالقرء، وقد تختلف تفسيرات الفقهاء لهذا النص، ويترتب عليه بالتالي اختلاف في الأحكام.

النوع الثاني: الاجتهاد في قياس حكم لا نص فيه على حكم منصوص عليه. هذا النوع من الاجتهاد لا يجوز للفقيه اللجوء إليه مع وجود نص ثابت في القضية المطلوب معرفة حكمها.

---

(١) المرجع السابق

فلا يجوز الاجتهاد في الأمور المعلومة من الدين بالضرورة والبداهة، أو التي ثبتت بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة: مثل وجوب الصلوات الخمس والزكاة والحج والشهادتين وتحريم جرائم الزنا والسرقة وشرب الخمر والقتل وتنفيذ العقوبات المقدرة لها وغير ذلك مما فيه نص قرآني قطعي. وكذلك ما دلت عليه الأحاديث المتواترة فهي حكمه كأحاديث الزكاة وغير ذلك، لأن محل القياس إنما هو عند عدم النص. على أنه قد يوجد حديث نبوي مروي في قضية، فيراه بعض الفقهاء صحيحا فيأخذ به ويترك القياس المخالف له. بينما يراه غيره غير بالغ درجة الصحة فيتركه ويلجأ إلى القياس[2]، وقد اعتبر ابن تيمية ذلك سببا من أسباب الاختلاف بين الفقهاء حيث قال: «أن يكون الحديث قد بلغه، لكنه لم يثبت عنده إما لأن محدثه، أو محدث محدثه أو غيره من رجال الإسناد مجهول عنده أو متهم أو سيء الحفظ. وإما لأنه لم يبلغه مسنداً، بل منقطعاً، أو لم يضبط لفظ الحديث. مع أن ذلك الحديث رواه الثقات أخيره بإسناد متصل..»[3].

الحكم الكلي للقاعدة: تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص، وسقوط الاجتهاد والتقليد عند ظهور النص الواضح الصريح.

جـ- مناط الحكم الكلي: أن الاجتهاد مع وجود النص الواضح الصريح حكم بغير ما أنزل الله تعالى، وهو ظاهر الفساد والمضرة على الأمة الإسلامية، لأن صلاحها في تطبيق ما أنزل الله تعالى وبينه الرسول ﷺ: قال ﷺ: «تركت فيكم أمرين ما أن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي أبدا: كتاب الله، وسنتي»[4].

ثانيا: تطبيقات القاعدة:

وردت في التشريع على هذه القاعدة عدة تطبيقات[1]:

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠١٠.

(٢) رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية مطبوع في آخر كتاب الكافي لابن قدامة ٣/٦٤٤.

(٣) موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك، كتاب القدر، باب (٣)، ٢/٢٠٨.

(٤) انظر التطبيقات: أعلام الموقعين لابن القيم ٢/٣٠٥، درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٩، شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/٧٣.

١- جاء النص الصريح في منع الخمر والميسر في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] فلا مساغ للاجتهاد في إجازتها.

٢- جاء النص الصريح في منع الربا في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فلا مسرح للاجتهاد في حله.

٣- ورد النص في أن للبنت نصف الابن في الميراث في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فلا مساغ للاجتهاد في مساواة البنت للابن في الميراث.

٤- ورد النص في وجوب الطمأنينة في الصلاة ووقوف إجزاء الصلاة وصحتها عليها كقوله ﷺ: «لا تجزيء صلاة لا يقيم الرجل فيها صلبه في ركوعه وسجوده»[1] وقوله ﷺ: لمن ترك الطمأنينة: «صل فإنك لم تصل»[2] وقوله ﷺ: «ثم اركع حتى تطمئن راكعاً»[3] ففي إجزاءها بدون الطمأنينة ونفي مسماها الشرعي بدونها، وأمر بالإتيان بها، فردُّ هذا المحكم الصريح بعمومات من الكتاب والسنة مثل قوله تعالى: ﴿ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ﴾ [الحج: ٧٧]. لا يصح.

٥- ورد النص في وجوب الفاتحة في الصلاة: كقوله ﷺ: «من لم يقرأ بأم الكتاب فلا صلاة له»[4] فردُّ هذا بالمتشابه من قوله: ﴿فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ﴾ [المزمل: ٢٠] لا يصح. كما أن الآية ليست في الصلاة، وإنما هي يدل عن قيام الليل.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

هذه القاعدة تتعلق بنقض الاجتهاد وعدم نقضه باجتهاد آخر سواء أكان صادراً من المجتهد نفسه أم من غيره، وهي ضرورية لاستقرار المعاملات والأحكام والفتاوي ولإدراك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقتها وتطبيقاتها.

(١) سنن الترمذي، كتاب الصلاة، باب (١٦٦)، ٢/ ٥١، وقال: حسن صحيح.
(٢) صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب (٩٥)، ١/ ١٨٤.
(٣) صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب (٩٥)، ١/ ١٨٤.
(٤) صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة، ١/ ٢٩٥

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة القاعدة لا بدَّ من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

النقض لغة: من نقضت الشيء نقضا إذا نكثته، ومنه نقض البناء إذا هدمه، وهو يدل على إفساد ما أبرم وتغييره وإبطاله[1] ونقض الاجتهاد: إبطال حكمه وتغييره.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا اجتهد المجتهد في مسألة لم يرد فيها نص قطعي فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح ثم وقعت مسألة أخرى مشابهة، فبدا له رأي آخر فعدل عن حكم المسألة الأولى وحكم في الثانية بحكم آخر مناقض، فإن حكمه الثاني المتعلق بالمسألة الثانية لا يبطل حكم المسألة الأولى ولو كانت مشابهة للثانية. وسواء أكان هذا الاجتهاد الثاني من المجتهد نفسه أم من غيره.

٢- تأصيل القاعدة:

أصل هذه القاعدة في أصول الكرخي: «الأصل أن إذا مضى بالاجتهاد لا ينسخ باجتهاد مثله، وينسخ بالنص»[2]. ويدل على هذه القاعدة الإجماع والمعقول.

أ- الأصل في ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم، حيث نقله ابن المنصباغ فإن أبا بكر الصديق حكم في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ولم ينتقض حكمه. وحكم عمر رضي الله عنه بعدم تشريك الأشقاء في فرض أولاد الأم، وحكم بعد ذلك بالتشريك؛ أي بعد إعادة النظر في المسألة. وحينما راجعه بعض الصحابة قال: «ذلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي»[3].

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٤٧٠، الصباح المنير للفيومي ص٨٥٤
(٢) أصول الكرخي مع تأسيس النظر للدبوسي ص٦١٨
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠١

ب- ومن المعقول أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول حتى ينقضه، ولأن القول بنقض الاجتهاد الأول بالثاني يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والأحكام. وفي ذلك مشقة شديدة على الناس، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهلم جرا. وهذا يؤدي إلى اضطراب الأحكام، وهو مما يترتب عليه عدم الثقة بالمجتهدين والقضاة وفوات المصلحة من تعيينهم.

٣ تحليل القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم الكلي ومناطه.

أ **فالموضوع**: هو الاجتهاد بالمعنى العام، وهو يتضمن ثلاثة أنواع[1]:

النوع الأول: اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها نص قطعي فلا ينقض الاجتهاد السابق باجتهاد مثله من المجتهد نفسه أو من مجتهد آخر.

والنوع الثاني: حكم القاضي في القضية المعروضة عليه إذا كانت من المسائل الاجتهادية التي لا نص فيها، أو كانت مقيدة بمذهب من المذاهب الفقهية: فلا يجوز نقضه باجتهاد فقيه آخر، كما قرر الفقهاء: «الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد»[2].

والنوع الثالث: مسائل التحري كالتحري في معرفة القبلة، فإذا كان في صحراء وتحرى القبلة فتوصل إلى أنها إلى جهة معينة فصلى، فصلاته صحيحة، ولا تبطل ولو تغير بعد ذلك اجتهاده وكانت القبلة إلى جهة أخرى فلا يعيد الصلاة. وكذلك إذا اختلطت ثياب طاهرة بنجسه فتجهد في إخراج الطاهرة ولبسها وصلى فيها فلا تبطل صلاته، ولو تغير بعد ذلك اجتهاده.

(١) الوجيز في القواعد للبورنو ٣٨٥.
(٢) المرجع السابق.

ب- الحكم الكلي للقاعدة:

إن الحكم الكلي في قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» أن الاجتهاد حجة شرعية، لا يتغير ولا يتبدل ولو تبدل رأي المجتهد نفسه أو مجتهد آخر. فيعمل بموجب الرأي الجديد في المستقبل، لا فيما مضى كما قال الحنفية: «فإن رأي المجتهد حجة من حجج الشرع وتبدل رأي المجتهد بمنزلة انتساخ النص يعمل به في المستقبل لا فيما مضى»[3]. ولإعمال هذا الحكم تشترط عدة شروط وهي[4]:

الشرط الأول: أن يكون الاجتهاد صادراً فيما مضى، وذلك إذا كان الاجتهاد في قضية حالية أو مستقبلة فينقض الاجتهاد بتبدل الرأي، ويعمل بالاجتهاد الجديد لا السابق.

الشرط الثاني: أن لا يكون الاجتهاد السابق مخالفاً لنص قطعي في القرآن أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع القطعي أو القياس الجلي؛ وهو ما كانت علته منصوصة أو كان قد قطع بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع. ففي هذه الحالات ينقض الاجتهاد السابق.

الشرط الثالث: أن لا يكون الاجتهاد السابق مبنياً على خطأ بين أو ظلم وجور. فإذا قضى القاضي بالجور أو الظلم، ثم ظهر الحق فينقض الحكم السابق: «فلو قسم القاسم قسمة إجبار بين الشركاء في ملك أو تركة، ثم قامت بينة تدل على خطأ القاسم أو حيفه (ظلمه) نقضت القسمة مع أن القاسم قسم باجتهاده».

الشرط الرابع: أن لا يكون الاجتهاد السابق متعلقاً بمصلحة عامة، فإذا كان كذلك وتغيرت المصلحة العامة تنقض الحاكم الاجتهاد السابق. فللإمام أن يحمي الحمى ثم يخصص بعض الأراضي الموات لرعي دواب الجيش والدولة، فجاء إمام آخر ورجد عدم المصلحة في ذلك فله إبطال الحمى.

---

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من كتاب التحرير للعلي القدوري ص٢٠٨.
(٢) الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه للسيد محمد موسى ص٤٣٥، نقلاً عن الاجتهاد لوهبة الزحيلي ص٢٥.

جـ- **مناط الحكم في القاعدة:** هو ما أشرنا إليه سابقا من رفع الحرج والمشقة عن الناس بسبب تغير الاجتهاد في المسائل الظنية والأحكام القضائية الاجتهادية. فالجري وراء تغير الاجتهاد ينقضه يؤدي إلى عدم الاستقرار في الأحكام، ويوقع الناس في مشقة شديدة.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

توجد لهذه القاعدة عدة تطبيقات في الفقه والقضاء[1].

١- إذا حكم القاضي بالتفريق بين زوجين بناء على مرور أربعة أعوام على فقد الزوج. ينبغي ألا ينقض حكمه لموافقته اجتهاداً صحيحاً، وإن خالف هذا اجتهاد الحنفية.

٢- إذا حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ينبغي ألا يبطل الحكم باجتهاد آخر لموافقة ذلك الحكم رأياً لمجتهد.

٤- إذا حكم القاضي برد شهادة رجل لفسقه، ثم تاب فأدعاها، لم تقبل شهادته، لأن قبول شهادته بعد التوبة يعد نقضا للاجتهاد بالاجتهاد.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٥، شرح مجلة الأحكام العدلية لتفاضي ٧٦/١

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفصل الرابع

الضوابط الفقهية

الضوابط الفقهية لها معنى واسع وشامل، يشمل القضب الكلية المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه أو بموضوع واحد من موضوعاته، كما يشمل تحديد العلامة المميزة لمفهوم فقهي، كما يشمل التعريفات الفقهية للمصطلحات، وأقسام الموضوعات الفقهية، والشروط والأسباب المتعلقة بها. ولما كان أغلب تلك المشمولات قد ورد ذكرها بالتفصيل في الفصلين السابقين، فلم تخل قاعدة من ذكر تعريف فقهي أو تقسيمات علمية دقيقة أو شروط وأسباب غالباً من الاقتصار في هذا الفصل على بيان الضوابط المتعلقة بالقضايا الكلية والقيود الواردة على بعض الموضوعات الفقهية والعلامات المميزة لبعض السياق الفقهية. وسيكون منهجي في تناول الضابط الفقهي قريباً من منهج تناول القاعدة الكلية الفقهية. ويتلخص هذا المنهج في النقاط التالية:

١- بيان أهمية الضابط ودوره في خدمة الفقه الإسلامي.

٢- بيان معنى الضابط وذلك بتعريف ما فيه من مفردات، وذكر معناه الإجمالي، وحكمه الكلي.

٣- بيان القيود الواردة في الضابط أو العلامة المميزة فيه.

٤- بيان أدلة القيود الواردة في الضابط أو العلامة المميزة الواردة فيه

٥- التطبيقات الفقهية على الضابط وممستثناته.

وسوف أراعي في ترتيب هذه الضوابط ترتيب الفقهي المعروف، فأبدأ بالعبادات، ثم المعاملات، ثم الأحوال الشخصية، ثم الجنايات، ثم القضاء ولذا سيشتمل هذا

المصل على خمسة مباحث رئيسة وهي:

المبحث الأول: الضوابط الفقهية في العبادات.

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في المعاملات المالية.

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية.

المبحث الرابع: الضوابط الفقهية في الجنايات.

المبحث الخامس: الضوابط الفقهية في القضاء.

وفيما يلي بيان لتلك المباحث.

المبحث الأول

الضوابط الفقهية في العبادات

العبادات: جمع عبادة، وهي اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الباطنة والظاهرة: كالذكر والدعاء وقراءة القرآن والطهارة والصلاة والصيام والزكاة والحج وغير ذلك. وهي تنظم علاقة العبد بربه من خلال الالتزام بشرع الله تعالى، ومحبة العبد لمعبوده سبحانه وتعالى. فليس في الوجود من هو أحق من الله تعالى بالحب والعبودية. ولما كانت الضوابط الفقهية المتعلقة بالعبادات كثيرة ومتنوعة تبعا لتنوع العبادات فلا بد من ذكر نماذج منها

أولا: ضابط: «كل نجاسة انتقلت أعراضها بالكلية إلى طاهر، الأصل طاهرة»[1]

هذا الضابط يتعلق بموضوع مهم من موضوعات الطهارة، وهو استحالة النجاسات، وأثر ذلك في طهارتها. وفيما يلي بيان لمعنى الضابط وقيوده وأدلته وتطبيقاته.

