

أصول الفقه

فهي نسبه الجديد

الدكتور

مصطفى إبراهيم الزلمي

الأستاذ المتمرس في كلية الحقوق

جامعة النهرين

(١-٢)

الجزء الأول

طبعة عاشره

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الخامسة

من البدهي أن كل من يتعامل مع النصوص شرعية كانت أم قانونية ليس باستطاعته أن يغوص فيها بغية الوصول إلى عمقها لاستخراج اللؤلؤ من قعرها ما لم يكن ملماً بعلومها الآلية الأربعة (أصول الفقه، والمنطق، والفلسفة، واللغة) لذا قال الإمام الغزالي (رحمه الله): (من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعلمه) وأقول (من لا علم له بأصول الفقه لا ثقة بعلمه).

وهذه الأهمية العلمية لأصول الفقه كانت في مقدمة دوافع الاهتمام الزائد بهذا المؤلف وقد أجريت عليه تعديلات كلما تكرر نشره. وتوزعت هذه التعديلات على الطبعة الثانية من مركز عبادي للدراسات والنشر صنعاء الجمهورية اليمنية، والثالثة من جامعة الموصل، والرابعة من مكتب القبطان بغداد. وكان نصيب الطبعة الخامسة من تلك التعديلات حصة الأسد بسبب أنها تأتي بعد أن قام أحد تلاميذي بنشر هذا الكتاب في الأردن عام ١٩٩٨م بعد أن أجرى عليه شبه تحريف بوضع مقدمة له من قبله وحذف بعض الموضوعات المهمة، ووضع اسمه على الغلاف إلى جانب اسمي فكأنه تأليف مشترك، عفا الله عما ارتكبه لأنه كان حسن النية.

ومن ميزات هذه الطبعة ما يأتي:

- ١- إضافة موضوع الاجتهاد والتقليد إلى الجزء الثاني.
- ٢- المقارنة بين النسخ والتخصيص في الجزء الثاني.
- ٣- إضافات آخر بحسب ما دعت إليها الحاجة.
- ٤- إيضاح بعض التعابير الغامضة.
- ٥- تخريج الأحاديث.
- ٦- توحيد الجزئين في مجلد واحد تسهيلاً على القارئ الكريم.
- ٧- جودة الطبع.
- ٨- تنزيل التسعيرة بحسب نسبة الكلفة لأن الهدف الأساس خدمة العلم دون المادة، والله بكل قصد محيط.

المؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ﴾ (١)

صدق الله العظيم

الحمد لله الذي جعل أصول الشريعة ذريعة إلى فروعها، وأعان أئمة الفقه على استنباط الأحكام من ينبوعها، والصلاة والسلام على من أرشد أمته إلى معقول الأدلة ومنقولها، وعلى آله وأصحابه نجوم الهداية وشموعها. وبعد فإن البواعث الدافعة إلى هذا التأليف متعددة، منها أن أصول الفقه:

- ١- علم لا يستغنى عنه رجال الفقه والقانون والقضاء ممن يرومون تحاشي السطحية في فهم وتفسير النصوص وتكييف الوقائع واستنباط الأحكام.
- ٢- يتميز بأنه يعصم الذهن عن الخطأ في الاستنباط، وبهذه الميزة جاوز حدود العالم الإسلامي ليدخل كليات جامعات الدول المتحضرة^(٢) كمادة قانونية منهجية.

٣- لم تبرز مكانته في المؤلفات الاصولية الحديثة التي تولت إيضاح ما هو واضح من قواعده، واكتفت بمجرد نقل ما هو غامض من أصوله^(٣).

٤- استحدثه الفقهاء الاصوليون في العالم الإسلامي وفي مقدمتهم فقهاء الصحابة ومن بعدهم ومنهم الامام محمد الباقر والامام جعفر الصادق والامام أبو حنيفة وصاحبه والامام الشافعي (رحمهم الله)، ثم تطور بعد نشأته بالتقدم تارة وبالتأخر أخرى، وأدت طبيعته الصعبة إلى أن حدث في تفسير بعض مصطلحاته خلط، وفي بعض مسائله أخطاء شائعة دافع عنها السطحيون كأنها حقائق^(٤).

(١) سورة البقرة (٢٣١).

(٢) كجامعة هارفرد في أمريكا.

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

(٤) كالخلط بين كون حديث الأحاد مؤكداً لنسخ آية لآية أخرى على تقدير نسخها وبسبب كون الحديث ذاته ناسخاً للآية.

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

وأقول تنفيذاً لأمر الله ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ﴾^(١) انني لا أدعي لنفسي القدرة الكافية على حلول تلك الألغاز ولكن بفضل دراستي لبعض منها كجمع الجوامع ومختصر المنتهى الأصولي وغيرهما عند الاختصاصيين في علم الأصول من علماء الاكراد في بداية الأربعينيات اضافة إلى دراسة المنطق والبلاغة والفلسفة واللغة، ونتيجة لممارسة تدريس هذه المادة في المدارس الدينية والكلديات القانونية منذ عام ١٩٤٦ (أي زهاء ٥٥ سنة) اكتسبت مكنة نسبية متواضعة تكفي لاجراء هذا المؤلف بنسيج جديد يتميز بالوضوح والامثلة الحديثة.

راجيا المولى القدير ان يتقبله مني شكراً على ما أنعمه عليّ
من نعمة تعلم وتعليم هذا العلم الجليل.

الدكتور

مصطفى إبراهيم الترمي

(١) سورة الضحى ١٦.

المقدمة

التعريف بأصول الفقه

عرف علماء الاصول أصول الفقه بتعريفات متعددة تدور كلها حول محور واحد وهو أن (أصول الفقه عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية الفرعية من أدلتها التفصيلية)^(١). ويلاحظ على بعض من هذه التعريفات^(٢) أنها خلطت بين القواعد الكلية الموجودة في الواقع التي هي أصول الفقه، وبين الصورة الذهنية لدى المجتهد التي هي العلم بها^(٣) فعرفت أصول الفقه بالعلم بالقواعد مع ان نفس القواعد هي أصول الفقه اما العلم بها فهو ضروري لاستخدامها حين الاجتهاد^(٤)، وهم خلطوا

(١) قال صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) العالم الأصولي الحنفي في التوضيح على التنقيح مع الطويح ٥٧/١: (أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه)، وقال القرافي (أحمد بن ابريس) العالم الأصولي المالكي في شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ص ٥: (هو العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه على وجه التحقيق)، ثم قال في كشف الظنون: (هو علم يعرف منه على استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها الاجمالية، وموضوعه الأدلة الشرعية الكلية من حيث أنها كيف يستنبط منها الأحكام الشرعية، ومبادئه مأخوذة من العربية وبعض العلوم الشرعية كأصول الكلام والتفسير والحديث وبعض العلوم العقلية، وفائدته استنباط الأحكام على وجه الصحة). ثم يستخلص القرافي مما ذكره، تعريف أصول الفقه مرة أخرى بانه: (مجموعة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الفقهية)، وهذا التعريف أدق من السابق، وقال ابن السبكي (تاج الدين عيسد الروهاب) العسالم الأصولي الشافعي في كتابه جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي مع حاشية البنساني ٣١/١: (أصول الفقه دلائل الفقه الاجمالية) أي القواعد الكلية. وقال الشيخ حسن بن زين الدين العاملي العالم الأصول الشيعي في شرح معالم الدين في الأصول ص ٢: (أصول الفقه هو العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحكام الشرعية الفرعية)، وقال الفتوحى (شهاب الدين ابو العباس أحمد بن عبد العزيز) العالم الأصولي الحنبلي شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير ص ١٣: أصول الفقه القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية. وقال القاسم بن محمد في هداية العقول ٣٤/١: (أصول الفقه القواعد الموصلة بذاتها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية) وهذا ادق تعريف من بين التعريفات المذكورة. وقال السالمي (عبد الله بن حميد) العالم الأصولي الأبااضي في طلعت الشمس ١٨/١: (أصول الفقه هو علم يقتدر به على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية. والمراد بالعلم ههنا القواعد وهي أدلة الفقه الاجمالية) وهذا تعريف سليم دقيق.

(٢) كما جاء ذلك في تعريف صدر الشريعة والقرافي والعاملي والشوكاني في الهامش السابق.
(٣) في برهان الكنزوي، علم المنطق، ص ١١: (العلم هو الصورة الحاصلة ن الشيء عند العقل).
(٤) وقد حصل نفس الخلط في تعريف الفقه، فعرفه كثير من المؤلفين قديما وحديثا بانه (العلم

بين العلم بالقواعد والعلم الذي يبحث فيه عن تلك القواعد التي هي موضوعه وموضوع كل علم ما يبحث فيه عن اعراضه الذاتية. وقد اطلق البعض اصول الفقه واران به مصادر الفقه^(١).

التعريف المختار: هو ان أصول الفقه عبارة عن (قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط التي يستعين بهسا المجتهد - أو القاضي - على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية (الجزئية)).

تحليل التعريف

أصول: جمع أصل لغة ما يبنى عليه غيره سواء أكان البناء حسياً كالجدار للسقف أم كان معنوياً كبناء الحكم على دليبه^(٢). واصطلاحاً هو الدليل أو القاعدة. **الفقه لغة:** فهم غرض المتكلم من كلامه^(٣) أو الفهم يطلقاً. اصطلاحاً: الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (الجزئية).

ومن قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط قاعدة (كل أمر للوجوب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، وكل نهى للتحريم ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك)، ويطلق علماء الاصول عادة على مثل هذه القواعد الكلية مصطلح (ادلة اجمالية) كما يطلقون على الأدلة الجزئية الخاصة مصطلح (ادلة تفصيلية).

الأحكام الشرعية العملية^(٤): هي الأحكام التي تنظم أعمال وتصرفات

بالحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية) وهذا ناشئ عن الخلط بين المعنى اللغوي للفقه وهو الفهم وبين المعنى الاصطلاحي وهو الأحكام ذاتها لا العلم بها لان العلم صفة قائمة بالفقيه وبمن يعلم الفقه.

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

(٢) في التوضيح على التلويح (الأصل ما يبنى عليه غيره، فالابتناء شامل للابتناء الحسي وهو ظاهر، والابتناء العقلي وهو ترتب الحكم على دليبه).

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

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

لإنسان وهي صفاتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة،
صفات الوضعية (والصفات الوضعية لتلك التصرفات والوقائع) من السببية
الشرطية والمانعية والصحة والبطلان والفساد.

الأدلة الجزئية: الدليل الجزئي (أو التفصيلي) هو الذي يدل على حكم
ناص لواقعة معينة أو تصرف معين، كقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم
الله إلا بالحق﴾^(١)، فإنه دليل جزئي معين من القرآن الكريم يستنبط منه المجتهد
أو القاضي حكم واقعة القتل بغير حق وهو الحرمة، وكقوله تعالى ﴿يا أيها
ذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٢) فإنه دليل جزئي معين يستنبط منه المجتهد (أو
قاضي) حكم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد الصحيح وهو الوجوب.

طريقة الاستعانة بقواعد الأصول

في الاستدلال على حرمة القتل بقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله
بالحق﴾ يقول القاضي (ولا تقتلوا). (نهى)، وكل نهى للتحريم^(٣) أذن (ولا
تتلوا) للتحريم.

وفي الاستدلال على وجوب الوفاء بالالتزام بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾،
ول القاضي أوفوا (أمر)، وكل أمر للوجوب^(٤)، أذن (أوفوا) للوجوب، وهكذا.

شأة وتدوين أصول الفقه

نشأ هذا العلم في تكثير المجتهد مع نشأة النصوص ولكن لم يدون في صدر
إسلام، لان الأحكام في عهد الرسالة كانت تستقى من الوحي المباشر (القرآن
كريم) ومن السنة النبوية، وكان الرسول ﷺ هو المرجع لتفسير نصوص
قرآن وبيان مقاصد التشريع الإلهي وفق ما خول به في قوله تعالى ﴿وأنزلنا
بك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾^(٥).

وبعد ذلك تولى مهمة القضاء نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين الذين كانوا
على المام تسام بلغة القرآن، ولهم المعرفة بأسباب النزول وإسرار التشريع

(سورة الإسراء ٣٣ .

(سورة المائدة ١ .

(فهو من القواعد العامة .

(وهو من القواعد العامة .

(سورة النحل ٤٤ .

ومقاصده، إضافة إلى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة وتوفر الملكة الفقهية التي اكتسبوها من صحبة الرسول ﷺ الطويلة، ولذلك كانوا في غنى عن تدوين هذا الفن، ولكن في الواقع لم يكونوا بمعزل عن تطبيق مبادئه ورعاية قواعده في قضائهم وفقههم، وبعد أن أخذ الناس يدخلون في دين الله أفواجا تأثرت المصطلحات العربية بغيرها فأدى ذلك إلى فتح ابواب الجدل والنقاش والخلاف فاضطر علماء اللغة إلى وضع قواعد اللغة العربية صونا للأسنة من الخطأ في التلفظ، وعلماء الاصول إلى تععيد قواعد أصول الفقه حفظاً للعقول من الخطأ في الاستنباط.

وكان ابو حنيفة^(١) وصاحبه (أبو يوسف^(٢) ومحمد^(٣)) (رحمهم الله) في مقدمة السالكين في هذا المسار، ولكن الامام الشافعي^(٤) (رحمه الله) يعتبر المؤسس الحقيقي لعلم اصول الفقه، فهو أول من دون قواعده في (الرسالة)^(٥) التي رواها عنه صاحبه الربيع المرادي^(٦).

- (١) نعمان بن ثابت، (٨٠-١٥٠هـ)، ويعتبر من أتباع التابعين.
(٢) هو يعقوب بن ابراهيم بن ابي ليلى الانصاري نسبة الكوفي نشأ، (١١٣-١٨٣هـ).
(٣) محمد بن الحسين الشيباني، (١٢٢-١٩٨هـ).
(٤) هو أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ).
(٥) لكن يرى البعض: ان اول من دون فيه هو ابو حنيفة (رحمه الله)، يقول ابو الوفاء الاقناني (مقدمة أصول السرخسي ٣/١) أما أول من صنف في علم الأصول - فيما نعلم - فهو امام الائمة ابو حنيفة النعمان (رحمه الله) حيث بين طرق الاستنباط في (كتاب الرأي) وتلاه صاحبه القاضي الامام ابو يوسف والامام محمد بن الحسن الشيباني ثم الامام محمد بن ادريس الشافعي (رحمه الله) صنف رسالته.
(٦) هو الربيع بن سليمان المصري المرادي (ت ٢٠٧هـ)، يقول ابن خلدون في مقدمته ص ٤٥٤ (واعلم ان هذا الفن من الفنون المستحدثة في اللغة وكان السلف في غنية عنه بما ان استفادة المعاني من الالفاظ لا يحتاج فيها إلى مزيد مما عندهم من الملكة اللسانية، فلما انقرض السلف وذهب المصدر الاول انقلبت العلوم كلها صناعة احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحليل هذه القوانين والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة فكتبوها فنا قائما برأسه سموه أصول الفقه، وكان اول من كتب فيه الشافعي (رحمه الله) أملى فيه رسالته المشهورة.

مناهج الأصوليين في مؤلفاتهم

أهمها ثلاثة:

١- منهج المتكلمين^(١)

وهو يتميز بتحقيق قواعد أصول الفقه تحقيقاً منطقيًا نظريًا مبنياً على الحجج والبراهين وتأييد العقل بعيداً عن الاستقراء من الفروع الفقهية^(٢)، وبذلك كانت القواعد الاصولية حاکمة على الفروع غير خاضعة لها، لذا اتت المسائل الفقهية قليلة فيما ألف على هذا النمط من كتب أصول الفقه^(٣).

٢- منهج الحنفية^(٤)

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

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

(٣) من أبرزها: المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري (ت ٤١٣هـ)، والبرهان لإمام الحرمين الجويني (ت ٤٨٧هـ)، والمستصفي للإمام الغزالي (ت ٥٠٥هـ).

(٤) سمي بذلك لأن الأصوليين من الحنفية اختاروه، وعلى سبيل المثال الاستحسان الذي هو عبارة عن العدول عن القاعدة العامة رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف أصل من أصول الفقه ومصدر من مصادر الأحكام الفقهية وقد استخرجه الأصوليون من الحنفية من التطبيقات الفقهية المذهبية منها: (إذا عرف الشاهد الملك معاينة والمالك سماعاً حل له أن يشهد له استحساناً، والقياس لا يجوز)، فتح القدير ٣٩٥/٧. ومنها (لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، فإنه يسع أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، وهذا استحسان، والقياس لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل. وجه الاستحسان، أن هذه الأمور الخمسة لو لم تغفل فيها الشهادة بالتسامح أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام (بداية المبتدئ) وشرحه الهداية مسع فتح القدير ٣٨٩/٧) والحاصل أن منهج الحنفية هو استخراج قواعد الأصول من الفروع، أي استخلاص القواعد التي أستخدمها الأئمة في استنباط الأحكام من بقايا الفروع المنقولة عنهم، فمثلاً حينما وجد

الاصوليون من الحنفية أستخلصوا من المسائل الفقهية المتنوعة المأثورة عن
الائمة المجتهدين قواعد وضوابط أصولية تخضع لهذه الفروع^(١). ويرجع تحليل
المسائل الفقهية في مذهب أبي حنيفة وتحليلها تحليلاً علمياً إلى هذه الطريقة.

٣- منهج المتأخرين

يعتبر هذا المنهج الثالث توفيقاً بين الاولين وذلك باستخدام العقل والمنطق
في تحليل قواعد أصول الفقه من جهة، وتطبيقها على المسائل الفقهية من جهة
أخرى^(٢).

وقد قدمت هذه الطريقة الجديدة لأصول الفقه فوائد مهمة حين جعلت من
الفروع الفقهية مادة لتطبيق قواعده عليها فزادت التطبيقات الفقهية التي تنطبق

الفهاء الحنفية أن أبا حنيفة (رحمه الله) قد أوجب الزكاة في جميع ما تنبت الأرض مهما كان
صنفه أو قدره أخذاً بعموم قوله تعالى ﴿واتوا حقه يوم حصاده﴾ سورة الانعام، ولم يعمل
بحديث (ليس فيما دون خمسة أو سق صدقة) استنتجوا من هذا التطبيق الفقهي الفرعي وما
يمثله: ان عام الكتاب لا يخصص بحديث احادي لان دلالة عام القرآن على مدلوله
قطعية، ولان القرآن قطعي الثبوت والحديث الاحادي ظني الثبوت، والدليل القطعي ثبوتاً أو دلالة
لا يجوز ان يخصص بدليل ظني لعدم قيام التعارض بينهما بسبب عدم التكافؤ.
(١) ومن اهم المؤلفات على هذه الطريقة:

- أ. كتاب الأصول لأبي أحمد بن علي المعروف بالخصاص، (ت ٣٧٠هـ).
- ب. تقويم الأدلة لأبي زيد عبيد الله الدبوسي، (ت ٤٣٠هـ).
- ج. الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد النزدي (ت ٤٨٣هـ)، مع شرحه (كشوف
الاسرار) لعبد العزيز البخاري (ت ٧٣٠هـ).
- د. وكتاب المنار للحافظ النسفي (ت ٧٩٠هـ).

(٢) ومن المؤلفات التي تجمع بين القواعد الأصولية والتطبيقات الفقهية كتاب تخريج الفروع على
الأصول لشهاب الدين محمد بن أحمد الزنجاني الذي يعتبر بحق محاولة جادة وأ نموذجاً رائعاً
لمخطط يرسم علاقة الفروع والخزينات من أحكام الفقه بأصولها وضوابطها من القواعد
والكليات، ورد الجزئيات إلى الكليات، ولم يرد الزنجاني أن يكون كتابه هذا مؤلفاً في أصول
الفقه أو مصنفاً في القواعد أو الفروع، وإنما حاول أن يكون كتاباً يجمع بين الأصول والفروع
في مسلك متميز بينغي معرفة بناء فروع الأحكام على أصولها وذلك ببرد الجزئيات إلى
الكليات، وعلى سبيل المثل يقول في ص ١٧٥-١٧٦ أن تخصيص عموم الكتاب بالقياس جائز
عند الشافعي لأن القياس دليل شرعي يجوز التخصيص به قياساً على خبر الواحد، لان في هذا
التخصيص عملاً بالدليلين وفي عدمه عملاً بأحدهما وتعطيلاً للآخر، وذهب الحنفية إلى انكار
ذلك لان التخصيص بمثابة النسخ والكتاب لا ينسخ بالقياس ويتفرع عن هذا الأصل ان مباح
الدم (كمن يرتكب قتلاً موجباً للخصاص) اذا التجأ إلى الحرم في مكة المكرمة لا يعصمه
الإلتجاء عند الشافعي قياساً على الاعتداء على ما دون النفس الموجب للخصاص بالإتساق، أو
قياساً على حالة ارتكاب الجريمة داخل الحرم وعند الحنفية يعصمه عملاً بعموم قوله تعالى
﴿ومن دخله كان آمناً﴾، سورة آل عمران ٩٧، لأن القياس لا يخصصه.

عليها الضوابط الأصولية^(١).

أهمية علم أصول الفقه وصلته بالقانون

لأصول الفقه أهمية كبيرة في المجالين الفقهي والقانوني:-
- أهميته بالنسبة للفقهاء الإسلامي

تكون من أوجه متعددة منها:

١- من بلغ مرتبة الاجتهاد وتوافرت له أسبابه يستعين بقواعد أصول الفقه وقوانينه في استنباط الأحكام الشرعية العملية للقضايا والمسائل التي تعنى ببيان أحكامها.

٢- من بلغ مرتبة أهل الترجيح يستعين بقواعد أصول الفقه في ترجيح رأي فقيه على رأي فقيه آخر للأخذ بما هو أفقه.

٣- من يتصدى لدراسة المقارنة بين المذاهب الإسلامية يتمكن عن طريق أصول الفقه من معرفة مناهج أئمة الفقه في الاستنباط والقواعد التي كانوا يتقيدون بها في إجتهداتهم ، ومساعدة ذلك على تحديد أوجه الوفاق والخلاف في المسائل المعنية بالمقارنة، ثم ترجيح ما هو أقوى دليلاً وأدق نظراً وأقرب تحقيقاً للمصالح التي قصد الشارع تحقيقها.

٤- عن طريق قواعد أصول الفقه يمكن تقريب شقة الخلاف بين المذاهب الإسلامية ووضع حد للتعصب المذهبي أو الطائفي الناشيء من التأثر بعوامل كثيرة أهمها الجهل بأسس وأصول هذه المذاهب.

٥- تفتتح ذهنية الملم بقواعد أصول الفقه انفتاحاً يؤهله لإجراء المقارنات والموازنات بين آراء فقهاء المسلمين من جهة وآراء فقهاء القانون من جهة أخرى للوصول إلى ما هو أكثر ملائمة للأخذ به في التشريعات الوضعية إذا لم يتعارض مع القواعد الشرعية الثابتة في الشريعة الإسلامية.

(١) ومن أشهر المؤلفات على هذا النمط:

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

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

ج- التحرير لكمال محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام، (ت ٨٦١هـ) وقد شرحه تلميذه محمد ابن أحمد ابن الحاج الحلبي الحنفي، (ت ٨٧٥هـ) في كتابه المسمى (التقرير والتحبير).

٦- علم اصول الفقه يبحث عن أدلة الفقه والمصادر التي تستقى منها أحكامه ومراتب هذه المصادر والأدلة في الاستدلال والقوة والحجية وأوجه دلالاتها على الأحكام وطرق إستنباط هذه الأحكام من أدلتها وكيفية تقديم دليل على آخر عند التعارض.

ب- أهمية أصول الفقه بالنسبة للقانونيين وصلته بالقانون.

تكون من أوجه كثيرة منها:

١- النصوص القانونية كالنصوص الشرعية منها عامة ومنها خاصة، منها مطلقة ومنها مقيدة، منها عامضة ومنها واضحة، فالعام يخص بالخاص عند التعارض، والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب، والغامض يزال غموضه بالواضح اذا كان تشريعهما يرمي إلى تحقيق غاية واحدة، وكل ذلك لا يتم الا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.

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

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

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

٥- معرفة طبيعته عناصر النصرفات القانونيه وتمييزها من احكامها، وتحديد ما يعتبر ركناً وما يعتبر شرطاً من تلك العناصر للوقوف على الآثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتختلف ذلك له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي ولكل باحث قانوني، وكل ذلك لا يمكن استيعابه الا عن طريق قواعد أصول الفقه.

٦- من الصعب على شراح القانون الوصول إلى عمق النصوص للحصول على قصد المشرع لبيان هذا القصد وايصاله إلى ذهنية الطالب القانوني أو تقديم تسهيلات إيضاحية للقضاء بصدد تطبيق القانون، ما لم يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح قواعد أصول الفقه وكذلك من الصعب على طلبة الدراسات العليا التخلص من ظاهرة السطحية المتفشية في معالجة الامور المتعلقة بموضوع البحث ما لم يستعينوا بقواعد وقوانين أصول الفقه، ولأهمية مادة أصول الفقه قامت بعض الدول غير الاسلامية بترجمتها وتدريسها في كليات القانون وهي حالياً تدرس في جامعة هارفرد في أمريكا وقد تمت قبل زمن ترجمة رسالة الامام الشافعي في أصول الفقه إلى اللغة الانكليزية لتدريسها في كليات القانون^(١).

لوضع والدلالة وأقسامها

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

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

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

(١) سواء كان لفظاً أم غيره.

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

- ١- الدلالة اللفظية الوضعية: وهي أن يدل لفظ على معنى وضع له لغة أو عرفاً أو شرعاً أو قانوناً أو في أي إصطلاح آخر كدلالة لفظ (القتل) على أزهاق الروح.
- ٢- الدلالة اللفظية الطبيعية: وهي أن يدل لفظ على معنى لم يوضع له ولكن تكون الدلالة بمقتضى الطبيعة، كدلالة أنسين المريض أو المجروح أو المصاب بمصيبة على الآلام الذاتية والنفسية.
- ٣- الدلالة اللفظية العقلية: وهي أن يدل لفظ (أو كلام) على معنى لا بسبب الوضع ولا بالطبع وإنما عن طريق العقل، فعقل الانسان يحكم بان تضارب الفاظ الشاهد وتعارض أقواله يدل على عدم صدقه وعدم أمانته في أداء شهادته أمام القضاء، الا أن هذه الدلالة ظنية قابلة لأثبات العكس.
- ٤- الدلالة الوضعية غير اللفظية: كدلالة أشارات المرور الداخلية والدولية المنصوبة على الطرق العامة والشوارع على المعاني التي وضعت لها بموجب نظام المرور.
- ٥- الدلالة الطبيعية غير اللفظية: كدلالة التغيرات الفيزيولوجية في شخص المتهم حين استجوابه على ثبوت التهمة الموجهة اليه وهي دلالة ظنية قابلة لأثبات العكس، كسرعة نبضاته وتغير لون وجهه عند التحقيق معه، وقد استحدث جهاز يسمى (جهاز كشف الكذب) يستعمل لقياس تنفس المتهم أو ضغط دمه حين التحقيق معه واستنطاقه^(١).
- ٦- الدلالة^(٢) العقلية غير اللفظية: وهي دلالة الأثر على المؤثر كدلالة هذا الكون العظيم على وجود الخالق ودلالة الدخان على النار ودلالة الحركة الارادية على الحياة ودلالة آثار الجريمة على ثبوتها وعلى تشخيص المجرم.
- والدلالة المعنية بالدراسة في علم أصول الفقه هي الدلالة اللفظية الوضعية للنصوص الشرعية والقانونية وأدلة الأحكام وبقية الدلالات مطلوبة حين تطبيق النصوص وتكييف الوقائع.

(١) د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، ص ٢٢، د. حسين محمد علي، الجريمة واسباب البحث العلمي، ص ٢٨٧، د. سعد جلال، علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

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

واللفظ الموضوع للمعنى لغةً أو عرفاً أو قانوناً أو شرعاً أما أن يكون:
 أ- مفرداً وهو الذي لا يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل خيانة،
 تهمة، عقوبة، علم، شهادة. وقد يطلق: على ما يقابل الجمع والمنتسب
 والمضاف والجملة، أو على ما يقابل المركب، وهذا الأخير هو المراد.
 ب- وأما أن يكون مركباً وهو الذي يدل جزء من لفظه على جزء من معناه مثل
 خيانة الأمانة، شهادة الزور، تهمة القتل، عقوبة السرقة، علم الاجرام.

أقسام الدلالة اللفظية الوضعية من حيث المعنى

أ- الدلالة المطابقية (أو دلالة المطابقة)

وهي دلالة اللفظ الموضوع لمعنى على تمام معناه، وسميت الدلالة مطابقة أو
 مطابقية لأن اللفظ مطابق للمعنى فلا يزيد أحدهما على الآخر ولا ينقص منه
 كلباس يلبسه الانسان ويكون حجمه مطابقاً لحجم جسمه.

ب- الدلالة التضمنية (أو دلالة التضمن)

وهي دلالة اللفظ على جزء من معناه - اذا كان له جزء - ضمن مجموع
 المعنى.

ج- دلالة التزامية (أو دلالة الالتزام)

وهي دلالة اللفظ على معنى خارج عن المعنى الموضوع له ولكنه لازم له
 ولا ينفك عنه في الذهن أو في خارج الذهن^(١) أو كليهما.
 ومن أمثلة الدلالات الثلاث المذكورة: لفظ (عقد) فأنه موضوع شرعاً
 وقانوناً لمجموع الايجاب والقبول اذا اتصلوا وتساوافت شروطهما الشرعية
 والقانونية، وبذلك تكون دلالته على مجموع الايجاب والقبول مطابقة، وعلى
 الايجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية، وعلى الحقوق والالتزامات
 المترتبة عليه للمتعاقدين التزامية.

(١) يقول القرافي (دلالة المطابقة هي فهم السامع من كلام المتكلم كمال المعنى ودلالة التضمن
 فهمه جزء المعنى، ودلالة الالتزام فهمه لازم المعنى) أنظر شرح تنقيح الفصول في اختصار
 المحصول في الأصول/ص ٢٤، والحاصل ان الدلالة بالنسبة إلى كمال المعنى مطابقة والى
 جزئه - ان كان له جزء - تضمنية كدلالة البيت على الحائط تضمنية ودلالة السقف عليه
 التزامية لأنه مستتبع له ويلاحظ على كلام القرافي انه لا يصح البناء على التجوز لان
 الدلالة صفة اللفظ والفهم صفة السامع فلا يجوز حمل احدهما على الآخر.

وعلى هذا الاساس قال الحنفية: (اركان العقد: الايجاب والقبول) لان العقد تصرف مركب مكون من هذين العنصرين، وركن الشيء ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه. وهذا الاتجاه أدق وأفقه من اتجاه الفقه القانوني القائل بسان اركان العقد ثلاثة: (المحل والتراضي والسبب) فالعقد اتفاق يعبر عن التراضي، والاتفاق (الارادة الظاهرة) والتراضي (الارادة الباطنية) صفتان قائمتان بشخص المتعاقدين، ومحل العقد خارج عن ماهية العقد وشرط لصحة الايجاب والقبول، وكذلك السبب اما بمعني الغرض (الغرض المباشر) أو بمعني الباعث الدافع فهو في الحالتين ليس جزءاً من الاتفاق بالمعنى المنطقي والاصولي وانما هو مسن شروط صحة الايجاب والقبول.

الكل والجزء والكلي والجزئي

مجموع مكونات الشيء : كله، وكل واحد من هذه المكونات : **جزؤه**.

والكلي: ما امكن صدق مفهومه على كثيرين، فكل شيء في الذهن قبل رؤيته كلي.

والجزئي: ما لا يصدق مفهومه على اكثر من واحد، فكل شيء في الذهن بعد رؤيته جزئي.

والكل والجزء من صفات الاشياء خارج ذهن الانسان، والكلي والجزئي من صفات المفاهيم والصور الذهنية.

الجنس والنوع والصنف

الجنس كلي يندرج تحته امور مختلفة في طبائعها وماهيتها كالجريمة جنس لكافة انواع الجرائم، والمعدن جنس لجميع انواع المعادن.

النوع كلي يندرج تحته امور متفقة في طبائعها وماهياتها لكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها، كالتمر والحنطة والارز وغيرها، فكل واحد منها نوع لاصنافها المتفقة في الماهية والطبيعة مختلفة في الصفات كالجودة والرداءة والطعم وغيرها.

الصنف كلي يندرج تحته افراد متفقة في ماهيتها وصفاتها وينبني على ذلك أن من باع صنفاً معيناً فلا ينقضي التزامه الا بتسليم نفس الصنف، فالصنف يحل بعضه محل بعض في الوفاء بخلاف النوع والجنس.

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

النسبة بين مفاهيم المصطلحات

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

١- **المساواة:** وهي كون لفظين مترادفين بحيث يطلق كل منها على كل ما يطلق عليه الآخر من الأفراد كالإنسان والبشر لغة. والجناية والجريمة شرعاً^(١). وكالعقد واتفاق الإرادتين على أحداث ما يرتب عليه الشرع أو القانون أثره، وكالعقد الموقوف وغير النافذ، والتليس والتغريب، والتصرف القابل للأبطال والتصرف غير اللازم، والباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء^(٢).

٢- **التباين:** وهو كون لفظين بحيث لا يطلق كل منهما على أي مما يطلق عليه الآخر كالمجرم والبرئ، والخيانة والامانة، والكفر والإيمان، والصدق والكذب، والحى والجماد، والحلال والحرام، والصحيح والباطل، والتصديق والجود، وأرجاء والقنوط، والعدل والجور، والرضا والاكراه، والعلم والجهل.

٣- **العموم والخصوص المطلق:** وهو ان يكون احد اللفظين بحسب المفهوم أعم مطلقاً والآخر بحسب مفهومه أخص مطلقاً، فعندئذ كلما تحقق الخاص يتحقق معه العام دون العكس الكلي، فقد يتحقق العام في مجال أجزأ بدون هذا الخاص، ومن امثلة ذلك: الجناية والقتل العمد العدوان، فكل قتل عمد عدوان جنائية ولكن ليست كل جنائية قتلاً لجواز ان تكون سرقة أو تجسساً أو غيرهما.

والتصرف الشرعي (القانوني) والعقد، فكل عقد تصرف لكن ليس كل تصرف عقداً، لجواز ان يكون تصرفاً أنفرادياً (ارداة منفردة).

(١) وقد فرقت بعض القوانين منها قانون العقوبات العراقي (م٢٣) بين الجناية والجريمة فأعتبروا الجريمة أعم من الجناية لأنها تشمل الجنحة والمخالفة، لكن في الشريعة هما مترادفان وعبارتان عن ارتكاب فعل محظور أو ترك واجب بحيث يعاقب المرتكب.

(٢) في قواعد العلائي ٤٤٠/١، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى البنجوني (الباطل والفاسد مترادفان)، وقال ابو حنيفة (رحمه الله) أنهما متباينان.

٤ - العموم والخصوص من وجه: وهو ان يكون كل من اللفظين بحسب المفهوم عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، يكون خاصاً عندما يجتمع مع الآخر في حالة من الحالات، ويكون عاماً اذا فارقه وأجتمع مع آخر غيره. ومن أمثلة ذلك المال والحق الشخصي^(١) انهما يجتمعان في مبلغ من النقود لشخص يكون بذمة شخص آخر، فهذا المبلغ مال لان له منفعة مباشرة ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وحق شخصي لانه بذمة الغير لا يتصرف فيه الا بواسطة هذا الغير، وقد يفترق المال عن الحق الشخصي فيتحقق مع الحق العيني^(٢) كالدار والسيارة والارض وغيرها من الحقوق العينية، فهي أموال وحقوق عينية لمالكها، وليست بحقوق شخصية، اذن المال من هذا الوجه عام، لانه مرة مع الحق الشخصي وأخرى مع الحق العيني، وكذلك الحق الشخصي قد ينفرد عن المال ويتحقق فيما ليس بمال أصلاً، كحق كل زوج في التمتع بالآخر فهو حق شخصي، ولكنه ليس بمال لأنه غير قابل للتصرف فيه ولا يقبل نقله إلى الغير لا بعوض ولا بدون عوض.

الاستعمال والاحتمال والبيان

الاستعمال: اطلاق اللفظ واردة المعنى، وهو لا يكون الا بعد الوضع ويكون دائماً صفة المتكلم.

الاحتمال: هو تحمیل اللفظ المعنى سواء كان مطابقاً لمعناه المراد أم لا وهو صفة المخاطب.

البيان: وهو استجلاء المعنى المراد من لفظ غير واضح فاذا كان من الشارع (المشرع) يكون تفسيراً تشريعياً، ومن القاضي يكون قضائياً، ومن الفقيه يكون فقهاءً.

والاول ملزم بخلاف الثاني والثالث.

(١) كل ما للانسان بذمة الغير يسمى حقاً شخصياً سواء كان مالياً كحق الدائن في الدين الذي بذمة المدين أو كان غير مالي كحق احد الزوجين على الآخر في الالتزامات غير المالية.
(٢) وهو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله صلاحية التصرف في هذا الشيء واستغلاله واستعماله وحيازته كحق الملكية.

خطة البحث

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

- القسم الأول : أدلة الأحكام الشرعية.
- القسم الثاني : الأحكام الشرعية.
- القسم الثالث : دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام.



القسم الأول

أدلة

الأحكام الشرعية العملية



القسم الأول أدلة الأحكام الشرعية

المراد بأدلة الأحكام الشرعية المصادر التي تستسقى منها الأحكام الشرعية، وهي تنقسم باعتبار الاصلية والتبعية والنقلية^(١) والعقلية والحجية إلى الفصول الاربعة الآتية:

الفصل الاول

الادلة الاصلية^(١) النقلية المتفق عليها: وهي عبارة عن القرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً.

الفصل الثاني

الادلة التبعية النقلية المتفق عليها: وهي عبارة عن الاجماع أولاً والعرف ثانياً.

الفصل الثالث

الادلة التبعية النقلية المختلف فيها: وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا.

الفصل الرابع

الادلة التبعية العقلية^(٢): وهي القياس والمصلحة والاستصحاب والاستحسان وسد الذرائع.

(١) الادلة النقلية: ما كان طريقها النقل ولا دخل للمجتهد في تكوينها وواجادها: كالقرآن، والسنة، والاجماع، والعرف لأن تكوين العرف نتيجة لتكرار العادة فهي اذا اكتسبت صفة الالزام الادبي تصبح عرفاً ينتقل من جيل إلى آخر ويكون مصدراً ملزماً اذا حكم به القاضي أو تحول إلى قاعدة شرعية أو قانونية.

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

(٣) الادلة العقلية: هي التي يكون للمجتهد دخل في تكوينها كالوسائل الشرعية التي يستدل بها المجتهد ويستند اليه من الوجهة العقلية وباعتبارها كائتفة للأحكام الشرعية.

نشأت المصادر العقلية في عصر الصحابة اضافة إلى النقلية، فالنقلية: هي التي يكون طريقها النقل من جيل إلى آخر دون ان يكون للمجتهد دخل في تكوينها، بخلاف العقلية فهي عملية عقلية اجتهادية للمجتهد من حيث ارجاع الجزئيات إلى الكليات، لكن المعقول لا يعتد به ما لم يستند إلى النقل.

الفصل الأول القرآن والسنة النبوية

القرآن

هو المرجع الأول والمصدر الرئيس الذي ترجع اليه جميع المصادر الأخرى، قال الشاطبي (كتاب الله هو أصل الأصول والغاية التي تنتهي اليها أنظار النظائر ومدارك أهل الاجتهاد).

السنة النبوية

رغم انها مصدر أصلي فأنها ترجع إلى القرآن باعتبار ان وظيفتها بيان أحكامه، وبقيّة المصادر ترجع اليه لأنها كاشفة لأحكام الله وليست موجدة لها.

ونخصص لدراسة كل واحد منهما بحثاً مستقلاً.

المبحث الأول القرآن الكريم

القرآن

غني عن التعريف، وبديهي، ومن العبث تعريف البديهيّات، لذا نقتصر على قدر ما يتعلّق بموضوعنا.

وصف الشافعي (رحمه الله) القرآن فقال: (فكل ما نزله الله في كتابه جل ثناؤه رحمةً وحجّةً، علّمةً من علّمةٍ وجّهلةً من جهلةٍ، لا يعلم من جهلةٍ ولا يجهل من علّمةٍ)^(١)، وقال الشاطبي في وصفه (انه كلية الشريعة، وعمدة الملة وينبوع الرسالة، ونور الابصار والبصائر، وان لا طريق إلى الله سواه، ولا نجاة بغيره ولا تمسك بشيء بخالفه)^(٢)، وعرفه علماء الأصول بانسه (الكلام المعجز

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

(٢) الموافقات للشاطبي ٣/٣٤٦.

المنزل على النبي محمد ﷺ المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر المتعبد بتلاوته^(١) وأصفه - إن صح وصفي - بأنه آخر دستور الهي جاء معدلاً للدساتير الالهية السابقة التي نزلت على الانبياء والرسل، تضمن امهات أحكامها مضيفاً اليها أحكاماً جديدة اقتضاها نضج العقل البشري ليستقر عليها الانسان ويأخذ بهداها في تطوير حياته وضمان سعادته الدنيوية والآخروية.

وتؤكد هذه الحقيقة آيات قرآنية منها قوله تعالى ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿ان هذا لفي الصحف الاولى صحف إبراهيم وموسى﴾^(٣) وقوله تعالى ﴿قل يا أهل الكتب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون﴾^(٤) وإضافة إلى الايمان بالرسول خاتم الانبياء وبالقرآن جعل الله الايمان بكافة الرسل والانبياء وبالكتب المقدسة وعدم التفريق بين الرسل اساساً رئيساً لاعتبار الانسان مؤمناً فقال تعالى ﴿والمؤمنون كل امن بالله وملائكته وكتبه ورسله﴾^(٥).

وظيفة الدستور

الدستور لا يتطرق للجزئيات ولا يتضمن الأحكام التفصيلية ولا يتناول كل شي بالاسم، وانما يقتصر على أمهات الأحكام وتأسيس الأسس العامة وتقييد القواعد الكلية، وصنع إطار عام يتحرك عقل المشرع في حدوده بحيث لا يجوز تشريع قانون يتعارض مع قاعدة من قواعده ولا إصدار تعليمات خارجة عن اطاره، كذلك القرآن الكريم اقتصر على الاسس العامة والقواعد الكلية وصنع اطاراً أخلاقياً وقال لعقل الانسان تحرك في ضوء متطلبات الحياة في الدنيا

(١) مناهل العرفان في علوم القرآن للزرقاني ١٩/١، وقال امام الحرمين، البرهسان ١/٦٦٧ (القرآن قاعدة الإسلام وقطب الشريعة واليه رجوع الأصول ولا أمر في الدين أعظم منه).

(٢) سورة الشورى ١٣.

(٣) سورة الأعلى ١٨-١٩.

(٤) سورة آل عمران ٦٤.

(٥) سورة البقرة ٢٨٥ آيات القرآن كليات وخول العقل البشري بارجاع الجزئيات اليها لكن تناول بشيء من التفصيل العبادات لانها غير خاضعة للاجتهادات وكذلك أحكام الاسرة لأهميتها وخطورتها.

لواسعة شريطة ان يكون هذا التحرك ضمن حدود هذا الاطار الاخلاقي: فقال ﴿وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾.

نهج القرآن في بيان الأحكام

تضمن القرآن أضافة إلى الآيات الكونية وآيات أحوال الامم الماضية ثلاثة نواع من الأحكام:

الأحكام الاعتقادية وهي وجوب الايمان بالله وبما يتفرع عنه من الايمان بالله والاحكام الاخرى من المغيبات، وذلك لان العقيدة هي المنطلق الاول لنهوض إلى الحياة في شتى المجالات، فمن لا ايمان له لا التزام له ومن لا التزام له لا أمانة له، ومن لا أمانة له لا يصلح لعضوية الأسرة البشرية.

الأحكام الخلقية وهي وجوب ما ينبغي ان يكون عليه الانسان من التحلي الفضيلة والتخلي عن الرذيلة حتى يصبح عنصراً مفيداً لنفسه وغيره بعيداً عن لشور و السينات التي تردي به وبمن معه في الهاوية.

الأحكام العملية وهي الصفات الشرعية لتصرفات الانسان القولية منها الفعلية، ككونها واجبة أو مستحبة، أو محرمة أو مكروهة أو مباحة، وككونها نبيها لصحة تصرف أو شرطاً له أو مانعاً منه، أو كون التصرف صحيحاً أو اطلاً. كل ذلك لغرض تنظيم العلاقات بين افراد بني الانسان بصسورة منتجة لاثارها ومحقة لاغراض إنشائها.

وتاتي في مقدمة هذه العلاقات علاقة الانسان مع ربه لأنها الاساس الرئيس مصداقية بنية علاقات الانسان بعضهم مع بعض، فكل خلل في علاقة الانسان مع ربه تنعكس آثاره السلبية على علاقته مع غيره من بني نوعه.

أهم الأحكام العملية

١- أحكام العبادات

ووظيفتها تقوية الصلة بين العبد وربّه لأكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزراع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والام في بيتها، والسلطة حسين ممارسة سؤولياتها.

٢- أحكام الأسرة

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

٣- أحكام المعاملات المالية

وهي وجوب رعاية الاسباب الشرعية لكسب الملكية والأخذ بالاسس والقواعد التي تترتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، حتى لا يكتسب أحد حقاً أكثر من التزامه ولا يطغى حق فرد على حق آخر. وقد أقتصر القرآن على العناصر والاسس والاحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة الاقتصادية ومنها: التراضي في عقود المعاوضات^(١) وطيبة النفس في التبرعات^(٢)، والتوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانبين^(٣)، والوفاء بالالتزامات المترتبة على التصرفات^(٤)، وأداء المدين للأمانات^(٥)، وتوثيق العقود ضماناً للحقوق وحذراً من الخصومات^(٦).

(١) قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ سورة النساء ٢٩.

(٢) قال تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلةً فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾، سورة النساء ٤.

(٣) قال تعالى ﴿واحل الله البيع وحرم الربوا﴾، سورة البقرة ٢٧٥. والمراد بالبيع كل عقد يتسوف فيه التوازن بين العوضين والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يكتسب فيه احد العاقدين مصلحة على حساب الآخر بدون مبرر شرعي.

(٤) قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ سورة المائدة ١، أي أوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

(٥) قال تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الامنت إلى أهلها﴾ سورة النساء ٥٨، والمراد بالامانة كل حق عيني أو شخصي أو ادبي (معنوي) يعود إلى الغير بحيث لا يجوز الاحتفاظ به بدون مبرر شرعي ويشمل أيضا كل واجب على الانسان تجاه ربه وتجاه الغير من بني الانسان.

(٦) قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾، سورة البقرة ٢٨٢، وقال تعالى ﴿وأنشدهوا إذا تباعتم﴾، سورة البقرة ٢٨٢، وقال تعالى ﴿وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهن من قبوضة﴾، سورة البقرة ٢٨٣.

وترك القرآن بقية عناصر العقود وأحكامها وأسس الالتزامات المالية وأحكامها وتطوير العلاقات الاقتصادية واتجاهاتها للعقول البشرية في ضوء متطلبات المعيشة في كل زمان ومكان شريطة أن يكون ذلك ضمن الأطار الأخلاقي الذي صنعه الله للإنسان ليتحرك فسي داخله ولا يتجاوز حدوده ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾^(١).

٤- الأحكام الدستورية

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

الأساس الأول : هو العمل بمبدأ الشورى في صنع كل قرار يتعلق بالمصالح العليا للأمة^(٢).

الاساس الثاني : رعاية العدل والعدالة في كل حكم قضائي واداري وغيرهما من كل ما يمس حياة وكرامة الفرد^(٣).

الاساس الثالث : توزيع الحقوق والواجبات والالتزامات بميزان المساواة بحيث لا يأخذ أحد حقاً أكثر من التزامه على حساب الآخرين^(٤)، ولا يكلف بالتزام بدون رضاه - لا يقابله حق.

الاساس الرابع : وجوب اطاعة ولي الامر فيما لا توجد فيه معصية لله^(٥)، لانه يمثل النظام، والاخلال بالتزام الطاعة اخلال بالنظام.

(١) سورة الطلاق ١.

(٢) قال تعالى ﴿وشاورهم في الامر﴾ سورة آل عمران ١٥٩، وقال تعالى ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾، سورة الشورى ٣٨.

(٣) أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل والأخذ به في آيات متعددة كثيرة منها ﴿إن الله يأمر بالعدل والاحسان﴾، سورة النحل ٩٠.

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

٥- أحكام العلاقات الدولية

دستورنا القرآن الكريم بنى تنظيم علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها وعلاقات الشعوب والأقوام والأمم على أساس الأخوة البشرية، وكونهم من أب واحد وأم واحدة^(١)، وشيمة الأخوة هي التعاون والتضامن والتحابب والتوادد واستبعاد كل ما يعتبر من باب عدوان بعضهم على بعض، وعلى هذا الأساس نص القرآن على أن الأصل في هذه العلاقات هو السلم^(٢)، وأن الحروب استثناء^(٣) لا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات الدفاع الشرعي عن العقيدة والإيمان وعن الحياة والعرض والمال والعقل، تلك المصالح الضرورية التي رعايتها والحفاظة عليها تعد من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية. وفي حالة الدفاع الشرعي أيضاً أمر سبحانه وتعالى بالانصراف إلى السلم كلما دعسا المعتدي إلى ذلك بعد كفه عن الاعتداء^(٤).

٦- أحكام المالية العامة

أولاً: الملكية في الإسلام تختلف عن الملكية في النظامين الرأسمالي والشيوعي، ففي النظام الرأسمالي ملكية الفرد مقدسة غير محددة، وغير خاضعة للقيود، وفي النظام الشيوعي عناصر الإنتاج ملك للدولة، وفي الشريعة الإسلامية الملكية لله تعالى^(١)، والإنسان خليفة ووكيل^(٢)، فعليه أن يستثمر ملكه استثماراً يفيد نفسه ومجتمعه، وأن ينفق ما يزيد عن حاجته في سبيل الله وفي سبيل المصلحة العامة^(٣).

(١) قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَسْوِيلاً﴾، سورة النساء ٥٩.

(٢) قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ سورة الحجرات ١٣.

(٣) قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السَّلَامِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾، سورة البقرة ٢٠٨.

(٤) قال تعالى ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَإِن تَوَّقُوا اللَّهَ سَأَلَ اللَّهُ عَنْهُمْ كَيْفَ سَبَّحْتُمْ﴾، سورة البقرة ١٩٤.

(٥) قال تعالى ﴿وَإِنْ جُنِحُوا لِلسَّلَامِ فَاُجْنِحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ سورة الأنفال ٦١.

(٦) قال تعالى ﴿وَاللَّهُ مَلِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا﴾ سورة المائدة ١٧.

(٧) قال تعالى ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ خِلَافًا﴾، سورة الأنعام ١٦٥.

(٨) قال تعالى ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾، سورة الحديد ٧.

ثانياً: جميع المعادن الفلزية واللافلزية في باطن الارض وظاهرها وفي الملك الخاص والملك العام تعتبر من الاموال العامة ومن موارد الدولة، كما أجمع على ذلك فقهاء المالكية، وعللوا ذلك بان استثمارها من قبل الأفراد يخلق الفتن والحقد والبغضاء.

ثالثاً: أموال الوقف من الاموال العامة، يصرف ريعها على الموقوف عليه، فاذا أنقرض تصرفه الدولة في سبيل المصالح الخيرية العامة.

رابعاً: الزكاة: موارد زكاة النقود، والمحصولات الزراعية، والحيوانات وكل مال معد للربح والتجارة تعتبر من الاموال العامة أو حقوق الله المحضة، فعلى الدولة تأسيس مؤسسة عامة ووزارة تتولى جمع موارد الزكاة وتوزيعها على مصارفها المحددة في القرآن^(١) بضمنها (في سبيل الله)، أي في سبيل المصلحة العامة.

خامساً: الضرائب: للدولة فرض الضرائب على دخل الاغنياء وأخذ الزيادة عن حاجتهم كلها أو بعضها كلما دعت حاجة الأمة أو المصلحة العامة، لان الزيادة تعتبر من الانفال^(٢)، وانفل في اللغة العربية عبارة عن الزيادة، وقد طبق الخلفاء الراشدون فكرة أخذ مال الاغنياء مما هو زائد عن حاجتهم في حالات حاجة بيت المال إلى ذلك (أي في حالة عدم كفاية الموارد الأخرى) كما في ظروف الجهاد.

سادساً: أرض العراق موقوفة على المصالح العليا لأهل العراق منذ الفتح الاسلامي باتفاق كبار الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب^(٣).

(١) قال تعالى: «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم» سورة التوبة ٦٠.

(٢) قال تعالى: «يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول»، سورة الانفال ١.

(٣) بعد أن تم فتح العراق والشام وغيرهما من البلاد الأخرى في عهد عمر بن الخطاب عليه رأى جمهور الصحابة في بادئ الامر تقسيم تلك الارض بين الفاتحين بعد اخراج الخمس، فخالفهم عمر، ثم قالوا له: استشر، فاستشار المهاجرين الاولين فأختلفوا ثم قال لهم: رأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها؟ رأيتم هذه المدن العظيمة كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر. لا بد لها من أن تشحن بالجيش وإدراك الطعام عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء اذا قسمت الارض والعلوج؟ فقالوا جميعاً: الرأي رأيك، فنعم ما قلت ونعم ما رأيت أن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقون به رجع أهل الكفر إلى مسندهم، ثم أنتهى الامر بموافقة أكثرهم على اعتبار أرض العراق موقوفة على المصالح العليا، لمزيد من

٧- أحكام الجرائم والعقوبات

الجريمة عبارة عن ارتكاب فعل محرم ثابت تحريمه بالنص أو الاجماع، أو ترك فعل واجب ثابت وجوبه بالنص أو الاجماع، والجريمة في الحالة الاولى ايجابية^(١) وفي الحالة الثانية سلبية^(٢).
قسم فقهاء الشريعة الجرائم باعتبار خطورتها وعقوبتها إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

القسم الأول: جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الانسان ، لذلك حدد التحريم بالنص والعقاب بالنص، وتتميز عقوبات جرائم الحدود بأنها حقوق الله المحضنة (حقوق عامة)، ولذلك لا تقبل التخفيف والتشديد والعفو والصلح والتبديل والتعديل، ومنها جريمة الزنا والقتل والسرقه^(٣) والردة^(٤).

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية

وهي جرائم الاعتداء على حياة الانسان أو على سلامته، فكل من التحريم^(٥) والعقاب^(١) في هذا القسم أيضاً ثابت بالنص إلا أن عقاب القصاص والدية حق

التفصيل راجع كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب الامام ابي حنيفة (رحمه الله)، ص ٢٤ وما بعدها، والخراج ليحيى بن آدم، ص ١٨، ٤٣، الاموال لابن عبيد، ص ٥٦ وما بعدها.

(١) لان ركنه المادي هو القيام بالعمل.

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

(٣) قال تعالى في تحريم السرقة ﴿ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾ سورة البقرة ١٨٨، وقال في العقاب ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾ سورة المائدة ٣٨.

(٤) قال تعالى ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت اعمالهم في الدنيا والاخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ سورة البقرة ٢١٧ وفي القرآن نوع ثان من الأحكام العملية وهي أحكام المرافعات والإثبات وردت بمبادئ عامة منها ﴿واشهدوا ذوى عدل منكم﴾، سورة الطلاق ٢ وقال تعالى ﴿ولا تكتنموا الشهادة ومن يكتنمها فإنه أثم قلبه﴾، سورة البقرة ٢٨٣ وقال تعالى ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ سورة البقرة ٢٨٠.

(٥) قال تعالى في تحريم القتل ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق﴾ سورة الاسراء ٣٣، وقال تعالى ﴿من قتل نفسا بغير نفس أو فسادا في الارض فكانما قتل الناس جميعاً﴾ سورة المائدة ٣٢.

مشارك بين الدولة التي تمثل المجتمع وبين المجني عليه (حال حياته) وورثته (بعد وفاته) والحق الخاص هو الغالب لأن ضرر المجني عليه وأسرته أكثر من ضرر المجتمع. والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (الغرم بالغرم) لذلك يجوز في الشريعة الإسلامية العدول من القصاص إلى الدية أو العفو^(١) إذا كانت الجريمة للمرة الأولى من القاتل نفسه^(٢).

القسم الثالث: جرائم التعزير

وهي الجرائم التي ترك تحديد عقوبتها لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى أو (أهل العقد والحل) وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: جرائم الحدود المقترنة بالشبهة^(٤): كل جريمة حدية حصلت فيها شبهة من حيث الأثبات أو من حيث التنفيذ تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بعقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية إذا لم تصل الشبهة إلى درجة أعفائه من العقاب، ومن تطبيقات تحول جريمة الحسد إلى الجريمة التعزيرية.

أ- جريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو كانت في زواج فاسد لأن نصاب الشهادة في الزنا أربعة فما فوق^(٥).

(١) قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقصاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، سورة البقرة ١٧٨، وقال تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ سورة النساء ٩٢.

(٢) قال تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَدَعَلْنَا لَوْلِيَهُ سُلْطَانًا﴾، سورة الإسراء ٣٣، والسلطان عبارة عن واحد من الخيارات الثلاثة. (أما طلب تنفيذ القصاص أو الدية أو العدول إلى العفو).

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

(٤) الشبهة: هو ما لم يتبين كونه حلالاً أم حراماً وما لم يتبين نية، والشبهة قد تكون في الفعل وهو ما ثبت بظن غير الدليل دليلاً كظن حل معاشرته زوجة يكون زواجها فاسداً أو باطلاً ولا يعلم ببطلانه، وقد تكون شبهة في المحل كالسرقة بين الأصول والفروع، فالشبهة في المال المسروق من حيث الحل والحرمية وقد قال الرسول ﷺ لو أهدى أحد الصحابة (أنت ومالك لأبيك)، وقد تكون في الإثبات كما في حالة عدم توافر نصاب الشهادة مع قناعة القاضي بوقوع الجريمة.

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

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

النوع الثاني: جرائم بلا تحديد العقوبة: وهي جرائم ثبت تحريمها بالنص وترك تحديد العقوبة للسلطة التشريعية الزمنية كالتجسس^(١)، والغصب^(٢)، والرشوة^(٣)، وخيانة الأمانة^(٤).

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة: الشريعة الإسلامية والشرائع الإلهية السابقة والقوانين الوضعية كلها تستهدف مصلحة الإنسان بجلب منفعة له أو دفع مضرة عنه، لكن تزيد الشريعة على القانون برعاية المصالح الأخروية للإنسان. وبناء على هذه الحقيقة قال فقهاء الشريعة يجوز لولي الأمر بالتعاون مع أهل العقد والحل أن يعتبر كل فعل مضر بالمصالح الضرورية للإنسان كمصلحة الدين والحياة والعرض والمال والعقل جريمة يعاقب عليها بعقوبة تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورة المجرم^(٥).

دلالة القرآن على الأحكام

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

١- تكون دلالة النص قطعية إذا لم يحتمل أكثر من حكم (أو معنى) واحد ومن أمثلة الدلالات القطعية للآيات القرآنية:

أ- قوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركن من بعد وصية

(١) قال تعالى ﴿ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً﴾، سورة الحجرات ١٣.

(٢) قال تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيراً﴾، سورة النساء ٢.

(٣) قال تعالى ﴿ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام﴾، سورة البقرة ١٨٨.

(٤) قال تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾، سورة النساء ٥٨.

(٥) والمصدر الكاشف لأحكام هذا النوع الثالث المصلحة المعتبرة التي ترجع إما إلى المصالح

الضرورية أو الحاجية أو التحسينية كما يأتي تفصيل ذلك في محله بأذن الله.

توصون بها أو دين وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث^(١)، فدلالة هذه الآية على أن نصيب الزوج النصف إذا لم يكن لزوجته فرع وارث، والربع إذا كان لها فرع وارث، وعلى أن نصيب الزوجة الربع عند عدم وجود فرع وارث للزوج، والثمن عند وجوده، وأن لأخ واحد أو أخت واحدة للمتوفى من أمه السدس، وأن لأكثر من واحد منهما الثلث، دلالة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتعديل والتبديل مهما تطورت للحياة وتغير الزمان والمكان.

ب- قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(٢)، يدل على أن عقوبة جريمة الزنا إذا توافرت أركانها وشروطها وانتفت موانعها مائة جلدة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتخفيف والتشديد.

ج- قوله تعالى ﴿للذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾^(٣)، يدل على أن العقوبة البدنية لجريمة القذف إذا توافرت أركانها وشروطها وانتفت موانعها ثمانون جلدة.

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

أ- قوله تعالى ﴿للذين يؤلون^(٤) من نسائهم تربص^(٥) أربعة أشهر فإنا نأمر^(٦) فإن الله غفور رحيم وأن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾^(٧)، دلالة ظنية على أن من هجر زوجته وحلف ألا يعاشرها معاشرته زوجية، للزوجة الانتظار أربعة أشهر فإذا لم يرجع الزوج إلى المعاشرته خلال هذه المدة قال الحنفية^(٨) والاباضية^(٩) (يقع الطلاق تلقائياً بسدون حكم قضائي) وقال

(١) سورة النساء ١٢.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النور ٤.

(٤) يجلفون الا يعاشرهن جنسياً.

(٥) انتظار.

(٦) رجعوا إلى المعاشرته.

(٧) سورة البقرة ٢٢٦، ٢٧٢.

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

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

المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) (للزوجة رفع الدعوى إلى القاضي وللقاضي بناء على طلبها أن يجبر الزوج على الرجوع أو الطلاق، فإن أبي يفرق بينهما، ويكون التفريق طلاقاً رجعياً)، وقال المالكية (مجرد الهجر كاف لذلك إذا كان مضراً بالزوجة ولا يشترط الحلف لان الحكم شرع لرفع الضرر والظلم عن الزوجة سواء حلف الزوج الا يعاشرها أو لا) وهذا القول هو الراجح. وقال الجعفرية^(٤) والظاهرية^(٥) والزيدية^(٦) والحنابلة في رواية^(٧) (القاضي يجبر الزوج على الرجوع إلى المعاشرة والطلاق أو يحكم بحبسه ويبقى في الحبس إلى ان يرجع أو يطلق أو يموت) وهذه الخلافات بين الفقهاء نشأت عن كون دلالة الآية ظنية.

ب- قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾^(٨)، يحتمل أكثر من حكم (معنى واحد) لان لفظ (نكاح) ورد في اللغة العربية والشرع تارة بمعنى المعاشرة الجنسية^(٩) مطلقاً سواء كانت مشروعاً أم لا، ومرة بمعنى عقد الزواج وأخرى بالمعنيين معاً على اساس انه مشترك بينهما، وترتب على ذلك اختلاف الفقهاء في ثبوت المصاهرة المحرمة بالزنا.

قال جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين وتبعهم جمهور فقهاء أئمة المذاهب من الحنفية^(١٠) والجعفرية^(١١) والاباضية^(١٢) والحنابلة في الصحيح عندهم^(١٣)

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

(٢) الأنوار ليوسف الازديلي ٢٩٣/٢.

(٣) الانصاف للمرادوي ١٨٣/٩.

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

(٥) المحلى لابن حزم الظاهري ٤٣/١٠.

(٦) التاج المذهب لأحمد بن قاسم ٢٥٦/٢.

(٧) الأنصاف، المرجع السابق.

(٨) سورة النساء ٢٢.

(٩) أي الوطء.

(١٠) في شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ واستدل بقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾، سورة النساء ٢٢، بناء على ان المراد بالنكاح الوطء، اما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجازاً يجب الحمل عليه بقريظة انه كان فاحشة.

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

(١٢) كتاب النكاح للإمام أبي زكريا يحيى بن الخير الجنائوني، ص ٢٥.

(١٣) في المغني ٥٧٦/٦، ولنا قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾، سورة النساء ٢٢، والوطء يسمى نكاحاً.

(من زنى بامرأة حرم عليه أصولها وفروعها، وحرم عليها أصوله وفروعه استناداً إلى الآية المذكورة، لان النكاح فيها يشمل المعاشرة الجنسية المشروعة وغير المشروعة وعقد الزواج المقترن بالدخول أو بلا دخول، وذهب الآخرون إلى ان النكاح في هذه الآية بمعنى عقد الزواج، فمن تزوج امرأة زواجاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول أو بعده حرمت على أصوله وفروعه، ولا تثبت المصاهرة بالزنا)^(١).

ج- قوله تعالى ﴿ إن امرؤا هلك ليس لديه ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ﴾^(٢) دلالة ظنية لان لفظ (ولد) في عرف العرب يستعمل للذكر فقط، وبه فسره جمهور فقهاء الصحابة والتابعين وجمهور أئمة المذاهب الفقهية، قالوا (البنت لا تحجب الأخت الشقيقة أو لأب بل تكون عصبية معها فلها الباقي من التركة)^(٣)، ويستعمل في لغة العرب للذكر والانثى وبه فسره ابن عباس^(٤)، وأخذ به فقهاء الجعفرية^(٥) وداود الظاهري^(٦) فقالوا (لا ترث الأخت عند وجود البنت).

د- قوله تعالى ﴿ فإن كان له أخوة فلكم السدس ﴾^(٧) دلالة ظنية لان لفظ (أخوة) له عدة احتمالات أهمها:

أولاً - قال جمهور الفقهاء (المراد به أخوان فأكثر، أو أختان فأكثر أو أخ و أخت فأكثر لأن الحد الأدنى للجمع اثنتان)^(٨).
ثانياً - وقال الجعفرية^(٩) (المراد به أخوان فأكثر، أو أخ وأختان فأكثر، أو أربع أخوات فأكثر) لان كل أخ يعادل اثنتين وان الحد الأدنى أخوان أو ما يعادلهمسا اضافة إلى ذلك قالوا (يجب الا يكونوا من الأم).

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

(٢) سورة النساء ١٧٦.

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

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

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

(٦) الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق.

(٧) سورة النساء ١٣.

(٨) المغني لابن قدامة ١٧٦/٢.

(٩) الخلاف، المرجع السابق.

ثالثاً - وعند ابن عباس الحد الأدنى ثلاثة أخوة، وقال لعثمان بن عفان رضي الله عنه (ان الاخوين لا يردان الأم إلى السدس، انما قال الله تعالى ﴿فان كان له أخوة﴾ والاخوان في لسان قومك ليس باخوة)، فقال عثمان (لا أستطيع ان انقض أمراً كان قبلي توارثه الناس ومضى في الامصار)، وأخذ برأي ابن عباس فقهاء الظاهرية^(١).

ونسنتج مما ذكرنا: ان السبب الرئيس من اسباب اختلاف الفقهاء عبارة عن ظنية دلالة النص على الحكم في القرآن الكريم.

المبحث الثاني السنة النبوية

السنة النبوية اصل من اصول الشريعة الاسلامية، وتحتل المركز الثاني بعد القرآن، والعمل بها واجب ما لم يثبت عدم صحتها وذلك بموجب القرآن والحديث والاجماع والمعقول.

أ- القرآن

أكد القرآن في آيات كثيرة وجوب اطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم واتباعه بعد إطاعة الله، ومنها قوله تعالى ﴿ياأيها الذين امنوا أطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولسي الأمر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾^(٢). فإطاعة الله تكون بالرجوع إلى القرآن، واطاعة الرسول بالرجوع إلى سنته، واطاعة أولي الامر بالرجوع إلى ما أجمع عليه العلماء المسلمون، ففي الآية اشارة إلى أربعة مصادر للاحكام الشرعية (القرآن والسنة والاجماع والقياس)، ويفهم القياس من قوله تعالى ﴿فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾.

ب- الحديث

قال النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله عنه حين قرر ارساله إلى اليمن قاضياً: كيف تقضي اذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال صلى الله عليه وسلم: فان لم تجد في

(١) المغني لابن قدامة ١٧٦/٦، أقر ابن عباس في الحد الأدنى للأخوة، أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الفرائض ٣٣٥/٤ (بان ميراث الاخوة من الاب والام). وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب فرض الام ٢٢٧/٦.

(٢) سورة النساء ٥٩.

كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال ﷺ فان لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله قال أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)^(١)، وهذا يدل على قرار الرسول للنهج المنطقي المتسلسل الذي نوى معاذ ان يتبعه في قضائه.

ج - الاجماع

أجمعت الامة الاسلامية كافة منذ عهد الرسالة على ان السنة النبوية بعد نبوتها تأتي بعد القرآن مباشرة في المصدرية للاحكام الشرعية.

١ - المعقول

العقل السليم يقضي بحجية قول وفعل وتقرير من اختاره الله رسولاً وزكاه بما ينطق به فقال ﴿وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى﴾^(٢)، خوله بيان القرآن وأيضاح أحكامه فقال: ﴿وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم﴾^(٣)، وقال ﴿وما أنزلنا عليك الكتاب الا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه﴾^(٤).

ثبوت السنة

اللفظ (سنة) حقيقة لغوية وفقهية وحديثية واصولية:

ثمة: الطريقة المعتادة سواء كانت ممدوحة أم مذمومة^(٥).

فقهيًا: هي النافذة في العبادات^(١)، أي الطريقة المتبعة في الدين والتي لم تكن ن الفرض ولا من الواجب كسنن ما قبل الصلاة وما بعدها، وكسنن الصيام

(١) رواه الامام أحمد في مسنده ٢٣٦/٥، ٢٤٢، وابو داود في السنن ٣٥٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٤/١٠.

(٢) سورة النجم ٣.

(٣) سورة النحل ٤٤.

(٤) سورة النحل ٦٤.

(٥) وقد وردت بهذا المعنى في القرآن، فقال تعالى ﴿وما منع الناس ان يؤمنوا ان جاءهم الهدى ويستغفروا ربهم الا ان تكاثفهم سنة الاولين﴾، سورة الكهف ٥٥. وقال تعالى ﴿قد خلقت من قبلكم سنن فسيروا في الارض﴾، سورة آل عمران ١٢٧. ووردت ايضا بهذا المعنى في حديث الرسول ﷺ فقال (من سن سنة حسنة فله اجرها واجر من عمل بها بعده من غير ان ينقص من اجورهم شيء ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير ان ينقص من اوزارهم شيء)، صحيح مسلم ٢/٧٠٥.

إضافة إلى الصيام الفرض، فالسنة بهذا المعنى عبادة مطلوب فعلها على وجه
الاقضية والاولوية بحيث يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها. وهي ترادف المنسوب
والمستحب والتطوع والنفل.

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

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

الحديث القدسي والحديث النبوي

الحديث القدسي:

ما كان معناه ولفظه وحياً من الله ولكن طريق وصوله إلى الرسول ﷺ
بطريق الإلهام (الوحي الخفي) وليس كطريق وصول القرآن إليه ﷺ^(٤)،
ويختلف عن الحديث النبوي الذي لفظه من الرسول ﷺ ومعناه من الله.
❖ أقسام السنة من حيث كيفية صدورها عن النبي ﷺ

١- السنة القولية

وهي أقواله ﷺ التي قالها بصفته رسولاً خاضعاً للوحي الإلهي ومن سنن
القولية (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ

(١) التلويح لسعد الدين التفتازاني على التوضيح، شرح التنقيح لصدر الشريعة (عبيدالله بن
مسعود ٢/٢٤٣).

(٢) السنة قبل التدوين للاستاذ محمد عجاج الخطيب، ص ١٦.

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

(٤) ومن الأمور التي يفارق بها القرآن الحديث القدسي هو كونه: معجزاً بلفظه ومعناه،
ومنقولا بالتواتر، ومتبعداً بتلاوته، ويحرم روايته بالمعنى.

ورأى جمهور المحدثين أن الحديث القدسي كالحديث النبوي كلاهما معناه من الله ولفظهما
من النبي ﷺ، وإنما أضاف النبي ﷺ الحديث القدسي إلى الذات المقدسة للإشعار بأهميته ولزيادة
التبني عليه.

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

فله أجر^(١)، وقال ﷺ (انكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه^(٢))، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار^(٣)، والاحكام الواردة في السنة القولية غالباً أحكام تفصيلية وقد أنت بعض أقواله ﷺ على سبيل القواعد الكلية، وفرع عنها الفقهاء قواعد فقهية عامة كقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٤).

٢- السنة الفعلية

وهي أعماله التي فعلها باعتبارها تطبيقاً للاحكام الشرعية كقضائه أو ايضاحاً للآيات القرآنية طبقاً لقوله تعالى ﴿ وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم ﴾^(٥).

ومن سننه الفعلية أعماله التي بين بها مجمل آيات القرآن، فبين قوله تعالى ﴿وأقيموا الصلاة﴾^(٦)، فأقام الصلاة بحضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها، ثم قال ﷺ لهم: (صلوا كما رايتموني أصلي)^(٧)، وكذلك بين قوله تعالى ﴿ والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً ﴾^(٨)، فادى مناسك الحج مع أصحابه ثم قال ﷺ لهم (خذوا عني مناسككم)^(٩).

٣- السنة التقريبية

وهي ما روي من استحسان الرسول ﷺ أو سكوته أو عدم انكاره لفعل أو

- (١) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ٣٩٣/١٣، باب أجر الحاكم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية ٢٥٤/١١، باب بيان اجر الحاكم اذا اجتهد.
- (٢) أي من الدعوى والاجابة والبينة، أو اليمين، وقد تكون باطلة في الواقع فيقطع مسن مسأل أخيه قطعة من نار باعتبار ما يؤول اليه، والحديث دليل على ان حكم الحاكم لا يحصل به للمحكوم له ما حكم له به على غيره اذا كان ما ادعاه باطلا في نفس الامر ومسا اقامه مسن الشهادة الكاذبة، واما الحاكم فيجوز له أن يحكم بما ظهر له من الادلة الظاهرة والالزام به.
- (٣) متفق عليه، فتح الباري، كتاب الأحكام ٢١٤/١٣ وما بعدها، باب من قضى في حق أخيه فلا يأخذه، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية ٢٤٤/١٢، باب الحكم بالظاهر.
- (٤) أخرجه الامام أحمد في مسنده ٣٢٦/٥-٣٢٧، وابن ماجه، كتاب الأحكام ٢٣٤٠، باب مسن بنى في حقه ما يضر بجاره.
- (٥) سورة النحل ٤٤.
- (٦) سورة البقرة ١١٠.
- (٧) أخرجه الامام أحمد في مسنده ٤٣٦/٣.

(٨) سورة آل عمران ٩٧.

(٩) أخرجه الامام أحمد في مسنده ٢٧٨/٣.

قول صدر عن الغير في حضرته وفي غيابه ثم علم به^(١)، لان السكوت تقرير ضمنى لمشروعية القول أو الفعل، والنبي ﷺ بحكم رسالته مسؤول عن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يسكت على ما يراه منكراً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك كالسكوت حذراً من حدوث المضاعفات.

❖ أقسام السنة باعتبار سندها

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

١- الحديث المتصل

هو ما اتصل سنده^(٢) إلى رسول الله ﷺ دون انقطاع راوٍ من روايته فسي سلسلة الرواية بان كان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه حتى ينتهي إلى منتهاه^(٣)، ويسمى (المسند) لاتصال اسناده.

٢- الحديث المرسل (أو غير المتصل)

هو الذي لم يتصل السند فيه إلى رسول الله ﷺ، أو اتصل ولكن سقط من رواته الصحابي.

أقسام الحديث المتصل من حيث قوة روايتها:

الحديث باعتبار روايته لا يخلو أما ان يكون رواته في كل عهد جمناعة لا

(١) ومن هذا القبيل ما حدث اثناء الحملة العسكرية بقيادته على بني قريظة حين قال لأصحابه (لا يصلون أحدكم إلا في بني قريظة)، من ان بعض الصحابة استنكجوا من هذا الكلام أن المقصود هو الاستعجال للوصول قبل علم العدو بخطتهم، فصلوا في الطريق حين أدركتهم صلاة العصر، في حين فهم الآخرون أن الصلاة لاتجوز في الطريق قبل الوصول إلى بني قريظة فأخروها إلى ما بعد المغرب، ولما وصل الخبر إلى النبي ﷺ سكت ولم يامر أيضاً من الفريقين باعادة الصلاة وأعتبر سكوته دليلاً على صحة صلاة كل فريق منهما.

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

(٢) متن الحديث: هو الفاظ الحديث التي تتقوم بها المعاني أي نص القول أو الفعل. سند الحديث:

هو طريق المتن، أي طريق رواية الحديث من رواته الذين تتوفر فيهم شروط الرواية.

والاسناد: هو رفع الحديث إلى قائله، والمحدثون يستعملون السند والاسناد لشيء واحد، قال

ابن حزم: هو نقل الثقة عن الثقة يبلغ به النبي ﷺ مع الاتصال.

المسند (بفتح النون): الحديث المسند هو الكتاب الذي جمع فيه ما اسنده الصحابة، أي

رووه، وقد يطلق ويراد به الاسناد، انظر قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للأستاذ محمد

جمال الدين القاسمي، تحقيق محمد بهجت البيطار، ص ٢٠٢.

(٣) كان الامام مالك يقول في كتابه الموطأ (مثلاً) عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه

عن رسول الله ﷺ، انظر مقدمة ابن الصلاح الشهرزوري في علوم الحديث، ص ٢١.

يجبى عددهم^(١)، ولا يمكن تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وتباين ماكنهم، أو يصير كذلك يعد عهد الصحابة في عهد التابعين وتسابعي تابعين، أو لا يصير متواتراً أصلاً، فالأول متواتر والثاني مشهور والثالث خير واحد.

١- الحديث المتواتر

هو ما رواه عن الرسول ﷺ مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين لا يتصور عادة تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هذا الجمع جمع من تابعي التابعين كذلك وهكذا... هذا النوع من الحديث كثير في السنة الفعلية ولكنه قليل بل نادر في السنة قولية.

ومن السنن قولية المتواترة قول الرسول ﷺ (لا تكذبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحاه وحدثوا عني ولا حرج، ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ عقده من النار)، وقد رواه عن الرسول أكثر من مائة صحابي^(٢).

شروط تحقق التواتر

وخذ من تعريف المتواتر انه يجب لتحقيقه توافر الشروط الآتية:

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

لتواتر اللفظي والتواتر المعنوي^(٣)

- التواتر اللفظي: هو أن يكون ما يرويه كل واحد من جماعة الرواة في كل عصر متفقاً مع ما يرويه الآخرون منهم من اللفظ كما في الحديث المذكور.

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

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

(٣) هو ما تواتر القدر المشترك فيه.

ب- التواتر المعنوي: هو أن يروى الحديث بروايات مختلفة في الالفاظ والتعابير ومنفذة في معنى مشترك، وهذا المعنى المشترك هو التواتر المعنوي كما في حديث (إنما الاعمال بالنيات^(١))^(٢)، فانه نقل بروايات متعددة مختلفة في الالفاظ ومنفذة في المعنى.

حكم الحديث المتواتر: التواتر في الحديث وفي غيره من الاختيار يفيد العلم القطعي (اليقيني) لانه يجعل الامر المسموع كالمشاهد المعايين فهو قطعي الثبوت كالقرآن، ولكن دلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

٢- الحديث المشهور

هو ما رواه عن النبي ﷺ واحد أو اثنان أو عدد قليل من الصحابة لم يصل إلى حد التواتر ثم أستفاض بعد ذلك في عصر التابعين أو تابعي التابعين بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب، والفرق بينه وبين المتواتر أن المتواتر توافرت فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث (الصحابة والتابعين وتابعي التابعين)، أما المشهور فلم يتوافر فيه التواتر في الطبقة الاولى.^(٣)

حكمه: أنه يفيد ظناً قريباً من اليقين يطلق عليه تعبير (الطمأنينة) ولذلك أعتبر في حكم المتواتر من حيث وجوب العمل به ان كان قطعي الدلالة ويخصص به عموم القرآن ويفيد به مطلقه^(٤)، ويقدم على القياس عند التعارض.

(١) حديث إنما الأعمال بالنيات مشهور وليس متواتراً لأنهم قالوا أنه لم يصح الا عن عمر.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الامارة، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٧/١٣.

(٣) كحديث إنما الأعمال بالنيات.

(٤) قال ابو بكر الجصاص وجماعة من اصحاب أبي حنيفة أنه مثل المتواتر يثبت به علم اليقين لكن بطريق الاستدلال بان يقال (أن التابعين لما أجمعوا على قبوله والعمل به ثبت صدقه لانه لا يتصور عادة اتفاقهم على القول الا بجامع جمعهم عليه)، وليس ذلك الا تعيين جانب الصدق، لهذا قالوا (العلم الثابت به علم استدلالى وليس بسدھيا، الا انسه لا يكفر جاحده). كالمتواتر لأن انكاره لا يؤدي إلى تكذيب النبي ﷺ حيث لم يسمع من الرسول ﷺ عند لا يتصور تواطؤهم على الكذب بل هو خبر الواحد في القرن الاول وانما يؤدي إلى تخلف من قبلوه في القرن الثاني والثالث واتهامهم بعدم التأمل في كونه عن الرسول ﷺ بخلاف إنكار المتواتر فإنه يؤدي إلى تكذيب الرسول ﷺ لأن المتواتر بمنزلة المسموع عنه، وتكذيب الرسول ﷺ كفر. انظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري، شرح الأصول لفخر الإسلام علي بن محمد البرزوي ٦٨٨/٢.

٣- خبر الآحاد (أو حديث الآحاد)

وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث، ومن الجدير بالإشارة أن معظم سنن النبي ﷺ من هذا النوع الثالث.

حكمه: أنه يوجب غلبة الظن فيجب العمل به ما لم يقم دليل على عدم صحته. وهذا التقسيم الثلاثي للحديث المتصل هو اتجاه علماء الحنفية الأصوليين والفقهاء^(١)، أما الجمهور فقد اعتبروا المشهور قسماً من حديث الآحاد وأخذوا بالتقسيم الثنائي إلى المتواتر والآحاد^(٢).

ومن وجهة نظري أن الخلاف شكلي وإنما هو في التسمية فقط، لأن الكل متفقون على أن الحديث الذي أصبح متواتراً في القرنين الثاني والثالث أقوى من الحديث الذي استمر آحاداً في القرون الثلاثة.

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في شروط العمل بخبر الواحد لكن الكل متفقون على أنه متى ثبتت صحته وظهر المعنى المراد منه وجب العمل به إذا لم يتعارض مع القرآن وإنما الخلاف فيما لم تثبت صحته.

شروط الحنفية

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

(١) قال علماء الحنفية في الموازنة بين هذه الأنواع الثلاثة: المتواتر لا شبهة في اتصاله بصورة ولا معنى، والمشهور في اتصاله بالنبي ﷺ شبهة صورة لأنه كان آحاد الأصل لا يعنى لأن الأمة تلقته بالقبول فأفاد حكماً دون اليقين وفوق أصل الظن، وخبر الواحد في اتصاله شبيهة صورة ومعنى أما صورة فلأنه لم يصل حد التواتر في القرون الثلاثة الأولى، وأما معنى فلأن الأمة لم تتلقاه بالقبول فلم تجتمع على قبوله كما أجمعت على قبول النوعين الأولين فهو يحتمل الصدق والكذب لكن بسبب عدالة رواته يرجح صدقه، لمزيد من التفصيل راجع كشف الأسرار، المرجع السابق ٦٨٨/٢، التلويح مع التوضيح والتنقيح، المرجع السابق ٢٤٣/٢.

(٢) في شرح جمع الجوامع مع البناني ٨٨/٢، من خبر الآحاد: المستفيض، وهو الشائع عن أصل وقد يسمى مشهوراً وقيل من المتواتر وقيل أنه قسم برأسه، وقيل إسحاق الأسفرايني وابن فورك (يفيد المستفيض علماً نظرياً وجعلناه أسطحة بين المتواتر المفيد للعلم الضروري والآحاد المفيد للظن).

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

٢- وان لا يكون خبر الواحد وارداً بصدد حكم قضية تتكرر يومياً وتمس حاجة الناس إلى معرفة حكمها، لأنه اذا كان كذلك فالمفروض ان يكون متواتراً أو على الأقل مشهوراً ولا تبقى روايته حصراً في افراد معدودين. وبنوا على ذلك عدم عملهم بحديث خيار المجلس، وهو ما رواه ابن عمر من أن الرسول ﷺ قال (اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)^(٣) وفي رواية حكيم بن حزام^(٤) (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما).

(١) أخرجه الاربعة الا النسائي وصححه أبو عوانه وابن حبان والحاكم، قال ابن كثير وصححه يحيى بن معين وغيره من الحفاظ، سبل السلام ١٥٤/٣، أخرجه ابو داود في كتاب النكاح، باب الولي ٢٠٨٣، والترمذي في كتاب النكاح، لا نكاح الا بولي ٤٠٧/٣، ٤٠٨ وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح ٦٠٥/١، وأحمد في مسنده ٤٧/٦.

(٢) أي انه حديث خالفه راويه، وكل ما كان كذلك لا يعمل به، أما الاول فلأن عائشة زوجت بنت أخيها بلا إذن وليها، واما الثاني فلأن الراوي اذا خالف ما رواه فأما أن يكون مع علمه بالصحة أو لا، ففي الحالة الاولى يكون فاسقاً فلا تقبل روايته، وفي الحالة الثانية يكون تاركاً للعمل به لعلمه بوجود علة تمنع العمل به، وعلى هذا الأساس كل حديث خالفه راويه لا يصح العمل به، ويناقش هذا الاستدلال بأنه يجوز أن يعلم بصحته ومخالفته لمعارض راجح عنده باجتهاده ولا يلزم تقليده فيه، وبان الحديث اذا نقله راو عدل يجب العمل به فلا يترك لوهم أن الراوي لم يترك العمل به الا لعله تمنع العمل به. ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي فسي قانون الاحوال الشخصية القائم لم يشترط ان الولي بالنسبة للبالغة العاقلة التي أكملت الثامنة عشرة من العمر متأثراً بفقهاء أبي حنيفة (رحمه الله تعالى).

(٣) بان يقول أحدهما للآخر أختار إمضاء العقد، فإذا أختار وجب البيع أي لزم والتزم فان خسر أحدهما الآخر فسكت لم ينقطع خيار السكوت، صحيح مسلم ١١٦٣/٣.

(٤) أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للعلامة ابن دقيق العيد مع حاشية العدة للأمير محمد بن اسماعيل الصنعاني، المطبعة السلفية ٥/٤ وما بعدها.

قالوا (أن هذا خبر واحد فيما نعم به البلوى، وكل خبر كذلك غير مقبول فهذا غير مقبول وأثبتوا مقدمتي هذا القياس المنطقي فقالوا في المقدمة الأولى (أن البياعات مما يتكرر مرات لا تحصى ومثل هذا نعم به البلوى بمعرفة حكمه أي تمس الحاجة إلى معرفة حكمه، وفي المقدمة الثانية قالوا (أن العادة تقتضي أن ما عمّت به البلوى يكون معلوماً عند الكافة، فانفراد واحد أو عدد محدد به على خلاف العادة دليل على عدم صحته)^(١).

٣- وأن لا يكون مخالفاً للقياس إذا كان الرواي غير فقيه، فقالوا (الرواي اما معروف بالرواية أو مجهول) أي لم يعرف إلا بحديث أو حديثين:
 أ- المعروف بالرواية إذا كان معروفاً بالفقه والاجتهاد كالخلفاء الراشدين والعبادة^(٢)، يعمل بما يرويه من الحديث عن الرسول ﷺ سواء وافق القياس أم خالفه، وإذا لم يكن معروفاً بالفقه كأبي هريرة وأنس بن مالك فإن حديثه ان وافق القياس قبل وعمل به، وكذا ان وافق قياساً وخالف قياساً، اما ان خالف جميع الاقيسة فلا يعمل به، وجه هذا التفريق بين الفقيه وغير الفقيه هو ان نقل الحديث بالمعنى كان مستقيماً لدى الرواة فاذا لم يكن الرواي فقيهاً لم يؤمن من ان يذهب شيء من معانيه فيدخله الشبهة وهي غير موجودة في القياس^(٣) فيقدم القياس عليه في العمل.

(١) وبناقش الدليل المذكور بمنع المقدمتين معاً، اما الاولى فلأن البيع وان كان ذاته مما نعم به البلوى لكن الحديث انما ورد بشأن الفسخ وهو ليس مما نعم به البلوى في البياعات لان الظاهر من الاقدام على البيع والشراء هو الرغبة في استمرار العقد وعدم فسخه، فمعرفة حكم الفسخ لا تكون عامة، وأما المقدمة الثانية فهي غير مسلمة ايضاً لأن المعتمد في الرواية هو عدالة الرواي وجزمه بالرواية وقد تحقق ذلك في حديث خيار المجلس، وعدم نقله بالتواتر أو بالاستفاضنة لا يدل على عدم صحته، لمزيد من التفاصيل راجع المرجع السابق ٨/٤ وما بعدها، ولم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني القائم بخيار المجلس متأثراً بفقهاء أبي حنيفة والامام مالك.

(٢) عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير، ومثلهم زيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل، ابو موسى الأشعري وعائشة رضي الله عنها، لمزيد من التفاصيل راجع التوضيح والتنقيح والتلويح، المرجع السابق ٢٥٠/٢.

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

ب- المجهول بالرواية من لم يشتهر بطول الصحبة مع الرسول ﷺ وإنما عرف بما روى من حديث أو حديثين، فإن روى عنه السلف وشهدوا له بصحة الحديث فيعتبر بمثابة غير الفقيه المعروف بالرواية فيقبل حديثه^(١) إن وافق القياس، ولذلك قيل فقهاء الحنفية حديث معقل بن سنان الذي قال (أن رسول الله ﷺ قضى بمهر المثل لامرأة - بروح بنت واشق - مات عنها زوجها قبل أن يحدد لها المهر وقيل ان يدخل بها)، فقالوا أن الراوي وإن كان مجهولاً غير فقيه إلا ان حديثه موافق للقياس أي قياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة في كل منهما^(٢).

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

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

(٢) خلاصة القضية: سئل ابن مسعود رضى عنه عن تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً ولم يدخل بها حتى مات عنها، فلم يجب شهراً وكان السائل يتردد إليه، ثم قال بعد شهر: اجتهد فيه برأي، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد، وفي رواية فمني ومن الشيطان أرى إن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط (أي لا نقص ولا مجازوة حد) فقام معقل بن سنان الأشجعي وأبو الجراح صاحب راية الأشجعيين وقالوا (نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروح بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك)، وقد كان هلال بن مرة مات عنها من غير قبض مهر ودخول، فسر ابن مسعود بذلك سروراً لم يسر مثله بعد إسلامه لما وافق قضاه قضاء رسول الله ﷺ ورده علي بن أبي طالب رضى عنه فقال (ما نصنع بقول أعرابي بسؤال علي عقيسه)، وإنما رده لمخالفته لقياس الموت قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول، والعمل بالقياس والرأي أولى من العمل بحديث الراوي المجهول، وأخذ بهذا الحديث فقهاء الحنفية لأنه موافق لقياس الموت على الدخول بجامع وجوب العدة، ولم يعمل به الشافعي لمخالفته للقياس المذكور (أي قياس الموت على قبل الدخول على الطلاق قبل الدخول) لأن المهر لا يجب إلا بالفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه (أي التمتع بالزوجة بالدخول) فإذا عاد المعقود عليه إليها سالماً لم يستوجب العوض عليه (مهر المثل) كما لو طلقها قبل الدخول بها، لمزيد من التصيل راجع كشف الاسرار مع أصول اليزدي، المرجع السابق ٧٠٥/٢ وما بعدها، والتوضيح شرح التتويج مع التلويح، المرجع السابق ٢٥١/٢ وما بعدها.

٤- وأن لا يعارض دليلاً أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور.

وبنوا على هذا الشرط عدم عملهم بحديث المصراة وهو ما رواه أبو هريرة من أن النبي ﷺ قال (لا تصروا^(١) الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين^(٢)) بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر^(٣))، فقال الحنفية في تبرير ترك عملهم بهذا الحديث أنه مخالف للقرآن وللحديث المشهور وللإجماع والقياس (والمعقول) كالآتي:

أ- مخالف للقرآن لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل وفقاً لقوله تعالى ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٤)، فاللبن إذا اعتبر مثلياً لا يكون التمر مثلاً له.

ب- مخالف للحديث المشهور لأن الضمان في القيمي مقدر بالقيمة وفقاً لقول الرسول ﷺ (مَنْ أَعْتَقَ شَقِصاً^(٥)) لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبٌ شَرِيكُهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا^(٦))، واللبن إذا كان قيمياً، فصاع التمر ليس قيمة له لأن القيمة تزيد وتنقص في ضوء زيادة ونقص المال القيمي الذي اتلف، في حين أن مقدار التمر ثابت محدد بصاع في جميع الأحوال، وكذلك مخالف للحديث المشهور

(١) التصرية لغة الجمع، يقال: صربت الماء أي جمعته، والمراد بها في هذا الحديث جمع اللبنة في الضرع بالشد وترك الحلب مدة ليبتخل المشتري أنها غزيرة اللبن فيزيد من ثمنها لما يرى من كثرة لبنها، كذلك المراد بالتخفيف هذا المعنى في رواية من اشترى شاة حفلة.
(٢) بخير النظرين (أي باحد النظرين): نظرة لنفسه بالاختيار والامساك ونظرة للبائع بالسود والفسخ،

(٣) متفق عليه، وللبخاري وابي داود (من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر)، نيل الاوطار شرح منقبي الاخبار من احاديث سيد الاخير للامام محمد بن علي محمد الشوكاني ٢٤١/٥ وما بعدها وفي صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ورد هذا الحديث في روايات مختلفة منها قوله ﷺ (من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة ايام ان شاء امسكها وان شاء ردها ودمعها صاع من تمر).

(٤) سورة البقرة ١٩٤.

(٥) الشقص: النصيب، السهم، الشقيص الشريك، الشرك النصيب.

(٦) في رواية ابن عمر ؓ قال رسول الله ﷺ (من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمته عدل، فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والإفقد عتق منه ما عتق)، متفق عليه أخرجه الامام أحمد في مسنده ٣٧/٤، فتح الباري، كتاب العتق، بسبب اذا اعتق عبداً بين اثنين ١٨٩/٥، وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب العتق ٣٨٩/١٠.

(الخراج بالضمان)^(١) الذي يقضي بان تكون الغلة الناتجة من العين ملكاً لمن ضمن العين اذا هلكت، فالعين المصراة لو هلكت بعد القبض لهلكت على المشتري، ومقتضى ذلك ان اللبن ملكه، فاللبن الذي بعد الشراء والقبض لا يكون مضموناً على المشتري، لانه فرع ملكه الصحيح فلا يضمن لعدم توفر التعدي، ولا يضمن بالعقد لان ضمان العقد ينتهي بالقبض، ولذلك لا يضمن اللبن الذي حدث بعد القبض باجماع الفقهاء، وكذلك لا يضمن اللبن الذي كان موجوداً حين انشاء العقد ثم جلب بعد القبض لانه باطن كالحبل فهو لا يدرج في العقد بل بمنزلة الحادث بعد القبض كالكسب، واذا اعتبرناه جزءاً من المبيع فينبغي ان يسقط من البائع حصته من الثمن كما لو اشترى شيتين ثم رد احدهما.

ج - مخالف للاجماع لأن الاجماع انعقد على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد، فالتمر ليس مثلاً للبن ولا قيمة له^(٢)، فالأول واضح أما الثاني فلأن القيمة تختلف باختلاف مقدار المال المتلف، وهنا ليس كذلك.

د - مخالف لقياس الاصول من الأوجه الآتية:

أولاً: أن ضمان المتليات بالمثل وضمنان القيميات بالقيمة، فاللبن ان كان مثلياً فضمانه بمثله وان كان قيمياً فضمانه بمثل قيمته، وضمنان الصاع من التمر خارج عن الاصلين.

ثانياً: ان الضمان يكون مقدراً بقدر المتلف قلّة وكثرة، وهذا مقدر بمقدار صاع في جميع الاحوال.

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

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

(٢) كشف الاسرار مع البرذوي، المرجع السابق ٧٠١/٢ وما بعدها.

رابعاً: الحديث أثبت الرد في غير غيب ولا شرط لأن نقصان اللين لو كان عيباً لثبت به الرد من غير تضرية، ولا يثبت الرد فني التشريع إلا بعيب أو شرط^(١).

تقويم رأي الحنفية من حديث المضرة
... ان الأدلة المذكورة التي اخذ بها بعض الفقهاء الحنفية على تبرير منوفهم من هذا الحديث وتلك العمل به كلها غير مثلمة، لأنها مبنية على اسان مؤهوم وهو اعتبار صاع النمر الوارد في الحديث تعويضاً لما استهلكه المشتري من اللين في حين أن هذا الحديث أصل من أصول الشريعة وقاعدة من قواعدها العامة أخذت بها القوانين الوضعية بضمنها القوانين المتدفي العرفني الكشائم (م ١٢١-١٢٣).

ومفادها: أن التعرير (أو التديس) الذي هو عبارة عن أمتعمال الطسوق الاحتيالية من أخذ المتعاقدين^(٢) لتضليل المتعاقدين الآخر وإيقاعه فني الغلط أو لإيقاعه في الغلط الذي وقع فيه تلقائياً يجعل إرادة المٌضلل الواقع في الغلط معنية وبالتالي يكون له حق الفسخ إذا ترتب على هذا التعرير غيب فاجش عند خضهور فقهاء المسلمين، أما المدني العراقي فيعتبر العقد موقوفاً على اجازة المغبون، فإذا فسخ العقد على هذا الاسان فلا يكون مسؤولاً عن تعويض اللين الذي استهلكه في وقت كان المبيع في ضمانه وذلك أخذاً بالقاعدة الشريعة السواردة على لسان رسول الله ﷺ (الخراج بالضممان).

وأمر الرسول ﷺ بدفع صاع من النمر عند رد المبيع مبني على اسانين ايجابية والمجاورة والمجاورة. وحين التعامل^(٣) وإضافة إلى ذلك فإن الحديث مبني على صيار أصلاً من الاصول ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر لأنه إن اقسام

(١) انظر حاشية المرجعي على التوضيح شرح التفتيح ٧٤/٢ وما بعدها.
(٢) وكذلك الحكم اذا صدرت هذه الطرق التضليلية من شخص ثالث وكان المتعاقدين المستفيد يعلم بها أو كان باستطاعته ان يعلم بها.

(٣) ويدل على ما قلنا معارضة بعض فقهاء الحنفية للقول بعدم العمل بهذا الحديث وقد ورد في كُثف الاسرار، المرجع السابق ٧٠٣/٢ (نقل عن ابي يوسف في بعض اماليه انه أخذ بحديث المضرة وأثبت الخيار للمشتري، وثبت عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال (ما جاء عن الله وعن رسوله ﷺ فعلى الرأس والعين) وكذلك لم ينقل عن السلف اشتراط الفقه فني النزاهي، ولكل ذلك يترجح ان هذا القول مستحدث غير قمين بالاعتناء به).

فذلك واضح وإن خالفه لم يجز رد أحدهما لأنه رد للحديث بالقياس وهو مردود بالإجماع فإن السنة مقدمة على القياس.

شروط المالكية للعمل بحديث الأحاد

قال المالكية: يشترط للعمل بخير الواحد أن لا يتعارض مع عمل أهل المدينة لأن أهل المدينة عاصروا التتزيل وشاهدوا أعمال الرستول ﷺ وأعمالهم بمثابة الخير المتواتر ولذلك يقدم عمل أهل المدينة على خير الواحد، إذا تعارضنا وبنوا على ذلك عدم عملهم بخيار المجلس الثابت في الحديث المذكور من روايتي ابن عمر وحكيم بن حزام^(١) فقال الإمام مالك رحمه الله (إنه حديث معارض لإجماع أهل المدينة وعملهم وما كان كذلك يقدم عليه عمل أهل المدينة) ونزعم أن الإمام مالكا هو راوي الحديث الأئمة قال عقب روايته (وليس لهذا عندنا حد معلوم ولا أمر معموم به فيه) والمدينة مهبط الوحي ووفاء الرسول بين أظهر أهل المدينة وهم يعرفون التاميم والمتسوخ ومخالفاتهم لبعض الأحاديث ومنها هذا الحديث يقتضي علمهم بتاسخ أو دليل راجح^(٢)

شروط الشافعية والحنابلة

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

شروط الشيعة الامامية

قال العاملي^(٤) (أجمع أصحاب المعصومين شيع على العمل برواية الأحاد ونقلها إلى الغير ولم يمنعهم من ذلك المعصوم)، واستدلوا على حجية الخبر

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

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

(٣) لمزيد من التفصيل راجع العدة للصنعاني على أحكام الأحكام شرح عدة الأحكام، المرجع السابق ٥/٤ وما بعدها.

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

الواحد بادلة معظمها تتفق مع ادلة الجمهور التي سبق ذكرها^(١)، لكنهم يختلفون مع الجمهور في الامور الآتية:

أ- الحديث عندهم لا يقتصر على ما صدر عن النبي ﷺ بل هو ما صدر عنه وعن الامام المعصوم، لذا عرفوا السنة بانها قول المعصوم أو فعله أو تقريره^(٢).

ب- يشترط عندهم للعمل بحديث الأحاد توفر الشرطين التاليين:

١- التعدد فيشترط للعمل بحديث الأحاد أن يرويه أكثر من واحد على اساس

ان هذا هو قول علي بن ابي طالب ؑ.

٢- أن يكون راويه من الطائفة المحقة^(٣) فهم لا يعملون الا بالاحاديث

المروية عن الأئمة من آل البيت^(٤). وينوا على ذلك ترك عملهم ببعض

الاحاديث وهي مشهورة عند الجمهور ومنها:

أولاً: الاحاديث المروية عن الرسول ﷺ والناسخة لحكم المتعة وهم يقولون

بجواز زواج المتعة إلى يوم القيامة ويستشهدون بقوله تعالى ﴿فَمَا

أَسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٥)، وقال الطوسي (وبه قال علي

علي ما رواه أصحابنا، وأما ما روي من الاخبار في تحريمها فكلها اخبار

أحاد وفيها مع ذلك اضطراب)^(٦)، وتحريم المتعة ثابت عند جمهور

الفقهاء بأحاديث ثابتة^(٧)، والآية التي استدل بها الامامية محمولة عند

(١) وهي الكتاب والسنة والاجماع والعقل.

(٢) وهم يقولون (آل البيت ليسوا رواة عن النبي ﷺ والمحدثين عنه انما هم المنصوبون من الله تعالى على لسان النبي لتكليف الأحكام الواقعية)، راجع أصول الفقه للشيخ المظفر.

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

(٤) ومعظم الامامية على أنه لا تقبل رواية غير الامامي، قال أبو المعالي (لو كان بعض رجال السنة غير امامي مصرحاً بالتوثيق أو مصرحاً بالمدح لا بد من كون الباقي امامياً موقفاً) راجع

رسائل ابي المعالي، الرسالة التاسعة طبعة حجر، ص ٩.

(٥) سورة النساء ٢٤.

(٦) الخلاف للطوسي ١٨٠/٢

(٧) ومنها ما روي عن سلمة بن الاكوع ؓ من انه قال: رخص رسول الله ﷺ المتعة عام

أوطاس (وادي ببيار هوازن) ثلاثة ايام ثم نهى عنها، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٠/٩ وما

بعدها، يقول الامام محمد بن اسماعيل الصنعائي، سبل السلام ١٦٤/٣، في شرح هذا الحديث

(وقد روي نسخها بعد الترخيص في ستة مواطن: الاول في خيبر، والثاني في عمرة القضاء،

الجمهور على الزواج المعروف الاعتيادي لورودها في سياق الكلام على الزواج بالعقد المعروف بعد ذكر محرمات الزواج.

ثانياً: حديث (لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها)^(١)، وقالوا هذا الحديث غير صحيح لأنه ليس مروياً عن طريق آل البيت من الأئمة المعصومين ولهذا يجوز عندهم الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المسرأة وخالتها، لكن لا تزوج بنت الأخت على خالتها إلا بإذنها، وتزوج الخالسة على بنت الأخت بغير إذنها وكذلك الحال في العمة وبنت الأخ^(٢)، ويتفق معهم الخوارج في عدم العمل بالحديث المذكور^(٣)، والمعروف من الخوارج أنهم لم يعملوا إلا بالأحاديث التي تروى عن طريق أئمتهم.

شروط الظاهرية

يتفق فقهاء الظاهرية مع الشافعية والحنابلة في العمل بخبر الواحد بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك فقال ابن حزم الظاهري (فالعامل بجميع احاديث الرسول واجب لأن الاصل وجوب العمل بالسنة حتى يصح فيها البطلان أو النسخ، وإلا فهدى على البراءة من النسخ والكذب ومن الوهم حتى يصح في الخبر شيء من ذلك فيترك)^(٤).

دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية^(٥)

قد يتساءل المرء عن دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية بعد ان قال سبحانه وتعالى ﴿اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم

والتالث في عام الفتح، والرابع عام اوطاس، والخامس في غزوة تبوك، والسادس في حجة الوداع، وعن علي عليه السلام قال (نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خيبر)، ولغظه في البخاري، ان النبي ﷺ نهى عن المتعة وعن الحمر الاهلية زمن خيبر.

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

(٢) أي لا تزوج بنت الأخ على عمتها الا بأذنها وتزوج العمة على بنت الاخ بدون أذنها.
(٣) في كتاب الخلاف للطوسي ١٦٠/٢ (يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها اذا رضيت الخالة أو العمة بذلك، وعند جميع الفقهاء أنه لا يجوز ذلك، اعني الجمع بينهما ولا تأثير لرضاهما، وذهبت الخوارج إلى ان ذلك جائز على كل حال).

(٤) الأحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم الظاهري ١٠٨/١.
(٥) قال ابو حنيفة (لولا السنة لما فهم أحد منا القرآن) وقال الامام مالك (اتبعوا ما أنزل السيكم من ربكم وما جاء عن نبيكم). وقال الشافعي (إذا صح الحديث فهو مذهبي)، وقال أحمد (لا تقلدني ولا تقلد مالكا ولا الأوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم وخذ الأحكام من حيث أخذوا) مصطلح الحديث للقاسمي (محمد جمال الدين المشفي، ص ٥٤).

الإسلام ديناً»^(١)، ويجب القرآن الكريم على هذا السؤال في قوله تعالى «وانزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم»^(٢). وبموجب هذا التحويل تكفلت السنة النبوية ببيان أحكام القرآن الذي هو دستور أقتصر على القواعد الكلية والاشياء العامة وتخطيط خارطة منهج الحياة، ويتجلى البيان في تخصيص علم عمومه غير مراد، وتقييد مطلق إطلاقه غير مقصود، وإيضاح محمل مضمونه غير واضح، وتأكيد أحكام لها أهمية كبيرة في الحياة، وإضافة أحكام لم يرد ذكرها في القرآن ضراحة كالآتي: «انزلنا القرآن على نبي من قبلك لعلهم يتقون»

... أو لا: بتخصيص نص عام لم يكن عمومية مراداً كما في قوله تعالى «والرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً»^(٣) فصيغتا (الرجال والنساء) مثلان صريحان العموم لتحتلها (ال) - الاستغراق لتشملان كل ذكر، وأنثى من (الأقربون والأقارب) غير أن هذا الشمول غير مقصود لذا بيّنه الرسول ﷺ بالتخصيص وتحديد من هو غير مشمول بهذا الحكم فقال ﷺ «لا يورث أهل ملئتين»^(٤)، (ولا يورث القاتل)^(٥).

ثانياً: تقييد مطلق لم يكن إطلاقاً مقصوداً كما في قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين»^(٦)، أي ترك مبالاً كثيراً، لأن المال لا ينقسم خيراً إلا إذا كان كثيراً، فلفظة (الوصية) مطلقة شاملة للإصاء بكل التركة أو ببعضها مع أن هذا الشمول غير مقصود، لأنه يضر بالورثة، لذا بيّنه الرسول ﷺ بتقييد الوصية بما لا يزيد عن ثلث التركة فقال لسعد بن أبي وقاص ﷺ «الثلث والثلث كثير»^(٧).

(١) سورة المائدة ٣.
 (٢) سورة البقرة ٤٤ وسورة الشورى ٢١ وسورة النحل ٢٢ وسورة النحل ٢٣ وسورة النحل ٢٤ وسورة النحل ٢٥ وسورة النحل ٢٦ وسورة النحل ٢٧ وسورة النحل ٢٨ وسورة النحل ٢٩ وسورة النحل ٣٠ وسورة النحل ٣١ وسورة النحل ٣٢ وسورة النحل ٣٣ وسورة النحل ٣٤ وسورة النحل ٣٥ وسورة النحل ٣٦ وسورة النحل ٣٧ وسورة النحل ٣٨ وسورة النحل ٣٩ وسورة النحل ٤٠ وسورة النحل ٤١ وسورة النحل ٤٢ وسورة النحل ٤٣ وسورة النحل ٤٤ وسورة النحل ٤٥ وسورة النحل ٤٦ وسورة النحل ٤٧ وسورة النحل ٤٨ وسورة النحل ٤٩ وسورة النحل ٥٠ وسورة النحل ٥١ وسورة النحل ٥٢ وسورة النحل ٥٣ وسورة النحل ٥٤ وسورة النحل ٥٥ وسورة النحل ٥٦ وسورة النحل ٥٧ وسورة النحل ٥٨ وسورة النحل ٥٩ وسورة النحل ٦٠ وسورة النحل ٦١ وسورة النحل ٦٢ وسورة النحل ٦٣ وسورة النحل ٦٤ وسورة النحل ٦٥ وسورة النحل ٦٦ وسورة النحل ٦٧ وسورة النحل ٦٨ وسورة النحل ٦٩ وسورة النحل ٧٠ وسورة النحل ٧١ وسورة النحل ٧٢ وسورة النحل ٧٣ وسورة النحل ٧٤ وسورة النحل ٧٥ وسورة النحل ٧٦ وسورة النحل ٧٧ وسورة النحل ٧٨ وسورة النحل ٧٩ وسورة النحل ٨٠ وسورة النحل ٨١ وسورة النحل ٨٢ وسورة النحل ٨٣ وسورة النحل ٨٤ وسورة النحل ٨٥ وسورة النحل ٨٦ وسورة النحل ٨٧ وسورة النحل ٨٨ وسورة النحل ٨٩ وسورة النحل ٩٠ وسورة النحل ٩١ وسورة النحل ٩٢ وسورة النحل ٩٣ وسورة النحل ٩٤ وسورة النحل ٩٥ وسورة النحل ٩٦ وسورة النحل ٩٧ وسورة النحل ٩٨ وسورة النحل ٩٩ وسورة النحل ١٠٠.
 (٣) سورة النساء ٧.
 (٤) أخرجه الترمذي، كتاب الفرائض، باب إبطال ميراث القاتل بلفظ (القاتل لا يورث) في نسخة.
 (٥) أخرجه الترمذي، كتاب الفرائض، باب إبطال ميراث القاتل بلفظ (القاتل لا يورث) في نسخة.
 (٦) سورة البقرة ١٨٠.
 (٧) أخرجه الترمذي، كتاب الفرائض، باب إبطال ميراث القاتل بلفظ (القاتل لا يورث) في نسخة.

- ٢- بين القرآن الكريم في آيات الميراث نصيب أصحاب الفروض وبعض العصابات وسكت عن بعض وذكرهم الرسول في قوله (الْحُقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلْأُولَىٰ مِنْهُ خَيْرٌ لَّكَ مِنَ الْإِثْمِ) (١) أي لإقرب ذكر من الورثة كإبن الاخ الشقيق، وابن الاخ من الاب، والعم الشقيق وابنه والعم من الاب وابنه.
- ٣- ذكر القرآن تحريم الام والاخت بالرضاعة فقال ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (٢)، فسكت عن بقية المحرمات بالرضاع، فقال الرسول ﷺ (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٣).
- ٤- ذكر القرآن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين باعتبارها من وسائل الاثبات في الحقوق المالية فقال: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (٤)، وسكت عن شاهد ويمين فقضى بهما الرسول ﷺ (٥).
- ٥- ومن الناس من زعم أن من وظائف السنة نسخها لبعض آيات القرآن، وهذا خطأ لا يفتقر، فالقرآن قطعي الثبوت بخلاف السنة فلا تكون قطعية الا اذا كانت متواترة، وفي حالة التواتر القرآن لفظه ومعناه من الله والسنة لفظها من النبي والناسخ يجب ان يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له والقول بأن آية الوصية نسخت بحديث (أن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) (٦) خطأ فهذه الآية لم تنسخ لا بآيات الميراث ولا بالسنة وانما خصصت فأخرج الوارث وبقي غيره مشمولاً بالوصية الواجبة.

(١) أخرجه مسلم في كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض أهلها، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٧/١.

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) أخرجه الامام أحمد ١٠٢/٦، ومسلم بلفظ (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة) كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٧١/١٠.

(٤) سورة البقرة ٢٨٢.

(٥) أخرجه مسلم كتاب الاقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٤/١٢، ومن الضروري أن يفهم مراد كلام الرسول ﷺ من غير غلو لا تقصير، فلا يحمل كلامه ما لا يحتمله ظاهراً ولا يقصر به عن مراده.

(٦) أخرجه البخاري كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، فتح الباري ٤٦٧/٥.

أشهر مجاميع الحديث النبوي

لتمييز الحديث الصحيح من غيره هناك مراجع ومجاميع معتمدة على كل باحث أن يراجعها حين الاستدلال بالحديث في بحثه. ومن الخطأ الشائع لدى الباحثين والكتاب الإشارة بعد ذكر الحديث إلى الكتب الفقهية أو إلى المؤلفات الحديثة وهذا عيب كبير يقلل من قيمة البحث ولكل من الجمهور والشريعة الامامية مراجع معتمدة.

أ- المراجع عند الجمهور

هناك مراجع معتمدة كثيرة للحديث الشريف عند الجمهور ومنها:

١- الجامع الصحيح لمحمد بن اسماعيل البخاري^(١).

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

٣- سنن النسائي^(٣).

٤- سنن أبي داود^(٤).

٥- جامع الترمذي^(٥).

٦- سنن ابن ماجه^(٦).

(١) هو عبد الله بن محمد بن اسماعيل بن ابراهيم (١٤٩-٢٥٦هـ) وقد بلغت الاحاديث التي اعتمدها البخاري (٧٣٩٧) حديثاً بالاحاديث المكررة، واما الاحاديث التي لم تتكرر فكان عددها (٢٦٠٢) حديثاً.

(٢) (٢٠٤-٢٦٦هـ) ومجموع ما اشتمل عليه مع المكرر (٧٢٧٥) حديثاً و(٤٠٠٠) من الاحاديث الصحيحة غير المكررة، وهذا المرجع يأتي من الدرجة الثانية من حيث الصدحة بعد صحيح البخاري.

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

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

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

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

ب- المراجع عند الامامية

بموجبها أوردت في كتابها

- ١- أهم المراجع الصحيحة المعتمدة عند الامامية ما يلي:
 - ١- الكافي للكلييني (١).
 - ٢- من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر (٢).
 - ٣- الاستبصار للطوسي (٣).
 - ٤- التهذيب للطوسي.

بموجبها أوردت في كتابها

- ١- الكافي للكلييني (١).
- ٢- من لا يحضره الفقيه، لأبي جعفر (٢).
- ٣- الاستبصار للطوسي (٣).
- ٤- التهذيب للطوسي.

(١) هو أبو جعفر محمد بن يعقوب الكلييني، (ت ٣٢٨ هـ) أخرج فيه (١٦٩٠٩) حديثاً وهو مقسم إلى ثمانية أجزاء، الأول أربعة كتب والثاني أربعة والثالث خمسية والرابع كتابان والخامس ثلاثة والسادس تسعة والسابع سبعة والثامن ليس فيه كتب مختلفة.

(٢) هو محمد بن علي بن الحسين، (ت ٣٨١ هـ)، المعروف بالصدوق ابن بابويه، وأحد أئمة هذا الكتاب (٩٠٤٤) حديثاً.

(٣) هو أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي، (ت ٤١١ هـ)، شيخ الطائفة وقد قال في كتابه (عدة الأصول): أن أحاديث التهذيب، وإخباره تزيد على خمسة آلاف، وقال في كتابه (الاستبصار): أني جزأت هذا الكتاب ثلاثة أجزاء، الأول والثاني يشتملان على ما يتعلق بالعبادات، والثالث يتعلق بالمعاملات، لمزيد من التفصيل راجع معجم رجال الحديث للإمام أبي القاسم الموسوي الخوئي، وقال في هذا المعجم ١/ ١١٠ (لم تثبت صحة روايات الكتب الأربعة، فبالإضافة من النظر في سند كل رواية منها، فإن توفرت فيها شروط الحجية أخذ به وإلا فلا).

الفصل الثاني المصادر التبعية الثقيلة المتفق عليها

المصادر التبعية الثقيلة المتفق عليها عبارة عن الإجماع والعرفان
وتخصص للدراسة كل منهما مبحثاً مستقلاً، فإشارة إلى المصنفين

المبحث الأول

الإجماع

تعريفه، أساسه، شروطه، أنواعه، حججه، إمكان انعقاده، إنقضاؤه

تعريفه لغة واصطلاحاً

في اللغة هو العزم^(١) والاتفاق^(٢). وفي اصطلاح أهل الشرع اتفاق^(٣)

جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور^(٤) على حكم شرعي اجتهادي لسند.

أساسه

أساس الإجماع هو مبدأ الشورى وهو من الأمور الأساسية فيه.

شروطه

يؤخذ من هذا التعريف أن انعقاد الإجماع بالمفهوم الاصولي يتوقف على

الشروط الستة التالية: اهلية الاجتهاد، كون المجتهد من أمة محمد ﷺ، الاتفاق

في وقت واحد، أو في وقتين متتابعين، في موضوع واحد، أو في موضوعات مختلفة.

(١) ورد بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ فاجمعوا أمركم ﴾، سورة يونس ٧١، أي

إعزموا عليه، وفي الحديث الشريف (لا صيام لمن لم يجمع الصيام في الليل)، أي لم يعزم ولم

ينو في الليل الصيام، الحديث أخرجه الامام أحمد ٢٨٧/٦، وأبو داود في باب النية في الصيام ٣٤١/٢.

(٢) يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه، كشفه: الإسراة، المرجع: السبائك ٣/٤١٦، ٤/١٠١، إن شاء الله

القول الذي تحقيق الحق من علم الاصول للشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، ص ٧، (١)

(٣) الاتفاق: الاشتراك في الاعتقاد أو القول، أو الفعل من التوضيح ٣٢٦/٢، ص ١١٤، (٢)

(٤) ليس: المنزاد مجتهدي الأمة في جميع العصور، لأن هذا توهم باطل يؤدي إلى إبطال الإجماع

التام صراحة أو ضمناً، كون الاتفاق بعد وفاة الرسول ﷺ، كون محل الاتفاق حكماً شرعياً قابلاً للإجتهد، وتعزيز الاتفاق بسند شرعي.

الشرط الأول أهلية الإجتهد

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

أ- اذا كان الامر يتعلق بنقل خبر أو حكم شرعي ثابت بنص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة فلا يشترط في الناقلين اهلية الإجتهد كالإجماع على وجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج، وكالإجماع على حرمة القتل والسرقة والزنا، وكالإجماع على ان سيدنا محمداً ﷺ رسول أنزل عليه القرآن وهاجر من مكة الى المدينة وان الآيات القرآنية منها مكية ومنها مدنية، الى غير ذلك من الاحكام الشرعية العملية أو الاعتقادية الثابتة بالبداية^(٢)، ووجه عدم اشتراط الأهلية فيما ذكرناه هو ان المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً وبالتالي ليس إجماعاً بالمفهوم الأصولي.

ب- اذا كان لصنع قرار موحد بشأن مسألة دنيوية كالمواضيع التي تطرح للمناقشة في المجالس النيابية والبرلمانية والوطنية والمنظمات الدولية، وكاستشارة رئيس الدولة للمختصين في القضايا المتعلقة بالمصالح العليا في البلد، فان المجمعين والمستشارين واعضاء هذه المجالس لا يشترط فيهم توفر أهلية الإجتهد وانما يشترط الاختصاص والخبرة في الموضوع المطروح للمناقشة لان الموضوع يحتاج الى الخبرة الدنيوية دون الخبرة الفقهية.

(١) التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٠٠.
(٢) في أصول البردوي مع الكشاف ٩٥٩/٣ (فاما صفة الإجتهد فشرط في حال دون حال، امسا في أصول الدين الممهدة مثل نقل القرآن، ومثل أمهات الشرائع، فعامة المسلمين داخلون فسي ذلك، الإجماع مع الفقهاء فاما ما يختص بالرأي والاستنباط وما يجري مجراه فلا يعتبر فيه إلا أهل الرأي والإجتهد).

يعون التسوكاني^١ (الإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن العارفين به دون من عداهم، فالمعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، وفي المسائل الأصولية قول جميع الأصوليين، وفي المسائل النحوية قول جميع النحويين، ونحو ذلك) ونضيف إلى هذا الكلام فنقول: وفي المسائل الاقتصادية جميع الاقتصاديين المختصين، وفي المسائل الصحية جميع الأطباء المختصين، وفي المسائل العسكرية جميع المختصين في القضايا العسكرية، وفي المسائل الإدارية جميع الإداريين المتميزين بالخبرة والممارسة الطويلة، وفي المسائل الزراعية جميع المختصين بالزراعة، وهكذا، ولو كان أعضاء المجلس النيابي أو الوطني أو البرلماني في كل بلد من المختصين ومن أهل الخبرة كل في حقل اختصاصه بدلاً من الاكتفاء بالمستوى المعمول به في العالم الانتخابي لتمكن رؤساء الدول عن طريق هؤلاء الأعضاء تحقيق كثير من متطلبات حياة شعوبهم ومن التطوير نحو حياة أفضل.

جـ- وإذا كانت المسألة المطروحة للمناقشة قد عالجهما الفقهاء وبيّنوا حكمها ولكنهم اختلفوا في الحكم وكان المراد من هذه المناقشة ترجيح رأي من آرائهم لجعله تشريعاً ملزماً لكل فإن الأمر لا يتطلب أهلية الاجتهاد وإنما تكفي أهلية الترجيح للمجمعين على ترجيح رأي على غيره للأخذ به، بل في هذه الحالة يكفي رأي الاكثية في الترجيح. وإذا كانت أهلية الاجتهاد مفقودة اليوم في العالم الإسلامي فإن أهلية الترجيح متوفرة لدى كثير ممن لهم الخبرة بأصول الشريعة وفروعها إلا أنهم ينقصهم أمران:

أحدهما: الانفتاح والمرونة البعيدة عن الميوعة.
وثانيهما: التحلي عن التعصب المذهبي.

(١) ارشاد الفحول المرجع السابق، ص ٨٨ وقال الامام شهاب الدين أبو العباس محمد بن ادریس القرافي المالكي في كتابه تنقيح القصول في اختصار المحصول في الأصول، ص ٣٢٢ (الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور ونعني بالاتفاق: الاثنان أو اكثر في القول أو الفعل أو الاعتقاد، وبأهل الحل والعقد: المجتهدين في الاحكام الشرعية، وبأمر من الأمور: الشرعيات والعقليات والعرفيات).

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

د- إذا كانت القضية المعنية بالإجماع على حكمها الشريعة من القضايا المستجدة مثل أطفال الإنابيب وزرع الأعضاء البشرية أو نقلها من شخص إلى شخص آخر وغير ذلك من الوقائع والخوافث التي تواجهها الأسرة البشرية نتيجة التقدم العلمي في مجالات العلوم الإنسانية والتطبيقية، وفيما يتعلق بالأعمال الطبية وغير ذلك مما لا نجد لها حكماً واضحاً في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في النصوص الفقهية صراحة، فإن المجمعين على إقرار حكم شرعي لكل مسألة من المسائل المذكورة يجب أن يكونوا من أهل الرأي والاستنباط.

ومن الجدي بالذكر:

- أنه لا يشترط عدد معين من المجتهدين لانعقاد الإجماع بل الحد الأدنى اثنان إذا لم يكن هناك غيرهما ممن يتوفر فيهم أهلية الاجتهاد^(١).
- وكذلك لا يشترط انقراض كلهم أو غالبهم لحجية الإجماع لأنه لا يجوز الرجوع بعد الإجماع
- ولا يشترط أن يكون المجمعون من الصحابة فقط خلافاً للظاهرية^(٢).

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

(٢) في أصول البرزوي والكشاف ٩٦/٣ (ومن الناس من يقول لا إجماع إلا للصحابة لأنهم الأصول في الأمر بالتعريف والنهي عن المنكر، وهو مذهب داود من أهل الظاهر وأحمد بن حنبل في أحد الزواجر عنه لأن الإجماع إنما صار حجة بصفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والصحابة هم الأصول في ذلك وهم المخاطبون بقوله تعالى لا تستمخضن أنفسكم أخرجت للناس، سورة آل عمران ١١٠، وقال بعضهم (إلا من عترة الرسول ﷺ فهم

• ولا ان يكونوا من آل البيت أو من أهل المدينة؛ لان الإجماع الذي يعتبره حجة هو إجماع جميع فقهاء الأمة. فالإجماع هو إجماع أهل العترة والمعروف من الشيعة الامامية والزيدية أن الإجماع هو إجماع أهل العترة فقط، ولكن في الواقع إن الشيعة كما يقولون بإجماع العترة يقولون إجماع فقهاء الأمة أيضاً، إلا أنهم يقولون الحججة في قول المعصوم^(١) وكذلك لم يقل المالكية بان الإجماع يقتصر على إجماع أهل المدينة بيل إضافة الى ذلك قالوا بالإجماع العام^(٢). وقال المالكية نقصد بإجماع أهل المدينة الإجماع فيما كان بسبيله النقل وأما فيما يعتمد على الاجتهاد فيؤخذ بإجماع مجتهدي الأمة وبناء على ذلك لا خلاف بين رأي المالكية ورأي الجمهور في الإجماع^(٣). وأضاف الى ذلك فإنهم قصدوا بأهل المدينة الصحابة والتابعين فقط لإجماع أهل المدينة في كل عصر.

المعصومين في كل عصر، ولا سيما في عصرنا هذا، لان الإجماع هو إجماع أهل العترة فقط، وليس إجماع أهل المدينة فقط، بل إجماع جميع فقهاء الأمة.

المخصصون بالعرق الطيب المجلوبون على سواء السبيل)، وهم الزيدية والامامية، والمراد بالعترة قرابته وآله لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا يَرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَ الصَّالِحِينَ﴾ (سورة الاحزاب ٣٣)، ولقول الرسول ﷺ (إني أترك فيكم الثقلين فان تمسكتكم بهما لن تضلوا كتاب الله وعترتي)، فحفظتم التمسك بهما فلا يفت. إقامة الحججة على غيرهما: الحديث أخرجه الترمذي في كتاب المناقب ٦٢٢/٥. (١) قال الحلبي جمال الدين الحسن بن يوسف (٤٤٨-٧٧٦هـ)، في كتابه مناقب الوصوفى النبوي علم الأصول، ص ١٩٠ (البحث الاول في إجماع أمة محمد ﷺ إجماع أمة محمد حق، أما عطشى قولنا فقط، لأننا نوجب المعصوم في كل زمان، وهو سيرة الأمة فالحجة في قولنا، ولكن فقهاء الشيعة عندما يستدلون بالاجماع يذكرون إجماع الفرقة دون إجماع الأمة على سبيل المثال يستعمل ذلك الطوسي في كتابه الخلاف في الفقه في مواضع كثيرة منها ١/٢١٣-٢١٤ (لا يرضخ الخلع إلا في طهر لم يقر بها فيه بجماع إذا كان تدخل بها، وخالف جميع الفقهاء في ذلك دليلنا إجماع الفرقة).

(٢) يقول القرافي (شرح تفتيح الفصول)، ص ٤٤٥: (أدلة المجتهد وتصرقات المكلفين على قسمين: أدلة مثبتة وعينها، وأدلة وقوعها، وأدلة مشروعية، وهي تسعة عشر: هي الكتاب والسنة، وإجماع الأمة الخ، وأما أدلة وقوعها فهي: أدلة وقوع أسبابها، وحصول شئونها، وانقضاء مؤانعتها وهي غير مخصصة).

(٣) قال الشوكلي (ارشاد الفحول)، ص ٨٧: (فلا يصح الباطني المالكي). (أي أيضاً إذا لم يوافق ذلك بحجة إجماع أهل المدينة فيما كان طريقة النقل المقتضى كالتمسك بالسنن والأدب والإقامة وعدم وجوب الزكاة في الخصومات معنا، تقتضي العادة بان يكون في زمن النبي ﷺ فإنه لو تغير عما كان عليه لعلم، فأما مسائل الاجتهاد فهم وغير هم سواء).

الشرط الثاني إقرار الحكم الشرعي

بأن يتم إقرار الحكم الشرعي للمسألة المعنية بمعرفة حكمها باتفاق الجميع اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً، صراحةً أو ضمناً^(١).

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

وكذلك يعتبر إجماعاً صريحاً إذا نطق بالحكم بعضهم وعمل به الآخرون أو عمل بالحكم كلهم بدون نطق لأن العمل بالشيء يقتضي القول بجوازه.

وأما إذا قال بعضهم بالحكم قولاً أو كتابةً أو فعلاً وسكت بعضهم فيعتبر سكوتهم موافقة بشرطين:

أحدهما: أن تمضي فترة كافية للتأمل والتفكير في القضية المعروضة للمناقشة ولبيان حكمها.

وثانيهما: أن لا يكون السكوت لعامل خوف أو نحوه، أي لا توجد قرينة تدل على أن السكوت معارضة^(٢).

(١) في التوضيح والتفصيل ٣٦٢/٢ (الاتفاق: الاشتراك في الاعتقاد أو القول أو الفعل، في شرح المنار لابن ملك (عز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز)، على مسنن المنبر للنسفي (أبي البركات عبد الله بن أحمد)، ص ٧٣٧ (الإجماع نوعان عزيمة - إجماع صريح وهو المستكلم منهم بما يوجب الاتفاق أي اتفاق الكل على الحكم أو شروعهم في الفعل إذا كان من باب الفعل كان يكون المجمع عليه حكم المزارعة).

(٢) فإذا تخلف أحد هذين الشرطين لا ينعقد الإجماع. ومن تطبيقات السكوت الذي أعتبر معارضة لوجود قرينة ما قاله بعض الأصوليين من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال بالعول، ووافقته الصحابة وأعتبر ذلك إجماعاً سكوتياً لكن بعد وفاته أبدى ابن عباس معارضته لهذا القول، فقيل له (ما منعك أن تخبر عمر بقول) فقال (مهابته أو درسته)، وقال صدر الشريعة، التوضيح، ٢٢٩، (حديث الدرّة غير صحيح لأن عمر كان الويل للحق).

والعول في علم الميراث زيادة في عدد أسهم التركة ونقصان في مقدارها، فلو انحصرت وريثة المتوفي في أبوين وزوجة وبنين تكون المسألة الفرضية من (٢٤) سهماً وتعول إلى (٢٧) سهماً للزوجة ٢٧/٣ بدلاً من ٢٤/٣، ولكل من الأبوين ٢٧/٤ بدلاً من ٢٤/٤، ولكل بنت ٢٧/٨ بدلاً من ٢٤/٨، أثر ابن عباس في العول، أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب العول ٢٥٣/٦، وأخذ فقهاء الجعفرية برأي ابن عباس فقالوا (تكون المسألة الفرضية من (٢٤) وما يبقى من نصيب الأبوين والزوجة للبنين، فالنقص يصيب نصيبهما فقط، وقالوا النقص يشمل دائماً البنات وبنات الابن والأخوات الشقيقات والأخوات من الأب لأنهن يزيد وينقص نصيبهن بحسب الورثة).

ولا يشترط ان يكون الاتفاق بصورة مباشرة بل يجوز ان يكون بطريقة غير مباشرة ومن ذلك قول الأصوليين (ان اختلاف فقهاء الصحابة في مسألة على قولين يكون إجماعاً ضمناً - بصورة غير مباشرة - على عدم جواز استحداث رأي ثالث في هذه المسألة اذا لزم منه ابطال ما قالوا به)^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

أ- اختلفوا في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فقال بعضهم (تعتد بأبعد الاجلين من الأشهر ومن وضع الحمل) جمعا بسين الآيتين المتعارضتين ظاهراً وهما قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن﴾^(٣)، فالآية الاولى خاصة بالمتوفى عنها زوجها وعامة تشمل الحامل والحائل، والثانية خاصة بأولات الاحمال وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها فالقول (بان عدتها تنقضي بابعد الاجلين يكون جمعاً بينهما وعملاً بهما)^(٤).

وقال بعضهم الآخر (أنها تعتد بوضع الحمل استناداً الى حديث سبعية الاسلامية)^(٥) الذي يدل على ان الآية الثانية مخصصة للأولى، وتقتصر الاولى على الحائل المتوفى عنها زوجها فقط، وهناك شق ثالث منصور وهو ان تكون عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام مطلقاً سواء كانت الزوجة حاملاً أم لا، وهذا الاتجاه الثالث لم يسلكه أحد طيلة العصور الاسلامية، فكان عدم جوازه حكماً مجمعاً عليه من قبل فقهاء الصحابة بصورة غير مباشرة.

(١) مبادئ الاصول الى علم الاصول للحلي (ابي منصور جمال الدين الحسن بن يوسف)، ص ١٩٢.

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) وبه أخذ المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم (٤٨).

(٥) عن المسور بن مخرمة (ان سبعية الاسلامية نفسيت - بضم النون وكسر الفاء - بعد وفاة زوجها - وهو سعد بن خولة-توفى بعد حجة الوداع بليال فجاءت الى النبي ﷺ فاستأذنته ان تتكح فأذن لها فنكحت). رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب أجل أولات الاحمال، فتح الباري ٥٨٦/٩، وأصله في الصحيحين وفي لفظ للبخاري (انها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة)، سبل السلام ٣/٢٥٩.

ب- اختلفوا في ميراث الجد مع الأخوة والأخوات، فقال بعضهم (التركة كلها للجد وهو يحجب الأخوة والأخوات كما يحجبهم الأب)^(١)، وقال البعض الآخر (المال يوزع بينهم ويعتبر الجد بمثابة أخ شقيق مع الإشقاء والشقيقات وبمنزلة أخ من الأب مع الأخوة والأخوات من الأب)^(٢)، أما حرمان الجد من الميراث بالأخوة والأخوات فهو قول ثالث لم يقل به أحد يعتد برأيه وعدم جواز جمع عليه بصورة غير مباشرة.

ج- إذا اجتمعت الأم مع الأب وأحد الزوجين ولم يكن للمتوفى فرع وارث ولا عدد من الأخوة والأخوات، قال بعضهم (يكون للأب ثلث الباقي بعد نصيب الزوج أو الزوجة) رعاية لقاعدة «للذكر مثل حظ الأنثيين»^(٣)، وقال الآخرون (لها الثلث الكامل) أخذاً بظاهر قوله تعالى «فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فألمه الثلث»^(٤)، وهو قول ابن عباس^(٥) من فقهاء الصحابة وأخذ به فقهاء الشيعة الإمامية والظاهرية، والقول الثالث المتصور هو أن يكون لها الثلث الكامل مع الزوجة وثلث الباقي مع الزوج أو عكس ذلك، فهذا القول بالتفريق لم يقل به أحد طيلة جميع العصور الإسلامية، فيكون عدم جوازه مجمعاً عليه بصورة غير مباشرة.

الشرط الثالث أن يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ

ولا يشترط أن يكونوا من فئة معينة كأهل المدينة أو أهل العترة^(٦) أو الصحابة كما سبق، لأن الإجماع الذي يعتبر حجة هو اتفاق جميع فقهاء الأمة وإجماع مجتهدي الامم السابقة لا يكون حجة على أمة محمد ﷺ^(٧).

(١) وهذا ما أختاره أبو حنيفة (رحمه الله).

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

(٣) وبه أخذ جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية.

(٤) سورة النساء ١١.

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

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

(٧) في جمع الجوامع ١٠٢٢ (ان إجماع الامم السابقين على أمة محمد ﷺ غير حجة وهو الاصح، وقيل حجة بناء على أن شرعهم شرع لنا وفي التوضيح والتفسيح ٣٣٦/٢ اتفاق مجتهدي الشرائع السابقة ليس إجماعاً شرعياً بالنسبة للمسلمين).

الشرط الرابع أن يكون الإجماع على الحكم الشرعي بعد وفاة الرسول ﷺ
لان الإجماع في حياته ان تم بموافقته، فالمصدر موافقته، حيث ان مركز
الإجماع يأتي بعد السنة النبوية من حيث المرتبة، وان مخالفه يكون الإجماع
باطلاً ولا يعتد به فلا يكون مصدراً^(١).

الشرط الخامس ان يكون الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتihad
أما كونه حكماً شرعياً فظاهر لأن الغرض من الإجماع اكتشاف حكم
شرعي لواقعة لم يثبت حكمها لا في القرآن ولا في السنة، واما كونه قابلاً
للاجتهاد فلأن المسائل التي لا تقبل الاجتهاد لا تكون مجالاً للإجماع، لان
احكامها ثابتة بأدلة قطعية في ثبوتها وفي دلالاتها، فلا تكون محلاً للاجتهاد
وبالتالي لا يحتاج ثبوتها الى الإجماع كحرمة الأمهات والبنات في الزواج،
ووجوب الصلاة والصيام وغيرهما من العبادات، وكنصف الزوج من تركة
زوجته اذا توفيت ليس لها فرع وارث، وكعقوبة الزنا بمائة جلدة بعد ثبوت
الجرمة وانتفاء موانع العقوبة، فهي وامثالها أحكام ثابتة بأدلة شرعية قطعية،
فالقول بانها مجمع عليها مؤكد لما هو ثابت من الاحكام بادلتها ولا يقصد به أن
الإجماع مصدر لها بل لا يسمى ذلك إجماعاً بالمعنى الاصولي لان المجمع عليه
ليس حكماً اجتهادياً^(٢).

الشرط السادس ان يكون للإجماع سند شرعي يستند اليه المجمعون^(٣)
وقد اختلف علماء الاصول في تحديد نوع هذ السند، فمنهم من قال (لا يكون
غير النص سنداً للإجماع)^(٤)، وقال بعضهم (اضافة الى النص يجوز أن يكون

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

(٢) في كشف الاسرار وأصول اليزدوي ٩٥٩/٣٠ (الشريعة تنقسم الى ما يشترك في دركه
الخواص والعوام ولا يحتاج فيه الى رأي كالصلوات الخمس ووجوب الصيام والزكاة ونحوها
من أمهات الشريعة واصولها، وهذا مجمع عليه من جهة الخواص والعوام والى ما يختص
بدركه الخواص من أهل الرأي والاجتهاد وهو ما يحتاج فيه الى الرأي كتفصيل أحكام الصلاة
والنكاح والطلاق والبيع، فالإجماع على هذه الاحكام يكون باتفاق أهل الرأي والاجتهاد دون
غيرهم).

(٣) قال الشوكالي الزيدي (إرشاد الفحول)، ص ٧٩ (لأن أهل الإجماع ليس لهم الاستقلال باثبات
الاحكام فوجب ان يكون عند مستند).

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

القياس سندا أيضا^(١)، ومن الجدير بالإشارة في هذا المقام أن فائدة الإجماع في حالة كون السند نصاً هي أن النص يصبح بواسطة الإجماع دليلاً قطعياً على حكمه وإن كان ظني الدلالة أو ظني الثبوت في أصله. ومن وجهة نظري: أن السند كما يكون نصاً وقياساً كذلك قد يكون مصلحة عامة، ويدل على ذلك أن الصحابة أجمعوا على قضايا كثيرة لم يكن فيها سند ظاهر من النص أو القياس وإنما كان الدافع رعاية المصلحة العامة كإجماعهم على جمع القرآن الكريم بعد وفاة الرسول ﷺ وإجماعهم على قتل الجماعة بواحد وغير ذلك.

تطبيقات الإجماع المستند إلى النص والقياس والمصلحة :

أ- من الإجماع المستند إلى القرآن

إجماع الفقهاء على أن بنت الابن بمثابة البنت عند عدم وجود الابن والبنت للمتوفى، وأن ابن الابن بمثابة الابن عند عدم وجود الابن والبنت استناداً إلى قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ لَلْأُنثَىٰ﴾^(٢). وجه الاستدلال: أن لفظ (ولد) يشمل ولد الابن مجازاً أو المراد به الفرع الذي يشمل الولد وولد الولد وإن نزل بالاشترک المعنوي، وقد أجمع الفقهاء على الأخذ بهذا المعنى المجازي أو المشترك فأصبح بذلك دلالة النص عليه قطعياً.

ب- ومن الإجماع المستند إلى السنة

الإجماع على عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوراث والمورث في الدين استناداً إلى قول الرسول ﷺ ﴿لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ الْمَلْتِنِ﴾^(٣)، وقد تم الإجماع عليه، وبذلك أصبح الحديث دليلاً قطعياً يجب العمل به رغم كونه حديث آحاد وظني الثبوت.

(١) قال القرافي المالكي (شرح تنقيح الفصول)، ص ٢٣٩ (ويجوز عند مالك رحمه الله إنعقاده عن القياس). وقال المحلي الشافعي، شرح جمع الجوامع ١٢٥/٢ (والإجماع قد يكون عن قياس لأن الإجتهد المأخوذ في تعريفه لا بد له من مستند والقياس من جملته). وقال صدر الشريعة الحنفي، التوضيح ٣٤٧/٢ (يجوز أن يكون سند الإجماع خير الواحد والقياس عندنا، وعند البعض لا بد من قطعي)، والجمهور على أنه (لا يجوز الإجماع إلا عن سند من دليل أو أمارة، لأن عدم السند يستلزم الخطأ)، وقال الحلبي الشيعي، مبادئ الوصول، ص ١٥٩ (لا يجوز الإجماع إلا عن دليل وإلا أزم الخطأ على كل الأمة).

