

المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي



فصل دراسي ثاني



منشورات جامعة حلب
كلية الحقوق

المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي

الدكتور

د. أحمد نعان

المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة حلب

مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية

لطلاب السنة الأولى

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م



فهرس المحتويات

الفصل التمهيدي

- ٧ مبادئ في فهم الشريعة الإسلامية وخصائصها ومذاهبها الفقهية
- ٧ المبحث الأول: معنى الشريعة الإسلامية وعلاقتها بغيرها
- ١١ المبحث الثاني: خصائص الشريعة وعوامل المرونة فيها

الباب الأول: مصادر التشريع الإسلامي وأدواره

- ٢٧ الفصل الأول: المصادر الأصلية
- ٢٧ المبحث الأول: القرآن الكريم
- ٣٧ المبحث الثاني: السنة النبوية
- ٤٥ المبحث الثالث: الإجماع
- ٥١ المبحث الرابع: القياس

- ٦٩ الفصل الثاني: المصادر التبعية
- ٦٩ المبحث الأول: الاستحسان
- ٧٤ المبحث الثاني: المصلحة المرسلّة
- ٧٩ المبحث الثالث: العرف
- ٨١ المبحث الرابع: الاستصحاب

- ٨٣ المبحث الخامس: شرع من قبلنا
- ٨٥ المبحث السادس: مذهب الصحابي

- ٨٧ الفصل الثالث: الأدوار التاريخية لتطور الفقه الإسلامي
- ٨٧ المبحث الأول: الدور الأول: دور الرسالة
- ٨٨ المبحث الثاني: الدور الثاني: دور التمهيد (عصر الصحابة)
- ٩١ المبحث الثالث: الدور الثالث: دور التأسيس (عصر التابعين)

- ٩٦المبحث الرابع: الدور الرابع: دور الكمال (دور الاجتهاد وتكوين المذاهب)
- ١٠٣المبحث الخامس: الدور الخامس: دور التحرير والتخريج (الاجتهاد المقيد)
- ١٠٤المبحث السادس: الدور السادس: دور النهضة العلمية الحديثة

الباب الثاني: القواعد والنظريات الفقهية

- ١١١الفصل الأول: القواعد الفقهية
- ١١٤المبحث الأول: القواعد المتعلقة بالترجيح بين الأدلة المتعارضة
- ١١٦المبحث الثاني: القواعد المتعلقة بالباعث
- ١١٨المبحث الثالث: القواعد المتعلقة بمراعاة المصالح
- ١١٩المبحث الرابع: القواعد المتعلقة بالعرف
- ١٢٠المبحث الخامس: القواعد المتعلقة بالاستصحاب
- ١٢١المبحث السادس: قواعد متفرقة
- ١٢٥الفصل الثاني: النظريات الفقهية – العقد والملكية
- ١٢٥المبحث الأول: نظرية العقد
- ١٢٦المطلب الأول: تكوين العقد
- ١٣٠المطلب الثاني: محل العقد وشروطه
- ١٣٢المطلب الثالث: العاقد
- ١٣٨المطلب الرابع: عيوب العقد
- ١٤٣المطلب الخامس: أقسام العقد
- ١٥١المطلب السادس: الخيارات
- ١٦٠المطلب السابع: انتهاء العقد
- ١٦٢المبحث الثاني: لمحة موجزة الملكية في الفقه الإسلامي
- ١٦٢المطلب الأول: أسباب الملك
- ١٦٣المطلب الثاني: أقسام الملك باعتبار حقيقته
- ١٦٤المطلب الثالث: الفروق الجوهرية بين الملك التام والملك الناقص
- ١٦٥المطلب الرابع: أقسام الملك باعتبار سببه
- ١٦٦المطلب الخامس: أقسام الملك باعتبار السقوط وعدمه

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى جميع أنبياء الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فهذا الكتاب كتاب المدخل إلى دراسة التشريع لطلاب كلية الحقوق في السنة الأولى، يلقي الضوء على معالم الشريعة وخصائصها وتميزها عن غيرها، وعلى عوامل السعة والمرونة فيها، ليكون مفتاحاً لفهم التراث الفقهي عبر العصور وكيفية فهمه وتوثيقه وإدراك مدى حجته، ثم يعرض لمصادر الشريعة الإسلامية ثم الأدوار التي مرت به، ثم يعرض لبعض القواعد الفقهية ويعطي لمحة موجزة عن الملكية والعقد في الشريعة الإسلامية. وقد جمع هذا الكتاب عدة علوم شرعية بإيجاز، هي جزء من علم أصول الفقه في الباب الأول عبر الحديث عن مصادر التشريع، وجزء من تاريخ التشريع عبر الحديث عن الأدوار التشريعية للفقه الإسلامي، وجزء من علم القواعد الفقهية عبر ذكر أهم القواعد الفقهية، وجزء من النظريات الفقهية عبر الحديث عن العقد والملكية في الفقه الإسلامي، والغاية إلقاء الضوء على أبرز ما في الفقه الإسلامي وأصوله من موضوعات تهم غير المتخصصين في الشريعة الإسلامية، والتدريب على كيفية فهم الأحكام والتعريف بمناهج الاستنباط، وإدراك المصالح والمباني التي قامت عليها الشريعة الإسلامية.

حلب في ١٠/١٠/٢٠٢١م

المؤلف



الفصل التمهيدي

مبادئ في فهم الشريعة الإسلامية

وخصائصها ومذاهبها الفقهية

المبحث الأول

معنى التراث والشريعة الإسلامية وعلاقتها بغيرها

المطلب الأول: التراث وفهمه

١- تعريف التراث:

التراث هو نتاج العقل البشري المسلم عبر القرون^(١)، وقد بدأ هذا التراث مع تدوين المسلمين للعلوم في أواخر القرن الثاني الهجري، وقد جعل هذا التراث لنفسه محوراً هو النص - الكتاب والسنة - بما اشتمل عليه من أحكام ومقاصد شرعية وهذه المقاصد والقيم تعمل في وسط قواعد، فقد جعل المسلمون النصّ محوراً لحضارتهم ومعياراً للتقويم، فولّدوا علومًا كثيرة كعلم أصول الفقه وعلم النحو وعلم الصرف وعلم البلاغة وعلم الرجال وعلم مصطلح الحديث وعلم الخط، يريدون بهذه العلوم أن يخدموا النص، واقتضى وجود النص مسألة التوثيق وهذا مطلب الإنسان الساعي إلى معرفة الحق لتوثيق النص، وليس هناك كتاب على وجه الأرض له تلك الأسانيد المتصلة كالقرآن الكريم^(٢).

٢- فهم التراث

إن هذا التراث الذي بين أيدينا لا بد أن نفهمه، فكثير من الناس يرفضون التراث رفضاً تاماً وهذا رفض وجداني؛ لأنه لم يفهم التراث أصلاً حتى يرفض ما فيه، وكثير من

(١) المدخل، د. علي جمعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط ١، عام ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ص ٩

(٢) المدخل، د. علي جمعة ص ١٠-١١

الناس يقبلون التراث قَبُولًا تامًّا وهذا قبول وجداني أيضًا؛ لأنه لم يفهم ما فيه أيضًا مع كونه أفضل من الأول لأنه ينتمي إلى آبائه وأجداده. وتعود الأسباب التي تحول بيننا وبين النص التراثي المكتوب إلى واحد من خمسة أمور:

أ- أن يكون القارئ المعاصر قد فقدَ التصور الكليّ الذي كان شائعًا لدى الكتاب للتراث عبر الزمان والمكان، فحتى نفهم التراث يجب أن نفهم التصورات الكلية التي كانت قائمة في أذهانهم.

ب- افتقاد القارئ المعاصر إلى النظريات الكلية التي حكمت الذهن العلمي عندما أنشأ تلك العلوم أو تعامل معها أو دَوَّنَهَا، وهذه النظريات لا توجد في كتب التراث بطريقة شاملة، بل نجد عناصرها مشتتة في الكتب وموزعة على الأعصار وبين المذاهب المتعددة، وقد قام في الآونة الأخيرة مَنْ استنبط تلك النظريات، فكتب في نظرية العقد ونظرية الملكية ونظرية المال ونظرية الحق ونظرية الضمان ونظرية المسؤولية، لكن الأمر لم يسر في كل العلوم كما سار في الفقه، ولكن هناك نظريات نضجت كنظرية العقد ونظريات ما زالت في بداية طريقها كالشخصية الاعتبارية.

ج- الأمر الثالث الذي يقطع الصلة بالتراث قضية المصطلحات، فكل علم وعصر ومذهب مصطلحاته الخاصة إذا افتقدها القارئ فإنه لا يدرك كثيرًا مما أمامه، ويقف هذا حجر عثرة في فهم التراث.

د- فقد علوم الآلة فقد كان الذي يكتب في الفقه يدرس قبله علم المنطق وعلم الصرف والنحو والبلاغة وأصول الفقه، تُكوّن كل هذه العلوم نسيجَه الفكري، فلما يتكلم في الفقه يتكلم بهذه الأداة التي تولدت في ذهنه، فيتكلم الفقيه وهو مستبطن لعلم المنطق وعلم الأصول.

هـ- قضية الصياغة اللغوية والمنطقية التي تحتم علينا أن ندرك فلسفة اللغة^(١).

(١) المدخل د. علي جمعة ١٥-١٧

المطلب الثاني: تعريف الشريعة وعلاقتها بالقانون والشرائع الأخرى

١- تعريف الشريعة:

الشريعة لغة الطريقة المستقيمة أو مورد الماء الجاري.

والتشريع في الاصطلاح: هو وضع القواعد وبيان النظم التي تسير عليها الأفراد والجماعات^(١).

والعلاقة بين الشريعة والفقه أن الشريعة أعم والفقه أخص، فالفقه هو العلم المتعلق بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، بينما الشريعة ما شرعه الله من الأحكام الثابتة بالأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والأدلة الأخرى، فتشمل الشريعة علم التفسير والحديث وأصول الفقه والفقه.

٢- العلاقة بين الشريعة والقانون:

القانون مقياس كل شيء وطريقه، وهو كلمة رومية وقيل: فارسية. وهو في اللغة: هو أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه^(٢).

أما القانون بالمعنى الاصطلاحي: فهو قواعد وأحكام تضعها السلطة العليا لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات وحماية حقوقهم، وتقضي بالعقاب والثواب، تُنفذها الدولة بواسطة المحاكم.

وإذا ذكر القانون في مقابل كلمة الشريعة أو معها فالمراد به ما وضعه البشر من أحكام لتنظيم شؤون حياتهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض أفرادًا وجماعات ودولاً.

ويعد قانون حمورابي والقانون الروماني من أقدم القوانين التي تأثرت بها الدول الغربية، التي تأثرت بها القوانين الوضعية في البلاد العربية، التي قد زُعم أن الفقه الإسلامي تأثر به، وهو كلام عارٍ عن الصحة لاختلافهما في النشأة والمصدر والفلسفة والغاية.

(١) المدخل د. علي جمعة ١١٧

(٢) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة ٧٦٣/٢

٣- مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون:

الشريعة الإسلامية تشريع سماوي من الله تعالى وتختلف عن غيرها من التشريعات الوضعية بالآتي:

١- أنها دين يُتَعَبَّد به، فيها مبدأ الثواب على الطاعة والعقاب على المعصية، وقد تنقرر للمخالفة عقوبةً دنيوية، إلا أن فكرة الثواب والعقاب مرتبطة بالآخرة، بينما التشريع الوضعي لا يتعلق بما في القلوب.

٢- أن الشريعة الإسلامية تسعى للرفي بالإنسان وجعله طاهر القلب عالي النفس، بينما التشريع الوضعي يقصد ضبط المجتمع فقط من غير تدخل لترقية أخلاق الإنسان.

٣- أن التشريع الإسلامي يأمر وينهى، في حين أن القانون يقصد إلى النهي فقط ولا يقصد إلى عمل الخير إلا بصورة تبعية.

٤- أن التشريع الإسلامي يحاسب على الأعمال الظاهرة والباطنة معاً، في حين أن التشريع الوضعي لا يحاسب إلا على الظاهر فقط^(١).

وقد يقول بعض المغالطين: إن لفظة الشريعة لم ترد في القرآن بمعنى التشريع والقانون فلم تركزكم على قضية التشريع في الإسلام؟ والجواب أن القضية ليست قضية ألفاظ فلو كان الأمر كذلك لأمكن أن يقال: إن القرآن لم يرد فيه لفظة عقيدة فلم تركزون على العقيدة؟ ولم يرد فيه كلمة فضيلة فلم تركزون على الفضيلة؟....

٤- علاقة الشريعة الإسلامية بغيرها من الشرائع:

إن الشريعة الإسلامية نظام منبثق من عقيدة مفادها أن الخالق هو الله وحده، وأن مراده من خلقه صلاح الدنيا، وذلك يحصل بإرسال الرسل وإنزال الكتب، وقد وضعت الشريعة الإسلامية إطاراً عاماً للتشريع فأمرت بما يحافظ على النظام العام والآداب العامة، من حفظ النفس بتحريم القتل والعدوان، وحفظ العقل بتحريم المخدرات والمسكرات، وحفظ الدين بوجوب الإيمان وتحريم الإلحاد، وبحفظ كرامة الإنسان وعرضه وماله، ومحافظة

(١) المدخل د. علي جمعة ١١٧

الإنسان على هذه الأمور من مقاصد الشريعة وهو في الوقت نفسه يمثل النظام العام الذي يطالب به الله عز وجل البشر جميعاً ألا يخرجوا منه، وفي ظل هذه الأطر التي حددها الإسلام التي لا يقبل مخالفتها بحال يمكن بعد ذلك في مساحة كبيرة من الإباحة أن تتغير الأحكام المبنية على العرف وعلى المصالح، وتكون دائرته واسعة جداً في العقود الجديدة، بينما لا يجوز تجاوز الأحكام الثابتة التي تحفظ المقاصد الخمسة فلا يجوز لأي تشريع أن يُجِلَّ القتل أو الزنى أو الربا أو السرقة أو شهادة الزور أو الكذب أو التعذيب أو الاعتداء على أموال الناس وممتلكاتهم، في حين أن الأنظمة الوضعية يمكن أن تقرر تحت دعوى حرية الإنسان انتهاك الأعراض ما دام ذلك بالتراضي، وهذا الفارق الكبير بين التشريع الملتزم بالثوابت التي أقرها الله تعالى وبين محاولة الآخرين أن يشرعوا لأنفسهم طبقاً لما يتوهمونه من النفع أو المصلحة أو جلب اللذات^(١).

المبحث الثاني

خصائص الشريعة وعوامل المرونة فيها

المطلب الأول: الخصائص العامة للشريعة الإسلامية:

تتميز الشريعة الإسلامية بالخصائص الآتية:

١ - الربانية:

تتماز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بما لها من صفة ربانية وصبغة دينية، تضي على تشريعاتها صفة القداسة في نفوس أتباعها من الاحترام والقبول، فمشروع هذه القوانين هو الله خالق البشر وهو أدرى بما خلق {أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ} [الملك: ١٤] وبذلك يسارع المكلف إلى تنفيذ الأوامر الشرعية تعبدًا، ففي أداء الالتزامات المالية نجد أن المكلفين بدفع الضرائب يتهربون منها بأساليب شتى متذرعين بذرائع شتى، بينما يدفع الغني زكاة ماله طيبة بها نفسه من غير زجر أو ملاحقة من أحد^(٢).

(١) المدخل د. علي جمعة ١١٧-١١٨

(٢) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف المصري، مؤسسة الرسالة ط ١ عام ١٩٩٣ م ٨٣

حتى إن الأحكام التنظيمية للدولة واجبة الطاعة ما دامت لا تخالف قواعد الشريعة الإسلامية، فتجب طاعة قوانين السير أو تنظيم شؤون البلديات والبناء مثلاً، فإن طاعة هذه القوانين واجبة ما دامت لا تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن مبنى هذه القوانين على المصالح المرسلّة، والأصل في ذلك أن طاعة ولي الأمر في غير المعصية واجبة شرعاً لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} [النساء: ٥٩]^(١).