١ - معنى الضابط:

النجاسة لغة: من نجس ونَجِس أي قذر[2]. وهي في الاصطلاح: «كل مستقذر شرعاً أي ما استقذره الشرع وإن لم يستقذره الناس»[3]. ويقابل النجس الطاهر، وهو كل ما خلا من النجاسة[4]. والأعراض: جمع عَرَض، وهو كل مالا يقوم بنفسه ولا يوجد

(١) الكليات الفقهية للمقري ص٢٠٩، فضلاً عن القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية لناصر الميمان ص٣٤٧.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٣٩٣، المصباح المنير للفيومي ص٨١٥.

(٣) معجم لغة الفقهاء للقلعجي وقنيبي ص٤٧٥، وانظر: معني المحتاج للشربيني ١/ ٧٧.

(٤) معجم لغة الفقهاء للقلعجي وقنيبي ص٢٨٨.

إلا في محل يقوم به[1] كالمون المحتاج في وجوده إلى جسم يحله ويقوم به والأعراض نوعان:

النوع الأول: قارّ الذات تجتمع أجزاؤه في الوجود: كالبياض والسواد.

النوع الثاني: غير قارّ الذات، وهو لا يجتمع أجزاؤه في الوجود: كالحركة والسكون[2].

والاستحالة في اللغة: التغير والتحول[3]. وهي في **الأصطلاح**: «إزالة صفات العين النجسة إلى صفات أخرى. كزوال صفة الإسكار من الخمر بالتخليل»[4].

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الأعيان النجسة إذا تحولت إلى أجناس أخرى بحيث إذا زالت الصفات المتعلقة بالاستقذار زال حكم النجاسة. وأصبحت طاهرة. وقد عبّر الفقهاء عن هذا الضابط بتعبيرات متعددة منها: «كل ما بدأ الله بتحريمه من جنس إلى جنس زال عنه حكم النجاسة»[5] ومنها: «أصل النجاسة الاستقذار فما خرج إلى ضد ذلك منها فقد خرج بالكلية منها كالسمك»[6].

٢- أدلة هذا الضابط:[7]

استدل الفقهاء لهذا الضابط بالأدلة التالية

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص٥٥٢

(٢) التعريفات للجرجاني ص١٩٢.

(٣) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١٢٧٨؛ معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ١٩٠

(٤) نهاية المحتاج للرملي ١/ ٢٤٨

(٥) الفتاوى المصرية لابن تيمية ٢/ ١٢٢

(٦) القواعد لحميري ١/ ٢٧٢.

(٧) من الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن النجاسات تطهر بالاستحالة المالكية والظاهرية ومنصوصة في المختار عندهم رأحمد في رواية اختارها ابن تيمية، وهو وجه عند الشافعية هذه المجوبي. وخلف في ذلك الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب وأبو يوسف من الحنفية (حاشية ابن عابدين ١/ ٣٢٧، الذخيرة للقرافي ١/ ١٨٨، المجموع للنووي ٢/ ٥٣٠؛ الإنصاف للمرداوي ١/ ٣١٦، المحلى لابن حزم ١/ ١٧٩)

أ- قوله تعالى: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [النحل: ٨]

قال ابن تيمية: «إن الله أباح الطيبات وحرم الخبائث وذلك يتبع صفات الأعيان وحقائقها، فإن كانت العين مما أو خلا وخلت في الطيبات التي أباحها الله، ولم تدخل في الخبائث التي حرمها الله: وكذلك التراب والرماد لا يدخل في نصوص التحريم.

ب- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «كنت أطيب رسول الله ﷺ قبل أن يحرم يوم النحر قبل أن يطوف بطيب فيه مسك»[1] فالمسك استحالة من الدم، فزالت صفاته، وخرج من اسم الدم إلى اسم جديد وصفات جديدة فطهر[2]

ج- وعن ابن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»[3] فالإهاب زالت عنه صفات الجلد الملوث بالشحوم والتي تعمل على إفساده ونتن رائحته وتغير اسمه من جلد إلى إهاب فطهر

د- القياس على الخمر إذا تخللت بنفسها فقد أباح النبي ﷺ الخل مع أنه متحول من خمر وقال فيه: «نعم الأدم الخل، نعم الأدم الخل»[4].

هـ- واستدل ابن تيمية بالاستقراء على أن المتحول من جنس إلى جنس آخر يطهر[5].

٣- القيود الواردة في الضابط:

لإعمال الحكم الكلي للضابط وهو طهارة النجاسات باستحالتها يشترط:

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب الطيب للمحرم، ٢/ ٨٤٩

(٢) مواهب الجليل لمخطاب ١/ ٩٧.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الحيض: باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، ١/ ٢٧٧

(٤) صحيح مسلم، كتاب الأشربة، باب فضيلة الخل ٣/ ١٦٤٢

(٥) الفتاوى المصرية لابن تيمية ٣/ ١٢٢

أ- تغير صفات العين النجسة من قذارة وطعم ولون ورائحة إلى صفات أخرى طيبة عن طريق الاستحالة، حيث يتحول الخبث والفساد إلى طيب وصلاح. أما إذا بقي الخبث والفساد أو تحولا إلى ما هو أخبث وأفسد، فلا تعهر العين النجسة بالاستحالة. كما ذكر المقري: «استحالة الفاسد إلى فساد لا تقل حكمه، وإلى صلاح تنقل»[1]. ومن أمثلة تحول النجاسة إلى فساد بول الجلالة وروثها، وأما استحالة النجاسة إلى طهارة فمثالها لبن الجلالة وبيضها، فإنها تتبع ولا تضر، والتبع يناسب التحليل. كما قرر ابن رجب: «كل ما جمع فهو عيب وكل ما فرق فهو حسن». وتناسبه لوضوحة لكل ذي لب أن النفع يناسب التحليل والضرر يناسب التحريم»[2]. فقد زالت الأضرار عن تلك النجاسات بالاستحالة كانت حلالاً طاهرة كما في الخمر إذا تخللت بنفسها. فقد اختبرها النبي ﷺ نعم الأدم الخل.

ب- أن يتبع تغير الصفات تغير الاسم كما أشار إلى ذلك النبي ﷺ. فقد سمى الخمر التي تخللت بالخل، وجلد الميتة بالإهاب.

٤- تطبيقات الضابط:

توجد عدة تطبيقات فقهية على هذا الضابط منها[3]:

أ- النجاسة كالنبيذ ولبن العذرة إذا استحالت في التراب فصارت تراباً فإنه تطهر.

ب- المختمر والميتة إذا وقعا في الملاحة فصارا ملحاً يطهران.

جـ- الخمر إذا انقلبت إلى خل بنفسها فإنها تكون طاهرة.

---

(١) القواعد للمقري ١/٢٦١.

(٢) مجموع فتاوى لابن تيمية ٢١/٤٨٢.

(٣) القواعد والفوائد عند ابن تيمية ص٣٤٩، بحث للمؤلف بعنوان «النجاسات المستحلة بالانقلاب وأثره في المأكولات الحيوانية» مجلة الشريعة جامعة الكويت

د- المياه العادمة المحتوية على فضلات إنسانية نجسة ومخلفات صناعية ضارة بالصحة إذا عولجت بحيث يتم التخلص منه فيها من مواد ضارة بالصحة طاهرة، ويجوز للإنسان استعمالها.

هـ- الأعلاف المقدمة للحيوانات والنواتج التي تدخلها النجاسات من مخلفات المصانع والمسالخ إذا استحالت وتغيرت بحيث يتم التخلص من المواد الضارة فيها طاهرة، ويجوز تقديمها للحيوانات، وكذلك يجوز للإنسان تناول ما ينتج عنها من لبن وبيض.

ثانياً: ضابط: «الأصوات في الصلاة من جنس التحركات»[1].

هذا الضابط يتعلق بصدور أصوات من المصلي فهل تبطل الصلاة بها أم لا؟ وللإجابة عن ذلك بين معنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته واستثناءاته.

١- معنى الضابط:

الأصوات: جمع صوت وهو معروف، وهو جرس الكلام، وهو جنس لكل ما وقع في أذن السامع[2]. وعرفه الجرجاني بأنه: «كيفية قائمة بالهواء يحملها إلى الصماخ»[3]. والمراد بالأصوات في الضابط: الأصوات الحادثة التي تصدر من الإنسان: كالتنحنح والسعال والتثاؤب، والأنين والتأوه وغير ذلك.

والتحركات: جمع حركة، وهي خلاف السكون[4]. والمراد بالتحركات في الضابط: الأعمال الصادرة من المصلي أثناء الصلاة، وليست من جنس الصلاة.

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الأصوات الحادثة الصادرة من المصلي أثناء الصلاة: كالتنحنح والسعال والأنين والتأوه تنزل منزلة التحركات التي تصدر عن المصلي، مما هي ليست من جنس الصلاة، فتأخذ حكمها، لا حكم الكلام، لأن هذه الأصوات لا تسمى

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٢/٦٢٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٢١٨، المصباح المنير للفيومي ص١٧٨.

(٣) التعريفات لجرجاني ص١٧٧.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص١٨٠.

كلاماً في اللغة، ولو حلف شخص أن لا يتكلم لم يحنث بإصدار هذه الأصوات، إذ الكلام لابدَّ فيه من لفظ دال على معنى دلالة وضعية، فلا تبطل الصلاة بالصوت اليسير، كما لا تبطل بالحركة اليسيرة. أما إذا كانت كثيرة فتبطل بها الصلاة.

٢- دليل هذا الضابط:

أ- ما روى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: إن النبي ﷺ في صلاة كسوف الشمس نفخ في آخر سجوده فقال: «أف أف» ثم قال: رب ألم تعدني أن لا تعذبهم وأنا فيهم؟ ألم تعدني أن لا تعذبهم وهم يستغفرون»[1].

ب- ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: كان لي مع رسول الله ﷺ مدخلان: مدخل بالليل ومدخل بالنهار، فكنت إذا دخلت بالليل تنحنح[2].

جـ- قوله ﷺ: «التثاؤب من الشيطان، فإن تثاءب أحدكم فليرده ما استطاع»[3].

٣- تطبيقات هذا الضابط ومثنياته:

من تطبيقات هذا الضابط الفقهية[4]:

أ- التأوه والأنين والتأوب والبكاء في الصلاة لا يبطلها؛ لأنها ليست كلاماً.

ب- النحنحة في أثناء الصلاة لا تبطل الصلاة، ولو قصد بها شيئاً؛ لأنها لا تدل على معنى بنفسها أو وضعها، ولا مع غيرها من الألفاظ.

جـ- النفخ في أثناء الصلاة لا يبطلها.

ويستثنى من هذا الضابط: الفهقهة فهي تبطل الصلاة مع أنها أصوات خلقية يسيرة. ووجه الاستثناء أن الفهقهة فيها أصوات عالية تنافي حال الصلاة، وتنافي الخشوع

---

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي، كتاب الكسوف ٣/ ١٤٩.

(٢) سنن النسائي، مع شرح السيوطي، كتاب السهو، ٣/ ١٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب (١٢٥)، ٧/ ١٢٩.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٢/ ٢٢٤.

الواجب في الصلاة، فهي كالصوت المعاني المعتد الذي لا حرف معه. وأيضاً فإن فيها من الاستخفاف بالصلاة والتلاعب بها ما يناقض مقصودها.

ثالثاً: ضابط: «الموطن الزكوي للمال هو حدود الإقليم عرفاً، وهو الذي يوجد فيه المال، مهما تباعدت نواحيه وقراه».

هذا الضابط مهم في الزكاة؛ لأنه يتعلق بتحديد الموطن الزكوي الذي تدور عليه مسألة نقل الزكاة، إذ بتحديده نستطيع أن نميز بين ما يعدُّ نقلاً، وما لا يعدُّ نقلاً. ولإدراك أهمية تبين معنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

الموطن في اللغة: من وطن بالمكان إذا اتخذه وطناً، وأوطنت الأرض اتخذتها وطناً، والوطن محل الإنسان ومقره، كما يطلق على مرابض الغنم الوطن[1]. والمراد بالموطن الزكوي للمال هو بلد وجوب الزكاة في المال. كما قال الشيخ القليوبي: «محل الوجوب كالقرية، والحلة، ومحل الإقامة لذي الخيام، والسفينة لمن فيها»[2].

والإقليم: القطعة من الأرض. قال الأزهري وأحسبه عربياً، وقال الجواليقي ليس بعربي محض. والإقليم في العرف ما يختص باسم ويتميز به عن غيره فمصر إقليم والشام إقليم واليمن إقليم»[3].

والمعنى الاجمالي للضابط: أن الموطن الزكوي للمال الذي تجب فيه الزكاة هو الإقليم، فلا تنقل زكاة ذلك المال من إقليم إلى إقليم، ولكن تنقل من ناحية إلى ناحية داخل الإقليم، وإن كان بينهما أكثر من مسافة القصر[4].

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٢٠، المصباح المنير للفيومي ص٩١٥.

(٢) حاشية قليوبي ٣/ ٢٠٢.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص٧٠٧.

(٤) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي ص٩٩.

٢- أدلة هذا الضابط :

يستدل لهذا الضابط بأن النبي ﷺ كان يستدعي الصدقات من الأعراب إلى المدينة، ويصرفها في فقراء المهاجرين والأنصار. فقد روي عن عبد الله بن هلال الثقفي قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: كلفت أقتر بعدك في عناق أو شاة من الصدقة، فقال ﷺ: «قولا أنها تعطى فقراء المهاجرين ما أخذتها»[1]. ولأن الزكاة كانت تحمل إلى أبي بكر .الصديق. وإلى عمر بن الخطاب رضي الله عنهما من غير المدينة، ويؤيد ذلك ما روى أبو عبيد عن عدي بن حاتم أنه حمل صدقات قومه بعد النبي ﷺ إلى أبي بكر في أيام الردة[2]. وروى البخصاص أن عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر نقلا صدقات قومهما إلى أبي بكر من بلاد طيء وبلاد بني تميم فاستعان بها على قتال أهل الردة[3]. وروى أبو عبيد عن عمر بن الخطاب حين قال لابن أبي دباب وبعثه بعد عام الرمادة فقال «اعقل عنهم عقلين فاقسم فيهم أحدهما واتني بالآخر»[4]. ويرجع في تحديد الإقليم إلى العرف.