(٢) سورة النساء ١١.

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

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

ج- ومن الإجماع المستند الى القياس

إجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة قياساً على تارك الصلاة بجامع ان كلاً منهما من ارکان الاسلام، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في حروب الردة (والله لا أفرق بين ما جمع الله ^(١)، قال تعالى ﴿واقموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ ^(٢)، فكان سند أبي بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة، وقد تم إجماع فقهاء الصحابة على ذلك.

وكذلك إجماع فقهاء الصحابة على خلافة أبي بكر رضي الله عنه كان سنده القياس على تقديم النبي صلى الله عليه وآله آياه في الصلاة في مرض وفاته، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وآله قدمه في الصلاة التي هي عماد الدين فأرضوه لديناكم ما رضيه رسول الله لدينكم) ^(٣)، وقال الصحابة (رضيه رسول الله صلى الله عليه وآله لأمر ديننا أفلا نرضاه لأمر ديننا؟) ^(٤).

وقد أجمع فقهاء المذاهب الاسلامية على حرمة شحم الخنزير قياساً على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ ^(٥).

د- ومن الإجماع المستند الى المصلحة

إجماع الصحابة السكوتي على قتل الجماعة بواحد، قال سبحانه وتعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس﴾ ^(٦).

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

(٢) سورة البقرة ٤٣.

(٣) التبصرة في أصول الفقه للشيرازي (الامام ابي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي)، (ت، ٤٧٦)، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، ص ٣٧٣، حديث ابي بكر هذا رواه البخاري في الزكاة ومسلم في كتاب الايمان، وأبو داود ٢٥٥٦، والترمذي ٢٦٠٧.

(٤) تسهيل الوصول الى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلوي ١٧٥.

(٥) سورة المائدة ٣.

(٦) سورة المائدة ٤٥.

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

أنواع الإجماع

قسم علماء الاصول الإجماع باعتبار طريقة التعبير عن الارادة في الموافقة^١ على الحكم المجمع عليه الى الإجماع الصريح والإجماع السكوتي.

١. الإجماع الصريح

هو ان يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً إما بالكلام أو بالفعل الصريح. وتطبيقات هذا النوع من الإجماع قليلة جداً في جميع العصور الاسلامية منذ عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك انكر بعض الاصوليين انعقاد الإجماع في جميع العصور^(١).

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

حكمه: اذا ثبت الإجماع الصريح يجب العمل بمقتضاه وتعتبر مخالفته كفرأ عند علماء الأصول لانه بمثابة نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة^(٢).

(١) قال الشوكاني (ارشاد الفحول)، ص ١٧٢ (قال قوم منهم النظام وبعض الشيعة باحالة (باستحالة) إمكان الإجماع لان اتفاقهم على الحكم الواحد الذي لا يكون معلوماً بالضرورة (بالبداهة) محال، كما ان اتفاقهم في ساعة واحدة على مأكول واحد وتكلمهم بكلمة واحدة محال).

(٢) قال الشاشي في أصوله، ص ٨٦ (إجماع هذه الامة بعد ما توفي رسول الله ﷺ في فروع الدين - الاحكام الشرعية العملية - حجة موجبة للعمل بها شرعاً كرامة لهذه الامة، والإجماع على اربعة اقسام: إجماع الصحابة على حكم الحائنة نصاً إجماعاً صريحاً، ثم إجماعهم بنص البعض وسكوت الباقيين عن الرد، ثم إجماع من بعدهم فيما لم يوجد فيه قول السلف، ثم الإجماع على احد أقوال السلف، أما الأول فهو بمنزلة آية من الكتاب. ثم إجماع من بعدهم

٢- الإجماع السكوتي

وهو أن يقول بعض المجتهدين حكماً ويسكت الباقون عنه بعد العلم به وبعد مضي فترة كافية للتأمل والتفكير شريطة أن لا يكون هناك دليل يسدل على أن السكوت معارضة.

حكمه: اختلف العلماء في حكم الإجماع السكوتي^(١)، والرأي الصحيح السذي يجب العمل به هو أنه حجة وإن لم يعتبر إجماعاً، لأنه إذا كان رأي مجتهد واحد من أئمة المذاهب الإسلامية حجة على من يقلده وإن حكم القاضي بسأري فسي مسألة خلافية يكون ملزماً للمحكوم عليه بتنفيذ المحكوم به فأمر رأي أكثرية المجتهدين واتفاهم على حكم واحد يجب أن يعتبر حجة من باب أولى.

أدلة حجية الإجماع

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

بمنزلة السنة المشهورة، ثم إجماع المتأخرين على أقوال السلف بمنزلة الصحيح من خبير الواحد)، في التلويح، المرجع السابق ٣/٢٤٨ (نقل الإجماع ألبنا قد يكون بالتواتر فيفيد القطع وقد يكون بالمشهورة فيقرب منه، وقد يكون بخبر واحد فيفيد الظن ويوجب العمل لوجوب اتساع الظن).

(١) في حجية الإجماع السكوتي أقوال متعددة منها:-

- أ- ليس بإجماع ولا حجة لأنه لا ينسب الي ساكت قول وهو رأي الظاهرية وأحد أقوال الشافعي.
- ب- أنه إجماع وحجة لأن سكوتهم ظاهر في الموافقة ولأنه لا يجوز السكوت على الحق.
- ج- حجة وليس بإجماع، أما كونه حجة فلائنه يفيد الظن، والظن حجة لقول الرسول ﷺ (امسرت أن أقضي بالظاهر) وأما عدم كونه إجماعاً فلأن السكوت يحتمل المعارضة.
- د- إجماع بشرط انقراض العصر، لأنه بعيد مع ذلك أن لا يكون السكوت عن رضا.
- هـ- إجماع إن كان قهياً لا حكماً، لأن الحاكم لا يعترض عليه في حكمه فلا يكون السكوت دليل الرضا.
- و- إجماع إن وقع في شيء يفوت استدراكه كإقامة دم أو استباحة عرض لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه.
- ز- إجماع إن كان الساكتون أقل.

ح- إجماع إذا كان مما يدوم ويتكرر وقوعه.

ط- إجماع إن قامت قرينة على إن السكوت رضا.

لمزيد من التفصيل راجع الشوكاني، ارشاد الفحول، ص ٨٤-٨٥، شرح تنقيح الفصول، ص ٣٣٠ وما بعدها، شرح جمع الجوامع ٢/١٢٧ وما بعدها، التنصرة للشيرازي، ص ٣٩١ وما بعدها، مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي، ص ٣٩١.

١- القرآن

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

٢- السنة النبوية

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

٣- المعقول

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

(١) سورة النساء ١١٥

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤/٢.

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

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

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

(٥) ومنها (ما رأه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن وما رأه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله

قبيح)، أخرجه الامام أحمد في مسنده ١/٣٧٩ بلفظ ما رأه المسلمون، ومنها (عليكم بالجماعة

فإن الذئب يأكل القاصية من الغنم)، رواه البخاري في كتاب الفتن، الباب الثاني، ورواه النسائي

٢/٨٣، ومن هذه الروايات (إن الله أجركم من ثلاث خلال، إن لا يدعوا عليكم ببيكم فتهلكوا،

وأن لا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وإن لا تجتمعوا على ضلالة، إن أمتي لا تجتمع

على ضلالة، فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الاعظم)، لمزيد من التفصيل يرجع المعبر

للزركشي، تحقيق الشيخ حمدي السلفي، ص ٥٧، وما بعدها.

إمكان انعقاد الإجماع في هذا العصر

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

أما الجانب السلبي

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

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

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

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

ب- تفاوت ملكاتهم الذهنية في التعمق والتفكير وفهم واقع الحياة وإدراك روح الشريعة الإسلامية التي من نصوصها ﴿ مَا يَرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ ﴾^(١)، و﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(٢).

ج- عدم تمييز بعضهم بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي وتمسكهم بالنصوص الفقهية بنفس درجة تمسكهم بالنصوص القرآنية، ولا أريد أن أتهم شخصاً معيناً أو أشخاصاً معينين بهذه الصفات، ولكن الواقع العملي لدى الكثيرين منهم يشهد بهذه الحقائق.

د- عدم محاولة البعض ممن يعرفون بأنصار النزعة السلفية الاستفادة من آراء الفقهاء العظام وأئمة المذاهب الفقهية للأستعانة بتلك الثروة العظيمة التي تركوها لنا على إضافات جديدة إليها وعلى مواجهة المستجدات بتقديم

(١) سورة المائدة ٦.

(٢) سورة البقرة ١٨٥.

الحلول لها في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية متمسكين بالمسالك الشرعية التي سلكها هؤلاء الفقهاء في استنباط الأحكام من أدلتها.

أما الجانب الإجمالي

فهو بصيغ الأمل فيمن أشار إليهم الرسول ﷺ بقوله (لا تزال طائفة^(١)) من امتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله^(٢))، ففي أكثر الأقطار الإسلامية يوجد بعض العلماء الأفاضل تتوافر فيهم أهلية الترجيح للمسامح بأصول الشريعة وفروعها بإمكانهم استغلال موسم الحج للتجمع في مكة المكرمة أو المدينة المنورة لدراسة الوقائع والمستجدات التي لم يسبق لها المثل في العصور السابقة ولم يعالجها فقهاء الشريعة ببيان أحكامها للاتفاق على أحكامها الشرعية في ضوء القواعد العامة والأسس الراسخة للدستور الإلهي (القرآن الكريم) مستعنيين بأصول الاستنباط للسلف الصالح من الأئمة المجتهدين، ثم إرسال ما يتم الاتفاق عليه إلى من لم يتيسر له الحضور في الأقطار الإسلامية التي أصبحت اليوم بمثابة مدينة واحدة بفضل الوسائل البرية والجوية والبحرية والسلكية واللاسلكية لدراسة الموضوع وبيان الرأي، فإذا تمت موافقة الكل فعندئذ يعتبر هذا الاتفاق إجماعاً صريحاً ودليلاً قطعياً ملزماً يجب العمل بمقتضاه^(٣) في العالم الإسلامي، ويجب إدراجه ضمن التشريعات والقوانين الوضعية^(٤) ليكتسب صفة الالتزام الرسمي إضافة إلى الالتزام الشرعي.

أما إذا كان الحكم المتفق عليه في مسألة خلافية لدى فقهاء المسلمين فإن هذا الاتفاق يحسم الخلاف ويوجب العمل بالرأي الذي تم الاتفاق عليه بدليل أن فقهاء الشريعة يرون أن حكم القاضي برأي من الآراء الفقهية في مسألة خلافية اجتهادية يرفع الخلاف ويلزم العمل بما يحكم به، ومن الواضح أن اتفاق من هو

(١) قال البخاري (وهم أهل العلم). أخرجه مسلم، كتاب الامارة، باب لا تزال طائفة من أمتي إلى الحق. صحيح مسلم بشرح النووي ٧٠/١٣.

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

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

(٤) القوانين الوضعية: أي ما تمّ تقييده -فصار ملزماً رسمياً نحاسب عليه الدولة- سواء كان مصدره الشرع (الإلهي) أم لا.

أهل للترجيح يعتبر أقوى من حكم القاضي كما أن اكتسابه صفة التشريع والقانون يجعله في مركز أقوى من مركز حكم القاضي.

الغاء الإجماع بالإجماع

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

أما الشق الأول (لا يُنسخ بالغير)

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

وأما الشق الثاني وهو (أن لا ينسخ به غيره)

فلان الإجماع الناسخ إذا كان سنده نصاً فالنص هو الناسخ والا فالمنسوخ أن كان دليلاً قطعياً يكون الإجماع الناشئ بعده باطلاً لمخالفته لهذا الدليل القاطع، وإن كان ظنياً فلا يبقى دليلاً بعد الإجماع على خلافه فلا يثبت به حكم حتى ينسخ (١).

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

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

(١) مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد الدين الأبيحي ١٩٨/٢-١٩٩ التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سعود السواسي الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي، (ت ٨٦١هـ)، ص ٣٩، في هداية العقول ٤٤١/٢ (الجمهور على أن الإجماع لا ينسخ لأن ناسخه أما قاطع فيكون الإجماع خطأ لاتعاقده على خلاف الدليل القطعي وأن كان إجماعاً قاطعاً لا ينسخ إجماع آخر على خلافه والا لزم أن يكون أحدهما باطلاً، وإن كان ظنياً فلا يقابل القطعي).

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

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

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

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

أ- لا يتعارض مع الشريعة: لأنها أتت لتحقيق مصلحة الانسان في الدنيا والآخرة وهذه المصلحة قد لا تكون ثابتة نتيجة سنة الحياة، فما هو المانع من ان يعتقد إجماع على رعاية مصلحة عامة في زمان معين، ثم يتغير الزمان وتتحل محلها مصلحة أخرى تعارضها فيعتقد إجماع لاحق يحل محل الإجماع السابق، أخذاً بالقاعدة العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)^(١).

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

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

المبحث الثاني العرف

تعريفه، عناصره، أنواعه، حججته، شروطه، أهميته
تعريفه

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

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

العرف والعادة:

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

عناصره

يؤخذ من تعريفه أنه يتكون من عنصرين (مادي ومعنوي)
العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر استعماله.

- (١) كعادة فعلية اقتصادية مثل بيع المعاطاة، أو إجتماعية كزيارة المريض وتبادل الهدايا بالمناسبات، أو سياسية كالمقابلة بالمثل في القضايا الدبلوماسية.
- (١) كلفظ تكرر استعماله في معنى جديد غير ما وضع له لغة حتى أصبح حقيقة عرفية فيه، مثل لفظ (ولد) في الذكر بعد ان كان موضوعاً في اللغة لكل من الذكر والانثى.
- (٣) وما حصل بطريق الندرة فلم يستقر في النفوس لا يسمى عرفاً في الاصطلاح.
- (٤) ولا يعتبر عرفاً ما استقر في النفوس عن طريق الأهواء والشهوات كاعتقاد أعمال الفجور.
- (٥) هذا تعريف استنتجته من تعاريف متعددة وجدت كل واحد منها لا يخلو من نقص أو عيب.
- (٦) من يرى ان العادة اعم قال إنها تشمل كل مكرر من الأقوال والأفعال سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة؟، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعياً أم كان مصدره العقل أم كان للمصدر الأهواء والشهوات.
- (٧) على أساس أن العرف يشمل الفعل والقول والعادة تقتصر على الأول.
- (٨) على أساس أن مفهومهما واحد، فكل يصدق على كل ما يصدق عليه الآخر.

العنصر المعنوي (النفسي): هو صفة التقبل والاحترام والإلتزام الأدبي.

أنواعه

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارها مختلفة ومنها:

أ- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي:

١- العرف القولي هو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد، وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (ولد) وضع لغة للذكر والأنثى ثم استعمل للذكر فقط وكلفظ (لحم) فإنه في اللغة يشمل لحم كل حيوان ولكن في العرف يستعمل لما عدا لحم السمك، ويسمى هذا (عرفاً استعمالياً).

وقد يكون العرف القولي: شرعياً، وقد يكون قانونياً، وقد يكون عرفاً آخر من الأعراف الخاصة.

فالعرف الشرعي^(١): هو لفظ وضع لغة لمعنى عام، ثم نقل إلى معنى شرعي جديد خاص، كلفظ (صلاة) معناه اللغوي الدعاء، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن العبادة المعروفة التي يجب أداؤها يومياً في خمسة أوقات محددة، وكلفظ (صيام) معناه اللغوي مطلق الإمساك وفي عرف الشرع الإمساك الخاص عن الأكل والشرب والمعايشة الجنسية من الفجر إلى المغرب.

والعرف القانوني: هو لفظ نقل من معناه اللغوي إلى معنى قانوني خاص كلفظ (جناية) في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها، وفي العرف القانوني -كما في قانون العراق- جريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤقت أو بالسجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة^(٢).

وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص، وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإجارة وشروط عاقد وضمن ومثمن وغير ذلك، لأن المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط وغيرها إنما يريد بهسا

(١) في الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٣ (والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية)، والمعنى اللغوي للصلاة: الدعاء، وللزكاة: النمو، وللحج: القصد.

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

معانيها التي وضعت لها عرفاً سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً فيرجع إليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود.

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

ب- وباعتبار الشمول أما عام وإما خاص:

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

٢- العرف الخاص (أو العرف الإقليمي أو المحلي): وهو الذي يختص بإقليم معين، أو منطقة معينة، ومن الأعراف الخاصة المحلية الأعياد الوطنية^(٤)، ومثل الزي الخاص ببلد واحد أو منطقة معينة من بلد واحد، وكتقديم بعض

(١) م ١/٢٣ مدني عراقي؛ اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الاموال المنقولة والعقارات، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه.

(٢) قانون اعادة المجرمين العراقي وتعديلاته.

(٣) م ١١ ق.ع. ع. (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانة مقرررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي، أو القانون الداخلي).

(٤) أما الاعياد الدينية فهي الاعراف الشرعية العامة.

المهر وتأجيل بعضه في العراق إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الوفاة)^(١)، ولكل بلد أعراف وعادات فعلية خاصة في الملابس والمسكن والمشرب والمأكل والزيارات. كما توجد أعراف مشتركة بين الشعوب والأقاليم والدول.

ج- وباعتبار المشروعية إما صحيح أو فاسد:

١- العرف الصحيح: هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولا يجعل حلالاً حراماً ولا حراماً حلالاً في ميزان الشريعة الإسلامية بالنسبة لأعراف المسلمين.

٢- العرف الفاسد: هو العرف الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة بأن يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتعاطي المسكرات والمخدرات، ولعب القمار، والبناء على المقابر، وإحياء ليلة الأربعين للوفاة والسكوى السنوية للوفاة وتهينة الطعام في اليوم الثالث للوفاة لمن يحضر مجلس الفاتحة.

د- وباعتبار وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة^(٢):

١- الأعراف الثابتة: هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان مادامت الحياة باقية كالأكل والشرب والنوم واليقظة والفرح والحزن، وميل الطبع إلى الحسن ونفرته عن القبيح. هذا عند من يدخل هذه الأمور في العادات وإلا فالغرائز في اعتقادي ليست منها فالأحكام المتأثرة بهذه العادات لا تختلف لأن منشأها الغرائز الطبيعية.

٢- الأعراف المتغيرة باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والظروف: فالأحكام المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغير بتغيرها وهذا النوع هو المراد بالقاعدة العامة المعروفة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(٣) والمسراد بالتغيير التبدل، لأن الله تعالى حكماً لكل ظرف، فإذا تغير الظرف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد.

(١) م ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) انظر الموافقات في اصول الشريعة ٢/٢٩٧، لابي اسحاق الشاطبي (ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، ت ٧٩٠ هـ).

(٣) مجلة الاحكام العدلية، م ٣٩.

حجية العرف

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول :

١- القرآن الكريم:

أمر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات والاحكام الجزئية في آيات متعددة ومنها قوله تعالى ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾^(١) وقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٢). وقوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسناً﴾^(٣). وقوله تعالى ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾^(٤). وقوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فامسكوا بمعروف أو تسريحاً باحسان﴾^(٥)، وقوله تعالى ﴿فلا تعضلوهن إن ينسكن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾^(٦) وقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها﴾^(٧)، وقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾^(٨). وغير ذلك من عشرات الآيات التي تشير إلى وجوب رعاية العرف (والمعروف) وهو الفعل أو القول الجميل الذي استقر عليه الناس وارتضته النفوس وتقبلته العقول السليمة.

٢- السنة النبوية:

روي عن الرسول ﷺ (ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه

(١) سورة الاعراف ١٩٩.

(٢) سورة البقرة ٢٢٨.

(٣) سورة البقرة ١٧٨.

(٤) سورة البقرة ٢٢٨.

(٥) سورة البقرة ٢٢٩.

(٦) سورة البقرة ٢٣٢.

(٧) سورة البقرة ٢٣٣.

(٨) سورة البقرة ٢٣٦.

المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح) (١).

٣- الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة من صدر الاسلام الى يومنا هذا على حجبية العرف وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية وقرار الاسلام لكثير من اعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الاسلام بعد ان نظمها ونقحها من الشوائب كالأعراف في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك، وهذه الأعراف منها ما كانت محلية، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة كشرعية سيدنا ابراهيم واسماعيل وموسى وعيسى (على نبينا وعليهم الصلاة والسلام)، ومنها ما كانت مأخوذة من الامم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري، فأقر الاسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة كعقد البيع والرهن والاجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات، وكالكفائة في الزواج، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات (٢)، واستبعد الاسلام الاعراف العربية التي كانت تحقق مصلحة فرد أو فئة على حساب الآخرين، فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتباره ملكاً له دونها اذا زوجها فسالني القرآن هذا العرف بقوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَسْنَ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (٣) وكان العرف قبل الاسلام لا يعطي الميراث الا لمن يحارب من الرجال ويحرم النساء والاطفال منه، فالغاه القرآن بقوله تعالى ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾ (٤)، وبآيات الميراث الأخر، وكان نظام التبني عرفاً سائداً فالغاه القرآن بقوله تعالى ﴿وما جعل ادعياءكم ابنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم﴾ (٥) لكن التبني بمعنى ان يتولى شخص تربية يتيم أو فقير أو اي طفل آخر كما في حالة عقم احد الزوجين، امر محبذ

(١) سبق تخريجه.

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

(٣) سورة النساء ٤، النحلة العطية.

(٤) سورة النساء ٧.

(٥) سورة الاحزاب ٤.

والمربي ماجور عليه عند الله الى ان يبلغ، فعندئذ يجب ان يستقل عن هذه الاسرة لحرمة الاختلاط ما لم يحصل التزاوج بين هذا المتبني وبين اولاد المربي، ولا يثبت التوارث ما لم يعترف بنسبه وهو مجهول النسب، كذلك استبعد الاسلام المعاملات المالية التي فيها الضرر وتحقیق المصلحة لاحد المتعاقدين على حساب الآخر او التي فيها الضرر للمجتمع. فنهى الرسول ﷺ عن عادة تلقي الركبان^(١)، وعن بيع الحاضر لباد^(٢)، وعن النجش^(٣) وغير ذلك من كثير من العقود المضرة بطرف من اطرافها او بالمجتمع.

٤- المعقول:

العرف غالباً مبني على اساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الانسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك، والاحكام التي انزلها الله لعباده صالحة لكل زمان ومكان، فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة، فلو لم تتأثر الاحكام المبنية على الاعراف والعادات فسي استنباطها ببيئة الناس ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره لادى ذلك الى الضيق والحرج المرفوضين من قبل الشريعة الإسلامية بنصوص من الآيات القرآنية منها قوله تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم﴾^(٤) وقوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٥)، ولا يعني هذا ان الاعراف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة فتحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي يعطيه، وإنما يعني ان من النصوص ما هو

(١) هو استقبال من يأتي بسلعة لمحصوله الحيواني او الزراعي لبيعه بسعر السوق في البلد، وشراءه قبل ان يدخل السوق او يعرف السعر الحديث، اخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب ٤١٨/١٠.

(٢) هو ان يصير من في البلد سمساراً لمن اتى بمحصوله من الارياف و القرى او ينوب عنه في البيع بصورة تدريجية وبسعر اقل. الحديث اخرجه مسلم، كتاب البيوع باب تحريم حياظر لباد ٤٢٠/١٠.

(٣) النجش (بفتح النون وسكون الجيم) الزيادة في ثمن السلعة لا يشتريها بل ليغر بذلك غيره. الحديث اخرجه الترمذي كتاب البيوع.

(٤) سورة المائدة ١٠.

(٥) سورة البقرة ١٨٥.

قواعد عامة يمكن تطبيقها بحسب ظروف الناس واحوالهم ومنها ما هو معلل بمصالح خاصة تدور معها وجوداً وعدمياً^(١)

شروط العمل بالعرف

يشترط للحكم بمقتضى العرف ان تتوافر فيه الشروط التالية:

١- ان يكون صحيحاً أي لا يخالف دليلاً من الادلة الشرعية ولا قاعسدة من قواعدها الاساسية فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي بنساء الاحكام على العرف الفاسد لان المبني على الفاسد فاسد.

لكن ما الحكم اذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة او تصرفاً مسن التصرفات الفاسدة بدافع من دوافع ضروريات الحياة كانتفاع البائع بداره بدون مقابل بعد البيع بان يشترط على المشتري حين البيع ان يبقى فيها مدة سنة او اقل او اكثر بدون اجرة وبدون ان يكون ذلك مقابل جزء من الثمن فيضطر المشتري الى قبول هذا الشرط الفاسد المفسد، وكالتعامل بالعربون^(٢) تحت ضغط

(١) قال الشاطبي، الموافقات ٢/٢٨٦ وما بعدها (والعوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً سواء كانت شرعية في اصلها او غير شرعية وسواء اكانت مقررة بالدليل شرعاً امراً او نهياً او ادناً ام لا. اما المقررة بالدليل فامرها ظاهر واما غيرها فلا يستقيم اقامة التكليف الا بذلك)، ثم يقول الشاطبي (لما قطعنا بان الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بانسه لا بد من اعتباره العوائد لانه اذا كان التشريع على وزن واحد دل على جريان المصالح على ذلك، لان اصل التشريع سبب المصالح والتشريع دائم. فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات فسي التشريع)، ثم يمضي قائلاً (ان العوائد لو لم تعتبر لادى الى تكليف ما لا يطلق وهو غير جائز او غير واقع، وذلك ان الخطاب اما ان يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما اشبه ذلك من العادات المعتمدة في توجيه التكليف او لا، فان اعتبر فهو ما اردنا وان لم يعتبر فمعنى ذلك ان التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر وعلى من له مانع ومن لا مانع له وذلك عين تكليف ما لا يطلق).

(٢) على وزن عصفور او حلزون، وفيه تعابير اخرى منها اربون، وعربان واربان على وزن قربان، وهو في الاصطلاح قيام المشتري او المستأجر بدفع جزء من البذل المتفق عليه على انه جزء من الثمن او الاجرة اذا تم العقد والا فيعتبر جزءا نكول الدافع فلا يحق له استرداده. واختلف في حكمه فقهاء الشريعة: فقال بمنعه جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، المغني ٤/٢٥٧، وقلوبي وعميرة ٢/١٨٦، ونيل الاوطار ٥/١٥٣، لانه اكل بالباطل، وقد قال تعالى ﴿ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾، سورة البقرة ١٨٨، والمشهور من مذهب الامام احمد جوازه استناداً الى بعض الآثار، منها ما روي عن نافع بن الحارث انه اشترى من صفوان بن امية داراً لعمر بن الخطاب ؓ باربعة آلاف دينار واشترط عليه نافع ان رضي عمر فالبيع له وان لم يرض فلصفوان اربعمائة درهم، وهذا السند في اعتقادنا لا اساس له، فعمر بن الخطاب

العرف السائد، وكان تفاع الدائن المرتهن بالعين المرهونة، وكبيع الوفاء^(١)، وكاضطرار اهل الميت الى تقديم الطعام للناس تحت ضغط العادات الفاسدة، ومثل ما يسمى (سرقلية) الى غير ذلك من آلاف الاعراف والعادات الفاسدة. الجواب على هذه الاسئلة: هو ان من واجب الدولة مكافحة الاعراف الفاسدة وما يبنى عليها من المعاملات والتصرفات الفاسدة، واذا لم تقم الدولة بذلك وبقي الفرد مضطراً تحت ضغط العرف الفاسد الى الاقدام على التعامل فهل يسأل ديانة اذا لم يسأل قضاء؟

اجاب القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفورٌ رحيمٌ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفورٌ رحيمٌ﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفورٌ رحيمٌ﴾^(٤).

وفي ضوء هذه الآيات الكريمة واستناداً الى السماح الواسع للشريعة الاسلامية ارى من الصواب ما ذهب اليه المرحوم شيخ الازهر سابقاً الشيخ محمد الخضري من انه (ليس للفقهاء ان يفتي او يقضي بما جرى به العرف المخالف لاصل من اصول الشريعة الا ان تدعوا الى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل من قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه على حساب الاجتهاد، فشان الفقيه ان ينظر في المعاملات المخالفة لاصل من اصول الشريعة، فان كانت ناشئة عن ضرورة كان له ان يستثنىها من اصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الاصل، فان كانت ناشئة عن

﴿لم يكن من هواة هذه المعاملات، وان الافقه هو عدم جواز التعامل بالعربون لانه كسب بدون سبب في حالة عدم استرداده، فاذا كان هناك ضرر فجزاؤه التعويض العادل. (١) بيع الوفاء هو ان يبيع شخص عيناً لشخص آخر بضمن معين او بالدين الذي عليه له، بشرط انه متى رد البائع الثمن على المشتري او لدى دينه يرد المبيع (م١١٨) المجلة، تجري في هذا البيع بعض احكام البيع الصحيح وهو ان المشتري قد يملك زوائد المبيع ومنافعه، وبعض احكام البيع الفاسد وهو ان لكل واحد من العاقدين فسخ البيع، وتجري فيه احكام الرهن بعد القبض.

(٢) سورة البقرة ١٧٣.

(٣) سورة النحل ١١٥.

(٤) سورة الانعام ١٤٥.

جهالة او هوى غالب فما له الا ان يفتي بفسادها ويعلم الناس وجهه المعاملة الصحيحة، ولا يصح ان يجعل ما يجري به العرف الفاسد امرأ مشروعاً، وان يفتي بصحته دون ان تدعو اليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها^(١).

٢- وان يكون العرف مطرداً، فان كان مضطرباً بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات اخرى لا يصلح ان يكون مصدراً للحكم، والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق^(٢).

٣- وان يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها لانه كالقاعدة القانونية ليس له الاثر الرجعي فيجب ان يكون حدونه سابقاً على وقت التصرف (او الواقعة) ثم يستمر الي زمانه فيقارنه سواء اكان التصرف قولاً ام فعلاً، فاذا كان طارئاً على التصرف او حادثاً بعده او كان سابقاً على التصرف وتغير قبله فلا يعمل به.

٤- وان يكون عاماً في الاحكام العامة والمعتبر لبناء الاحكام الشرعية هسو العرف العام لان العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، والخاص يبنى عليه الحكم الخاص باهله كالاتفاق المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر فتجري في كل بلدة على عادة اهله^(٣).

٥- وان لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف، والا فيقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف، فاذا اتفق الزوجان في العراق على ان يكون كل المهر مقدماً فليس للزوج بعد ذلك ان يطلب من القاضي الحكم بتأجيل بعضه بناءً على العرف السائد. وكذلك اذا اتفقا على ان يكون كل المهر مؤجلاً ليس للزوجة الامتناع عن الانتقال الى بيت الزوجية بحجة انها لم تستلم مهرها

(١) وقد نشر هذا في مجله الازهر تحت عنوان (يراعى العرف في القضاء والفتوى) ونقله الاستاذ المرجوم عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه، ص ١٢٥.

(٢) قال السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن) في الاشياء والنظائر، ص ١٠١ (انما تعتبر العادة اذا اطردت فاذا اضطربت فلا).

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء، للدكتور احمد فهمي (ابو سنة)، ص ٦١ وما بعدها، في المجلة م ٤١ (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت).

المقدم، وإذا كان العرف في السوق تقييد الثمن وانفق العاقدان صراحة على الحلول أو كان العرف يقضي بأن مصاريف التصدير على المشتري وانفق أن تكون على البائع يعمل بالاتفاق دون العرف.

أهمية العرف

قلت أهمية العرف بالنسبة للقوانين الوضعية الداخلية بعد أن تحولت أكثر للقواعد العرفية إلى قواعد قانونية بتشريعيها، وعلى الرغم من ذلك فإن العرف لا يزال يعتبر مصدراً احتياطياً على القاضي أن يلجأ إليه كلما لم يجد نصاً يحكم الواقعة المرفوعة إليه^(١). ولا تزال الاعراف الدولية تحتل مكانة سامية في القانون الدولي العام فهي من أهم المصادر التي يستقى منها أحكامه. أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي فإن العرف يبقى محتفظاً بأهميته وتتجلى هذه الأهمية في كثير من المجالات ومنها:

١- يستعين الفقيه والقاضي والمفتي في تفسير النصوص بالاعراف السائدة عند نزول هذه النصوص^(٢)، وعلى سبيل المثال: قال سبحانه وتعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾^(٣) فهذا التقيد «أضعافاً مضاعفة» ليس له مفهوم المخالفة، وبالتالي لا يدل على أن هذا النوع من الربا هو المحرم وما عداه ليس بمحرم لأن الآية جاءت لتعبر عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عاداتهم في التعامل بالربا حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول أجل

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٦ على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فيمقتضى قواعد العدالة)، وأخذت بهذا النهج القوانين المدنية في البلاد العربية، لكن منها ما قدمت الشريعة على العرف.

(٢) قال السرخسي (أبو بكر محمد بن أحمد) في المبسوط ٦٢/١٦ من كتاب آداب القضاء (واقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجه معانيها، وإن يكون مصيباً في القياس عالماً بعرف الناس). وقال الشاطبي، المرجع السابق ٣/٣٥١ (لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيسان من رسوله لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة). (٣) سورة آل عمران ١٢٠.

دينه زمني في المال ازيدك في الاجل فيضطر المدين ان يفعل ذلك^(١).

٢- على القاضي ان يراعي العرف في القضايا التالية^(٢):

- أ- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكذبها في العرف والعادة كمضي مدة التقادم، فقال فقهاء المسلمين (فاذا ترك المدعي المطالبة بحقه مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به، على القاضي ان يرد هذه الدعوى)، وقدروها في ضوء اعراف زمنهم بسـ (٣٣ سنة) في دعاوى اموال الميراث (المطالبة بالحق في الشركة) واموال الوقف، وقدروها في غير الارث والوقف بسـ (٥ سنة)، ويرى المالكية ان دعوى المطالبة بالعقار تسقط (أي لا تسمع) بمضي (١٠ سنوات) استناداً الى ما روي من ان الرسول ﷺ قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)^(٣).
- ب- ان يحاكم في ضوء المعاني العرفية للافاظ الواردة في صيغ العقود والدعاوى^(٤).

(١) في تفسير الفخر الرازي ٥/٢ (كان الرجل في الجاهلية اذا كان له على انسان مائة درهم الى اجل فاذا جاء الاجل ولم يكن المديون واجداً لذلك المال قال: زمني في المال حتى ازيد في الاجل، فربما جعله مائتين، ثم اذا احل الاجل الثاني فعلى مثل ذلك ثم الى اجال كثيرة فيأخذ بسبب تلك المائة اضعاها، فهذا هو المراد من قوله (اضعافاً مضاعفة).

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

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

أ- ما روي عن الرسول ﷺ من انه قال (لا يبطل حق امرء مسلم وان قدم)، شرح الحطاب ٢٢٤/٦.

ب- وثانيهما ما روي عنه ﷺ من انه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)، وفي رواية ثانية (من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو احق به)، وفي رواية ثالثة (من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو احق به منه)، وفي المدونة ٤٢/١٣-٤٣ (عن زبيدة انه اذا كان الرجل حاضراً وماله في يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك كان المال الذي هو في يده له لحيازته اياه عشر سنين، الا ان يأتي الآخر بالبينة على انه اكروى او سكن او اعار عارية او صنع شيئاً من هذا والا فلا شيء له). لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع كتاب (الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي)، للدكتور محمد عبد الجواد محمد، ص ٥٢ وما بعدها.

(٤) قال ابن فرحون، تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ٦٠/٣ وما بعدها (اذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة وادعت انه لم ينفق عليها، فذهب مالك واهم بن حنبل (رحمهما الله) الى انه لا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دعاواها انه لم يكسبها في ما مضى من الزمان

ج- عند التخاصم وعدم البينة على القاضي ان يرجح رأي من يؤيده العسرف بعد تحليفه لانه متمسك بالظاهر وبما هو الاصل، فاذا اختلف الزوجان في متاع البيت (الاتااث) يرجح قول من يتفق مع عرف بلده بعد تحليفه، لانه وان كان لكل واحد منهما يد على ااث البيت لكن يد من شهد له العسرف اقوى، وكذلك يقضي للزوج بما يختص به عرفاً كالسلاح والفرس، وللزوجة بما يختص بها عرفاً كالحلي^(١).

٣- يحكم العرف في الوقائع (العادة محكمة)^(٢) العرف معيار يرجع اليه القاضي في تطبيق الاحكام المطلقة كالنفقة^(٣)، الكفاءة^(٤)، الرؤية الموجبة للخيار^(٥)،

لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها. وهذا هو قول اهل المدينة وهو الحق الذي لا شك فيه. وكذلك اذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة او الثمن فالاصل بقضاء الثمن ببسد المتبايع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك الا ببينة او عرف كالسلف التي تجسري العسادة ان المشتري يدفع ثمنها منها مقدماً كاللحم والخضر ونحو ذلك فيحكم في ذلك بالعرف والعادة. ومن ذلك الحكم بمقتضيات الالفاظ في البيع كقول البائع - بعنك هذه الارض بكذا - ولم يسزد على هذا فان هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والاشجار وهذا يحكم العسرف، ولقسط الدار والشجر يشمل الثوابت كالابواب والرفوف، ومن ذلك اذا خلا بزوجه خلوة اهتداء وادعت انه دخل بها فالقول قولها بالعرف والعادة الي المرأة اذا خلا بها زوجها اول مرة لا يصبر عن وطأها فالخلوة شاهد لها بدعواها).

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

(٢) المجلة، م ٦٣، و م ١/١٦٤ مدني عراقي (العادة محكمة عامة كانت او خاصة).

(٣) يرجع القاضي في معرفة نوع النفقة ومقدارها الي عرف بلد الزوجين مع مراعاة حالتهم المالية والاجتماعية عند تطبيق القاعدة الشرعية الكلية الواردة في قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾، سورة الطلاق ٧، قال الرسول ﷺ لهند زوجة ابي سفيان حين اشتكك من شحته - البخل مع الحرص- ﴿خذني ما يكفيك ولذلك بالمعروف﴾، وكان ابو سفيان معروفاً بالبخل لذا صدقها الرسول ولم يطلب منها البينة وكذلك احوالها الي العرف في اخذ ما يكفيها وبكفي ولدها.

اخرجه مسلم في كتاب الاقضية، باب قضية هند. صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٨/١٢.

(٤) الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج عند جمهور الفقهاء، فالقاضي يرجع الي عرف البلد فيما يعتبر من باب الكفاءة وما لا يعتبر مستعينا باهل الخبرة، فاذا زوجت امرأة نفسها من غير كفء في عرف البلد بدون اذن وليها صح العقد عند بعض الفقهاء -كالحنفية- ولا ولياؤها حسق الاعتراض وطلب الفسخ دفعا لضرر العار عنهم. والصفات المعتبرة في الكفاءة باستثناء الدين يقررهما العرف.

(٥) من الرؤية في بحث خيار الرؤية وهو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الاصيلي من المبيع أي المقصود بها العلم بالحادث باحدى الحواس الخمس لا بالعين الباصرة فقط.

العيب الموجب للخيار^(١)، حجم ونوع التعازير^(٢)، وفي الضمان وعدمه عند هلاك الودائع^(٣)، وفي استنتاج الباعث الدافع^(٤)، وفي مالا ضبط له شرعاً كالحبيص والبلوغ وغير ذلك من الامور التي يمكن عن طريق تحكيم العرف الوصول الى الحكم العادل فيها).

٤- التعبير عن الارادة بالافعال يعند به الشرع والقانون بدليل العرف كالبيع والشراء بالمعاطاة فانها تدل على الرضا عرفاً وكفتح ابواب المحلات العامة تعبيراً عن الاذن بدخولها وكتقديم الطعام للضيف فانه اذن له عرفاً بتناوله له.

٥- تغيير الاحكام المتأثرة بالاعراف بتغيرها، وهذا هو المراد بالقاعدة المعروفة (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان)^(٥).

من تطبيقات هذه القاعدة في الشرع الاسلامي ما يلي:

أ- التسعير: النص قد يكون معللاً بالعرف او بعله مرجعها العرف ثم تتغير العلة بتغير العرف فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص.

قال اهل المدينة المنورة للرسول ﷺ (غلا السعر في المدينة فسعر لنا) قال ﷺ (ان الله هو المسعر^(٦) القابض^(٧) الباسط الرزاق، اني لارجو ان القى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)^(٨). فامتناعه عن التسعير

(١) يستعين القاضي بالعرف في معرفة حجم العيب ومدى تأثيره على نقص المال وقيمته.
(٢) التعازير عقوبات تقدرها السلطة التشريعية الزمنية وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وفق الاعراف السائدة في كل بلد. يقول القرافي، الفروق ١٨٤/٤ (قرب تعزير في عصر يكون اكراماً في عصر آخر، ورب تعزير في بلد يكون اكراماً في بلد آخر).
(٣) يرجع القاضي في ضمان الودائع والامانات لمعرفة حرز مثلها وتقدير العناية اللازمة لحفظها وبالتالي تقدير التفسير وعدمه الى العرف.

(٤) يستعين القاضي بالقرائن العرفية في استنتاج القصد الجنائي في الجنائيات، والباعث الدافع في المعاملات والاحوال الشخصية، فاذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها ثم طلقها بعد زمن غير طويل وطالبت بالمهر بحجة ان الباعث الدافع الى الهبة كان استدامة العلاقة الزوجية، على القاضي ان يحكم برد المهر بعد تحليفها، لان العرف يؤيدها.

(٥) المجلة، ٣٩، وقد ذكرنا ان التغيير يجب ان يحمل على التبدل لان حكم الله لا يتغير بل لسه احكام متعددة في قضية واحدة كل لطرف معين.

(٦) يعني يفعل ذلك لارادته.

(٧) المقتدر.

(٨) اخرجه ابو داود كتاب البيوع، باب التسعير ٢٧٠/٣. والترمذي في نفس الباب ٦٠٦/٣. ابن ماجه، كتاب التجارات ٧٤١/٢، الدارمي، كتاب البيوع، باب النهي عن التسعير ٢٤٩/٢.

واعتباره اياه ظلماً كانا مبنيين على اساس ان الغلاء كان ناتجاً عن قلة الانتاج وكثرة الطلب (قانون العرض والطلب)، فالعرض كان قليلاً لقلة الانتاج ولما تغيرت الاعراف وتبدلت النفوس فمالت الى الجشع والاستغلال والكسب على حساب المستهلك، افشى فقهاء التابعين^(١) بضرورة تسعير المواد رعاية لمصلحة المستهلكين ومكافحة للجشع والاستغلال.

ب- ضالة الابل: سأل الرسول ﷺ عن ضالة الابل فقال للسائل «ما لك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»^(٢)، وسأله عن شاة فقال ﷺ «خذها فانما هي لك او لاختك او للذئب»^(٣)، ومضى الامر على هذا النمط طوال عهد الرسالة وخلافة ابي بكر وعمر (رضي الله عنهما) فكانت الابل الضالة تترك على ما هي عليه لا يأخذها احد حتى يجدها صاحبها وذلك اتباعاً لامر الرسول ﷺ وكالابل كان حكم البقرة لقدرتها على حماية نفسها.

ولما تغيرت الظروف بعد ذلك وظهرت عادة طمع الناس في مال الغير وامتداد ايديهم اليه امر عثمان بن عفان ﷺ باخذها وتعريفها ثم بيعها وحفظ ثمنها، فاذا جاء صاحبها اعطي له الثمن. ثم تغيرت الحال في خلافة سيدنا علي بن ابي طالب ﷺ فامر ببناء مربد للضوال والانفاق عليها من بيت المال حتى يأتيها صاحبها ويقيم البينة على انه صاحبها فيأخذها^(٤).

ج- منع عمر بن الخطاب ﷺ المؤلفه قلوبهم من حصة موارد الزكاة لتخلف العلة بتغير الزمن وهي حاجة الاسلام الى استمالة قلوب هؤلاء وليس هذا من باب النسخ كما زعم البعض وانما هو توقف العمل بالنص لتخلف العلة.

د- التضمين في غصب منافع الاموال: لا خلاف بين فقهاء الشريعة فسي ان المعتدي على منافع الاعيان باستيفائها او تعطيلها اثم عند الله فيسأل ديانةً،

(١) سبل السلام ٢٥/٣.

(٢) اخرج البخاري، كتاب اللقطة، باب ضالة الابل، فتح الباري ١٠٠/٥ وما بعدها. مسلم كتاب اللقطة ٢٦٣/٢.

(٣) حديث متفق عليه، نيل الاوطار ٣٣٨/٥.

(٤) المنتقى ٦٨/٧.

لكن اختلفوا في مسألته قضاءً، قال الجمهور (بتضمين اجر المثل)، وقال المتقدمون من فقهاء الحنفية (بعدم التضمين)^(١). ثم لما تغيرت الاعراف وفسد الزمان ومالَت النفوس الى التجاوز على حقوق الغير اضطر المتأخرون من فقهاء الحنفية الحكم بالتضمين في منافع بعض الاموال^(٢) لحماية لحقوق الناس.

ومع تقديري لمكانة فقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم فان قولهم بعدم مالمية المنافع على اساس تجدها ناشئ عن خلطهم بين المنفعة والانتفاع، والثاني هو الذي يتجدد بتجدد الزمان اما منفعة الشيء فهي قدرته على اشباع الحاجة وهي طاقة كامنة فيه ولا تتجدد بتجدد الزمان وانما تستهلك بمرور الايام شأنها شأن أي مال اخر، وقيمة الشيء تقدر في ضوء هذه الطاقة الكامنة، وبناء على ذلك لامبرر لتأويلات جواز التعامل بالمنافع وتضمينها.

هـ- عدم حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان. قال المتقدمون من فقهاء الشريعة بجواز حكم القاضي بعلمه مع الاختلاف في التفصيل، فقال بعضهم كسأبي حنيفه (رحمه الله) (ماكان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله مبنيه على المساهله والمسامحه بخلاف حقوق الادميين). وقال بعضهم كالشافعي وأبي يوسف ومحمد (رحمهم الله) في احد قوليه (يحكم بعلمه في كل شيء). وفرق البعض بين علمه قبل تولي القضاء فلا يحكم به وبين علمه في ولايته فيحكم به لأن علمه في الحالة الاولى بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته القضائية، وما علمه في الحالة الثانية بمثابة ما سمعه من الشهود في ولايته^(٣). ولما تغيرت الظروف والاعراف وفسد الزمان قال

(١) وجه قولهم: ان الغصب انما يرد على المال، والمنافع ليست مالا لعدم امكان ادخالها لان من عناصر مالية الشيء ان يمكن ادخاله، وعلى تقدير ورود الغصب عليها لا يمكن ضمانها لانها اما ان تضمن بمثلها صورة ومعنى فهو غير ممكن او بمثلها معنى (أي بقيمتها) بان تضمن بالاعيان (النقود) فهو ايضا غير ممكن، لان من شروط الضمان قيام المماثلة المالية، والمنافع ليست بمال فلا تماثل بينها وبين القيمة لا صورة ولا معنى.

(٢) كاموال الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال (كالمقار، والدور، والحوائس، والحمامات، والفنادق، والمخازن، والدكاكين، والسيارات، والدواب، التي تستخدم للاجرة ونحو ذلك). ووجه افتائهم هو تغير الاعراف والنفوس وطمع الناس في اكل اموال الغير بالباطل.

(٣) المغني لابن قدامة ٥٢ وما بعدها، المحلى ٤٢٧/٩ وما بعدها.

المتأخرون من الفقهاء (أن علم القاضي لا يكون طريقاً للقضاء في جميع
الحوادث لفساد الزمان بحيث أصبح القاضي مشكوكاً في صدق دعواه بالعلم
بالحادثة منهم في قضائه بعلمه)^(١).

و- ومن الشواهد الواقعية على تغير الاحكام الاجتهادية بتغير الاعراف او
اختلافها ما للشافعي (رحمه الله) من مذهبين المذهب القديم المبني على
اعراف العراق والمذهب الجديد المبني على اعراف مصر، والمقلدون
لمذهبه يعملون بالجديد اذا تعارض مع القديم.

ز- ومن الشواهد ايضاً اقوال الفقهاء المعروفين بفهم روح الشريعة الاسلامية
ومنها:

- جواب القرافي^(٢) عن السؤال (الاحكام المترتبة على العرف في المذاهب، هل
بفتى بها كما هي او تتغير تبعاً لتغيره): (ان جري هذه الاحكام التي مدرکها
العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة)، وقوله (الاحكام المترتبة على
العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت كالنقود في المعاملات
والعيوب في الاعراض في المبيعات. فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما
سقط فاسقطه ولا تجمد على السطور في الكتب طول عمرک بل اذا جساءک
رجل من غير اهل اقليمک يستفتیک لا تجره على عرف بلدک، واسأله عن
عرف بلده واجره عليه وافته به دون عرف بلدک والمقرر في کتابک، فهذا هو
الحق الواضح، والجمود على المنقولات ابدأ ضلال في الدين وجهل بمقاصد
علماء المسلمين والسلف الماضيين)^(٣).

- قول ابن قيم الجوزية^(٤) تحت عنوان فصل في تغيير الفتوى واختلافها
بحسب تغير الازمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد: بناء الشريعة على

(١) قال استاذنا (ابو سنة) المرجع السابق، ص ١٢١، نقلاً عن الحموي ان محمداً الشيباني رجس
عن رأيه الاول الى القول بعدم جواز حكم القاضي بعلمه لفساد الزمان، وقال في الاشباه
وجامع الفصولين (ان الفتوى على عدم الجواز).

(٢) الامام العلامة شهاب الدين ابو العباس احمد بن ابريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف
بالقرافي (رحمه الله) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام، ص ٦٨، السؤال ٣٩.

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

(٤) شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، اعلام
الموقفين عن رب العالمين ٢/٣، مطبعة النهضة الجديدة، ١٣٨٨هـ.

مصالح العباد في المعاش والمعاد (هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة اوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم ان الشريعة الباهرة التي في اعلى رتب المصالح لا تأتي به فان الشريعة مبناه ورأسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة كلها الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل).

الفصل الثالث الادلة التبعية النقلية المختلف فيها

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

المبحث الاول حجية قول الصحابي

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

الصحابي

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

حجية قول الصحابي

اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في هذه المسألة على آراء
كثيرة أهمها ما يلي:

١- انه حجة مطلقاً ويقدم على القياس عند التعارض، لان قوله ان كان مسن
سماع من الرسول ﷺ فهو من باب العمل بالسنة^(١)، وان كان عن رأي
فرايهم اقوى من رأي غيرهم لانهم شاهدوا طريق النبي ﷺ في بيان
الاحكام والاحوال التي نزلت فيها النصوص، والمحال التي تتغير
باعتبارها الاحكام^(٢)، ولما يروى عن الرسول ﷺ من انه قال (اصحابي
كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)^(٣).

(١) الأمدي، الاحكام ١٩٥/٣، مشكاة الانوار في اصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم
١٤٠/٢)، تيسير التحرير مع التحرير ١٢٣/٣.

(٢) طلعة الشمس على الالفية في اصول الاباضي للسالمي ٦٢/٢، البرهان لامام الحرمين
١٣٥٢/٢.

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

٢- ليس بحجة مطلقاً، لانهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع لم يكونوا معصومين ولا يوجد نص ثابت على وجوب اتباعهم، ومذهب (او قول) الصحابي ليس في الواقع سوى اجتهاد فلا يعد في عداد المصادر (الأدلة) الشرعية وشأنهم شأن غيرهم من المجتهدين^(١).

٣- انه حجة إن خالف القياس والا فلا، لان الظاهر في مثل هذه الحالة ان يكون ذلك من سماع الرسول ﷺ فهو من قبيل السنة حيث لا يوجد له سوى السماع او الكذب، والكذب عنهم منتف بل مخالفته للقياس تحمل غالباً على انها كانت لنص اطلع عليه، اما اذا لم يخالف القياس فامكن ان يكون عن اجتهاد ويحتمل الخطأ والصواب كاجتهاد غير الصحابي^(٢).

٤- حجة على غير الصحابي.

وهناك آراء اخرى لا فائدة في استعراضها والتعليق عليها.

تقويم الآراء

الآراء الخلافية المذكورة وامثالها التي ذهب اليها بعض الاصوليين والفقهاء منها شكلية (لفظية) كالخلاف بين الرأيين الاول والثاني لان من قال (انه ليس بحجة مطلقاً) اراد الحجة الملزمة لغيره والمنشئة للحكم الشرعي باعتباره دليلاً شرعياً ومصدراً للحكم، والحجة بهذا المعنى لا نجد لها الا في الكتاب والسنة الثابتة.

اما الذي قال (انه حجة مطلقاً) قصد بالحجة شرعية الاستناد اليه والتمسك به في حالة عدم وجود النص تمسكاً اختيارياً، فهو ليس حجة ملزمة كالقرآن والسنة والإجماع، انما هو مصدر كاشف لحكم مصدره الحقيقي غيره، شأنه شأن بقية المصادر الكاشفة المختلف فيها، ومنها ما مضى عليه الزمن وانتهى وقته واصبح مجرد تأريخ لا يوجب المناقشة كالرأي الأخير، ومنها ما يدل على ان الحجة ليس في قول الصحابي ذاته بل في النص الذي اطلع عليه الصحابي كما في الرأي الثالث^(٣).

(١) التبصرة في اصول الفقه لابي اسحاق الشيرازي، ص ٣٩٥ وما بعدها.
وقد قال الرسول ﷺ في زيد بن ثابت (افرضكم أي اعلمكم بعلم الميراث زيد بن ثابت). اخرجته ابن عبد البر، الاصابة ١/٥٦٢.

(٢) ومنها قول الشافعي انه حجة اذا انضم اليه قياس تقريب. جمع الجوامع ٢/٢٣٥.
(٣) قال الأمدي، الاحكام ٣/١٩٥ (قول الصحابي اذا كان عن نص فالمصدر هو النص وان كان عن اجتهاد فهو كأي مجتهد آخر يستند الى دليل من الادلة الشرعية، وان لم يعارضه احد يكون إجماعاً سكوتياً، فالمصدر هو الإجماع وليس قول الصحابي).

تحديد محل الخلاف

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

أولاً- التمييز بين الصحابي الفقيه والصحابي غير الفقيه، لان الصحابي يتمسك بقوله لا لمجرد كونه صحابياً وإنما لانه يحمل ملكة فقهيه مكتسبة من مصاحبة الرسول ﷺ، فالصحابي غير الفقيه لا يقتصر الامر على عدم العمل بقوله فحسب بل لا يعمل بروايته ايضاً اذا انفرد بهسا وهناك شواهد كثيرة على ذلك منها ان عمر بن الخطاب ﷺ رد رواية فاطمة بنت قيس حين قالت ان زوجها طلقها والرسول ﷺ لم يجعل لها نفقه ولا سكنى، فرد عمر ﷺ كلامها فقال (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري اصدقت ام كذبت احفظت ام نسيت)^(١)، مع ان فاطمة كانت صحابية، وكرد علي بن ابي طالب ﷺ لحديث معقل بن سنان الاشجعي وابن الجراح صاحب راية الأشجعيين حين قالوا لابن مسعود (نشهد ان رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك)^(٢)، فقال علي ﷺ (ما نصنع بقول اعرابي بوال علي عقيه)^(٣).

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

(١) سبق تخريجه، كشف الاسرار، مع اصول البيهقي ٧٠٩/٢.

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

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

(٤) في اصول الاحكام للأمدي ١٩٥/٣٠ (قول الصحابي ان كان عن نص فالمصدر هو السنن وان كان عن اجتهاد فهو كأبي مجتهد آخر استند الي دليل من الادلة الشرعية الاجتهادية، وهذا السند وحده يكفي لان يكون حجة اذ لو لم يكن كذلك لما استند اليه الصحابي وان لم يعارضه آخر فهو بمثابة إجماع سكوتي).

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

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

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

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

صور من تطبيقات حجية قول الصحابي

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

ثم انهم عللوا النصوص وحلوا دلالاتها ووعوا اهدافها من الحكم والمصالح المتوخاة من تشريعها وكلما وجدوا نصوصاً مطلقة لم يكن اطلاقها مراداً قيدها، وكلما اطلعوا على صيغ عامة لم يقصد عمومها خصوصوها. وحسين ادركوا احكاماً معللة ومصالح وحكماً وسعوها وطبقوها في كل مجال تتوافر فيه هذه العلل والمصالح، ويعكس ذلك اوقفوا العمل ببعض النصوص عندما وجدوا تخلف عللها ايماناً منهم بان الاحكام الالهية اتت لتحقيق مصالح الانسان من جلب المنفعة او دفع المفسدة فهي تتبدل من حيث التطبيق مع بقاء اصل النصوص ثابتة لا يطرأ عليها تبديل او تعديل. وبهذا النهج العلمي السليم، وبهذه العقلية الفقهية المتميزة، وبذلك الفهم العميق للصلة بين الشريعة وبين والحياة، تمكنوا من ان يصنعوا لمن يلي بعدهم اسساً عامة وقواعد كلية ممثلة بساقوالهم وفتواهم واقضيتهم، ولما جاء فقهاء التابعين وأئمة المذاهب الفقهية الجماعية وجدوا الطريق معبدة امامهم، ومعالم الشريعة محددة لهم فبنوا على تلك الاسس والقواعد جل فقههم وتركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو استثمرت لاصبحت مصدراً خصباً لا للقوانين الاسلامية فحسب بل للقوانين الوضعية لدول العالم باسرها.

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

أ- قتل الجماعة بواحد

قال عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب (رضوان الله تعالى عنهما) بوجود تطبيق عقوبة القصاص على اكثر من واحد، اذا اشترك الجميع في قتل شخص واحد مع ان ظاهر قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس»^(١) يدل على خلاف ذلك، لكن تبين لفقهاء المسلمين من قول هذين الفقيهين العظيمين من الخلفاء الراشدين ان هذا الظاهر غير مراد، والدافع الى هذا القول هو حماية ارواح الابرياء التي تعتبر مصلحة ضرورية من المصالح الضرورية التي هي من مقاصد الشريعة الاسلامية^(٢).

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) القصاص مقابلة بالمثل وجزاء عادل لا بد فيه من المساواة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة

ب- تضمين المقاول والصانع وغيرهما من الاجير المشترك

قال علي بن ابي طالب عليه السلام بتضمين المقاول والصانع واصحاب الحرف وغيرهم من كل اجير مشترك اذا تلف او انتقص شيء من اموال اصحاب العمل التي تكون تحت ايديهم، رغم ان يدهم على تلك الاموال يد امانة (وليس يد ضمان)، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضمان على مؤتمن»^(١)، ولفظ (ضمان) نكرة في حيز النفي يفيد العموم ومفاد هذه القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كل يد امانة لا تكون ضامنة لما في حيازتها من المواد الاولية كالاسمنت والحديد والخشب والقماش، وغير ذلك ما لم يكن صاحب اليد متعدياً او مقصراً في تلفها الكلي او الجزئي، غير ان سيدنا علي بن ابي طالب عليه السلام لما رأى ان النفوس تعيرت وان ظاهرة الاهمال والتقصير بدت قال بتضمين هؤلاء حماية لمصلحة اصحاب المواد الاولية المودعة لديهم لصنع مساهو مطلوب صنعه منها، وقد قال قولته المشهورة (لا يصلح الناس الا ذلك)^(٢):

بنص قوله تعالى «كتب عليكم القصاص في القتلى»، سورة البقرة ١٧٨، وقوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس» سورة المائدة ٤٥، ولكن قد يحدث ان يشترك اثنان فاكثر فسي قتل نفس واحدة، فهل يطبق القصاص على الكل ؟، فاذا قلنا نعم فابن المساواة التي تقتضي التماثل في الجزاء وتقتضي ان تكون النفس بالنفس ؟. وقد عرضت حادثة من هذا القبيل على فقهاء الصحابة عندما قتلت امرأة وخليفتها ابن زوجها من زوجة سابقة فلما انكشفت الجريمة وعرضت على يعلى بن امية بصفته واليا في اليمن (في صنعاء) وقف موقفاً حائراً أمام التوفيق بين اخذ القصاص من كليهما وبين رعاية نص (النفس بالنفس)، وكتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بصفته خليفة المسلمين طالبا منه بيان رايه وقوله في هذه القضية المستعصية عليه وقد تسلم عمر رضي الله عنه الكتاب بحضور سيدنا علي بن ابي طالب رضي الله عنه فنتشورا وقررا تطبيق القصاص على كليهما لمصلحة حياة الابرياء. لانه لو علم المجرم انه لا يقتص منه عند مساهمة الغير لادى ذلك الى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص فكتب عمر رضي الله عنه الى يعلى بن امية وقال له قولته المشهورة (اقتلها فلو اشتترك فيه اهل صنعاء كلهم اقتلهم) واخذت بهذا الاتجاه القوانين الجنائية الحديثة لمزيد من التفصيل راجع مولفنا (فلسفة الشريعة)، ص ١٧٣ وما بعدها.

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

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦٨٩/٦، في التحرير والتيسير ١٢٣/٢٠ (وضمن ابو يوسف ومحمد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه كالسرقة بخلاف ما اذا هلكت بالسبب الغالب وهو ما لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والغرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه عليه وانما ضمناه بقول علي عليه السلام).

ج- عدة المتوفى عنها زوجها أبعده الأجلين^(١)

قال ابن عباس وعلي بن أبي طالب (رضي الله عنهما) في إحدى الروايتين عنه (أن عدة المتوفى عنها زوجها الحامل أقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام وفق قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(٢)، ومن وضع الحمل طبقاً لقوله تعالى ﴿وأولات الاحمال اجلهن أن يضعن حملهن﴾^(٣)، وأخذ بهذا القول فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء المالكية وتبناه المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ^(٤) وحسنا فعل.

د- وجوب النفقة والسكنى للمطلقة

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (تجب النفقة والسكنى للزوجة المطلقة خلال فتسرة العدة سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً، سواء أكانت الزوجة حاملاً أم حائلاً)، ورد قول فاطمة بنت قيس حين ذكرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى^(٥) فقال (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت، احفظت أم نسيت؟^(٦))، وأخذ بهذا القول بعض الفقهاء (كالحنفية) وتبناه المشرع

(١) في المنتقى شرح الموطأ ١٢٢/٤٠ (سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين، وقال أبو هريرة إذا ولدت فقد حلت) ويسدو ان ابن عباس نظر الى الجمع بين الأيتين -آية الأشهر وآية وضع الحمل- ولم يعتبر الثانية مخصصة للأولى اما أبو هريرة فانه استند الى حديث سبيعة السلمية التي يسأل ان زوجها توفي ثم وضعت الحمل ثم راجعت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها (قد حلت فانكحي من شئت)، ويقول الباجي في المرجع السابق ١٣٣/٤ (ان علياً رضي الله عنه قال بما قال به ابن عباس).

(٢) سورة البقرة ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) الرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ من م ٣/٤٧ التي نصها (عدة المتوفى عنها زوجها اربعة أشهر وعشرة ايام للحائل اما الحامل فتعتد بابعد الاجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة).

(٥) في المنتقى شرح الموطأ ١٠٤/٤ (مالك عن عبد الله بن زيد مولى الاسود بن سفيان عن ابن سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة طلاقاً بائناً وهو غائب بالشام، فارسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال (ليس لك عليه نفقة)، وفي كتاب القضية رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحمد بن فرح المالكي القرطبي، ص ٧١ (قالت فاطمة خاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسي السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة).

(٦) سبق تخريجه. قال في الكشف ٧١٠/٧ (اراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم القياس الصحيح فانه ثابت بالكتاب والسنة، او اراد من الكتاب قوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾، وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال عمر رضي الله عنه (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة)، ويلاحظ ان آية (لا تخرجوهن من بيوتهن) خاصة بالمطلقات طلاقاً رجعياً بقرينة ما جاء في نهايتها من قوله تعالى ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك امراً﴾، المراد بالامر استئناف العلاقة الزوجية بالرجعة.

العراقي في قانون الأحوال الشخصية^(١).
هـ- ميراث المطلقة في مرض الموت

قال عثمان بن عفان رضي الله عنه (من طلق زوجته في مرض الموت ورثت)^(٢)،
واخذ بهذا القول جمهور فقهاء الشريعة، ولكنهم اختلفوا في المدة المسقط لحقها
في الميراث كالآتي:

قال المالكية^(٣) والاباضية^(٤) (ترث مطلقاً سواء مات زوجها في العدة أم بعدها
وسواء تزوجت أم لا، لأن العلة معاملة الزوج بنقيض قصده السيء وهي
لا تسقط بالتقدم).

قال الحنفية^(٥) (ترث إذا مات الزوج قبل انتهاء عدتها، فإذا انتهت قبل الوفاة
سقط حقها لانقطاع علاقه الزوجيه بعد العدة). وقال الحنابلة^(٦) (ترث ما لم
تتزوج قبل وفاة الزوج والا فيعتبر زواجها تنازلاً عن حقها).

وقال الجعفرية^(٧) (ترث ما لم تتزوج وما لم تمض سنة على الطلاق قبل
الوفاة والا فيسقط حقها).

وقال الظاهرية^(٨) والزيدية^(٩) (لا ترث مطلقاً لانقطاع العلاقه الزوجيه
والطلاق البائن). وللشافعية اقوال^(١٠) مختلفة كل قول يتفق مع رأي من الآراء
المذكورة.

(١) م ٥٠ التي نصها (تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشراً، ولا نفقة لعدة
الوفاة).

(٢) اخرج مالك، الموطأ، باب طلاق المريض، تنوير الحوالك ٩٣/٢.

(٣) في المنقذ شرح الموطأ ٨٥/٤٠ عن ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن
بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه من بعد انقضاء عدتها،
وفيه ايضاً (من طلق امرأته في مرضه ورثت وان مات بعد انقضاء عدتها وان تزوجت غيره
فان طلقها بنشور منها او لعان او خلع فان حكم الميراث باق لها خلافاً لابي حنيفة رحمه الله
لان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سأله الطلاق).

(٤) شرح النيل وشفاء العليل ١٧٨/٨، وقالوا (ترث وان كان الطلاق قبل الدخول).

(٥) المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦.

(٦) المغني لابن قدامة ٣٣٠/٦.

(٧) الكافي للكليبي ١٢٢/٦.

(٨) المحلى لابن حزم ٢٤/١.

(٩) البحر الزخار للمهدي .

(١٠) المهذب ٢٥/٢. المجموع شرح المهذب ٥٠٥/١٤.

ونكتفي باستعراض هذا القدر من التطبيقات الفقهية المبينة على اقوال الصحابة، فهي قطرة من البحر، فمن راجع المراجع المعتمدة للمذاهب الفقهية الاسلامية وجد ان كل فقيه استند الى قول الصحابي في كثير من الاحكام الشرعية الاجتهادية التي استنبطها للوقائع والحوادث في مختلف المجالات للعلاقات البشرية^(١).

وبعد هذا او ذلك هل من الانصاف ان ندخل في مناقشات لا فائدة فيها حول حجيه قول الصحابي؟^(٢).

(١) يقول ابن القيم، اعلام الموقعين ١/٢٠ (الدين والعلم والفقه أنتشر في الأمة عن أصحاب ابن مسعود وأصحاب زيد بن ثابت، وأصحاب عبد الله بن عمر)، وقال (الصحابه سادة المفتين والعلماء وكما أن الصحابه سادة الأمة وأمتها وقادتها، فهم سادات المفتين والعلماء).

(٢) إضافة الى ذلك كله فإن الحجية كما ذكرنا مراراً لا تعني أن قول الصحابي مصدر منشئ للحكم بل هو كاشف يرجع الى العمل بالقواعد الشرعية العامة الواردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فإنكار حجية إرجاع حكم قضية لم يرد بها نص خاص الى تلك القواعد العامة من صحابي فقيه استوجب أسرار الشريعة وأبعادها ومقاصدها بصنطدم مع الواقع الذي إستقر عليه الفقه الإسلامي منذ صدر الإسلام.

المبحث الثاني شروع من قبلنا

الآراء الخلافية ، التحليل والاستنتاج ، أهمية الموضوع

شروع من قبلنا

هو أحكام الله للأمم السابقة بواسطة الأنبياء والرسل .

الآراء الخلافية^(١)

يعد هذا الأصل من الأصول المختلف فيها، والأقوال التي قيلت فيه من حيث الاعتبار وعدمه كثيرة أهمها:

أ- شروع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

ب- شرع كل نبي سابق ينسخ بشرع من يأتي بعده ما لم يقم دليل على بقاءه.

ج- ما ورد في القرآن والسنة أو نقله أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة يلزمنا العمل به على أساس أنه جزء من شريعتنا.

د- ما ورد في القرآن أو السنة من شرع من قبلنا نلتزم به على أساس أنه شرعنا ما لم يثبت نسخه.

الرأي الأول .

ان ما كان شريعة لنبي سابق بات مؤيداً فيما يحتمل التأيد، فيجب العمل به في كل زمان ومكان باعتباره شريعة لذلك النبي ما لم يظهر له ناسخ في الشرع الجديد للأدلة التالية:

أ- الأحكام الإلهية للأمم السابقة وردت مطلقة عن التوقيت والتحديد الزمني، وصفة الإطلاق في الشيء تقتضي تأييده فيما يحتمل التأيد، والتوقيت يكون

((لمزيد من التفصيل، راجع المراجع الآتية: أصول السرخسي ٩٩/٢ وما بعدها، للفقهاء الحنفي (اصولي السرخسي) (ابي بكر بن محمد). وشرح الكوكب المنير للفتاوى الاصولي الفتوحى (احمد بن عبد العزيز)، ص ١٨٤ وما بعدها. ومختصر المنتهى للعالم الاصولي المالكي ابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد ٣٨٢/٢ وما بعدها، وارشاد الفحول للعالم الاصولي الزبيدي الشوكاني (محمد علي ابن محمد)، ص ٢٤٠ وما بعدها، والأحكام للأمدي ١٨٨/٣ وما بعدها. وفتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الانوار ١٣٩/٢ لابن نجيم (زين الدين بن ابراهيم). ومنهاج البيضاوي ٣٥٢/٢. وروضة الناظر، ص ٨٢. والمسودة لأبي البركات ١٩٣-١٩٤.

زيادة فيه لا يجوز اثباته الا بدليل، فما لم يثبت الغاؤه بدليل في الشرع
اللاحق يبقى ملزماً للكل.

ب- رسول الشريعة السابقة لا يجرّد عن صفة الرسالة ببعث الرسول الذي يأتي
بعده. وكذلك شريعته لا تنقذ الالتزام بالشريعة اللاحقة ما لم يقم دليل على
خلاف ذلك^(١).

ج- القرآن (يعتبر الايمان بكافة الانبياء والرسول ويكتبهم المقدسة جزءاً من
متطلبات ايمان المؤمن في قوله تعالى ﴿امن الرسول بما انزل اليه من ربه
والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لا نفرق بين احد من
رسله﴾^(٢)، وهذا يدل على استمرارية الالتزام والالتزام بالنسبة لأحكام
الشرائع السابقة ما لم يثبت نسخها.

الرأي الثاني

ان شريعة كل نبي تنتهي ببعث نبي آخر يأتي بعده، فلا يجب العمل بماي
حكم وارد فيها ما لم يقم دليل من الشرع الجديد على بقاءه^(٣)، للأسباب التالية:
أ- مجيء الرسالة الجديدة دليل على ان الرسالة السابقة كانت مؤقتة بوقت حدد
انتهأؤه ببعث الرسول اللاحق.

ب- توافر ادلة كثيرة من الآيات القرآنية على ان لكل رسول شريعة خاصة به
ويمن يبعث اليهم، وان لكل امة منهاجاً تنفرد به هي دون غيرها، ومسن
تلك الآيات قوله تعالى ﴿لكل جعلنا منكم شرعاً ومنهاجاً﴾^(٤)، وقوله تعالى
﴿واوتينا موسى الكتاب وجعلناه هدى لبني اسرائيل﴾^(٥).

(١) كالحكم المتسوخ في قوله تعالى (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر)، سورة الانعام
١٤٦.

(٢) سورة البقرة ٢٨٥، كما في قوله تعالى ﴿قولوا آمنا بالله وما انزل إلينا وما انزل الى ابراهيم
واسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط وما اوتي موسى وعيسى وما اوتي النبيون من ربهم لا
نفرق بين احد منهم ونحن له مسلمون﴾، سورة البقرة ١٣٦.

(٣) كبقاء القصص في الشريعة الاسلامية الذي فرض في التوراة، كما في قوله تعالى ﴿وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس﴾، سورة المائدة ٤٥.

(٤) سورة المائدة ٤٨.

(٥) سورة الاسراء ٦.

ج- ظاهر الآيات القرآنية يدل على التزامنا لشريعة محمد ﷺ دون غيرها كما في قوله تعالى «من يطع الرسول فقد اطاع الله»^(١)، وقوله تعالى «ان الدين عند الله الاسلام»^(٢)، وقوله تعالى «ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه»^(٣).

الرأي الثالث

ما ورد في القرآن والسنة ونقله اليها اهل الكتاب او رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة من شرع من قبلنا شرع لنا ولنلتزم بالعمل بمقتضاه ما لم يثبت نسخه باعتباره جزءاً من شريعتنا الاسلامية لا لاعتباره من الشرائع السابقة.

الرأي الرابع

ما أقره القرآن والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا ولنلتزم بالعمل به باعتباره جزءاً من شريعتنا، اما ما نقله اهل الكتاب اليها او رواه المسلمون من الكتب السابقة فلا يعتد به لتبوت تحريف الكتب السابقة واحتمال كون المنقول من جملة ما حرفوه^(٤).

تقويم الآراء المذكورة والاستنتاج

لعلماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء (رحمهم الله) فضل كبير على العالم الاسلامي في انهم لم يغادروا صغيرة ولا كبيرة وقعت في زمنهم الا وقد تطرقوا لبيان حكمها وتحليل ادلتها والاستنتاج منها بابداء رأيهم فيها ولهم اجران في حالة الاصابة واجر واحد في غيرها.

(١) سورة النساء ٨٠.

(٢) سورة آل عمران ١٩.

(٣) سورة آل عمران ٨٥.

(٤) قد تبني هذا الرأي فقهاء الحنفية وبنوا عليه أحكاماً منها:

أ- استدل محمد الشيباني على جواز القسمة للماء بطريق المهابة بقوله تعالى «وإنهم ان الماء قسمة بينهم»، سورة القمر ٢٨. ويقول تعالى «هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم» سورة الشعراء ١٥٥.

ب- استدل ابي يوسف على ان الرجل يؤخذ منه القصاص اذا قتل المرأة كما يؤخذ منها اذا قتل الرجل بقوله تعالى «وكتبتنا عليهم فيها ان النفس بالنفس»، سورة المائدة ٤٥.

ج- استدل الكرخي بالنص المذكور على اخذ القصاص من المسلم اذا قتل غير المسلم من اهل الكتاب بدون ميرر، راجع اصول السرخسي ١٠/٢ وما بعدها.

ولكن في معالجة بعض المسائل كان البعض منهم ينقل ما قاله السلف، وإن كان مخطئاً لحسن ظنه بما قيل، وقد يردد اللاحق ما ذهب إليه السابق دون تعديل أو تعديل أو تعليق، فالادلة والامثلة هي هي، ومن جملة تلك المسائل مسألة (شروع من قبلنا شرع لنا ام لا؟).

بعد مراجعة زهاء خمسين مرجعاً في اصول الفقه للمذاهب الاسلامية الثمانية^(١) لم اطلع على دليل مقنع يخلو من النقض او ينجو من النقد فاستعنت بالقرآن الكريم، فوجدت ان بعض آياته تدل على عدم الاختلاف بين الشرائع الالهية وطريقة الانبياء والرسل، في حين ان هناك آيات اخرى تدل على خلاف ذلك، فوصلت الى ان رفع التعارض الظاهر بين هذه الآيات يتطلب دراسة الموضوع من زاويتين:

إحداهما: فيما يتعلق بالأحكام الاعتقادية (اصول الدين).

وثانيتهما: فيما يخص الأحكام الشرعية العملية (فروع الدين).

• **أولاً: شرع من قبلنا في الأحكام الاعتقادية (اصول الدين) .**

اصول دين بني الانسان في كل زمان ومكان واحدة لا تفاوت فيها، والأحكام الاعتقادية للانس البشرية لا تختلف من امة الى أخرى، ولا تتميز بها شريعة من شريعة، ولا ينفرد ببيانها رسول دون رسول، لان الدين واحد كما نص على ذلك القرآن في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي اوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ان اقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿ يا اهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم الا نعبد الا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً ارباباً من دون الله فان تولوا فقولوا اشهدوا باننا مسلمون ﴾^(٣).

(١) اصول الفقه الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والجعفري والزيدي والظاهر والاباضي.
(٢) سورة الشورى ٣، قال الفخر الرازي في التفسير الكبير ١٥٨/١٤ (ان هذه الآية تدل على ان هذه الشرائع قسمان: منها ما يمتنع دخول النسخ والتغيير فيه بل يكون واجب البقاء في جميع الشرائع والاديان كالكقول بحسن الصدق والعدل والاحسان، والقول بقبح الكذب والظلم والايذاء، ومنها ما يختلف باختلاف الشرائع).

(٣) سورة آل عمران ٦٤، وخلاصة الكلام ان النسخ انما وقع في الاحكام الفرعية لإتفاق جميع الأحكام الشرعية في الأحكام الاعتقادية، وامهات الأحكام الأصلية التي لا تتغير بالزمان والمكان كتحريم القتل والظلم ووجوب العدل.

والدين اخص من الشريعة، فكل دين شريعة ولكن ليس كل شريعة ديناً لانها تشمل فروع الدين ايضاً من الاحكام الشرعية العملية التي قد يطلق عليها اسم (الفقه).

فاصول الدين ثابتته منذ اول وحي نزل على سيدنا آدم عليه السلام الى آخر وحي نزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ولم يطرأ على الدين أي تغيير في شرائع جميع الأنبياء والرسل، فهو باقٍ وخالد ما دامت الحياة باقية والعقل سليماً والادراك واعياً في هذا الكون العظيم سواء عاش الإنسان في كوكب الأرض ام في كوكب آخر.

من أصول الدين الثابتة في كل شريعة

أ- الإيمان بالله: فهو واجب عقلي على كل انسان بالغ عاقل قبل ان يكون واجباً شرعياً تأمر به الكتب المقدسة الالهية، لان الايمان بالرسل والكتب السماوية متوقف عليه، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يؤدي الى توقف الشيء على نفسه، وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل، فكذاك الملزوم لما في ذلك من الاستحالة المنطقية، او الدور كما يقول علماء المنطق او المصادرة على المطلوب كما يقول فقهاء القانون، ومن هذا التحليل المنطقي نخرج بنتيجة بدهية وهي ان الايمان بذات الله وصفاته واجب عقلاً وشرعاً في جميع الشرائع الالهية فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يفكر في هذا الكون العظيم في المسخرات للانسان بامرہ تعالى ﴿وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر والنجوم مسخرات بامرہ ان في ذلك لآيات لقوم يعقلون﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿ان في خلق السماوات والارض واختلاف الليل والنهار لآيات لأولي الالباب﴾^(٢)، وان يتعمق في تفكيره عند النظر في الآيات الكونية ليستدل بالاثر على وجود المؤثر وبالمخلوق على ثبوت الخالق.

ب- الإيمان بالأنبياء والرسل: وهو ايضاً ثابت عن طريق التفكير والاستدلال بما يدل على صدقهم في دعوى الرسالة، وهذا الايمان لا يثبت عن طريق ﴿كتبتهم﴾ لان الايمان بالكتب يتوقف على الايمان بالرسل، ولو قلنا بعكس ذلك ايضاً للزمت الاستحالة المنطقية المذكورة وهي توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ثم توقف الشيء على نفسه، ثم تقدم الشيء على نفسه.

(١) سورة النحل ١٢.

(٢) سورة آل عمران ١٩٠.

ويتفرع عن الايمان بالله وبرسوله الايمان بسائر الاحكام الاعتقادية كالايمان بيوم القيامة وبان كل انسان يسأل عن اعماله، فان كان عمله خراً فجزاؤه خيراً، وان كان شراً فجزاؤه شراً، كما قال تعالى ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾^(١).

• **ثانياً: شرع من قبلنا من ناحية الاحكام الشرعية العملية (فروع الدين)**
الاحكام الشرعية العملية التي تعتبر من فروع الدين نوعان:

- **النوع الاول :**

احكام لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لانها من ضروريات الحياة وتقتضيها الطبيعة، لذا اسماها علماء الفلسفة والقانون بـ(القانون الطبيعي) لانها تلازم طبيعة الانسان من ميلاده الى وفاته ولا يستغني عنها مهما تطورت الحياة وتغيرت الحضارة، ومن تلك الاحكام عدم شرعية السرقة والقتل والاختطاف وخيانة الامانة وإلحاق الضرر بالغير بدون مبرر وقبح الظلم والكذب والنفاق. ومنها وجوب العدل والانصاف وتطبيق القصاص^(٢) والتعاون على البر والتقوى وحسن الصدق والامانة وضرورة استمرارية الصلة بين العبد وبين ربه بالعبادات^(٣).

وهذه الاحكام بكافة اقسامها المشروعة وغير المشروعة لا تختلف باختلاف الشرائع الا بالكيف والكيف لان رعايتها سلباً وايجاباً من ضروريات الحياة.

- **النوع الثاني :**

احكام تختلف باختلاف الازمنة والامكنة والامم، كالاحكام المتعلقة بتنظيم علاقات الانسان مع الانسان في مجال المعاملات المالية وكالتفصيلات والجزئيات لتطبيق الاحكام الكلية من النوع الاول. فمثل هذه الاحكام قابلة للنسخ والالغاء والتعديل في جميع الشرائع، شأنها شأن القوانين الوضعية، وهذه الاحكام هي المقصودة بقوله تعالى ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً﴾^(٤).

ومن هذا نستنتج وجه اجماع علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء على خلود آيات القرآن لانها لا تتضمن احكاماً وقواعد قابلة للتغيير والتعديل، بل

(١) سورة الزلزلة ٧-٨.

(٢) كما في قوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين﴾، سورة المائدة ٤٥.

(٣) كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾ سورة البقرة ١٨٣.

(٤) سورة المائدة ٤٨.

تحتوي الأحكام الاعتقادية وامهات الأحكام الواردة في الشرائع السابقة إضافة الى قواعد كلية وأسس عامة لا تتأثر بتطورات الحياة الا من حيث المضمون والتطبيق.

القرآن تعديل للدساتير الالهية السابقة

لكل دولة من دول العالم في هذا العصر دستور وظيفته التخطيط ووضع الأسس والمناهج للنظام المقبول في هذه الدولة تاركة التفاصيل والجزئيات في شتى مجالات الحياة للقوانين التي تشرع في ضوء هذا الدستور بحيث لا تتعارض معه لان جميع دول العالم تكاد تؤمن بدستورية القوانين، فإذا تغير نظام الحكم القائم قد يلغى الدستور او يعدل ولكن ليس بمستطاع الدستور الجديد حذف امهات الأحكام والقواعد الواردة في الدستور السابق كحرية المسكن، وحرية التنقل، وحرية التملك، وحرية الرأي، وعدم جواز انتزاع الملكية الا بتعويض وعدم القاء القبض على احد الا بتهمة، وعدم عقاب أي شخص الا بعد ثبوت الجريمة، وهكذا جميع الأحكام التي هي من ضروريات الحياة، ومن الحقوق الطبيعية لدى جميع الشعوب.

لكن الخاضعين للأحكام المنقولة من الدساتير السابقة يعملون بمقتضاها ويؤمنون بمحتواها على اساس انها جزء من الدستور الجديد، ويلتزمون بها بأسم الدستور الجديد لا باعتبارها من الدساتير السابقة، وهكذا شأن القرآن بالنسبة للأحكام التي يتضمنها وهي كانت موجودة في الشرائع السابقة، ونحن نلتزم بها ونخضع لها باعتبارها من الشريعة الاسلامية.

أهمية الموضوع

تبرز أهمية معرفة الصلة بين الشريعة الاسلامية وبين الشرائع الالهية السابقة في ان غير المسلم من اهل الكتاب عندما يعتنق الاسلام ديناً له يجب ان لا يعتبر مرتداً عن دينه، لان الدين واحد فهو يبقى ملتزماً باصوله وخاضعاً لأمهات احكام شريعته مضيفاً اليها باسلامه التزامه باحكام جديدة، كلها من مصلحته تدفع عنه الضرر وتجلب له النفع في المجالين المادي والروحي وفي الحياتين الدنيوية والأخروية^(١).

(١) قال سبحانه وتعالى ﴿ولو آمن اهل الكتاب لكان خيراً لهم﴾، سورة آل عمران ١١٠، وجملة الكلام: ان الاسلام هو دين الله الذي نطق به رسله جميعاً واختلف احكام رسالاتهم في الجزئيات او في العبادات ولواضعاء، ولكن جوهر الرسالة الالهية لهداية البشر منذ ان هبط آدم (عليه السلام) الى الارض الى رسالة محمد ﷺ لم يتبدل قط، لان مصدر الهداية هو الإله الواحد وطريقها هو الوحي.

الفصل الرابع المصادر التبعية العقلية

العمل بالمصادر العقلية يرجع الى الاستدلال بمعقول النصوص من مقاصدها التي هي مصالح الناس، لان العقول لا تستقل بادراك المصالح والمفاسد ما لم تستعن بمقاصد الشارح وبواعث تشريع الاحكام، فالاستدلال:

- بعلة حكم مسألة على وجوده في أخرى مشابهة قياس،
 - وبعلة دل النص على اعتبار جنسها استدلال بالمصلحة،
 - وبمصلحة تقتضي العدول عن القاعدة الكلية استحسان،
 - وبمنع فعل مشروع لمصلحة اتخذت ذريعة لمفسدة مساوية او تزيد استدلال بسد الذرائع،
 - وبمصلحة مكتسبة لم يقم دليل على زوالها استصحاب.
- وعلة الحكم وفلسفته وحكمته هي المصلحة التي يحققها العمل بالحكم: فمصلحة وجوب الواجبات وندب المنذوبات واستباحة المباحات مصلحة إيجابية فهي منفعة مستجلبية من امتثال الحكم، ومصلحة حرمة المحرمات وكرهة المكروهات سلبية فهي مضرة او مفسدة مستدراة باجتنابها.
- فأحكام الله كلها معللة بمصالح الانسان وأغراضه سواء أدركها العقل أم لا.

فهذه الوسائل الخمس اعترف بها اكثر أهل الشرع كأدلة عقلية شرعية يستعين بها المجتهد لاكتشاف أحكام قضايا غير منصوص عليها كما نبهتها في المباحث الخمسة الآتية.

المبحث الأول القياس

تعريفه، أركانه، شروطه، مراحلها، أنواعه
ما يجوز فيه القياس وما لا يجوز، حجيبته، أهميته

تعريفه

في اللغة العربية: عبارة عن تقدير الشيء المادي أو المعنوي بواسطة وحدة معينة لمعرفة عدد ما يحتويه من هذه الوحدة^(١)، ويستعمل اصلاً في العلوم الطبيعية والرياضية، كما يستخدم في علم النفس^(٢). وبصورة عامة لغة هو التقدير والتسوية بين شيئين فاكثر.

وفي اصطلاح المنطق: قول مؤلف من قضايا اذا سلمت يلزمه اذاته قول آخر^(٣).

وفي اصطلاح علماء الاصول له تعريفات كثيرة^(٤) تدور حول معنى

(١) يقال فلان قاس الارض أو الدار بالمرء اذا قدرها به.
(٢) الصحاح في اللغة والعلوم ٢/٣٦٠. التعريفات للجرجاني (الشريف علي بن محمد)، ص ١٨١.

(٣) تهذيب المنطق للفتاواني بشرح الخبيصي للعلامة عبيد الله بن فضل، ص ٧١، كسان يقسمال (العالم متغير وكل متغير حادث)، فاذا سلمت هاتان القضيتان يلزم منهما العلم بقول آخر (النتيجة) وهو (العالم حادث).

(٤) ومن هذه التعريفات: تعريف العالم الاصولي الحنفي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ٢/٣٤٩ بانه (تعديدية الحكم من الاصل الى الفرع لعلة متحدة لا تترك بمجرد اللغة). وتعريف العالم الاصولي المالكي التلمساني (محمد بن احمد)، مفتاح الوصول في علم الاصول، ص ١٥٨ بانه (الحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم). وتعريف العالم الاصولي الشافعي الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام ٣/٩ بانه (الاستواء بين الفرع والاصل في العلة المستندبة من الحكم). وتعريف العالم الاصولي الحنبلي احمد بن عبد العزيز الفتوحى، الكوكب المنير وشرحه، ص ٢٧٢ بانه (رد فرع لى اصله بعللة جامعة). وتعريف العالم الاصولي الأبااضي السالمي محمد بن عبد الله، شرح طلعة الشمس الألفية، ص ٩١ بانه (حمل مجهول الحكم على معلوم الحكم بجامع بينهما). وتعريف العالم الاصولي الزيدي الشوكاني، ارشاد الفحول، ص ١٩٨ بانه (استخراج مثل حكم المذكور لما لا يذكر بجامع بينهما). اما علماء الشيعة الامامية وعلماء الظاهرية فسانهم لا يعتبرون القياس مصدراً للأحكام الشرعية. ولا مجال للتطبيق على هذه التعريفات كما انه لا جدوى في التعليل، واكتفى بالقول بان ادقها واقر بها الى الفهم تعريف المالكية، وان ابعدها عن

واحد؛ وهو الحاق امر لم يدل على حكمه نص خاص ظاهراً بامر آخر منصوص على حكمه في حكمه لاشتراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم.

والتعريف المختار للقياس:

هو ((استدلال بعلّة حكم (منصوص عليه) مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة))، وقد استنتجت هذا التعريف من القاعدة الشرعية العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (رضي الله عنهم) واجمعوا عليها وهي: (ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا).

فالفقيه او القاضي او المفتي عندما تعرض عليه مسألة مجهولة الحكم لم يرد بشأنها نص خاص ظاهراً، ولكن تتوفر فيها علة حكم مسألة أخرى مشابهة ورد في حكمها نص، فحينئذ يستدل بهذه العلة على شمول النص لتلك الواقعة، فالقياس ليس الا وسيلة لتوسيع النص وارجاع الجزئيات الى الكليات.

فالمصدر الحقيقي المنشئ للحكم الذي يثبت به هو نص حكم المقيس عليه، وبناء على هذه الحقيقة القياس مصدر كاشف للحكم وليس منشئاً له، وبذلك يرتفع الخلاف بين العلماء من الاصوليين والفقهاء، فمن قال (القياس مصدر من مصادر الاحكام الشرعية) اراد المصدر الكاشف، ومن انكر كونه مصدراً اراد المصدر المنشئ. فالخلاف الذي عاش بينهم منذ اكثر من ألف سنة شكلي (لفظي).

مثال لذلك

قال سبحانه وتعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(١) وأراد بالذهب والفضة المعدنين المعروفين وكل عملة ورقية او معدنية تحل محلها في التعامل الدولي والداخلي في اقطار العالم وفي القوة الشرائية.

وهذا العموم يفهم من النص عن طريق تعليل الحكم بعلّة يدور معها وجوداً وعدمًا بوسيلة القياس، فالمقيس عليه هو الذهب والفضة المعدنان المعروفان

الدقة هو تعريف الشافعية لان جمهورهم اشتراطوا مساواة المقيس والمقيس عليه في علة الحكم. يقول ابن السبكي، جمع الجوامع ١٣٤/٢ بانه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل)، في حين ان العلة في المقيس قد تكون اقوى او اضعف. (١) سورة التوبة ٣٤.

سواء أكانا مسبوكين ام لا، والمقيس كل عملة متداولة في التعامل حلت محل الذهب والفضة في القوة الشرائية والتداول، والحكم هو تحريم الكنز^(١) بدليل الوعيد بالعذاب الأليم والعقاب، وعلّة الحكم هو المضرة الاقتصادية التي تلتحق المجتمع والفرد نتيجة الكنز وعدم الاستثمار فسي التنمية الاقتصادية والاجتماعية والانفاق على الاهل والعيال. فكأنه سبحانه وتعالى فسّال (والسذين يكنزون النقود المعدنية والورقية التي هي عنصر مهم من عناصر الانتاج فيشرهم بعذاب اليم)، ودور القياس هو كشف هذا العموم المراد من النص، وبناءً على ذلك فان هذا النص يعد عاماً عموماً عقلياً كما يأتي ذلك في محله.

اركان القياس

اركان كل مصطلح هو ما ورد في تعريفه فيؤخذ من تعريف القياس انسه يتكون من اربعة اركان (او عناصر) وهي:

- ١- المقيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به): كالذهب والفضة في الآية المذكورة.
- ٢- المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق): كالنقود الورقية أو المعدنية المتداولة في كل دولة ذات سيادة في العالم.
- ٣- حكم الأصل: وهو ما ورد في النص كحرمة كنز الذهب والفضة في هذه الآية وكل ما يحل محل الذهب والفضة من النقود.
- ٤- العلة: وهي المصلحة التي شرع الحكم لأجل رعايتها كحماية مصلحة التنمية والانفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة في تحريم كنز الذهب والفضة وما حل محلها من النقود^(٢).

(١) قال الرازي في تفسيره ٤٥/١٦ (قال القاضي تخصيص معنى الكنز بمنع الزكاة لا سبيل اليه بل الواجب ان يقال الكنز هو المال الذي ما اخرج عنه ما يجب إخراجه عنه، ولا فرق بين الزكاة وبين ما يجب من الكفارات، وبين ما يلزم من نفقة الحج أو الجمعة وبين ما يجب إخراجه في الدين والحقوق والانفاق على الاهل او العيال وضمان المتلفات وأروش الجنائيات، فيجب في كل هذه الاقسام ان يكون داخلاً في الوعيد)، وهذا ما قاله الرازي وغيره قبل زهاء تسعة قرون، أما اليوم فيضاف الى ما ذكر الاستثمار في المشاريع الانتاجية وبناء المؤسسات الخيرية والانفاق على المصالح العامة الأخر، اضافة الى الانفاق على الاهل والعيال.

(٢) في هداية العقول ٥١١/١، ومن شروط علة الحكم ان تكون بمعنى الباعث على الحكم وهو العلة الغائية التي هي الغرض من الحكم والغرض منحصر في جلب لذة للعبد بدنية او عقلية او دفع ألم بدني او عقلي وهذا الغرض هو الحكمة في الحكم.

وتعتبر العلة من أهم أركان القياس، لذا جعلها بعض العلماء (كالحنفية) الركن الوحيد في القياس، وللعلة تسميات كثيرة منها السبب، والمؤثر، والمقتضي، والباعث، والداعي، والدليل، والإمارة، ومناط الحكم، والمستدعي، والحامل.

لكن من وجهة نظري هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم، والغاية المتوخاة من العمل به.

شروط القياس

اشتراط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع إلى حكم الأصل وبعضها يكون للعلة.

شروط الحكم

اختلف الأصوليون في تحديد هذه الشروط، فمنهم من أوصل شروط الأصل وحكمه إلى اثني عشر شرطاً^(١)، وفي أكثرها تكرار، ونقتصر على ما هو مهم منها:

- ١- أن يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً، فلا يلحق الحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي، أما إذا لم يكن الملحق حكماً شرعياً جاز أن يكون حكم الأصل غير شرعي سواء كان عقلياً أم لغوياً، فالعقلي يلحق بالعقلي واللغوي باللغوي، بناء على جواز القياس في العقليات واللغويات كما يأتي بيان ذلك.
- ٢- أن يكون حكم الأصل معطلاً بطله يدركها العقل، فإذا كان تعبيرياً (بأن لا يستوعب العقل علة الحكم) فلا يقاس عليه غيره.
- ٣- أن لا يكون حكم الأصل منسوخاً، لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع ويخضع الفرع لنص الأصل، فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً، لأن ما يبنى على الباطل باطل.
- ٤- أن لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع، فلا يقاس الوضوء على التيمم في وجوب النية.
- ٥- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو بالإجماع، فلا يجوز القياس على ما ثبت حكمه بغير هذين المصدرين.

(١) كالثوكاني في إرشاد الفحول، ص ٢٠٥.

٦- ان لا يكون حكم الاصل مما ثبت استثناءً عن الاصول والقواعد العامة، لأن القياس للتوسيع ولايجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء، وغالباً الاستثناءات من الاصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وقد مثل الاصوليون للحكم الثابت على سبيل الاستثناء بأمثلة كثيرة، منها اكتفاء القاضي في عصر الرسالة بشهادة شخص واحد، اذا كان هذا الشخص الصحابي المعروف (خزيمة)^(١)، فليس للقاضي قياس غيره عليه في الاكتفاء بشهادته وحدها كحجة للثبات وان كان هذا الغير اعلى منه رتبة في الدين والصدق والثقة والامانة، لان القاعدة العامة تقضي بان نصاب الشهادة اثنان او من في حكمهما^(٢)، وما جاء استثناء لا يقاس عليه غيره.

٧- ان لا يكون دليل حكم الاصل شاملاً ظاهراً^(٣) للفرع وحكمه، فلا تقاس سائر المسكرات والمخدرات على الخمر لان الكل خمر، فلفظ الخمر في لغة العرب ما يخمّر العقل ويحدث فيه الخلل وهذا المعنى اللغوي هو المراد في القرآن.

العلة

لغة: عبارة عن معنى يحل بمحل فيتغير به حاله بلا اختيار واردة ومنه تسمية المرض علة لانه بطولوه في جسم الانسان تتغير حاله من القوة الى الضعف.

(١) قصة شهادة خزيمة تتلخص في ان النبي ﷺ ابتاع فرساً من اعرابي فجدد البيع وقال (هلم شهيداً يشهد علي، فشهد عليه خزيمة بن ثابت وحده، فقال له النبي ﷺ (ما حملك على هذا ولم تكن حاضرًا معنا) فقال (صدقك فيما جئت به وعلمت انك لا تقول الا حقاً)، فقال النبي ﷺ (من شهد له خزيمة او شهد عليه فحسبه). اخرج البيهقي، كتاب الشهادات، باب الامر بالاشهاد ١٠/١٤٦.

(٢) ومن شروط الفرع:

أ- ان تتوافر فيه علة حكم الاصل.

ب- ان لا يثبت حكمه بنص او اجماع، لان القياس في المرتبة الرابعة.

ج- ان لا يتعارض إلحاقه بالاصل مع نص، كقياس زواج البالغة الرشيدة بدون اذن وليها على تصرفها في مالها المتعارض مع حديث (الما امرأة تكفرت بغير اذن وليها فكأحها باطل) رواه الخمسة الا النسائي.

(٣) والافهو يشمل في الواقع ونفس الامر لان القياس كاشف.

وفي الاصطلاح الشرعي^(١): عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلل بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضرة عنه، فجميع أحكام الله التي نزلت على الرسل والأنبياء كلها اتت لمصلحة الإنسان، فهي معللة بالمصالح الدنيوية أو الآخروية أو كليتهما، قال ابن القيم^(٢) تحت عنوان بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد: (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل).

غير أن هذه المصالح (أو العلة) منها ما يدركها العقل فتسمى (معقولة المعنى) ويجري فيها القياس ومنها ما لا يدركها العقل فتسمى تعبدية ولا يجري فيها القياس، لأن القياس فرع تصور العلة وهي ركن من أركانه، وقد وقع الخلط في كثير من المراجع الأصولية بين سبب الحكم وبين علته، وحاول البعض من الأصوليين التجنب عن هذا الخلط بجعل الحكمة والعلة والمصلحة (من منفعة مستجلبة أو درء مفسدة) نتيجة واحدة أراد الله تحقيقها لعباده عن طريق ترتيب الأحكام على أسبابها، وأن علة سببية هذه الأسباب لمسبباتها (الأحكام) هي تلك المصالح والحكم والعلل وفي مقدمة هؤلاء الشاطبي (رحمه الله)^(٣).

(١) اختلف الأصوليون في تعريف العلة فمنهم من قال (إنها معرفة للحكم)، ومنهم من قال (إنها مؤثرة فيه لذاته)، ومنهم من قال (إنها موجبة أو مؤثرة بجعل العرف والعادة)، ومنهم من قال (إنها باعثة للشارع على تشريع الحكم)، ومنهم من قال (باعتة للمكلف على امتثال الحكم)، ومنهم من قال غير ذلك، لكن أكثرهم خلطوا بين سبب الحكم وبين علته.

(٢) اعلام الموقعين ٣/٣.

(٣) قال القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠٦ (الحكمة هي التي لأجلها صار الوصف علة كذهاب العقل الموجب لجعل الإسكار علة، ومن الحكمة اختلاط الإنساب فإنه سبب جعل وصف الزنا سبب وجوب الجلد، وكضباغ المال العوجب لجعل وصف السرقة سبب القطع، والوصف إذا جاز التعليل به فأولى بالحكمة لأنها أصله، وأصل الشيء ما لا يقصر عنه). قال الشاطبي، الموافقات ١/٢٦٥ (إن المراد بالعلة الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر والقطر في السفر والسفر هو السبب الموضوع للإباحة)، ثم قال (فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو

والاحكام قسمان: تكليفية ووضعية. والتكليفية خمسة انواع: (الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة، والاباحة). والوضعية خمسة انواع ايضا: (السبب، والشرط، والمانع، والصحة، والبطلان)، واطاف اليها البعض اثنين آخرين هما (العزائم، والرخص)^(١).

والمقاصد التي هي علل الاحكام بالنسبة للانسان ثلاثة اقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية:

الضروريات: هي المصالح التي يخل نظام الحياة بفقدان واحدة منها وهي خمس (حفظ الدين، وحفظ الحياة، وحفظ المال، وحفظ النسب-او العرض-، وحفظ العقول).

الحاجيات: هي المصالح التي يحتاج اليها الانسان لتوسعة في الحياة ورفع الضيق المؤدي غالباً الى الحرج والمشقة كالتمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً.

التحسينيات: هي كماليات الحياة كتمارسه محاسن العادات ومجانبة المكروهات.

المفسدة كانت ظاهرة او غير ظاهرة)، واما ما جعله الاصوليون علة فقد خصه الشاطبي باسم السبب وعرفه (بانه ما وضع شرعا لحكمة يقتضيها ذلك الحكم كالنصاب فانه سبب وجوب الزكاة، والسرقه هي سبب لوجوب القطع). ويعتبر الشاطبي كما هو واضح في كلامه انه اكثر عمقا ودقة من غيره في التمييز بين السبب والعلة التي هي المصلحة والحكمة. وقال الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير، ص ٣١١ (والسبب المناسب ما تقع المصلحة عقبه، فاذا قيل المسكر حرام ادرك العقل ان تحريم المسكر مفض الى مصلحة وهي حفظ العقل من الاضطراب، واذا قيل القصاص مشروع ادرك العقل ان مشروعية القصاص سبب مفض الى مصلحة وهي حفظ النفس). وقال ابو اسحاق الشيرازي، للمع، ص ٢٩١ (المناسبة (أي لسبب الحكم) ما تضمن تحصيل مصلحة او درء مفسدة، والمناسب يقسم الى ما هو في محل الضرورات، والى ما هو في محل الحاجات والى ما هو في محل التتمات، فيقدم الاول على الثاني والثاني على الثالث عند التعارض، فالاول نحو الكليات الخمس وهي حفظ النفس والاديان والانساب والعقول والاموال، وقيل الاعراض، والثاني مثل تزويج الولي الصغيرة، فإن النكاح غير ضروري لكن الحاجة تدعو اليه في تحصيل الكفوء للثلاث، والثالث ما كان من مكارم الاخلاق كنفقات القرابات).

(١) لمزيد من التفصيل راجع الموافقات للشاطبي ١٠٩-٢٧٥.

ومن التطبيقات التي يتجلى فيها التمييز بين السبب والعلّة^(١) مايلي:

- أ- عدوان المعتدي جعل سبباً لوجوب الجهاد لعلّة هي حماية الدين.
- ب- القتل جعل سبباً لوجوب القصاص لعلّة هي حماية الحياة.
- ج- السرقة جعلت سبباً لوجوب القطع لعلّة هي حماية الاموال.
- د- الزنا جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد أو الاعدام) لعلّة هي حماية الأنساب والاعراض.

هـ- وتعاطي المسكرات سواء سكر بها المتعاطي أم لا، جعل سبباً لوجوب عقوبة الحد (الجلد) لعلّة حماية العقول، ولذلك لا تطبق هذه العقوبة على المجنون والصغير، ولا مبرر لمن قال (لا يعاقب ما لم يسكر).

و- وجعل الجنون والصغر سبباً للولاية على المال والنفس لعلّة هي حماية مصلحة القاصر، ولهذا اجمع فقهاء الشريعة على جواز عزل الولي عن الولاية اذا لم تتحقق هذه المصلحة.

وهكذا هناك مئات من الامثلة والتطبيقات يتبين لنا فيها بوضوح تام الفرق بين السبب والعلّة ومع ذلك تجد الخلط بينهما، فمثلاً جعلت السرقة علة لوجوب القطع وجعل الصغر علة للولاية وهكذا^(٢).

الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا

ان اول من ادرك هذه الحقيقة فقهاء الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء

(١) وكالسفر جعل سبباً للرخصة باباحة الفطر وقصر وتقديم وتأخير الصلاة لعلّة هي دفع المشقة المضرة بالصحة، والشركة جعلت سبباً للشفعة لعلّة هي دفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد، والفراس جعل سبباً للنسب لعلّة هي حفظ النسل، والعقد جعل سبباً لكسب المال للحاجة. (٢) قال ابن ملك، شرح المنار، ص ٧٩٢ (اعلم ان ولاية نكاح الصغار معلولة بالصغر اتفاقاً، وكذا في نكاح الصغائر معلولة بعلّة الصغر عندنا واليكارة عند الشافعي)، ففي هذا الاتجاه خلط بين السبب وهو الصغر وبين العلة وهي حماية مصلحة الصغير. وقال الامدي، الأحكام فسي أصول الأحكام ٥٧/٣ (المسلك الثالث ما يدل على العلية بالتبني والايام، وهو ستة أقسام: الاول ترتيب الحكم على الوصف بقاء التعقيب والتسبب كما في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقَ وَالسَّارِقَةَ فَاقْتَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾، سورة المائدة ٣٨)، وفي هذا الكلام خلط بين السبب -السرقة- وبين العلة -حماية الاموال-.

قال ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢٦٠/٣ (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح، معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاعت أو أبت. ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار أهو الصغر أو اليكارة ؟ فعندنا الصغر وعند الشافعي اليكارة)، وهكذا هناك الآف من التطبيقات الاصولية والفقهية فيها الخلط بين سبب الحكم وبين علته.

الراشدون (رضوان الله تعالى عليهم اجمعين) حين وقفوا على اسرار الشريعة وأدركوا تميزها بالمرونة وعلموا أن تميزها بالمرونة لا يعني الميوعة وانمسا مسابرة الحياة في متطلباتها الضرورية الشرعية، فعللوا طوراً فتاواهم واقضيتهم بما نص عليه القرآن والسنة من العلل، وثارة وسعوا النص عن طريق تعليل حكمه ليشمل المسكوت عنه شموله للمنطوق به، واخرى وقفوا احكاماً يخال انهم خالفوا القرآن ولكنهم يناقش نظرهم علموا انها معللة بعلة تدور معها وجوداً وهدماً.

وعلى سبيل المثل وسعوا مجال تطبيق آية (النفس بالنفس)^(١) عن طريق تعليل وجوب القصاص بحماية الارواح فقتلوا وافقتوا بقتل الجماعة بواحد، ووقفوا العمل بأية ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما﴾^(٢) في حق من يرتكب جريمة السرقة تحت ضغط الحاجة والضرورة^(٣) في عام المجاعة، وهذا هو منتهى العمق من فهم اسرار الشريعة التي منها ان علة وجوب عقوبة السرقة هي حماية الاموال وان رعاية حفظ الارواح اهم من رعاية حفظ الاموال.

واقفوا العمل بأية ﴿والمؤلفة قلوبهم﴾^(٤) لان علة صرف بعض موارد الزكاة لهؤلاء المؤلفة القلوب كانت مصلحة الدين حين كان الاسلام في مركز الضعف، فلما جاوز هذه المرحلة تخلفت العلة فتوقف العمل بالحكم لزوال علته بل لزوال سببه ايضاً، وهو صفة استجلاب المسلمين لقلوبهم، لان معنى ﴿والمؤلفة قلوبهم﴾ الذين تستجلب قلوبهم بالالفة والمودة، فاستجلاب القلوب ليس امراً ثابتاً بالشرع شأنه شأن صفة الفقر، فالفقير يستحق نصيباً من موارد الزكاة ما دام فقيراً، فاذا تخلف هذا الوصف فاصبح غنياً لا يستحق هذا النصيب، فاذا زال الحكم بزوال السبب تزول العلة، وقد اخطأ من زعم^(٤) ان عمر رضي الله عنه جمد النص بالمصلحة او نسخه بها او قدمها عليه.

(١) سورة المائدة ٤٥.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

(٣) وجود الحكم لوجود العلة يسمى طرداً، وعدم الحكم لعدم العلة يسمى عكساً، وزوال الحكم لزوال العلة يسمى تأثراً وتختلف الحكم لسبب ما مع وجود العلة يسمى نقضاً. انظر احكام الفصول في احكام اصول للبايجي (سلمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عيسد الله الجبوري، ص ٥٢.

(٤) مثل أحمد أمين في كتابه فجر الاسلام، ص ١٥٦، وعلي حسب الله في كتابه اصول التشريع الاسلامي، ص ١٥٦، والإمام شرف الدين الموسوي، النص والاجتهاد، ص ٩٥.

شروط العلة

ذكر بعض الاصوليين شروطاً كثيرة للعلة لاعتبارها من اركان القياس وقد اوصلها البعض الى ثلاثين شرطاً، وفي اكثرها التكرار مع شروط حكم الاصل وشروط الفرع او مبنية على الخلط بين الاسباب والعلل، مع ان العلة كما ذكرنا هي المصالح الشرعية التي تترتب على تنفيذ الأحكام الشرعية من جلب المنافع ودفع المضار اذا ادبت واقبمت بصورة صحيحة.

واما الاسباب فهي تصرفات الانسان الفعلية او القولية او الوقائع^(١) من حيث انها معرفة للحكم وعلامة عليه ولعل العامل الرئيس الذي دفع هؤلاء العلماء العظام الى تسمية الاسباب عللاً هو الاحتياط والورع واجتناب الشبهات والخشية من سوء تفسير عبارة (الاحكام الشرعية محللة بالمصالح والاعراض) لانه ربما يتصور ان هذه المصالح والاعراض راجعة الى الله وهو محتاج اليها، والحاجة من سمات النقص، والله تعالى منزّه عن كل نقص وغني عن العالمين وعن طاعة الانسان، ولكن بكل بساطة يمكن دفع ذلك بان المراد بالمصالح والاعراض التي ترجع الى الانسان^(٢)، وان المراد بالعلة هي الحكمة الالهية في تشريع الحكم.

وبعد هذه المقدمة نستطيع ان نقول ان شروط العلة وان كانت كثيرة الا انها ترجع الى الثلاثة الآتية:

١- ان تكون موجودة حسب الظن الغالب للمجتهد^(٣) في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية او متفاوتة^(٤).

(١) ويأتي في محله إن شاء الله.

(٢) كما جاء في شرح الكوكب المنير، ص ٢٨١. أصول فقه الحنابلة من أن قول الفقهاء الباعث على الحكم بكذا هو كذا لا يريدون به بعث الشارع بل بعث المكلف على الامتثال مثل حفظ النفس باعث على تعاطي فعل القصاص.

(٣) الظن هو الجانب الراجح من تصور أمرين فأكثر، وغلبة الظن: زيادة قوة أحد المجوزات على غيرها.

(٤) فالمضرة في شتم الابوين وضربهما أشد من مضرة التأنيف المحرم لقوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف﴾، سورة الاسراء ٢٣، أما مضرة اتلاف مال اليتيم بغير طريق الاكل فانها متساوية لمضرة اتلافه بالاكل المحرم بقوله تعالى ﴿ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾ سورة النساء ١٠.

٢- ان لا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح، فلا يجوز قياس البنت على الابن، والاخت على الاخ^(١) للتسوية بينهما في كمية الحصة من الميراث بسبب القرابة لعل مشتركة بينهما وهي المصلحة المالية، لان الشارع الغى هذه المصلحة بالنسبة للابن للعدالة التي تقتضي التساوت بينهما في الميراث للفتاوت القائم في الالتزامات العامة والخاصة شرعاً وقانوناً و عرفاً وعقلاً، فقال سبحانه وتعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٢)، وقال تعالى ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٣).

٣- أن لا يكون للعلّة مانع يمنعها من التأثير على الحكم المقيس، فلا يقاس الاب القائل لولده في القصاص على القائل الآخر بجامع الحفاظ على مصلحة الحياة، لان الابوة مانعة من القصاص عند جمهور الفقهاء^(٤)، لكون الاب سبباً لوجود الولد فلا يكون هو سبباً لاعدامه.

مراحل القياس باعتبار علته

يمر القياس باعتبار علته بأربع مراحل هي: تخريج المناط، وتحقيق المناط، وتنقيح المناط، وتثبيت دوران الحكم مع المناط.

١- تخريج المناط^(٥) :

وهو الوقوف والاطلاع على علة الحكم التي اناطه بها الشارع وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو

(١) ان الأخت الشقيقة لا تقاس على الاخ الشقيق والأخت من الاب لا تقاس على الاخ من الاب، اما الاخ والأخت من الام فهما متساويان في الميراث بموجب النص القرآني ﴿فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾، سورة النساء ١٣.

(٢) سورة النساء ١١.

(٣) سورة النساء ١٧٦.

(٤) شرح طلعت الشمس على اللفية للسالمي الاباضي، ص ١١٤. قال الغزالي، شفاء العليل، ص ٤٦١ (حكم العلة مع وجود وصف العلة يتصور أعدامه في ثلاثة أطراف على ثلاثة أوجه أحدها: أن توجد العلة بكمالها ولكن يندفع حكمها بمعارضة علة مضادة فيسقط الحكم بطريق الانتدفاع بالمضادة به لا بطريق اختلال العلة أو نقصان شيء منها)... الخ.

(٥) المناط مصدر ميمي بمعنى اسم المكان وموضع النوط أي التعليق والربط وهو مسأخوذ من ناطه به أي علقه وربطه به. وأطلقه الأصوليون على العلة لان الشارع الحكيم ناط الحكم بها وعلقه عليها واضافه اليها. قال الغزالي، المستصفي ٢/٢٣٠ (ونعني بالعلّة في الشرعيّات مناط الحكم أي ما اضاف الشارع الحكم اليه وناطه به ونصبه علامة عليه). وفي كلام الغزالي أيضاً خلط بين السبب والعلّة، لان ما جعله الشارع علامة على الحكم هو السبب دون العلة كالتسوية جعلت علامة على وجوب القطع وهي سبب لهذا الوجوب وعلته حماية الاموال، وكذلك خلط بينهما في كتابه شفاء العليل، تحقيق الدكتور حمد الكبيسي، ص ٤٥٦.

وهذه العلة قد تكون منصوصة وقد تكون مستنبطة:

أ- العلة المنصوصة: وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً، فحماية حياة الانسان مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(١)، وإذا تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقائل الواحد الثابت بقوله تعالى ﴿الْنَفْسُ بِالنَّفْسِ﴾^(٢) وَسَمِعَ هَذَا النَّصَّ عَنْ طَرِيقِ الْعِلَّةِ حَتَّى يَشْمَلَ الْقِصَاصَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ إِذَا شَارِكُوا فِي قَتْلِ وَاحِدٍ لِنَفْسِ الْعِلَّةِ (حماية ارواح الابرياء) كما فعل ذلك الخلفاء الراشدون، والعمل بالقياس في الجنائيات في مثل هذا المقام عمل بالنص، فلا يتعارض مع قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

ب- العلة المستنبطة: وهي التي لم يرد ذكرها صراحة (عبارة) في نص الحكم ولكن المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه كحماية الاموال جعلت علة العقوبة للسرقات ويستنبطها المجتهد من المقارنة بين آية ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣) وبين آية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾^(٤)، وجعلت أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة الى العقوبة الأخروية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال اليتامى ظلماً وبدون مبرر شرعي، ويستنبط المجتهد^(٥) هذه العلة من سياق قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾^(٦)، ثم عن طريق القياس على الأكل يوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من أسباب إتلاف الأموال كالإحراق وغيره في الحكم المذكور ما دامت العلة واحدة وهي حماية الاموال وبصورة خاصة أموال اليتامى لعجزهم عن الدفاع عنها.

٢- تحقيق المناط :

بعد المرحلة الاولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من

(١) سورة البقرة ١٧٩.

(٢) سورة النساء ٤٥.

(٣) سورة النساء ٢٩.

(٤) سورة المائدة ٣٨.

(٥) وهذا لا يتعارض مع اعتبار نص حكم المقيس عليه عاماً عموماً عقلياً.

(٦) سورة النساء ١٠.

توفر العلة في المقيس^(١)، فالمجتهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا مِنَ النِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾^(٢)، ويتأكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس^(٣)، ثم يوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل حالة دم النفاس أيضاً في حرمة المعاشرة الزوجية في الحالتين (الحيض والنفاس) مادامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة^(٤).

٣- تنقيح المناط^(٥) :

بعد حصول المجتهد على علة حكم الاصل وتأكده من وجودها في الفرع يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الاصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم، كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في

(١) ولاشترط في العلة ولو كانت مستنبطة أن تكون من اصل مقطوع بحكمه إذ يجوز القياس على ما ثبت حكمه بدليل ظني كخير الواحد ولاشترط أيضاً القطع بوجود العلة في الفرع لأن القياس إذا كان دليلاً ظنياً فلا يضر كون مقدماته أو شيء منها ظنياً شرح الكوكب المنير، المرجع السابق ٢٩٨.

(٢) سورة البقرة ٢٢٢.

(٣) هو دم يعقب الولد بعد الولادة.

(٤) قال الشوكاني ارشاد الفحول، ص ٢٢٢ (تحقيق المناط: ان يقع الاتفاق على علية وصف بلص أو اجماع فيجتهد في وجوده في موضوع النزاع -المقيس- كتحقيق ان النباش سارق، أو ان اللواط زنا كما قال البعض بهذا القياس)، ولكن هذا الكلام من الشوكاني وغيره خلط بين الاصل والفرع -أو بين المقيس عليه والمقيس- فالنباش سارق والنبش صسورة من صور السرقة لانه اخذ مال الغير في حرز مثله خفية مع القصد الجنائي، وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة وهي حماية الاموال، واللواط زنا لانها ايلاج فرج في فرج محرم مشتهى طبعاً وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة هي حماية الاعراض من الهتك.

(٥) التنقيح لغة: التهذيب والتخليص. وقال البيضاوي (عبدالله بن علي) (في اصطلاح الاصوليين بيان المستدل الغاء الفارق بين الاصل والفرع ليتعين المشترك بينهما للعليسة، وبذلك تنقيح المناط عبارة عن الغاء الفوارق بين المقيس عليه والمقيس ببيان عدم تأثيرها على القياس). وقال الشوكاني، ارشاد الفحول ٣٢١ (التنقيح لغة: التهذيب والتمييز وعند الاصوليين إلحاق الفرع بالاصل بغناء الفارق بان يقال: لافرق بينهما الاكذا، وذلك لا مدخل له في الحكم فيلزم اشتراكها في الحكم لاشتراكهما في موجه).

العالم والتي حلت محلها في التعامل والقوة الشرائية من جهة اخرى.
فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الكنز
وعدم الاستثمار وعدم الإنفاق، ووجوب دفع الزكاة، والالتزام بوفاء الديون منها
وغير ذلك، فإنه يتولى في نفس الوقت اثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس
عليه والمقيس لا تكون حجر عثرة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه، ومن تلك
الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة
من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الاقتصادي وأستقرارها السياسي وغير
ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية.

٤- تثبيت دوارن الحكم مع المناط :

بعد اجتياز المجتهد المراحل الثلاث السابقة يأتي دور إثبات دوران الحكم
المراد إثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه
وجوداً وهدماً، وإنجاز هذه المرحلة الأخيرة يعني اكمال القياس واثبات حكم
الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم لأن القياس ليس الاستدلال بتعلته حكم
مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) اخرى
تتوافر فيه هذه العلة.

أنواع القياس باعتبار العلة

للقياس أنواع كثيرة^(١) باعتبارات مختلفة وأهمها التقسيم باعتبار العلة السى
ثلاثة أنواع (القياس الاولى والقياس المساوي والقياس الادنى) :

١- القياس الأولي (أو الجلي أو القطعي) :

هو قياس تكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، ولذلك

(١) منها: قياس العلة: (وهو ما صرح فيه بالعلة) مثل العملة المعدنية والورقية كالذهب والفضة
في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وقياس الدلالة: (وهو ما لم تكن العلة المشتركة فيه علة
الحكم بل دالة عليها) كقياس الشافعي مال القاصر على مال الرشيد في وجوب الزكاة بجامع
المال النامي، وقياس المعنى: (وهو ان يكون الفرع في المعنى بمنزلة الأصل) كقياس المرأة
على الرجل في حكم ما، وقياس الشبه: (وهو ان يكون للفرع اصلا يلحق باكثرهما سببها)
مثل ذلك في بيع العقار لا تدخل حقوق الارتفاق ما لم تذكر في صلب العقد بخلاف عقد
الإيجار فإنها تدخل فيه رغم عدم ذكرها، لان الانتفاع بالعين المؤجرة تتوقف عليها، ومن وقف
عقاراً ان قيس الوقف على البيع لا تدخل حقوق الارتفاق وإن قيس على الإيجار تدخل، وصلة
الوقف بالبيع أكثر لان كلا منهما ينقل ملكية الرقبة بخلاف عقد الإيجار، ولكن على القاضي أن
يقيسه على عقد الإيجار رعاية لمصلحة الموقوف عليه، وهذا ما اطلق عليه الاستحسان بمعنى
العدول من القياس الجلي الى القياس الخفي وهو صورة منه.

يقال أن حكم الاصل ثابت للفرع من باب أولى. ويسمى القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي.

ومن أمثلة الاصوليين لهذا النوع قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف﴾^(١)، فالحكم حرمة التأفيف الذي هو الاصل، والعلة للتحريم دفع المضرة والاذى عمن تجب طاعته في غير معصية الله، والفرع (المقيس) كل تصرف مشين من قول كالثتم أو فعل كالضرب يصدر من الولد ضد والديه ويلحق بهما الاذى والمضرة المادية والمعنوية، ومن الواضح أن العلة في المقيس أقوى واشد منها في المقيس عليه.

ويرى البعض أن دلالة هذه الآية على كافة أنواع الإذاعات بالوالدين ليست عن طريق القياس وإنما هي من باب مفهوم الموافقة، فهناك منطوق به (أف) ومسكوت عنه (كافة الإذاعات) فتدل على الاول منطوقاً وعلى الثاني مفهوماً من قبيل التنبيه بالادنى على الاعلى^(٢).

لكن كما ذكرنا مراراً القياس دليل كاشف والمقيس مشمول بالنص عن طريقه فيكون من باب العموم العقلي، وبناء على ذلك الخلاف في حجية القياس شكلي (لفظي). والفرق بين القياس ومفهوم الموافقة اعتباري: فإن فهم حكم المسكوت عنه عن طريقة اللغة فهو من مفهوم الموافقة، وإن احتاج الى الاجتهاد وادراك العلة فهو من باب القياس.

ومن القياس الاولي ثبوت الحق باكثر من شاهدين قياساً على الشاهدين

(١) ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً﴾، سورة الاسراء/٢٢، (أف: اسم فعل اتضجر وانكره)، قال ابن القيم، اعلام الموقعين ١/٢٨١ (وفهمت من قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾، ارادة النهي عن جميع الاذى بالقول والفعل ان لم ترد نصوص اخرى بالنهي عن عموم الاذى فلو بصق رجل في وجه والديه او ضربهما بالنعل وقال: اني لم اقل لهما أف لعذة الناس في غاية السخافة والحماسة والجهل من مجرد تقريره بين التأفيف المنهي عنه وبين هذا الفعل).

(٢) قال القاضي عضد الدين الايجي، شرح مختصر المنتهى الاصولي ١٧٢/٢ (مفهوم الموافقة هو ان يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور-المنطوق-وله امثلة منها قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾، فعلم من حال التأفيف وهو محل النطق حال الضرب وهو غير محل النطق مع الاتفاق في الحكم وهو اثبات الحرمة فيهما). قال ابن القيم، المرجع السابق ٢١٩/١ (والعلم بمراد المتكلم يعرف تارة من عموم لفظه، وتارة من عموم علقته والحوالة على الاول اوضح لارباب الالفاظ وعلى الثاني اوضح لارباب المعاني والفهم والتدبر).

الذين اعتبرهما القرآن بينة شرعية لإثبات الحق فعلى الفاضلي الأخذ بها كما في قوله تعالى ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾^(١).

٢- قياس المساواة (القياس المساوي):

وهو التسوية بين الاصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً كما في قياس الخالة على الخال في الميراث الثابت بقول رسول الله ﷺ (الخال وارث لمن لا وارث له)^(٢)، أي لا وارث له من اصحاب الفروض والعصبات لأن الخال والخالة كالعلم من الام والعمة من ذوي الارحام. فسبب الميراث فيهما قرابة ذات درجة متساوية والعلة وهي حماية مصلحتهما المالية وحققهما في تركة المتوفى متساوية، ولم يلغ الشارع اعتبار هذه المصلحة كما ألغاه في ميراث البنات مع الابن والاخت مع الاخ، إذن الحكم هو المساواة في الميراث.

٣- القياس الأدنى:

وهو ان يكون الاصل اولي بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى، ومن التطبيقات الفقهية لقياس الأدنى: قول بعض الحنفية^(٣) بصحة تزويج البنات البالغة العاقلة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها قياساً على تصسرفاتها المالية العلة المشتركة بينهما أن المتصرف فيه حق خاص ولمصلحة خاصة بها

(١) سورة المائدة ١٠٦، كما في قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، سورة الطلاق ٢، وقوله تعالى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) عن ابن امامة بن سهل رضي الله عنه قال: كتب عمر رضي الله عنه الى ابي عبيدة ان رسول الله ﷺ قال: (الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث لمن لا وارث له)، اخرجه احمد في مسنده ٢٨٨/١.

(٣) في شرح فتح القدير والهداية شرح بداية المبتدي ٢٥٦/٣ وما بعدها (وينعقد نكاح العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرأ كانت او ثيباً عند ابي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) في ظاهر الرواية، وعن ابي يوسف (انه لا ينعقد إلا بولي)، وعند محمد (يتعقد موقوفاً على إجازة الولي)، ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهلها لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق -أي في المقيس عليه- وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز، وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب اليها الوقاحة، وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الكفاء وغير الكفاء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفاء. وعن ابي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) (انه لايجوز في غير الكفاء) ويتفق معهم بعض فقهاء الجعفرية، الروضة البهية مع اللمعة ٧١/٢، وبه أخذ المشرع العراقي، حيث لم يعتبر الولاية لا شرطاً للصحة ولا شرطاً للنفاذ.

ولا فرق الا بالمالية وغير المالية وهذا لا يؤثر بطريقة تنقيح المناط على الحاق التصرف غير المالي بالتصرف المالي في الصحة بجامع المصلحة الخاصة في حق خاص، وتعرض هذا القياس لانتقاد شديد من قبل جمهور الفقهاء واعتبر قياساً مع الفارق^(١).

ما يجري فيه القياس وما لا يجري

❖ أولاً ما لا يجري فيه القياس

ليس كل حكم قابلاً للاجتهاد، والقياس عملية اجتهادية تستهدف توسيع مفهوم النص وتعميمه لمصادقاته، والاجتهاد والتوسيع إن جازا في بعض الاحكام كالمعاملات فانهما غير جائزين في احكام اخرى كالجنايات والعبادات والمقررات وما لا يمكن تعقل عللها كالآتي:

١- لا يجوز القياس في الجنايات، لأن الشريعة الإسلامية اول شريعة أتت بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) في آيات قرآنية كثيرة ومنها قوله تعالى «وما كنا مُعذِّبِينَ حتى نبعث رسولاً»^(١)، وقوله تعالى «وما كان ربيك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا»^(٢)، وقوله تعالى «ولو

(١) واستدل الجمهور بأدلة كثيرة في رد هذا الاتجاه الثابت بالقياس، ومنها:

أ- أنه قياس مع الفارق لأن المقيس ليس حقاً خاصاً بها بل مشترك بينها وبين الأولياء.
ب- في اشتراط موافقتها وموافقة الولي معاً نجاح الزواج واستمراره وتحقيق ثماره. قال الامام مالك والامام الشافعي رحمه الله، شرح فتح القدير ٢٥٧/٣: (الزواج لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض السهين محل بهذه المقاصد لانهن سرعات الاغترار وسينات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصاً عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن).

ج- ثبت ان ابا يوسف تراجع عن رأيه وانضم الى محمد فإذا تعارض قول الامام مع رأي صاحبين يؤخذ برأيهما.

د- في حالة اختيار ما لرجل كفاء، فان امتنع الولي يعتبر عاضلاً وتنقل الولاية الى الأبعد او الى القاضي فلا تنظم في كل الاحوال.

هـ- إضافة الى هذه الأدلة العقلية المعارضة للقياس المذكور فان هناك نصاً من رسول الله ﷺ على بطلان الزواج بدون إذن الولي أو من ينوب عنه، وهو قوله (أي ما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، سبل السلام ١٥٤/٣، ومن شروط صحة القياس ان لا يعارضه النص.

(٢) سورة الاسراء ١٥.

(٣) سورة القصص ٥٩.

أنا أهلكتناهم بعداب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى^(١)، وغير ذلك من الآيات الدالة على ان كل جريمة وعقوبة غير تعزيرية تحدد بنص الهي وتحدد بتشريع وضعي إذا كانتا من الجرائم والعقوبات التعزيرية.

ولا يملك القاضي سلطة استحداث الجريمة او العقوبة لكن له سلطة التخفيف والتشديد في العقوبات التعزيرية في ضوء الظروف المخففة والمشددة. هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان القياس دليل ظني، والظن سبيل الخطأ فهو شبيهة فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات وفقاً لقول رسول الله ﷺ (ادروا الحدود بالشبهات)^(٢).

وأما ما يتكرر في المراجع الاصولية القديمة والحديثة من بعض الامثلة للقياس في الجنايات كقياس النبيذ على الخمر والنباش على السارق واللواطة على الزنا وما شابه ذلك فان كل ذلك من باب الخلط بين القياس في الاحكام الشرعية وبين القياس في اللغات. فهذه الاقيسة وأمثالها ليست صحيحة إذا استعملت لاثبات حكم الاصل للفرع لأنها إنما تصح في اللغة والتسمية، فالنبيذ يقاس على الخمر في التسمية ليسمى خمراً فيكون مشمولاً بحكم النص لاشتراكهما في المخامرة لان النبيذ مسكر وكل مسكر مخامر العقل أيضاً كان نوعه ومصدره، فالنبيذ كغيره من المسكرات مشمول بالنص الذي حرم الخمر لان الكل خمر^(٣).

وكذلك قياس النباش على السارق إن اريد به القياس الشرعي فهو خطأ لان الاول صورة من صور الثاني وان اريد به القياس اللغوي لغرض تسميته سارقاً لان النبش كالسرقة أخذ مال الغير خفية في حرز مثله بقصد جنائي فهو قياس صحيح ويكون مشمولاً بالنص الذي جاء بعقوبة السرقة بدون القياس

(١) سورة طه ١٣٤.

(٢) أخرجه الدارقطني، كتاب الحدود والديات ٢١/٨٤، والبيهقي، السنن الكبرى ٢٣٨/٨، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات.

(٣) ينظر اعلام الموقعين لابن القيم ٢٦٧/١.

الشرعي^(١).

وقل مثل ذلك في قياس اللواطه على الزنا فهو قياس لغوي لتسمية اللانط زانياً لان معناهما واحد وهو ايلاج محرم في فرج مشتهى فيكون كل منهما مشمولاً بالنص المتضمن لعقوبة جريمة الزنا بدون القياس الشرعي^(٢).

واضافة الى ذلك فلا داعي للقياس أصلاً في هذه الامور وأمثالها لا شرعاً ولا لغة، فالنبيذ نوع من الخمر والنبش صورة من السرقة واللواطه من الزنا شرعاً.

٢- لا يجوز القياس في العبادات، لان وظيفة احكامها تنظيم علاقة الانسان مع ربه ولا يملك سلطة انشاء هذه العبادات الا الله سبحانه وتعالى بخلاف الاحكام التي تنظم علاقة الانسان مع الانسان فانها جاءت في صورة القواعد العامة وتركت التفاصيل والجزئيات للعقل البشري يحصل عليها عن طريق القياس وغيره في ضوء متطلبات وضروريات الحياة في كل زمان ومكان^(٣).

٣- لا يجري القياس في الامور الاعتيادية والخلقية، مثل اقل الحيض واكثره والحد الأدنى لسن اليأس، واقل الحمل واكثره، وامثال ذلك من الامور العاديسه

(١) قال ابن القيم، المرجع السابق ٢٦٧/١ (ومن ذلك ايضاً تفسير طائفة في لفظ السارق حيث اخرجوا منه النبائس للقبور ثم راهوا قياسه في القطع على السارق فقال لهم منازعهم: الحدود والاسماء لا تثبت قياساً فاطالوا واعرضوا في الرد عليهم ولو اعطوا لفظ السارق حده لسأروا انه لا فرق في حده ومسماه بين سارق الاثمان وسارق الاكفان وأن اثبات الاحكام فسي هذه الصور بالنصوص لا بمجرد القياس).

(٢) وقد يكون هذا الخلط بين القياس في الاحكام الشرعية وبين القياس في الاسباب كما وقع فسي قياس القتل بالمتقل على القتل بالمحدد بجامع القتل العمد العدوان فهو قياس في السببية أي كما ان القتل بالمحدد سبب للقصاص كذلك القتل بالمتقل لان كلاً من المتقل والمحدد وسيلة ممبسة غالباً، فالقتل العمد العدوان سبب القصاص وكل من القتل بالمتقل والقتل بالمحدد من أفراد.

(٣) قال ابن القيم، اعلام الموقعين ٣٤٤/١ (الاصل في العقود والشروط الصحة الا ما يبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فان الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثير ومعلوم انه لا حرام الا ما حرمه الله ورسوله ولا تأثير الا ما أتمه الله ورسوله به فاعله كما انه لا واجب الا ما اوجبه الله ولا حرام الا ما حرمه الله ولا دين الا ما شرعه الله، فالاصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الامر والاصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم، والفرق بينهما ان الله لا يعبد الا بما شرعه على السنة رسله فان العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، واما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يجرمها).

الخلفية الخاضعة للاختلاف باختلاف الاشخاص والاحوال والمناسخ والمكان، فليس لها مناط حتى يجري فيها القياس، فاذا وجد القاضي امرأه مطلقسة من ذوات الحيض اكملت ثلاثة قروء في اقل من ثلاثة اشهر لا يستطيع ان يقيس عليها غيرها لان القراء يختلف باختلاف النساء.

٤- لا يجري القياس في الاحكام التعبدية، وهي التي لا يدرك العقل عليها لان القياس فرع تعقل العلة، فاذا كان الاصل غير خاضع لعقل المجتهد فمن باب أولى لا يخضع له فرعه، فلا يجوز نقل الصيام الى شهر آخر قياساً على شهر رمضان بحجة أن الكل أيام الله. لان العقل قاصر عن ادراك علة تخصيص هذا الشهر بالصيام.

وكذلك لا يحق للقاضي ان يقيس تعاطي المسكرات على القذف ويحكم على السكران بعقوبة ثمانين جلدة لان العقل لا يدرك علة هذا المقدار وتقدير العقوبة به دون غيره من الاعداد.

وما نقل عن سيدنا علي^(١) من انه قاس تعاطي المسكرات على القذف لما يؤدي اليه من افتراء فهو من باب التعليل واما من فهم انه من بساب القياس فمردود لسببين:

أحدهما أن العقل قاصر عن ادراك علة تحديد عقوبة القذف بثمانين جلدة،

وثانيهما عقوبة تعاطي المسكرات من الحدود فلا تثبت بالقياس.

وجدير بالذكر في هذا المقام ان القياس جائز في التفصيلات والجزئيات من الشروط والاسباب والموانع بالنسبة لما ذكرنا مما لا يجوز فيه القياس مثل قياس وجوب النية في التيمم على الوضوء.

❖ **ثانياً ما يجري فيه القياس**

يجري القياس في غير المجالات المذكورة من الاحوال الشخصية، والمعاملات المالية، والاحكام الدولية والاحكام الدستورية وغير ذلك، لما يتطور بتطور الحياة في العلاقات البشرية، شريطة ان لا يؤدي القياس الى ما يخالف قاعدة عامة مجمع عليها او نص صريح. وفيما يلي نماذج من هذه الاقيسة:

أ- في الأحوال الشخصية

١- قاس الفقهاء قتل الموصى له للموصى على قتل السوارث للمورث في الحرمان (حرمان الوارث من الارث في المقيس عليه وحرمان الموصى له

(١) رواه البخاري ومسلم.

من الوصية في المقيس) للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية ارواح الابرياء.

٢- قاس عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل رضي الله عنه الموت على الدخول في وجوب مهر المثل لزوجته مات زوجها قبل الدخول وقبل ان يحدد لها المهر، والعلة المشتركة هي مصلحة الزوجة في تعويضها بمهر المثل عن الضرر المعنوي الذي يلحقها بعد الفرقة الموجبة لوجوب العدة في الموت وفي الطلاق بعد الدخول، اضافة الى انه يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ما يعضد هذا القياس، ورفض سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه هذا القياس لتخلف العلة المذكورة والحديث لعدم الثقة بالراوي^(١) وانما قاسه على الطلاق قبل الدخول.

ب- في المعاملات المالية

١- قياس غير البيع في المعاملات المالية التي تشغل من تجب عليه صلاة الجمعة عن اقامتها على البيع في الكراهة والحرمة (حسب الاختلاف) والسبب هو الانشغال عن اقامة الجمعة، والعلة رعاية مصلحة اقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية، ومن قال ان العلة هي الانشغال بالمعاملة عن اقامة صلاة الجمعة فقد خلط بين السبب والعلة.

٢- قياس الوكالة العامة على الوكالة الخاصة الثابتة بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم لانه وكل احد اصحابه ليشتري له شاة بدينار فاشترى له شاتين بدينار واحد فباع احدهما بدينار ورجع الى الرسول صلى الله عليه وسلم بدينار وشاة فقال له صلى الله عليه وسلم (بارك الله في صفقتك)^(١).

والعلة الجامعة هي المصلحة الحاجية الى النيابة عن الغير في التصرفات الشرعية والقانونية القابلة للنيابة لان الموكل قد لا يستطيع ان يمارس التصرف بنفسه اما لمرضه او لكبر سنه او لكثرة اشغاله او لبعده او لعدم خبرته او لانه لا يلائم مركزه او لغير ذلك من العلل الحاجية الاخرى.

(١) وقد سبق بيان ذلك في محله.

(٢) عن عروة البارقي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة، فاشترى به شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له صلى الله عليه وسلم بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه. رواه الخمسة الا النسائي، واخرجه البخاري، سبل السلام ٢٩/٣.

ج- القياس في الاحكام الدولية

كقياس الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديبية في جسوار انحلال احد اطراف الاتفاقية عن التزاماته المترتبة عليها اذا اخل الطرف الاخر بالتزاماته، والعلة المشتركة هي رعاية المصلحة العامة.

د- القياس في الاحكام الدستورية

قاس اصحاب رسول الله ﷺ انتخاب ابي بكر ﷺ للخلافة على انتخابه من الرسول ﷺ لامامة المسلمين في الصلاة في مرض وفاته، والعلة المشتركة رعاية المصلحة العامة الدينية والدنيوية، فقال الاصحاب حين الانتخاب (رضيه رسول الله ﷺ لديننا أفلا نرضاه لديننا؟).

حجية القياس

يدل على ان القياس حجة شرعية ويستدل بها على ثبوت الاحكام الشرعية: القرآن، والسنة النبوية، وإجماع الصحابة، والعقل السليم.

١- القرآن الكريم: أرشد الله سبحانه وتعالى عباده الى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية (الاعادة بعد الموت) على النشأة الاولى (الايجاد بعد العدم) في قوله تعالى ﴿أَو لَمْ يَرَ الْإِنسَانُ أَنَا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾ وضرب لنا مثلاً ونسي خلقه قال من يحيي العظام وهي رميمٌ ﴿قُلْ يَحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ﴾^(١)، ويعتبر هذا نمطاً خاصاً من القياس العقلي يحال فيه الانسان الى العقل السليم.

ومن اظهر الآيات الأمرة بالقياس قوله تعالى ﴿فَسَاعَتِهِمْ بِمَا رَمُوا﴾^(٢) لان القياس مجاوزة بالحكم من الاصل الى الفرع والمجازة اعتبار لان معناه العبور والانتقال من مكان الى آخر والاعتبار مأمور به في هذه الآية والامر للوجوب لانه لا قرينة تصرفه عن الوجوب الى غيره^(٣)، اذن معنى

(١) سورة يس ٧٧، ٧٨، ٧٩.

(٢) سورة الحشر ٢.