وبهذا تتميز الشريعة الإسلامية من القوانين الوضعية بأن الأخيرة أنظمة مدنية ودينية فحسب، وأحكامها تقتصر على مراعاة الظاهر، والعقوبات فيها محصورة في الناحية الدنيوية ولا مكان فيها لفكرة الحلال والحرام ولا للنية ولا للحساب يوم القيامة، أما الشريعة فهي نظام روحي ومدني ديني وديني، تعتمد وازع الإيمان والخلق بالإضافة إلى اعتمادها على قوة السلطان ورقابة الدولة، وتضع الجزاء الأخروي مع الجزاء الدنيوي جنباً إلى جنب، فمن قضت له المحكمة بشيء بناء على سبب ظاهر وكان في الحقيقة مبطلاً بأن كانت وثائقه مزورة وشهوده كاذبين، أو رفضت دعوى خصمه بسبب التقادم وكان الحق لم يزل في ذمته بالفعل، فإن قضاء المحكمة وإن عُدد نافذاً في الظاهر لا يسوغ للمحكوم له أكل المال الحرام^(٢).

٢ - الأخلاقية:

كما تتميز الشريعة برعاية الأخلاق فهي شريعة أخلاقية بكل ما لكلمة أخلاق من معنى، فالنبي ﷺ قال: ((إنما بعثت لأتمم حسن الأخلاق^(٣)))

(١) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للمصري ٩١

(٢) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للمصري ٩٣

(٣) أخرجه مالك في الموطأ بلاغاً في حسن الخلق - باب ما جاء حسن الخلق، مالك بن أنس الأصبحي المدني، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي

- الإمارات الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ١٣٣٠/٥

ويظهر الفرق بين الشريعة والقانون من حيث الموضوع والغاية، فموضوع القانون هو الحقوق عينية كانت أو شخصية، بينما موضوع الشريعة هو التكاليف، فالقوانين تنظر إلى ما للإنسان من حقوق، أما الشريعة فتتنظر إلى ما عليه من التزامات وواجبات، وهذه الواجبات هي حقوق لغيره عليه، ينبغي أن يحافظ عليها بقدر ما يحافظ على حقوقه لدى الآخرين، فالإنسان في القانون مطالب سائل، وفي الشريعة مطالب مسؤول.

أما من حيث الغاية فإن غاية المجتمع استقرار معاملاته وانتظام العلاقات ولو اقتضاه أن يحيد عن القواعد الأخلاقية في بعض الحالات، فالقانون يقر بالملك لمن يضع يده على عقار مدة خمس عشرة سنة ولو كان غاصباً، ويقر بسقوط الحق بالتقادم متجاوزاً ما تقضي به القواعد الأخلاقية في هذا الخصوص^(١). في حين أن الشريعة الإسلامية فرضت الكفارات وهي عقوبات - ذات طابع خاص - على جرائم معينة ووكلتها إلى ضمير المكلف من غير رقابة السلطة القضائية، وذلك مثل كفارة الحنث في اليمين قال تعالى: { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ } [المائدة: ٨٩] فهي عقوبة فيها معنى العبادة، أو عبادة فيها معنى العقوبة، فالإسلام لا يقر انفصال التشريع عن الأخلاق لأن مهمة الشريعة أن ترقى بالأمم لتعينها على التحرر من الشهوات والأنانية والتقاليد الفاسدة والأعراف الضارة، وهذا يوضح البون الشاسع بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، حيث جاءت الشريعة بتقنين الأخلاق كتحریم الزنى... بينما يباح في كثير من القوانين، أما القانون الروماني فقام على أساس تقنين العادات مهما كانت^(٢).

(١) أصول القانون للسنهوري وحشمت أبو ستيت ص ١٦ نقلاً عن المدخل لدراسة الفقه لمحمد يوسف موسى

(٢) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للمصري ٩٦-٩٧

ومن هذا الباب جاءت أخلاقيات الحرب في الشريعة الإسلامية فحُرمت على المحاربين تخريب العمران وإفساد المزروعات والتمثيل بالجنث وقتل مَنْ لا يقاتل كالنساء والصغار وكبار السن، فقد قال ﷺ: ((لَا تَغْلُوا، وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تُثَلُّوا، وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيدًا^(١))) وقال: ((ولا تقتلوا شيخًا فانيًا ولا طفلًا ولا صغيرًا ولا امرأة ولا تَغْلُوا^(٢))) ومن الأخلاقيات التي جاءت بها الشريعة الرفق بالحيوان ورعايته وتجنب إيذائه وتجويعه وتعطيشه وحبسه.

يقول هربرت سبنسر: "بعد الثورة الفرنسية أخذ المشرعون الأوروبيون في تجريد القوانين من كل ماله مساس بالدين والأخلاق والفضائل الإنسانية، فاقترنت رسالة القانون على تنظيم العلاقات المادية وما يمس الأمن ونظام الحكم"^(٣).

٣- الواقعية:

من مزايا الشريعة الإسلامية أنها مع مراعاتها للمثل الأخلاقية تراعي الواقع القائم، فهي بعيدة عن الخيالات والمثاليات المبنية كما صنف أفلاطون في جمهوريته والفارابي في مدينته الفاضلة، فقد أقر القرآن الكريم معاقبة المعتدي بمثل عقوبته من غير زيادة أو نقصان، فقرر مبدأ العدل ثم فتح الباب للإحسان فقال: {وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ} [الشورى: ٤٠] وقال: {وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ} [النحل: ١٢٦] ولم تأمر الشريعة بالخروج عن الملكية لأن حب المال أمر فطري، فقررت الشريعة حق التملك ولكنها وضعت له بعض القيود

(١) أخرجه مالك في الموطأ باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو ٤٧/٢ ومسلم في صحيحه المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي - بيروت باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها ١٣٥٧/٣

(٢) أخرجه أبو داود في سننه باب في دعاء المشركين سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني المحقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي دار الرسالة العالمية

الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م ٢٥٣/٤

(٣) مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، للمصري ٩٩

للتخفيف من أخطاره. ومن واقعية الشريعة اعترافها بالضرورات الفردية والجماعية التي تطرأ على حياة الناس فأباحت ما كان محرماً قبل حالة الضرورة من الأطعمة والأشربة^(١).

ومن واقعية الشريعة ابتناؤها على اليسر ودفع الحرج، وستأتي القواعد المتعلقة بذلك.

٤ - الإنسانية:

فالشريعة الإسلامية شريعة عالمية إنسانية شرعت من أجل الإنسان لترقى به، فحافظت على كرامة الإنسان حيث قال تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ} [الإسراء: ٧٠] وراعت كرامة الإنسان بمنع التعدي عليه حتى قبل ولادته عندما يكون جنيناً، ووازنت بين حاجات الروح بتشريع العبادات وحاجات الجسد بتشريع الزواج والتجارة وجني الرزق، وألزمت المجتمع بتحمل تأمين الحاجات الأساسية من لباس وطعام وعلاج... عند عدم وجود دخل لهذا الإنسان، وفرضت نفقته على الموسرين من أقاربه، وعند عدم وجودهم فرضت على الدولة العناية بالمعوزين.

والمقصود بالعالمية النظر إلى سكان الأرض بوصفهم وحدة متماسكة، والفرق بين الإنسانية والعالمية أن الإنسانية نظرة خلقية تعلي من قدر الإنسان وتمنع كل ما يؤدي إلى امتهانه أو إذلاله أو تعذيبه^(٢).

٥ - التناسق:

وهو أن تعمل أجزاء الكل بانتظام وتعاون لخدمة هدف مشترك، بحيث لا تتنافر ولا تتضارب ولا ترى بينها إلا الوحدة والانسجام، ويعبر عن هذه الخصيصة بالتكامل، ويجد المتأمل ظاهرة التناسق فيما خلقه الله من الكواكب والأفلاك وحركتها وانتظامها، فلا تتصادم منذ ملايين السنين، وفي خلق الإنسان والحيوان والنبات، قال تعالى: {وَالشَّمْسُ بِحُجْرِ لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا ذَلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ} [يس: ٣٨]

(١) مدخل لدراسة الشريعة للمصري ١١١

(٢) مدخل لدراسة الشريعة للمصري ١٢٤-١٢٥

وَمَنْ نظر إلى الشريعة نظرة متكاملة اتضح له هذا التكامل في أحكامها، فرفعت الشريعة من مكانة المرأة وجعلتها صنو الرجل في التكليف، فقد جاء في السنة: ((إِنَّمَا النِّسَاءُ شَقَائِقُ الرِّجَالِ^(١))) فإذا نظرنا في تشريع الميراث مثلاً نجد قول الله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ} [النساء: ١١] وربما يتوهم بعضهم أن الشريعة جارت على المرأة وميزت الرجل، من غير أن ينظروا إلى الصورة كاملة وهي أن الله تعالى أعطى كل واحد من الجنسين وفقاً لما يتحمله من تكاليف وأعباء، ولا يفهم هذا إلا بتفهم كامل الأحكام الشرعية، فالمرأة قبل الزواج في كفالة أبيها يلزمه الإنفاق عليها وبعد الزواج في كفالة زوجها يلزمه الإنفاق عليها مهما كنت ثرية، والرجل مكلف بدفع المهر وبتجهيز البيت وأثاثه، أما المرأة فاستفادت مهرها بالإضافة إلى حصتها من التركة، فتجد التكامل بين قانون الميراث وقانون النفقات وقانون الصداق، بحيث تخدم كلها مبدأ العدل الذي يقوم عليه الإسلام^(٢).

٦- الشمول:

ومن خصائص الشريعة الإسلامية شمولها لكل جوانب الحياة:

- ١- فتشمل العبادات من الطهارة والصلاة والزكاة والحج والأيمان والنذور والأضاحي
- ٢- وتشمل الجانب الأسري من الخطبة والزواج والطلاق والنسب والحضانة والوصية والميراث والنفقات... وهو ما يعرف بالأحوال الشخصية.
- ٣- وتشمل المعاملات المالية من البيع والإجارة والإعارة والرهن والوديعة والشركة والهبة والوفاء بالالتزامات المالية... فيما يعرف بالقانون المدني.
- ٤- وتشمل الجانب الجزائي حيث نصت الشريعة على عقوبات للجرائم الكبرى كالسرقة والزنى وقطع الطريق... وجعل لها عقوبات محددة، بالإضافة لما يعرف بالتعزير، حيث فُوض تقدير هذه العقوبة إلى الحاكم أو القاضي وهو ما يسمى بالقانون الجزائي.

(١) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الطهارة باب الرجل يجد البلة في منامه ١٧١/١ حديث حسن لغيره

(٢) مدخل لدراسة الشريعة للمصري ١٢٧-١٢٨

٥- وتشمل أصول التقاضي والمرافعات ووسائل الإثبات من بَيِّنات وشهادة ويمين فيما يعرف بأصول المحاكمات.

٦- وتشمل العلاقات الدولية والمعاهدات ومعاملة الأسرى فيما يعرف بالقانون الدولي^(١).

المطلب الثاني: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية:

هناك عوامل خمسة لهذه السعة والمرونة هي:

١. اتساع دائرة العفو.

٢. النص على الكليات.

٣. قابلية النص لتعدد الأفهام.

٤. مراعاة الظروف الطارئة.

٥. تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والحال.

يبين هذا الفصل سعة الشريعة الإسلامية ومرونتها وقابليتها لمواجهة التطور البشري مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان، وقد خيل لبعض الناس من المستشرقين وأمثالهم أن الشريعة الإسلامية صارمة جامدة لا تتسع لمسايرة التطور ولقد كانت الشريعة الإسلامية سائدة خلال ثلاثة عشر قرنًا ودخل فيها مختلف البيئات والأجناس والتقت بعدد من الحضارات فكان عندها لكل مشكلة حل ولكل حادث حديث فكيف اتسعت لهذه البيئات والحضارات المتنوعة؟

أولاً: سعة منطقة العفو المتروكة قصداً:

تركت الشريعة الإسلامية مجالاً لاجتهاد المجتهدين، ليملئوها بما هو أصح لهم وأليق بزمانهم، وقد جاء في الحديث: ((إِنَّ اللَّهَ حَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا وَفَرَضَ لَكُمْ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا وَتَرَكَ أَشْيَاءَ مِنْ غَيْرِ نَسْيَانٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَكِنْ رَحْمَةٌ مِنْهُ لَكُمْ فَاقْبَلُوهَا وَلَا تَبْحَثُوا فِيهَا^(٢))). وقال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ

(١) أصول الفقه لأبي زهرة ٩٥-٩٩ والمدخل لدراسة التشريع، للمصري ١٤٢

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک کتاب الأطعمة ١١٧/٤

إِنْ تُبَدِّلَكُمْ تَسْؤُكُمْ} [المائدة: ١٠١] وتسمية منطقة العفو مأخوذة من حديث: ((فما أحلَّ فهو حلالٌ، وما حرَّم فهو حرامٌ، وما سَكَتَ عنه فهو عَفْوٌ^(١))) وملء هذه المنطقة يكون بالاجتهاد حسب المسالك التي سلكها العلماء من القياس كقياس تحريم الإجارة وقت صلاة الجمعة على البيع {فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ} [الجمعة: ٩]، أو الاستحسان عندما يؤدي القياس إلى نتائج تتعارض مع مقاصد الشريعة، وليس معناه مجرد التشهي والهوى من غير الاستناد إلى أصل، بل تقديم مصلحة جزئية على قياس كلي أو تقديم قياس خفيف علته ولكنها قوية التأثير على قياس ظاهر العلة ولكنها ضعيفة التأثير^(٢).

وقد يكون مستند الاستحسان العرف كتجوير عقد الاستصناع^(٣) مع أنه بيع معدوم لأن العرف جرى على التعامل به، وقد يكون مستنده المصلحة كتضمن الأجير المشترك^(٤) إذا هلك المال في يده، وقد يكون مستنده رفع الحرج كإغفار الغبن اليسير في المعاملات^(٥)، ومن صور الاستحسان جواز إطلاع الطبيب على العورة لغرض العلاج. وقد يكون مستنده الاستصلاح (المصلحة المرسلية) وهو أخصب مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ويتسع لاستيعاب تطورات الناس والمصلحة المرسلية هي التي لم يرق دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها، وجمهور الفقهاء يعدون المصلحة المرسلية حجة في التشريع والمصلحة هي التي وجهت عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى تدوين الدواوين واتخاذ السجون وإراقة اللبن المغشوش ومشاطرة الولاة أموالهم إذا تاجروا في أثناء ولايتهم، وهي التي جعلت عثمان بن عفان ينسخ المصاحف ويوزعها على البلدان وهي التي

(١) أخرجه أبو داود كتاب الأطعمة - باب ما لم يذكر تحريمه ٦١٨/٥

(٢) المدخل لدراسة التشريع، يوسف المصري ١٤٢

(٣) هو عقد تكون فيه المواد والصناعة من قبل الأجير كتصنيع غرفة ضيوف مثلاً وتندرج فيه عقود المقاولات اليوم.

(٤) الأجير المشترك هو من يتقبل أعمال عدة أشخاص في الوقت نفسه كمصلح السيارات مثلاً.

(٥) المدخل لدراسة الشريعة، يوسف المصري ١٤٤

جعلت علي ابن أبي طالب رضي الله عنه يأمر أبا الأسود الدؤلي بوضع مبادئ علم النحو، وهي التي جعلت في زمان لاحق الحكّام يلجؤون إلى تعريب الدواوين وضرب النقود واتخاذ البريد^(١).

العرف:

وفي منطقة الفراغ من النصوص الملزمة يتسع المجال للأخذ بالعرف، والعرف ما اعتاده الناس وتواضعوا عليه في شؤون حياتهم حتى أنسوا به واطمأنوا إليه وأصبح أمراً معروفاً، سواء أكان عرفاً قولياً أو عملياً، فالقولي كتعارف الناس أن السمك لا يُطلق عليه لحم، والعملي كتعارفهم على البيع بالمعاطاة من غير إيجاب وقبول.

والعرف العام ما يتعارف عليه كافة الناس على اختلاف طبقاتهم في كافة البلدان والأقطار، أما العرف الخاص فهو ما يتعارف أو يشيع في بعض الأقطار أو يختص ببعض الفئات كالتجار أو المزارعين.