٣- قيود الضابط :

لإعمال هذا الضابط لابدّ من التحقق من القيود التالية :

أ- يتقيد الموطن الزكوي للمال الذي تجب فيه الزكاة بمكان وجود المال وليس بمكان المالك، فقد اتفق الفقهاء على أن الموطن الزكوي للثروة الزراعية والحيوانية هو مكان المال، فتوزع الزكاة على فقراء ذلك الموضع، ولو كان المالك يملك آخر؛ لأن تلك الأموال سبب لوجوب الزكاة، فوجب إخراجها حيث وجد السبب، ولأن أطماع أصناف المستحقين تمتد إلى هذه الأموال والنقل يوحشهم. واختلفوا فيما عدا ذلك من النقود

(١) سنن النسائي شرح السيوطي ٥/ ٣٤، نيل الأوطار للشوكاني ٤/ ١٧١

(٢) الأموال لأبي عبيد ص٧٨٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٣٧.

(٤) الأموال لأبي عبيد ص٧٨٩

وعروض التجارة. والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، من أن الموطن الزكوي لها هو مكان المال لا المالك[1]. لما يلي بيانه سابقاً.

ب- يتحدد الموطن الزكوي للمال بالإقليم عرفاً، ولا يتحدد بمسافة القصر كما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[2]. لعدم وجود دليل على ذلك. ولأولى اعتباره بالعرف عملاً بقاعدة: «العادة محكمة».

٤ تطبيقات الضابط ومستثنياته

يتفرع على هذا الضابط عدة فروع فقهية منها[3]:

أ- الأصل في توزيع زكاة المال أن توزع في موطنها الزكوي، ولا تنقل منه إلا لمصلحة راجحة: كوجود قريب محتاج أو من هو أشد حاجة أو من هو أنفع للمسلمين: كطلبة العلم الذين يدرسون في الخارج، أو للجهاد في سبيل الله

ب- الموطن الزكوي للدين هو بلد الدائن وبلد المدين ولدائن أن يختار بينهما؛ لأن الدين مال ثابت في الذمة لا يوصف بأن له محلاً مخصوصاً، ولا تمتد إليه أطماع المستحقين.

جـ- الموطن الزكوي لمال ذوي الخيام أو أهل البادية الذين لا يستقرون بموضع معين، وإنما ينتقلون من موضع إلى موضع آخر نعماً للماء والكلأ؛ هو أقرب البلاد إليهم.

د- الموطن الزكوي لزكاة الفطر هو إقليم المخرج لزكاة؛ لأنها لا تتعلق بمال معين، وإنما تتعلق بذمة المخرج.

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٥٢، حاشية الدسوقي ١/ ٥٠٠، مغني المحتاج للشربيني ٣/ ١١٨، كشاف القناع للبهوتي ٢/ ٢٦٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) بحث تكميلي بعنوان «نقل الزكاة من موطنها الزكوي» ضمن كتاب أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ١/ ٤٥١

المبحث الثاني

الضوابط الفقهية في المعاملات المالية

المعاملات المالية: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال. وهي تشمل المعاوضات: من بيع وإجارة، كما تشمل التبرعات: من هبة ووقف، والإسقاطات: كالإبراء من الدين، والمشاركات والتوثيقات: من رهن وكفالة وحوالة. وفيما يلي بيان لبعض الضوابط الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية.

أولاً: ضابط: «إن جهالة المبيع أو الثمن إنما توجب فساد العقد إذا كانت مفضية إلى المنازعة من التسليم والتسلم، أما إذا لم تكن مفضية فلا؛ لأن الجهالة لا تؤثر في العقد لذاتها، وإنما تؤثر لإفضائها إلى المنازعة»[1].

هذا الضابط يتعلق بالجهالة المؤثرة في عقد البيع وغير المؤثرة فيه. وفيما يلي بيان معنى الضابط وتحليله وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

الجهالة لغة: مأخوذة من الجهل، وهو ضد العلم[2].

والجهالة في الاصطلاح: «ما علم حصوله وطوي عنا المراد منه أو جنسه أو نوعه أو صفته أو مقداره أو وقت وجوده»[3]

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصيري للندوي ٤٢٩. وانظر: أيضاً: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٨٠.

(٢) المصباح المنير للفيومي ص١٥٦.

(٣) الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات لمحمد الله الضيفي ص١٠.

والمنازعة لغة: من نازع في كذا منازعة ونزاعاً خاصمه، وتنازع القوم في كذا اختلفوا[1].

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الجهالة في العقد نوعان:

جهالة مفضية إلى المنازعة: تمنع من التسليم والتسلم، كما لو قال شخص لآخر: بعتك جميع ما في هذه القرية بمليون دينار، فهذه جهالة فاحشة لا يحصل بها المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً فلا يصح. والنوع الثاني- جهالة غير مفضية إلى المنازعة بحيث يوجد التسليم والتسلم، ويحصل المقصود من العقد: كبيع دار بأساساتها، فالأساسات مجهولة، ولكن لا تمنع التسليم والتسلم، فيصح العقد.

وذكر القرافي نوعاً ثالثاً من الجهالة، وهو المتوسط الذي يحتاج إلى نظر وتأمل؛ هل يلحق بالنوع الأول أو بالنوع الثاني. وقد اعتبره القرافي سبب اختلاف العلماء في فروع الجهالة[2]

٢- أدلة الضابط:

يستند هذا الضابط إلى الأحاديث التي تنهى عن بيع الآبق وبيع السمك في الماء وبيع الغرر. ومن ذلك ما روي عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة»[3]. وقوله ﷺ: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر»[4]. فإن بيعها إنما منع لعدم القدرة على التسليم.

٣- أنواع الجهالة في الضابط:

الجهالة الواردة في هذا الضابط إما أن تكون في المبيع وإما أن تكون في الثمن.

(١) المصباح المنير للفيومي ص٨٢٤.

(٢) الفروق للقرافي ٣/ ٢٣٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، رقم (٤)، ٣/ ١١٥٣.

(٤) مسند أحمد ١/ ٢٨٨.

أ **فالجهالة في المبيع** قد تكون في الذات: كأن يقول بعتك شاة من هذا القطيع دون أن يحددها. وقد تكون في الجنس: كقول البائع للمشتري: بعتك سلعة دون أن يسميها، وهي من أفحش أنواع الجهالة. والجهالة في النوع: كقول البائع للمشتري: بعتك قنطاراً من حنطة. والمعروف أن الحنطة أنواع. والجهالة في الصفة: كقول البائع للمشتري: بعتك قنطاراً من الأرز المصري دون أن يحدد صفته. هل هو من الجيد أو الرديء. والجهالة في المقدار: كأن يبيع البائع صبرة قمح دون معرفة مقدارها. ويلحق بهذا النوع بيع الجزاف الوارد تفصيله في البيع.

ب- **والجهالة في الثمن** قد تكون في المقدار، وقد تكون في الصفة أو الوصف، وذلك في البلاد التي توجد فيها نقود متساوية في الرواج والتعامل ومختلفة في القيمة كالدينار العراقي السويسري والدينار العراقي المصور، فإن عدم تحديد الوصف جهالة مفضية إلى المنازعة.

أما إذا كانت النقود واحدة كالدينار الأردني فلا يحتاج إلى ذكر الوصف؛ لأن ذكر الدينار يكفي وينصرف إلى غالب نقد البلد؛ لأنه هو النقد المتعارف عليه بين الناس.

٤- **الحكم الكلي للضابط**. فساد العقد بالجهالة الفاحشة المفضية إلى المنازعة التي تمنع من التسليم والتسلم. وعدم فساده بالجهالة اليسيرة التي لم تفض إلى المنازعة لمانعه من التسليم والتسلم.

٥ **تطبيقات هذا الضابط**:

يدخل تحت هذا الضابط فروع كثيرة في أبواب البيوع نذكر منها[1]:

أ رجل له عشرة من الغنم، وصُبْرة حنطة فيها عشرة أنفزة، فباعها من رجل آخر على أن كل قفيز وشاة بعشرة دراهم، فإن كانت الغنم عشرة والأنفزة عشرة كان البيع

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للعصيري للندوي ص٤٣.

جائزاً؛ لأن جملة المبيع معلوم وهو عشرة أغنام بأعيانها وعشرة أقفزة من الصبرة الواحدة لا تتفاوت، وهي معلومة بالإشارة إليه. ولا يمكن كل قفيز وكل شاة منها مجهول جهالة تفسد العقد. لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم. لأن كل شاة من العشر وكل قفيز عينهما البائع مبيعاً بثمن محدد، فلا يجوز للمشتري أن يمتنع عن تسلم المبيع.

ب- لو دل رجل لآخر: يعتك أحد القميصين بخمسة دنانير جزاف، لأنه أشار إلى المبيع وعينه، فلا يفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم.

ثانياً. ضابط: «إن الدينين إذا اتفقا جنساً ووصفاً؛ أحدهما للرجل على صاحبه، والآخر لصاحبه عليه وقعت المقاصة بينهما تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه لا فائدة في بقائهما»[2]

هذا الضابط يتعلق بالمقاصة بين الديون، وهي طريق من طرق استيفاء الحق في الفقه الإسلامي. وفيما يلي بيان لمعنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته.

١ - **معنى الضابط**:

المقاصة لغة: من قصّ الشيء قصاً بمعنى قطعه، ومنه قصصت الأثر تتبعته، وقصصت مقاصة إذا كان لك على شخص دين مثل ما له عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين[3]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للمقاصة عن المعنى اللغوي لها فهي: إسقاط ما لك من دين على غريمك في مقابل ما له عليك[4]. وعرّفها الشيخ زروق في

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للعصيري للندوي ص٣٣٣.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٥/٩٩)، مصباح المنير للفيومي ص٦٩٣.

(٣) المقاصة في الفقه الإسلامي للدكتور ص٥، ضمن مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني عام ١٩٥٨.

شرح رسالة ابن أبي زيد بأنها: «جعل ما لك فيما عليك إذ تساوي الدينان أو في بعضه عند وجوبه بقدره إن تراضيا عليه»[1].

ومعنى الضابط: أن من ثبت له على غريمه مثل ما لغرمه عليه من الدين جنساً وصفة وحلولاً وقعت المقاصة، وتساقط الدينان إن كانا متساويين في المقدار وإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة. فإذا توافرت الشروط من الاتفاق في الجنس والوصف، فإن المقاصة تقع بنفسها بمجرد التلاقي، ولا تتوقف على تراضي الدائنين، على طلب من أصحابها. هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب[2]. في حين ذهب المالكية إلى عدم جواز المقاصة الإجبارية[3].

٢ أدلة الضابط:

استدل الجمهور لجواز المقاصة الإجبارية بعدة أدلة منها[4]:

أ- أن مطالبة أحد الدائنين للآخر بمثل ما عليه من الدين حيث لا فائدة فيه، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية تنكر العبث.

ب- القياس على ما إذا كان لوارث وحيد دين على مورثه، فمات المورث سقط دين الوارث، ولا يؤمر بتسليمه لعدم الفائدة في قبضه، وتبرأ ذمة المورث للدين؛ لأن كل التركة تنتقل إلى الوارث.

ومما لاشك فيه أن جواز المقاصة الجبرية يتفق مع المنطق المستقيم والمنهج السليم، وهو يتماشى مع روح الشريعة ومقاصدها، وعليه عمل الناس في كثير من البلدان اليوم.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤/٢٠، مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٤/٤٣٤، الإنصاف للمرداوي ٥/١٠٤.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٤٨.

(٤) المقاصة في الفقه الإسلامي لمذكور ص٦٠.

٣- القيود الواردة في الضابط:

مما تجدر الإشارة إليه أن المقاصة في الفقه الإسلامي نوعان. مقاصة جبرية: وهي التي بينا هذا الضابط، ومقاصة اختيارية (اتفاقية) وهي: التي تحصل برضاء المتداينين شريعة أن لا يترتب عليها محظور شرعي[1].

وأما المقاصة الإجبارية - محل الضابط - فهي التي تقع بنفسها دون توقف على تراضي الطرفين، ولا على طلب أحدهما[2]. كأن يقترض زيد من بكر ألف دينار لمدة سنة. ثم يبيع بكر لزيد سيارة بثمن مؤجل لمدة ألف دينار وقعت المقاصة بين هذين الدينين سجرد ثبوت الدين الثاني في ذمة بكر، ودون طلب من أحدهما. ويشترط لثبوت هذه المقاصة عدة شروط منها:

أ- اتحاد جنس الدينين، فلا تقع المقاصة الجبرية إذا كان الدينان من جنسين مختلفين، كألف دينار أردني، وثلاثة آلاف دولار أمريكي.

ب- اتحاد الدينين في الوصف من جودة ورداءة، فإذا اختلفا لا تقع المقاصة الإجبارية.

جـ- اتحاد الدينين في الحلول أو التأجيل.

وإذا كان الدينان حالين وقعت المقاصة الإجبارية بلا خلاف. أما إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً فقد اختلف الفقهاء في وقوع المقاصة الإجبارية، فلا تقع عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية في المشهور عندهم. وهو الراجح. وكذلك إذا كانا مؤجلين واختلف أجلهما فلا تقع المقاصة عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية في المشهور ولحنابلة والإمام الشافعي[3]. وهو الراجح؛ لأنه لا فائدة من الانتصار حتى يحين الأجل.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٣٨٠.

(٢) المقاصة في الفقه الإسلامي لمذكور ص٦٠.

(٣) البحر الرائق ٧/٢٣٣، حاشية الخرشي ٥/٢٣٥، روضة الطالبين للنووي ٤/٢٧٣، مطالب أولي النهى ٣/٢٣٥.

٤- تطبيقات الضابط:

يوجد عدد فروع فقهية تندرج تحت هذا الضابط[1]:

أ- اختلاف الحنفية المتأخرين وأصحابهم حيث واحداً في كثير من الأحكام والفتاوى، نتيجة المعاصة المجبرة بينهما في حين ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التأخير والتأخر حينئذ فلا تقع المعاصة المجبرة بينهما لاختلاف الجنس وهو الراجح.