(٣) والحاصل: ان القياس مجاوزة بالحكم من الاصل الى الفرع، والمجازة اعتبار بدليل ما نقل عن احمد بن يحيى المعروف بـ(ثعلب) وهو من ائمة اللغة حين سئل عن الاعتبار من انه قال (الاعتبار ان يعقل الانسان الشيء فيفعله)، ونقل القاضي ابو بكر في التقريب اتفاق اهل اللغة على ان الاعتبار اسم يتناول تمثيل الشيء بغيره واجراء حكمه عليه والتسوية بينهما في ذلك والاعتبار مأمور به في قوله تعالى ﴿فَسَاعَتِهِمْ﴾، فيكون القياس مأموراً به وكل مأمور به واجب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

﴿فَاعْتَبِرُوا﴾ تأملوا وقيسوا أنفسكم بمن سبقكم ممن كانوا يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين لأنكم أناس مثلهم، فإن فعلتم مثل فعلهم نالكم ما نالهم من العذاب.

ويرى بعض الأصوليين ان اصول الشريعة أربعة: (الكتاب والسنة والاجماع والقياس)، وجه الحصر ان الحكم اما ان يثبت بالوحي او بغيره، فالاول اما ان يكون متلوأ أو لا فالاول القرآن والثاني السنة، وإن ثبت بغير الوحي فاما أن يثبت برأي الجميع فهو اجماع والا فهو قياس. وكذلك يستدل على حجبة القياس بقوله تعالى ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١)، وجه الاستدلال به ان الرجوع الى الله والرسول قد يكون بالنص عند وجوده وقد يكون بالقياس على ما نص عليه القرآن والسنة من القضايا المشابهة لان القياس دليل كاشف وليس دليلاً منشئاً، فالعمل بالقياس يعني الرجوع الى نص الاصل واخضاع الواقعة المقيسة لنص الواقعة المقيس عليها.

وهكذا قد اشتمل القرآن على اكثر من اربعين مثلاً للقياسات العقلية وهي تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ لِنُضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يُحِطُّهَا إِلَّا الْعَالَمُونَ﴾^(٢)، فوجه القرآن عقل الانسان الى التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين^(٣).

٢- السنة النبوية: يفهم من كثير من أقوال الرسول ﷺ حجبة القياس، منها أن امرأة خشعية قالت (يا رسول الله إن ابي ادركته فريضة الحج شيخاً زمنياً لا يستطيع ان يحج، ان حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال ﷺ لها: (أرأيت لو كان على ابيك دين فقضيت، أكان ينفعه ذلك، قالت: نعم، قال ﷺ: فدين الله أحق بالقضاء)^(٤).

(١) سورة النساء ٥٩.

(٢) سورة العنكبوت ٤٢.

(٣) لمزيد من التفصيل، راجع اعلام الموقعين ١٣١/١ وما بعدها.

(٤) أي انه من باب قياس الاولى، مفتاح الوصول في علم الاصول ١٧٨. في هذا الحديث عملية قياسية مكونة من قياس دين الله على دين الادمي في انقضاء الالتزام بالوفاء والعلة براءة ذمة المدين، وهذا القياس للتقويم وليس مصدر الحكم. اخرجه مسلم في كتاب الحج، باب الحج عن العاجز. صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٥/٩.

ومن سننه التقريرية الدالة على حجية القياس ما روي من انه أقر معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري على الاجتهاد واستعمال القياس حينما بعثهما الى اليمن وقال ﷺ لهما (بِمَ تحكمان؟)، قالوا (بكتاب الله، فان لم نجد في كتاب الله حكماً بسنة رسول الله فإن لم نجد الحكم في كتاب الله والسنة نقيس الامر بالامر فما كان اقرب للحق نعمل به)^(١)، فصوبهما النبي ﷺ في ذلك^(٢)، وقد ورد حديث معاذ بروايات اخر كما سبق.

قال ابن القيم^(٣): (فاس الرسول^(٤) فقضى بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وهذا التحريم مأخوذ من تحريم الجمع بين الاختين، لكن بطريق خفي، وما حرمه الرسول مثل ما حرمه الله ولكن هو مستنبط من دلالة الكتاب).
٣- الاجماع: اجمع فقهاء الصحابة إجماعاً سكوتياً على حجية القياس عندما أقروا ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب ﷺ الى ابي موسى الأشعري من أنه قال (الفهم الفهم فيما أدلى البعض مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الامر عند ذلك واعرف الامثال ثم اعمد فيما ترى الى احبها الى الله واشبهها بالحق)^(٥)، وهذا الامر من عمر ﷺ باستخدام القياس علم به كافة الصحابة ولم ينكره واحد منهم فكان ذلك اجماعاً سكوتياً، وكذلك استخدام الصحابة القياس في اجتهاداتهم دون انكار من احد.

٤- العقل السليم: كل من آمن بان الشريعة الاسلامية خالدة وعرف عن طريق العقل السليم ان نصوصها متناهية وان ما يواجه البشر من الوقائع والحوادث والتصرفات غير متناهية وان المتساهي لا يحكم غير المتساهي، ادرك بالضرورة ان الاجتهاد بالقياس واجب لان رفض القياس يعني حصر الشريعة في القضايا التي وردت فيها النصوص وما عداها لا يخضع لها، وهذا قول يقصور الشريعة الاسلامية وعدم ملائمتها لكل زمان ومكان وعدم شمولها لكل

(١) رواه احمد، وحسنه الجمهور.

(٢) الاستاذ محمد (ابو النور) زهير، اصول الفقه ٢٢/٤.

(٣) زاد المعاد ١١/٤.

(٤) ويلاحظ أن لفظ القياس في كلام ابن القيم لا يراد به القياس الأصولي لان مصدر الحكم هو السنة دون القياس.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٠/١ وفيه (هذا ما أعتمد عليه القياسون في الشريعة وقسألوا : هذا كتاب عمر الى أبي موسى الأشعري ولم ينكره أحد من الصحابة بل كانوا متفقين على القول بالقياس وهو أحد أصول الشريعة ولا يستغني عنه فقيه).

قضية، ومثل هذا القول باطل فكذلك القول بعدم حجية القياس باطل. وجدير بالذكر في هذ المقام أن الخلاف بين علماء المسلمين في حجية وعدم حجية القياس خلاف لفظي (شكلي) في اعتقادنا لان من انكر حجيته ظن أنه دليل منثسيء للاحكام الثابتة به، ومن قال بحجيته رأى أنه ليس دليلاً منثسناً وإنما هو كاشف. وعلى هذا الاساس نستطيع أن نقول بأن الكل متفقون في المعنى والحقيقة على انه ليس بمنثسيء للأحكام التي تنتقل بموجبه من المقيس عليه الى المقيس وإنما مصدرها الحقيقي هو ما دل عليها من النصوص في المقيس عليه، كما أن الكل متفقون على ان القياس يصلح ان يكون وسيلة لتوسيع النصوص وكشف احكام الاشباه وأمثال ما وردفي هذه النصوص فيما عدا الحالات التي لا يجوز فيها القياس كما ذكرنا.

وأهم ما يدل عقلاً على أن القياس يجب أن يعترف به كوسيلة لكشف حكم الفرع هو أن المجتهد اذا غلب على ظنه أن حكم الأصل (المقيس عليه) معلس بعلة معينة ثم وجد هذه العلة بعينها في واقعة أخرى (المقيس) حصل عنده الظن بان حكم الأصل متعد الى ذلك المحل الذي وجدت فيه العلة، وفي نفس الوقت يحصل عنده احتمال مرجوح (الذي يسمى وهماً) لعدم تعديته اليه^(١)، وفي هذه الحالة:

أ- أما أن يعمل بما هو راجح(الظن) وما هو مرجوح(الوهم) معاً، وفي ذلك جمع بين النقيضين، أي شمولية حكم المقيس عليه للمقيس وعدم شموليته له في وقت واحد.

ب- وأما ان يترك العمل بهما معاً وفي ذلك رفع النقيضين وهو محال ايضاً لانه يلزم عدم وجود الشمولية والاشمولية في وقت واحد.

ج- وأما أن يعمل بالمرجوح دون الراجح فيكون ذلك خسلاف المنطوق ومقتضى العقل السليم.

د- وأما ان يعمل بالراجح فيكون ذلك عملاً بالقياس وهو المطلوب.

أهمية القياس

بعد الاستعراض المذكور يتبين لنا بوضوح مدى أهمية القياس في الوصول

(١) لان حصول الظن بالشيء مستلزم لحصول الوهم بنقيضه وحينئذ لا يمكن ان يعمل بالظن والوهم معاً لانه اجتماع النقيضين ولا ان يترك العمل بهما لأنه ارتفاع النقيضين ولا ان يعمل بالوهم لانه عمل بالمرجوح مع وجود الراجح، لمزيد من التفصيل، راجع أصول الفقه للأستاذ محمد (ابو النور) زهير، المرجع السابق.

- الى احكام قضايها لم تتناولها النصوص بالعلاج صراحة، لان النصوص كما ذكرنا متناهية والحوادث والوقائع غير متناهية، ومن المستحيل ان يحيط المتناهي بالامتناهي، لذا تتجلى أهمية القياس بما يأتي:
- فهو وسيلة من وسائل تفسير النصوص وتوسيعها بحيث تشمل القضايا المسكوت عنها شمولها للقضايا المنطوق بها.
 - والقياس يجمع الاشباه والنظائر تحت قاعدة شرعية عامة.
 - والقياس استدلال بعلة الحكم على ثبوت هذا الحكم لكل قضية تتوافر فيها تلك العلة.
 - والقياس من أهم وسائل العمليات الاجتهادية.
 - والقياس وسيلة لإرجاع الجزئيات الى كلييات القرآن والسنة النبوية.
 - فهو ان كان مهماً في التشريعات الوضعية القابلة للتعديل والتبديل فإنه أهم بكثير بالنسبة للشرعية الاسلامية الخالدة التي اقتصرت على القواعد الكلية وتركت التفصيلات والجزئيات للعقول البشرية^(١).

حكم القياس

وهو يختلف بحسب الأحوال (٢) :

- ١- فالقياس واجب عيني عند حادثة رفعت الى مجتهد وكان قاضياً أو فقيهاً ولم يقره غيره مقامه وضاق الوقت.

(١) قال امام الحرمين، البرهان ٧٤٥٣/٢ (والقياس مناط الاجتهاد، وأصل الراي، ومنه يتشعب الفقه واساليب الشريعة، وهو المفضي الى الاستقلال بتفاصيل احكام الوقائع مع انقضاء الغاية والنهائية. فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة، ومواقع الاجماع معدودة مأثورة، فما ينقل منها متواتراً فهو المستند الى القطع وهو معوز قليل، وما ينقله الأحاد عن علماء الاعصار ينزل منزلة اخبار الأحاد وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً ان الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها والرأي المثبوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال فهو إذن أحق الأصول بأعتناء الطالب ومن عرف مأخذة وتقاسيمه وصحيحه وفسده وما يصح من الاعتراضات عليها وما يفسد منها وأحاط بمراتبه جلاء وخفاء وعرف مجاريها ومواقعها، فقد احتوى على مجامع الفقه). وقال ابن القيم، أعلام الموقعين ٣٣٧/١ (والصواب أن النصوص محيطة باحكام الحوادث ولم يخلنا الله ولا رسوله على راي ولا قياس، بل قد بين الاحكام كلها، والنصوص كافية وافية بها، والقياس الصحيح مطابق للنصوص فهما دليلان للكتاب والميزان. وقد تخفى دلالة النص أو لا تبلغ العالم فيعدل الى القياس ثم قد يظهر موافقاً للنص فيكون قياساً صحيحاً وقد يظهر مخالفاً فيكون فاسداً وفي نفس الأمر لابد من موافقته أو مخالفته ولكن عند المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته).

(٢) ينظر: المعتمد للقاضي عبد الجبار: ٧٦٧/٢.

- ٢- وهو واجب على الكفاية إن قام غيره مقامه في الفتوى.
 ٣- ومدنوب في المسائل التي لم تحدث بعدُ ويتوقع حدوثها.

خلاصة الكلام في القياس الأصولي

يتلخص القياس الأصولي في النقاط الآتية :

- ١- القياس عملية عقلية اجتهادية تتمثل في إرجاع الجزئيات من مستحدثات الحياة الى كليات القرآن والسنة النبوية على أساس رعاية مصالح الاسرة البشرية التي هي مقاصد الشريعة الاسلامية.
- ٢- كل نص من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية من شأنه ان يدرك العقل المصلحة (العلة الغائية) المتوخاة من تشريعه وتنفيذ حكمه يكون عاماً عموماً عقلياً شاملاً للمسكوت عنه شموله للمنطوق.
- ٣- القياس من حيث كونه وسيلة حجة شرعية على المجتهد والقاضي والمفتي ان يتمسك به قضاء وديانة في حالة غياب النص الواضح الصريح للقضية المعنية بالحكم لا من حيث عده مصدراً منشئاً للحكم المقيس لان مصدره هو نص حكم المقيس عليه وهذه نقطة مما يجب ان لا ينكرها كل من يقول بجواز الاجتهاد واهميته في الحياة العملية لان صلة القياس بالاجتهاد وثيقة الى ان قال الشافعي رحمه الله -مؤسس علم الاصول من حيث التأليف-: (الاجتهاد هو القياس).
- ٤- أطلق كثير من علماء الأصول العلة على: (السبب) المناسب للحكم، وهذا الاطلاق منشأوه الخلط بين العلة (أي العلة الفاعلة) بمعناها الفلسفي التي تسبق معلولها في الوجود وبين العلة بمعناها الشرعي التي تكون مقدمة في التصور ومن هذه الحثيثة تسمى غرضاً وباعثاً دافعاً للمكلف الى امتثال الاوامر والنواهي، ومؤخرة في الوجود والتحقق وهي بهذا الاعتبار اذا نظر اليها بالنسبة الى المكلف المنفذ للأحكام تسمى مصلحة وغاية وفائدة ونتيجة وهذا المعنى هو المراد بقوله تعالى ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ لأن الرحمة في هذه الآية عبارة عن المصلحة الدينية والدينية المادية والمعنوية الايجابية (المنفعة المستطبة) والسلبية (المضرة المستندرة)، وإذا نظر اليها من حيث الحكم المنوط بها تسمى علة وهذا المعنى هو المراد في القياس، وإذا نظر اليها بالنسبة الى شارع الحكم تسمى مقصداً وهذا المعنى الأخير هو المقصود من تعريف مقاصد الشريعة لأنها هي المصالح الضرورية والحاجية والكمالية التي يأتي بحثها في المبحث القادم.
- ٥- لإيجاد كل شيء ذي فائدة دينية ودينية أربع علل: (فاعلية ومادية وصورية وغائية)، وهذه الحقيقة من المشاهدات الضرورية التي لا تقبل الجدل

والنفاس ففي صنع الكرسي: النجار علة فاعله، والخشب علة مادية، والهيئة المكونة من العملية علة صورية، والجلوس عليه علة غائية.

وفي تشريع القانون في كل بند العلة الفاعلة هي السلطة التشريعية، والعلّة المادية هي المواد والنصوص القانونية، وتركيبها وتعيدها علة صورية والفائدة التي يحققها هذا القانون للمجتمع من حيث النظام والأمن والاستقرار والعيش الكريم علة غائية.

وكذلك في أحكام الله تعالى العلة الفاعلة هي السلطة التشريعية الألهية بمقتضى الحصر الوارد في قوله تعالى ﴿أَنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾ ونصوص القرآن والسنة النبوية علة مادية، والهيئة الحاصلة من تركيبها علة صورية، والفائدة التي يجنيها منفذها هي العلة الغائية.

وبناءً على ذلك وإنما ورد ذكر العلة في باب القياس يكون المراد بها العلة الغائية فهي متأخرة عن الحكم في تحققها ومنقذة عليه في تصورها وكونها الباعث الدافع الى تنفيذ الحكم.

٦- يستنتج من الفقرات السابقة الواردة في هذه الخلاصة أن تناول بعض علماء الأصول للموضوعين المعروفين بمسالك العلة (الطرق الدالسة على علية الشيء) والقوادح (ما يطعن به في الدليل سواء كان علة أو لا) مبني على الخلط بين أسباب الأحكام الشرعية وعللها، إضافة إلى ذلك فإن القوادح يكون محل دراستها علم الآداب والمناظرة، ولذا نجد أن أكثر علماء الأصول من المحققين أهملوها في مؤلفاتهم^(١). وقد اقتديت بهم في ذلك بعد أن تبين لي عدم وجود أي ارتباط بين علة القياس التي هي المصلحة البشرية المتوخاة من تنفيذ الأحكام الشرعية وبين طرق معرفة أسباب الحكم وسبل مناقشتها من حيث كونها مناسبة للحكم أو غير مناسبة، ومن الواضح أن سبب الحكم الذي أطلق عليه أكثر علماء الأصول مصطلح (العلة) كما ذكرنا هو نوع من أنواع الحكم الوضعي فإذا سلمنا جدلاً فائدة فكرية وذهنية لدراسة مسالك العلة والقوادح فإن محل ذلك يكون في بحث السبب الذي هو نوع من أنواع الحكم الشرعي الوضعي.

(١) كعلماء الأصول من الحنفية والمالكية.

المبحث الثاني المصلحة

التعريف بالمصلحة، أقسامها، حجيتها،
شروطها، تعارضها، أهميتها

تعريف المصلحة:

لغةً: ما يحقق خيراً للفرد أو المجتمع، ومنه المصلحة الخاصة والعامة^(١).
وفي اصطلاح الاصوليين: لها تعريفات متعددة أكثرها تدور حول محور واحد وهو جلب منفعة أو دفع مضرة أو ما يكون وسيلة لحفظ مقصود الشارع. وقد وقع البعض حين تعريف المصلحة في الخلط بين الحكم وبين المصلحة التي تترتب عليه^(٢) كما وقع البعض في الخلط بين السبب والعللة في موضوع القياس وقد سبق بيان ذلك.

والتعريف الذي نختاره: هو ان المصلحة شرعاً عبارة عن منفعة مادية أو معنوية دنيوية أو اخروية، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب، أو مندوب، أو مباح، ودرء مفسدة مستدفةة بالإمتناع عن العمل بما هو محرم أو

(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٧٢٩/١.

(٢) قال الغزالي (رحمه الله) في المستصفى، ص ٢٥١ (اما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة او دفع مضرة، ولنا نعلم به ذلك فان جلب المنفعة ودفع مضرة مقاصد الخلق وصالح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصد الشرع في الخلق وهو ان يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الاصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة).
وكلام الغزالي هذا يدل على ان القصاص الذي يحافظ به على الانسان نفسه هو المصلحة، وان القطع الذي يحافظ به على الانسان ماله المصلحة وهكذا. وهذا خلط واضح بين الحكم وبين المصلحة المترتبة على تنفيذه التي هي مقصود الشارع للخلق.
وقد وقع في نفس الخلط العلامة الطوفي (سليمان بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي البغدادي)، رسالة المصلحة في التشريع الاسلامي، ص ٢١١ حيث قال (المصلحة هي السبب المؤدي الى مقصود الشارع)، فالقصاص مصلحة في نظره لانه سبب الى حفظ الدماء وهو نفع مقصود للشارع، وعقاب الزاني مصلحة لانه سبب لحفظ النسل، وهكذا، في حين ان المصلحة حفظ الدماء وحفظ النسل وحفظ المال وهكذا.

مكروه^(١)، وهي ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم من الشارع والباعث الدافع الى تنفيذه من المكلف.

وهذا التعريف المختار مبني على اساس إجماع العلماء من الاصوليين والفقهاء، على ان كل مأور به شرعاً نافع، وكل منهي عنه شرعاً مضر، وهذا يستلزم ان تكون نتائج إطاعة الله بتنفيذ أوامره واجتساب نواهيته مقاصد لله ومصالح للإنسان. فالمقاصد والمصالح امران متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار.

ومعيار التمييز بين المنافع والمفاسد معيار شرعي وليس شخصياً^(٢)، لان الانسان قد يعتبر شيئاً ما منفعة في نظره في حين انه مفسدة ومضرة عند الشارع، وان المصلحة بالمعنى الشرعي ومعيار الشارع هو المصدر للاحكام الفقهية وهي ترجع الى المصالح الضرورية او الحاجية او التحسينية، والقول بانها مصلحة مرسله غير دقيق كما يأتي.

- اقسام المصلحة من حيث الاعتبار

قسم علماء الاصول المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتبارها الى ثلاثة انواع :

النوع الاول المصلحة المعتبرة

وهي التي نص الشارع على اعتبارها وراعيتها واجمع الفقهاء على بناء الاحكام عليها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية التي يأتي تفصيلها في تقسيم المصلحة باعتبار الاهمية، واجمع الفقهاء على جواز بناء الاحكام عليها.

(١) ويمكن استنتاج مثل هذا التعريف من مجموع كلام الشاطبي، الموافقات ٣٧/٢ وما بعدها. وعز الدين بن عبد السلام، قواعد الاحكام في مصالح الانام ٥/١ وما بعدها. وابن الحاجب والفاضي (عضد الملة والدين)، مختصر المنتهى الاصولي وشرحه ٢٤٠/٢ وما بعدها. وهذا التفسير المختار هو المراد بالرحمة في قوله تعالى ﴿وما ارسلناك الا رحمة للعالمين﴾، سورة الانبياء ١٠٧.

(٢) وفي الاخذ بالمعيار الشخصي تكون المنافع والمضار بصورة عامة نسبية فقد يكون شيء واحد بالنسبة لشخص منفعة وبالنسبة لآخر مضرة. كما قد يكون شيء معين نفعاً في وقت وضرراً في وقت آخر حتى بالنسبة الى شخص واحد، هذا بخلاف المصلحة والمضرة فهي معيار الشارع.

النوع الثاني المصلحة الملقاة (أو المهملة أو غير المعبرة)

هي التي نض الشارع على عدم اعتبارها ووجوب اهمالها، واجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الاحكام عليها لانها تصطدم مع العدالة أو تخدم فئة قليلة على حساب فئة كثيرة، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيار الشرع. ومن تطبيقات هذا النوع :

- أ- مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية، وقد نص الشارع صراحة على تحريمها لانها تخدم فئة على حساب بؤس فئة اخرى^(١).
- ب- مصلحة المحتكر في احتكار امواله التي يحتاج اليها المستهلكون، وقد ورد النص على تحريمه^(٢).
- ج- مصلحة الغشاش في بيع الرديء بسعر الجيد، وقد حرمه الشرع^(٣).
- د- مصلحة مساواة البنات مع الابن أو الأخت الشقيقة مع الاخ الشقيق أو الأخت من الاب مع الاخ من الابن أو الزوج مع الزوجة في الميراث^(٤). وقد نص القرآن على عدم اعتبار هذه المصلحة لتنافيها مع العدالة التي تقضي بالمساواة في الحقوق والالتزامات والالتزام للرجل اضعاف مضاعفة التزام المرأة في المجالين المالي وغير المالي إتجاه أسرته والمجتمع.

(١) كما في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾، سورة آل عمران ١٣٠، وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾ (٢٧٨) فإن لم تفعلوا فأنزلنا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾، سورة البقرة ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطيء)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.

(٣) الفطن: قد يكون فعلياً كالنصرية وصبغ السيارة، وقد يكون قولياً كالكذب في بيوع الامامة (المرابحة والوضعية، والتولية والاشراك)، وقد يكون سكوتياً كالسكوت عن العيوب الخفية، قال الرسول ﷺ (لا يحل لاحد يبيع شيئاً الا يبين ما فيه ولا يحل لمن يعلم نللك الا يبينه). اخرجه الامام احمد في مسنده ٤٩١/٣.

(٤) كما في قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين﴾، سورة النساء ١١، وقوله تعالى ﴿وان كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين﴾، سورة النساء ١٧٦، وقوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك ازواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد فإن كان لهن ولد فلهن الثلثن مما تركن من بعد وصية يوصون بها او دين﴾، سورة النساء ١٢.

النوع الثالث المصلحة المرسلة (أو المطلقة)

وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتغير بتغير المكان وتتطور بتطور الحياة كتنظيم المرور للحفاظ على حياة الأبرياء وتحريم التهريب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية. وتطور الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية، وغير ذلك من المتطلبات المستجدات.

وقد ترددت آراء الفقهاء بين قبولها ورفضها: فمنهم من اعتبرها من الأدلة الشرعية التبعية وبنى عليها الأحكام الفقهية، ومنهم من اعتبرها من الأصول الموهومة^(١) ورفض الاعتراف بها وبناء الأحكام عليها.

ولعل الخلاف يرجع إلى الاختلاف في تحديد معنى المصلحة من جهة وإلى عدم التفريق بين المصدر المنشئ للأحكام والمصدر الكاشف لها من جهة أخرى، ولو حللنا محل الخلاف وجددناه لوجدنا أنه خلاف شكلي (لفظي).

ولو أخذنا بالمعيار الشرعي لاعتبار ما هو مصلحة وما هو مفسدة وقلنا إن المصلحة المرسلة مصدر كاشف لأحكام الله لتبين لنا أن تقسيم المصلحة إلى المعنوية والمهمة والمرسلة لا مبرر له، لأن المصالح الشرعية كلها معتبرة فلا وجود للمصلحة الملغاة، لأن الإلغاء يستلزم سبق الاعتراف بالملغاة واعتبارها ثم الغائها وهو باطل، وكذلك لا وجود للمصلحة المرسلة غير الخاضعة لعلم الله وإرادته.

وبناء على ذلك فإن التقسيم الصحيح السليم المقبول في ميزان الشرع هو التقسيم إلى المعنوية وغير المعنوية ثم تقسيم المعنوية إلى الضرورية والحاجية والتحسينية.

اقسام المصلحة المعنوية باعتبار الأهمية

تتقسم المصلحة المعنوية في ميزان الشرع وبمعياره باعتبار أهميتها بالنسبة للناس إلى ثلاثة أقسام: (الضروريات والحاجيات والتحسينيات)

(١) كالغزالي في المستصفى، ص ٢٥٠ حيث قال (الأصل الرابع من الأصول الموهومة الاستصلاح).

القسم الاول المصالح الضرورية

وهي المقاصد الالهية في الاحكام الشرعية التي تقتضيتها حياة الامم والمجتمعات والافراد بغض النظر عن الدين والمذهب والجنس واللون واللغة والزمان والمكان، وسميت ضرورية لانه اذا تخلفت او اختلت كلها او بعضها في أي مجتمع اخل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد. وترجع هذه الضروريات الى خمسة انواع: (حفظ الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل)^(١).

النوع الاول- حماية الدين:

والدين في وجوده وحفظه يحتل الصدارة من بين الضروريات الخمس التي هي مقاصد الشارع ومصالح العباد لان من لا دين له لا التزام له، ومن لا التزام له لا امانة له، ومن لا امانة له لا يكون محلاً للثقة ولا اهلاً لتحمل المسؤولية وبالتالي لا يصلح ان يكون عضواً في المجتمع.

فهو من حيث الوجود يتكون من ركنين رئيسين: احدهما- ركن معنوي باطني وهو من وظيفة القوة المفكرة التي يطلق عليها عادة اسم (القلب)، وهو عبارة عن التصديق و(الاعتقاد الجازم الثابت) بذات الله وصفاته وملائكته وكتبه ورسله وباليوم الآخر وبالقدر خيره وشره^(٢). وثانيهما- ركن ظاهري وهو وظيفة الاعضاء الظاهرية للانسان وهي الاعمال الصالحة من العبادات التي كلف بها الانسان لتقوية صلته بربه، وهو مع الركن الاول متلازمان، فكل يكمل الآخر ويرد ذكرهما معاً غالباً في القرآن الكريم^(٣)، فاذا تحقق احدهما بصورة صحيحة في أي انسان يتحقق الآخر معه لانه لا يتصور عادة الاعتقاد الجازم الثابت بدون العمل الصالح وكذلك العكس.

(١) قال الغزالي في المستصفى، ص ٢٥١ (وتحريم تقويت هذه الاصول الخمسة والزجر عنها يستحيل ان لا تشمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التي اريد بها اصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنا، والسرقه، وشرب المسكر. اما ما يجري مجرى التكملة والتممة لهذه المرتبة -كالحاجيات والتحسينيات- فقد اختلفت فيه الشرائع).
(٢) قال سبحانه وتعالى ﴿آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسوله لا نفرق بين احد من رسوله﴾، سورة البقرة ٢٨٥.
(٣) كما في قوله تعالى ﴿والعصر﴾ ان الانسان لفي خسر ﴿إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر﴾، سورة العصر ١، ٢، ٣.

ومن حيث الحفاظ: حرّم الشارع كل تعرض للدين وأمر بمعاقبة أهل البدع السيئة والأفكار المضادة للعقيدة^(١)، وحرّم الارتداد وشرع العقوبات الدنيوية والاخروية ضد كل من يرتد عن دينه^(٢)، وفرض الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم ضد المعتدين على الدين وعلى أهل الدين^(٣).

النوع الثاني - حماية النفس وما دون النفس:

فمن حيث الوجود شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الإنسان وتكوين النفس^(٤). ومن حيث المحافظة: حرّم الاعتداء على النفس وما دون النفس^(٥)، وشرع حق الدفاع الشرعي^(٦) وفرض القصاص^(٧)، وحرّم الانتحار، وعلى ولي الأمر فرض العقوبات التعزيرية على كل من يؤدي الغيظ ويفعل ما يضّر بصحته، وإضافة إلى ذلك خلق ما هو من مستلزمات الحياة واستمرارها كالماء والهواء وأشعة الشمس وأباح له الطبيبات بقدر ما يحافظ الإنسان على صحته.

النوع الثالث - حماية النسب والعرض^(٨):

فمن حيث الوجود: أباح المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي وأمر الأبوين ومن ينوب عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما.

ومن حيث الحفاظ والحماية: حرّم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل، فحرم القذف واللجان بالكلام^(٩)، وحدد للقاذف واللاعن عقوبة، وحرّم

(١) كما في قوله تعالى ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله﴾، سورة البقرة ١٩٣.

(٢) كما في قوله تعالى ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾، سورة البقرة ٢١٧، وقال الرسول ﷺ: (من بدل دينه فاقتلوه).

(٣) قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب السيميم ﴿تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلك خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ سورة الصف ١٠، ١١.

(٤) كما في قوله تعالى ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يفتكرون﴾، سورة الروم ٢١.

(٥) قال تعالى ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾، سورة الأنعام ١٥١.

(٦) قال تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾، سورة البقرة ١٩٤.

(٧) قال تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾، سورة البقرة ١٧٩.

(٨) فرق البعض بينهما، وبذلك جعل الضروريات سبأ بدلاً من الخمس لكن الأمرين متلازمان تقريباً، فالحفاظ على أحدهما يحفظ على الآخر.

(٩) مأخوذ من اللعن لأنه يقول الزوج في الخامسة (لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين)، قال تعالى ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ﴿والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين﴾ ويدراً عنها العذاب أن

الاعتداء الفعلي بتحريم الخلوة والزنا، وحدد العقوبة للزانية والزاني^(١).
النوع الرابع- حماية المال :

فمن حيث الوجود: شرع لكسب المال اسباباً مشروعة منها الميراث
والوصية والتبرعات والمعاضات، وإباح الصيد^(٢) والطيبات من الاموال
المباحة^(٣).

ومن حيث الحفاظ عليه: حرم الاعتداء على اموال الغير بالسرقة والنهب
والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة، وشرع عقوبات
منها حدية^(٤) ومنها تعزيرية على المعتدين، وفرض التعويض العادل على كل
من يتلف مال الغير بغض النظر عن اهليته وقصده فكل تصرف من شأنه ان
يلحق الضرر بمال الغير يجب عليه التعويض ويستوي في المناط العمد والسهو
والعلم والجهل والرشد والصبا لان هذه الشريعة بنت التعويض على اساس
الضرر سواء وجد الخطأ^(٥) ام لم يوجد خلافاً للقانون الوضعي.
النوع الخامس- حفظ العقول :

يشترك الانسان مع سائر الكائنات الحية في الصفات والغرائز الذاتية
والمكتسبة كالولادة والمرض والموت والجنس والاكل والشرب والنوم، وغير
ذلك. ويتميز منها الانسان بميزة العقل الذي بفضلته تمكن من ان يصل الى ما
وصل اليه من التطورات الحضارية الحديثة المدهشة، ولاهمية العقل في حياة
الانسان حرم الشارع كل ما يحدث الخلل فيه من المسكرات والمخدرات وحدد

تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ﴿ والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من
الصادقين ﴾، سورة النور ٦-٩.

(١) قال تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلاً﴾، سورة الاسراء ٣٢. وقال ﴿الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾، سورة النور ٢.

(٢) قال تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾، سورة المائدة ٩٦.

(٣) قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾، سورة البقرة ١٧٢.

(٤) قال تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكسلاً من الله﴾، سورة
المائدة ٣٨.

(٥) الخطأ في الفكر الغربي والقانون المتأثر به هو اخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل اياه
وبنوا على ذلك ان التعويض لا يجب على من احدث ضرراً للغير وهو ليس له ادراك، وهذا
يتنافى مع العدالة ولكن الشريعة الاسلامية بنت المسؤولية التصيرية على ثلاثة عناصر:
[العمل غير المشروع + الضرر + العلاقة السببية] بغض النظر عن أهلية فاعل العمل غير
المشروع.

العقوبة لمن يتعاطاها لأن وجود العقل وكماله من ضروريات الحياة في جميع الأوقات.

القسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية

وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق وهي تلي المصالح الضرورية في الأهمية وتعتبر مكملة لها كما يلي:

أ- فيما يتعلق بحفظ الدين من الحاجيات: الرخص المخففة في إقامة شعائره عند قيام الأعداء المشروعة والظروف الاستثنائية، حيث تتبدل العزائم عند الأعداء والظروف غير الطبيعية وتتحول إلى الرخص دفعا للحرج^(١)، فالصلاة الرباعية تصبح ثنائية في السفر^(٢)، ويجمع بين الظهر والعصر تقديماً وتأخيراً، وكذلك بين المغرب والعشاء.

ويحق للمريض والمسافر والحامل والمرضعة الإفطار والقضاء عند زوال العذر والظرف المخفف^(٣)، ولمن بلغ مرحلة الشيخوخة ووجد نفسه أنه لا يستطيع الصيام إلا بمشقة، له الإفطار ودفع الفدية^(٤)، فهذه الأحكام وأمثالها تحقق للإنسان مصالح حاجية وهي رفع الحرج ودفع المشقة.

ويرى بعض الفقهاء وجوب الأخذ بالرخص كلما كان لها مبرر لأنها مكرمة ونعمة من الله فلا يجوز للإنسان أن يرد ما أعطاه الله تطفأ به^(٥).

ب- وفيما يتعلق بالحياة من المصالح الحاجية: أمر الشارع بالتداوي عند المرض^(٦)، وأباح أكل مال الغير بدون أذنه وأكل الميتة عند الجوع الذي يعرضه للهلاك وعدم وجود الطعام المباح استثناء من القاعدة الشرعية

(١) قال تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم﴾، سورة المائدة ٦.

(٢) قال تعالى ﴿فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة﴾، سورة النساء ١٠١.

(٣) قال تعالى ﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾، سورة البقرة ١٨٤.

(٤) قال تعالى ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾، سورة البقرة ١٨٤.

(٥) في المحلى ٢٤٣/٦ (ومن سافر في رمضان سفر طاعة أو سفر معصية أو لا طاعة ولا معصية ففرض عليه الفطر إذا تجاوز ميلاً وقد بطل صومه حينئذ لا قبل ذلك وفرق بعض بين سفر الطاعة وسفر المعصية، فلم يروا الفطر في سفر المعصية وهو قول مالك والشافعي. وبرهان صحة قولنا قوله تعالى ﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾، سورة البقرة ١٨٤. فعم الإسفار ولم يخص سفراً من سفر).

(٦) قال الرسول ﷺ (تداواوا عباد الله فإن الله سبحانه لم يضع داء إلا وضع معه شفاء إلا الهرم).

العامة الفاضية بتحريمهما^(١)، ولجاز استعمال الدم وقت الحاجة؛ وأباح كشف العورة عند الفحص، وغير ذلك من الرخص التي هي الحاجيات الحافظات على الحياة.

ج- وفيما يتعلق بالمال من الحاجيات: أباح الشارع التوسيع فسي العقود والشروط حتى تشمل العقود المستتناة من القواعد الشرعية العامة لحاجة الناس إليها كعقد السلم^(٢) وعقد الاستصناع^(٣) وعقود الغرر^(٤). وقال جمهور الفقهاء: (الأصل في العقود والشروط الإباحة رعاية لحاجة الناس واستناداً إلى التوسعة المفهومة من الآيات القرآنية المختلفة برفع الحرج ودفع المشقة والعسر)^(٥).

د- وفيما يتعلق بالأسباب والأعراض من الحاجيات: شدد الشارع في اثبات جريمة الزنا وتهمة القذف منعاً لتطاول اللسنة على أعراض الناس وأسابيهم، فجعل نصاب شهادة أثبات هذه الجرائم الأخلاقية بمن لا يقل عددهم عن أربعة رجال بالغين عاقلين عادلين^(٦)، فإذا شهد أقل من هذا العدد يعاقب الشهود بالعقوبة المقررة للقذف^(٧) وذلك لستر عيوب الناس وحفظ أعراضهم، وحرم الخلوة بين الذكر والأنثى -البالغين سن المراهقة- وجاز التزواج بينهما - ولم يكن معهما محرّم - لأن الخلوة ذريعة إلى الوقوع في خطيئة الزنا، وحرّم التبرج لأنه وسيلة للفساد الخلقي^(٨).

(١) قال سبحانه وتعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾، سورة المائدة ٣، ثم قال سبحانه استثناء من هذه القاعدة ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾، سورة المائدة ٣.

(٢) السلم لغة التقديم والتسليم، وشرعاً: اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وقسي المثلثن أجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال والبائع يسمى مسلماً إليه، والمشتري رب السلم، التعريفات للجرجاني، ص ١٢٠.

(٣) وهو يشمل عقد العمل وعقد المقاولية.

(٤) الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا.

(٥) كما في قوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾، سورة البقرة ١٨٥.

(٦) قال تعالى ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾، سورة النور ١٣.

(٧) قال تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة﴾، سورة النور ٤، وقال تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾، سورة النساء ١٥.

(٨) قال تعالى ﴿ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى﴾، سورة الاحزاب ٣٣.

هـ- وفيما يتعلق بحفظ العقل من الحاجيات: حرم قليل المسكر أو المخدر كحرمة كثيره^(١) لابعاده عن تناول الايدي، وتحريم بيع المواد الاولية التي تصنع منها المسكرات كالعنب والتفاح والتمر ونحو ذلك لمن يثبت انه يحولها الى المسكر^(٢).

القسم الثالث المقاصد (المصالح) التحسينية

وهي التي لا يختل نظام الحياة ولا يقع الانسان في ضيق وحرَج ومشقة بتخلفها كلها أو بعضها، ولكنها لا يستغني عنها الانسان في وصوله الى الكمال وتحليه بالمحاسن وتخلية عن الرذائل.

من التحسينيات بالنسبة لحماية الدين منع الاطلاع على كتب الديانات لمن لا يستطيع الموازنة العقلية الدقيقة بين الحقائق الدينية، ومنها تجنب النجاسة، وأخذ الزينة للذهاب للمسجد، والتقرب بالنوافل من الصدقات والقربات.

ومن التحسينيات بالنسبة للنفس حمايتها من الدعاوي الباطلة والسب وغير ذلك مما لا يمس أصل الحياة وحاجياتها ولكن يمس كمالها.

ومن التحسينيات للاموال تحريم التغرير والخداع فانه لا يمس المال لذاته ولكن يمس كمالها اذ هو يمس ارادة المتصرف في المال حيث يوقعه في الغلط أو يجعله مستمراً في الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد، ولذا سمى القانونيون التغرير عيباً من عيوب الإرادة.

ومن التحسينيات بالنسبة للنسب والعرض تحريم خروج المرأة في الطرقات بزینتها في قوله «قال للمؤمنات يفضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن» [سورة النور]؛ لانه أحفظ لكمال الاصل ولانه شرف وكرامة ومنع المهانة للمرأة فيما يقع لها اليوم.

ومن التحسينيات لحماية العقل المنع من اعلان الشرب للمحرمات وبيعها في اوساط المسلمين.

وقد طلب الشارع رعاية التحسينيات والكماليات في كل شيء وبصورة خاصة في العبادات والمعاملات والعقوبات والعبادات:

(١) قال رسول الله ﷺ (ما أسكر كثيره فقليله حرام)، صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٨٠، السنن الكبرى للبيهقي ٨/٢٩٨.

(٢) قال رسول الله ﷺ (من حبس العنب أيام القطان حتى يبيعه من يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيرة)، رواه الطبراني في الاوسط باسناد حسن.

- ١- في العبادات امر الشارع بنظافة البدن والملبس والمكان عند إقامة العبادات إضافة الى الامر بنظافة القلب من الحقد والحسد والبغض والاثانية والطغيان، وأمر باقامة السنن من صلاة وصيام وصدقات وحج، إضافة الى الفرائض زيادة في تقوية الصلة بين العبد وربه وتنقية للسلوك من الشوائب المشينة.
- ٢- في المعاملات المالية حرم الشارع الاحتكار^(١) والتدليس^(٢) والغش^(٣) والجشع في التعامل، لان هذه الامور من الصفات الرذيلة، ونهى عن بيع الرجل على بيع أخيه^(٤)، وعن تلقي الركبان، وعن بيع الحاضر للبادي^(٥)، وغيرهما من عقود الغرر، وحرم التعامل بالخباياث كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لأنها تضر بالصحة، قال الرسول ﷺ (أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)^(٦).
- ٣- وفي العقوبات حرم التمثيل بجثة من ينفذ عليه القصاص^(٧)، كما حرم التمثيل والاهانة بجثث القتلى في الحروب، وحرم المس بكرامة الأسير، وأمر باحترامه، وجعل الشبهة في جرائم الحدود وسيلة لسقوط عقوبتها^(٨)، وفتح

(١) قال الرسول ﷺ (من احتكر فهو خاطئ)، صحيح مسلم ١٢٢٧/٣.

(٢) قال الرسول ﷺ (لا تصروا الأبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين (السرابين) بعد أن حلبها أن شاء أمسك وأن شاء ردها وصاعا من تمر)، متفق عليه، سبل السلام ٣٣/٣، والتصرية ربط اخلاف الناقة والشاة والبقرة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيظن المشتري ان ذلك عدتها.

(٣) مر الرسول ﷺ على صبرة (الكومة المجموعة من الطعام) فأدخل يده فيها فنالت اصابعه بلا فقال ﷺ (ما هذا يا صاحب الطعام)، قال أصابته السماء يا رسول الله، قال ﷺ (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس منا)، أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب من غشنا فليس منا، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٦٨/٢.

(٤) قال الرسول ﷺ (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته)، المرجع السابق، أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/٩.

(٥) قال الرسول ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد)، المرجع السابق ٢٦/٣، الركبان: الذين يجلبون الى المدينة محصولاتهم لبيعها فيها، أخرجه مسلم، كتاب البيوع، بسبب تحريم حاضر لباد، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٢٠/١٠.

(٦) صحيح مسلم ١٢٠٧/٣.

(٧) قال تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل انه كان منصوراً)، سورة الاسراء ٣٣.

(٨) قال الرسول ﷺ : (أدروا الحدود بالشبهات ما استطعتم).

باب العفو عن العقوبة أو تخفيفها أمام صاحب الحق، وحدث على ذلك في آيات كثيرة^(١)، وحرم قلع الأشجار، وحرق المزروعات، وهدم البيوت، وقتل الحيوانات أثناء الحروب.

٤- وفي العادات حرم الغيبة والنميمة، والتدخل في شؤون الغير^(٢)، والتلاعب بالموازن^(٣) والتبذير والتفتير في الإنفاق^(٤)، وأمر برعاية الكفاءة في الزواج حتى يكون آدم، وأمر باستئذان البنات إضافة إلى إذن الولي في الزواج^(٥)، ومنع أن تتولى المرأة تزويج نفسها بدون إذن وليها حتى لا تتسبب اليأس الوقاحة^(٦)، وحذر من سوء الظن^(٧)، وحرم الحسد^(٨) والنفاق^(٩) والكسب، واعتبر الرياء والملق نوعاً من الشرك^(١٠)، وأمر بأن يكون ظاهر الإنسان مطابقاً لباطنه وأن يصدق عمله كلامه مهما كلف الثمن.

- (١) قال تعالى ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾، سورة الإسراء ٣٣، وقال ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف﴾، سورة البقرة ١٧٨.
- (٢) قال تعالى ﴿ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً﴾، سورة الحجرات ١٢، وقال الرسول ﷺ (من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه). وروي في صحف إبراهيم عليه السلام (من عد كلامه من عمله قل كلامه إلا فيما يعنيه)، والمراد بالكلام ما يشمل العمل، سبل السلام ٢٣٤/١، وقال (الصمت حكمة وفاقه قليل)، المرجع السابق ٢٣٧/٤، أخرجه الامام أحمد ٢٠١/١٠.
- (٣) قال تعالى ﴿ويل للمطففين، الذين إذا أكتالوا على الناس يستوفون، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾، سورة المطففين ١-٣.
- (٤) قال تعالى ﴿ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتعبد ملوماً محسوراً﴾، سورة الإسراء ٢٩، وقال تعالى ﴿ولا تبذر تبذيراً، إن المبذرين كانوا أخوان الشياطين﴾، سورة الإسراء ٢٦-٢٧، أخرجه مسلم كتاب النكاح باب استئذان النيب، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠١٤/٩.
- (٥) قال رسول الله ﷺ: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن)، سبل السلام ١٥٥/٣.
- (٦) قال رسول الله ﷺ (لا نكاح إلا بولي)، المرجع السابق ١٥٣.
- (٧) قال رسول الله ﷺ (أيكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)، متفق عليه، أخرجه مسلم، كتاب البر، باب تحريم الظن، صحيح مسلم بشرح النووي ٣٤٥/١٦.
- (٨) قال رسول الله ﷺ (أيكم والحسد فإن الحسد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب)، المرجع السابق ٢٣٨/٤، أخرجه أبو داود، كتاب الأدب باب الحسد ٢٧٨/٤.
- (٩) قال رسول الله ﷺ: (أبى المناقب ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أئمن خان)، متفق عليه، المرجع السابق ٢٤٦/٤.
- (١٠) قال رسول الله ﷺ: (إن أخوف ما أخاف عظيم الشرك الأصغر الرياء)، المرجع السابق ٢٤٣/٤.

الصلة بين اقسام المصالح

يتضح لنا من العرض المذكور لأقسام المصالح باعتبار أهميتها انها فسي الحقيقة مراتب (أو درجات) وتحتل الضروريات الدرجة الاولى فسي الأهمية والحاجيات الثانية والتحسينيات الدرجة الثالثة، فالثالثة متممة للثانية والثانية للاولى، فالأخيرتان خادمتان لها فتتأثران كلياً بفواتها وتتأثر هي جزئياً بفواتهما كالآتي:

أ- الضروري أصل للحاجي والتحسيني (التكميلي) فالوجود الدنيوي كالأخروي متوقف على رعاية وحماية للضروريات الخمس، فلو عدم الدين لعدم الثواب والعقاب في الآخرة ولأصبح خلق الانسان عبثاً وسدى، وقد قال تعالى في استنقاهم انكاري ﴿أحسب الانسان أن يترك سدى﴾^(١)، ولو عدمت الحياة أو العقل لعدم من يتدين، ولو عدم النسل لزال بقاء سلالة الانسان بالطريقة المطلوبة، ولو فقد المال لأستحال العيش.

ب- أختلال الضروريات يستلزم اختلال الحاجيات والتحسينيات لان الضروري أصل (وموصوف) وزواله يستلزم زوال فرعه (أو وصفه)، ولو انتفى اصل العقد لانتفى كل اعتبار لشروط عدم الجهالة وعدم الغرر، وكذلك لو سقط القصاص لم يبق لاعتبار المماثلة دور، وهكذا.

ج- لايلزم من اختلال الحاجي أو التحسيني اختلال الضروري دائماً، فالزواج لا يبطل اذا لم يذكر فيه المهر^(٢)، وكذلك العقد لا يعتبر باطلاً اذا حصل فيه الغرر^(٣)، وهكذا.

د- قد يؤدي اختلال الحاجي أو التحسيني الى اختلال الضروري اذا أهملت رعايته لان الراعي الذي يرعى حول الحمى يوشك ان يقع فيه^(٤)، فمن شرب

(١) سورة القيامة ٣٦.

(٢) المهر ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، بل من متمامته، ويدل على ذلك دلالة اشارة قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾، سورة البقرة ٢٣٦، ولان الطلاق تابع للزواج فالزواج صحيح قبل فرض وتقدير المهر.

(٣) فالمعقود الاحتمالية كعقد التأمين فيها الغرر ويعترف بها القانون، والعقود المنصبة على الجوز واللوز وغيرهما من ذوات القشور فيها الغرر مع اعتراف الشرع بصحتها.

(٤) قال الرسول ﷺ (ان الحلال بين والحرام بين وبينهما مثاهبات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كسالراعي

كمية قليلة من المسكرات قد يندفع الى تعاطي الكميات الكثيرة المخلة بحفظ العقل، ومنع الخلوة مع امرأة أجنبية بدون محرم من الحاجيات واخلاله قد يؤدي الى حدوث الخلل في الضروري (حفظ العرض والنسب) بالوقوع في خطيئة الزنا، وهكذا. ولان المتجرى على الأخف بالاخلال به معرض للتجرؤ على الاشد، ثم قد يكون في ابطال المكملات بصورة مطلقة ابطال الضروريات بوجه ما.

هـ- ما جاء في الفقرات الاربعة المذكورة يدل بوضوح على ان الانسان يجسب ان يلتزم برعاية وحماية الحاجيات والتحسينيات تبعاً لإلزامه بحفظ الضروريات^(١).

أبعاد ترتب المصالح على الاحكام

سبق بيان أن مقاصد الشارع في تشريع أحكامه مصالح الانسان، ولكن هذا لا يعني ان الترتيب لازم ضروري لا ينفك عن الحكم، بل قد يكون يقينياً وقد يكون ظنياً (وقوعه راجحاً)، وقد يكون متساوي الوجود والعدم، وقد يكون وهمياً (عدمه هو الراجح) لأسباب خارجة عن الحكم ومانعة عن ترتب المقصود عليه كالآتي:

أ- قد يكون تحقق المصلحة بعد تنفيذ الحكم قطعياً كترتب حقوق والتزامات المتعاقدين على البيع الذي يستوفي اركانه وشروطه وتنفي موانعه، فبمجرد تمام هذا البيع يترتب حق البائع في الثمن والتزامه بتسليم المبيع وحسب المشتري في المبيع والتزامه بدفع الثمن ترتباً يقينياً غير قابل للشك، ومن المعروف ان صحة العقد من الاحكام الشرعية الوضعية.

ب- وقد يكون ظنياً (أي تحققه راجحاً على عدمه) كمصلحة حفظ الحياة المترتبة على تنفيذ القصاص، فالقصاص يحقق الانزجار وقد ثبت بالاستقراء

يرعى حول الحمى يوشك ان يقع فيه الا وان لكل ملك حمى الا وان حمى الله محارمه، الا وان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله، واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهي القلب، متفق عليه، وقال الغزالي رحمه الله تعالى (لا يراد بالقلب المضغة، اذ هي موجودة للبهائم مدركة بالبصر بل المراد بالقلب لطيفة ربانية روحانية لها بهذا القلب الجسماني تعلق وتلك اللطيفة هي حقيقة الانسان وهي المدركة العارفة من الانسان)، سبل السلام ٢٢٨/٤.

(١) لمزيد من التفصيل، راجع المواقفات للشاطبي ١٦/٢، وما بعدها.

ان الممتنعين عن القتل أكثر بكثير من المقدمين عليه بفضل العقوبة، لان العاقل اذا علم انه إن قَتَلَ قَتْلًا، امتنع غالباً عن الاقدام على ارتكاب جريمة القتل، ومع ذلك يبقى بعض الناس لا يتعظون بالعقوبة. وكذلك عقوبة قطع اليد لمرتكبي السرقات، تترتب عليها مصلحة حفظ الاموال ترتباً ظنياً كما يشهد بذلك واقع البلاد التي تطبق فيها هذه العقوبة^(١). ومن الواضح ان عقوبة اعدام السارق في بلدنا العراق خلال السنوات الماضية بسبب ظروف الحرب قد قللت من حوادث السرقات ولكن لم تقض عليها قضاءً نهائياً.

ج- وقد يكون وجود المصلحة وعدمها بدرجة متساوية كما في عقوبة تعاطي المسكرات فان تطبيقها في العصور الاسلامية أثبت انه لم يكف الناس عن تعاطيها كفاً قطعياً أو ظنياً^(٢)، ولعل ذلك قد يرجع الى عدم شدة العقوبة^(٣) أو الى تزامن عوامل مشجعة كعدم انتشار الوعي الديني والثقافي وقلّة الالتزام ببقيّة الاحكام الشرعية المنظمة للسلوك.

د- وقد يكون عدم حصول المقصود أرجح لخلل لا يرجع الى اصل الحكم، وانما لعوامل تحول دون ترتب المصلحة على الحكم كمن تزوج امرأة طاعنة في سن اليأس لغرض التناسل، فان عدد من لا تنسل منهن أكثر ممن تنسل بمقتضى طبيعة الحال.

حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً للاحكام

رغم ان معظم أهل الشرع قديماً وحديثاً على ان أفعال الله تعالى غير معللة بالاغراض^(٤)، الا ان الكل متفقون على ان جميع احكامه منكفلة بتحقيق مصالح العباد اذا خضعوا لها ونفذوها بالطريقة المطلوبة، ولو رجعنا الى القرآن الكريم

(١) كالمملكة العربية السعودية

(٢) مختصر المنتهى الاصولي وشرحه، المرجع السابق ٢٤٠/٢

(٣) ويؤيد ذلك ان الخلفاء الراشدين اضافوا الى اصل العقوبة (اربعين جلدة) عقوبة تعزيرية كانت عبارة عن اربعين جلدة أخرى عندما وجدوا عدم كفا بعض الناس عن تعاطي المسكرات. فيجوز لولي الأمر -رعاية للمصلحة العامة- ان يحدث عقوبة تعزيرية إضافة الى العقوبة الحدية إذا وجد أن الردع والزجر لا يتحققان بالعقوبة الحدية وحدها في ظرف من الظروف.

(٤) وسندهم هو انه لو كان فعله لغرض لكان ناقصاً بذاته مستكماً بغيره وهو تحصيل ذلك الغرض، ولكن هذا يرد بأن الغرض يعود الى الانسان لا اليه.

والعقل السليم لوجدنا ان هناك أدلة منها عقلية ومنها عقلية تدل بشكل لا يقبل الجدل والنقاش على حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً لاحكام الله :

أولاً: القرآن الكريم

يتضمن القرآن الكريم مئات الآيات وهي تدل دلالة واضحة على ان حكيم أحكام الله (العلّة الغائية) هي مصالح الناس، ومنها ما يلي:

أ- قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾^(١) يدل على أن حكمة تشريع القصاص هو مصلحة حماية الحياة.

ب- وقوله تعالى ﴿وأقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾^(٢) يدل على ان الحكمة المقصودة من تكليف الانسان باقامة الصلاة هو انها من الوسائل الاحترازية والوقائية ضد السلوك الاجرامي وهي تحول دون انحراف المصلي نحو ارتكاب الفواحش والمنكرات اذا أقيمت بصورة صحيحة، وفي ذلك مصلحة الدين وحفظ الحياة وحماية المال والنسب والعقل.

ج- وقوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾^(٣) يدل على ان في الصيام اكتساب التقوى، والتقوى: قمة التحلي بالاخلاق الفاضلة والتخلي عن الرذائل، وجه التسمية انها تقي الانسان عن الشر.

د- وقوله تعالى ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾^(٤) يدل على ان حكمة ارسال سيدنا محمد ﷺ كسائر الانبياء هو تحقيق الرحمة (المصلحة) التي تتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة.

هـ- وقوله تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم﴾^(٥) يدل على ان تكليف الانسان بالاحكام لاتمام النعمة عليهم من غير ان يؤدي هذا التكليف الى الضيق والمشقة والحرج.

(١) سورة البقرة ١٧٩.

(٢) سورة العنكبوت ٤٠.

(٣) سورة البقرة ١٨٣.

(٤) سورة الانبياء ١٠٧.

(٥) سورة المائدة ٦.

ثانياً: المعقول

العقل السليم يقضي بان الخالق الذي خلق كوناً لم يصل ولن يصل العقل البشري بعد الى الاحاطة بابعاده ولا الى ادراك الغازه ولا الى استيعاب مكوناته ليس بحاجة الى ما كلفنا به من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيره من سائر العبادات والاعمال الخيرية، كذلك لا يتاثر بأعمالنا الشريرة، ولو فرضنا ان عالم الانسان بأسره يكون مستغرقاً في السجدة أو منهكاً في الالحاد والزندقة والفساد لما نقصت ولا زادت ذرة من عظمة الله.

وبناء على ذلك فأحكامه أما أن تستهدف مصالح الناس أو تبقى بدون هدف، والشق الثاني باطل لأنه عبث، والله تعالى منزه من أن يعمل عبثاً، فيثبت الاول وهو المطلوب.

والنتيجة الحتمية لهذا الواقع الشرعي هي أن مصالح الناس علل غائية مقصودة من تشريع الاحكام، وقانون المنطق يرجع جميع الاستدلالات: الى الدليل الاتي وهو الاستدلال بالمعلول على وجود علته والأثر على مؤثره، والى الدليل اللمي وهو الاستدلال بالعلبة على وجود معلولها، والعمل بالمصلحة لاكتشاف الحكم يرجع الى الدليل اللمي، واختلاف العلماء من الاصوليين والفقهاء في العمل بالمصلحة يرجع الى سببين:

أحدهما عدم تحديد المعنى المراد بالمصلحة.

وثانيهما الخلط بين كون المصلحة دليلاً كاشفاً لحكم الله وبين كونها دليلاً موجداً له.

أما اذا حددنا المقصود منها بالمصلحة المعتمدة التي ترجع الى الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات وفسرنا مصدريتها لاحكام بكونها دليلاً كاشفاً لارتفع الخلاف أو لأصبح خلافاً شكلياً (لفظياً).

شروط العمل بالمصلحة

يشترط لصحة العمل بالمصلحة والاستدلال بها على وجود الحكم وكشفه أن تتوافر فيها الشروط التالية:

١- أن تكون مندرجة تحت مقاصد الشارع بأن تكون راجعة أما الى المصالح الضرورية أو الحاجية أو التحسينية، فالمصلحة الشرعية التي تعتبر مصدراً لاكتشاف الحكم هي المصلحة المعتمدة وليست المرسله كما ظن أكثر

الاصوليين لانه لا يوجد في شرع الله مصلحة مرسله غير خاضعة لعلم الله وبالتالي لا اعتبره لها أو عدم اعتباره، فجميع المصالح أما معتبرة عند الله اذا رجعت الى قسم من الاقسام الثلاثة المذكورة وأما مهمله وغير معتبرة -وهي ما عدا المعتبرة عند الله- سواء أكانت معتبرة عند الناس أم لا.

٢- عدم معارضتها لنص تكون دلالاته على الحكم قطعية^(١)، أما اذا تعارضت مع نص تكون دلالاته على الحكم ظنية بان يكون عاماً لم يقصد عمومته أو مطلقاً لم يكن اطلاقه مراداً، فعندئذ يعمل بالمصلحة فيخصص بها العام ويقيد بها المطلق، وبالتالي تعتبر بياناً لمراد الشارع، ولعل هذا هو قصد العلامة الطوفي الذي أنهم بالزندقة حين قال (تقدم المصلحة على النص اذا تعارضت معه)، فهو لم يخرج عما سار عليه الاصوليون والفقهاء كما يساتي بحث ذلك^(٢)، ولم يقصد بالتقديم أهمال النص وأعمال المصلحة بل أراد أعمالهما معاً.

٣- عدم تقويتها لمصلحة أهم منها، فالعمل بمصلحة بقاء عضو مصاب بمرض السرطان والامتناع عن قطعه تقويت لمصلحة أهم وهي بقاء حياة المصاب وأنقاذها بمنع انتشار المرض عن طريق قطع العضو.

كيفية رفع التعارض بين المصالح

بعد الاستعراض المذكور للمصلحة نستطيع ان نستنتج -لرفع التعارض

بين المصالح- المعايير الآتية:

- ١- اذا تعارضت مصلحة حماية الدين مع مصلحة حماية الحياة أو المال تقدم الاولى لانه لولا الدين لما كانت للحياة قيمة حقيقية، لذا فرض الله الجهاد بالنفس والمال في سبيل حماية الدين.
- ٢- اذا تعارضت مصلحة حماية الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الاولى لانه اذا ذهبت الحياة لا تعوض بخلاف المال، ولان المال مقصود لأجل الحياة^(٣).

(١) فلا يستدل بالمصلحة الاقتصادية على مشروعية الفوائد الربوية لأنها أولاً لا ترجع الى المصالح الشرعية من الاقسام الثلاثة، وثانياً تعارض مع آيات قرآنية دالة على تحريمها دلالة قطعية.

ولا يستدل بمصلحة الانثى على التسوية بينها وبين الذكر في الميراث لتعارض هذه التسوية مع النصوص القرآنية.

(٢) عند الكلام على التخصيص والتقييد بالمصلحة.

(٣) يحرم التهريب في سبيل الحصول على الأرباح، وكذلك يحرم كل فعل يقصد به الحصول على المال والربح اذا كان من شأنه ان يعرض الحياة للخطر.

- ٣- إذا تعارضت مصلحة حماية المال أو الحياة مع مصلحة مصلحة العرض والكرامة والشرف تقدم الثانية^(١) لأن الانسان بدون كرامة لا يساوي شيئاً.
- ٤- إذا تعارضت المصلحة الضرورية مع الحاجة أو التحسينية تقدم الاولى لأنها أكثر أهمية^(٢).
- ٥- إذا تعارضت المصلحة التحسينية مع الحاجة تقدم الثانية لأنها أهم^(٣).
- ٦- إذا تعارضت مصلحتان عامتان أو خاصتان يختار أهمهما.
- ٧- إذا تعارضت مصلحة عامة مع أخرى خاصة تقدم العامة^(٤).
- ٨- إذا تعارضت مصلحة مع مفسدة وكانتا متساويتين في الحجم والآثار، أو كانت المفسدة أكثر يجب ترك المصلحة لدرء المفسدة^(٥).
- ٩- إذا تعارضت مصلحة فعلية قائمة مع أخرى احتمالية تقدم الاولى^(٦).
- ١٠- إذا تعارضت مفسدتان (أو مضرتان) يجب اختيار أقلهما خطورة لدفع أشدهما^(٧).

(١) يجب على الانسان أن يضحى بحياته وبماله في سبيل حماية شرفه وعرضه لأن الدفاع الشرعي عن الاعراض والانساب واجب بخلاف الدفاع الشرعي عن المال فإنه حق.

(٢) إذا تعارضت مصلحة الحفاظ على حياة امرأة مع مصلحة الحفاظ على ستر عورتها في حالة العلاج جاز كشف العورة امام طبيب مختص أجنبي ليتولى العلاج أو العملية عند الحاجة.

(٣) يجوز للمرأة كشف عورتها امام الطبيب المختص غير المحرم لغرض العلاج لأن ستر العورة من المصالح التحسينية والأخلاقية، والعلاج من المرض من المصالح الحاجية ورعاية الثانية أهم من التعارض.

(٤) مصلحة خريج الكلية تتطلب أن يتولى وظيفة بعد تخرجه ومصلحة البلد تقتضي التحاقه بالجيش ليتدرب على استعمال السلاح ويدافع عن بلده كلما تعرض لخطر العدوان، وتقدم الثانية لأنها أهم ولأن للخريج نصيباً من هذه المصلحة العامة.

(٥) لصانعي الخمر وبائعها مصلحة مادية وكذلك للدولة مصلحة مالية في استيراد المشروبات المسكرات، ولكن المفسدة التي تترتب على تعاطي هذه المسكرات سواء بالنسبة الى الفرد أو المجتمع أكثر بكثير من تلك المصلحة، ولذا قال سبحانه وتعالى ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما أثم كبير ومنافع للناس وأثمهما أكبر من نفعهما﴾، سورة البقرة ٢١٩.

(٦) وعلى هذا الأساس اذا فقد شخص ولم يعرف مصيره جاز لزوجته المتضررة مادياً أو معنوياً أن تطلب التفريق، وبهذا قضى عمر بن الخطاب ؓ حيث قال (تتكح زوجة المفقود بعد أربع سنين من انقطاع الخبر)، المستصفي، ص ٢٥٧. في هذه الحالة يقوم التعارض بين مصلحة الزوجة في رفع الضرر الحال المؤكد عنها بالتفريق والتزويج، وبين مصلحة الزوج لاحتمال بقائه على الحياة، وفي التفريق الحاق ضرر به لكنه ضرر غير مؤكد لاحتمال موته، ولذلك تقدم مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج ويحكم بالتفريق اذا مضت المدة المعقولة وطالبت هي بذلك.

(٧) وفي هذا المعنى جاء في المجلة م ٢٨: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، فهدم سباح دار الجار لفتح الطريق امام سيارة الحريق مفسدة، واحتراق

- ١١- اذا تعارض الضرر الخاص مع الضرر العام يختار الاول لدفع الثاني^(١).
١٢- اذا تعارضت مصلحتان وكان في رعاية أحدهما سد الذرائع تقدم هذه على الأخرى^(٢).

ومن الواضح ان هناك كثيراً من الامور الضارة في حد ذاتها لكنها تعتبر منافع بالنسبة لغيرها، ومن هذا القبيل المخاطرة بالارواح في حالة قيام حق الدفاع الشرعي عن البلد والمال والنفوس والعرض، وكذا عقوبات المجرمين كقتل الجناة وحبس المفسدين المتجاوزين على حقوق الناس، وغير ذلك من كل عقوبة بدنية أو مالية أو نفسية فأنها ضارة في حد ذاتها لكنها وسائل لحماية الناس في ارواحهم وأعراضهم وأموالهم، وغيرها من المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، ولذلك أجازت شرعاً وقانوناً بل سميت مصالح تجوزاً من قبيل تسمية السبب بأسم مسببه من حفظ الدين والحياة والعرض والمال والعقل وما يتعلق بهذه المصالح.

أهمية المصالح

للمصلحة الشرعية الحقيقية أهمية كبيرة في التفسير الاجتهادية والتطبيقات القضائية والتشريعات الوضعية والتعديلات القانونية كالاتي:

- ١- المصلحة وسيلة لتوسيع معنى النص وأمتداد مجال تطبيقه ليشمل ما هو منطوق به وما هو مسكوت عنه، لأن كل نص شرعي من نصوص الاحكام يتضمن قاعدة شرعية كلية^(٣) دالة على حكم لما هو المذكور فيه

المحل بما فيه من البضائع والاموال ايضاً مفسدة، فيختار الاولى لدفع الثانية مع دفع تعويض لصاحب السياج، لأن الجواز الشرعي الاستثنائي لا ينافي الضمان، أو لأن الاضطراب لا ينافي الضمان.

- (١) اذا كانت عمارة مملوكة ملكية خاصة أو عامة آيلة الى السقوط يجب مدمها دفعاً للضرر العام، وهذا ايضاً من باب تقديم مصلحة حماية الارواح على مصلحة حماية الاموال.
(٢) مثل ذلك قد يكون في ضرب المتهم مصلحة الاعتراف بجريمته، غير ان هذه المصلحة تتعارض مع أخرى وهي مصلحة المضرور فإنه ربما يكون بريئاً من الذنب، وترك ضربه مذنب أهون من ضربه بريء، لأنه ان كان فيه فتح باب كشف الجريمة الا انسه يؤدي الى مفسدة وهي فتح باب تعذيب البريء، المستصفي، ص ٢٥٤.
(٣) أي لا تختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

(منطوق)، فإذا استطاع المجتهد أن يدرك من هذه القاعدة حكمة ومصصلحة حكمها تمكن من أن يطبق الحكم على كل مسألة جزئية يمكن أن تندرج تحتها في ضوء المصلحة المتوخاة من تشريعها.

٢- المصلحة وسيلة مهمة من وسائل تفسير النصوص الغامضة فإذا كان النص غامضاً لسبب ما لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تطبيقه بحجة الغموض بل يجب عليه أن يستعين بالوسائل المعترف بها شرعاً وقانوناً لإزالة هذا الغموض، ومن أهم هذه الوسائل المصلحة المتوخاة من تشريع النص الغامض^(١).

٣- العمل بالأدلة الشرعية التبعية لاحكام الفقه الاسلامي يرجع في الحقيقة والواقع الى العمل بالمصلحة، وعلى سبيل المثل ذكرنا سابقاً أن القياس استدلال بعلّة (مصلحة) حكم مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة.

وكذلك العمل بالاستحسان عمل بمصلحة لاجلها عدل عن القاعدة الكلية في بعض المسائل الجزئية، وهكذا.

٤- النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي تواجه الاسرة البشرية في الماضي والحال والمستقبل غير متناهية، والمنتاهي لا يمكن ان يحسب بالالمنتاهي إلا عن طريق قواعد الكلية ورعاية المقاصد (المصالح) التي شرعت هذه القواعد لاجلها.

٥- والمصلحة مناط تشريع القانون الوضعي وتعديله والغائه، والمشرع في كل بلد من بلاد العالم في التشريع والتعديل والالغاء يتصرف بمقتضى المصالح العليا في هذا البلد.

٦- المصلحة أساس مشترك لتوحيد التشريعات الوضعية في الدول ذوات المصالح المشتركة كالدول الاسلامية والدول العربية في الوقت الحاضر، وكدول أوروبا الشرقية أو الغربية، ولا يخفى ما لهذا التوجه من نتائج مهمة في شتى مجالات الحياة.

(١) للاطلاع على اسباب الغموض راجع مؤلفنا دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء أصول الفقه الاسلامي ص ٢٠٨ وما بعدها.

٧- والمصلحة وغيرها من المصادر التبعية تعد وسائل لارجاع الجزئيات الى كليات النصوص، فهي مصادر كاشفة للأحكام وواسعة الرجاب بحيث لو استعملت بصورة صحيحة لجعلت الفقه الاسلامي مصدراً خصباً لا للقوانين العربية والاسلامية فحسب بل لقوانين دول العالم بأسرها.

حدود المصلحة

لا توجد المصلحة المطلقة لا للافراد ولا للشعوب ولا للامم بل حدود مصلحة كل شخص طبيعياً كان (كالفرد) أو معنوياً (كالدولة) تنتهي عندما تبدأ حدود مصلحة شخص آخر، قال تعالى ﴿تلك حدود الله﴾^(١)، فكل مصلحة مادية او معنوية محاطة بقيود على صاحبها ان يراعى تلك القيود، وعلى سبيل المثل مصلحة الملكية مقيدة بقيود منها ايجابية (فعل الشيء) ومنها سلبية (الامتناع عن الشيء) كآتي:

أ- من القيود الايجابية (التي يتم ركنها التنفيذي بالعمل) :

- ١- الزام المالك باستثمار ما يملك من عناصر الانتاج كالنقود والارض، قال تعالى ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فيشروهم بعذاب أليم﴾، وقال الرسول ﷺ : (ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنوات)، والاحتجار وضع اليد على ارض كانت مباحة للجميع قبل استيلائها وتحديد حدودها بالاحجار ونحوها، أي من أهمل أرضه الزراعية ولم يستثمرها ثلاث سنوات متواليات لولي الامر انتزاعها من يده وتسليمها الى من يحسن استثمارها، قال تعالى ﴿ولقد كتبنا في الزبور من بعد الذكر أن الارض يرثها عبادي الصالحون﴾^(٢) والصالح من يحسن استثمارها.
- ٢- الزام المالك باداء زكاة مملوكه اذا كان من أموال الزكاة، قال تعالى ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾^(٣)، وهناك آيات كثيرة تأمر المالك بالزكاة.
- ٣- الزامه بانفاق ماله الزائد عن حاجته وحاجة من عليه نفقته في سبيل المصلحة العامة، قال تعالى ﴿وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير﴾^(٤).

(١) سورة البقرة ٢٢٩.

(٢) سورة الانبياء ١٠٥.

(٣) سورة البقرة ٤٣.

(٤) سورة الحديد ٧.

- ٤- الزامه بقبول انتزاع مملوكه اذا كان عقاراً^(١) للمصلحه العامه مقابل عوض عادل، وقد طبق ذلك في عهد الرسالة وعهد الخلفاء الراشدين^(٢).
- ب- ومن القيود السلبية (التي يتم ركنها المادي بالامتناع) :
- ١- الزامه بالامتناع عن استعمال مملوكه استعمالاً يضر بالغير، قال النبي ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).
- ٢- الزامه بالامتناع عن تنمية ماله بطرق غير شرعية، كالربا والغش والاحتكار والكذب والجشع ونحو ذلك من الوسائل غير المشروعة.
- ٣- الزامه بالامتناع عن التفتير والاسراف، قال تعالى ﴿ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك﴾^(٤).
- ٤- عدم الخروج على فرائض الارث والوصية، فلا يجوز للانسان أن يخصص الإرث في حال حياته لبعض الورثة ويحرم الآخرين كما لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة.

(١) ويقابله المنقول وهو الذي يمكن نقله من مكان الى آخر مع الاحتفاظ بأصله وهيئته كالكريسي والمنضدة وغيره.

(٢) الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ١٠٤.

(٣) سبل السلام، رواه ابن ماجه.

(٤) سورة الاسراء ٢٩.

المبحث الثالث الاستحسان

حقيقته، اساسه، تطبيقاته، اهميته

حقيقة الإستحسان

بعد الاطلاع على عشرات من تعريفات علماء الاصول في مختلف المذاهب الفقهية والاصولية الاسلامية^(١) وبعد اليأس من الحصول على تعريف واضح جامع مانع ينقد هذا الاصل من اصول الفقه الاسلامي من الحملة غير العادلة التي شنت ولا تزال تشن عليه منذ عهد الامام الشافعي (رحمه الله) الى يومنا هذا، حيث اتهم تارة بأنه تلذذ واجتهاد بالهوى^(٢)، ومرة بأنه شهوة واتباع للهوى

(١) ومنها: تعريف الكرخي من الحنفية، كشف الاسرار ١١٢٣/٣ بأنه (عدول الانسان عن ان يحكم في المسألة لمثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه اقوى يقتضي العدول عن الاول). وقد وجدت هذا التعريف اقرب التعريفات الى حقيقة الاستحسان. وتعريف الباجي من المالكية، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٥ (هو القول بساقوى السدليلين). وتعريف التفتازاني من الشافعية، حاشيته على شرح مختصر ابن الحاجب ٢٨٩/٢ ان (الذي استقر عليه رأي المتأخرين في تعريفه هو ان الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق اليه الافهام). ويقول الأستاذ محمد تقي الحكيم من الشيعة الامامية، الاصول العامة للفقه المقارن، ص ٢٦١ (والمعروف عن الشيعة الامامية والظاهرية انهم من نفاة الاستحسان)، ثم يقول (ان كان المراد من الاستحسان هو خصوص الاخذ باقوى الدليلين، فهو حسن ولا مانع من الاخذ به، الا ان عده اصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له). وقسأل الفتوح من الحنابلة، شرح الكوكب المنير، ص ٣٣٨ (الاستحسان في عرف الاصوليين هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة)، وهذا التعريف قريب من تعريف الكرخي المذكور. وعرفه الشوكاني من الشيعة الزيدية، ارشاد الفحول ٢٤٠ (بانه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه)، وهو ابعد التعريفات الى حقيقة الاستحسان إضافة الى غموضه. وعرفه السالمي من الاباضية، الالفية، بشرح طلعة الشمس ١٨٥ (فسي البيت الآتي:

ومنه الاستحسان ان ينقدح في ذهن ذي العلم دليل واضحاً)، وهو يتفق مع تعريف الشوكاني ولا مجال للتعليل على هذه التعريفات الناقصة الغامضة كما لا فائدة له.

(٢) قال الامام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الإم، الجزء السابع، بسبب ابطال الاستحسان، ص ٢٧ (لا يجوز لمن استهل ان يكون حاكماً او مفتياً ان يحكم ولا ان يفتي الا من جهة خبير لازم وذلك الكتاب ثم السنة، او ما قاله اهل العلم مما لا يختلفون فيه -أي الاجماع- او قياس على بعض هذا ولا يجوز بالاستحسان اذا لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني).

وضلال^(١)، واخرى بأنه عديم الفائدة وتقول على الشريعة الإسلامية^(٢).
وبعد تردد بين هذه الاتهامات وتعريفاته وجسدت بلطف من الله ان
الإستحسان عبارة عن: (عملية إجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل
الحكم الإستثنائي على العمل بدليل الحكم الاصيلي في واقعة معينة إذا وجده
المجتهد احسن بمعيار شرعي).

ولقد اثنى القرآن الكريم على اختيار الاحسن من بين الامور المتعارضة،
فقال سبحانه وتعالى ﴿فبشر عبادي*الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه﴾^(٣)،
وكذلك امر بالإحسان الذي هو جلب مصلحة او دفع مفسدة^(٤)، فقال سبحانه

وقال في كتابه الرسالة، ص ٣٥ (ولو جاز تعطيل القياس جاز لاهل العقول من غير اهل العلم
ان يقولوا فيما ليس فيه خير بما يحضرهم من الاستحسان، وان القول بغير خير ولا قياس غير
جانز)، الى ان يقول (وانما الاستحسان تلذذ).

(١) قال ابن حزم الظاهري في كتابه الاحكام في اصول الاحكام ٧٥٨/٥ (والحق حرق وان
استقبحه الناس، والباطل باطل وان استحسنه الناس، فصيح ان الاستحسان شهوة وإتباع للهوى
وضلال، بالله تعالى نعوذ من الخذلان)، وهذا الفقيه العظيم رغم مكانته العلمية البارزة انكر
كثيراً من البيهيات، ومن اطلع على كتابه المحلى لوجد انه يعتبر كثيراً من احاديث الرسول
ﷺ موضوعة وغير صحيحة؛ وهو ينفرد بتجهيل وتضعيف كثير من الثقات لذا لا يقبل انفراده
فكيف إذا خالف غيره من أمة الحديث.

(٢) قال الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤ (فعرفت بمجموع ما ذكرنا ان ذكر الإستحسان فسي
بحث مستقل لا فائدة فيه اصلاً، لأنه ان كان راجعاً الى الأدلة المتقدمة فهو تكرار، وان كان
خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء بل هو من النقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها
نارة، وبما يضادها اخرى). هذه نماذج من الحملات غير العادلة على هذا الاصل من اصول
الفقه الاسلامي الذي تثبت حقيقته واهميته بإذن الله.

(٣) سورة الزمر ١٨.

(٤) قال الامام عز الدين بن عبدالسلام السلمي (رحمه الله) في كتابه، قواعد الاحكام في مصالح
الانام ١٨٩/٢ (واجمع اية في القرآن للحث على المصالح كلها والزرع عن المفساد باسرها
قوله تعالى ﴿ان الله يامر بالعدل والاحسان وابتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر
والبغي يعظكم لعلمكم تذكرون﴾، سورة النحل ٩٠، فإن الالف واللام في العدل والاحسان للعموم
والاستخراق فلا يبقى من دق العدل وجله شيء الا اندرج في قوله تعالى ﴿ان الله يامر بالعدل﴾
ولا يبقى من دق الاحسان وجله الا اندرج في امره بالإحسان. والعدل هو التسوية والإنصاف،
والإحسان اما جلب مصلحة او دفع مفسدة)، وقال أيضاً ١٣٨/٢ (واعلم ان الله شرع لعباده
السعي في تحصيل مصالح عاجلة واجلة تجمع كل قاعدة فيها علة واحدة ثم استثنى منها ما في
ملايسته مشقة شديدة او مفسدة تربو على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء
مفاسد الدارين او في احدها تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه
مشقة شديدة او مصلحة تربو تلك المفساد وكل ذلك رحمة بعباده ورفق بهم).

تعالى ﴿ان الله يامر بالعدل والإحسان﴾^(١).

يضاح التعريف

- ان الله تعالى في كل واقعة من وقائع الزمان، وفي كل تصرف من تصرفات لانسان حكماً، فإن وصل اليه المجتهد فهو مصيب وإلا فهو مخطيء. وقد ردت هذه الحقيقة على لسان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: (إذا حكم لحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران، وإذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله اجر)^(٢).

وكذلك الله تعالى في كثير من القضايا حكمان، احدهما يختص بحالات السعة والظروف الاعتيادية ويسمى (عزيمة)، وثانيهما يطبق في الحالات الإستثنائية والظروف الطارئة ويسمى (رخصة). والرخصة: ((تبدل الحكم من الصعوبة الى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الاصيلي))^(٣).

ب- عندما يجد المجتهد (او القاضي) تعارض الحكمين (العزيمة والرخصة) (او عارض دليلهما) في قضية يوازن ويقارن بينهما، فإن وجد ان تطبيق الحكم لاصلي (العزيمة) يجلب مشقة لا تطاق او حرجاً لا يتحمل عليه ان يعدل عن عمل بمقتضى دليل الحكم الاصيلي الى العمل بموجب دليل الحكم الإستثنائي، انه احسن لذي العلاقة في هذه القضية من حيث خلوه عن الحرج السذي بأباه قرآن في آيات كثيرة ومنها ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٤)، وقولسه

(١) سورة النحل ٩٠.

(٢) رواه الشيخان.

(٣) في جمع الجوامع لابن السبكي وشرحه للمطري ١١٩/١ ورد الآتي (والحكم الشرعي المأخوذ من الشرع إن تغير من حيث تعلقه من صعوبة له على المكلف الى سهولة كسأن تغير من الحرمة للفعل او الترك الى الحل له للعذر مع قيام السبب للحكم الاصيلي المتخلف عنه للعذر فرخصة، أي فالحكم المتغير اليه السهل المذكور يسمى رخصة، وهي لغة السهولة كاكل الميتة للمضطر والقصر الذي هو ترك الإتمام للمسافر، والسلام هو بيع موصوف في الزمة، وفطر مسافر في رمضان لا يجهد الصوم أي لا يشق عليه مشقة قوية، واجبا (أي اكل الميتة) وقيل هو مباح، ومندوباً (أي القصر) ومباحاً (أي السلم) وخلاف الاولي (أي فطر مسافر لا يجهد الصوم فإن جهده فالفطر اولى) ، واتى بهذه الاحوال اللازمة لبيان اقسام الرخصة من وجوب وندب وابطاح وخلاف الاولي، وحكمها الاصيلي الحرمة، واسبابها الخبث في الميتة ودخول وقتي الصلاة والصوم في القصر والفطر، لانه سبب لوجوب الصلاة تامة والصوم، والغفر في السلم وهي قائمة حال الحل واعذاره الاضطرار والحاجة الى ثمن الغلات قبل ادراكها. (سورة الحج ٧٨).

تعالى ﴿لما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليستمتع نعمته عليكم لعلكم تشكرون﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٢).

واكد الرسول (صلى الله عليه وسلم) ذلك في اقواله ومنها: (بعثت بالحنفية السمحاء)^(٣)، و(انما بعثت ميسرين ولم تبعثوا معسرين)^(٤)، و(ان الله شرع الدين فجعله سهلاً سهماً ولم يجعله ضيقاً)^(٥).

وقد استنبط الفقهاء والاصوليين من هذه الايات والسنن قواعد كلية ومنها (المشقة تجلب التيسير)^(٦)، و(اذا ضاق الامر اتسع)^(٧)، و(الضرورات تبيح المحظورات)^(٨)، و(الضرورات تقدر بقدرها)^(٩)، و(ما جاز بعذر يبطل بزواله)^(١٠)، و(الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(١١)، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس^(١٢) كالجعالة والاجارة فإنهما جرياً على حاجات خاصة والحاجة اذا عمت كانت كالضرورة.

اساس فكرة الإستحسان في القرآن

ارشد القرآن الكريم الانسان الى العدول من تطبيق الحكم الصعب الى الاخذ بالحكم السهل كلما اقتضى الامر ذلك في آيات كثيرة ومنها:
أقوله تعالى ﴿انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم﴾^(١٣).

(١) سورة المائدة ٦.

(٢) سورة البقرة ١٨٥.

(٣) اخرجه احمد في مسنده.

(٤) الطبراني عن ابن عباس.

(٥) رواه الشيخان من حديث ابي هريرة.

(٦) مجلة الاحكام العدلية، م ١٧.

(٧) المجلة، م ١٨.

(٨) هذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه﴾ سورة

البقرة ١٧٣.

(٩) هذه القاعدة مأخوذة من (غير باغ ولا عاد) في الآية المذكورة.

(١٠) المجلة، م ٢٣.

(١١) المجلة، م ٣٣.

(١٢) المجلة، م ٣٢.

(١٣) سورة البقرة ١٧٣.

ب- وقوله تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه﴾^(١).
ج- قوله تعالى ﴿يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾ * اياماً معدودات فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين فمن تطوع خيراً فهو خير له وان تصوموا خيراً لكم ان كنتم تعلمون﴾^(٢).
د- قوله تعالى ﴿يا ايها الذين امنوا اذا تدابنتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾^(٣)، وقوله ﴿وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾^(٤)، وغير ذلك من الايات الاخر من هذا القبيل.

ومن الواضح ان كل اية من هذه الايات تتضمن حكيمين احدهما اصلي والاخر استثنائي، فالاولى تدل على ان حكم اكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة لما في ذلك من المضرة الصحية اما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الاباحة بل الوجوب ان توقف عليه إنقاذ الحياة، وتدل الثانية على ان كل ما حرم على الانسان في الحالات الاعتيادية يتحول الى المباح في الحالات الاضطرارية، وتدل الثالثة على ان حكم صيام رمضان في الحالات الاعتيادية هو الوجوب اما في الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة كالمرض والسفر فيرفع الوجوب ويحل محله الاباحة على ان يقضي الصوم بعد زوال العذر واذا استمر العذر كمرض مزمن ولا يرجى زواله او شيخوخة يصعب معها الصيام فالبديل هو الفدية.

ونستنتج من هذه الآيات وامثالها ان اساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه وزفعه بعد الوقوع، وفقاً لقوله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٥).

(١) سورة الانعام ١١٩.

(٢) سورة البقرة ١٨٣-١٨٤.

(٣) سورة البقرة ٢٨٢.

(٤) سورة البقرة ٢٨٣.

(٥) سورة الحج ٧٨.

وقد أكد الرسول ﷺ مبدأ الأخذ بالآخف^(١)، والإستثناء من القاعدة العامة لدفع الحرج ورفع المشقة في أفضيته وأقواله، ومنها: إقراره للتعامل بالسلم^(٢)، مع مخالفته لقاعدة نهيهِ عن بيع المعدوم، فبعد أن هاجر ﷺ إلى المدينة المنورة وجد أن التعامل بالسلم عرف متداول، ورأى أنه يحقق مصلحة التجار في استثمار نفوذهم ومصلحة أصحاب الأراضي الزراعية في استثمار أرضهم، فأقره بعد أن نظمهم فقال: (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم^(٣)، ووزن معلوم^(٤))، إلى أجل معلوم^(٥)، وحكمه الأصلي هو عدم الجواز لأن محل العقد حين إنشائه معدوم، وهذا ما أقره الرسول ﷺ في قاعدة فقال: (لا تبع ما ليس عندك)^(٦).

أفضية الخلفاء الراشدين على أساس فكرة الاستحسان

من تتبع المراجع المعتمدة وجد كثيراً من تطبيقات مبدأ الاستحسان في أفضية الخلفاء الراشدين ومنها:

أ. قضاء سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)^(٧)

بالعدول عن العقوبة الحدية لجريمة السرقة ضد الجاني إلى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المسؤول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب الجريمة إستثناء من قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾^(٨) وقال تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾، كما في قضية

(١) تخفيف الحكم قد يكون بإسقاطه كما في المجنون أو في تأجيله كالإفطار للمسافر والمريض أو البدل كالفدية بدل الصيام بالنسبة للشيوخ الكبار والمريض مرضاً لا يرجى شفاؤه، والتقديم والتأخير والتنقيص كصلاة المسافر.

(٢) بعد أن هاجر (صلى الله عليه وسلم) إلى المدينة المنورة ووجد حاجة الناس إليه.

(٣) إذا كان المسلم فيه مما يكال.

(٤) إذا كان مما يوزن.

(٥) عن ابن عباس (رضي الله عنه) قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) المدينة المنورة وهم يسلفون الثمار السنة والسنتين فقال (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)، متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب السلم. فتح الباري ٤/٥٣٨، مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤/١٦. وللبخاري (من أسلف في شيء).

(٦) عن حكيم بن حزام، قال سألت النبي (صلى الله عليه وسلم)، فقلت يا رسول الله يأتي الرجل يبيعه ليس عندي فابيعه منه ثم ابتاعه في السوق، قال (لا تبع ما ليس عندك)، المنتقى، شرح الموطأ ٤/٢٦٨، أخرجه الإمام أحمد ٣/٤٠٧. وأبو داود، كتاب البيوع، باب بيع الرجل ما ليس عنده ٣/٢٨١.

(٧) وكذلك قضاءه بمشاركة الاخوة الأشقاء للاخوة من الام في الميراث في الاسهم المخصصة لهم من ثلث التركة في المسألة المشتركة، وهي إذا توفيت عن زوج وأم وأخوين من أم واخوة اشقاء أو الأشقاء والشقيقات، مع ان القاعدة العامة تقضي بالحجب بالإستغراق.

(٨) سورة المائدة ٣٨.

سرقه عبيد لحاطب حين سرقوا ناقة رجل من مزينة - قبيلة - فنحروها، ولما رفع الأمر الى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بقطع ايديهم بعد ثبوت الجريمة، ولكن قبل تنفيذ العقوبة قال لسيدهم حاطب: (ارك تجيعهم، والله لا غرمك غرامة تشق عليك)، ثم قال لمالك الناقة: (كم ثمنها؟)، قال: (كنت امنعها من اربعمائة درهم - أي لم ابعها بهذا الثمن)، ف قضى عمر رضي الله عنه بإعفاء العبيد من العقوبة وبالحكم على حاطب بثمانمائة درهم^(١).

ومن قضائه في المعاملات المدنية حكمه بجواز وصية الصغير المميز والسفيه استثناء من شرط اهلية التبرع^(٢).

ب- قضاء سيدنا عثمان بن عفان (رضي الله عنه) في خلافته

بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها إستثناء من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث بموجب قوله تعالى ﴿ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾^(٣).

وقد قضى بتوريث زوجة عبدالرحمن بن عوف تماضر بعد ان طلقها في مرض موته رعاية لمصلحة الزوجة ونبدأ للباب امام من تسول له نفسه ان يطلق زوجته في مرض موته ليحرمها من تركته، ولم يعترض احد على قضائه هذا، لذا فاعتبره فقهاء المسلمين اجماعاً سكوتياً^(٤) ومصدراً لحكمهم به، ولم يشذ عن القول بهذا الحكم الاستثنائي احد سوى الظاهرية^(٥).

ج- قضاء سيدنا علي بن ابي طالب (رضي الله عنه)

بتضمين الصناع، والقاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا ضمان على مؤتمن)^(٦). ومن الواضح ان يد كل صانع وكل ذي حرفة كالنجار والخياط والنساج والمقاول على المواد الاولية المودعة لديه لصنع ما هو المطلوب منها

(١) موطأ الامام مالك ١٤٢/٢.

(٢) ذلك لرعاية مصلحة الموصي في الحصول على الاجر والثواب في الاخرة مع عدم انتقال ملكية الموصى به الى الموصى له الا بعد وفاة الموصي، لمزيد من التفصيل، راجع المنقلى شرح موطأ ١٥٤/٤٠.

(٣) سورة النساء ١٢.

(٤) راجع المنقلى شرح موطأ ٨٦-٨٧/٤.

(٥) لمزيد من التفصيل والاطلاع على الاراء الخلافية في هذه المسألة، راجع مؤلفنا شرح قانون الاحوال الشخصية (احكام الميراث والوصية)، ص ١٠٣ وما بعدها، وقد قضى ابو يوسف بتوريث زوج المرتهدة منها اذا ارتدت في مرض موتها استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم الارث بعد الفرقة الزوجية، الخراج لابن يوسف، ص ١٨٢.

(٦) نيل الاوطار ٢٩٦/٥، البيهقي ٢٨٩/٦.

يد امانة لا يضمن متلفه ما لم يكن متعدياً او مقصراً، ولكن رعاية لمصلحة اصحاب تلك المواد الاولية قضى سيدنا علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) في خلافته بتضمينهم استثناء من القاعدة العامة^(١).

- الاستنتاج

يمكن ان نستنتج من هذا العرض ان للاستحسان النتائج التالية:

١- الاستحسان ليس لذة ولا هوى كما ظن البعض وانما هو العدول عن تطبيق الحكم الاصلي في واقعة معينة الى حكم استثنائي لما يقتضيه من جلب نفع او دفع حرج او رفع ضيق، وقد ارشدنا الى ذلك القرآن الكريم في آيات كثيرة كما ذكرنا بعضاً منها^(٢).

٢- الاستحسان ليس عدولاً الى اقوى الدليلين كما ظن الكثير من الاصوليين، بل هو عكس هذا التصور لان المفروض ان الحكم الاصلي اما بنص صريح عام او بقاعدة شرعية عامة معترف بها من قبل جميع ائمة الفقه، وان العدول الى الحكم الاستثنائي ليس لكون دليله اقوى وانما لان الواقعة المعنية بهذا الحكم لها خصوصيتها وظروفها الاستثنائية بحيث لو طبق الحكم الاصلي لادى الى قيام حرج مرفوض شرعاً او فوات مصلحة مقصودة شرعاً.

٣- الاستحسان ليس عدولاً عن القياس الجلي الى القياس الخفي كما تصور البعض، لان هذا العدول الخاص ليس الا صورة من صور الاستحسان وهو في حقيقته يرجع الى العدول عن القاعدة العامة القاضية بالعمل بالقياس الجلي اذا تعارض مع القياس الخفي.

٤- تقسيم الاستحسان الى الاستحسان بالنص والاجماع والعرف والقياس والضرورة^(٣)، تقسيم غير سليم بالنسبة للقسمين الاولين، لان العدول الثابت بالنص كما في العدول من الصيام الى الفطر في السفر والمرض والثابت بالاجماع كما في عقد الاستصناع ليس من باب الاستحسان - الذي هو مصدر

(١) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، وفي التفريق بين الاجير الخاص والاجير المشترك، راجع الهداية وبداية المبتدي مع شرح فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها.

(٢) راجع مقدمة هذا الموضوع للاطلاع على الاراء والتعريفات التي بصدد تحديدها معنى الاستحسان.

(٣) كما ورد هذا التقسيم في المراجع الاصولية الحنفية والمالكية والمؤلفات الحديثة، فسي فتح الغفار بشرح المنار ٣٠/٣ (والاستحسان يكون بالنص والاجماع والضرورة والقياس)، وكذلك في كشف الاسرار ١١٢٥/٣، ومصادر التشريع فيما لا نص فيه للاستاذ عبدالوهاب خلائف، ص ٦١-٦٢، اصول الفقه الاسلامي، الدكتور محمد مصطفى شلبي ٢٨٢/١ وما بعدها.

عقلي تبني كاشف- ولأن مصدر الحكم في هاتين الحالتين هو النص والاجماع ولا يرجع الى العمل بالاستحسان عند وجود واحد منهما كما هو واضح.

٥- والعمل بالاستحسان يرجع الى العمل بالمصلحة من جلب منفعة او دفع مضره، الا ان العمل بها في صورة الاستحسان يكون من باب الاستثناء من القواعد الكلية والنصوص العامة، فكل واقعة يطبق فيها الاستحسان تطبق فيها المصلحة دون العكس.

٦- الاستحسان اصل من اصول الفقه الاسلامي ارشدنا الى تطبيقه القرآن الكريم والسنة النبوية وقضاء الخلفاء الراشدين، وله اهمية كبيرة في الحياة العملية وفي الوقائع المحاطة بالظروف الطارئة، حيث ان تطبيق الاحكام الاصلية فيها يؤدي الى حدوث حرج او تقويت مصلحة مشروعة. والهاصل ان الاستحسان عبارة عن العدول عن العمل بالزيمة الى العمل بالرخصة لما يدعو الى ذلك، وان العمل بالاستحسان هو العمل بالنصوص التي تدعو الى اليسر ورفع الحرج.

التطبيقات الفقهية المستندة الى مبدأ الاستحسان

بني فقهاء المسلمين وبصورة خاصة الحنفية كثيراً من الاحكام الفقهية على الاستحسان ومنها:

- ١- للاب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر، وللجد تزويج حفيده من حفيده استثناء من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد (وعدم جواز صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد)، ذلك رعاية لمصلحة القاصر^(١).
- ٢- اذا ظفر الإنسان بجنس (صنفة ونوعه) حقه بمال من ظلمه، فإنه يستقل بأخذه فيقوم مقام القايض والمقبض لمسيب الحاجة^(٢).
- ٣- الإنابة في الشهادة فتقبل الشهادة على الشهادة لعذر، رغم ان الشهادة مأخوذة من المشاهدة^(٣) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٤).

(١) قواعد الاحكام في مصالح الانام، المرجع السابق ١٧٥/٢.

(٢) المرجع السابق ١٧٦/٢.

(٣) المطلي لابن حزم ٤٣٨/٩.

(٤) في المغني لابن قدامة ٢٠٦/٩ (اجمعت العلماء من اهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها).

٤- عدم قبول شهادة الاصول لمصلحة الفروع وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الاصول، إستثناء من الإطلاق الوارد في النصوص ومنها قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾^(١) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٢).

الاستحسان وتعديل الإلتزامات القانونية القائمة

قد ينشأ الإلتزام صحيحاً -سواء اكان سببه تصرفاً (عقداً او ارادة منفردة) قولياً ام فعلياً ام تصرفاً فعلياً فاعلاً نافعاً أو ضاراً أم واقعة شرعية قانونية- ولكن قد يستصحبه حين إنشائه سببه او بعده ظرف خاص او شرط تعسفي يجعل تنفيذه بمقتضى سببه المنشئي ضاراً باحد اطراف العقد او غير ملائم مع مصلحة عامة، الامر الذي يبرر للقاضي ان يتدخل ليعدل الإلتزام او سببه بما يزيل (او يخفف) الضرر او يحقق مصلحة عامة.

وعلى هذا الاساس يمكن القول بأن جميع التعديلات القضائية او الادارية بل حتى التشريعية رعاية للعدالة او المصلحة العامة ترجع الى تطبيق الاستحسان الذي هو اصل من اصول الفقه الاسلامي.

ومن تطبيقات التعديلات الراجعة الى هذا الاصل ما يلي:

أولاً- تعديل الإلتزام لإزالة (او تخفيف) الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ؛ مقتضى القاعدة العامة: (العقد شريعة المتعاقدين)^(٣) وهو وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه لقوته الملزمة فلا يجوز لاي من اطرافه او القاضي ان يستقل بنقضه او تعديله.

ومع ذلك اذا طرأ ظرف (او حادث) إستثنائي عام^(٤) لم يكن فسي الوسع توقعه وترتب على حدوثه ان اصبحت تنفيذ الإلتزام التعاقدية مرهقاً^(٥) للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف ويعهد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة ذلك^(٦). ويعتبر باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك لإن حق طلب إزالة الضرر من

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) المغني المرجع السابق ١٩١/٩، المهذب لابي إسحاق الشيرازي ٢/٣٣٠.

(٣) المدني الفرنسي، م ٣/١١٣٤، المدني المصري، م ١٤٧.

(٤) في الفقه الاسلامي لا يشترط ان يكون عاماً بل يعتبر من الظروف الطارئة المبررة للتعديل المرض والافلاس ونحوهما.

(٥) أي لا مستحيلاً والا القضي الإلتزام تلقائياً وانفسخ العقد.

(٦) في بعض القوانين للمدين ان يطلب الفسخ وللمتعاقد الاخر ان يبدأ طلب الفسخ بان يعرض تعديلاً للشرط بما يتفق مع العدالة، وبه اخذ القانون المدني الايطالي، م ١٤٦٧.

النظام العام، وأصل هذا التعديل هو الاستحسان^(١).

ثانياً- تعديل الالتزام بسبب الاستغلال: إذا كان أحد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه^(٢) أو هواه أو عدم خبرته^(٣) أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش^(٤) جاز خلال مدة يحددها القانون أو العرف ان يطلسب مسن القاضي تعديل التزامه برفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فهذا التعديل من تطبيقات الاستحسان، لانه عدول عن تطبيق قاعدة: (العقد شريعة المتعاقدين) الى تطبيق مبادئ العدالة.

ثالثاً- تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي: الشرط الجزائي هو إتفاق مسابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه، فهو تقدير إتفاقي للتعويض قبل وقوع الضرر. فإذا أثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة، فسي هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي الى حد يستلائم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير^(٥)، وهذا يرجع ايضاً الى العمل بالاستحسان.

رابعاً- تعديل الالتزام عن طريق تعديل شروط عقد الإذعان: عقد الإذعان هو

(١) ومن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يلي:

أ- أن يكون العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر أو الفوري المؤجل أو الدوري.

ب- أن يحدث بعد العقد ظرف (أو حادث) إستثنائي عام غير متوقع كالحرب والفيضان والزلازل.

ج- أن يجعل هذا الظرف (أو الحادث) تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً.

ومن المعروف ان هذه النظرية لها جذورها واسسها في الشريعة الاسلامية المشبعة بالقواعد الاخلاقية وقواعد العدالة، وقد ازدهرت النظرية في القانون الدولي ثم انتقلت الى القانون الاداري واخذ بها القضاء الاداري ثم اقرها القانون المدني الخاص.

(٢) الطيش: عدم التفكير بعواقب الامور.

(٣) عدم القدرة على تمييز الجيد من الرديء.

(٤) الغبن الفاحش: بيع السلعة باكثر من ثمنها الذي تعارف عليه الناس عادة، او بيعها باقل مسن ثمنها المتعارف عليها. وفكرة الغبن ترجع الى قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (إذا بايعت قتل لا خلاية ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فاردد) اخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع. والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم المقومين بخلاف الغبن اليسير، والغبن اليسير معتقّر الا اذا كان المغبون قاصراً او دولة او جهة الوقف. لمزيد مسن التفصيل، راجع المسند العراقي، م ١٢٥، والمصري، م ١/١٢٩ وشروجهما، والدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ١/٢٦٣ ذ ٢٠٦. صحيح مسلم بشرح النووي ٤٣٣/١٠.

(٥) عبدالمنعم البدر اوي، مصادر الالتزام ٩٢/٢.

عقد لم تسبقه مرحلة التفاوض بين المتعاقدين على شرائطه، فالمتعاقدين القابل اما ان يسلم بهذه الشروط كما هي دون تعديل او يدع التعاقد، فهي توضع سلفاً ولا تقبل المناقشة لتمتع واضعها بسلطة اقتصادية نابعة عن الاحتكار الفعلي او القانوني بالنسبة الى سلع وخدمات ضرورية يتولى تقديمها للجمهور كالماء والكهرباء والهاتف ووسائل النقل. فاذا تم العقد بطريق الازعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(١).

خامساً- تعديل العقود الادارية والقرارات الادارية: من المعروف ان القضاء الاداري لا يتقيد بالنصوص التشريعية بالدرجة التي يتقيد بها القضاء المدني لانه لا ينظر الا في الدعاوي ذات العلاقة بالمصالح العامة، وهذا ما يدعوه الى الحرص على ان يوفق بين القواعد العامة وبين ما تقتضيه المصلحة العامة^(٢)، وللادارة تعديل المرفق العام^(٣) وتعديل الالتزامات وطرق ووسائل تنفيذ العقد^(٤) وتعديل اللوائح^(٥).

وهكذا جميع الاستثناءات والتعديلات ترجع الى الاستحسان الذي هو اصل من اصول الفقه الاسلامي.

-
- (١) المدني العراقي، ص ١٦٧/٢، المدني المصري، م ١/١٤٩.
- (٢) م ١١٣٤ المدني الفرنسي التي تنص على (ان العقد شريعة المتعاقدين والتي تمسك بها القضاء المدني الفرنسي الى ابعد حد لا تلزم القضاء الاداري مطلقاً، ولمجلس الدولة الفرنسي ان يعدل العقد بما يتلائم مع مقتضيات العدالة وبما يساير الظروف الجديدة التي لم تكن في الحسبان)، اذكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص ٣٣٣.
- (٣) يقول بيكينيو (ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن ان تحول بين الادارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول الى اداء احسن او الى تطوير المرفق ليساير اهدافه)، اذكتور عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، ص ١٩٦.
- (٤) يقول ريبرو (ان سلطة التعديل الانفرادي قد تاكدت بقوة عن طريق القضاء استناداً لمبدأ تغليب المصالح العام الذي يستوجب ازالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة)، المرجع السابق، ص ١٩٧.
- (٥) يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ص ٦٠٢ (استقرت القاعدة في فرنسا وفي مصر على انه يجوز للادارة في كل وقت ان تعدل اللوائح او تلغيها او ان تستبدل غيرها وفقاً لمقتضيات المصالح العام).

المبحث الرابع الذرائع سداها وقتحها

الذرائع جمع ذريعة، وهي لغة: الوسيلة التي يتوصل بها الى تحقيق غرض مطلق، أي بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض الذي يتوصل بها اليه.

وفي اصطلاح الاصوليين له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو اعطاء الوسيلة حكم غايتها^(١)، فالوسائل التي يكون غاياتها مشروعة تفتح ابوابها امام الناس، اما الوسائل التي تؤدي الى غايات مضره فاسده او كانت مفسدها تساوي مصالحها او تزيد عليها فانها تسد ابوابها ويمنع من مزاولتها. ومن الواضح ان العالم الذي يعيش فيه الناس عالم الاسباب وليس عالم المعجزات، فكل من لم يباشر السبب لن ينال مسببه، تلك سنة الله في خلقه ولن تجد لسنة الله تبديلاً، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿إنا مكنا له في الارض واثنينا من كل شيء سبباً﴾^(٢).

فلكل نتيجة مقدمات، ولكل مسبب سبب، ولكل غاية وسيلة ولكل غرض تصرف، ولكل معطل علة، ولكل امل عمل، والنظر في مآلات تصرفات الانسان

(١) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٣٥/٣ (لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا باسباب وطرق تقضي اليها كانت طرقها واسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إضنائها الى غاياتها وإرتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في صحتها، والاذن فيها بحسب إضنائها الى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصود قصد الوسائل، فاذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تقضي اليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً لسه، ومنعاً ان يقرب حماه، ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفس به، وحكمته تعالى وعلمه يابى ذلك كل الإباء بل سياسة ملوك الدنيا تآبى ذلك، فإن احدهم اذا منع جنده او رعيته او اهل بيته من شيء ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه لعد تناقضاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الاطباء اذا ارادوا حسم السءاء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه، والا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في اعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال).

ومن تأمل مصادرهما ومواردها علم ان الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية الى المحارم بان حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً الى الشيء.

(٢) سورة الكهف ٨٤.

معتبر مقصود شرعاً سواء اكانت التصرفات موافقة للشرع او مخالفة له^(١) وكذلك تصرفات الانسان قولية ام فعلية تابعة للنيات، والنية روح العمل وقوامه، فهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها وفقاً للقاعدة الشرعية الكلية التي نطق بها رسول الله ﷺ في جملتين وهما: (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى)^(٢)، فبين في الجملة الاولى ان العمل الصادر عن البالغ الرشيد المختار لا يقع الا بالنية وان العمل تابع لها صحة وفساداً قبولاً ورفضاً، ووضح في الثانية ان العامل ليس له من عمله سوى ما نواه سواء اكان العمل من المعاملات ام من العبادات ام من غيرها^(٣).

وتختلف اهمية وخطورة الوسيلة باختلاف اهمية وخطورة غايتها^(٤)، فكم من فعل مشروع لذاته يحكم عليه بعدم المشروعية بالنظر الى ما يؤول اليه من مضرة ومفسدة وكم من فعل غير مشروع لذاته يعتبر مشروعاً لما يحققه من مصلحة مشروعة.

❖ ونستنتج من هذه المقدمة ان الفرائع (الوسائل) من حيث المشروعية

(١) قال الشاطبي الموافقات ٤/١٩٤-١٩٥ (النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً كانت الافعال موافقة او مخالفة، وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالانجام او الاحجام الا بعد نظرة الى ما يؤول اليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب او لمفسدة تدرك، ولكن له مال على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، او لمصلحة تندفع به، ولكن له مال على خلاف ذلك، فاذا اطلق القول في الاول بالمشروعية فربما ادى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من اطلاق القبول بالمشروعية، وكذلك اذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما ادى استدفاع المفسدة الى مفسدة تساوي او تزيد فلا يصح اطلاق القبول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، الا انه عذب المذاق محمود الغضب جبار على مقاصد الشريعة).

(٢) وهو من الاحاديث المشهورة بل قال البعض انه متواتر معنى.

(٣) اعلام الموقعين، المرجع السابق ٣/١١١.

(٤) قال عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الاحكام في مصالح الانام ١/١٢٣ (يختلف اجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها، فالتوسل الى معرفة الله تعالى ومعرفة ذاته وصفاته افضل من التوسل الى معرفة احكامه. . . الى اخره)، ويقول ايضاً ٢/١٢٦ (ويختلف وزن وسائل المخالفات باختلاف رذائل المقاصد ومفاسدها، فالوسيلة الى ارضل المقاصد ارضل من سائر الوسائل، فالتوسل الى الجهل بذات الله وصفاته ارضل من التوسل الى الجهل لاحكامه، والتوسل الى القتل ارضل من التوسل الى الزنا، والتوسل الى الزنا ارضل من التوسل الى الاكل بالباطل والاعانة على القتل بالامساك ارضل من الدلالة عليه. . . الى اخره).

وعدمها تنقسم الى اربعة اقسام:

- ١- كل من الوسيلة والغاية مشروعة.
- ٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة.
- ٣- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة.
- ٤- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.

القسم الاول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل)

لما تؤدي اليها من تحقيق منافع ومصالح عامة، ومن تطبيقاتها مايلي:

أ- تحديد ملكية الاراضي الزراعية وتنظيم الري، وتقديم العون من الخزائنة العامة الى كل من يستثمر الاراضي الزراعية، وتسوير الوسائل الحديثة للحراث والسقي، كل ذلك لغرض تطوير المنتوجات والمحصولات الزراعية من حيث الكم والكيف.

ب- بناء القرى العصرية بحيث تتوفر فيها كافة الوسائل الصحية والاجتماعية والثقافية لغرض تشجيع الهجرة المعاكسة، أي من المدن الى القرى والارياف، لما في ذلك من مصلحة التنمية الزراعية وتأمين الثروة الحيوانية.

ج- مراقبة تطبيق نظام المرور بدقة وتسجيل المخالفات المرورية بالاجهزة الحديثة المتطورة ومحاسبة المخالفين بشدة لغرض حماية سلامة الناس والمحافظة على وسائل المواصلات والاموال العامة مما يتعلق بالشوارع والطرق والجسور.

د- الإهتمام الزائد بالتعليم في جميع مراحلها، والإستمرار على تطوير المناهج في ضوء تطور متطلبات الحياة، مع اعطاء الاولوية لتكوين الكادر التدريسي الكفوء وتقديم الدعم المادي والمعنوي للأسرة التعليمية، كل ذلك لغرض رفع المستوى العلمي.

هـ- كل وسيلة مشروعة اخرى تؤدي الى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة يجب فتحها امام الناس والإهتمام بتنفيذها بكل نقسة وامانة.

القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها الى غايات غير مشروعة
لاخلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد ابواب كل وسيلة غير مشروعة
في ذاتها تؤدي الى نتيجة غير مشروعة بمنع ما لم يرق منها ورفع ما هو قائم،
ومكافئتها بكافة الطرق الوقائية والعلاجية، ونقع مسؤولية مكافحة هذه الذرائع
غير المشروعة بذاتها ونتائجها على الدولة بالدرجة الاولى وعلى الافراد
بالدرجة الثانية، فهي تدخل في باب الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن
المنكر.

وقد امر القرآن الكريم بذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ
أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١).
واكد ذلك الرسول ﷺ بأفعاله وأقواله ومنها: (من رأى منكم منكراً فليغيره
بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الإيمان)^(٢).
ومن تطبيقات الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها ما يلي:

أ- منع الاسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية
فالمسؤولية في مكافحة هذه الذريعة الخبيثة تقع على المجتمع البشري
والاسرة الدولية بأسرها.

ب- صنع المشروبات والمصنوعات المخدرة والاتجار بها مسن الذرائع غير
المشروعة بذاتها وغاياتها، لما فيها من المفسد والمضار الخطيرة بالنسبة للفرد
والمجتمع.

ج- انشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات،
فعلى الدولة وبتعاون مع الافراد سد هذه الذرائع التي إعتبرها القرآن مسن
اعمال الشيطان، فقال سبحانه وتعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ
وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾^(٣) فهي إن كانت نافعة من بعض
الزوايا المادية الضيقة فإنها مضررة من الناحية الصحية والاجتماعية
والاخلاقية والإقتصادية، كما قال تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ

(١) آل عمران ١٠٤.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٨١/٢.

(٣) سورة المائدة ٩٠.

فيهما اسم كبير ومنافع للناس وإنما أكبر من نفعهما^(١)، والمراد بالإثم المضرة والمفسدة.

٢- وقوف بعض الرجال والمراهقين المنحرفين امام مدارس البنات وفي الطرق والشوارع لتضليل اخواتهم وبناتهم لغرض النيل من العرض الذي هو عرضهم، وهتك حرمة الشرف الذي هو شرفهم، وتدنيس النسب الذي هو من صميم اصالة حياة كلهم، كل ذلك من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها، فعلى السلطة والمجتمع والافراد التعاون لمكافحة هذه الظاهرة الإجتماعية الفاسدة، فهي امراض سارية معدية بالسرعة، واطخر بكثير من الامراض التي تجند الدولة امكانياتها لمكافحتها.

٣- الغش والاستغلال والإحتكار والجشع والتعامل في السوق السوداء، كلها ذرائع غير مشروعة يكتسب من ورائها فئة ضالة ارباحاً غير مشروعة على حساب المصلحة العامة وعلى حساب المستهلكين، فعلى السلطة وبمعون المجتمع والافراد سد هذه الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها، وقد نهى الرسول ﷺ عن هذه الذرائع في اقواله الثابتة والمذكورة في المراجع المعتمدة، وهي كثيرة لا مجال لاستعراضها في هذا البحث الاصولي.

تقسيم الثالث الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تحول الى المشروعة لغيرها أي للنتائج المشروعة والمصالح العامة التي يمكن ان تحققها هذه الذرائع في حالات غير اعتيادية، فهذا القسم يدخل في باب جتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة. من تطبيقات هذا القسم ما يلي:

- العقوبة سواء اكانت بدنية ام مالية، مادية ام معنوية، قبيحة في ذاتها لأنها مضرة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته واولاده وغيرهم، ورغم ذلك اقرتها شرائع الله وقوانين الانسان واعترفت بوجود تطبيقاتها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة الى ذلك، لأن هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضرتها لما فيها من

(١) سورة البقرة ٢١٩.

حمايه الامن والإسفرار والمحافظة على الاموال والبنس وادسربس
والانساب.

ب- الكذب قبيح وقول غير مشروع، فهو مضرة ومفسدة في الظروف
الإعتيادية، لكن قد يصبح حسناً مشروعاً اذا حقق غاية مشروعاً ومصالحة
راجحة على مفسدته، كما في الكذب الذي ينفذ ضعيفاً من ظلم قوي ويحمي
عرضاً معرضاً للتهتك وغير ذلك..

ج- اكل الميتة ونحوها وتعاطي الدم من الامور الخبيثة القبيحة لذاتها، لكن اذا
توقف عليه إنفاذ الحياة يتحول الى المباح بل الواجب.

د- نبش الاموات للكشف عن الجريمة او لإخراج ما دفن معه من الاموال
المغصوبة وشق بطن الام المتوفاة لإخراج جنينها المرجو حياته ونقل عضو
من اعضاء الميت وزرعه في جسم حي وامثال ذلك من الامور القبيحة لذاتها
لما فيه من هتك حرمة الميت، لكن المصلحة التي يمكن ان تتحقق من هذه
الذريعة تكون راجحة على مفسدة الهتك.

هـ- الحجر على اموال السفهاء وبيع اموال المدين المماطل رغم عدم رضائه
لتسديد الدين وتحديد تصرفات المريض مريض الموت ووضع الحجر على
المفلس وحجر اموال المدين المماطل واخذ الشفيع المبيع بالشفعة رغم ارادة
البائع والمشتري وغيرها - من امثال هذه القيود السالبة للحرية وللرضا- من
الامور القبيحة لذاتها، ولكنها تحقق مصلحة راجحة على مفسدتها، لذا اقرتها
الشريعة والقانون.

وغير ذلك من الآف التطبيقات من هذا القبيل^(١).

(١) ومنها:

١- الغيبة عمل غير مشروع، لكنها جائزة في حالة الإستشارة كمن يريد ان يخطب بنت
عائلة يستشير بمن يعرفها فيجب ان يقول المستشار محاسن ومساوي هذه العائلة بقدر
الحاجة.

٢- كشف العورة مفسدة لما فيه من هتكها، لكنه جائز في حالات التداوي والعمليات.

٣- ذبح الحيوان مفسدة في حقه، لكنه جائز لمصلحة بقاء الانسان.

٤- اقرار صحة زواج المشركين بعد اسلامهم رغم فسادة جائز، لان الحكم بفساده يقلل من
اسلامهم، قواعد الاحكام ١٠٢/١.

٥- قطع عضو مصاب بالسرطان منعاً لإنتشاره.

٦- زرع الكلية وغيرها من زراعة الاعضاء البشرية.

القسم الرابع الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها .
قد تكون الذريعة مشروعة في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة، كمن يهب مالا لامرأة بقصد بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة باطلة اذا علم الموهوب له بالفصد غير المشروع وللواهب استرداد المال الموهوب.

وقد قسم علماء الاصول^(١) هذا القسم الرابع من الذرائع بإعتبار مدى ترتب النتائج والغايات عليها الى الانواع الثلاثة الآتية:

النوع الاول : هو ان تقضي الوسائل (الذرائع) الى مفسدة (او مضرة) على وجه القطع أو الظن القريب منه، وهذا النوع من الذرائع لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها، ومن تطبيقات هذا النوع :

١- بيع السلاح وقت الفتنة اذا كان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم انه يستخدم في الاعتداء وقتل الابرياء ويكون العقد باطلاً.

٢- بيع المواد الاولية لاصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة وكان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم استخدامها في صنع المسكرات، ويعتبر العقد باطلاً عند اكثر الفقهاء شأنه شأن بيع وشراء المسكرات ذاتها.

النوع الثاني : اجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة الى تحقيق المصلحة اكثر من ان تكون ذريعة الى المفسدة (او المضرة)، ومن صور هذا النوع:

١- صنع الاسلحة الدفاعية وبيعها في الظروف الاعتيادية، فلا يسد مثل هذه الذريعة لمجرد احتمال استعمالها في العدوان.

٢- زراعة العنب وغيره من الفواكه التي تستخرج منها المسكرات المحرمة، لا تسد ولا تمنع لمجرد احتمال استخدامها من قبل اصحاب معامل صنع المسكرات.

(١) لمزيد من التفاصيل، الفروق للقرافي ٢٢٢/٢ و٢٦٦/٣ القاعدة ١٩٤ الفرق بين قاعدة ما يسد في الذرائع وقاعدة ما لا يسد منها.

النوع الثالث: اختلف الفقهاء في سده وفتحه، كالذرائع التي تتعدد بين المصلحة والمفسدة: فمن رأى ان المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها، ومن قال برجحان مفسدتها قال بسدها. ومن صور هذا النوع:

١- قضاء القاضي بعلمه فإنه متردد بين ان تكون وسيلة الى حفظ الحق عندما لا تكون هناك بيئة لاثباته، وبين ان تكون وسيلة لإزهاق الحق عندما يكون القاضي غير خاضع لسultan الإيمان^(١).

٢- التحليل وهو ان تتزوج المطلقة للمرة الثالثة- رجلاً آخر بعد انتهاء العدة بتواطئ مضمونه ان يطلقها بعد ان يعاشرها حتى تحل للزوج الاول بعقد جديد، لأن القرآن حرمها على الزوج المطلق للمرة الثالثة ما لم تتزوج من زوج آخر، فقال تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٢) والمراد بالزوج في هذه الآية هو الزواج الشرعي الدائمي الإعتيادي، وزواج التحليل هو حيلة استخدمت ذريعة في غير عرضها المشروع.

وقد قال المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥): (الزواج باطل لأنه لم يقصد به عرضه المشروع)، وقال الشافعية^(٦) والجعفرية^(٧) والظاهرية^(٨): (إذا لم يذكر في العقد الطلاق بعد المعاشرة صحيح والا فيباطل)^(٩)، والإتجاه الاول هو الراجح لقول الرسول ﷺ: (إنما الاعمال بالنيات).

(١) في المغني لابن قدامة ٥٣/٩-٥٤ (ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا في علمه قبل الولاية ولا بعدها)، هذا قول شريح، والشعبي، ومالك وإسحاق وإبي عبيد، ومحمد بن الحسن، وهو احد قولي الشافعي. وقال ابو حنيفة ما كان من حقوق الله يحكم فيه بعلمه لان حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة، واما حقوق الأدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به لانه بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته)، راجع في تفصيل هذا الخلاف المحطى لابن حزم ٤٢٧/٩.

(٢) سورة البقرة ٢٣٠.

(٣) شرح موطأ الإمام مالك، لابي الوليد سليمان الباجي ٢٩٨/٣.

(٤) منتهى الارادات للإمام محمد الشهير بابن النجار ١٨٠/٢.

(٥) التاج المذهب، شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الاطهار للإمام احمد الصنعاني ٢٨٨-٢٩.

(٦) الام ١٨٠/٥.

(٧) شرائع الإسلام ٣١/٢.

(٨) المحطى لابن حزم ١٨٠/١٠.

(٩) لمزيد من التفصيل، راجع مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة الالف سنة، للمؤلف ٢٠٥/١ وما بعدها.

أدلة مشروعية العمل بسد الذرائع

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقرآن والسنة والعقل:

أ- القرآن:

قال سبحانه وتعالى ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(١)، فهى المسلمين في صدر الإسلام عن سب آلهة المشركين مع ان السب مطلوب لما فيه من اذلال المشركين وتوهين صفة الشرك غير انه تترتب عليه مفسدة (سيهم لله).

ب- السنة النبوية:

نهى الرسول ﷺ عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المعارك ضد الاعداء خشية ان يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم.

ج- المعقول:

ما أحسن ما قاله ابن القيم (رحمه الله) في تحليله العقلي لسد الذرائع من انه: (إذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي اليه، فإنه يجرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريره وتثبيتاً له ومنعاً ان يقرب حماه، ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضاً للتحرير وإغراء للنفوس به، بل سياسة ملوك الدنيا تآبى ذلك، فإن احدهم اذا منع جنده او رعيته او اهل بيته من شيء ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه لعد تناقضاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الاطباء اذا ارادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه، والا لفسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة التي في اعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟)^(٢).

الصلة بين سد الذرائع في أصول الفقه والباعث الدافع غير المشروع في القانون الصلة وثيقة بين القسم الرابع للذرائع (وسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة) في أصول الفقه الاسلامي وبين الباعث الدافع غير المشروع في القانون الوضعي. ومن المعروف ان النظرية التقليدية ذهبت الى ان للسبب ثلاثة انواع:

أ- السبب المنشئ (سبب الحقوق والالتزامات) : كالبيع والايجار والهبة والعارية وغيرها من عقود المعاوضات والتبرعات.

(١) سورة الانعام ١٠٨.

(٢) اعلام الموقعين ٣/١٣٥.

ب- السبب القسدي (الغرض المباشر) للمتعاقدين: كالمبيع بالنسبة للمشتري والتمن بالنسبة الى البائع.

ج- السبب الباعث الدافع (الغرض غير المباشر)^(١): وذهبت النظرية الحديثة الى ان الباعث الدافع هو السبب في العقد، خلافا للتقليدية التي اعتبرت الغرض المباشر (السبب القسدي) هو السبب في عقود المعاوضات، والاتجاه السائد في الفقه الحديث والقوانين الحديثة والقضاء هو الاخذ بالنظرية الحديثة واعتبار السبب في العقود هو الباعث الدافع، وهو قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع شأنه شأن السبب القسدي، فما هو مدى تأثيره على صحة العقد في حالة عدم مشروعيته؟.

١- لا خلاف في بطلان العقد اذا كان سببه القسدي(الغرض المباشر)غير مشروع.

٢- لا خلاف بين جمهور فقهاء القانون في بطلان العقد اذا كان باعته السدافع غير المشروع مذكوراً في صلب العقد.

٣- وانما الخلاف في صحة وبطلان عقد يكون باعته الدافع (غير المشروع) غير مذكور في صلب العقد أو غير متفق عليه قبل العقد، ومرد هذا الخلاف هو الاختلاف في ان الاعتداد بالارادة الظاهرة او الباطنة عند اختلافهما:

- ففي التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها يكون الاعتداد بالارادة الباطنة، فالباعث الدافع غير المشروع يجعل العقد باطلاً وان لم يذكر في العقد اذا علم به الطرف الاخر او كان باستطاعته ان يعلم به.
- اما العبرة في التشريعات الجرمانية الالمانية والقوانين المتأثرة بها فبالارادة الظاهرة، فالباعث الدافع غير المشروع لا تأثير له على صحة تصرفات الانسان اذا لم يكن جزءاً منها.

ومن التطبيقات القضائية المبنية على الاتجاه اللاتيني ما يلي:

أ- قضى القضاء الفرنسي بانه (اذا وهب خليل لخليلته مالا، فاذا كان الباعث الدافع إستيفاء العلاقة غير المشروعة بينهما كانت الهبة باطلة، وللواهب

(١) ويتميز الباعث الدافع من السبب القسدي بميزتين احدهما: ان السبب القسدي جزء من العقد وموضوعي، واما السبب الباعث فهو ذاتي ونفسي وشخصي وخارج. وثانيهما: السبب القسدي لا يختلف باختلاف الاشخاص بخلاف السبب الباعث، وعلى سبيل المثال ان الباعث الدافع لدى من يبيع سيارته قد يكون شراء سيارة جديدة، أو الزواج أو البناء أو فتح مشروع أو تدوي مريض أو غير ذلك، فهذه البواعث تختلف باختلاف الاشخاص حتى في نوع واحد من العقد.

إسترداد الموهوب، أما إذا كان الباعث الدافع هو تعويضها عما أصابها من الضرر بسبب المعاشرة غير المشروعة بينهما فالهبة تكون صحيحة^(١).
ب- وقضى القضاء المصري بأن (عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقترض من هذا القرض ان يتمكن من الإستمرار على المقامرة، وكان المقرض عالماً بهذا القصد).

وقد سبق فقهاء الشريعة الإسلامية فقهاء القانون في انقسامهم الى انصار الارادة الظاهرة وانصار الارادة الباطنة، وبالتالي في اختلافهم بالنسبة الى مدى الاعتداد بالباعث الدافع غير المشروع وتأثيره على العقود وسائر التصرفات:

١- إتجاه الاعتداد بالارادة الظاهرة وقد تزعم هذا الإتجاه الإمام الشافعي فهو لا يعتد بالارادة الباطنة عند اختلافها مع الارادة الظاهرة، وبالتالي يرى انه لا تأثير للباعث الدافع غير المشروع ما لم يذكر في صلب العقد كما هو الشأن في القوانين الجرمانية والتشريعات المتأثرة بها.

٢- إتجاه الاعتداد بالارادة الباطنة وبالتالي القول بتأثير الباعث الدافع غير المشروع على صحة تصرفات الانسان من العقود وغيرها، وان لم يذكر في صلب هذه التصرفات ما دام الطرف الآخر يعلم به او كان باستطاعته ان يعلم، وقد تزعم هذا الإتجاه المالكية^(٢) والحنابلة^(٣).

واخذ فقهاء الحنفية باتجاه وسط بين الإتجاهين المذكورين فقالوا: يكون العقد باطلاً اذا ذكر الباعث الدافع غير المشروع في صلب العقد او لم يذكر ولكن كان بالإمكان استنتاجه من طبيعة محل العقد.

(١) مصادر الحق للإستاذ السنهوري ٣٠/٤.

(٢) قال القرافي، الفروق ٢٢/٢ (اعلم ان الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره، وتسدب، وتباح فان الذريعة هي الوسيلة، فكما ان وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، وموارد الاحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في انفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية اليها وحكمها حكم ما أفضت اليه في تحريم وتحليل، والوسيلة الى افضل المقاصد افضل الوسائل، والى أقيح المقاصد أقيح الوسائل، والى ما يتوسط متوسطة).

(٣) قال ابن القيم، إعلام الموقعين ١٢/٣ (وان قصد بها- أي بالعقود- ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل، وبعثت واشترت بقصد الربا، وبخالعتها بقصد الحيلة على فعل المحلوف عليه، بان حلف بالطلاق بانه لا يفعل كذا ثم طلق زوجته قبل الفعس، وقسام بفعل المحلوف عليه ثم تزوجها مرة اخرى، وبملكك بقصد الحيلة على اسقاط الزكاة بان ملكك ماله الذي تجب فيه الزكاة قبل حلولان الحول شخصاً صورياً ثم أسترده منه حتى تسقط السنة التي هي شرط الوجوب، وما اشبه ذلك فهذا لا يحصل مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه فان في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم واسقاطاً للواجب واعانة على معصية ومناقضة لدينه وشرعه).

المبحث الخامس الاستصحاب

تعريفه، أنواعه، الصلة بينه وبين الحيازة

تعريفه

وهو لغة مأخوذ من المصاحبة.

وفي اصطلاح الاصوليين عرف بتعريفات متعددة لا فائدة في استعراضها^(١)،
ومناقشتها لما في ذلك من ضياع الوقت بدون الخروج الى نتيجة مثمرة.
والتعريف المختار: هو ان ((الاستصحاب إستدامة حكم سابق فسي زمان
لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله)).

وهذا الأصل من أصول الفقه الاسلامي رغم اهميته من الناحية العملية
والقضائية لم يحظ ببحث واضح واف، فالقدمات من الاصوليين بحثوه بأسلوب
فلسفي عميق يتسم بطابع الخلاف في حجيته وبالتالي عدم أهميته، والباحثون في

(١) ومن هذه التعريفات: قول السرخسي الحنفي، أصول السرخسي ٢/٢٢٣ (من الإحتجاج بلا
دليل الاستدلال باستصحاب الحال وذلك نحو ما يقول اصحابنا في حكم الزكاة في مال الصبي
ان الأصل عدم الوجوب فيستصحب حتى يقوم دليل الوجوب)، وقال القرافي المالكي، شرح
تنقيح الفصول ٤٤٧ (معناه إن اعتقاد كون الشيء في الماضي او الحاضر يوجب ظن ثبوته
في الحال او الإستقبال). وقال الجلال المحلي الشافعي، جمیع الجوامع وشرحه ٢/٢٢٢
(الاستصحاب ثبوت امر في الزمن الثاني لثبوته في الاول لفقدان ما يصلح للتغير من الاول
للتاني). وقال الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير ٣٨٣ (الاستصحاب التمسك بدليل عقلي
او دليل شرعي لم يظهر عنه ناقل مطلقاً). وقال الاستاذ محمد تقي الحكيم (من علماء الشيعة
الإمامية)، الاصول العامة في الفقه المقارن ٤٤٧ (وذكرت له تعاريف متعددة الا انها تشير
الى مفهوم واحد وهو الحكم ببقاء حكم او موضوع ذي حكم شك في بقاءه). وقال إيسن حزم
الظاهري، الإحكام في اصول الاحكام ٣/٥ (إذا ورد النص من القرآن او السنة الثابتة في امره
على حكم ما ثم ادعى مدع ان ذلك الحكم قد إنتقل او بطل فعليه ان يأتي ببرهان، فان جاء به
صح قوله والا فهو مبطل فيما ادعى من ذلك). وقال الشوكاني الزيدي، ارشاد الفصول ٢٣٧
(ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل). وعرفه السالمي الاباضي،
طلعة الشمس ١/١٧٩ بالابيات التالية (بقاء ما كان على اصوله، يفيد ظناً ببقاء مدلوله، الا اذا
صح له منقل، فإنه عن أصله ينتقل، ان كان في السلب او الإيجاب، وهو السذي يدعى
بالاستصحاب).

العصر الحديث لم يأتوا بجديد من الناحية الموضوعية والشكلية بل اقتصرت جهودهم على ترديد ما قيل وعلى استعراض الخلافات الأصولية في هذا الأصل دون تقديم نتيجة واضحة تفيد القاضي أو المفتي أو الباحث القانوني حسين الإستناد إليه في الأحكام، لذا حاولت إستعراضه في نسج جديد بعيداً عن الخلافات العقيمة في جميع أنواعه.

أنواع الاستصحاب

سبق أن بينا أن المصادر التبعية النقلية منها والعقلية إنما هي اصول استنباط يستعين بها الفقيه والقاضي على إكتشاف الأحكام من مصادرها الاصلية، والاستصحاب الذي هو اصل من هذه الاصول كما ذكرنا في تعريفه عملية إجتهادية عقلية غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق لعدم توافر ما يدل على تغييره^(١).

وينقسم الاستصحاب باعتبار أساسه^(٢) إلى الأنواع الأربعة التالية:

• النوع الاول: استصحاب الإباحة الاصلية للأشياء النافعة للانسان

والإباحة احد أنواع الاحكام التكميلية الخمسة للحكم التكليفي، ومصدرها ليس الاستصحاب كما زعم البعض ولا العقل كما ظن الآخرون^(٣)، وإنما هو القرآن الكريم، وقد نص على حكم مُمثل بالإباحة في آيات كثيرة منها:

(١) قال ابن ملك في شرح المنار، ص ٧٩٥ (قيل هو الحكم بالثبوت في الزمان الثاني بناء على انه كان ثابتاً في الزمان الاول)، ثم انتقد هذا التعريف فقال (الحكم بالثبوت هو فعل المجتهد وهو علة توجب الاستصحاب لا نفس الاستصحاب لأن الاستصحاب هو الحكم الذي يثبت به الحكم)، وهذا الكلام يدل على عدم استصحاب ابن ملك لمعنى الاستصحاب.

(٢) لا نجد في المراجع الأصولية معياراً لتقسيم الاستصحاب الى أنواعه، وكل قسمة لا بد فيها من وضع معيار دقيق، فقسمة ابن القيم الى ثلاثة: استصحاب البراءة الاصلية واستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه واستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع، وقسمة صاحب جمع الجوامع الى استصحاب العدم الاصلية واستصحاب العموم او النقص واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته، وهكذا هناك كثير من التقسيمات لا مجال لذكرها والتعليق عليها.

(٣) كالفتاوي، شرح الكوكب المنير، ص ٢٨٣. جمع الجوامع وشرحه ٢/٢٢١، إرشاد الفصول، ص ٢٣٧.

أ- قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً﴾^(١).
 ب- وقوله تعالى ﴿وسخر لكم ما في السماوات وما في الارض جميعاً﴾^(٢).
 وجه الدلالة: ان اللام في قوله تعالى (لكم) في هاتين الآيتين وغيرهما للمنفعة والمصلحة، لان اللام في اللغة العربية تستعمل فيما نفع للانسان، كما ان حرف (على) تستعمل فيما فيه ضرر للانسان، وهذا الفرق بين الحرفين واضح في قوله تعالى ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾^(٣)، ولان لفظ (ما) في الآيتين اسم موصول ومن صيغ العموم، اضافة الى تأكيد هذا العموم بلفظ (جميع) في كلتا الآيتين.

والنتيجة الحتمية لمضمون الآيتين المذكورتين ان جميع الاشياء النافعة في الارض والسماء خلقت وسخرت لمصلحة ومنفعة الانسان، وبعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة فلا يمكن ان يقال ان الأشياء المخلوقة والمسخرة لنفع الانسان المأذون له بالإنقاع بها محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي آخر^(٤).
 وعلى هذا الأساس فإن للانسان في كل مكان وزمان ان يستثمر الاراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة او عامة لشخص طبيعي او معنوي، وله ان ينتفع بالمراعي والغابات ومقالع الاحجار، وله ان يصيد الطيور والحيوانات الجبلية والصحراوية والبحرية، كل ذلك اذا لم يكن هناك محظور شرعي او قانوني، والدليل على اباحتها هو النص، وحكمة الحكم هي انها مخلوقة لاجل ان ينتفع بها الانسان، فهي مشتركة بين الناس على اساس الاباحة الاصلية لا على اساس الشيوعية كما زعم البعض، والفرق بينهما واضح: فالشيوعية تكون بعد الملكية، والاباحة الاصلية انما هي قبل الملكية.

• النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الاصلية

من الواضح ان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية، وله قبل ولادته اهلية الوجوب الناقصة (الصلاخية لان يكون له بعض الحقوق)

(١) سورة البقرة ٢٩.

(٢) سورة الجاثية ١٣.

(٣) سورة البقرة ٢٨٦.

(٤) قال الحنفية (الحلال ما دل الدليل على حله)، ويتفرع على هذا الاختلاف في ان الاصل في الاشياء الحل او الاباحة والثاني هو الصحيح.

ويحسب بعد مولده اهليه الوجوب الحامه له بعض الحفوق وعليه بعض
الالتزامات المالية^(١)، ومع ذلك فإن الاصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات
المدنية والجنائية، وينظر الى هذا الاصل بعد دخوله سن الرشد وحتى بعد
إرتكابه مصدراً من مصادر الالتزامات الجنائية، وبعد تصرفاته التي هي مصدر
الالتزامات المدنية، ولكن دور هذا الاصل يقتصر على الاستدلال بالوجود
السابق للحكم على استمراره في الزمن اللاحق قبل توافر ما يدل على تغييره.
واما مصدر حكم البراءة الاصلية فهو القرآن والسنة النبوية وتوكدهما
القواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الانسان من الالتزامات
الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص
التجريم والعقاب، لان القرآن أول شريعة أقرت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا
عقوبة الا بنص)، ومن تلك الآيات:

أ- قوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾^(٢).

ب- قوله تعالى ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في امها رسولا يتلوا
عليهم آياتنا﴾^(٣).

ج- قوله تعالى ﴿ولو انا اهلكناهم بعداب من قبله لقالوا ربنا لولا ارسلت الينا
رسولا فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى﴾^(٤).

وغير ذلك من الآيات الدالة على مبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الاحاديث النبوية وجد كثيراً من افعال
واقوال الرسول ﷺ تدل صراحة على البراءة الاصلية لذمة الانسان وعلى

(١) كالزكاة عند من يقول بوجوبها في اموال القاصر، وكالضرائب في القانون ونفقة من تجب
نفقته على القاصر، وتعويض إتلافه لمال الغير، لكن كل هذه الالتزامات عارضة لا تثبت الا
بدليل شرعي لأن الاصل براءة الذمة.

(٢) سورة الاسراء ١٥.

(٣) سورة القصص ٥٩.

(٤) سورة طه ١٣٤.

استصحابها لحرمته المحققه ما لم يثبت حرمه بها .

أ- قوله ﷺ : (ادروا الحدود بالشبهات)^(١) .

ب- قوله ﷺ : (لو كنت راجماً احداً بغير بينة رجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيأتها ومن يدخل عليها)^(٢) .

ج- قوله ﷺ : (البينة على من ادعى^(٣) واليمين على من انكر)^(٤) .

وغير ذلك من الأحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الاصلية وبصورة خاصة في جرائم الحدود .

٣- القواعد الفقهية الكلية :

وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية استنبطوها من القواعد الشرعية الواردة في القرآن والسنة وإتقوا على إعتبارها والعمل بمقتضاها، وهي تدل صراحة على حكم البراءة الاصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للائزمنة اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك، ومن تلك القواعد:

أ- الاصل بقاء ما كان على ما كان^(٥) .

ب- القديم يترك على قدمه^(٦) .

ج- الاصل في الصفات العارضة العدم^(٧) .

د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(٨) .

٤- العقل السليم :

يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوق بالعدم لان الحادث يعني الوجود بعد العدم، ومن الواضح ان التهم التي توجه الى الانسان وان مطالبته بالالتزامات المدنية والجنائية واسبابها ومصادرها كلها امور مستحدثة وجدت

(١) سبق تخريجه، نيل الاوطار ١٩/٧ .

(٢) اخرجه مسلم، كتاب اللعان. صحيح مسلم بشرح النووي ٣٨٤/١٠ .

(٣) لانه يدعي خلاف الاصل .

(٤) لانه ينكر ما هو خلاف الاصل ويتفق مع ما هو الاصل. اخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤٣/١٢ .

(٥) مجلة الاحكام العدلية، م٥ .

(٦) المجلة، م٦ .

(٧) المجلة، م٩ .

(٨) المجلة، م١٠ .

بعد ان لم تكن، فعليه تكون ذمة الانسان بريئة منها، وعلى من يدعي خلاف هذا الاصل البينة، وعلى من ينكرها اليمين لانه مع الاصل.

ونستنتج مما ذكرنا ما يلي:

أولاً- دليل البراءة الاصلية ليس العقل وحده كما زعم البعض^(١)، وانما الشرع أولاً ثم العقل السليم.