وقد تركت كثير من الأحكام في القرآن الكريم للعرف، كما في تقدير النفقة للزوجة في قوله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: ٢٣٣] فالعرف هو المحكم في تحديد نفقة الزوجة.

ورعاية العرف هي نوع من رعاية المصلحة، فمن مصلحة الناس أن يقرروا على ما ألفوه وتعارفوه وأصبح إلفهم لها من عاداتهم الاجتماعية يصعب عليهم تركها، ويشتد في العرف المعتبر ألا يصادم نصاً ولم يكن من ورائه ضرر، وإلا فهو عرف فاسد والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، كالنزاع حول قبض المهر وعدمه يراعى فيه العرف.

ثانياً: اهتمام النصوص بالأحكام الكلية:

فمعظم النصوص جاءت في صور مبادئ وأحكام عامة كلية عامة لم تتعرض للجزئيات والتفصيلات، إلا فيما كان شأنه الثبات والدوام كالعبادات والزواج والطلاق

(١) المدخل لدراسة الشريعة، يوسف المصري ١٥٠-١٥١

والمواريث... أما ما عدا ذلك مما يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، فجاءت النصوص فيه موجزة ومرنة إلى حد بعيد {وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ} [الشورى: ٣٨] وقوله تعالى: {وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ} [آل عمران: ١٥٩] فقد أمر الله نبيه ﷺ بالشورى وهو المؤيد بالوحي فغيره مأمور بها من باب أولى، لكن ما صورة الشورى وكيف تتحقق؟ هذا ما تركته النصوص ولم تفصل فيه، لأن لكل زمن أسلوبه ولكل واقعة ظروفها ولكل بيئة حكمها، فالبدو غير الحضار وبيئة المتعلمين غير بيئة الأميين وظروف السلم غير ظروف الحرب^(١).

ثالثاً: قابلية النصوص لتعدد الأفهام:

إن معظم النصوص التي تعرضت للأحكام الجزئية والتفصيلية صاغها الشارع الحكيم صياغة تتسع لأكثر من فهم مما ساعد على وجود المدارس المتنوعة في الفقه الإسلامي ويعد حديث التسعير أحد الأمثلة على ذلك عن أنس: قال الناس: يا رسول الله غلّا السعير فسعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: ((إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله عزّ وجلّ وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال))^(٢) فالنص النبوي يوضح أن الشريعة تريد أن تترك الحرية للسوق وفقاً للعرض والطلب، وأن التدخل في حرية التجار بغير ضرورة مظلّمة، فاستدل جمهور الفقهاء على تحريم التسعير، بينما أجاز الإمام مالك التسعير رفعاً للضرر عن المشتريين وتفضيلاً لمصلحة عموم الناس على مصلحة البائعين، وأجاز الشافعية التسعير في وجه حالة الغلاء، وهناك من فرّق بين كونه قوتاً للآدمي أو للحيوان وما كان غير ذلك من الأمتعة، ولدى التأمل في الأحاديث يتبين أن منع التسعير يكون في حالة الغلاء الطبيعي، وليس عند احتكار التجار وتلاعبهم بالأسعار أو تواطئهم مع المنتجين لاستغلال المستهلكين، أما عند الجشع فيجوز التسعير حماية للضعيف من القوي، وقد ذكر بعض الفقهاء أن من التسعير ما هو محرم ومنه ما هو جائز^(٣).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، للمصري ١٥٧-١٥٨

(٢) أخرجه أبو داود كتاب البيوع- باب التسعير ٣٢٢/٥ وإسناده صحيح

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، للمصري ١٧٠-١٧١

رابعاً: رعاية الأعذار والضرورات والظروف الطارئة

من عوامل مرونة الشريعة مراعاتها للضرورات والأعذار التي تنزل بالناس فشرعت لها أحكاماً استثنائية تناسبها وفقاً لاتجاهها العام في التيسير على الناس، ومن هنا جاءت قاعدة المشقة تجلب التيسير، والضرورات تبيح المحظورات، فمن حالات الضرورة الإكراه، فالمكره على أمر لا إثم عليه فيما فعله إن كان إكراهه مُلجئاً -وهو ما فيه إتلاف نفس أو عضو- ولو كان الأمر المكره عليه هو الكفر بالله^(١).

خامساً: تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأعراف والفتوى

جاءت الشريعة لتحقيق مصالح الناس وإقامة العدل بينهم وإزالة الظلم والمفاسد عنهم، وهذا ما ينبغي على الفقيه مراعاته عند تفسير النصوص، فلا يجمد على موقف واحد دائم وإن تغير الزمان والمكان والعرف والحال، بل ينبغي مراعاة مقاصد الشريعة وأهدافها العامة إضافة إلى مراعاة قواعد اللغة العربية في فهم النصوص، وليس معنى هذا الكلام أن كل أحكام الشريعة قابلة للتغير، بل منها ما هو ثابت دائم كتحریم المحرمات من النساء التي لا يجوز الزواج بها كالأخت والعمة والخالة...^(٢)

ومن الأمثلة على تغير الأحكام ما جاء عن سلمة بن الأكوع قال: قال النبي ﷺ: مَنْ ضَحَّى مِنْكُمْ فَلَا يُصْبِحَنَّ بَعْدَ ثَلَاثَةٍ فِي بَيْتِهِ مِنْهُ شَيْءٌ، فَلَمَّا كَانَ الْعَامُ الْمُقْبِلُ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ نَفَعَلْ كَمَا فَعَلْنَا الْعَامَ الْمَاضِي؟ قَالَ: ((كُلُوا وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَامَ كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا))^(٣). وفي رواية: ((إِنَّمَا تَهَيَّئُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَّتْ عَلَيْكُمْ، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَادَّخِرُوا))^(٤) فالنهي عن ادخار لحم الأضحية كان في حالة خاصة وهي وجود الوافدين في المدينة، وهنا ينبغي تقديم الضيافة من لحم الأضاحي

(١) المدخل لدراسة الشريعة، للمصري ١٧٥-١٧٦

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، للمصري ١٧٩-١٨٠

(٣) أخرجه البخاري كتاب الأضاحي - باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها، ١٠٣/٧

(٤) أخرجه أبو داود كتاب الأضاحي باب في حبس لحوم الأضاحي ٤/٣٥

لهؤلاء الضيوف، فلما انتهى هذا الظرف زال الحكم لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فصرح النبي ﷺ بإباحة الادخار بعد ذلك بقوله: ((فَكُلُّوا وَتَصَدَّقُوا وَادَّخِرُوا)).

ومن أمثلة تغير الفتوى في زمن الصحابة: ما أفتى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه من إيقاع طلاق من طلق امرأته ثلاث طلاقات في مجلس واحد إيقاعه ثلاث طلاقات، بعد أن كان يقع طليقة واحدة قبله؛ لأنه وجد الناس تجرؤوا على الطلاق واستهانوا به.

ومن أمثلة تغير فتاوى التابعين أن عمر بن عبد العزيز عندما كان قاضيًا في المدينة كان يقضي بشاهد واحد ويمين، فلما تولى القضاء بالشام لم يقبل إلا شهادة شاهدين، لما رأى من تغير الناس عما كانوا عليه في المدينة. كما خالف المتأخرون من الحنفية المتقدمين منهم لأن كثيرًا من الأحكام "تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، ولهذا نرى مشايخ المذهب -يقصد الحنفي- خالفوا ما نص عليه المجتهد -إمام المذهب- في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذًا من قواعد مذهبه"^(١). وهذا يدل على مقدار السعة والمرونة التي أودعها الله في هذه الشريعة.

المطلب الثالث: أسس التشريع الإسلامي:

روعي في التشريع الإسلامي ثلاثة أسس:

عدم الحرج - تقليل التكاليف - التدرج في التشريع

أولاً: عدم الحرج: أدلة رفع الحرج كثيرة منها كقوله تعالى في وصف النبي ﷺ: {وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ} [الأعراف: ١٥٧] وفيما علمنا من الدعوات {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين ابن عابدين، د. ط. ١٢٥/٢

مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ} [البقرة: ٢٨٦] ومن الأحاديث الدالة على هذا المعنى حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "ما خيّر رسول الله ﷺ بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه" (١).

ثانياً: تقليل التكاليف: وهو نتيجة لازمة لعدم الحرج لأن في كثرة التكاليف إحراجاً، فالتكاليف الشرعية قليلة يمكن العلم بها في زمن قليل ويسهل العمل بها، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبَدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ} [المائدة: ١٠١] وهذه المسائل التي نهوا عنها أشياء عفا الله عنها؛ أي: سكت عن تحريمها، فيكون سؤالهم عنها سبب تحريمها، ولو لم يسألوا عنها لكانت عفواً متروكاً لهم الخيار في فعلها أو الكف عنها، ومن ذلك حديث فرضية الحج فقد قالوا للنبي ﷺ: يا رسول الله أفى كل عام؟ قال: ((لا، ولو قلت: نعم، لوجبت)) (٢)، فأنزل الله: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ} [المائدة: ١١]

ثالثاً: التدرج في التشريع: بعث النبي ﷺ وفي العرب عادات منها ما هو صالح للبقاء ومنها ما هو ضار فاقتضت الحكمة أن يتدرج بهم شيئاً فشيئاً، ويظهر هذا في مثال الخمر حيث تدرج القرآن في تحريمه على مراحل (٣) حيث نزل أولاً: {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا} [البقرة: ٢١٩] ثم {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ} [النساء: ٤٣] ثم {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ} [المائدة: ٣٠]

(١) أخرجه البخاري - كتاب المناقب - باب صفة النبي ﷺ ومسلم - كتاب الفضائل - باب مباحثته ﷺ للأنثام واختياره من المباح.

(٢) أخرجه الترمذي أبواب الجمعة - أبواب الحج عن رسول الله ﷺ - باب ما جاء كم فرض الحج وقال: حديث غريب.

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي، محمد الخضري، ط ١، عام ٢٠٠٦ دار التوزيع والنشر الإسلامية - القاهرة ٢٦-٢٩



الباب الأول

مصادر التشريع الإسلامي وأدواره

هناك أربعة مصادر للأحكام الشرعية اتفق العلماء على حجيتها وهي: القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، وهناك مصادر أخرى اُخْتُلِفَ في حجيتها بين المذاهب الإسلامية كالاستحسان والاستصحاب وشرع مَنْ قَبَلْنَا والمصلحة المرسلة والعرف.





الفصل الأول

المصادر الأصلية

المبحث الأول

القرآن الكريم

يعد القرآن الكريم أول دليل ومصدر في الشريعة الإسلامية باتفاق الفقهاء.

تعريف الدليل:

الدليل لغة: الدَّيْلُ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ^(١) وهو الهادي إلى أي شيء حسي أو معنوي، خير أو شر. وفي الاصطلاح: هو ما يُسْتَدَلُّ بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو الظن. وأدلة الأحكام، وأصول الأحكام، والمصادر التشريعية للأحكام، ألفاظ مترادفة معناها واحد.

والمشهور عند الأصوليين أن الدليل هو ما يستفاد منه حكم شرعي عملي مطلقاً، أي سواء أكان على سبيل القطع أم على سبيل الظن، ولهذا قسّموا الدليل إلى قطعيّ الدلالة، وإلى ظنيّ الدلالة^(٢).

فإذا عرضت للمجتهد واقعة، نظر أولاً في القرآن، فإن وجد فيه حكمها حكم به، وإن لم يجد فيها حكمها نظر في السنة، فإن وجد فيها حكمها حكم به، فإن لم يجد فيها حكمها نظر هل أجمع المجتهدون في عصر من العصور على حكم فيها؟ فإن وجد حكم به، وإن لم يجد اجتهد في الوصول إلى حكمها بقياسها على ما ورد النص بحكمه. والدليل على حجية هذه المصادر قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا

(١) مختار الصحاح مادة دال ١٠٦

(٢) أصول الفقه للخلاف ٢١

الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا { [النساء: ٥٩]

فالأمر بطاعة الله وطاعة رسوله أمر باتباع القرآن والسنة، والأمر بطاعة أولي الأمر من المسلمين أمرٌ باتباع ما اتفق عليه المجتهدون من الأحكام، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها إلى الله والرسول أمر باتباع القياس حيث لا نص ولا إجماع، لأن القياس فيه رد المتنازع فيه إلى الله وإلى الرسول، لأنه إلحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة الحكم، فالآية تدل على اتباع هذه الأربعة.

وأما الدليل على ترتيبها في الاستدلال بها هذا الترتيب: فهو ما رواه البغوي عن معاذ ابن جبل أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى اليمن قال: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟)) قال: أقضي بكتاب الله، قال: ((فإن لم تجد في كتاب الله؟)) قال: فبسنة رسول الله، قال: ((فإن لم تجد في سنة رسول الله؟)) قال: أجتهد رأيي ولا ألو -أي: لا أقصر في اجتهادي- فضرب رسول الله على صدره، وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله))^(١)، وما رواه البغوي عن ميمون بن مهران قال: كان أبو بكر إذا عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في القرآن ووجد فيما ورد عن رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن لم يجد في سنة رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكذلك كان يفعل عمر، وأقرهما على هذا كبار الصحابة ورؤوس المسلمين ولم يعرف بينهم مخالف في هذا الترتيب^(٢).

(١) أخرجه الترمذي - أبواب الجنائز عن رسول الله ﷺ أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ - باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، وذكر أن إسناده ليس بمتصل، وأبو داود - كتاب الأقضية - باب اجتهد الرأي في القضاء

(٢) علم أصول الفقه للخلاف ٢٢

المطلب الأول: تعريف القرآن الكريم:

القرآن هو كلام الله الذي نزل به جبريل على قلب رسول الله ﷺ محمد بألفاظه العربية ومعانيه، ليكون حجة للرسول على أنه رسول الله ودستورًا للناس يهتدون بهداه، وقربة يتعبدون بتلاوته، وهو المدوّن بين دفتي المصحف، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس، المنقول إلينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلاً عن جيل، محفوظاً من أيّ تغيير أو تبديل^(١)، حيث قال الله سبحانه فيه: {إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ} [الحجر: ٩]. ويسمى بالكتاب والتنزيل والمصحف والفرقان والذِّكر^(٢).

المطلب الثاني: خواص القرآن الكريم وحجتيه:

أولاً: من خواص القرآن:

- أ- أن ألفاظه ومعانيه من عند الله، وأن ألفاظه العربية هي التي أنزلها الله على رسوله، والنبى ﷺ كان مبلغاً فقط، ويتفرع عن هذا ما يأتي:
- أن ما ألهم الله به رسوله من المعاني ولم يُنزل عليه ألفاظها، لا يعدُّ من القرآن وإنما هو من أحاديث النبي ﷺ، وكذلك الأحاديث القدسية وهي الأحاديث التي قالها النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه لا تُعدُّ من القرآن فلا تكون في مرتبته في الحجية، ولا تصح الصلاة بها، ولا يُتعبَّد بتلاوتها.
- ب- أن تفسير سورة أو آية بألفاظ عربية مرادفة لألفاظ القرآن لا يُعدُّ قرآنًا لأن القرآن ألفاظ عربية خاصة أنزلت من عند الله.
- ج- ترجمة سورة أو آية إلى أي لغة أجنبية لا تعدُّ قرآنًا مهما كانت الترجمة دقيقة، لأن القرآن ألفاظ عربية خاصة أنزلت من عند الله، وإنما يعدُّ هذا التفسير أو هذه الترجمة بياناً لما دل عليه القرآن، ولكن لا يعدُّ هو القرآن ولا تثبت له أحكامه، ولا تصح الصلاة به ولا يتعبد بتلاوته.

(١) المدخل د. علي جمعة، ١١٩

(٢) الوجيز في أصول الفقه د. وهبة الزحيلي ٢٤

د- ومن خواصه أنه منقول بالتواتر؛ أي: بطريق النقل الذي يفيد العلم والقطع بصحة الرواية^(١). بحيث نقله جمع كبير عن جمع كبير يستحيل أن يتفقوا على الكذب.

ثانيًا: حجة القرآن الكريم:

الدليل على أن القرآن حجة على الناس وأن أحكامه قانون واجب عليهم اتّباعه: أنه من عند الله وأنه نقل إليهم عن الله بطريق قطعي لا ريب في صحته، والدليل على أنه من عند الله: إعجازه الناس عن أن يأتوا بمثله.