ب- الأوراق التجارية من شيكات سياحية وبطاقات الميزا لا تعتبر نقوداً، وإنما هي عبارة عن صادر من صاحب الودائع في البنك، فإذا أراد البنك أن يدفع مبلغاً من النقود للمستفيد الذي عينه مصدر الشيك، ورجع لأي فرد أن يمتنع عن قبول تلك الأوراق، فلا تعتبر من جنس الأوراق النقدية، وبالتالي لا تقع المقاصة الجبرية بها.

جـ- لو أخرج زيد ألف كيلو قمح بكر وكان لزيد على بكر ألف كيلو قمح، فإذا كان القمح الذي أخرجه زيد مبيعاً في ذمته فما لم: وقعت المقاصة الإجبارية وإلا فلا.

ثالثاً: ضابط: «إن كل ما كان حقاً، صاحبه عامل فيه لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط، وما لا فلا»[2]

هذا الضابط ذكره الشيخ أحمد الزرقاء إذ توصل إليه بعد إمعان الفكر وإجالة النظر في فروع عديدة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود وفيما يلي بيان لبعض الضوابط وما تفصله من قيود وتطبيقات.

(١) الزرقا، فقه الفقهي، ٣١٩/٢، وانظر: مجلة الأحكام العدلية، م١٩٦.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، ص٢٠٩. وانظر أيضاً ترجمة الشيخ أحمد الزرقا، للشيخ عبد الفتاح أبو غدة، ضمن كتاب «مواجهة من فقهاء المسلمين الإسلامي» ص١٠٠.

١- معنى الضابط:

الإسقاط في اللغة: من سقط الشيء يسقط سقوطاً بمعنى الرفع والإزالة، يقال أسقط الحارس نفسه من الديوان أي رفعه وأزاله. وسقط الفرض أي سقط طلبه والأمر به[1].

والإسقاط في الأصطلاح: هو الإزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقرباً إلى الله تعالى بصيغة مخصوصة[2].

وبعبارة أخرى: «هو إزالة الحق الثابت نهائياً مع علم بقاء لغير المختص به سواء أكانت هذه الإزالة بعوض أم بغير عوض»[3].

والحق في اللغة: نقيض الباطل، وهو مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت، أو وجب وصفه في اللغة يدل على إحكام الشيء وصحته. وهو يطلق على الملك والملك والموجود الثابت والنصيب والواجب واليقين[4].

والحق في الإصطلاح: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً»[5] كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته فإنه سلطة، وحق البائع في طلب الثمن من المشتري فإنه تكليف.

والمعنى الإجمالي للضابط هو: أن الحقوق التي قبل الإسقاط من صاحبها هي ما توافرت فيها الشروط التالية: أن تكون موجودة وقائمة عند الإسقاط فلا يصح إسقاط حق قبل وجوده. وأن لا تكون الحق عيناً من الأعيان لأن إسقاط الأعيان لا يفيد زوال الملك. وأن تكون قابلة للإسقاط شرعاً، فلا يؤدي إلى تغيير وضع شرعي. وأن يكون خالصاً لصاحبه، فلا يجوز إسقاط حق تعلق به حق للغير.

(١) المصباح المنير للفيومي ص٣٨٠.

(٢) نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي لأحمد شلبي ص٩.

(٣) تقنين الحق للزوجة لمحمد تشريف ص٩٨ نقلاً عن نظرية الإسقاط ص١٠.

(٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص١١٢٩. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/١٥

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٣/١٠

يستدل لجواز إسقاط الإنسان حقوقه بعدة أدلة من القرآن والسنة

أ- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [البقرة: ١٧٨]. فهي تدل على أن لولي الدم أن يسقط حقه في القصاص ويأخذ الدية من القاتل.

ب- قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فهي تدل على أن للمطلقة أن تعفو عن حقها في الميراث. وهو إسقاط لحقها.

جـ- وقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فهي تدل على إسقاط الذين عن المعسر خير من الإنظار إلى الميسرة وأكثر ثواباً

د- وروي عن أبي قتادة أنه طلب غريماً له فتوارى عنه ثم وجده فقال: إني معسر. فقال إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه»(١). وفي رواية عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «من أنظر معسراً أو وضع له، أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله»(٢).

---

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، رقم (٣٢)، ٣/١١٩٦.

(٢) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب (٦٧)، ٣/٥٥٩، وقال: حسن صحيح

٣- القيود الواردة في الضابط

لإعمال هذا الضابط لابدَّ من توفر الشروط والقيود المتعلقة بالإسقاط، ولما كان الإسقاط معاملة من المعاملات المالية التي تتكون من الصيغة (الإيجاب والقبول)، والمسقط، والمسقط عنه، ومحل الإسقاط وهو الحق الذي يرد عليه الإسقاط وعوض الإسقاط في الإسقاطات التي تقابل بعوض فيشترط فيها عدة شروط وهي(١):

أ- يشترط في المسقط (بكسر القاف) أن يكون أهلاً للتبرع والتصرف، بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه أو دين. فلا يصح إسقاط الصبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز عند جمهور الفقهاء كما لا يصح إسقاط المجنون والسفيه، كما يشترط في المسقط أن يكون مختاراً، فلا يصح إسقاط المكره، كما يشترط فيه أن يكون مالكاً لما يتصرف فيه عاملاً فيه لنفسه، فلا يصح إسقاط من يعمل فيه لغيره: كناظر الوقف، والموظف، والوكيل فيما وكل به، فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم، فلا تسقط بالإسقاط.

ب- ويشترط في المسقط عنه أن يكون معلوماً، معيناً، موجوداً وقت الإسقاط، فلا يصح الإسقاط لمجهول أو ميت.

جـ- ويشترط في محل الإسقاط (الحق) أن يكون موجوداً عند الإسقاط وقائماً، فلا يصح الإسقاط عن الحق قبل وجوده: كإسقاط حق الشفعة قبل وجوبه، وإسقاط الزوجة نفقتها عن زمن مستقبل.

كما يشترط في الحق أن لا يكون عيناً من الأعيان، لأن إسقاط الأعيان لا يفيد زوال الملك عن العين: كأن يقول شخص: أسقطت ملكي في هذه الدار، أو قول الوارث: أسقطت حقي من الميراث.

كما يشترط في الحق أن يكون قابلاً للإسقاط شرعاً، فلا يصح إسقاط الحقوق التي قررها الشارع لصحة المعاملات: مثل حق رب السلم في لزوم تسليم المسلم فيه في

---

(١) نظرية الإسقاط لشليبك ص٣٤ ١٥٧، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص٢٠٩.

أمكان المعيب في عقد السلم، وحق المُسلَم إليه في قبض الثمن في مجلس العقد، وحق خيار الرؤية بعد الرؤية، فإنها لا تسقط بالإسقاط؛ لأنها حق الشرع.

كما يشترط في الحق أن يكون خالصاً للمسقط فلا يجوز إسقاط حق تعلق به حق للغير، كما في الحدود والتعازير. وكذلك حق الرجوع في الهبة وحق المستحق في الوقف بعد بدو الغلة قبل حصولها هي بيد المتولي، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط.

المبحث الثالث

الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية مصطلح معاصر يطلق على الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان بأسرته، وهو بذلك الأحكام المدنية التي تنظم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع، ويندرج تحت هذا المصطلح الزواج والطلاق والإرث والنسب ونفقة الأقارب والوصايا بين الأقارب. ولما كانت الضوابط الفقهية المتعلقة بالأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة تبعاً لتنوع موضوعات الأحوال الشخصية فلابد من الاقتصار على بعض النماذج.

أولاً: ضابط: «العيوب الموجبة للفسخ في النكاح اذا علمت بها المرأة قبل النكاح فلا خيار لها في العنة على الأصح»(١)

هذا الضابط يتعلق بالعيوب الموجودة في الزوج وأثرها في فسخ عقد الزواج. فإذا علمت الزوجة بهذه العيوب قبل عقد الزواج، ورضيت بها لم تعط حق فسخ عقد الزوج إلا في حالة العنة عند بعض الفقهاء. وفيما يلي بيان لمفردات الضابط وقيوده وتطبيقاته.

١ مفردات الضابط.

العيوب: جمع عيب وهو في اللغة من عاب المتاع عيباً، وعاب فلان فلاناً يعيبه والاسم العيب: وهو النقص أو الرداءة(٢).

والعيب في الاصطلاح: النقيصة في الشيء التي يخلو منها الخلق السليم(٣)

والعيوب في النكاح منها ما يتعلق بالزوج، ومنها ما يتعلق بالزوجة. فعيوب الزوج هي

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٧٦

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٢٨٩، المصباح المنير للفيومي ص٤٠١

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٣٢٥

الجب[1] والعُنة[2] والخصاء[3]. وعيوب الزوجة: الرتق[4] والقرن[5] والعفل[6] وغير ذلك. هذا بالإضافة إلى أن هناك عيوباً مشتركة بين الزوجين، وهي كثيرة ومتنوعة. كالبرص والجذام[7] والجنون والخنوثة والحقم وغير ذلك.

والخيار في عقد الزواج: أن يكون لأحد المتعاقدين حق فسخ الزوج أو إمضائه.

٢- قيود الضابط:

يثبت خيار الفسخ والإمضاء في عقد الزواج للزوجة بالقيود التالية:

أ- وجود عيب في الزوج: كالجب أو العنة أو الخصاء. ويستدل لذلك بإجماع الصحابة، وممن نقل الإجماع الماوردي والقاضي عياض حيث قال القاضي عياض: «اتفق كافة العلماء على أن للمرأة حقاً في إجماع، فثبت لها الخيار إن تزوجت المجبوب جاهلة به»[8] كما استدلوا بالقياس على ثبوت الخيار في البيع إذا كان المبيع معيباً[9].

ب- أن تكون المرأة جاهلة بالعيب عند العقد، وإلا إذا علمت ورضيت سقط حقها في خيار الفسخ قياساً على رضا المشتري بالعيب عند البيع، فإنه يمنع الرد وخيار الفسخ. ويستثنى من ذلك علم الزوجة بالمُنة ورضاها، فإنه لا يسقط حق الخيار؛ لأن العنة تتغير بتغير العِرة والزمن.

---

(١) الجَب: قطع العضو التناسلي من الذكر.

(٢) العُنة: عجز الرجل عن الجماع لمرض أصابه.

(٣) الخصاء: قطع بيضتي الرجل. وهذه مصير الحيوانات المعروفة.

(٤) الرتق: عصبة تخرج من فرج المرأة، فتؤدي إلى سده.

(٥) القرن: عضو أو غدة تخرج من فرج المرأة فتسده.

(٦) العفل: زوائد لحمية تخرج من فرج المرأة فتسده.

(٧) الجذام: مرض يصيب الإنسان فتهدف منه الأطراف ويبادر اللحم من القبح.

(٨) بدائع الصنائع ٢/٣٣٦، والمغني مع الشرح الكبير لابن قدامه ٨/٥١٦.

(٩) حاشية ابن عابدين ٢/٢٢٦.

جـ- أن يكون العيب في الزوج قديماً أي قبل عقد الزواج أو يكون مقارناً له، فإن كان العيب طارئاً فلا خيار للزوجة عند الحنفية خلافاً للجمهور الذين يرون ثبوت حقها في الفسخ بتضررها بذلك[1]. وهو الراجح

٣- تطبيقات الضابط:

من تطبيقات هذا الضابط[2]:

أ- إذا علمت الزوجة عند عقد الزواج بما في الزوج من عيب: كالجب والخصاء واحتارت الإمضاء والمقام معه بطل حقها في فسخ عقد الزوج، ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح؛ لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها.

ب- إذا اجتمعت الزوجة مع الزوج في العنة بالجب في الزوج فادعت الزوجة عدم العلم وادعى الزوج عكسه، فالقول قول الزوجة وعلى الزوج إثبات ذلك العلم بالبينة.

ثانياً: ضابط: «جميع أقارب الرجل من النسب حرام عليه إلا أربعة: بنات أعمامه، وأخواله، وعماته، وخالاته، بخلاف أصهاره فإن كل نساء الصهر حلال له إلا أربعة: حلائل الأباء، وحلائل الأبناء، وأمهات النساء، وبناتهن»[3].

هذا الضابط يحصر المحرمات في النكاح نسباً وصهراً والأصل في أقارب الرجل (أصوله وفروعه) المحرمة، ويستثنى من ذلك الأربعة المبينة في الضابط. والدليل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) مختصر الطحاوي ٢/٢٠٩، بلغة السالك للصاوي ٢/٣٢٤، نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٥٥، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٨/٥٦٦.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٦٣-٦٥

كما أن الأصل في أصهار الرجل الحل؛ ويستثنى من ذلك الأربعة المبينة في الضابط.

والدليل على ما يستثنى من هذا الأصل: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ٢٢] فقد وصف الله تعالى زواج الابن من زوجة أبيه بالفحش والمقت لعظم إثمه وشدة بغض الله له. قال ابن كثير: «حرم الله تعالى زوجات الأب تكرمة لهم، وإعظاماً وإحتراماً أن يوطأ من بعده، حتى إنها لتحرم على الابن بمجرد العقد عليها، وهذا أمر مجمع عليه»[1]

ثالثاً: ضابط: «كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقاً إذا أوقعها الزوج، أو نائبه، أو فوض الطلاق إلى زوجته. وإن كل فرقة لم ينطق بها الزوج ولم يردها أن تقع فأوقعت فهذه فرقة لا تسمى طلاقاً بل فسخاً»[2]

هذا الضابط تتعلق بوضع حد فاصل بين ما يعدُّ طلاقاً وما يعد فسخاً. فالفرقة التي جاءت من قبل الزوج أو فوضها إلى الزوجة أو وكل بها غيره فهي تعدُّ طلاقاً

ويدخل في ذلك:

١- التفريق للإضرار.

٢- تفريق الحكمين بينهما.

---

(١) تفسير ابن كثير ١/ ٣٢٢.

(٢) الام للشافعي ٥/ ١١٩.

٣- التفريق بسبب العيوب في أحد الزوجين.

٤- التفريق لإعسار الزوج بالنفقة أو نحوها.

٥- الإيلاء: وهو حلف الزوج بالله تعالى على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً. فهو يعتبر طلاقاً وإن أوقعه القاضي؛ لأن الفرقة من جهة الزوج.