ثانياً- الانسان الذي عاش قبل البعثة وارسال الرسل وانزال الكتب، والذي يعيش الان في منطقة نائية بعيداً عن فهم الاحكام الالهية إتجاه ربه وإتجاه بني نوعه، لا يسأل عنها لا في الدنيا ولا في الآخرة، لا مساعلة مدنية ولا جنائية، لان الاصل براءة الذمة، ويبقى هذا الاصل يعيش معه الى ان يثبت خلاف ذلك، ولان تكليفه ومساعلته قبل الفهم امر يتعارض مع قوله تعالى ﴿لا يكلف الله نفساً الا وسعها﴾^(٢)، واما ما ذهب اليه المعتزلة من اقرار مسؤولية الانسان على اساس التحسين والتقبح العقليين لتصرفات الانسان بصطدم مع الادلة المذكورة كما يأتي ايضاح ذلك في محله باذن الله.

• النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي

اذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الازمنة، على القاضي ان يعتبر الحكم لا يزال مستمراً في الازمنة اللاحقة ما لم يثبت لديه خلاف ذلك لان الشرع كما امر باصل الحكم كذلك امر باستمراريته بدليل ان الزواج المؤقت باطل (مثلاً).

ومن تطبيقات هذا النوع ما يلي:

أ- اذا رفعت امرأة متزوجة سابقاً طلباً الى القضاء طالبة تزويجها من رجل اخر، على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبينة الشرعية الفرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق او الوفاة، اضافة الى اثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة^(٣).

(١) قال الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ص ٣٨٣ (وحقيقة استصحاب الحال المتمسك بدليل عقلي تارة كاستصحاب حال البراءة الاصلية، فإن العقل دليل على براءتها وعدم توجه حكم الى المكلف).

(٢) سورة البقرة ٢٨٦.

(٣) في قواعد الزركشي ٣٠٥/١ (السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة وليها حتى يشهد شاهد انه ليس لها ولي خاص حاضر وانها خلية النكاح والعدة).

ب- اذا ثبتت ملكية مال منقول او عقار لشخص طبيعي او معنوي بسبب مسن اسباب كسب الملكية الشرعية كالشراء والوصية والميراث والهبة والاستيلاء على الاموال المباحة بالطريقة الشرعية او غير ذلك، ثم ادعى شخص اخر ملكية هذا المال، على القاضي رد الدعوى واعتباره انه لا يزال مملوكاً لمالكة الاصل، لانه ثبت بدليل شرعي ولايزول الا بدليل شرعي اخر لاحق الا اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة الشرعية.

ج- المدين الذي تتشغل ذمته بحق للغير اذا ادعى انه قد اوفى التزامه او انقضى هذا الالتزام لسبب من اسبابه، على القاضي عدم قبول الدعوى ما لم يثبت بالبينة وفاء الالتزام او إقضاؤه، لانه يدعي خلاف الاصل الذي هو بقاء الانشغال بالدين وكفي بالنسبة للدائن المنكر للوفاء او الانقضاء اليمين لانه مع الاصل.

• النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم

اذا كان لشيء واحد صفتان: إحداهما اصلية ولها صلة بالحكم وجوداً وعملاً والاخرى عرضية على القاضي ان يحكم على هذا الشيء في ضوء صفتها الاصلية استصحاباً لها ما لم يثبت لديه تحقق الصفة العارضة، وذلك وفقاً للقواعد العامة ومنها: (الاصل في الصفات العارضة العدم)^(١).

والصفات الاصلية هي الحالات التي تكون موجودة عند وجود موصوفاتها ولازمة لها لذاتها، كسلامة المبيع من العيوب، فالاصل في كل مبيع او محل عقد السلامة، لان العيب صفة عرضية تطرأ بعد السلامة.

وعلى هذا الأساس اذا حصل الخلاف بين المتعاقدين فادعى المشتري ان العيب قديم حدث قبل القبض فهو يبرر له فسخ العقد بخيار العيب، وانكره البائع وادعى ان العيب حدث بعد القبض فلا يسمح له بالفسخ استناداً الى هذا العيب، فعلى القاضي ان يطلب من المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض، لانه يدعي خلاف الاصل، فاذا لم يستطع فله توجيه اليمين الى البائع المنكر لدعوى المشتري ذلك لانه مع الاصل.

(١) المجلة، ٩٠.

ومن صور هذا النوع :

أ- استصحاب صفة العموم

في النص العام العموم صفة أصلية له فالأصل في كل نص شرعي أو قانوني إذا كان عاماً هو العموم، وتخصيصه بدليل صفة عارضة له، وعلى هذا الأساس على القاضي حين تطبيقه أن يلتزم بعمومه استصحاباً له^(١) ما لم يثبت لديه دليل مخصص^(٢).

ب- استصحاب صفة الإطلاق

في النص المطلق صفة الإطلاق أصلية وصفة التقييد عارضة، فعلى القاضي حين التطبيق أن يحمله على إطلاقه استصحاباً ما لم يثبت له دليل يقيد.

ج- استصحاب المعنى الحقيقي

في اللفظ الموضوع لمعنى لغوي أو شرعي أو قانوني أو عرفي الحقيقة (استعماله في معناه الموضوع له) صفة أصلية، وعلى القاضي حين تفسير النصوص والعقود حمل الالفاظ الواردة فيها على معانيها الحقيقية استصحاباً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

د- استصحاب اليقين

في المفقود (وهو الغائب الذي لا يعرف مصيره من حياة أو ممات)، الحياة صفة أصلية له والوفاة صفة عرضية، إضافة الى ذلك فإن حياته يقينية ووفاته مشكوك فيه، فإذا تعارض اليقين والشك يقدم الأول وفقاً للقاعدة الفقهية العامة: (اليقين لا يزول بالشك)^(٣)، وعلى أساس استصحاب اليقين (أو الأصل الذي هو

(١) ولا يكلف المجتهد والقاضي بالبحث عن المخصص (أو البحث عن المقيّد) سواء كانت دلالة العام على العموم (وكذا دلالة المطلق على الإطلاق) قطعية - كما هو مذهب الحنفية - أو دلالتها ظنية - كما هو مذهب الجمهور - لأن كلا من العموم والإطلاق صفة أصلية ولا يعدل عن الأصل إلا بدليل. ينظر مبحث العموم والإطلاق في محلّهما من هذا الكتاب.

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستصحاب العموم أو النص السي وروود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً، فيعمل بهما الى ورووده - أي وروود المغير -). وفي شرح طلعة الشمس على الالفية ١٧٩/١ (الأصل إبقاء العموم على عمومه، وإبقاء النص على حاله حتى يثبت المخصص للعموم والناسخ للمنصوص، وهكذا كل شيء علم وجوده أو نفيه من شرع أو عقل أو حس، فإن الأصل بقاؤه على حاله الذي علم عليه حتى يقوم الدليل على إنتقاله).

(٣) المجلة، م ٤.

بقاء الحياة) لا توزع تركته ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقودها التي تنتهي بالوفاة، ولا تتضعض مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته لان اليقين لا يزول بالشك^(١).

الاستنتاج

يمكن ان نستنتج من العرض المذكور للاستصحاب النتائج الآتية:
أولاً- كما ان من يدعي الاصل لا يكلف بالبينة، وانما المطالب بها من يدعي خلاف الاصل، كذلك القاضي عندما يطبق الاستصحاب لا يطالب بان يفتش عن الدليل المغير قبل الحكم، بل له الاخذ بعموم واطلاق النصوص بدون التفتيش عن الدليل المخصص او المقيد، وله العمل بالاباحة الاصلية او براءة الذمة او بالحكم الثابت بدليل شرعي، او ان يحكم على الشيء في ضوء صفته الاصلية بدون ان يكلف بالبحث عن الدليل المخالف لهذه الاصول، ويؤيد هذه الحقيقة النقل والعقل.

ومن الأدلة النقلية قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَن أَشْيَاءٍ إِن بُدِّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ﴾^(٢)، وتطبق هذه الآية بصورة خاصة على النوعين الاولين للاستصحاب.

ومن الأدلة العقلية جواز رد القاضي لدعوى من يطالب بما هو مخالف للاصل اذا لم يقدم بينة تثبت مدعاه، وعلى سبيل المثال اذا طلب ورثة المفقود بعد إعلان فقده توزيع تركته عليهم فيجب على القاضي رد الطلب استصحاباً لحبائته بدون ان يكلف بالتفتيش والبحث عن بقاء حياته، لكن

(١) اليقين: (اعتقاد وجود او عدم وجود الشيء الجازم الثابت المطابق للواقع) كالإعتقاد بان الله موجود وانه لا شريك له.

الظن: (هو التصور الراجح لوجود الشيء او عدمه) كتصور النجاح لدى الطالب المجتهد الذي استوعب ما يتوقع ان يمتحن فيه مع التصور المرجح لفشله. قال الجرجاني، التعريفات، ص ١٤٤ (الظن هو الإعتقاد الراجح مع احتمال النقيض). و(الطرف المرجوح) يسمى وهماً.

الشك: (هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ترجيح أحدهما). قال الجرجاني، التعريفات ١٢٨ (الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند شك).

الجهل المبسط: (هو عدم العلم عما من شأنه ان يكون عالماً). الجهل المركب: (عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع)، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) المائدة ١٠١.

بعكس ذلك اذا طلبوا منه الحكم بوفاته بعد مضي المدة المقررة شرعاً وقانوناً ليس له الحكم بالوفاة الا بعد التحري والبحث عنه عن طريق وسائل الإعلام للحصول على الظن بعدم بقائه ذلك لانه خلاف الاصل.

ثانياً - ما شاع في المراجع الاصولية من الخلاف في حجية الاستصحاب ليس صحيحاً على اطلاقه، حيث لا يوجد اختلاف يعتد به في الأنواع الثلاثة الاولى، ولا في بعض صور النوع الرابع كما تبين ذلك من عرضنا السابق، وانما الخلاف في بعض صور النوع الرابع وبصورة خاصة في احكام المفقود كالاتي:

أ- قال البعض من الفقهاء والاصوليين: الاستصحاب حجة في الحفاظ على حقوق المفقود المالية وغير المالية الثابتة له قبل فقده: فلا توزع تركته ولا تنزوج زوجته ولا تنتهي عقوده وغير ذلك ما لم يثبت وفاته بدليل شرعي او حكم قضائي، ولكن ليس حجة لاكتساب حقوق جديدة له⁽¹⁾: فلا يرث من يموت بعده ولا يستحق الوصية او الهبة التي أنشئت له بعده اذا لم يظهر حياً؛ ذلك لان الحكم بوفاته يكون بالاثر الرجعي الى تاريخ فقده في حق غيره فتعاد حصته من التركة الى بقية الورثة وتبطل الوصية والهبة له، ولان حياته بعد الحكم بوفاته تصبح مشكوكاً فيها منذ فقده ولا يستحق الحقوق الجديدة الا من يتمتع بحياة محققة.

كل ذلك ما لم يكن الحكم القضائي مستنداً الى تاريخ سابق على وفاة مورثه وإنشاء الوصية والهبة له، والا فيستحق هذه الحقوق وتكون لورثته اذا سبقها التاريخ.

اما في حقوق نفسه فالعبرة بتاريخ الحكم بوفاته: فتعند زوجته عدة وفاة من هذا التاريخ، وتوزع تركته على الوارثين الذين تتوافر فيهم اسباب واركان وشروط الميراث وانتقت فيهم موانعه في هذا التاريخ. كل ذلك استصحاباً لحياته التي كانت محققة قبل فقده واستصحاباً لزوجية وملكية ثابتتين بدليل شرعي فلا

(1) في جمع الجوامع ٢٢١/٢ (الاستصحاب حجة مطلقاً، وقيل حجة في الدفع عما ثبت له دون الرفع به لما ثبت كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بموته فإنه دافع للإرث منه وليس برفع لعدم إرثه من غيره للشك في حياته، فلا يثبت استصحابها ملكاً جديداً اذا الاصل عدمه).

تزولان الا بدليل شرعي آخر .

ب- وذهب الآخرون من الفقهاء والاصوليين الى ان: الاستصحاب حجة مطلقاً في حق نفسه وحق غيره وفي الحفاظ على حقوقه الثابتة واكتساب الحقوق الجديدة، فيعتد في ذلك بتاريخ الحكم بوفاته ويعتبر قبل هذا التاريخ حياً استصحاباً، فما احتفظ به من حصته من تركة من مات بعده وهو يرثه، والوصية او الهبة التي أنشئت له بعد فقده وغير ذلك من كل حق جديد يكون لورثته^(١).

ج- وقال البعض (ليس حجة مطلقاً)^(٢).

❖ وفي أحكام المفقود خلافات أصولية وفقهية :

أ- الاختلاف في المسدة التي يجب ان تمضي على فقده حتى يعتبر ميتاً، فهي تتراوح بين اقل من سنة وبين بلوغ سن تسعين سنة او موت اقرانه في بلده.

ب- الاختلاف في بداية هذه المدة، هل: من تاريخ مراجعة القضاء او من تاريخ حكم القاضي لتحديد مدة الانتظار او من تاريخ فقده، او من إعلان فقده. كل ذلك محل الخلاف.

ج- الاختلاف في التفرقة بين الظروف الاعتيادية وغير الاعتيادية : فمنهم من حدد المدة بربع سنوات مطلقاً ونسب هذا الى عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وابن عباس رضي الله عنهم ، ومنهم من فرق فحدد المسدة في الظروف غير الاعتيادية كالحرب والفيضان والوباء والزلازل بسنة كما هو رأي سعيد ابن المسيب، وفي قول للمالكية: (يحكم بوفاته بعد رجوع من كان معه سالمين من المشاركين في المعركة او المصابين بالوباء او الكارثة الطبيعية).

(١) لمزيد من المعرفة في تفصيل هذا الموضوع راجع المحلى ١٠/١٣٣، ١٤٢. الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٤٨/٤٠، ١٥٥. المغني لابن قدامة ٦/٣٢١-٣٢٦. إغانسة الطالبيين للدمياطي مع فتح المعين ٨٣/٤.

(٢) وهو ما اختاره الكمال بن الهمام في تحريره ٣/٢٩١.

د- الاختلاف في طريقة انتهاء العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته: فمنهم من قال: (بالحكم بالوفاة)، ومنهم من قال: (بانتهاؤ مدة الإنتظار)، ومنهم من قال: (بالطلاق من ولي المفقود).

هـ- الاختلاف في طبيعة العدة: فمنهم من قال: (هي عدة الوفاة بعد انتهاء المدة او الحكم القضائي)، ومنهم من قال: (هي عدة الطلاق)، ومنهم من قال: (هي متداخلة في المدة)، فمثلاً اذا كانت اربع سنوات فتنتهي عدتها بانتهاؤ هذه المدة. و- الاختلاف في مصير الزوجة اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، هل: المفقود اولى بها اذا كانت لا تزال في العدة، او اذا لم تتزوج وإن انتهت المدة، او اذا لم يدخل بها الزوج الجديد، او مطلقاً وإن انجبت الاولاد، او يخير بينها وبين الصداق الذي دفعه، او بينها وبين صداق الزوج الجديد. كل ذلك محل الخلاف.

ز- الاختلاف في مصير امواله اذا ظهر حياً بعد الحكم بوفاته، هل يسترد كلها عيناً اذا كانت باقية او بدلاً اذا لم تكن باقية، او ليس له الحق الا فيما هو باق بعينه او بدله؟. أيضاً محل الخلاف.

ولهذه الآراء المتعارضة، ولاستبعاد الاحكام القضائية المتضاربة، ولاجل توحيد التشريعات العربية والاسلامية في هذا الموضوع، ولرعاية العدالة ومصالح المفقود وزوجته - أوصي بأن تأخذ التشريعات العربية والاسلامية بالمقترحات الآتية:

١- ان يتم انقطاع العلاقة الزوجية بين المفقود وزوجته عن طريق التفريق القضائي، اذا طلبته الزوجة وكانت متضررة مادياً لعدم الانفاس عليها، أو معنوياً كخشية وقوعها في خطيئة الزنا، وتعد بعد التفريق عدة الطلاق لا عدة الوفاة لان التفريق غير الحكم بالوفاة.

٢- عدم التسرع في اللجوء الى الحكم بالوفاة كما اقره القانون^(١) بعد مضي أربع سنوات في الظروف الاعتيادية، أو سنتين في الظروف الاستثنائية، لان هذه الطريقة ثبت عدم نجاحها أثناء الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨).

٣- ان يباع من اموال المفقود ما هو معرض للتلف بالسرعة ويحتفظ ببدله مع

(١) قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، م ٩٣-٩٨.

بقية أمواله المنقولة وغير المنقولة تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين، على أن يكون الرد بقيمة يوم الاستلام إذا حصل التغيير في القيمة الشرائية للنقود وكانت الأموال المودعة لدى دائرة رعاية القاصرين من تلك النقود.

٤- أن يعين القضاء نائباً للمفقود يدير أمواله ويستثمرها لقاء بدل يدفع له من هذا المال تحت رعاية الجهة المسؤولة عن رعاية القاصرين أو القضاء حتى يحصل اليأس من حياته، ويترك ذلك لتقدير القاضي حسب الظروف المحيطة بالفقود، ثم بعد التعقيب والتفتيش عنه يحكم بوفاته ثم توزع تركته بعد الحكم بوفاته، وعلى من يستحقها وقت الحكم.

٥- في حالة ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وبعد توزيع تركته، يسترد من الورثة ما هو باق بأيديهم من عين أو بدل، لأن توزيع التركة كان مستنداً إلى سند شرعي وهو حكم القاضي.

٦- الأخذ بمذهب من قال بان (الاستصحاب حجة في الحفاظ على الحقوق الثابتة للمفقود قبل فقده، ولا يصلح حجة لكسب حقوق جديدة، على أن يأخذ القاضي بالاحتياط في توزيع تركة من مات بعد المفقود وهو يرثه استثناءً من شرط تحقق الحياة في الميراث ويحفظ بحصته ويحسب له حساب البقاء على الحياة احتياطاً، فإن ظهر حياً يأخذها هو أو ورثته أن مات بعد ذلك، وإلا فترد على بقية الورثة كل بالنسبة إلى حصته)^(١).

٧- بالنسبة لزوجته فلا تبقى له صلة معها في حالة التفريق القضائي إما في الحكم بالوفاة فتعتبر الصلة قائمة إلى تتزوج ويدخل بها الزوج الثاني ،
الصلة بين الاستصحاب وقاعدة: (الحياة في المنقول سند الملكية)
الصلة وثيقة بين النوع الرابع من الاستصحاب في أصول الفقه الإسلامي

(١) على القاضي أن يأخذ بالاحتياط في توزيع تركة يكون المفقود أحد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والأحكام الآتية:

١- إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة، على تقدير حياته، توقف التركة كلها إلى أن يتبين مصير المفقود كمن توفي عن إبْن مفقود وأخوة وأخوات.

٢- أن كان المفقود لا يحجب غيره حجب حرمان ولكنه يحجب حجب نقصان يعطى لهذا الغير أقل حظيه، كإبْن مفقود أب وام وزوجة يعطى لكل واحد من الأبوين السدس وللزوجة الثمن إلى أن يتبين مصير المفقود أو يحكم بوفاته.

٣- الوارث الذي يتأثر نصيبه بحياة أو ممات المفقود يحسب له ما هو الأسوأ في الحالتين فمن يرث على تقدير دون تقدير لا يعطى له شيء.

وبين قاعدة: (الحياسة في المنقول سند الملكية) في القانون؛ لان اساسها الشرعي والقانوني هو الاستصحاب من النوع الرابع، ولايضاح هذه الحقيقة نستعرض القاعدة بصورة موجزة ثم نبين قيام هذه الصلة.

الحياسة^(١)

وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء قابل للتعامل بقصد استعمال حق الملكية له او حق من الحقوق العينية الأخر.

عناصر الحياسة

نستنتج من هذا التعريف ان الحياسة تتوقف على توافر عنصرين:

١- **العنصر المادي:** وهو عبارة عن السيطرة المادية على شيء موضوع الحياسة، أي يد الحائز على الشيء الذي يحوزه سواء أكان منقولاً ام عقاراً. والحياسة تختلف باختلاف طبيعة المال المحاز، فحياسة المنزل تكون بالسكنى فيه، وحياسة الارض تكون باستثمارها، وحياسة السيارة تكون باستعمالها، وحياسة كل منقول تكون بالسيطرة عليه واستخدامه فيما يستخدم فيه عادة، ولا يشترط ان تكون الحياسة مباشرة، فالسيطرة قد تكون بنفسه وقد تكون بواسطة من ينوب عنه.

٢- **العنصر المعنوي:** وهو نية (قصد) التملك، ويجب ان يتوافر عند الحائز شخصياً لانه عنصر نفسي وذاتي، فلا يجوز النيابة فيه الا اذا كان الحائز عديم التمييز^(٢).

شروط تطبيق القاعدة

يشترط لتطبيق قاعدة الحياسة في المنقول سند الملكية توافر الشروط التالية:
أ- ان يكون المحاز منقولاً مادياً بان يمكن نقله من مكان الى اخر بدون تلف، اما اذا كان عقاراً فيشترط مع الحياسة توفر عنصر التقادم، وهو يختلف باختلاف القوانين زماناً ومكاناً.

(١) الحياسة في القانون يقابلها وضع اليد في الفقه الاسلامي؛ (بد الامانة حياسة مشروعة، ويد الضمان حياسة غير مشروعة).

(٢) يرى الفقيه الالمانى أهرتج (ان النية عند الحائز لا تعتبر عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية الذي يتضمن عنصر النية حتماً، وان السيطرة المادية هي الحياسة بذاتها)، السنهوري، الوسيط ٨٠٥٦/٩، وفي موضوع الحياسة، راجع تبصرة الحكام لابن فرحون، هامش فتح العلي المالك ١٠١/٢.

- ب- ان تكون الحيازة حقيقية بان يتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي.
 ج- ان يكون الحائز حسن النية يعتقد أنه تلقى الملكية من مالك المنقول^(١).
 د- ان يكون السبب صحيحاً، ويرى البعض أن الشرط الثالث يعني عسناً هذا الشرط وهم على صواب.

الأثر المترتب على توفر هذه الشروط

إذا توافرت الشروط المذكورة يكتسب الحائز المحاز بمجرد الحيازة، وبذلك تكون الحيازة وحدها سبباً من اسباب كسب الملكية للمنقول^(٢) لكن بخلاف حيازة العقار فإنها تحتاج الى التقادم وهو يختلف من حيث المدة باختلاف القوانين وحسن النية وسوء النية وطبيعة المال المحاز^(٣).

أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

هناك ثلاث نظريات قانونية تكفلت ببيان هذا الأساس:

١- النظرية القديمة (او الفرنسية)

وهي تذهب الى ان الأساس هو التقادم الفوري لان هذا الأساس يتفق مع التطور التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة، حيث كان المنقول في القسانون

(١) ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية أهمية في دعاوى الحيازة لكن له الأهمية من الأوجه التالية:

- ١- للحائز حسن النية إسترداد المصاريف النافعة التي انفقها على العين من مالها.
 - ب- الحائز حسن النية ليس مسؤولاً عن تبعات هلاك العين.
 - ج- في حيازة العقار يشترط مضي (١٥ سنة) بالنسبة لسيء النية و(٥ سنوات) لحسن النية.
 - د- مجرد الحيازة في المنقول لا يكفي لسيء النية.
- (٢) هذا خلافاً للفقه الإسلامي، فان حيازة المنقول بدون المدة لا تكفي وحدها؛ فعلى الأقل عشرة اشهر في المنقول، وعشر سنوات في العقار. ومن شروط الحيازة لكسب الملكية في الفقه الإسلامي ما يلي:

- ١- وضع يد الحائز على الشيء المحاز.
- ٢- تصرف الحائز في هذا الشيء كتصرف المالك.
- ٣- ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز.
- ٤- حضور المحاز عليه (مدعي ملكية الشيء) في نفس المنطقة.
- ٥- علم المحاز عليه بالحيازة وبأن المحاز ملك له.
- ٦- سكوت المحاز عليه وعدم اعتراضه على الحيازة.
- ٧- استمرار الحيازة فترة لا تقل عن عشرة اشهر في المنقول وعشر سنوات في العقار. لمزيد من التفصيل، راجع الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد محمد، ص ١١٢ وما بعدها.

(٣) فترة التقادم في حيازة الوقف والميراث (٣٣ سنة).

الروماني تكتسب ملكية بالتقادم كالعقار، وانتقلت القاعدة الى القانون الفرنسي القديم، ورعاية استقرار التعامل بالمنقول اقتضت تنقيص مدة التقادم شيئاً فشيئاً الى ان الغيت دون تغيير طبيعة نظام تملك المنقول بالحيازة، فالمنقول يملكه الحائز بالتقادم ولو كانت المدة لحظة^(١). وهذه النظرية سفسطة محضنة لان مرور الزمان ماخوذ في حقيقة التقادم، فلا وجود للتقادم الفوري في عالم المنطق والعقل السليم.

٢- نظرية القرينة القانونية

مفادها: (ان الحيازة تنشأ على الفور لمصلحة الحائز وهي قرينة على ملكيته للمنقول، يستطيع بواسطتها ان يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق)، فالحيازة قرينة قاطعة لا تقبل العكس. وانتقدت: بان القرائن القاطعة تقبل النقص بالاقرار او النكول عن اليمين بخلاف الحيازة^(٢).

٣- النظرية الحديثة

ومفادها: (ان الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون، فالقانون ذاته سبب من اسباب الملكية، وهي حالة من حالات التملك بحكم القانون وتشبه حالة التملك بالاستيلاء)، وصوبها الاستاذ السنهوري فقال (وهي النظرية الصحيحة في نظرنا). وقال (اخذ بها القانون المدني المصري الجديد واجمع عليها الفقه في مصر).

ويلاحظ على هذه النظرية الملاحظات الآتية:

- أ- انها من قبيل تحليل الشيء بنفسه، فكأنها تقول الحيازة هي المنقول سبب الملكية لانها وحدها وبذاتها سبب الملكية، وتحليل الشيء بنفسه باطل.
- ب- انها خالية من بيان أي اساس وهي تكونت لبيانه.
- ج- ليست الحيازة وحدها سبب الملكية بحكم القانون بل بقية اسباب كسب الملكية كذلك.

الاستصحاب هو أساس قاعدة الحيازة

النوع الرابع من الاستصحاب (وهو استصحاب الصفة الاصلية) هو الاساس لقاعدة: (الحيازة في المنقول سند الملكية)؛ لان الحيازة مظهر من مظاهر الملكية

(١) الوسيط، المرجع السابق ١١٤/٩ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ١١٤٧/٩.

وخصيصة من خصائصها الاصلية تحولها الملكية التامة للحائز، شأنها شأن التصرف والاستعمال والاستغلال.

فهذه الامور الاربعة^(١) هي من ميزات وخصائص الملكية وتسميتها من قبل بعض رجال القانون^(٢) بالعناصر مبنية على الخلط بين العناصر والخصائص، فعناصر الشيء سابقة على وجوده في حين ان صفاته وخصائصه لاحقة لوجوده.

وبناء على ذلك فان حيازة الحائز للمنقول صفة اصلية ولو ظاهراً، ودعوى الاستحقاق المستندة الى انها عرضية لا تقبل الا بالبينة استصحاباً للصفة الاصلية. فاذا ثبتت الحيازة الاصلية بالاستصحاب ثبتت الملكية بالالتزام، لان الملكية ملزومة والحيازة لازمة، ووجود اللازم يستلزم وجود ملزومه اذا لم يكن اللازم اعم.

وإذا ثبتت الملكية في الحال يعتبر الثبوت بالاثار الرجعي الى بدء وقست الحيازة بالاستصحاب المقلوب وهو ثبوت الامر في الزمن الماضي لثبوته في الحال^(٣).

(١) الحيازة، والتصرف، والاستعمال، والاستغلال.
(٢) في مصادر الحق للاستاذ السهوري ٣١/١: (ونرى من ذلك ان عناصر حق الملك في الفقه الاسلامي كما هي في الفقه الغربي ثلاثة:
١- الانتفاع بالعين المملوكة. ٢- الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج. ٣- التصرف في العين).
(٣) في جمع الجوامع وشرحه ٢٢٣/٢ (اما ثبوت الامر في الاول لثبوته في الثاني فاستصحاب مقلوب، كان يقال في المكيال الموجود الآن كان على عهده يُستصحب الحال في الماضي). وقد عد بعض الاصوليين الاستصحاب المقلوب نوعاً خامساً يراجع لتفصيل ذلك الابهاج شرح المنهاج ١٧٠/٣ لشيخ الاسلام علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج السدين عبدالوهاب بن علي.

أصول الفقه

فهرس نسجه الجديء

الءكءور

مصطفى ابراهيم الزلى

الجزء الثاني



القسم الثاني
الأحكام
الشرعية العملية



بسم الله الرحمن الرحيم

الأحكام الشرعية التي أتت بها الشريعة الإسلامية خمسة أقسام:

القسم الأول: الأحكام الشرعية الأصولية الاعتقادية (أصول الدين)

وهي تتعلق بمعتقدات الإنسان من الإيمان بالله وما ينفرع عنه من الإيمان بنسائر الأمور الاعتقادية، ومحل بحث هذا القسم هو علم الكلام (علم العقائد).

القسم الثاني: الأحكام الخلقية

وهي أحكام تهذيبية وسلوكية تتعلق بما يلزم أن يتحلى بها الإنسان من الصفات الحميدة وإن يتحلى عنها من الصفات الرذيلة. ومحل بحثها هو علم الأخلاق.

القسم الثالث - الأحكام الكونية

وهي أحكام تعد من معجزات القرآن، حكمتها تقوية الإيمان وتثبيت العقيدة بأن القرآن وحى ليس من صنع البشر. والآيات الكونية لم يسدرها المفسرون الأولون حقائقها بل منها ما اكتشفها التطور العلمي الحديث، ومنها ما تنتظر الاكتشاف في المستقبل.

ومن تلك الآيات الكونية الآيات الدالة على أن الصوت والرعد والبرق في السحاب نتائج الطاقة الكهربائية وشحناتها تجاذب بعضها مع بعض، حيث يقول تعالى: ﴿الم تر أن الله يُزجى^(١) سحاباً ثم يؤلف بينه ثم يجعله ركاماً^(٢) فترى الودق^(٣) يخرج من خلاله وينزل من السماء من جبال فيها من برد فيصيب من يشاء ويصرفه عن من يشاء يكاد سنا^(٤) برقه يذهب بالابصار^(٥)، ومن الواضح أن هذه الآية نزلت قبل اكتشاف الكهرباء بمئات السنين.

القسم الرابع - الأحكام العبرية

وهي أحكام العبرة بالغير تؤخذ من الآيات التي تبحث عما فعلته الأمم

(١) أي يسوقه برفق.

(٢) الركام: المتراكم بعضه فوق بعض من السحاب.

(٣) الودق: المطر يقال: (أودقت السماء) أي أمطرت.

(٤) سنا البرق: اضاء.

(٥) سورة النور - الآية: ٤٣.

السابقة من خير أو شر وما نالته تلك الأمم من جزاء طبقاً لقوله تعالى ﴿فمن يعمل مثلاً ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾^(١).

وفلسفة هذه الآيات التي تسمى آيات القصص هي أنها توجه الأجيال المتعاقبة نحو أخذ الدروس مما فعلته الأمم والأجيال السابقة ليقتدي الجيل اللاحق بالسابق في ما فعله من التصرفات النافعة وليسبتعد ما ارتكبه من أعمال الشر والاجرام، لذا قال سبحانه وتعالى ﴿لقد كان في قصصهم عبرة لأولي الألباب﴾^(٢).

القسم الخامس: الأحكام الشرعية العملية

وهذا القسم هو المعنى بدراستنا، والأحكام العملية هي التي تغالج تنظيم علاقة الإنسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره من بني نوعه.

الحكم الشرعي العملي:

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع.

تحليل التعريف

الخطاب: هو المخاطب به من النصوص الشرعية الإلهية الموجهة إلى الأسرة البشرية فيما يتعلق بتنظيم حياتهم الدنيوية والأخروية، مثل قوله تعالى ﴿وَلَا تَمْلُوا أَنفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٤)، وقوله تعالى ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾^(٥)، وقولته تعالى ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٦) وغير ذلك من آيات الأحكام.

والحكم مدلول هذه الآيات ونحوها وليس نفسها .

(١) سورة الزلزلة - الآية: ٧-٨.

(٢) سورة يوسف - الآية: ١١١.

(٣) سورة الإسراء ٣٣.

(٤) سورة البقرة ١٧٢.

(٥) سورة البقرة ١١٠.

(٦) سورة الزلزلة ٧-٨.

المتعلق : المنظم والمبين لأحكام التصرفات من حيث المشروعية وعدمها ومن حيث الصحة والبطالان والفساد ودور الوقائع في السببية والشروطية والمانعية.

التصرفات : التصرف كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل بإرادة حرة مدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً؛ فالقولُ المشروع كالعقود، وغير المشروع كالقذف والغيبة والنميمة، والفعلُ المشروع كإنقاذ الغريق، وغير المشروع كالقتل بدون حق. يستنتج من التعريف المذكور أن التصرف الشرعي أو القانوني يتوقف على توفر خمسة عناصر وهي الآتية:

- ١- أن يصدر العمل عن الإنسان فكلما يصدر من غيره كالحيوان والطبيعة يكون واقعة.
- ٢- أن يصدر بإرادة فكل ما يصدر عن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.
- ٣- أن يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر عن المكره والمضطر يكون واقعة.
- ٤- أن يكون بإرادة حرة مدركة فكل ما يصدر عن النائم والساهي والخاطئ والغافل والسكران فاقد التمييز ونحو ذلك يكون واقعة.
- ٥- أن يرتب عليه الشرع أو القانون أثراً، فالأقوال والأعمال الاعتيادية لا تسمى تصرفاً شرعياً أو قانونياً.

الوقائع : الواقعة (ما حدثت رغم إرادة الإنسان) سواء كانت من نتائج فعل الإنسان كحوادث السيارات أو بقوة فاهرة كتحطم الطائرة في الجو أو حدثت بإرادته لكن لم تكن مما يرتب عليه الشرع أو القانون أثراً كالمكالمة للتفاهم والأعمال الاعتيادية من الأكل والمشى والنوم ونحو ذلك، بسواء كانت مادية كتألف المجنون مال الغير أم معنوية كالجنون والقرابة والعقل.

الاقتضاء : طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية وطلب الترك على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية.

التخيير : ترك الحرية للإنسان في فعل الشيء أو تركه.

الوضع : هو جعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو عدّه صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

أسباب اختيار هذا التعريف

أ- لم اطلع في المراجع الأصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة (المكلف) أو (المكلفين) ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي^(١)، إضافة إلى ذلك فإن بعضهم^(٢) قسم الحكم التكليفي إلى الحكم التكليفي والحكم الوضعي، وهذا مما يرفضه المنطق لأنه من قبيل تقسيم الشيء إلى نفسه وغيره. ومن الواضح أن كل تعريف يتضمن ذكر المكلف هو تعريف للحكم التكليفي فقط.

ب- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الإرادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع إن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان أو بإرادته لكن لا يرتب عليه الشرع أو القانون أثراً شرعياً أو قانونياً وأن التصرف هو ما ذكرناه آنفاً، وهو يشمل التصرف الفعلي الإرادي كما يشمل القولي. ورغم ذلك حصروا التصرف القولي في المقسم إلى العقد والإرادة المنفردة^(٣)، وهذا مما يباه المنطق. ومنشأ خلط القانونيين هو خطأهم في تعريف التصرف حيث عرفوه بأنه اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون وهذا التعريف غير صحيح من أوجه متعددة منها:

(١) يقول ابن الحاجب (الحكم قيل خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، فورد مثل «أول الله خلائكم وما تعلمون»، سورة الصافات ٩٦، فزيد بالإقتضاء أو التخيير فورد كون الشيء دليلاً ومسبباً وشرطاً فزيد أو الوضع فاستقام) مختصر المنتهى، ص ٣٣. وقال الرازي (قال أصحابنا إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء والتخيير)، المحصول ١/١٠٧. وقال الغزالي (الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشارع إذا تعلق بأفعال المكلفين)، المستصفي، ص ٦٩. وعرفه البيهاري (بأنه خطاب الله المتعلق بفعل المكلف اقتضاءً أو تخييراً)، مسلم الثبوت، ص ٣٢.

(٢) كابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٤٦/١ وما بعدها قال (إنه خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث انه مكلف) ثم قسمه إلى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي.

(٣) ومن الشواهد على ذلك مشروع القانون المدني العراقي الجديد، م ٣٠٥.

أولاً- التصرف القانوني إتجاه الإرادة لإحداث أثر يعتد به القانون.

ثانياً- يشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة.

وهذه المادة تدل على إدخال التصرفات الفعلية مسطلاً إرادية أو لا إرادية في الوقائع القانونية إذا ربطت مع م ٣٠١ التي تنص على أن (مصادر الالتزام هي التشريع، والتصرف القانوني والواقعة القانونية).

- ١- التصرف ليس اتجاه الإرادة وإنما هو نتيجة لهذا الاتجاه.
- ٢- التصرف ليس ناشئاً عن الإرادة المتجهة إلى إحداث أثر وإنما هو من صنع القدرة التابعة للإرادة التابعة للإدراك فكل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة يتعلق به الإدراك أولاً ثم الإرادة ثم القدرة فالقدرة هي التي تنشئ التصرف.
- ٣- أن أثر التصرف ليس مصدره التصرف ولا الإرادة لأن التصرف كالعقد (مثلاً) سبب للأثر ومصدره هو الشرع في الآثار الشرعية والقانون في الآثار القانونية.

أقسام الحكم الشرعي

يستنتج من التعريف المذكور للحكم الشرعي انه ينقسم إلى قسمين التكليفي والوضعي.

القسم الأول: الحكم الشرعي التكليفي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

المكلف : هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: (البلوغ، والعقل، والعلم بما يكلف به، والقدرة على ما يكلف به، والاختيار).

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه إليه التكليف لقوله تعالى ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢).

ولقول الرسول ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ رَفَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهَا عَلَيْهِ)^(٣)، وقوله ﷺ: (رُفِعَ الْقَلَمُ عَن ثَلَاثَةٍ، عَن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَن الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَن الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ - أَوْ يَحْتَلِمَ -)^(٤).

القسم الثاني: الحكم الشرعي الوضعي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو الوقائع على وجه الوضع، أي جعلها سبباً أو شرطاً له أو مانعاً منه أو عدُّ التصرف صحيحاً

(١) سورة البقرة ٢٣٣

(٢) سورة البقرة ٢٨٦

(٣) رواه ابن ماجه ٦٥٩/١، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي. وابن حبان ١٤٩٨، ورواه الحاكم ١٩٨/٢ بلفظ (تجاوز الله عن أمته...)، وقال صحيح على شرط الشيخين.

(٤) أخرجه ابن ماجه ٦٥٨/١، كتاب الطلاق، باب طلاق المعنوه والصغير.

أو باطلاً -أو فاسداً-.

وبهذا العرض الموجز يتضح لنا إن لكل قسم خمسة أنواع عند جمهور الأصوليين، ثم إن للحكم الشرعي سواء أكان تكليفاً أم وضعياً ثلاثة عناصر: (الحاكم والمحكوم فيه -أو به- والمحكوم عليه).
ودراسة هذه المواضيع تتطلب توزيعها على ثلاثة فصول يخصص الأول للحكم الشرعي التكليفي وأنواعه، والثاني للحكم الشرعي الوضعي وأنواعه، والثالث لعناصر الحكم الشرعي.

الفصل الأول

الحكم الشرعي التكليفي

الحكم الشرعي التكليفي الاصولي كما ذكرنا يتضمن خمسة أنواع: وهي الإيجاب والندب والتعريم والاستكراه والإستباحة.

ونخصص لبيانها مبحثاً ثم نعقبه بمبحث ثانٍ لما يتعلق بالواجب بصورة خاصة لأهميته.

المبحث الأول

أنواع الحكم الشرعي التكليفي

للحكم الشرعي التكليفي خمسة أنواع: أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء)، وخامسها مندرجة تحت تعبير (التخيير) وهي الإباحة، وهي كالآتي:

النوع الأول الإيجاب

وهو اقتضاء -طلب- الفعل على وجه الحتم والإلزام والسذي هو صفة الشارع، والأثر المترتب عليه هو الوجوب -الحكم الفقهي- الذي هو صفة الفعل المطلوب، ويكون المطلوب واجباً، فالواجب هو ما طلب على وجه الحتم والإلزام، بحيث يستحق فاعله التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة^(١) ويستحق تاركه اللوم والعقاب، وتركه جريمة سلبية لأن ركنه المادي فعل سلبي وهو الامتناع عن أداء الواجب^(٢).

الواجب والفرض

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء لأن المراد بكل منهما فعل طلب على

(١) في شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٧١، (ليس كل واجب يثاب على فعله، ولا كل حرام يثاب على تركه، أما الأول فكثافات الزوجات والأقارب والدواب، ورد المغصوب والودائع والديون فإنها واجبة، فإذا فعلها الإنسان غافلاً عن امتثال أمر الله تعالى فيها وقعت واجبة مجزئة مبرئة للذمة ولا ثواب حينئذ، أما الثاني فلأن المحرمات يخرج الإنسان عن عهدها بمجرد تركها، وإن لم يشعر بها فضلاً عن القصد اليها فلا امتثال لأمر الله فيها ولا ثواب).

(٢) وبهذا يتضح الفرق بين الإيجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفة الشارع، والثاني حكم فقهي وصفة تصرف الإنسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الإنسان المكلف، وهكذا في بقية الأنواع.

وجه الحتم والإلزام سواء أكان ثابتاً بدليل ظني كحديث الأحاد أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- : (الفرض ما ثبت بدليل قطعي كأداء الزكاة، والأمر بالمعروف، والتعاون على البر، الخ...، والواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر، والأضحية، الخ...).

ورأي الجمهور هو الأفقه ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين علسي وجه الإلزام^(١)، والمطلوب واجب إما لذاته أو لغيره^(٢).

الواجب والالتزام

لحد كتابة هذه الأسطر لم اطلع لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولا في فقه القانون تعريفاً واضحاً شاملاً جامعاً مانعاً لهذا المصطلح: (الالتزام)، ولكن بعد الموازنة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي من جهة وبين الإيجاب والوجوب والواجب والالتزام من جهة أخرى، تبين لي أن الالتزام هو: (التحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذممة بحق للغير إلى انقضائه)^(٣)، وذمة الإنسان عنقه، قال تعالى ﴿وَكُلِّمْنَا طَائِرَهُ فِي عَنُقِهِ﴾^(٤).

ومن البدهي أن سبب الالتزام ليس دائماً تصرفاً إرادياً، فإذا أتلف شخص مال الغير خطأً أو نسياناً يجب عليه التعويض ويلتزم بدفعه إلى هذا الغير، وإذا

(١) وظن البعض كصاحب جمع الجوامع ٨٨/١، إن الخلاف لفظي، وهذا غير صحيح لأن الخلاف اللفظي لا يترتب عليه الآثار الخلافية في حين يترتب على هذا الخلاف اختلاف الحنفية مع غيرهم - كالشافعية - في بعض المسائل الفقهية منها: أن الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية، وهي صحيحة عند الحنفية إذا قرأ ما يعادلها من الآيات القرآنية الأخر، ومن الواضح أن قراءة الفاتحة في الصلاة ثبت بدليل ظني وهو قول النبي ﷺ (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)، أخرجه مسلم ٣٤٣/٤، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة، صحيح مسلم بشرح النووي. وقراءة القرآن ثابتة بالقرآن وهو قوله تعالى ﴿فَأَقْرءُوا مَا نُنزِّلُ مِنَ الْقُرْآنِ﴾، سورة المزمل ٢٠. ثم منكر الفرض يكفر عند الحنفية ومنكر الواجب لا يكفر.

(٢) الواجب لذاته هو فعل حسن لذاته لما فيه من النفع العام كالعدل والصدق والأمانة والتعاون على البر، والواجب لغيره فيجب لذاته، وقد يصبح حسناً لغيره كالقتل دفاعاً عن النفس والعرض والمال.

(٣) وهذا الحق يسمى ديناً وهو ما تعلق بذمة الغير من مال حكمي أو عمل.

(٤) سورة الإسراء ١٣.

تحتطمت طائرة في الجو. فقد تلتزم الدولة أو الشركة بدفع التعويض لضحايا الكارثة. أجل، الالتزام بمعناه اللغوي مصدره إرادة الإنسان، يقال: التزم المال أو العمل، أي أوجبه على نفسه، ولكن من الخطأ تفسيره بهذا المعنى الضيق أيضاً في فقه الشرع وفقه القانون بعد الاعتراف بأن مصادر الالتزامات الشرعية تنحصر في الشرع ومصادر الالتزامات القانونية تقتصر على القانون وأما التصرفات والوقائع فهي أسباب للالتزام والقول بأنها مصادر خلط بين السبب والمصدر وقع فيه القانون وشراجه.

وكذلك من الخطأ تعريفه بالواجب^(١)؛ لأن الواجب هو صفة الأداء في الالتزام والأداء محل الالتزام، والالتزام صفة الملتزم قائمة به (المسدين) ولا يحمل أحدهما على الآخر، لأن الموضوع والمحمول - أو المبتدأ والخبر - يجب أن يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار.

ومن غير المنطوق أيضاً تعريفه بأنه: (الوجه الثاني للحق الشخصي)^(٢)، أي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يطلب أحدهما - الدائن - من الآخر - المدين - القيام بفعل أو إعطاء أو امتناع عن فعل، فبالنسبة إلى الدائن حق شخصي وبالنسبة إلى المدين التزام، وذلك للأسباب الآتية:

أ- أن الحق الشخصي والالتزام في هذه الحالة يكونان متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار، وهذا باطل لأن الحق الشخصي عنصر إيجابي في الذمة المالية على الزعم القانوني، في حين إن الالتزام عنصر سلبي، ثم لو صح انهما متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار لجاز حمل أحدهما على الآخر بأن يقال الحق التزام أو الالتزام حق، لكن الحمل غير جائز.

ب- الالتزام من الأمور الواقعية والرابطة القانونية المذكورة من الأمور الاعتبارية.

ج- الرابطة من مقولة الإضافة^(٣)، والالتزام من مقولة الانفعال^(٤)، والمقولتان

(١) كما في مشروع القانون المدني العراقي الجديد م ١١٠، (الالتزام واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر).

(٢) كما هو المعروف المتداول في قوانين البلاد العربية ولدى شرح هذه القوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، انظر الوسيط للسنهوري ١/١٥٢، المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البديراوي ص ٣٧٦. مصادر الالتزام لأستاذنا عبد المجيد الحكيم ١/١٢.

(٣) الإضافة: نسبة متكررة تصورها يتوقف على تصور أمرين آخرين تضاف إليهما، كالأبوة تصورها يتوقف على تصور الأب والولد، وكذلك البنوة.

(٤) الانفعال هو التأثر والمطاوعة كالنسخن كما إن الفعل هو التأثير كالنسخين.

متباينتان، والحق من مقولة الكم لأنه يقدر بالمساحة والعدد أو الوزن أو الكيل.
د- والالتزام صفة للملتزم قائمة به، بينما الرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين، ولا يجوز تفسير الصفة الخاصة بالصفة المشتركة.
وبناء على ذلك فإن التعريف الصحيح السليم هو ما ذكرناه من أنه: تحصل أداء واجب طوعاً أو كرهاً تتشغل به الذمة بحق للغير إلى أن ينقضي بوسيلة من وسائل الانقضاء (كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة وغيرها).

عناصر الالتزام

الالتزام بمفهومه الاصطلاحي يتوقف وجوده على توفر العناصر الستة الآتية:
١- المصدر الملزم وهو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية.

٢- الملتزم وهو الشخص المدين سواء أكان طبيعياً كالإنسان أم معنوياً كالدولة.
٣- الملتزم له هو الشخص الدائن سواء أكان طبيعياً أم معنوياً.
٤- موضوع الالتزام وهو ما ينصب عليه محل الالتزام وغالباً يكون محل العقد.

٥- محل الالتزام وهو الأداء (فعل الشيء أو الامتناع عن الشيء) ولا يكون محلاً للالتزام إلا الفعل كالتسليم والوفاء، لأنه من الأحكام التكليفية التي تتعلق بأفعال الإنسان، وقد خلط بعض فقهاء القانون بين محل الالتزام وموضوع الالتزام^(١). فمن باع سيارة يكون مديناً ملتزماً بتسليمها إلى المشتري الذي هو دائن وملتزم له، ومحل الالتزام هو التسليم، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن، وموضوعه المبيع، ومصدره الشرع أو القانون وسببه البيع.

(١) كالدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال في كتابه مصادر الحق ١٥/١، (الالتزام بالدين محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثالية، والالتزام بالعين محله عين معينة بالذات)، وكما قلنا الالتزام من الأحكام التكليفية المطلوبة على وجه الحتم والإلزام ولا تتعلق إلا بفعل الإنسان، ومحله لا يكون إلا فعلاً، ففي الأمثلة المذكورة مبلغ النقود والأشياء المثالية موضوع الالتزام، وأداؤها - ردها أو تسليمها - محل الالتزام، وكذلك العين المعينة بالذات موضوع الالتزام، فتسليمها أو ردها أو تملكها محل الالتزام. وخطط المشرع العراقي بين محل الالتزام ومحل العقد في م ١/١٢٩: (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيناً نافياً للجهالة والغرر).

٦- سبب الالتزام هو ما سماه رجال القانون (مصدراً) وهذه التسمية خطأ لأسباب بينتسها مفصلاً في مؤلفي (الالتزامات فسي الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية العربية) لا مجال لذكرها في هذا الكتاب الأصولي.

أسباب الوجوب والالتزام

أسباب الوجوب هي نفس أسباب الالتزام وهي في الفقه الإسلامي:

١- التصرفات الشرعية

سواء أكانت قولية (كالعقد والإرادة المنفردة) أم فعلية (كالفعل الضار والفعل النافع).

٢- الوقائع الشرعية

وهي غير خاضعة لإرادة الإنسان وإن كانت بفعله كحوادث اصطدام السيارات، وقد تكون الوقائع طبيعية، وقد خلط فقهاء القانون بين التصرفات الفعلية الإرادية والوقائع القانونية^(١) كما ذكرنا.

ومصدر الواجبات والالتزامات الشرع في المسائل الشرعية والقانون في المسائل القانونية، فجميع الواجبات من العادات والعبادات والعقائد مصدرها الشرع. وفي القوانين المدنية السائدة ومنها المدني العراقي مصادر الالتزام خمسة وهي: (العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار والعمل غير المشروع، والفعل النافع والكسب دون سبب، والقانون). والأربعة الأولى من هذه الخمسة تدرج تحت التصرفات الشرعية القانونية^(٢)، وهي أسباب وتسميتها بالمصادر خلط بين السبب والمصدر.

النوع الثاني الاستحباب

استعمله علماء الأصول صفة للشارع وصفة لتصرفات الإنسان أي بنفس الصيغة بخلاف النوع الأول الذي كان الإيجاب فيه صفة للشارع والوجوب صفة للتصرف، ويمكن التفريق باللفظ بأن يقال: طلب الفعل على وجه الأولوية (استحباب) وصفة للشارع، وأثره (الندب) وهو صفة التصرفات.

(١) لأنهم جعلوا كلا من التصرفات الفعلية والوقائع القانونية مصدرأ واحداً مقابل (للتصرف القانوني، والقانون) عندما حاولوا إرجاع المصادر الخمسة التقليدية للالتزام إلى ثلاثة وهي: التصرف القانوني، الواقعة القانونية، والقانون.

(٢) إذا كان الفعل إرادياً، وإلّا فهي واقعة.

والمراد بالاستحباب الذي هو صفة الشارع طلب الفعل على وجه الأولوية والأفضلية بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه كزيارة المرضى، وسنن الصلاة والصيام، وغير ذلك من جميع الأفعال الخيرة ما عدا الواجبات. والفعل المطلوب على وجه الأفضلية والأولوية كما يسمى مندوباً يسمى مستحباً وسنةً ونفلًا، والفعل المندوب كما يكون البدء به مستحباً كذلك الاستمرار فيه بعد البدء يكون مستحباً ومندوباً باستثناء الحج^(١)، لأن نقله كفرضه في النية فإنها في كل منهما قصد الدخول في الحج وكذا في الكفارة، وغيرها خلافاً لبعض الفقهاء حيث قالوا: (كل مندوب يتحول إلى الواجب بالشروع فيه فيجب إكماله).

النوع الثالث التحريم

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام، والأثر المترتب على التحريم الحرمة، فالأول صفة الشارع وشرعه وحكم اصولي، والثاني صفة تصرف الإنسان غير المشروع وحكم فقهي. والفعل المطلوب هو الامتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والإلزام، ويسمى محرماً وحرماً ويستحق فاعله الذم والعقاب وتاركه يستحق التقدير والثواب، وفعله يشكل جريمة إيجابية لأن ركنها المادي يتم بفعل إيجابي كالزنا المحرم بقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِتْمَامًا فَاحْشَبُوا مَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢)، وكحرمة تزوج المحارم الثابتة بقوله تعالى ﴿حَرَّمَ عَلَيْكُمْ أَنْتُمْ وَبَنَاتِكُمْ﴾^(٣). والإنسان البالغ العاقل كما أنه مكلف وملزم بأداء الواجبات، كذلك ملزم ومكلف بترك المحرمات، لكن التحريم المتوقع لا يوجب في الحال الكف عن الفعل وعدم الحل^(٤).

(١) جمع الجوامع ٩١/١، وفيه (ولا يجب المندوب بالشروع أي لا يجب إتمامه لأن المندوب يجوز تركه خلافاً لأبي حنيفة في قوله بوجوب إتمامه لقوله تعالى ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾، سورة محمد ٣٣، ووجوب إتمام الحج المندوب بالشروع لأن نقله كفرضه نية وكفارة وغيرهما).

(٢) سورة الإسراء ٣٢.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) وتتفرع على ذلك فروع فقهية منها: أن للزوجة التصرف في جميع مهرها المقبوض بمجرد العقد رغم أن ملكها له لا يستقر إلا بالدخول، وللمؤجر التصرف في الأجرة المقبوضة رغم احتمال فسخ الإيجار قبل انتهاء المدة.

أنواع المحرم

ينقسم المحرم إلى نوعين، لذاته ولغيره:

أ- **المحرم لذاته:** هو ما قصد الشارع تحريمه ذاتياً لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسدة لذاته، فإنه إذا كان عقداً يقع باطلاً كبيع المبتة وتزويج المحرمات من النساء، وإذا كان تصرفاً فعلياً ضاراً يقع جريمة كالسرقة والزنا وخيانة الأمانة والتجسس، وغير ذلك من الأفعال الأخرى القبيحة لذاتها.

ب- **المحرم لغيره:** وهو ما يكون مشروعاً لذاته ولكن أصبح قبيحاً ومضراً لغيره كالخطبة على خطبة الغير والبيع على بيع الغير ونحوهما، فإن كلاً من الخطبة والبيع عمل مباح لذاته لكنه يصبح محرماً إذا كان مؤدياً إلى إلحاق الضرر بالغير. ومع ذلك، الفاعل يعتبر أثماً والتصرف يكون صحيحاً منتجاً لآثاره عند جمهور الفقهاء، ولم يفرق الظاهرية وبعض الحنابلة بين النوعين من المحرم في عدم ترتب الآثار الشرعية عليه على أساس أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك.

النوع الرابع الاستكراه

وهي طلب الشارع الكف عن الفعل طلباً غير جازم وهي بهذا المعنى صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الكراهة التي هي صفة التصرف، والفعل المطلوب تركه طلباً غير جازم يسمى مكروهاً وهو ما يمدح تاركه ولا يعاقب فاعله، وأمثلة المكروه كثيرة منها:

تساؤل الإنسان عما لا يعنيه، كما قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءٍ إِن بُدِّ لَكُمْ سؤُوكُمْ﴾^(١). ومنها الزيارات لبيوت الغير في أوقات غير مناسبة وبدون إذن سابق، كما قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْأَلُوا﴾^(٢).

(١) سورة المائدة ١٠١.

(٢) سورة النور ٢٧.

المكروه وخلاف الأولى

فرق علماء الأصول بين المكروه وخلاف الأولى بأن الأول طلب تركه بنص خاص كما في الآيتين المذكورتين، أما خلاف الأولى فهو ما يستفاد من الأمر بالأفعال المندوبة كترك زيارة المريض المأمور بها على أساس أن الأمر بالشئ نهي عن ضده^(١).

المكروه تحريماً وتنزيهاً

قال بعض الأصوليين (كالحنفية)^(٢) المكروه نوعان:

أ- **المكروه تحريماً**: وهو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام، لكن ثبت هذا الطلب بدليل ظني كحديث الأحاد. ومن أمثله البيع على بيع الغير والخطبة على خطبة الغير، وقد نهى عنهما الرسول ﷺ في قوله (لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له)، فعندئذ يكون الفرق بينه وبين الحرام أن الثاني ثابت بدليل قطعي^(٣).

ب- **المكروه تنزيهاً**: وهو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام وإنما على وجه الأولوية والأفضلية. كأكل الأشياء التي لها رائحة كريهة كالثوم في حالة الاحتكاك بالغير كما في وقت صلاة الجمعة والجماعة وفي حالة الجلوس مع الغير.

هل التدخين محرم أو مكروه؟

في رأينا المتواضع أن الحكم الشرعي للتدخين هو الحرمة لأنه مضر بالمدخن والآخرين من الأوجه الآتية:

أ- مضر من الناحية الاجتماعية

حيث يقلق الناس ويؤثر على راحتهم في الاجتماعات والندوات وأمكنة اللقاء والاحتكاك، وبصورة خاصة الأمكنة غير المستوفية للنهوية الصحية، وفي

(١) في جمع الجوامع وشرحه ٨٠/١، (أو اقتضاء غير جازم بنهي مخصوص فكراهة أو بغير مخصوص فخلاف الأولى).

(٢) تسهيل الوصول إلى علم الأصول من ٢٥٠. شرح القاضي عضد الدين على مختصر المنتهى ٥/٢. زكي الدين شعبان، أصول الفقه ص ٢٤٢.

(٣) ويترتب على هذا الفرق أن المكلف يعاقب على فعل المكروه كراهة تحريم، كما يعاقب على فعل الحرام لكن لا يكفر إذا أنكره لأنه ثبت بدليل ظني. لمزيد من التفصيل، راجع بداية المبتدئ وشرحه الهداية بتكملة فتح القدير ٤-٣/١٠.

وسائل النقل البري والبحري والجوي، وضرره على الغير أكثر من ضرر الثوم والبصل المنهي عنهما من الرسول ﷺ.

ب- مضر من الناحية الاقتصادية

وفيه استقطاع لجزء من حق الغير ممن تجب نفقتهم على المدخن، وبالتالي أكل بالباطل، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١).

ج- مضر من الناحية الصحية

وقد حذر الأطباء المتخصصون المدخنين من العواقب السيئة للتدخين، ومن هؤلاء البروفيسور كليرت لاغرو الاختصاصي الفرنسي الشهير في أمراض الكلى والرئتين حيث قال (قد تكون البشرية اعتادت على التعايش مع هذا الوحش الحضاري القاتل الذي اسمه (التدخين) غير أن النتائج الكوارثية الناجمة عن هذا الوحش أصبحت من الضخامة والفاحة بحيث لم يعد من المعقول الاستمرار في الاستسلام امامها، وبلغت الأرقام ونتائج دراسة ملفات المتوفين بسبب التدخين يتبين أن الإنسان الذي يدخن عشرين سيجارة يوميا كمن يخسر من عمره سبع سنوات، ثم يقول أن هناك أربعة أنواع من السرطان مرتبطة بالتدخين: سرطان الرئة، سرطان الحنجرة، سرطان الفم وسرطان المثانة، إضافة إلى مضاعفات الشرايين في عضلات القلب بسبب التدخين، وبذلك لا تقل خطورة التدخين عن خطورة المسكرات والمخدرات التي حرمها القرآن بالنص الصريح، ولو كان موجوداً في عهد الرسالة لحرمه بالنص الصريح ولكنه محرم بالقواعد الشرعية العامة القاضية بأن كل مضر محرم، بل محرم بنص قوله تعالى ﴿سَأَلْتُكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(٢)، لأن ضرر التدخين أكثر من نفعه.

ثم إن ضرر التدخين لا يقتصر على المدخن وحده حيث اثبت العلم أن من

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) سورة البقرة ٢١٩، والمراد بالإثم الضرر وقد أجاب سبحانه وتعالى عن الحكم بعلته تنبيهاً على أن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو محرم وإن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

يدخن أربعين سيجارة في اليوم في بيت يعيش معه طفل يعتبر هذا الطفل قد دخن عشر سجائر لان الدخان الذي يخرج من فم المدخن يلوث الهواء المحيط به ويستنشقه الجالسون معه وهذا ينعكس أثره الصحي السيئ على الكل وبوجهه خاص إذا كان في مكان مغلق التهوية بخلاف تعاطي المسكرات فسان ضرره الصحي يقتصر على نفسه فقط، وهذا ما يدعوننا إلى القول بأنه لا يوجد أي فرق بين تحريمها والتدخين وكل ما يكون ضرره أكثر من نفعه بمقتضى الآية المذكورة.

النوع الخامس الاستباحة

هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع منه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الإنسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب. وإضافة إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة قد يفهم الحكم من تصريح الشارع بالحل كما في قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾^(١)، وقد يؤخذ من النص على نفي الإثم أو الجناح أو الحرج على من يفعل الفعل كما في قوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْيَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾^(٤)، وغير ذلك من الآيات الدالة على ما هو مباح للإنسان رخصة.

وقد انتقد بعض الأصوليين^(٥) اعتبار الإباحة من الأحكام التكليفية بحجة عدم وجود أي نوع من الكلفة في الأشياء والأفعال المباحة ما دامت الحرية في الترك

(١) سورة المائدة ٥.

(٢) سورة البقرة ١٧٣.

(٣) سورة البقرة ٢٣٥.

(٤) سورة النور ٦١.

(٥) كالجلال المحلي في شرح جمع الجوامع ٨٣/١ وحيث قال ذكر التخيير سهو إذا لا اقتضاء في الإباحة. وقال القرافي، الفروق ١٦١/١ (الحكم التكليفي الأصل انه لا يطلق إلا على الوجوب والحرمة لأن الكلفة تعني المشقة وفيما عداها المكلف في سعة لا عقاب على فعله أو تركه غير أن الأصوليين توسعوا في إطلاق اللفظ على الأنواع الخمسة).

والفعل متروكة للإنسان، ودافع البعض عن اعتبارها من الأحكام التكليفية بأنه مبني على التغليب لأن الأحكام الأربعة الباقية تكليفية. وفي نظري أن الإباحة حكم تكليفي ولا مجال للشك في ذلك لأنها كانت لمصلحة الإنسان، والمباح رغم ترك الحرية فيه للإنسان إلا أن تركه -بصورة كلية- محرم حيث لم يخلق عبثاً، فتناول المباح وفعله من الأمور التي يتوقف عليها الحفاظ على صحة الإنسان ومحافظة الصحة واجبة وكل ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب، إذن فعل المباح في بعض الأوقات واجب أو على الأقل مندوب، ثم إن نوع كل مباح واجب غالباً كالنوم والأكل والراحة والنظافة لتوقف استمرارية الحياة على ذلك.

المبحث الثاني

الواجب، أقسامه، أداؤه، قضاؤه

أفردنا هذا النوع من الأحكام التكليفية بمبحث مستقل رغم سبق بيانه ، ذلك لأهميته من حيث الأقسام والأداء والقضاء.

أقسام الواجب

ينقسم الواجب إلى أقسام مختلفة بالاعتبارات الآتية:

أولاً - باعتبار المقدار المطلوب محدد وغير محدد

١- **الواجب المحدد** وهو الذي حدد مقداره كالزكاة فإن نسبتها في كل مال تجب فيه مقدرة بمقدار معين، ويقابل الواجب الشرعي المحدد الواجب القانوني المحدد كالضرائب وأجور الماء والكهرباء والهاتف، وغير ذلك من الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية.

٢- **الواجب غير المحدد** وهو الذي لم يحدد مقداره كالإنفاق في سبيل الله والتبرعات التي على المتمكن أن يدفعها للمكوب في الظروف الطارئة كالفيضانات والزلازل والحرب والحريق والنفقة .

ثمرة التقسيم

تظهر ثمرة التقسيم في الأحكام الآتية:

١- الواجب المحدد يجب ديناً في الذمة وتصح المطالبة به من غير توقف على حكم قضائي أو اتفاق رضائي بخلاف الواجب غير المحدد فإنه لا يتسعلق

بذمة الإنسان ديناً وبالتالي لا يطالب به إلا بعد قضاء أو رضاء.
واختلف الفقهاء في نفقة الزوجة، فمن قال إنها واجب محدد قال تجب
بمجرد الزواج، وبهذا أخذ المشرع العراقي (م ٢٣) لكن اعتبر نفقة الأقارب
واجباً غير محدد فلا يقضى بها إلا من تأريخ الادعاء (م ٦٣). وفي هذا تحكم
وترجيح بلا مرجح.

٢- لا تترأ ذمة المكلف المدين بالواجب المحدد ما لم يوده على الوجه المطلوب
وبالقدر المحدد بخلاف الواجب غير المحدد، فإن أمر أدائه وتحديد مقداره
متروك لسعة ومقدرة إرادة الشخص المكلف.

ثانياً - باعتبار محل الأداء معين ومخير^(١)

١- الواجب المعين ما طلب بعينه ولا يجوز العدول إلى البديل بإرادة المدين
كالصلاة والصيام والمال المسروق والمغصوب والمعار والمستأجر والوديعة
والمبيع.

٢- الواجب المخير هو ما طلب لأبعينه وإنما في ضمن أمور معينة يكون
محل الأداء واحداً غير معين من بين اثنين أو ثلاثة من الأمور المعينة المحددة
كأحد خصال كفارة اليمين، فالقرآن الكريم حدد كفارة اليمين بواحد من هذه
الواجبات (إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير إنسان مستعبد)، فإن لم
يستطع أن ينفذ واحداً منها عليه أن يصوم ثلاثة أيام كما جاء في قوله تعالى
﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْإِيمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ
مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ كَسْوَتُكُمْ أَوْ نُجْرَرِ رَقَبَةً فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ
ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^(٢).

(١) وفي القانون يطلق عليه (الالتزام التخييري)، كما في م ٢٩٨-٣٠٠ من القانون المدني
العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

(٢) سورة المائدة ٨٩، ومن القواعد الفقهية العامة (ما يجوز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعض إلا
أن يكون الحق لمعين ورضى به، ففي كفارة اليمين لا يجوز لمن حنث أن يطعم خمسة
ويكسو خمسة، وفي كفارة الظهار لا يجوز أن يصوم ثلاثين يوماً ويطعم ثلاثين مسكيناً).

أهمية التقسيم

تبدو أهميته في أن المدين في الواجب المعين لا تبرأ ذمته إلا بأدائه بعينه ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على خلاف ذلك، بخلاف الواجب المخير فسأن المكلف تبرأ ذمته بأداء واحد من الأمور التي خير فيها، ثم من ثبت له التخيير في حقين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن اسقط أحدهما ثبت الآخر، إضافة إلى ذلك فالتخيير إنما يكون بين المتجانسين في الحكم.

ثالثاً - باعتبار المطالب بأدائه عيني وكفائي

١- الواجب العيني هو التصرف المطلوب من شخص المكلف ذاته كالصلاة والصيام في الشريعة الإسلامية، ويقابله الواجب العيني القانوني كالخدمة العسكرية الإلزامية.

٢- الواجب الكفائي هو ما طلب حصوله وأداؤه من مجموع المكلفين لا على سبيل التعيين بحيث إذا قام بأدائه بعضهم بقدر الكفاية يسقط التكليف عن الكل وارتفع الإثم عن الجميع، وإذا لم يقم به أحد أو قام به البعض ولكن لم يكن القيام بقدر الكفاية وسد الحاجة أتم الجميع وعم الحرج وتعرض الكل للمسؤولية، كتعليم وتعلم المهن والحرف التي يحتاج إليها الفرد والمجتمع، وكالجهاد والدفاع في حالة العدوان، وكبناء المرافق والمؤسسات الثقافية والصحية والاجتماعية وكالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكنقل جثمان المتوفى إلى مثواه الأخير، وممارسة مهنة القضاء، ونحو ذلك مما يحتاج إليه المجتمع في كل زمان ومكان.

وقد يتحول الواجب الكفائي إلى الواجب العيني، كما إذا لم يوجد في البلد إلا طبيب واحد ولا يوجد في المدينة والمنطقة من تتوافر فيه شروط القضاء إلا شخص واحد، وكأداء الشهادة ممن لا يوجد غيره، وكمن يجسد السباحة ويرى أمامه من على وشك الغرق، ونحو ذلك.

أهمية التقسيم

تظهر أهمية التقسيم مما ذكرنا في إن الواجب العيني لا يقبل النيابة إلا في حالات نص عليها الشارع، بخلاف الواجب الكفائي فلا يطلب من شخص معين أو أشخاص معينين، وبتعبير آخر في الواجب العيني شخص المكلف مأخوذ بنظر الاعتبار، أما في الواجب الكفائي فلا ينظر إلى الشخص وإنما إلى العمل، فالهمم فيه هو أداء العمل أيا كان المؤدي.

رابعاً- باعتبار وقت الأداء مطلق ومقيد

- ١- الواجب المطلق عن التوقيت هو الذي لم يعين له وقت محدد لأدائه مثل كفارة اليمين والوفاء بالنذر وأداء دين مؤجل إلى أجل غير مسمى.
- ٢- الواجب المؤقت هو ما طلب فعله في وقت محدد له كإقامة الصلاة الواجبة وأداء الصوم الفرض (صوم رمضان)، فالقيام بهذا الواجب في وقته أداء، وبعده قضاء، وتكراره في نفس الوقت إعادة، ويقابله الواجب المؤقت القانوني كعمل الموظف والعامل في الساعات المحددة لعمله، وكحضور الطلبة في أوقات المحاضرات^(١).

أهمية التقسيم

تكون الأهمية في إن الواجب المؤقت يجب أدائه في الوقت المحدد له، فأدائه خارج هذا الوقت بدون عذر مشروع يرتب عليه الإثم والمسؤولية الدينية والدينية^(٢)، بخلاف الواجب المطلق فإنه يكفي أدائه في أي وقت خلال فترة العمر، لكن من المفضل الإسراع في أدائه وإفراغ الذمة من المسؤولية القائمة.

أنواع الوقت باعتبار دوره في المؤدى

١- إن يكون ظرفاً للمؤدى وسبباً لوجوبه كوقت الصلاة والمراد بكونه ظرفاً أنه يحيط به ويزيد عنه، وحكم هذا النوع اشتراط نية تعيين فرض الوقت.

٢- إن يكون معياراً للمؤدى وسبباً لوجوبه كشهر رمضان ﴿أَفَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ

(١) كل تصرف عبادة أو معاملة كانت المدة ركناً أو شرطاً فيه لا يكون إلا مؤقتاً كالصلوات الخمس في العبادات، والإجارة والإعارة والمساقاة والمزارعة في المعاملات المالية.

(٢) وللواجب المؤقت باعتبار ضيق وسعة الوقت ثلاثة أنواع :

١. الواجب الموسع هو ما يكون وقته كافياً له ولغيره من جنسه كأوقسات الصلوات الخمس الواجبة في الشريعة الإسلامية.

٢. الواجب الضيق هو الذي لا يسع غيره من جنسه كوقت رمضان فلا يسع إلا الصيام المفروض فيه.

٣. الواجب ذو الشبهين كالحج، فإن وقته لا يسع إلا حجاً واحداً في نفس العام، وبهذا يكون كالمضيق، ولكن وقته يزيد على أداء مناسكه ومن هذه الجهة يشبه الواجب الموسع.

ونتيجة التقسيم: في الواجب الموسع تجب نية أداء الواجب، وفي المضيق يكفي مطلق النية وذو الشبهين كالمضيق يصح أدائه بمطلق النية لأنه لا يوجد حج آخر.

فَلْيَصُمْهُ^(١)، والمراد بكونه معياراً انه لا يسع غير الواجب من جنسه فلا يزيد ولا ينقص، وحكم هذا النوع انه تكفي فيه نية مطلق الصوم من غير اشتراط التعيين في النية.

٣- إن يكون معياراً وليس سبباً لوجوبه كقضاء رمضان وصوم الكفارات والنذر، فسبب القضاء واضح، وسبب صوم الكفارات الحنث والقتل والظهار وغيرها، وسبب صوم النذر النذر، وحكم هذا النوع اشتراط نية التعيين من الليل أو من أول النهار.

٤- أن يشبه الطرف من وجه والمعيار من وجه آخر وهو وقت الحج (ذو القعدة وعشر ذي الحجة) ولكن الحج لا يؤدي إلا في بعض عشر ذي الحجة، فيكون الوقت زائداً ومن هذا الوجه يكون ظرفاً، ومن حيث انه لا يؤدي في هذا الوقت إلا حج واحد يكون معياراً، وحكم هذا النوع أن من رجع جهة المعيارية احتياطاً (كأبي يوسف) قال بتأثير من أخره عن العام الأول لان البقاء إلى العام المقبل مشكوك فيه، وعند من رجع جهة الظرفية (كمحمد الشيباني) يجوز التأخير بشرط عدم التفويت لان الأصل في الحياة البقاء.

الأداء والقضاء في اللغة

كل منهما عبارة عن الإتيان بالمؤقتات المأمور بها وغيرها مثل إقامة الصلاة وأداء الزكاة ورد الأمانات.

فالقضاء - لغة - هو الأداء ويستعمل بمعناه كما جاء في قوله تعالى ﴿إِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَامًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿إِذَا قَضَيْتُم مِّنَاسِكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ﴾^(٣). والمراد بالقضاء في هاتين الآيتين ونحوهما هو الأداء، واستعماله فيه حقيقة لغوية، ففي اللغة لا فرق بينهما.

الأداء والقضاء في القانون

الأداء هو محل التزام الملتزم، لأن الالتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق

(١) سورة البقرة ١٨٥.

(٢) سورة النساء ١٠٣.

(٣) سورة البقرة ٢٠٠.

إلا بالأفعال، كتسليم المبيع إلى المشتري وتسليم الثمن إلى البائع ورد المغصوب إلى المغصوب منه ورد المسروق إلى المسروق منه ورد العين المعارة أو المستأجرة أو الوديعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء المدة. والأداء كما يكون فعلاً إيجابياً كالأمثلة المذكورة، كذلك قد يكون فعلاً سلبياً، كالامتناع عن القيام بالأفعال المحرمة شرعاً وقانوناً وكالامتناع عن المنافسة غير المشروعة.

ولكن مصطلح القضاء بالمفهوم المذكور: (الأداء خارج وقته في العبادات، أو أداء المثل صورة ومعنى، أو صورة فقط) لم يستعمله القسانونيون ولكنهم يطبقونه من الناحية العملية في الضمانات والمعاملات المالية.

الأداء والقضاء شرعاً في العبادات (حقوق الله)

الأداء والقضاء في حقوق الله يختصان بالعبادات المؤقتة، ولا يتصور الأداء إلا فيما يتصور فيه القضاء^(١).

ولهذا قال الفقهاء والأصوليون في أداء وقضاء حقوق الله:

• **الأداء:** هو فعل عين الواجب في وقته المعين له شرعاً كأداء صلاة الظهر في وقتها^(٢)، وأداء الصيام الواجب في شهر رمضان المبارك^(٣)، وهو ينقسم إلى الأداء الكامل والقاصر والشبيه بالقضاء.

أ- **الأداء الكامل:** هو ما يؤديه المكلف على الوجه الذي أمر به^(٤)، بأن يكون مستجمعاً لجميع الأوصاف المشروعة. كالصلاة المشروعة فيها الجماعة أداها المصلي جماعة^(٥).

ب- **الأداء القاصر:** وهو ما ليس بمستجمع لجميع الأوصاف المشروعة فيه

(١) التاويح على التوضيح شرح التنقيح ٧٤/٢.

(٢) قال فقهاء الشافعية والأصوليون منهم كما في جمع الجوامع وشرحه ١٠٨/١ وما بعدها (الأداء فعل بعض، وقيل كل ما دخل وقته قبل خروجه واجبا كان أو مندوباً، والمؤدى ما فعل من كل العبادة أو بعضها في وقتها. والوقت هو الزمان المقدر له شرعاً مطلقاً سواء كان موسعاً كالوقوات الصلاة أو مضيقاً كزمان صوم رمضان).

(٣) أصول البردوي مع كشف الأسرار ١٣٥/١.

(٤) شرح المنار ابن ملك، ص ١٦٥.

(٥) في الصحيحين عن رسول الله ﷺ (صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفرد سبعا وعشرين درجة)، صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٨/٥.

كالصلاة^(١) الواجبة إذا أقامها منفرداً^(٢) والطواف بلا وضوء.

ج- الأداء الشبيه بالقضاء: كمن اقتدى بالإمام في صلاة الجماعة ثم تأخر عنه لأي سبب كان فلم يكملها معه ثم أتمها بعد فراغ الإمام من صلاته^(٣).

• **القضاء:** فعل مثل الواجب في غير وقته المعين شرعاً استدراكاً لما وجب عليه ولم يؤده في وقته كقضاء المسافر والمريض صيام رمضان بعد السفر أو الشفاء، وفقاً لقوله تعالى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٤)، وقضاء نائم أستيقظ من نومه بعد فوات الوقت، أو ناسٍ نسى الواجب إلى أن زال وقته ثم أداه خارج الوقت^(٥).

القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول:

أ- **القضاء بمثل معقول** هو ما يدرك عقل الإنسان المماثلة بينهما كقضاء الصلاة بالصلاة، وقضاء الصيام بالصيام^(٦).

ب- **القضاء بمثل غير المعقول:** وهو ما لا يدرك العقل المماثلة بين الأصل والبدل كقضاء العاجز عن الصيام بسبب الشيخوخة بالفدية، فعقل الإنسان

(١) في أصول الشاشي ص ٤٢ (الواجب بحكم الأمر نوعان: أداء وقضاء، فالأداء عبارة عن تسليم عين الواجب إلى مستحقه، والقضاء عبارة عن تسليم مثل الواجب إلى مستحقه. ثم الأداء نوعان: كامل وقاصر، فالكامل مثل أداء الصلاة في وقتها بالجماعة والطواف متوضئاً وتسليم المبيع سليماً كما اقتضاه العقد إلى المشتري، وتسليم الغائب العين المغصوبة كما غصبها وحكم هذا النوع ان يحكم بالخروج عن العهدة به).

(٢) التقرير والتجيب على تحرير الكمال بن الهمام ١٢٧/٢.

(٣) فالصلاة أداء لأنها في وقتها، وقضاء لأنه التزم بالافتداء بالإمام أن يتمها جماعة ولم يف بالترامه، فما وقع بعد فراغ الإمام أداء شبيه بالقضاء. التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ٧٨/٢ وما بعدها.

(٤) سورة البقرة ١٨٤.

(٥) قال الشافعية (القضاء فعل كل وقيل بعض ما خرج وقت أدائه استدراكاً بعد ذلك لشيء سبق له مقتضى لان يفعل وجوباً أو ندباً). جمع الجوامع وشرحه ١١١/١.

(٦) في البرزوي والكشف ١/١٤٣ (إن الله تعالى أوجب القضاء في الصوم بالنص فقال ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، وجاءت السنة بالقضاء في الصلاة، فقال النبي ﷺ (إذا رقد أحدكم عن الصلاة أو غفل عنها فليصلها إذا ذكرها فإن الله تعالى يقول ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾). ففتح الباري ٨٨/٢، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٨/٥.

قاصر عن إدراك الصلة والمماثلة بين أصل الصيام وبين وجوب الفدية بدلاً عنه لا صورة لا معنى، وقد أمر الله بالفدية مكان الصيام في قوله ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾^(١)، أي على الذين يستطيعون الصيام بمشقة أن يدفعوا الفدية - ما يعادل وجبة طعام متوسطة لكل فرد للفقراء والمساكين بدلاً من الصيام عن كل يوم - وقد رها الفقهاء بنصف صاع من البرّ ونحوه عن كل يوم.

• **الإعادة:** فعل مثل الأول على صفة الكمال في نفس الوقت، كمن صلى العصر مثلاً جماعة بعد إقامتها منفرداً، أو فعل الشيء ثانياً وقت الأداء لخلل في فعله الأول^(٢).

الأداء والقضاء في المعاملات المالية (حقوق الناس)

• **الأداء:** تسليم نفس الواجب أي عينه إلى مستحقه^(٣) لقوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٤)، يعني أن الأداء تسليم عين المبيع إلى المشتري وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ذاتها، ورد عين المغضوب إلى المغضوب منه ورد عين المسروق إلى المسروق منه وإعادة العين المعارة أو المستأجرة أو المودعة إلى صاحبها الشرعي بعد انتهاء مدة العقد، وهكذا في كل حيازة وقتيسة يلتزم الحائز الوقتي أو الحائز حيازة غير مشروعة بإعادة عين المال المحاز إلى المحاز إليه بالصفة التي كان عليها قبل الحيازة، فإذا تأخر عن الأداء والرد بدون عذر ونلف المال أو حصل فيه عيب أو نقص يكون ضامناً لأن يده بمثابة يد الغاصب.

(١) سورة البقرة ١٨٤، قال البعض بتقدير الآية ﴿وَعَلَى الَّذِينَ لَا يُطِيقُونَهُ﴾ وفي نظرنا هذا تأويل بعيد لا داعي له لأن صيغة (يطيقونه) تدل على إمكان القيام بالعمل لكن مع المشقة.

(٢) التقرير والتحرير على التحرير ١٢٣/٢ وفيه فصول الميزان الإعادة فيعرف الشرع (إتيان مثل الفعل الأول على صفة الكمال) و(الإعادة فعل الشيء ثانياً في وقت الأداء قبل لخلل في فعله أولاً من فوات شرط أو ركن كالصلاة مع النجاسة وقيل لعذر من خلل في فعله أولاً أو حصول فضيلة لم تكن في فعله أولاً)، جمع الجوامع وشرحه ١١٧/١.

(٣) التوضيح على التنتيخ ٨٢/٢ وأصول الشاشي، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤) سورة النساء ٥٨.

الأداء الكامل والأداء القاصر^(١) :

١- الأداء الكامل (أو المحض) : هو رد عين موضوع الالتزام بنفس ما استلم أو حاز بدون عيب أو نقص ومن غير ترتيب حق عليه للغير كالرهن ونحوه، وتسليم عين المبيع إلى المشتري وفق المواصفات والشروط المتفق عليها والتي اقتضاها العقد^(٢).

٢- الأداء القاصر : هو رد عين موضوع الالتزام بعيب أو نقص أو ترتيب حق عليه للغير، ففي هذه الحالات يتحمل المدين مسؤولية القصور أي يكون مسؤولاً مسؤولية تفصيرية، وعناصر هذه المسؤولية هي في الشريعة: (العمل غير المشروع+الضرر+علاقة السببية)، وفي القانون: (الخطأ+الضرر+علاقة السببية)، والخطأ في القانون الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه، والخطأ يتطلب الأهلية بخلاف العمل غير المشروع، وما في الشريعة من الصواب.

• القضاء : هو رد أو تسليم مثل الواجب، وهو كامل وقاصر:

أ- القضاء الكامل (أو القضاء بمثل معقول) : هو رد أو تسليم المثل صورة ومعنى في حالة عدم إمكان رد الأصل لتلفه أو لأي سبب آخر، فمن غصب مالا أو سرقه أو استأجره أو استعاره وانتهت مدة الإجارة والإعارة ودخل في ضمانه فلم يستطع رده لتلف أو غيره، وكان مثلياً فعلياً فعليه رد مثله إن وجد^(٣)، ولا يجوز العدول إلى القيمة ما دام رد المثل ممكناً^(٤).

(١) في التقرير والتحرير على التحرير ١٢٧/٢ (قسم الحنفية الأداء في المعاملات كما في العبادات إلى كامل وقاصر، والأداء الكامل رد عين المغصوب سالماً على الوجه الذي غصبه فهو كامل لكونه على الوجه الذي وجب، والأداء ناقص هو رده مشغولاً بحق الغير أو بعيب)، مع التصرف بالعبرة. وفي أصول البردوي مع الكشاف ١٥٣/١ (الأداء المحض هو تسليم عين المغصوب إلى المغصوب منه على الوجه الذي غصبه، وتسليم عين المبيع على الوجه الذي اقتضاه العقد).

(٢) أصول السرخسي ٦٥٣/١.

(٣) في أصول السرخسي ١٣٤/١ (من غصب شيئاً لزمه تسليم عينه ورده فيصير به مؤدياً، وإن هلك لزمه ضمان فيصير به قاضياً).

(٤) المال باعتبار تماثل أجزائه وعدم التماثل أما مثلي أو قيمي:

المثلي: (هو ما لا تتفاوت أجزائه تفاوتاً يعتد به في القيمة ويقوم بعضه مقام بعض في الوفاء

ب- **القضاء القاصر (أو القضاء بمثل غير معقول)** وهو رد بدل الشيء

المتلف بما هو مثله معنى (قيمة) لا صورة، ويكون هذا في حالتين^(١):

إحداهما: كون المتلف قيمياً لا مثل له كالحيوانات والعقارات.

والثانية: كون المتلف مثلياً ولكن كان مفقوداً في أيدي الناس وفي الأسواق.

ومن الواضح أن الأصل في الضمان أن يكون البديل مثل الأصل صورة ومعنى وهو القضاء الكامل لأنه بمثل معقول، وإذا لم يتيسر ذلك لكون المتلف قيمياً أو لعدم توافر مثله في الأسواق وفي أيدي الناس يصر إلى القضاء القاصر أي المسئل معنى (قيمة) لا صورة.

وبناء على ذلك لا يصر إلى المثل معنى -قيمة- إلا عند العجز عن رد المثل صورة ومعنى^(٢)، فلو أراد المدين الملتزم رد المثل صورة ومعنى وكانت العين باقية في يده، أو أراد رد المثل معنى بدلاً من المثل صورة ومعنى مما كان متيسراً في الأسواق أو في أيدي الناس، يحق للدائن الملتزم له أن يمتنع عن قبوله.

ويعتبر من قبيل الفقد في الأسواق وأيدي الناس تغير القوة الشرائية للعملة المتداولة، فيجب رد قيمتها دون مثلها لانقضاء المثلية في هذه الحالة لتغير القوة الشرائية بتغير الحال.

وتوجد له نظائر في الأسواق فالبديل يكون كالأصل من حيث الصورة وهو واضح ومن حيث المعنى (القيمة)^(٣).

القيمي: (أ) تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت ولكن إنعدمت نظائره في الأسواق، ومن الأموال القيمية العقارات والحيوانات والعديدات المتفاوتة تفاوتاً لا يختفر سواء أكان في الحجم أم في النوع -أو الصنف- ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

ثمرة التقسيم: تظهر ثمرة هذا التقسيم من أوجه كثيرة أهمها ما يلي:

أ- المثلي بمنقر ديناً في ذمة المدين إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي.

ب- ضمان المثلي عند التلف يكون بمثله بخلاف القيمي فالضمان يكون بقيمته.

ج- إذا هلك موضوع الالتزام (محل الأداء) وكان مثلياً لا ينقضي الالتزام حيث لا يصح التنفيذ مستحياً بل يحل محله في الوفاء مثله بخلاف القيمي.

د- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إذا عين بالأوصاف لا بالذات إلا بعد الإفراز بخلاف القيمي.

(١) أصول البزدوي مع الكشف ١/١٦٧.

(٢) في المرجع السابق ١/١٦٨، القيمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي المنقارب إذا انقطع مثله عن أيدي الناس بان لا يوجد في الأسواق وفيما لا مثل له كالحيوان والنبات والعديدات المتفاوتة، فإن الواجب فيها المثل معنى وهو القيمة عند تعذر رد العين).

وكل ما تحدد كميته بالعدد أو الوزن أو الكيل أو القياس بالمتر ونحوه فهو مثلي وما عداه قيمي.

وقت التقويم وتقدير قيمة المثل

إذا كان المتلف مثلياً ولكن فقد مثله، هل العبرة في تقويمه وتقدير قيمته بتاريخ الحيازة غير المشروعة كأول يوم الغصب أو السرقة، أو بيوم انقطاع مثله في الأسواق، أو بيوم الخصومة أمام القضاء؟.

فيه الخلاف الآتي:

أ- قال أبو حنيفة^(١) (رحمه الله) : (تعتبر قيمة يوم الخصومة، لأن المثل قائم بالذمة حكماً ويتصور حصوله إلى وقت الخصومة ولا يثبت عجز المدين عن رد المثل صورة ومعنى إلا في حالة انقطاع المثل وقت قضاء القاضي).

ب- وقال أبو يوسف (رحمه الله) : (العبرة في تقدير القيمة بوقت الغصب، لأنه بانقطاع المثل في الأسواق يتحقق فواته، وفوات المثل ليس موجباً للضمان، وإنما الموجب أصل الغصب فتعتبر قيمته وقت الغصب، لأن القيمة خلسف - بدل- عن رد العين ولهذا كان قضاء، والخلف إنما يكون واجباً بالسبب الذي به كان الأصل واجباً، وفيما ليس له صورة يجب قيمته وقت الغصب - أو الحيازة غير المشروعة - ويكون ذلك قضاء بالمثل معنى لما تعذر اعتبار المثل صورة).

ج- قال محمد (رحمه الله)^(٢) : (العبرة في تقدير القيمة بوقت انقطاع مثله فسيأتي الناس وفي الأسواق، أي في آخر وقت وجوده لأن الضرورة إنما تتحقق عند انقطاعه في أيدي الناس وإنما يصار إلى القيمة للعجز عن المثل صورة ومعنى، والعجز يتحقق بالانقطاع فيعتبر يومه)^(٣).

(١) في أصول الشاشي ص ٤٧، قال أبو حنيفة (رحمه الله) : (إذا غصب مثلياً فهلك في يده وانقطع ذلك عن أيدي الناس ضمن قيمته يوم الخصومة لأن العجز عن تسليم المثل الكامل إنما يظهر عند الخصومة، فأما قبلها فلا لتصور حصول المثل من كل وجه، فأما ما لا مثل له لا صورة ولا معنى لا يمكن إيجاب القضاء فيه، ولهذا المعنى قلنا المنافع لا تضمن بالإتلاف لأن إيجاب الضمان بالمثل متعذر وإيجاب العين كذلك لأن العين لا يماثل المنفعة لا صورة ولا معنى).

(٢) التقرير والتحبير شرح تحرير الكمال ١٢٩/٢.

(٣) اقتصرنا في استعراض الآراء الخلافية على فقهاء الحنفية لأن هذه المصطلحات (الأداء

وأفقه الآراء هو رأي أبي حنيفة (رحمه الله) لقوة سنده إذا كانت الحيابة قبل التلّف مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة فالراجح هو رأي بعض الفقهاء كالشافعية وهو ضمان أقصى القيمة من يوم الحيابة إلى يوم الخصومة. وبنى فقهاء الحنفية على أصلهم القائل: (برد المثل صورة ومعنى، أو معنى فقط)، قولهم بأنه: (إذا تعذر المثل صورة ومعنى أو معنى فقط، لا يجب علي الضامن أي تعويض -جبران-، ولا يسأل قضاء وإنما يسأل ديناً، فيكون إثماً كما في منافع الأموال المسروقة والمغصوبة، فمن غصب داراً أو سرق سيارة، فانتفع بها مدة، ثم رد العين أو بدلها، لا يضمن أجرة المثل للمنافع التي انتفع بها بغير وجه شرعي، ذلك لأن الأجرة عين ولا مماثلة بينها وبين المنفعة صورة ولا معنى، أما صورة قواضح، وأما معنى فلان المنافع أعراض لا تبقى وقتين، فلا يتحقق الإحراز فيها ولا تقوم بلا إحراز^(١).)

وخالفهم الجمهور فقالوا: (بضمان المنافع كضمان الأعيان، لأن الأعيان غير مقصودة لذاتها وإنما تكسب وتحرز لغرض منافعها والتي لا منفعة لها هي والعدم بيان).

ويرأي الجمهور هو القمين بالأخذ للأسباب الآتية:

١- القول بعدم ضمان المنافع قول بجواز أكل مال الغير بالباطل، وبالتالي رأي مناقض لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢).

الكامل والقاصر والقضاء الكامل والقاصر (من بنات أفكارهم بالنسبة إلى تطبيقاتها في المعاملات المالية. راجع أصول السرخسي ٥٦/١. التقرير والتحبير على التحرير ١٢٩/٢، شرح المنار وجواشيه، ص ١٨٥، أصول البزدوي مع كشف الأسرار ١١٧/١. شرح المنار لابن ملك ص ١٧٥.

(١) في التقرير والتحبير على التحرير ١٢٩/٢ (أن بذل المنافع للأعيان كركوب الدابة وسكنى الدار لا ضمان لعدم المثل القاصر لان المنفعة لا تماثل العين صورة هو ظاهر، ولا معنى لان العين مال منقوم والمنفعة لا قيمة لها لأن المال ما يصاب ويدخر لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى بل كما توجد تتلاشى والتقوم الذي هو شرط الضمان لا يثبت بدون الوجود لأن التقوم لا يسبق الوجود، إن المعدوم لا يوصف بأنه منقوم لأنه ليس بشيء، وبعد الوجود لا يحرز لعدم البقاء فلا يتقوم لأن التقوم لا يسبق الإحراز والاتفاق واقع على نص القضاء بالكامل أي على أن المنافع لا تضمن بمثلها من المنافع وورود العقد عليها لتحقق الحاجة، أي ثبت تقويمها في العقد الذي يرد على المنفعة لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس، فسان حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولابد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكماً خلافاً للقياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه).

(٢) سورة النساء ٢٩.

- ٢- مخالف لقول الرسول ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار).
- ٣- مخالف للعدالة والقواعد الشرعية العامة القاضية بوجوب التعويض والجبران للضرر على من أحدثه مباشرة أو تسبباً.
- ٤- في قول الحنفية -كما ذكرنا سابقاً-: (أن المنافع لا تحرز لأنها تتجدد بتجدد الزمان) خلط بين المنفعة والانتفاع، كما وقع في نفس الخلط رجال القانون. ومنفعة الشيء طاقة كامنة فيه لأنها عبارة عن قدرته على إشباع الحاجة، وهذه الطاقة لا تتجدد بتجدد الزمان وإنما تستهلك بمرور الأيام شأنها شأن الأعيان، فمنفعة الدار هي صلاحيتها للسكنى والانتفاع بها، ومنفعة الألبسة هي صلاحيتها للإستعمال، وهذه الصلاحية تزول باستهلاكها، والانتفاع بالدار والألبسة ونحوها هو الذي يتجدد بتجدد الزمان دون المنفعة، وقيمة كل شيء من الناحية الاقتصادية تقدر بمنفعتها لا بالانتفاع بها، والانتفاع إشباع الحاجة. ورغم هذا الخلط شعر المتأخرون منهم بأن في رأيهم هذا إجحافاً وظلماً، فحاولوا تدارك ذلك فقالوا: (بوجوب ضمان المنافع في أموال الوقف والقاصر وفي مال معد من قبل صاحبه للاستغلال)^(١).

أداء الواجبات المالية من الديون والأعيان

الدين هو كل ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وما عداه عين، والدين إما أن يكون لله أو للآدمي، فإن كان لله كزكاة وكفارات وجب أداؤه على الفور، وأن كان للآدمي فلا يجب أداء المؤجل إلا بانقضاء أجله، ولو عجل قبل الحلول فهل يجبر الدائن على قبوله؟

الجواب: أن كان له غرض صحيح في الامتناع كخوف نهبه أو غصبه أو سرقة لم يجب عليه قبوله وإلا اجبر على القبض أو الإبراء. وأن كان الدين حالاً وكان المدينون موسراً رشيداً حياً فهل يجب أدائه قبل الطلب؟

الجواب: فيه الأوجه الخمسة التالية:

١- يجب قياساً على دين الله الذي بذمته كالتزكاة.

(١) في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية الرد المختار ٢٠٦/٦ (ومنافع الغصب واستوفائها أو عطلها فإنها لا تضمن عندنا إلا في ثلاث، أن يكون المغموب وقفاً، أو مال اليتيم، أو كان معداً من قبل صاحبه للاستغلال بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك).

- ٢- لا يجب لأن الدين لشخص معين ولم يطالب به بعد.
- ٣- إن كان سببه معصية كما في الغصب والإتلاف بغير وجه شرعي والسرقة وجب أدائه فوراً وإلا فلا يجب.
- ٤- أن كان برضاه كقرض ونحوه لم يجب أو بغير رضاه كالإتلاف ونحوه وجب.
- ٥- إن لم يعلم به مالكة وجب وإلا فلا.

ومن وجهة نظري:

إن الراجح هو الوجه الأول وبوجه خاص إذا كان صاحب الدين محتاجاً إلى دينه أو كان قاصراً، وذلك تنفيذاً لأمر الله ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١)، والدين أمانة بذمة المدين والأمر للوجوب والفور إذا لم يقسم دليل على خلاف ذلك ولا دليل ظاهراً.

وإذا كان ما يجب أدائه عيناً من الأعيان ففيه التفصيل الآتي:

- ١- الأمانات الحاصلة في يد الحائز برضا أصحابها لا يجب أدائها إلا بعد انتهاء مدتها وعقودها كالوديعة والشركة والقراض، وأدائها يكون بتمكين صاحبها من أخذها، ولا تتحول يده إلى يد ضمان إلا بعد المطالبة فلو أوفى المدين الرهن الدين فبقى المرهون في يد الدائن المرتهن ينفى أمانة، ولا يضمن إلا بالامتناع عن الرد بعد المطالبة أو مرور زمن يقضي العرف بالرد، أي خلال فترة لا تتجاوز حد المعقول لأنه في هذه الحالة يعتبر مقصراً إذا لم يكن له عذر وتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فإذا تلفت ولو بدون تقصير يكون ضامناً.
- ٢- الأمانات الحاصلة بغير إرادة أصحابها وهي أمانات شرعية، كما لو طيرت الريح ثوباً أو نحوه إلى داخل حديقة الجار وكدخل حيوان أو طير للجار في حديقة جاره، فالواجب في هذه الحالة أحد الأمرين: أما إعلام المالك به أو الرد على الفور إذا تمكن منه، والواجب هو تمكين صاحبه من الأخذ، وعلى هذا إذا كان المالك عالماً به ولم يطالب لم يضمن بالتأخير ولا يجب عليه مؤنة الرد، ومن هذا القبيل اللقطة إذا علم اللاقط صاحبها، أما إذا لم يعلمه فهي قبل التملك أمانة وبعده مضمونة.

(١) سورة النساء ٥٨.

- ٣- الأعيان المملوكة بالعقود قبل قبضها مضمونة على من هي بيده كالمبيع قبل القبض من ضمان البائع، وكالمهر و عوض الخسلع، ويجوز للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن لم يكن مؤجلاً وإذا قبضه وجب التسليم.
- ٤- الأعيان المضمونة باليد كالمغصوب في يد غاصبه والمسروق فسي يد السارق المقبوض بعقد فاسد يجب فيها الرد فوراً ما لم تمنعه من ذلك قسوة قاهرة أو عذر مشروع.
- وفي أداء الواجبات غير المالية أداء الشهادة واجب إذا دعي إليه أو توقف عليها وصول الحق إلى صاحبه^(١).**

(١) يراجع قواعد الزركشي ١/١٠١.

الفصل الثاني

الحكم الشرعي الوضعي

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو بالوقائع الشرعية^(١) على وجه الوضع^(٢)، أي جعل شيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه، وبذلك^(٣) من ادرج في الحكم الوضعي العزيمة والرخصة والصحة والبطلان - أو الفساد .

ويكون أنواعه ثلاثة: السبب، الشرط والمانع.

ومن الأصوليين .

وقد اخترنا التقسيم الثلاثي لأن كلا من العزيمة والرخصة عالجتاها بالقدر الكافي في موضوع الاستحسان فلا داعي للتكرار، ونرى أن المحل الملائم لبحث الصحة والبطلان والفساد هو موضوع النهي عن تصرفات الإنسان كما يأتي بإذن الله. وفي هذا الفصل خصصنا لكل نوع من الأنواع الثلاثة للحكم الوضعي مبحثاً مستقلاً لزيادة الفائدة.

المبحث الأول

السبب

السبب في اللغة

ما يمكن التوصل به إلى مقصود ومنه سمي الطريق سبباً، وفي اصطلاح الأصوليين: (وصف ظاهر منضبط^(٤)) يرتب الشارع عليه حكماً يتحقق

(١) أضفنا الوقائع إلى الأفعال لأن الأسباب والشروط والموانع كما تكون أفعالاً وتصرفات قولية وفعلية كذلك تكون وقائع شرعية غير خاضعة لإرادة الإنسان.

(٢) معنى الوضع أن الشارع وضع أي شرع أموراً سميت أسباباً وشروطاً وموانع، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط. انظر شرح الكوكب المنير ص ١٣٤.

(٣) كصاحب جمع الجوامع ١/٩٤ وما بعدها، وكالشاطبي في الموافقات ١/١٧٨، وفيه القسم الثاني من قسمي الأحكام يرجع إلى خطاب الوضع، وهو ينحصر في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطلان والعزائم والرخص فهذه خمسة أنواع.

(٤) أي لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان.

بتحقيقه وينتفي بانفتائه^(١).

أنواع السبب

ينقسم السبب بمفهومه العام إلى عدة أنواع بالاعتبارات الآتية:

• أولاً- باعتبار طبيعته

أما سبب منشيء، أو سبب قصدي (غرض مباشر)، أو سبب دافع (باعث دافع).
١- السبب المنشيء ويقصد به السبب المولد للحقوق والالتزامات الذي سماه القانونيون مصدراً سواء أكان من تصرفات الإنسان الإرادية واللاإرادية أم كان وقائع شرعية، ومحل بحث هذا النوع هو باب خطاب الوضع في أصول الفقه وهو المعني بدراستنا في هذا المبحث.

٢- السبب القصدي^(٢) - الغرض المباشر أو المقصود - هو الذي يرمي إليه المتعاقد من وراء إلتزامه، ففي عقد البيع السبب القصدي لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري هو الحصول على الثمن - أو على التزام المشتري بدفع الثمن -. وكذلك السبب القصدي لالتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إليه.

وهذا الغرض المباشر لا يختلف من متعاقد إلى آخر، وهو جزء من العقد يفتش عنه في داخله لأنه معقود عليه وذو طابع واحد، ومحل بحث هذا النوع من السبب هو باب المعاوضات المالية، ففي العقود الملزمة للجانبين يبحثه الفقه تحت عنوان المقصود^(٣) أو القصد الأصلي أو المعقود عليه^(٤)، وهذه التعبيرات

(١) في جمع الجوامع وشرحه ٩٢/١ (السبب ما يضاف إليه الحكم لتعلقه به من حيث انه معرف له ودليل على وجوده أو موثر فيه بذاته أو بإذن الله، أو باعث عليه على الخلافات الموجودة في تفسيره). وفي مختصر المنتهى وشرحه ٧/٢ (والأحكام الثابتة بخطاب الوضع أصناف منها الحكم على الوصف بالسببية وهو جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود الحكم).

(٢) ويطلق عليه السبب الفني أيضاً كما يسمى مقصوداً. قال عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٢١/٢ (كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

(٣) يقول الكاساني، البدائع ١٧٩/٤ (لان الجهالة - جهالة المعقود عليه - المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد) ويقول السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٣٢ (القاعدة الثانية كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).

(٤) ويقول فقهاء القانون (السبب في التبرعات نية التبرع وهذا غير دقيق، لان النية صفة قائمة بمن يصدر عنه التصرف، في حين إن السبب يجب أن يكون دافعاً خارجياً كالباعث الدافع)، وفقهاء الشريعة اقرب إلى الصواب حيث قال الكاساني، البدائع ١٥/٦ (سبب الهبة إرادة الخير أو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجودة والسقاء). وجاء الدر المختار ١٤٩/٢ (الهبة سببها

أدق من تعبير (السبب) لأن اصطلاح السبب يعطي فكرة عن شيء سابق.

٣- السبب الدافع (أو الباعث الدافع) إلى التعاقد أو إلى التصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة) هو الغرض البعيد - أو الغرض غير المباشر^(١) وهو يتميز من النوع الثاني (السبب القصدي) بأنه نفساني وشخصي وخارج عن العقد يختلف باختلاف الأشخاص.

وعلى سبيل المثل الباعث الدافع في بيع السيارة قد يكون عند شخص شراء سيارة جديدة وعند ثلث الزواج وعند ثالث بناء البيت، وهكذا. وقد يكون في نوع واحد من العقد عشرات البواعث المختلفة، ومحل بحث هذا النوع هو باب سد الذرائع في أصول الفقه، وقد سبق بيانه.

ويتبين لنا من هذا العرض الموجز عدم صحة قول من قال: (أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية السبب)^(٢)، أو أن حظها يختلف في المذاهب المختلفة^(٣)، أو أن هذه الشريعة لم تقسح المجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية على أساس من السبب على نحو ما تقرر واستقر في القانون الحديث^(٤)، وحجتهم على دعواهم هذه أن ترتب الحكم - الآثار - على السبب إنما هو بجعل الشارع وإرادته وهو غير خاضع لإرادة المتعاقدين أي إذا تحقق السبب وتوافرت شروطه وانتفتت موانعه ترتب عليه الحكم - الآثار - سواء أقصد المتعاقدان ذلك أم لا وسواء رغبا في ترتب هذه الآثار أم لا فلا يستطيع أي منهما أن يدعي بعد تحقق السبب أنه لم يقصد هذه الآثار أو لا يرغب في تحقيقها لأن ترتبها بإرادة الشارع وبجعله ولا دخل لإرادة

إرادة الخير للواهب والوقف سببه إرادة محبوب النفس (أي الخير المراد.

(١) وهذا النوع من السبب هو المراد بقول الرسول ﷺ (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)، يقول ابن القيم، أعلام الموقعين ٨٤/٣ قاعدة الشريعة التي لا يجسور مسدها، إن المقاصد والاعتقادات والتصرفات كلها معتبرة كما في العبادات والصدق والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً).

(٢) وممن قال بهذا القول الأستاذ الفاضل الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ ط ١٩٤٦، ص ٧٣ والدكتور محمد زكي عبد البر في رسالته نظرية تحمل التبعية في الفقه الإسلامي، ص ٧٥، ١٤٨-١٤٩.

(٣) وهذا ما قاله الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص ٥١.

(٤) ومن الذين قالوا هذا القول، أستاذنا الفاضل الدكتور صلاح الدين الناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، ص ٣٦٦، ٤٦٩.

المتعاقدين إلا في السبب وحده.

ونقول لهؤلاء الأساتذة الأفاضل ومن حذا حذوهم: (إن القانون لا يختلف عن الفقه الإسلامي فيما ذكره، حيث إن الآثار تترتب على العقد بإرادة المشرع وبحكم القانون ولا دخل لإرادة المتعاقدين في ذلك)، فالبايع والمشتري إذا انقضا على بيع عقار محدد مقابل مبلغ معين واستوفى العقد جميع أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري تترتب عليه آثاره القانونية بحكم القانون لا بإرادة المتعاقدين فليس لأي منهما أن يدعي أنه لم يقصد هذه الآثار أو لا يرغب في ترتبها حيث إن دور أو دخل إرادتهما يقتصر على مباشرة السبب -العقد-، فإن صح ما ذهبوا إليه في الفقه الإسلامي فالمفروض أن يقال أن القانون أيضاً لا يعرف نظرية السبب، وهذا ما لم يقل به أحد.

• ثانياً - من حيث دور إرادة الإنسان في السبب، إما إرادي أو لا إرادي

١- السبب الإرادي هو الذي يكون من مقدور الإنسان ويكون خاضعاً لإرادته إن شاء فعله وإن شاء تركه، فهو عبارة عن تصرفاته القولية -العقد والإرادة المنفردة- والفعلية -المشروعة وغير المشروعة-، فالعقود والتصرفات القولية الانفرادية وجميع أعماله المشروعة التي قصد بها إحداث أثر يعتد به الشرع، وجميع أعماله غير المشروعة كالإتلاف والجرائم بكافة أنواعها (جرائم الأشخاص والأموال والأخلاق وجرائم الأمن والاستقرار) كلها أسباب إرادية، فالعقود والتصرفات الانفرادية أسباب لانئقال وكسب الأموال وإتلافه سبب للتعويض وجرائمه أسباب للعقوبات.

٢- السبب اللاإرادي - أو الواقعة الشرعية أو القانونية - هو السذي لا يخضع لإرادة^(١) الإنسان لأنه ليس من مقدوره أو كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته، ففي الحالتين لا دخل لإرادته في تكوينه وحدثه، وهو ينشئ ويرتب الآثار رغم إرادته، وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن

(١) منشأ السبب أما إنسان لم يرده سواء كان له الإرادة ولم يستخدمها فسي حدثه كحوادث المواصلات، أو لم يكن له الإرادة لعدم الإدراك كتصرفات عديم الأهلية الضارة أو ليس المنشأ هو الإنسان وإنما الطبيعة أو الحيوانات التي أتلفت مال الغير بتقصير من أصحابها.

الحكم التكليفي، لأن الثاني لا يكون إلا في الأسباب الإرادية الصادرة من المكلف -البالغ العاقل العالم بالمكلف به والقادر عليه المختار- .
ومن الأسباب اللاإرادية (الوقائع) حوادث الإصطدامات بين وسائل المواصلات وتحطم الطائرات في الجو وغرق السفن في البحار، فهي أسباب تترتب عليها الالتزامات فهي قد تلزم الشركات والأفراد أو الدول بدفع التعويض للمتضرر نفسياً وجسدياً ومادياً بسبب حدوث هذه الوقائع.
ويعتبر من الأسباب اللاإرادية كل فعل يصدر عن الإنسان عديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز، فهذا الفعل سبب للالتزام المدني بدفع التعويض لمن لحقه الضرر، ولو لم يكن سبباً للالتزام الجنائي والمسؤولية الجنائية وأساس المسؤولية المدنية في الشرع الإسلامي هو الضرر سواء وجد الخطأ بالمعنى الغربي أم لم يوجد.
وكذلك من الأسباب اللاإرادية الأسباب الوقتية والزمنية بالنسبة للالتزامات الإنسان تجاه ربه، فدخل وقت الصلاة سبب لوجوبها^(١) والعلم^(٢) بهلال شهر رمضان المبارك سبب لوجوب الصيام.
وقد ذكرنا سابقاً أن شرّاح القانون كثيراً ما يخلطون بين التصرفات الفعلية للإنسان وبين الوقائع القانونية، حيث يجعلون الوقائع مصادر للالتزام إلى جانب العقود والإرادة المنفردة، ويعدونها قسيمة لها حين تقسيم المصادر للحقوق والالتزامات إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون^(٣).
وتمرة التقسيم: إن السبب الجنائي الموجب للعقوبة إرادي دائماً بخلاف السبب المدني الموجب للتعويض فإنه يكون إرادياً ولا إرادياً.

(١) كما في قوله تعالى ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لَدُلُوكَ الشَّمْسِ ﴾، سورة الإسراء ٧٨.

(٢) كما في قوله تعالى ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾، سورة البقرة ١٨٥.

(٣) وفي مبروع القانون المدني العراقي الجديد م ٣٠١ (مصادر الالتزام هي التشريع والتصرف القانوني والواقعة القانونية) يوم ٣٠٥ (التصرف القانوني اتجاه الإرادة لأحداث أثر يعتد به القانون، ويشمل التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة). وهذا يعني أن جميع التصرفات الفعلية للإنسان سواء أكانت إرادية أم لا إرادية داخلية ضمن الوقائع لتحديد التصرف بالعقد والإرادة المنفردة.

• ثالثاً - باعتبار الحكم التكليفي السبب إما مشروع أو غير مشروع

١- السبب المشروع يكون من الحكم الشرعي الوضعي من حيث أنه سبب ومن الحكم الشرعي التكليفي من حيث أنه مشروع إذا كان ممن تصرفات الإنسان الإرادية، كالعقود والصيد والاستيلاء على الأشياء المباحة وهي أسباب لكسب الملكية، وكالزواج سبب لحل تمنع كل من الزوجين بالأخر، وسبب لثبوت النسب، وغير ذلك من الأسباب الأخرى المشروعة.

٢- السبب غير المشروع فهو أيضاً يجتمع فيه الحكم الوضعي والتكليفي، كالقتل سبب للقصاص، فهو حكم تكليفي من حيث أنه حرام وحكم وضعي من حيث أنه سبب لوجوب العقوبة، وكالسرقة سبب للعقوبة والإتلاف سبب للتعويض ومحرم من الناحية التكليفية.

• رابعاً- باعتبار تأثيره أما سبب منشئ أو سبب مسقط أو منشئ ومسقط

١- السبب المنشئ هو الذي ينشئ حقاً جديداً أو التزاماً جديداً، كالعقود فهي أسباب منشئة لكسب الملكية، والزواج سبب منشئ لحل التمتع والنسب والنفقة.

٢- المسقط فقط كالتنازل عن حق المنفعة وحق القصاص.

٣- السبب المنشئ والمسقط وهو السبب الذي يسقط حالة شرعية -أو قانونية- قائمة، كالإبراء فانه مسقط لحق الدائن في دينه الذي بذمه المدين، كما انه مسقط لالتزام المدين وسبب لأنقضائه (هذا على تقدير تكليفه بالإسقاط) أما إذا كيف بأنه تمليك فانه مسقط بالنسبة للدائن ومنشئ بالنسبة للمدين، وكالتقسام مسقط منشئ، وكالطلاق فإنه سبب مسقط لحالة الزوجية القائمة فهو مسقط للحقوق والالتزامات الزوجية ومنشئ لحق الزوجة في نفقة العدة وفي استلامها لمهرها المؤجل حيث يسقط التأجيل.

• خامساً - السبب باعتبار وقت توجب الحكم عليه ثلاثة أقسام:

١- قسم يقترب به الحكم كما إذا كان السبب فعلاً - تصرفاً فعلياً - كترتب حق الملكية والحيازة الشرعية على استيلاء المال المباح كالصيد والاحتطاب وإحياء الموات.

٢- قسم يتقدم الحكم على سببه افتراضاً فالمبيع إذا كان مالاً قيمياً فتلف

بقوة قاهرة قبل قبض المشتري له يفسخ البيع تلقائياً لاستحالة تنفيذه، فالتلف سبب الإنفساخ لكن يتعذر اقترائه به أو وقوعه بعده لأن الإنفساخ عبارة عن رجوع العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد أي رجوع مالك كل إلى صاحبه كما كان قبل العقد ولا يتصور ذلك بعد تلف المبيع لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً فيتعين رجوعه إلى ملك البائع قبل تلفه. وكذلك القتل خطأ سبب لوجوب الدية لكنها تتقدم عليه لتكون مورثة عن المقتول، وتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه وكل ذلك لا يكون إلا بعد تملك المقتول لها قبيل وفاته.

٣- قسم مختلف فيه كما في حالة كون السبب تصرفاً قولياً، فإذا كان تصرفاً انفرادياً (إرادة منفردة) كإبراء المدين ورجعة المطلقة، فالأصح أن الحكم (براءة الذمة والزوجية) يقترن بأخر حرف من التصرف القولي: (أبرأتك، راجعتك).

أما إذا كان التصرف القولي عقداً فالأصح اقترائه بأخر حرف للقبول إذا كان العقد نافذاً، وإذا كان موقوفاً يتأخر الحكم إلى إجازة العقد ممن له حق الإجازة، لكن يعتبر بالأثر الرجعي (من تاريخ إنشاء العقد).

• وإذا كان ترتب الحكم مشروطاً بوقت أو شرط فالحكم لا يترتب إلا بعد تحققه، فالقراية سبب الميراث بشرط وفاة المورث وحياة السوارث بعده، والوصية سبب الملكية بشرط وفاة الموصي وحياة الموصى له بعده، والطلاق الرجعي سبب انقطاع العلاقة الزوجية بشرط انتهاء العدة وهكذا.

السبب والعلّة

في الصلة بين السبب والعلّة آراء مختلفة للأصوليين أهمها:

أ- السبب والعلّة مترادفان فكل منهما أماره - دليل ظني - أو علامة على وجود الحكم، فالسفر سبب وعلّة لإباحة الفطر، ودلوك الشمس سبب وعلّة لوجوب الصلاة، والعقد سبب وعلّة لكسب الملكية، والقتل سبب وعلّة لوجوب العقوبة وهكذا - (١).

ب- العلة قسيم السبب فالحكم الوضعي أربعة أقسام السبب والعلّة والشروط

(١) في كشف الأسرار، أصول البيروني، ١٢٩١/٤ (إن العلة - أي الأسباب الشرعية - غير موجبة بانفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله، والعقود داخله في العلة الشرعية).

والمانع^(١).

ج- العلة أخص مطلقاً والسبب أعم مطلقاً فكل علة سبب وليس كل سبب علة، لأن الإنسان إذا أدرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسببه كالقتل للقصاص والسرقفة للعقوبة والإتلاف للتعويض فإنه علة كما أنه سبب، وإن لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والربط والصلة بينه وبين مسببه فهو سبب فقط وليس بعلة كدلوك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر والعقل قاصر عن إدراك الصلة بينهما وكذلك دخول شهر رمضان بالنسبة لوجوب الصيام^(٢).

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه^(٣)، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم، فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء، وسبب وجوب الجلد

(١) يقول الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ص ١٦٣ (وأقسام خطاب الوضع أربعة علة وسبب وشرط ومانع)، وقالوا السبب: ما يوجد الحكم عنده لا به وهو الذي يضاف إليه الحكم كدلوك الشمس لوجوب الصلاة والسرقفة لوجوب القطع والعلة ما يوجد الحكم به كالكسر للانكسار. واستعير السبب في عرف الفقهاء للمعاني الآتية:
١- ما يقابل المباشر: كحفر بئر مع ترديه فالحافر مسبب الهلاك والدافع هو المباشر والضمان عليه.

٢- علة العلة: فالرمي سبب القتل وعلة الإصابة التي هي علة زهوق النفس (القتل).

٣- العلة الشرعية الناقصة: بدون شرطها كنصاب الزكاة بدون حولان الحول.

٤- العلة الشرعية الكاملة: (مقتضى الحكم + شرطه + انتفاء المانع + وجود المحل + الأهلية)، فحصول ملك المبيع حكم، ومقتضيه حاجة الناس وشروطه معروفة في الفقه ومحلّه المبيع والأهلية كون العاقد صحيح التصرف سمي هذا المجموع سبباً استعارة لا علة، لأن علتهها ليست لذاتها بل بنصب الشارع لها علامة على الحكم بدليل وجودها دونها، فالاسكار كأن موجوداً قبل الشرع بدون التحريم ولو كان علة لما تخلف الحكم.

(٢) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي، ص ٢٥٦ (وإن أدرك العقل تأثيره كما ذكرنا في القياس يخص باسم العلة فبعض ما يسمى هنا سبباً يسمى في باب القياس علة، فالمراد بالسبب ما هو أعم من العلة).

(٣) قال الشاطبي، الموافقات، ١/٢٦٥ (أما العلة فالمراد بها الحكم والمصالح النسبي تعلقت بها الأوامر والإباحة والمفاسد التي تعلقت بها النواهي).

هو الزنا وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وبسبب وجوب قطع اليد هو السرقة وعلته هي المحافظة على أموال الناس، وهكذا^(١).

وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين - كالمعتزلة وغيرهم - : (إن أحكام الله معللة بالأغراض)، وقد عارضهم الآخرون - كالأشاعرة - قالوا: (بعدم صحة هذا الكلام لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام والأمر بتطبيقها لسد نقصه وحاجته). ولكن هذا زعم غير دقيق لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج لتشريع الأحكام وتطبيقها إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها.

ثم إن منشأ خلط القائلين بوحدة السبب والعلة هو الخلط بين العلة بمفهوم الفلسفة اليونانية وبين العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية^(٢).

السبب المباشر والسبب غير المباشر

من القواعد العامة: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)^(٣)، غير إن هذه القاعدة غير صحيحة على إطلاقها، بل الصواب:

(١) والحاصل علة التحريم هي حماية مصلحة أو حق يراه الشارع جديراً بالحماية الجنائية، والسبب هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة أو الحق، فعلة تحريم القتل هي حماية الحق في الحياة وعلة تجريم الجرح والضرب هي حماية الحق في سلامة الجسم وعلة تحريم القبض على الأشخاص أو الحبس دون مبرر هي حماية الحق في الحرية وعلة تحريم الاعتصاب أو هتك العرض هما حماية الشرف والأنساب وعلة تحريم السرقة هي حماية الملكية وعلة تحريم التزوير هي حماية الثقة العامة في الوثائق والمحركات، وهكذا في أمثال هذه القضايا، فالعلة في كل قضية شرعية أو قانونية هي المصلحة المتوخاة من تشريع حكمها والمعنية بالحماية من الشارع (أو المشرع).

(٢) العلة بالمعنى الفلسفي (أو العلة العقلية) عند اليونان يراد بها الموجد والمؤثر والخالق، فالموجد والخالق للأحكام الشرعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال سبحانه وتعالى (إن الحكم إلا لله). وأما العلة بمفهوم الفلسفة الإسلامية التي استعملها السلف الصالح. فقالوا (هل أحكام الله وأفعاله معللة بالأغراض أو لا) فهي بمعنى الغاية المتوخاة من تشريعها أو النتيجة التي تتحقق بسبب تشريع الأحكام وتطبيقها وتنفيذها من جلب نفع دنيوي أو أخروي، أو درء ضرر دنيوي أو أخروي، فهذه النتيجة بالنسبة إلى الله تسمى الحكمة، وبالنسبة إلى النصوص تسمى المقصد، وبالنسبة إلى العبد تسمى الغاية (أو الغرض) وبالنسبة إلى تشريع الحكم تسمى العلة (الباعث)، وبناء على ذلك إطلاق السبب علسي العلة أو العلة على السبب إطلاق مجازي أو مصطلح عرفي لعلماء الأصول أو خلط بين السبب والعلة.

(٣) القاعدة ٨٩ و ٩٠ م من مجلة الأحكام العدلية وهذه القاعدة لتنتشر في العالم الإسلامي رغم خطئها، ولم اطلع على مرجع فقهي أو قانوني يبنها على هذا الخطأ الشائع.

(يضاف الحكم إلى المتغلب منهما وإذا تساويا تضامنا في المسؤولية)، فإذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب فإن الحكم الذي يترتب عليه تقع مسؤوليته على المتغلب من فاعله المباشر والمتسبب، ويتفرع على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- من حفر بئراً في مكان غير مسموح به فألقى فيها شخص مال غيره، فالضمان يكون على الملقي لأنه المتغلب دون الحافر لكن الحافر يعاقب بعقوبة تعزيرية .

ب- من دل سارقاً على مال الغير فسرقه، يكون العقاب والضمان على السارق لأنه المتغلب ولكن الدال يعاقب بعقوبة تعزيرية.

ج- إذا دل الوديع سارقاً على الوديعة فسرقها فالضمان على الوديع لأنه المتغلب بتقصيره في الحفظ.

د- إذا حكم القاضي بناء على الشهادة القائمة المعتمدة ثم رجع الشهود عن شهادتهم، أو بناء على شهادة الزور وهو لا يعلم، فضمان ما خسره المحكوم عليه يكون على الشهود المسببين دون القاضي لأن التغلب لهم والقاضي يحكم بالظاهر.

هـ- إذا أكره على إتلاف مال ونفس شخص عديم الأهلية أو من يعتقد أن طاعة المكروه واجبة عليه، فالمسؤولية على المكروه المتسبب دون الفاعل المباشر، لأنه بمثابة آلة التنفيذ في مثل هذه الحالات، فيكون التغلب للمسبب.

و- إذا لم يمكن التنفيذ إلا بتعاون المسبب والمباشر معاً تقع المسؤولية على كليهما بالسوية جنائية كانت أم مدنية، كمن مسك شخصاً فقتله آخر، فالقصاص عليهما معاً.

الخطأ والتسبب

القاعدة في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن لكل ما يتلفه سواء توافر الخطأ أو لا، فالمجنون والصبي غير المميز والناسي والمخطئ والناثم والمغمى عليه وأمثالهم مسؤولون مدنياً عن إتلافاتهم لمال الغير، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي^(١).

(١) م ١/١٨٦ المدني العراقي (إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى). و م ١/١٩١ منه (إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). والمراد بالتعدي في المادة الأولى: ارتكاب عمل غير مشروع محدث للضرر سواء أدرك الفاعل ذلك أم لا، وبناء

فالمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي تقوم على العناصر الثلاثة الآتية: (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية بينهما)، وفي الفقه الغربي والقانون المنأثر به تقوم على العناصر التالية (الخطأ + الضرر + علاقة السببية بينهما).

بخلاف المتسبب ففي ضمانه ومسؤوليته لا يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي (القانوني)، فلا تقوم المسؤولية إلا بعد توافر العناصر الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، فمن ربط دابته وقطعت الحبل فدخلت مزرعة فأنلقتها لا يكون مالها ضامناً إذا لم يكن مقصراً في الربط، للقاعدة العامة (جناية العجماء جبار)^(١).

الخطأ :

لغةً ضد الصواب أو تصور الشيء على غير حقيقته فهو يرادف الغلط في القانون، وبهذا المعنى ورد في القضايا المدنية في الفقه الإسلامي أما في المسائل الجنائية فيراد به ما يقابل العمد - أي ما لم يتوافر فيه القصد الجنائي - كما في قوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾^(٢).

والخطأ - بكسر الخاء - الذنب والأثم كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تُقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَسْبِيَ إِلَٰهٌ إِنَّكُمْ إِذَا قَتَلْتُمْ أَوْلَادَكُمْ كَانَتْ جُنُوحًا عَظِيمًا﴾^(٣).

الخطأ في القانون

إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه^(٤). فهو يتكون من عنصرين: موضوعي: وهو الإخلال بواجب قانوني. وشخصي: وهو التمييز أو الإدراك.

على ذلك فلا مبرر لما أورده بعض شراح هذا القانون من وجود التعارض بين المادتين على أساس أن المشرع أخذ بالفقه الغربي في م ١٨٦ وبالفقه الإسلامي في م ١٩١، فاشتراط عنصر الخطأ في الأولى دون الثانية.

(١) القاعدة ٩٣، م ٩٤، المجلة.

(٢) سورة الأحزاب ٥.

(٣) سورة الإسراء ٣١.

(٤) د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ص ٣٦٠.

والواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ في الجرائم تحدد بالنصوص القانونية بناء على قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وفي المسائل المدنية تحدد بنصوص قانونية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو بالقواعد العامة، وبناء على ذلك يكون الخطأ الجنائي الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية هو مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، والخطأ المدني الذي تبنى عليه المسؤولية المدنية هو إخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله قوانين العقوبات.

وبناء عليه يكون الخطأ الجنائي أخص مطلقاً من المدني، فكلما تحقق يتحقق المدني دون العكس الكلي، لكن من حيث الانتفاء يكون الأمر بالعكس فكلما انتفى الخطأ المدني ينتفي الخطأ الجنائي دون العكس الكلي.

المبحث الثاني

الشرط

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله تعالى ﴿فَلْيَنْظُرُوا لِبَإِ السَّاعَةِ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾^(١) أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي - أو القانوني - ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور إكمال الزواج لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء^(٢).

أنواع الشرط

ينقسم الشرط باعتبارات مختلفة إلى أنواع متعددة أهمها ما يلي:

أولاً- من حيث مصدره شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جعلي

١- الشرط الشرعي^(٣) هو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده

(١) سورة محمد ١٨.

(٢) عند الشيعة الإمامية ليس شرطاً.

(٣) في مختصر المنتهى ٧/٢ (الحكم على الوصف بكونه شرطاً للحكم، وحقيقته أن عدمه مستلزم لعدم الحكم)، في الأحكام للأمدى ١٠٠/١ (الشرط ما كان عدمه مخالفاً بحكمة السبب) وفي تسهيل الوصول، ص ٢٥٥، الشرط وصف جعله الشارع شرطاً للحكم.

ضرورياً لانعقاد التصرف أو لصحته أو لنفاذه أو لزومه.

أ- في العبادات النية شرط لانعقادها والوضوء شرط لصحة الصلاة.

ب- في المعاملات المالية التمييز شرط لانعقادها، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته، والأهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات، والولاية على التصرف أو على محله شرط لنفاذه، وخلو التصرف مما يبطله فسخه شرط لزومه.

ج- في عقد الزواج فهم كل من المتعاقدين وموافقة الإيجاب للقبول شرط لانعقادها، وحضور الشاهدين شرط لصحته، والولاية على إنشائه شرط لنفاذه^(١)، والكفاءة شرط للزومه.

٢- الشرط العقلي هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم، فالعقل يقضي بأن الكائنات غير الحية لا علم لها لأن الحياة من شروطها، ولكن لا يلزم من وجودها وجوده، وكالماء والهواء فانهما من شروط الحياة وإستمراريتها عقلاً.

٣- الشرط العادي هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة، كنصب السلم لصعود السطح.

٤- الشرط القانوني هو الذي يكون مصدره هو القانون، ومن الشروط القانونية: شروط التعيين في وظائف الدولة، وشروط القبول في الكليات، وشروط القبول في المعهد القضائي، وشرط المقابلة بالمثل في الميراث وتسليم المجرمين بين الدول:

٥- الشرط الجعلي - أو الشرط اللغوي - وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدرها بأداة من أدوات الشرط مثل (إن، إذا) وهو لا يتعلق إلا بالأمور المستقبلية، أما الماضية فلا دخل له فيها. وبموجبه يتحدد آثار العقد كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع أو بشرط تقسيط الثمن أو بشرط أن تكون نفقات الشحن أو النقل على أحد الطرفين الذي يحدد في العقد وكشرط التصليح من قبل الشركات لمدة محددة إذا عطل الجهاز بدون تقصير المشتري، وغسبير ذلك من

(١) أي عند بعض الفقهاء، منهم محمد الشيباني من فقهاء أبي حنيفة (رحمه الله)، في الهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣، وعند محمد بنعقد موقوفاً، أي موقوفاً على إجازة الولي إذا تولته البالغة العاقلة بدون إذن.

عشرات الشروط التجارية السائدة.
وجدير بالذكر أن الشرط الجعلي - أو اللغوي - بمثابة السبب لأنه يلزم من وجوده وجود المشروط، ومن عدمه العدم وهذا هو شأن السبب وطبيعته بخلاف الشرط غير الجعلي، حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط.

الفرق بين تعليق العقد على الشرط الجعلي وبين اقتترانه به

أ- الشرط المعلق عليه العقد:

هو الشرط الذي يتوقف عليه مصير أصل العقد ذاته بقاء وإنقضاء، كالعقد على شرط فاسخ أو شرط واقف^(١).

١- العقد المعلق على شرط فاسخ منعقد ونافذ: ينشئ آثاراً كاملة منذ انعقاده، ولكنه غير لازم (معرضة للفسخ) فإذا فسخ زالت آثاره بالأثر الرجعي ما لم يكن هناك ما يدل على خلاف ذلك، كمن وهب^(٢) داره لأرملة أخيه المتوفى على أن لا تتزوج وتبقى متفرغة لشؤون أولاد أخيه وتربيتهم، فإذا تزوجت تنفسخ الهبة تلقائياً لكن لا بالأثر الرجعي، لأن طبيعة العقد لا تقبل ذلك. إذن، الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال العقد، فالمعلق على شرط فاسخ ينتقل إلى الخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً^(٣) مع الاحتفاظ بصفة عدم اللزوم، وإذا لم يتحقق الشرط استمر العقد والتصرف والالتزام.

٢- الشرط الواقف: هو الذي يتوقف عليه نفاذ العقد (ترتب الآثار عليه)، فهو إما

(١) الشرط الجعلي المعلق عليه هو الأمر المستقبل غير محقق الوقوع الذي ترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، ولا يعتبر الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، وهذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم ولكن الالتزام يبقى قائماً إلا إذا كان الشرط هو الباعث السدافع على التعاقد. والشرط الواقف: هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، كان يعلق الوالد هبته لأحد أولاده على نجاحه فسي الامتحان الدراسي فإذا نجح تم التزام الأب وإلا فلا. وبالعكس ذلك الشرط الفاسخ: هو الذي ترتب عليه زوال الالتزام القائم.

(٢) أو أوصى بها خلافاً للظاهرية بناء على أصلهم (كل شرط ليس في كتاب الله أو لم يكن مجعماً عليه فهو باطل). يقول ابن حزم، المحلى ٣٤٢/٩ (ومن أوصى لام ولده ما لم تسنح فهو باطل إلا أن يكون يوقف عليها وقفاً من عقاره، فإن نكحت فلا حق لها فيه، لكن يعود الوقف إلى وجه آخر من وجوه البر).

(٣) الخلف العام كالوارث والموصى له والخلف الخاص كالمشتري والموهوب له.

أن يتحقق أو لا يتحقق، فإذا تحقق يعتبر العقد نافذاً من تاريخ إنشائه لا من وقت تحقق الشرط، عملاً بفكرة الأثر الرجعي، وإذا تخلف مات العقد الموقوف بدون أن يترك أي أثر، كمن وهب سيارته على أن يتم نقله إلى بلد آخر (بأن يكون النقل مقترحاً وكان تحت الإجراءات الشكلية)، فإذا نقل فالعقد يتحول من كونه موقوفاً إلى عقد بسيط وتترتب عليه آثاره منذ وقت الإنشاء، وإذا لم يتم يعتبر كأنه لم يكن أصلاً^(١).

ب- الشرط المقترن بالعقد:

هو الذي لا يؤثر على أصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على آثاره الأصلية وإنما يؤثر على الآثار الفرعية، كالشرط الجزائي وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

الآثار الأصلية والآثار الفرعية

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد كالآتي:

أ- **حكم العقد:** عبارة عن آثاره الأصلية التي تترتب عليه فور انعقاده نافذاً وهي انتقال ملكية كل من العوضين (البديلين) من أحد العاقدين إلى المتعاقد الآخر، فيمجرد تمام العقد -مثلاً- ينتقل الحق العيني فسي المبيع إلى المشتري والحق الشخصي في الثمن إلى البائع بمقتضى الشرع أراد المتعاقدان ذلك أم لا، ولذا ليس لهما سلطة تقييد وتحديد هذه الآثار الأصلية بالشروط الجعلية، غير إن العقود العينية كالهبة والقرض تنشئ الالتزام ولكن لا تنتقل الملكية إلا بعد التسليم، وهذا المعنى هو المراد بالمادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم الذي ينص على أنه: (لا تنم الهبة في المنقول إلا بالقبض)^(٢).

(١) وكذلك الالتزام أو التصرف الانفرادي إذا كان وجوده متوقفاً على شرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإلا لم يوجد سمي شرطاً واقفاً لأنه يتوقف عليه وجود الالتزام. ومن رأى أن الشرط جزء مكمل للعقد (أو التصرف)، والسبب هو العقد (أو التصرف) مع الشرط -أي مجموعهما- قال: إن وجود العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق الشرط لأن الكل يتوقف وجوده على توافر جميع أجزائه، ومن رأى أن العقد (أو التصرف) المعلق على الشرط الواقف سبب تام والشرط ليس جزءاً متمماً لسه بل عدم تحققه مانع من ترتب الآثار قال: أن نفاذ العقد (أو التصرف) يتوقف على تحقق الشرط.

(٢) وكان المشرع الأردني أكثر وضوحاً حيث نصت م٥٥٨ على أنه (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتم بالقبض). ونصت م٥٦٧ على أنه (يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب

ب- حقوق العقد: عبارة عن آثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من العاقدين بتنفيذ التزامه، فهذه الحقوق (الأثار الفرعية) تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجعلية، كتحديد الطرف المسؤول عن نفقات الشحن أو النقل للمبيع مثلاً من البائع أو المشتري بالشروط الجعلي في العقد، ومثل كيفية دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً جملة أو تقسيطاً، وكذلك تحديد وقت التسليم والتسليم للمبيع قبل دفع الثمن أو بعده ومكان التسليم، وغير ذلك مما يتعلق بتنفيذ التزامات العقد، فكل ذلك قابل لأن يحدد ويقيد بالشروط الجعلي المقترن بالعقد، والأثر الذي يترتب على تخلف هذا الشرط هو حق التعويض لمن تم الشرط لمصلحته إذا كان هناك ضرر، وهو ما استقر عليه جمهور فقهاء الشريعة، ومن فسر: (لا تتم) بـ (لا تتعقد) لم يكن مصيباً وفق ما هو السائد في الفقه الإسلامي، ويسري هذا الحكم في جميع العقود العينية.

العقود التي تقبل التعليق على الشرط

ليس كل عقد قابلاً لتعليقه على الشرط الجعلي، بل العقود والتصرفات بالنسبة إلى هذا النوع من الشرط تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- عقود تقبل التعليق على أي شرط جعلي: وهي العقود غير اللازمة والتي لا يترتب عليها ضرر أحد المتعاقدين إذا علقت على أمر مستقبل، ومن هذا النوع من العقود الوكالة والإعارة والوصية وعقد الرهن بالنسبة للمرتهن، وعقد القراض (المضاربة).

٢- عقود لا تقبل التعليق على الشرط الجعلي: وهي عقود المعاوضات^(١) كالبيع والإجارة والعقود غير المالية كالزواج، وتستثنى من ذلك صور منها قول البائع: (بعثك إن شئت)، وقوله: (إن كان هذا المال ملكي فقد بعثك) وكان مالاً كافي نفس الأمر.

٣- عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملائم: كعقد الكفالة بان يقول الكفيل للدائن (إذا لم ينفذ المدين التزامه فأنا كفيل بتنفيذه)، وكالحوالة كأن يقول المحيل للمحال (إذا قبل فلان فقد أحلتك عليه).

له وينبع في ذلك أحكام تسليم المبيع).

(١) المعاوضات لا تقبل التعليق على الشرط الجعلي ما لم تترن بما يبرر فسحها (كالمعيب وخيار الشرط وخيار الرؤية ونحوها).

مدى حرية الإرادة في تقييد آثار العقد بالشروط الجعلية

لفقهاء المسلمين ثلاثة اتجاهات:

١- **الاتجاه الضيق:** وهو ما تزعمه فقهاء الظاهرية ومفاده أن الأصل في استحداث الشروط وتقييد العقود والتصرفات بها هو الحظر وعدم الجواز ما لم يرد به نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع^(١) لقول الرسول ﷺ: (مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)^(٢). وهذا الاتجاه مرفوض في القرآن الكريم الذي نص على أن الله لا يفرض على الإنسان حكماً فيه ضيق وحرَج كما في قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣)، والاستدلال بالحديث المذكور غير دقيق لأن المراد من عمل عملاً مخالفاً للكتاب والسنة.

٢- **الاتجاه الواسع:** وهو ما تبناه فقهاء الحنابلة ومضمونه أن الأصل في العقود والمعاملات المالية والشروط المقرنة بها بإرادة المتعاقد هو الإباحة لأن تنظيم العلاقات المالية متروك للعقل السليم في ضوء القواعد والنظام العام والآداب العامة، فلإنسان أن ينشئ ويستحدث ما يشاء من العقود أو الشروط ما لم تتعارض مع نص صريح في الكتاب أو السنة وما لم يصطدم مع إجماع فقهاء الشريعة، وهذا بخلاف العبادات فإن الأصل فيها التعبد فلا مجال للعقول في اختراع التعبدات وما يتعلق بها من الشروط.

٣- **الاتجاه المعتدل:** الذي اقره جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم الحنفية وأخذت به التشريعات العراقية^(٤) وهو عبارة عن التفصيل الآتي:

١- **الشرط الصحيح:** يجوز اقتراؤه بالعقد ويلتزم المتعاقد بالوفاء به ويعتبر

(١) لمزيد من التفصيل، راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥/٥٩٨، وما بعدها، ومما ورد في هذا المرجع ووجدنا من قال ببطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد، إلا ما جاء بنص بإجازته باسمه وفيه أيضاً (فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/٢٥٧.

(٣) سورة الحج ٧٨.

(٤) كالتقانون المدني العراقي النافذ م ١/١٣١ (يجوز أن يقرن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف والعادة). وقانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩، م ٣/٦-٤ ف٣ (الشروط المشروعة تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجنب الوفاء بها)، ف٤ (للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج).

الشرط صحيحاً في الصور الآتية:

أ- إذا كان مؤكداً لمقتضى العقد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يسلم إليه المبيع إلا بعد قبض الثمن كاملاً أو يشترط عليه في حالة كون الثمن مؤجلاً أن يوثق الدين بكفالة أو رهن ضماناً له.

ب- أن يلائم العقد، كالشرط الذي أقره الشرع مثل خيار الشرط وخيار الرخصة وخيار العيب.

ج- أو تعارف عليه الناس، كتعهد الشركات بتسليم المبيع خلال فترة زمنية أو أن تكون نفقات الشحن أو النقل على البائع أو المشتري وفق الشرط المتفق عليه أو غير ذلك من الشروط الواردة في الأعراف التجارية.

د- أو ورد به الشرع كما في خيار الشرط^(١).

٢- الشرط الفاسد: وهو الشرط الذي لا يكون من الأنواع الأربعة المذكورة ويحقق مصلحة مادية لأحد المتعاقدين على حساب الآخر، كالعقد الربوي وكبيع الدار مع اشتراط بقاء البائع فيها مدة تضر بالمشتري دون مقابل، فهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات لأنه يحدث الخلل في التوازن الذي يجب أن يتحقق في التزامات الطرفين.