المطلب الثالث: معنى الإعجاز وأركانه:

الإعجاز: مَعْنَى الإعجاز في اللغة الفَوْتُ والسَّبْقُ، يُقَالُ: أَعْجَزَنِي فُلَانٌ أَي فَاتَنِي^(٢) وهو نسبة العجز إلى الغير وإثباته له، يقال: أعجز القرآن الناس أثبت عجزهم عن أن يأتوا بمثله.

ولا يتحقق الإعجاز إلا إذا توافرت أمور ثلاثة:

الأول: التحدي، أي طلب المباراة والمنازلة والمعارضة.

والثاني: أن يوجد المقتضي الذي يدفع المتحدي إلى المباراة والمنازلة والمعارضة.

والثالث: أن ينتفي المانع الذي يمنعه من هذه المباراة.

والقرآن الكريم توافر فيه التحدي به، ووجد المقتضي لمن تحدوا به أن يعارضوه،

وانتفى المانع لهم، ومع هذا لم يعارضوه ولم يأتوا بمثله.

أما التحدي فإن الرسول ﷺ بيّن للناس أنه رسول الله وبرهانه على ذلك هذا القرآن الذي يتلوه عليهم، لأنه أوحى إلى به من عند الله، فلما أنكروا عليه دعواه، قال لهم: إن كنتم تشكّون في أنه من عند الله وأنه من صنع البشر فأتوا بمثله، أو بعشر سور مثله، أو بسورة من مثله، وتحداهم وطلب منهم هذه المعارضة بالفاظ تستفز العزيمة وتدعو إلى المباراة، وأقسم أنهم لا يأتون بمثله ولن يفعلوا، ولن يستجيبوا ولن يأتوا بمثله.

(١) أصول الفقه للخلاف ٢٣

(٢) لسان العرب باب الزاي ٣٧٠/٥

قال تعالى: {قُلْ فَأْتُوا بِكِتَابٍ مِّنْ عِندِ اللَّهِ هُوَ أَهْدَىٰ مِنْهُمَا أَتَّبِعُهُ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ} [القصص: ٥٠] وقال تعالى: {قُلْ لِّئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا} [الإسراء: ٨٨] وقال تعالى: {أَمْ يَقُولُونَ افْتَرَاهُ قُلْ فَأْتُوا بِعَشْرِ سُوْرٍ مِّثْلِهِ مُفْتَرِيَاتٍ وَادْعُوا مَنِ اسْتِطَعْتُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ} [هود: ١٣] وقال تعالى: {وَإِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّنْ مِّثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ صَادِقِينَ} * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا وَلَن تَفْعَلُوا فَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ} [البقرة: ٢٣، ٢٤].

وأما وجود المقتضي للمباراة والمعارضة عند من تحداهم فالنبي ﷺ جاءهم بدين يُبطل دينهم وما وجدوا عليه آباءهم، واحتج على دعواه بأن القرآن من عند الله، فكانوا أشد ما يكون وأحرص ما يكون على أن يأتوا بمثله كله أو بعضه ليبطلوا أنه من عند الله. وأما انتفاء ما يمنعهم من معارضته، فلأن القرآن نزل بلسان عربي بألفاظه، وعباراته جاءت على أسلوب العرب، وهم أهل البيان والفصاحة، وكثر فيهم الشعراء والخطباء والفصحاء في مختلف فنون القول، وقد دعاهم القرآن في تحديه لهم أن يستعينوا بمن شاءوا ليستكملوا ما ينقصهم. وأما من الناحية الزمنية، فالقرآن لم ينزل جملة واحدة حتى يحتجوا بأن زمنهم لا يتسع للمعارضة بل مفرقاً على ثلاث وعشرين سنة، وعندهم زمن طويل بين نزول الآيات فيه متسع للإتيان بمثلها لو كانوا يستطيعون، لكنهم لجؤوا إلى الحرب وتآمروا على قتل الرسول بدل اتفاقهم على الإتيان بمثل قرآنه وهذا اعتراف منهم بعجزهم عن معارضته، وهذا القرآن فوق مستوى البشر، وأنه من عند الله^(١).

وجوه إعجاز القرآن الكريم:

إن القرآن لم يعجز الناس عن أن يأتوا بمثله من ناحية واحدة بل أعجزهم من عدة نواحٍ: لفظية ومعنوية وروحية، مع أن العقول لم تصل حتى الآن إلى إدراك نواحي الإعجاز

(١) أصول الفقه للخلاف ٢٥-٢٦، والوجيز للزحيلي ٢٦

كلها وكلما زاد التدبر في آيات القرآن، وكشف البحث العلمي عن أسرار الكون وسننه، تجلّت نواح من نواحي إعجازه وأنه من عند الله.

وهذا عرض لبعض ما وصلت إليه العقول من نواحي الإعجاز:

الأولى: اتساق عباراته ومعانيه وأحكامه ونظرياته:

تكوّن القرآن من ستة آلاف ومئتين وست وثلاثين آية، وعبر بعبارات متنوعة وأساليب شتى، وتطرق إلى موضوعات متعددة اعتقادية وخلقية وتشريعية، ولا تجد في عباراته اختلافاً بين بعضها وبعض، فليس أسلوب هذه الآية بليغاً وأسلوب الأخرى غير بليغ، ولا تجد عبارة أرقى مستوى في بلاغتها من عبارة، بل كل عبارة مطابقة لمقتضى الحال الذي وردت من أجله، كما لا تجد معنى من معانيه يعارض معنى، أو حكماً يناقض حكماً، ولو كان صادراً من عند غير الله ما سلم من اختلاف بعض عباراته وبعض، أو اختلاف بعض معانيه وبعض، لأن العقل الإنساني مهما نضج وكمل لا يمكنه أن يكون ستة آلاف آية في ثلاث وعشرين سنة لا تختلف آية منها عن أخرى في مستوى بلاغتها، وإلى هذا المعنى أشار الله سبحانه وتعالى بقوله في سورة النساء: {أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ} [النساء: ٨٢].

وما يوجد من اختلاف في الأسلوب بين بعض الآيات وبعض، أو اختلاف أسلوب الآيات في مستوى البلاغة فليس منشؤه اختلاف أسلوب الآيات في مستوى البلاغة، وإنما منشؤه اختلاف موضوع الآيات، فإذا كان الموضوع تقنياً وتبييناً لعدّة المطلقة أو حصص الورثة من الإرث، أو للمستحقين للزكاة أو غيرها من الأحكام فهذا لا مجال فيه للأسلوب الخطابي المؤثر، والذي يناسبه هو الألفاظ الدقيقة المحدودة، وإذا كان الموضوع تسفيهاً لعبادة الأصنام أو بياناً لفيضان الطوفان أو استدلالاً على قدرة الله، أو تذكيراً بنعمه على عباده، أو تخويفاً بشدائد اليوم الآخر، فهذه فيها مجال للأسلوب الخطابي.

وما يوجد من تعارض ظاهري بين ما دلت عليه بعض الآيات وما دلت عليه أخرى فقد بيّن المفسرون أنه ليس تعارضاً إلا فيما يظهر لغير المتأمل، وعند التأمل يتبين أنه لا تعارض، ومن أمثلة هذا قوله تعالى: {مَا أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ اللَّهِ وَمَا أَصَابَكَ مِنْ سَيِّئَةٍ فَمِنْ نَفْسِكَ} [النساء: ٧٩]، مع قوله سبحانه: {قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ اللَّهِ} [النساء: ٧٨]، وقوله تعالى: {وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَّرْنَاهَا تَدْمِيرًا} [الإسراء: ١٦]، مع الآيات الدالة على أن الله لا يأمر بالسوء والفحشاء، فكل ما ظاهره التعارض من آيات القرآن فهو بعد البحث متفق متسق لا اختلاف فيه.

الثانية: انطباق آياته على ما يكتشفه العلم من نظريات علمية:

فقد أنزل القرآن الله على رسوله ليكون حجة له ودستوراً للناس، وليس من مقاصده الأصلية أن يقرر نظريات علمية في خلق السموات والأرض وخلق الإنسان وحركات الكواكب وغيرها من الكائنات، ولكنه في مقام الاستدلال على وجود الله ووحدانيته وتذكير الناس بآلائه ونعمه، جاء بآيات تُفهم منها سنن كونية ونواميس طبيعية كشف العلم الحديث في كل عصر براهينها، ودل على أن هذه الآيات من عند الله لأن الناس ما كان لهم بها من علم، وما وصلوا إلى حقائقها وإنما كان استدلالهم بظواهرها، فكلما كشف البحث العلمي سنة كونية وظهر أن آية في القرآن أشارت إلى هذه السنة قام برهان جديد على أن القرآن من عند الله، وإلى هذا الوجه من وجوه الإعجاز أرشد الله سبحانه بقوله في سورة فصلت: {سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ} [فصلت: ٥٣].

ومن هذه الآيات قوله تعالى في سورة النمل في مقام الاستدلال على قدرته ولفته النظر إلى آثاره: {وَتَرَى الْجِبَالَ تَحْسَبُهَا جَامِدَةً وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ} [النمل: ٨٨] وقوله تعالى: {وَأَرْسَلْنَا الرِّيَّاحَ لَوَاقِحَ} [الحجر: ٢٢]، وقوله: {أَوَلَمْ يَرِ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ

كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ { [الأنبياء: ٣٠] ، وقوله: { مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ يَلْتَقِيَانِ* بَيْنَهُمَا بَرْزَخٌ لَا يَبْغِيَانِ } [الرحمن: ١٩، ٢٠]، وقوله: { وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ* ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ } [الأنبياء: ١٤: ١٢].

الثالثة: إخباره بوقائع لا يعلمها إلا علام الغيوب:

أخبر القرآن عن وقوع حوادث في المستقبل لا علم لأحد من الناس بها، كقوله تعالى: {الم* عَلِمْتَ الرَّؤْمُ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِّنْ بَعْدِ عَلَيْهِمْ سَيَّغْلِبُونَ* فِي بَضْعِ سِنِينَ لِلَّهِ} [الروم: ١: ٤] وقوله سبحانه: {لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ} [الفتح: ٢٧]. وقصَّ القرآن قصص أمم بادت ليست لها آثار ولا معالم تدل على أخبارها، وهذا دليل على أنه من عند الله الذي لا تخفي عليه خافية.

الرابعة: فصاحة ألفاظه وبلاغة عباراته وقوة تأثيره:

فليس في القرآن لفظٌ ينبو عن السمع أو يتنافر مع ما قبله أو ما بعده، وعباراته في مطابقتها لمقتضى الأحوال في أعلى مستوى بلاغي، والدليل على هذا شهادة الخبراء من أعدائه واعتراف أهل البيان والبلاغة من خصومه. وأما قوة تأثيره في النفوس وسلطانه الروحي على القلوب، فهذا يشعر به كل منصف، وحسبنا برهاناً على هذا أنه لا يمل سماعه، وقد قال الوليد بن المغيرة وهو ألدُّ أعداء النبي ﷺ: "إن له لحلاوة، وإن عليه لطلاوة، وإن أسفلهُ لمغدق، وإن أعلاه لمثمر، وما يقول هذا بشر" والحق ما شهدت به الأعداء^(١).

المطلب الرابع: أنواع أحكامه:

أنواع الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم ثلاثة:

(١) أصول الفقه لأبي زهرة، ٨٢-٨٥ وأصول الفقه للخلاف ٢٧-٣١ والوجيز للزحيلي ٢٨-٣٠

الأول: أحكام اعتقادية: تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده في الله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر.

والثاني: أحكام خلقية: تتعلق بما يجب على المكلف أن يتحلّى به من الفضائل وأن يتخلّى عنه من الرذائل.

والثالث: أحكام عملية، تتعلق بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال وعقود وتصرفات. وهذا النوع الثالث هو فقه القرآن، وهو المقصود الوصول إليه بعلم أصول الفقه. والأحكام العملية في القرآن تنتظم نوعين:

١- أحكام العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر وبمين ونحوها من العبادات التي يقصد بها تنظيم علاقة الإنسان بربه.

٢- وأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وغيرها مما عدا العبادات، وما يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض، وسواء أكانوا أفراداً أم أمماً أم جماعات.

فأحكام ما عدا العبادات تسمى عند الفقهاء أحكام المعاملات.

ومن استقرأ آيات الأحكام في القرآن يتبين أن أحكامه تفصيلية في العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والموارث لأن أكثر أحكام هذا النوع تعبدية ولا يتطور بتطور البيئات، وأما فيما عدا العبادات والأحوال الشخصية من الأحكام المدنية والجنائية والدولية والاقتصادية، فأحكامه فيها قواعد عامة ومبادئ أساسية، ولم يتعرض فيها لتفصيلات جزئية إلا في النادر، لأن هذه الأحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح، فاقصر القرآن فيها على القواعد العامة والمبادئ الأساسية ليكون ولادة الأمر في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي فيه^(١).

(١) أصول الفقه للخلاف ٣٢-٣٣ والمدخل د. علي جمعة، ١١٩

المطلب الخامس: دلالة آياته إما قطعية وإما ظنية:

ونصوص القرآن جميعها قطعية من جهة ورودها وثبوتها ونقلها عن النبي ﷺ إلينا، فنجزم ونقطع بأن كل نص نتلوه من نصوص القرآن، هو نفسه النص الذي أنزله الله على رسوله، وبلغه النبي ﷺ إلى الأمة من غير تحريف ولا تبديل، لأن النبي ﷺ المعصوم كان إذا نزلت عليه سورة أو آيات أو آية بلغها أصحابه وتلاها عليهم وكتبها كتبه وحيه، وكتبها من كتب لنفسه من صحابته منهم عدد كثير وقرؤوها في صلواتهم، وتعبدوا بتلاوتها في سائر أوقاتهم، محفوظة في صدور كثير من المسلمين، وقد جمع أبو بكر الصديق بوساطة زيد بن ثابت رضي الله عنهما، وبعض الصحابة المعروفين بالحفظ والكتابة هذه المدونات وضم بعضها إلى بعض، مرتبة الترتيب الذي كان النبي ﷺ يتلوها به ويتلوها به أصحابه في حياتهم، وصارت هذه المجموعة وما في صدور الحفاظ هي مرجع المسلمين في تلقي القرآن وروايته. وقام على حفظ هذه المجموعة أبو بكر في حياته، وخلفه في المحافظة عليها عمر، ثم تركها عمر عند بنته حفصة زوجة النبي ﷺ، وأخذها من حفصة عثمان في زمن حكمه ونسخ منها بواسطة زيد بن ثابت نفسه وعدد من كبار المهاجرين والأنصار عدة نسخ أرسلت إلى البلاد.

فأبو بكر حفظ كل ما دوت فيه آية أو آيات من القرآن حتى لا يضيع منه شيء، وعثمان جمع المسلمين على مجموعة واحدة من هذا المدون ونشره بين المسلمين حتى لا يختلفوا في لفظ.. وما اختلف المكتوب منه والمحفوظ، وهذه ملايين المسلمين في مختلف القارات منذ خمسة عشر قرناً يقرؤون جميعاً لا يختلف فيه فرد عن فرد، ولا أمة عن أمة، لا بزيادة ولا نقص ولا تغيير أو تبديل أو ترتيب.

وأما نصوص القرآن من حيث دلالتها على ما تضمنته من الأحكام فتنقسم إلى قسمين: نص قطعي الدلالة على حكمه، ونص ظني الدلالة على حكمه.

فالنص القطعي الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم معنى غيره منه، مثل قوله تعالى: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ

لَهُنَّ وَلَدٌ} [النساء: ١٢]، فهذا قطعي الدلالة على أن فرض الزوج في هذه الحالة النصف لا غير، وكذا كل نص دل على فرض مقدر في الإرث.

وأما النص الظني الدلالة: فهو ما دل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف عن هذا المعنى ويراد منه معنى غيره مثل قوله تعالى: {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} [البقرة: ٢٢٨]، فلفظ القرء في اللغة العربية مشترك بين معنيين فهو يطلق لغة على الطهر، ويطلق على الحيض، والنص دل على أن المطلقات يتربصن ثلاثة قروء، فيحتمل أن يراد ثلاثة أطهار، ويحتمل أن يراد ثلاث حيضات، فهو ليس قطعي الدلالة على معنى واحد من المعنيين، ولهذا اختلف المجتهدون في أن عدة المطلقة ثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار^(١).