وأما الفرقة التي لم يردها الزوج ولم ينطق بها فهي فسخ: كالفرقة بسبب الردة وإباء الإسلام، وفساد عقد النكاح، وبسبب اللعان وغير ذلك من وجود حالات طارئة على العقد تنافي مع بقاء الزوجية واستمرارها.

ومن الآثار التي تترتب على التمييز بين الطلاق والفسخ[1]:

١- أن فرقة الطلاق ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، وهي ثلاث طلقات. في حين أن فرقة الفسخ لا ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته.

٢- أن فرقة الطلاق بعد دون الثلاث يقع الطلاق على المرأة في عدتها لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل المحل. في حين أن فرقة الفسخ بعد دون الثلاث لا يقع الطلاق على المرأة في عدتها إلا ما يكون بسبب الردة عن الإسلام أو الإباء عن الإسلام؛ لأن الطلاق أثر لعقد النكاح، وقد ينقض العقد فلا يثبت طلاق بعد ذلك.

---

(١) فرق النكاح لحسين الجبوري ص٦

المبحث الرابع

الضوابط الفقهية في الجنايات

الجنايات: جمع جناية وهي في اللغة مصدر جنى أي أذنب ذنباً يؤاخذ به[1]. وهي بالمعنى العام: كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها[2]. وخصها الفقهاء بالجرح والقطع المتعلقين بالنفس الإنسانية[3]. والمراد بها هنا المعنى العام وهو: «الفعل أو الترك أو التسبب إذا أضر بالنفس أو بغيرها واستوجب عقوبة دنيوية»[4]. ويندرج تحت الجنايات ما يتعلق بالقصاص والحدود والتعزيرات. والضوابط في هذا الموضوع كثيرة ومتنوعة سوف اقتصر على ذكر بعضها.

أولاً: ضابط: «كل قتل عمد عدوان على غرة أو على وجه الخداع والمخاتلة، بحيث يتعذر معه الإغاثة لغرض عام يقصد القاتل من مال أو عرض أو نحو ذلك».[5]

هذا الضابط يتعلق بقتل الغيلة وعقوبته. والغيلة في اللغة من غول، وهو يدل في أصل اللغة على ختل وأخذ من حيث لا يدري، يقال غاله يغوله أخذه من حيث لم يدر. والغوْل كل ما اغتال الشيء فأهلكه[6]. وقتل الغيلة: هو أن يخدع شخصاً حتى يصير به إلى موضع خفي فيقتله[7]. وبعبارة أخرى: هو القتل على غرة كالذي يخدع إنساناً،

(١) «مصباح المنير للفيومي ص ١٥٤.
(٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٥٤١/١.
(٣) المصباح المنير للفيومي ص ١٥٤.
(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص١٦٧.
(٥) أحكام الجناية على النفس عند ابن القيم لبكر أبو زيد ص١٠٤.
(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٠٢/٤؛ المصباح المنير للفيومي ص٦٦٦.
(٧) فتح الباري لابن حجر ٢٧٧/١٢.

فيدخله بيتاً أو نحوه أو غيره[1]. واعتبره التسولي المالكي نوعاً من أنواع الحرابة، وهو أن يقتله لأخذ ماله أو زوجته أو ابنته، وكذا لو خدع كبيراً أو صغيراً فيدخله موضعاً خالياً ليقتله أو يأخذ ماله. ومخدوع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه[2]. وقال ابن تيمية في التمثيل له: مثل الذي يجلس في خان يكريه لأبناء السبيل فإذا انفرد بقوم منهم قتلهم وأخذ أموالهم، أو يدعو إلى منزلة من يستأجره لخياطة أوطب أو نحو ذلك فيقتله ويأخذ ماله فهذا يسمى قتل الغيلة[3].

ومن قيود هذا الضابط:

١- القتل العمد على وجه الخداع والمخاتلة، ويؤيد ذلك حديث العرنيين. عن أنس مالك رضي الله عنه قال: قدم رهط من عُرينة وعكل على النبي ﷺ فاجتووا فشكوا ذلك إلى النبي ﷺ، فقال: لو خرجتم إلى إبل الصدقة فشربتم من ألبانها وأبوالها، ففعلوا فلما صحوا عمدوا إلى الرعاة، فقتلوهم واستاقوا الإبل، وحاربوا الله ورسوله، فبعث رسول الله ﷺ في آثارهم، فأخذوهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الشمس حتى ماتوا»[4] فهذا الحديث يدل على أن هؤلاء قتلوا الرعاة قتل غيلة وغدر وخداع ومخاتلة.

٢- أن يكون القتل بقصد أخذ المال أو العرض أو غير ذلك كما أشار حديث العرنيين السابق.

٣- أن يتم القتل في مكان يتعذر فيه الإغاثة، كما أشار إلى ذلك حديث العرنيين، حيث استفرد المرعيون بالرعاة في الصحراء، وهي مكان يتعذر فيه الإغاثة.

(١) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٩/١.
(٢) البهجة شرح التحفة للتسولي ٣٧٣/٢.
(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ضمن مجموع الفتاوى ٣١٦/٢٨.
(٤) صحيح البخاري كتاب الحدود، باب (١٥)، ١٨/٨.

وقد رتب حديث العرنيين على هذه الجناية عقوبة حدية لا يسقطها عفو ولي الدم، ولا تغتر فيها تكافأة كما ذهب إليه المالكية والحنابلة تعدم إمكان التحرز من القاتل[1].

ثانياً: ضابط: «إن التحرز معتبر في الأشياء حسب ما تعارفه الناس في حرز مثلها»[2]

هذا الضابط يتعلق بحرز المال المسروق، فلا يعد أخذ مال الغير سرقة إلا إذا كان هذا المال بالغاً النصاب ومحروزاً بحرز مثله، فإن أخذ من غير حرز فلا قطع على آخذه. والحرز في اللغة: هو الحفظ والتحفظ. وحرز المال هو المكان الذي يحفظ فيه عادة كالدار[3]. ويؤيد اشتراط الحرز ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت رجلاً من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي توجد في مراتعها؟ قال: فيها ثمنها مرتين وضرب نكال، وما أخذ في عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن. قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها؟ قال: من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن حمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن[4]. فقد أسقط النبي ﷺ القطع عن سارق الحريسة إلا ما كان منها محرزاً في عطنه، وأسقط القطع عن سارق الثمر إلا ما كان منه محرزاً في جرمه. فدل ذلك على أن الحرز شرط في القطع، ولأن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السراق عن أموال الناس، والناس إنما تعبر إلى ما له خطر القلوب وعبر المحرز لا خطر له في القلوب عادة. فلا تميل الأطماع فلا حاجة إلى الصيانة بالقطع[5].

(١) تحفة شرح تحفة للسنوسي ٢/ ٣٧٤، مغاني أولي النهى للرحيباني ٦/ ٣٩.
(٢) معالم القربة للخطيب ٢/ ٣٠٦.
(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ٣٨، المصباح المنير للفيومي ص ١٧٧.
(٤) مسند أحمد بن حنبل ٢/ ١٨٠.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٧٣.

ومن الأمثلة على الحرز الحيوانيت والمتاجر في الأسواق حرز لما فيها من بضاعة، وأرصفة الأسواق لا تعدُّ حرزاً لبضائعه التي عليها إلا بشروط وهي[1]: أن تكون البضاعة ثقيلة يصعب حملها، وأن تضم البضاعة بعضها إلى بعض، بحيث يدل حملها على وحدتها واستقلالها. وأن يوضع عليها ما يدل على حفظها كغطاء أو شدها بحبل

ثالثاً: ضابط: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام، وما أسكر كثيره فقليله حرام»[2]

هذا الضابط يتعلق بالمسكرات والمخدرات، فيحرم كل ما أسكر، وإذا أسكر كثيره فقليله حرام. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١] فاسم الخمر في لغة العرب يتناول المسكر من الثمر وغيره ولا يختص بالمسكر من العنب. وقد ثبت أن الخمر لما حرمت بالمدينة المنورة، وكان تحريمها في السنة الثالثة من الهجرة لم يكن من عصير العنب شيء وإنما كان خمرهم من التمر. فقد روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نزل تحريم الخمر وإن بالمدينة يومئذ لخمسة أشربة وما منها شراب العنبة، وفي رواية «الأشربة هي: التمر، والعسل والحنطة والشعير»[3].

وقد سئل النبي ﷺ عن البتع، وهو نبيذ العسل وكنت أهل اليمن يشربونه. فقال ﷺ: «كل مسكر أسكر فهو حرام»[4].

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٥٣، شرح الزرقاني ٤/ ١٦٠.
(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية ٣٤/ ١٨٦.
(٣) صحيح البخاري، الأشربة، باب (٢)، ٦/ ٢٤١.
(٤) صحيح مسلم، كتاب الأشربة، رقم (٧٣)، ٣/ ١٥٨٧.

المبحث الخامس

الضوابط الفقهية في القضاء

من الكتب المعاصرة التي جمعت القواعد والضوابط الفقهية كتاب: «القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام» لإبراهيم التحريري وهو كتاب مهم في هذا الموضوع، حيث يربط بين أحكام القضاء والقواعد والضوابط الفقهية. وفيما يلي بعض الضوابط المتعلقة بالقضاء.

أولاً: ضابط: «كتاب القاضي إلى مثله كالخطاب له في إثبات الحكم»[1].

هذا الضابط يتعلق بكتاب القاضي إلى قاضي، وهو أن يكتب القاضي إلى القاضي ما يسمعه من الشهادة أو ما قضى به على شخص ويرسله إلى قاض آخر ويعمل به بموجب ما فيه ويسمى: «الكتاب الحكمي»[2].

وقد اتفق الفقهاء على جواز الإثبات بكتاب القاضي والعمل به. ويؤيد ذلك ما روي عن الضحاك بن سفيان أن رسول الله ﷺ كتب إليه يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها[3] وثبت عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه عمل بكتاب القاضي ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة فكان إجماعاً[4]. ولأنه قد يتعذر على صاحب الحق الجمع بين الخصوم والشهود في مجلس واحد، كما يصعب أن يحضر الشاهد إلى بلد قاضي المدعي، فيتعرض الحق إلى السقوط والضياع. فالحاجة داعية إلى الأخذ بكتاب القاضي[5].

---

(١) شرح أدب القاضي للخصاف لصدر الشريعة البخاري ٣/١٠٩، القواعد والضوابط الفقهية للتحريري ص١٢٨.
(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ص٤٤٤.
(٣) سنن الترمذي، كتاب الديات، باب (١٩)، ٤/٢٧. وقال: حسن صحيح.
(٤) المغني لابن قدامة ٩/٩٠.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٦/٩٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٨٣.

ومما يؤيد اعتبار الكتاب كالخطاب أن كتاب الله تعالى إلى رسوله يقوم مقام خطابه له في الأمر والنهي مما قد تضمن كتابه. وكذلك خبر الرسول ﷺ لنا يقوم مقام خطابه لنا في الأمر والنهي وغير ذلك، فإذا كان ذلك كذلك فإنه يقوم كتاب القاضي مقام خطابه[1].

ثانياً: ضابط: «تقوم القرينة القاطعة والراجحة مقام البينة في إثبات الحقوق»[2].

هذا الضابط يتعلق بالقرائن ودورها في الإثبات.

والقرينة لغة: من قرن الشيء بالشيء إذا شده ووصله أو جمع بينهما[3].

والقرينة في الاصطلاح: أمر يشير إلى المطلوب[4]. وبعبارة أخرى: ما يدل على المراد من غير أن يكون صريحاً فيه. وهي على نوعين: قرينة قاطعة: وهي التي تكون دلالتها لا تقبل إثبات العكس. وقرينة غير قاطعة: وهي التي تكون دلالتها تقبل إثبات العكس[5].

ومن صور القرينة في القضاء: القسامة والقيافة والفراسة والحيازة

فالقسامة: أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ولا يعلم من قتله. يقسم خمسون رجلاً من أهل تلك المحلة أو الدار: كأن يقول كل واحد منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً[6]. فقد أقر النبي ﷺ العمل بها على ما كانت في الجاهلية[7].

---

(١) شرح أدب القاضي للخصاف للبخاري ٣/١٠٩.
(٢) القواعد والضوابط الفقهية للتحريري ص١٣٠.
(٣) المصباح المنير للفيومي ص٦٧٦.
(٤) التعريفات للجرجاني ص٢٢٣.
(٥) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ص٣٦٢.
(٦) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ص٢٨٣.
(٧) مسند أحمد بن حنبل ٥/٤٣٢.

والقيافة في اللغة: تتبع الأثر[1].

وفي الاصطلاح: الحق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم[2]. وأصل ذلك أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخاً للبراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لاعن في الإسلام. فإن فلاعنها فقال رسول الله ﷺ أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضي العين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء[3] قال: فأتت به أكحل جعداً حمش الساقين[4].

والفراسة لغة: من افترس الشخص فراسة، وتفرست فيه الخير: تعرفته بالظن الصائب[5].

والفراسة في الاصطلاح: الاستدلال بالأمر الظاهر على الأمور الخفية[6] والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ﴾ [الحجر: ٧٥] أي للمتفرسين أو الناظرين. وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَاهُمْ وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٠].

والحيازة: هي وضع اليد على الشيء زمناً طويلاً أو الاستيلاء عليه[7].

وتكون الحيازة مشروعة في حالة ما إذا كان الشيء المحوز غير مملوك: كالاصطياد والاحتشاش وإحياء الموات، واستخراج ما في باطن الأرض. وتكون غير مشروعة في

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص٥١٢.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٨/١٣٧.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢١)، ٣/١٦٠. صحيح مسلم، كتاب اللعان، رقم (١١)، ٢/١٣٤.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص٦٣٩.

(٥) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ص٣٨٠.

(٦) السلطة القضائية لشوكت عليان ص٣٨٦.

حالة ما إذا كان الشيء المحوز مملوكاً لأحد؛ لأن وضع اليد على المال المملوك لا يعد سبباً مشروعاً للتملك وإنما هو من قبيل الغصب والسرقة والخيانة.