٣- الشرط اللغو (أو الباطل): وهو ما عدا الشرطين السابقين، وسبب وجوده وعدمه، كمن يبيع سيارته ويشترط على المشتري أن لا يستعمل لها إلا البنزين المحسن.

ثانياً الشرط من حيث التكميل

إما مكمل للسبب أو للمسبب (الحكم) :

١- الشرط المكمل للسبب: وهو أن يتوقف ترتب الآثار على السبب على توفر شرط مكمل له، كشرط القدرة على تسليم المبيع فإن ترتب بعض الآثار الأصلية كإنتقال ملكية المبيع إلى المشتري يتوقف على أن يكون البائع قادراً فعلاً على تسليم المبيع في حينه، وكشرط العمد العدوان للقتل الذي هو سبب القصاص لأنه إن لم يكن عمداً كالقتل الخطأ أو كان عمداً ولكن كان بحق كما في حالة الدفاع الشرعي فإنه لا يوجب القصاص.

٢- الشرط المكمل للمسبب (الحكم): أحياناً لا يكفي السبب وحده لترتب المسبب (الحكم) عليه بل يحتاج إلى شرط يضاف إلى المسبب حتى يتحقق،

(١) قال الرسول ﷺ لحيان بن منقر [إذا بايعت قتل لا خلافة] فلقنه اشتراط عدم الخداع، سبيل السلام ٤٦/٣، تقدم تخريجه.

مثل ذلك كل من الزواج والقربانية سبب الميراث ولكن يشترط في هسذا الميراث أن يكون بعد وفاة المورث مع بقاء حياة الوارث فالـميراث يترتب على القربانية بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده.

الشرط والركن^(١)

الشرط والركن عنصران في تصرفات الإنسان الإرادية فسي العبادات والمعاملات والزواج وأي تصرف آخر يصدر عن الإنسان بقصد أحداث أثر يعتد به الشرع (أو القانون)، وبناء على ذلك يتفقان في إن صحة التصرفات تتوقف عليهما غير انهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في إن الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وماهيته كالإيجاب والقبول في صيغ العقود، بخلاف الشرط فإنه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (أو القانوني) للتصرف لكنه خارج عن حقيقته وماهيته، كأهلية الأداء الكاملة شرط لصحة تبرعاته وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لصحته ووفاة المورث وحياة الوارث وصلة القربانية أو الزوجية بينهما شروط للميراث ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على أساس أن المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء سواء أكان جزءاً منه أم لا.

السبب المعلق بالشرط سبب في الحال أو بعد وجود الشرط

هذه المسألة من المسائل الأصولية الخلافية فقال البعض: (سبب في الحال أي قبل تحقق الشرط، إلا إن عدم الشرط مانع من ترتب الحكم عليه)، وقال الآخرون: (سبب عند وجود الشرط لا قبله، لأنه إنما يكتسب صفة السببية عند وجود المعلق عليه، فعدم الحكم ليس لمانع وإنما لعدم المقتضي، فالسبب المعلق بالشرط معدوم في الأصل ويستمر هذا الأصل إلى تحقق الشرط^(٢)).

(١) اختلفوا في تفسير الركن والشرط فقال البعض (هما بمعنى واحد أي ما لا بد منه ولكن الشرط اعم فكل ركن شرط دون العكس)، والرأي السائد انهما مختلفان، فالشرط يكون قبل العمل والركن يكون أثناء العمل، والركن جزء بخلاف الشرط.

(٢) جاء في أصول الشاشي الحنفي، ص ٢٤ (قال أصحابنا المعلق بالشرط سبب عند وجود الشرط لا قبله، وقال الشافعي: المعلق سبب في الحال إلا إن عدم الشرط مانع من الحكم، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا قال لأجنبية - امرأة ليست زوجة له - إن تزوجتك فأنت طالق، يكون التعليق باطلاً عنده لأن حكم التعليق انعقاد صدور الكلام علة والطلاق - صبيغته - لم ينعقد علة لعدم إضافته إلى المحل - الصالح للوقوع وهو الزوجة - فلا يصح التعليق وعندنا كان التعليق صحيحاً حتى لو تزوجها يقع الطلاق).

المبحث الثالث

المانع

المانع في اللغة العائق وما يكفك عن الشيء. وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادي^(١) أو لا إرادي^(٢) إذا اجتمع مع سبب الحكم ابطال مفعوله وجعله سبباً صورياً أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع

ينقسم المانع بحیثیات مختلفة الى أنواع متعددة منها ما يلي:

أولاً - المانع من حيث متعلقه إما مانع السبب أو مانع الحكم:

١ - مانع الحكم: قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناء على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)^(٣)، أي إذا تعارض في شيء أمران أحدهما يقتضي اعتباره وترتب الأثر عليه والثاني يقتضي عدم ذلك، يرجح المانع ويوقف العمل بالمقتضي - السبب -، ووجه تقديم المانع أنه يتضمن حكمة لو لم يقدم على السبب لفاتت الحكمة^(٤).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً من ميراثه.

(١) كقتل الوارث لمورثه بإرادته فإنه مانع من ان يرث منه.
(٢) كالجنون فإنه لا إرادي للإنسان ويمتنع صحة تصرفاته كما يمنع المساءلة عنه جنائياً إذا ارتكب جريمة.

(٣) المجلة م ٤٦.

(٤) في مختصر المنتهى وشرحه ٧/٢ (من الأحكام الثابتة بخطاب الوضع الحكم على الوصف بكونه مانعاً وهو ينقسم إلى مانع الحكم والسبب، أما المانع للحكم فهو مما يستلزم حكمة تقتضي نقيض الحكم كالأبوة في الفصاض، فإن كون الأب سبباً لوجود الابن يقتضي أن لا يصير الابن سبباً لإعدامه، وأما المانع للسبب فهو ما يستلزم حكمة تخل بحكمة السبب، كالدين في الزكاة فإن حكمة السبب وهو الغنى مواساة للفقراء من فضل ماله، ولم يدع الدين في المال فضلاً يواسي به).

ب- إذا قتل الوالد ولده تكون الأبوة مانعة من القصاص، لأن الأب كان سبب وجود الولد، فلا يكون الولد سبباً لإعدامه.

ج- إذا باع الراهن المال المرهون لا ينفذ^(١) البيع بحق الدائن المرتهن ففي الفقه الإسلامي، مع أن كون المرهون ملكاً للراهن يقتضي نفاذه ولكن كون المرهون محبوساً عند الدائن المرتهن توثيقاً وضمناً لدينه يقتضي عدم نفاذ البيع بحقه وإلا لزلت الحكمة من إنشاء الرهن، وعلى هذا الأساس يقدم المانع على المقتضي.

د- لو باع ناقص الأهلية ماله بدون إذن وليه يكون العقد موقوفاً على إجازة الولي رغم أن بيعه مع كونه مالكا للمبيع يقتضي نفاذ العقد، ولكن كونه ناقص الأهلية مانع من ذلك لحكمة هي حماية مصلحته، لذا يقدم المانع على المقتضي.

٢- مانع السبب: وهو الذي يكون مبطلاً لأصل حقيقة السبب، بحيث يجعله من الحقيقي إلى الصوري، فلا يبقى له تأثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم مثل ذلك الدين بالنسبة إلى وجوب الزكاة في مال المدين، فسبب وجوبها هو ملك النصاب^(٢)، وحكمة جعل هذا السبب موجباً لوجوب الزكاة هو التكافل الاقتصادي، والتضامن بين الغني والفقير وسد حاجة الفقير عن طريق مواساة المتمكن مالياً للفقراء والمساكين والمحتاجين من فضل ماله، لكن إذا أصبح هذا الشخص مديناً بما يعادل ملك النصاب أو أكثر يعتبر وجود النصاب صورياً فتسقط عنه مسؤولية الزكاة، لأن الشرع الإسلامي يبني الأحكام على الحقائق، لا على الأمور الصورية^(٣).

(١) أي لا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة الدائن (المرتهن).

(٢) النصاب : هو المقدار المحدد بالشرع من المال الذي تجب فيه الزكاة، فإذا بلغ هذا الحد تجب فيه وفيما دون ذلك لا تجب.

(٣) وإذا اعتبرنا تخلف الشرط مانعاً فبالإمكان تقسيمه إلى أربعة أقسام أخرى :

١- مانع الانعقاد: كعدم مطابقة الإيجاب والقبول في العقد ويسمى مانع انعقاد السبب.

٢- مانع الصحة: كعدم القدرة على تسليم المبيع ويسمى مانع تمام السبب.

٣- مانع النفاذ: كعدم الولاية على التصرف لنقص الأهلية أو عدم الولاية على المال ويسمى مانع ابتداء الحكم.

٤- مانع اللزوم: كخيار من خيارات العقد ويسمى مانع تمام الحكم.

ثانياً- المانع من حيث كونه عذراً، إما مسقط للمسؤولية أو مخفف لها:

١- المانع المسقط للمسؤولية الجنائية:

يقوم على تخلف ركيزة من الركائز الآتية للمسؤولية الجنائية:

أ- كونه الفعل جريمة حين الارتكاب: أما إذا كان الفعل مباحاً لفاعله حسين عمله لسبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي فإن الإباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية. ومن الجدير بالذكر إن كل سبب من أسباب الإباحة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس أي ليس كل مانع من المسؤولية سبباً للإباحة لأن الفعل قد لا يفقد صفته الجرمية رغم عدم مساءلة فاعله، كالجرائم التي يرتكبها عديم التمييز لجنون أو صغر أو ما في حكمهما.

ب- التمييز: فكل وصف يعدم تمييز الإنسان يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية

الجنائية، كالجنون والصغر -إذا كان الصغير دون سن التمييز- وما في حكمهما من النوم والعبث ونحوهما، لقول الرسول ﷺ: (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ) (١). المجنون إذا ارتكب جريمة حال جنونه أو ارتكبها حال الإفاقة أو الأهلية ثم جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت لا يسأل جنائياً (٢) ولكن يسأل مدنياً عن التعويض (أو الدية) لأن التعويض مبني على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ المبني على الإدراك أم لا، وكذلك الصبي غير المميز والنائم الذي وقع على إنسان من مرتفع فقتله، والمعتوه عنها يكون في حكم المجنون، وفي حكم المجنون من فقد تمييزه بمسكر مباح أو كسان غير عالم بأنه مسكر أو كره على تعاطيه أو ألجأته إليه ضرورة وفي غير هذه الحالات لا يعتبر المسكر مانعاً ودية قتل عديم التمييز تكون على عاقلته.

ج- الاختيار: فالإكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية

عند بعض الفقهاء (٣) إذا كان ملجئاً أي معدماً للرضا والاختيار، فإنما يسأل المكره (بكسر الراء) لقول الرسول ﷺ: (رُفِعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا يُسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ) (٤)، لأن المكره إكراهها ملجئاً بمنابة آلة التنفيذ بيد المكره.

(١) رواه احمد والاربعة الا الترمذي وصححه الحاكم، سنبل السلام ٢٣٨/٣، تقدم تخريجه.

(٢) الخرخشي على مختصر الخليل ٩/٨، الام للشافعي ٣٤/٦، المبسوط للسرخسي ١٨٥/٢٦، المغني لابن قدامه ٣٤٦/٧، شرائع الاسلام للمحقق الحلبي ٢٧٥/٣، الروض النضير ٥٦٢/٤.

(٣) وهم الحنفية، المبسوط للسرخسي ٧٢/٢٤ وما بعدها. والزيدية، البحر الزخار ١٠٠/٥.

(٤) رواه ابن ماجه ٢٠٤٥، ورواه الحاكم ١٩٨/٢. قال امام الحرمين، البرهان ١٢٢٣/٢ (في المكره على القتل ثلاثة مذاهب، احدها ان القصاص على المكره -بكسر الراء-، والثاني ان القصاص على المكره -بفتح الراء-، والثالث ان القصاص عليهما وهو مذهب زفر)، ونسبة

وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعةً وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الإنسان بخطر، لذا لا يسأل جزائياً^(١) من ارتكب جريمة الجأته إليها ضرورة وقاية نفسه وغيره أو عرض ومال نفسه أو غيره من خطر جسيم أو محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى كالأجهاض لإنقاذ حياة الأم.

د- **القصد الجنائي**: فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية إذا لم يكن خطأً جسيماً، وذلك وفقاً لقوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾^(٢)، ولكن يسأل مدنياً فتجب عليه أو على عاقفته الدية لقوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٣)، فتحرير الرقبة - أو بدله عند عدم وجود الرقبة - كفارة وحسب الله (حق عام) والدية حق وريثة المجنى عليه.

هـ- **العلم بتحريم الفعل**: والجهل به في حالة غياب العلم مانع من المسؤولية الجنائية إذا لم يكن عالماً حين ارتكاب الفعل بأنه محرم لا يجوز فعله أو واجب لا يجوز تركه، ولم يكن باستطاعته أن يعلم ذلك فإنه لا يسأل جنائياً لأن جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية خلافاً للقانون، لسببين: **أحدهما**: أنه تكليف بما لا يطاق، وقد قال سبحانه وتعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٤).

وثانيهما: أن الشريعة الإسلامية أول شريعة أتت بمبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وذلك في آيات كثيرة منها ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ

القول الثالث إلى زفر غير مطابقة للواقع لأنه يقول القصاص على المكروه لأنه الفاعل المباشرة.

(١) لا يسأل جزائياً فيما عدا الاعتداء على النفس ومادون النفس فإنه يسأل جزائياً ومدنياً لأنه لا مفاضلة في الإسلام بين النفوس فمن كان مضطراً إلى الأكل فلا يحق له أن يذبح طفلاً لإنقاذ حياته من الموت.

(٢) سورة الاحزاب ٥.

(٣) سورة النساء ٩٢.

(٤) سورة البقرة ٢٨٦.

حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِهِمْ رُسُلًا يَلُوكَ عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا»^(١).

٢- المانع المخفف :

والعذر قد لا يصل إلى درجة أن يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية لأن مرتكب العمل الإجرامي يتصف بحالة وسطية بين عديم الأهلية -فليس مثله حتى يسقط التكليف- وبين كامل الأهلية -وليس منتمعاً بأهلية كاملة^(٢) حتى يسأل مساءلة جنائية كاملة- فهذه الحالة الوسطية تعتبر مخففة للعقوبة، والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي، وهناك أعمار قانونية وظروف قضائية تعتبر من الظروف المخففة فهي مانعة من مساءلة المتهم مساءلة كاملة ومعاقبته بالعقوبة التامة المقررة للجريمة المرتكبة في حالة طبيعية غير مقرنة بالأعمار والظروف المخففة^(٣).

ومن أهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة، الأهلية الناقصة، وفي أكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالأحداث ومحكمة مختصة تسمى محكمة الأحداث^(٤).

ثالثاً- من حيث مداه أما موانع ابتداءً واستمراراً أو موانع ابتداء فقط أو موانع استمرار فقط :

١- المانع ابتداءً (إنشاء) واستمراراً : كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً^(٥)، فهي موانع صحة الزواج ابتداءً واستمراراً، وعلى سبيل المثال، الرضاع موانع

(١) سورة القصص ٥٩.

(٢) ويسمى الصغير في هذه الفترة الصبي المميز، ومن البلوغ عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، والاحتلام عادة لا يتأخر عن ذلك إلا لعارض بدني، غير أن أبا حنيفة (رحمه الله) خالف الجمهور وحدد سن الرشد (الأهلية الكاملة) بثمانية عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة. ففي المبسوط ١٨٤/٩ (وفي الغلام في إحدى الروايتين ثمانين سنة وهو الأصح بالاعتبار)، والرواية الأخرى (تسع عشرة سنة)، ويتفق المالكية مع أبي حنيفة غير أنهم اختلفوا، فمنهم من حددها بثماني عشرة سنة ومنهم من قال بان سن إكمال الأهلية تسع عشرة سنة.

(٣) انظر م ١٢٨-١٣٤ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٤) لمزيد من التفصيل، راجع (موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية) للمؤلف، ص ٧٢ وما بعدها.

(٥) في الفوائد للزرکشي ٣٤٧/٢ (الطارئ ينزل منزلة المقارن قطعاً كما لو طرأ مؤبد تحريم قطعاً، فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة أو وطئ بالشبهة هو أمها أو بنتها انفسخ النكاح).

من إنشاء الزواج ومن استمراره، فإذا كان بين ذكر وأنثى الاخوة في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلاً، وكذلك إذا حدثت هذه الاخوة الرضاعية بعد الزواج تبطله، وينفسخ تلقائياً، وتصويره أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز في الإسلام ويتولى وليهما الإيجاب والقبول بدلاً عنهما، فإذا أرضعت امرأة الزوجين وهما دون سنتين من العمر يبطل زواجهما، وكذلك إذا أرضعت أم الزوج الصغيرة أو أرضعت أم الزوجة الزوج الصغير يبطل الزواج، ويتحقق الحكم المذكور في المصاهرة أيضاً عند من يقول بثبوتها بالزنا، فالمصاهرة كالرضاع مانعة من صحة الزواج ابتداءً فلا يجوز للكب أن يتزوج زوجة أولاده وأولاد أولاده، وإن حصلت الفرقة قبل الدخول لإطلاق قوله تعالى ﴿وَالْحَالِلُ مِنْكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(١)، وكذلك تحرم بالمصاهرة أم الزوجة لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٢). وتحرم على الأولاد وأولاد الأولاد زوجات الآباء والأجداد لقوله تعالى ﴿وَالأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٣). هذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن قال بأن المصاهرة تثبت بالزنا أيضاً، كالحنفية قالوا: (إذا زنى الأب بزوجة ابنه أو زنى الابن بزوجة أبيه يبطل الزواج، لأن لفظة -نكاح- حقيقة في الوطء -المعاشرة الجنسية-)^(٤) سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

٢- المانع ابتداءً لا استمراراً: فقد يكون المانع مؤثراً في الابتداء يمنع صحة التصرف، لكن إذا تم التصرف ثم حدث المانع فإنه لا يؤثر عليه، وبالتالي لا يبطله على أساس قاعدة: (البقاء أسهل من الابتداء)^(٥).
ومن تطبيقات هذه القاعدة :

(١) سورة النساء ٢٢.

(٢) سورة النساء ٢٢.

(٣) سورة النساء ٢٢.

(٤) في شرح إفاضة الأنوار، ص ٧١ (والنكاح في قوله تعالى ﴿ولا تتكحوا ما نكح آباؤكم﴾ للوطء دون العقد)، انظر شرح فتح القدير ٢٢٠/٣ وما بعدها.

(٥) المجلة، م ٥٦، وفيهما أيضاً م ٥٥ (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء). ويعكس ذلك قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ولكنه ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بين الزوجين بعقد جديد أو الرجعة.

أ- إذا اختطفت زوجة شخص وعاشرها المختطف ثم رجعت إلى زوجها فسلا يجوز للزوج أن يعاشرها حتى تنتهي عدتها من تاريخ المعاشرة إذا كانت من ذوات الحيض وفي سن الإنجاب، خشية اختلاط الأنساب، فالعدة مانعة من صحة الزواج ابتداء، لكن إذا حدثت أثناء الزواج كما في هذه الحالة أو حالة للدخول بالشبهة والمدخول بها تكون زوجة لغير الداخل لا تبطل الزواج.
ب- المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعة من إنشاء الزواج ولكن إذا حدثت أثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية، لكن تبطله عند الحنفية^(١).

ج- الإحرام في الحج مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الزوج أو الولي عند جمهور الفقهاء، لكن بعد إنشاء الزواج إذا لبس الزوجان أو أحدهما الإحرام لا يبطل زواجهما ولأنه مانع ابتداء وليس بمانع لاستمراره^(٢)، ولا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو أجر شخص داره ثم ظهر من هو مستحق لنصفها مثلاً، فإن الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة رغم أن كون المال مشاعاً مانع ابتداء من إنشاء الإجارة لغير الشريك^(٣).

٣- المانع استمراراً لا ابتداءً: كالطلاق مانع من استمرار الزوجية^(٤)، ولكن ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد، إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة، وكخيار البلوغ في زواج الصغير والصغيرة إذا كان الولي غير الأب والجسد عند من يجوز، وكخيار الإفاقة في زواج المجنون والمجنونة.

(١) في الروضة البهية واللمعة ٨٦/٢ (وحكم وطء الشبهة والزنا السابق على العقد حكم الصحيح في المصاهرة فتحرم الموطأ بها على أبيه وابنه، وتحرم عليه أمها وبناتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، ولو تأخر الوطء فيهما عن العقد لم تحرم المعقود عليها هذا هو الصحيح).

(٢) في المغني لابن قدامة ٦٤٩/٦ (أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره لكونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح لقول النبي ﷺ: (لا ينكح المحرم ولا ينكح)).

(٣) شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ١١٢/١، وعدم الجواز مذهب أبي حنيفة.

(٤) ومن موانع الاستمرار دون الإنشاء الجنون والأفلاس، فإذا جن المدين بدين مؤجل أو أفلس، حل دينه وانقضى الأجل لأنهما مانعان من استمرار التأجيل كالوفاة، ولكن يجوز للولي أن يستدين للمجنون ديناً مؤجلاً، وكذلك يجوز للمفلس الاستدانة بالأجل، انظر الإبهاج شرح المنهاج ١٥٤/٣.

رابعاً - باعتبار تأثيره على صحة العقد

أما مانع من الاعتقاد أو من الصحة أو من النفاذ أو من اللزوم:

١- المانع من الاعتقاد: كالوقف فإنه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة، لأن رغبة المال الموقوف ترجع ملكيتها إلى الله، فالموقوف عليه لا يملك إلا المنفعة فهي ملكية ناقصة.

٢- المانع من الصحة: كالربا فإن الزيادة (الفائدة) مانعة من صحة العقد، فينعد البيع الربوي أو القرض الربوي فاسداً عند الحنفية، ويفيد الملك الخبيث بعد القبض، فيجب إما فسخ العقد أو إزالة سبب الفساد، فإذا أزيل يتحول إلى الصحيح دون الحاجة إلى إنشائه مرة أخرى. وبهذا يختلف الفاسد عن العقد الباطل، فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان بل لا بد من إنشائه مرة أخرى.

٣- المانع من النفاذ: كتعلق حق الغير بمحل العقد، كما في عقد الفضولي، فإنه موقوف على إجازة المالك، والوصية بأكثر من ثلث التركة، فإنها موقوفة في الزيادة على إجازة الورثة بعد الوفاة، وتبرعات المريض مريض الموت بأكثر من ثلث التركة فإنها كالوصية تتوقف الزيادة على إجازة الورثة، وكنفص الأهلية فإنه مانع من صحة تبرعات ناقص الأهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي فإنها تتوقف في نفاذها على إجازة الولي.

٤- المانع من لزوم العقد: كعيب من عيوب الإرادة (كالإكراه)^(١)، والغلط في وصف مرغوب فيه والتغريب مع الغبن الفاحش، والاستغلال، فإن هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الإسلامي، ويتفق معه الفقه الغربي حيث يعتبره قابلاً للإبطال، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم، ولم يأخذ به المشرع العراقي فعيوب الإرادة عنده من موانع نفاذ العقد^(٢).

(١) في الإكراه خلاف، فعند الحنفية العقد فاسد، وعند المالكية العقد غير لازم، وعند الشافعية والظاهرية باطل، وعند الجعفرية وزفر من الحنفية موقوف، وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني م ١٣٤.

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه إن نخل المانع (أي حدث المانع بعد إنشاء العقد وقبل تنفيذه) لا اثر له عند الجمهور، فالجنون بعد الرهن وقبل القبض لا يبطله، فكذلك بعد الوصية وقبل موت الموصي، ولكن قال البعض (الحنفية): لو جن الموصي قبل موته بطلت الوصية، وبه أخذ المشرع العراقي إذا مات مجنوناً.

هذه الموانع الأربعة هي نفس ما سماها علماء الأصول: (مانع انعقاد السبب، ومانع تمام السبب، ومانع ابتداء الحكم، ومانع تمام الحكم).
خامساً- المانع من حيث المحل الذي يقوم به
ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- **المانع القائم بفاعل الفعل**: كالجنون والعته والصغر والجهل والنوم والإغماء، ونحو ذلك مما يعدم الإدراك والوعي فإنه مانع من مساءلة مسن يقوم به إذا ارتكب جريمة حين قيام المانع، فلا يسأل جنائياً لعدم توافر الإدراك، وبالتالي تخلف الركن المعنوي للجريمة لكنه مسؤول مدنياً عن تعويض الضرر الذي يحدثه لأنه من باب الحكم الوضعي.

٢- **المانع القائم بالفعل المحظور المعاقب عليه شرعاً أو قانوناً**: ككون الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي أو لحق مقرر شرعاً كتأديب الولد والعملية الجراحية والألعاب الرياضية وكوقوع الفعل أداءً للواجب أو تنفيذاً لقصاص، وغير ذلك من موانع المسؤولية الجنائية العائدة إلى ذات الفعل.

٣- **المانع الراجع إلى وسائل الإثبات**: كتراجع الشاهد عن شهادته في جرائم الحدود، وكالتقادم المسقط.

٤- **المانع العائد إلى صاحب الحق (محل الاعتداء)**: أما بولاية خاصة كتنازل الورثة (أو ولي الدم) عن القصاص، أو بولاية عامة كإعفاء رئيس الدولة الجاني من عقوبة جريمة تعزيرية رعاية للمصلحة العامة.

سادساً- من حيث الثبات

ينقسم إلى: ١- موانع ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً،

٢- وموانع غير ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤقتاً^(١).

المانع والحاجب

يتضح الفرق بينهما في مسائل الميراث، فالوارث الذي فيه مانع من موانع

(١) فالمؤبدة كالنسب والرضاع والمصاهرة، والمؤقتة كتعلق حق الغير بالزواج أو العدة والجمع بين الأختين وعدم الدين السماوي والمطلقة ثلاثاً واللعان، فاللاعن إذا كذب نفسه يجوز له استئناف الزوجية مع زوجته المفدوفة.

الميراث وجوده وعدمه سياتى فلا يؤثر على وارث آخر في الميراث، فمن قتل أباه وكان لأبيه أخوة وأخوات يكون الميراث لهم لأن الابن بمثابة المعدوم لا يحجبهم.

أما إذا كان الوارث محجوباً بوارث آخر أقوى منه قرابة، فلا يعتبر بحكم المعدوم بل قد يكون له التأثير على الورثة الآخرين، مثل ذلك من مات عن أب وأم وأخوين فصاعداً، فالأخوة يحجبون الأم من أوفر حظيها أي من الثلث، فلها السدس رغم انهم يحجبون بالأب لقوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّه السُّدُسُ﴾^(١).

الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي

إضافة إلى اختلاف الحكمين في الحقيقة والمضمون كما ذكرنا فإن بينهما فروقاً جوهرية أهمها:

أ- الحكم التكليفي بما فيه من الكلفة والمشقة وبما يترتب عليه من المسؤولية، لا يتعلق إلا بأفعال البالغين العاقلين، بخلاف الحكم الوضعي فإنه من قبيل ربط السبب بمسببه أو الشرط بمشروطه أو المانع بممنوعه، فلا يشترط فيه البلوغ والعقل بدليل وجوب التعويض في مال القاصر إذا اتلف مال الغير^(٢)، وبوجوب الزكاة في ماله إذا كان مالك النصاب.

ب- الحكم التكليفي يكون دائماً في تصرفات الإنسان بخلاف الحكم الوضعي، فإنه كما يكون في التصرفات كالقتل سبب للعقوبة ومانع من الميراث، وحضور الشاهدين شرط لصحة الزواج، كذلك يكون في الوقائع الشرعية

(١) سورة النساء ١١.

(٢) في الفروق للقرافي ١/١٦٤ (الصبي إذا افسد مال غيره وجب على وليه إخسار الجابر (التعويض) من مال الصبي بالإتلاف سبب للضمان وهو من خطاب الوضع، فإذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة أخذت من ماله بعد بلوغه لأن السبب قد تحقق في زمن الصغر وتأخر أثره إلى ما بعد البلوغ، وإذا كان للقاصر مال وجب على وليه دفعه من هذا المال). في جمع الجوامع وشرحه ٥١/١ (ولا خطاب-أي خطاب تكليف- يتعلق بفعل غير البالغ العاقل وولي الصبي والمجنون مخاطب بأداء ما وجب في مالهما منه كالزكاة وضمان المتلف كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما أنفقته، حيث فرط حفظها لتنزّل فعلها في هذه الحالة منزلة فعله). في التمهيد للأسنوي، ص ١١٦ (لا يشترط التكليف في خطاب الوضع كجعل الإتلاف موجبا للضمان ونحو ذلك ولهذا تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون والضمان بفعلهما).

الخارجة عن تصرفات الإنسان كالقراية جعلت سبباً للميراث ولوجوب النفقة، والصغر والجنون جعلاً من موانع صحة التصرفات والعقل فانه شرط لصحة التصرفات وكل ذلك وقائع لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينها.

ج- في الحكم التكليفي يشترط علم المكلف بما يكلف به بخلاف الحكم الوضعي، فالقاصر يلزم في ماله تعويض إتلافه، وتجب الزكاة في نصابه رغم عدم علمه بذلك لعدم إدراكه.

د- في الحكم التكليفي يشترط القدرة على الحكم المكلف به، بخلاف الحكم الوضعي فلا يشترط أن يكون من مقدور الإنسان كما في الأمثلة المذكورة في الفقرات السابقة.

وقال البعض^(١): (يستثنى من عدم اشتراط العلم والقدرة الأسباب التي توجب العقوبات - أي الأسباب الإجرامية - والأسباب التي تنقل الأملاك كالعقود والتصرفات الانفرادية - الإرادة المنفردة - فيشترط في هذين النوعين العلم والقدرة)، ولكن في نظرنا أن اشتراط هذين الشرطين استثناء يرجع إلى سببين:

أحدهما: كون هذه الأسباب من الأحكام التكليفية، كما انها من الأحكام الوضعية.

والسبب الثاني: أن العلم والقدرة من شروط تأثير هذه الأسباب لا أجل تكوينها واعتبارها من الأحكام الوضعية، وتختلفها يعتبر من موانع هذه الأسباب.

هـ- خطاب التكليف إنشاء لأنه طلب وأمر بالفعل أو التروك، أما خطاب الوضع فإنه خبر أي أن الشارع لوضع هذه الأمور اخبرنا بوجود أحكامه وانتفائها عند وجود تلك الأمور وانتفائها، كأنه قال مثلاً (إذا وجد النصاب الذي هو سبب وجوب الزكاة والحوال الذي هو شرطه فاعلموا أنني قد أوجبت عليكم أداء

(١) كالقرافي حيث قال في الفروق ١٦٢/١ (استثنى صاحب الشرع من اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين: الأسباب التي هي أسباب للعقوبات وهي جنائيات، فيشترط فيها العلم والقدرة لان رحمة صاحب الشرع تأتي عقوبة من لم يقصد الفساد وأسباب انتقال الأملاك كالبيع والهبة والوصية لأنها لا تنفيذ الملك ما لم يتوفر الرضا ولا يكون الرضا إلا مع العلم والقدرة)، نقلته مع التصرف.

الزكاة، وإذا وجد الدين (المانع) أو انتفى السبب أو الشرط فاعلموا أنها غير واجبة عليكم).

ورغم الفروق الجوهرية المذكورة في الحكمين التكليفي والوضعي فإنهما كثيراً ما يجتمعان في بعض تصرفات الإنسان، كالبيع فإنه من حيث كونه مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو محرماً حسب ظروفه حكم تكليفي ومن حيث أنه سبب الملكية حكم وضعي، والإتلاف من حيث أنه عمل غير مشروع حكم تكليفي ومن حيث أنه سبب التعويض حكم وضعي، وحضور الشاهدين من حيث أنه عمل مباح أو مندوب حكم تكليفي ومن حيث أنه شرط صحة الزواج حكم وضعي، والقتل من حيث أنه محرم حكم تكليفي ومن حيث أنه مانع من الميراث حكم وضعي، وهكذا.

والحاصل النسبية بين الحكمين التكليفي والوضعي التباين بحسب المفهوم كما سبق في تعريف كل منهما، إلا أنها عموم وخصوص وجهي بحسب التحقق فهما يجتمعان في كثير من التطبيقات الشرعية، كالزواج سبب للميراث وواجب أو مستحب أو حرام أو مكروه أو مباح حسب الظرف، والقتل والجرح محرمان وسببان للقصاص، ومن الجدير بالذكر أنهما لا يجتمعان إلا في تصرفات تكون من مقدور الإنسان أن يقوم بها.

وقد يتحقق الحكم الوضعي بدون الحكم التكليفي وذلك في المجالات غير الخاضعة لسلطة الإنسان، كالقراءة سبب للميراث ولوجوب النفقة، وكالبلوغ والعقل، فهما شرطان لصحة تصرفات الإنسان، وكالجنون فإنه ممانع من المسؤولية الجنائية، فهذه الأمور من الأحكام الوضعية فقط، فلا يتحقق فيها الحكم التكليفي لأن من شروطه أن يكون المكلف به من مقدور الإنسان، وقد يتحقق خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات^(١).

(١) في الفروق للقرافي ١/١٦٤ (خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتناب المحرمات فهي من خطاب التكليف فقط فهي وإن كان صاحب الشرع جعلها سبباً لبراءة الذمة وترتيب الثواب ودرء العقاب، غير إن هذه ليست أفعالاً للمكلف ونحن لا نعني بكون الشيء سبباً إلا كونه وضع سبباً لفعل من قبل المكلف).

الفصل الثالث عناصر الحكم الشرعي

الحكم الشرعي سواء أكان تكليفاً أم وضعياً لا يتحقق إلا بتوافر ثلاثة عناصر (أركان) وهي:

- ١- الحاكم (الشارع للأحكام)
 - ٢- والمحكوم فيه (التصرفات والوقائع)
 - ٣- والمحكوم عليه (الإنسان المكلف) في الأحكام التكليفية و(الإنسان مطلقاً والوقائع) في الأحكام الوضعية.
- وأهمية هذه العناصر تتطلب تفريد كل واحد منها بمبحث مستقل.

المبحث الأول الحاكم (شارع الأحكام)

أجمعت الأمة الإسلامية من الفقهاء والأصوليين والفلاسفة على أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة وسببية وشرطية ومانعية هو الله سبحانه وتعالى كما قال في القرآن الكريم ﴿أَنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾^(١). كما اتفق الجمهور^(٢) على أن لكل مسألة تواجه الفرد أو المجتمع أو الأمة في جميع مجالات الحياة حكماً شرعياً إلهياً واحداً أن أصابه المجتهد فهو مصيب وأن وصل اجتهاده إلى غيره فهو خاطئ. والدليل على وحدة الحكم لكل مسألة أو قضية القرآن والسنة والإجماع وأقوال الصحابة والمعقول:

١- القرآن

قال سبحانه وتعالى ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَثَتْ فِيهِمْ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾* فَهَمَّانَهَا سُلَيْمَانَ^(٣).

(١) سورة الأنعام ٥٧.

(٢) وقال فئدة لا يعتقد برأيهم أن حكم الله هو ما يصل إليه المجتهد في اجتهاده، وبناء على ذلك يجوز أن يكون لمسألة واحدة عدة أحكام في ضوء اختلافات المجتهدين، هذا مرفوض كما ثبتت ذلك بالدلة.

(٣) سورة الأنبياء ٧٨-٧٩، قضى داود عليه السلام بالغنم لصاحب الحرث مقابل الضرر الذي أصابه، وقضى سليمان عليه السلام بان تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتقع بالبانها وسمونها واصوافها

وجه الاستدلال: أن الله تعالى خص سليمان بفهم الحق في الواقعة بعد اشتراكهما في الحكم وذلك يدل على إصابة سليمان دون داود (عليهما السلام)، وإلا لما كان لتخصيص سليمان بالتفهم فائدة، وبالتالي يدل على اتحاد حكم الله فسي الحادثة وكون المصيب في الاجتهاد عند اختلاف المجتهدين في واقعة واحدة واحداً^(١).

٢- السنة النبوية

قال النبي ﷺ: (إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ^(٢) نُمُ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ فَإِذَا حَكَمَ وَاجْتَهَدَ نُمُ أَخْطَأَ^(٣) فَلَهُ أَجْرٌ^(٤)) وهذا الحديث من الأدلة القطعية على أن حكم الله في كل مسألة واحد ولو كان متعدداً كما زعم البعض^(٥) لما كان هناك خطأ ولا صواب في الاجتهاد، أما الخطأ فواضح، وأما الصواب فلأنه لا يستعمل إلا لشيء يتصور فيه الخطأ.

٣- الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على شرعية المناظرة بين المجتهدين ولو كان كل مجتهد مصيباً فيما أدى إليه اجتهاده لكانت المناظرة عبثاً، إذ لا فائدة لها إلا الإصابة ومعرفة الحق وتمييزه من الخطأ وإظهار الصواب، وتصويب الجميع ينفي ذلك^(٦).

٤- أقوال الصحابة

سئل أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن الكلالة فقال: (أقول فيها برأبي فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان، أراه ما خلا الوالد والولد)^(٧).

تعويضاً عن الضرر دون أن تنتقل ملكية الغنم اليه، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله رد كل واحد منهما ما له إلى صاحبه. تراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٠٨/١١.

(١) شرح المنار لابن ملك، ص ٨٢٥.

(٢) أي أراد أن يحكم لأن الاجتهاد يكون قبل الحكم.

(٣) أي لم يوافق حكمه حكم الله.

(٤) الحديث منفق عليه، سبل السلام ١٥٥/٤، نقدم تخريجه.

(٥) شرح المنار ص ٨٢٧.

(٦) شرح المنار، المرجع السابق.

(٧) أي الوارث الذي لا يرث عن طريق الأبوة ولا عن طريق البنوة، والكلالة وردت في قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوَّامِرًا وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا قُتِلَ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾، سورة النساء ١٢. والمراد الأخوة والأخوات من

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المفوضة^(١) التي مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يسنم لها مهراً: (أجتهد برأيي فان يكن صواباً فمن الله وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان^(٢)) لها الميراث، ولها مهر مثلها، لا وكس ولا شطط). وهذان الأثران من كبار الصحابة يدلان بوضوح على أن حكم الله في كل مسألة أياً كان مجالها ونوعها حكم واحد، فالمجتهد الذي يكتشفه يكون مصيباً والذي يذهب إلى حكم آخر مخالف يكون خاطئاً، ومع ذلك مأجور على بذل جهده لاكتشاف حكم الله.

٥- المعقول

أي الدليل العقلي، فالعقل السليم يقضي بأن حكم الله واحد في كل مسألة وإلا للزم التناقض والتضارب في الأحكام لمسألة واحدة، وعلى سبيل المثال قال جمهور الفقهاء: (لا يصح الزواج إلا بحضور شاهدين)، وقال الشيعة الإمامية: (يصح بلا شهود)، فأحد هذين الرأيين خطأ حتماً وإلا للزم اجتماع النقيضين بين الحكمين المتعارضين (يصح ولا يصح) في مسألة واحدة وفي ظرف واحد، والتناقض مرفوض لان اجتماع النقيضين مستحيل استحالة منطقية.

دور العقل في اكتشاف حكم الله قبل التبليغ بالشرع

اختلف الأصوليون وفلاسفة المسلمين من المعتزلة والأشاعرة والماتريدية وغيرهم في هذه المسألة، ثم أخذ الخلاف لدى الباحثين الذين أتوا بعد هؤلاء شكلاً مشوهاً وصورة غير واقعية للأسباب الآتية:

أ- لم يحاول أكثرهم تحديد محل الخلاف مما أدى بهم إلى استنتاج نتائج بعيدة عن المنطق والحقيقة.

ب- لم يبينوا أساس الخلاف، ومدى دور الحسن والقبح بتصرفات الإنسان فيما

الام لان حكم الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بينه قوله تعالى [وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ]، سورة النساء ١٧٦. أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب حجب الأخوة والاخوات من قبل الام ٢٢٣/٦.
(١) المفوضة: امرأة تتزوج بدون تحديد مهرها ويترك الامر لها بعد الزواج ويكون لها مهر المثل بعد الدخول.

(٢) شرح المنار، المرجع السابق، تقدم تخريجه.

بيّنت لها من الأحكام.

ج- لم يحظوا بالدقة في تفسير كلام المعتزلة مما أدى بهم إلى توجيه النقد اللاذع^(١) إلى هذه الجماعة من فلاسفة المسلمين الذين يتميزون بالعقل الناضج وبإعطاء المركز الملائم لدور العقل وبيناء كثير من الأمور المهمة في الإسلام على العقل.

ولكل ذلك من المستحسن تحديد محل الخلاف أولاً وبيان أساسه ثانياً وتفسير مراد المعتزلة ثالثاً. ومن الجدير بالذكر أن الله تعالى أمر باستخدام العقل في (٤٩) آية قرآنية.

أولاً- تحليل وتحديد محل الخلاف

١- لا خلاف في أن الحاكم (الشارع) للأحكام الشرعية التكليفية والوضعية هو الله سبحانه وتعالى، وأن دور العقل عند من يقول به يقتصر على الاكتشاف دون الإيجاد والتشريع.

٢- لا خلاف في أن استيعاب الأحكام الشرعية بصورة مفصلة لا يكون إلا عن طريق الشرع، وأن دور العقل عند من يقول به يقتصر على الإدراك الإجمالي لهذه الأحكام.

٣- لا خلاف في أن بعض الأحكام الشرعية لا يدركها عقل الإنسان حتى عند المعتزلة ومن هذا حذوهم، كحسن صوم آخر يوم من شهر رمضان، وقبح الصيام في اليوم الذي يليه مباشرة، وهو أول يوم من شهر شوال لأنه يصادف العيد، والصوم في العيد محرم لما فيه من الإعراض عن ضيافة الله.

٤- لا خلاف (أو يجب أن لا يوجد الخلاف) في أن الإيمان بالله واجب عقلي^(٢)، ويثبت بالعقل لا بالشرع، لأنه لو ثبت بالشرع الذي يثبت بالإيمان بالله للزمت الاستحالة المنطقية، أي توقف الشرع على الإيمان بالله، وتوقف

(١) لدعه بلسانه: أوجعه بكلام.

(٢) في نسمات الاسحار لابن عابدين، ص ١٢٠ (أن السبب لوجوب الايمان حدوث العالم يعني أن سبب الايمان بالله تعالى أي التصديق والاقرار لوجوده ووحدايته وبيانه صفاته على ما ورد به النقل وشهد به العقل هو حدوث العالم أي كون جميع ما سوى الله تعالى من الجواهر والاعراض مسبوفاً بالعدم، وإنما سمي عالماً لأنه علم على وجود الصانع به يعظم ذلك، ولا خفاء في أن وجوب الايمان بايجاب الله، إلا انه نسب إلى سبب ظاهر تيسيراً على العباد وقلعاً لحجج المعاندين وإلزاماً لهم لئلا يكون لهم تشبث بعدم ظهور السبب).

الإيمان بالله على الشرع، وهو باطل لأنه يستلزم توقف الشيء على نفسه وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل وكذلك الملزوم^(١).

ثانياً- تحليل وتحديد الأساس

أساس الخلاف هو التحسين والتقييح لتصرفات الإنسان، هل هما شرعيان يثبتان بالشرع كما يقول الجمهور، أو عقليان كما يقول المعتزلة؟

١- لا خلاف في أن الحسن بمعنى ملائمة الطبع كالأغذية اللذيذة والمناسظر الطبيعية الجميلة، والقبح بمعنى منافرة الطبع كأكل الميتة والمنظر القبيح والرائحة الكريهة عقليان يدركهما عقل الإنسان ويحكم بقبح هذا وحسن ذلك دون الحاجة إلى الشرع.

٢- لا خلاف في أن الحسن بمعنى صفة الكمال كالكرم والشجاعة والعلم والأخلاق الحميدة، والقبح بمعنى صفة النقص كالبخل والجبن والجهل والأخلاق الرذيلة عقليان يدركهما العقل، ويحكم بالحسن والقبح دون اللجوء إلى الشرع.

٣- لا خلاف في أن كل ما أمر به الله حسن لأنه يجلب للإنسان مصلحة، وإن كل ما ينهى عنه شرع الله قبيح لما يتضمنه من مضرّة أو مفسدة يجب استبعادها.

٤- إنما الخلاف في حسن بمعنى ما يوجب المدح عاجلاً والثواب أجلاً، وقبيح بمعنى ما يؤدي إلى ذم فاعله عاجلاً وعقابه أجلاً. وقد اختلف في ذلك علماء المسلمين من الأصوليين والفلاسفة والفقهاء على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: وهو ما تبناه الأشاعرة من فلاسفة المسلمين، أن الحسن والقبح بالمعنى الأخير شرعيان لا يمكن إدراكهما عن طريق العقل، فلا يعرف حسن الشيء ولا قبحه إلا بعد مجيء الشرع، فعندئذ يدرك العقل أن كل ما أمر

(١) ايضاح ذلك لو فرضنا أن (أ) كائن موجود يتوقف على وجود (ب)، وإن (ب) فسي وجوده يتوقف على وجود (أ) للزم توقف (أ) على (أ) بعد حذف الوسيط (ب) وهذا يستلزم تقدم (أ) من حيث انه خالق على نفسه من حيث انه مخلوق، وذلك باطل، وما يستلزم الباطل أيضاً باطل، وبناء على ذلك يكون الإيمان بالله واجباً عقلياً يثبت بالعقل وبالنظر والاستدلال به على وجود الخالق، هذا اضافة إلى أن الإيمان بالله واجب شرعي.

به الشرع حسن، وكل ما نهى عنه قبيح، وقد تغالوا في هذا الرأي إلى درجة أن قالوا: (لو فرضنا أن الأمور به أصبح منهيًا عنه أو حدث عكس ذلك لتحول الحسن إلى القبيح، والقبيح إلى الحسن تلقائياً تبعاً للأمر والنهي، لأنهما من آثارهما ومن موجباتهما).

الاتجاه الثاني: وهو ما تزعمته المعتزلة، مفاده أن الحسن والقبح لتصرفات الإنسان موجودان قبل الشرع لذات التصرف أو لوصفه، فيدركما عقل الإنسان قبل الشرع، لأن الحسن مبني على أساس مصلحة مادية أو معنوية، والقبح يترتب على قيام مفسدة أو مضرة مادية أو معنوية، وكل من المصلحة والمفسدة لا تخفي على العقل بحيث يستطيع عن طريقهما إدراك الأحكام الشرعية قبل ورود الشرع^(١).

الاتجاه الثالث: الذي قال به الماتريدية ومن حذا حذوهم، هو يتفق مع الاتجاه الثاني في أن العقل يدرك حسن وقبح التصرف الذاتي ويتفق مع الاتجاه الأول في أن العقل رغم إدراكه للحسن والقبح لا يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية قبل الشرع.

ثالثاً— مراد المعتزلة من قولهم بحاكمية العقل ووجوب الأصلح على الله
فسر كثير من الأصوليين وغيرهم قول المعتزلة بحاكمية العقل أن العقل هو الشارع والصانع للأحكام الشرعية، وإن دور التشريعات الإلهية يقتصر على إقرار ما شرعه العقل من الأحكام لتصرفات الإنسان، وإن المقصود من وجوب الأصلح هو الوجوب بالمعنى المتعارف في الحكم التكليفي^(٢).

(١) عقل الإنسان قبل تبليغه بالشرع بإمكانه أن يقضى بان كل عمل إذا كان فعله حسناً وتركه قبيحاً فهو واجب كالعدل، وإذا كان بعكس ذلك فهو محرم كالظلم، وإذا كان فعله حسناً وتركه ليس قبيحاً فهو مندوب، وإذا كان بعكس ذلك فهو مكروه، وإذا كان كل من الفعل والترك ليس بحسن ولا قبيح فهو مباح.

(٢) ومن القائلين بالتفسير الخاطئ لمراد المعتزلة صدر الشريعة في كتابه التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ١٥٨/٢ (الخلاف بيننا وبين المعتزلة في امرين، أحدهما أن العقل عندهم حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله وعلى العباد، أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والتسبيح ضرورة، وأما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ويبيحها ويحرمها من غير أن يحكم الله فيها بشيء من ذلك). وانظر ذلك ما جاء في حاشية السيد شريف الجرجاني على شرح العضد لمختصر المنتهى الأصولي ١٩٩/١.

وكل من التفسيرين المذكورين غير صحيح وغير مطابق لما قصده المعتزلة^(١)، أما عدم صحة الأول فلأن المقصود من حاكمية العقل هو أن العقل يدرك أحكام الله لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو بعده وقبل تبليغ الإنسان به وذلك عن طريق حسن وقبح هذه التصرفات، ثم يحكم في ضوء ذلك على الإنسان باتباع أحكام الله ويحملهم مسؤولية مخالفتها.

وأما عدم مطابقية التفسير الثاني لمراد المعتزلة من قولهم: (بوجوب الأصلح للعباد على الله) فلأن المقصود من الواجب ليس معناه الاصطلاحي الشرعي وهو أن: (فاعله يثاب وتاركه يعاقب)، وإنما المراد منه أن حكمة العدالة الإلهية تقتضي معاملة عباده بما يستحقونه في ضوء وعده بذلك في شرائعه، وأنه من المستحيل أن يعمل بما يتعارض مع حكمته بما يخالف وعده. وهذا المعنى أطلق عليه المعتزلة مصطلح الواجب تجوراً وتوسعاً لزيادة الاهتمام بشأنه. والحاصل أن المراد بالواجب هو الواجب العقلي أي أن الأصلح هو من مقتضى عدلته وليس الواجب الذي هو من أقسام الحكم التكليفي.

تقويم رأي المعتزلة

أثبت واقع الحياة وتطورها صحة كلام المعتزلة في أن العقل يدرك الأحكام الشرعية لتصرفات الإنسان قبل الشرع أو قبل التبليغ به، فإن كثيراً من الأحكام التي وردت في القوانين الوضعية للبلاد غير الإسلامية تتفق مع الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كحرمة القتل والسرقة وخيانة الأمانة والتجسس والاختطاف والتجارة بالإنسان، وكوجوب تقديم العون

(١) في شرح مسلم الثبوت ٢٥/١ (لا حكم إلا من الله تعالى باجماع الأمة لا كما في كتب بعض المشايخ أن هذا عندنا وعند المعتزلة الحاكم العقل، فإن هذا مما لا يجتريء عليه أحد ممن يدعي الإسلام، بل إنما يقولون أن العقل معرف لبعض الأحكام الإلهية سواء ورد به الشرع أم لا).

وقال الشيخ صالح المقبلي اليماني في كتابه العلم الشامخ، ص ١٦٨ وهو يرد على ما قاله صدر الشريعة في كتابه التوضيح ١٥٨/٢ الذي ذكرناه في الهامش رقم ١٠ في هذه الصفحة (ماذا تريد بقولك حاكم؟ أتريد به أنه مدرك للحكم الثابت في نفس الأمر الذي قررت فيه انفاً فإن الأحكام الخمسة ترجع إلى الحسن والقبح، فلا بد بذلك من الإقرار بهذا أم تريد أن العقل محصل للحكم ومنشئ له في نفس الأمر؟، فلم يقل بهذا أحد).

المادي للمنكوبين والمتضررين لأسباب قهرية كالزلازل والفيضانات، ووجوب حرمة المسكن، وكإباحة التعبير عن الرأي الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وحرية اختيار العمل المشروع وحرية التنقل وغير ذلك من الأحكام القانونية، وهي في حقيقتها أحكام إلهية اكتشفها العقل البشري في تلك البلاد ونظمها بالقانون الوضعي، ولا نستطيع أن نثبت إنها مأخوذة من القرآن الكريم أو السنة النبوية^(١)، وإضافة إلى ذلك فإن بعض الجرائم التي لم يثبت تجريمها بنص شرعي، وإن جميع العقوبات التعزيرية في الإسلام ترك استحداثها وتنظيمها بالقانون الوضعي لعقل ولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع عقول أهل الحل والعقد (أهل الشورى).

الاستنتاج

نستنتج من عرض محتويات هذا البحث:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والعسكرية والزراعية، وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دينه ودنياه يرجع إلى حكم الله لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وإن اكتشافات عقول المجتهدين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعاً للجزئيات إلى تلك الكليات.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالباً قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن، وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالباً يدرك الحسن والقبيح وبالتالي يدرك الوجوب والحرمة لتصرفات الإنسان قبل

(١) في التفرير والتحرير على التحرير ٩٠/٢ (أن قبح الظلم ومقاومة الإحسان بالإساءة مما اتفق عليه العقلاء حتى لا يتدين بدين ولا يقول بشرع كالبrahمة والدهرية مع اختلاف عاداتهم وأغراضهم).

الشرع، فأكثر ما أدركه العقل قبل الوحي حكم به الشرع بعده، فإدراك العقل بيان من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارع، غير أن الأحكام العقلية بمجرد ما لا تبعث على فعل الخير وترك الشر، فجاء الوحي مؤازراً لها ومناصرها بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة، والوعيد والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع إلا بالنسبة للإيمان بالله لأنه واجب عقلي قبل أن يكون واجباً شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الاستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (الخالق). أما الأحكام التكليفية الأخرى فإن العقل رغم إدراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتقيح العقليين إلا أنه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملاً وتفصيلياً، فإذا أدرك حرمه السرقة والقتل والزنا وخيانة الأمانة، فإنه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام: قسم يثبت بالعقل كوجود الله وصدق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يثبت بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمغيبات من الإيمان بالعالم الآخر ومحاسبته على عمله، وقسم يثبت بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

المبحث الثاني المحكوم فيه

المحكوم فيه^(١)

عبارة عما يتعلق به خطاب الله من تصرفات الإنسان الإرادية كما في خطاب التكليف أو منها ومن الوقائع الشرعية كما في خطاب الوضع. ولهذا الموضوع أهمية كبيرة في المجالات الفقهية والقانونية والقضائية من حيث التطبيقات العملية، وهذه الأهمية تحتم علينا دراسته من الأوجه الآتية:

- ١- من حيث طبيعته يقسم إلى التصرفات الشرعية والوقائع الشرعية^(٢)، ثم ينقسم كل قسم إلى عدة أنواع.
- ٢- من حيث الأثر الذي يترتب على تنفيذه من المصلحة العامة والخاصة، يقسم إلى حق الله (الحق العام)، وحق العبد (الحق الخاص)، والحق المشترك.

- ٣- من حيث ما يقترن به من كلفة ومشقة، يقسم إلى العزيمة والرخصة.
- ٤- من حيث الأداء يقسم إلى ما يقبل النيابة وما لا يقبل.

أولاً: أقسام المحكوم فيه من حيث طبيعته

ينقسم المحكوم فيه من حيث طبيعته إلى: التصرفات الشرعية، والوقائع الشرعية. والتصرف الشرعي: (هو كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة^(٣))، أما الواقعة الشرعية: (فهي عبارة عما يحدث بدون أن يكون لإرادة الإنسان دخل مقصود في تكوينه وحدثه^(٤))، كحوادث السيارات التي تقع خطأً وكتحطم الطائرات في الجو وغرق السفن في البحر فهي وقائع مادية، وقد تكون الواقعة معنوية كالقراية والزوجية وهما سببان للالتزام بالنفقة وسببان للميراث

(١) في بعض المراجع الأصولية يستعمل تعبير (المحكوم به) بدلا من (المحكوم فيه) ولكن التعبير الثاني أدق من الأول، لأن المحكوم به عبارة عن نفس الحكم من الوجوب والنسب والحرمة والكراهة والإباحة والسببية والمانعية. وفي التقرير والتحبير على التحرير ١١٣/٢ (التعبير عن فعل المكلف بالمحكوم فيه أولى من التعبير عنه بالمحكوم به)، كما في صدر الشريعة والبيضاوي وغيرهما.

(٢) المراد بالشرعية في التصرفات والوقائع خضوعها لتنظيم الشرع سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة.

وكالإبوة مانعة من القصاص وعقاب القذف وكالعقل شرط لصحة التصرفات.

أقسام التصرف الشرعي

ينقسم التصرف الشرعي إلى القولي والفعلي، وينقسم القولي إلى المنشئ والمسقط وكما ينقسم التصرف الفعلي إلى النافع والضار كما يلي:

١- التصرف القولي المنشئ للحقوق والالتزامات: كحقوق المعاوضات التي تستم بتلقي إرادتين فأكثر وتنشئ حقوقاً والتزامات متقابلة، وكالتبرعات التي تنشئ الحقوق للمتبرع له والالتزام على المتبرع بالإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي).

وقد يكون التصرف القولي جريمة كالقذف والتجسس بالكلام والغيبة والنميمة، ففي هذا النوع من القول يستحق الفاعل عقوبة دنيوية وأخروية^(١)، أي يترتب على قوله الالتزام الجنائي اتجاه الناس واتجاه ربه.

٢- التصرف القولي المشروع المسقط: وهو تصرف ينهي حالة شرعية (أو قانونية) قائمة كإبراء الدائن مدينه من الحقوق الشخصية التي بذمته، والطلاق في حالة عدم وجود التعسف وعدم قصد الإضرار بالزوجة، والانتازل عن حق الشفعة، والانتازل عن حق القصاص أو الدية أو حق التعويض.

٣- التصرف القولي غير المشروع المسقط: كالطلاق التعسفي، وهو الذي يلحق الضرر بالزوجة دون مبرر، ففي هذه الحالة يستحق الزوج عقوبة تعزيرية، ومن المفضل أن تكون مالية يعرض بها ضرر الزوجة، ومن قبيل الطلاق التعسفي طلاق الفار، وهو أن يطلق الزوج المريض مرض الموت زوجته دون مبرر وبدون طلبها، اتفق فقهاء المسلمين بالإجماع باستثناء الظاهرية- حق الزوجة في الميراث من تركة هذا الزوج رغم وقوع الطلاق، ذلك معاملة له بنقيض قصده السيئ.

٤- التصرف الفعلي النافع: كتقديم العون البدني لمن يحتاج إليه، مثل المساهمة اليدوية في صنع شيء، أو تصليح سيارة، أو إعادة بناء جدار جواره بعد انهدامه، والتقاط مال مفقود بقصد المحافظة عليه وإعادته إلى صاحبه،

(١) فإذا عوقب في الدنيا بما يتلأم مع حجم جريمته ينجو من عقوبته الأخرى.

والتقاط طفل صغير مطروح على الشوارع والطرق، وغيرها لأي سبب كان، ذلك بقصد إنقاذ حياته وتربيته بنفسه أو تسليمه إلى جهة تتولى ذلك كدار الحضانة. وكوفاء دين الغير، والإنفاق على زوجة الغائب ونحو ذلك.

٥- التصرف الفعلي الضار: ومن هذا القبيل كافة أنواع الجرائم الموجبات للعقوبات وجميع أنواع الإلتلاف غير المشروع المسبب للتعويض^(١).

الوقائع الشرعية

وهي تنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- الوقائع المادية بفعل الإنسان دون القصد: كحوادث السيارات نتيجة السرعة أو مخالفة نظام المرور خطأ، ففي هذه الحالات وأمثالها تكون الواقعة سبباً للإلتزام المقصر بدفع التعويض.

٢- الوقائع المادية بفعل الطبيعة: كتحطم الطائرة بفعل العاصفة الجوية، وغرق السفينة بالأمواج البحرية، واصطدام السيارات وانقلابها بالعاصفة الترابية. ففي هذه الحالات وغيرها تكون الواقعة سبباً للإلتزام بدفع التعويض مسن قبل الدول والشركات أو الأشخاص مقابل الخسارة في الأرواح والأموال.

٣- الوقائع المعنوية: التي لا تدخل لإرادة الإنسان في تكوينها: كالأبوة المانعة من القصاص، والجنون المانع من صحة التصرفات، والقرابة التي هي سبب الميراث من جهة، وسبب للإلتزام بالإنفاق على القريب العاجز عن العمل، والذي لا يجد مورداً يكفي لعيشه من جهة أخرى.

الاستنتاج

نستنتج من هذا العرض الموجز أن أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية ترجع إلى سببين رئيسيين وهما:

- ١- التصرفات الشرعية: سواء أكانت قولية أم فعلية، مشروعة أم غير مشروعة.
- ٢- الوقائع الشرعية: سواء أكانت مادية أم معنوية، وسواء أكانت من أفعال

(١) الفعل الضار الإيجابي لا يتطلب توافر الإدراك بخلاف السلبي فالممتنع عن فعل بترتب عليه ضرر عام أو خاص مسؤول ديانة أو قضاء وإذا كان مقمناً بالإدراك والسوعي التامين، لأن هذه المسؤولية تترتب على فعل سلبي مقصود وهو لا يتصور بالنسبة لعدم الأهلية.

الإنسان غير المقصودة أم من أفعال الطبيعة.

وقد خلط فقهاء القانون بين الوقائع الإرادية وبين التصرفات الفعلية للإنسان بصورة مطلقة، فاعتبروا التصرفات الفعلية الإرادية وقائع وحصرها التصرفات القانونية في العقد والإرادة المنفردة وهذا ما يرفضه المنطق القانوني لأن التصرف كما ذكرنا هو كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة سواءً كان قولاً أو فعلاً، كما تأثرت القوانين المدنية العربية بالقانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني، فجعلت مصادر الالتزام خمسة، وهي العقد والإرادة المنفردة والفعل النافع والفعل الضار والقانون، مع أن أربعة من هذه المصادر تندرج تحت التصرفات الشرعية (أو القانونية) وهي أسباب للالتزامات مصادرهما الشرع في الالتزامات الشرعية، والقانون في الالتزامات القانونية.

ثانياً- أقسام المحكوم فيه من حيث ما يترتب عليه من المصلحة

كل محكوم فيه من تصرفات الإنسان والوقائع التي يتعلّق بها خطاب الوضع، لا يخلو من مصلحة عامة أو خاصة أو مشتركة. وقد شاع إطلاق (حق الله المحض) على ما فيه المصلحة العامة، و(حق العبد المحض) على ما فيه المصلحة الخاصة، و(الحق المشترك) على ما يجمع بين المصلحتين. فمصلحة وجوب الواجبات وندب المستحبات وإباحة المباحات هي المنفعة المستجلبية من تنفيذ هذه الأحكام، ومصلحة حرمة المحرمات، وكراهة المكروهات المضرة هي المفسدة المستندرة باجتنابها.

١- حقوق الله المحضة (الحقوق العامة)

وهي التي تحقق المصالح العامة^(١)، فمنها قلبية كالإيمان بالله ورسله وكتبه

(١) وقد قسمها علماء الأصول إلى الأقسام الثمانية الآتية:

- ١- عبادات محضة، كالإيمان بالله وما يقفر عنه من العبادات كالصلاة والصيام.
- ٢- عقوبات محضة، كعقوبات جرائم الحدود وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية للإنسان، كالاعتداء على الدين والحياة والمال والعرض والعقل.
- ٣- عقوبات قاصرة على الناحية المالية وعلى الجاني ذاته، كحرمان الوارث القاتل من ميراث مقتوله، وحرمان الموصى له القاتل من وصية مقتوله، فالحرمان حق الله إذ لا نفع فيه للمقتول.
- ٤- حق دائر بين العبادات والعقوبة، مثل كفارة حنث اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل خطأ، فهي تهذب سلوك الجاني كالصيام، وتحرر الإنسان المستعبد وتسد حاجة المسكين، إضافة إلى كونها عقوبة رادعة وزاجرة.

ويوم الأخرة^(١)، ومنها بدنية محضة كالصلاة والصيام وغيرهما، والمصلحة العامة فيها هي إنها وسائل وقائية واحترازية لمكافحة الإجرام، لأنه تهذب سلوك الإنسان.

ومنها مالية بحتة كالزكاة والوقف والإنفاق في سبيل الله، وفائدتها العامة هي إنها من وسائل التكافل الاقتصادي والتضامن المالي لمكافحة الفقر الذي هو عامل رئيس للسلوك الاجرامي.

ومنها مالية وبدنية كالحج والجهاد على نفقة للمجاهد، وأهميتها العامة حماية الدين والأرواح والأموال والأعراض بالنسبة للجهاد، وأما فائدة الحج العامة فهي أنه مؤتمر إسلامي سنوي لحل المشاكل القائمة بين الشعوب الإسلامية من جهة، وبينها وبين الشعوب الأخرى من جهة ثانية. ومن حقوق الله المحض عقوبات جرائم الحدود التي هي عبارة عن الاعتداء على الحقوق العامة.

مميزات حق الله المحض (الحق العام)

يتميز هذا النوع من الحقوق بمميزات أهمها ما يلي :

١- لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصلح ولا التعديل ولا التبديل، فلا يحق لأي إنسان أياً كانت صفته ومنزلته ومركزه أن يتنازل عنه أو يتهاون في

٥-عبادة فيها معنى المؤنة، كزكاة الفطر فيجب على كل مسلم في اليوم الاخير من رمضان مساعدة الفقير بما يعادل وجبة طعام متوسطة عن شخص هو مسؤول عن إعالتهم ونفقتهم إضافة إلى نفسه.

٦-مؤنة فيها معنى العبادة، كالزكاة وهي نسبة مئوية تدفع سنوياً للمستحقين، فمن غلب جانب المؤنة على العبادة قال تجب الزكاة في مال القاصر، سواء اكان صغيراً أم مجنوناً أم نحوهما، ومن غلب جانب العبادة على الجانب المالي قال لا تجب الزكاة في مال القاصر. والسرأى الأول هو الراجح لان الزكاة من باب خطاب الوضع سبب وجوبها وجود النصاب في المال الذي تجب فيه الزكاة بغض النظر عن أهلية مالك المال.

٧-مؤنة فيها عقوبة، كالضريبة الخراجية التي فرضت على الذين كانوا يستثمرون الاراضي الزراعية ولا يشتركون في الجهاد من غير المسلمين، فإذا اسلموا واشتركوا في الجهاد تسقط عنهم هذه المسؤولية.

٨-حق قائم بنفسه لا يتعلق بذمة احد، كحق الدولة في استثمار المعادن الموجودة فسي ارض اقليمها. انظر التوضيح شرح التنقيح مع التلويح ١١٥/٢ وما بعدها. بلبسة السالك لأقرب المسالك في مذهب الإمام مالك ٢١٤/١.

(١) في الآلفية مع طلعة الشمس للمسلمي الاباضي ٢٤١/٢ (ومن حقوق الله في المنقول ايماننا بالله والرسول ﷺ، وما اتى في الدين بالضرورة، وهي أمور ليس بالمحصورة، والمراد بالمنقول ما يقابل المعقول، أي ما نقل البينا من الشرائع الإلهية).

إقامته وتنفيذه.

٢- لا يجري فيه الإرث، فإذا كان حقاً مالياً كالزكاة يتعلق بتركته بعد الوفاة، فلا توزع على ورثته قبل إخراج هذا الحق منها لأنه دين الله وحق عام. وإن كانت عقوبة كعقوبة الزنا والسرقه تسقط بالموت بالنسبة إلى المسؤولية الدنيوية، ولا تنتقل إلى الورثة لقوله تعالى ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١)، ولكن يسأل عنها يوم القيامة أمام الله أن شاء غفر له وإن شاء عذبه^(٢).

٣- يجري فيه التداخل بالنسبة للعقوبات الحدية، فمن ارتكب مرات جريمة الزنا مثلاً وثبتت عليه يعاقب على المرة الأخيرة لما في المرات السابقة من الشبهة، وقد قال الرسول ﷺ: (أَبْرُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ)^(٣)، ولكن إذا عاد إلى الجريمة تعود العقوبة^(٤).

٤- يفوض أمر استيفائه لولي الأمر (رئيس الدولة) ومن يخوله هو.

٥- جزاء الاعتداء على الحق العام:

أ- عقوبات الحدود التي حددها النص كالجلد والرجم في جريمة الزنا، وقطع اليد في جريمة السرقة.

ب- الكفارة المالية أو البدنية كما في حنث اليمين والظهار والقتل خطأ^(٥).

ج- حرمان الوارث القاتل من تركه مقتوله المورث، فهذه العقوبة من حقوق الله لا تقبل الإسقاط، رغم إنها عقوبة تبعية لجريمة القتل، بخلاف القصاص، فإنه حق مشترك يقبل الإسقاط.

د- العقوبات التعزيرية على كل جريمة اعتداء على الحق العام، وللقاضى سلطة تخفيف وتشديد هذا النوع من العقوبات، ولرئيس الدولة إعفاء الجاني إذا رأى في ذلك إصلاحه ومصلحة عامة.

(١) سورة الانعام ١٦٤.

(٢) كما قال تعالى (فيغفر لمن يشاء ويعذب من يشاء والله على كل شيء قدير) سورة البقرة ٢٨٤.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في قواعد الزركشي (١/٢٧) (فإن كانت العقوبات لله تعالى من جنس واحد تداخلت كما لو

تكرر منه الزنا وهو غير متزوج بحرمة واحدة، وكذا لو سرق أو شرب مراراً).

(٥) تحرير رقية عند الوجود وإلا فالاطعام والكسوة والصيام.

٢ - حقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة)

الحق الخاص هو الذي يحقق مصلحة خاصة مالية كانت أم غير مالية، والحق المالي كالحقوق العينية والحقوق الشخصية المالية (الديون)، والحق غير المالي كحقوق الأسرة غير المالية، مثل تمتع كل من الزوجين بالآخر وحقوق الحضانة وحق الطلاق وحق الرضاع، وإضافة إلى ذلك توجد حقوق خاصة متعلقة بالمال كحقوق الارتفاق^(١).

مميزات حق العبد المحض (الحق الخاص)^(٢)

- ١- فيجوز فيه العفو والصلح والإبراء والإسقاط.
 - ٢- يفوض أمر استيفائه إلى صاحب الحق، ولكن تنفيذه يكون عن طريق السلطة تجنباً عن الفوضى.
 - ٣- لا يجري فيه التداخل، فمن الحق الضرر بالغير عدة مرات متواليات أو غير متواليات يجب عليه دفع التعويض عن كل مرة.
 - ٤- جزاء الاعتداء على الحق الخاص أما التعويض أو التعزير أو القصاص.
 - ٥- ينتقل إلى الورثة في ضوء التفصيل الآتي:
- أ- الحقوق الخاصة المحضة غير المالية لا تنتقل إلى الورثة مطلقاً بإجماع الفقهاء كحق تمتع كل من الزوجين بالآخر وحق الولاية وحق الحضانة وحق الوظيفة.
- ب- الحقوق المالية المحضة الخاصة تنتقل إلى الورثة بالإجماع ما لم يتعلق بها حق الغير.
- ج- والحقوق الخاصة ذات الطبيعة الأزواجية بان يكون فيها الجانب المالي والجانب الشخصي تنقسم إلى الأقسام الثلاثة الآتية:
- القسم الأول: ما يكون الجانب المالي فيه هو الغالب على الجانب الشخصي، ولا خلاف بين الفقهاء^(٣) في انتقاله إلى الورثة كحق الرهن فهو من

(١) كحق المرور والمجرى، والمسبل والشرب.

(٢) لم أجد في المراجع الفقهية والقانونية تعريفاً سليماً للحق. وفي رأينا المتواضع (حق الإنسان في الشيء مركز شرعي - قانوني - يبيح له نفعه ويفرض على الغير احترامه).

(٣) خلافاً للظاهرية.

باب الاستيثاق والاستيفاء، لذا تكون الناحية المالية فيه هي الغالب على الجانب الشخصي الذي يتمثل في رضاء الراهن بالمرتهن والاطمئنان إلى أمانته وحسن قيامه على المرهون، ومثل حق الرهن فيما ذكرنا حق حبس المبيع إلى استلام الثمن، وحق خيار العيب، وحق خيار فوات الوصف المرغوب فيه ونحو ذلك.

القسم الثاني: ما يكون الجانب الشخصي هو الغالب على الجانب المسالي، ولذا اتفق الفقهاء على عدم انتقاله إلى الورثة كحق الانتفاع، فإذا مات الموصى له بمنفعة عين لا ينتقل الموصى به (حق الانتفاع) إلى ورثته ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كذلك حق الانتفاع بالعين المعارة والمؤجرة.

القسم الثالث: ما لا يظهر فيه مرجح لتغليب أحد الجانبين (المسالي والشخصي) على الجانب الآخر، لذا اختلف فيه الفقهاء: فمنهم من غلب الجانب المالي على الجانب الشخصي لما وصل إليه اجتهاده من مرجح فقال بانتقاله إلى الورثة، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك فقال بعدم انتقاله إلى الورثة مثل حق خيار الشرط وحق الشفعة.

٣- الحقوق المشتركة^(١)

الحق المشترك هو الذي يجمع بين المصلحتين العامة والخاصة في وقت واحد، ولذلك يلحق في الحكم والميزات بالحق العام إذا كانت المصلحة العامة فيه هي الغالبة، وبالحق الخاص إذا كانت المصلحة الخاصة هي الغالبة:

أ- ومن أمثلة النوع الأول (أي ما كان الحق العام فيه هو الغالب) كل مهنة أو حرفة أو وظيفة يحتاج إليها المجتمع كمهنة الطب والتعليم وكحرفة النجارة والخياطة أو الحدادة ونحوها، وكوظيفة القضاء والإفتاء ونحوهما، وهذا النوع من الحق المشترك يلحق في أحكامه وميزاته بالحقوق العامة، وللدولة اجبار

(١) في الألفية مع شرح طلعة الشمس للمسلمي الإياضي ٢/٢٤٠.

والحق قد يكون لله فقط	مثل العبادات وما بها ترتبط
ومستل مسال للمصالح العام	وقد يكون للعباد حسبكم
وقد يجيء النوعان فيه مثل ما	في القذف والقصاص مما أجراما

أي ينقسم المحكوم فيه إلى ثلاثة أنواع: لأنه أما أن يكون حقاً لله فقط كالعبادات أصولاً وفروعاً، وكالأموال الموقوفة للمصالح العام فإنها حق لله أيضاً أضيفت إليه تعالى لعظم خطرهما وعموم نفعها.

ذي المهنة أو الحرفة على ممارستها، وإجبار الشخص الذي تتوفر فيه أهلية القضاء والإفتاء أو التدريس على ممارسة اختصاصه إذا لم يوجد غيره. ب- ومن أمثلة النوع الثاني (الذي يكون الجانب الخاص فيه هو الغالب) حق القصاص، فعقوبة القتل العمد العدوان إذا توافرت أركانه وشروطه تكون القصاص، وهذا الحق مشترك بين الدولة التي تتولى استيفاء الحق العام، وبين ولي الدم (أو ورثة المقتول) فبالاعتبار الأول لا ينفذ القصاص إلا بعد تصديق رئيس الدولة، وبالاعتبار الثاني يجب اخذ رأي الورثة أو ولي الدم لتنفيذ العقوبة.

ففي القانون الجنائي الوضعي الحق العام هو الغالب في القصاص، لأنه من مظاهر سيادة الدولة. أما في الشريعة الإسلامية فالحق الخاص هو الغالب على أساس قاعدة: (الغنم بالغرم) لان المأساة التي تحل بعائلة وأسر المقتول نتيجة هذه الجريمة أكثر بكثير مما يحل بالشعب والمجتمع عن طريق فقد عضو من أعضائه، ولهذه الحكمة قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(١)، والسلطان هو اختيار القصاص أو العمدول عنه إلى الدية (التعويض المالي) أو التنازل عن كليهما.

ثالثاً. الحكوم فيه من حيث المشقة عزيمة و رخصة

كل حكم تكليفي لا يخلو من الكلفة والمشقة وإلا لما سمي حكماً تكليفاً، غير أن درجات هذه المشقة متفاوتة، لذا يكون تأثيرها على الحكم والطلب متفاوتاً كالآتي:

أ- إذا كانت المشقة فوق طاقة المكلف يسقط التكليف عنه ولا يسأل عين عدم إنجاز العمل المكلف به، بمقتضى قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢).

ب- وإذا كانت المشقة خاضعة لطاقة الإنسان، ولكن من شأنها أن تعرض حياة المكلف أو صحته للخطر، ففي هذه الحالة يتبدل الحكم من الصعوبة إلى السهولة بحيث لا يكون في تنفيذه أية خطورة على الصحة والحياة كالصيام يؤجل أدائه بالنسبة لمن له العذر كالسفر والمرض والإرضاع إلى حين زوال

(١) سورة الإسراء ٣٣.

(٢) سورة البقرة ٢٨٦.

العذر^(١)، أما إذا كان العذر غير قابل للزوال كالشيخوخة والمرضى المزمن فإن الحكم يسقط أداء وقضاء بالمثل، وبحل محله نوع آخر لا يؤدي إلى أية مشقة، كتبدل الصيام إلى الفدية بالنسبة لمن يكون عذره مستمراً، وقد مر تفصيل ذلك في بحث الاستحسان وفي موضوع القضاء بمثل معقول وبمثل غير معقول. ويسمى الحكم المخفف رخصة، لذا عرفت الرخصة بأنها تغيير الحكم من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي، والرخصة قد تكون واجبة كأكل الميتة لإنقاذ الحياة، وقد تكون مندوبة كالإفطار عند المشقة.

ج- المشقة التي تكون في حدود طاقة الإنسان ولا تؤثر على حياته وصحته لا يكون لها أي تأثير على الحكم المكلف به، ويبقى مطلوباً أداءه كما شرع وطلب من الشارع أداءه عملاً أو كفاً، ويسمى الحكم التكليفي في هذه الحالة عزيمة.

رابعاً من حيث قبوله للنياحة

ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول - ما لا يقبل النياحة مطلقاً :

فهو مطلوب من المكلف شخصه لكونه مشتملاً على مصلحة ترجع إليه ولا تحصل له إلا بالمباشرة بنفسه، من تطبيقات هذا القسم اليمين في حالة الخصومة أمام القضاء، يقول الرسول ﷺ : (الْبَيْئَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)^(٢)، فإذا لم يتمكن المدعي من تقديم البينة، فعلى المدعى عليه اليمين بنفسه، فلا يحق له أن ينيب غيره في ذلك، لأن الغاية من اليمين هي الدلالة على صدقه، وهذا ما لا يحصل بحلف غيره نياحة عنه، ومنها الصلاة والصيام، فلا

(١) الترخيص لغة: التسهيل والتيسير. وفي عرف الشرع: ما شرع من الأحكام لعذر مع بقاء دليل الإيجاب والتحریم لولا ذلك العذر. والرخصة لا تعني تغيير الحكم بالنسبة للشارع لأن متعلق الحكم له حكمان غالباً أحدهما للظروف الاعتيادية والثاني لغير الاعتيادية.

والتخفيف على خمسة أوجه: ١- بإسقاط المفروض كإسقاط الصلاة عن الحائض والمجنون.

٢- بالتقيص كالقصر في السفر.

٣- بالبديل كالتييم بدل الغسل

٤- بالتقديم والتأخير كصلاة المسافر الرباعية ٥- بإباحة المحرم كأكل الميتة للمضطر.

(٢) عن ابن عباس ؓ أن النبي ﷺ قال (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)، متفق عليه، والبيهقي من حديث ابن عباس بإسناد صحيح: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، سبل السلام ١٧٤/٤، تقدم تخريجه.

يجوز النيابة فيهما لأن المصلحة المتوخاة من تشريعهما إجلال الله وتقوية الصلة به، وبالتالي تهذيب النفس وتقويم السلوك، أو التجنب عن الفحشاء والمنكر، كما قال تعالى ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ أَنْ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢)، فإكتساب المنفعة ضد الإضرار بسبب الصلاة والاتصاف بالتقوى عن طريق الصيام لا يحصلان للإنسان عن طريق النيابة في أدائه، ويقابل هذا في القانون أداء الخدمة الإلزامية العسكرية.

القسم الثاني - ما يقبل النيابة مطلقاً :

وهو الذي يكون مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، وحصول هذه المصلحة لا يتوقف على مباشرة المكلف بنفسه ما دامت الغاية حصول أصل الفعل وأداؤه أياً كان المؤدي. ومن تطبيقات هذا القسم وجوب رد المال المغصوب للمغصوب منه، والمال المسروق للمسروق منه، والمال المعار للمعير، والعين المؤجرة للمؤجر بعد انتهاء مدة الإعارة والإجارة، ومنها قضاء الديون للدائنين، وتفريق الزكاة على المستحقين، ويقابل هذه الحالات في القانون تسديد أجور الماء والكهرباء والهاتف ودفع الضرائب ونحو ذلك. فالمصلحة في هذه التطبيقات الشرعية والقانونية هي إيصال الحقوق إلى أهلها، سواء أكان عن طريق المكلف والمدين أم عن طريق من يتوب عنه نيابة شرعية أو قضائية أو اتفاقية.

القسم الثالث - ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها بالنسبة للفعل والفاعل :

فهو متردد بينهما، لذا اختلف فيه الفقهاء كالحج، فإنه عبادة معها إنفاق مال، فقال البعض^(٣): (المصلحة من تشريع الحج تأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله في الديار المقدسة وإظهار الأنقياد له)، وهذا أمر مطلوب من كل شخص له الاستطاعة المالية والبدنية والعقلية، فلا يقبل النيابة عنه إذا وجب عليه الحج، ثم

(١) سورة العنكبوت ٤٥.

(٢) سورة البقرة ١٨٣.

(٣) كالإمام مالك (رحمه الله). انظر بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي على الشرح الصغير للردبر ١٦٩/٢.

حل به عذر يمنعه من أدائه. وقال البعض الآخر^(١): (المصلحة الرئيسية من تشريع الحج هي عبارة عن الإنفاق بالمال في سبيل الله عن طريق الحج، فإذا كان الشخص معذوراً لا يستطيع الذهاب إلى الحج بنفسه أو مات بعد أن وجب عليه الحج، يجوز أداء الحج عنه نيابة).

التصرف عن الغير من حيث سببه سبعة أقسام

- ١- التصرف بالولاية المحضة وهو ثابت للأب والجد والحاكم (القاضي).
- ٢- التصرف بالنيابة المحضة بإرادة الأصيل كما في الوكالة أو بإرادة الشارع كتصرف القاضي في مال الغائب إذا خيف عليه.
- ٣- التصرف بنيابة مشوبة بالولاية أو ولاية مشوبة بالنيابة، كتصرف الوصي لصالح من تحت وصايته فهو من حيث أنه يتصرف بالتفويض يكون تصرفه بالنيابة ومن حيث أنه يتصرف في حق من لا يلي التصرف من نفسه يكون بالولاية.
- ٤- التصرف عن الغير بالضرورة كاللتصرف في اللقطة بعد التعريف واليأس من الحصول على صاحبها.
- ٥- التصرف الخارج عن حدود الإذن، كتجاوز الوكيل حدود وكالته في التصرف في ما وكل فيه فهو موقوف على إجازة الموكل في حدود المتجاوز فيه.
- ٦- التصرف لمصلحة الغير بمال المتصرف كالإنفاق على زوجة المفقود وأولاده، وكوفاء دين الغير بدون إذنه، وكإعادة البناء على نفقته الخاصة بدون الإذن، ففي هذه الصور وإمثالها يرى أكثر فقهاء الشريعة أن المتصرف بعد متبرعاً ومتطوعاً، فليس له الرجوع على هذا الغير بما أنفقه أو بأجرة ما قام به من العمل ما لم يخبر القاضي بذلك مسبقاً أو يقوم بالإشهاد قبل البدء بالتصرف على أنه ينوي الرجوع ولا يريد التبرع

(١) وهو رأي أكثر الفقهاء. في المغني لابن قدامة ٢٣٣/٣ (لايجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة، والمرأة عن الرجل والمرأة في الحج في قول عام أهل العلم، ولا يجوز الحج والعمرة عن حي إلا بإذنه فرضاً كان أو تطوعاً، لأنه عبادة تدخلها النيابة، فلم تجز عن بالغ عاقل إلا بإذنه كالزكاة، وأما الميت فيجوز عنه بغير إذنه وأجبا كان أو تطوعاً لأن النبي ﷺ أمر بالحج عن الميت).

والتطوع. لكن أرى أن قوله تعالى ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾^(١) نص صريح في حق الرجوع إذا أراد ذلك.

٧- التصرف في مال الغير لمصلحة هذا الغير بدون إذنه وهو ما يسمى تصرف الفضولي، كمن باع مال غيره أو اشتري له مالا بدون الاذن، فعند جمهور الفقهاء التصرف باطل، وعند الحنفية والمالكية موقوف على إجازة صاحب المال، فإن أجازته صح بأثر رجعي وإلا بطل بأثر رجعي، وبه أخذت التشريعات المتأثرة بهذين المذهبين.

فالقانون المدني العراقي القائم (م ١٣٥) على أنه: (١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل أن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف. وإذا كان العاقد قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد آذاه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المفقود عليها لمن تعاقده معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر). هذا بناء على أن التضمين تمليك فلا يجوز تمليك شيء واحد في وقت واحد لشخصين كل على انفراده.

والقانون المدني الأردني القائم (م ١٧١) على أنه: (يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره).

واليميني (م ١٧٢) على أنه: (تصرف عن غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن ما لم ينص القانون صراحة على بطلان تلك التصرفات).

(١) سورة الرحمن ٦٠.

المبحث الثالث

المحكوم عليه

المحكوم عليه في الحكم الوضعي هو وصف حكم عليه بالسببية أو الشرطية أو المانعية^(١) سواء أكان هذا الوصف من فعل الإنسان الإرادي واللاإرادي أم كان واقعة مادية أو معنوية، فالمحكوم عليه في هذه الحالة لا يشترط فيه البلوغ ولا العقل ولا القدرة ولا العلم كما سبق بيان ذلك في أنواع الحكم الوضعي. أما المحكوم عليه في الحكم التكليفي فهو الإنسان الذي يجب أن تتوافر فيه شروط خمسة: (البلوغ والعقل والعلم بالمكلف به والقدرة على إنجازه فعلاً^(٢)) أو امتناعاً والاختيار)، وبناء على ذلك فإن الموضوع بالنسبة للحكم التكليفي يتطلب دراسة الأدوار التي يمر بها الإنسان من كونه جنيناً إلى سن الرشد، وحكم كل دور منها، والأهلية التي يتمتع بها الإنسان في هذه الأدوار المختلفة قوة ودراسة وإدراكاً ووعياً، ثم دراسة العوارض التي قد تواجه الإنسان بعد بلوغه وتحول دون صحة أو نفاذ أو مجال تصرفاته.

أدوار حياة الإنسان

قسم فقهاء الشريعة أدوار حياة الإنسان من حيث الأهلية إلى أربعة:

الدور الأول - دور ما قبل الولادة: فالإنسان حين يتكون جنيناً في بطن أمه يفترض له حياة تسمى (الحياة التقديرية)، وله شخصية شرعية - قانونية - غير مستقرة وغير ثابتة وتستقر بعد ولادته حياً، والدليل على وجود هذه الشخصية الناقصة جواز الوصية والوقف والهبة له والاحتفاظ بنصيبه من تركة

(١) في مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٧/٢ (خطاب الوضع كالحكم على الوصف بالسببية الوقتية كالزوال والمعنوية كالاسكار والملك والضمان والعبوبات، وبالمانعية للحكم لحكمة تقتضي نقيض الحكم كالابوة في القصاص، وبالسبب لحكمة تخل بحكمة السبب كالسدين فسي الزكاة).

(٢) في الالفة، المرجع السابق ٢٤٥/٢ (ويجب الحكم على المكلف بعد حصول صفة التكليف، وهي التي تعرف بالأهلية عندهم، وهي كمال القدرة في عقله وهي كمال قوته وجسمه وهي تمام صحته، لكن في قوة عقله خفاً وبالبلوغ حالة قد كشفت) أي يجب الحكم الشرعي على المكلف وهو من وجدت فيه صفة التكليف وهي كمال قوته في بدنه وعقله، فأما كمال قوته في عقله فهو بلوغ العقل مبلغ العقول الكاملة، فالأهلية عند الأصوليين كمال العقل والبدن.

من مات وكان الجنين أحد ورثته، ولكن رغم ذلك لا يعتبر مالكا حقيقياً للموصى به، ولغلة الوقف وللمال الموهوب وللنصيب الذي حبس لأجله من التركة إلا بعد أن يولد حياً وعندئذ يعتبر مالكا لتلك الحقوق بالأثر الرجعي. ولقد أقر الشارع والقانون للجنين قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة، وهي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، ووجه^(١) نقصانية هذه الصلاحية هو أن شخصيته الشرعية -أو القانونية- ناقصة قبل أن يولد حياً.

ومن الجدير بالذكر أن القانون لا يعترف بالشخصية القانونية للجنين مطلقاً قبل ولادته حياً، وهذا يتعارض مع القول بجواز الوصية أو الهبة له، لأنهما باطلتان إذا كان الموصى له أو الموهوب له عديم الشخصية.

الدور الثاني - دور الصبا : يبدأ هذا الدور بالولادة وينتهي بالبلوغ إلى سن التمييز (أي إكمال السنة السابعة من العمر)^(٢) وللإنسان في هذا الدور أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه بعض الالتزامات. غير أن هذه الالتزامات ليست من باب الأحكام التكاليفية، وإنما هي من خطاب الوضع (ربط المسببات بأسبابها)، وعلى سبيل المثل القاصر الذي

(١) في الألفية، المرجع السابق ٢/٤٥٠

يعطى له هناك بعض حكمه	فالطفل مادام بيطسن أمه
وارثه وما عليه يجب	فيعطى ما أوصى له والنسب
صار عليه ماله كان أمل	حتى إذا من بطنها قد انفصل
و ماله اضطر من الأقوات	كفطرة الأبدان والزكاة
من ماله ذلك و الولي	وهكذا فيخرج الوصي
والبيع والنكاح منهما يقبل	ويثبت المالك له عقد الولي
يبليغ شيء من عبادات البدن	وما عليه أبداً من تسبل أن
أشسبها من واجب قد لزم	كالصوم والصلاة والحج وما
أيضا فلا يشرك أن أهمله	والاعتقاد غير لازم له
لما له و ما عليه فعلاً	وبعد أن يبلغ صار أهلاً

وفي شرح فتح القدير ١٠/٢٩٩ (الجنين مادام مجتناً في البطن ليس له ذمة مالية لكونه في حكم جزء من الأدمي، لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكسون أهلاً لوجوب الحق له من ارث ونسب أو وصية، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه.

(٢) اختلفت التشريعات الوضعية في سن التمييز في قانون رعاية الأحداث العراقي القائم (م٤٧) إكمال التاسعة من العمر بالنسبة للقضايا الجنائية.

يملك نصاباً من الأموال التي يجب فيها الزكاة كسالنقود والحبوب والأغنام والأبقار يجب على وليه عند أكثر الفقهاء إخراج الزكاة من ماله وتوزيعها على المستحقين، وإذا ائلف القاصر مال الغير يجب التعويض من ماله، وإذا لم يكن له المال فينتظر إلى الميسرة، وإذا كان له زوجة تجب نفقتها عليه عند من يرى وجوب النفقة بمجرد عقد الزواج، ومن الواضح أن الزواج بين الصغير والصغيرة جائز عند جمهور الفقهاء، وبموجب القانون الوضعي تجب الضرائب في أموال القاصرين إذا كان المال خاضعاً لقانون الضريبة، ومن السدي أن التزامات القاصر تقتصر على الجانب المالي، أما في القضايا الجنائية والعبادات فلا تتوجه إليه أية مسؤولية قبل بلوغه سن التمييز.

الدور الثالث - دور التمييز^(١) : وهو يبدأ بإكمال السنة السابعة من العمر وينتهي بالبلوغ، ما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه، وله في هذه المرحلة أهلية الأداء الناقصة في الصلاحية لممارسة بعض الحقوق، فله قبول كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض لأن التبرع بالنسبة للمتبرع له من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، فهي صحيحة مطلقاً أجازها الولي أو لم يجزها، أما بالنسبة للمتبرع يكون التبرع من التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي لا تجوز من ناقص الأهلية أجازها الولي أم لم يجزها.

ويستثنى من قاعدة عدم صحة تبرعات ناقص الأهلية الوصية، فإنها تصح لسببين: أحدهما عدم انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له قبل وفاة الموصي، وثانيهما حاجة ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية إلى الثواب والأجر من الله.

(١) في مسلم الثبوت للعلامة البهاري ١٠٩/١ وما بعدها (الأهلية كاملة بكمال العقل والبدن فيلزم وجوب الأداء، وقاصرة بقصور أحدهما كالصبي العاقل والمعتوه البالغ والثابت معها صحة الأداء والتفصيل في الصبي، أن ما يكون مع القاصرة أما حق الله وهو ثلاثة حسن محض وقبيح محض وبين بين، وأما حق العبد وهو أيضاً ثلاثة نافع محض وضار محض ودائر بينهما، والأول كالإيمان لا يسقط حسنه وفيه نفع محض لأنه مناط سعادة الدارين فيصح منه، والحجر من الشارع لم يوجد ولا يلحق به، وضرر حرمان الميراث وفرقة النكاح لكفر القريب - بالنسبة للميراث - والزوجة ولو سلم فهو بالتبع، وكم من شيء ثبت تبعاً لا قصداً كقبول هبة القريب من الصبي مع ترتب العتق والثاني كالكفر والقياس انه لا يقع لأنه ضرر محض، والثالث كالصلاة). راجع هذا المرجع لمزيد التفصيل.

وله ممارسة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وغيرهما من المعاوزات التي فيها نفع مشوب باحتمال الضرر، فهي تتعقد موقوفة على إجازة الولي، فبانضمام رأي الولي يندفع الاحتمال^(١).

وعبادات ناقص الأهلية صحيحة يتاب عليها، بل يجب على ولي امره أن يأمره بها حتى يتعود عليها. وكذلك يحاسب على جنائياته حساباً يسيراً، فتتخذ بحقه الاجراءات الوقائية والاصلاحية، ولا يعامل في العقاب والاصلاح معاملة كامل الأهلية.

الدور الرابع دور البلوغ: فإذا بلغ الإنسان عقلاً غير مصاب بعوارض من عوارض الأهلية يعتبر ذا أهلية كاملة له ممارسة كافة حقوقه، وتنتهي الولاية عليه، وتجب عليه العبادة ويسأل عن الجنائيات.

لكن الفقهاء اختلفوا في التحديد الزمني لبداية هذه المرحلة الاخيرة، فقسال جمهورهم: (يعتبر كامل الأهلية إذا اكمل الخامسة عشرة من العمر)، ومع ذلك يمكن أن يبلغ قبل هذه المدة بسبب اختلاف التكوين الشخصي والمكان والزمان الذي يعيش وينشأ فيهما.

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وبعض المالكية: (أن رشد الإنسان يتحقق بأكمال الثامنة عشرة من العمر)، وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي في المادة (١٠٦) ، واكثر التشريعات العربية.

(١) وإذا كان هناك اذن سابق تكون تصرفاته نافذة لازمة في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به، كالمعدي العراقي (م ٩٨) (الولي بتزخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له. ويكون الاذن مطلقاً ومقيداً. وإذا توفي الولي الذي اذن للصغير في التصرفات الداخلة أو انعزل من ولايته لا يبطل اذنه)، وم ٩٩ (الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد). وم (١٠٠) (الولي أن يحجر الصغير المأذون ويبطل الاذن ولكن يجب أن يحجره على الوجه الذي اذن به). وم (١٠١) : (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الاذن أن تعيد الحجر على الصغير). قارن المدني اليمني (رقم ١٩) لسنة ١٩٩٢م ٦١-٦٣.

عوارض الأهلية

بعد بلوغ الإنسان أو بعد دخول سن الرشد^(١) قد تظهر عوارض وهي لا تؤثر لها مطلقاً على أهلية الوجوب بنوعيتها (الناقصة والكاملة) لأنها صلاحية لا تتأثر بالعوارض، بل يقتصر تأثيرها على أهلية الأداء بنوعيهما (الناقصة والكاملة) فهي قد تعدم أهلية الأداء، وقد تجعلها ناقصة، وقد يقتصر تأثيرها على تحديد تصرفات الإنسان. وفي ضوء ذلك يمكن تلخيص هذه العوارض^(٢) وحصرها في ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يعدم أهلية الأداء ويجعل المصاب بهذا العارض عديم الأهلية كالجنون وما في حكمه، وعندئذ يعتبر بمثابة الصبي غير المميز فيما لسه وفيما عليه.

النوع الثاني: ما ينقص أهلية الأداء الكاملة، ويجعل كامل الأهلية بمنزلة الصبي المميز فيما له وفيما عليه، كالسفه بعد الحجر^(٣) عند جمهور فقهاء

(١) وقد تحدثت هذه العوارض قبل البلوغ، وقد نلد مع ولادة الشخص المصاب بالعوارض كالجنون والمعتوه.

(٢) هذه العوارض كثيرة وقد نظمها السالمي في الفيته، ص ٢٤٧ فقال:

وتستعزى أهلية الأداء	عوارض جاءت من السماء
وهي الجنون عتسه وصغر	رق ونسيان ونوم يخسطن
والحيض والنفاس موت مريض	وهكذا الاغماء حسين يعرض
وسفه وسفر مع هزل	وبعضها مكتسب كالجهل
والسكر والخطأ والجبر وقد	أتى لكل واحد حكم يعد

(٣) الحجر أربعة أقسام: أحدها يثبت وينفك بدون حاكم وهو حجر المجنون والمغمسي عليه، والثاني لا يثبت ولا يرتفع إلا بحاكم وهو حجر السفه، والثالث لا يثبت إلا بحاكم وانفكاكه بدونه رأبان وهو حجر المفلس، والرابع يثبت بدونه وفي انفكاكه رأبان وهو حجر الصبي إذا بلغ رشيداً، والراجح أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم، وكل حجر يثبت بدون حاكم يسمى الشخص محجوراً عليه لذاته.

الشريعة. ولكن يرى أبو حنيفة (رحمه الله) وفقهاء الظاهرية عدم تأثير السفه على أهلية الأداء، فقال أبو حنيفة (رحمه الله) : (لا يجوز وضع الحجر على الإنسان بحجة السفه، لأن حماية كرامة الإنسان أهم من حماية ماله). وقال الظاهرية: (السفيه هو الذي لا يؤمن بالله وبشرائعه ورسوله فلا يوجد السفيه من بين المؤمنين حتى يوضع الحجر عليه).

النوع الثالث: عوارض لا تؤثر لها على أهلية الأداء لا من حيث الإسقاط ولا من حيث التنقيص، ولكن يحدد هذا النوع من تصرفات الإنسان كمرض الموت، فإن المريض مرض الموت يعتبر كامل الأهلية ما دام متمتعاً بالإدراك والوعي الكاملين، لكن تبرعاته فيما تزيد عن ثلث التركة موقوفة على إجازة وراثته بعد وفاته شريطة أن يكون المحيز أهلاً للتبرع وعالمًا بمقدار الزيادة.



القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام



القسم الثالث

دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام

- النصوص الشرعية - أو القانونية - من حيث سريانها على المسائل وتناولها للأحكام لها الحيثيات الآتية:
- أ- من حيث وضعها للمعاني (أو الأحكام) تتميز إما بالعمومية أو الخصوصية أو الاشتراك ومن حيث الاستعمال فيما وضعت لسه توصف بالحقيقة أو المجاز^(١).
- ب- ومن حيث تناولها للأحكام يكون تناولها منطوقاً أو مفهوماً^(٢).
- ج- ومن حيث الجلاء والخفاء تكون الدلالة على الأحكام أما قطعية أو ظنية أو غامضة^(٣).
- ونخصص لكل شق من هذه الشقوقات الثلاثة فصلاً مستقلاً لزيادة الإيضاح والفائدة.

(١) في وجه الحصر يقول ابن نجيم، مشكاة الأنوار في أصول المنار ١٢/١ (إن دل على معنى واحد فأما على الانفراد وهو الخاص، أو على الاشتراك وهو العام، وإن دل على معان متعددة فإن ترجح البعض فهو المؤول وإلا فالمشترك)، وقد اسقط المحققون المسؤول من درجة الاعتبار لأنه ولو كان من المشترك ليس باعتبار الوضع بل عن رفع إجمال بظني فهي ثلاثة، ثم إن اللفظ إن استعمل في المعنى الموضوع له فهو حقيقة وإن استعمل في غيره لصلته مع قرينه مانعة عن إرادة الموضوع له فمجاز.

(٢) لأن الحكم (أو المعنى) إن دل على اللفظ في محل النطق فمنطوق وإلا فمفهوم، غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري الشافعي، ص ٣٦-٣٧. أي إن الحكم إن اخذ مما ينطق به من الألفاظ فهو منطوق، وإن اخذ من روح النص ومن مغزاه والغاية التي شرع لأجلها أو من ما هو يعتبر في الحكم فمفهوم.

وقد قسم الحنفية ومن حدا حنوهم الدلالة بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام: (عبارة وإشارة ودلالة اقتضاء ودلالة)، وجه الضبط لأنها أما ثابتة بنفس معنى اللفظ أو لا، والأولى أما مقصودة بالذات وهي العبارة أو لا وهي الإشارة، والثانية إن فهم مدلولها لغة فهي دلالة وإلا فإن توقف عليه صدق اللفظ أو صحته فهو الاقتضاء، تبسیر التحرير ٨٦/١. وقد اخترت طريقة التقسيم إلى المنطوق والمفهوم لأنها أوضح وأدق وأشمل كما يأتي بيان ذلك في محله.

(٣) وجه الحصر أن الدال على المعنى - أو الحكم - بوضوح إن لم يحتمل غيره تكون دلالاته قطعية وإلا فظنية، وغير الواضح تكون دلالاته غامضة مادام المعنى - أو الحكم - المراد خفياً في نظر من بهمه الأمر.

الفصل الأول النصوص باعتبار المعاني وضعاً واستعمالاً

اللفظ إن وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد بحيث إذا أطلق شمل أفراده على سبيل التناوب يسمى خاصاً، وإذا كان الشمول على سبيل الاستغراق دفعة واحدة يسمى عاماً، وبناءً على ذلك يمكن اعتبار كل من الخاص والعام خاصاً من حيث الوضع لمعنى واحد ومشاركاً معنوياً لما يندرج تحت هذا المعنى من الأفراد والأحاد، ولا تعارض بين كون الشيء الواحد خاصاً باعتبار لفظه ومشاركاً باعتبار معناه فالخصوص يكون من صفات اللفظ والعموم يكون من صفات المعنى، ولعل هذا كان سبباً لإهمال علماء الأصول بيان المشترك المعنوي بصورة مستقلة واقتصرُوا على موضوع الاشتراك اللفظي.

وإن وضع لمعنى واحد على سبيل الاشتراك بين جميع أفرادهِ يسمى عاماً، وإن وضع لأكثر من معنى واحد يسمى مشتركاً لفظياً لأنه مشترك بين جميع معانيه دون أية خصوصية لواحد منها، وإن استعمل فيما وضع له حقيقة، وإن استعمل في غيره لعلاقة بينهما مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له فمجاز.

ولأهمية هذه المصطلحات الأصولية في تطبيق النصوص واستنباط الأحكام نفرد دراسة كل واحد منها بمبحث مستقل.

المبحث الأول الخاص تعريفه، حكمه، أنواعه

تعريفه

الخاص كما ذكرنا آنفاً هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الانفراد أو لعدد محصور^(١)، وهو إما واحد بالشخص أو واحد بالصنف أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس.

(١) في أصول البيهقي مع الكشف ٣٠/١ (أما الخاص فكل لفظ وضع لمعنى واحد على انفراد وانقطاع المشاركة، وكل اسم وضع لمسمى معلوم على الانفراد).

أ- الواحد بالشخص

وهو اللفظ الموضوع^(١) لمعنى مشخص ولا يشمل غيره، كما في أسماء الأعلام وأسماء الإشارة. فلو قال الولي لرجل (زوجتك بنتي فاطمة)، يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم نون سائر بناته. ولو قال (بعثك هذه السيارة) مشيراً إليها أمام المشتري ينعقد العقد عليها، ولا يجوز تسليم سيارة أخرى بدلا عنها إلا باتفاق الطرفين، لأنها خصصت بالإشارة.

ب- الواحد بالصنف

فلو قال شخص لآخر (بعثك طناً من الأرز العنبر)، يكون محل العقد مخصصاً بصنف معين من الأرز، فلا يجوز تسليم صنف آخر بدلا عنه إلا باتفاق الطرفين، وإذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف. وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الحنطة أو التمر أو غيرهما من أصناف المحصولات الزراعية.

ج- الواحد بالنوع

فلو قال الموصي (أوصيت لفلان بأغنامي أو أبقاري أو غيرهما من أي نوع من أنواع الحيوان)، يكون ما يملكه حين وفاته من الأغنام للموصي له إن لم ترد قيمتها عن ثلث التركة، وتكون الزيادة موقوفة على إجازة الورثة، ولا يجوز لمن ينفذ وصيته بعد الوفاة أن يسلم إلى الموصي له غير الغنم مثلاً، لأن الموصي خصص الموصى به وحدده بالنوع.

د- الواحد بالجنس

فهو جنس جميع الأنواع المندرجة تحته، كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريعات العراقية كل تصرف ينصب على العقار باستثناء الوصية يكون باطلاً ما لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري^(٢)، فلفظ عقار جنس خاص وضع لكل ما لا يمكن نقله^(٣) إلا بتغيير وضعه القائم كالأرض والأشجار قبل قلعها. فإذا باع

(١) الوضع: جعل اللفظ دليلاً على المعنى، ولا يشترط مناسبة اللفظ للمعنى الذي وضع له.

(٢) في م ٥٠٨ المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). وفي م ٢/٣ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

(٣) أي بطريقة اعتيادية وإلا فالتكنولوجيا الحديثة هدم هذا المعيار.

شخص عقاراً (داراً أو بستاناً) ثم حصل الخلاف فيما يدخل في البيع، وما لا يدخل، على القاضي الرجوع إلى المعنى القانوني للفظ العقار، فإن لم يوجد يعمل بالمعنى العرفي في بلده.

حكمه :

اللفظ الخاص من حيث انه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالاته عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه إلى التفسير الاجتهادي، لان هذا التفسير عادة يكون لنص يحتمل أكثر من معنى واحد.

والمراد بالنص في القاعدة العامة (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص)^(١) هو النص الخاص، أما النص العام أو المشترك فيجوز فيه الاجتهاد، فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه والمشارك أيضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشتراك.

ومن الأمثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم «مِائَةَ جَلْدَةٍ» في قوله تعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ»^(٢)، فلا يجوز للقاضي تبديل أو تعديل هذه العقوبة، لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها دلالة قطعية، وكذلك من الخاص الفساط (النصف، والرابع، والسادس، والثالث) في قوله تعالى «وَلَكُمْ نَصْفُ مَا تَرَكَ أَوْوَالِكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيْنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَكُلُّهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ»^(٣)، ومن الخاص في النصوص القانونية عبارة (ثلاث سنوات) في (م ١٤٦) من قانون العقوبات^(٤) التي نصها: (تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم)، فهي تدل دلالة قطعية على جواز اصدار الحكم بإلغاء إيقاف التنفيذ إذا ظهرت حالة من الحالات الواردة في (م ١٤٧) خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الحكم، كما تدل دلالة قطعية

(١) المجلة م ١٤٦. والمدني العراقي م ٢.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النساء ١٢.

(٤) العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

على عدم هذا الجواز إذا ظهرت إحدى الحالات المذكورة بعد انتهاء هذه المدة. ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع أن قطعياً دلالة الخاص على الحكم (أو المعنى) إنما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً، أما باعتبار استعماله فإنه قد يجوز أن يستعمل مجازاً في معنى آخر لعلاقة بين المعنيين مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له. وعلى سبيل المثل لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصلبي، ويجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينة، كما إذا أوصى شخص ببعض من ماله لأبناء شخص آخر لم يكن له الأبناء ولكن له أحفاد، فإن الوصية تنصرف إليهم لأن القاعدة العامة تقضي بأنه: (إذا تعدت الحقيقة يصار إلى المجاز)^(١)، وهذا مالا يتعارض مع قطعياً دلالة الخاص باعتبار وضعه^(٢).

أنواع الخاص

للخاص من حيث صيغته وتعاينه بالإرادة الظاهرة في النصصوص وفي العقود وغيرها أنواع كثيرة، أهمها: الأمر والنهي والمطلق والمقيد^(٣)؛ لأن الحكم المخصوص أما أن يكون مدلولاً عليه بصيغة الأمر أو النهي أو بصيغة مطلقة أو مقيدة، لذا من المفيد توزيع دراسته بهذا الاعتبار على ثلاثة مطالب، الأول في الأمر والثاني في النهي والثالث في المطلق والمقيد.

المطلب الأول: الأمر

عرف الأصوليون الأمر بتعريفات متعددة وتعايير مختلفة كلها^(٤) تدور

(١) المجلة، م ٦١.

(٢) في أصول البردوي مع كشف الأسرار ٧٩/١ (اللفظ الخاص يتناول المخصوص قطعاً ويقبأ لما أريد به الحكم. ولا يخلو الخاص من هذا في أصل الوضع، وإن احتمل التغير على أصل وضعه - أي بطريق المجاز -، ولكن لا يحتمل التصرف فيه بطريق البيان لكونه بينا لما وضع له). وعلق عليه صاحب الكشف قائلاً (وفيه إشارة إلى أن دلالة الخاص على المخصوص باعتبار أصل الوضع، والوضع مقدم على الاستعمال وإن احتمل التغير، أي يقبل أن يراد به غير موضوعه مجازاً إذا قام الدليل، بأن يكون هناك قرينة مانعة من إرادة الموضوع له).

(٣) وجه الحصر: إن صيغة الخاص أما طلبية وإنشائية لفظاً ومعنى، أو خبرية لفظاً وطلبية وإنشائية معنى، فعلى الأول إن كان طلب الفعل فأمراً، وإن كان طلب التترك فنهي. وفي الصورة الثانية، المطلوب إذا كان ماهية غير محددة بنوع أو صنف أو فرد مما يندرج تحتها يكون الدال عليه مطلقاً، وإن كانت الماهية محددة بواحد منها يكون مقيداً.

(٤) ومنها ما في كشف الأسرار ١٠١/١ من أنه (اللفظ الدال على طلب الفعل بطريق الاستعلاء، واحترق بلفظ الاستعلاء عن اللتماس والدعاء، وهذا أقرب إلى الصواب). وقال أسام الحرمين، البرهان ٢٠٣/١ (الأمر هو القول المقضي طاعة المأمور بفعل المأمور به). وفي المسودة لابن تيمية، ص ٥ (وإذا وردت صيغة أفعال من الأعلى إلى من دونه متجردة عن

حول نقطة جوهرية واحدة وهي أن الأمر: (طلب أداء من فعل^(١))، أو امتناع^(٢) على وجه الحتم والإلزام ما لم يقد دليل على خلاف ذلك).
وعلى هذا الأساس الأصل أن يكون الحكم المدلول عليه لأمر الشارح -أو المشرع- هو الإيجاب وأثره الوجوب والأداء المطلوب به هو الواجب، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك^(٣) لأن الأمر نوع من أنواع الخاص ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية، ولكن قد يستعمل الأمر لمعان أخرى عند وجود القرائن. وقد ورد الأمر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معان أخرى كثيرة^(٤).

القرائن فهي الأمر). وفيها أيضا، ص ٤ (الأمر لابد أن يكون أعلى مرتبة من المأمور من حيث هو أمر وإلا كان سؤالا وتضرعا ويسمى أمرا مجازا، هذا قول أصحابنا والجمهور).
(١) كإقامة الصلاة وأداء الزكاة في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾، سورة البقرة ٤٣. وكالتعاون على البر والتقوى في قوله تعالى ﴿تَوَاعَوْا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾، سورة المائدة ٢. وكالاتفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿وَاتَّفَقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾، سورة البقرة ١٩٥.
(٢) كالامتناع عن عقد البيع وكل معاملة أخرى من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ سورة الجمعة ٩. وكالتجنب عن عبادة الأصنام والقول الزور في قوله تعالى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾، سورة الحج ٢٠. والقاعدة العامة: (كل ترك فعل إذا قصد).
(٣) في البرهان المرجع السابق ٢١٦/١ (ولما جميع الفقهاء فالمشهور من مذهب الجمهور منسجم أن الصيغة التي فيها الكلام للإيجاب إذا تجردت من القرائن)، وفي المسودة لابن تيمية (الأصل في الأمر الوجوب نص عليه في مواضع، وبه قال عامة المالكية وجمهور الفقهاء). وفي شرح معالم الدين، أصول الفقه الجعفري (إن صيغة الأمر مثل افعل وما في معناه من صيغة الأمر حقيقة في الوجوب فقط بحسب اللغة والعرب على الأقوى وفقا لجمهور الأصوليين). وفي الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٢٨٧/١ (فما ورد في الأوامر والنواهي على الصنفين المذكورين فهو فرض إبداء، ما لم يرد نص أو إجماع على أنه منسوخ أو أنه مخصوص أو أنه مندوب أو أنه بعض الوجوه الخارجية عن الإلزام).
(٤) ومن هذه المعاني ما يلي:

- الندب كما في قوله تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ سورة النور ٢٣.
- الإباحة كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ سورة المائدة.
- الإرشاد كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَابَيْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِمْ فَسَاجِدُوا﴾ سورة البقرة ٢٨٢. وقال الظاهرية الأمر في هذه الآية للوجوب.
- التهديد كما في قوله تعالى ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ سورة فصلت ٤٠.
- الامتنان كما في قوله تعالى ﴿وَأَكْلُوا مِنْ ثَمَرِهِمْ لَعَلَّكُمْ يَشْكُرُونَ﴾، سورة المائدة ٨٨.
- الإكرام كما في قوله تعالى ﴿ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾، سورة النحل ٣٢.
- التكوين كما في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ سورة النحل ٤٩.
- التعجيز كما في قوله تعالى ﴿فَاتُوا بِسُورَةٍ مِنْ مِثْلِهِ﴾، سورة البقرة ٢٣.
- الدعاء كما في قوله تعالى ﴿رَبَّنَا اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدِي وَلِلْمُؤْمِنِينَ يَوْمَ يَقُومُ الْحِسَابُ﴾، سورة إبراهيم ٤١.

صيغ الأمر

إن صيغ الأوامر والنواهي لم تأت على نمط واحد، بل اتبع القرآن الكريم، وكذلك الحديث الشريف أساليب بلاغية رائعة مختلفة وتفنن في صياغة النصوص الأمرة وفيما يلي ألوان منها:

- ١- صيغة الأمر المعروفة بـ(افعل) في علمي الصرف والنحو مثل «أوفوا» في قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١). «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»^(٢)، و«كُونُوا» في قوله تعالى «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»^(٣)، و«وتعاونوا» في قوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^(٤).
- ٢- صيغة الفعل المضارع المصدرية بلام الأمر مثل «فَلْيَصُمْهُ» في قوله تعالى «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»^(٥)، و«وَلْيَكْتُبْ» في قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ»^(٦)، و«الْيُنْفِقْ» في قوله تعالى «الْيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ»^(٧).
- ٣- الجملة الخبرية المستعملة لمعنى الجملة الطلبية في «يُرْضِعْنَ» في قوله تعالى «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ»^(٨).

الإعبار. كما في قوله تعالى «انظروا إلى ثمره إذا اثمر»، سورة الأنعام ٩٩.
 الإنذار كما في قوله تعالى «قل نمتع بغيرك قليلاً»، سورة الزمر ٨.
 النسوية كقوله تعالى «فاصبروا أو لا تصبروا»، سورة الطور ١٦.
 التحقير كقوله تعالى «ألقوا ما انتم ملقون»، سورة يونس ٨٠.
 الإهانة كقوله تعالى «ذق انك انت العزيز الكريم»، سورة الدخان ٤٩.
 التعجب كقوله تعالى «انظر كيف ضربوا لك الأمثال»، سورة الفرقان ٩. ومن الجدير بالإشارة إلى إن التعجب إنما هو بالنسبة إلى المخاطب دون الله.
 التكذيب كقوله تعالى «قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين»، سورة البقرة ١١١.

(١) سورة المائدة ١.
 (٢) سورة الإسراء ٣٤.
 (٣) سورة النساء ١٣٥.
 (٤) سورة المائدة ٢.
 (٥) سورة البقرة ١٨٥.
 (٦) سورة البقرة ٢٨٢.
 (٧) سورة الطلاق ٧.
 (٨) سورة البقرة ٢٣٣.

٤- تعابير أخرى كثيرة منها لفظ «كُتِبَ» كما في قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ»^(١)، وتعبير «فَرَضَ» كما في قوله تعالى «قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ»^(٢)، وكلمة «عَلَى» كما في قوله تعالى «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»^(٣) إلى غير ذلك من الصيغ الأخرى^(٤).

مقتضى الأمر

هل هو الفور أو التراخي؟ وهل هو المرة أو الكرة؟

فيه خلاف للعلماء من الفقهاء والأصوليين، ولكن السراي السراج الذي استقروا عليه هو أن مقتضى الأمر طلب الأداء من فعل أو امتناع، وإن هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، أما الفورية في تنفيذه أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الأداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟ كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الأمر كعمل الرسول ﷺ، وقوله في بيان ذلك، وكإجماع الفقهاء، وغير ذلك^(٥)، وعلى سبيل المثل:

أ- الأمر بالاستغفار والتوبة والرجوع إلى الله بعد ارتكاب أي ذنب من الذنوب يكون على الفور، كما في قوله تعالى «وَأَسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي

(١) سورة البقرة ١٧٨.

(٢) سورة الأحزاب ٥٠.

(٣) سورة آل عمران ٩٧.

(٤) تعرف الأوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من: بطلان التصرف كما في عدم تسجيل العقار المبيع في التسجيل العقاري، أو تعويض كما في عدم استعمال العين الموجرة أو المعارة من قبل المستأجر والمستعير في القرض الذي خصصت له العين، أو عقوبة كما في عدم تنفيذ المكلف بواجب واجبه.

(٥) في حصول المأمور من علم الأصول، ص ٧٢ (ذهب جماعة من المحققين إلى أن صيغة الأمر باعتبار الهيئة الخاصة موضوعاً لمطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة والكثرة)، ثم يقول (والحق أن الأمر موضوع لسلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور وطلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً). وقال الرازي في المحصول، ج ١، القسم الثاني، ص ٤٠ (الأمر اسم لمطلق اللفظ السدال على مطلق الطلب). وقال البزدوي في أصوله مع الكشف ١/١٢٥ رداً على الغير (ولنا لفظ الأمر صيغة اقتضت معناها من طلب الفعل).

وقال الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ٢/٢٢ (والمختار أن المرة الواحدة لا بد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل فإن افتقر به فربما أشعرت بإعادة التكرار. حمل عليه وإلا كان الاختصار على المرة الواحدة كافياً).

رَحِيمٌ وَدُودٌ^(١)، بدليل قوله تعالى ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٢).
ب- الأمر بالإنفاق في سبيل الله في قوله تعالى ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٣)، يكون
تعييله وتأخيره تابعاً لحاجة الناس إلى الإنفاق، وقيام مصلحة عامة تتطلب
هذا الإنفاق عاجلاً أو آجلاً.

ج- الأمر بالحج في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ النَّبِيِّ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ
سَبِيلًا﴾^(٤)، لمرّة واحدة فكل حج بعدها مندوب.

د- الأمر بالصلاة والزكاة في قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٥)،
والتعاون على البر في قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾، يكون
للتكرار مدى الحياة، وقد ثبت ذلك أيضاً بالسنة النبوية والإجماع.

وبناء على ما ذكرنا فإن صيغة الأمر بمجرد لا إشعار فيها بوحدة ولا
تكرار، والخلاف في ذلك عقيم يجب إهماله. ولأن كل أمر ورد في القرآن
الكريم بين الرسول ﷺ ما هو المراد منه من المرة أو الكرّة.

حكم الأمر الوارد بعد الحظر^(١)

أمر الشارع غالباً غير مسبوق بالحظر، لأن كل ما يأمر به فهو حسن لذاته
أو لصفته الذاتية وفيه المصلحة أو المنفعة العامة والخاصة، والمحظور لغير عذر
أو لظرف طارئ يكون قبيحاً لذاته أو لصفة ذاتية. ومع ذلك قد يكون مسبوقاً
بحظر، ولذا اختلفت الآراء في مدلوله في حالة وقوعه بعد هذا الحظر كما يلي:

أ- حكم المأمور به بعد الحظر هو الإباحة بالاستقراء، لأنه ثبت بالإحصاء إن
كل ما أمر به الشارع بعد الحظر حكمه هو الإباحة.

ب- حكمه الوجوب لأنه حقيقته الشرعية سواء وقع بعد الحظر أم لا.

ج- حكمه هو الحكم السابق الذي كان عليه المأمور به قبل الحظر من وجوب

(١) سورة هود ٩٠.

(٢) سورة آل عمران ١٣٣.

(٣) سورة البقرة ١٩٥.

(٤) سورة آل عمران ٩٧.

(٥) سورة البقرة ٤٣.

(٦) كما في قوله تعالى ﴿وَإِذَا حُلْتُمْ فَاصْطَلُوا﴾ سورة المائدة ٢. وقوله تعالى ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ
فَاتَوَّنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾، سورة البقرة ٢٢٢. وقوله تعالى ﴿وَإِذَا فَضِيَتِ الصَّلَاةَ فَانْتَشِرُوا
فِي الْأَرْضِ﴾، سورة الجمعة ١٠.

أو نذب أو اباحة أو غير ذلك .

د- وفي رأينا يجب أن يفرق بين حظر لم يسبق بالأمر، وبين حظر طارئ مسبوق بالأمر:

١- فإذا كان الفعل لم يأمر به قبل الحظر، بل كان في أصله محظوراً فإن حكمه الإباحة بالاستقراء التام، حيث لا نجد حسماً اطلعت عليه أمراً بعد الحظر الأصلي إلا وهو للإباحة، كما في زيارة القبور وادخار لحوم الأضحية وغيرها، فمثلاً زيارة القبور كانت محظورة في الأصل لان الزائر كان يقس القبر تقديساً قريباً من الشرك، فلما استقر الإسلام ومبادئه في عقول المسلمين قال الرسول ﷺ : (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)^(١).

٢- أما إذا كان الحظر مسبقاً بالأمر وكان الحظر لمانع أو ظرف طارئ فإذا أمر به بعد زوال العذر المانع يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر من وجوب أو نذب أو إباحة لان الحظر كان لمانع، والقاعدة تقضي بأنه: (إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع)^(٢) إذا زال العذر والظرف المانع يعود إلى ما كان عليه وفقاً لقاعدة: (إذا زال المانع عاد الممنوع)^(٣).

ومن الشواهد الدالة على هذه الحقيقة

إن الصيام واجب على المرأة المسلمة كما هو واجب على الرجل لكنه محظور عليها في حالة العادة النسائية وفيما بعد الولادة لفترة، فإذا زال هذا الظرف العارض يجب عليها الأداء، أي يرجع إلى ما كان عليه قبل الحظر وهو الوجوب ، قال تعالى ﴿فَاعْتَزِلُوا النساءَ فِي المَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ﴾^(٤). والاصطياد عمل مباح للإنسان وسبب مشروع من أسباب كسب الملكية لكنه محظور على الحاج أثناء لبس الإحرام وقت أداء مناسك الحج، فإذا تمت هذه المناسك وانتهى واجب الإحرام عاد العمل إلى حكمه السابق وهو الإباحة كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^(٥).

(١) أخرجه مسلم، كتاب الجنائز، صحيح مسلم بشرح النووي ٥٠/٧.

(٢) المجلة م ٤٦، المدني العراقي م ٤.

(٣) المجلة م ٢٤٤.

(٤) سورة البقرة ٢٢٢.

(٥) سورة المائدة ٢.

المطلب الثاني : النهي

النهي لغة المنع ومنه تسمية العقل النهي، لأنه ينهى صاحبه عما يخالف الصواب.

وفي الاصطلاح له تعريفات متعددة^(١) كلها تدور حول محور واحد وهو أن النهي طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وبناء على ذلك الأصل في النهي هو انه حقيقة في الحرمة، والفعل المطلوب تركه والكف عنه محرم. وإضافة إلى هذا المعنى الحقيقي للنهي فإنه قد استعمل مجازاً في معان كثيرة أخرى في الشرع^(٢).

(١) ومنها: تعريف القاضي عضد، شرح مختصر المنتهى الأصولي ٩٥/٢ (حد النهي: انه اقتضاء كف عن فعل على جهة الاستعلاء). وتعريف أبي إسحاق الشيرازي، اللمع، ص ١٣ (هو القول الذي يستعدى به ترك الفعل ممن هو دونه). وتعريف الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٠٩ (القول الإنشائي الدال على طلب كف عن الفعل على جهة الاستعلاء). وفي لب الأصول، ص ٦٧ (النهي اقتضاء كف عن فعل إلا بنحو كف أي بغير (كف) و(نر) و(اجتنب) لأن هذه الصيغ ونحوها لطلب الترك أيضاً إلا إنها تعتبر من الأوامر لا من النواهي).

(٢) ومن هذه المعاني:

الكرامة: كما في قوله تعالى ﴿إلا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾، سورة المائدة ٨٧. الإرشاد: كما في قوله تعالى ﴿إلا نسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾، سورة المائدة ١٠١. وقال البعض: هذا النهي للكرامة كما ذكرنا سابقاً. التحقير: كما في قوله تعالى ﴿ولا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجاً منهم زهرة الحياة الدنيا﴾، سورة طه ١٣١. بيان العقاب: كما في قوله تعالى ﴿ولا تحسبن الله غافلاً عما يعمل الظالمون﴾، سورة إبراهيم ٤٢. التأنيس: كما في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين كفروا لا تعتذروا اليوم إنما تجزون ما كنتم تعملون﴾، سورة التحريم ٧. التصبير: كما في قوله تعالى ﴿إلا تحزن إن الله معنا﴾، سورة التوبة ٤٠. الدعاء: كما في قوله تعالى ﴿ربنا لا ترغ قلوبنا بعد إذ مهيننا﴾، سورة آل عمران ٨. التحذير: كما في قوله تعالى ﴿فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾، سورة البقرة ١٣٢. التأمين: كما في قوله تعالى ﴿ولا تخف أنك من الأمنين﴾، سورة القصص ٣١. الوفاء والتعاون: كما في قوله تعالى ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير﴾، سورة البقرة ٢٣٧. وهناك معان أخرى لا مجال لذكرها، والراجح أن استعمال النهي في غير التحريم مبني على المجاز لأنه حقيقة في التحريم. في إرشاد الفحول، ص ١٠٩-٢١٠ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويرد فيما عداه مجازاً) قال البردوي في أصوله مع الكشف ٢٥٦/١ (ومن هذا الأصل أي من الخاص النهي، لأنه خاص في التحريم، كالأمر خاص في الإيجاب)، وفي حصول المأمول من علم الأصول، ص ٧٦ (اختلفوا في معنى النهي الحقيقي، فذهب الجمهور إلى أن معناه الحقيقي هو التحريم وهو الحق، ويرد فيما عداه مجازاً).

صيغ النهي

القرآن الكريم نهى الإنسان عن جميع التصرفات التي تتضمن المفساد والمضار بصيغ متعددة وتعابير مختلفة وهي تدل على أسلوبه البلاغي الرائع المعجز، ومن تلك الصيغ الآتي:

- ١- الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْتَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤).
- ٢- مشتقات مادة (تحريم) كما في قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾^(٥)، وقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدًا وَالْحَمَّ الْخَنِيزِ﴾^(٦).
- ٣- مشتقات مادة (النهي) كما في قوله تعالى ﴿وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(٧)، وقوله تعالى ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(٨).
- ٤- نفي الحل كما في قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾^(٩).
- ٥- اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب عليه كما في قوله تعالى ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ * الَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ * وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(١٠).
- ٦- الاستفهام الإنكاري كما في قوله تعالى ﴿أَفَأَنْتَ تَكْفُرُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(١١)، وغير ذلك^(١٢).

(١) سورة الإسراء ٣٢.

(٢) سورة الأنعام ١٥٢.

(٣) سورة البقرة ١٨٨.

(٤) سورة الإسراء ٣٣.

(٥) سورة النساء ٢٣.

(٦) سورة المائدة ٣.

(٧) سورة النحل ٩٠.

(٨) سورة العنكبوت ٤٥.

(٩) سورة البقرة ٢٢٩.

(١٠) سورة الماعون ٤-٧.

(١١) سورة يونس ٩٩.

(١٢) تعرف النواهي في القانون والجزاء المترتب على فعل المنهي عنه من بطلان كبيع الأموال الاثرية، أو تعويض كإتلاف مال الغير، أو عقوبة كجريمة القتل.

مقتضى النهي

النهي بخلاف الأمر لا خلاف في مقتضاه في انه للفور، أي على الإنسان المكلف أن يكف عن الفعل المنهي عنه فوراً وبدون التراخي، وكذلك لا خلاف في أن النهي للتكرار والاستمرار مدى الحياة، لأن في المنهي عنه مفسدة ومضرة يجب التجنب عنها، ولأن الإنسان إذا باشر الفعل المنهي عنه في حياته مرة واحدة يعتبر عاصياً.

أثر النهي على المنهي عنه صحة وفساداً

لا خلاف في أن التصرف المنهي عنه قبيح لذاته أو لوصفه اللازم أو غير اللازم وبالتالي فيه مضرة عامة أو خاصة، وإن تأثير النهي على هذا التصرف يختلف باختلاف خطورته وحجم الضرر العام أو الخاص فيه، وكذلك يختلف باختلاف طبيعة الفعل، فهو قد يكون من الأعمال التي تعد من الجرائم، كما قد يكون من العبادات والمعاملات المالية وغير المالية^(١).

أ- الجرائم

النهي قد يدل على أن المنهي عنه من الجرائم، وأنه اعتداء أما على النفس كما في القتل، في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢)، أو على الأعراض والأنساب، كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ الَّتِي كَانَتْ فَاحْشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٣)، أو على الأموال كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٤)، أو على الأمن والمصالح العليا للأمة كالتجسس كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(٥)، أو على الأمن وراحة الناس كالفساد في الأرض كما في قوله تعالى ﴿وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾^(٦)، أو غير ذلك من التصرفات التي تعتبر جرائم.

(١) في أصول الشاشي، ص ٢٨ (النهي نوعان: نهى عن الأفعال الحسية - أي المادية المدركة بالحس - كالزنا وشرب الخمر والكذب والظلم، ونهى عن التصرفات الشرعية كالنهي عن الصوم في يوم النحر، والصلاة في الأوقات المكروهة. فالأول قبيح لعينه والثاني قبيح لغيره).

(٢) سورة الإسراء ٢٢.

(٣) سورة الإسراء ٢٢.

(٤) سورة البقرة ١٨٨.

(٥) سورة الحجرات ١٢.

(٦) سورة القصص ٧٧.

أما اثر النهي عليها فإنها تعتبر أسباباً لاستحفاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دنيوية من عقوبات الحدود والقصاص، أو العقوبات التعزيرية، فإن لم يعاقب بدون عذر فإنه لا ينجو من عقوبة الآخرة أمام الله، إضافة إلى هذه العقوبات فإنها لا تترتب عليها الآثار الشرعية، ففي السرقة والنهب والسلب وخيانة الأمانة والرشوة لا يصبح الجاني مالكاً للمال، وفي جريمة الزنا لا نسب ولا نفقة ولا مهر ولا عدة، لأن النهي عن هذه التصرفات الإجرامية إنما هو لقبحها الذاتي ومفسدتها ومضرتها، فيقتضي عدم ترتب أي اثر شرعي عليها، فهي من التصرفات الحسية القبيحة لذاتها.

ب- العبادات

وإذا كان المنهي عنه من العبادات فالنهي لا يمكن أن يتوجه إلى ذات العبادة، لأن كل عبادة حسنة لذاتها، فيها منفعة دنيوية أو أخروية، ولا يتصور النهي عنها لذاتها وإنما لوصف لازم أو غير لازم.

ففي النهي عن العبادة لوصف لازم كصوم يوم العيد تعتبر العبادة غير صحيحة عند جمهور الفقهاء، وتكون مجزئة ومسقطاً للتكليف عند الحنفية رغم فسادها بسبب النهي. ويترتب على هذا الخلاف أن من نذر على نفسه صوم يوم مثلاً فيجب عليه الوفاء به، فإن صام يوم العيد لا يكون مجزئاً ولا مسقطاً عند جمهور الفقهاء لفساده، فيجب عليه صوم يوم آخر خلافاً للحنفية القائلين بأنه مجزئ ومسقط للمسؤولية، لأن النهي عن صيام يوم العيد ليس لذاته وإنما للإعراض عن ضيافة الله. وفي النهي عن العبادة لوصف غير لازم كالصلاة في دار مخصوبة أو ثياب مخصوبة، والوضوء بماء مخصوب، فإن جمهور الفقهاء قالوا بصحة العبادة ولكن فاعلها أثم أمسام الله، أي ديانة لا قضاء، وقال الظاهرية^(١) والحنابلة^(٢)، ومن هذا جذوهم: (العبادة باطلة للنهي عنها).

(١) في الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٢٠٧/٣ (ومن صلى بشوب نجس أو مخصوب وهو يعلم ذلك أنه لا يجوز له ذلك الفعل، أو صلى في مكان نهى عن الإقامة فيه كمكان نجس أو مكان مخصوب أو في عطن الإبل أو إلى قبر أو من ذبح بسكين مخصوبة أو حيوان غيره بخير إذن صاحبه أو توضع بماء مخصوب أو بأنية فضة أو بإناء مخصوب أو بإناء ذهب، فكل هذا لا يأتي فيه فرض، فمن صلى كما ذكرنا فلم يصل، ومن توضع كما ذكرنا فلم يتوضأ... الخ).

(٢) وفي شرح الكوكب المنير، ص ٣٤٢ (النهي المطلق عن الشيء لعينه أو وصفه أو لمعنى في غيره كالنهي في عقد بيع بعد نداء جمعة، والوضوء بماء مخصوب يقتضي فساد المنهي عنه شرعاً عند الإمام احمد وأكثر أصحابه والمالكية والظاهرية والحنابلة، بخلاف ما لم يكن النهي لمعنى في غير المنهي عنه لحق آدمي كتلفي الركبان إلى آخره).

ج- المعاملات المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات المالية، فيكون تأثير النهي على التصرف كالتالي:

أولاً- إذا كان النهي لذات المنهي عنه أو عنصر من عناصره يكون التصرف (أو العقد) باطلاً بإجماع الفقهاء، كالنهي عن التعامل بالميتة والخنزير والدم والمسكرات، فلا يترتب على التصرف أي أثر شرعي.

ثانياً- وإذا كان النهي لوصف لازم للمنهي عنه (أي وصف لا ينفك عنه) يكون العقد باطلاً أيضاً عند جمهور الفقهاء، لأن النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره.

ويفرق الحنفية بين النهي عن تصرف لذاته (أو لعنصره) وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وبنوا على هذا الأصل التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد واستحدثوا عقداً يتمتع بالحالة الوسطية بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وقالوا: (العقد الباطل هو الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه، والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع لوصفه). وبذلك يكون للعقد باعتبار تكوينه وأثاره خمسة أقسام العقد الصحيح والعقد غير الصحيح، فالصحيح أما موقوف أو نافذ غير لازم أو نافذ لازم، وغير الصحيح أما باطل أو فاسد، وقال الجمهور بالتقسيم الرباعي على أساس أن الباطل والفاسد مترادفان مفادهما هو: (كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه دون تفريق بين أصله ووصفه)، وعلى سبيل المثل العقد الربوي باطل عند الجمهور، وفاسد عند الحنفية لأنه مشروع بأصله كبيع توافرت أركانه وعناصره، ولكنه غير مشروع بوصفه وهو كونه مشتملاً على زيادة (فائدة) لأحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، فهذا الوصف فاسد لأنه منهي عنه شرعاً ولكونه مخالفاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وقال الجمهور: (كل عقد ربوي باطل لأنه منهي عنه لوصفه اللازم وهو الفائدة الربوية).

وعلى أبو حنيفة (رحمه الله) ^(١) جعله العقد الفاسد منزلة بين المنزلتين ^(٢)

(١) راجع الفروق للقرافي الذي أورد فيه هذا الكلام لأبي حنيفة ٨٣/٢-٨٤.

(٢) أي بين العقد الصحيح والعقد الباطل.

قائلاً: (أصل الماهية^(١) سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها^(٢)).
فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد^(٣) وبين
السالمة^(٤) عن الفساد، ولو قلنا بالصححة مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها
وصفاتها^(٥) والمتضمنة الفساد في صفاتها وذلك غير جائز فإن النسوية بين
مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حينئذ أن يقابل
الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية^(٦) سالم عن النهي.
والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي فيثبت لأصل
الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة^(٧) المتضمنة
للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب).
وقد أثنى فقهاء القانون^(٨) على صنيع أبي حنيفة هذا حيث أنقذ كثيراً من
المعاملات المالية من الانهيار وساعد على استقرارها بإقرار العقد الفاسد بين
الصحيح والباطل، لأنه يتحول إلى العقد الصحيح تلقائياً بمجرد إزالة سبب
الفساد، بخلاف الباطل فإنه يحتاج إلى الاستئناف والتجديد بعد إزالة سبب
البطلان، وهذا من أهم ميزات التمييز بين الباطل والفساد^(٩).

(١) أي ماهية العقد الفاسد وهي أركانه وعناصره (شروطه).

(٢) أي أن النهي لوصف خارج عن الماهية.

(٣) أي ماهية العقد الباطل لأنها فاسدة وغير مشروعة.

(٤) أي ماهية العقد الفاسد لأن ماهيتها سالمة عن الفساد، وإنما الفساد في وصفها.

(٥) وهو العقد الصحيح المشروع بذاته (أصله) ووصفه.

(٦) أي ماهية العقد الفاسد.

(٧) أي في العقد الربوي، لأن الزيادة فائدة ربوية محرمة بالنص.

(٨) مصادر الحق ١٥٠/٤.

(٩) قال الحنفية: (للعقد الصحيح سبعة عناصر التي هي تعتبر أصل العقد، وخمسة أوصاف مكملة
لبعض هذه العناصر، التي يعتبر كل واحد منها وصفاً للعقد، فإذا تخلف عنصر من هذه
العناصر يكون العقد باطلاً، وإذا تحققت العناصر وتخلف وصف مكمل يكون فاسداً)، قالوا:
(أركان العقد الإيجاب والقبول، لأن صيغته تتكون منهما، وتتطلب هذه الصيغة وجود عاقد
يصدر عنه الإيجاب والقبول، ومعقود عليه ينصب عليه العقد، ولالإيجاب والقبول شرطان:
الانتطابق واتحاد المجلس، وللعاقدين شرطان: التعدد - حقيقة أو حكماً - والعقل في التبرعات - أو
التمييز في المعاوضات -، وللمعقود عليه ثلاثة شروط: كونه موجوداً مقدور التسليم وكونه معيناً
أو قابلاً للتمييز وكونه صالحاً للتعامل، وبذلك يحتاج العقد في صحته إلى سبعة عناصر وهي
تلك الشروط المذكورة، فالثلاثة الأولى لا تحتاج إلى وصف مكمل بخلاف الأربعة الباقية:
أ- عنصر العقل أو التمييز الذي يتوقف عليه قيام الرضا يحتاج إلى وصف مكمل هو خلوه من
عيب الإكراه.

ثالثاً- النهي لوصف غير لازم^(١) : ومن أمثله النهي عن البيع وعن كل معاملة مالية من شأنها أن تحول دون أداء صلاة الجمعة، كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٢)، وكالنهي عن النجش^(٣) وعن تلقي الركبان وعن بيع الحاضر لباد^(٤)، وعن بيع الرجل على بيع أخيه، وعن خطبته على خطبة أخيه^(٥)، وعن بيع الشيء قبل قبضه^(٦)، وعن بيع العربان^(٧)، وعن التصرية للحيوان إذا أريد بيعه^(٨)، وغير ذلك

ب- عنصر قدرة التسليم يحتاج إلى وصف يكمله وهو خلو التسليم من الضرر.
ج- عنصر تعيين المحل أو كونه قابلاً للتعيين يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر.
د- عنصر صلاحية المحل للعامل يحتاج إلى وصفين مكملين: أحدهما: عدم الاقتران بشرط فاسد، وثانيهما: عدم وجود الربا -عدم وجود زيادة بدون مقابل لأحد العاقبتين على حساب الآخر-. وبذلك تكون أسباب فساد العقد عند الحنفية خمسة، وهي: (الإكراه، والضرر، والغرر، والشروط الفاسدة، والربا). وفي رأينا أن اشتراط عدم الربا يدخل في شرط عدم وجود الشرط الفاسد لأن الزيادة في العقد الربوي التي يشترطها من يحصل عليها شرط فاسد، كما إن شرط عدم وجود الغرر يرجع إلى شرط عدم وجود الضرر.

(١) المراد بالوصف غير اللازم هو أن الوصف قد ينفك عن هذا التصرف بحيث كما يتحقق معه قد يوجد مع تصرف آخر، فالحاق بالضرر بالخطيب الأول من الخطيب التالي بالخطبة على خطبته كما يكون عن هذه الطريقة يمكن أن يتحقق بطريقة أخرى.

(٢) سورة الجمعة ٩.

(٣) النجش (يفتح النون وسكون الجيم): لغة تنفير الصيد واستتارته من مكانه ليصطاد، وفي الشرع: الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغر بذلك غيره، عن ابن عمر رضي الله عنهما (نهي رسول الله عن النجش)، سبل السلام ٢٣/٣، تقدم تخريجه.

(٤) تلقي الركبان هو الخروج عن المدينة واستقبال أهل القرى والأرياف قبل أن يدخلوها ممن يجلبون مسحوقاتهم الزراعية والحيوانية وغيرها للبيع ويشترونها مسنهم دون علمهم بسعر السوق، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد). سبل السلام ٢٦/٣. سئل ابن عباس عن بيع الحاضر للبادي قال (لا يكون له سمسار)، نيل الأوطار ١٨٥/٥، تقدم تخريج هذه الأحاديث.