المبحث الثاني

السنة النبوية

المطلب الأول: تعريف السنة

السنة في اللغة: الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها وفي الاصطلاح: ما صدر عن النبي صلى الله عليه وآله ولم من قول أو فعل أو تقرير^(٢).
فالسنن القولية: هي أحاديثه ﷺ التي قالها في مختلف الأغراض والمناسبات، مثل قوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣).

والسنن الفعلية: هي أفعاله ﷺ مثل أدائه الصلوات الخمس بهيئتها وأركانها، وأدائه مناسك الحج، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعي.

(١) أصول الفقه للخلاف ٣٤-٣٥

(٢) المدخل د. علي جمعة ١٢٠

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام - باب من بنى في حقه ما يضر بجاره

والسنن التقريرية: هي ما أقرّه الرسول ﷺ مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه فيُعَدُّ هذا الإقرار والموافقة عليه صادرًا عن الرسول ﷺ نفسه، مثل ما رُوِيَ أن صحابيين خرجا في سفر فحضرتهما الصلاة ولم يجدا ماء فتيما وصليا، ثم وجدا الماء في الوقت فأعاد أحدهما ولم يُعِد الآخر، فلما قصّا أمرهما على الرسول أقرّ كلاهما على ما فعل فقال للذي لم يُعِد: ((أصبت السنة، وأجزأتك صلاتك))، وقال للذي أعاد: ((لك الأجر مرتين^(١))). ومثل ما روي أنه ﷺ لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له: ((بِمَ تقضي؟)) قال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد برأيي، فأقرّه الرسول ﷺ وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله))^(٢).

المطلب الثاني: حجية السنة:

أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير، وكان مقصودًا به التشريع والاقتداء، ونُقل إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح، يكون حجةً ومصدرًا تشريعيًا يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين، وعلى أن الأحكام الواردة في السنة تكون مع الأحكام الواردة في القرآن قانونًا واجب الاتباع.

والأدلة على حجية السنة كثيرة منها:

أولاً: نصوص القرآن: فإن الله سبحانه في كثير من آيات القرآن الكريم أمر بطاعة رسوله، وأمر المسلمين إذا تنازعوا في شيء أن يردّوه إلى الله وإلى الرسول، وهذا دليل على أن تشريع النبي ﷺ هو تشريع إلهي واجب الاتباع، قال تعالى: {قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ} [آل عمران: ٣٢]، وقال سبحانه: {من يطع الرسول فقد أطاع الله} [النساء: ٨٠]

^(١) أخرجه أبو داود - كتاب الطهارة - باب في المتيمم يجد الماء بعد ما يصل في الوقت وابن ماجه - كتاب

الطهارة وسننها - باب ما جاء في المسح بغير توقيت وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين

^(٢) سبق تخريجه وانظر: أصول الفقه لأبي زهرة ١٠٥ وأصول الفقه للخلاف ٣٦

وقال: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ } [النساء: ٥٩] ، وقال: { وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ } [النساء: ٨٣] وقال: { وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ } [الأحزاب: ٣٦] ، وقال: { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا } [النساء: ٦٥] ، وقال: { وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا } [الحشر: ٧] فهذه الآيات تدل دلالة قاطعة على أن الله يوجب اتباع الرسول ﷺ فيما شرعه.

ثانيًا: إجماع الصحابة في حياته ﷺ وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته. فكانوا في حياته يمشون أحكامه ويمثلون لأوامره ونواهيه ، ولا يفرقون في وجوب اتباع بين حكم أوحى إليه في القرآن وحكم صدر عن الرسول ﷺ نفسه. وكانوا بعد وفاته إذا لم يجدوا في كتاب الله حكم ما نزل بهم رجعوا إلى سنة رسول الله، فأبو بكر رضي الله عنه كان إذا لم يحفظ في الواقعة سنة خرج فسأل المسلمين: هل فيكم من يحفظ في هذا الأمر سنة عن نبينا؟ وكذلك كان يفعل عمر وغيره ممن تصدى للفتيا والقضاء من الصحابة، وكذلك التابعون وتابعو التابعين بحيث لم يعلم أن أحدا منهم يعتد به خالف في أن سنة رسول الله إذا صح نقلها وجب اتباعها.

ثالثًا: أن القرآن فرض الله فيه على الناس عدة فرائض مجملة غير مبينة، لم تفصل في القرآن أحكامها ولا كيفية أدائها، فقال تعالى: { وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ } [البقرة: ٤٣]. و { كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ } [البقرة: ١٨٣]. { وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ } [آل عمران: ٩٧] ولم يبين كيف تقام الصلاة وتؤتى الزكاة ويؤدى الصوم والحج. وقد بين النبي ﷺ هذا الإجمال بسنته القولية والعملية، لأن الله سبحانه منحه سلطة هذا التبيين بقوله: { وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ } [النحل: ٤٤].

فلو لم تكن هذه السنن المبينة حجة واجبة الاتباع لما أمكن تنفيذ فرائض القرآن ولا اتباع أحكامه. وهذه السنن إنما وجب اتباعها لصدورها عن الرسول ﷺ، فكل سنة تشريعية صحيحة صدرت عن الرسول ﷺ فهي حجة واجبة الاتباع، سواء أكانت مبينة حكمًا في القرآن أم منشئة حكمًا سكت عنه القرآن، لأنها كلها مصدرها المعصوم الذي منحه الله سلطة التبيين والتشريع^(١).

المطلب الثالث: أقسام السنّة من حيث سندّها:

تنقسم السنة باعتبار رواها عن النبي ﷺ إلى ثلاثة أقسام: سنة متواترة، وسنة مشهورة، وسنة آحاد.

فالسنة المتواترة: هي ما رواها عن النبي ﷺ جمع كبير يمتنع عادة أن يتفق أفرادهم على الكذب، لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم، ورواها عن هذا الجمع جمع مثله، حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواه جمع لا يتفقون على الكذب، من بداية تلقيهم عن الرسول ﷺ إلى نهاية الوصول إلينا، ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة وفي الصوم والحج والأذان وغير ذلك، ووجود الحديث متواتر في السنن القولية قليل.

والسنة المشهورة: هي ما رواها عن رسول الله ﷺ صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ حدّ جمع التواتر، ثم رواها عن هذا الراوي أو الرواة جمع كبير بلغ حد التواتر، ورواها عن هذا الجمع جمع مثله، حتى وصلت إلينا بسند، ومن هذا القسم بعض الأحاديث التي رواها عن النبي ﷺ أبوبكر الصديق أو عمر بن الخطاب أو عبد الله بن مسعود، ثم رواها عن أحد هؤلاء جمع لا يتفق أفرادهم على كذب، مثل حديث: ((إنما الأعمال بالنيات))^(٢)، وحديث ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣).

(١) أصول الفقه للخلاف ٣٧-٣٨

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوحي كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ؟

(٣) سبق تخريجه

فالفارق بين السنة المتواترة والسنة المشهورة: أن السنة المتواترة كل حلقة في سلسلة سندها جمع التواتر من بداية التلقي عن النبي ﷺ إلى وصولها إلينا، وأما السنة المشهورة فالحلقة الأولى في سندها ليست جمعاً من جموع التواتر بل الذي تلقاها عن الرسول ﷺ واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ حدّ التواتر، وبقية الحلقات بلغت حدّ التواتر.

وسنة الآحاد: هي ما رواها عن النبي ﷺ آحاد لم تبلغ جموع التواتر بأن رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان أو جمع لم يبلغ حدّ التواتر، ورواها عن هذا الراوي مثله وهكذا حتى وصلت إلينا بسندٍ طبقاً لآحاد لا جموع التواتر، ومن هذا القسم أكثر الأحاديث التي جمعت في كتب السنة وتسمى خبر الواحد^(١).

المطلب الرابع: قطعي السنة وظنيها:

أما من جهة الورد فالسنة المتواترة قطعية الورد عن النبي ﷺ، لأن النقل المتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة الخبر.

والسنة المشهورة قطعية الورد عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوها عن النبي ﷺ، لتواتر النقل عنهم، ولكنها ليست قطعية الورد عن النبي ﷺ، لأن أول من تلقى عنه ليس جمع التواتر، ولهذا جعلها فقهاء الحنفية في حكم السنة المتواترة، فيخصص بها عام القرآن ويُقيّد بها مطلقه لأنها مقطوع ورودها عن الصحابي، والصحابي حجة وثقة في نقلة عن النبي ﷺ، فلهذا كانت مرتبتها في مذهبهم بين المتواتر وخبر الواحد.

وسنة الآحاد ظنية الورد عن النبي ﷺ، لأن سندها لا يفيد القطع.

وأما من حيث الدلالة فكل سنة من هذه الأقسام الثلاثة قد تكون قطعية الدلالة، إذا كان نصها لا يحتمل التأويل، وقد تكون ظنية الدلالة إذا كان نصها يحتمل التأويل. وعند المقارنة بين نصوص القرآن ونصوص السنة من حيث القطع والظن، يتبين أن نصوص القرآن الكريم كلها قطعية الورد، ومنها ما هو قطعي الدلالة ومنها ما هو ظني

(١) أصول الفقه لأبي زهرة، ١٠٧-١٠٨، وأصول الفقه للخلاف ٤١-٤٢؛

الدلالة، وأما السنة فمنها ما هو قطعي الورود ومنها ما هو ظني الورود، وكل واحد منهما قد يكون قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة.

وكل سنة من أقسام السنن الثلاثة: المتواترة والمشهورة وسنن الآحاد؛ حجة واجب اتباعها والعمل بها، أما المتواترة فلأنها مقطوع بصورها وورودها عن النبي ﷺ، وأما المشهورة أو سنة الآحاد فلأنها وإن كانت ظنية الورود عن النبي ﷺ إلا أن هذا الظن ترجح بما توافر في الرواة من العدالة وتمام الضبط والإتقان، ورجحان الظن كافٍ في وجوب العمل، لهذا يقضي القاضي بشهادة الشاهد وهي إنما تفيد رجحان الظن بالمشهود به، وكثير من الأحكام مبنية على الظن الغالب، ولو التزم القطع واليقين في كل أمر عملي لوقع الناس في الحرج^(١).

المطلب الخامس: ما لا يعد تشريعاً من أقوال النبي ﷺ وأفعاله:

ما صدر عن رسول الله ﷺ من أقوال وأفعال يكون حجة واجبة الاتباع إذا صدرت عنه بوصفه رسولاً وكان مقصوداً به التشريع العام والاقتداء؛ لأن الرسول ﷺ إنسان كسائر الناس، اصطفاه الله رسولاً إليهم كما قال تعالى: {قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ} [الكهف: ١١٠] فهناك ثلاث حالات لما يصدر عنه عليه الصلاة والسلام:

١- ما صدر عن النبي ﷺ بمقتضى طبيعته البشرية من قيام وقعود ومشى ونوم وأكل وشرب، فهذا ليس تشريعاً لأن مصدره ليس الرسالة بل مصدره إنسانيته، لكن إذا صدر منه فعل إنساني، ودلّ دليل على أن المقصود من فعله الاقتداء به، كان تشريعاً بهذا الدليل.

٢- ما صدر عنه بمقتضى الخبرة الإنسانية والتجارب في الشؤون الدنيوية من تجارة أو زراعة أو تنظيم الجيش أو التدابير الحربية أو وصف دواء لمرض ونحو ذلك، فليس هذا

(١) أصول الفقه للخلاف ٤٢-٤٣

تشريعاً أيضاً لأنه ليس صادراً عن رسالته، وإنما هو صادر عن خبرته الدنيوية وتقديره الشخصي.

ولهذا لما رأى في غزوة بدر أن ينزل الجند في مكان معيّن قال له الحُباب بن منذر: أهذا منزلُ أنزلَكَه الله، أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال: ((بل هو الرأي والحرب والمكيدة))، فقال الحُباب: ليس هذا بمنزل، وأشار بإنزال الجند في مكان آخر لأسباب حرية بينها للنبي ﷺ^(١). ولما رأى النبي ﷺ أهل المدينة يؤبّرون النخل، أشار عليهم ألا يؤبّروا، فتركوا التأبير وتلف الثمر، فقال لهم: ((أنتم أعلم بأمر دنياكم))^(٢).

٣- ما صدر عن النبي ﷺ ودلّ الدليل الشرعي على أنه خاص به، وأنه ليس أسوة فليس تشريعاً عاماً: كاكْتفائه في إثبات الدعوى بشهادة خزيمة وحده بقوله: ((مَنْ شَهِدَ لَهُ خَزِيمَةً، أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ خَزِيمَةً فَحَسْبُهُ))^(٣) لأن النصوص صريحة في أن البيئة شاهدان. ويراعى أن قضاء النبي ﷺ في خصومه يشتمل على أمرين: الأول: إثباته وقائع، وثانيهما: حكمه على تقدير ثبوت الوقائع، وإثباته الوقائع أمر تقديري له وليس بتشريع، وأما حكمه بعد تقدير ثبوت الوقائع فهو تشريع، ولهذا جاء في الحديث عن أم سلمة، عن النبي ﷺ، قال: ((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار))^(٤).

والخلاصة: أن ما صدر عن رسول الله من أقوال وأفعال في حال من الحالات الثلاث المذكورة هو من سنته ولكنه ليس تشريعاً واجب الاتباع، وأما ما صدر من أقوال

(١) دلائل النبوة للبيهقي - باب ذكر سبب خروج النبي ﷺ.

(٢) أخرجه مسلم كتاب الفضائل - باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مسند خزيمة بن ثابت

(٤) أخرجه البخاري - كتاب الأحكام - باب موعظة الإمام للخصوم ومسلم - كتاب الأفضية - باب الحكم بالظاهر.

وأفعال بوصفه رسول وكان مقصودًا به التشريع العام واقتداء المسلمين به فهو حجة على المسلمين وقانون واجب اتباعه^(١).

المطلب السادس: أنواع الأحكام التي جاءت بها السنة:

١- أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها كحديث: ((إِنَّهُ لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِي إِلَّا

بِطِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ))^(٢) فهو يوافق قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ

بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ} [النساء: ٢٩]

٢- أحكام مبينة ومفصلة لحمل القرآن كنسبة الزكاة وعدد ركعات الصلوات.

٣- أحكام مقيدة لمطلق القرآن فقوله تعالى {وصية} في آية: {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا

أَوْ دَيْنٍ} [النساء: ١١] فوصية لفظ مطلق قيده حديث سعد بن أبي وقاص رضي

الله عنه، حين عاده النبي ﷺ في مرضه فقال سعد: قلت: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أُوصِي بِمَا لِي

كُلِّهِ؟ قَالَ: ((لَا))، قُلْتُ: فَالشَّطْرُ، قَالَ: ((لَا))، قُلْتُ: الثُّلُثُ، قَالَ: ((فَالثُّلُثُ،

وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي

أَيْدِيهِمْ))^(٣) أو قد تكون السنة مخصصة لعام^(٤) القرآن كقوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ

الْمَيْتَةُ} [المائدة: ٣] فالميتة لفظ عام لكنها خصصت بحديث النبي ﷺ عن البحر

بقوله: ((هُوَ الطَّهُّورُ مَأْوُهُ، الْحِلُّ مَيْتَتُهُ))^(٥).

٥- أحكام جديدة لم يشرعها القرآن أصلاً واستقلت السنة بتأسيس هذا الحكم

وتشريعه، كالحكم بتوريث جدة الميت السدس، والحكم بالقضاء بشاهد ويمين^(٦)،

(١) أصول الفقه لأبي زهرة ١١٣-١١٤ وأصول الفقه للخلاف ٤٣-٤٤

(٢) أخرجه أحمد في مسنده

(٣) أخرجه البخاري كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ومسلم - كتاب الوصية - باب الوصية بالثلث.

(٤) الفرق بين العام والمطلق أن العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بوضع واحد مثل الطلاب، بينما المطلق هو اللفظ الشائع في جنسه مثل طالب

(٥) أخرجه النسائي في سننه كتاب الطهارة - باب ماء البحر

(٦) المدخل د. علي جمعة ١٢٠

وكتحريم الجمع بين المرأة وعمّتها أو خالتها، وما جاء في الحديث: ((يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب))^(١).