ثالثاً: ضابط: «كل شهادة تضمنت جرّ مغنم للشاهد، أو دفع مغرم عنه ترد»[1]:

هذا الضابط يتعلق بالتهمة في الشهادة، فترد شهادة كل من جرّ بها نفعاً أو مختماً لنفسه للتهمة؛ لأن التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً. ويندرج تحت هذا الضابط عدة صور منها[2]:

١- القرابة: فلا تقبل شهادة الوالد لولده وإن سفل، ولا الولد لوالده وإن علا عند جمهور الفقهاء كما لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها.

٢- الخصومة والعداوة: بأن لا يكون الشاهد خصماً للمشهود عليه وهو من يبغضه ويتمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته.

٣- أن يشهد لغريمه المفلس أو شريكه، أو أن يشهد الوكيل فيما هو وكيل فيه.

---

(١) القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء للحريري ص١٠٨.

(٢) رسائل الإصلاح للزحيلي ص١٣٠.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة التحليلية للقواعد الكلية والضوابط الفقهية نستطيع أن نلخص أهم ما انتهيت إليه فيما.

١ **القاعدة الكلية**: قضية شرعية عملية كلية تشتمل على أحكام جزئيات موضوعها، وتتعلق بعدة أبواب في الفقه الإسلامي. في حين أن الضابط الفقهي يتعلق بباب واحد أو موضوع واحد.

٢- تختص كل من القواعد الكلية والضوابط الفقهية بأنها أحكام شرعية تستند إلى أدلة من القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس. كما أنها خاصة بأفعال المكلفين، وتصاغ صياغة موجزة محكمة دقيقة تدل على الشمول والاستغراق.

٣- تعد كثير من أمهات الكتب الفقهية مصدراً غنياً بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية، ومن ذلك كتاب الأم للشافعي والخراج لأبي يوسف والسير لمحمد بن الحسن الشيباني، والمبسوط للسرخسي وغير ذلك.

٤- إن دراسة القواعد الفقهية تعين على حفظ وضبط الفروع الفقهية المنتشرة في قواعد كلية وضوابط فقهية قليلة العدد سهلة الحفظ بعينة النسيان، متى ذكرها الدارس استحضر عدداً كبيراً من الفرعيات. كما تعمل على تكوين ملكة فقهية لدى المتخصصين في الفقه الإسلامي، وإيجاد تصور عام عن الفقه لدى غير المتخصصين.

٥- إن دراسة القواعد الفقهية تبين في إدراك أسباب اختلاف الفقهاء ومآخذ الأحكام، كما أدى الخلاف إلى توسيع دائرة التفقه الفقهي، ولذلك تعد كتب الخلاف مصدراً كبيراً من مصادر القواعد الفقهية.

٦- تعد القواعد الفقهية وبخاصة القواعد الكبرى نواة لإيجاد نظريات فقهية تؤلف كل منها نظاماً حقوقياً موضوعياً متيناً في أغلب أبواب الفقه الإسلامي

٧- إن القواعد الفقهية التي كان أصلها نصاً من كتاب أو سنة نبوية أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع تعد مصادر يجوز الاستناد إليها في الاستنباط؛ لأن الرجوع إليها رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها. أما القواعد التي لا تستند إلى دليل شرعي فيها لا نعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط.

٨- الأحكام الشرعية كما تبنى على اليقين والعلم تبنى على الظن الظاهر أو الغالب من باب الضرورة لتعذر اليقين في أكثر الصور.

٩- ورود الاستثناء في القواعد الكلية الفقهية يمكن تخريجه على أن الفرع المستثنى لا تتحقق فيه بعض شروط إعمال القاعدة وقيودها أو اندراج ذلك الفرع تحت قاعدة أخرى أوجبت التعارض، فلزم الترجيح.

١٠- العلماء سلكوا في التقعيد الفقهي وصياغة القواعد الفقهية مسلكين:

الأول: استنباط القواعد الكلية المتضمنة أحكاماً كلية من الأدلة الشرعية؛ والثاني: تقنين القواعد الفقهية وذلك بجمع الفروع والجزئيات الفقهية التي يجمعها موضوع واحد في قاعدة كلية مصاغة صياغة موجزة شاملة.

١١- المقصد الشرعي للقواعد الفقهية يتفق مع المقصد الشرعي من الأحكام الشرعية التي قررتها الشريعة الإسلامية من تحقيق مصالح العباد أو دفع الضرر عنهم.

١٢- القواعد الكبرى التي تحكم بنية الفقه الإسلامي ست قواعد وهي: «الأمور بمقاصدها»، و«اليقين لا يزول بالشك»، و«الضرر يزال»، و«المشقة تجلب التيسير»، و«العادة محكمة»، و«إعمال الكلام أولى من إهماله».

١٣- يضاف إلى القواعد الست الكبرى قواعد أقل شمولاً ولكنها مهمة جداً في بناء تصور عام عن الفقه الإسلامي وهي التي سميناها بالقواعد الكلية الصغرى مثل قاعدة «الضرر يزال» و«الخراج بالضمان» وغير ذلك.

١٤- إن تعميق البحث في دراسة القواعد الفقهية يمكن أن يتجه إلى اتجاهين: الاتجاه الأول: تخصيص بعض القواعد بالبحث والدراسة والتحليل والتعميق مثل قاعدة: «الأمور بمقاصدها» والاتجاه الثاني: جمع القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بموضوع واحد من موضوعات الفقه الإسلامي. كقواعد النظام الاقتصادي، أو قواعد القضاء، أو قواعد السياسة الشرعية، أو قواعد الأحوال الشخصية أو غير ذلك مما يؤدي إلى رسم صورة كلية عن الموضوع محل القواعد الفقهية، وتقعيد قواعد جديدة في هذا المجال.

١٥- ضرورة الاهتمام بمقرر «القواعد الفقهية» في جميع مراحل الدراسة الجامعية الشرعية من بكالوريوس وماجستير ودكتوراه.

رفيق
عبد الرحمن النجدي
أسعده الله في الدارين

المراجع والمصادر

مرتبة حسب اسم الكتاب ووفق الترتيب الألفبائي

١ - القرآن الكريم.

٢ - الإبهاج في شرح المنهاج لعلي بن عبد الكافي السبكي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

٣- الإتقان في علوم القرآن لجلال الدين السيوطي، المكتبة التجارية بالقاهرة.

٤- أثر العرف في التشريع الإسلامي، للسيد صالح عوض: دار الكتاب الجامعي، القاهرة.

٥- أثر القصود في العقود لعبد الكريم زيدان، ضمن كتاب مجموعة بحوث فقهية، مكتبة القدس، ومؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٦م.

٦- الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر لسيد محمد توفا، دار الكتب الحديثة، القاهرة.

٧ أحكام الالتزام الشرعية، يوسف أحمد شلدوي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.

٨- أحكام الجناية على النفس وما دونها عند ابن قيم الجوزية. بكر عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٩- الأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد الفراء، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦م

١٠- الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي الماوردي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.

١١- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي، مكتبة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٩٦٨م.

١٢- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام لأحمد بن إدريس القرافي، منشورات المطبوعات الإسلامية بحلب، ١٩٦٧م.

١٣ أحكام القرآن لأحمد بن علي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت.

١٤- أحكام القرآن لمحمد بن عبد الله ابن العربي، طبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

١٥ – أحكام الفوائد لعلي بن محمد الكياهراس. مطبعة حسان بالقاهرة، ط١.

١٦ – إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٣.

١٧ – الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية لعلي بن محمد البعلي، دار المعرفة، بيروت.

١٨ – إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: لمحمد علي الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٣٧م.

١٩ – إرواء الغليل لمحمد ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٧٩م.

٢٠ – أساس البلاغة لمحمود بن عمر الزمخشري، دار صادر، بيروت، ١٩٧٩م.

٢١ – الأشباه والنظائر لعبد الوهاب السبكي. دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩١م.

٢٢ – الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٩م.

٢٣ – الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨م.

٢٤ – الأشباه والنظائر لمحمد بن عمر ابن الوكيل، مكتبة الرشد، الرياض، ط٢، ١٩٩٢م

٢٥ – الأشباه والنظائر في النحو لجلال الدين السيوطي. مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٥م

٢٦ – الأصول العامة لفقه المقارن لمحمد تقي الحكيم، دار الأندلس، بيروت، ط٢، ١٩٧٩م.

٢٧ – أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت

٢٨ – أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

٢٩ – أصول الفقه لمحمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٠ – الأصول في القواعد الفقهية لأبي الحسن الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر، مطبعة الإمام، القاهرة

٣١ – أصول القانون لعبد المنعم الصدة، دار النهضة بمصر، القاهرة، ١٩٧٨م.

٣٢ – أصول القانون والقواعد الفقهية، إلياس حسني، مذكرة

٣٣ – الاضطرار إلى الأطعمة لمحمد الطريقي، مكتبة الصحابة، الرياض ط١، ١٩٩٢م.

٣٤ – الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية لعبد الأشقر، دار النفائس، عمان، ١٩٩٣م.

٣٥ – أعلام الموقعين لابن القيم، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م

٣٦ – إغاثة اللهفان لابن القيم، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٣٩م.

٣٧ – الإقناع عن معاني الصحاح يحيى بن هبيرة، مطبعة الكيلاني، القاهرة، ١٩٨٠م

٣٨ – الإكليل في استنباط التنزيل، لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٩ – الأم لمحمد بن إدريس الشافعي. دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٧٣م.

٤٠ – الأموال لأبي عبيد بن سلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٩٦٨م.

٤١ – الإنصاف لعلي المرداوي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥٦م.

٤٢ – اقتضاء الحق في الشريعة الإسلامية لعلي محمد الشبلي. رسالة دكتوراه – الأزهر.

٤٣ – إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأحمد الونشريسي، تحقيق الصادق الغرياني، منشورات كلية الدعوة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩١م

٤٤ – البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.

٤٥ – البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن المرتضى الزيدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٩٧٥م

٤٦ – البحر المحيط في أصول الفقه لمحمد بهادر الزركشي، دار الصفوة، القاهرة، ط٢، ١٩٩٢م.

٤٧ – بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٤٨ – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢.

٤٩ – بدائع الفوائد لابن القيم، دار الكتاب العربي، بيروت

٥٠ – بداية المجتهد لابن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط٦، ١٩٦٠م

٥١ – البرهان في علوم القرآن، لمحمد الزركشي، دار المعرفة، بيروت

٥٢ – بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٠م

٥٣- بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي، دار البار بمكة المكرمة، ١٩٧٨م.

٥٤- البهجة في شرح التحفة لعلي التسولي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٧م

٥٥- البيان والتبيين لعمرو الجاحظ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨م.

٥٦- بيان الدليل على بطلان التحليل، مكتبة أضواء النهار، السعودية ط٢، ١٩٩٦م.

٥٧- تاسيس النظر لعبيد الله الدبوسي، مطبعة الإمام، القاهرة

٥٨- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد العواق، مع مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٧٨م.

٥٩- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لمحمد بن فرحون، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.

٦٠- التبيان في أقسام القرآن لابن القيم، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

٦١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.

٦٢- تحرير ألفاظ التنبيه ليحيى النووي، دار القلم، دمشق، ط١٩٨٨م.

٦٣- التحرير في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لعمر الزياري، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٦٤- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، دار صادر، بيروت.

٦٥- التخريج عند الفقهاء والأصوليين ليعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٤هـ.

٦٦- تخريج الفروع على الأصول لمحمود الزنجاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥، ١٩٨٤م.

٦٧- تشنيف المسامع لمحمد الزركشي، تحقيق محمد تقيس، مطبوع على الآلة الكاتبة.

٦٨- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، رشيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط٢، ١٩٧٩م.

٦٩- التعريفات لعلي محمد الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.

٧٠- التعسف في استعمال الحق لأحمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤، ١٩٩٨م.

٧١ تغير الاجتهاد لوهبة الزحيلي، دار الحكمة، دمشق، ط١، ٢٠٠١م.

٧٢- تفسير أبي السعود، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، ١٩٢٨م.

٧٣- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢م.

٧٤ - تفسير القمار لمحمد عبده، دار المعرفة، بيروت، ط٢.

٧٥- تكملة المجموع للمطيعي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ١٩٧٢م.

٧٦- تكوين الملكة الفقهية لمحمد عثمان شبير، كتاب الأمة القطرية، (٧٢)

٧٧- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي لابن حجر، مكتة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧١م

٧٨- التلخيص في أصول الفقه لأبي المعالي الجويني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ودار الباز بمكة المكرمة، ط١، ١٩٩٦م.

٧٩- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدين الأسنوي، مطبعة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.

٨٠ - تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ضمن رسائله. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٨١ الجامع لأحكام القرآن لقرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٥م.

٨٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً لابن رجب، دار المعرفة، بيروت.

٨٣- جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي لتاج الدين السبكي مع حاشية البناني، مطبعه دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

٨٤ الجهالة في الفقه الإسلامي، عبد الله الضويحي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٠م.

٨٥- حاشية البجيرمي على شرح المنهج لسليمان البجيرمي، المكتبة الإسلامية، تركيا.

٨٦- حاشية البناني على شرح المنهج على جمع الجوامع، مصعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

٨٧ - حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، بيروت.

٨٨- حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.

٨٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

٩١- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩م.
٩٢- الحاوي في الفتاوى لجلال الدين السيوطي، المكتبة التجارية، القاهرة، ط٣، ١٩٥٩م
٩٣- الحاوي الكبير للماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م
٩٤- حجة الله البالغة لولي الله الدهلوي، دار الكتب الحديثة، القاهرة.
٩٥- الحدود في الأصول للغزالي، المكتبة الإسلامية، تركيا.
٩٦- الحدود في الأصول لابن فورك، دار الغرب الإسلامي.
٩٧- الحلال والحرام ليوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١٣، ١٩٨٠م.
٩٨- الخراج لأبي يوسف، دار المعرفة، بيروت.
٩٩- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت
١٠٠- الذخيرة للقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
١٠١- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.
١٠٢- الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية لعبد الله كامل، المكتبة المكية بمكة المكرمة، ودار ابن حزم بيروت، ط١، ١٩٩٩م.
١٠٣- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، لمنصور الباحسين، الطبعة الأولى، العراق.
١٠٤- رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية، مطبوع مع الكافي لابن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت.
١٠٥- روضة الطالبين ليحيى النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.
١٠٦- الزكاة والضرائب في الفقه الإسلامي لمحمد هشام البرهاني، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥م.