(٥) قال رسول الله ﷺ (ولا تتاجشوا ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه)، المرجع السابق ٢٩/٣، تقدم تخريجه.

(٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (من اشتري طعاماً فلا يبيعه حتى يكتالته)، رواه مسلم، المرجع السابق ١٩/٣، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال (من اشتري طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه).

(٧) عن عمرو بن شعيب قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان، المرجع السابق ٢١/٣، أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب النهي عن العربان ٣٤٢/٥.

العربان: يضم العين وسكون الراء هو العربون كان يريد شخص ان يشتري مالا فيدفع له مقدماً مبلغاً، فإن اشتراه فهو جزء من الثمن وإلا فلا يسترده جزاء لإعراضه عن إكمال العقد، وقد اختلف فيه الفقهاء، فقال مالك والشافعي (العقد باطل لاقترائه بشرط فاسد وللغرر ولما فيه من أكل مال الغير بالباطل).

(٨) موضوع تصرية الحيوان سبق مفصلاً عند بحث السنة النبوية في القسم الأول.

من العقود المنهي عنها، لا لذاتها ولا لوصفها اللازم وإنما لوصف غير لازم وهو إلحاق الضرر بالغير.

قال جمهور الفقهاء بصحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم^(١)، ولكن فاعله أثم أمام الله، أي يسأل ديانة لا قضاء، ولكن إذا كان هناك غبن فاحش مقترن بالتغريب والتدليس يحق للمغبون طلب رفع الغبن أو فسخ العقد^(٢).

وقال الظاهرية^(٣) والزيدية: (النهى^(٤) يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان لذات المنهي عنه أو لوصفه غير اللازم).

وفرق المالكية^(٥) والحنابلة^(٦) بين النهي عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق الله^(٧) أو المصلحة العامة^(٨)، ففي هاتين الحالتين يكون العقد باطلاً، وبين النهي رعاية لحق الفرد (الحق الخاص)^(٩) والمصلحة الخاصة، فعندئذ يحق لمن لحقه الضرر الخيار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة أيام من علمه بغيبه.

(١) أي خارج عنه ينفك عنه في بعض موارد في القواعد للعلاني ١٧١/١ (النهى عن الشيء هل يقتضي فساداً؟، قاعدة مذهب الشافعي نعم، إن كان لعين الشيء أو لوصفه اللازم، أما إذا كان الأمر خارجاً عنه ينفك عنه في بعض موارد، لم يقتض فساداً سواء أكان ذلك في العبادات أم في العقود. أم في الإيقاعات، فالأول كالصلاة بلا وضوء، وبيع الميتة والخمر والخنزير ونكاح المحارم، والثاني كصوم يوم العيد، وبيع الطير في الهواء والسمك في اللجة، ونكاح المتعة والتغار وعقد الربويات، والثالث كالصلاة في الدار المغصوبة، والبيع وقت نداء الجمعة).

(٢) لقول الرسول ﷺ لحبان بن منقذ، وكان يخذع في البيوع: (إذا بايعت ققل لا خسلانية - لا خديعة - ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك وإن سخطت فاردد)، سبل السلام ٤٦/٣، تقدم تخريجه.

(٣) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٣٠٧/٣ وما بعدها، المحلى ٤٥٣/٨.

(٤) في إرشاد الفحول، ص ١١١ (والحق أن كل نهى من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك، فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي لقول الرسول ﷺ: (كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد)، وما كان مردوداً فهو باطل)، تقدم تخريجه.

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٥٩/١٢، المغني لابن قدامة ٢٤١/٤.

(٦) تصويبات الكوكب المنير، ص ٣٤٢.

(٧) كالنهي عن البيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة، ويقاس على البيع أي معاملة أخرى.

(٨) كالنهي عن بيع الحاضر لبيد لأنه يضر بمصلحة المستهلكين.

(٩) أي لرعاية حق خاص يمكن استدراكه، فالبايع في تلقى الركباني بخير بين امضاء العقد مع قبول الغبن وبين فسخه، أي أن البيع ينعقد صحيحاً نافذاً غير لازم رغم أن الطرف السراج على حساب الآخر أثم أمام الله، أي يسأل ديانة لا قضاء.

د- المعاملات غير المالية

إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات غير المالية كالزواج فان اثر النهي لذات المنهي عنه البطلان كزواج المحرمات تحريماً موبداً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة والدخول يعتبر جريمة الزنا في حالة العلم بالبطلان. وإذا كان النهي لوصف لازم يكون الزواج فاسداً كزواج الشغار، عن ابن عمر رضي الله عنهما: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار)^(١) وزواج المحرم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يَنْكَحُ الْمُحْرِمَ وَلَا يَنْكَحُ) ^(٢)، وزواج المتعة عن علي رضي الله عنه: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خبير)^(٣)، وإذا حصل الدخول في الزواج الفاسد ترتبت عليه الآثار التالية:

- ١- شرعية نسب الجنين الذي يتكون من هذا الدخول حماية لمستقبل الطفل.
- ٢- وجوب المهر للمدخول بها تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي لحق بها بالدخول.
- ٣- وجوب العدة على المدخول بها منعاً لاختلاط النسب أو تعديداً.
- ٤- ثبوت المصاهرة بالدخول شأنه شأن الدخول الشرعي.
- ٥- سقوط عقوبة الزنا للشبهة.

وجدير بالذكر أن هذه الآثار قال بها غير الحنفية لا على أساس التفرقة بين الفاسد والباطل وإنما على أساس وجود الشبهة بالدخول في الزواج الذي يسميه الحنفية فاسداً مقترناً بالشبهة. ثم إن ما شاع بين الناس من أنه لا فرق بين الباطل والفاسد عند الحنفية في الزواج صحيح بالنسبة لوجوب التفريق بين الزوجين في الحالتين أما من حيث الآثار فان الفرق بينهما واضح فهي غير موجودة في حالة الدخول في الزواج الباطل بخلاف ذلك في الزواج الفاسد. وإذا كان النهي لوصف غير لازم فالزواج صحيح عند الجمهور^(٤)، والفاعل آثم كالزواج بعد الخطبة على خطبة الغير، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ)^(٥)، وعند ابن حزم الزواج غير صحيح بناءً على أصله: (كُلُّ نَهْيٍ يَقْتَضِي الْفُسَادَ)^(٦).

(١) الشغار كان بزواج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق. أخرجه البيهقي في كتاب النكاح ٢٠٠/٧.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٥/٩.

(٣) المرجع السابق ١٩٩/٩.

(٤) في مسند السلام ١٤٨/٣ (وأما العقد مع تحريم الخطبة فقال الجمهور يصح). وقال داود - أي داود الظاهري - بفسخ النكاح قبل الدخول وبعده.

(٥) المرجع السابق ١٤٨/٣، تقدم تخريجه.

(٦) وهو يتفق مع داود الظاهري مؤسس مذهب الظاهرية

المطلب الثالث المطلق والمقيد

حقيقة المطلق

ذكرنا سابقاً أن الخاص هو الذي وضع لمعنى معين واحد يكون دلالاته عليه قطعية، فهو إما واحد بالثخص كأسماء الأعلام، أو واحد بالصنف كأرز عنبر، أو واحد بالنوع كالحنطة، أو واحد بالجنس كالجريمة.

ومن الواضح أن كلا من الواحد بالثخص والواحد بالصنف لا يندرج تحتها أنواع أو أصناف حتى يكون اللفظ الدال عليه مطلقاً شاملاً لأنواعه وأصنافه، ولذا لا يصلح كل منهما لأن يكون مطلقاً.

أما الواحد بالنوع فإنه يشمل ما يندرج تحته من الأصناف، كما أن الواحد بالجنس يشمل على سبيل التناوب الأنواع المندرجة تحته، فكل منهما قبل تقييده بنوع معين أو صنف معين يكون مطلقاً يصلح لأن يراد به كل نوع من أنواعه أو أي صنف من أصنافه على سبيل البديل والتناوب، فلفظة (جريمة) موضوعة شرعاً وقانوناً وعرفاً لكل فعل محظور يستحق فاعله العقاب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، ودلالاتها على هذه الحقيقة قطعية، وهذا المضمون قدر مشترك بين جميع أنواع الجرائم ومنها جريمة الاعتداء على الأموال كالسرقة، وجريمة الاعتداء على الأشخاص كالقتل، وجريمة الاعتداء على الأعراض والنسب كالزنا وغيرها من أنواع الجرائم الأخرى، فإذا ذكرت دون تقييدها بوحدة منها تكون مطلقة تصلح لأن يراد بها أي نوع منها على سبيل البديل والتناوب. وكذلك لفظ (التمر) نوع من أنواع المحصولات الزراعية تندرج تحته أصناف كثيرة، فإذا ذكر دون تقييده بصنف منها يكون مطلقاً شاملاً لكل على سبيل التناوب. ونستنتج من هذه المقدمة تعريفاً واضحاً بعيداً عن الغموض الذي يكتسب تعريفاته في المراجع القديمة والحديثة^(١) وهو الآتي:

(١) قال ابن الحاجب، مختصر المنتهى وشرحه ١٥٥/٢ (المطلق ما دل على شائع في جنسه)، وقال الأمدى، الأحكام ١٦٢/٢ (وهو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه). وقال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٣٠/٢ (المطلق الدال على الماهية بلا قيد من وحدة أو غيرها)، وقال العلامة البهاري، مسلم الثبوت ٢٨٨/١ (المطلق ما دل على فرد مفتش)، وقال جماعية منهم الرازي (المطلق الدال على الحقيقة من حيث هي هي). وقال عبد الوهاب خلاص، علم أصول الفقه، ص ١٩٢ (المطلق هو ما دل على فرد غير مقيد لفظاً بأي قيد). وقال عباس متولي حمادة، أصول الفقه، ص ٣٩٨ (المطلق ما دل على فرد أو أفراد شائعة). وفي المسودة لأبسن تيمية، ص ١٤٧ (ذكر صاحب جنة الناظر أنه اللفظ الدال على واحد لا بعينه).

المطلق

لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد يصلح لان يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد، وعلى سبيل المثل إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع زراعة أو اشترى حيواناً أو عمل تزويراً أو باع سيارة أو غرس نخلة، يكون كل من (جريمة، وزراعة وحيوان) مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة كما يكون كل من (تزوير و سيارة ونخلة) أيضاً مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب، وبهذا يعتبر المطلق من الخاص باعتبار أن معناه واحد، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف الواحد.

حكم المطلق^(١)

من المسلم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بقيد، فالأصل أن يعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيده ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة)^(٢) أي صراحة أو ضمناً.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الأحوال الشخصية:

أ- العمل بمقتضى الإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٣)، ففي التحريم أي حرم عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم سواء أحصل الدخول أم لا، لان النص ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول وقد اجمع فقهاء الشريعة على الأخذ بهذا الإطلاق حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن أو في السنة على تقييده.
ب- وكذلك العمل بالإطلاق الوارد في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٤)، فإنه يدل على وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى سواء أدخل بها أم لم يدخل.
ومثل ذلك في الإطلاق آيات المواريث الواردة مطلقة عن قيد الدخول في

(١) الإذن في الشيء إذن في ما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، فالوكيل بالبيع مطلقاً له قبض الثمن لأنه من توابع البيع ومقتضاه وله تسليم المبيع بعد توفي الثمن.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، م ٦٤.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) سورة البقرة ٢٣٤.

ميراث أحد الزوجين من الآخر، فإذا مات أحدهما بعد الزواج وقبل الدخول يرثه الآخر وفقاً لإطلاق النص^(١).

ومن تطبيقاتها في المعاملات المالية:

أ- الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره^(٢)، لكن لو أطلق العقد حين الاستئجار ولم تكن النية موجهة إلى شخص الأجير للقيام بالعمل بنفسه، فلاأجير أن ينيب غيره عن نفسه للقيام بالعمل^(٣).

ومن الجدير بالإشارة أن البيع المطلق يقترن له اللزوم وبتقييده بخيار الشرط يرتفع اللزوم، وإطلاق الثمن يقتضي الحلول وإذا شرط الأجل ارتفع الحلول.

ب- إذا كانت الإعارة مطلقة ولم يفيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده، لكن يفيد ذلك بالعرف والعادة^(٤).

ج- في عقد المضاربة المطلقة يكون المضارب مأذوناً بالعمل في مستلزمات المضاربة والأمور التي تتعلق بها، ويجوز له البيع والشراء بنقد ونسيئة وتحديد أجل معتاد، وله التوكيل والحوالة والسفر إلى بلد آخر للمعاملات التجارية^(٥).

د- في الوكالة بالبيع المطلق، للوكيل أن يبيع مال موكله بالثمن الذي رآه مناسباً، لكن ليس له أن يبيع بأنقص مما عينه الموكل^(٦).

حقيقة المقيد

بعد معرفة حقيقة المطلق تكون حقيقة المقيد واضحة لدى كل من يستوعب المطلق، لان المقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيوعه، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك.

(١) كما في قوله تعالى ﴿ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد﴾، سورة النساء ١٢.

(٢) المجلة، م ٥٧١.

(٣) المجلة، م ٥٧٢.

(٤) المجلة، م ٨١٩.

(٥) المجلة، م ١٤١٤.

(٦) المجلة، م ١٤٤٩.

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق

- أ- في قوله تعالى ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(١)، فقيد القتل المحرم بأن يكون بغير حق، فإذا كان بحق كالتفصيص أو منع انتشار الفساد في الأرض فإنه لا يعتبر جريمة موجبة للعقوبة.
- ب- في قوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٢)، فقيد القتل الموجب لتحرير الرقبة والدية بأن يكون خطأ، وقيد الرقبة بأن تكون مؤمنة.
- ج- قوله تعالى ﴿وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(٣)، فقيد تحريم بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بغير الدخول، أما إذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، فيحق له أن يتزوج بنتها التي هي من زوجها السابق^(٤).
- د- قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٥)، فالوصية في هذه الآية وردت مطلقة شاملة للوصية بكل التركة أو ببعضها، لأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض مطلقاً، إلا أن السنة النبوية بينت أن هذا الإطلاق غير مراد وقيدها بالثلث فقد روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه انه قال: قلت يا رسول الله أنا ذو مال - وفي رواية كثير المال - لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بشطره - نصسفه -؟، قال ﷺ: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟، قال ﷺ: الثالث والثلث كثير انك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة^(٦) يتكفرون^(٧) الناس^(٨).

(١) سورة المائدة ٣٢.

(٢) سورة النساء ٩٢.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) والسر في حرمة أم الزوجة بمجرد عقد الزواج ببنتها وإن لم يدخل الزوج بها، وفي عدم حرمة ابنة زوجته من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج، هو أن الزوج بحاجة إلى الخلوة مع أم زوجته بعد زواجه لإكمال متطلبات هذا الزواج، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس.

(٥) سورة البقرة ١٨٠.

(٦) جمع عائل وهو الفقير.

(٧) أي يسألون الناس بأكفهم.

ونستنتج من هذا أن القيد الذي يفيد المطلق لا يشترط أن يكون في نفس النص المطلق أو من نوعه، بل يجوز تقييد إطلاق القرآن بالقرآن وبالسنة، وتقييد السنة بالقرآن وبالسنة وتقييد كليهما بالإجماع أو القياس أو العرف^(٢) أو المصلحة العامة الشرعية في ميزان الشرع. ولهذه الصور من التقييد تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي لا مجال لذكرها.

ومن النصوص القانونية التي ورد فيها تقييد المطلق:

أ- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها، فالمنع مقيد بحالة عدم الرضا.

ب- الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها^(٣)، فقيد المشرع الفعل بأن يكون بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة، وهذا يدل أنه لا شروع في المخالفات، وقيد الأسباب بأن لا دخل لإرادة الفاعل فيها وإلا فلا يعتبر الشروع جريمة معاقباً عليها.

ج- لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو^(٤)، فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل وأما قبله فإنه جائز.

حكم التقييد

كما أن من الواجب أن يأخذ الفقيه والقاضي والمفتي بإطلاق المطلق حتى يثبت دليل على تقييده كذلك يجب عليهم رعاية القيد الوارد في النص المعتبر في الحكم بحيث يطبق الحكم الوارد فيه إذا تحقق هذا القيد ويسمى الحكم منطوق النص، وإن تخلف فيجب تطبيق نقيض هذا الحكم الذي يسمى مفهوم المخالفة، يأتي بيانها مفصلاً بإذن الله.

(١) الحديث منفق عليه، أخرجه البخاري، الأدب المفرد، حديث رقم ٥٢٠. ومسلم في كتاب

الوصية، باب الوصية بالتكليف، صحيح مسلم بشرح النووي ٨٥/١١.

(٢) قال السيوطي، الأنشاه والنظائر، ص ١٠٩ (قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف ومثله بالحرز في السرقة، والنسرق في البيع، والقبض ووقت الحيض وقدره والأحياء، والاستيلاء في الغصب... الخ).

(٣) م ٣٠ من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٤) م ١٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

فحكم النزوج من بنت زوجته من زوجها السابق هو الحرمة والبطلان إذا دخل بأمرها بعد الزواج، ثم حصلت الفرقة بينهما، أما إذا تخلف قيد الدخول الذي ورد في قوله تعالى ﴿لَسَانُكُمْ اللَّاتِي نَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(١) قبل الفرقة بينهما، فإن الحكم هو الحل والصحة. وهما نقيضا الحرمة والبطلان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إهمال القيد الوارد في النص إذا كان معتبرا في الحكم.

حمل المطلق على المقيد

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقاً فقط أو مقيداً فقط، ولكن ما الحكم إذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً؟.

الشفوقات المتصورة ثلاثة :

أ- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيداً والعمل بالنصين على أساس رعاية القيد.

ب- استقلال كل عن الآخر وإبقاء المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده دون أن يتأثر أحدهما بالآخر.

ج- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقاً أيضاً والعمل بالنصين على أساس إلغاء القيد.

هذا الشق الأخير الذي ذهب إليه البعض^(٢) ليس قميناً بالبحث، لأنه رأي شاذ والشقان الآخران يطبقان في ضوء إرجاع مدى صلة المقيد بالمطلق إلى صورة من الصور الأربع الآتية:

١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم.

٢- مختلفان في الحكم والسبب.

٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب.

٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب.

الصورة الأولى / وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب

ففيها يحمل المطلق على المقيد بالإجماع إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٣/٢ (وقيل يحمل المقيد على المطلق بان يلغى القيد لأن ذكر المقيد ذكر لجزئي المطلق فلا يقيد كما أن ذكر فرد من العام لا يخصمه).

المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق^(١).

وإذا كانا منفيين أو كان المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق، فحمل المطلق على المقيد مختلف فيه، فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض، فقالوا (يعمل بهما إذا كانا منفيين)^(٢)، ويعتبر المقيد ناسخاً للمطلق إن تأخر عن العمل به، والراجح هو قول الجمهور.

تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن كلمة (دم) وردت مطلقة نارة ومقيدة بقيد (مسفوح) تارة أخرى، قال سبحانه وتعالى ﴿أَحْرَمْتُ عَلَيْكُمْ الْمُيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ﴾^(٣)، وقال تعالى ﴿قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا

(١) قال الأمامي، الأحكام ١٦٢/٢ (فإن كانا مثبتين فلا نعرف خلافاً في حمل المطلق على المقيد، وإن كانا منفيين أو نهي عنهما لا خلاف في العمل بمدلولهما)، وفي قوله (فلا نعرف خلافاً محل نظر لأن هذا رأي البعض والجمهور على خلاف ذلك).

والشترط الحنفية إضافة إلي شرط كونهما مثبتين أن لا يثبت تأخر المقيد عن المطلق في التشريع بان علم بتشريعهما معا أو جهل التاريخ، وإلا فإن علم التأخير فالمقيد ناسخ، وإن ورد قبل العمل بالمطلق، قال البهاري، مسلم الثبوت ٢٩٠/١ (فإن كانا منفيين فيعمل بهما اتفاقاً، وإن كانا مثبتين فإن وردا معا حمل المطلق على المقيد ضرورة أن السبب الواحد لا يوجب المتنافيين في وقت واحد، والمعية قرينة البيان، وإن جهل فكذلك لعدم الترجيح فيرجح البيان، وإن علم المتأخر فالمقيد المتأخر ناسخ عندنا أي إيجاب للتيد ورفع - إلغاء - للإطلاق المراد أولاً. ويتفق الشافعية مع الحنفية في أن المقيد المتأخر ناسخ لكن بشرط أن يتأخر عن العمل بالمطلق بان لا يكونا في تشريع واحد أو زمن واحد. قال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ٣٣/٢ (انهما إن اتحد حكمهما وموضوعهما وكانا مثبتين وتأخر المقيد عن وقت العمل بالمطلق فالمقيد ناسخ للمطلق، وإلا بان تأخر عن وقت الخطاب (التشريع) بالمطلق دون العمل، أو تأخر المطلق عن المقيد مطلقاً، أو تقارنا أو جهل تأريخهما حمل المطلق على المقيد جمعاً بين السدليين. وإن كانا منفيين بقيد المطلق بالمقيد عند القائل بحجية مفهوم المخالفة وهو الراجح).

وعند جمهور الفقهاء لا يوجد هذا التفصيل والتفريق بل يحمل المطلق على المقيد إذا اتحدا حكماً وسبباً، وعلى سبيل المثل قال المالكية، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص ١٠٧ (إذا اتحدا في الحكم والسبب فلا خلاف في أن يحمل المطلق على المقيد).

وكذا قال القرافي، شرح تنقيح الفصول؛ ص ٢٦٦، وفي مفتاح الوصول، ص ١٠٧ (فأمسا إن اتحدت - أي صورة التقييد - في السبب والحكم فلا خلاف أن يحمل المطلق على المقيد كقولسه ﴿لا نكاح إلا بولي وصديق وشاهدين﴾، وفي رواية أخرى (لا نكاح إلا بولي وصديق وشاهدين عدل)، فإنه يجب تقييد الشهود بالعدالة). تقدم تخريجه.

(٢) أي عند القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة، أما عند القائلين بها فيقيد المطلق بالمقيد كما لو كانا مثبتين. جمع الجوامع وشرحه.

(٣) سورة المائدة ٣.

مَسْفُوحاً^(١) أي سائلاً ومتحولاً من مكانه الأصلي إلى مكان آخر .
فالمطلق والمقيد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضراً بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي، لأنه كما ثبت في الطب الحديث يعتبر اخصب وسط لنمو الجراثيم، إضافة إلى أنه يحمل إفرازات سامة^(٢)، ولذلك اجتمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان المراد من الدم مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح، وان ما ورد في سورة الأنعام هو بيان لهذا المراد.
أما إذا لم يكن مسفوحاً بان يتعاطاه الإنسان مع اللحم والعظم أو بان يسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر كما هو المتبع في المستشفيات في الوقت الحاضر، فإنه ليس محرماً لأنه ثبت بالتجربة عدم مضرة الدم في هذه الحالة بل هو مفيد بحيث ينفذ حياة المريض أحياناً، والتحريم للمضرة، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً.

من تطبيقات هذه الصورة أيضاً في القانون الوضعي

ما جاء في م ١٢١ و م ١٣٤ من القانون المدني العراقي، حيث ورد التعبير في م ١٢١ مقيداً بقيد (الغبين الفاحش)^(٣)، فالتعريف هو استعمال الطرق الاحتمالية لإيقاع شخص في الغلط أو لاستمراره على الغلط الذي وقع فيه بقصد حمله على التعاقد، ولا يعتبر وحده عيباً مستقلاً ما لم يترتب عليه غبن فاحش، وهو مالا يدخل في تقويم المقومين.

ورود في م ١٣٤^(٤) مطلقاً عن هذا القيد، ولكن بما أن السبب في النصين واحد وهو التعرير، والحكم أيضاً واحد وهو كون العقد موقوفاً (غير نافذ) غير منتج للآثار من الحقوق والالتزامات، يحمل المطلق على المقيد ويعتبر التعرير

(١) سورة الأنعام ١٤٥.

(٢) الإسلام والطب الحديث، الدكتور عبد العزيز إسماعيل نقلاً عن الأستاذ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١.

(٣) م ١/١٢١ (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبناً فاحشاً، كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون) وبكفي التعرير وحده في القانون المصري م ١٢٥ المتأثر بالمصري الفرنسي م ١١٦. وفي القانونين سبب لعدم لزوم العقد وجواز ابطاله من المدلس عليه.

(٤) م ١/١٣٤ (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تعرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر، أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التعرير كما له ان يجيزه).

في هذه المادة أيضاً مقيداً بالغبن الفاحش. وبناء على ذلك لا يرد^(١) على المشرع العراقي إنه خرج في م ١٣٤ عن أصله في أن كلا من التغرير والغبن لا يعتبر وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، كما هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الغربي.

الصورة الثانية/ أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه

وحكم هذه الصورة اجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يرفع بالتقييد، ولعدم توافر أية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد.

ومن تطبيقات هذه الصورة

كلمة (يد) وردت في آية الوضوء لإقامة الصلاة مقيدة بقيد (المرافق) فسال سبحانه وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾^(١)، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢)، فهاتان الآيتان رغم ورودهما في سورة واحدة إلا أن كل واحدة منهما عالجت حكماً لا صلة له بالحكم الموجود في الأخرى، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد، وسببه التطهر لإقامة الصلاة، وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد، وإنما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف).

الصورتان الثالثة والرابعة

اختلف فيهما الفقهاء، فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيهما لعدم التعارض حتى يرفع بالحمل، في حين ذهب البعض إلى حمل المطلق فيهما على المقيد، كما في الصورة الأولى^(٤).

(١) قال أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم (الموجز شرح القانون المدني ٣٠٩/١) وبلاحظ على المادة المتقدمة م ١٣٤، أنها اعتبرت العقد موقوفاً للتغريب فقط، وكان يجب أن تنص على افتترانه بالغبن الفاحش، فالقانون المدني العراقي كما سبق أن رأينا لم يعتبر التغرير لوحده عيباً من عيوب الرضا.

(٢) سورة المائدة ٦.

(٣) سورة المائدة ٣٨.

(٤) على أساس أنه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط أو وحدة الحكم فقط. فسي المسودة لآل تيمية ص ١٤٤، (وحمل المطلق على المقيد إذا اختلف السبب واتحد جنس الواجب كتقييد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وإطلاقها في غيرها، وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية).

من تطبيقات الصورة الثالثة في القرآن الكريم

إطلاق الشاهد في شهود المدائنة وتقييده بالعدل في شهود الطلاق والرجعة، ففي المدائنة بدين مؤجل بعد أن أمر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله ﴿إِنِّي أَنبَأُ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَانَتْكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(١)، قال زيادة للتوثيق ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٢)، ولم يشترط ظاهراً أن يكون هذان الشاهدان عادلين، بل ترك الأمر مطلقاً فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين.

وفي سورة الطلاق بعد أن أمر أن يكون الطلاق وقت العدة أي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة، بان لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً بل تكون في طهر لم يعاشرها فيه قال تعالى ﴿إِنِّي أَنبَأُ الْنِسَاءَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣)، قال ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾^(٤) فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^(٥) أَوْ فَأَرْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^(٦) وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٧)، أمر بأن يكون الشاهدان عادلين، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق أو الرجعة، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المدائنة، فمن اعتبر في الاعتداد بشهادتهم العدل حمل المطلق في آية المدائنة على المقيد في آية الطلاق أو الرجعة سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور أم واجبة.

ومن الواضح أن السبب في كل من المطلق (شهود المدائنة) والمقيد (شهود الطلاق أو الرجعة) مختلف، ففي المطلق السبب هو المدائنة إلى أجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين الدائنين والمدائنين.

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) سورة البقرة ٢٨٢.

(٣) سورة الطلاق ١.

(٤) أي قارين من انقضاء العدة.

(٥) أي المراجعة بالمعروف.

(٦) أي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن أنفسهن.

(٧) سورة الطلاق ٢، والحاصل: ورد تقييد الشهود بالعدل في سورة الطلاق في قوله تعالى [واشهدوا ذوى عدل منكم] سورة الطلاق ٢، وورد مطلقاً في قوله تعالى [واستشهدوا شهيدين من رجالكم] سورة البقرة ٢٨٢. فالحكم في النصين واحد سواء كان وجوباً أو ندباً، ولكن السبب يختلف، فسبب الإشهاد في النص المقيد الإمساك بالمعروف أو التيسير بالاحسان بعد الطلاق الرجعي، وسببه في النص المطلق هو الدين المؤجل، فقال البعض كالإمام الأوزاعي (بحمل المطلق على المقيد) انظر فقه الإمام الأوزاعي، تحقيق د. عبد الله الجبوري ١/٤٩٥، فتح الباري، كتاب الظهار ٩/٥٤٠.

وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء^(١)، والرجعة كما قال البعض الآخر^(٢)، وحكمة اشتراط الاشهاد الا يقع بين الزوجين التجاحد، والا يتهم الزوج بامساكه دون علاقة زوجية، لئلا يدعي الباقي منهما على قيد الحياة بعد موت الآخر ثبوت الزوجية ليرث منه. والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الاشهاد كما قال البعض، وندبه كما قال الجمهور.

الصورة الرابعة

أن يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد، وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة، ويبدو ان أكثر الفقهاء يميلون إلى عدم الحمل وابقاء المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده دون ان يتأسر المطلق بالمقيد لاختلاف الحكم وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى يرفع بالحمل.

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الوجه واليدين إلى المرفقين عند اقامة الصلاة إذا وجد الماء زائداً عن حاجة الإنسان له، وفي حالة لا يضر استعماله بصحة الإنسان كما في ظرف الجو البارد، أو في حالة المرض أو عند وجود جرح أو كسر في اليد، وفي حالة وجود عذر من هذه الاعذار أمر بالتيمم، فقال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا

(١) اختلف الفقهاء في أمرين:

أحدهما: هل الإشهاد يرجع إلى الطلاق المذكور في صدر الآية أو إلى الرجعة المذكورة في قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ سورة الطلاق ٢. قال الجمهور (يرجع إلى الرجعة لأنها أقرب، والقيد إذا دار بين القريب والبعيد يحمل على القريب)، وقال فقهاء الجعفرية ومن وافقهم (القيد يرجع إلى الطلاق، والاشهاد ركن من أركانه). ففي الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٥٤/٢ (أركان الطلاق أربعة، الصيغة، المطلق، المطلقة والاشهاد على الصيغة). وفي تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٥٧/٨ في تفسير قوله تعالى ﴿لَوْ اشْهَدُوا ذُو عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، سورة الطلاق ٢. (أمر بالاشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق).

وثانيهما: اختلف القائلون بان الاشهاد للرجعة في انه شرط الصحة أو الأمر للاستحباب. قال القرطبي، المرجع السابق (فإن راجع من غير اشهاد ففي صحة الرجعة قولان للفقهاء) وقال أيضا (واختلف الناس، هل الشهادة فرض أو ندب، والصحيح انها ندب)، والذي ظهر لنا من المراجع المعتمدة ان الاشهاد واجب في احد قولي الأمام احمد وفي القول القديم للشافعي، الاعانة على فتح المعين ٢٩/٤، وندوب عند جمهور الفقهاء.

(٢) قال الجمهور في الرجعة (الاشهاد مندوب لجواز الرجعة بالفعل كالمعاشرة الجنسية أو التقبيل).

بِرُّعُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا^(١) فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ^(٢). ففي هذه الآية كما هو واضح قيد غسل اليد بان يشمل المرفق، بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الأمر مطلقاً، فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو إقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق.

• وبعد هذا العرض يمكن أن نستنتج الخلاصة الآتية :

إذا كان كل من الحكم والسبب واحداً في كليهما يجب حمل المطلق على المقيد، وإذا كان كل منهما مختلفاً في كليهما لا يجوز الحمل، وفيما عدا هاتين الصورتين يترك الأمر لتقدير القاضي. ولكن القاضي في بعض الحالات ملزم بحمل المطلق على المقيد رغم عدم اتحاد السبب والحكم إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك كما في م ٨ و م ٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي^(٣)، ففي م ٨ منع الولي من تزويج موليته منعاً غير مبرر بما هو جدير بالاعتبار يجعله عاصلاً، فيكون سبباً لانتقال الولاية إلى القاضي كما هو رأي فقهاء الشريعة^(٤). وفي م ٩^(٥) امتناع الولي يكون سبباً لعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى،

(١) أي تراباً نظيفاً

(٢) سورة المائدة ٦

(٣) لرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

(٤) نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة (إذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي أن يأن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، إذن القاضي بالزواج).

(٥) نص الفقرة الأولى والثانية من المادة التاسعة:

١- لا يحق لأي من الأقارب أو الإغيار إكراه أي شخص ذكرًا كان لم انثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الإقارب أو الإغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.
٢- يعاقب من خالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

فالسبب في النصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليتسه، والحكم فيهما مختلف لأنه في م ٨ انتقل الولاية إلى القاضي، وفي م ٩ حكم القاضي بالعقوبة، والمنع (أو الاعتراض) ورد في النص الأول مقيداً بقيد (غير جدير بالاعتبار)، ومفهوم مخالفته أن المنع إذا كان مبرراً بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية إلى القاضي، وبالتالي لا يحق له الأذن بالزواج، وورد المنع في النص الثاني مطلقاً عن هذا القيد، ورغم ذلك على القاضي أن يقيد به فلا يحق له أن يحكم بالعقوبة إذا كان المنع مبرراً بما هو جدير بالاعتبار، كأن يكون الزوج غير كفء للبت، أو أن الزواج يضر بمصلحتها أو بسمعة العائلة.

تكييف تقييد المطلق

اختلف الأصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد، هل هو بيان للمراد من المطلق، أو تأويل أو نسخ.

أ- قال الحنفية والشافعية (إذا تأخر المقيد عن العمل بالمطلق يكون ناسخاً) بل ذهب الحنفية إلى أبعد من ذلك فقالوا (إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وان لم يعمل به قبل النسخ).

ب- قال المالكية (التقييد تأويل^(١))، والتأويل هو العدول من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر).

ج- وقال جمهور الأصوليين (التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما أن التخصص بيان للعام، فالشارع إذا لم يرد بالمطلق إطلاقه يذكره في مجال آخر مقيداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيد أيضاً).

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام فقهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سننها؟.

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد - ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي - الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء وهذا يتأتى بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن - وهو دليل قطعي - بحديث الأحاد - وهو دليل ظني - واللازم باطل فذلك الملزوم.

(١) قال التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد).
قارن أصول السرخسي ١/١٢٨ وما بعدها.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الشاساني لاطلاق الأول.

ودليل البطلان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الأحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الأحاد إلى مرتبة القرآن، أو إزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الأحاد وكلاهما باطل، والمستلزم للباطل باطل.

والراجع في رأينا المتواضع: أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن

بزيادة في حديث الأحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

١- النسخ إلغاء وحي سابق بوحى لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.

٢- الزيادة تجتمع مع المزيد عليه وتقتزن به، في حين أن الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقتزمان.

٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب أن يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَعَبُدُوا رَبَّكُمْ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١)، لم يقصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك اصسبحا من المجمل فبينهما الرسول ﷺ^(٢).

(١) سورة الحج ٧٧
(٢) عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلي، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال (ارجع فصل فانك لم تصل)، فرجع فصلي كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال (ارجع فصل فانك لم تصل)، فقال والذي بعثك بالحق ما احسن غيره، فعلمني، فقال إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالسا، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم افعل ذلك في الصلاة كلها). متفق عليه، نيل الأوطار ٢/٢٩٤.

المبحث الثاني

العام وصيغته، والتخصيص وأنواعه

نتناول دراسة الموضوع في مطلبين زيادة للإيضاح.

المطلب الأول

العام وصيغته

العام في اللغة بمعنى الشامل، يقال مطر عام أي شامل.

وفي اصطلاح الأصوليين عرف بتعريفات مختلفة في التعابير^(١) ولكنها متفقة على مضمون واحد وهو أن العام : (لفظ^(٢)) موضوع لمعنى واحد ، بحبيث يشمل جميع ما من شأنه أن يندرج تحته من الافراد دفعة واحدة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)، ورغم أن علماء الاصول ارادوا بالعام ما ذكرنا، إلا أن تعريفاتهم له اقتصرت على تعريف العموم اللغوي، ولم يتطرقوا للنوعين الآخرين (العرفي والعقلي) إلا بالمناسبات وفي غير محلها كما في عموم المقتضى ومفهوم الموافقة وعموم العلة، ولذا فإن التعريف الذي اقترح أن يؤخذ به هو: (أن العام هو ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغة أو عرفاً أو عقلاً).

(١) ومن هذه التعريفات ما ورد في المراجع الأصولية التالية:

قال ابن السبكي، جمع الجوامع وشرحه ١٣٩٨/١ (العام لفظ يستغرق الصالح له). وقال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول ١/ق٢، ص٥١٣ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد). وقال الشاشي أصول الشاشي، ص٣ (العام كل لفظ ينتظم جمعا من الافراد، اما لفظاً كقولنا مسلمون، واما معنى كقولنا [من وما])، وقال الحلبي، مبادئ الوصول الى علم الأصول، ص ١٢٠ (العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد)، وهذا نفس تعريف الرازي. وقال الباجي، احكام الفصول في احكام الأصول، ص٤٨ (العام استغراق ما تناوله اللفظ). وقال الحسين - العالم الأصولي الزيدي -، هداية العقول الى غاية السؤل في علم الأصول ١٩٤/٢ (العام الكلمة الدالة دفعة على جميع ما تصلح له بوضع واحد). وقال ابن همام الدين، التحرير في أصول الفقه، ص٦٢ (العام ما دل على استغراق مفهوم). وقال بهادر، حصول المأمول من علم الأصول، ص٨٧ (العام اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة واحدة). وغير ذلك من مئات التعريفات التي لا فائدة في نقلها.

(٢) أي غالباً وإلا فقد يأتي العموم من غير لفظ كعموم المفهوم، في المسودة لأن تيممه، ص٩٧ (لأصحابنا في ذلك ثلاثة أوجه: أحدها: انه من عوارض الالفاظ فقط، والثاني: من عوارض اللفظ والمعنى الذهني، والثالث: من عوارضهما مطلقاً -سواء كان المعنى ذهنياً أو خارجياً- وهو أصح).

أقسام صيغ العموم:

تنقسم صيغ العموم إلى أقسام متنوعة باعتبارات مختلفة أهمها ما يلي:

أولاً - من حيث مصدر دلالتها على العموم

تنقسم إلى اللغوية والعرفية والعقلية^(١)

١- العام اللغوي: لفظ وضع لمعنى (قدر) مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً والأصناف إن كان نوعاً والإفراد إن كان صنفاً والأجزاء إن كان كلاً.

ومن الصيغ الدالة على العموم على أساس الوضع اللغوي: (كل وجميع وكافة وعامة وقاطبة ومعشر ومعاشر والرجال والنساء والأموال والأزمنة والأمكنة والمجرمون) وغير ذلك من الألفاظ التي حين وضعها أهل اللغة العربية راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، ومنها أسماء الشرط والموصولات.

٢- العام العرفي: هو لفظ نقله أهل العرف الشرعي والقانوني أو غيرهما من معناه اللغوي واستعمله في معنى اعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية. ومن الصيغ الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتَدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٣)، وقوله تعالى

(١) قال الإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج ٢/١، ص ٥١٦ (المفيد للعموم العام أما أن يفيد لغة أو عرفاً أو عقلاً، أما الذي يفيد لغة فاما أن يفيد على الجمع أو على البذل، والذي يفيد على الجمع فاما أن يفيد لكونه اسماً موضوعاً للعموم، أو لأنه اقترن به ما اوجب عمومته... إلى اخره). لمزيد من التفصيل راجع هذا المرجع الذي يعتبر من أهم المراجع الأصولية المعتمدة.

وفي شرح جمع الجوامع وشرحه ٤١٥/١ (قد يعم اللفظ عرفاً كالفحوى - مفهوم الموافقة بقسميه الأولى والمساوي- نحو ﴿فَلَا تَقُلْ لِهَذَا عِلْمًا﴾، سورة الإسراء ٢٣، و﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ﴾، سورة النساء ١٠. قبل نقلهما العرف إلى تحريم جميع الإيذات والاتلافات، ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْوَالُهُمْ﴾، سورة النساء ٢٣. نقله العرف عن تحريم العيين السبي تحريم الاستمتاع المقصودة من النساء). وفي مسلم الثبوت وشرحه ٦٨٥/١، وإذا عطل الشارع حكماً جعله بان يقول الخمر حرام لانه مسكر عم في ما يوجد فيه تلك العلة بالقياس لا بالصيغة ومن الواضح أن القياس عملية عقلية.

(٢) سورة النساء ١٠.

(٣) سورة البقرة ١٨٨.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، فمادة (أكل) في هذه الآيات وغيرها معناها اللغوي واضح ولكن لسم يرد الشارع هذا المعنى اللغوي، وإنما أراد ما هو أعم منه بحسب العرف وهو أن كل إتلاف لمال الغير وحقه وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي حرام على الإنسان كحرمة الأكل بالمعنى اللغوي بدون إذن صاحبه وبدون حق.

٣- العام العقلي: وهو دوران الحكم مع علته وجوداً وهدماً، ومن صديقه كلمة (أف) في قوله تعالى ﴿فَلَا نَقُلْ لَهُمَا أَفٌ وَلَا نَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^(٢)، وهذه الكلمة تنبئ لغة عن التضجر والاستئثار أو صوت ينشأ عن ذلك، ولكن الله لم يرد هذا المعنى اللغوي عند أكثر علماء الأصول^(٣)، إنما أراد ما هو أعم منه عقلاً وهو كل تصرف قلبي أو فعلي من الولد يؤذي قلب والديه ويعتبر تجاوزاً منه حدود الاحترام والتكريم لهما، وجدير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من باب العموم العقلي، والصيغ الدالة على العموم عقلاً هي التي تنبئ عن علل أحكامها، فتدل دلالة عقلية على العموم أي على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وهدماً، وهذا العموم يكون عادة في المجالات التي يجري فيها القياس^(٤)، فكل من القياس ومفهوم الموافقة والعام العقلي يعطي معنى واحداً وهو أن الحكم يتحقق متى تحققت العلة. ومن القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم يطبق في كل مجال تتحقق فيه علته ويوقف العمل به إذا تخلفت العلة، فهذا العموم يؤخذ من النص عن

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) سورة الاسراء ٢٣.

(٣) وحمل البعض لفظ (أف) على المعنى اللغوي المذكور وقاس عليه غيره من كافة التصرفات المؤنسية الأخرى في التحريم بجامع علة مشتركة وهي الإيذاء والاخذ بالعموم العقلي أفقه من القياس.

(٤) فالمراد بالذهب والفضة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا ينفقونها في سبيل الله فيشربهم بعذاب اليم﴾ سورة التوبة ٣٤، هو كل عملة ورقية ومعدينية حلست محلها في التعامل الدولي والداخلي واكتسبت القوة الشرائية، ووجه هذا العموم أن عقل المجتهد أو القاضي يستنبط من هذه الآية الكريمة أن علة تحريم الكنز هي المضرة الاقتصادية والاجتماعية التي تلحق بالمصلحة العامة في المجتمع بسبب الكنز، ولا يختلف الذهب والفضة عن غيرهما من كل عملة متداولة في جميع دول العالم في هذه العلة. ومن الجدير بالذكر أن العموم في مثل هذه المسألة يرجع الى القياس عند بعض أو الى مفهوم النص عند بعض، وكل من هذين الاتجاهين يرجع الى العموم العقلي، لأن العقل يدرك العلة ويقضي بعموم الحكم أياً كانت التسمية. في التحرير لابن همام، ص ٩٤ (إذا علل - أي الشارع - حكماً عم في مجالها بالقياس، وقيل بالصيغة).

طريق العقل المستند إلى هذه القاعدة العامة^(١).

ثانيا - من حيث هياتها وتركيبها

تنقسم صيغ العموم اللغوي إلى عام بصيغته ومعناه وإلى عام بمعناه دون بصيغته^(٢).

١- العام بصيغته ومعناه: هو كل ما كان لفظه من صيغ الجمع^(٣)، سواء أكان جمع مذكر سالم^(٤) أم جمع مؤنث سالم^(٥) أم جمع تكسير^(٦)، وسواء أكان جمع

(١) اختلف الأصوليون في أن العموم هل هو صفة الالفاظ أو المعاني أو كليهما أو لا يوصف به أي منهما، ويمكن تلخيص الخلاف في الآتي:

أ - ذهب جمهور الأصوليين إلى أن: (العموم من صفات الالفاظ وتوصف به حقيقة، ولا توصف به المعاني إلا مجازاً)، ورغم ذلك بنوا انصاف اللفظ بالعموم على أساس معناه الذي يشترك كثيرون فيه أي مشترك معنوي.

ب- وقال البعض: (هو من صفات الالفاظ والمعاني معاً، فكما يصدق لفظ عام يصدق معنى عام، فالعموم مشترك معنوي بينهما -موضوع للشمول- أو مشترك لفظي موضوع لكل منهما).

ج- وقال البعض: (لا يوصف به أي منهما لا حقيقة ولا مجازاً). فقالوا عنه: هذا القول ساقط وشاذ. جمع الجوامع وشرحه ٤٠٣/١، هداية العقول ١٩٩/٢.

تقويم هذه الخلافات: هي خلافات عقيمة أساسها عدم وجود تعريف دقيق جامع شامل لجميع أنواع العموم كما ذكرنا. ثم أن هذا الخلاف لفظي أن لم يقصد به العموم اللغوي فقط لأن العموم في صيغ الجمع الدالة على العموم لغة صفة الالفاظ والمعاني معاً، وفي غير صيغ الجمع أو ما في معناه مثل: (من وما) صفة المعاني وكذا في العموم العرفي، وأما في العموم العقلي فليس صفة لا للالفاظ ولا للمعاني وإنما هو صفة العلية ودوران الحكم، فليس هذا قولاً شاذاً كما قالوا.

وإن كان محل الخلاف واحداً كالعموم اللغوي في الصيغ اللغوية كماً هو ظاهراً من تعريفاتهم، فالخلاف لا يتسم بالدقة والواقعية. وهذه الخلافات الأصولية وأمثلة رغم كونها من دقائق الأفكار ومن مشحذات الأذهان ومن التعمق في المعاني والمباني، إلا أنها عملياً الانتسغال بها من ضياع الوقت الغالي في حياة الإنسان الفاني.

(٢) في كشف الأسرار مع أصول البردوي ٣٠٩/١ (الفاظ العموم قسمان، عام بصيغته ومعناه، وعام بمعناه دون بصيغته، أما العام بصيغته ومعناه فهو صيغة كل جمع مثل الرجال والنساء والمسلمين، أما بصيغته فموضوع للجمع، وأما معناه فلكذلك، وذلك شامل لكل ما ينطلق عليه، وأدنى الجمع ثلاثة، وأما العام بمعناه دون بصيغته فأنواع... إلى آخره)، راجع هذا المرجع المعتمد لمزيد من التفصيل.

(٣) في البرهان لآمام الحرمين ٤٣٩/١ (قل الجمع ثلاثة)، وهذا المذهب يعزى إلى ابن عباس وابن مسعود والأخوان عند ابن عباس لا يجيبان الام من الثلث إلى السدس لأن المذكور في كتاب الله (الأخوة)، فقال الله تعالى ﴿فإن كان له أخوة فلامه السدس﴾ سورة النساء ١١، وقال بعض الأصوليين (قل الجمع اثنان)، وبه أخذ جمهور الفقهاء.

(٤) جمع المذكر السالم: (ما دل على أكثر من اثنين من العقلاء أي ممن هو أهل للعقل ولو كان مجنوناً بإضافة أو ونون رفعاً وياء ونون نصباً وجرأ، ولم تتغير صورة مفردة مثل مجتهدين ومجتهدين).

(٥) جمع المؤنث السالم هو: (كل اسم مجموع بزيادة الف وتاء في آخره ولم تتغير صورة مفردة، مثل طالبات).

(٦) جمع التكسير هو: (ما دل على أكثر من اثنين وتغيرت صورة مفردة عند الجمع مثل رجال).

التفسير جمع القلة أم جمع الكثرة^(١)، فالعموم في هذه الصيغ صفة الألفاظ والمعاني معا.

٢- العام بمعناه دون صيغته: عبارة عما عدا صيغ الجمع من الأسماء التي تفيد العموم لذاتها أو لغيرها، مثل الأسماء الموصولة وغيرها مما يأتي بيانها في التقسيم الآتي. فالعموم في هذه الصيغ وأمثالها وفي العموم العرفي صفة المعاني.

وأما في العموم العقلي ليس صفة للألفاظ ولا للمعاني وإنما في صفة العلة ودوران الحكم معها.

ثالثاً - من حيث الاستعمال

تنقسم صيغ العموم إلى ثلاثة أقسام:

١- قسم يستعمل لذوي العقول (الإنسان) ولا يستعمل لغيرهم إلا قليلاً^(٢)، ومن هذا القسم (من) و(الذين) و(اللاتي)، كما في قوله تعالى ﴿مَنْ عَمَلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٤)، وقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾^(٥)، وكما في (م ٤٧) من قانون العقوبات العراقي: (بعد فاعلاً للجريمة من ارتكبتها وحده أو مع غيره)، وقد يستعمل لفظ (من) للعاقل وغيره معا كما في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾^(٦).

٢- قسم يستعمل لغير ذوي العقول أي للكائنات الحية ما عدا الإنسان وللجمادات، ولا يستعمل لذوي العقول إلا قليلاً^(٧)، مثل (ما) كما في قوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي

(١) جمع التفسير قسمان: جمع القلة هو: (ما دل على عدد من ثلاثة إلى تسعة)، وجمع الكثرة مثل أنهر وهو: (ما دل على عدد من ثلاثة إلى ما لا نهاية). راجع الشامل، معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها، ص ٣٥١ و ٥١٨.

(٢) كما في قول الشاعر:

أسسرب القطا هل من يعير جناحه لعلي الى من قد هويت اطيير
والهمزة في هذا البيت للنداء، والسرب: التقطيع من كل شيء، والقطاة: جمع قطا وهو طائر بحجم الحمام.

(٣) سورة فصلت ٤٦.

(٤) سورة البقرة ٢٣٤.

(٥) سورة النساء ٣٤.

(٦) سورة الرعد ١١٥.

(٧) كما في قوله تعالى ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلِي وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ﴾ سورة النساء ٣.

خلق لكم ما في الارض جميعاً^(١). وكما في (م ١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي: (على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المؤجر أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه).

٣- قسم يستعمل لذوي العقول وغيرهم من الكائنات مثل (أي) و(كل) و(جميع)، ومن استعمال (أي) لذوي العقول قوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾^(٢)، ومن استعمالها لغير ذوي العقول قوله تعالى ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾^(٣)، وقد وردت كلمة (أي) لكليهما في (م ١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي: (لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر)^(٤).

رابعاً - من حيث الظرفية والحال

- أما لعموم الزمان، مثل: متى ومتى ما
- أو لعموم المكان، مثل: أين وأينما
- أو لعموم الأحوال، مثل: كيف وكيفما.

خامساً - من حيث ذاتية وعرضية الصيغ في الدلالة على العموم

تنقسم إلى الدالة على العموم لذاتها، وإلى الدالة لغيرها:

القسم الأول - الصيغ التي تدل على العموم لذاتها

الصيغ التي تدل على العموم لذاتها كثيرة ومنها أسماء الشرط والأسماء الموصولة والأسماء المؤكدة:

(١) سورة البقرة ٢٩. في الأحكام للامدي ٥٥/٢ (صيغ العموم اما عامة فيمن يعقل وما لا يعقل جمعا وافرادا). ومن الجدير بالإشارة أن كلا من (من) و (ما) يستعمل للمذكر والمؤنث والجمع والتثنية والمفرد.

قال ابن مالك: ومن وما وأل تنسوي ما ذكر وهكذا ذو عند طي قد شهر

(٢) سورة الملك ٢.

(٣) سورة لقمان ٣٤.

(٤) فكلمة (أي) في هذه المادة تارة استعملت لذوي العقل وهو أحد الزوجين وأخرى لغيره وهو الإجراء.

١- أسماء الشرط: هي التي تتضمن معنى الشرط وهي تنقسم إلى: اسم مسبهم، وظرف زمان وظرف مكان.

أ- من أسماء الشرط المبهمة الدالة على العموم لذاتها (من)^(١) و(مسا)^(٢) الشرطيتان^(٣)، كما في قوله تعالى ﴿مَنْ يَعْمَلْ سِوَاءَ يَجْزَ بِهِ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ﴾^(٥)، وكما في (م ٥٠٥) من قانون العقوبات: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

ب- أسماء الشرط لعموم الزمان مثل (متى).

ج- أسماء الشرط^(٦) لعموم المكان مثل (أينما)، كما في قوله تعالى ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشِيدَةٍ﴾^(٧).

د- وقد تأتي أسماء الشرط لعموم الأحوال كما في قوله تعالى ﴿لَكُمْ فَأْتُوا حُرَّتْكُمْ أَنْتُمْ سَبْتُمْ﴾^(٨)، أي كيف سبتم في جميع الأحوال^(٩)، وليس

(١) في البرهان لإمام الحرمين ٣٦٠/١ (من من الالفاظ المبهمة وهي إحدى صيغ العموم في اقتضاء الاستغراق إذا وقع شرطا، ويتناول الذكور والاناث، وذهب الى هذا اهل التحقيق من ارباب اللسان والاحوال، ولا خلاف أن (من) إذا اطلق مبهما شرطا لم يختص بذكر أو انثى وجمع أو وحدان، وهذا مستمر في الالفاظ الشرعية والفاظ المتصرفين في الطسول والعقود والايمان والتعليقات، وهو الجاري في نظم ذوي العادات). متفق عليه في وضع اللغات.
(٢) فعندئذ يجزم كل منهما فعيلين على أساس أن احدهما شرط والآخر جواب شرط.
(٣) سورة البقرة ١٢٣.

(٤) سورة البقرة ١٩٧.

(٥) في المسودة لآل نيميه، ص ١٠١ (من اعلى صيغ العموم الاسماء التي تقع ادوات في الشرط. وهي تنقسم الى ظرف زمان ومكان واسم مبهم يختص بمن يعقل، واسم يختص بمن لا يعقل، فكل اسم وقع شرطا عم مقتضاه، فإذا قلت (من اتاني اكرمه) عم كل أنت من العقلاء، وإذا قلت (متى جئت اكرمتك) عم كل زمان، وإذا قلت (حيثما أتيتني اكرمتك) عم كل مكان. وقال الأشموني على الفيه ابن مالك ١٠/٤ (اسماء الشرط في لحاق ما ثلاثة أنواع، نوع لا يجزم الا مقترنا بها وهو حيث وإذا، ونوع لا يلحقه ما وهو: من وما ومهما وأنى، ونوع يجوز فيه الامران وهو أي ومتى وابن وأبان).

(٦) سورة النساء ٧٨.

(٧) وكما في قول الشاعر: مهما يكن عند امرئ من خليفة وان خالها تخفى على الناس تعلم فعل (يكن) هنا تامة، (خليفة) أي طبيعة.

(٨) سورة البقرة ٢٢٣.

(٩) أي قياما وقعودا أو اضطجاعا ومن الخلف في قبلها لا في دبرها، فهذا الذي اجمع علماء المسلمين عليه، لكن اشنبه الامر على بعض الناقلين فخلط عليهم الغلط ايقح الغلط وايقحه،

لعموم المكان بدليل كلمة (حرب)، وبدليل الآية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى ﴿فَاعْتَرَلُوا نِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾^(١).

٢- الأسماء الموصولة^(٢): الموصولات من صيغ العموم سواء كانت الصيغة على هيئة الجمع أو النثنية أو المفرد، ومن هذه الصيغ:

أ- من: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تكون موصولة مفيدة للعموم^(٣) كما في قوله تعالى ﴿فَأَمَّا مَنْ طَغَى * وَأَنْتَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا * فَاِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى * وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى * فَاِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى﴾^(٤)، وكما في القاعدة القانونية: (الدولة وارثة لمن لا وارث له).
ب- ما: وهي كما تكون اسم شرط تفيد العموم كذلك تفيده إذا كانت موصولة كما في قوله تعالى ﴿كَلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ فَيَحِلَّ عَلَيْكُمْ غَضَبِي﴾، وكما في (م ٣/١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (يسدون

وفسره يعمل قوم لوط. وقد قال تعالى ﴿فَاتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ سورة البقرة ٢٢٢. فما جاء في كتاب اختلاف الفقهاء للطبري من أن الشافعي اباح اللواط مع الزوجة خطأ وغلط وسوء فهم.

(١) سورة البقرة ٢٢٢.

(٢) قال ابن مالك:

موصول الاسماء الذي الانثى	التي، والياء إذا ما ثنيا لا تثبت
بل ما تليه أو له العلامة	والنون أن تشدد فلا ملامة
والنون من ذين وتين شسدا	أيضاً وتعويض بذلك قصدا
جمع الذي الالي الذين مطلقا	وبعضهم بالواو رفعا نطقا
باللاء والانثى التي قد جمعا	واللاء كسالذين نزرأ وقعا
ومن وما وأل تساوى ما ذكر	وهكذا ذو عند طسي قد شهر

(٣) وهي ترد شرطية كما ذكرنا، واستفهامية وموصولة ونكرة موصوفة. وفي المسودة، المرجع السابق، ص ١٠٠ (فكل اسم معرفة ذي افراد يفيد العموم فيندرج فيه العلم الجنسي والاشارة الى عدد، والمضمرات الجامعة والموصولات والمعرفات باللام والاضافة من الجموع واسماء الجموع).

(٤) سورة النازعات ٣٧-٤١. ومن الجدير بالذكر أن اكثر الاسماء الموصولة تعسم الذكور والاناث، وكذلك كل لفظ عام لا يخص الرجال فقط أو النساء فقط يعم الجميع. قال الرازي، المخصول ٥٩٩/١ (اللفظ الذي يتناول المذكر فقط، أو المونث فقط لا يشمل الاخر، فلفظ الرجال لا يشمل الاناث، كما أن لفظ النساء لا يشمل الذكور الا بقريئة، وما عدا ذلك يشمل ما لم تكن قريئة على خلافه مثل: من وما).

ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إيهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج).
 ج- (أي) و(أية)^(١) كما في قوله تعالى ﴿أبَاؤَكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا﴾، وقوله تعالى ﴿أَنَا جَعَلْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ زِينَةً لَهَا لِنَبْلُوَهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾^(٢). وكما في (م/٤٧/٣) من قانون العقوبات (بعد فاعلاً للجريمة من دفع باية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب)، و (م/٤٨/٣) (بعد شريكاً في الجريمة من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة، مع علمه بها أو ساعده عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها).

د- وغير ذلك من بقية الأسماء الموصولة وهي تفيد العموم لذاتها ما لم يقم دليل على خلاف ذلك^(٣). وكما في (م ٨٥٤) من القانون المدني (يجوز للمستعير أن يودع العارية في كل موضع يملك فيه الإعارة، فإن هلكت عند الوديع بلا تعديه فلا ضمان، ولا يجوز له الإيداع في جميع المواضع التي لا يملك فيها الإعارة، فإن أودعها فهلكت عند الوديع فعلى المستعير ضمانها)^(٤).

(١) أي يفتح الهمزة وتشديد الباء، تستعمل للمذكر والمؤنث والمفرد والجمع وذو العقل وغيره، مثل ما قال ابن مالك:

أي كما وأعربت ما لم تضيف وصدر وصلها ضمير انحذف

أي ترفع بالضم وتنصب بالفتحة وتجر بالكسرة حسب المقام، أما إذا أضيفت وحذف الضمير الموجود من صلته تكون مبنية، وهي من الأسماء المبهمة يزيل غموضها وإيهامها تشديداً، المضاف إليه وصلته.

(٢) سورة الكهف ٧.

(٣) يرى البعض كالسمرقندي، ميزان الأصول، ص ٢٧٣ (أن الأسماء الموصولة - التي تسمى الأسماء المبهمة - لأنها لا تفهم بذواتها وإنما تفهم بصلاتها، تكون عامة بغيرها أي بصلاتها وعلى سبيل المثال قول رسول الله ﷺ: (من دخل دار أبي سفيان فهو آمن)، أخرجه أبو داود، باب ما جاء في خبر مكة ١٦٠/٣، إنما يعم بعموم صلته وهي الدخول فكانه قال: (الداخل في دار أبي سفيان آمن).

(٤) في هذه المادة ثلاث صيغ للعموم وهي: (كل موضع) و(فلا ضمان) و(جميع المواضع).

٣- الأسماء المؤكدة: مثل (جميع واجمع وأجمعون و جمعاء واكتع وكافة وقاطبة وكل).

ومن الجدير بالذكر أن الأصوليين فرقوا بين هذه الصيغ الثلاث: (كل، جميع، من) - رغم اتفاقهم على أنها تفيد العموم - بالميزات الآتية:
أولاً- كلمة (كل) تفيد العموم والإحاطة على سبيل الأفراد، فإذا أُضيفت إلى النكرة توجب العموم فيها بإحاطة أفرادها كما في (م ١/١٥٧) من قانون العقوبات (يعاقب بالإعدام كل مواطن التحق بأي وجه بصفوف العدو أو القوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع العراق). أي كل فرد من أفراد المواطنين ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك. وكما في (م ٨٠) في المدني الأردني: (كل شهادة تضمنت جر مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد)، وإذا أُضيفت إلى المعرفة تفيد عموم الأجزاء، كان يقال (كل الكتاب مطلوب في الامتحان) أي كل جزء من أجزائه وكل موضوع من مواضيعه^(١).

ثانياً- صيغة (جميع) عامة مثل (كل) إلا أنها توجب العموم والإحاطة بصفة الاجتماع قصداً دون الأفراد، كأن يقال: (على جميع العراقيين الدفاع عن بلدهم) أي عليهم القيام بهذا الواجب على سبيل الاجتماع لا على سبيل الأفراد.
ثالثاً- لفظة (من) تفيد العموم دون أن يؤخذ بنظر الاعتبار الأفراد أو الاجتماع، فالقاضي يحكم على القاتل المتعمد المتعدي بالسجن المؤبد أو المؤقت وفسق (م ٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) سواء ارتكب القتل وحده أم مع شريك آخر، فصفة الانفراد أو الاجتماع لا تؤثر لها على أصل العقوبة ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك، ويترتب على اختلاف هذه الصيغ الثلاث للعموم في الميزات المذكورة الاختلاف في بعض الآثار المترتبة على استعمال إحداها دون الأخرى، وعلى سبيل المثال:
أ - إذا قال قائد معركة لعشرة (مثلاً) من جنوده: (كل من احتل منكم الموقع كذا للعدو أو لأقله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فالمكافأة تكون للأول، وإذا احتلوه معاً دون التعاقب يستحق كل واحد منهم عشرة آلاف، لأن لفظ (كل) تفيد العموم على سبيل الأفراد، فيوجب تناول كل واحد على الأفراد كأنه ليس معه غيره.

(١) لفظ كل في اللغة وضعت للاحاطة، فإن دخل على النكرة يحيط بجميع الأفراد مسن جنسها وهي تستلزم العموم، وإذا دخل على المفرد المعرف يقتضي إحاطة الأجزاء فيوجب عموم أجزائه لا عموم الأفراد.

ب- وإذا قال لهم: (جميع من احتل منكم هذا الموقع أولاً فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب فالمبلغ للأول منهم، وإذا استولوا عليه معاً وزع بينهم المبلغ بالسوية فلكل واحد منهم ألف دينار، لأن لفظ (جميع) يفيد العموم على سبيل الاجتماع دون الأفراد فيصير باعتباره جميع الداخلين كشخص واحد في أنهم أول فلهم المبلغ بالاشتراك والمساواة.

ج- وإذا قال لهم: (من احتل منكم أولاً هذا الموقع للعدو فله عشرة آلاف دينار)، فإذا احتلوه على التعاقب يكون المبلغ للأول، وإذا احتلوه معاً فلا يستحقون شيئاً، لأن كلمة (من) بدون (كل) لا توجب الإحاطة مطلقاً لا على سبيل الأفراد ولا على سبيل الاجتماع^(١).

القسم الثاني- الصيغ التي تفيد العموم بغيرها

ما ذكرناه من الصيغ كانت دلالتها على العموم لذاتها، وهنا صيغ أخر تفيد العموم بواسطة ما ينضم إليها من (أل) الاستغراق، أو الإضافة إلى المعرفة أو الوقوع في حيز النفي أو النهي أو الشرط أو وصف عام أو غير ذلك، ومن هذه الصيغ ما يلي:

أ- الجمع المحلى بال الاستغراق سواء كان جمع مذكر سالم أو جمع مؤنث سالم أو جمع تكسير، ومن جمع المذكر السالم صيغ (الكاظمين، العاقين، المحسنين) في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَنْفَقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاطِمِينَ الْغَيْظِ وَالْعَاقِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٢)، ومن المؤنث السالم (المحصنات) في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْتَبَاهُنَّ جَمْعًا﴾^(٣)، ومن جمع التكمير (الرجال والنساء) في قوله تعالى ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ

(١) لمزيد من التفصيل، راجع كشف الاسرار مع أصول اليزدوي ٣٢٨/٢-٣٣٠. وفي شرح افاضة الانوار على متن أصول المنار للشيخ علاء الدين الحصفي مع سمات الاسرار لابن عابدين، ص ٥٦ (وكل عامة بمعناها لأنها للاحاطة ولكن على سبيل الأفراد فيتناول كل فرد اصالة، وإذا وصلت كل بما المصدرية اوجبت الأفعال، وكلمة (الجميع) توجب احاطة الافراد على سبيل الاجتماع).

وفي أصول السرخسي ١٥٨/١ (وكلمة الجميع بمنزلة كلمة كل في انها توجب الإحاطة، ولكن على وجه الاجتماع لا على وجه الافراد، حتى لو قال: (جميع من يدخل منكم الحصن او لافله كذا)، فدخل عشرة مع استحقوا نفلاً واحداً، بخلاف قوله: (كل من دخل)، لأن لفظ (الجميع) للاحاطة على وجه الاجتماع، وهم سابقون بالدخول على سائر الناس وكلمة (كل) للاحاطة على وجه الافراد، فكل واحد منهم كالمفرد بالدخول سابقاً على سائر الناس ممن لم يدخل).

(٢) سورة آل عمران ١٣٤.

(٣) سورة النور ٤.

الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَالنِّسَاءَ نَصِيبًا مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرًا نَصِيبًا مَفْرُوضًا»^(١).

ولقد تضمنت (م ١١١٥) من المدني العراقي الأنواع الثلاثة (البحيرات، الأنهر، المجاورين)، فنصت على أن [الأرض التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر تكون ملكا خاصا للدولة، وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل]، وغير ذلك من الأمثال^(٢).

ب- الجمع المضاف إلى المعرفة مثل (أولادكم) في قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾^(٣)، ومثل (أموال الغائب) في (م ٩٧)^(٤) [تعداد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره].

ج- الصفة المعرفة بال الاستغراق مثل (الزانية والزاني) في قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٥)، ومثل (السارق والسارقة) في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٦). ومثل (الحاكم) في قول الرسول ﷺ : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران)، وغير ذلك.

د- المفرد المضاف إلى المعرفة مثل (مطل الغني) في قول الرسول ﷺ : (مطل الغني ظلم)^(٧)، ومثل (نفقة الزوجة) في (م ١/٢٤)^(٨): [تعتبر نفقة الزوجة غير

(١) سورة النساء ٧.
(٢) في النزهة للسنوي، ص ٣١٠ (الجمع إذا كان مضافا أو محطى بال التي ليست للعهد يعم عند جمهور الأصوليين إذا لم تقم قرينة على عدم العموم). وفي التبصرة، ص ١١٨ (اسماء الجموع إذا تجردت عن الالف واللام لم تقتض العموم). وتأتي آل للمعاني التالية:
للاستغراق كما في الأمثلة المذكورة وللعهد الذكري - كما في الرسول ﷺ - في قوله تعالى (كما أرسلنا إلى فرعون رسولا * فعصى فرعون الرسول)، سورة المزمل ١٥-١٦، وللعهد الذهني مثل (جاء القاضي) إذا لم يكن هناك الاقاضي واحد، وللماهية والحقيقة مثل (الذهب خير من الفضة).

(٣) سورة النساء ١١.

(٤) رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

(٥) سورة النور ٢.

(٦) سورة المائدة ٢٨.

(٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢. وفي رواية (لي الوجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)، أي يجيز ذكره بما يدل على الذم وعقوبته الى حبسه. أخرجه الإمام أحمد من حديث عمرو بن الشريد ٢٢٢/٤.

(٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق^(١).
هـ- النكرة إذا وقعت في إحدى الحالات الآتية^(٢) :

- ١- إذا وقعت في حيز النفي^(٣) مثل: (ضرر، ضرار، نكاح، وصية) في هذه الأحاديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(٤)، (لا نكاح إلا بولي)^(٥)، (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(٦)، ومثل (جريمة، عقوبة) في (م ٢١/ب) من الدستور العراقي المؤقت: [لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون].
- ٢- إذا وقعت في حيز النهي مثل (قوم، نساء) في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾.
- ٣- إذا وقعت في حيز الشرط^(٧) مثل (فاسق) في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾^(٨)، في هذا النص القرآني توجيه مهم إلى المحققين والقضاة،

(١) في روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١١٦ (الفاظ العموم خمسة، الأول كسل اسم عرف بالالف واللام لغير المعهود، وهي ثلاثة أنواع، الأول الفاظ الجموع والثاني أسماء الاجناس، وهو ما لا واحد له من لفظه كالناس والحيوان والماء. والثالث لفظ الواحد كالسارق والسارقة والزاني والزانية، وفي القسم الثاني: من الفاظ العموم ما اضيف من هذه الأنواع الثلاثة إلى معرفة، والقسم الثالث: أدوات الشرط كمن فيمن يعقل، وما فيما لا يعقل، وأي في الجميع، وابن واين في المكان، ومتى في الزمان ونحوه... والقسم الرابع: كل وجميع. وفي القسم الخامس: النكرة في سياق النفي)، في قواعد العلاني ٢٦٨/١ (الاسم المحلى بال والمضاف والمفرد والمضاف للعموم في الاصح).

(٢) التذكير في غير الحالات المذكورة يفيد التوحيد، فتتوین نكرة لا تدل على ما زاد على واحد، فقال (رايت رجلا).

(٣) في التمهيد، ص ٣١٨. النكرة في سياق النفي تعم سواء باشرها النفي مثل (ما احد قائما)، أو باشرها عاملها مثل (ما قام احد)، وسواء كان النافي (ما) أو (لم) أو (لن) أو (ليس) أو غيرها، وأن الاسم إذا كان مبنياً على الفتح كان نصاً في العموم مثل (لا احد في الدار). وفي المحصول للرازي، ٥٦٤/١ (لو لم تكن النكرة في النفي للعموم لما كان قولنا: (لا اله الا الله) نفياً لجميع الالهة سوى الله تعالى).

(٤) تقدم تخريجه. المراد النهي عنهما لا نفيهما لوقوعهما.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) في التمهيد، ص ٣٢٤ (النكرة في سياق الشرط تعم والمراد بالشرط هو الشرط اللغوي أي الجملة المصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (أن) و(إذا)).

(٨) سورة الحجرات ٦.

وبصورة خاصة في القضايا الجنائية فعليهم أن يتحلوا بالصبر والتسائي والنزاهة، وعدم التسرع في اتخاذ الإجراءات غير السليمة المستندة إلى أخبار المخبرين الفاسقين، فمن الضروري عدم الاعتماد على كل تقرير يقدم إلى الجهات المسؤولة إلا بعد التأكد من صحته بأدلة وقرائن أخرى. ومثل (أحد) في قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ﴾^(١).

٤- إذا وصفت بوصف عام مثل (قول وصدقة) كل منهما موصوف بالصفة التي تليها في قوله تعالى ﴿قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذَى﴾^(٢).
٥- إذا وقعت في سياق الاستفهام الذي هو للانكار مثل قوله تعالى ﴿أَهْلٌ تَعْلَمُ لَهُ سَمِيًّا﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿أهل تحس منهم من احد أو تسمع لهم ركزا﴾^(٤).

الخاص المراد به العام

قد يكون النص خاصاً في صياغته ولكنه عام في حكمه، كالخطاب الموجه إلى النبي ﷺ المراد به كل إنسان متزوج يريد أن يطلق زوجته في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٥)، أي وقت عدتهن بان تبسداً العدة بعد الطلاق مباشرة استبعاداً للضرر الذي قد يلحق بالزوجة المطلقة بسبب تأخر عدتها، وهذا الوقت هو أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه فيه فلا يطلقها في الحيض أو في النفاس أو في طهر يعاشرها فيه ثم يطلقها، لان هذه المعاشرة قد تؤدي إلى تكوين الجنين الذي يكون مصدر ضرر إذا نشأ تحت رعاية غير الأب، أو قد يؤدي الحمل إلى الندم في الطلاق، كما انه يؤخر عدة الزوجة حيث عليها التربص حتى تضع الحمل.

(١) سورة التوبة ٦.

(٢) سورة البقرة ٢٦٣.

(٣) سورة مريم ٦٥.

(٤) سورة مريم ٩٨. الركن: الصوت الخفي. أي استأصلنا هم بالهلاك جميعاً حتى لا يرى مسنهم احد ولا يسمع له صوت خفي.

(٥) سورة الطلاق ١. في تفسير القرطبي ١٨/١٥٠ (من طلق في طهر لم يجامع فيه نفذ طلاقه واصاب السنة، وان طلقها حائضاً نفذ طلاقه وأخطأ السنة، وقال بعض الفقهاء -كالجعفرية- لا يقع طلاق الحائض استناداً الى هذه الآية).

ومن قبيل الخاص المراد به العام قوله تعالى ﴿لَسِنَّ أَسْرَكَتَ لِيَحْبَطَنَّ عَمَّاكَ﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾^(٢)، وغير ذلك من كل نص خاص في الخطاب وعام في الحكم.

طبيعة دلالة العام

هل دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الأفراد ظنية أو قطعية؟

أ- لا خلاف في قطعية دلالاته عند وجود قرينة دالة عليها كما في قوله تعالى ﴿لَتَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ وَأَنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَاطَ بِكُلِّ شَيْءٍ عِلْمًا﴾^(٣).
فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على أن الله قادر على كل شيء ممكن وعالم بكل شيء بقرينة أن خلاف ذلك نقض لله تعالى وهو منزّه عن كل نقض.

ب- لا خلاف في قطعية دلالاته على ما يندرج تحته من الحد الأدنى وهو ثلاثة أو اثنان على الخلاف في أقل الجمع^(٤).

ج- لا خلاف في ظنية دلالاته بعد التخصيص، فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد إخراج البعض بالتخصيص ظنية، لأن بابها قد فتح فيحتمل تخصيصاً آخر^(٥)، إنما الخلاف فيما عدا تلك الحالات كالاتي:

١- قال جمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء: (أن دلالاته ظنية لأنه ما من عام إلا وهو قابل للتخصيص، وإخراج بعض أفرادها من الحكم بسدليل شرعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة)^(٦).

(١) سورة الزمر ٦٥.

(٢) سورة النساء ١٠٥.

(٣) سورة الطلاق ١٢.

(٤) في التبصرة لابي اسحاق الشيرازي، ص ١٢٧ (أقل الجمع ثلاثة، ومن اصحابنا من قال اثنان). في البرهان لامام الحرمين ٣٤٨/١ (قد اضطرب رأي العلماء في أقل الجمع مسنهم، قال ثلاثة وهذا يعزى الى ابن عباس وابن مسعود ولم ينقل عنهما تنصيص، لكن قال ابن عباس أن الاخوين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس لان المذكور في كتاب الله الاخوة).

(٥) وفي أصول الفقه لابي اليسر عابدين ٦٤/١ (العام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً حتى يجوز نسخ الخاص به، فإن لحقه خصوص معلوم أو مجهول لا يبقى قطعياً لكن لا يسقط الاحتجاج به).

(٦) في جمع الجوامع وشرحه ٤٠٧/١ (دلالة العام على أصل المعنى من الواحد فيما هو غير جمع، والثلاثة أو الاثنان فيما هو جمع قطعية وهو عن الشافعي، وعلى كل فرد بخصوصه ظنية وهو من الشافعية لاحتماله للتخصيص وان لم يظهر مخصص لكثرة التخصيص في

٢- وقال البعض وفي مقدمتهم الحنفية: (أن دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه على أن الحكم ثابت لجميع أفراده دلالة قطعية لأنه وضع ليدل على ذلك، والمدلول لازم لداله، فأينما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)^(١).

ثمرة الخلاف

يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الآتية:

أ- على القول بأنها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الأحاد أو القياس أو العرف أو مصلحة ظنية أو أي دليل ظني آخر، لأن التخصيص لرفع التعارض، ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية فيترك العمل دائماً بالظني ويؤخذ بالقطعي، وأما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فإن تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع، وهذا ما استقر عليه السلف الصالح من الخلفاء الراشدين والتابعين، فخصصوا كثيراً من النصوص العامة بالأدلة الظنية رعاية لحماية الدين أو النفس أو العرض

(العمومات). وفي كشف الاسرار ٣٠٤/١ (اختلف في موجب العام، فعند الجمهور من الفقهاء والمتكلمين موجبه ليس بقطعي، وهو مذموب الشافعي، واليه ذهب الشيخ ابو منصور ومن تابعه من مشايخ سمرقند). وفي مسلم الثبوت وشرحه ٢٦٥/١ (موجب العام قطعي عندنا، فلا يجوز تخصيصه إذا وقع في الكتاب بخبر الواحد لكونه ظني الثبوت ولا بالقياس لكونه ظني الدلالة، واكثر الشافعية والمالكية وبعض منا كالإمام أبي منصور الماتريدي على انه ظني محتمل للخصوص احتمالاً صحيحاً عرفاً نائناً عن دليل).

(١) في مسلم الثبوت ٢٠٠/١ (يجوز تخصيصه وان كان في الكتاب بخبر الواحد والقياس)، (موجب العام قطعي، فلا يجوز تخصيصه بخبر الواحد، ولا بالقياس، والاكثر على انه ظني، فيجوز لنا انه موضوع للعموم قطعاً فهو مدلوله وثابت به قطعاً كالخاص الا بدليل)، وفي اصول الشاشي، ص ٤ (العام الذي لم يخص عند شيء فهو بمنزلة الخاص في حق لزوم العمل به لا محالة)، وعلى هذا قلنا (إذا قطع السارق بعدما هلك المسروق عنده لا يجب عليه الضمان). لان القطع جزء جميع ما اكتسب به السارق، فان كلمة (مسا) في قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزء بما كسبا نكالا من الله)، سورة المائدة ٣٨، عامة تتناول جميع ما وجد من السارق - أي من الاعتداء على الحق العمام والحق الخاص - ويتقدير ايجاب الضمان يكون الجزء هو المجموع، فلا يترك العمل به بالقياس على الغضب. وفي شرح المنار، ص ٩٠ (اعلم أن القطع في السرقة مع الضمان لا يجتمعان عندنا - الحنفية - سواء هلك المال في يد السارق أو استهلكه). وقال الشافعي (يجتمعان لانهما مختلفان حكماً - حكمة وعلّة - لان الضمان لجبر المحمل والقطع للزجر، وسبباً لان سبب القطع الجنابة على حق الله تعالى، والسبب الاخر جنابة على حق العبد، ومحللاً لان محل احدهما السيد ومحل الاخر الذمة، وازادوا الى ذلك أن التضمين تملك بالاثر الرجعي، فهو يقطع على ملكه).

أو المال أو العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة.
ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يكلف الفقيه أو القاضي بالبحث عن
المخصص قبل العمل بالنص العام بخلاف ما إذا قلنا بأن دلالاته ظنية، وعلى
هذا يرى أكثر الأصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن
المخصص^(١).

تقويم الخلاف

الأفقه من وجهة نظرنا هو أن دلالة العام على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج
تحت دلالة ظنية ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، وإن القاضي لا يكلف بالبحث
عن المخصص مطلقاً للأسباب التالية:

١- تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من أئمة الفقه النص العام بالأدلة
الظنية كأخبار الأحاد والقياس والعرف والمصلحة، وهذا يدل على ظنية
دلالة العام وإلا لم يخصص بما ذكر ولم يعرف منهم إلزام القاضي بالبحث
عن المخصص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالاته إذ قد يؤدي إلى
ضياع حقوق الناس أو إلحاق الضرر بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام،
إضافة إلى ذلك فإنه قد يستقر رأي العلماء^(٢) على أن الأصل في العام هو
العموم، والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم^(٣)، كما أن
الأصل في المطلق هو الإطلاق حتى يثبت دليل التقييد.

(١) في شرح معالم الدين في الأصول، ص ١٤ (إذا وجدنا دليلاً عاماً نحو «كتب عليكم الصيام»،
سورة البقرة ١٨٢، هل يجوز العمل به من دون البحث والفحص عن وجود المخصص أم لا؟
قال قوم بجواز الاستدلال بالعام قبل اتمام البحث في طلب الخاص، وقال قوم بعدم الجواز).
وفي المسودة لآل تميمه، ص ١٠٩ (يجب العمل بالعموم واعتقاده في الحال في إحدى
الروايتين -أي عن الإمام أحمد- وبها قال أبو بكر الصيرفي من الشافعية وأبو سفيان من
الحنفية والثانية لا يجب اعتقاده، ولا العمل به في الحال حتى يبحث وينظر هل هناك دليل
مخصص؟ فإذا بحث ولم يجده تعين العمل به). وفي مسلم الثبوت ٢٠١/١ (يجوز العمل بالعام
قبل البحث عن المخصص). وفي المحصول للرازي ٣٠١ (قال الصيرفي: يجوز التمسك
بالعام ما لم يظهر دلالة مخصصة، وإلا لما جاز التمسك بالحقيقة إلا بعد طلب هل وجد ما
يقضي صرف اللفظ عن الحقيقة، ولأن الأصل عدم التخصص).

(٢) وفي الإبهام شرح المنهاج ١٦٩/٣ (النوع الثاني من الاستصحاب العموم التي أن يرد
مخصص وهو دليل عند القائلين به). وفي جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستصحاب
العموم أو النص التي ورود المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزماً فيعمل بهما التي وروده).
(٣) مجلة الأحكام العدلية، م ٩ [الأصل في الصفات العارضة العدم].

- ٢- إستلزام الدال لمدلوله يختلف عن إستلزام العام لثبوت حكمه لجميع أفراده، لأن أساس الأول وضع الدال لمدلوله، وأما الثاني فهو عمل إجتهادي وإستنتاجي، وقد خلط الحنفية بين هذين الأمرين في إستدلالهم المذكور^(١).
- ٣- كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة بأحاديث الأحاد وهي ظنية.

دلالة العام على عموم الأحوال والأزمنة

صيغة العام كما تدل دلالة ظنية على ثبوت الحكم لجميع ما يندرج تحته، كذلك تدل على أن ثبوت هذا الحكم لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

فالقتل بغير حق محرم بالنسبة لجميع الأشخاص، وفي جميع الأحوال والأزمنة والأمكنة لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢). والزنا جريمة بالنسبة للمتزوج وغير المتزوج في منزل الزوجية أو خارجه، داخل الفطر أو خارجه، بين المسلمين أو غير المسلمين، سواء أكان الزاني قادراً على الزواج أم فقيراً، لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٣).

وأكل مال الغير والتجاوز على حقوقه المالية محرم بين الأقارب والأباعد، وبين المسلم وغير المسلم، وبين جميع الأقوام والشعوب، وفي جميع الأحوال والأمكنة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لعموم قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٤).
ورد الأمانة إلى صاحبها واجب سواء طالب بها أم لا، وسواء يملك البيئنة على إثباتها أم لا، وسواء أكان مستغنيا عنها أم كان محتاجاً إليها، وسواء أكان مالك الأمانة شخصاً طبيعياً أم كان شخصاً معنوياً كالدولة، وذلك لعموم قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٥)، و(م ٦٤) من قانون

(١) في الفقرة (ب) لومن الواضح أن العام وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته دفعة ولم يوضع لأن يدل على أن الحكم الوارد في النص المتضمن للعام ثابت لجميع ما يندرج تحته.

(٢) سورة الأنعام ١٥١.

(٣) سورة الأسراء ٢٢.

(٤) سورة النساء ٢٩.

(٥) سورة النساء ٥٨.

العقوبات [لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها]، لا تفرق في هذا العذر بين العراقي وغيره وبين الذكر والأنثى والقوي والضعيف داخل العمران أو خارجه .

العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب

إذا شرع نص عام لسبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كما في حديث خيار الغبن، فعندما اشتكى إلى الرسول ﷺ أهل حبان بن منقذ بأنه يخدع في المعاملات المالية، فقال لحبان: (إذا بايعت فقل لا خلافة^(١))، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فامسك وإن سخطت أردد^(٢). فاستنتج فقهاء المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة - رغم ورودها لسبب خاص - أصلاً من أصول المعاملات المالية، وهو أن كل من قام بتدليس (تغريب) الغير بان استعمل معه طرفاً إحتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد وترتب على ذلك غبن فاحش، يحق للمغبون الخيار بين إمضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن أو المبيع حسب كونه بائعاً أو مشترياً^(٣).

ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال

ينزل منزلة العموم في المقال

إذا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم ينضمّن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقهاء أو القاضي أو المفتي أن يستحدثوا باجتهادهم شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لذكر

(١) الخلافة بكسر الخاء: الخدعة، تقدم تخريجه.

(٢) سبل السلام ٤٥/٣.

(٣) في إرشاد الفحول، ص ١٣٣ (إذا ورد العام على سبب خاص فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وحكوا ذلك إجماعاً). وفي التبصرة، ص ١٤٤ (إذا ورد اللفظ العام على سبب خاص واللفظ مستقل بنفسه حمل على عمومه ولم يقتصر على سببه وأية السارق والسارقة نزلت بسبب أن رجلاً سرق رداء صفوان).

وفي مختصر المنتهى الأصولي ١٠٠/٢ (إذا ورد العام جواباً بالسؤال الخاص أو سبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بهذه الخصوصيات).

مع النص، مثل ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلموا أو أسلم الزوج فقط وكانت زوجته كتابية^(١)، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للفاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفاءة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوه من محرّمات الزواج كالنسب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك: أن الزوجين غير المسلمين إذا طلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين: عدا محرّمات الزواج، فإن ذلك قد يصبح حجر عثرة أمام إسلامهما.

وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال: (قلت يا رسول الله إنني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ: طلق أيتهما شئت)^(٢).

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً^(٣). فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شروطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الاستفصال دال على أنه لا فرق بين أن قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.

الفرق بين العام والمطلق^(٤)

بين هذين المصطلحين الأصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والأحكام كما ذكرنا كثيراً منها سابقاً، ونضيف إليها هنا ما يلي:

أ- الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهيته بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الأنواع والأصناف أو الأفراد أو الأجزاء، في حين أن المهم المعترف في العام هو ما يندرج تحته من الأفراد المشمولين بالحكم الوارد في النص.

(١) فتح القدير ٤٢٢/٣.

(٢) وفي رواية (قال لفيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: اختر أيتهما شئت، وفارق الأخرى). أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٢/٤، وأبو داود، كتاب الطلاق ٢٨٠/٢.

(٣) المرجع السابق. فقال له (امسك أربعاً وفارق سائرهن)، ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معاً أو على الترتيب). ومن الواضح أن مثل هذا العقد، إذا كان معاً فالكل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الأختين باطل، والزواج الخامس في أكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

(٤) لمزيد من التفصيل، راجع تهذيب الفروق، هامش الفروق ١٧٢/١، إرشاد الفحول، ص ١١٤. الحديث أخرجه الإمام أحمد ١٣/٢، وأبو داود، كتاب الطلاق ٧٩/٢.

ب- العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي، فالعموم التمولي كلي يحكم فيه على كل فرد دفعة واحدة، أما العموم البدلي فهو كلي من حيث انه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البذل والمناوبة لا دفعة واحدة، وعلى سبيل المثل والإيضاح لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية، وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع أو صنف أو فرد الجريمة، في حين أن لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار اخذ مالا منقولاً مملوكاً للغير في حرز مثله بقصد جنائي، ففي المطلق ينظر إلى الماهية، وفي العام ينظر إلى الأفراد.

ج- صيغ العموم محددة ومحصورة لغة أو شرعاً أو عرفاً بخلاف صيغ المطلق. ورغم هذه الاختلافات فإن كلا منهما مشترك معنوي، لأنه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء ويتناولته دفعة كما في العام أو على سبيل التناوب كما في المطلق.

المطلب الثاني

التخصيص

حقيقته، أقسامه، تكييفه

عرف الأصوليون التخصيص بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو انه: (قصر العام على بعض أفراده بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه)^(١)، فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات، وترتب على تعريفاتهم هذه اختلافهم في أن العام حقيقة في الباقي أو مجاز أو فيه تفصيل.

(١) ومن هذه التعريفات:

قال ابن السبكي الشافعي، جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض أفراده). وقال القرافي المالكي، تنقيح الفصول، ص ٥١ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله اللفظ العام أو ما يقوم مقامه بدليل). وقال الحلبي الشيعي، مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٢٩ (التخصيص إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه، وهو إما متصل أو منفصل)، وهذا نفس تعريف الرازي في المحصول ٧/١. وقال البهاري الحنفي، مسلم الثبوت ٢٣٣/١ (التخصيص قصر العام على بعض سمياته)، وهو نفس تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الأصولي، ص ١٢. وعند أكثر الحنفية (قصر العام على بعض سمياته بمقتضى المنتهى المستقل كالاتثناء والشرط والصفة والغاية والبذل ليس مخصصاً لعدم التعارض بينه

ومن وجهة نظري: انهم لو عرفوه بتعريفه الحقيقي لما وقعوا في تلك الخلافات العقيمة التي لا تترتب عليها ثمرة عملية. لذا، أرى أن تعريفه السليم هو أن التخصيص^(١) هو بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده بدليل متصل أو منفصل^(٢).

وعلى سبيل المثال في قوله تعالى ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾^(١). لفظ (الرجال والنساء) من صيغ العموم لانهما من جمع التفسير المحلى بال الاستغراق ويشمل (الرجال) كل ذكر، كما تشمل (النساء) كل انثى غير أن هذا العموم غير مراد الله تعالى بالنسبة لحكم الميراث، فالقاتل من الذكور والإناث لا يثبت له هذا الحكم، لذا بين الرسول ﷺ هذا المراد بقوله: (لا يرث القاتل)^(٢)، فهذا الحديث الشريف لم يخرج القاتل من كونه من الرجال أو من النساء وإنما سلب منه حكماً شرعياً وهو الميراث. إذن أين الإخراج وأين الباقي بالنسبة لصيغة العام حتى تترتب عليه تلك الخلافات التي لا مبرر لها^(٣).

عناصر التخصيص

يؤخذ مما ذكر أن التخصيص يتطلب توافر العناصر التالية:

وبين العام، والتخصيص لا يكون إلا بعد التعارض بين العام والدليل المخصص فيرفع بالتخصيص). والمستقل المتأخر ناسخ لأن التأخير بضال المكلف فيعمل بما ليس مراداً في العام، لأن عموم العام في التخصيص غير مراد بخلاف النسخ. راجع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١/٣٠٠.

(١) سورة النساء ٧.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أكثرهم قالوا: (مجاز في الباقي)، ومنهم من قال: (حقيقة إن كان الباقي غير محصور)، ومنهم من قال: (حقيقة في الباقي إن كان المخصص متصلاً)، ومنهم من قال: (إن كان شرطاً أو استثناء)، ومنهم من قال: (إن كان المخصص شرطاً أو صفة حقيقة وإلا فمجاز)، ومنهم من قال: (حقيقة أن كان المخصص لفظاً ومجازاً أن كان عقلاً)، ومنهم من قال: (حقيقة في تناول لما بقي بعد التخصيص لا في الاقتصار عليه) ومنهم من قال بنفس هذا القول على أن يكون المخصص بدليل مستقل إلى غير ذلك.

ومن الغريب أن الخلاف لم يقف عند هذا الحد، بل اختلفوا في حجية النص المخصص في الباقي أيضاً، فمنهم من قال: (حجة مطلقاً)، ومنهم من قال: (حجة أن خصص بمتصل)، ومنهم من قال: (إن خصص بمعين)، ومنهم من قال: (إن أنبأ عنه العموم)، ومنهم من قال: (ليس حجة مطلقاً)، وقيل: (حجة في أقل الجمع). لمزيد من التفصيل راجع جمع الجوامع وشرحه ١٢/٤-٧، وهداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول ٢/٢٤٩-٢٥٠.

- ١- وجود عام يدل ظاهراً على أن جميع أفرادها ينطبق عليهم الحكم الوارد في النص .
- ٢- أن يكون الحكم قابلاً للتخصيص ببعض أفراد العام دون بعض، وإلا فيكون باطلاً^(١).
- ٣- أن يكون الدليل المخصص معترفاً به في ميزان الشرع، وإلا فالتخصيص باطل .
- ٤- أن يكون العموم غير مراد في الأصل، وإلا فيكون الإخراج نسخاً جزئياً عند الأصوليين .
- ٥- إذا كان المخصص نصاً يجب أن يكون صادراً من مصدر العام، فقانون دولة لا يخصص عموم قانون دولة أخرى .
- ٦- أن يتعلق التخصيص بالحكم^(٢)، لأن القابل له هو الحكم الذي ثبت لمتعدد لفظياً أو معنى^(٣).
- ٧- وجود التعارض الظاهري بين النص العام وبين الدليل المخصص .

أقسام المخصص باعتبار الاستقلاليه وعدمها

الدليل المخصص للعام إما أن يكون جزءاً من النص الذي وردت فيه صيغة العموم أو يكون مستقلاً عنه، ففي الحالة الأولى يسمى مخصصاً متصلاً، وفي الحالة الثانية يسمى مخصصاً منفصلاً.

• القسم الأول - الأدلة المخصصة المتصلة

أهم الأدلة المخصصة المتصلة المعروفة في أصول الفقه خمسة أنواع وهي: الاستثناء والشرط والصفة وبدل البعض من الكل والغاية، كما في التفصيل الآتي:

- (١) فإذا كان الحكم ثابتاً لجميع أفراد العام بدليل قلمي نقلي أو عقلي فلا يجوز حصره على بعضها بإخراج بعض، كما في قوله تعالى (وَلله ما في السموات وما في الأرض)، سورة آل عمران ١٠٩. لفظ (ما) من صيغ العموم فلا يجوز تخصيصه بإخراج بعض ما في السموات والأرض من ملك الله.
- (٢) في جمع الجوامع وشرحه ٢/٢ (التخصيص قصر العام على بعض أفرادها والقابل للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظياً أو معنى كالمفهوم)، وعلق عليه المحلّي مسائل (نبه بهذا على أن المخصوص في الحقيقة الحكم)، وهذا يؤيد ما قلنا من أن التخصيص يتعلق بالحكم لا باللفظ العام، فلا مبرر للخلاف في أن المخصص حقيقة في الباقي أو مجاز .
- (٣) كالعموم العرفي والعقلي، أما العموم اللغوي أو الشرعي أو القانوني فإنه يكون عن طريق اللفظ، والتخصيص إخراج أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم لا من كونهم مشمولين بصيغته، فصيغته تبقى حقيقة بعد التخصيص فلا مبرر للخلاف الحاد بين بعض الأصوليين في أنها حقيقة بعد التخصيص أو مجاز، وفي أن دلالتها قطعية أو ظنية، فهي قطعية بالنسبة للمعنى الموضوع له وظنية بالنسبة لدلالته قبل التخصيص على شمول الحكم لجميع أفرادها .

النوع الأول: الاستثناء المنصل^(١): قسم علماء النحو الاستثناء إلى متصل ومنقطع، فقالوا: المتصل هو: (الذي يكون المستثنى من جنس المستثنى منه)، كأن يقال: على كل عراقي ذكر أكمل الثامنة عشرة من العمر أن يؤدي الخدمة العسكرية الإلزامية إلا من له عذر قانوني.

المنقطع هو: (الذي لا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه)، كأن تقول: عندي عشرة آلاف دينار إلا دولاراً.

ويشترط في التخصيص:

- ١- أن لا يكون الاستثناء من المستثنى المنقطع لأن المفروض أن الأفراد الذين لم يكونوا مرادين بالحكم مشمولون به ظاهراً لولا التخصيص.
 - ٢- وأن يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه عادة ولا يوجد الفصل الزمني.
 - ٣- وأن يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادراً من جهة واحدة.
 - ٤- وأن لا يكون الاستثناء مستغرقاً للمستثنى منه، كأن يقول (علي الف إلا الفاً).
- ومن النصوص الشرعية العامة المخصصة بالاستثناء قوله تعالى ﴿وَالْعَصْرُ * إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ * إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾^(٢).

وقول الرسول ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)^(٣)، فلفظاً (الإنسان) و(الصلح) من صيغ العموم بسبب أن الاستغراق وقد خصص عمومهما بالاستثناء.

(١) في شرح الكوكب المنير، ص ١٨٢ (والمخصص هو المخرج، وهو ارادة المتكلم الاخراج، ويطلق المخصص مجازاً على الدليل الدال على الارادة وهو المراد هنا، وهو قسمان: منفصل وهو ما استقل بنفسه بان لم يكن مرتبطاً بكلام آخر ومنه الحس والعقل، ومتصل وهو ما لا يستقل بنفسه وإنما هو مرتبط بكلام آخر، وهو أقسام: أحدها استثناء متصل وهو اخراج ما لولاه لوجب دخوله لغة بالاً أو إحدى أخواتها، وأدوات الاستثناء المشهورة ثمانية منها: حروف باتفاق وهي، إلا، أو حروف على الأصح وهو حاشأ، فإنها حرف عند سيبويه، ويقال حاشأ وحاشأ، ومنها ما هو فعل بالاتفاق كلاً يكون، أو فعل على الأصح وهي ليس، ومنها ما هو متردد بين الحرفية والفعلية بحسب الاستعمال، فإن نصب ما بعده كان فعلاً، وإن جر ما بعده كان حرفاً، وهو خلا بالاتفاق وعداً عند سيبويه، ومنها ما هو اسم وهو غير وسوى، ويقال فيه سوى بضم السين وسواء بفتحها والمد وبكسرهما والمد، ثم يشترط لصحة الاستثناء أن يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادراً من متكلم واحد) نقلته مع التصريف. وفي روضة الناظر وجنة المناظر، ص ١٣٢ (وحده انه قول ذو صيغة متصل يدل على أن المذكور معه غير مراد بالقول الأول).

(٢) سورة العصر ١-٣.

(٣) وفي رواية أبي داود (المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)، ورواه الترمذي وصححه، كتاب الأحكام ٦٣٤/٣، وقال (حسن صحيح).

ومن النصوص القانونية العامة المخصصة بالاستثناء (م ٢٣٩)^(١): [لا عذر على جريمة إلا في الحالات التالية]، و (م ٥٤٧/١)^(٢) [إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع]، و (م ٦٤/أ)^(٣) [لا يجوز توجيه أي سؤال إلى الشاهد إلا بإذن القاضي أو المحقق]. فلفظ (شيء) في النص الثاني من صيغ العموم لكونه نكرة في حيز النفي، وكذلك لفظ (أي) في النص الثالث لأنه من الاسماء الموصولة، وقد خصص عموم كل منهما بالاستثناء.

ويطلق الاستثناء في عرف القانونيين على اخراج بعض المسائل الجزئية من حكم القاعدة الكلية^(٤) لرعاية مصلحة عامة وهو ما يطلق عليه في عرف علماء الاصول (الاستحسان).

حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة

إذا ورد الاستثناء بعد جمل متعددة معطوف بعضها على بعض هل يعود إلى جميعها أو إلى الأخيرة؟، فيه الخلاف الآتي^(٥).

أ- قال جمهور من الاصوليين والفقهاء: (يرجع إلى الجميع ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لأن الرجوع إلى الكل هو الظاهر، ولا يعدل عن الظاهر إلا بدليل).

ب- وقال البعض (كالحنفية): (يرجع إلى الجملة الأخيرة لأنه المتيقن، ولأن عودة الاستثناء إلى ما قبله للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها فهي تندفع بالرجوع إلى واحدة منها، وتنتهين أن تكون هي الأخيرة لقربها)^(٦).

- (١) من قانون العقوبات السوري.
- (٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ [هذا من باب ضمان العقد لا ضمان اليد].
- (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
- (٤) كاستثناء شهداء فلسطين من شرط الخدمة المدنية أو العسكرية المحددة بالقانون في العراق في منح عوائلهم المرتب التقاعدي.
- (٥) في التمهيد، ص ٣٩٨ (الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض يعود إلى الجميع عند الشافعي ما لم يقم دليل على اخراج البعض). وقال ابو حنيفة (يعود إلى الأخيرة خاصة)، وفي ميزان الأصول ٤٦١/١ (الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو الفسق عندنا)، وعند الشافعي (يرجع إلى جميع ما سبق)، وأرى أن هذا غير دقيق لأنه لا ترجع إلى الأول بالإجماع لما فيه من حق الله وحق العبد. وفي مسلم الثبوت، ص ٢٠ (الاستثناء بعد جمل متعاطفة يتعلق بالأخيرة عندنا -الحنفية-)، ويتفق الجعفرية مع الحنفية كما جاء في مبادئ الوصول للحلي، ص ١٣٦، وقال القرافي، تنقيح الفصول، ص ١٤٩ (إذا تعقب الاستثناء الجمل يرجع إلى جملتها عند مالك والشافعي واصحابهما، وإلى الأخيرة عند ابي حنيفة، ومشارك بين الأمرين عند شريف المرتضى علي بن الحسين).
- (٦) في حاشية البنائي على جمع الجوامع ١١/٢: إذا قال شخص علي عشرة إلا اربعة وإلا ثلاثة وإلا اثنين يلزمه واحد لأنه مع حرف العطف ترجع المستثنيات إلى المستثنى منه الأول، وإذا

وترتب على هذا الخلاف الاختلاف في بعض الأحكام، ففي قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾* إلا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فإن الله غفور رحيم^(١).

قال جمهور العلماء: (يرجع الاستثناء إلى العقوبة الثانية والثالثة فنرفعها التوبة)، وقال الحنفية: (ترجع للأخيرة فلا تقبل شهادة القاذف مطلقا تاب أم لا). واجمع الكل على عدم رجوع الاستثناء إلى العقوبة الأولى لأنها حق مشترك بين الله وبين المقذوف فلا تسقط بالتوبة.

تقويم الخلاف

الأفقه هو أن يترك الأمر في الاستثناء وفي أي قيد آخر لاجتهاد الفقيه والقاضي في ضوء طبيعة القضية وظروفها وملابساتها عند عدم وجود قرينة دالة على رجوع الاستثناء أو القيد للكل أو للبعض. وعلى سبيل المثال في (م ٤٣/٨)^(٢) [إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة]، القيد الأخير يرجع إلى الحكم عليه فقط ولا يرجع إلى التغيب والفقْد والاختفاء بقرينة ما هو معمول به في القضاء العراقي، وبدلالة (م ٤٣/٧). وفي (م ٤٣/٢)^(٣) [مواقعة امرأة أو اللواط بها أو بذكر كرها]، قيد (كرها) يرجع إلى الكل بدليل طبيعة الموضوع.

النوع الثاني: الشرط: المراد به هو الشرط اللغوي أي جملة مصدرية بأداة من أدوات الشرط مثل (إن) و(إذا)، وقد خصص عموم قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجِكُمْ﴾^(٤)، بالشرط الوارد بعده ﴿إِنْ لَمْ يَكُن لِهِنَّ وَلَدٌ﴾^(٥).

قال علي عشرة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة يلزمه ستة، لأنه بدون حرف العطف يرجع كل إلى ما قبله بناء على قاعدة [الاستثناء من النفي اثبات ومن الإثبات نفي].

(١) سورة النور ٤.

(٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣) من قانون العقوبات العراقي، نص المادة إحق الدفاع الشرعي عن النفس لا يبيح القتل عمدا إلا إذا اريد به دفع احد الامور الاتية: ١- فعل يخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة. ٢- مواقعة امرأة أو اللواط بها أو بذكر كرها بفتح الكاف من الاكراه.

(٤) سورة النساء ١٣

(٥) سورة النساء ١٣.

كما خصص عموم استحقاق الجدة للسدس بان لا يكون معها أم المتوفى أو جدة قربة في قول الرسول ﷺ : (للجدة السدس - إذا لم يكن دونها أم) (١). ومن النصوص القانونية التي خصص عمومها بالشرط (م ٦١ ب) (٢) [لمن لا قدرة له على الكلام أن يدلي بشهادته كتابية، أو بالإشارة المعهودة إن كان لا يستطيع الكتابة]، فإدلاء الشهادة بالإشارة لا يقبل من الاخرس اذا كان قادراً على الكتابة . ومن الجدير بالإشارة انه لا خلاف في رجوع الشرط إلى جميع الجمل التي تقع قبله لما له من الصدارة فيعتبر انه مقدم عليها لذا يرجع إلى الكل اذا وقع بعد جمل متعددة (٣).

النوع الثالث: الصفة : أي الصفة المعنوية (٤) وهي الحالة التي تصرف العلام عن عمومها سواء كانت نعنا نحويًا أم تمييزًا أم حالًا أم ظرفًا أم غير ذلك، ففي قوله تعالى «وان كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث» (٥)، لفظ (رجل) وكذلك (امرأة) نكرة في حيز الشرط موصوف بجملته (يورث كلاله) والمراد هنا الأخ من الأم والأخت من الأم، لان القرآن بين ميراث الاخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب في آيات أخرى.

وكذلك لفظ (عرق) في قول الرسول ﷺ : (ليس لعرق (٦) ظالم حق) (٧) نكرة في حيز النفي خصص عمومها بوصف (ظالم)، فمن بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بدون اذنه ظالم ولا حق له في ما أحدثه، بل له ما انفق على ما

(١) سبل السلام ١٣٠/٣، المننقى ٤٥٩/٢، نيل الاوطار ٧٦/٦. اخرج ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة ٩٠٩/٢.

(٢) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٣) في مسلم التبوت ٢٦٩/١ (الشرط كالاستثناء إلا في تعقبه الجمل فانه للجميع لانه مقدم تقديراً اذ حقه الصدارة كالاستفهام والتلميذ).

(٤) في شرح الكوكب المنير، ص ٢٠١ (الثالث المخصص المتصل بالصفة، وهو ما اشعر بمعنى يتصف به افراد العام سواء أكان الوصف نعنا أم عطف بيان أم حالاً أم غير ذلك من القيود الأخرى المشعرة بالوصف).

(٥) سورة النساء ١٢.

(٦) الحديث اخرج ابن ماجه مقطعا برقم ٢٢١٣.

(٧) سبل السلام ٩٤/٣، هو يرادف ما جاء في سنن أبي داود ٦١/٣ قوله ﷺ: (من زرع فسي ارض قوم بغير انهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته). الحديث أخرجه الامام أحمد فسي مسنده ٤٦٥/٢، ولابي داود، كتاب البيوع، باب زرع الارض بغير ان صاحبها ٢٥٩/٣.

أحدثه. ومن العام المخصص بالصفة في النصوص القانونية (م ٤٢)^(١): [على أعضاء الضبط القضائي أن يتخذوا جميع الوسائل التي تكفل المحافظة على ادلة الجريمة]، فالجملة الأخيرة (الموصول وصلته) صفة مخصصة للعموم (جميع الوسائل).
النوع الرابع: الغاية: غاية الشيء نهايته، والمراد غاية تقدمها عموم يشملها لو لم تكن هي وإلا فالغاية تكون لتوكيد عموم ما قبلها، والفاظها (حتى) و (إلى)، والتخصيص بالغاية يقتضي أن يكون الحكم فيما بعدها بخلاف حكم ما قبلها^(٢)، والغاية بعد عموم (ولا تقرّبوهن) في (حتى يطهرن) من قوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ إِذِي فَاغْتَرَبُوا فِيهَا فِي الْحَيْضِ وَلَا تَقْرَبُوهن حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾^(٣)، ليست للتخصيص وإنما لتحقيق عموم ما قبلها لأنها لم يتقدمها عموم يشمل ما بعدها لاختلاف حالتي الطهر والحيض. ومن الجدير بالذكر أنه قد ثبت بالطب الحديث أن معاشرة الزوجة حينما تكون في الحيض تترتب عليها نتائج سلبية على صحة الزوجين في الجهاز التناسلي، وبعد انقطاع الحيض الحكم يرجع إلى ما كان عليه قبله وهو إباحة المعاشرة، ومن تطبيقات الحكم بالتخصيص بالغاية تخصيص عموم (لا تتكح الإيم) بـ (حتى تستأمر)، وعموم (لا تتكح البكر) بـ (حتى تستأذن) في قول الرسول ﷺ: (لا تتكح الإيم)^(٤) حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف أذنها؟ قال ﷺ: (أن تسكت)^(٥).

وكتخصيص عموم (أيديكم) بـ (إلى المرافق)، وعموم (أرجلكم)^(٦) بـ (إلى الكعبين) في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾^(٧).

- (١) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
- (٢) في إرشاد الفحول، ص ١٥٥: والتخصيص لغاية وهي نهاية الشيء المقترضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها، ولها لفظان وهما (حتى) و (إلى) كقولته تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوهن حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ﴾، سورة البقرة ٢٢٢، وقوله ﴿وَأَيْدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾، سورة المائدة ٦. لكن الشوكاني في المقال الأول لم يكن دقيقاً لأن حرف (حتى) لتوكيد عموم ما قبلها لا للتخصيص.
- (٣) سورة البقرة ٢٢٢.
- (٤) الإيم التي فارقت زوجها لطلاق أو موت (حتى تستأمر) أي يطلب امرها يعني الرضا والأذن الصريح، والمراد بالبكر البالغة العاقلة لأنه لا يعتد بإذن غيرها.
- (٥) الحديث منفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يزوج الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، فتح الباري ٢٣٩/٩، ومسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٤/٩.
- (٦) وكل من الأيدي والأرجل في هذه الآية يفيد عموم الأجزاء لأنه جمع مضاف إلى المعرفة.
- (٧) سورة المائدة ٦.

ومن عموم النصوص القانونية المخصص بالغاية بواسطة (حتى) أو (إلى) تخصيص عموم (وقف الفصل في الاولى) بـ(حتى يتم الفصل في الثانية) في (١٦٠م/١)^(١) [إذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى فيجب وقف الفصل في الاولى حتى يتم الفصل في الثانية]. وتخصيص عموم (وقف الإجراءات الجزائية) بـ(إلى حين عودة أو معرفة مصيره) في (م ١٦٠/ب) [إذا ثبت أن المتهم قد غاب غيبة غير معروفة الأجل لأسباب خارجة عن إرادته كان يكون أسيراً أو مفقوداً، يصدر قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية حسب الأحوال قراراً بوقف الإجراءات بحقه مؤقتاً ووقف سير الدعوى المدنية إلى حين عودته أو معرفة مصيره].

ومن تخصيص القواعد العامة بالغاية :

أ- كل مفقود يعتبر حياً إلى أن يثبت خلاف ذلك بالبينة على موته أو حكم القاضي به^(٢).

ب- لا نفاذ لتصرف الوارث في التركة المدينة حتى يوفى السدين أو يجيزه الدائن^(٣).

ج- على الأباء الانفاق على بناتهم إلى أن يتزوجن^(٤).

النوع الخامس: بدل البعض من الكل^(٥) : كتخصيص عموم (الناس) بـ(من استطاع إليه سبيلاً) في قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَاسِبٌ بَاسٍ﴾

(١) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢) لولا هذه الغاية لاستمر اعتباره حياً مطلقاً.

(٣) لولا الغاية لبقى التصرف على عدم نفاذه وشمل العموم حالة الوفاء والإجازة أيضاً.

(٤) لو لم تكن هذه الغاية لشمل عموم وجوب الانفاق ما بعد الزواج أيضاً، بخلاف قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ لِلْبَنَاتِ مِثْلَ حَاقِبِهِنَّ﴾، سورة البقرة ٢٢١. فالغاية ليست للتخصيص لأن ما بعدها لا يدخل فيما قبلها لا اختلاف الإيمان والشرك وإنما لتحقيق عموم ما قبله.

(٥) قال ابن مالك: (التابع المقصود بالحكم بلا واسطة هو المسمى بدلاً، وهو كلمة تابعة تذكر بعد كلمة أخرى والمقصود في الكلام هو التابع -البدل- والغرض منه تقوية الكلام وتوضيحه، وله أقسام أربعة:

١- بدل الكل من الكل وهو أن يكون نفس المبدل منه إلا أنه أوضح، مثل قوله تعالى ﴿إِهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾ صراط الذين أنعمت عليهم، سورة الفاتحة ٦-٧. والصراط الثاني بدل من الأول.

٢- بدل البعض من الكل كما في آية (وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَاسِبٌ بَاسٍ) سورة آل عمران ٩٧.

٣- بدل الاشتمال بأن يشتمل المبدل منه على البدل مثل (اعجبني القاضي عدله).

استطاع اليه سبيلاً^(١)، فلفظ (الناس) محلى بأل الاستغراق يفيد العموم ويشمل الصغير والكبير والفقير والغني والشباب والشيوخ، وكل من له عذر. لكن هذا العموم غير مراد لقوله تعالى ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾^(٢)، لذا خصصه بمن له استطاعة بدنية ومالية وعقلية.

وقال بعض العلماء^(٣): (أن العموم في هذه الآية مخصص بالعقل) وهذا القول مردود لأثبه لا يصار إلى التخصيص بالعقل إذا وجد نص مخصص. ومن عموم القانون المخصص ببطل البعض من الكل عموم (الحائز) المخصص ببطله البعض (حسن النية) في (م ١٦٥)^(٤) يملك الحائز حسن النية ما يقبضه من الزوائد، وما استوفاه من المنافع مدة جيازته [، وكتخصيص عموم (المتهم) ببطل بعضه (الهارب) في (م ١٢١/هـ)^(٥) يعطى لمن كان المتهم الهارب مكلفاً بالإنفاق عليه شرعاً أو قانوناً نفقة شهرية من أمواله المحجوزة [.

• القسم الثاني - الأدلة المخصصة المنفصلة

يعتبر كل دليل مخصص للعام - ما عدا الخمسة المذكورة - من الأدلة المنفصلة المستقلة عن النص المتضمن للعام كما في التفصيل الآتي:

أولاً - تخصيص النص بالنص في الشريعة الإسلامية

الشفوقات المتصورة أربعة: وهي تخصيص القرآن بالقرآن أو بالسنة وتخصيص السنة بالسنة أو بالقرآن:

١ - تخصيص القرآن بالقرآن:

قوله تعالى ﴿والمطلقات يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾^(٦) لفظ (المطلقات) جمع مؤنث سالم محلى بأل الاستغراق يفيد العموم فيشمل المدخول بها وغيرها،

٤- البطل المباني - أو بدل المباني - بان يكونا متغابرين وله الأنواع الآتية:

أ- بدل الغلط بان يلفظ القائل اولاً ثم يصحح غلطه ببطل.

ب- بدل النسيان بان يذكر شيئاً خطأ للنسيان ثم يصححه.

ج- بدل الاضراب بان يذكر شيئاً اولاً ثم يعدل عنه إلى آخر.

(١) سورة آل عمران ٩٧.

(٢) سورة البقرة ٢٨٦.

(٣) كالغزالي، المستصفي، ص ٣٤٧، والامدي، الأحكام في أصول الأحكام ١٤٣/٢، والامام

فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق د. طه جابر ١١١/١.

(٤) القانون المدني العراقي، فالحائز يعم حسن النية وسبب النية.

(٥) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، المتهم عام يشمل الهارب وغيره.

(٦) سورة البقرة ٢٢٨.

وذوات الحيض وغيرهن، والحامل وغيرها، وهذا العموم غير مسرود، لذا خصص ببيان عدم شمول غير المدخول بها فلا تجب عليها العدة كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾^(١).

وبيان عدم مراد الحامل بالحكم فإن عدتها بوضع الحمل كما في قوله تعالى ﴿أُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢)، وخصصص (المطلقات) أيضاً باخراج اليانس التي دخلت سن اليأس وانقطع حيضها، واخراج الصغيرة التي لم تصل بعد سن الحيض فإن عدة هاتين تكون بالاشهر كما في قوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَتَسَّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ أَنْ أُرْتَبِتُمْ﴾^(٣) فعدتهن ثلاثة اشهر واللائسي لم يحضن^(٤)، ومن تخصيص القرآن بالقرآن تخصيص آية الفذف بأيات اللسان، وتخصيص آية الوصية بأيات الميراث حيث آية الفذف كانت عامة شاملة للازواج فاقتصرت بأية اللعان على غير الازواج، وكذلك الوصية الواجبة كانت عامة لكل الورثة من الوالدين والاقربين فاقتصرت على من لا يرث من الاقارب.

٢- تخصيص عموم القرآن بالسنة:

سبق أن بينا في موضوع وظائف السنة النبوية انها تخص عموم القرآن وتقيد مطلقة بمقتضى قوله تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٥)، لان التخصيص والتقيد من البيان، ومن هذا القبيل قوله تعالى بعد ذكر محرمات الزواج^(٦) ﴿وَاحِلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٧)، فلفظة (ما) اسم موصول ومن صيغ العموم تشمل كل امرأة تكون ماعدا المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة والجمع بين الاختين، وهذا العموم غير مراد، لذا خصصه الرسول ﷺ ببيان عدم شمول الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها، فقال ﷺ: (لا يجمع

(١) سورة الاحزاب ٤٩.

(٢) سورة الطلاق ٤.

(٣) أي شككتكم وجهلتكم قدر العدة والتقيد ليس له مفهوم مخالفة.

(٤) سورة الطلاق ٤.

(٥) نسب بعض علماء الأصول إلى الظاهرية انهم قالوا بموجب هذه الآية لا يكون تخصيص القرآن إلا بالسنة ولا صحة لهذه النسبة كما هو معلوم في الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٧٣/١ وما بعدها.

(٦) قال تعالى في سورة النساء ٢٣-٢٤ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾.

(٧) سورة النساء ٢٤.

بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها^(١)، ولم يثبت هذا التخصيص عند بعض الفقهاء^(٢) فاجازوا الجمع، وكذلك عموم قوله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾^(٣)، خصص بالسنة النبوية الفاضية بان دية القتل خطأ على عاقلة القاتل^(٤).

٣- تخصيص عموم السنة بالسنة:

ومن ذلك قول الرسول ﷺ: (فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً) العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر^(٥)، فكلمة (ما) تشمل القليل والكثير من المحصولات الزراعية مما تجب فيه الزكاة، وهذا غير مراد، لسدا خصص الرسول ﷺ هذا العموم وبين الحد الأدنى لنصاب زكاة المحصولات الزراعية فقال: (ليس فيما دون خمسة أوسق من الثمر صدقة^(٦) - زكاة-)، ولم يسر أبو حنيفة النصاب في المحصولات الزراعية أخذاً بعموم الحديث الأول مع أنه ظاهر والثاني نص، والنص يقدم على الظاهر، وكذلك خصص عموم: (لا تبع ما ليس عندك)^(٧) بحديث السلم وجوازه فقال: (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٨).

(١) سبل السلام ١٦٢/٣، وفي رواية أخرى (لا تلتك المرأة على عمتها أو خالتها انكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم).. نيل الأوطار ١٦٦/٦، تقدم تخريجه.

(٢) وهم فقهاء الجعفرية كما سبق في بيان شروط العمل بحديث الأحاد، وجمهور فقهاء الجعفرية ذهبوا إلى التخصيص الاتي (يجوز زواج العممة على بنت أخيها والخالة على بنت اختها، ولكن لا يجوز العكس إلا بأذن العممة والخالة). وقال بعضهم (تتخير العممة أو الخالصة بين الفسخ والامضاء أو فسخ زواج نفسها). راجع المختصر النافع للحلي، ص ٢٠٢.

(٣) سورة الأنعام ١٦٤.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢١٦/١٢.

(٥) يفتح العين والذاء وكسر الراء وتشديد الباء هو الذي يشرب بعروقه ويعثر على الماء القريب منه. والنضح يفتح النون وسكون الضاد: الساقية من الأبل والبقر وغيرهما، ويشمل كل وسيلة من الوسائل الحديثة كالناعور والمضخة.

(٦) رواه البخاري، سبل السلام ١٧٤/٢. وفي رواية (فيما سقت الانهار والغيم العشور وفيما سقي بالساقية نصف العشور). نيل الأوطار ١٥٧/٤. فتح الباري، كتاب الزكاة، باب العشر. فيما يسقى من ماء السماء وبالماء ٤٤٣/٣.

(٧) نيل الأوطار ١٥٨/٤ وفيه (فهذا مخصص للحديث السابق وذهب ابن عباس وزيد بن علي والنخعي وأبو حنيفة إلى العمل بالعام، فقالوا: تجب الزكاة في القليل والكثير ولا يعتبر النصاب). الحديث أخرجه البخاري، كتاب الزكاة باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، فتح الباري ٤٤٦/٣.

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) منفق عليه، سبل السلام ٦٤/٣ (في كيل معلوم إذا كان من المكبل، ووزن معلوم إذا كان مما يوزن، فالسلم جائز مع أنه بيع الإنسان لما ليس عنده والجواز للحاجة استثناء من القاعدة

٤- ومن تخصيص عموم السنة بالقرآن:

قول الرسول ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، فلفظ (ضرر وضرار) تكرتان في حيز النفي يفيدان العموم بحيث لا يجوز إلحاق الضرر بالغير، ولا المقابلة بالمثل في الضرر كما هو مفاد (لا ضرار) سواء كان بعذر أو بدون عذر في المسائل المدنية والجنائية، غير أن هذا العموم غير مراد لذا خصص عموم (لا ضرر) بقوله تعالى ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾^(٢)، فبين عدم شمول الحكم للضرر بالعذر فيجوز في حالة الاضطرار أكل مال الغير مثلاً بدون إذنه، لأن الضرورات تبيح المحظورات، لكن يجب الضمان-التعويض - لأن الجواز الشرعي لعذر لا ينافي الضمان، وكذلك خصص عموم (لا ضرار) بقوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين﴾^(٣)، فيبقى قوله (لا ضرار) يطبق في المسائل المالية، فمن لحقه ضرر مالي من الغير فعليه أن يطلب التعويض ولا يجوز أن يقابله بمثل الضرر.

ثانياً - تخصيص عموم النص الشرعي بغير نص

عموم نصوص القرآن والسنة كما يخصص بالنص كذلك خصص منذ عهد فقهاء الصحابة بغير نص كالإجماع والمصلحة العامة والقياس والعرف والعقل وغير ذلك. ومن تطبيقات هذا التخصيص ما يلي:

أ- التخصيص بالإجماع:

خصص عموم قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة مسن يَوْم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾^(٤) فبين عدم شمول الحكم للنساء بالإجماع فلا تجب عليهن صلاة الجمعة^(٥)، وبالتالي يجوز لهن البيع وكل تعامل آخر بعد النداء إلى صلاة الجمعة، فأقتصر حكم المنع على الرجال فقط.

العامة). الحديث أخرجه البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، فتح الباري ٥٣٩/٤. ومسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، صحيح مسلم بشرح النووي ٤٤/١١.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سورة البقرة ١٧٣.

(٣) سورة المائدة ٤٥.

(٤) سورة الجمعة ٩.

(٥) إباح الرسول ﷺ للنساء الخروج للمساجد للصلاة كما رواه أبو داود، السنن ١٥٥/١ فقال: (لا تمنعوا أماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن ثقلات غير متطيبات)، ثم بعد وفاة الرسول ﷺ قالت عائشة رضي الله عنها: (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث بالنساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني إسرائيل)، ثم تم الإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة عليهن. مسند الإمام أحمد ٦٩/٦.

ب - التخصيص بالمصلحة العامة:

فخصص الخلفاء الراشدون عموم قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١)، ببيان عدم شمول من يرتكب جريمة السرقة لحاجته حماية^(٢) لمصلحة الأرواح وهي مقدمة على مصلحة حماية الأموال.

وخصصوا أيضاً عموم قول الرسول ﷺ: (لا ضمان على مؤتمن)^(٣) ببيان عدم شموله للأجير المشترك، فهو ضامن رغم أن يده يد الامانة على ما يوضع تحتها، فالحديث عام لان كلا من (ضمان) و(مؤتمن) نكرة في حيز النفي، وعلى هذا العموم كل من كانت يده على مال الغير يد امانة لا يكون ضامناً إذا تلسف أو نقص بدون تقصير منه، كالمستأجر بالنسبة للعين المستأجرة والمستعير في العين المعارة. والاجير المشترك (مقابل الاجير الخاص)^(٤) وهو الذي يعمل لأكثر من واحد كالخياط والنجار والمقال، ويد هؤلاء على المواد الأولية يد امانة ولكن الخلفاء الراشدين قضوا بضمائهم في حالتها التلف والسفوف لتلك المواد وان لم يكن لهم تقصير، لان الاجرة التي يستحقونها مضمونة على المالك فيلزم أن يكون المعمول فيه مضموناً، ولأن فيه رعاية لمصلحة أصحاب المواد الأولية التي توضع في حيازة الاجير المشترك، وأول من قضى به سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقال علي: (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(٥) وهو مذهب أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى.

ج - التخصيص بالعرف:

ومنه تخصيص بعض الفقهاء كالمالكية^(٦) عموم قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ

(١) سورة المائدة ٣٨.

(٢) فلم يطبقوا عقوبة السرقة على مرتكبها في سنة المجاعة.

(٣) نيل الاوطار ٢٨٩/٥ تقدم تخريجه.

(٤) في الهداية بشرح تكملة فتح القدير ١٢٠/٩ وما بعدها (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص، فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو ثمره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، والمتاح امانة في يده أن هلك لم يضمن شيئاً عند ابي حنيفة (رحمه الله) وهو قول زفر ويضمنه عندهما - عند ابي يوسف ومحمد - إلا من شئىء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر، لهما - أي دليلهما - ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك).

(٥) الروض النضير ١٤/٤. الاثر تقدم تخريجه.

(٦) تفسير القرطبي ١٦١/٣. الفروق للقرافي ٢٨٢/١. مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص ١٤٨.

يرضعن أولادهن حولين كاملين^(١)، فقالوا: (إذا كان عرف بلد يقضي بسان ولسي
الطفل يتكفل بتأمين مرضع بدلا من والدته يجب عليه ذلك ما لم تتطوع الأم
بالإرضاع).

٥- التخصيص بالقياس^(٢):

يرى أكثر علماء الأصول جواز تخصيص عموم النص بالقياس ومن ذلك
تخصيص عموم قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾^(٣)، أي من ارتكب جريمة
خارج الحرم (بيت الله الحرام) ثم التجأ إليه لا يخرج بالقوة لمحاكمته وعقابه بل
يمنع منه كل شيء حتى يضطر أن يخرج بنفسه ذلك لاحترام الحصانة المقدسة
لهذا البيت، ومن الواضح أن لفظ (من) من صيغ العموم غير أن من يرى
تخصيص القرآن بالقياس قال: (يخرج من هذا العموم المجرم الذي كان مهدر
الدم كمن يجب عليه القصاص فيخرج جبرا ويحاكم ويعاقب بقياس جريمة القتل
على جريمة الاعتداء على ما دون النفس من الأطراف)^(٤).

٥- التخصيص بالعقل^(٥):

(١) سورة البقرة ٢٢٢.

(٢) قال الرازي، المحصول ١٤٨ (يجوز تخصيص عموم الكتاب والسنة المتوازنة بالقياس وهو
قول الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأبي الحسن البصري والاشعري وأبي هاشم، ووجه الجواز:
أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص فوجب تقديمه).

(٣) سورة آل عمران ٩٧.

(٤) في كتيف الأسرار مع أصول البرزوي ٢٩٦/١ قوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ سورة آل
عمران ١٧٠. فمباح الدم برودة أو زنا أو قطع طريق أو قصاص إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه
عدنا -أي الحنفية- ولا يؤذى ليخرج، ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يجالس ولا يباع حتى يضطر
للخروج فيقتل خارج الحرم، لقوله تعالى ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾. علق الأمر بالشرط فيثبت عند
وجود الشرط لا أن يكون ثابتا قبله، فكان معناه والله اعلم صار آمنا، ولا بتحقيق الأمن إلا بازالة
الخوف، وغير الجاني ليس بخائف فلا يتصور ثبوت الأمر في حقه، فعرفنا أن النص متناول
للجاني فيثبت الأمن في حقه، وقال الشافعي (رحمه الله): (يقتل فيه)، لأن الجاني قد خصص من
الآية بما روى إلى النبي ﷺ لما دخل مكة يوم الفتح أمر بقتل نفر منهم ابن اخطل فوجدوه
متعلقا بأستار الكعبة فقتلوه، وقوله ﷺ: (الحرم لا يعيد عاصيا ولا فارا بدم). أخرجه أبو داود،
كتاب الجهاد ٥٩/٣، باب قتل الأسير. وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها،
صحيح مسلم بشرح النووي ١٣٤/٩، وبالقياس -أي خص بالقياس- على الطرف فإنه لو كان
عليه قصاص في الطرف فدخل الحرم استوفى منه في الحرم، فلما لم يبطل ادون الحقيق بالحرم
فاعلاهما أولى، وبالقياس على ما إذا انشأ القتل فيه فإنه يقتل فيه بالاتفاق، فكذا إذا التجأ إليه.

(٥) في مسلم الثبوت وفواتح الرحموت ٣٠١/١ (التخصيص بالعقل جائز خلافا للبعض منهم
الشافعي). قال السبكي (لا نزاع في أن ما يقضي العقل بخروجه خارج البتة ولا يشمل الحكم،
أما النزاع في أن اللفظ هل يشمل لغة أم لا؟ فمن قال نعم يشمل سماه تخصيصا فإنه حينئذ
عام لغة قد قصر على البعض، ومن قال لا يشمل لغة كما هو ظاهر كلام الشافعي لم يسمه

يرى الكثير من الاصوليين والفهاء أن مخصص النص العام قد يكون العقل السليم^(١)، ومثلوا لذلك بآيات عامة وهي مخصصة بالعقل، منها قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَكِيمٌ غَبِيبٌ﴾^(٣)، فقالوا: (يخصص تعميم هذه الآيات ونحوها من آيات الأحكام التكليفية بالعقل، فهو يخرج من عمومها من لا يتوافر فيه شروط التكليف من البلوغ والعقل والقدرة، كالمجنون والصبي غير المميز).

ومن وجهة نظري: أن المخصص لعموم مثل هذه الآيات هو القرآن نفسه كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٤)، وأرى أن العقل مخصص في الأحكام العقلية لا في الأحكام الشرعية.

ثالثاً - تخصيص النصوص القانونية العامة

في التخصيص بالدلالة المخصصة المتصلة لا يوجد أي فرق بين نصوص الشريعة ونصوص القانون كما يتبين ذلك من الامثلة التي اوردها لكل منهما حين البحث عن الأنواع الخمسة للدلالة المخصصة المتصلة، وكذلك لا نجد الفرق في التخصيص بالقياس والمصلحة والعرف والعقل بين الشريعة والقانون بل من المفروض أن يكون مجال هذا التخصيص في القانون أكثر.

أما التخصيص بالنص فإن العام ومخصصه قد يكونان في قانون واحد، وقد يكون كل واحد منهما في قانون، وهذا امر جائز ما دام مصدر القانونين سلطة تشريعية في بلد واحد، ولكن لا يجوز تخصيص قانون دولة بقانون أخرى مهما

تخصيصاً إذ لا قصر حينئذ، لنا العموم لغة والقصر عقلاً في قوله تعالى ﴿لَوْ هُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾، إذ لا شيء من الواجب لذاته والممتنع بمقدوره عقلاً فلا يتناولوه وقد كان داخل لغة).
(١) في الأحكام للأمدى ١٤٣/٢ (مذهب الجمهور من العلماء جواز تخصيص العموم بالدليل العقلي، كما في قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَكِيمٌ غَبِيبٌ﴾ من استطاق إليه سبيلاً، سورة آل عمران ٩٧. فإن الصبي والمجنون من الناس حقيقة وهما غير مرادين من العموم بدلالة نظر العقل على امتناع تكليف من لا يفهم ولا معنى للتخصيص سوى ذلك. لمزيد مسن التفصيل حول تخصيص العام بالعقل، راجع ميزان الأصول للسمرقندي علاء الدين (ابي بكر محمد بن احمد)، تحقيق الدكتور عبد الملك ٤٦٧/١ وما بعدها. وفي ميزان الأصول للسمرقندي ٤٦١/١ تحت عنوان التخصيص بالعقل (الدليل العقلي يصلح مخصصاً كما في ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾، سورة البقرة ٤٣. لان العقل يأتي خطاب من لا يفهم وخطاب العساجز في الفعل تكليف بما ليس في وسع المخاطب).

(٢) سورة البقرة ٤٢.

(٣) سورة آل عمران ٩٧.

(٤) سورة البقرة ٢٨٦.

كانت الصلة قوية بينهما، لأنه يتعارض مع السيادة. ومع ذلك قد يسترشد القاضي بقوانين بلد آخر إذا أراد تخصيص النص العسام بغير النص كالمصلحة وغيرها، ومن الواضح أن القاضي يخصص عموم النص القانوني إذا تعارض مع معاهدة أو اتفاقية تكون دولته طرفاً فيها.

ويخصص العام من القانون بالقرارات الإضافية التي تصدر من سلطة مخولة بالتشريع استناداً إلى الدستور وبالتعليمات الوزارية التي تصدر لإيضاح القانون، وبمقترحات مجلس الشورى المتفق عليها قياساً على جواز تخصيص نصوص الشريعة بالاجماع. إضافة إلى ذلك، للقاضي أن يخصص النص لمقتضيات العدالة، لمصلحة عامة أو لعرف صحيح، أو لاتفاق المتعاقدين على ما هو مخالف لعموم النص إذا لم يكن من النصوص الأمرة حيث لا يجوز الاتفاق على ما هو مخالف للنظام العام.

نماذج من تطبيقات تخصيص النصوص القانونية العامة :

أ- تخصيص النص العام بنص خاص في قانون واحد كتخصيص عموم (م ٦) من قانون العقوبات العراقي [تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق] بـ (م ١١) منه [لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي]، لأن منطوق [جميع الجرائم التي ترتكب في العراق] كل جريمة ترتكب في الاقليم العراقي براً وبحراً وجواً من أي شخص عراقي أو غير عراقي خاضع لهذا القانون، وبما أن هذا العموم غير مراد وان هناك من لا يخضع لأحكامه، بادر المشرع إلى استثنائه وإخراجه من هذا العموم في (م ١١).

ب- تخصيص عموم (م ١٠٦) من القانون المدني العراقي [سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة]، والمواد الأخرى التي تطابقها من التشريعات العراقية في اعتبار كمال الاهلية و سن الرشد بكمال الثامنة عشرة من العمر بـ (م ١/٣) من قانون رعاية القاصرين [ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة، وتزوج بإذن المحكمة كامل الاهلية]، فهذه المادة أخرجت من عموم (م ١٠٦) [كل متزوج عراقي وكل متزوجة عراقية في اكتساب اهلية الاداء في المعاملات المالية لا في الجنايات بالزواج إذا تم بإذن القاضي بعد إكمال الخامسة عشرة من

العمر، وكان على المشرع أن يفيد الأهلية بالأداء حتى لا تفسر تفسيراً واسعاً بحيث تشمل القضايا الجنائية^(١).

ما مصير هذه الأهلية إذا حصلت الفرقة ؟

إذا حصلت الفرقة قبل إكمال الثامنة عشرة بين الزوجين اللذين اكتسبا أهلية الأداء بالزواج لا يرجعان إلى ما كانا عليه قبل الزواج سواء كانت الفرقة بالوفاة أم بالطلاق أم بالتفريق القضائي للأسباب الآتية:

- ١- هذا الحكم ليس جديداً لأن كل إنسان أكمل الخامسة عشرة ولم يصيب بعارض من عوارض الأهلية يعتبر كامل الأهلية في المعاملات المالية عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي الدين الرسمي للدولة بموجب الدستور.
- ٢- هذا المركز القانوني يعتبر حقاً مكتسباً لا يزول بزوال سببه.
- ٣- سكوت قانون رعاية القاصرين في معرض الحاجة بيان لعدم رجوعهما إلى الخضوع لهذا القانون بعد الفرقة.

٤- غاية المشرع هي التشجيع على الزواج المبكر، فرجوعهما بالفرقة إلى مسا كان عليه قبل الزواج يقلل من أهمية هذا التشجيع.

ج- تخصيص عموم النص الذي لم يكن من النصوص الأمرة باتفاق المتعاقدين كما نصت على ذلك (م ٣٩٨) من القانون المدني العراقي [إنفاقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك]. ومن الجدير بالذكر أن الاتفاق يكون باطلاً إذا كان النص العام يتعلق بالنظام العام.

د- تخصيص عموم النص بالعرف لأنه إذا كان مصدراً للأحكام بموجب القانون^(٢)، فمن باب أولى يكون مخصصاً، ولأن (م ٣٩٨) المذكورة نصت على [تخصيص عموم النص باتفاق المتعاقدين وبالعرف]، ولأن فقهاء القانون كفقهاء الشريعة متفقون على تخصيص العموم بالعرف كما في الوكالة الواردة في الفاظ عامة فلا يجوز للوكيل أن يتصرف تصرفاً مضراً بالموكل.

هـ- وللقاضي أن يخصص عموم النص بكل مبرر مشروع تقضي به العدالة أو المصلحة العامة أو الحاجة الماسة والضرورة.

(١) ذهب القضاء العراقي في تفسير هذه الأهلية إلى أن المراد بها أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وأثاره، وهذا تفسير ضيق لا يحتمله إطلاق تعبير (كامل الأهلية).

(٢) م ٢/١ من القانون المدني العراقي والمصري [٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف].

أهم الفروق بين التخصيص والنسخ (الإلغاء)

النسخ (أو الإلغاء) رفع حكم شرعي (أو قانوني) نافذ بنص لاحق أو الغناء قانون سابق بقانون لاحق، وهو يتميز عن التخصيص بما يلي:

١- من حيث الماهية: لكل منهما ماهية مستقلة عن ماهية الآخر ولا يمكن الجمع بينهما:

أ- النسخ بمعناه الضيق الأصولي عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(١) وهي متقاربة من حيث المضمون ولكنها متعارضة مع تقسيمهم المنسوخ إلى ثلاث أنواع: - منسوخ الحكم فقط، ومنسوخ الخط (التلاوة) فقط، ومنسوخ الخط والحكم معاً لأن تلك التعريفات التي اطلعت عليها كلها اقتصررت على النوع الأول وهو نسخ الحكم فلا تشمل منسوخ التلاوة (أو الخط) فقط مع بقاء الحكم ولا منسوخ الحكم والخط معاً، لذا استحدثت تعريفاً جديداً للنسخ بحيث يشمل جميع أقسام النسخ المزعومة وهو انه عبارة عن ((إلغاء وحى سابق بوحى لاحق))، سواء كان كل من الناسخ والمنسوخ متلوّاً كما في نسخ القرآن بالقرآن أو كان الناسخ متلوّاً دون المنسوخ كنسخ السنة بالقرآن وأما عكس الشق الثاني وهو أن يكون المنسوخ متلوّاً (قرآناً) والناسخ غير متلو (حديثاً نبوياً) كما زعم البعض فهو لا وجود له إلا في ذهن من زعم ذلك، فمن المستحيل نسخ القرآن بالسنة سواء كانت سنة أحادية أو متواترة لأن خبر الأحاد ظني الثبوت والقرآن قطعي الثبوت^(٢) فلا يوجد التكافؤ بينهما حتى يتعارضوا لإجماع علماء المسلمين على

(١) ومن هذه التعريفات:

تعريف ابن السبكي بشرح الجلال المحلي مع حاشية البستاني ٥٠/٢ بأنه (رفع الحكم الشرعي بخطاب)، تعريف ابن الحاجب في مختصر المنتهى الأصولي بشرح القاضي عضد الدين ١٨٥/٢ بأنه (رفع الحكم الشرعي بدليل متأخر)، تعريف الأمدى في الإحكام في أصول الأحكام ٢٤٠/٢ بأنه (خطاب الشارع المانع من استمرار ما ثبت من حكم خطاب شرعي سابق)، وتعريف زكريا الأنصاري في لب الأصول (ص ٨٧) بأنه (رفع حكم شرعي بدليل شرعي)، وتعريف البهساري في مسلم النسبوت ٣٢/٢ بأنه (رفع الشارع الحكم الشرعي)، وتعريف الشوكاني (ص ١٨٥) بأنه (رفع حكم شرعي يمثله مع تراخيه عنه). ومن الواضح أن هذه التعريفات أو أمثالها لا تشمل إلا نوعاً واحداً من المنسوخ وهو منسوخ الحكم فقط لأن الحكم الشرعي بحسب ظن أنصار المغالاة في نسخ القرآن لا يستلزم نسخ الخط والتلاوة وبناءً على ذلك تكون تلك التعريفات ونظائرها ناقصة لأنها غير جامعة لأنواع الثلاثة من المنسوخ.

(٢) ولأن القرآن لفظه ومعناه من الله بخلاف الحديث فإن لفظه من الرسول ﷺ سواء كان حديثاً قدسياً أو حديثاً نبوياً ومن هذه الناحية أيضاً لا يوجد التعادل بين الحديث والقرآن حتى يحصل بينهما التعارض.