المبحث الثالث

الإجماع

المطلب الأول: تعريف الإجماع:

الإجماع في اللغة: العزم على الشيء يقال: أجمع الأمر إذا عزم عليه^(٢). وفي الاصطلاح: هو اتفاق المجتهدين من أمة النبي محمد ﷺ على أمر من الأمور الشرعية. والإجماع يجب أن يستند إلى دليل لأن القول من غير دليل خطأ والأمة لا تجتمع على الخطأ، وقد يكون مستند الإجماع نصاً من القرآن أو السنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً، فالإجماع على تحريم التزوج ببنات الأولاد مهما نزلت درجتهم مستندة قوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ} [النساء: ٢٣] وإجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس مستنده الحديث الآحاد، والإجماع على تحريم المخدرات مستنده القياس على تحريم المسكرات^(٣).

فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين وقت حدوثها واففقوا على حكم فيها سمي اتفاقهم إجماعاً. وإنما قيل في التعريف بعد وفاة النبي ﷺ، لأنه في حياة النبي ﷺ هو المرجع التشريعي وحده، فلا يتصور اختلاف في حكم شرعي ولا اتفاق إذ الاتفاق لا يتحقق إلا من عدد^(٤).

المطلب الثاني: أركان الإجماع:

يؤخذ من تعريف الإجماع أن أركانه التي لا ينعقد شرعاً إلا بتحققها أربعة:

(١) أخرجه البخاري - كتاب الشهادات - باب الشهادة على الأنساب

(٢) مختار الصحاح مادة جمع ٦٠

(٣) المدخل د. علي جمعة ١٢١

(٤) أصول الفقه للخلاف ٤٥

الأول: أن يوجد في عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين، لأن الاتفاق لا يتصور إلا في عدة آراء يوافق كل رأي منها سائرهما، فلو خلا وقت من وجود عدد من المجتهدين، بأن لم يوجد فيه مجتهد أصلاً أو وجد مجتهد واحد، لا ينعقد فيه شرعاً إجماع، ومن هذا لا إجماع في عهد النبي ﷺ لأنه المجتهد وحده.

الثاني: أن يتفق على الحكم الشرعي في الواقعة جميع المجتهدين من المسلمين في وقت وقوعها، بصرف النظر عن بلدهم أو جنسهم أو طائفتهم، فلو اتفق على الحكم الشرعي في الواقعة مجتهدو الشام فقط، أو مجتهدو العراق فقط، أو مجتهدو الحجاز، أو مجتهدو آل البيت فقط، لا ينعقد بهذا الاتفاق الخاص إجماع، لأن الإجماع لا ينعقد إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدي العالم الإسلامي في عهد الحادثة، ولا عبرة بغير المجتهدين.

الثالث: أن يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه صريحاً في الواقعة، سواء أبدى رأيه قولاً بأن أفتى في الواقعة بفتوى، أو فعلاً إن قضى فيها بقضاء، وسواء أبدى كل واحد منهم رأي على انفراد وبعد جمع الآراء تبين اتفاقها، أم أبدوا آراءهم مجتمعين بأن جمع مجتهدو العالم الإسلامي في عصر حدوث الواقعة وعرضت عليهم، وبعد تبادلهم وجهات النظر اتفقوا جميعاً على حكم واحد فيها.

الرابع: أن يتحقق الاتفاق من جميع المجتهدين على الحكم، فلو اتفق أكثرهم لا ينعقد باتفاق الأكثر إجماعاً مهما قلَّ عدد المخالفين وكثر عدد المتفقين لأنه ما دام قد وجد اختلاف وجد احتمال الصواب في جانب والخطأ في جانب، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة^(١).

المطلب الثالث: حجية الإجماع:

إذا تحققت أركان الإجماع الأربعة بأن حصر في عصر من العصور بعد وفاة النبي ﷺ جميع من فيه من مجتهدي المسلمين على اختلاف بلادهم وأجناسهم وطوائفهم،

(١) أصول الفقه للخلاف ٤٥-٤٦

وعرضت عليهم واقعة لمعرفة حكمها الشرعي، وأبدى كل مجتهد منهم رأيه صراحة في حكمها بالقول أو بالفعل، واتفقت آراؤهم جميعاً على حكم واحد في هذه الواقعة، كان هذا الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً اتّباعه، وليس للمجتهدين في عصرٍ تالٍ أن يجعلوا هذه الواقعة موضع اجتهاد، لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه.

الأدلة على حجية الإجماع:

أولاً: أن الله سبحانه في القرآن كما أمر المؤمنين بطاعته وطاعة رسوله أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم، فقال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} [النساء: ٥٩] ولفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الديني والديني، وأولو الأمر الديني هم الحكام والولاة، وأولو الأمر الديني هم المجتهدون وأهل الفتيا. فإذا أجمع المجتهدون على حكم وجب اتّباعه وتنفيذ حكمهم بنص القرآن، ولذا قال تعالى {وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ} [النساء: ٨٣]، وتوعّد سبحانه من يشاقق الرسول ويتبع غير سبيل المؤمنين، فقال عز شأنه: {وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا} [النساء: ١١٥]، فجعل من يخالف سبيل المؤمنين قرين من يشاقق النبي ﷺ.

ثانياً: أن الحكم الذي اتفقت عليه آراء جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية هو في الحقيقة حكم الأمة ممثلة في مجتهداتها، وقد وردت عدة أحاديث عن النبي ﷺ، وآثار عن الصحابة تدل على عصمة الأمة من الخطأ، منها قوله ﷺ: ((لم يكن الله ليجمع أمتي على الضلالة^(١)))، وقوله: ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن^(٢)))، وذلك لأن اتفاق جميع هؤلاء المجتهدين على حكم واحد في الواقعة مع اختلاف أنظارهم

(١) أخرجه الحاكم المستدرك على الصحيحين - كتاب العلم - ومنهم يحيى بن أبي المطاع القرشي والطبراني في المعجم الكبير

(٢) أخرجه الطبراني المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني دار الحرمين - القاهرة باب الزاي ٥٨/٤ وهو وإن كان موقوفاً على ابن مسعود لكن له حكم المرفوع للنبي ﷺ.

والبيئات المحيطة بهم وتوافر عدة أسباب لاختلافهم دليل على أن وحدة الحق والصواب هي التي جمعت كلمتهم وغلبت عوامل اختلافهم.

ثالثاً: أن الإجماع على حكم شرعي لا بد أن يكون له مستند شرعي لأن المجتهد له حدود لا يجوز له أن يتعدّاها، وإذا لم يكن في اجتهاده نص فاجتهاده لا يتعدى فهم النص ومعرفة ما يدل عليه، وإذا لم يكن في الواقعة نص فاجتهاده لا يتعدى استنباط حكمه بواسطة قياسه على ما فيه نص أو تطبيق القواعد الشرعية، أو الاستدلال بالاستحسان أو الاستصحاب، أو مراعاة العرف أو المصالح المرسلة، وإذا كان اجتهاد المجتهد لا بد أن يستند إلى دليل شرعي، فاتفاق المجتهدين جميعاً على حكم واحد في الواقعة دليل على وجود مستند شرعي، يدل قطعاً على هذا الحكم، لأنه لو كان ما استندوا إليه دليلاً ظنياً لاستحال عادة أن يصدر عنه اتفاق، لأن الظني محال حتماً لاختلاف العقول. وكما يكون الإجماع على حكم في واقعة يكون على تأويل نص أو تفسيره وعلى تعليل حكم النص^(١).

المطلب الرابع: إمكان انعقاد الإجماع:

قال بعض العلماء: إن الإجماع لا يمكن انعقاده عادة، لأنه يتعذر تحقق أركانه، وذلك أنه لا يوجد مقياس يعرف به إذا كان الشخص بلغ مرتبة الاجتهاد أو لم يبلغها، ولا يوجد حكم يرجع إليه في الحكم بأن هذا مجتهد أو غير مجتهد، فمعرفة المجتهدين من غير المجتهدين متعذرة.

ولو افترضنا أننا عرفنا أشخاص المجتهدين في العالم الإسلامي وقت حدوث الواقعة، فمعرفة آرائهم جميعاً في الواقعة بطريق يفيد اليقين أو القريب منه أمر متعذر، لأنهم متفرقون في بلاد مختلفة متباعدة، ومختلفو الجنسية والتبعية فلا يتيسر جمعهم وأخذ آرائهم، ولا نقل رأي كل واحد منهم بطريق يوثق به.

(١) أصول الفقه للخلاف، ٤٦-٤٧

ولو افترض أنا عرفنا أشخاص المجتهدين، وأمكن الوقوف على آرائهم بطريق يوثق به، فما الذي يكفل أن المجتهد الذي أبدى رأيه في الواقعة يبقى مُصرّاً عليه حتى تؤخذ آراء الباقين؟ ما الذي يمنع أن يرجع عن رأيه قبل أخذ آراء الآخرين؟ والشرط لانعقاد الإجماع أن يثبت اتفاق المجتهدين جميعاً في وقت واحد على حكم واحد في واقعة.

وعللوا عدم إمكان انعقاده: بأنه لو انعقد كان لابدّ مستنداً إلى دليل، لأن المجتهد الشرعي لابد أن يستند في اجتهاده إلى دليل، والدليل الذي يستند عليه المجمعون إن كان دليلاً قطعياً فمن المستحيل عادة أن يخفى، لأن المسلمين لا يخفى عليهم دليل شرعي قطعي حتى يحتاجوا معه إلى الرجوع إلى المجتهدين وإجماعهم، وإن كان دليلاً ظنياً فمن المستحيل عادة أن يصدر عن الدليل الظني إجماع، لأن الدليل الظني لابد أن يكون مثاراً للاختلاف.

وذهب جمهور العلماء: إلى أن الإجماع يمكن انعقاده عادة، وقالوا: إن ما ذكره منكرو الإجماع لا يخرج عن أنه تشكيك في أمر واقع، وإن أقوى دليل على إمكان الإجماع انعقاده فعلاً، وذكروا عدة أمثلة لما ثبت انعقاد الإجماع عليه مثل: تحريم شحم الخنزير، وتوريث الجدة السدس، وحجب ابن الابن من الإرث بوجود الابن.

ويمكن القول: إن الإجماع بتعريفه وأركانه لا يمكن انعقاده إذا وكل أمره إلى الأفراد، ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات والمؤسسات، فكل حكومة تستطيع أن تعين الشروط التي بتوافرها يبلغ الشخص رتبة المجتهد، فتستطيع كل حكومة أن تعرف مجتهديها وآراءهم في أية واقعة، فإذا وقفت كل حكومة على آراء مجتهديها في واقعة، واتفقت آراء المجتهدين جميعهم في كل البلاد الإسلامية على حكم واحد في هذه الواقعة، كان هذا إجماعاً، وكان الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً واجباً اتّباعه على المسلمين جميعهم^(١).

المطلب الخامس: نوعا الإجماع:

الإجماع نوعان: صريح وسكوتي:

(١) أصول الفقه للخلاف ٤٨-٤٩؛ والوجيز للزحيلي ٥٤

١- الصريح: هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة صريحة، فيصرح كل مجتهد برأيه وتكون آراؤهم متفقة.

٢- السكوتي: هو أن يصرح بعض المجتهدين برأيه ويعلم الباقون الحكم فيسكتوا ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا إنكار^(١).

وأما النوع الثاني وهو الإجماع السكوتي فهو إجماع اعتباري، لأن الساكت لا جزم بأنه موافقة، فلا جزم بتحقيق الاتفاق وانعقاد الإجماع، ولهذا اختلف في حجيته، فذهب الجمهور إلى أنه ليس حجة، وأنه لا يخرج عن كونه رأي بعض أفراد من المجتهدين.

وذهب الحنفية إلى أنه حجة إذا ثبت أن المجتهد الذي سكت عرضت عليه القضية وعرض عليه الرأي الذي أبدى فيه رأيه، ومضت عليه فترة كافية للبحث وتكوين الرأي وسكت، ولم توجد شبهة في أنه سكت خوفاً أو تملُّقاً أو استهزاء، لأن سكوت المجتهد في مقام الاستفتاء والبيان والتشريع بعد فترة البحث والدراسة ومع انتفاء ما يمنعه من إبداء رأيه لو كان مخالفاً، دليل على موافقته الرأي الذي أبدى إذ لو كان مخالفاً ما وسعه السكوت^(٢).

وأما الإجماع من حيث كونه قطعيته أو ظنيته، فهو نوعان أيضاً:

الأول: إجماع قطعي الدلالة على حكمه، وهو الإجماع الصريح ويكون حكمه مقطوعاً به ولا يمكن الحكم بخلافه، ولا مجال للاجتهاد في واقعة بعد انعقاد إجماع صريح على حكم شرعي فيها.

والثاني: إجماع ظني الدلالة على حكمه وهو الإجماع السكوتي بمعنى أن حكمه مظنون ظناً راجحاً ولا تخرج الواقعة عن أن تكون مجالاً للاجتهاد، لأنه عبارة عن رأي جماعة من المجتهدين لا جميعهم^(٣).

(١) المدخل د. علي جمعة ١٢١

(٢) أصول الفقه للخلاف ٥١

(٣) أصول الفقه للخلاف ٥١-٥٢

المطلب السادس: أهمية الإجماع في العصر الراهن:

يمكن الاستفادة من الإجماع في معرفة الحكم الشرعي للوقائع الجديدة، ولتحقيق هذه الغاية ينبغي إيجاد مجمع فقهي يضم جميع المجتهدين من جميع الأقطار الإسلامية، وتعرض عليه الوقائع الجديدة لدراستها وبيان الحكم فيها، ثم تنشر في دوريات أو كتب أو على مواقع الانترنت ليطلع الناس عليها^(١).

المبحث الرابع

القياس

المطلب الأول: تعريف القياس

القياس في اللغة: التقدير والمساواة، يقال: قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله^(٢).

وفي الاصطلاح: إلحاق واقعة لا نص فيها بواقعة منصوص عليها لاشتراكهما في علة الحكم.

فإن دل نص على حكم واقعة، وعرفت علة هذا الحكم، ثم وجدت واقعة أخرى تساوي واقعة النص في علة تحقق علة الحكم فيها، فإنها تسوّى بواقعة النص في حكمها بناء على تساويهما في علته، لأن الحكم يوجد حيث توجد علته^(٣).

وهذه بعض أمثلة القياس توضح هذا التعريف:

١ - قتلُ الوارث مورثه: واقعة ثبت حكمها بالنص، وهو منع القاتل من الإرث الذي دل عليه قوله ﷺ: ((لا يرث القاتل))^(٤) والعلة هي أن قتله فيه استعجال الشيء قبل

(١) المدخل د. علي جمعة ١٢١

(٢) مختار الصحاح مادة قيس ٢٦٣

(٣) أصول الفقه للخلاف ٥٢ والوجيز للزحيلي ٥٦

(٤) أخرجه الدارمي في سننه - ومن كتاب الفرائض - باب : ميراث القاتل والصنعاني وفي مصنفه - كتاب العقول

أوانه، فيرد عليه قصده ويعاقب بجرمانه، فيقاس عليه قتل الموصى له للموصي فيحرم الموصى له من الوصية كذلك.

٢- **شرب الخمر:** واقعة ثبت حكمها بالنص، وهو التحريم الذي دلّ عليه قوله سبحانه وتعالى {إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ} [المائدة: ٦٩٠] ، لعل الإسكار، فكل شراب توجد فيه هذه العلة يقاس على الخمر في حكمه ويحرم شربه بصرف النظر عن تسميته.

٣- **البيع وقت الأذان يوم الجمعة:** واقعة ثبت حكمها بالنص وهو الكراهة التي دلّ عليها قوله الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ} [الجمعة: ٩] والعلة هي التشاغل عن الصلاة. فيقاس على البيع أي عقد آخر كالإجارة أو الرهن أو أي تعامل وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة، لوجود هذه العلة وهي الشغل عن الصلاة، فتقاس بالبيع في حكمه وتكره وقت النداء للصلاة.