١٠٧- سبل السلام لمحمد الصنعاني، مكتبة الرسالة الحديثة، بيروت.
١٠٨- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية لمحمد هشام البرهاني، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥م.
١٠٩- السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية لرمضان الشوربجي، دار الفكر العربي. القاهرة.
١١٠- السنة القضائية في الإسلام لشوكت عليان، دار الرفيعة، الرياض، ط١، ١٩٨٢م
١١١- سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١١٢- سنن الدار قطني لعلي بن عمر الدار قطني، دار المحاسن، القاهرة، ١٩٦٦م.
١١٣- سنن أبي داود لأبي داود سليمان، دار إحياء السنة المحمدية، بيروت.
١١٤- السنن الكبرى لأحمد بن الحسين البيهقي، دار الفكر، بيروت.
١١٥- سنن ابن ماجة، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
١١٦- سنن النسائي مع شرح السيوطي، دار الفكر، بيروت.
١١٧- السياسة الشرعية لابن تيمية مع مجموع الفتاوى، دار النهضة، بيروت
١١٨- السياسة الشرعية في الحكم والاقتصاد عند ابن خلدون لمصلح النجار، ورقة مكتوبة في الجامعة الأردنية - ٢٠٠٠هـ.
١١٩- السير لمحمد بن الحسن الشيباني، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ط١، ١٩٧٥م
١٢٠- شرح الأشموني لمنظومة، المكتبة العجيبة، باكستان
١٢١- شرح أدب القاضي لمحمد بن حسام، تأليف عمر بن عبد العزيز البخاري المعروف بالصدر الشهيد، مكتبة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٨م
١٢٢- شرح التلويح على التوضيح لمسعود بن عمر التفتازاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٢٣- شرح تنقيح الفصول للقرافي، مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، القاهرة، ط١، ١٩٧٣م
١٢٤- شرح حديث "إنما الأعمال بالنيات" لابن تيمية، المكتبة السلفية، القاهرة، ط١، ١٣٩٦هـ.
١٢٥- شرح حديث "لا ضرر ولا ضرار" للطوفي مع كتاب المصلحة وحجج الشيخ النجم الطوفي لمصطفى زيد، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٥٤م.
١٢٦- شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت

١٢٧- الشرح الصغير لأحمد الدردير، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٣م.

١٢٨- شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٣م.

١٢٩- شرح الكوكب المنير لأحمد الفتوحي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥٣م

١٣٠- شرح مجلة الأحكام لسليم القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩م.

١٣١- شرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا.

١٣٢- شرح المنهج «منتهى إلى قواعد المذهب للشيخ» دار عبد الله الشنقيطي، السعودية.

١٣٣- شروط الأصل وحكمه وشروط الفرع لحمان قديمت، رسالة مجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية ١٩٩٧م

١٣٤- الشفاء بتعريف حقوق المصطفى المقتفي عياض، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٠م

١٣٥- صحيح البخاري، المكتبة الإسلامية، استنبول، ١٩٧٩م.

١٣٦- صحيح مسلم، طبعة إدارة البحوث العلمية، الرياض، ١٩٨٠م

١٣٧- صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، القاهرة

١٣٨- المصر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي، دار ابن عفان، السعودية، ط١، ١٩٩٧م.

١٣٩- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية لمحمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥

١٤٠- طريق الوصول إلى العلم المأمول، بمعرفة القواعد والضوابط والأصول لعبد الرحمن السعدي، دار المعالي، الأردن، ط٢، ١٩٩٨م.

١٤١- العرف والعادة لأحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٣٦٧هـ -١٩٤٧م

١٤٢- العناية على الهداية لمحمود البابرتي مع فتح القدير لابن الهمام، مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٧٠م.

١٤٣- عوارض الأهلية عند الأصوليين نصري مبارك، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ١٩٨٧م.

١٤٤- غمز عيون البصائر شرح الأشباه، لابن نجيم الحموي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٩٨٥م.

١٤٥- غياث الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين الجويني، دار الدعوة، القاهرة، ١٩٧٩م.

١٤٦- فتح الباري لابن حجر العسقلاني، المطبعة السلفية، القاهرة.

١٤٧- فتح العلام شرح بلوغ المرام لعبد الحميد حنان بن صنيتن محمد، مؤسسة دار الكتب الثقافية، الكويت.

١٤٨- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية لمحمد علي الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٦٤م

١٤٩- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٧٠م

١٥٠- القواعد الفقهية في القواعد والأصول الفقهية لمحمود حمزة، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٧٦م

١٥١- قرى الكلام وبيان أحكامها لحسين الجبوري، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٤م.

١٥٢- القواعد لمحمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م

١٥٣- الفروق للشهاب الدين القرافي، دار المعرفة، بيروت

١٥٤- الفروق الفقهية لأبي منصور الاسفرايني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢م.

١٥٥- الفروق الفقهية والأصولية لمحمود الحسن، مكتبة الرشد وشركة الرياض، الرياض، ط١، ١٩٩٨م.

١٥٦- القوانين وضع تراقيف للحكيم الترمذي، الديار للطباعة، القاهرة، ط١، ١٩٩٨م

١٥٧- القواعد الكبرى والصغرى، فيه لمصطفى أحمد الزرقا، دار العلم بمعاشق ودار التعليم، بيروت، ط١، ١٩٩٨م

١٥٨- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٩٨٥م

١٥٩- الفقه والمتفقه للبغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٥م

١٦٠- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد الحجوي، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ١٩٧٧م.

١٦١- الفوائد الجنية حاشية المواهب اللدنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية لأبي الفيض الفاسي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م.

١٦٢ - فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٧٢م.

١٦٣ - قاعدة «الأمور بمقاصدها» ليعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٦م

١٦٤ قاعدة «الخراج بالضمان» محمد أمين نوح معامة، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، ١٩٩٨م.

١٦٥ - القاعدة الكلية «إعمال الكلام أولى من إهماله» لمحمود مصطفى هرموش، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط١، ١٩٨٧م

١٦٦ قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» ليعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٧هـ.

١٦٧ - القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٢م.

١٦٨ القاموس المحيط للفيروز ابادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.

١٦٩ - القواعد لمحمد المقري، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.

١٧٠ - القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء لإبراهيم الحريري، دار عمار، عمان، ط١، ١٩٩٩م.

١٧١ - القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصيري تأليف على الندوي، مطبعة المدني، القاهرة، ط١، ١٩٩١م.

١٧٢ - القواعد والضوابط فقهية عند ابن تيمية لناصر الميمان، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٩٩٦م.

١٧٣ - قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف لمحمد الروكي، دار القلم بدمشق، ط١، ١٩٩٨.

١٧٤ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، دار الجيل، ط٢، ١٩٨٠م

١٧٥ القواعد الفقهية لعبد الرحمن السعدي، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م

١٧٦ - القواعد الفقهية لعلي الندوي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٨٦م

١٧٧ - القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، لمحيي هلال السرحان، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٦م.

١٧٨ القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح السدلان، دار بلنسية، الرياض، ١٤١٧هـ.

١٧٩ - القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، لعزت عبيد الدعاس، مكتبة الغزالي، حماة، ط٢، ١٣٩٠هـ.

١٨٠ - القواعد الفقهية (المبادئ، نظريات) ليعقوب الباحسين، مكتبة الرشد وشركة الرياض، الرياض، ط١، ١٩٩٨م.

١٨١ - القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٦م.

١٨٢ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٩٧٢م

١٨٣ - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، لمحمد الرحمن الكيلاني، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م

١٨٤ القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥١م.

١٨٥ - قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن جزي، دار العلم للملايين، بيروت.

١٨٦ - الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ.

١٨٧ - الكبائر لشمس الدين الذهبي، مكتبة الرياض الحديثة، ١٩٧٦م.

١٨٨ - كشاف اصطلاحات الفنون لمحمد التهانوي، دار صادر، بيروت.

١٨٩ - كشاف القناع لمنصور البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

١٩٠ - كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٩٤م.

١٩١ - كفاية الأخيار لأبي بكر الحصني، دار المعرفة، بيروت

١٩٢ - الكليات لأبي البقاء الكفوي، منشورات وزارة الثقافة السورية، ١٩٨١م.

١٩٣ - لسان العرب لابن منظور، دار لسان العرب، بيروت.

١٩٤ - لوامع الأنوار البهية لمحمد السفاريني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٥.

١٩٥ - مالك للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة.

١٩٦ - المبسوط لأبي بكر السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

١٩٧ - المبين شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين، لسيف الدين الآمدي، القاهرة، ١٩٨٣م.

١٩٨- مجاز القرآن لأبي عبيدة معمر بن المثنى، مكتبة الخانجي، القاهرة.
١٩٩ مجلة الأحكام العدلية، طبعة ثمانية خاصة، ١٩٦٨م.
٢٠٠- مجمع الزوائد لعلي الهيثمي، دار الكتاب العربي، بيروت.
٢٠١- المجموع شرح المهذب للنووي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ١٩٧٢م
٢٠٢- مجموع الفتاوى لابن تيمية، دار العربية، بيروت.
٢٠٣ المجموع المذهب في قواعد المذهب لأبي سعيد العلائي، مطابع الرياض، الكويت، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، ط١، ١٩٩٤م.
٢٠٤- المحصول في علم الأصول لفخر الدين الرازي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط٢، ١٩٩٢م.
٢٠٥- المحلى لأبي محمد بن حزم، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٦٨م.
٢٠٦- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٠٥م
٢٠٧- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لعبد القادر بن بدران. إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة.
٢٠٨- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، مكتبة الرسالة، بيروت، ومكتبة القدس بغداد، ط٥، ١٩٧٦م.
٢٠٩- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت، ط١.
٢١٠- المدونة الكبرى، لمالك بن أنس، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م.
٢١١- مسائل في الفقه المقارن لعمر الأشقر ومحمد سُبير وأبو رخيه وأبو البصل، دار النفائس، عمان، ط١، ١٩٩٦م.
٢١٢- المستدرك للحاكم النيسابوري، طبعة الهند.
٢١٣ - المستصفى من علم الأصول لأبي حامد الغزالي، دار صادر، بيروت.
٢١٤- مسند الإمام أحمد، دار صادر، بيروت.
٢١٥- مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد، لإبراهيم فاضل الدبو، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٩٨٣م.
٢١٦ المشقة تجلب التيسير، صالح اليوسف، المطابع الأهلية، بيروت، ١٩٨٨م.
٢١٧- المصباح المنير لأحمد الفيومي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط٦، ١٩٢٦م.

٢١٨- المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي لمصطفى زيد، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٥٤م.
٢١٩- المصنف لابن أبي شيبة، مطبعة العلوم الشرقية، الهند، ١٩٦٨م.
٢٢٠- المصنف لعبد الرزاق، نشر المجلس العلمي الباكستاني
٢٢١- مطالب أولي النهى، للرحيباني، الطبعة الثانية، ١٩٩٤م
٢٢٢ تمطلع على أبواب المقنع للبعلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٦٥م.
٢٢٣- معالم السنن لأبي سليمان الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت.
٢٢٤ معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
٢٢٥- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم، دار الفضيلة، القاهرة.
٢٢٦- معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم، ط٢، ١٩٩٨م.
٢٢٧- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩١م
٢٢٨ المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرين، المكتبة العلمية، طهران
٢٢٩- معيار العلم لأبي حامد الغزالي، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
٢٣٠ المغرب في ترتيب المعرب، لأبي الفتح المطرزي، دار الكتاب العربي، بيروت.
٢٣١- المغني لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض
٢٣٢ مفتي دوري الأنهام ليوسف بن عبد الهادي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٧١م
٢٣٣- مغني المحتاج للشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
٢٣٤ مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) لفخر الدين الرازي، المطبعة البهية القاهرة.
٢٣٥- المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦١م.
٢٣٦- مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور، الشركة التونسية، ١٩٧٨م
٢٣٧- مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسي، مكتبة الوحدة، الدار البيضاء.
٢٣٨- المقاصد العامة لليوسف العالم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٩٩١م.
٢٣٩ مقاصد المكلفين فيه يتعبد لرب العالمين لعمر الأشقر، مكتبة النفائس، عمان، ومكتبة الفلاح الكويت، ط٢، ١٩٩١م.

٢٤٠- المقاصة في الفقه الإسلامي لمحمد سلام مدكور، بحث منشور ضمن مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٥٨م.

٢٤١ - المقدمات لابن رشد، دار فكر، بيروت

٢٤٢ - المقدمة لابن خلدون، المطبعة البهية المصرية، القاهرة.

٢٤٣- الملكية لعبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، الأردن، ط١، ١٩٧٥م.

٢٤٤- من القواعد الفقهية الهامة: "العادة محكمة" لخليل نصار، رسالة ماجستير مقدمة إلى الأزهر، ١٩٨٠م.

٢٤٥- المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٤٦ - منتهى الإرادات للبهوتي، دار الفكر، بيروت

٢٤٧- الميثاق في القواعد للزركشي، مطبعة الفنيج، الكويت، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٨٢م

٢٤٨ - المدخول من تعليقات الأصول، لأبي حامد الغزالي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٠م.

٢٤٩ - منع جواز المجاز لمحمد أمين الشنقيطي، مكتبة المتنبي، القاهرة.

٢٥٠- منع العدمي من الشعر لمحمد عثمان شبير، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية.

٢٥١ - منهاج السالك في السؤال بعد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ط١، ١٩٩٢م

٢٥٢ - منهاج اليقين شرح أدب الدنيا والدين لأويس الأورنجابي، دار الكتب العلمية، بيروت

٢٥٣ - المهذب، لأبي إسحق الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.

٢٥٤ - الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي، دار المعرفة، بيروت.

٢٥٥ - موسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.

٢٥٦ - موسوعة القواعد الفقهية لمحمد البورنو، مكتبة التوبة، الرياض، ط٢، ١٩٩٦م.

٢٥٧ - موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك للسيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥١م.

٢٥٨ - النجاسات المختلطة بالأطعمة وأثرها في المنتوجات الحيوانية لمحمد عثمان شبير، مجلة الشريعة، جامعة الكويت

٢٥٩ - نشر العرف لابن عابدين ضمن رسائله، دار إحياء التراث العربي، بيروت

٢٦٠- النظم القضائي في الفقه الإسلامي لمحمد رأفت عثمان، مكتبة الفلاح، الكويت، ط١، ١٩٨٤م

٢٦١- النظريات الفقهية لمحمد الزحيلي، دار القلم بدمشق والدار الشامية بيروت، ط١، ١٩٩٣م

٢٦٢- نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي لأحمد شلبي، رسالة دكتوراه الجامعة الأزهرية.