انه لا تعارض بين دليل ظني ودليل قطعي فإذا لم يكن هناك تعارض فلا وجود للنسخ الذي أساسه قيام التعارض والتناقض بين نصيين أو (دليلين).
أما بالنسبة للسنة المتواترة فلا توجد في الشريعة الإسلامية سنة متواترة واحدة تكون متعارضة مع آية من الآيات القرآنية؛ لان الأحاديث المتواترة محدودة جداً بل يرى بعض علماء الحديث أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية إلا حديث متواتر واحد^(١) فالقول بأنه يجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة تصور محض لا وجود له في خارج الذهن.

ب- والتخصيص: عرفه علماء الأصول بتعريفات سبق ذكرها في هذا الفصل كما بين والذي عرفناه بأنه: هو بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده.
٢- من حيث الطبيعة: طبيعة النسخ الإلغاء وطبيعة التخصيص البيان. فالمنسوخ مقصود حين تشريعه ومطلوب العمل به والمخصص بقدر التخصيص غير مقصود من بدء تشريعه.

وبتعبير آخر التخصيص بيان حيث يبين أن ما خرج من حكم العموم لم يكن المتكلم قد أراد شمول حكمه له ولم يرد تكليف المكلف به لا في الماضي ولا في الحاضر ولا في المستقبل بخلاف النسخ فإن الحكم كان مطلوباً والمخاطب كان مكلفاً به ثم الغي هذا الحكم لسبب من أسباب الإلغاء وبناء على ذلك يكون التخصيص دائماً بياناً لما أريد والنسخ إلغاء لما أقر.

٣- الدليل المخصص كما يكون نصاً فقد يكون غير نص أيضاً كالمصلحة العامة المشروعة يخصص بها نص عام^(٢) وكالعرف الصحيح^(٣) والإجماع^(٤)، والقياس^(٥)، والعقل، ونحو ذلك بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالنص وهذا ما اتفق عليه علماء المسلمين.

-
- (١) وهو حديث: (من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار)، رواه الشيخان.
(٢) تخصيص النص العام بالمصلحة كتخصيص عموم آية (السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) بالنسبة للجائع المضطر لان حماية الأرواح أهم من حماية الأموال.
(٣) التخصيص بالعرف كتخصيص عموم قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حساناً كاملين) بالعرف.
(٤) تخصيص العام بالإجماع كالإجماع على عدم وجوب صلاة الجمعة على النساء بتخصيص عموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذكروا البيع).
(٥) التخصيص بالقياس كتخصيص عموم قوله تعالى (فمن دخله كان آمناً) بان هذا العموم لا يشمل مهدر الدم قياماً على ارتكاب جريمته داخل الحرم كما قال بعض الفقهاء.

٤- النسخ لا يكون في الأخبار لان نسخ الخبر يستلزم تكذيب مخبره وهذا منزه عنه سبحانه وتعالى. بناء على ذلك ينحصر مجال النسخ في الأحكام الشرعية (التكليفية والوضعية) الثابتة بالأوامر والنواهي بخلاف التخصيص فانه يرد في الاخبار كما يرد في الأحكام لان التخصيص بيان لما أريد ولا توجد فيه شائبة التكذيب.

٥- النسخ لا يكون في الوعيد والتهديد لنفس السبب الذي ذكرناه في الفقرة السابقة.
٦- التخصيص قد يكون بدليل أدنى قوة وإلزاماً من النص العام كتخصيص القرآن الكريم بحديث الأحاد أو العرف الصحيح أو المصلحة كما ذكرنا في حين أن الناسخ يجب أن يكون دائماً أقوى من المنسوخ كنسخ السنة بالقرآن أو مساوياً له في القوة الإلزامية كنسخ القرآن بالقرآن ونسخ السنة بالسنة.

٧- الدليل المخصص قد يكون متصلاً بالنص العام وقد يكون منفصلاً ومستقلاً عنه في حين أن النسخ لا يكون إلا بدليل مستقل منفصل غالباً لان المفروض أن الناسخ والمنسوخ متناقضان لا يجتمعان لا في الحكم ولا في التحقق.

٨- النسخ لا يكون إلا بدليل متأخر في تشريعه من المنسوخ في حين يجوز أن يكون الدليل المخصص سابقاً على النص العام الذي بخصصه كما يجوز أن يكون متأخراً عنه أو مقارناً له.

٩- التخصيص لا يكون إلا للنص العام في حين أن النسخ يرد على النص العام والخاص على حد سواء.

١٠- يجوز نسخ شريعة بشرية أخرى كنسخ الشرائع السابقة بالقرآن الذي هو الدستور المعدل الأخير للسنن الإلهية السابقة بخلاف التخصيص فلا يجوز تخصيص نص عام في الشريعة الإسلامية بنص آخر في الشرائع السابقة.

١١- النسخ يكون بعد العمل بالحكم المنسوخ على الرأي الراجح عند علماء المسلمين، أما التخصيص فلا يشترط فيه هذا الشرط لأنه بيان وقد يكون مقترناً متصلاً بالنص العام في التشريع كما في الأدلة المخصصة المتصلة كالاستثناء والصفة والشرط والغاية وبدل البعض من الكل.

١٢- للنسخ بديل غالباً بخلاف التخصيص لان الحكم بعده يبقى مقتصرأ على الباقي فلا داعي للبدال عنه.

١٣- التخصيص لا يخرج العام عن الاحتجاج به مطلقاً في مستقبل الزمان فإنه يبقى معمولاً به في ما عدا ما يتناوله التخصيص بخلاف النسخ فان المنسوخ يلغى ولا يجوز العمل بالملغى.

١٤- التخصيص كما يكون بالقول يجوز أن يكون أيضاً بالفعل كأفعال الرسول ﷺ المبينة والمخصصة لبعض النصوص العامة في القرآن الكريم بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بالقول.

١٥- التخصيص تقليل والنسخ تبديل.

١٦- النسخ لا يرد في الأحكام الاعتقادية بخلاف التخصيص.

١٧- النص العام يجوز نسخه كلياً حتى لا يبقى منه شيء بخلاف التخصيص فإنه لا يجوز إيراده على جميع ما يندرج تحت العام بحيث لا يبقى منه شيء وقد اختلف الأصوليون في الحد الأدنى الذي يجب أن يبقى عليه العام بعد التخصيص بعد أن اتفقوا على أنه لا يجوز أن يزيل التخصيص النص العام كلياً.

١٨- أمهات الأحكام التكليفية للأسرة البشرية لا تنسخ ولا تلغى لا في الشرائع السماوية ولا في القوانين الوضعية ما دام الإنسان محتفظاً بإنسانيته ولم ينزل إلى مستوى وحوش الغاب.

ومن هذه الأحكام التعامل مع الناس بالحسنى وتوجيههم إلى طريق الصواب بالحكمة والموعظة الحسنة ومناقشتهم بالتي هي أحسن، والصبر والصمود أمام التيارات المعادية ما لم يصل إلى حد الإعتداء على المصالح الضرورية وبالتالي إلى جواز استخدام حق الدفاع الشرعي، وكوجوب العدل والصدق والأمانة والإخلاص وكل صفة من الصفات الحميدة التي يجب على الإنسان أن يتحلى بها وهذا المعنى العام هو المراد من قوله تعالى: ﴿لَتَعَارَفُوا﴾ في آية ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾. ومنها تحريم الزنا والقذف والسرقة وقطع الطريق وخيانة الأمانة والكذب والحقد والحسد والأنانية ونحو ذلك من جميع الصفات الرذيلة التي يجب على كل إنسان أن يتحلى عنها

في كل زمان ومكان وهذه الأحكام وأمثالها لا تتعرض للنسخ والإلغاء في جميع الأديان والقوانين كالقرآن الكريم لم ينسخ شيئاً منها من الأديان السابقة. ويقابل هذه الأحكام ما يطلق عليه علماء الفلسفة والقانون مصطلح (القانون الطبيعي) الذي هو عبارة عن قواعد وأحكام مثالية ثابتة خالدة لا تتأثر بالموثرات الكونية والبشرية.

ورغم ذلك فإن هذه الأحكام جميعها تقبل التخصص بحسب الظروف والحالات الاستثنائية، وعلى سبيل المثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ لا يقبل الإلغاء والنسخ مطلقاً ولكن يقبل التخصص لمصلحة المضطر الجائع الذي يسرق لقمة العيش لانقاذ حياته وكذلك قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ عمومته يخصص لحالات عارضة كالجنون والإكراه ونحوهما.

١٩- لا يشترط وجود التناقض بين النص العام والخاص بل لا يوجد أصلاً أي تعارض حقيقي لأن التعارض القائم بينهما إنما هو ظاهري فالعموم من البدء غير مراد وبين هذا المراد بالنص الخاص في حين أن النسخ لا يكون إلا في حالة قيام التناقض الحقيقي بين النصيين (أو الحكمين) بحيث يكون العمل بأحدهما يستلزم ترك الآخر كلياً وكذلك ترك أحدهما يستلزم العمل بالآخر لأن من القواعد البديهية الثابتة أن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان (يسقطان).

٢٠- التخصص لا يرد على الأمر بمأمور واحد أو نهي شخص واحد عن منهي عنه كما في الأحكام التي هي كانت خاصة بالرسول العظيم بخلاف النسخ فإنه يتصور فيه ذلك.

٢١- ثبوت نسخ القرآن بالقرآن لا يكون إلا بالتواتر فلا يثبت عن طريق الإجتهااد والأدلة الظنية لأن ما ثبت قرآنيته بالتواتر وبالدليل القطعي لا يجوز الحكم بزواله إلا بدليل قطعي آخر بخلاف التخصص فإنه كما يجوز بدليل ظني كذلك يجوز إثبات هذا التخصص بدليل ظني^(١).

(١) لمزيد من التفصيل في هذه الفروق راجع المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر السدين السرازي القسم التحقيقي ج/١، ق/٣، ص ٩ وما بعدها، إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٤٢-١٤٣. مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب ص ١٠٦ وما بعدها، المسودة لآل تيمية ص ١٣٤ وما بعدها.

٢٢- من حيث العناصر (الشروط): شروط التخصيص سبعة كما سبق بيانها وأما شروط النسخ فقد اختلف فيها الأصوليون بين مقل ومكثر والصواب أن شروط النسخ في القرآن أربعة:

الشرط الأول - ثبوت القرآنية لكل ما يسمى بالناسخ والمنسوخ في القرآن بناء على القاعدة المجمع عليها من لدن علماء المسلمين من السلف الصالح والخلف على: (أن كل جزء من أجزاء القرآن متواتر) وعلى أن عكس النقيض الموافق لهذه القاعدة الذي مجمع عليه هو: (أن كل ما لم يكن متواتراً ليس جزءاً من القرآن)^(١).

الشرط الثاني - ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر. **الشرط الثالث** - قابلية الحكم للنسخ فأحكام الأخبار والوعد والوعيد لا تقبل النسخ^(٢). لأن الحكم المنسوخ - على حد زعمهم - كان قبل النسخ من القرآن وثبتت قرآنيته بالتواتر وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بالتواتر. وبتعبير آخر أن ما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين.

الشرط الرابع - وجود التناقض بين النقيضين (الناسخ والمنسوخ) إذ لا يكفي القول بنسخ أحد النقيضين للأخر مجرد التعارض بينهما لأن كل متناقض متعارض دون العكس فالتعارض قد يكون تناقضاً وقد لا يكون لأن التعارض يمكن رفعه بالجمع بين المتعارضين أو بترجيح أحدهما على الآخر. ومن الواضح والمعروف المجمع عليه أن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان وأن التناقض لا يتحقق بين نصين أو دليلين أو شيتين إلا بعد اتحادهما في أمور ثمانية واختلافهما في ثلاثة أمور أخرى:

أ - الاتحاد في الأمور الثمانية التالية:

١ - وحدة الموضوع (المحكوم عليه أو المسند إليه): فلا تناقض بين هذين القولين (كامل الأهلية عقوده صحيحة، وعديم الأهلية عقوده باطلة) لعدم وحدة الموضوع.

(١) فلا صحة للقول بأن الرضاع المحرم كان في القرآن عشر رضعات نسخت بخمسة رضعات ذلك لأن كلاً من الناسخ والمنسوخ من أحاديث الأحاد في السنة النبوية. كما أنه لا صحة للقول بأن (الشيخ والشبيخة إذا زنيا فارجموهما البتة) من القرآن لأن هذا إضافة إلى كونه من أخبار الأحاد كان قولاً شائعاً في عرف العرب قبل الإسلام، وكذلك أمثال هذه الروايات التي اعتبرت من الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم وهو بعيد عنها بعد السماء عن الأرض.

(٢) وكذا المعتقدات وأسماء الأحكام التي لا تختلف باختلاف الأديان لأنها تنتهي بإنهاء الوقت والأحكام المؤبدة.

٢- وحدة المحمول (المحكوم به أو المسند): فلا تناقض بين هذين الكلامين (عديم الأهلية لا يسأل أي جنائياً، وعديم الأهلية يسأل أي مدنياً) لعدم اتحاد المحمول وهو المسؤولية.

٣- وحدة الزمان: فلا تناقض بين هاتين الجملتين (في شهر رمضان يجب الصيام على الإنسان أي في النهار، وفي شهر رمضان لا يجب الصيام على الإنسان أي في الليل) وذلك لإختلاف الزمان.

٤- وحدة المكان: فلا تناقض بين: (الجاني يخضع لقانون العقوبات العراقي - أي إذا ارتكب الجريمة في الإقليم العراقي، والجاني لا يسري عليه قانون العقوبات العراقي - أي إذا ارتكب الجريمة في إقليم آخر) هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

٥- وحدة الشرط: فلا تناقض بين: (المطلقة تجب عليها العدة - أي بشرط الدخول، والمطلقة لا تجب عليها العدة - أي إذا لم يدخل بها) فكل من طلق زوجته قبل الدخول لا تجب عليها العدة بنص القرآن الكريم.

٦- وحدة الإضافة أو الصفة: فلا تناقض بين: (المتهم برئ - أي بالنسبة للجريمة التي لم تثبت عليه، والمتهم ليس بريئاً - أي بالنسبة للجريمة التي ثبتت عليه).

٧- وحدة القوة والفعل: فلا تناقض بين: (الجنين له شخصية قانونية - أي بالقوة - أي من شأنه أن يكتسب هذه الشخصية إذا ولد حياً، والجنين ليس له شخصية قانونية - أي بالفعل قبل ولادته حياً).

٨- وحدة الكل والجزء: فلا تناقض بين: (أكلت الرمان - أي بعضه، ولم اكل الرمان - أي كله).

٩- وحدة القوة الإلزامية: فلا تناقض بين آية قرآنية وحديث الأحاديث لعدم تكافؤهما، ولا بين آية تكون دلالتها على الحكم قطعية وأخرى تكون دلالتها على الحكم ظنية لنفس السبب.

ب- الإختلاف في الأمور الثلاثة التالية:

١- الإختلاف في الكيف (الإيجاب والسلب أو الصحة والسيطان أو الجنواز والحظر): فلا تناقض بين: (الدفاع الشرعي واجب والدفاع الشرعي جائز) لعدم إختلافهما في الكيف والحكم لأن كل واجب جائز.

٢- الاختلاف في الحكم: فلا تناقض بين: (الأصل في الأشياء الإباحة - أي بعضهما وهي النافعة، والأصل في الأشياء الحظر - أي بعضها وهي الضارة) لأن الحكم (البعضية) غير مختلف.

٣- الاختلاف في الجهة: فلا تناقض بين (كل إنسان كاتب بالإمكان، وكسل إنسان ليس بكاتب بالإمكان) لصدقهما معاً لعدم اختلاف جهة القضية.

٢٣- التخصيص يكون دائماً بطريقة صريحة بخلاف النسخ (أو الإلغاء) فإنه نوعان الإلغاء (النسخ) الصريح والإلغاء الضمني:

الإلغاء أو النسخ الصريح: هو أن يدل نص في القرآن الكريم على أن الآية كذا نسخت بآية كذا أو يدل على أن الحكم كذا ألغي بدون بديل أو نحو ذلك فمثل هذا النوع من الإلغاء لا يوجد في القرآن الكريم بخلاف السنة النبوية فقد يدل الحديث السابق على أن الحكم السابق قد ألغي بلائق كما في قول الرسول ﷺ: (كنت نهيتكم عن زيارة القبور إلا فزروها) فإنه يدل صراحة على أن حكم زيارة القبور السابق كان هو التحريم وقد ألغي ببديل مناقض له وهو الجواز أو الإباحة. لذا نجد القائلين بالنسخ في القرآن الكريم قد اعتمدوا على النسخ الضمني وهو إجتماع نصيين متناقضين بحيث لا يمكن إزالة هذا التناقض إلا باعتبار أحدهما ناسخاً للآخر لأن المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان.

ومن الواضح أن النسخ أو الإلغاء الضمني يتطلب توافر الشروط التي ذكرناها سابقاً وهي (ثبوت قرآنية الناسخ والمنسوخ بالتواتر + ثبوت تأخر الناسخ في النزول بالتواتر + قابلية الحكم للإلغاء + وجود تناقض بين النصين يتوافر فيه أحد عشر شرطاً وهي الإتحاد في أمور ثمانية والاختلاف في ثلاثة). ومن تتبع آيات القرآن الكريم بعمق ودقة يجد من الصعب - إذا لم يكن من المتعذر - وجود نصيين متعارضين تتوفر فيهما شروط التناقض. ومن البدهي أن النسخ لا يكون إلا لرفع التناقض فإذا كان التناقض مفقوداً فلا وجود للنسخ الذي يعد من أخطر الأمور التي تناولها بالبحث علماء الشريعة الإسلامية قديماً وحديثاً.

تكييف التخصيص

اختلف علماء الأصول في تكييف التخصيص كما اختلفوا في تكييف تقرييد المطلق، هل هو بيان أو تأويل أو نسخ؟
أ- قال الحنفية^(١): (أن كان الدليل المخصص للنص العام مقارناً له في التشريع

(١) لمزيد من التفصيل، راجع كشف الاسرار مع أصول البزدوي/١٣٠ ومابعدها.

يكون بياناً، وإن كان متأخراً عنه بان يتم تشريعه في زمن متأخر عن زمن تشريع العام يكون نسخاً).

ب- وقال المالكية^(١): (التخصيص تأويل لأن الأصل هو حمل العام على عمومه، والعدول عن الأصل إلى التخصيص يكون تأويلاً).

ج- وقال الجمهور: (التخصيص بيان لمراد الشارع مطلقاً لأنه لم يرد عموم النص حين تشريعه، ثم بين هذا المراد هو أو المجتهد بالتخصيص).

التقويم :

الرأي الذي نراه افقه هو ما ذهب اليه الجمهور من أن التخصيص بيان لمراد الشارع لأن النص العام لم يكن عمومه مراداً، وهذا المراد خفي على كثير من الناس فيتم بيانه بالتخصيص. ثم من تعمق في الموضوع لا يجسد ثمرة خلاف سوى أن التأويل يكون دائماً من المجتهد، فقيهاً أم قاضياً، ولا يتصور أن يكون من الشارع (أو المشرع) بخلاف البيان أو النسخ^(٢).

(١) في مفتاح الوصول إلى علم الأصول للنلمساني المالكي، ص ١٠١ (التأويل السابع التخصيص، وهو قد يكون بمتصل، وقد يكون بمنفصل).

(٢) النسخ رفع حكم شرعي ثابت بنص سابق بالنص اللاحق وهو يرادف الإلغاء في القانون، وقد أسرف البعض في القول بالنسخ في القرآن، ومرد ذلك اسباب كثيرة منها: أ- عد التدرج في القرآن من النسخ كما في آيات تحريم الخمر.

ب- فهم أن الحكم الذي شرع لسبب ثم زال هذا السبب من المنسوخ فعدوا جميع الآيات التي نزلت في الحث على الصبر في الشدائد وتحمل أذى الكفار في صدر الإسلام منسوخة بآيات السيف.

ج- فهمهم أن ابطال الإسلام لما عليه الناس من قبل يكون نسخاً كابطال التبني ونكاح نساء الأباء، وهذا ليس نسخاً، لأنه ليس حكماً شرعياً ثابتاً بنص سابق.

د- توهم وجود التعارض بين نصين في القرآن مع عدم وجوده في الواقع. هـ- الخلط بين النسخ والتخصيص في كثير من الآيات، فعلى سبيل المثال آيات الميراث خصصت آية الوصية الواجبة، فاقترنت على غير الوارث في حين اعتبر الكثيرون أنها ناسخة لها.

و- وغير ذلك من اسباب أخرى لا مجال لذكرها. ومن الواضح أن الظروف خاضعة لإرادة الله وليست ارادته خاضعة لها كما فسي المشرع الوضعي حتى يعدل ويلغي كلما تغيرت الظروف، ثم أن الله عالم بالماضي والحاضر والمستقبل خلافاً للمشرع الوضعي للتوابعين.

المبحث الثالث المشترك تعريفه، أنواعه، استعماله، تأثيره

تعريفه

عرفه علماء الأصول بتعريفات متعددة^(١) كلها ركزت على المشترك اللفظي، ولم نجد تعريفاً جامعاً شاملاً لنوعي المشترك (اللفظي والمعنوي)، ويبدو أن سبب ذلك يعود إلى أمرين:

أحدهما: الاستغناء عن بيان أحكام المشترك المعنوي ببيان أحكام المطلق^(٢) والعالم.

وثانيهما: انهم كانوا يصدد اشتراك الألفاظ بين المعاني، والمشارك المعنوي من صفات المعاني دون الألفاظ^(٣).

ورغم كل ذلك فإنه لبيان طبيعة وتأثير المشترك المعنوي على النصوص من حيث الغموض أهمية كبرى فمن الضروري إفراده بدراسة مستقلة.

والتعريف الذي نختاره:

هو أن المشترك: (أ) ما وضع لأكثر من معنى بأوضاع متعددة أو لعدد مشترك فيه بوضع واحد^(٤). وحرف (أو) في تعريفنا هذا للتقسيم لا للترييد فلا يرد

(١) ومن هذه التعريفات: تعريف ابي البركات، شرح المنار، ص ٣٩ (المشارك يتناول أفراداً مختلفة الحدود على سبيل البديل). وتعريف المحلي، شرح جمع الجوامع ٢٩٢/١ (المشارك هو اللفظ الواحد المتعدد المعنى الحقيقي). وتعريف القرافي، تنقيح الفصول، ص ٢٩ (المشارك هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر كالعين). وتعريف السبزواري، تهذيب الأصول، ص ٣٠ (اللفظ والمعنى متحدان ويعبر عنه بمتحد المعنى، أو متحدان ويعبر عنه بالمبتدئين، أو يكون المعنى واحداً واللفظ متعدداً ويعبر عنه بالمترادف، أو يكون بالعكس ويعبر عنه بالمشارك). وتعريف البهاري، مسلم الثبوت ١٣٥/١ (اللفظ المفرد إن تعدد معناه فإن وضع لكل فمشارك). وتعريف الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ١٩ (المشارك هو اللفظة الموضوعة لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعاً أو لا من حيث هما كذلك).

(٢) لأن المطلق والعالم من حيث وضعهما لمعنى واحد يكون من الخاص ومن حيث اشتراك هذا المعنى بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد يكون مشتركاً معنوياً.

(٣) للتمييز بينهما يوجد معياران: أحدهما في المشترك اللفظي بتعدد الوضع للمعاني، بخلاف المعنوي فإن الوضع واحد، والثاني: المشترك في المشترك اللفظي هو اللفظ، وفي المعنوي هو المعنى.

الاعتراض بعدم جواز استعمالها في التعريفات، فهو بالاعتبار الأول مشترك لفظي لان اللفظ مشترك فيه بين عدة معان، وبالاعتبار الثاني مشترك معنوي لان المعنى قدر مشترك فيه بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الافراد. ونخصص لدراسة كل نوع مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

المشترك اللفظي ومدى تأثيره في غموض النصوص

المشترك اللفظي كما ذكرنا لفظ وضع بأوضاع متعددة لأكثر من معنى واحد، ويتعبير أدق ((ما اتحد لفظه وتعدد وضعه ومعناه)). وعلى سبيل المثل لفظ (عين) وضعه أهل اللغة العربية تارة للباصرة وتارة للعين الجارية ومرة للشمس واخرى للذهب، كما وضعه فقهاء الشريعة لما يقابل الدين، فقالوا: (الدين ما يتعلق بالذمة من مال أو عمل وهو يقابل الحق الشخصي في القانون، وما عداه من المنقولات والعقارات فهو عين^(١)) ويقابل الحق العيني في القانون ايضاً).

الاشتراك اللفظي يجري في الأسماء والأفعال والحروف

أ- من الأسماء المشتركة اشتراكاً لفظياً (قرء) مشترك بين الحيض والطمهر، ولفظ (عين) مشترك بين المعاني التي سبق ذكرها.

ب- من الأفعال المشتركة فعل (عسعس) بمعنى اقبل وادبر، وفعل المضارع المشترك بين الحاضر والمستقبل.

(١) في رد المحتار ١٥٧/٥ (الدين ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك، وما صار في ذمته ديناً باستقراره، فهو أعم من القرض، والقرض لغة ما تعطيه لتتقاضاه، وشرعاً ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه). وفي مرشد الحيران (م ١٦٨) (الدين ما وجب في ذمة المدين بعقد أو استهلاك مسال أو ضمان مخصوب). والواقع أن كل ملتزم فيه يلتزم الانسان بإدائه من عمل أو امتناع عن العمل فهو دين وان تعلق بالاعيان بعد تعلقه بالذمة كالدين الذي يتعلق بالتركة بعد وفاة المدين وبالمال المرهون بعد الرهن وبأموال المحجور عليه بعد الحجر، فالسدين والحق الشخصي مترادفان كترادف العين والحق العيني خلافاً لما تصوره المرحوم الاستاذ السنهوري (مصادر الحق ١/١٨) من أن الدين في الفقه الاسلامي اضيق نطاقاً من الحق الشخصي في القانون على أساس انسه إذا تعلق بالمال كما في الامثلة المذكورة انفا يتحول إلى العين، وان العين في الفقه الاسلامي اوسع نطاقاً من الحق العيني في القانون لأنه يشمل كل حق عيني وكل حق شخصي يتعلق بالاموال كالدين المتعلق بالتركة وبمال المحجور.

ج- ومن الحروف المشتركة بعض حروف المعاني^(١) مثل (ل) و (على)، وقد يدل لفظ واحد على معنيين متضادين بسبب حروف المعاني، وعلى سبيل المثال، فعل (خلع) إذا تعدى بـ (على) يكون بمعنى (اليس)، وإذا تعدى بحرف (عن) بمعنى (نزع).

وكذلك فعل (رغب) إذا تعدى بحرف (عن) يكون بمعنى (اعرض)، وإذا تعدى بحرف (في) يكون بمعنى (اقبل) و(احب) و (اراد).

وكإنموذج لإشترك حروف المعاني وتأثيرها على معاني النصوص، نورد فيما يلي بعض معاني حرفي (ل) و (على) وهما من حروف الجر:

أ- من معاني (ل):

١- الظرفية كما في قوله تعالى ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾^(٢)، أي في يوم القيامة. وقوله تعالى ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾^(٣)، أي وقت عدتهن وهو وقت طهر لم يمسه فيها.

٢- للصورورة والعاقبة والمآل كما في قوله تعالى ﴿فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا﴾^(٤).

(١) تنقسم الحروف إلى قسمين: حروف المعاني، وحروف المباني، وحروف المعاني هي التي وضعت للمعاني، ولكنها في الدلالة عليها غير مستقلة بذاتها لا تفيد المعنى إلا بعد استعمالها في الجملة لأن وظيفتها الربط بين الجمل ومفرداتها، ومن هذه الحروف (ان) و(أن) و(اي) و(إذا) و(بل) و(ثم) و(حتى) و(رب) و(لو) و(لولا) و(كي) و(في) و(إن) و(من) و(ما) و(السواو) والباء والفاء واللام.

وحروف المباني هي التي ليس لها معان أصلاً وإنما وظيفتها المساهمة في بناء الكلمة، ومن هذه الحروف: ث، ج، خ، د، ذ، ر، ز، ش، ص، ض، ظ، ق، ع، غ. وحروف المباني بما انها لم توضع للمعاني ليس لها أي تأثير على معاني النصوص، بخلاف حروف المعاني فإن النصوص الشرعية والقانونية تتأثر من حيث المعنى باختلاف هذه الحروف واختلاف معانيها، وعلى سبيل المثال إذا ورد في النص للمحكمة أن تحكم بكذا، فإن هذا يدل على الخيار وترك الامر للقاضي إن شاء حكم وإن شاء رفض، بخلاف ما إذا قيل [على المحكمة أن تحكم بكذا]، فإن هذا يدل على الحتم والالزام بسبب حرف (على)، فليس للقاضي سلطة تقديرية، بل هو ملزم بالحكم المنصوص عليه في المادة.

(٢) سورة الانبياء ٤٧.

(٣) سورة الطلاق ١.

(٤) سورة القصص ٨.

- ٣- للتعليل كما في قوله تعالى ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(١).
- ٤- للاختيار والصلاحية كما في (م ١٠١) من المدني العراقي للمحكمة أن تأذن للصغير المميز^(٢) عند امتناع الولي عن الأذن، وليس للولي أن يجبر عليه بعد ذلك، وللمحكمة بعد الأذن أن تعيد الحجر على الصغير].
- ٥- للملكية كما في (م ٤١٠) المدني [إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العسين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاض الطرفان بالتراضي].
- ٦- السببية كما في (٣/١٣٨) المدني [ومع ذلك^(٣) لا يلزم ناقص الاهلية إذا أبطل لنقص الاهلية أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، أي إذا أبطل (أو فسخ) العقد بسبب نقص الاهلية^(٤)].
- ب- من معاني (على) :
- ١- الإنزام والإيجاب كما في قوله تعالى ﴿وَللهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِمَّنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٥)، وكما في (م ٣/٢٥) من قانون الاحوال الشخصية [على المحكمة أن تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها].
- ٢- التعليل كما في قوله تعالى ﴿وَلْتَكْبِرُوا لِلَّهِ عَلَى مَا هَدَاكُمْ﴾^(٦)، أي لهدايتكم، وكما في (م ٣١) من قانون العقوبات العراقي [يُعاقب على الشروع في الجنائيات والجنح].
- ٣- النظرية كما في قوله تعالى ﴿وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينٍ غَفْلَةٍ مِنْ أَهْلِهَا﴾^(٧)، أي في وقت غفلتهم.

(١) سورة النحل ٤٤.

(٢) أي تأذن له في التجارة إذا اكمل الخامسة عشرة من العمر.

(٣) أي مع ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة من انه [إذا أبطل العقد بعباد المتعاقدان إلى الحائسة التي كانت عليها قبل العقد].

(٤) كان اشترى ناقص الاهلية مالا فاستلمه ثم رفض وليه اجازة هذا العقد.

(٥) سورة آل عمران ٩٧.

(٦) سورة البقرة ١٨٥.

(٧) سورة القصص ١٥.

٤- المقابل والبديل كما في (م ٦٨٢) من المدني العراقي [وتجوز شركة الاعمال على أن يكون المكان من بعض الشركاء والالات والادوات من الاخرين]، وكان يقول الزوج لزوجته: (انت طالق على مهرک المؤجل).

٥- الشرطية مثل (بعتك داري هذه بكذا على أن تسلمني الثمن نقدا أو تقدم لي كفيلا به).

٦- المضرة كما في قوله تعالى ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾^(١).

ومن الجدير بالذكر أن علماء الأصول لم يتفقوا على اعتبار حروف المعاني كلها من المشترك اللفظي أو بالنسبة لجميع معانيها. فمنهم من قال: (بان الاشتراك لفظي)، ومنهم من قال: (انه اشتراك معنوي)، ومنهم من يرى: (أن كل واحدة منها حقيقة في معنى من معانيها ومجاز في سائرهما)، ومع كل ذلك فان لمعرفة معاني حروف المعاني أهمية كبيرة بالنسبة لمن يتعامل مع النصوص سواء أكان فقيها أم قاضياً أم شارحاً. لذا نوصي بمراجعة المراجع الأصولية المعتمدة^(٢) لاستيعاب معانيها.

المشترك اللفظي اللغوي والشرعي والقانوني

ينسب الاشتراك إلى واضع المشترك لمعانيه:

أ- إذا كان الواضع أهل اللغة يكون اللفظ مشتركاً لفظياً لغوياً كلفظ (عين) وضعته القبائل العربية لعدة معان منها: الجاسوس وعين الماء والباصرة والذهب والشمس وغير ذلك.

ب- وإذا كان الواضع أهل الشرع يكون مشتركاً لفظياً شرعياً كلفظ (صلاة) وضعها أهل الشرع للعبادة المعروفة^(٣) والرحمة والاستغفار^(٤).

ج- وان كان الواضع أهل القانون يكون مشتركاً لفظياً قانونياً، كلفظ (عميد) للعميد في الجيش وعميد الكلية، وكلفظ (غريم) للدائن والمدين^(٥).

(١) سورة البقرة ٢٨٦.

(٢) مثل جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١ وما بعدها، فواتح الرحموت ٢٢٩/١. التمهيد للاسنوي، ص ٢٠٨ وما بعدها، شرح الكوكب المنير، ص ٧٢ وما بعدها.

(٣) كما في قوله تعالى ﴿واقيموا الصلاة﴾، سورة البقرة ٤٣.

(٤) كما في قوله تعالى ﴿أن الله وملائكته يصلون على النبي﴾، سورة الاحزاب ٥٦.

(٥) إذا كان المصطلح الشرعي أو القانوني منقولاً من معناه اللغوي يكون حقيقة في المعنى الجديد عند أهل الشرع والقانون أو غيرهما من أهل النقل، ومجازاً في معناه الأصلي اللغوي، وكذلك

استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه معا اختلف فيه علماء الأصول:

أ- منهم من قال لا يجوز قياساً على الكسوة، فكما أن كسوة واحدة لا يكتسبها شخصان كل واحد بكمالها في زمان واحد، فكذلك المشترك اللفظي لا يمكن أن يراد به جميع معانيه في نص واحد وفي وقت واحد.

ب- وقال البعض بالجواز ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، لأنه حقيقة في جميع معانيه. وقال البعض يصح عقلاً لا لغة.

ج- وقال البعض بالتفصيل، فهو جائز إذا كان في حيز النفي مثل: (لا غريم في دارنا) - أي لا دائن ولا مدين - ولا يجوز في الإثبات.

ومن وجهة نظري: لا يوجد مانع شرعي أو عقلي في استعمال المشترك اللفظي في جميع معانيه في وقت واحد ما لم تكن هذه المعاني متضادة فيما بينها، فلا يراد بالفرء الحيض والطمهر معا لتضادهما، وكذلك لا يقصد بفعل (عسس) أقبيل وأدبر لنفس السبب بخلاف لفظ (نكاح) عند من يرى أنه مشترك لفظي بسين العقد والمعاشرة الجنسية، فلا مانع إذا أريد به في قوله تعالى ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(١)، العقد والدخول معا. وكذلك الملامسة في قوله تعالى ﴿أو لامستم النساء﴾^(٢)، تحتل اللمس باليد والمعاشرة الجنسية.

تأثير الاشتراك اللفظي على معاني النصوص

سواء أكانت حقيقة فيهما أو مجازاً في أحدهما وحقيقة في الآخر لوجود المشترك اللفظي في النصوص الشرعية أو القانونية تأثير كبير على تحديد المعنى المراد منها واستنباط الأحكام ما لم تقم قرينة على ذلك. فالنص

العكس أي يكون حقيقة عند أهل اللغة في معناه اللغوي ومجازاً في المعنى الجديد. ولكن بالنسبة لطرف ثالث غير الناقل والمنقول عنه يكون مشتركاً لفظياً لأنه حقيقة بالنسبة إليه في المعنيين. وإذا دار اللفظ في النصوص الشرعية أو القانونية بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني يجب على المجتهد أو القاضي حمله على المعنى الجديد دون اللغوي لأنه مستعمل في النص الشرعي والقانوني، هذا ما لم يقم دليل على أن المراد به معناه اللغوي.

(١) سورة البقرة ٢٢٠.

(٢) سورة النساء ٤٣.

المنضمن للمشترك اللفظي يكون غامضاً ولو بالنسبة إلى بعض دون بعض من الفقهاء والقضاة والشراح.

ومن الواضح أن إهمال النص في القضايا المدنية بحجة انه غامض أمر مرفوض^(١)، ويعد نكراناً للعدالة، لذا من الضروري البحث عن المعنى المراد بالاستعانة بوسائل إزالة الغموض. ويعتبر الاشتراك اللفظي في نصوص الشريعة الإسلامية من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية. وعلى سبيل المثال، اختلفوا في المعنى المراد بالقرء في قوله تعالى ﴿أو المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾^(٢)، قال الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤) والأباضية^(٥): (المراد به هو الحيض)، وقسال الشافعية^(٦) والمالكية^(٧) والشيعة الامامية^(٨) والظاهرية^(٩): (المراد به الطهر)^(١٠).

ثمرة هذا الخلاف

ثمرة هذا الخلاف هو الإختلاف في الأحكام التالية:

- (١) في أصول السرخسي ١٦٢/١ (ويشترط أن لا يترك طلب المراد به اما بالتاويل في الصيغة، أو الوقوف على دليل اخر به بتبين المراد، لان كلام الحكيم لا يخلو عن فائدة).
- (٢) سورة البقرة ٢٢٨.
- (٣) الهداية وشرح فتح القدير ٣٠٨/٤.
- (٤) المعني لابن قدامه ٤٥١/٧.
- (٥) كتاب النكاح للجانوني، ص ٣١٢.
- (٦) مغني المحتاج للشرييني ٣٨٥/٣.
- (٧) الخرشني ١٣٦/٤.
- (٨) الروضة البهية والمعة دمشقية ١٥٦/٢.
- (٩) المحلى ٢٥٧/١٠.
- (١٠) ثمرة الخلاف: لا تحسب الحيضة التي طلقت فيها على الرأي الأول، فننتهي العدة بالدخول في الحيضة الرابعة، وبحسب بها الطهر الذي طلقت فيه على الرأي الثاني وننتهي العدة بالدخول في الحيضة الثالثة بعد الطلاق.

ومن أمثلة الاختلاف في المشترك اختلاف الفقهاء في تحديد المعنى من الشفق، فيما روي من أن النبي ﷺ صلى العشاء حين غاب الشفق، رواه البيهقي ٣٦٩/١. والشفق مشترك بين الأحمر والأصفر والأبيض. عن أبي هريرة: (أن المراد به البياض)، وبه قال أبو حنيفة وعنه قول متأخر انه الحمرة، وقال الغزالي في الوسيط: (انه الحمرة)، وقال إمام الحرمين: (يدخل وقت العشاء بسزوال الحمرة والصفرة). انظر قواعد العلاني، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني ١٢٥/١ وما بعدها.

- ١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الأول الذاهب إلى أن المراد به الحيض دون الثاني، لأن العدة تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة لاعتبار الجزء من الطهر الذي طلقت فيه قرء.
- ٢- يجوز زواج اخت مطلقته في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٣- لها أن تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأن الحيضة التي طلقت فيها لا تعتبر قرء.
- ٥- إذا كان الطلاق رجعياً يلحق بها الطلاق والخلع في الحيضة الثالثة على الرأي الأول دون الثاني، لأنها لا تزال زوجة حكمية.
- ٦- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.
- ٧- إذا مات أحدهما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على الرأي الأول دون الثاني، إذا كان الطلاق رجعياً.

المطلب الثاني المشترك المعنوي

المشترك المعنوي^(١)

هو لفظ وضع بوضع واحد لغة أو شرعاً أو قانوناً أو في أي اصطلاح آخر لقدر مشترك بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد. فلفظ (جريمة) وضع شرساً وقانوناً لفعل محظور معاقب عليه، فهذا المعنى مشترك بين جميع أنواع الجرائم (جريمة الاعتداء على الأشخاص أو الأموال أو الأعراض أو الأمن والاستقرار أو غيرها).

ولفظ (قتل) موضوع شرعاً وقانوناً لازهاق الروح، وهذا المعنى مشترك بين جميع أصناف القتل (القتل عمداً وعدواناً والقتل شبه العمد والقتل خطأ، والقتل بحق وغيره). ولفظ (إنسان) موضوع لغة للكائن الحي الناطق بالطبع فهو مشترك بين جميع أفراد، وهكذا.

ونستنتج من هذا أن المشترك المعنوي والمطلق يلتقيان من حيث الاشتراك بين ما يندرج تحتها من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد، فلا تعارض بين كون المطلق

(١) المشترك المعنوي صفة المعنى، فالمفروض أن يكون توصيف الألفاظ به على سبيل المجاز.

من أقسام الخاص وكون دلالاته على معناه قطعية باعتبار لفظه الموضوع لمعنى واحد بالجنس أو النوع أو الصنف، وبين كونه من أقسام المشترك باعتبار معناه المشترك فيه بين الأنواع أو الأصناف أو الأفراد مما يندرج تحته ويمكن تصور ذلك بالنسبة إلى العام أيضا. ولم أطلع على هذا التحقيق في أي مرجع أصولي.

تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص

للمشترك المعنوي كالمشترك اللفظي تأثير كبير على فهم معاني النصوص بالتحديد، وتشخيص المراد منها، فيؤدي ذلك إلى الاختلاف في تفسير النص، وبالتالي الاختلاف في الحكم المستنبط منه، كما حدث ذلك بالنسبة إلى قول الرسول ﷺ: (لا يرث القاتل شيئا)^(١)، أو (ليس لقاتل ميراث)، أو (ليس للقاتل من الميراث شيء) على الروايات المختلفة.

فقد اختلف الفقهاء في تفسير (القاتل) المشتق من القتل (المشترك المعنوي) بين جميع أصناف القتل وبالتالي اختلفوا في تحديد القتل المانع من الميراث^(٢).

موقف القانون من القتل المانع

لم يتطرق المشرع العراقي للقتل المانع من الميراث، بل أحال القاضي في (م ٩٠) من قانون الأحوال الشخصية إلى الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد بيان أحكامه في هذا القانون.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الحنفية، الدر المختار ٧٦٧/٦ (المانع هو القتل الموجب للقصاص، أو الكفارة ويكون بالمباشرة دون التسبب). وقال المالكية تحفة الحكام ٣١٤/٢ (المانع هو القتل العمد العدوان على وجه الظلم). وقال الحنابلة، المغني ٢٩١/٦ (القاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أم خطأ). وقال الجعفرية الخلاف للطوسي ٣٩/٢ (القاتل إذا كان في معصية فإنه لا يرث المقتول بلا خلاف، وإن كان عمداً في طاعة فإنه يرث عندنا، وإن كان خطأ فإنه لا يرث من دينه ويرث ما سواه، وهم ينفقون مع المالكية). وقال الزيدية، البحر الزاخر ٣٦٧/٥ (المانع هو القتل العمد العدوان). وقال الإباضية، شرح النيل وشفاء العليل ٢٦٩/٨ (القتل مانع بجميع أنواعه). وللشافعية، المهذب ٢٤/٢ (آراء مختلفة ومضطربة، فكل رأي يتفق مع مذهب من المذاهب المذكورة). وقال الظاهرية، المحلى ٣٠٦/٩ (القتل لا يعتبر مانعاً مطلقاً لأن هذا الحديث بجميع رواياته لم يثبت ثبوتاً يعطيه قوة بحيث يخصص عموم آيات القرآن التي لا تفرق بين القاتل وغيره). والرأي الذي نراه أقرب إلى العدالة وروح الشريعة هو رأي المالكية والجعفرية والزيدية في أن (المانع هو القتل العمد العدوان).

ومن الواضح أن هذه الإحالة بالنسبة لتحديد الصنف المانع من أصناف القتل قد تؤدي إلى ارباك القاضي، وبالتالي إلى تضارب وتعارض الأحكام القضائية في قضايا مماثلة من المسائل الميراثية التي يكون فيها احد الورثة قاتلاً لمورثه، ذلك بسبب اختلاف المذاهب الفقهية في هذا التحديد، ثم أن المشرع رغم انه بين في هذا القانون [أن قتل الموصى له يبطل الوصية ويحرمه من الموصى به]^(١)، إلا انه لم يحدد أيضا الصنف المانع، وهذا يعتبر نقصا تشريعياً.

ولذا نقترح إعادة النظر في الموضوع لاعتبار القتل العمد العدوان مانعا بنص صريح سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً، وسواء أكان القتل مباشرة أم تسبياً، أخذاً بمذهب المالكية والجعفرية والزيدية وأسوة بسائر التشريعات العربية والإسلامية^(٢).

المبحث الرابع

الحقيقة والمجاز

قسم كثير من علماء الأصول والفهاء ألفاظ النصوص باعتبار استعمالها في معانيها إلى أربعة أقسام: الحقيقة والمجاز والصريح والكناية. ولكن في الحقيقة والواقع أن الثالث والرابع من أقسام الأول والثاني، لأن كلا من الحقيقة والمجاز أن كان واضحاً في دلالته على المعنى المراد فهو صريح وإلا فكناية^(٣).

الحقيقة وهي في اصطلاح أهل اللغة والشرع وعلماء البيان لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب.

(١) في (م ٢/٦٨) التي تنص على أنه يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصى.

(٢) من هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية المصري حيث نصت (م ٥) منه على [أن من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالأعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي]. وتطابقها (م ٢٢٣) و(م ٢٦٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري. ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفصل ١٩٨. ويقرب منها الفصل ١٧٩ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

(٣) في التلويح على التوضيح ٢٩٤/١ (الصريح والكناية من أقسام الحقيقة والمجاز وليست الأربعة أقساماً متباينة. أما عند علماء الأصول فلأن الصريح ما انكشف المراد منه في نفسه، أي بالنظر إلى كونه لفظاً مستعملاً، وبالكناية ما استتر المراد منه في لفظه سواء كان المراد فيها معنى حقيقياً أم معنى مجازياً).

المجاز لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح به التخطاب لصلته بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له.

ونستنتج من هذين التعريفين ما يلي:

- ١- لا يوصف اللفظ لا بالحقيقة ولا بالمجاز قبل استعماله في المعنى.
- ٢- يجب وجود علاقة بين المعنى الحقيقي والمجازي كالشجاعة بسين الحيوان المفترس والرجل الشجاع الذي يطلق عليه لفظ (أسد).
- ٣- من الضروري وجود قرينة تدل على أن اللفظ لم يستعمل في معناه الحقيقي بأن تكون مانعة من إرادته^(١)، مثل (رأيت أسداً في ساحة المعركة)، فساحة المعركة قرينة مقالية تدل على أن المراد بلفظ الأسد الإنسان الشجاع كالضابط والجندي، وإذا أوصى شخص لاولاد شخص آخر فإذا لم يكن له إلا أولاد الأولاد يحمل عليهم لفظ الاولاد مجازاً بالقرينة الحالية لأنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز.

٤- في حالة وصف اللفظ بالحقيقة أو المجاز يجب أن ينسب هذا الوصف إلى الواضع، فإن كان أهل اللغة يكون الوصف حقيقة لغوية ويقابلها المجاز اللغوي، وإن كان أهل الشرع يكون حقيقة شرعية ويقابلها المجاز الشرعي، وإن كان أهل العرف يكون حقيقة عرفية ويقابلها للمجاز العرفي، وهكذا.

أقسام الحقيقة والمجاز

يؤخذ مما ذكرنا أن أقسامهما من حيث الواضع ثلاثة:

- ١- الحقيقة اللغوية وهي اللفظ المستعمل من أهل اللغة فيما وضعوه له، وإذا استعملوه في معنى آخر لعلاقة بينه وبين الموضوع له يكون مجازاً لغوياً، كاستعمال لفظ (أسد) في الحيوان المفترس حقيقة وفي الإنسان الشجاع مجازاً.
- ٢- الحقيقة الشرعية هي لفظ مستعمل من أهل الشرع فيما وضعوه له ويكسبون مجازاً شرعياً أن استعملوه في معنى آخر له الصلة بالموضوع له، فالصلاة في العبادة المعروفة حقيقة شرعية وفي الدعاء مجاز شرعي.

(١) هذا عند علماء البيان، لكن عند الأصوليين غالباً يهتمون ذكر هذا القيد في تعريف المجاز وعلى هذا الأساس لا مانع لديهم من أن يطلق اللفظ ويراد به معناه الحقيقي والمجازي معاً كلفظ نكاح في قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ النساء ٢٣. حيث استعمل في العقد المعنى الحقيقي، والوطء المعنى المجازي عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى.

٣- الحقيقة العرفية في اللفظ المستعمل من أهل العرف العام أو الخاص فيما وضعوه له، ومجاز عرفي في معنى آخر له العلاقة مع المعنى الموضوع له، كاستعمال لفظ (الدولة) من أهل العرف العام في شخصية معنوية ذات سيادة مستقلة معترف بها وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي العام، فيكون حقيقة عرفية عامة، وفي شخصية معنوية خاصة لم تتوافر فيها عناصر الدولة يكون مجازاً عرفياً عاماً.

وكاستعمال لفظ (الاستحسان) من أهل الأصول في استثناء مسائل جزئية من القاعدة الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف يكون حقيقة عرفية خاصة، وفي اعتبار الشيء حسناً يكون مجازاً عرفياً خاصاً، وهكذا.

ثمرة التقسيم

بعد استكناه ما ذكرنا من أقسام الحقيقة والمجاز نستطيع أن نصل إلى النتائج التالية:

أولاً - ألفاظ الحقائق الشرعية والعرفية غالباً مسبوقة بوضعها لمعاني لغوية مع وجود الصلة بين المعنى السابق واللاحق.

فالربا لغة مطلق الزيادة وشرعاً زيادة يحصل عليها أحد المتعاقدين دون مقابل على حساب الآخر. والشروع لغة البدء في الشيء مطلقاً، وقانوناً البدء بتنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب اثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها. والفييتو (Veto) لغة مطلق الاعتراض، وفي العرف الدولي العام رفض (أو اعتراض) بالنسبة لقرار من قرارات مجلس الأمن في المسائل الموضوعية من إحدى الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي.

ثانياً - اللفظ المشترك بين المعنى اللغوي وبين الشرعي، أو بينه وبين العرفي إذا استعمله أهل الشرع أو أهل العرف في معناه اللغوي يكون مجازاً شرعياً أو عرفياً، وإذا استعمله أهل اللغة في المعنى الشرعي أو العرفي يكون مجازاً لغوياً.

ثالثاً - إذا دار اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي وهو ضمن النصوص الشرعية فعلى الفقيه أو القاضي أن يحمله على المعنى الشرعي، وكذلك إذا دار بين المعنى اللغوي والمعنى القانوني في النصوص القانونية يحمل على معناه القانوني.

رابعاً- لا يمكن أن يراد باللفظ معناه الحقيقي والمجازي في وقت واحد عند من يشترط في تعريف المجاز وجود قرينه مانعة من إرادة الموضوع له، لكن يجوز عند من لا يأخذ بهذا القيد.

خامساً- الأصل في الاستعمال^(١) الحقيقة، ومن القواعد العامة: [إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز]^(٢)، وهي مبنية على قاعدة: [إعمال الكلام خيسر من إهماله]^(٣)، وإذا تعذر المجاز أيضاً يهمل بناء على قاعدة: [إذا تعذر إعمال الكلام يهمل]^(٤).

الصلة بين نظرية تحول العقد وقاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله)

أساس نظرية تحول العقد هو كل من القاعدتين المذكورتين، لأن العقد حقيقة في اتفاق إرادتين فأكثر على إحداث اثر يعتد به الشرع^(٥) -أو القانون-، فإذا تعذرت هذه الحقيقة كما في العقد الباطل يصار إلى المجاز وهو التصرف المتحول إليه، لأن أعمال الكلام خير من إهماله، فالبيع إذا كان باطلاً لكون ثمنه شيئاً تافهاً بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع يتعذر على القاضي أن يحمله على معناه الحقيقي، بل يصار إلى معناه المجازي، وهو اقرب تصرف تتوافر فيه عناصر البيع كالهبة، مع إمكان انصراف إرادة المتعاقدين إلى ذلك على تقدير علمهما ببطلان التصرف الأصلي.

ونستنتج من هذا أن عناصر نظرية التحول ثلاثة وهي:

- ١- أن يكون العقد - أو التصرف - الأصلي باطلاً، فإذا كان صحيحاً يحتمل على معناه الحقيقي ولا يصار إلى المجاز لأن الأصل في الكلام الحقيقة.
- ٢- أن يتضمن العقد - أو التصرف - الأصلي جميع عناصر المتحول إليه، فإذا أضيف إليه عنصر جديد لا يكون هنالك تحول وإنما هو تصحيح العقد، كمن اشترى شيئاً ظاناً أنه أثري ثم تبين خطأه فأراد فسخ العقد، وعرض عليه البائع

(١) م ١٢ من مجلة الأحكام العدلية [الأصل في الكلام الحقيقة].

(٢) المجلة، م ٦١.

(٣) المجلة، م ٦٠.

(٤) المجلة، م ٦٢ [كمن ادعى نبوءة شخص وكان الواقع يكذبه].

(٥) حقيقة العقد: ارتباط الأيجاب الصادر من أحد العاقدين بالقبول الصادر من العاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه فإذا تم الاتفاق أو الارتباط ولكن لا على وجه يثبت أثره في المعقود عليه يكون باطلاً.

ما أَرادَه فقبل ذلك، نكون أمام تصحيح العقد بإضافة عنصر وهو الشيء الأثري المطلوب.

٣- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى المتحول إليه لو علّمَا بسبطلان التصرف الأصلي المتحول، فلو أعطى المدين للدائن سنداً عادياً للدين ثم قدم له كمبيالة لم تستوف شروطها القانونية، فتكون بطللة لكن لا تتحول إلى السند العادي لأن الدائن زود به سابقاً فلا تنصرف إرادة الدائن والمدين إلى السند العادي في هذه الحالة لو علّمَا ببطلان الكمبيالة. ولكن إذا تعهد شخص لآخر بأن يكون وارثاً له بعد وفاته ولم تكن بينهما صلة القرابة أو الزوجية، فإذا توفي مصراً على تعهده يتحول إلى الوصية لتعذر حملته على معناه الحقيقي (الميراث) لعدم توافر سبب من أسبابه وهي القرابة والزوجية، لذا يحمل على معناه المجازي لأن أقرب تصرف إلى الميراث هو الوصية، ولأن عناصر الوصية متوافرة في هذا التعهد. ثم لو علم المتعهد ببطلان تعهده لا يقدم على الوصية لأنه أراد أن يقدم للمتعهد له خدمة مالية وهي تتحقق بالوصية أيضاً، وكذلك الحوالة بشرط عدم براءة المحيل تبطل الحوالة وتصح كفالة، والكفالة بشرط براءة الاصيل عن الدين تبطل كفالة وتصح حوالة.

الاستنتاج

نستنتج من هذا التحقيق في إثبات الصلة بين نظرية العقد وبين القواعد الأصولية والفقهية المذكورة عدم صحة القول من بعض شراح القانون^(١) بأن نظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الألمان، لأن علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء سبقوا فقهاء القانون في إقرار هذه النظرية في الفقه وأساسها في أصول الفقه.

(١) كالاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ١٠٠/٤ حيث قال (نظرية تحول العقد نظرية المانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر واخذ بها التقنين المدني فسي نص صريح هو (م ١٤٠)، وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المدني الجديد)، ومن الجدير بالذكر أن المدني العراقي (م ١٤٠) نص على أنه إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانتا نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

الصريح والكنائية

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار وضوح المعنى المراد منه وعدم وضوحه^(١) إلى الصريح والكنائية^(٢).

الصريح

هو كل لفظ - أو كلام - ظهر المراد به ظهوريا بينما تماما حقيقة كان أم مجازاً، فالمعيار الذي يميزه من الكناية هو كونه مكشوف المعنى بين المراد بغض النظر عن كون الاستعمال في معناه الحقيقي أو المجازي المتعارف عليه.

حكمه:

هو العمل بمقتضى معناه المكشوف والأخذ بالإرادة الظاهرة، ولا ينظر إلى نية المتكلم وما قصده منه ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك، وتتبعير آخر يؤخذ بالإرادة الظاهرة في كل تصرف قولي تكون صيغته صريحة، ولا ينظر قضاء إلى ادعاء قائله بأنه نوى بتعبيره غير معناه الظاهر وإن إرادته الباطنة مخالفة لما يدل عليه تعبيره (الإرادة الظاهرة) ما لم يقم دليل على تأييده. فلو قال الزوج لزوجته: (أنت طالق أو مطلقاً) واعترف بهذه الصيغة الصريحة أمام القاضي أو المفتي أو شاهدين لا تسمع دعواه بعد ذلك بأنه لم يرد بذلك فرقة الزواج ما لم يقم دليل (أو قرينة) يعزز صدقه^(٣).

ولو حدد المتعاقدان محل العقد بالاسم أو الإشارة، ثم ادعى أحدهما أنه أراد غيره لا تسمع دعواه بدون بينة تؤيد ذلك. ولا يحق للقاضي أن يسأل عن قصد المتعاقدين إذا كانت صيغة العقد صريحة، ولا عن قصد الشاهد إذا أدلى بشهادته بعبارات صريحة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لأن البحث عن الإرادة الباطنة في حالة صراحة الإرادة الظاهرة قد يؤدي إلى ضياع العدالة وعدم استقرار المعاملات.

(١) مسلم الثبوت وشرح فواتح الرحموت ٢٢٦/١.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع أصول السرخسي ١٨٧/١ وما بعدها. التنقيح مع التوضيح والتلويح

٢٩٤/١ وما بعدها، المنار وشرحه، ص ٥١٢ وما بعدها.

(٣) في مسلم الثبوت وشرحه ٢٢٦/١ (لو جرى على لسانه غلطاً) أنت طالق يقع الطلاق ولو أراد الطلاق من وثاق وهو المعنى الأصلي فهي زوجته ديناً ولا يقع الطلاق إلا قضاء لأنه حسام بالظاهر لا بالسرائر).

الكناية (١)

لفظ (أو كلام) لا يكون مكشوف المعنى ولا بيّن المراد بحيث لا يعرف المقصود منه إلا بالتفسير أو القرينة.
حكمها:

يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة التي تكشف أما ببيان النية أو القرينة. فلو قال الزوج لزوجته: (الحقي باهلك)، أو (أذهبى إلى اهلك)، أو (انت علي حرام)، أو (انت كأختي أو كأمي)، أو نحو ذلك لا يحق للقاضي أن يحكم بوقوع الطلاق ولا للمفتي أن يفتي به، سواء اعترف الزوج بأنه نوى بكلامه هذا الطلاق أم لا عند فقهاء الجعفرية والظاهرية، لأن الطلاق عندهم لا يقع بالكناية مطلقاً نوى بها الزوج الطلاق أم لا، وقال جمهور الفقهاء أن اعترف بأنه نوى الطلاق يحكم بوقوعه^(٢).

الاستنتاج

نستنتج مما ذكرنا أن العبرة بالإرادة الظاهرة إذا كانت صيغة التعبير صريحة، وبالإرادة الباطنة إذا كانت الصيغة كناية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وهذا المعيار الدقيق لدى علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء للاخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة افقه بكثير مما لدى فقهاء القانون من الاخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً كما هو اتجاه التشريعات اللاتينية والقوانين المتأثرة بها، أو بالإرادة الظاهرة مطلقاً كما هو المقرر في التشريعات الجرمانية والقوانين المتأثرة بها^(٣).

(١) وهي في اصطلاح علماء البيان استعمال اللفظ في لازم معناه الحقيقي مع جواز إرادة هذا المعنى أو ذكر الملزوم وإرادة اللازم كذكر العقوبة في نص للدلالة على أن الفعل المعاقب عليه جريمة مثل قوله تعالى «أَنْ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا»، سورة النساء ١٠.

(٢) قال الحنفية، المبسوط ٢٧/٦ (مبار الصريح استعمال اللفظ في الطلاق ويقع به الطلاق ولو بدون نية، وما عداه كناية لا يقع به الطلاق إلا مع النية). وقال الجعفرية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢ (صريح الطلاق - أنت طالق - أو هي طالق - أو فلانة طالق -، ويقع به الطلاق مع النية وما عدا ذلك لا يقع به الطلاق ولو كان مع النية).

(٣) قال السنهوري، الوسيط ٩٥/١ (مذهب الإرادة الباطنة هو المذهب اللاتيني يقف عند الإرادة النفسية، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس). وقال أيضاً، مصادر الحق ٣٣/٤ (العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة)، وعلل الفقهاء الألمان اعتقادهم بالإرادة الظاهرة بالسببين التاليين:

ثمرة التقسيم

أهمية - أو ثمرة - تقسيم اللفظ - أو الكلام - إلى الصريح والكنائية تتجلى فيما تترتب عليه من آثار أهمها ما يلي:

أ- الصيغ الصريحة للعقود والتصرفات الانفرادية - الإرادة المنفردة - المنشئة للحقوق والالتزامات، أو المسقطه لحالة شرعية - أو قانونية - قائمة تترتب عليها آثارها الشرعية والقانونية ما دام المتعاقد - أو المتصرف - كامل الأهلية بخلاف الصيغ الكنائية، فإن الحكم بترتب آثارها يتوقف على معرفة نوايا أصحابها أو قيام قرائن تحدد المراد منها.

ب- لا تقبل قضاء دعوى مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة متى كانت صيغة التعبير صريحة، فمن قال لزوجته وهو بالغ عاقل مختار: (انت طالق) لا يقبل منه قضاء إذا ادعى أنه لم يرد به الفرقة الزوجية أو أنه كان هزلاً أو ناسياً أو مخطئاً^(١)، ما لم يقدّم دليل على صدقه، لكن يجوز للمفتي أن يأخذ بما يدعيه ديانة تاركاً أمره بينه وبين الله، بخلاف ما إذا كانت صيغة التعبير كناية فإنه يؤخذ قضاء وديانة بما يدعيه الشخص من موافقة إرادته الظاهرة للباطنة أو مخالفتها لها.

أحدهما: أن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً، أما إذا بقيت إرادة باطنية كامنة في خفايا النفس فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية، والقانون إنما يعني بالظواهر الاجتماعية.

وثانيهما: أن من صدرت منه الإرادة يلتزم بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأن إليها الناس في التعامل، فوجب الاعتداد بالتعبير، أي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

(١) وذلك للأسباب الآتية:

- ١- القصد ليس شرطاً في صحة الطلاق ما دامت الصيغة صريحة
- ٢- الخطأ أو الهزل أو النسيان أمر باطني لا يعرف إلا ممن يدعيه وقد يكون كاذباً في دعواه.
- ٣- الأصل في الإنسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ أو النسيان أو الهزل، ويكفي هذا الأصل أن يكون حجة على صحة ألفاظه، وترتب الآثار عليها. هذا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة، لكن قال الشيعة الإمامية والظاهرية (تقبل دعوى مخالفة الإرادة الظاهرة للباطنة ولو كانت الصيغة صريحة).

ج- إذا وردت ألفاظ كناية في إفادات الشهود، أو في إقرار المستهم في تهم جرائم الحدود، لا يقضي القاضي القاضي بعقوبة الحد لما في الكناية من الشبهة^(١) في تحديد المراد، والحدود تدرأ بالشبهات وفقا لقول الرسول ﷺ : (ادروا الحدود بالشبهات)^(٢)، بخلاف التعابير الصريحة فإنها خالية عن الشبهة.

د- عند من يفرق بين الرضا والاختيار^(٣) تترتب الآثار على التصرفات الصريحة التي لا تقبل الفسخ فينقذ زواج المكره ويقع طلاقه وتصح رجوعه، لأن هذه الصيغ لصراحتها ووضوحها تقوم عباراتها مقام معانيها^(٤)، أما التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة والرهن فتكون فاسدة عند تخلف الرضا. والفساد صفة وسطية بين الصحة والبطلان على رأي هؤلاء^(٥).

(١) في أصول السرخسي ٨٩/١ (الكناية فيها قصور بإعتبار الإشتباه فيما هو المراد ولهذا قلنا أن ما يندرى بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى أن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنا والسرقه لا يصير موجبا للعقوبة).

(٢) وفي رواية (ادروا الحدود ما وجدتم لها مدفعا)، سبل السلام ١٩/٤ الحديث تقدم تخريجه.

(٣) كالحنفية فقالوا (الاختيار لغة ترجيح فعل الشيء على تركه، وشرعا: مباشرة السبب - أو القصد إلى السبب -، والرضا لغة: الارتياح إلى فعل الشيء، وشرعا رغبة الإنسان في أن تترتب الآثار على السبب الذي يبشره).

(٤) المنار وشرحه، ص ٥١٢.

(٥) وهم يرون أن الرضا والاختيار يتكون من مجموعهما الركن المعنوي للتصرف، فإذا تحققا معا يكون التصرف صحيحا، وإن تخلفا معا، كما في تصرف عديم التمييز يكون باطلا، وإذا تخلف الرضا يكون فاسدا، ولا يتصور تخلف الاختيار مع تحقق الرضا. فطلاق المكره يفسح إذا كانت الصيغة صريحة لأنه تصرف لا يقبل الفسخ وبيعه يفسد في حالة التعبير للصريح لأن البيع يقبل الفسخ. والفرق بين الباطل والفساد عندهم أن الفاسد له الوجود لأنه يتحول إلى الصحيح بمجرد إزالة سبب الفساد، كإجازة المكره بعد زوال الإكراه وحذف الفائدة في العقد الربوي، والتنازل عن الشرط الفاسد المفسد، بخلاف التصرف الباطل فإنه لا يتحول إلى الصحيح بإزالة سبب البطلان. وقال جمهور الفقهاء (الرضا والاختيار مترادفان، وكذلك الفاسد والباطل).

الفصل الثاني

دلالة النصوص منطوقاً ومفهوماً

من البديهيات أن الغاية المتوخاة من تشريع الأحكام وتفتين القوانين هي المصالح البشرية من جلب المنافع لهم ودفع الأضرار عنهم، وتزويد الشريعة الإسلامية بالاهتمام بالمصالح الروحية والأخروية اهتمامها بالمصالح المادية والدينية.

ومن الواضح أيضاً أن النصوص قوالب الأحكام، والألفاظ أوعية المعساني، ومسؤولية اكتشاف الأحكام تقع على عاتق الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة، وكذلك من المعروف أن دلالة النصوص على الأحكام لا تجري على نمط واحد، بل من هذه الأحكام ما هو منطوق يؤخذ من ألفاظ النصوص وعباراتها، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومغزاها وعللها، والمنطوق صريح وغير صريح، وغير الصريح إشارة واقتضاء وإيماء^(١)، والمفهوم موافق ومخالف.

وبذلك يكون أمام الفقيه والقاضي ست قنوات لاستقراء الأحكام من يتابعها

وهي:

١- المنطوق الصريح^(٢)

وهو ما دل عليه النص بألفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية^(٣) مطابقة أو تضمناً^(٤)، ف قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء

(١) في شرح الكوكب المنير، ص ٢٣٨ (دلالة اللفظ تنقسم إلى منطوق وهو ما دل عليه لفظ في محل نطق، وهو نوعان: صريح سواء كانت دلالة مطابقة أو تضمن حقيقة أو مجازاً، وغير صريح وتسمى هذه الدلالة دلالة التزام، وتنقسم ثلاثة أقسام: اقتضاء وإشارة وتنبية، ويسمى التنبية إيماء).

(٢) دلالة المنطوق الصريح عند الأصوليين من الحنفية تسمى دلالة العبارة أو عبارة السنن، كما تسمى دلالة المفهوم دلالة النص، والتقسيم إلى المنطوق والمفهوم أقرب إلى الواقع، وأدق معياراً وأقرب وأوضح للقوانين فهماً واستيعاباً.

(٣) بتعبير آخر ما سبق له النص أصالة يسمى منطوقاً صريحاً لأنه منطوق به صراحة، وما دل عليه النص تبعاً وعللاً يسمى منطوقاً غير صريح.

(٤) في مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ١٧١/٢ (المنطوق ينقسم إلى صريح وغير صريح، فالصريح ما وضع له اللفظ فيدل عليه بالمطابقة أو التضمن. وغير الصريح بخلافه فيدل عليه بالإلتزام وينقسم إلى دلالة اقتضاء وإيماء وإشارة).

فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون^(١)، يدل على مجموع العقوبات الثلاث مطابقة وعلى كل واحدة منها ضمن المجموع دلالة تضمنية.

٢- المنطوق غير الصريح^(٢)

وهو ما دل عليه النص دلالة عقلية التزامية، فهي عقلية لأن مدرك الصلة بين الدال والمدلول هو العقل، وإلزامية لأنه لازم للمنطوق الصريح، فأينما تحقق يتحقق معه ويدرك ذلك كل من كان من ذوي الاختصاص في الموضوع.

والمنطوق غير الصريح ثلاثة أقسام:

أ- إشارة النص (أو دلالة الإشارة):

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له^(٣).

ب- دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن هناك كلمة (أو عبارة) تقتضي دلالة النص على المعنى (الحكم)^(٤) المراد مراعاتها.

(١) سورة النور ٤.

(٢) سماه الأمدى غير المنظوم فقال (غير المنظوم وهو ما دلالاته لا بصريح صيغته ووضع، وذلك لا يخلو أما أن يكون مدلوله مقصوداً للمتكلم أو غير مقصود، فإن كان مقصوداً فلا يخلو أمساً أن يتوقف صدق المتكلم أو صحة الملفوظ به عليه أو لا يتوقف، فإن توقف فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الاقتضاء، وإن لم يتوقف فـ يخلو أما أن يكون مفهوماً في محل تناوله اللفظ نطقاً أو لا فيه، فإن كان الأول فتسمى دلالاته التنبيه والإيماء، وإن كان الثاني فتسمى دلالاته دلالة المفهوم. وأما إن كان مدلوله غير مقصود - أي بالذات - للمتكلم فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة، الأحكام ٢٠٨/٢.

(٣) كدلالة مجموع قوله تعالى ﴿وَحَمَلَهُ﴾ وفصاله ثلاثون شهراً، سورة الأحقاف ١٥، وقوله تعالى ﴿وَفَصَالَهُ فِي عَامَيْنِ﴾، سورة لقمان ١٤. على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر، وذلك بطرح المدة الثانية من المدة الأولى.

(٤) كدلالة قول الرسول ﷺ: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، على أن في هذا الكلام كلمة محذوفة تجب رعايتها وهي (المواخظة) أو (العقاب) أو نحو ذلك، الحديث تقدم تخريجه.

ج- دلالة الإيماء :

وهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن حكمه مغلل بعلّة يدور معها وجوداً وعلماً^(١).

٣- مفهوم الموافقة (أو المفهوم الموافق)^(٢)

وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته، ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته.

٤- مفهوم المخالفة (أو المفهوم المخالف)

وهو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد وارد فيه ومعتبر في الحكم^(٣).

ويبين لنا من هذه المقدمة عيب صياغة الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي^(٤) والمدني المصري^(٥) وكل قانون آخر هذا جزوهما^(٦) في هذه الصياغة لتسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، لأن ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة، وبذلك لا يخول القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من احدى هاتين القناتين.

(١) كدلالة قوله تعالى ﴿ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾، سورة النساء ١٠. على أن علة تحريم أكل مال اليتيم هي حماية أمواله.

(٢) ويسمى دلالة المفهوم أيضاً كما يسمى عند الحنفية دلالة النص كدلالة قوله تعالى ﴿فلا نقل لهما أنس﴾، سورة الإسراء ٢٣. على تحريم كافة الإيذات من الضرب والشتم وغيرهما، فهو يدل بمنطوقه الصريح على تحريم التأفيف، وبمفهومه الموافق على تحريم تلك الإيذات.

(٣) كدلالة قوله تعالى ﴿أوربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾، سورة النساء ٢٣. بمنطوقه الصريح على تحريم زواج الربيبة بعد الدخول بأماها، وبمفهومه المخالف على عدم تحريمه إذا طلق أمها أو توفيت قبل أن يدخل بها، وهذا المفهوم يؤخذ من قيد ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾، سورة النساء ٢٣. فهو قيد معتبر في الحكم (التحريم).

(٤) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٦) كالفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

ولهذا النقص التشريعي نقتراح تعديل هذه الفقرة بالآتي: [تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها]؛ لأن المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح، وغير الصريح يشمل أقسامه الثلاثة والمفهوم يعم مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة. ولأهمية معرفة هذه الأنماط من دلالات النصوص بالنسبة لكل من يتعامل مع النصوص نخصص لدراسة كل من المنطوق والمفهوم مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول منطوق النصوص

المنطوق - كما سبق - صريح وغير صريح، والصريح^(١) ما تناوله النص في لفظه من حكم لا يتوقف استنباطه منه على غيره، وهو قطعي الدلالة أن دل على معنى لا يحتمل غيره، وظني الدلالة أن احتمل معنى آخر^(٢) كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله. والمنطوق غير الصريح ما تناوله اللفظ إشارة أو اقتضاء أو إيماء، ولزيادة الإيضاح نوزع دراسة هذه الأقسام الثلاثة للمنطوق غير الصريح على ثلاثة مطالب^(٣).

-
- (١) عند الأصوليين من الحنفية يطلق على المنطوق الصريح مصطلح عبارة النص (من عبرت الرؤيا إذا فسرتها وسميت الألفاظ الدالة على المعاني عبارات لأنها تعبر عما في النفس). شرح المنار، ص ٥٢٠. ومن الجدير بالإشارة أن اصطلاح المنطوق لا يختص بالنصوص الشرعية والقانونية لأنه من خواص الألفاظ مطلقاً.
 - (٢) وعند بعض الأصوليين كالشافعية يسمى المنطوق الصريح نصاً إن كانت دلالاته قطعية، ويسمى ظاهراً إن كانت دلالاته ظنية. جمع الجوامع وشرحه ٢٣٦/١.
 - (٣) وجه التركيز على دراسة المنطوق غير الصريح هو أن المنطوق ملزوم وغير الصريح لازم له، ففي أي نص تحقق المنطوق غير الصريح يتحقق معه المنطوق الصريح لأن اللازم إذا كسان مساوياً لملازمه لا يتحقق بدونه.

المطلب الأول

إشارة النص وتطبيقاتها

سبق أن عرفنا إشارة النص - أو دلالة الإشارة - بأنها الدلالة عقلية التزامية لنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له^(١)، واللازم المساوي يستلزم لزومه أينما تحقق. وبناء على ذلك يكون للنص الذي يدل على حكم دلالة إشارة منطوق صريح يدل عليه دلالة لفظية وضعية مطابقة أو تضمننا، وهذه الميزة تتميز بها النصوص مطلقاً سواء أكانت شرعية أم قانونية، وفيما يلي تطبيقات شرعية قانونية:

- أنموذج من النصوص الشرعية الدالة على الأحكام دلالة إشارة :

قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حوايين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له^(١) رزقهن وكسوتهن^(٢)﴾ بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار^(٣) والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن ارادا فصلا^(٤) عن تراضٍ منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم^(٥) أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير^(٦)﴾.

تدل هذه الآية على عدة من الأحكام الشرعية، منها منطوق صريح، ومنها مدلول عليها دلالة إشارة كما في التفصيل الآتي:

- ١) أي الأب. والهاء يعود إلى (ال) الموصولة وهي بمعنى الذي أي وعلى الذي يولد له.
- ٢) أي دفع الرزق بمعنى الأجرة التي يتحصل بها الطعام والشراب والكسوة على الإرضاع.
- ٣) برفع التاء عند بعض على أساس أنه جملة خبرية معناها النهي، وهو يهتمل البناء للفاعل والمفعول، وأن يكون الأصل تضارر - بكسر الراء الأولى - أو تضارز - بفتحها - وعلى الأول تكون المرأة هي الفاعلة للضرار وتضر الأب عن طريق أضرار الولد، وعلى الثاني الأب يضرها عن طريقه.
- ٤) أي قطما قبل الحولين وإنما سمي فصلا لان الولد ينفصل عن الإعتداء بلبين أمه إلى غيره من الأقوات.
- ٥) الخطاب للأباء.
- ٦) سورة البقرة ٢٢٣.

أولاً - الأحكام المنطوق بها صراحة :

- ١- يجب - أو يندب - إرضاع الأطفال على أمهاتهم، فهو واجب في حالة قيام الزوجية ما لم يكن هناك عذر، ومندوب بعد الفرقة بين الزوجين بقرينة قوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فاتهم أجورهن﴾^(١)، لأنه لا يجوز اخذ الاجر على الواجب، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾^(٢) لأنه جملة طلبية^(٣) معنى وان كانت خبرية لفظاً.
- ٢- يندب أن تكون مدة الرضاعة حولين كاملين تحقيقاً لا تقريباً، وهذا التحديد ليس على وجه الحتم والإلزام لأنه منطوق صريح لقوله تعالى ﴿حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾^(٤)، فعلق الإتمام بإرادة الوالدين وبقرينة قوله تعالى ﴿فإن ارادا فصلاً﴾^(٥)، أي أن أراد الوالدان فطام الطفل قبل إتمام الحولين لهما ذلك ما لم يكن مضراً به، فحكم المدة هو الندب.
- ٣- يجب على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا أو نقدا عوضاً عن قيامها بإرضاع الطفل وحضانتها، وهذا الحكم منطوق صريح لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾^(٦)، لأن حرف (على) للإلزام. والمراد بالوالدات الزوجات المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن بدليل ما يلي:
أ- هذه الآية أتت بعد آيات أحكام الطلاق، فهي متممة لهذه الأحكام، ومن آثار الطلاق وجوب نفقة المطلقة مقابل الإرضاع، أما في حال قيام الزوجية فإنه واجب عليها لأنها زوجة وأم، والإنفاق واجب على والد الطفل لأنه زوج، فالنفقة للزوجية لا للإرضاع.
- ب- من الأمور الطبيعية أن يحصل التباغض والتعادي بين الزوجين بعد الفرقة، الأمر الذي قد يحمل المرأة على إيذاء الولد، لأنه إيذاء للزوج بصورة غير مباشرة، أو قد ترغب في أن تتزوج زوجاً آخر فتهمل أمر طفلها.

(١) سورة الطلاق ٦.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) نشرت جريدة الجمهورية - أي في العراق - العدد ٨٤٣٧ في ١٩٩٥/٢/٢٩ تحت عنوان مختصمون يؤكدون أهمية الرضاعة الطبيعية (أثبتت الدراسات والتقارير التي قدمتها منظمة اليونيسيف أن الرضاعة الطبيعية تمنع إصابة الأطفال بكثير من الأمراض).

(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

(٥) سورة البقرة ٢٣٣.

(٦) سورة البقرة ٢٣٣.

ولهذه الأسباب وغيرها أمر الله سبحانه وتعالى الأمهات المطلقات بائنا بإرضاع أطفالهن مقابل أجره عينية أو نقدية لعيشها بالمعروف. أما المطلقة طلاقاً رجعيّاً فهي في حكم الزوجة الحقيقية في وجوب الإرضاع عليها.

٤- الواجب من النفقة والكسوة يكون على قدر حال الزوج في إعساره و يساره، لأنه ليس من المعروف والعدل إلزام المعسر بأكثر مما يقدر عليه ويمكنه، وهذا الحكم منطوق بصريح لقوله تعالى ﴿بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها﴾^(١).

٥- يحرم على كل من الأبوين أن يضر الآخر بسبب ولدهما الرضيع في تنفيذ أحكام الرضاعة، فلا تأبى الأم أن ترضعه أضراراً بابيه، ولا يجوز أن تطلب هي أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من الإرضاع إذا رغبت فيه، ولا أن يقتّر عليها في شيء مما يجب عليه، فلا تكلف الأم الصير على التقدير، كما لا يكلف الأب بما هو إسراف وما لا يقدر عليه، بل يجب أن يكون كل ذلك بالمعروف، كذلك ليس له أن ينتزع الولد منها بدون سبب شرعي. وهذا هو المنطوق بصريح لقوله تعالى ﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾^(٢).

٦- إذا مات الأب أو عجز عن الإنفاق على الزوجة المطلقة المرضعة ينتقل الوجوب إلى ذمة وارث الطفل الرضيع، وهذا هو المنطوق بصريح لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾^(٣).

٧- يجوز اتفاق الوالدين بالتراضي على إنهاء فطام الطفل قبل إكمال الحولين (السنين) ما لم يكن ذلك مضراً بالطفل، فالتحديد للكمال على وجه التسبب، وليس الحتم والإلزام، وهذا هو المنطوق بصريح لقوله تعالى ﴿فإن أَرَادَا فِصَالًا﴾^(٤).

٨- يجوز للأب أن يسترضع أولادهم، ويطلبوا لهم من يرضعهم من النساء سوى أمهاتهم، شريطة أن يسلموا إليهن ما أرادوا تسليمه من الحق المتفق عليه أو

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) سورة البقرة ٢٣٣، وقال البعض -الرازي-، التفسير الكبير ١٣١/٦ (المراد وارث الأب فيجب عليه عند موت الأب ما كان واجباً على الأب، لكن هذا خلاف ظاهر الآية التي تشير إلى أن هذا من باب الغرم، فنفقة الطفل تكون على الوارث الذي يرثه لو مات وله مال.

(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

المحدد بالعرف دون مماثلة أو نقص، لأن عدم توفير أجرهن يبعثهن على التساهل بأمس الصبي والتفريط في شأنه. على أن جواز استرضاع غير الأم مشروط بعدم المضارة بالأم لما ورد في الآية من قوله تعالى ﴿لا تضار والدة بولدها﴾^(١). وحكم استرضاع غير الأمهات منطوق صريح لقوله تعالى ﴿وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم﴾^(٢).

ثانياً- الأحكام المدلول عليها دلالة إشارة :

١- نسب الأولاد يكون لأبائهم دون أمهاتهم، وجه الدلالة أن لام (له) حقيقة في الملكية، ولتعدر حملها على معناه الحقيقي تحمل على أقرب معنى إلى الملكية وهو النسب^(٣)، وأن حرف (أل) في (المولود له) بمعنى الذي^(٤)، والتقدير (وعلى الذي يولد له)، وهذا يدل إشارة على أن الوالدات انما ولدن لهم، وهذا هو سر اختيار المولود له بدلا من الوالد.

٢- على الأب وحده في حال حياته وتمكنه نفقة أولاده القاصرين ذكورا كانوا أم اناثا، وانفاقه على المرضعة في فترة الرضاع إنفاق على الطفل الرضيع بصورة غير مباشرة، فهو واجب عليه أيضاً.

وجه الدلالة: أن الأب وحده يتميز بخصوصية النسب، وفي مقابل هذا الغنم عليه غرم النفقة أخذاً بقاعدة: [الغرم بالغنم]^(٥)، أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره.

٣- بفضل لبن الأم على لبن غيرها لما له من التأثير على صحة الطفل وسلوكه.

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣. لمزيد من التفصيل في معرفة هذه الأحكام، راجع التفسير المعتمدة التالية:
التفسير الكبير للرازي ١٢٤/٦ وما بعدها، تفسير النسفي ١١٧/٢ وما بعدها، تفسير القرطبي ١٦٠/٣ وما بعدها. أحكام القرآن للجصاص ١٠٤/٢ وما بعدها. أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٢/١ وما بعدها.

(٣) في فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت ٤٠٧/١ الآية لإيجاب النفقة على الآباء، ولكن قد عبر سبحانه عنهم بالمولود له، ونسب الولد إليهم بحرف اللام، ففيه إشارة إلى اختصاص الولد بالوالد نسبا، إذ لم يرد التملك قطعا فينفرد ولا يجب شيء منها على الأم.

(٤) لأن (أل) إذا دخلت على اسم الفاعل أو اسم المفعول تكون موصولة بمعنى السذي أو التسي، ويستوي فيه المذكر والمؤنث، والمفرد والجمع، قال ابن مالك في ألفيته:

ومن وما وأل تساو ما ذكر
وهكذا ذو عند طي شهر

(٥) مجلة الأحكام العدلية، ١٨٧.

وجه الدلالة: توجيه الأمر بالإرضاع إلى الأمهات أولاً، ثم استثنى من هذا سبل جواز الاستعانة بغير الأمهات إذا دعت ضرورة إلى ذلك من رعاية مصلحة نل، فقال سبحانه وتعالى ﴿وان اردتم أن تسترضعوا أولادكم﴾^(١).

• للوالد وحده حق التصرف في مال ولده بدون إذنه^(٢)، استثناء من قاعدة تحريم أكل مال الغير بدون رضاه أو طيبة نفسه في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٣)، وقال الرسول ﷺ: (لا يحل مال امرئ إلا بطيبة نفسه)^(٤).

وجه الدلالة: ما للأب من نسب وما عليه من نفقة، ومن تامين كافة متطلبات عيش ولده حتى يبلغ أشده ويقدر أن يعتمد على نفسه. إذا قتل الوالد ولده قتلاً عمداً عدواناً، لا يجب عليه القصاص، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية كالسجين.

وجه الدلالة: انه سبب وجوده فلا يكون هو - أو قتله - سبباً لإعدامه، وعلى هذا الأساس قال علماء الأصول: (الأبوة مانعة من القصاص)^(٥)، وكذلك إذا قذف ولده لا يعاقب بعقوبة حد القذف المقرر بالنص، بل يعزر.

• وجوب نفقة الأقارب لا يقتصر على قرابة البنوة كما قال البعض^(٦)، ولا على الوارث ذي الرحم كما هو رأي البعض^(٧)، إنما يشمل كل قريب وارث.

وجه الدلالة: أن لفظ (الوارث) في قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾^(٨)، يف بال الاستغراق يفيد العموم، ولم يثبت دليل يخصصه، ثم أن الحكم - وجوب

سورة البقرة ٢٣٣.

في المعنى لابن قدامة ٦٧٨/٥ (للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء، ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أم كبيراً، بشرطين: أحدهما: أن لا يجحف بالأب، ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته. والثاني: أن لا يأخذ مال ولده فيعطيه لآخر).

سورة النساء ٢٩.

رواه مسلم.

قال عمر الخباز في أصوله، مخطوطة مكتبة الأوقاف - بغداد (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن عبارة عن إيجاب النفقة على الأب، إشارة إلى أن نسبة الوالد إليه، وأن له حقاً في ماله ونفسه، وأنه لا يعاقب بسببه، وأن ينفرد الأب بنفقته، والأب المولودين)، كشف الأسرار ٥٣٢/٢.

كالشافعي فقال (لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين)، كشف الأسرار ٥٣٢/٢. كالحنفية، المرجع السابق، قال ابن أبي ليلى (تجب النفقة على كل وارث لظاهر قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك)، سورة البقرة ٢٣٣).

النفقة - تعلق بوصف - الوارث - وتعلق الحكم بالمشقّ يدل على علية سببية - مأخذ الاشتقاق، فالسبب هو الوارث فيدور معه وجوداً وهدماً.

٧- الأم أحق بحضانة ولدها. وجه الدلالة: أن الله قد أمرها بالإرضاع وهو جزء من الحضانة^(٢). والحضانة كالرضاع لهما صفة مزدوجة فكل منهما حق والتزام، فمن حيث انه التزام لا يحق لها أن تنتازل عن أي منهما بدون عذر مشروع إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الطفل، وكذلك ليس لها الامتناع عن الإرضاع إن لم تجد من ينفق عليها، كما أن التزامها بالعدة لا يسقط أن لم يكن هناك من ينفق عليها أثناء العدة.

وحكمة أحقية الأم بالحضانة هي مالها من الحنان والشفقة والسكينة النفسية، مما له الأثر الفعال بالنسبة لسلوك الطفل إذا تولت بنفسها الإشراف عليه مباشرة.

٨- على الزوجة الغنية نفقة زوجها الفقير. وجه الدلالة: أنها وارثة له^(٣) وقد ربط سبحانه وتعالى بين الإنفاق والميراث فقال ﴿وعلی الوارث مثل ذلك﴾^(٤)، وهذا يدل على أن مسؤولية الإنسان بالإنفاق على الغير مبنية على أساس انه وارث له، وبما أن الزوجة وارثة لزوجها إذا مات قبلها فتجب عليها نفقته إذا كانت غنية وهو فقير، وبناء على ذلك تكون نسبة الالتزام بالإنفاق حسب نسبة الاستحقاق في التركة في حالة التعدد، فالفقير الذي له أخت وأخ من الأبوين أو من الأب عليهما النفقة أثلاثاً لأن استحقاقهما لتركته^(٥) يكون وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين^(٦).

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) قال ابن العربي، أحكام القرآن ١/٢٠٤ (قال علماؤنا الحضانة بدليل هذه الآية للأُم والنصرة للآب، لأن الحضانة مع الرضاع)، ويبنى على هذا ما جاء في (م/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ من أن [الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك].

(٣) قال ابن حزم المحلى ١٠/٩٢ (فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أبسر، برهان ذلك قول الله عز وجل ﴿وعلی الوارث مثل ذلك﴾، سورة البقرة ٢٣٣. فقال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن).

(٤) سورة البقرة ٢٣٣.

(٥) خلافاً للظاهرية، ففي المحلى ١٠/١٠٧ (لا يجوز أن كان الورثة كثيراً أن ينفقوا على المحتاج إلا على عددهم لا على قدر مواريتهم لأن النص سوى بينهم بإيجاب ذلك عليهم).

(٦) في كشف الأسرار ٢/٥٣٢ (وفيه إشارة إلى أن النفقة تجب بقدر الميراث، لأن الإرث علة لوجوبها فيجب بناء الحكم على معناه وهو الإرث، والحكم يثبت بقدر العلة لأن الغسرم بأزاء

ومن الآيات الأخر في القرآن الكريم التي تدل على الأحكام دلالة إشارة قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾^(١) بل إشارة على صحة الزواج بدون ذكر المهر فيه. وقوله تعالى ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾^(٢) يدل إشارة على صحة نيام رمضان مع الحدث الأكبر لأنه مسموح للزوجين المعاشرة الجنسية إلى لحظة الأخيرة من الليل، ومن الواضح أن الغسل بين نهاية الليل وبداية الفجر تعذر.

١- أنموذج من النصوص القانونية الدالة على الأحكام دلالة إشارة :
٢- (م ١/٣٧٨)^(٣) من قانون العقوبات العراقي القائم: [لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين، أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر].

فالمنتوق الصريح للفقرة الأولى من هذه المادة هو أن أحد الزوجين إذا ارتكب جريمة الزنا فلا يجوز لأي شخص أن يحرك الدعوى ضده إلا الزوج الآخر البريء مجني عليه، علماً أن الادعاء العام هو الجهة التي يتم بواسطتها تحريك ومباشرة دعوى الجزائية.

الغنم، وقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾، سورة النساء ٢٣٦. يدل دلالة إشارة على صحة الزواج بدون المهر. وقوله تعالى ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾، سورة البقرة ١٨٧، يدل على صحة الصيام مع عدم الغسل بعد المعاشرة الجنسية لجواز القيام بها في اللحظة الأخيرة من الليل التي لا تكفي للغسل).

(١) سورة النساء ٢٣٦.

(٢) سورة البقرة ١٨٧.

(٣) وكذلك (م ١/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي [لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية: ١- زنا الزوجية، أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية].
و(م ٢٧٤) من قانون العقوبات المصري [المرأة المتزوجة التي يثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضاؤه معاشرتها له كما كانت].
وتضمنت (م ١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي ما يلي أيضاً: [ولا تقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ- إذا قدمت الشكوى بعد إنقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي بإسئنتاف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ج- إذا ثبت أن الزنا تم برضا الشاكي].

وتدل دلالة إشارة على أن جريمة زنا أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر، وينبني على ذلك أن لهذا الزوج المعتدى عليه مطلق الحرية في تحريك الدعوى وعدمه وفي التنازل عن حقه قبل الدعوى وبعدها، وقبل صدور الحكم بالعقوبة وبعده، وفي حالة التنازل ليس للقضاء الحكم بالعقوبة، ولا للجهة التنفيذية تنفيذ الحكم.

وتعتبر جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية اعتداء على الحق العام، أي على قيم المجتمع وأخلاقه وأعراضه وأنسابه، ومخالفة لحكم الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلاً﴾^(١). ولا تفرق هذه الشريعة في التجريم والتحريم بين زنا أحد الزوجين وغيره إلا بالنسبة للعقوبة، فهي أشد بالنسبة للمتزوج والمتزوجة، وهي لا تحمي حقاً خاصاً لأحد الزوجين لأنه قد يكون برضاه، أو يمارس نفس الجريمة ويغض النظر عن ممارسة الآخر لنفس الجريمة، ولا تستهدف حماية حق المزني بها لأنه قد يكون الزنا برضاها، إنما تحمي الحق العام والنظام العام والآداب العامة.

وكذلك عقوبة الزنا عقوبة حدية من حقوق الله ومن الحقوق العامة، لا يملك أحد سلطة العفو أو التنازل عنها أو تعديلها. وينبني على ذلك أن لكل بالغ عاقل أن يساهم في مكافحة هذه الفاحشة بنفسه أو بإعلام الجهات المختصة لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٢- م ١٦٣ من القانون المدني العراقي القائم [المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً]، تدل بمنطوقها الصريح على أن للعرف في تقييد العقد قوة الشرط الصحيح المقترن به. وتدل دلالة إشارة على أن المتعاقد الملزم بالوفاء بالتزامه بمقتضى العرف إذا لم ينفذ هذا الالتزام جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد.

٣- من أوصى بمنفعة عقاره دون رقبته دل تصرفه بمنطوقه الصريح على أن الموصى له ينتفع بالمنفعة الموصى بها بعد وفاة الموصي مادام باقياً على قيد الحياة ما لم تقيّد الوصية بالمدّة، وتدل دلالة إشارة على أن شخصية الموصى له

(١) سورة الإسراء ٣٢.

مأخوذة بنظر الاعتبار لدى الموصي، بحيث إذا توفي لا تنتقل إلى ورثته بل ترجع المنفعة إلى من يملك الرقبة من الورثة ما لم يقد دليل على خلاف ذلك.

٤- من وهب ماله لشخص وتوافرت شروط هبته دل عقد الهبة بمنطوقه الصريح على تملك الواهب للموهوب له في حال حياته على سبيل التبصرع. ودل دلالة إشارة على الإذن بالقبض، فإذا قبضه الموهوب له بدون إذن الواهب يكون القبض صحيحا ينتج آثاره الشرعية والقانونية ما لم ينص صراحة على منسحب القبض بلا إذن منه، وإلا فلا يعمل بدلالة الإشارة وفقا لـ(م ١٥٧) من القساون المذكور: [لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح].

المطلب الثاني

دلالة الاقتضاء وتطبيقاتها

قد يترك الشارع (أو المشرع) كلمة (أو عبارة) في نص تقتضي دلالة على المعنى المراد رعايتها واعتبارها جزءا من هذا النص، ورعايتها تكون بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص.

والسر في عدم ذكر هذه الكلمة - أو العبارة - رغم أهميتها يعود أما إلى وضوحها وإمكان إدراكها بأدنى تأمل، أو إلى إبقاء النص على عمومته بالنسبة لهذا المحذوف حتى يكون أمام القضاء مجال واسع لتقدير ما يتناسب مع خصوصية كل قضية وظروفها، كما يجوز أن يكون الترك لأسباب أخرى بالنسبة لمن كلف بإعداد مشروع القانون الوضعي كالجهد بأهمية القيد المحذوف أو النسيان أو الخطأ أو غير ذلك.

وأيا كان سبب عدم الذكر، فإن عبء ادراكه واعتباره حين استنباط الحكم من النص يقع على المجتهد أو القاضي أو كل من يهمله فهم المراد من هذا النص^(١)

(١) في تسهيل الوصول إلى علم الأصول، ص ١٠٥ (الإقتضاء معناه لغة الطلب، والنص قد يطلب زائدا عليه ليصح المنصوص عليه فلا يوجب النص شيئا إلا بتقديم ذلك المقتضى عليه فيكون شرطا لعمل النص سابقا عليه، إذ الشرط يتقدم على الشروط دائما، فكان النص مقتضيا إياه لتصحيحه، فلها أن تنسب المقتضى - بفتح الضاد - مع حكمه إلى النص وهو المقتضى - بكسر الضاد - وكان كلمة من دلالة النص، فهناك أمور أربعة المقتضى وهو النص، والمقتضى وهو ذلك الشرط (القيد) والإقتضاء وهو النسبة بين المقتضى والمقتضى وحكم المقتضى وهو الثابت به). ومعنى الدال بالإقتضاء اصطلاحا: (اللفظ الدال على شيء مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام

ويسمى المفتضي (بكسر الضاد)، ودلالة الاقتضاء موجودة في كثير من النصوص الشرعية والقانونية.

أ- من النصوص الشرعية المقتضية لضم ضميمة ما يلي:

أولاً- إذا تعلق الحكم بعين - أو ذات - فإنه يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان يكون مناسباً للمقام والحكم، لأن متعلقات الأحكام التكليفية لا تكون إلا من أفعال (تصرفات) الإنسان لذا عرف علماء الأصول الحكم بأنه: (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع)، ومن أمثلة ذلك:

١- قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتِكُمْ وَأَخْوَاتِكُمْ وَأَخْوَاتِكُمْ﴾^(١)، أي حرم عليكم التزوج بأمهاتكم وبناتكم وأخواتكم، وغيرهن من محرمات الزواج تحريماً مؤكداً والتزوج فعل الإنسان.

٢- قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾^(٢)، أي حرم عليكم الانتفاع بالميتة وتعاطي الدم واكل لحم الخنزير، لأن التحريم يتعلق بهذه الأفعال والتصرفات لا بذات الميتة أو الدم أو لحم الخنزير.

٣- قوله تعالى ﴿وَأَطِيعُوا الَّذِينَ كَتَبَ لَكُمْ وَطَعَامَكُمْ حَلْ لِهَم﴾^(٣)، أي أكل طعام أهل الكتاب - كل من يؤمن بكتاب سماوي وبرسول من الرسل - حل لكم وأكلهم لطعامكم حل لهم.

وهكذا في كل نص تعلق حكمه بعين أو ذات يجب تقدير فعل من أفعال الإنسان.

ثانياً- إذا ورد في نص رفع أو نفي شيء وهو واقع في نفس الأمر، فإن صدق النص - أو صحته - يتوقف على تقدير ما يرفع هذا التناقض الظاهري بين الوقوع في الواقع واللاوقوع في النص، ومن أمثلة ذلك:

على ذلك المسكوت) كما في قوله ﷺ: (رفع عن أمي الخطأ والنسيان)، أي حكم الخطأ والنسيان لأنهما لم يرفعا عنهما لوقوعهما منهن). وفي أصول الشاشي، ص ٣١. أما المفتضي فهو زيادة على النص لا يتحقق معنى إلا به كأن النص اقتضاه ليصح في نفسه معناه.

(١) سورة النساء ٢٣.

(٢) سورة المائدة ٣.

(٣) سورة المائدة ٥.

- ١- قول الرسول ﷺ : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان^(١) وما استكروها عليه)^(٢)، ومن الواضح أن كل إنسان معرض للخطأ والنسيان وللإكراه، فكل من هذه الأمور الثلاثة لم يرفع لا من أمة محمد ولا من أمة أخرى، ولذلك يجب تقدير ما هو مناسب في هذا المقام فقال البعض بتقدير الكلام: رفع العقاب أو الإثم أو - المؤاخظة - على أساس أن هذه الأعدار من موانع المسؤولية الجنائية، فالإنسان إذا ارتكب جريمة في حالة النسيان أو الخطأ أو تحت ضغط الإكراه ولا يتوافر لديه القصد الجنائي لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً عن تعويض ضرر مادي ناتج عن تصرفه غير المشروع لأن التعويض من باب خطاب الوضع، أي ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن سوء قصد المسبب أو حسن نيته. وقال البعض: رفع حكم تصرف الناسي والمخطئ والمكروه، ومن المعروف أن الحكم اعم فيشمل كل أثر لهذا التصرف. والأفقه هو التقدير الأول لأن هذه الأعدار من موانع المسؤولية الجنائية عند جمهور الفقهاء.
- ٢- قول الرسول ﷺ : (لا نكاح إلا بولي)^(٣)، ومن البدهي أن النكاح بلا ولي قدس وقع ويقع مزارت لا حصر لها، وبناءً على ذلك من يرى أن إذن الولي شرط صحة الزواج قدر في هذا الحديث كلمة (لا صحة) أي لا صحة لزواج لم يتم بإذن الولي الخاص أو العام (كالتقاضي)، ومن ذهب إلى صحة الزواج ولو بدون إذن الولي قدر لفظ (كمال) أي لا كمال لزواج لم ينشأ بإذن الولي.
- ثالثاً - أي سبب آخر في النص يقتضي ضم ضميمته إليه ليدل على المعنى أو الحكم المراد به.

(١) السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها في الحافظة، والنسيان زوالها عنها مما تحتاج فسي حصولها إلى سبب جديد. ابن عابدين ٧٠٩/٣.

(٢) وفي رواية دفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه. وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه). راجع المعنبر في تخريج أحاديث المنهاج والمختصر للزركشي، تحقيق الأستاذ حمدي السلفي، ص ١٥٤.

(٣) رواه أحمد والأربعة، سبل السلام ١٥٣/٣.

ب- من النصوص القانونية :

١- م ٩٥ من قانون رعاية الفاضرين العراقي [يعتبر صدور الحكم بموت المفقود تأريخاً لوفاته] فهي تقتضي اضافة العبارة التالية اليها [ما لم يستند إلى تأريخ سابق].

٢- م ٨٧٥ من مشروع القانون المدني العراقي [أولاً - للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله، أو يقيد وكالته، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة]، فإنها تقتضي أن يضاف اليها ما يلي [ما لم يتعلق بها حق للغير]، لأنه إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز لاي من الموكل والوكيل انتهاء الوكالة إلا بإذن هذا الغير^(١).

ج- من القواعد العامة المقتضية للتقدير

١- قاعدة [لا تركة إلا بعد سداد الدين]، فهي تقتضي تقدير نفاذ التصرف، أي لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد تسديد الديون المتعلقة بها أو إذن الدائن، ذلك لأن التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة في لحظة الوفاة على الرأي الراجح لسدى فقهاء الشريعة أخذاً بعموم آيات الميراث، لكن حفاظاً على حقوق الدائنين يكون تصرف الورثة في التركة أو في جزء منها موقوفاً في المقدار الذي يقابل الدين ما لم يتم وفاء الدين من التركة أو من مال الوارث أو من جهة أخرى إلا إذا كان التصرف بإذن الدائن الذي يكون أهلاً للتبرع.

٢- قاعدة [لا مساغ للاجتهاد في مورد النص]، أي لا مساغ للاجتهاد فسي مسورد نص يكون دلالاته على الحكم قطعية، أما إذا كان ظني الدلالة بان يحتمل أكثر من معنى -أو حكم- واحد فإنه يجب الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين هذه المعاني المحتملة.

(١) على سبيل المثال: إذا اشترطت الزوجة وقت الزواج على زوجها أن يوكلها بتطبيق نفسها إذا تزوج عليها زوجة أخرى، فوكلها بذلك فلا يستطيع أن يعزلها بالقول لتعلق حقها بالوكالة، لكن يستطيع العزل بالفعل بأن يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، وإذا وكل المدين الراهن شخصاً بنساء على طلب الدائن المرتين بأن يبيع المال المرهون ويوفي من ثمنه الدين إذا لم يتم وقاءه قبل الأجل، ليس له عزله كما لا يحق للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بإذن السدانن لأنسه يضر بمصلحته.

٣- قاعدة [الجواز الشرعي ينافي الضمان]، فهي تقتضي تقدير لفظ - الأصلي -، فالجواز الشرعي الأصلي هو الذي ينافي الضمان، كمن حفر بئراً فسي حديقة داره أو في بستانه فوقع فيه شيء دون تقصير منه فلا ضمان عليه، لأن تصرفه كان مشروعاً أصلاً، بخلاف ما إذا كان الجواز الشرعي مبنياً على قيام عذر شرعي كجائع أكل مال الغير بدون إذنه لإنقاذ حياته فإنه غير آثم، لكن يجب عليه الضمان، وكذلك السائق الذي يغير اتجاه سيارته فجأةً عندما يجد إنساناً أمامه على الشارع العام - أو الطريق العام - فيؤدي ذلك إلى إتلاف مال للغير كهدم سيار - حائط - الحديقة، فإنه أيضاً لا يسأل جنائياً لكن يجب عليه الضمان أخذاً بقاعدة [الاضطرار لا يبطل حق الغير].

المطلب الثالث

دلالة الإيماء وتطبيقاتها

من البديهيات أن لكل حكم شرعي - أو قانوني - لتصرفات الإنسان أو الوقائع سبباً وعلّة، وهي الغاية المادية أو المعنوية التي تترتب على تنفيذ الحكم والموجبة لتشريعه. فالسبب في كل قضية سابق في وجوده على حكمه كالسرقة للعقوبة والقتل للقصاص والإتلاف للتعويض. أما علّة الحكم وهي الغاية المنشأة في تشريعه فهي سابقة في التصور ولا حقة للحكم وتنفيذه في التحقق كحماية السدين في وجوب الجهاد، وحماية الأموال في وجوب عقوبة السرقات، وحماية الأرواح في وجوب القصاص وحماية الأعراض في وجوب عقوبات الزنا والقذف.

فسبب الحكم وعلته أمران مختلفان في الحقيقة والماهية لكنهما مرتبطان إلى حد التلازم، فكل منهما يكمل الآخر في الاهتمام بالحكم تشريعاً وتطبيقاً وتنفيذاً، وهذا التلازم هو الذي جعل بعض علماء الأصول أن يقع في الخلط بينهما، أو يقول السبب اعم مطلقاً والعلّة اخص مطلقاً على أساس أن العقل أن أدرك المناسبة بسبب السبب والحكم فهو علّة وسبب وإلا فسبب فقط، وقد سبق بيان هذا الموضوع فسي القياس والمصلحة، ويبنى على ما ذكرنا أن لكل حكم علّة سواء أدركها العقل أم لم يدركها، وموضوعنا (دلالة الإيماء) يكون مجال تطبيقه هي النصوص التي تسدل

على علل أحكامها ضمناً، وعلّة الحكم قد يدل عليها النص صراحة كما في قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾^(١)، لكن الغالب المتداول في النصوص الشرعية القانونية تكون دلالات النصوص على علل أحكامها ضمنية وعن طريق الإيماء.

أ- دلالة الإيماء في النصوص الشرعية :

١- قوله تعالى ﴿بوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾^(٢)، يدل بمنطوقه الصريح على أن نصيب الذكر من البنين عند الاجتماع مع البنات والاختوة مع الاخوات - لغير الأم - ضعف ما للأنثى من التركة، ويدل دلالة إيماء على أن علّة هذا التمييز في الميراث هي حماية الحقوق ورعاية النسبة الطردية بين حقوق الشخص والتزاماته، فيستحق زيادة الحقوق كلما زادت التزاماته بنفس النسبة وإلا اختل ميزان العدالة. وإذا كانت الدساتير الوضعية لدول العالم المتحضر تسعى إلى رعاية التوازن بين حقوق والتزامات المواطنين فإن الدستور الإلهي أولى بهذه الرعاية، وقد قال تعالى ﴿وكل شيء عنده بمقدار﴾^(٣)، فكل ذكر بالغ عاقل يجب عليه الجهاد في حالة تعرض دينه أو عرضه أو نفسه أو ماله للاعتداء، قال تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٤)، والآنثى غير مسؤولة عن هذا الواجب بحكم تكوينها الذاتي الذي لا

(١) سورة البقرة ١٧٩. كان العرب قبل الإسلام يقولون في تعليل القصاص (القتل أنفى للقتل) وهو يقابل قوله تعالى (في القصاص حياة)، سورة البقرة ١٧٩. وكلام الله أبلغ منه من الأوجه الآتية:

١- أقل حروفاً. ٢- فيه النص على علّة الحكم صراحة وهي حماية الحياة.
٣- التنكير في لفظ حياة للتعظيم (أي حياة عظيمة).
٤- اطراد القاعدة مطردة لأن القصاص يكون دائماً لغرض حماية أرواح الناس وسلامتهم، في حين أن القتل قد يكون ظلماً فيؤدي إلى توسع رقعة العداة والمضاعفات فلا يكون أنفى للقتل.
٥- خلوه عن التكرار وقد تكرر لفظ (القتل) في (القتل أنفى للقتل).
٦- استغناؤه عن تقدير محذوف، بخلاف القول المذكور، فإن تقديره (القتل أنفى للقتل من تركه).
٧- الجمع بين المتضادين في الكلام وهما القصاص والحياة وهو من صنعة الطباق ومن مظاهر بلاغة الكلام. ٨- جعل تقوية الحياة طرفاً للحياة، وهذا أيضاً من باب بلاغة الكلام.
لمزيد من التفصيل راجع كتاب المطول في علم البلاغة للعلامة سعد الدين التفتازاني (رحمه الله)، ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٢) سورة النساء ١١.

(٣) سورة الرعد ٨.

(٤) سورة البقرة ١٩٤.

- يُتحمّل مشقة القتال، وعلى الزوج - دون الزوجة - نفقة الزوجة والأولاد، وعليه تكاليف ونفقات الزواج، وغير ذلك من الالتزامات التي لم يكلف بها جنس الأنثى لا شرعاً ولا قانوناً.
- ٢- كذلك قول النبي ﷺ: (لا يقضي القاضي وهو غضبان)^(١)، معتل بما يدهش العقل عن إتمام الفكر.
- ٣- قوله ﷺ: (لا يرث القاتل)، يدل بمنطوقه الصريح على أن من قتل مورثه يحرم من تركته، فلا يرث شيئاً، ويدل دلالة إيماء على أن علة الحرمان من الميراث حماية ارواح الأبرياء لأن الوارث إذا علم أن قتله لمورثه يحرمه من تركته لا يقدم على ارتكاب هذه الجريمة غالباً.
- ٤- قوله ﷺ: (من غشنا فليس منا)^(٢)، يدل بمنطوقه على تحريم الغش والتدليس ويدل دلالة إيماء على أن علة تحريم الغش هي حماية حقوق المستهلكين ومنع أكل أموال الناس بالباطل.

ب- دلالة الإيماء في النصوص القانونية:

- ١- م ٤٠٦^(٣) من قانون العقوبات العراقي تدل بمنطوقها الصريح على أن عقوبة جريمة القتل هي الإعدام إذا اقترنت بظرف من الظروف القانونية المشددة

(١) أخرجه البيهقي، كتاب آداب القاضي ١٠٥/١٠ (والمراد بالغضب كل عرض يؤثر على تفكير القاضي وبالتالي إلى الحكم بغير عدل).

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه: (أن الرسول ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقُسم: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله قال ﷺ: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني)، رواه مسلم. سبل السلام ٣/٣٧.

(٣) نص الفقرة الأولى من المادة [عاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية: أ- إذا كان القتل مع سبق الإصرار أو التردد. ب- إذا حصل القتل باستعمال مادة سامة أو مفرقة أو متفجرة. ج- إذا كان القتل لدافع دنيء أو مغاليل أجر أو إذا استعمل الجاني طرفاً وحشياً فسي ارتكاب الفعل. د- إذا كان المقتول من أصول الفاتل. هـ- إذا وقع القتل على موظف، أو مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك. و- إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد. ز- إذا اقترنت القتل عمداً بجريمة أو أكثر من جرائم القتل عمداً أو الشروع فيه. ح- إذا ارتكب القتل تمهيداً لارتكاب جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أو تهيباً لارتكابها أو تنفيذها لها أو تمكيناً لمرتكبها أو شريكه على الفرار أو التخلص من العقاب. ط- إذا كان الجاني محكوماً عليه بالسجن المؤبد عن جريمة قتل عمدي وأرتكب جريمة قتل عمدي أو شرع فيه خلال مدة تنفيذ العقوبة.

الواردة فيها، وتدل دلالة إيماء على أن علة الحكم خطورة المجرم على حياة المجتمع، وهذه الخطورة تؤخذ من الظرف المفترن بالقتل.

٢- م ٢٨٧^(١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تدل بمنطوقها الصريح على انه [إذا وجدت المرأة المحكوم عليها بالإعدام حاملاً فلا تنفذ العقوبة قبل وضع الحمل، وقبل مضي أربعة أشهر على تاريخ الولادة].

وتدل دلالة إيماء على أن علة عدم جواز التنفيذ هي حماية الحمل من الموت الذي يلاقيه بسبب اعدام امه وهو رغم انه في بطنها وجزء منها إلا انه غير شمول بهذه العقوبة لأنها شخصية لا تنصب إلا على شخص المجرم، وبناء على ذلك إذا ثبت بالطرق العلمية أن الطفل ميت في بطن امه أو غير موجود فإن التنفيذ لا يؤجل بناء على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

وكذلك علة عدم التنفيذ قبل مضي أربعة أشهر على الولادة هي حماية سلامة اطفال الذي قد يتعرض للخطر إذا فقد امه مباشرة بعد الولادة، أو خلال الفترة المذكورة.

ومن الجدير بالإشارة أن الرسول ﷺ قد أمر بتأجيل تنفيذ إعدام الغامدية إلى ما عد ولادة طفلها، وإلى أن ارضعته سنين كاملتين بعد ولادته^(٢).

(١) نص المادة [١]- إذا وجدت المحكوم عليها حاملاً عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى إدارة السجن إخبار رئيس الادعاء العام ليقدّم مطالعته إلى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه، ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالعة إلى رئيس الجمهورية، ويؤخر تنفيذ الحكم حتى يصدر أمر مجدد من الوزير استناداً إلى مسأ يقرره رئيس الجمهورية، وإذا كان الأمر المجدد يقضي بتنفيذ عقوبة الإعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ وضع حملها سواء وضعت قبل ورود هذا الأمر أم بعده].

(٢) في سبل السلام ١٤/٤ (عن عمران بن حصين أن امرأة من جهينة هي المعروفة بالغامدية أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصببت حدا فأقمه علي، فدعا رسول الله ﷺ وأبها فقال أحسن إليها فإذا وضعت فأنتي بها، ففعل فأمر بها، فشككت (شدت) عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها، إلا أنه قد ثبت في رواية أخرى أنها رجمت بعد أن فطمت ولدها وأنت به وفي يده كسرة خبز. أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب من أعترف على نفسه بالزنا، صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٦/١١.

أهمية إدراك القاضي لعلة المحكوم

إدراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص الذي ينوي تطبيقه على القضية لمرفوعة اليه له أهمية كبيرة لتحقيق العدالة، ولأن يأخذ كل ذي حق حقه، ذلك لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فإذا اقتنع بتحقيق العلة طبق الحكم المنصوص عليه وإلا فلا، ومن تطبيقات دوران الحكم مع علته ما يلي:

١- امتناع الرسول ﷺ عن الأمر بالتسعير، وحكم فقهاء التابعين به كانا تبعاً لاختلاف العلة وجوداً وعدمًا. عن انس رضي الله عنه قال غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ فقال للناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ : (أن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)، وقد أفتى فقهاء التابعين بالتسعير، فعلة عدم إجازة الرسول ﷺ بالتسعير هي حماية حقوق التجار والباعة، لأن الغلاء لم يكن بسبب الاستغلال والجشع وإنما كان لقلّة الإنتاج وعلى أساس قانون العرض والطلب، وحكم فقهاء التابعين بالتسعير علته كانت حماية حقوق المستهلكين بعد أن ظهر الاستغلال والجشع.

١- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم لتخلف العلة وهي حماية الدين ونشر الرسالة من شر هؤلاء، فبعد أن تقوى مركز الإسلام زال خطر هذا الشر.

٢- قرر الخلفاء الراشدون إيقاف تطبيق العقوبة في آية ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(١)، في سنة المجاعة على السذين ارتكبوا السرقات لانقضاء ارواحهم من الموت، لأن كل من تعرض لخطر الموت بسبب الجوع لا يتردد من سرقة أموال الغير لحماية حياته رغم علمه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة، ففي هذه الحالة الاضطرارية لا تتحقق علة الحكم وهي حماية أموال الناس، ثم أن العقوبة تحمي الأموال والسرقة تنقذ حياة المضطر، ورعاية حماية الحياة أولى من رعاية حماية المال.

ونسنتج من هذه التطبيقات وغيرها أن العقوبات التعزيرية التي يقررها لي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى - أو أهل الحل والعقد - لحماية لدين والنفس والعرض والمال والعقل، وغير ذلك من المصالح العامة الأخرى

(١) سورة المائدة ٣٨.

يجب تعديلها أو تبديلها إذا ثبت عدم جدوى هذه العقوبات في تحقيق عللها -
الغايات المتوخاة من تشريعها-.

٤- في م ٢٨٧ المذكورة [لا يؤجل تنفيذ عقوبة المحكوم عليها الحامل إلى ما بعد
وضع الحمل إذا ثبت بالطرق العلمية ثبوتاً قطعياً أن الجنين قد مات قبل
ولادته. وكذلك لا يؤجل التنفيذ بعد الولادة إلى أن تمضي مدة أربعة أشهر على
وضع الحمل إذا مات الطفل بعد الولادة مباشرة]، لأن الحكم - تأجيل التنفيذ -
يدور مع علته - حماية حياة الطفل - وجوداً وعدمًا^(١).

المبحث الثاني

مفهوم النص

قسم علماء الأصول المفهوم إلى قسمين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة،
ولتتميز كل منهما بعناصر وأحكام خاصة إضافة إلى ما لهما من الأهمية للقضاة
وشراح القانون نوزع دراستهما على مطلبين.

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

من الأمور البديهية التي لا تقبل النقاش، أو يجب ان لا تناقش ان النصوص
سواء أكانت شرعية أم قانونية غير مقصودة لذاتها، وإنما الغاية من تشريعها ما
يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الانسان لجلب
نفع له أو درء ضرر عنه.

ان هذه الغاية لا تتأتى دائماً من التمسك بحرفية النص، بل رُبَّ تقييد بهذه
الحرفية يحدث الخلل في التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يرتبها النص على
التصرفات والوقائع، وبالتالي يؤدي إلى ترجيح إحدى كفتي ميزان العدل على

(١) في أصول الشائبي، ص ٣٠، قال الإمام القاضي أبو زيد (أو أن قوما يعدون التأفيف كرامة لا
تحصرم عليهم تأفيف الأبوين، ولو فرضنا بيعاً لا يمنع العاقدين من السعي إلى الجمعة بأن كانوا في
سفينة - أو سيارة - يجري - أو تسير - نحو الجامع لا يكره البيع. وعلى هذا قلنا من حلف لا
يضرب فلاناً فضربه بعد موته لا يحنت لإنعدام معنى الضرب وهو الإيلام).

الاجرى بمصاحبه احد الاصراف من سوي اسباب سيرة... وما...
 الدستور الالهي - القرآن الكريم - الذي ربط في كثير من آياته بين النص والحكم
 والعدل والميزان والحق، ومنها قوله تعالى ﴿واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا
 بالعدل﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين﴾^(٢)، وقوله
 تعالى ﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿الله الذي انزل
 الكتاب بالحق والميزان﴾^(٤)، وقوله تعالى ﴿لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم
 الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾^(٥)، وغير ذلك من الايات الاخرى التي تؤكد
 وجوب رعاية القاضي - أو الحاكم - احقاق الحق وتحقيق العدالة قبل ان يراعي
 حرفية النص والتمسك بمعناه الموضوع له، وعليه ان يزن كل حكم بميزان العدل
 قبل ان ينطق به حتى يتحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحكوم عليه
 والمحكوم له.

وإضافة إلى ذلك فان القرآن بصفته دستوراً لم يتطرق للتفصيلات والأحكام
 الجزئية إلا قليلاً، وانما ركز على الاسس العامة والقواعد الكلية لتطبيق على كل
 مسألة جزئية تتدرج تحتها مع رعاية الظروف والملابسات والخلفيات لكل
 جزئية، وهذه الرعاية التي تسمى (التفريد) هي التي تساعد على تحقيق العدالة
 واعطاء كل ذي حق حقه. ويبنى على ما ذكرنا ان الفقيه - أو القاضي - كما يأخذ
 الحكم من عبارات والفاظ النصوص، وهذا ما يسمى (منطوق النص)، كذلك قد
 يستنبطه من روح النص ومغزاه، ومن العلة الموجبة لتشريع، ويسمى عندئذ مفهوم
 النص. ومن الجدير بالذكر، ان مفهوم النص دائماً يكون اوسع من منطوقه لانه
 يشمل ويشمل غيره من المسكوت عنه.

(١) سورة النساء ٥٨.

(٢) سورة المائدة ٤٢.

(٣) سورة ص ٢٦.

(٤) سورة الشورى ١٧.

(٥) سورة الحديد ٢٥.

تحريم كنز الذهب أو الفضة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(١)، منطوق النص، وتحريم كنز كل عملة ورقية أو معدنية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول هو مفهوم النص، وتحريم الأكل بمعناه اللغوي في قوله تعالى ﴿أَنْ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾^(٢)، منطوق النص، وتحريم كل اتلاف آخر لمال القاصر ظلماً سواء أكان بالأحراق أم الاستهلاك أم غير ذلك مفهوم النص، وتحريم التأفيف في قوله تعالى ﴿فَلَا تَقْسِلْ لَهُمَا كَفًّا﴾^(٣)، منطوق النص، وتحريم كل إيذاء آخر للوالدين أو أحدهما بأي قول أو فعل يشعر بالاهانة أو عدم الاحترام مفهوم النص. وهكذا كل نص آخر حكمه يكون معلولاً لعلته يدرجها له منطوق ومفهوم.

وهذان المصطلحان كما يطلقان على الحكم غالباً فقد يراد بهما محل الحكم كالذهب والفضة وكل عملة حلت محلها في آية تحريم الكنز. وعلى الإطلاق الأول إذا كان كل من المنطوق والمفهوم من نوع واحد كالتحريم في الآيات المذكورة يسمى المفهوم: (مفهوم موافقة) أو (مفهوم الموافقة)، كما يسمى (فحوى الخطاب)^(٤) و(لحن الخطاب)^(٥)، و(دلالة النص)^(٦)، وعلى الإطلاق الثاني يسمى المحل

(١) سورة التوبة ٣٤.

(٢) سورة النساء ١٠.

(٣) سورة الاسراء ٢٣.

(٤) أي معناه يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه أي مما تتسمت من راده بما كلمه أي وجدت رائحته، وفي الحديث الشريف (تنسموا روح الحياة)، أي وجدوا نسيماً. راجع حاشية الشربيني على هامش شرح جمع الجوامع مع البناني ١/٢٤١. وعادة يسمى فحوى الخطاب في حالة كون موجب تشريع الحكم في المسكوت عنه أقوى كالأيذاء في الضرب والشتيم بالنسبة للتأفيف في آية ﴿فَلَا تَقْلُ لَهُمَا كَفًّا﴾، سورة الاسراء ٢٣.

(٥) أي معناه كما في قوله تعالى ﴿وَلَوْلَا تَعْرِفْنَاهُمْ لَوَلَّوْنَا لِلنَّارِ سَبِيلًا﴾، سورة محمد ٣٠. ويستعمل هذا المصطلح إذا كان موجب الحكم في كل من المنطوق به والمسكوت عنه متساوياً كالضرب في أكل مال اليتيم وفي اتلافه بطريقة أخرى.

(٦) علماء الأصول من الحنفية يستعملون مصطلح دلالة النص بدلاً من مفهوم النص، كما يستعملون عبارة النص بدلاً من منطوق النص. في أصول الشاشي، ص ٣٠ (دلالة النص هي ما علم علة الحكم المنصوص عليه لغة لا اجتهاداً ولا استنباطاً، ففي قوله تعالى ﴿فَلَا تَقْلُ لَهُمَا كَفًّا﴾، سورة

المذكور في النص -كأكل مال اليتيم^(١)- منطوقاً به، والمحل غير المذكور -
كإتلاف مال اليتيم- مسكوتاً عنه.

ومن النصوص عن القانونية الدالة على الأحكام: منطوقها ومفهومها (م ٢٣٧)
من قانون العقوبات المصري: (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال
هي ومن زني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في م ٢٣٤ و ٢٣٦).
نهي تدل بمنطوقها على ان عقوبة هذا القاتل في حالة القتل تخفف من الإستهغال
المؤبدة أو المؤقتة أو السجن إلى الحبس بسبب الظرف المخفف المقترن بالجريمة.
وتدل بمفهومها من باب أولى على تخفيف العقوبة في حالة الجرح أو الضرب
المفضي إلى اصابة الزوجة المزني بها ومن زنا بها بعاهة مستديمة دون الموت.
وأما م ٤٠٩^(٢) من قانون العقوبات العراقي فإنها قد نصت بمنطوقها الصريح على
تخفيف العقوبة في الحالتين -حالة القتل وحالة الاصابة بالعاهة المستديمة-^(٣).

تكييف دلالة المفهوم

اختلف علماء الأصول في تكييف دلالة النص بمفهومه على الحكم حسب
التفصيل الآتي:

أ- قال بعضهم^(٤): دلالة المفهوم دلالة عقلية قياسية على اساس ان الفقيه - أو
القاضي - ما لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا

الاسراء ٢٣. العالم باوضاع اللغة يفهم باول سماع تحريم التأنيب لرفع الاذى عنهما وحكم هذا
النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعموم علته، ولهذا المعنى قلنا بتحريم الضرب والشتم).
(١) أي في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾، سورة النساء ١٠.
(٢) نص المادة (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو احدى محارمه في
حال تلبسها بالزنا أو وجودها في فرنش واحد مع شريكها فقتلها في الحال، أو قتل احدهما، أو
اعتدى على احدهما اعتداء افضى إلى الموت، أو إلى عاهة مستديمة ولا يجوز استئعمال حق
الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العنر، ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة).
(٣) ويطباق صنيع المشرع الاردني في (م ٤١٨) من قانون العقوبات صنيع المشرع العراقي في
ادراج حالتي القتل والعاهة المستديمة تحت المنطوق الصريح.
(٤) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٢/١ (قال الشافعي وأمام الحرمين والامام الرازي: الدلالة على
مفهوم الموافقة قياسية، والعلة في المثال الأول «فلا تقل لهما أف» الايذاء، وفي المثال الثاني -
آية تحريم أكل مال اليتيم- الاتلاف)، والمراد بالعلة هنا السبب المناسب وإلا فالعلة الحقيقية هي
حماية كرامة الوالدين في المثال الأول وحماية مال اليتيم في الثاني.

يستطيع إلحاق الثاني بالاول في الحكم، ولا يعني القياس سوى ذلك^(١) وعلى هذا الرأي يعتبر عموم المفهوم عقلياً.

ب- وقال البعض: انها دلالة لفظية مجازية من قبيل ذكر الاخص واردة الاعم^(٢). وعلى سبيل المثل ذكر الاكل في آية تحريم اكل أموال اليتامى ظمناً وارىد به كل اتلاف لأموالهم بدون مبرر، والقرينة هي ان النص سيق لحماية حقوق القاصرين وهم لا يستطيعون ان يدافعوا عنها بأنفسهم، ولفظ (اف) في قوله تعالى ﴿ولا تقل لهما﴾ اريد به كل ابداء مادي أو معنوي بقرينة وجوب احترام الوالدين فيعتبر مجازاً لغوياً عاماً.

ج- وقال جماعة: انها دلالة لفظية حقيقية عرفية، فاهل العرف نقلوا محل (متعلق) الحكم كالاكل في الآية المذكورة من معناه اللغوي الخاص إلى معنى عرفي عام وهو الاتلاف، وهجروا المعنى الاصلي اللغوي بحيث أصبح اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الجديد العام^(٣) واستعمله الشارع - أو المشرع - بهذا المعنى الجديد، فأصبح المعنى العرفي للذهب والفضة النقود، وللاكل الاتلاف وللتأفيف الإبداء.

د- وقال البعض دلالة لفظية انتقالية^(٤) وينتقل الذهن من المنطوق إلى المفهوم

(١) لان القياس إلحاق واقعة - كضرب الوالدين - لم يرد بشأنها نص خاص بواقعة اخرى ورد بصدها نص خاص - كالآف - في الحكم - كالتحريم - لاشترك الواقعتين في علة الحكم - كالأبداء - جاء في مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ٩٠ (فمنه عموم الحكم لعموم علة كما في القياس - اي من العام عموم الحكم لعموم العلة-).

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ٢٤٣/١ قال الغزالي والامدي من قائل هذا القول: (فهت الدلالة على المفهوم من السياق والقرائن، لا من مجرد اللفظ فلولا دلالتها - اي السياق والقرائن - في آية الوالدين على ان المطلوب بها تعظيمها واحترامها ما فهم منها من منع التأفف منع الضرب، ولولا دلالتها في آية مال اليتيم على المطلوب بها حفظه وصيانتها ما فهم منها من منع اكله منع احراقه، والدلالة حينئذ مجازية من اطلاق الاخص على الاعم. فأطلق المنع من التأفف في آية الوالدين وارىد المنع من الأبداء، وأطلق المنع من اكل مال اليتيم في آيته وارىد المنع من اتلافه)، اي ذكر الاخص وارىد به الاعم مجازاً بقرينة الحال والمقام.

(٣) في المرجع السابق ٢٤٤/١ (وقيل نقل اللفظ للدلالة على الاعم عرفاً بدلاً عن الدلالة على الاخص لغة).

(٤) في المرجع السابق (والمفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، اي ان الدلالة ليست وضميمة بل انتقالية وقرآنية فان الذهن ينتقل من ادراك المنطوق إلى ادراك المفهوم).

بمجرد ادراك اللفظ وفهم المعنى المنطوق، فالاستعمال في الأول عقلي وفي الثاني مجازي وفي الثالث حقيقي وفي الرابع التزامي.

ثمرة الخلاف:

يرى الكثير من علماء الأصول ان هذا الخلاف حقيقي، ورتبوا عليه بعض النتائج منها⁽¹⁾ ان دلالة المفهوم اذا كانت قياسية لا تنبئ بها الجرائم والعقوبات لا في الشريعة ولا في القانون وفقاً لمبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص)، ويناقش هذا الكلام بانه مبني على اساس ان القياس دليل - مصدر - منشيء مع انه مصدر كاشف، فالجريمة أو العقوبة التي يصل اليها القاضي عن طريق القياس انما تثبت بالنص الخاص بحكم المقيس عليه لا بالقياس ذاته.

واري ان الخلاف لفظي (شكلي) ولا يترتب عليه اثر، فحكم المسكوت عنه يفهم من روح النص ومن مغزاه ومن ادراك الغاية الموجبة لتشريعه بغض النظر عن طبيعة الدلالة، هل هي قياسية أو لغوية أو عرفية أو التزامية؟ وهل هي حقيقية أو مجازية؟ وفي اعتقادي ان العموم في المفهوم عقلي اذا لم يكن عرفياً.

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

ما سبق بيانه في المطلب السابق من مفهوم الموافقة كان عبارة عن حكم يستنبط من روح النص ومعقوله، وكان موافقاً دائماً مع المنطوق. أما مفهوم المخالفة فهو يختلف عن مفهوم الموافقة من وجهين:

أحدهما: مفهوم المخالفة مع منطوق النص حكمان متضادان لا يجتمعان تحت نوع واحد من انواع الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي، فاذا كان احدهما جوازا

(1) ومنها (ان المسكوت عنه يعتبر منطوقاً به على الرايين الثاني والثالث لانه يدل عليه اللفظ سواء أكانت الدلالة مجازية أم حقيقية عرفية. وبناء على ذلك يعتبر حجة ملزمة بالنسبة لمن لا يعمل بالمفهوم كالتأهيرية ويناقش هذا أيضاً بان الظاهرية لا يستطيعون ان يقولوا: التسايف حرام والضرب حلال وأكل مال اليتيم حرام واحراقه مباح سواء أكانت الدلالة من بساب المنطوق أم المفهوم).

فالأخر يكون حظراً، وإن كان أحدهما صحة فالآخر يكون بطلاناً، وهكذا. في حين أن المنطوق ومفهوم الموافقة يكونان من نوع واحد دائماً كما ذكرنا في المطلب الأول.

وثانيهما: يختلفان في الأساس، فالأساس الذي يستقي منه مفهوم الموافقة هو روح النص ومعناه ومعقوله. أما أساس مفهوم المخالفة فهو تخالف قيد معتبر في المنطوق، وهذا هو الجانب المهم المعني بالدراسة في هذا المطلب.

أساس مفهوم المخالفة

القيود التي ترد في عبارات النص وضمن جملها منها ما كان لمجرد الربط بين العبارات والجمل، ومنها ما يكون بمثابة الشرط لتطبيق الحكم - المنطوق - الذي يدل عليه النص بالفاظه بحيث إذا تحقق يطبق الحكم وإذا تخلف فإن الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق، أو على الأقل هو الحكم المخالف له.

وعلى سبيل المثل في قوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾⁽¹⁾، قيد (من قبل أن تمسوهن) معتبر في الحكم المنطوق وهو (نصف ما فرضتم)، فالمهر بعد الطلاق قبل الدخول يتشطر، نصفه يرجع للزوج لأنه لم يتمتع بالزوجة، وتستحق الزوجة النصف الآخر تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي أصابها بسبب الطلاق، هذا هو منطوق النص، أما مفهومه المخالف فهو وجوب كل المهر المسمى إذا حصل الطلاق بعد الدخول.

وكما في (م ١/١٢٩) من المدني العراقي: (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر)، وبمقتضى هذه المادة يكون جواز محل الالتزام معدوماً حين إنشاء العقد مقيداً بقيدتين يجب توفرهما: أحدهما: أن يكون هذا المحل ممكن الحصول في المستقبل، وثانيهما: أن يعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر. وإذا تخلف القيدان أو أحدهما يكون الحكم عدم الجواز وعدم الصحة، فالجواز والصحة منطوق النص، وعدم الجواز وعدم الصحة مفهوم مخالفة النص.

ونستطيع بعد هذه المقدمة أن نعرف مفهوم المخالفة بأنه: (حكم مخالف للمنطوق يستتبط من تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكمه).

القيود المعتمدة في الحكم

لم أجد في المراجع الأصولية المعتمدة تحديداً متفقاً عليه لدى علماء الأصول والفقهاء للقيود التي من شأنها ان تكون معتبرة في الحكم المنطوق فهي مختلف في حيث التعداد والاعتبار^(١). وفي اعتقادي لا يمكن تحديد انواع القيود الواردة في النصوص المعتمدة في أحكامها بعدد محصور على اساس معيار يميز القيد المعتمد من غير المعتمد لسببين:

أحدهما: رجوع اعتبار وعدم اعتبار القيد إلى الشارع - أو المشرع - فهو ليس امراً اجتهادياً راجعاً إلى الفقيه - أو القاضي - ليتولى اخر اعتباره أو عدمه. ثم القيد قد يكون معتبراً في ظرف وغير معتبر في ظرف اخر فسي ضوء مستلزمات التعامل ومتطلبات الحياة.

وثانيهما: مطابطة عناوين هذه القيود، فعلى سبيل المثل يمكن ادراج كثير من القيود تحت عنوان (الصفة أو الشرط)، وبصورة خاصة صرح علماء الأصول كثيراً بأنه: (ليس المراد بالصفة النعت النحوي^(٢))، وانما كل حالة من الحالات المعتمدة قيوداً للحكم سواء أكانت نعتاً نحوياً أم حالاً أم تمييزاً أم ظرفاً أم نحو ذلك).

وعلى هذا الاساس اقتصرنا على اهم هذه القيود وهي اربعة انواع: (الصفة والشرط والغاية والعدد) تاركين غيرها للقاضي الذي من وظيفته بذل الجهود للتمييز بين ما هو معتبر في الحكم وما ليس بمعتبر مستعيناً بالقرائن وسياق النصوص وطبيعة الأحكام.

(١) قال الامدي، الأحكام ٢/٢١٢ (واما مفهوم المخالفة فهو يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق. هو عند القائلين به عشرة اصناف متفاوتة في القوة والضعف: الأول منها ذكر الاسم مقترناً لصفة خاصة، الثاني مفهوم الشرط والجزاء، الثالث مفهوم الغاية، الرابع مفهوم إتمام، الخامس التخصيص بالاولصاف التي تطرأ وتزول بالذكر، السادس مفهوم اللقب، السابع مفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس، الثامن مفهوم الاستثناء، التاسع تعليق الحكم بعدد خاص، العاشر مفهوم حصر المبدأ والخبر). وفي حين اعتبارها ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي وشرحه ٢/١٧٣ (اربعة وهي: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط مثل (أوان كس اولات حمل)، والغاية مثل (حتى تنكح)، والعدد الخاص مثل (ثمانين جلدة)).

(٢) في جمع الجوامع وشرحه ١/٢٤٩ (المراد بالصفة لفظ مقيد لآخر ليس بشرط ولا استثناء ولا

أولاً - الصفة

وهي كل حالة من الحالات التي يمكن اعتبارها صفة مقيدة لمحل الحكم ومعتبرة في الحكم من حيث تطبيقه عند توافر القيد، وتطبيق حكم مخالف له - أو نقيض له - عند تخلفه، ولأنه لو ثبت المنطوق مع انتفاء الصفة لجرى تعليقه عليها عن الفائدة.

فمن وكل شخصاً ليشتري له سيارة من نوع سوبر، ومن صنع سنة ١٩٩٠ مثلاً، ومن ذات لون احمر، واشترى له سيارة تخلفت فيها صفة من هذه الصفات يكون العقد غير نافذ فيتوقف على اجازة الموكل، لان مفهوم مخالفة هذه الصفات عدم تخويل الوكيل بشراء سيارة موصوفة بصفات أخر^(١). فعلى الوكيل دائماً التقيد بالقيود الواردة في الوكالة الخاصة، وبالقيود المعتبرة في الوكالة العامة بمقتضى العرف السائد رغم عدم ذكرها لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لصفة معتبرة في الحكم قوله تعالى ﴿ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك﴾^(٢)، فمنطوق النص: لاخت المتوفى نصف تركته ان لم يكن له ولد، وجملة (ليس له ولد)، صفة (امرؤ) مفهوم مخالفتها انها لا ترث النصف ان كان له ولد مع التفصيل الاتي:

أ- ان كان الولد ذكراً لا ترث الاخت شيئاً باجماع فقهاء الشريعة.

ب- ان كان الولد أنثى فقد اختلفوا في ميراث الاخت المجتمععة معها:

١- قال جمهورهم: انها في حالة اجتماعها مع بنت المتوفى أو بنت ابنه تكون عصبية مع الغير لها الباقي بعد نصيب البنت أو ابنة الابن والوارثين الاخرين ان وجدوا، وفسر الجمهور لفظ (ولد) بالذكر^(٣).

(١) في التمهيد للاسنوي، ص ٢٥٩ (مفهوم الزمان والمكان حجة عند الشافعي والجمهور فاذا قال لوكيله - افعل هذا -، ثم قال - افعله في هذا اليوم- و أو قال -في هذا المكان- فقياس ما قاله الشافعي ان يكون منعاً له فيما عدا ذلك).

(٢) سورة النساء ١٧٦.

(٣) وسندهم هو ما روي عن مزيل بن شرحبيل من انه قال (سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن واخت فقال: للابنة النصف وللأخت النصف، واقت ابن مسعود. فسئل ابن مسعود، واخبر بقول ابي موسى فقال: لقد ضللت اذن وما انا من المهتدين اقض فيها بما قضى النبي ﷺ للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فلاخت). وعن الاسود (ان معاذ بن جبل ورث اختاً

- وقال ابن عباس^(١): (الاخت مع الولد ذكراً كان أم أنثى لا ترث شيئاً) لأن الولد في اللغة العربية يشمل الذكر والأنثى، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الجعفرية.

ومن النصوص القانونية المشتملة على صفة معتبرة في الحكم (م/٣) من نون الاحوال الشخصية العراقي: (الشروط الشرعية التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها).

فمنطوق النص هو وجوب الإيفاء بالشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج اذا أنت متصفة بصفة المشروعية. ومفهوم المخالفة هو عدم وجوب الوفاء الشروط المقترنة بعقد الزواج في حالة كونها غير مشروعة.

انياً - الشرط

المراد بالشرط الذي يعتبر قيداً معتبراً في الحكم وله مفهوم المخالفة هو الشرط لغوي اي كل جملة مصدرة باداة من ادوات الشرط مثل (إن) و (إذا)، فتعليق الامر - بل مطلق الحكم - على شرط يدل على انتفائه عند انتفاء الشرط وهو يختار أكثر المحققين.

ومن النصوص الشرعية المتضمنة لشرط معتبر في الحكم قوله تعالى ﴿فسان لقلها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما ان تراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله﴾^(٢). فمنطوق النص هو جواز استئناف حياة الزوجية بعد الطلاق (ان طلقها الزوج الثاني وانتهت عدتها منه) شريطة وافر ظن الزوجين بأنهما يستطيعان ان يقيما حدود الله اي ان يقوم كل منهما بالتزاماته الزوجية، وباداء ما يجب عليه من الحقوق للزوج الآخر. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز اعادة العلاقة الزوجية اذا توقعاً بأنهما سيرجعان إلى

وابنة جعل لكل واحد منهما النصف وهو باليمن، والنبي ﷺ يومئذ حي)، أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة، فتح الباري ١٧/١٢. وابو داود كتاب الفرائض ١٢٠/٣.
(١) في التبصرة لابي اسحاق الشيرازي، ص ٢١٩ (روي ان ابن عباس خالف الصحابة في توريث الأخت مع البنات، واحتج بقوله تعالى ﴿ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك﴾، سورة النساء ١٧٦. اي على اساس ان الولد يشمل الذكر والأنثى).
(٢) سورة البقرة ٢٣٠.

الشفاق والخلاف وعدم التفاهم وبالتالي إلى اخلال كل منهما بالتزاماته والخروج عن حدود الله.