٤- **الورقة الموقع عليها بالإمضاء:** واقعة ثبت بالنص حكمه وهو أنها حجة على الموقّع الذي دلّ عليه نص القانون المدني، والعلة هي أن توقيع الموقّع دال على شخصه، والورقة المبصوم عليها بالإصبع توجد فيها هذه العلة، فتقاس بالورقة الموقع عليها في حكمها وتكون حجة على باصمها.

ففي كل مثال من هذه الأمثلة قيست واقعة لا نص على حكمها، على واقعة منصوص على حكمها، بناء على تساويهما في علة هذا الحكم، وهذه التسوية بين الواقعتين في الحكم، بناء على تساويهما في علته هي القياس^(١).

المطلب الثاني: حجية القياس:

مذهب جمهور العلماء أن القياس حجة شرعية على الأحكام العملية، وأنه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية، بحيث إذا لم يوجد في الواقعة حكم ثبت بنص أو

باب ليس للقاتل ميراث وابن أبي شيبة في مصنفه- كتاب الفرائض- في القاتل لا يرث شيئاً

(١) أصول الفقه للخلاف ٥٣-٥٤

إجماع، وثبت أنها تساوي واقعة نص على حكمها في علة هذا الحكم، فإنها تقاس بها ويحكم فيها بحكمها، ويكون هذا حكمها شرعاً، وهؤلاء يطلق عليهم: مثبتي القياس.

ومذهب الظاهرية أن القياس ليس حجة شرعية على الأحكام، ويطلق عليهم: نفاة القياس.

أدلة مثبتي القياس:

استدل مثبتي القياس بالقرآن والسنة وأقوال الصحابة وأفعالهم، وبالمعقول.

١- القرآن: وفيه ثلاث آيات تدل على القياس:

الأولى: قوله تعالى في سورة النساء: {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 تَأْوِيلًا} [النساء: ٥٩]. وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شيء، ليس لله ولا لرسوله ولا لأولي الأمر منهم فيه حكم، أن يردوه إلى الله والرسول، ورده وإرجاعه إلى الله وإلى الرسول يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما، ولا شك أن إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص لتساويهما في علة حكم النص؛ من رد ما لا نص فيه إلى الله والرسول، لأن فيه متابعة لله ولرسوله في حكمه.

والآية الثانية: قوله تعالى في سورة الحشر: {هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرِجُوا وَظَنُّوا أَنَّهم مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ} [الحشر: ٢]، وموضع الاستدلال قوله سبحانه {فَاعْتَبِرُوا} ووجه الاستدلال: أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وبين ما حاق بهم {مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا}، قال {فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ} أي: فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق

بهم. وهذا يدل على أن سنة الله في كونه، أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها، ومسببات لأسباب ترتبت عليها، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت عنها نتائجها، وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها، وما القياس إلا سير على هذا السنن الإلهي وترتيب المسبب على سببه في أي محل وجد فيه.

وهذا هو الذي يدل عليه قوله سبحانه وتعالى: {فَاعْتَبِرُوا} ، وقوله: {إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً} [النازعات: ٢٦] ، وقوله: {لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ} [يوسف: ١١١] ، فسواء فسر الاعتبار بالعبور أي المرور، أو فُسِّرَ بالاعتاظ، فهو تقدير لسنة من سنن الله في خلقه، وهي أن ما جرى على النظر يجري على نظيره، ولو أنه فُصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين: إن في هذا لعبرة لكم أو اعتبروا، لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله، فإن فعلتم فعله عوقبتم عقابه.

الآية الثالثة: قوله تعالى في سورة يس: {قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ} [يس: ٧٩]

جواباً لمن قال: {مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ}؟ [يس: ٧٨] ، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدل على ما أنكره منكرو البعث بالقياس، فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة، لإقناع الجاحدين بأن من يقدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة، قادر على أن يعيده بل هو أهون عليه، فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجية القياس وصحة الاستدلال به.

وأما السنّة فيدل عليها الحديثان الآتيان:

الأول: حديثُ معاذِ بن جبل أن رسولَ الله لما أراد أن يبعثه إلى اليمن، قال له: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟)) قال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله على صدره وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضى رسول الله))^(١)، ووجه الاستدلال بهذا

(١) سبق تخريجه

الحديث أن رسول الله ﷺ أقرَّ معاذًا على أن يجتهد إذا لم يجد نصًّا يقضي به في الكتاب والسنة، والاجتهاد بذلك الجهد للوصول إلى الحكم، وهو يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال والرسول لم يقرَّه على نوع من الاستدلال دون نوع.

والثاني: ما ثبت في صحاح السنة من أن رسول الله ﷺ في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يُوحَ إليه بحكمها استدل على حكمها بطريق القياس، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريع لأُمَّته، ولم يَقم دليل على اختصاصه به، فالقياس فيما لا نصَّ فيه من سنن الرسول ﷺ، وللمسلمين به أسوة.

ورد أن جارية خثعمية قالت: يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخا زمنًا لا يستطيع أن يحجَّ، إن حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال لها: ((أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أكان ينفعه ذلك؟)) قالت: نعم، فقال لها: ((فدين الله أحق بالقضاء))^(١). وورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: هشتتُ يومًا فقُبلت وأنا صائمٌ، فأُتيتُ رسول الله ﷺ فقلتُ: صنعتُ اليوم أمرًا عظيمًا، قُبلتُ وأنا صائمٌ، فقال رسول الله ﷺ: ((أرأيت لو تَمَضَّمْتُ بالماء وأنت صائمٌ))، فقلت: لا بأس بذلك، فقال رسول الله ﷺ: ((ففيهم؟))^(٢).

وورد عن أبي هريرة أن رجلًا أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، وُلِدَ لي غلام أسودُّ، فقال: ((هل لك من إبل؟)) قال: نعم، قال: ((ما ألوانها؟)) قال: حُمْر، قال: ((هل فيها من أورك؟)) قال: نعم، قال: ((فأني ذلك؟)) قال: لعله نزعه عرق، قال: ((فلعل ابنك هذا نزعه))^(٣).

٣- وتدل أفعال الصحابة وأقوالهم على أن القياس حجة شرعية، فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها، ويقيسون ما لا نص فيه على ما فيه نص قال عمر بن

(١) أخرجه النسائي في السنن الصغرى - كتاب مناسك الحج - تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين وابن ماجه -

كتاب المناسك - باب الحج عن الحي

(٢) أخرجه البيهقي السنن الكبرى - كتاب الصيام - باب الصائم يَمَضَّمُ

(٣) أخرجه البخاري - كتاب الطلاق - باب إذا عرض بنفي الولد. والأورق هو الذي في لونه سواد ليس بحالك بل

مائل إلى الغبرة

الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: "ثم الفهم فيما أُدليَ إليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة، ثم قايِسْ بين الأمور عند ذلك، واعرفِ الأمثال ثم اعمدْ فيما ترى أحبَّها إلى الله، وأشبهها بالحق" وقال عليُّ بن أبي طالب رضي الله عنه: ويُعرف الحق بالمقايِسة عند ذوي الألباب، ولما روى ابن عباس أن الرسول ((نُهاه عن بيع الطعام قبل أن يقبض^(١)))، قال: "لا أحسب كل شيء إلا مثله"

وقد نُقلت عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفتوا فيها باجتهادهم بطريق القياس، وما أنكر النبي عليه الصلاة والسلام في حياته على من اجتهد من صحابته، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهد الرأي وقياس الأشباه بالأشباه، فإنكار حجية القياس تخطيط لما سار عليه الصحابة في اجتهدهم وما قرروه بأفعالهم وأقوالهم.

٤- ويستدل بالمعقول على حجية القياس مما يأتي:

أ- أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام، فإذا ساوت الواقعة التي لا نص فيها الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم شرب الخمر لإسكاره محافظة على عقول عباده ويبيح شرباً آخر فيه خاصية الخمر وهي الإسكار، لأن مآل هذه المحافظة على العقول من مسكر، وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر.

ب- أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية، ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها هي المصدر التشريعي لما لا

(١) أخرجه مالك في الموطأ - كتاب البيوع - باب السلفة في الطعام، وابن ماجه في أبواب التجارات - باب النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض.

يتناهى، فالقياس هو المصدر التشريعي الذي يساير الوقائع المتجددة، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ويوفق بين التشريع والمصالح.

ج- أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح، فإن من نهي عن شراب لأنه ساءم يقيس بهذا الشراب كل شراب ساءم، ومن حرّم عليه تصرّف لأن فيه اعتداءً وظلمًا لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره، ولا يعرف بين الناس اختلافًا في أن ما جرى على أحد المثلين يجري على الآخر ما دام لا فارق بينهما.

شبهات نفاة القياس:

استدل منكرو القياس بما يأتي:

١- من أقوى شبهاتهم قولهم: إن القياس مبني على الظن بأن علة حكم النص هي كذا، والمبني على الظن ظني، والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن، وقال سبحانه: {وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ} [الإسراء: ٣٦]، فلا يصح الحكم بالقياس لأنه اتباع الظن.

وهذه شبهة واهية لأن المنهي عنه هو اتباع الظن في العقيدة، وأما في الأحكام العملية فأكثر أدلتها ظنية، ولو اعتبرت هذه الشبهة لا يعمل بالنصوص الظنية الدالة لأنه اتباع للظن، وهذا باطل بالاتفاق، لأن أكثر النصوص ظنية الدلالة.

٢- ومن أقوى شبهاتهم أيضًا قولهم: إن القياس مبني على اختلاف الأنظار في تعليل الأحكام فهو مثار اختلاف الأحكام وتناقضها، والشرع لا تناقض بين أحكامه.

وهذه شبهة ضعيفة لأن الاختلاف المبني على القياس ليس اختلافًا في العقيدة أو في أصل من أصول الدين، وإنما هو اختلاف في أحكام جزئية عملية لا يؤدي الاختلاف فيها إلى مفسدة، بل ربما كان رحمة بالناس وفيه مصلحتهم.

٣- ومن شبهاتهم عبارات نقلوها عن بعض الصحابة ذمّوا فيها الرأي والقول في الأحكام بالرأي، مثل قول عمر: "إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن، أعينهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي، فضلوا وأضلوا".

هذه الآثار فوق أنها غير موثوق بها ليس المراد منها إنكار القياس أو الاحتجاج به، وإنما المراد منها النهي عن اتباع الهوى، والرأي الذي ليس له مرجع من النصوص.

المطلب الثالث: أركان القياس:

كلُّ قياس يتكوّن من أركانٍ أربعة:

الأصل: وهو ما ورد نصٌّ بحكمه ، ويسمى: المقيس عليه، والمحمول عليه والمشبه به.

الفرع: وهو ما لم يرد بحكمه نص، ويراد تسويته بالأصل في حكمه، ويسمى: المقيس، والمحمول، والمشبه.

حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد أن يكون حكمًا للفرد.

العلة: وهي الوصف الذي بُني عليه حكم الأصل، وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه.

١- فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه وهو قوله تعالى: {فَاجْتَنِبُوهُ} الدال على تحريم شربه لعلة هي الإسكار، ونبذ التمر أو الويسكي أو أي مادة مسكرة كالمخدرات بأشكالها: فرع لأنه لم يرد نص بحكمه، وقد ساوى الخمر في العلة وهي أن كلا منهما مسكر، فيسوى به في الحكم وهو التحريم.

٢- الأصناف الستة الربوية: الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح: أصل، لأنه ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فيها إذا بيع كل واحد منها بجنسه حيث جاء عبادة بن الصامت، قال: إني سمعت رسول الله ﷺ: ((ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عينا بعين، فمن زاد، أو ازداد، فقد أربى))^(١)، والعلة هي أنها مقدّرات مضبوط قدرها بالوزن أو الكيل مع اتّحاد الجنس، والذرة والأرز والبقول فرع لأنه لم يرد

(١) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب المساقاة- باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

نص بحكمها، وقد ساوت الأشياء الواردة بالنص في أنها مقدرات فسويت بها في حكمها في حين المبادلة بجنسها.

ومن الأمثلة القانونية على القياس:

١- أنه لا يجوز للخبير الذي أدلى بخبرة إفرادية في الدعوى أن يصبح عضواً في لجنة الخبرة الثلاثية فيها، وذلك قياساً على عدم جواز رؤية القاضي الدعوى الواحدة في مرحلتين من مراحل التقاضي بسبب الإحساس بالرأي من الخبر في الخبرة الأولى.

(نقض سوري رقم ١٥٣٥ أساس عمالي ١٤٧٢ تاريخ ١٢/٦/١٩٧٥ مجلة المحامون ص ٢٤٣ لعام ١٩٧٦)

٢- ومن أمثلتها أن شهادة القريب ضد قريبه مقبولة، كما أنه يجوز سماع شهادة الزوجة ضد زوجها إذا طلب الخصم ذلك، قياساً على جواز سماع شهادة الأب في الدعوى المتكونة بين ابنه وآخر، إذا طلبها خصم ابنه.

فإذا طلب الخصم هذه الشهادة وهو يعلم بالقرابة بين الشهود وبين خصمه سماع شهادتهم، فليس له طلب استبدالهم بغيرهم بعد سماع أقوالهم.

(نقض سوري رقم ١٩٤٧ اساس ١٤٨٩ تاريخ ٢٣/١٠/١٩٨٢ مجلة المحامون ص ٢٦٥ لعام ١٩٨٣)

٣- إذا طلب رد قضاة إحدى غرف محكمة الاستئناف تنظر في الطلب غرفة ثانية من غرفها قياساً على ما هو عليه الأمر في محكمة النقض.

(نقض رقم ٨٧٦ تاريخ ١٨/١٠/١٩٧٦ مجلة المحامون ٧٢/١٩٧٧)

أما الركنان الأولان من هذه الأركان الأربعة، وهما: الأصل والفرع، فهما واقعتان أو محالان أو أمران، أحدهما دل على حكمه نص، والآخر لم يدل على حكمه نص ويراد معرفة حكمه، ولا تشترط فيهما شروط سوى أن الأصل ثبت حكمه بنص والفرع لم يثبت حكمه بنص ولا إجماع، ولا يوجد فارق يمنع من تساويهما في الحكم.

وأما الركن الثالث وهو حكم الأصل: فتشترط لتعديته إلى الفرع شروط، لأنه ليس كل حكم شرعي ثبت بالنص في واقعة يصح أن يعدّى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى؛ بل تشترط في الحكم الذي يعدّى إلى الفرع بالقياس شروط:

الأول: أن يكون حكمًا شرعيًا عمليًا ثبت بالنص:

لأنه اختلف الفقهاء في الحكم الشرعي العملي الذي ثبت بالإجماع لأن في تعديته بواسطة القياس رأيين:

أ- أنه لا يصح تعديته، ولعله الأرجح لأن الإجماع لا يلتزم فيه أن يذكر مع الحكم المجمع عليه مستنده، ومن غير ذكر المستند لا سبيل إلى إدراك علة الحكم فلا يمكن القياس على الحكم المجمع عليه، وهذا على فرض وجود حكم أجمع عليه بمعنى الإجماع في اصطلاح الأصوليين.

ب- أنه يصح تعديته.

وأما الحكم الشرعي الذي ثبت بالقياس فلا يصح تعديته، لأن الفرع إن كان يساوي ما ثبت فيه الحكم بالقياس في العلة، فهو يساوي واقعة النص في نفس العلة ويكون المعدّى بالقياس هو حكم النص، وإن كان لا يساويه في العلة فلا يصح أن يساويه في الحكم. وعلى هذا لا يصح أن يقال: يحرم تعاطي المخدرات أو نبيذ التفاح قياسًا على نبيذ التمر الثابت حكمه بالقياس على الخمر، ويكون تحريمه بالقياس على الخمر لا على نبيذ التمر، وإن كان لا يساويه في الإسكار فلا يساويه في التحريم.

الثاني: أن يكون حكم الأصل مما يستطيع العقل إدراك علته، لأنه إذا كان لا يمكن العقل إدراك علته لا يمكن أن يعدّى بواسطة القياس، لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل، وإدراك تحققها في الفرع.