٢٦٣ - نظرية البواعث في الفقه الإسلامي، لعبد الله بشلاغم، مطابع وزارة الأوقاف، الأردن.

٢٦٤- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي، منشورات كلية الآداب جامعة محمد الخامس، المغرب

٢٦٥ - نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٩٧٩م

٢٦٦- نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي العام لمحمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط٢، ١٩٨٦م

٢٦٧- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٧٠م.

٢٦٨ - نظرية العرف لعبد العزيز الخياط، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

٢٦٩ - نقل الزكاة من موطنها الزكوي لمحمد عثمان شبير، مجلة الشريعة، جامعة الكويت

٢٧٠ - نهاية السول للأسنوي، مع شرح البدخشي، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة

٢٧١ - النهاية في غريب الحديث لمبارك بن الأثير، دار الفكر، بيروت.

٢٧٢ - نيل الأوطار لمحمد علي الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

٢٧٣ - الواضح في أصول الفقه لمحمد الأشقر، مكتبة المنار الإسلامية، عمان، ط٥، ١٩٩٧م.

٢٧٤ - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي لمحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤، ١٩٩٦م

٢٧٥ - الوجيز في الفقه الشافعي للغزالي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٩م

٢٧٦- وسائل الإثبات لمحمد الزحيلي، دار البيان، دمشق، ط٢، ١٩٩٤م

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٥
الفصل الأول: حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية	٩
المبحث الأول: معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما	١١
المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية	١١
أولاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً	١١
١ - تعريف القواعد	١١
خصائص القاعدة	١٢
أ- إنها قضية تركيبية	١٢
ب- إنها قضية كلية	١٣
جـ إنها تختص بالعمومية والتجريد	١٤
د إنها قضية تشتمل على الحكم الكلي بالقوة	١٥
هـ- تصاغ مصاغة موجزة	١٥
٢ - تعريف الفقهية	١٥
ثانياً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً	١٦
المطلب الثاني: تعريف الضوابط الفقهية	١٩
أولاً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً	١٩
ثانياً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً	٢٠
المطلب الثالث: العلاقة بين القواعد الكلية والضوابط الفقهية	٢٣

المبحث الثاني: القواعد الفقهية والحكم المشابهة ٢٤
أولاً: النظريات الفقهية ٢٤
ثانياً: القواعد الأصولية ٢٦
ثالثاً: القواعد المقاصدية ٣٠
رابعاً: الأشباه والنظائر الفقهية ٣٢
خامساً: الفروق الفقهية ٣٤
سادساً: القواعد القانونية والعدلية العامة ٣٥
المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها ٤٠
المطلب الأول: مصادر القواعد الفقهية ٤٠
المطلب الثاني: نشأة علم القواعد الفقهية وتطوره ٤٨
المرحلة الأولى: مرحلة السنوات ٤٨
المرحلة الثانية: مرحلة تدوين القواعد الفقهية وتطورها ٤٩
المرحلة الثالثة: مرحلة استقرار القواعد الفقهية ٥٤
المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية ٥٧
أولاً: تقنين القواعد الفقهية ٥٨
ثانياً: تحقيق طائفة من كتب التراث في القواعد الفقهية ٦٠
ثالثاً: استخلاص القواعد والضوابط الفقهية من أمهات كتب الفقه ٦١
رابعاً: رصد القواعد الفقهية وإحصائها وترتيبها ٦٣
خامساً: تخصيص قواعد معينة بالبحث والدراسة ٦٤
سادساً: جمع القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد ٦٩
سابعاً: الاهتمام بالمداخل لعلم القواعد «الدراسة النظرية» ٧٠
المبحث الرابع: أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها ٧٢

المطلب الأول: أنواع القواعد الفقهية ٧٣
أولاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار الشمول والاتساع ٧٣
ثانياً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار دليلها ومصدرها ٧٣
ثالثاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار استقلالها وتبعيتها ٧٣
رابعاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار اتفاق الفقهاء عليها وعدمه ٧٤
المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها ٧٥
أولاً: حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة ٧٥
ثانياً: تكوين الملكة الفقهية ٧٦
ثالثاً: المحافظة على وحدة المنظر العام للفقه ودفع التناقض عنه ٧٩
رابعاً: تكوين تصور عام عن الفقه الإسلامي ٨٠
خامساً: أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ٨١
سادساً: مكانة القواعد الفقهية من مصادر الأحكام ٨٣
الفصل الثاني: فقه القواعد الكلية الكبرى ٨٩
المبحث الأول: فقه قاعدة: «الأمور بمقاصدها» ٩١
المطلب الأول: معنى قاعدة: «الأمور بمقاصدها» ٩٢
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الأمور بمقاصدها» ٩٧
المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الأمور بمقاصدها» ١٠٠
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة ١١٧
المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة ١١٩
أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة ١١٩
١- قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية» ١٢٠
٢- قاعدة: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني ١٢١

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً للقاعدة ١٢٥
١- قاعدة: «الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية» ١٢٥
٢- قاعدة: «الأصل مقارنة النية للفعل إلا أن يتعذر أو يتعسر فتقدم ولا تأخر» ١٢٦
المبحث الثاني: فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ١٢٧
المطلب الأول: معنى قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ١٢٨
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ١٣٢
المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ١٣٤
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة ١٤٢
المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة ١٤٥
أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة ١٤٥
١- قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» ١٤٥
٢ قاعدة: «الأصل براءة الذمة» ١٤٦
٣- قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم» ١٤٨
٤- قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان» ١٥١
٥- قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» ١٥٤
٦- قاعدة: «لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل» ١٥٦
٧- قاعدة: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» ١٥٩
ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً للقاعدة ١٦١
١- قاعدة: «لا عبرة بالتوهم» ١٦١
٢ قاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه» ١٦٢
المبحث الثالث: فقه قاعدة: «الضرر يزال» ١٦٣

المطلب الأول: معنى قاعدة: «الضرر يزال» ١٦٤
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الضرر يزال» ١٦٥
المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الضرر يزال» ١٧٠
المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «الضرر يزال» ١٧٩
المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «الضرر يزال» ١٨٠
أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة ١٨١
١- قاعدة: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره» ١٨١
٢- قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» ١٨٢
٣- قاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما» ١٨٣
٤ قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» ١٨٤
ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «الضرر يزال» ١٨٥
١- قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله» ١٨٥
٢- قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً» ١٨٦
المبحث الرابع: فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ١٨٧
المطلب الأول: معنى قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ١٨٧
المطلب الثاني: تأصيل القاعدة ١٩٢
المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ١٩٦
المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ٢١٣
المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ٢١٣
أولاً: القواعد الفرعية التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة ٢١٣
١- قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» ٢١٣
٢- قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة» ٢١٥

٣ قاعدة: «إذا تعذر الأصل صار إلى البدل» ٢١٨
ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ٢٢٠
١- قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» ٢٢٠
٢ قاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله» ٢٢٢
٣- قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور» ٢٢٤
٤ قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» ٢٢٧
المبحث الخامس: فقه قاعدة: «العادة محكمة» ٢٢٩
المطلب الأول: معنى قاعدة: «العادة محكمة» ٢٣٠
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «العادة محكمة» ٢٣٤
المطلب الثالث: تحليل عناصر قاعدة: «العادة محكمة» ٢٣٩
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة ٢٤٨
المطلب الخامس: القواعد المتعلقة بقاعدة: «العادة محكمة» ٢٥٠
أولاً: القواعد التي تمثل فرعاً أو أثراً لهذه القاعدة ٢٥٠
١- قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» ٢٥٠
٢- قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» ٢٥٢
٣- قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة» ٢٥٣
٤ قاعدة: «الكتاب كالخطاب» ٢٥٥
٥ قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» ٢٥٦
٦- قاعدة: «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» ٢٥٧
٧ قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» ٢٥٩
ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «العادة محكمة» ٢٦٦
١ - قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت» ٢٦٦

٢- قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا النادر» ٢٦٧
المبحث السادس: فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ٢٦٩
المطلب الأول: معنى قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ٢٧٠
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ٢٧٢
المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ٢٧٣
المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة ٢٨٣
المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة ٢٨٤
أولاً: القواعد التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة ٢٨٤
١ قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة» ٢٨٤
٢- قاعدة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز» ٢٨٥
٣- قاعدة: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل» ٢٨٧
٤ قاعدة: «التأسيس أولى من التأكيد» ٢٨٨
٥- قاعدة: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة» ٢٩٠
٦- قاعدة: «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب» ٢٩٢
٧- قاعدة: «ذكر مالا يتجزأ كذكر كله» ٢٩٣
٨- قاعدة: «السؤال معاد في الجواب» ٢٩٥
ثانياً: القواعد التي تعد قيداً أو ضابطاً في القاعدة: ٢٩٦
١ - قاعدة: «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر» ٢٩٦
٢- قاعدة: «من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وبين ما لا يتعلق به الحكم فالعبرة بما يتعلق به الحكم دون الآخر» ٢٩٧
الفصل الثالث: فقه القواعد الكلية الصغرى ٢٩٩
المبحث الأول: فقه قاعدة كلية عامة: «التابع تابع» ٣٠٠

المطلب الأول: حقيقة قاعدة: «التابع تبع» ٣٠٠

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة: التابع تبع» ومستثناها ٣٠٣

أولاً: تطبيقات هذه القاعدة ٣٠٣

ثانياً: مستثنيات القاعدة ٣٠٤

المطلب الثالث: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «التابع تبع» ٣٠٤

أولاً: القواعد التي تماثل فروعاً تهدد القاعدة ٣٠٤

١- قاعدة: «التابع لا يفرد بحكم» ٣٠٤

٢- قاعدة: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته» ٣٠٦

٣- قاعدة: «التابع يسقط بسقوط المتبوع» ٣٠٦

ثانياً: القواعد التي تعد قيداً لقاعدة: «التابع تبع» ٣٠٧

١- قاعدة: «التابع لا يتقدم على المتبوع» ٣٠٧

٢- قاعدة: «يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها» ٣٠٨

ثالثاً: القواعد التي تعد استثناء من قاعدة: «التابع تبع» ٣٠٩

قاعدة: «قد يثبت التبع مع عدم ثبوت الأصل» ٣٠٩

المبحث الثاني: فقه قواعد كلية خاصة بالضمان ٣١١

المطلب الأول: فقه قاعدة: «الخراج بالضمان» ٣١١

أولاً: حقيقة قاعدة: «الخراج بالضمان» ٣١٢

ثانياً: تطبيقات قاعدة: «الخراج بالضمان» ٣١٥

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الغرم بالغنم» ٣١٦

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» ٣١٧

المطلب الرابع: فقه قاعدة: «العجماء جبار» ٣٢٠

المبحث الثالث: فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام ٣٢٤

المطلب الأول: فقه قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» ٣٢٥

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه» ٣٣٢

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن» ٣٣٣

أولاً: معنى القاعدة ٣٣٣

ثانياً: تطبيقات القاعدة ٣٣٤

ثالثاً: القواعد التي تتعلق بالقاعدة ٣٣٥

١- قاعدة: «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل» ٣٣٥

٢- قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» ٣٣٧

المبحث الرابع: فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات ٣٣٩

المطلب الأول: فقه قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ٣٣٩

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «المرء مؤاخذ بإقراره» ٣٤٦

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة» ٣٥٠

المبحث الخامس: فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية ٣٥٢

المطلب الأول: فقه قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» ٣٥٢

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» ٣٥٨

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» ٣٥٩

المبحث السادس: فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي ٣٦١

المطلب الأول: فقه قاعدة: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» ٣٦١

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» ٣٦٦

الفصل الرابع: الضوابط الفقهية ٣٧١

المبحث الأول: الضوابط الفقهية في العبادات ٣٧٣

أولاً: ضابط: «كل نجاسة انتقلت أعراضها بالكلية إلى طاهر، الأصل طهارة» ٣٧٣
ثانياً: ضابط: «الأصوات في الصلاة من جنس الحركات» ٣٧٧
ثالثاً: ضابط: «الموطن التركي للمال هو حدود الإقليم عرفاً» ٣٧٩
المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في المعاملات المالية ٣٨٢
أولاً: ضابط: «إن جهالة المبيع أو الثمن إنما توجب فساد العقد إذا كانت مفضية إلى المنازعة» ٣٨٢
ثانياً: ضابط: «إن الدينين إذا اتفقا جنساً ووصفاً... وقعت المقاصة» ٣٨٥
ثالثاً: ضابط: «إن كل ما كان حقاً لصاحبه عامل فيه لنفسه... يسقط بالإسقاط» ٣٨٨
المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية ٣٩٣
أولاً: ضابط: «العيوب الموجبة للفسخ في عقد النكاح» ٣٩٣
ثانياً: ضابط: «جميع أقارب الرجل من النسب حرام إلا أربعة، بخلاف أصهاره...» ٣٩٥
ثالثاً: ضابط: «كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقاً إذا أوقعها الزوج أو نائبه...» ٣٩٦
المبحث الرابع: الضوابط الفقهية في الجنايات ٣٩٨
أولاً: ضابط: «كل قتل عمد عدوان على غرة... قتل غيلة» ٣٩٨
ثانياً: ضابط: «إن الحرز معتبر في الأشياء حسب ما تعارفه الناس» ٤٠٠
ثالثاً: ضابط: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام...» ٤٠١
المبحث الخامس: الضوابط الفقهية في القضاء ٤٠٢
أولاً: ضابط: «كتاب القاضي إلى مثله كالخطاب» ٤٠٢
ثانياً: ضابط: «قوم القرينة القاطعة والراجحة مقام البينة» ٤٠٣
ثالثاً: ضابط: «كل شهادة تضمنت جر مغنم لنفسها، أو دفع مغرم عنه ترد» ٤٠٥
الخاتمة: ٤٠٧
المراجع والمصادر ٤١١