ومن النصوص القانونية المشتملة على شرط معتبر في الحكم (م/٢١٣/ج) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي: (للمحكمة ان تأخذ بالاقرار وحده اذا اطمأنت اليه ولم يثبت كذبه بدليل آخر). إن للقاضي أن يكتفي بالإقرار وحده من بين وسائل الإثبات والحكم بمقتضاه إذا إقتنع بصحته ولم يكن هناك دليل يعارضه ويكذبه. ومفهوم مخالفة هذا الشرط هو عدم جواز الأخذ بالاقرار وحده، وبالتالي عدم بناء الحكم عليه في حالة تخلفه بان لم يفتنع به أو كان الاقرار معارضاً بدليل يكذبه.

ثالثاً - الغاية

غاية الشيء نهائيته، وسبق في بحث تخصيص العام ان الحروف الدالة على الغاية هي (حتى) و(إلى)، فالنقييد بالغاية يدل على مخالفة ما بعدها لما قبلها في الحكم.

ومن النصوص الشرعية التي تتضمن قيد الغاية المعتبر في الحكم قول الرسول ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق)، منطوق النص ان المسؤولية الجنائية عن الاعمال غير المشروعة الصادرة عن الصبي أو النائم أو المجنون مرفوعة ما دام العذر - الجنون أو النوم أو الصغر - باقياً لأن هذه الاعذار من موانع المسؤولية الجنائية دون المدنية وهم يسألون عن التعويض عن الضرر الناجم من تصرفاتهم غير المشروعة، لأن التعويض مبني على اساس خطاب الوضع - ربط المسببات بأسبابها - والمسؤولية الجنائية من باب خطاب التكليف الذي من شروطه العقل والبلوغ والادراك. مفهوم مخالفة الغاية ان المسؤولية تقوم اذا وقع الفعل الجنائي بعد زوال العذر بان صدر حين البلوغ واليقظة والافاقة.

ومن النصوص القانونية الدالة على مفهوم الغاية (م/١٦٠/أ) من أصول المحاكمات الجزائية العراقي: (إذا كان الفصل في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية اخرى فيجب وقف الفصل في الاولى حتى يتم

فصل في الثانية)، مفهوم المخالفة هو عدم جواز وقف الفصل في الاولى بعد كمال الفصل في الثانية، اي ما لم يكن هناك مانع آخر. و(م ١٥٤/ب) من أصول المحاكمات: (تقبل محكمة التمييز اللوائح المقدمة من متهم وذوي العلاقة إلى ما قبل اصدار قرارها في الدعوى)، مفهوم مخالفة الغاية إلى ما قبل اصدار قرارها) عدم قبول تلك اللوائح اذا قدمت بعد صدور القرار.

إبعاً - العدد

إذا حدد الحكم في النص بعدد معين فإن مفهوم مخالفة هذا العدد هو عدم تطبيق الحكم فيما عداه من عدد أكثر أو أقل.

ومن النصوص الشرعية قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٢)، فالمنطوق هو عقوبة الزنا محددة بمائة جلدة، وعقوبة لذف محصورة في ثمانين جلدة، ومفهوم مخالفة هذين العددين هو عدم جواز تعديل أو تبديل العقوبة في كلتا الجريمتين بعدد أكثر عند وجود ظرف مشدد أو أقل عند قيام ظرف مخفف، ومن الجدير بالإشارة أن من خصائص عقوبات الحدود عدم قبولها للتخفيف والتشديد والصلح والعفو من ولي الامر -رئيس الدولة- أو من صاحب العلاقة أو من غيرهما.

ومن النصوص القانونية (م ٢٤٣/أ) من أصول المحاكمات الجزائية: (يبلغ لمحكوم عليه بالحكم الصادر عليه طبقاً لما هو منصوص عليه في م ١٤٣ فإذا نقضت ثلاثون يوماً على تبليغه بالحكم الصادر في المخالفة وثلاثة أشهر على تبليغه بالحكم الصادر في الجنحة وستة أشهر في الجناية دون أن يقدم نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى أي مركز شرطة، ودون أن يعترض عليه خلال المدة المذكورة أصبح الحكم بالادانة والعقوبات الاصلية والفرعية بمنزلة لحكم الوجاهي^(٣))، مفهوم مخالفة المدة المذكورة في هذا النص انه اذا قام المحكوم

(١) سورة النور .٢

(٢) سورة النور : ٤

(٣) أهـ، كما له به نازك، نكوي، المتهم حاضر أمام القضاء ولا يكون غائباً حين إصدار الحكم عليه.

عليه بتقديم نفسه إلى محكمة الموضوع أو إلى مركز الشرطة أو اعتسرض على
الحكم خلال المدة المحددة، لا يعتبر الحكم بمثابة الحكم الوجاهي.

شروط العمل بمفهوم المخالفة

يشترط للعمل بمفهوم المخالفة بمقتضى القيد الوارد في النص ان لا تكون لهذا
القيد فائدة اخرى غير اعتباره بمثابة الشرط لتطبيق الحكم المنطوق، بحيث ان
يطبق اذا تحقق هذا القيد. ويطبق مفهومه المخالف بشروط أهمها ما يلي:

١- ان لا يكون المسكوت عنه اولى بالحكم من المنطوق به، وإلا لا يكون هناك
مجال لتطبيق مفهوم المخالفة بل يكون حكم المسكوت عنه مفهوم موافقة مسن
باب أولى. وعلى سبيل المثل في (م ١١٠٧) من القانون المدني العراقي: (لدائني
التركة العاديين وللموصى لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت
الورثة ملكيتها للغير أو رتب عليها حقوقاً عينية)، صفة (العاديين) ليس لها
مفهوم المخالفة لان للدائن غير العادي حق هذا التمتع والملاحقة من باب اولى
كالدائن المرتهن اذا باع الورثة المرهون بعد وفاة المدين السراهن، وكدائني
الديون الممتازة المتعلقة بالتركة كدين الدولة، ونفقة الزوجة الواجبة على الزوج
اذا تراكمت في ذمته حال حياته.

٢- ان لا يكون القيد بياناً للواقع ، كما في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا
الربا اضعافاً مضاعفة﴾^(١)، فقيد (اضعافاً مضاعفة) ليس له مفهوم المخالفة، ولا
يدل على اباحة الربا اذا لم يكن اضعافاً مضاعفة لانه لبيان الواقع الذي كان
عليه المجتمع انذاك، ولقوله تعالى ﴿وان نبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا
تظلمون﴾^(٢).

٣- ألا يكون القيد قد خرج مخرج الاغلب المعتاد، كقيد (اللاتي في حجوركم) في
قوله تعالى ﴿وربائبکم اللاتي في حجورکم من نسائکم اللاتي دخلتم بهن﴾^(٣)، فانه
ليس له مفهوم المخالفة فقال جميع الفقهاء وعلماء الأصول - باستثناء الظاهرية -:

(١) سورة آل عمران ١٣٠. قال الرازي، التفسير الكبير ٢/٩ (كان الرجل في الجاهلية اذا كان له
على إنسان مائة درهم إلى اجل، فاذا جاء الاجل ولم يكن المدين واجداً لذلك المال قال: زدني في
المال حتى ازيدك في الاجل، فربما جعله مائتين، ثم اذا حل الاجل الثاني فعل مثل ذلك، ثم
إلى اجل كثيرة يأخذ بسبب تلك المائة اضعافاً، وهذا هو المراد من قوله ﴿اضعافاً مضاعفة﴾).

(٢) سورة البقرة ٢٧٩.

(٣) سورة النساء ٢٣.

ليس لهذا القيد مفهوم المخالفة لأمرين: أولهما انه مبني على الغالب المعتاد وهو انتقال البنت من زوج سابق مع والدتها إلى بيت الزوج الجديد اذا تزوجت امها بعد الطلاق أو وفاة الأول، وثانيهما قوله تعالى ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾^(١) نص صريح على ان القيد الوحيد المعتبر في الحكم هو قسوله تعالى ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾^(٢)، فمناط التحريم هو الدخول بدور معه وجوداً وعدمًا^(٣).

:- ان لا يتعارض مفهوم المخالفة مع المنطوق الصريح لدليل آخر، كما في قوله تعالى ﴿وحلائل ابنائكم الذين من اصلا بكم﴾^(٤)، اي حرمت عليكم تحريماً موبداً زوجات ابنائكم من النسب، وهذا القيد (الذين من اصلا بكم)^(٥)، ليس له مفهوم المخالفة، فكما ان زوجات ابناء النسب يحرم على والدهم تزوجهن بعد الطلاق أو وفاة الابن قبل الدخول أو بعده، كذلك الحكم بالنسبة لزوجات ابناء الرضاع لقول الرسول ﷺ: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٦).
والحاصل يشترط ان لا يظهر للقيد فائدة غير نفي الحكم، وإلا فلا يدل على نفي^(٧).

حجية مفهوم المخالفة^(٨)

اختلف الفقهاء وعلماء الأصول في حجية مفهوم المخالفة وبالتالي في التزام فقيه (أو القاضي) بالعمل بموجبه:
- قال جمهورهم انه حجة اي على الفقيه أو القاضي الاخذ بمنطوق النص في حالة تحقق القيد الوارد في النص، واما في حال تخلفه فيجب الاخذ بمفهوم المخالفة (الحكم المخالف للمنطوق)، واستندوا إلى ادلة منها:

- ١) سورة النساء ٢٣.
- ٢) سورة النساء ٢٣.
- ٣) جمع الجوامع وشرحه ٢٤٦/١.
- ٤) سورة النساء ٢٣.
- ٥) سورة النساء ٢٣.
- ٦) أخرجه الامام احمد في مسنده ١٠٢/٦.
- ٧) قواعد العلاني ١٢١/١.
- ٨) للاطلاع على الادلة العقلية والعقلية على حجية مفهوم المخالفة راجع الأحكام في أصول الأحكام للامدي ٢١٥/٢-٢٢٠.

١- المتبادر إلى الذهن من اساليب العرب وعرفهم في استعمال العبارات والجمل ان تقييد الحكم بشرط أو وصف أو تحديده بغاية أو عدد هو ثبوت الحكم لمحلله كلما توافر هذا القيد معه وانتفاؤه حيث انتفى القيد.

٢- اذا اقر الشارع - أو المشرع - قيماً في النص ولم يكن له مفهوم المخالفة أو فائدة أخرى محددة يكون عبثاً، والنصوص الشرعية منزهة عن العبث، والمفروض ان النصوص القانونية ايضاً بعيدة عن الحشو والعبث.

ب- وقال البعض - ومنهم الحنفية - (ان النص الشرعي - وكذا القانوني - الدال على حكم واقعة أو تصرف اذا قيد بوصف أو شرط أو غيرهما من القيود الاخرى لا يكون حجة إلا على حكمه في المحل الذي ورد فيه، واما المحل الذي لا يتوافر فيه هذا القيد فليس للنص شأن فيه بل يكون ساكناً عن بيان حكمه، فعلى المجتهد - أو الفاضل - ان يفتش عن ادلة اخرى للوصول إلى حكمه)، ومن هذه الادلة استصحاب الاباحة الاصلية واستدلالها بأدلة منها:

١- ليس مطرداً في الاساليب العربية ان تقييد الحكم بقيد كالوصف والشرط أو غيرهما يدل على ثبوت الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي.

٢- ان كثيراً من النصوص الشرعية - وكذا القانونية - المتضمنة للأحكام والمشملة على القيود تطبق أحكامها رغم تخلف القيود.

تقويم الخلاف

من وجهة نظري ان هذا الخلاف لفظي - شكلي - مبني على الاختلاف في كون القيد معتبراً من الشارع - أو المشرع - في الحكم أو ليس بمعتبر، فلا احد من الفقهاء وعلماء الأصول قال بان من تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها أو توفيت يجوز له ان يتزوج بنتها من زوجها السابق لان الكل متفقون على ان قيد (اللاتي دخلتم بهن) معتبر في هذا الحكم - تحريم زواج البنت بعد الدخول بامها -.

وكذلك لا يوجد أحد يعتد بقوله يرى حل الربا اذا لم يكن اضعافاً مضاعفة لاجماع الكل على ان قيد (اضعافاً مضاعفة) غير معتبر في الحكم في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾^(١).

(١) سورة آل عمران ١٣٠

ومن حين احسوا في اعتبار وعدم اعتبار قيد (وإن هن أولات حمل) ففي قوله تعالى ﴿وإن كنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن﴾^(١) اختلفوا في نفقة المعتدة إذا كان الطلاق بائناً والمطلقة غير حامل:

أ- فقال الحنفية ومن وافقهم: (الشرط الوارد في الآية ليس قيداً معتبراً في الحكم لذا تجب النفقة لمعتدة الطلاق سواء أكان الطلاق رجعيّاً أم بائناً، وسواء أكانت المطلقة حاملاً أم حائلاً، لأن سبب وجوب النفقة هو حبسها وعدم تمكنها من الزواج^(٢)، وهذا السبب يستمر إلى انتهاء العدة فلها النفقة أثناء عدتها إلى نهايتها).

وقالوا: (إن الآية أتت لتؤكد وجوب نفقة الحامل لأن عدتها تكون غالباً أطول من عدة غير الحامل، ولأن احتباسها يستمر إلى أن تضع حملها). وسبق بيان أن لمشروع العراقي قد اخذ بهذا الرأي^(٣).

ب- وقال الجمهور: (إذا كان الطلاق بائناً، ليس للمطلقة النفقة خلال فترة العدة إذا لم تكن حاملاً، اخذاً بمفهوم مخالفة الشرط ﴿وإن كنَّ أولات حمل﴾^(٤)، ولأن العلاقة الزوجية تنقطع بمجرد الطلاق إذا كان بائناً، وهذه العلاقة هي السبب لوجوب النفقة فيزول المسبب إذا زال سببه^(٥)).

١) سورة الطلاق ٦.

٢) في بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩٧/٥٠ (سبب وجوب نفقة الزوجات اختلف العلماء فيه، قال اصحابنا -أي الحنفية- سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها)، وقال الشافعي (السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له)، وبنوا على هذا الخلاف اختلفهم في وجوب نفقة المعتدة المطلقة طلاقاً بائناً.

٣) في م ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية.

٤) سورة الطلاق ٦.

٥) ومن الجدير بالإشارة أن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن معتدة الفرقة من زواج فاسد والمعتدة للدخول بالشبهة لا نفقة لها خلال العدة سواء أكانت حاملاً أم حائلاً لأنها لا تستحق النفقة قبل العدة لا بزواج فاسد ولا بالدخول المقترن بالشبهة.

دلالة النصوص وضوحاً وخفاءً

اختلف علماء الاصول في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفائها، فمنهم من قسم كلا من واضح الدلالة وخفي الدلالة إلى اربعة اقسام، وتسنم هذا الاتجاه الاصوليون من الحنفية^(١). ومنهم من سلك منهج التقسيم الثنائي، وتبنى هذا النهج الاصوليون من المتكلمين^(٢).

التقسيم الرباعي

أ- ينقسم واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الوضوح والثبات إلى:
الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم^(٣):

١- الظاهر^(٤)

هو لفظ -أو كلام- يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ. كقوله تعالى ﴿واحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٥)، فهو ظاهر في حل كل بيع وتحريم كل ربا رغم انه جاء لنفي الممانلة بينهما رداً على المشركين القائلين بعدم التفرقة بينهما لقوله تعالى ﴿ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٦).
حكمه : حكم الظاهر هو العمل بمقتضاه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

(١) اصول البزدوي مع كشف الاسرار ٤٦/١ وما بعدها، اصول المرخسي ١٦١/١ وما بعدها المعتمد ٣١٧/١ وما بعدها، شرح العضد على مختصر المنتهى ٣٠٢/٢.

(٢) المحصول للرازي ج ١ ق ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها، البرهان لامام الحرمين ٥١١/١ وما بعدها جمع الجوامع ٣٤/٢ وما بعدها.

(٣) وجه الحصر: ان واضح الدلالة اما ان يحتمل التأويل أو التخصيص أو لا فان احتمل وكان الوضوح لمجرد صيغته ولم يسبق له اصالة فهو ظاهر، وان سبق له اصالة فهو نص وان لم يحتمل التأويل ولا التخصيص وكان قابلاً للنسخ (الالغاء) فهو مفسر وان لم يقبل النسخ فهو محكم.

(٤) فهو مشتق من الظهور وهو الوضوح والاكتشاف، وتعريفه هو اللفظ الذي انكشف معناه واتضح للسامع من اهل اللسان بمجرد السماع.

(٥) سورة البقرة ٢٧٥.

(٦) سورة البقرة ٢٧٥.

١- النص^(١)

هو لفظ (أو كلام) يكون أكثر وضوحاً من الظاهر في الدلالة على المراد بسبب
ه سيق اصالة لهذا المراد، مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ كقوله تعالى
فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع^(٢)، فهو ظاهر فسي اباحة
سل الزواج ونص في تحديد الحد الاعلى لعدد الزوجات لأنه شرع لهذا المراد.
حكمه: هو وجوب العمل بمقتضاه^(٣).

١- المفسر

هو ما ازداد وضوحاً على النص لعدم احتمالسه للتخصيص اذا كان عاماً
التأويل اذا كان خاصاً بسبب تفسير الشارع أو المشرع له. كقوله تعالى ﴿ان
لإنسان خلق هلو عا* اذا مسه الشر جزوعا* واذا مسه الخير منوعا^(٤)﴾. وقد فسر
له ايضاً في هذا الآية الكريمة معنى الهلوع بانه من اذا اصابه الفقر والحاجة أو
مرض أو نحو ذلك فهو كثير الجزع، واذا اصابه الخير من الغنى والمركز
السعة ونحو ذلك فهو كثير البنع والامساك.

حكمه: وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالاته على الحكم قطعية.

١- المحكم

وهو ما ازداد قوة في الوضوح والثبات على المفسر، بان لا يقبل النسخ -
لإلغاء- اضافة إلى عدم قبوله للتخصيص والتأويل من باب اولى لكون الحكم من
سرورات الحياة كما في قوله تعالى ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق^(٥)﴾.
حكمه: وجوب العمل بمقتضاه بصورة قطعية لأن دلالاته على الحكم قطعية.
٦- وينقسم غير واضح الدلالة حسب تسلسله الصعودي في الخفاء والابهام إلى:
خفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه^(٦) :

(١) فهو الظاهر الذي سيق له الكلام الذي اريد بالاسماع.

(٢) سورة النساء / ٣.

(٣) رغم احتمالها للتأويل ان كان خاصاً، والتخصيص ان كان عاماً، وجواز حملها على المعنى
المجازي عند وجود قرينة.

(٤) سورة المعارج / ١٩-٢١.

(٥) سورة الاسراء / ٣٣.

(٦) وجه الحصر ان غير واضح الدلالة: خفاؤه اما لنفس الصيغة أو لعراض خارجي فالثاني يسمى
خفياً، والاول ان ادرك العقل بالتأمل والاجتهاد معناه المراد فهو مشكل وان لم يركه الا

١- الخفي

هو لفظ - أو كلام - استتر معناه المراد بالنسبة لبعض افراده لا لصيغته بل لعارض كخفاء شمول السارق النباش الذي يسرق الاموال المدفونة مع الميت، والطرار الذي يسرق ويشق الجيوب رغم بفضة اصحابها فهذه التسمية الخاصة هي التي جعلت في هذا الشمول الخفاء.

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لازالة خفائه.

٢- المشكل

هو لفظ - أو كلام - يحتمل اكثر من معنى واحد لا يوجد ما يدل على تحديد واحد من هذه المعاني كالمشترك.

حكمه : وجوب الاجتهاد والنظر لتحديد المعنى المراد من معانيه.

٣- المجمل

لفظ. نقله الشارع - أو المشرع - من معناه اللغوي إلى معنى جديد واستعمله في النصوص فيكون خفياً في هذا المعنى الاصطلاحي اذا لم يبين. كالصلاة نقلت من معناها اللغوي وهو الدعاء إلى معناها المعروف الشرعي.

حكمه : التوقف عن العمل به عند انصار هذا التقسيم الرباعي حتى يتبين بالتفسير الشرعي.

٤- المتشابه

هو ما لا يعرف المراد به الا من شرعه كما في حروف فواتح بعض سور القرآن الكريم كما في قوله تعالى [ص والقرآن ذي الذكر] ^(١)، و(ق) فسي قوله تعالى ثوق والقرآن المجيد ^(٢)، ومثل (الم) في قوله تعالى ﴿الم * ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين﴾ ^(٣)، ومثل سر الليل في الجيش والجفرة وقت الحرب. ومن الجدير بالذكر ان المتشابه لا وجود له في نصوص الأحكام لأن من شروط التكليف علم المكلف بما يكلف به ^(٤).

بالتفسير التشريعي فهو مجمل، وإن لم يدركه أصلاً فهو متشابه.

(١) سورة ص/ ١.

(٢) سورة ق / ١.

(٣) سورة البقرة / ١.

(٤) وهذه الاربعة اضداد للاربعة السابقة فالخفي ضد الظاهر والمشكل ضد النص، والمجمل ضد المفسر، والمتشابه ضد المحكم وعلى سبيل المثل قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا

حكيمه : التوقف عن العمل به وعدم محاولة فهم المراد منه بالاجتهاد لعدم إمكان وصول الانسان إلى هذا المراد عن طريق الاجتهاد.

التقسيم الثنائي

أ- واضح الدلالة ينقسم إلى النص والظاهر (١) :

١- النص

هو الذي لا يحتمل أكثر من معنى (حكم) واحد كدلالة قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(٢) على عقوبة الزنا التي حددت بمائة جلدة. والمراد بالنص ما يقابل الظاهر لا ما قابل الإجماع والقياس لأنسه بالمعنى الثنائي من القرآن والسنة ودلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

٢- الظاهر

هو لفظ (أو كلام) يدل على معنى راجح مع احتمال له معنى آخر مرجوح، فهو بإعتبار المعنى الراجح ظاهر، وباعتبار معناه المرجوح مؤول كقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾^(٣)، فالنكاح ظاهر في عقد الزواج ويحتمل المعاشرة الجنسية على أساس أنه حقيقة في المعنى الأول ومجاز في الثاني وقال السبعس بالعكس وآخرون مشترك بينهما وبنوا على ذلك ثبوت المصاهرة بالزنا.

حكيمه: هو العمل بمقتضى معناه الراجح ما لم نقم قرينة على إرادة المعنى المرجوح.

ب- غير واضح الدلالة ينقسم إلى المجمل والمتشابه (٤) :

١- المجمل

وهو ما لم تتضح دلالاته^(٥) فيشمل الخفي والمجمل والمشكل في التقسيم الرباعي.

٢- المتشابه

هو نفس المتشابه في التقسيم الرباعي من حيث المضمون والحكم.

أيديهما﴾، سورة المائدة ٢٨. ظاهر في حق السارق خفي بالنسبة للطرار والنباش وقوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ سورة النور ٢. ظاهر في حق الزاني وخفي بالنسبة إلى اللوطي.

(١) وجه الحصر أن اللفظ ان لم يحتمل أكثر من معنى (حكم) واحد فهو نص والآخر ظاهر.

(٢) سورة النور ٢.

(٣) سورة النساء ٢٢.

(٤) وجه الحصر أن اللفظ غير واضح الدلالة ان امكن الوصول إلى معناه المراد بالاجتهاد أو بالتفسير التشريعي فهو مجمل والآخر متشابه.

(٥) مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعضد ٢٨٧/٢

المنهج المختار

المسلك. المفيد في دراسة وضوح وخفاء الدلالات هو التقسيم الثلاثي الذي استنتجته من الاقسام المذكورة لوضح الدلالة وخفيها وهو التقسيم باعتبار الوضوح والخفاء إلى الدلالة القطعية والظنية والغامضة وذلك للأسباب الآتية:

- ١- انه تقسيم علمي فهو اقرب إلى الواقع العملي، وأكثر انسجاماً مع التطبيقات الفقهية والقضائية.
 - ٢- انه يشمل جميع التقسيم الرباعي والثنائي رغم اختصاره وفيه المحاولة للتقريب بينهما وجمع محصلتهما تحت عنوان واحد.
 - ٣- انه أوضح فهماً وأسهل استيعاباً وبصورة خاصة بالنسبة للقانونيين.
- ولهذه الأسباب وغيرها افردت دراسة كل مسن الدلالة القطعية والظنية والغامضة بمبحث مستقل لزيادة الايضاح والفائدة.

المبحث الاول

الدلالة القطعية

قسم علماء الشريعة الاسلامية الاحكام الكلية الاصلية والفرعية باعتبار الادلة التي تثبت بها إلى اقسام ثلاثة وهي:

١- احكام لا يمكن اثباتها الا بدليل عقلي قطعي، كوجوب الايمان بوجود الله عز وجل، وتصديق الانبياء والرسول فيما بلغوا الناس بها من الرسالات الالهية، فهذه الاحكام لا تثبت بالدليل النقلي من غير دليل عقلي لأن الادلة النقلية هي نصوص الشارع فهي لا تثبت للانسان الا بعد ايمانه بالله وبالرسول، فلو ثبت الايمان بهما بتلك النصوص للزمت الاستحالة المنطقية لأن ذلك يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل مستحيل فكذلك الملزوم، وقد سبق بيان ذلك في محله. ورغم ذلك فان الشارع هو الذي ارشدنا إلى الاستدلال على هذه الاحكام بالعقل بالايات التي دعانا فيها إلى النظر في انفسنا وفي الافاق وإلى التفكير في خلق السماوات والارض واختلاف الليل والنهار.

٢- احكام لا تثبت الا بالادلة النقلية، كالاحكام الاعتقادية المتعلقة بالمغيبات من الجنة والنار، ومحاسبة الانسان امام الله ونيل الثواب على الخير واصابة العقاب على الشر في الآخرة كما قال سبحانه وتعالى ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره

ومن يعمل مقال ذرة شرا يره^(١)، وكالاحكام العملية المتعلقة بالعبادات التي كلف بها الانسان في حياته والتي جعلت وسيلة لتهديب سلوكه وتعديل سريرته حتى يصبح عضواً صالحاً في مجتمعه يجلب الخير ويستبعد الشر .

٢- احكام تثبت بالنقل والعقل، وهي ما عدا القسمين السابقين من الاحكام التي تنظم حياة الانسان .

وأدلة القسم الثاني والثالث من حيث الثبوت والدلالة قد تكون قطعية وقد تكون لظنية، فالشقوقات المتصورة أربعة وهي:

١- قطعي الثبوت وقطعي الدلالة

كنص ثابت بالتواتر يكون دالاً على معنى - حكم - لا يحتمل غيره مثل قوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾، وقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ وغيرهما من الآيات القرآنية التي لاتحتمل كل واحدة منها أكثر من حكم واحد .

٢- ظني الثبوت وظني الدلالة

كحديث الاحاد الدال على أكثر من معنى (حكم واحد) مثل قول الرسول ﷺ : (إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى يقبضه)^(٢) هذا الحديث الشريف ثبوته ظني لأنه لم يصل اليينا عن طريق التواتر فهو من احاديث الاحاد، وظني الدلالة على تحديد نوع المبيع الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه حيث اختلف الفقهاء في مدلول الشيء، فمسنهم من قال: لفظ (شيئاً) في هذا الحديث يشمل الطعام وغير الطعام من المنقولات والعقارات لأنه مطلق فيجب الاخذ باطلاقه ما لم يثبت تقييده. أو لأنه عام لكونه نكرة في حيز الشرط فيؤخذ بعمومه، وذهب البعض إلى ان المراد به هو الطعام فقط بدليل ما رواه أبو هريرة ؓ عن الرسول ﷺ من انه قال: (من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله) وفي رواية اخرى: (حتى يستوفيه ويقبضه)^(٣) أي الا بعد افرازه^(٤) ومفهوم مخالفة الطعام هو ان غيره بخلافه.

(١) سورة الزلزلة ٧-٨.

(٢) أخرجه الامام احمد في مسنده ٤٠٣/٣.

(٣) البخاري، هامش الفتح ٢٣٩/٤.

(٤) لأن ملكية الاموال المتلية لا تنتقل بمجرد العقد بل بالافراز بعده.

وقال ابو حنيفة (رحمه الله) ومن حذا حذوه: (ان المراد به هو المنقول من الطعام وغيره ولا يشمل العقار بدليل ما رواه زيد بن ثابت من ان النبي ﷺ نهى ان تباع السلعة حيث تتباع (تشتري) حتى يحرزها التجار إلى رحالهم)^(١).
وقال ابن عباس ؓ في تفسير قول الرسول ﷺ: (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه): لا احسب كل شيء الا مثله^(٢). ولظنية دلالة الحديث المذكور على المعنى المراد من لفظ (شيئا) حصل هذا الخلاف فمنهم من قال يشمل كل شيء، ومنهم من قال يشمل المنقول دون العقار، ومنهم من ذهب إلى ان المراد به هو الطعام فقط.

٣- قطعي الثبوت وظني الدلالة

كما في قوله تعالى «فان كان له اخوة فألمه السدس»^(٣) فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث الثبوت لانها كبقية الايات وصلت إلينا عن طريق التواتر، ولكنها ظنية في الدلالة على العدد المراد من الاخوة الذي يحول الام من اوفر حظيها (الثلث) إلى (السدس)، فهل هو ثلاثة فما فوق كما يقول ابن عباس ؓ، لأن اقل الجمع ثلاثة، أو اثنان من الذكور أو الاناث أو الذكور والاناث كما هو رأي جمهور الفقهاء لأن اقل الجمع اثنان، أو اثنان من الذكور أو من يعادلها من الاناث كما يقول فقهاء الجعفرية؟ ودليلهم ان اقل الجمع اثنان وان المراد بالاخوة اثنان من الذكور أو من يعادلها من الاناث (كاربعة اخوات فما فوق، أو اخ واختان).

٤- ظني الثبوت وقطعي الدلالة

ككل حديث من احاديث الاحاد تكون دلالاته على المعنى (الحكم) المراد به قطعية لا يحتمل غيره مثل ما رواه عبد الله بن عمر من ان امرأة قالت: يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء^(٤)، وان اباه طلقني، واراد ان ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: (انت احق به مما لم تنكحي)^(٥). فهذا الحديث ظني الثبوت لأنه لم ينقل عن طريق التواتر، لكن دلالاته على

(١) اخرجه الامام احمد في مسنده ١٥١/٥، وابو داود، كتاب البيوع ٣/٢٨٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة النساء ١١.

(٤) بكسر الحاء هو المكان الذي يحوي الشيء أي يضمه ويجمعه.

(٥) اخرجه الامام احمد في مسنده ١٨٢/٢، وابو داود في كتاب الطلاق، باب من احق بالولد ٢/١٩٢.

ن الام احق بالحضانة من غيرها ما لم يكن هناك مانع قطعية.

القطعية الذاتية والعرضية

المراد بقطعية الدلالة - كما سبق - هو ان اللفظ (أو الكلام) أو النص يدل على معنى (أو الحكم) المراد به دلالة يقينية بحيث لا يحتمل غيره ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وهذه القطعية - أو اليقينية - اما ذاتية نابعة من ذات الصيغة الدالة واما عرضية ناتجة من تفسيرها تفسيراً غير اجتهادي^(١) كال تفسير التشريعي من الشارع -أو المشرع- للنص أو المصطلح الشرعي (أو القانوني).

أنموذج من النصوص الشرعية والقانونية الدالة على الأحكام دلالة قطعية ذاتية:

أ- في القرآن الكريم

١- قوله تعالى ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجْهَنُ أَمْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢) يدل لذاته دلالة قطعية على ان عدة المطلقة الحامل تكون بوضع الحمل وتنتهي به وللزوجة ان تتزوج بعد وضعه مباشرة.

٢- قوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْاِخْتَيْنِ﴾^(٣) يدل لذاته دلالة قطعية على تحريم الجمع في الزواج بين الاختين.

وكذلك نصوص المقادير والعقوبات والنصوص التي تكون دلالتها قطعية لا مجال للاجتهاد فيها.

ب- في السنة النبوية

١- قول الرسول ﷺ : (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالاً أو احل حراماً)^(٤) يدل لذاته دلالة قطعية على جواز الصلح في الحقوق الخاصة.

٢- قول الرسول ﷺ : (البينة على المدعي واليمين على من انكر)^(٥) يدل لذاته دلالة قطعية على ان المطلوب من المدعي لاثبات ما يدعيه هو البينة لأنه يدعي خلاف الاصل (براءة الذمة)، ومن المدعى عليه لنفي المدعى به هو اليمين في حالة عدم قيام البينة من المدعي لأنه مع الاصل.

وغير ذلك من النصوص التي تدل على معنى ولا تحتمل معنى اخر إذ مع هذا

(١) لأن التفسير الاجتهادي لا يفيد الا الظن، اذ الاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب.

(٢) سورة الطلاق ٤.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) سبل السلام ٣ / ٧٦.

(٥) سبل السلام ٤ / ١٧٤.

الاحتمال لا يوجد القطع بالنسبة لأي من تلك المعاني.

ج- في القانون

١- (م ١٢٩) من قانون العقوبات العراقي: (العذر المعفي من العقاب يمنع من الحكم بآية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية) تدل لذاتها دلالة قطعية على أن الاعفاء من العقاب لعذر مشروع يشمل جميع أنواع العقوبات.

٢- (م ٣٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين) تدل لذاتها دلالة قطعية على عدم سقوط دين النفقة بالفرقة بين الزوجين.

صور من النصوص الدالة على المعنى المراد دلالة قطعية عرضية

وفيما يلي صور من المصطلحات الشرعية والقانونية التي نقلت من معانيها اللغوية إلى المعاني الاصطلاحية في الشرع أو القانون فأصبحت غامضة لا يعرف المراد بها لذاتها، ففسرها صاحب الشرع فصارت دلالتها قطعية عرضياً بسبب التفسير التشريعي.

أ- تفسير القرآن بالقرآن

١- قوله تعالى ﴿إن الإنسان خلق هلوعاً * إذا مسه الشر جزوعاً * وإذا مسه الخير منوعاً﴾^(١) فلفظ (هلوع) غامض -مجمل- لذاته في دلالاته على المعنى المراد ففسر بأنه هو الذي إذا ناله الشر أظهر شدة الجزع، وإذا ناله الخير بخل به ومنعه الناس^(٢).

٢- قوله تعالى ﴿ويل للمطففين * الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون * وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾^(٣) فلفظ (المطفف) مجمل غير واضح المراد ففسر بانسه الإنسان الذي يأخذ في كيل أو وزن لنفسه زائداً ويدفع إلى غيره ناقصاً^(٤).

٣- قوله تعالى ﴿يسومونكم سوء العذاب يذبحون أبناءكم ويستحيون نساءكم﴾^(٥)، أي يذيقونكم أشد العذاب، وفسره بقوله يذبحون أبناءكم ويستحيون نساءكم.

(١) سورة المعارج ١٩-٢١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨ / ٢٩٠.

(٣) سورة المطففين ١-٣.

(٤) القرطبي، المرجع السابق ١٩ / ٢٥٠.

(٥) سورة البقرة ٤٩.

ب- تفسير القرآن بالسنة

١- قوله تعالى ﴿واقموا الصلاة﴾^(١)، فلفظة (صلاة) في لغة العرب بمعنى الدعاء فنقلها الشارع إلى معنى شرعي خاص لم يعرف المكلفون بأقامتها المعنى المراد به فقام الرسول ﷺ بأقامتها امامهم، فبين بأقواله وأفعاله أركانها وشروطها وسننها ثم قال لهم: (صلوا كما رايتموني أصلي)، فأصبحت دلالتها قطعية عرضاً أي بسبب التفسير بعد ان كانت مجملة.

٢- قوله تعالى ﴿وإنه على الناس حج البيت﴾^(٢)، فلفظ (حج) في لغة العرب بمعنى القصد نقله الشارع إلى معنى شرعي خاص لم يعرفه المسلمون الاوائل، فقام الرسول ﷺ بادائه بحضورهم موضعاً لهم أركانه وشروطه ومناسكه ثم قال لهم: (خذوا عني مناسككم)، فأصبحت دلالاته على المراد قطعية عرضاً أي بسبب التفسير. وتفسير الرسول لهاتين الآيتين وغيرهما تفسير شرعي يفيد القطع واليقين بمقتضى تخويله من الله بذلك في قوله تعالى ﴿وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم﴾^(٣)، وقوله تعالى ﴿وما انزلنا عليك الكتاب الا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه﴾^(٤).

ج- تفسير القانون بالقانون

أولاً- لفظة (جناية): فسرها المشرع العراقي بانها (جريمة معاقب عليها باحدى العقوبات التالية: ١- الاعدام. ٢- السجن المؤبد. ٣- السجن اكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة (م ٢٥ ق.ع.ع))، وبذلك أصبحت دلالتها على هذا المعنى المراد قطعية عرضاً.

ثانياً - لفظ (قاصر): فسره المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين فقال: (يقصد بالقاصر لاغراض هذا القانون الصغير والمجنون ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية أو فاقدتها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك (م ٣/ثانياً)^(٥)).

(١) سورة البقرة ٨٣.

(٢) سورة آل عمران ٩٧.

(٣) سورة النحل ٤٤.

(٤) سورة النحل ٦٤.

(٥) وكما في (م ١٠٢) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على ان [القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة].

صلة الدلالة القطعية بالتقسيمين الرباعي والثنائي

دلالة كل من المفسر والمحكم في التقسيم الرباعي لواضح الدلالة قطعية لأنه يدل لذاته أو بواسطة التفسير على معنى - حكم - لا يحتمل غيره إلا بدليل، وكذلك دلالة النص في التقسيم الثنائي قطعية لأنه عرف بأنه ما يسدل على معنى لا يحتمل غيره بدون دليل فيشمل الدال دلالة قطعية كلاً من المفسر والمحكم والنص.

الدلالة القطعية والاجتهاد

لا صلة بين النص الدال على الحكم المراد دلالة قطعية وبين الاجتهاد، لأن الاجتهاد سواء اكان من الفقيه ام القاضي ام غيرهما انما يكون في نص يحتمل اكثر من معنى واحد أو كانت دلالاته غامضة، فبالاجتهاد يحدد المعنى المراد من المعاني المحتملة أو يزال الغموض، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة والقانون على انه (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) والمراد بالنص هنا هو الدال على الحكم دلالة قطعية.

القطعية (البديهية)، والقطعية النظرية من حيث الثبوت والإثبات

ما سبق من القطعية الذاتية والعرضية كانت بالنسبة إلى الدلالة، أما البديهية والنظرية فهما تكونان بالنسبة إلى النصوص والادلة الدالة على المعاني والاحكام، وكذلك بالنسبة لوسائل الاثبات والاخبار والوقائع، فهذا الموضوع ذو صلة بالقضاء اكثر من غيره، والقاضي غير ملزم بان لا يحكم الا باليقين بل يكفي الظن الغالب الذي يكتسبه من الادلة والبيانات، ولكن اليقين اولى من الظن اذا امكن كسبه لما فيه من الصواب والعدالة مطلقاً.

والامور القطعية هي اليقينية، واليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع واليقينيات، أما بديهيات (ضروريات) أو مكتسبة من البديهيات، فالضروري هو البديهي، والنظري هو المكتسب من البديهي:

أ - البديهيات :

وهي ستة أنواع :

- 1- المتواترات وهي معلومات نقلها جمع من الناس لا يتصور العقل عادة توأطوهم على الكذب، كهجرة سيدنا محمد ﷺ من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة، وكعلمنا بأن موسكو عاصمة روسيا، ولندن عاصمة انكلترا.

١- المحسوسات وهي القضايا التي يحكم بها العقل بواسطة الحس الظاهري^(١).

١- الوجودانيات وهي القضايا التي يحكم فيها العقل بواسطة الحس الباطني كالحكم بان للانسان الماء وحزناً وفرحاً وجوعاً وعطشاً، وغير ذلك مما يدرك بالحس الباطني.

٢- المجربات وهي القضايا الثابتة ثبوتاً يقينياً عن طريق الخبرة والتجارب، كالقضايا العلمية التكنولوجية أو الطبية أو الكيمياوية أو الفيزياوية أو غير ذلك من الامور الخاضعة للتجارب، وهي لا تكون حجة على غير المجرب لانها لا تفيد علماً ضرورياً -يقيناً- بالنسبة للغير.

٣- الحدسيات وهي الامور التي يحكم بها العقل بسبب سرعة الانتقال من المبادئ إلى النتائج كالحكم بان نور القمر مستفاد من ضياء الشمس^(٢) لاختلاف تشكيلاته النورية عند قربه وبعده من الشمس.

٤- الاوليات وهي القضايا التي يحكم فيها العقل حكماً يقينياً بمجرد تصور اطرافها دون حاجة إلى دليل خارجي كالحكم بان الكل اكبر من الجزء وان الزاوية المنفرجة اكبر من الزاوية الحادة، ان ما ينقسم من الاعداد إلى متساويين زوجي والافردى.

ب- النظريات المكتسبة من البديهيات

المعلومات اليقينية لدى الانسان لا تكون دائماً من البديهيات بل منها تكتسب من دلة يكون جميع مقدماتها من اليقينيات^(٣). اما اذا كانت احداها ظنية فان النتيجة كون ايضاً ظنية لانها تابعة لآخس المقدمات. والدليل الذي تكون مقدماته كلها يقينية مع توافر شروطها تسمى برهاناً، والبرهان اما ليمي أو إني:

(١) كالحكم باحراق النار وحلاوة العسل وبياض الثلج وطيبة روائح العطور وحسن وقبح الاصوات.
(٢) قال سبحانه وتعالى (هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نورا)، سورة يونس ٥.
(٣) كالاستدلال على وجود الخالق لمتغيرات الكون كان يقال (العالم متغير وكل متغير حادث، ينتج بعد حذف المكرر العالم حادث، ثم تجعل هذه النتيجة مقدمة في دليل اخر مثل العالم حادث وكل حادث يحتاج إلى محدث ينتج العالم يحتاج إلى محدث).
(٤) سمي ليميا لأنه يفيد اللمية أي العلية، وسميت العلة ليمياً اذ يجاب بها السؤال بلم فسميت ليميا نسبة للـم، وسمي البرهان لنيا نسبة للـم، فهو منسوب للمنسوب (لم).

- ١- البرهان اللمي^(١): هو الاستدلال بالسبب (المؤثر) على المسبب والاثـر، كاستدلال اطباء المختصين بالبكتريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض صاحب الدم كما في الامثلة التالية:
- أ- الاستدلال بوجود طفيلي ليثمانيا دونوفاني (Leishmania Donovanii) على إصابة صاحب الدم بالحمى السوداء (Kala - Azar).
- ب- الاستدلال بوجود طفيلي بلا سموديوم الملاريا (Plasmodium Malaria) على إصابة المريض بالملاريا (Malaria).
- ج- وجود بكتريا بروسيليا (Brucilla) على الإصابة بجمي مالطا (Brucellosis).
- د- وجود بكتريا سالمونيليا تايفي (Salmonella Typhi) على حمى التيفويد (Typhoid Fever).

- ٢- البرهان الإثبي^(٢): هو الاستدلال بوجود المسبب (الاثـر) على وجود السبب (المؤثر) كالاستدلال باثار الجريمة بالطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد شخص المجرم. ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال اهل الخبرة والمختصين في الطب الشرعي والبحث الجنائي على ثبوت الجريمة، أو تحديد الشخص المجرم باثار البصمات أو اثار الاسلحة النارية أو اثار الحريق العمدي أو اثار الاقدام أو اثار الالات والاطارات أو اثار الانسجة أو الشعر أو البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب، أو نحو ذلك.
- فهذه الاثار ونظائرها التي يستدل بها على اثبات الجريمة أو تشخيص المجرم استدلال بالاثـر على وجود مؤثره وبالمسبب على قيام سببه.
- فهي ان كانت قطعية بسبب التجارب والمشاهدات المتكررة أو نحوها تسمى برهاناً على القاضي ان يحكم بمقتضاها لانها تفيد اليقين.
- وان لم تصل إلى درجة القطع واليقين تسمى امارة (دليلاً ظنياً) وهي قابلة لاثبات العكس، ومع ذلك للقاضي ان يحكم بموجبها لانها تفيد الظن، والقاضي ليس

(٢) سمي الدليل إثبياً لأنه يفيد إثباته، فهو منسوب لـ(إن) لأنه يؤتى بإن غالباً. والدليل: «هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر». والامارة: «هي التي يلزم من العلم به الظن بوجود شيء آخر». والتعليل: «هي تبين علة الشيء».

ملزماً ان يحكم دائما باليقين لأنه لو الزم بذلك لادى إلى ضياع كثير من الحقوق والالتزامات، وفي هذا الكون امور كثيرة لا تدرك الا باثارها، ومن الخطأ الظن بان ما لا يقع تحت الحس الظاهر لا حقيقة له.

المبحث الثاني

الدلالة الظنية

تكون دلالة النصوص وصيغ العقود ووسائل الإثبات ظنسية، إذا كان الدال محتملاً لأكثر من معنى (أو حكم) واحد، ولو كانت هذه الدلالة بدرجات متفاوتة وضوحاً وخفاءً. وقد أجمع علماء الأصول والفقهاء على جواز الإكتفاء بالظن في الفروع - الأحكام الفقهية أو القضائية -، واليقين غير مطلوب إلا في الأحكام الاعتقادية -أصول الدين-، ولو اشترط اليقين من الفقيه في استنباط الأحكام أو من القاضي في حسم الخصومات لتعطلت كثير من المصالح والحقوق المالية وغير المالية، ذلك لأن إفادات الخصوم وشهادات الشهود كلها أخبار، وكل خبر من حيث هو يحتمل الصدق والكذب، وبالتالي لا يفيد إلا الظن. وكذلك أكثر النصوص دلالتها ظنية سواء أكانت في الشرائع أم في القوانين لأنها إما أن تحتمل أكثر من حكم واحد أو تنسم بطابع المرونة والمطاطية أو تتأثر أحكامها بالظروف والملابسات وخلفيات القضية المعنية بالحكم وحسم الخصومة فيها.

وإضافة إلى ذلك، فإن الفقيه أو القاضي كما لا يلزم بالعمل باليقين دائماً بل يكفي حصول الظن الغالب في حالات غياب اليقين، كذلك لا يجوز له أن يعمل بالشك أو الوهم أو التخيل، بل الحد الأدنى هو الظن بإجماع فقهاء الشريعة والقانون.

وجدير بالذكر أن إدراكات الإنسان إما تصورات أو تصديقات، وأن ما يدركه في كل مفردة أو قضية - أو مسألة - يكون دائراً بين الوقوع واللاوقوع، فهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

١- إن تساوى -الوقوع واللاوقوع- عند العقل من غير رجحان أحدهما على الآخر فالإدراك المتعلق بكل منهما يسمى شكاً.

٢- وإن ترجح أحدهما عند المدرك بنوع من الإذعان والقبول يسمى تصديقاً.

٣- الاعتقاد إن لم يصل إلى درجة الجزم يسمى (ظناً)، والطرف المقابل له يسمى (وهماً).

٤- الاعتقاد الجازم إن لم يكن ثابتاً بأن كان قابلاً للزوال بتشكيك المشكك يسمى (تقليداً)، والطرف المقابل له يسمى تخيلاً -أو تخيلاً-.

٥- الاعتقاد الجازم الثابت إن لم يكن مطابقاً للواقع يسمى (جهلاً مركباً).

٦- الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع يسمى (يقيناً).

والوهم والشك والتخييل من أقسام التصورات لعدم وجود الإذعان (التسليم لدى المخاطب) فلا يجوز الحكم بمقتضاها، والظن والتقليد والجهل المركب واليقين من التصديقات، فالحكم يكون باليقين إن وُجد وإلا فيالظن الغالب.

ظنية دلالات النصوص والإختلاف في أحكامها

تعتبر ظنية دلالات النصوص من أهم أسباب إختلاف الفقهاء فسي الأحكام الشرعية، وقد سبق بيان بعض من تلك النصوص، وأكرر بصورة مختصرة للتذكير بعضاً منها:

١- قال تعالى في حكم الإيلاء: ﴿اللذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم﴾^(١)، ولظنية دلالة هذه الآية على الحكم المرتبط على الإيلاء إختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ- قال جمهورهم: (للزوجة بعد المدة - أربعة أشهر - مراجعة القضاء والمطالبة بالمعاشرة المعروفة أو الطلاق، فالقاضي يجبر الزوج على أحدهما، فإن إمتنع حل محله في الطلاق وحكم بالتفريق).

ب- وقال الجعفرية والظاهرية: (يجبره القاضي على أحدهما، فإن أبى لا يحل محله في الطلاق ولكن يحبس أو يعذبه إلى أن يختار أحدهما أو يموت).

ج- وقال الحنفية والإباضية: (يقع الطلاق بمجرد إنتهاء المدة، لأن هذا هو معنى ﴿وان عزموا الطلاق﴾^(٢)).

٢- قال تعالى في ميراث الأم: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾^(٣)، ولظنية دلالة

(١) سورة البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع كتاب الطلاق خلال أربعة آلاف سنة للمؤلف (٢/٧٥-٩٠).

(٣) سورة النساء: ١١.

هذه الآية على العدد المراد بالاحوه بخلاف فيه الفقهاء.

أ- قال جمهورهم: (لثان فما فوق من الذكور والإناث أو من كليهما).
ب- قال الجعفرية: (المراد ذكران أو من يعادلهمسا - أي أربع أخوات أو أخ وأختان - فما فوق).

ج- وقال ابن عباس: (ثلاثة فما فوق من الذكور أو الإناث، لأن أقل الجمع ثلاثة).
٣- قال تعالى في ميراث الأخت: ﴿إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(١)، ولظنية دلالة هذه الآية على المعنى المراد بلفظ (ولد) اختلف فيه الفقهاء كالآتي:

أ- قال ابن عباس وفقهاء الجعفرية: (المراد ما يشمل الذكر والأنثى لأن هذا هو معناه اللغوي، فلا ترث الأخت مع البنت أو بنت الإبن).
ب- قال الجمهور: (اراد به القرآن معناه العرفي - أي الذكر - فتسرث الأخت الشقيقة أو لأب بعد نصيب البنت أو بنت الابن الباقي، لأنها عندئذ عصبية مع الغير)^(٢).

ظنية دلالة النص والتأويل

النص القابل للتأويل هو الذي تكون دلالاته على المعنى المراد ظنية، فلا تأويل في نصوص تكون دلالاتها على المعاني - الأحكام - قطعية.
وقد عرف علماء الأصول التأويل بأنه: (صرف النص عن معناه الظاهر (أو الراجح) إلى معنى غير ظاهر (أو مرجوح) لدليل يقتضيه)^(٣).

(١) سورة النساء: ١٢٦.

(٢) لمزيد من التفصيل، راجع شرح قانون الأحوال الشخصية للمؤلف، ص ١٥٤ وما بعدها.

(٣) يقول التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص: ٩٣-١١٠:

(المؤول متضح الدلالة في المعنى الذي توول فيه، لأنه راجح فيه إلا ان رجحانه لما كان بسدائل منفصل كان في إتضاح دلالاته ليس كالظاهر، ولما كانت أسباب الظهور ثمانية كانت التأويلات ثمانية:

الأول: حمل اللفظ على مجازه لا على حقيقته.

الثاني: الإشتراك وهو في الحقيقة ليس بتأويل، لأن الإشتراك أقرب إلى الإجمال، لكن إذا اثبتت المستدل أن اللفظ حقيقة في واحد من المعنيين اللذين يحتملها اللفظ فله بعد ذلك ان يرجح أحد المحتملين بأدنى مرجح ويكفيه ذلك.

والثالث: الإضمار . . . والرابع: الترادف . . . والخامس: التأكيد . . .

والسادس: التقديم والتأخير . . . والسابع: التخصيص . . . والثامن: التقييد . . .

واقترح ان يعرف بانه: "هو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة الى ما يحتمله من حكم آخر لدليل يقتضيه".

ويعتبر التأويل إستثناء من الأصل، فالأصل هو حمل اللفظ على معناه الحقيقي ولا يعدل الى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة.

والأصل في العام هو العمل بعمومه ما لم يثبت مخصص بخصمه، والأصل في المطلق هو تركه على إطلاقه ما لم يقيم دليل على تقييده، إلى غير ذلك من الأصول الأخرى التي يعتبر العدول عنها تأويلاً عند بعض علماء الأصول والفقهاء كالمالكية.

ولكون التأويل إستثناء من الأصل، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات الهوى إستلزم علماء الأصول لصحته شروطاً أهمها ما يلي:

١- أن يكون النص قابلاً للتأويل، بأن تكون دلالاته على الحكم ظنية، بحيث يحتمل أكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات.

٢- أن يكون التأويل موافقاً لوضع أهل اللغة أو عرف الاستعمال أو إصطلاح الشرع في النصوص الشرعية أو إصطلاح القانون في النصوص القانونية، فإذا خرج عن هذا الإطار كان تأويلاً فاسداً، فالعام إذا صرف عن عمومه وأريد به بعض أفراد دليل معتبر فهو تأويل عند من يرى التخصيص تأويلاً، لأن دلالة النص العام على شمول حكمه لجميع ما يتناوله من الأفراد والماضدات دلالة ظنية عند جمهور العلماء ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

وكذلك النص المطلق إذا صرف عن شيوعه وحمل على المقيد أو قيد بقيد معتبر كان ذلك تأويلاً عند من يرى ان التقييد تأويل. وكذلك حمل اللفظ على معناه المجازي لتعذر المعنى الحقيقي يكون تأويلاً.

٣- أن يقوم دليل^(١) يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر السلي المعنى المرجوح المحتمل، لان الأصل هو العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى

(١) حصر الظاهرية أدلة التأويل في ثلاثة فقط وهي: نص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة، وكل تأويل دليله من غير هذه الثلاثة يكون باطلاً. ومن الواضح ان في هذا الرأي الضيق حرجاً وهو مرفوض بموجب قوله تعالى: ﴿لوما جعل عليكم في الدين من حرج﴾، سورة الحج: ٧٨.

يقسوم دليل على خلاف ذلك^(١).

- أن يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل، كالمصلحة الشرعية أو الحاجة الضرورية أو غيرها مما يستنتج الفقيه أو القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملابساتها وخلفياتها ونتائجها^(٢).

- الأهلوية الاجتهادية: يشترط فيمن يتولى عملية التأويل أن يكون اهلاً للاجتهد، لأنها عملية اجتهادية يتولاها من يكون من اصحاب الملكة الفقهية في المسائل الشرعية والعقلية القانونية في المسائل القانونية.

ومن متطلبات هذه الأهلوية: الإلمام بخواص اللغة العربية وبأسرار التشريع وعلل الأحكام والأسباب الموجبة، إضافة إلى معرفة احكام العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين وتمييز قطعي الدلالة من ظنيها والحقيقة من المجاز، وغير ذلك من مؤهلات الاجتهاد.

تأويل القريب والتأويل البعيد

قسم علماء الاصول التأويل إلى القريب والبعيد، فقالوا: (القريب: هو الذي كفي فيه للعدول من المعنى الظاهر الراجح إلى المرجوح غير الظاهر ادنى دليل، البعيد: هو الذي لا يتبادر إلى الذهن، وإنما تدل عليه قرآن وإمارات، -أدلة لظنية-).

لكن الواقع هو عدم وجود معيار علمي موضوعي دقيق للتمييز بين ما هو

(١) يقول القرطبي، شرح تنقيح الفصول، ص: ١١٢ (يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز والعصوم دون التخصيص والأفراد دون الإشتراك والإستقلال دون الإضمار. وعلى الإطلاق دون التقيد وعلى التأصيل دون الزيادة وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد وعلى البقاء دون النسخ وعلى الشرعي دون العقلي وعلى العرفي دون اللغوي، إلى أن يدل دليل على خلاف ذلك، لأن جميع ما دعينا تقديمه ترجح عند العقل إحتمال وقوعه على ما يقابله والعمل بالراجح متعين، أي ما لم يتم دليل على خلاف ذلك).

(٢) يقول الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ٣/٩٩-١٠١ (يراعى في المسؤول به أوصاف ثلاثة: أن يرجع إلى معنى صحيح في الإعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين، ويكون اللفظ المسؤول قابلاً له، وذلك أن الإحتمال المسؤول به إما أن يقبله اللفظ أو لا، فإن لم يقبله فاللفظ نص لا إحتمال فيه، فلا يقبل التأويل، وإن قبله لللفظ فإما أن يجري على مقتضى العلم أو لا، فإسناد جرى على ذلك فلا إشكال في إعتبراره، لأن اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لا يابساه. ووجه ثان: وهو أن التأويل إنما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو أقوى منه. ووجه ثالث: وهو أن تأويل الأدليل لمعناه أن يحمل على وجه يصبح كونه دليلاً في الجملة، فرده إلى ما لا يصح رجوع إلى أنه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين النقيضين)، نقلته مع التصرف.

قريب وما هو بعيد من التأويلات وإنما المعيار شخصي، فرب تأويل عند شخص يكون بعيداً، في حين يكون في نظر شخص آخر قريباً وكذلك العكس، لأن مرد القرب والبعد في التأويل إلى الاجتهاد والادراك، والناس مختلفون في مداركهم وملكاتهم الفقهية وفي درجات رؤياهم الذهنية لإسرار التشريع وحكم الاحكام.

التأويل ومجال تطبيق النص

التأويل غالباً يؤدي إلى توسيع نطاق مجال تطبيق النص ورفع الحرج وتيسير طريقة الوفاء بالالتزامات دون ان يخل ذلك بالغرض المقصود من تشريعه. وقد يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيق النص. وفيما يلي صور من الحالتين:

أ- من صور التأويل الموسع لمجال تطبيق النص :

١- قال سبحانه وتعالى في كفارة الظهار: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا﴾^(١).

وحفاظاً على احترام العلاقة الزوجية، حرم الله سبحانه الظهار وهو تشبيهه الزوجة بأحدى المحارم كأن يقول لها الزوج: (انت مثل امي أو كاختي) أو نحو ذلك، واعتبر ذلك معصية موجبة للعقوبة، وعقوبتها يجب ان تنفذ قبيل المعاشرة الزوجية وهي حسب الترتيب الوارد في الآية: تحرير إنسان مستعبد فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دون انقطاع فإن لم يستطع لمرض أو شسيخوخة فيجب اطعام ستين مسكينا.

وقد أول بعض الفقهاء^(٢) هذه الآية بالنسبة لإطعام ستين مسكينا تأويلاً وسع

نطاق النص بتعددية طرق الوفاء بهذا الإلتزام كالاتي:

أ- دفع الطعام إلى المسكين عينا كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك من القوت

(١) سورة المجادلة: ٤.

(٢) كفقهاء الحنفية ومن هذا حذوهم. لمزيد من التفصيل، راجع شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ ٢٥٧/٤ - ٢٧٥. وورد في هذا المرجع ما يلي: وإن لم يستطع الصيام عليه إطعام ستين مسكينا، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك. ولو أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزاءه لأنه استقرض معنى، والفقير قابض له، فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً ما اكلوه أو كثيراً، وإن أطعم مسكينا واحداً ستين يوماً أجزاءه لكن ان أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره.

ابدي يعيش به الانسان.

ب- أو استضافة المسكين وتقديم الطعام له مما يأكله هو وأهله.

ج- أو اعطاء قيمة الطعام للمسكين.

د- أو تحويل غيره بتنفيذ هذه الكفارة سواء أكانت من مال الاصيل أم من مال النائب.

هـ- أو إطعام مسكين واحد بإحدى الطرق المذكورة في ستين يوماً^(١).

وقد تعرض هذا التأويل لنقد شديد من بقية الفقهاء^(٢) على أساس انه بعيد لا يحتمله النص، ولكن في الحقيقة والواقع انه تأويل قريب من روح الشريعة الاسلامية ويعبر عن التيسير الذي نص عليه القران في آيات منها ﴿ومسا جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٣) ﴿ويريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٤)، لأن الغاية هي سد حاجة الفقراء والمساكين من جهة وعقاب المذنب من جهة اخرى شريطة الا يؤدي ذلك الى التساهل والاضرار بمصلحة المسكين.

٢- قال الرسول ﷺ في زكاة الغنم: (إذا كانت اربعين الى عشرين ومائة شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين الى ثلاث مائة ففيها ثلاث شياه، فاذا زادت على ثلاث مائة ففي كل مائة شاة)^(٥) وأول بعض الفقهاء^(٦) هذا الحديث بالنسبة إلى الشاة الواجب دفعها بان المراد بها ذات الشاة او قيمتها، لأن الغاية سد حاجة الفقير بالشاة ذاتها أو بقيمتها على ان تكون القيمة حقيقية لا صورية، وان لا يضر العدول الى القيمة بمصلحة الفقير.

وتعرض هذا التأويل للنقد أيضاً على اساس أنه بعيد عن معنى النص، ولا

(١) فيكون المعنى عاماً شاملاً لحالتين: إطعام ستين مسكيناً، أو إطعام طعام ستين مسكيناً.

(٢) في المرجع السابق ٢٧١/٤ (قال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد: لا يجزيه، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً وبكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين، فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطلاً لمقتضى النص، فلا يجوز لأن الظاهر إنما هو عدد ومدونه ذوات المساكين مع عليه ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة وإجتماع القلوب على المحبة والصداء). وفي شرح الكوكب المنير، ص: ٢٣٥ (فجعلوا المعدوم وهو طعام مذكوراً مفعولاً به، والمذكور وهو قوله ... ستين ... معدوماً لم يجعلوه مفعولاً به، مع ظهور قصد العدد لفضل الجماعة وبسركتهم، وتضافرهم على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد في الواحد).

(٣) سورة الحج: ٧٨.

(٤) سورة البقرة: ١٨٥.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، فتح الباري ٤٠٤/٣.

(٦) وهم الحنفية أيضاً ومن تبعهم.

يحتمله. وزعم بعض^(١) من انصار هذا النقد: (أن من قال بالتأويل ذهب السلي أن الواجب القيمة دون الشاة ذاتها). وهذا الزعم غير مطابق للواقع كما ذكرنا بل قالوا: (يخير بين دفع الشاة ذاتها أو قيمتها مع رعاية مصلحة من يستحق صرف الزكاة له). فهو بمثابة الواجب المخير وأن هذا التعميم لا يتعارض مع الغاية المتوخاة من تشريع الزكاة من مكافحة الفقر وسد حاجة المحتاجين وتضييق نطاق النظام الطبقي في المجتمع وإيجاد المحبة والوئام بين الطبقة المعدمة والطبقة الغنية عن طريق الزكاة.

ب. من صور التأويل المضيق لنطاق النص :

١- قال الرسول ﷺ: (إيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر)^(٢). فأول بعض الفقهاء^(٣) هذا الحديث بأن المراد امرأة لم تتوافر فيها الأهلية الكاملة، أما البالغة العاقلة فلها ان تتزوج بدون إذن وليها قياساً على صحة تصرفاتها في سائر حقوقها الخاصة. وقد إنتقد الجمهور هذا التأويل بانسه بعيداً لإحتمله النص، وهو انتقاد في محله للأسباب الآتية:

أولاً: يتعارض مع العموم الصريح في السنن لأن صيغة (أيما) من صيغ العموم، والعام يؤخذ بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه، ولم يثبت هذا الدليل.

ثانياً - تصرف المرأة في نفسها لا يقاس على تصرفها في حقوقها المالية الخاصة لعدم وجود العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

٢- قال الرسول ﷺ لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع: (إذا بايعت فقل لا خلاية ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد). وهذا الحديث كما ذكرنا سابقاً هو المصدر الأول للقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالفانون المدنى العراقي النافذ من أن [الخبز الفاحش الناتج من التخرير - التدليس - سبب لعدم لزوم

(١) في شرح الكوكب المنير، ص: ٢٣٥ (وابعد من ذلك - أي من التأويل السابق - تسأويلهم في أربعين شاة على قيمتها - قيمة الشاة - وهو يؤدي إلى بطلان الأصل لأنه إذا وجبت القيمة لم تجب الشاة، فعاد هذا الاستنباط على النص بالإبطال).

(٢) سبل السلام ١٥٤/٤.

(٣) وهم الحنفية. في بداية المبتديء والهداية بشرح فتح القدير ٢٥٦/٣ (وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد بنعقد موقوفاً أي على إجازة الولي ووجه الجواز: انها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله).

العقد، أو لتوقفه]. غير أن بعض الفقهاء أولوه بتأويلات بعيدة ادت إلى تضيق نطاق تطبيقه:

أ- فمنهم من قال: (أنه خاص بمن يكون ضعيف العقل - كالمعتوه - بسبب ما روى مع هذا الحديث من أن رجلاً كان يبائع وكان في عقله ضعف فقال له الرسول ﷺ ما ورد في الحديث المذكور على أساس أن ضعيف العقل ناقص الأهلية تصرفاته في المعاملات موقوفة على إجازة وليه)، وهذا التأويل بعيد لأن الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي.

ب- ومنهم من أوله على أنه من باب خيار الشرط بسبب ما ورد في هذا الحديث من قول: (إذا بايعت فقل لا خلافة)، وهذا التأويل أيضاً بعيد لأن الخيار مبني على أساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التغرير من المتعاقد الآخر سواء وجد هذا الشرط أم لا.

ج- ومنهم من أوله على أنه خاص بمن قيل الحديث بصده وهو حبان بن منقذ، وهذا أيضاً بعيد لأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

ونستنتج من التطبيقات المذكورة أن التأويل قد يكون قريباً وقد يكون بعيداً وفي كلتا الحالتين إما موسع لنطاق النص المؤول أو مضيق له.

التأويل والتفسير

يشارك التأويل والتفسير في أن كلاهما عملية إجتهادية بإستثناء التفسير التشريعي فإنه تشريع له قوة المفسر في الإلزام. وكذلك يشتركان في أن الغرض من كل واحد منهما هو بيان ما هو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليها، ورغم هذا الشبه فإنهما يختلفان في فروق جوهرية أهمها ما يلي:

- 1- التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك في حين أن التفسير هو إستجلاء الغموض الموجود في النص.
- 2- التفسير قد يكون من الشارع - أو المشرع - ويسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهياً، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً، في حين أن التأويل لا يتصور من الشارع - أو المشرع - إلا عند مسن يرى أن التخصيص والتقييد تأويل.

- ٣- القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضاً في المسائل غير الجنائية لأنه ليس له إهماله بحجة الغموض، وإلا أعتبر ناكراً للعدالة، بخلاف التأويل فهو عملية إجتهدية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.
- ٤- التفسير التشريعي يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى (الحكم) المراد في حين أن النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنييه (السراج والمرجوح).
- ٥- النص المؤول يحتمل معنيين فأكثر - المعنى الراجح الظاهر الأصلي والمعنى المرجوح الذي صرف إليه - بخلاف المفسر.
- ٦- وسائل التفسير والإيضاح تكون أقوالاً وأعمالاً كما فسر الرسول ﷺ الصلاة والحج بأقواله وأفعاله ثم قال لأصحابه: (صلوا كما رأيتموني أصلي) و(خذوا عني مناسككم)، في حين أن التأويل لا يكون إلا بالأقوال.
- ٧- الباعث الدافع للتفسير إزالة غموض النص، أما التأويل باعته مصلحة أو حاجة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر.
- ٨- التأويل بيان بدليل لا لقطع باب الإحتمال بل تبقى دلالة النص بعد التأويل ظنية قابلة لإحتمال آخر بخلاف التفسير فإنه غالباً لا يدع المجال أمام الظن أو الإحتمال أن يلعب دوره.
- ورغم هذه الفروق أرى أن التأويل صورة من صور التفسير القضائي وهو تطويع النص لتحقيق العدالة .

المبحث الثالث

الدلالة الغامضة

الغامض

لفظ (أو كلام) لا تكون دلالاته على المعنى (أو الحكم) المراد واضحة، وهو يشمل الأقسام الأربعة لغير واضح الدلالة - الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه - في التقسيم الرباعي والمجمل والمتشابه في التقسيم الثنائي.

والذي يهمننا في هذه الدراسة هو معرفة أهم أسباب الغموض، ووسائل إزالته وهي تختلف باختلاف النصوص والقضايا الخاضعة لها، كما تختلف باختلاف

لمفسرين والشراح والقضاة وكل من يتعامل مع النصوص. فربّ نص غامض في ظر شخص يكون واضحاً لدى شخص آخر لتفاوت الناس في الإستعداد والفهم صفاء الذهن وسعة الإطلاع والملكة الفقهية والعقلية القانونية.

وإضافة إلى ما ذكرنا فإنّ علماء الأصول وفقهاء الشريعة والقانون لم يتمكنوا من القيام باستقراء تام وإحصاء كامل لأسباب الغموض في النصوص. ومرد ذلك عمومية وتجرد القواعد الشرعية والقانونية، وعدم الإكتراث لسدقائق الأمور بتفاصيل الجزئيات حتى لا يفيد الفقيه أو القاضي بأنّ يتمسك بحرفية النص في جميع الأحوال والظروف. كما لا توجد ضوابط لأسباب غموض النصوص كذلك لا نجد معايير دقيقة لتحديد وسائل إزالة الغموض، فلكل غامض وسيلة خاصة كتشاف المراد به، وبناء على ذلك نقتصر على إستعراض نماذج من أسباب غموض ووسائل إزالته.

سباب الغموض

ولأ. الغموض في سريان النص على بعض ما صدقته (١)

أ يتصف به هذا البعض من تسمية خاصة أو طبيعة متميزة كما يلي:
- من الغامض من حيث السريان في نصوص الشريعة قوله تعالى: ﴿والسارق السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾^(٢)، وقد ذهب بعض العلماء الأصوليين والفقهاء إلى أنّ سريان هذه الآية على النباش والطرار - النشال - ير واضح لتخلف بعض عناصر السرقة فيهما، لأنّ النباش يسرق مالاً غير لوك لأحد فما يأخذه السارق من القبر ليس ملكاً للميت لأنه غير أهل لملكيته، ليس ملكاً للورثة لأنهم تخلوا عنها، إضافة إلى أنّ القبر لا يعتبر حرز المثل لتلك أموال، فالإستيلاء عليها لا يعتبر سرقة. وأنّ الطرار يسرق المال من اليقطان، في بن أنّ السرقة عبارة عن أخذ مال مملوك للغير خفية في حرز مثله بقصد سيء.
ثم أنّ إستقلالية كل من هذين النوعين من السراق باسم خاص قد أورثت شبهة صدق السارق عليهما، وأحوجت الفقه والقضاء إلى البحث والإجتهد لإزالة هذا

(١) أي ما يندرج تحته معنى ويصدق عليه لفظاً.
(٢) سورة المائدة: ٣٨.

الغموض في الشمول عن طريق علة تشريع الحكم تجريماً وعقوبةً، وقد وصل إجتهد الفقهاء إلى أن العلة هي حماية الأموال، فهي قائمة بالنسبة للنباش والطرار لإعتدائهما على حق مال للغير. ثم ان مرد إختصاص النباش (أو الطرار) بهذا الاسم الخاص إلى زيادة في مضمونه فهو سارق مع الزيادة، فالسارق يسرق الأعين النائمة، والطرار يسرق الأعين المستيقظة بخفة يده ومهارته، وبذلك يعتبر أخطر من السارق الإعتيادي على المجتمع ويستحق العقوبة من باب أولى، فلا مبرر للتردد في كونه مشمولاً بأية السرقة، وهذا ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة.

أما بالنسبة إلى النباش فقد ذهب البعض إلى أنه يعاقب بعقوبة تعزيرية لأن المسروق لا مالك له، والقبر لا يعتبر حرزاً، ونسب هذا الرأي إلى أبي حنيفة (رحمه الله)، ولكن قال الجمهور^(١): (إنَّ النباش مشمول بأحكام السرقة وأنه سارق حقيقة)، إضافة إلى إرتكاب جريمة هتك حرمة الميت، وأن المال المدفون مع الميت قد يكون من الأموال النفيسة دفن معه إعتزازاً بالميت كما هو المتعارف لدى بعض الأقوام وبصورة خاصة في العصور الغابرة، وقد يكون المسروق عضواً صناعياً من المعدن النفيس.

وجدير بالإشارة أن هذا الخلاف موجود لدى فقهاء القانون فذهب أكثر شراح القانون الجنائي إلى أن الأشياء المدفونة مع الميت كالخاتم والأسنان والأعضاء الصناعية وغيرها، لا تعتبر متروكة بل لا تزال مملوكة لورثة الميت أو لأصدقائه الذين قدموها له، لما في ذلك من معنى التقدير وتخليد المحبة، ولذا يكون الإستحواذ عليها إرتكاباً لجريمة السرقة، وقد تبنى هذا الرأي القضاء الفرنسي^(٢). وقال بعضهم: (لا يعتبر سرقة لأن الأشياء المدفونة مع الميت تعتبر متروكة قد تخلسى عنها أصحابها).

ب- ومن غموض النص من حيث الشمول والسريان فسي النصوص القانونية (م ٣١١) من قانون العقوبات المصري^(٣): إكل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو

(١) لمزيد من التفصيل، راجع: فتح القدير ٢٣٤/٤ وما بعدها، تفسير القرطبي ١٦٠/٦ وما بعدها.
(٢) جارسون، شرح م ٢٧٩ بند ٥٣٨. نقلًا عن د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الناقد ١٤١/٢.

(٣) ذي رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

سارق]. وجه الغموض هو خفاء شمول المنقول في هذه المادة بالنسبة لما هو متصل بالأرض كالمحصولات الزراعية والأشجار والثمار وللقوة الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى. وقد تدارك المشرع العراقي هذا الغموض فنص صراحة في (م ٤٣٩) من قانون العقوبات القائم على ما يعتبر منقولاً فقال: [السرقه إختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً. ويعتبر مالا منقولاً لتطبيق أحكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالأرض، أو مغروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية، وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى]. وبهذا التفسير للمنقول استبعد غموض سريان النص لهذه الأشياء.

ثانياً. الغموض في النص بسبب إضطراب صياغته

كما في (م ٩، م ٨٩، م ٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ^(١):

أ- م ١/٩ [ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا إذا لم يتم الدخول].

وجه الغموض في هذا النص: هو استعمال لفظ [باطل] لبيان صفة عقد المكره مع اضافة عبارة [إذا لم يتم الدخول]، لأن لفظ [باطل] في التشريعات العراقية^(٢) لا يراد به إلا البطلان المطلق فهو معدوم والمعدوم لا يتحول إلى الموجود بالإجازة الضمنية التي تدل عليها عملية الدخول.

وسيلة إزالة غموض هذا النص: هي تعديله بتبديل الباطل اما بالموقوف أو الفاسد، لأن مصطلح العقد الفاسد وإن لم يأخذ به المشرع العراقي في القانون المدني إلا أنه أقره في قانون الأحوال الشخصية^(٣). وجدير بالذكر أن الفاسد للإكراه يتحول إلى الصحيح بالإجازة كالعقد الموقوف بخلاف فاسد لأسباب أخرى فإنه لا يتحول إلى الصحيح إلا بإزالة سبب الفساد.

ب- م ٨٩ [الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم: ١- الأبوان والأولاد، وإن نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين. ٢- الجد والجدة، والأخوة والأخوات، وأولاد الأخوة والأخوات. ٣- الأعمام والعمات. والأخوال والخالات، وذوو الأرحام. ٤- تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب].

(١) ذي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) في التشريعات المصرية قد يراد به البطلان النسبي وهو يرادف غير اللازم.

(٣) في م ٢٢ إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح - الفاسد - فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المهر المسمى والمثلي، وإن لم يسم فيلزم مهر المثل.

وجه الغموض: أن هذه المادة بسبب إضطراب صياغتها لا تدل صراحة على إتجاه المشرع العراقي، هل أخذ بالفقه السني أو بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة وإستحقاقهم للتركة^(١)، ولذلك حصل التناقض في تفاسير محكمة التمييز لها في العراق. وقد فسرتها بقرارها المرقم ١١/شخصية/٩٦٤ في ٢٨/٣/١٩٦٤ بأنها [أخذت بالفقه السني، ولم تأخذ بنظام المراتب]، في حين فسرتها عام ١٩٨٥^(٢) بأنها [أخذت بالفقه الجعفري وأقرت نظام المراتب، فكل وارث من الفقرة الأولى ذكرنا كان أم أنثى يجب من الميراث كل من ورد في الفقرتين الثانية والثالثة، وكل وارث من الفقرة الثانية يجب من ورد في الفقرة الثالثة]. وكان هذا التناقض في التفسير نتيجة غموض المادة.

والتفسير الأول هو الصحيح لما يلي:

- ١- إستعمال مصطلح: (ذوي الأرحام) في الفقرة الثالثة وهو لا يوجد في الفقه الجعفري.
- ٢- إستعمال لفظ: (جد) مفرداً في الفقرة الثانية يعني الجد من الأب لأنه من جانب الأم يعتبر من ذوي الأرحام، وهذا غير وارد في الفقه الجعفري الذي يستعمل عادة في المرتبة الثانية تعبير: (الأجداد) أي الجد من جانب الأب والأم.
- ٣- إضافة الفقرة الرابعة^(٣) إلى م ٨٩، والفقرة الثانية^(٤) إلى م ٩١ تكون من باب العيب والحشو إذا كانت أحكام م ٨٩ مأخوذة من الفقه الجعفري^(٥) لأن هذه

(١) في الفقه السني: الورثة ثلاثة أقسام:

- ١- أصحاب الفروض وهم الورثة الذين حددت نسبة نصيبهم بالنص.
 - ٢- العصبات وهم الذكور المنتمون إلى الميت مباشرة أو عن طريق الذكور.
 - ٣- ذوو الأرحام وهم ما عدا القسمين المذكورين من الأقارب.
- وفي الفقه الجعفري للورثة ثلاث مراتب (أو طبقات): المرتبة الأولى: من ورد في الفقرة الأولى من م ٨٩. المرتبة الثانية: من ورد في الفقرة الثانية منها. المرتبة الثالثة: من ورد في الفقرة الثالثة. وقالوا: إذا وجد واحد في المرتبة الأولى لا يرث أحد من الثانية والثالثة، وإذا وجد واحد من الثانية لا يرث أحد من الثالثة.
- (٢) كما في قرارها المرقم ٢٩٤/موسعة أولى/٨٤ - ٨٥ في ٢٦/٦/١٩٨٥ وقرارها المرقم ١٩٨٣/موسعة أولى/٨٦ - ٨٧ في ٥/٦/١٩٨٧.
- (٣) أضيفت هذه الفقرة إليها بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٣، التعديل الثامن من قانون الأحوال الشخصية.
- (٤) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.
- (٥) لأنه في هذا الفقه البنت كالابن عند عدم وجوده، والأخت الشقيقة كالأخ الشقيق عند عدمه، فلا حاجة إلى هذين التعديلين.

الإضافة من باب تحصيل الحاصل بالنسبة إلى الفقه الجعفري.
ج- م ٢/٩١ [تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من
تركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في
حالة عدم وجود أي منهم].

وجه الغموض: ان هذه الفقرة تتضمن حكمن غريبين: أحدهما: لا مثل له في
عالم الإسلامي وغير الإسلامي وهو جعل البنت أقوى من الابن في الميراث،
على سبيل المثل من مات من أهل السنة عن جد وجدة وبنت تكون تركته كلها
بنت بموجب هذه الفقرة، لأنها تحجب كل الورثة بإستثناء الأبوين والزوجين وابن
متوفى، وإذا مات عن جد وجدة وابن فلكل من الجد والجدة السدس والباقي للابن.
ثانيهما: مخالف لإجماع فقهاء المسلمين من أهل السنة والشيعة فمن مات عن أب
أم وبنت فالمسألة الفرضية تكون من (٦)، فعند أهل السنة للبنت النصف (٦/٣)
للأم السدس (٦/١) وللأب السدس (٦/١) فرضاً والباقي تعصيباً، وعند أهل
شيعه لكل من الأبوين السدس وللبنات النصف والباقي يعاد توزيعه على الكل
النسبة إلى حصصهم وترد المسألة من (٦ إلى ٥)، في حين يكون الباقي للبنت إضافة
ى حصتها المقررة وذلك بمقتضى تلك الفقرة من (م ٩١).

وسيلة إزالة هذا الغموض: هو تعديل الفقرة المذكورة بالآتي: (وتعتبر البنت
حكم الأب في الحجب) وذلك أسوة بما جاء في الفقرة الرابعة من م ٨٩ اخذاً بالفقه
جعفري، لأن هذا هو غرض المشرع من تعديل المادة، لكن الصياغة أتت غير
وفقة.

الثاء. الغموض بسبب الإشتراك

سواء أكان لفظياً كما في لفظ (قرء) في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن
أنفسن ثلاثة قرء﴾^(١)، أم معنوياً كما في لفظ (قاتل) في قول الرسول ﷺ: (لا يرث
قاتل)، وقد سبق بيان ذلك في مبحث المشترك، ومثل لفظ (تمام) يحتمل ان يراد
به الإنعقاد أو الصحة أو النفاذ أو اللزوم، وقد تردد شراح القانون المدني العراقي
بن هذه الاحتمالات في القبض في العقود العينية كما في م ٦٠٣ من القوانين
عراقي. ولكن الواقع هو ان المعنى الصحيح لتعبير (تتم) في هذه المادة أو تتم الهبة

(١) سورة البقرة: ٢٢٨.

بالقبض] هو أنها تتم آثارها لأن العقد العيني ينشئ الإلتزام ولكن لا ينشئ الحق إلا بالقبض.

رابعاً . تردد اللفظ (أو الكلام) بين احتمالين فأكثر
ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة منها:

أ- تردد القيد الوارد بعد عدة جمل معطوف بعضها على بعض بين رجوعه إلى الكل أو إلى الأخيرة حينما لا توجد قرينة تحدد المرجع، كما ذكرنا بالنسبة للإستثناء في مبحث التخصيص.

ب- تردد جملة (أو كلام) بين مضمونين محتملين كما في قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وإن عفوا أقرب للنسوة ولا تتسوا الفضل ببيكم﴾^(١).

وجه الغموض: أن جملة ﴿الذي بيده عقدة النكاح﴾ مترددة بين الزوج الذي بيده دوام الزواج والعصمة وبين الولي لأنه الذي يتولى الترويج، ولهذا حصل الخلاف فيه. فمنهم من قال^(٢): (المراد هو الزوج لأن المطلقة قبل الدخول نصف مهرها المسمى تعويضاً عن الضرر المعنوي الذي يصيبها بسبب الطلاق ما لم تتنازل عنه، ويرجع النصف الآخر للزوج لأنه لم يتمتع بها ما لم يتنازل عنه لها، ولا يكون العفو والتنازل إلا ممن يملكه)، وفائد الشيء لا يعطيه، فالمهر ليس ملك الولي حتى يتنازل عنه ثم إن الولي إذا أبرأ الزوج قبل الطلاق فالإبراء باطل وكذلك بعده.

ومنهم من فسره^(٣) بالولي لأنه بيده عقدة الزواج، ولا يبقى للزوج سلطة على الزواج بعد الطلاق، لأنه لو أراد الله به الأزواج لقال: (إلا أن تعفون أو تعفون).
فالدول من صيغة المخاطب في صدر الآية إلى الغائب دليل على أن الكلام موجه إلى غير الأزواج.

(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٢) كعلي بن أبي طالب عليه السلام من الخلفاء الراشدين، وسعيد بن المسيب من التابعين وأبي حنيفة والشافعي في قوله الجديد، والإمام أحمد على الراجح في مذهبه من أئمة المذاهب الفقهية.

(٣) كابن عباس من فقهاء الصحابة وطاووس وعطاء والشعبي من فقهاء التابعين والإمام مالك وفقهاء الجعفرية من أئمة المذاهب، في كنز العرفان في فقه القرآن للمحقق الحلبي ٦٤/٢: (كما يجوز للمرأة العفو عن حقها كذلك يجوز لوليها وهو المشار إليه بقوله: ﴿الذي بيده عقدة النكاح﴾ سورة البقرة: ٢٣٧).

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هو الإجتهد والنظر فيما يرجح أحد المعنيين، والذي يبدو لنا أن التفسير الأول هو الراجح بقريئة ان العفو يكون ممن يملكه وهو الزوج، ولأن الفضل الذي جاء النهي عن نسيانه في نهاية الآية إنما يكون لمن يملكه وهو الزوجان، ثم ان الطلاق والرجعة بعد الطلاق الرجعي بعد الزواج والمراد بالعفو التمليك ان كان المهر عيناً والإبراء ان كان ديناً^(١).

خامساً . كل زيادة في النص لا تظهر فيها فائدة جلية، وكل نقص يخل بالمقصود، وكل إضمار (تقدير) يقتضيه النص للدلالة على الحكم المراد وكل سبب آخر في ذات النص يؤدي إلى عدم وضوح دلالته، ولو كان ذلك بالنسبة إلى بعض دون بعض.

ومن أمثلة تلك الأسباب ما يلي :

أ- م ٢٠٤ من قانون المرافعات العراقي^(٢) [مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداية والإستئناف، وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محاكم البداية ومحاكم الأحوال الشخصية].

وجه الغموض: ان إحدى المدتين بالنسبة للطعن بطريق التمييز في أحكام محاكم البداية زائدة لأنها تارة حددت بثلاثين يوماً وأخرى بعشرة أيام، وهذا مما يؤدي إلى إرباك القضاء. فهل المعتمد الزمن الأول أو الثاني؟

ووسيلة إزالة الغموض: إعادة النظر وحذف إحدى المدتين.

ب- م ١/٧٤^(٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم^(٤) [إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً حسب الأحكام الشرعية بإعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة].

ففي هذه المادة غموض: ناتج عن نقصها لأن الأحفاد لا يستحقون الوصية الواجبة إذا ملكهم المتوفى - قبل وفاته - مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية، أو نسبة منها، ففي الحالة الأولى لا يستحقون شيئاً من الوصية الواجبة، وفي الحالة

(١) لمزيد من التفصيل، راجع أحكام القرآن للجصاص ٢٠٠/١. أحكام القرآن لابن العربي ٢١٩/١. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٤/٣.

(٢) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٣) عدلت هذه المادة بالقانون المرقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩، التعديل الثالث.

(٤) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

السببه بحمل النسبه إلى ان نصل إسنعاق والدهم او والدهم على تقدير الحياة، على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

ووسيلة إزالة هذا الغموض: هي إضافة فقرة جديدة إلى المادة كالآتي: [٢-لا يستحق هؤلاء الأحماد الوصية الواجبة إذا ملكهم بلا عوض الجد أو الجدة في حال الحياة مقدار ما يستحقونه بها أو أكثر، فإن ملكهم أقل منها وجبت تكملته]، ثم ان هذا النص لا يشمل الطبقات الأخر كالأولاد أو أولاد الأولاد إذا إجتمعوا مع أولاد الأولاد رغم أنها مشمولة بالوصية الواجبة .

ج- (م ٨٧٥/أولاً) لمشروع القانون المدني العراقي^(١) للموكل فسي أي وقت ان يعزل وكيله أو يقيد وكالته، وللوكيل ان يتحنى عن الوكالة، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك]. في هذه المادة غموض ناتج عن الاضمار الذي تجب رعايته وهو (ما لم يتعلق بها حق الغير)، ولا نجد هذا الغموض في م ٩٤٧ من القانون المدني الحالي القائم لأنها نصت صراحة على هذا التقيد^(٢).

سادساً. الغموض الناشيء من ايجاز النص

كما في قوله تعالى: ﴿واقموا الصلاة واتوا الزكاة﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿و الله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً﴾^(٤)، ولا يدل هذه الايات صراحة على أركان وشروط الصلاة والحج، ولا على الاموال التي تجب فيها الزكاة، ولا على الكمية الواجبة، وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بيان كل ذلك كما سبق فسي موضوع وظائف السنة النبوية وبذلك أزال الأجمال — الغموض — الموجود فيها قبل بيان المراد بها.

سابعاً. تردد اللفظ بين معناه اللغوي والشرعي أو بينه وبين القانوني

كما في لفظ (نكاح) في قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قدسلف﴾^(٥)، فمعناه اللغوي الدخول — الوطاء — ومعناه الشرعي عقد الزواج

(١) لسنة ١٩٨٦.

(٢) م ١/٩٧٤ للموكل ان يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته، وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك، لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير]

(٣) سورة البقرة: ٤٣.

(٤) سورة آل عمران: ٩٧.

(٥) سورة النساء: ٢٢.

وحمله الجمهور على المعنى الشرعي بناء على قاعدة أن اللفظ في النصوص الشرعية يحمل على معناه الشرعي إذ دار بينه وبين المعنى اللغوي - وكذلك في النصوص القانونية - ما لم يقد دليل على خلاف ذلك، لكن فسره البعض - كالحنفية - بالمعنى اللغوي أو كليهما، وعلى هذا الأساس اثبتوا المصاهرة بالزنى.

ومثل لفظي (الركوع والسجود) في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ﴾^(١)، فحملها الحنفية على المعنى اللغوي ففسروا الركوع بالميل من الاستواء والسجود بوضع الرأس - أو الجبهة - على الأرض، وحملها الجمهور على المعنى الشرعي فقالوا (الركوع: الميل من الاستواء مع الطمأنينة، والسجود: وضع الرأس على الأرض معها) لقول الرسول ﷺ: (اركع حتى تطمئن راعكاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً)^(٢) وارى ان الجمهور هم على صواب بالنسبة للركوع والسجود ذلك لان الشارع نقلهما من معناهما اللغوي الى المعنى الشرعي باضافة الطمأنينة فاصبحا من المجمل، وبينه الرسول ﷺ بالحديث المذكور لان البيان من وظيفته بموجب قوله تعالى ﴿وانزلنا اليك الذكر لنبين للناس ما نزل اليهم﴾^(٣).

ثامناً . عدم ملائمة مضمون النص لحكمة حكمه

كما في م ١/٤٤٠ من قانون العقوبات العراقي [يعاقب بالسجن المؤبد أو الموقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: أ- وقوعها بين غروب الشمس وشرورها]^(٤)، أي وقوعها في الليل بمعناه الفلكي: (الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشرورها).

وجه الغموض: أن الفترة التي تقس قُبيل الشروق وبعيد الغروب حكمها حكم النهار فلا تتوافر في هاتين الفترتين حكمة التشديد، وهي ما في الظلام من الرهبة في نفوس الناس من جهة، وتسهيل ارتكاب الجريمة من جهة أخرى، ولرعاية هذه

(١) سورة الحج: ٧٧.

(٢) نيل الأوطار ٢/٢٩٤ لمزيد من التفصيل راجع شرح المنار لابن ملك، ص: ٣٧٧ وما بعدها، الحديث أخرجه البخاري، كتاب الاذان، باب امر النبي ﷺ الذي لا يتم ركوعه بالاعسادة، فسنح الباري ٣٥٢/٢.

(٣) سورة النحل: ٤٤.

(٤) وكان المشرع المصري أكثر توفيقاً في المادة (٣١٣) من قانون العقوبات التي نصها [يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة من وقعت منه سرقة مع اجتماع الشروط الخمسة الآتية أولاً ... ان تكون هذه السرقة قد حصلت ليلاً].

الحكمة على القاضي أن لا يحمل الليل على معناه الفلكي .

تاسعا . الغموض بسبب التعارض بين نصين فاكثر

ما هو التعارض؟ وأين مجال وقوعه؟ ولماذا يكون سببا للغموض؟ وبأية وسيلة يزال غموضه؟. ونجيب فيما يلي عن هذه الأسئلة:

تعريفه^(١): عرفه علماء الاصول بتعريفات متعددة^(٢) كلها تدور حول محور واحد وهو: ان يدل احد الدليلين -ولو ظاهراً- على منافي ما يدل عليه الاخر تنافيا كلياً أو جزئياً كأن يدل أحدهما على الجواز، ويدل الاخر على المنع، فدليل الجواز يمنع التحريم ودليل التحريم يمنع الجواز، فكل منهما معارض للآخر ومانع له، وكالتعارض بين الحديثين الاتيين: عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ (لا ينكح المحرم^(٣) ولا ينكح)^(٤) وعن ابن عباس رضي الله عنه : (تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم)^(٥)، فالاول يدل على تحريم وعدم صحة زواج المحرم، والثاني يدل على جوازه وصحته.

مجال التعارض

لا تعارض بين دليلين قطعيين سواء أكانا نقلين أم عقليين وإلا للزم اجتناع النقيضين وهو ممتنع لان صدق كل منهما يستلزم كذب الاخر. وكذلك لا يقع التعارض بين دليلين يكون أحدهما قطعياً والآخر ظنيّاً لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية، فلا يقف الظني ضد القطعي بل يقدم عليه القطعي إذا كان ما يفيد أحدهما منافياً لما يدل عليه الاخر، بإنفاق آراء جميع الفقهاء. ولا يقوم التعارض بين دليلين ظنيين من نصوص الشريعة الإسلامية إذا لم يمكن الجمع بينهما، ولا يوجد مرجح لتقديم أحدهما على الاخر، ولا يكون أحدهما ناسخاً للآخر

(١) لغة مأخوذ من العرض بمعنى المنع كما في قوله تعالى: ﴿لولا جعلوا الله عرضة لأيمانكم ان تدبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس﴾، سورة البقرة: ٢٣٤. أي لا جعلوا الله مانعاً يعترض بينكم وبين ما يقربكم إليه وبمعنى الاظهار كما في قوله تعالى: ﴿ثم عرضهم على الملائكة﴾، سورة البقرة: ٣١، وغير ذلك.

(٢) ومنها في أصول السرخسي ١٢/٢ تقابل الحجتين المتساويتين على وجه يوجب كل واحدة منهما ضد ما توجه لآخرى، كالحل والحرمة والنفي والاثبات.

(٣) أي من لبس الاحرام للحج.

(٤) رواه مسلم، سبل السلام ١٦٢/٣.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب نكاح المحرم، فتح الباري ٢٠٥/٩، ومسلم، كتاب النكاح، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٤/٩ وما بعدها، وأحمد في مسنده ٢٨٥ /١.

لأنه في هذه الحالة يجب ان يستقط كلاهما عملاً بقاعدة (إذا تعارضتا تساقطتا)، وهذا غير وارد بالنسبة لنصوص الشريعة^(١) لكن يمكن وقوعه في النصوص القانونية وادلة الإثبات.

لماذا يكون التعارض سبباً للغموض؟

التعارض بين نصين يؤدي إلى حدوث الغموض بالنسبة إلى كل منهما لا من حيث المعنى وإنما بالنسبة إلى التطبيق حيث يتردد الفقيه في النص الواجب التطبيق من المتعارضين في القضية المعنية بمعرفة الحكم. لذا يجب بذل الجهد لرفع التعارض بإحدى الطرق المعروفة لدى علماء الأصول.

طرق رفع التعارض لازالة الغموض

وضع علماء الأصول ثلاث طرق لرفع التعارض وإزالة الغموض الناشئ عنه وهي حسب التسلسل: (الجمع بين النصين، وترجيح أحدهما على الآخر، واعتبار المتأخر في التشريع ناسخاً للمتقدم).

أولاً - محاولة الجمع بين نصين: يجب على الفقيه والقاضي اللجوء أولاً إلى محاولة الجمع بين النصين لأن في الجمع عملاً بكليهما، وأعمال الكلام أولى من إهماله. وجدير بالذكر أن هذه الطريقة لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة لنصين تكون النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه بأن يكون كل منهما عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر، مثل ذلك في القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وأوليات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن﴾^(٣)، فهاتان الآيتان متعارضتان ظاهراً لأن الأولى تدل على أن عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء أكانت الزوجة المتوفى عنها زوجها حاملاً أم حائلاً وتدل الثانية على أن عدة الحامل وضع الحمل سواء كانت مطلقة أم كانت من المتوفى عنها زوجها.

ولذا حصل الخلاف لدى فقهاء الشريعة في اختيار طريقة رفع التعارض

(١) في جمع الجوامع وبشرحه ٢٢١/٢: يمتنع تعادل القاطعين أي تقابلهما بأن يدل كل منهما على منافي ما يدل عليه الآخر، إذ لو جاز ذلك لثبتت مدلولهما فيجتمع المتنافيان، وكذا يمتنع تعادل الأمازتين أي تقابلهما، من غير مرجح لإحدهما في نفس الأمر على الصحيح حدراً من التعارض في كلام الشارع.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق: ٤.

فجمهورهم^(١) اختاروا طريقة ترجيح العمل بالثانية بالنسبة للحامل، على أساس أنها مخصصة للأولى فيتكون عدة الحامل وضع الحمل سواء أكانت مطلقة أم كانت من المتوفى عنها زوجها، وتبقى الأولى تطبق على المتوفى عنها زوجها عندما تكون غير حامل.

وقال بعض فقهاء الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب^(٢) باستعمال طريقة الجمع بين الأيتين لأن في الجمع عملاً بكليتهما وإعمال الكلام أولى من إهماله. وبناء على ذلك أن عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً تكون أبعد الأجلين فأيهما أطول مدة من وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام به تنتهي عدتها ووجه اختيارهم لهذه الطريقة هي ان النسبة بين الأيتين العموم والخصوص من وجه فالأولى خاصة بالوفاة وعمامة من وجه آخر فتشمل الحامل والحائل والثانية خاصة بالحامل ولكنها عامة من حيث أنها تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها. وقد اخذ بهذا السراي الثاني المشرع العراقي^(٣) وحسناً فعل.

ثانياً. ترجيح أحد النصين لمرجح مقبول : اذا لم يتمكن المجتهد (أو القاضي) من الجمع بين النصين يلجأ الى الطريقة الثانية لرفع التعارض وهي طريقة ترجيح احدهما بمرجح مقبول في ميزان الشرع في النصوص الشرعية، وميزان القسانون في النصوص القانونية، فالمبدأ العام (اذا تعارض العام والخاص يرجح الخاص على العام فيما يتعارضان فيه)، ومن تطبيقات هذا المبدأ في التشريعات العراقية (م ٩٣١) من القانون المدني تجيز الوكالة في كل تصرف يقبل النيابة حيث نصت على أنه (يصح تخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً

(١) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٧٩/٢ - ٨٠ (الحامل التي يتوفى عنها زوجها قسال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها ان تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، سورة الطلاق: ٤. وان كانت الآية في الطلاق، واخذاً أيضاً بحديث أم سلمة، ومضمون الحديث: ان سبيعة الاسلامية وضعت حملها بعد وفاة زوجها بنصف شهر، قال لها الرسول ﷺ: قد حالت فانكحي من شئت).

وفي الميزان الكبرى الشعرانية ١١٧/٢ (اتفقت الأمة -أي أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد- على ان عدة الحامل مطلقاً بالوضع، سواء المتوفى عنها زوجها، أو المطلقة).

(٢) وفي تفسير القرطبي ١٧٤/٣ (عدة الحامل للمتوفى عنها زوجها وضع حملها عند جمهور العلماء، وروي عن علي بن أبي طالب وابن عباس ان تمام عدتها آخر أجلين واختاره سحنون من فقهاءنا أي من المالكية، ويتفق معهم الشيعة الإمامية).

(٣) في المادة ٣/٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

فوضاً بكل حق خوله وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة]. وهذه المادة اعتباراً عمومها تتعارض مع (م ٢/٣٤) من قانون الأحوال الشخصية التي لا تجيز لوكالة في الطلاق فهي تنص على أنه [لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق]، فيرجح العمل بالتأني على العمل بالأولى فيما يتعلق بالطلاق.

و(م ٢/٩٣٠) من القانون المدني تجيز توكيل غير البالغ إذا كان عاقلاً مميزاً سواء كان الموكل فيه تصرفاً عقارياً أم لا، في حين لا تجيز ذلك (م ١٩٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي^(١) التي تشترط في الموكل والوكيل أن يكونا كاملين الأهلية، فيرجح العمل بالتأني لأنها من النصوص الخاصة وتبقى الأولى تطبق في التصرفات غير العقارية.

وكذلك في التعارض بين النص المطلق والنص المقيد يرجح الثاني على الأول في العمل به كما ذكرنا في (م ٨ و ٩) من قانون الأحوال الشخصية في حمل المطلق على المقيد، فهذا الحمل يعني ترجيح المقيد على المطلق.

وقد زعم البعض أن رفع التعارض بين العام والخاص بتخصيص الأول بالتأني، ورفع التعارض بين المطلق والمقيد بحمل الأول على الثاني يكون من باب الجمع بين الدليلين، وهذا خطأ لأنه لا يعمل بالعام ولا بالمطلق فيما هو محل تعارض النصين وإنما العمل بالخاص والمقيد كما ذكرنا. وقد بين علماء الأصول أموراً كثيرة للترجيح، وبصورة خاصة في تعارض الأحاديث^(٢) ولا مجال لذكرها هنا.

(١) الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

(٢) وفيما يلي نماذج منها:

- أ- الترجيح باعتبار الإسناد: ١. كثرة الرواة لأحدهما ٢. رواية الكبير على الصغير ٣. رواية الصحابي على غيره. ٤. كون أحدهما مباشراً لما رواه.
- ب- الترجيح باعتبار المتن: ١. تقديم الخاص على العام ٢. تقديم العام الذي لم يخصص على العام الذي خصص ٣. تقديم الحقيقة على المجاز ٤. تقديم المنطوق على مفهوم المخالفة ٥. تقديم مفهوم الموافقة على مفهوم المخالفة.
- ج- الترجيح باعتبار المدلول: ١. ما كان مقرراً لحكم الأصل والبراءة على ما كان ناقلاً لهذا الحكم ٢. ما هو أقرب إلى الاحتياط على ما ليس بأقرب ٣. ما يفيد سقوط الحد على ما يفيد لزومه.
- د- الترجيح بحسب أمور خارجية: ١. ما عضده دليل آخر على ما لم يعضده دليل آخر. ٢. ما هو قول على ما هو فعل لأن للقول صيغة ٣. ما عمل عليه أكثر السلف ٤. ما هو موافق لعمل الخلفاء الراشدين.

ثالثاً . إعتبار النص اللاحق ناسخاً للسابق : إذا لم يمكن رفع التعارض بالطريقتين (الأولى والثانية) فلا يبقى أمام الفقيه (أو القاضي) إلا البحث عن تأريخ تشريع النصين المتعارضين، فإذا ثبت له أنّ أحدهما متأخر عن الآخر في التشريع فعلياً أن يعتبر المتأخر ناسخاً للمتقدم، وهذا ما يسمى إلغاء القانون السابق بالقانون اللاحق في إصطلاح القانونيين.

الإلغاء (النسخ) الصريح والإلغاء الضمني

الإلغاء لا يكون دائماً بنص صريح لاحق بل قد يستنتج ذلك من المعارضة بينهما، لذا يقسم إلى الآتي:

أ. الإلغاء الصريح:

وهو أن ينص عليه التشريع اللاحق صراحة^(١) بأن تخصص في الأخير مادة أو فقرة تنص على إلغاء كل قانون سابق يتعارض مع هذا القانون الجديد، في هذه الحالة لا يحدث أي غموض بسبب التعارض لأن القاضي ملزم بتطبيق الجديد دون القديم. وهذا النمط من الإلغاء لا نجد له نظيراً في القرآن الكريم فلا توجد آية ناسخة تنص صراحة على إلغاء المنسوخة إن صح القول بوجود النسخ (أو الإلغاء) في القرآن الكريم وهذا ما لا نؤمن به، فكل ما سماه الأصوليون نسخاً فهو تخصيص بالنص أو الزمان أو المكان أو علة الحكم، ولكن نجد في السنة النبوية ما يشبه القانون الوضعي في النص صراحة على إلغاء (نسخ) السابق كما فسي قول الرسول ﷺ: (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)^(٢).

ب. الإلغاء الضمني:

وهو أن يتضمن التشريع اللاحق حمكاً بتعارض مع حكم التشريع السابق^(٣)

(١) كما نصت المادة ٥٠٤ من قانون العقوبات العراقي ذي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على أنه يلغى قانون العقوبات البغدادي وذبوله وتعديلاته ويلغى بوجه عام كل نص عقابي في قانون يتعارض صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون].

(٢) رواه مسلم، سبل السلام ١٥١/٢.

(٣) كما نجد نظير ذلك في قانون الإيجار العراقي القائم ففيه أحكام تتعارض مع أحكام القانون المدني العراقي فيما يتعلق بإنهاء الإيجار والتخلية وغيرهما، ومن المواد المتعارضة في المدني لقانون الإيجار المادة (٧٧٩) التي تنص على أنه: لينتهي الإيجار بإنهاء المدة المحددة في العقد دون

بحيث لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح أحدهما على الآخر في هذه الحالة قد يحدث الغموض بالنسبة للقاضي فعليه أن يجتهد ويستنتج من هذه المعارضة أن اللاحق قد الغى السابق.

وسائل إزالة الغموض

كما لم يحدد علماء الأصول عن طريق الإستقراء التام أسباب غموض النصوص كذلك لم يضعوا ضوابط ومعايير لما يعتبر وسيلة يستعين بها الفقيه أو القاضي على إزالة الغموض، والسفر في ذلك أن لكل تصرف شؤوناً خاصة ولكل واقعة طبيعة متميزة فما صلح وسيلة لإزالة الغموض في نص قد لا يصلح بالنسبة إلى نص آخر غامض. ورغم ذلك فإن الباحث يستطيع أن يستنتج من القواعد الأصولية العامة أهم تلك الوسائل وفيما يلي نماذج منها:

١. المصلحة (أو حكمة التشريع)

من الواضح أن كافة الشرائع الإلهية وجميع القوانين الوضعية تستهدف تحقيق مصلحة الإنسان - جلب المنفعة له ودرء المضرّة عنه - وبوجه خاص تتميز الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية التي سبقتها أن صاحبها كان في غناء مطلق عنها وعن الخاضعين لها فالمصلحة مرعية بالنسبة إلى العباد في حياتهم الدنيوية والآخروية وفي المجالين المادي والمعنوي. وبناء على هذه الحقيقة يستطيع الفقيه أو القاضي^(١) أن يستعين بالمصلحة (أو حكمة التشريع) في تفسير النصوص وإزالة غموضها وفقاً لقاعدة دوران الحكم مع غلته وجوداً وعدمًا.

٢. التقريب بين النصوص

النصوص المتقاربة في معالجة الأمور المتشابهة تكمل بعضها بعضاً، ففي القرآن الكريم آيات تفسر وتبين معانيها آيات أخرى، أو نصوص من السنة النبوية، وكذلك من الأحاديث النبوية ما يوضحه القرآن والحديث، وقد ذكرنا في موضوع

حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما لم يكن مشروطاً في العقد ان الإيجار يمتد إلى مدة أخرى محددة أو غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين قبل انتهاء مدة الإيجار].
(١) في فن القضاء لأستاذنا ضياء شيت خطاب، ص ٦٥: (الحكمة من التشريع هو الغرض السذي يبتغيه القانون تحقيقه وهي سبب وجوده إذ إن لكل نص قانوني هدفا يسعى إليه ومن ثم يجب لفهم النص القانوني إدراك حكمته التشريعية إذ إن الحكمة من القانون هي نقاط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة).

القطعية العرضية نماذج من بيان غامض القرآن بالقرآن والسنة وعلى نفس النمط يمكن التقريب بين النصوص القانونية وتفسير بعضها ببعض^(١).

٣. أسباب النزول (أو الأسباب الموجبة)

تعتبر أسباب النزول لآيات القرآن الكريم، والأسباب الموجبة لتشريع أو تعديل القانون من الوسائل التي معرفتها تساعد الفقيه والقاضي على إزالة غموض النص. يقول العلامة السيوطي: (لمعرفة أسباب النزول فوائد، ومنها الوقوف على المعنى أو إزالة الإشكال - أي الغموض -). وقال الواحدي: (لا يمكن معرفة تفسير الآية دون الوقوف على قصتها، وبيان سبب نزولها)، وقال ابن دقيق العيد: (بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني القرآن)، وقال ابن تيمية: (معرفة سبب النزول يعني فهم الآية، فإن العلم بالسبب، يورث العلم بالمسبب، وقد أشكل على جماعة من السلف معاني آيات حتى وقفوا على أسباب نزولها)^(٢). وفي مقدمة تشريع القوانين وتعديلها توجد الأسباب الموجبة، ولهذه الأسباب أهمية كبيرة في معرفة مقاصد المشرع من هذه القوانين والتعديلات، وبالتالي تساعد القاضي على إزالة غموض ما هو غامض من نصوصها.

٤. المصادر التاريخية

المصدر التاريخي هو الذي استقى منه المشرع نصوص التشريع، وهذا لا يتصور بالنسبة للشريعة الإسلامية والشرائع الإلهية السابقة لأن مصدرها هو الوحي فقط. والرجوع إلى المصدر التاريخي للنص الغامض يساعد القاضي غالباً على فهم المراد منه عن طريق هذا المصدر، وبصورة خاصة إذا كانت لغة النص مختلفة عن لغة المصدر لأن الغموض قد ينشأ عن عدم دقة الترجمة. والفقه الإسلامي لا يزال هو المصدر الوحيد لقوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي، والمصدر الرئيس للقانون المدني العراقي فيمكن الرجوع إليه لمعرفة ما هو المراد من النص المأخوذ منه.

(١) وفي المرجع السابق، ص ٦٧؛ (قررت محكمة التمييز أن قانون العمل وقانون التقاعد الاجتماعي يكمل بعضه بعضاً في النصوص القانونية)، وفي المصطلحات تطبيقات للفقرتين (ب، ج) من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، وأن القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لنصوصه في إن جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر وحدة يكمل بعضها بعضاً لأنهما متكاملان.

(٢) لباب النزول في أسباب النزول للسيوطي (عبد الرحمن بن أبي بكر)، ص: ٣ وما بعدها.

٥. الأعمال التحضيرية

وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي سبقت وصاحبت صدور التشريع كالمذكرات التفسيرية (أو الإيضاحية) التي تصاحب التشريع عند صدوره وهذه الأعمال تجمّع وترتب عادة في ضوء المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ومحاضر لجنة مراجعة المشروع، والمذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي ومناقشات المجلس التشريعي ولجانه وأعمال اللجان الفنية التي قامت باعداد المشروع. فهذه الأمور من أهم الوسائل التي يمكن أن يستعين بها القاضي في إزالة غموض النصوص الواردة في المشروع بعد إكتسابها الصفة القانونية^(١).

٦. السوابق القضائية

استعان كثير من الفقهاء وأئمة المذاهب الفقهية الإسلامية في فهم نصوص القرآن والسنة النبوية فهماً دقيقاً وفي استخراج الأحكام بالسوابق القضائية للخلفاء الراشدين بصورة خاصة وفقهاء الصحابة والتابعين بصورة عامة. وقد ذكرنا في موضوع حجية قول الصحابي نماذج من تلك السوابق والتطبيقات القضائية ما يعني القارئ الكريم في إثبات استعانة الفقهاء بالسوابق القضائية في الإسلام. أما بالنسبة للقوانين الوضعية فإنّ للسوابق القضائية أهمية كبيرة سواء في مجال تفسير النصوص وإزالة غموضها أم بالنسبة لصيرورتها مصدراً من مصادر القانون. وبوجه خاص قرارات محكمة التمييز باعتبارها أعلى سلطة قضائية تقرر مصير قرارات أحكام المحاكم من حيث التصديق أو الرفض. ثم أنّ السوابق القضائية في بعض البلاد المتقدمة اعتبرت ملزمة للقاضي في القضاء اللاحق^(٢).

(١) ومن الجدير بالذكر أنّ الأعمال التحضيرية رغم أنها من وسائل إزالة الغموض إلا أنه لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه أو مكملة له لذا ان ما يرد في الأعمال التحضيرية لا يعد ملزماً للقاضي ففي كثير من الأحيان تكون المذكرة الإيضاحية للقانون متضمنة اجتهادات شخصية من قبل واضعيها من تفسير النصوص واستخراج الأحكام منها والاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب، لذا من الضروري مراعاة الحذر الشديد عند الاستعانة بالأعمال التحضيرية. لمزيد من التفصيل، راجع المدخل للقانون الخاص لأستاذنا الدكتور عبد المنعم البدرابي، ص: ٢٣٢.

(٢) فالأحكام الصادرة في انكترا من مجلس اللوردات تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم الأخرى بما فيها إلى وقت قريب مجلس اللوردات ذاته وأحكام محكمة الاستئناف تعتبر سوابق ملزمة لكل المحاكم بما فيها محكمة الاستئناف فيما عدا مجلس اللوردات وأحكام محكمة العدالة العليا يحسب ان تحترمها المحاكم الأدنى وعلى الرغم من انها ليست ملزمة قانونياً فان لها قيمة إقناعية كبيرة. وعادة تحترمها الدوائر التابعة للمحكمة العليا.

٧. طرق رفع التعارض

إذا كان غموض النص ناشئاً عن التعارض فإن الوسيلة الوحيدة لرفعه وإزالة الغموض هي الطرق الثلاث المذكورة في موضوع التعارض حسب التسلسل الطبيعي: (محاولة الجمع، فإن لم يمكن فاللجوء إلى الترجيح، وإلا فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق).

٨. الرجوع إلى المعجم

وبصورة خاصة معجم المصطلحات للحصول على المعنى المراد وعلى سبيل المثال لفظ (تعدي) أحدث شكوكاً لشراح القانون المدني العراقي القسائم بصدد التعارض بين (م ١/١٨٦ وم ١/١٩١)^(١)، على أساس ان المشرع العراقي أخذ بالفقه الغربي في الأولى وإشترط عنصر الخطأ، وبالفقه الإسلامي في الثانية في عدم اشتراط هذا العنصر، لكن بالرجوع إلى المراجع اللغوية نجد ان معنى التعدي هو الفعل الضار غير المشروع بغض النظر عن إدراك وقصد في أهلية الفاعل، وبناء على ذلك لا تعارض بين المادتين وان المشرع العراقي أخذ بالفقه الإسلامي فيهما.

٩. أية وسيلة أخرى

يمكن ان يستهدي بها الفقيه أو القاضي لإزالة الغموض حسب المقام وطبيعة الموضوع.

(١) م ١/١٨٦ [إذا تلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداث الضرر قد تعمد أو تعدى]. م ١/١٩١ [إذا تلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله].

﴿ تكملة في الاجتهاد والتقليد ﴾

الاجتهاد

شروطه وأهميته وحكمه وطريقة الرجوع إليه

الاجتهاد لغة مشتق من الجهد^(١) (بضم الجيم وفتحه) بمعنى بذل الطاقة البدنية^(٢) والفكرية.

وفي الاصطلاح له تعريفات كثيرة كلها تدور حول محور واحد: (لوهو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم).

شروطه

يؤخذ من تعريفه ان الاجتهاد في الاحكام الشرعية يتوقف على الشروط الآتية:

أ- ان يكون من يتولاه فقيهاً وهو من تتوافر فيه العناصر الآتية:

- ١- الالمام بقواعد النحو والصرف والبلاغة لان الاحكام تؤخذ من القرآن والسنة بلغتها الاصلية (العربية) لا من ترجمتها أياً كانت لغة الترجمة.
- ٢- الالمام بقواعد اصول الفقه والمنطق والفلسفة لمعرفة خواص الالفاظ وواجهه دلالاتها على الاحكام وطرق الاستنباط كما سبق تفصيلها في الجزء الثاني من هذا الكتاب.
- ٣- الالمام بعلوم الحديث لمعرفة انواعه ودرجة قوته الالزامية.
- ٤- الاحاطة بمقاصد الشريعة وبالمصالح الدنيوية والاخروية وتمييزها من المفاصد وفهم الصلة بين الشريعة والحياة فالجاهل بواقع الحياة ومتطلباتها يجهل هذه الصلة وبالتالي يخطأ في معالجة المستجدات.
- ٥- الالتزام بالشريعة والتحلي بالقيم والتخلي عن كل رذيلة.
- ٦- الالمام بالقواعد الفقهية لكافة المذاهب الفقهية المدونة لادراك مدارك الاحكام

(١) الصحاح في اللغة والعلوم ٢١٦/١.

(٢) كمرآة اوليات القضية والاطلاع على احكام القضايا المشابهة ومحاولة معرفة رأي الاخرين ونحو ذلك فانها تدخل في الجهد البدني اضافة الى الجهد الفكري.

وارجاع الجزئيات الى الكليات لان هذه القواعد بمثابة النظريات في القوانين
الوضعية.

٧- الاطلاع الواسع على المسائل الخلافية الفقهية مع التحليل والتعليل والاستنتاج
والترجيح.

٨- معرفة طرق استنباط فقهاء الصحابة والتابعين واصول المذاهب الفقهية.

ب- بذل مافي الواسع من الطاقة العلمية والجهد الفكري والملكة الفقهية
للوصل الى حكم الله في القضية فهو مكلف ببذل الغاية لا بتحقيق الغاية لسدا
يكون مثابا في حالة عدم اصابته للحكم الواقعي.

ج- ان تكون الغاية من الاجتهاد حصول الظن كحد ادنى بان مايصل اليه
هو حكم الله وان تكون المسألة المعنية بالحكم من المسائل الاجتهادية التي لم
يحسم حكمها بنص قطعي الدلالة ولا باجماع مع رعاية قاعدة: (الاجتهاد لايسقط
بالاجتهاد) لاستبعاد الاضطراب في الاحكام السابقة ورعاية استنقرار المعاملات
المالية وغير المالية هذا اذا لم يكن الاجتهاد السابق متعارضاً مع نص قطعي الدلالة
او اجماع والا فيجب نقضه.

أهمية الاجتهاد بصورة عامة

١- الاجتهاد من ضروريات الحياة التي اذا اختلت يخل النظام ويتخلف المجتمع
وبالتالي يحرم من ميراث الارض وخيراتها^(١)، فالتطور الحضاري المسدش
اليوم ليس الا ثمرة الاجتهاد فكل جيل جديد استثمر المعلومات التي ورثها من
الجيل السابق وازضاف اليها جديداً وسلم رأس المال والربح الى الجيل الذي يليه
وهكذا. وعلى سبيل المثل البعد بين تصميم طائرة اليوم وتصميم الطائرة الاولى
التي استحدثت كبعد السماء عن الارض، وقس على الطائرة سائر الاجهزة
التقنية الحديثة المتطورة التي انحرم منها العالم الاسلامي، فكل شيء تطور في
العالم سوى الفقه الاسلامي ولو كتب للثروة الفقهية التي تركها لنا السلف الصالح
ان تستثمر بصورة صحيحة بحيث يجذب منه ما انقضى دوره كأمثلة العبد
والجارية واضيف اليها جديد في كل جيل ممن يملكون الكفاءة العلمية ويتقيدون
بالتقويم الاسلامية لاصبحت هذه الثروة مصدراً خصباً لجميع قوانين دول العالم
الاسلامي وغير الاسلامي.

(١) اشارة الى قوله تعالى (ولقد كتبنا في الزبور من بعد الذكر ان الارض يرثها عبادي الصالحون)
سورة الانبياء/١٠٥ والمراد بالصالح من يحسن استثمارها.

٢- القرآن الكريم دستور ألهي كما ذكرنا سابقاً لفتصر على الكليات وخول العقل البشري في كل جيل ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات وهذا الارجاع لا يكون الا عن طريق الاجتهاد.

٣- من البدهي ان النصوص الشرعية متناهية ومحدودة وان الحوادث والوقائع في حياة الانسان غير متناهية ومن المستحيل ان يحيط المتناهي باللامتناهي الا عن طريق الكليات وارجاع المستجدات والمتغيرات اليها عن طريق الاجتهاد.

حكم الاجتهاد

يؤخذ من ضرورة الاجتهاد واهميته ان حكمه هو فرض الكفاية على كل مسلم ومسلمة من شأنه ان يصل الى مرتبة الاجتهاد ولما فيه من الاستعداد الذاتي والنضج العقلي وهذه الصلاحية لم ينفرد بها الامام ابو حنيفة والامام الشافعي والامام مالك والامام احمد والامام جعفر الصادق وابن حزم وغيرهم (رحمة الله على ارواحهم الطاهرة)، فالاجتهاد غير الرسالة قال تعالى ﴿لما كان ابا احد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين﴾^(١) ولكن لم يقل: (ان ابا حنيفة او مالكا او الشافعي او غيرهم خاتم الفقهاء)، كما لم يرد نص في القرآن او السنة على اتباع اقوال هؤلاء الفقهاء الى يوم القيامة وتقديس النصوص الفقهية كتقديس النصوص الشرعية، فالقرآن قال لنا ﴿فأسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون﴾^(٢) واهل الذكر كل من يملك اهلية الاجتهاد والفتوى في كل زمان ومكان.

لكن علينا ان نحترم هؤلاء الفقهاء وان نعترف بفضلهم على الامة الاسلامية وان لا ننسف ما بنوه لنا ولا نترك ما تركوه من الثروة الفقهية العظيمة.

طريقة الرجوع إلى الاجتهاد

قلنا ان الاجتهاد فرض كفاية فاذا قام به البعض انتفتت مسؤولية الجميع وان اهمل اثم الكل وفي مقدمة الأئمين الحكام والمسؤولون عن شؤون شعوبهم في كل بلد، ولاستبعاد هذه المسؤولية يجب استحداث معهد للتأهيل الاجتهادي في كل بلد عربي واسلامي مع رعاية الاتي:

أ- شروط القبول في هذا المعهد:

١- ان يكون المرشح من الخمسة الاوائل في كليات الشريعة والقانون.

(١) سورة الاحزاب/٤٠.

(٢) سورة الانبياء/٧.

- ٢- ان ينتمي الى اسرة ملتزمة بالقيم الاسلامية.
٣- ان يتميز بعقلية مرنة قادرة على التحليل والتعليل والاستنتاج.
٤- ان لا يكون متعصبا لاي مذهب او طائفة.

ب- طريقة التأهيل الاولي في كليات الشريعة والقانون:

تجب مقارنة جميع مواد الشريعة مع القانون وجميع مواد القانون مع الشريعة لان الشريعة هي قانون الامة والمجتمع وفرق الله سبحانه وتعالى بين الدين والشريعة في القرآن وبيّن لنا ان الدين ينظم شؤون حياة الآخرة والشريعة تنظم حياة الدنيا كما ذكرنا سابقاً..

ومن المؤسف ان نرى الشيوخ واساتذة كليات الشريعة يظنون ان القانون كله كفر لانهم جهلونه كما يظن اساتذة القانون ان الشريعة لا تصلح لهذه الحياة المتطورة لجهلهم بها فصاعت الشريعة وتاهت القوانين بين هذين الجهلين.

ج- مدة الدراسة للتأهيل الاجتهادي:

١- ان لا تقل المدة عن خمس سنوات ثم يمنح الخريج شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون.

٢- فتح دورة لقائية بين طلبة جميع المعاهد في العالم الاسلامي للمناظرة والمناقشة وتبادل الاراء والتدريب على التحليل والتعليل والاستنتاج.

٣- ايفاد طلبة معاهد التأهيل الاجتهادي الى العالم غير الاسلامي من الدول المتقدمة في التشريعات الوضعية للاطلاع على سير التشريعات والقضاء والاستفادة منها فيما لا يتعارض مع الشريعة الاسلامية لان القوانين تستقى من واقع الحياة والله سبحانه لم يقل لنا افتحوا القرآن واستخرجوا منه قوانين شؤون دنياكم وانما قال استقوا هذه القوانين من واقع متغيرات ومتطلبات حياتكم على ان يكون ذلك داخل الدائرة الاخلاقية التي صنعها لنا في القرآن.

د- المواد المنهجية في معاهد التأهيل الاجتهادي:

١- العلوم الآلية الاسلامية (أصول الفقه والمنطق والنحو والصرف والبلاغة والفلسفة) أسوة بالسلف الصالح.

٢- القواعد الفقهية لجميع المذاهب المدونة.

٣- المسائل الخلافية الفقهية في المذاهب مع التحليل والتعليل والترجيح.

- ٤- تاريخ الفقه والفقهاء وأصول المذاهب الفقهية.
- ٥- متون أهم القوانين في العالم الإسلامي وغير الإسلامي لفهم الربط بين الشريعة والحياة والاستفادة من تلك القوانين فيما لا يتعارض مع الشريعة لأن القانون نتاج العقل السليم الذي أشار القرآن إلى أهميته في (٤٩) آية.
- ٦- التدريب على معالجة مستحدثات الحياة التي لم يرد بشأنها نص خاص في القرآن والسنة.
- ٧- المقارنة بين القرارات القضائية ذات الطابع العام في العالم الإسلامي وغير الإسلامي. ومما هو جدير بالذكر أن دعوتي هذه إلى التقارب بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية هي نتيجة خبرة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون منذ أكثر من ربع قرن في كليات القانون العراقية تدريسياً وتالياً وإشرافاً.

التقليد

أسبابه وأهميته وخطورته

التقليد: هو تلقي الأحكام من مجتهد معين واعتبار أقواله كأنها نصوص من الشارع يلتزم المقلد باتباعها.

أسباب انتشار التقليد بعد النهضة الفقهية

الأسباب كثيرة أهمها ما يأتي:

- ١- **الضعف السياسي في الدولة الإسلامية:** منذ منتصف القرن الرابع الهجري بدأ انقسام الدولة الإسلامية إلى عدة أقسام يناهض بعضها بعضاً وعلى كل قسم منها حاكم سمى نفسه أمير المؤمنين حتى تفككت الروابط وحل الضعف محل القوة وكان لهذا أثر كبير سلبي على نشاط الحركة العلمية فضعفت الروح العلمية وفترت همة العلماء فماتت فيهم روح الاستقلال والنقّة بالنفس وانعدام الاجتهاد.
- ٢- **تدوين المذاهب الفقهية:** فأصبح الناس عالة عليها واستغنوا بها عن تكلف البحث والتتقيب من جديد واقتصررت همم العلماء على اختصار ما هو مفصل وتفصيل ما هو مختصر من مدونات المذهب.
- ٣- **التعصب المذهبي:** فصار كل فقيه ينتمي إلى مذهب معين محامياً يدافع عنه بكل ما في وسعه ووصل الأمر إلى حد عدم التمييز بين النصوص الشرعية

والنصوص الفقهية وفي هذا المجال يقول الكرخي^(١): (الأصل ان كل آية تخالف قول اصحابنا فانها تحمل على النسخ او على الترجيح والاولى ان تحمل على التأويل من جهة التوفيق). بينما كان ابو حنيفة (رحمه الله) يقول عن السلف: ((هم رجال ونحن رجال ولي ان اجتهد كما اجتهدوا)).

٤- **فُساد نظام التعليم** وتوسع علماء الشريعة في الإشتغال بالعلوم الآلية تعلماً وتعليماً (كاصول الفقه والمنطق والفلسفة والبلاغة...) بدون استخدامهما في غاياتها. ولا يزال يتردد في ذاكرتي القول الحكيم الذي قاله لي في سنة ١٩٤٧م احد رؤساء عشائر بشدر وهو شبة أُمي حضر مدرستي ضيفاً واستمع الى درسي حين كنت ادرس مادة المنطق^(٢) قال: (ايها المشايخ انتم تبدلون جهود كل حياتكم في سبيل صنع مفتاح لفتح باب ثم تضيع جهودكم هذه وينتهي عمركم قبل ان تفتحوه) كان يقصد بالمفتاح العلوم الاسلامية الآلية التي تستخدم في استنباط الاحكام وبالباب باب القرآن الكريم مصدر الاحكام.

٥- **تزامم الفقهاء وتحادلهم فيما بينهم**: فانهم لما تزامموا في الفتوى كان كل من افتى بشيء نوقض في فتواه ورد عليه فلم يقطع الكلام الا بالوقوف على نصريح في المسألة لواحد من المتقدمين، وهذه الظاهرة موجودة في هذا العصر ايضاً، قلت لاحد شيوخي ان الشافعي (رحمه الله) عاش ٥٤ سنة وملا الارض فقهاً ولانت تدرس العلوم الاسلامية منذ سبعين سنة اين انتاجك الفقهية؟ قال: لم استطع ان اجتهد وافتى باسمي خشية تطاول السنة زملائي من المشايخ.

أهمية التقليد

كما ان الاجتهاد من ضروريات الحياة كذلك التقليد لا يقل أهمية من الناحية العملية من الاجتهاد لان السواد الاعظم من الناس يجهلون كثيراً من احكام دينهم وهم لا يستطيعون مراجعة مصادر تلك الاحكام فالحل الوحيد هو السؤال عنها لدى من هو اهل للاجابة وقد يكون المجيب ايضاً مقلداً فيكون الجواب على سبيل الفتوى دون الاجتهاد لذا قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون﴾.

(١) الفقيه الحنفي ابو الحسن الكرخي ملحق تأسيس النظر ص ١١٦.
(٢) في كتاب البرهان للكليني.

خطورة التقليد

تكمن هذه الخطورة في امور منها:

- ١- عدم تمييز المقلد بين نصوص مؤلّده ونصوص القرآن والسنة في القدسية وعدم تصور أي خطأ في المذهب الذي اعتنقه.
- ٢- التقليد بمذهب معين مدى الحياة يرثه الخلف من سلفه وهذا ما يؤدي الى التعصب المذهبي وبالتالي الى تمزق الامة. يقال ان احد الولاة العثمانيين فسي بغداد كان حنفياً وكان على طريقه جامع للشافعية فامر بهدمه ولم ينفذ امره الى ان وقف يوماً امام الجامع وقال لمن حوله الى متى ارى هذه الكنيسة قائمة؟ وقد اخذ الصراع بين المقلدين في بعض العصور شكلاً أشبه بالصراعات الحزبية السياسية اليوم.
- ٣- التقليد يقتل روح الانتاج ويبقى المقلد جامداً في تحركه متحجراً في عقله وافقاً حجر عثرة أمام كل تطور فكري، الأمر الذي يؤدي الى التخلف عن ركيب الحضارة البشرية والتقدم العلمي كما يشهد بهذه الحقيقة الوضع الحالي للعالم الاسلامي.

وفي الختام أقول : الحمد لله الذي وفقني على تقديم هذا الجهد المتواضع لطلبة العلم .
وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم .

المراجع

بعد القرآن الكريم والسنة النبوية كان الإعتماد في محتويات هذا المؤلف على المراجع الأصولية المعتمدة الآتية:

أ - أصول الفقه الحنفي

- ❖ الفصول في الأصول للجصاص، أحمد بن علي الرازي.
- ❖ شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح للإمام سعد الدين التفتازاني وحواشي الفنري وملا خسرو وعبد الحكيم والمرجاني.
- ❖ ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه للسمرقندي (محمد بن أحمد)، تحقيق الدكتور عبد الملك السعدي.
- ❖ أصول السرخسي للفقيه الأصولي السرخسي (أبي بكر محمد بن أحمد).
- ❖ كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول الإمام فخر الإسلام علي بن محمد اليزدي.
- ❖ شرح المنار للعلامة عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك على متن المنار للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي.
- ❖ التقرير والتحبير شرح ابن أمير الحاج على تحرير الإمام الكمال بن الهمام.
- ❖ تيسير التحرير للعلامة محمد أمين على التحرير لابن الهمام.
- ❖ مسلم الثبوت للعلامة البهاري.
- ❖ تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد الحلاوي.
- ❖ مشكاة الأنوار في أصول المنار لابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم).
- ❖ أصول الشاشي للشاشي (إسحاق بن إبراهيم الخراساني).

ب - أصول الفقه المالكي

- ❖ شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول للقرافي (أحمد بن إدريس).
- ❖ الفروق للقرافي.
- ❖ أحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي (سليمان بن خلف)، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري.
- ❖ الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (إبراهيم بن موسى الغرناطي).

- مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب بشرح القاضي عضد.
- مفتاح الوصول إلى علم الأصول للتمساني (محمد بن أحمد).

ج - أصول الفقه الشافعي

- المستصفي، للإمام الغزالي. تحقيق محمد أبو العلاء.
- شفاء الغليل، للإمام الغزالي. تحقيق الدكتور حمد الكبيسي.
- المنحول، للإمام الغزالي. تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- التبصرة في أصول الفقه، لابي إسحاق الشيرازي (إبراهيم بن علي). تحقيق الدكتور محمد هيتو.
- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف)، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب.
- منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي بشرح البغدادي للإمام محمد البغدادي والاسنوي (نهاية السؤل) للإمام جمال السدين عبد الرحيم الاسنوي.
- الأحكام في أصول الأحكام للأمدى (سيف الدين علي بن محمد).
- جمع الجوامع لابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) بشرح الجلال المحلي مع حاشية البناني.
- المحصول في علم أصول الفقه للعلامة فخر الدين بن محمد بن عمر السرازي، تحقيق الدكتور طه العلواني.
- غاية الوصول شرح لب الأصول كلاهما لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري.
- مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوي للحموي الفيومي (محمود بن أحمد). تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى محمود البنجويني.
- المنشور في القواعد للزركشي (محمد بن بهادر).
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للاسنوي (عبد الرحيم بن الحسن)، تحقيق الدكتور محمد هيتو.

د - أصول الفقه الحنبلي

- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد لابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي).

- ❖ المسودة في اصول الفقه تتابع على تصنيفه ثلاثة من ال تيمية.
- ❖ شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير للفتوحى (أحمد بن عبد العزيز). تحقيق مجمد حامد الفقى.

هـ- أصول الفقه الجعفرى

- ❖ مبادئ الوصول إلى علم الأصول للعلامة الحلى، تحقيق عبد الحسين البقال.
- ❖ شرح معالم الدين فى الأصول للنبرى (الشيخ مصطفى الاعتمادى).
- ❖ تهذيب الأصول للسبزوارى (السيد عبد الأعلى الموسوى).
- ❖ الأصول العامة للفقه المقارن للأستاذ محمد تقى الحكيم.
- ❖ معالم الدين فى أوليات أصول الفقه لآبى منصور جمال الدين الحسن بن الشهيد الثانى.

و- أصول الفقه الزيدى

- ❖ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق فى علم الأصول للشوكانى (محمد بن على).
- ❖ هداية العقول إلى غاية السؤل فى علم الأصول للحسين بن القاسم بن محمد.

ز- أصول الفقه الظاهرى

- ❖ الأحكام فى أصول الأحكام للفقيه الأصولى على بن حزم الأندلسى الظاهرى.

ح- أصول الفقه المعتزلى

- ❖ المعتمد لآبى الحسين البصرى (محمد بن على).

ط- أصول الفقه الإباضى

- ❖ شرح طلعة الشمس على الألفية المسماة شمس الأصول للعلامة عبد الله بن حميد السالمى.

للمؤلف

المؤلفات المنشورة وغير المنشورة للمؤلف

أ- المؤلفات المنشورة

- ١- أسباب إختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية.
- ٢- سلطان الإدارة في الطلاق في جميع الشرائع والقوانين خلال أربعة آلاف سنة - جزآن.
- ٣- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون.
- ٤- موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية.
- ٥- الالتزامات في الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية العربية.
- ٦- دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي.
- ٧- أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد - جزآن.
- ٨- شرح قانون الأحوال الشخصية (أحكام الميراث والوصية).
- ٩- المدخل لدراسة الشريعة.
- ١٠- الصلة بين المنطق والقانون.
- ١١- منهاج الإسلام لمكافحة الإجرام.
- ١٢- القلق أسبابه، أنواعه، علاجه.
- ١٣- أهمية الطاقات الروحية في الجيش.
- ١٤- فلسفة الشريعة.
- ١٥- حكم احكام القرآن .

ب- المؤلفات غير المنشورة

- ١- التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن.
- ٢- المنطق القانوني.
- ٣- نظرية الالتزام برد غير المستحق.
- ٤- الموسوعة العلمية للمصطلحات الفقهية.
- ٥- نهج القرآن في تنظيم حياة الإنسان.
- ٦- ميزان التراكات (باللغة الكردية).
- ٧- مذكرات حياته (باللغة الكردية).
- ٨- شرح قانون الاحوال الشخصية (أحكام الزواج والطلاق)
- ٩- نظرية الضمان في الفقه الاسلامي المقارن والقوانين العربية .
- ١٠- اسباب الاباحة في التشريع الجنائي الاسلامي والتشريعات الجزائية العربية .

البحوث العلمية

له أكثر من ثلاثين بحثاً علمياً في الشريعة والقانون منها منشورة ومنها غير منشورة.

من البحوث المنشورة

- ١- التنمية الإجتماعية في الشريعة الإسلامية بحث القي في مشاركة مؤتمر علماء الإجتماع العرب ١٩٨٠ في بغداد.
- ٢- مبدأ الشرعية منشور في مجلة القانون المقارن.
- ٣- أساس المسؤولية الجنائية منشور في مجلة القانون المقارن.
- ٤- التعليق على التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية منشور في مجلة القانون المقارن.
- ٥- مبدأ شخصية الجريمة مجلة التربية الإسلامية.
- ٦- الطاقة الروحية والحضارة جهة النشر المجمع العلمي العراقي (الحضارة).
- ٧- حقوق الإنسان في الإسلام منشور في مجلة بيت الحكمة.
- ٨- المنطق القانوني منشور في مجلة كلية صدام للحقوق.
- ٩- وصايا الحرب في الإسلام منشور في مجلة الجندي.
- ١٠- التشريع الإسلامي وما يتناوله من الأحكام جهة النشر معهد الدراسات القومية والإشتركية القانون في العراق فكراً وحضارة.
- ١١- ملاحظات ومقترحات حول قانون الأحوال الشخصية العراقي - مجلة كلية صدام للحقوق .
- ١٢- التعامل مع الجين البشري في الشريعة والقانون مجلة كلية صدام للحقوق .
- ١٣- الصلة بين الشريعة والفقہ الاسلامي والقانون مجلة كلية صدام للحقوق .
- ١٤- التكييف الشرعي والقانوني للعمليات الاستشهادية مجلة بيت الحكمة .

من البحوث غير المنشورة

- ١- حقوق المرأة في الإسلام.
- ٢- آثار أحكام الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية الحديثة.
- ٣- المبادئ الإسلامية العامة لتحقيق العدالة في القضاء.
- ٤- حكم الشريعة والقانون في بتر وزرع الأعضاء البشرية.
- ٥- حكم أطفال الأنابيب في الشريعة والقانون.
- ٦- حكم تحديد النسل في الشريعة والقانون.
- ٧- جنوح الأحداث.
- ٨- صنع الإنسان في مدرسة الرسول ﷺ .
- ٩- تغيير الأحكام بتغير الأزمان .
- ١٠- العلة المنصوصة وتحريم التدخين في القرآن .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الجزء الأول	
المقدمة	٦
القسم الأول : أدلة الأحكام الشرعية	٢١
الفصل الأول : القرآن والسنة النبوية	٢٤
المبحث الأول : القرآن الكريم	٢٤
المبحث الثاني : السنة النبوية	٣٧
الفصل الثاني : المصادر التبعية العقلية المتفق عليها	٥٩
المبحث الأول : الإجماع	٥٩
المبحث الثاني : العرف	٧٧
الفصل الثالث : الأدلة التبعية العقلية المختلف فيها	٩٥
المبحث الأول : حجية قول الصحابي	٩٥
المبحث الثاني : شرع من قبلنا	١٠٤
الفصل الرابع : المصادر التبعية العقلية	١١١
المبحث الأول : القياس	١١٢
المبحث الثاني : المصلحة	١٤٠
المبحث الثالث : الإستحسان	١٦٣
المبحث الرابع : الذرائع سدها وفتحها	١٧٥
المبحث الخامس : الإستصحاب	١٨٦
الجزء الثاني	
القسم الثاني : الأحكام الشرعية العملية	٢٠٤
الفصل الأول : الحكم الشرعي التكليفي	٢١١
المبحث الأول : أنواع الحكم الشرعي التكليفي	٢١١
المبحث الثاني : الواجب	٢٢١
الفصل الثاني : الحكم الشرعي الوضعي	٢٣٦
المبحث الأول : السبب	٢٣٦

٢٤٧	المبحث الثاني : الشرط
٢٥٥	المبحث الثالث : المانع
٢٦٧	الفصل الثالث : عناصر الحكم الشرعي
٢٦٧	المبحث الأول : الحاكم
٢٧٦	المبحث الثاني : المحكوم فيه
٢٨٩	المبحث الثالث : المحكوم عليه
٢٩٥	القسم الثالث : دلالات النصوص وطرق إستنباط الأحكام
٢٩٨	الفصل الأول : النصوص بإعتبار المعاني وضماً وإستعمالاً
٢٩٨	المبحث الأول : الخاص
٣٠١	المطلب الأول : الامر
٣٠٧	المطلب الثاني : النهي
٣١٦	المطلب الثالث : المطلق والمقيد
٣١٧	المطلق
٣١٨	المقيد
٣٣٠	المبحث الثاني : العام والتخصيص
٣٣٠	المطلب الأول : العام وصيغته
٣٥٠	المطلب الثاني : التخصيص
٣٧٧	المبحث الثالث : المشترك
٣٨٦	المبحث الرابع : الحقيقة والتمثيل
٣٩٥	الفصل الثاني : دلالات النصوص منطوقاً ومفهوماً
٣٩٨	المبحث الأول : منطوق النصوص
٤١٦	المبحث الثاني : مفهوم النص
٤٣٢	الفصل الثالث : دلالة النصوص وضوحاً وخفاءً
٤٣٦	المبحث الأول : الدلالة القطعية
٤٤٥	المبحث الثاني : الدلالة الظنية
٤٥٤	المبحث الثالث : الدلالة الغامضة
٤٧٣	تكملة في الاجتهاد والتقليد

٢٥١

ز ٨٨٩ الزلي ، مصطفى ابراهيم
اصول الفقه في نسيجه الجديد / مصطفى ابراهيم
الزلي .. بغداد : شركة الخنساء للطباعة ،

.٢٠٠٢

ص ٢٤ سم .

١- الفقه الاسلامي ، اصول

أ . العنوان

و.م

٢٠٠٢ / ٨٩٣

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ٨٩٣ لسنة ٢٠٠٢