ذلك أن الأحكام الشرعية العملية جميعها مشروعة لمراعاة مصالح الناس، والعلل بُنيت عليها، وما شرع حكم منها عبثًا لغير علة، غير أن الأحكام نوعان:

١- أحكام استأثر الله بعلم عللها، ولم يمهد السبيل إلى إدراك هذه العلل ليختبر العباد، وهم يمثلون وينفذون ولو لم يدركوا ما بني عليه الحكم من علة، وتسمى هذه الأحكام: التبعية، أو غير معقولة المعنى أو التوقيفية. ومثالها: تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس، وتحديد مقادير النصاب في المال الذي تجب فيها الزكاة، ومقادير ما يجب فيها، ومقادير الكفارات، ومقادير حصص الورثة من التركة.

٢- أحكام لم يستأثر الله بعلم عللها، بل أرشد العقول إلى عللها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاعتداء بها، وهذه تسمى: الأحكام معقولة المعنى، وهذه هي التي يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس؛ سواء أكانت أحكاماً مبتدأة، أي: ليست استثناء من أحكام كلية، كتحریم شرب الخمر الذي عدّي بالقياس إلى شرب أي مادة مسكرة، وتحریم الربا في القمح والشعير الذي عدّي بالقياس إلى بيع الذرة والأرز، أم كانت أحكاماً مستثناة من أحكام كلية، كبقاء الصوم مع أكل الصائم ناسياً، وهو مستثنى من فساد الصوم في حال وصول طعام إلى الجوف، الذي عدّي بالقياس إلى أكل الصائم خطأً أو مكرهاً. فالشرط لصحة تعدية حكم الأصل أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكماً مبتدأً ليس استثناء من كونه حكماً كلياً وكونه حكماً استثنائياً من حكم كلي، وأما إذا كان غير معقول المعنى فلا يصح تعديته سواء أكان حكماً أصلياً أم استثنائياً، وبناء على هذا فلا يجري القياس في العبادات، والحصص الإرثية وأعداد ركعات الصلوات.

الثالث: أن يكون حكم الأصل غير مختص به، وأما إذا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدى بالقياس إلى غيره.

ولا يكون حكم الأصل مختصاً به في حالتين:

أ- إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها في غير الأصل، كقصر الصلاة للمسافر، فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة، ولكن علته السفر، والسفر لا يتصور وجوده في غير المسافة.

ب- إذا دلّ دليل على تخصيص حكم الأصل به، مثل الأحكام التي دل الدليل على أنها مختصة بالنبي ﷺ، كتحريم الزواج بإحدى زوجاته بعد موته، ومثل الاكتفاء في القضاء بشهادة خزيمة بن ثابت وحده بقوله عليه السلام: ((مَنْ شَهِدَ لَهُ خَزِيمَةُ فَهُوَ حَسْبُهُ))^(١)، فإن النصوص التي وردت في القرآن والسنة دالة على أن المرأة المتوفى عنها زوجها بعد انتهاء عدتها يحل لها أن تتزوج، وعلى أنه لا بد في الشهادة من رجلين أو رجل وامرأتين، وهي أدلة على تخصيص الحكم بالنبي ﷺ وبخزيمة.

الركن الرابع: وهو العلة وهي أهم الأركان لأن علة القياس هي أساسه، وبحوثها هي أهم بحوث القياس، وهي كثيرة نقتصر منها على أربعة: تعريفها، وشروطها، وأقسامها.

تعريف العلة:

العلة: هي وصف في الأصل بني عليه حكمه ويعرف به وجود هذا الحكم في الفرع، فالإسكار وصف في الخمر بني عليه تحريمه، ويعرف به وجود التحريم في كل مادة مسكرة، والتعدي وصف في بيع الإنسان على بيع أخيه أو بني عليه تحريمه، ويعرف به وجود التحريم في استئجار الإنسان على استئجار أخيه، وهذا هو مراد علماء الأصول بقولهم: العلة هي المعرّف للحكم. وتسمى العلة: مناط الحكم.

ومن المتفق عليه أن الله سبحانه لم يشرع حكماً إلا لمصلحة الناس، وأن هذه المصلحة إما فيها جلب نفع لهم، وإما دفع ضرر عنهم، فالباعث على تشريع أي حكم شرعي هو جلب المنفعة أو دفع الضرر، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه وهو حكمة الحكم، فاستحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكمته دفع الضرر، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً عدواناً حكمته حفظ حياة الناس، وإباحة المعاوضات حكمته دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، فحكمة كل حكم شرعي تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة.

(١) سبق تخريجه

وكان المتبادر أن يبنى كل حكم على حكمته، وأن يرتبط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها، لأنها هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه، ولكن وجد بالاستقراء أن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمرًا خفيًا غير ظاهر، لا يدرك بإحدى الحواس الظاهرة، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه، مثل إباحة المعاوضات التي حكمته دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، فالحاجة أمر خفي، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة لحاجة أو لغير حاجة، ومثل ثبوت النسب بالزوجية الذي حكمته هو العلاقة الجنسية المفضية إلى حمل الزوجة من زوجها، وهذا أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه.

وقد تكون الحكمة أمرًا تقديريًا غير منضبط، فلا ينضبط بناء الحكم عليه ولا ربطه به وجودًا وعدمًا، فاستحقاق الشفعة للشريك أو الجار، حكمته دفع الضرر وهو أمر تقديري غير منضبط، فلاجل خفاء حكمة التشريع في بعض الأحكام، وعدم انضباطها في بعضها، وجب اعتبار أمر آخر يكون ظاهرًا أو منضبطًا يبنى عليه الحكم ويُربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ويكون مناسبًا لحكمته، بمعنى أنه مظنة لها وأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها؛ وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه لأنه مظنة لحكمته، ولأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها، هو المراد بالعلة، فالفرق بين حكمة الحكم وعقلته هو أن حكمة الحكم هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه، وهي المصلحة التي قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها.

وأما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه وربط به وجودًا وعدمًا، لأن الشأن في بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمه تشريع الحكم، فاستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار، وهذه الحكمة أمر تقديري غير منضبط، فاعتبرت الشركة أو الجوار مناط الحكم لأن كلاً منهما أمر ظاهر

منضبط، وفي جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته، فالشريك أو الجار يتضرر من شراء شخص سيئ، فحكمة استحقاق الشفعة دفع الضرر وعلته الشركة أو الجوار.

وإباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، وهذه الحكمة أمر خفي، فاعتبرت صيغة العقد مناطاً لحكمته لأنها أمر ظاهر منضبط، وفي جعلها مناطاً مظنة تحقيق الحكمة لأن الصيغة عنوان تراضي المتعاضين بالمعاوضة والشأن في تراضيهما بها أن يكون عن حاجتهما إليها، فحكمة نقل الملكية في البدلين البيع أو الإجارة سد الحاجة، وعلته صيغة عقد البيع والإجارة.

وعلى هذا فجميع الأحكام الشرعية تُبنى على عللها، أي: ترتبط بها وجوداً وعدمًا لا على حكمها، ومعنى هذا أن الحكم الشرعي يوجد حيث توجد علة ولو لم توجد الحكمة، وينتفي حيث تنتفي علة ولو وجدت حكمته، لأن الحكمة لخفائها في بعض الأحكام وعدم انضباطها في بعضها لا يمكن أن تكون دالة على وجود الحكم أو عدمه، ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بها.

فالشرع لما اعتبر لكل حكم علة هي أمر ظاهر منضبط، يُظنُّ تحقق الحكمة بربط الحكم به جعل مناط الأحكام عللها، ليستقيم التكليف وتتسق أحكام المعاملات. وتخلف الحكمة في بعض الجزئيات لا يؤثر بإزاء استقامة التكليف واطراد الأحكام، فالقاعدة تقول: الحكم الشرعي يدور وجوداً وعدمًا مع علة لا مع حكمته.

فالحكم الشرعي يربط بالمظنة لا بالمئنة، فمن كان في رمضان على سفر يباح له الفطر لوجود علة إباحته وهي السفر، وإن كان سفره مريحاً لا يجد فيه مشقة. ومن كان شريكاً في العقار المبيع أو جاراً له يستحق أخذه بالشفعة، لوجود علة استحقاقها وهي الشركة أو الجوار، وإن كان المشتري لا يخشى منه أي ضرر، ومن لم يكن شريكاً في العقار المبيع ولا جاراً له لا يستحق أخذه بالشفعة، وإن كان لأي سبب من الأسباب يلحقه من شراء المشتري ضرر. ومن حصل على علامة النجاح الدنيا في الامتحان نجح وإن لم يُلم بالعلوم، ومن لم يحصل عليها لا ينجح وإن كان ملماً بالعلوم.

وما دام الحكم الشرعي يبنى على علته لا على حكمته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوي الأصل والفرع في العلة لا في الحكمة، وعلى القاضي أن يقضي بالحكم حيث توجد العلة لا الحكمة، فإذا قضى بالشفعة لغير الشريك ولغير الجار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشتري فهو خاطئ، وإذا رفض الحكم باستحقاق الشفعة لشريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشتري فهو خاطئ. ولكن في بعض الأحكام ربما يتخلف الحكم عن علته، كبيع المكره فهو باطل، فالعلة وهي صيغة العقد وجدت ولم يوجد الحكم وهو نقل الملكية، وكذلك لم يحكم قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٢٩ منه بثبوت دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها بصورة محسوسة، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد أكثر من مدة الحمل وهي سنة، فالزواج وجد ولم يوجد حكمه وهو ثبوت النسب. والقاصر إذا بلغ الثامنة عشرة ودلت القرائن على أنه غير رشيد، يبقى محجوراً عليه ولا تنتهي الولاية عليه مع وجود علة انتهائها وهو بلوغه سن الرشد. وهذه الأحكام وأمثالها لا تنافي بينها وبين ما تقدم، لأن العلل الظاهرة المنضبطة هي التي تُبنى الأحكام عليها لأنها مظان لحكمها، لكن إذا قام الدليل على نفي أن يكون هذا الظاهر المنضبط مظنة لحكمة الحكم فقد دل على أساس العلة ولم يبقَ علة، فالإكراه على البيع ينفي أن تكون الصيغة مظنة التراضي الذي هو دليل الحاجة؛ فالصيغة من المكره ليست علة، والزوجية التي ثبت فيها أن الزوجين لم يلتقيا من حيث العقد لم تعد مظنة لأن تكون الزوجة حملت من زوجها فليست علة لثبوت النسب، وبلوغ الثامنة عشرة لم يعد مظنة لحسن التصرف المالي مع أمارات عدم الرشد^(١).

شروط العلة:

ليس كل وصف في الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه، بل لابد في الوصف الذي يعلل به حكم الأصل من أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

(١) أصول الفقه للخلاف ٦٣-٦٧

١- أن تكون وصفًا ظاهرًا: ومعنى ظهوره أن يكون محسوسًا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة، لأن العلة هي المعرف للحكم في الفرع فلا بد أن تكون أمرًا ظاهرًا، يدرك بالحس في الخمر، ويتحقق بالحس من وجوده في نبيذ آخر مسكر.

فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه، فلا يعلل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج في رحم زوجته، بل يعلل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح. ولا يعلل نقل الملكية في البدلين بتراضي المتعاقدين بل يعلل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول. ولا يعلل بلوغ الحلم بكمال العقل بل يعلل بمظنته الظاهرة، وهي بلوغ ١٥ سنة شرعًا و١٨ سنة قانونًا.

٢- أن يكون وصفًا منضبطًا: بأن تكون له حقيقة محدودة معينة يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدها أو بتفاوت يسير، لأن أساس القياس تساوي الفرع والأصل في علة حكم الأصل، وهذا التساوي يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتى يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان فيها، كالقتل العمد العدوان من الوارث لمورثه حقيقة مضبوطة، ويمكن تحقيقها في قتل الموصى له للموصي للمنع من استحقاق الوصية، والاعتداء في بيع الإنسان على بيع أخيه حقيقة مضبوطة، ويمكن تحقيقها في استئجار الإنسان على استئجار أخيه.

لهذا لا يصح التعليل بالأوصاف المرنة غير المضبوطة، التي تختلف اختلافًا بيّنًا باختلاف الظروف والأحوال والأفراد، فلا تعلل بإباحة الفطر في رمضان للمريض أو المسافر بدفع المشقة بل بمظنتها وهو السفر أو المرض.

٣- أن تكون وصفًا مناسبًا: ومعنى مناسبته أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم، أي: أن ربط الحكم به وجودًا وعدمًا من شأنه أن يحقق ما قصده الشرع بتشريع الحكم من جلب منفعة أو دفع ضرر، لأن الباعث الحقيقي على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه هو حكمته، ولو كانت الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هي علل الأحكام، لأنها هي الباعثة على تشريعها، ولكن لعدم ظهورها في بعض

الأحكام وعدم انضباطها في بعضها، أقيمت مُقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها.

فالإسكار مناسب لتحريم الخمر لأن في بناء التحريم عليه حفظ العقول، والقتل العمد العدوان مناسب لإيجاب القصاص لأن في بناء القصاص عليه حفظ حياة الناس.

فلا يصح التعليل بالأوصاف غير المناسبة التي لا تعقل علاقتها بالحكم، ولا بحكمته كلون الخمر، أو كون القاتل عمداً عدواناً سوري الجنسية، أو كون المفطر عمداً في رمضان قروياً. ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها إذا طرأ عليها في بعض الجزئيات بمناسبتها، وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع، فصيغة البيع من الإنسان المكره لا تصلح علة لنقل الملكية، وعقد الزوجية بين من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا يصلح علة لثبوت النسب، وبلوغ من بلغ مجنوناً لا يصلح علة لزوال الولاية عنه، لأن البيع والزواج والبلوغ في هذه الجزئيات ليست مظنة ولا مناسبة.

٤- ألا تكون وصفاً قاصراً على الأصل: ومعنى هذا أن تكون وصفاً يمكن أن يتحقق في عدة أفراد ويوجد في غير الأصل، لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع، فلو علل بعله لا توجد في غير الأصل لا يمكن أن تكون أساساً للقياس. ولهذا لما عللت الأحكام التي هي من خصائص النبي ﷺ، بأنها لذات النبي لم يصح فيها القياس، فلا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها نبذ العنب وقد تخمر، ولا تعليل تحريم الربا في الأموال الربوية الستة بأنها ذهب أو فضة^(١).

(١) أصول الفقه للخلاف ٦٨-٧٠



الفصل الثاني

المصادر التبعية

المبحث الأول

الاستحسان

المطلب الأول: تعريف الاستحسان:

الاستحسان في اللغة: عدُّ الشيء حسناً، وفي اصطلاح الأصوليين: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقذح في عقله رجَّح لديه هذا العدول.

فإذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها، وللنظر فيها وجهتان مختلفتان: إحداهما ظاهرة تقتضي حكماً والأخرى خفية تقتضي حكماً آخر، وقام عند المجتهد دليل رجح وجهة النظر الخفية، فعدل عن وجهة النظر الظاهرة فهذا يسمى شرعاً: الاستحسان. وكذلك إذا كان الحكم كلياً، وقام عند المجتهد دليل يقتضي استثناء جزئية من هذا الحكم الكلي والحكم عليها بحكم آخر.

المطلب الثاني: أنواع الاستحسان:

من تعريف الاستحسان شرعاً يتبين أنه نوعان:

أحدهما: ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل.

وثانيهما: استثناء جزئية من حكم كلي بدليل.

ومن أمثلة النوع الأول:

١- الدَّين المشترك الثابت لاثنتين مثلاً في ذمة ثالث بسبب متَّحد:

فإذا قبض أحد الشريكين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها بل لشريكه أن يطالبه بحصته من المقبوض، فإذا هلك المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك حصته فإن مقتضى القياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين؛ لأنهما كما يتقاسمان المقبوض إذا سلّم ينبغي أن يتحملا معًا تبعة هلاكه إذا هلك، لكن حكم الحنفية بأن الهالك في يد القابض يهلك من حصته فقط، وتكون الحصة التي لم تقبض للشريك الثاني استحساناً؛ وذلك لأنه لم يكن ملزماً بالأصل بمشاركة القابض فيما قبض، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته.

٢- نص فقهاء الحنفية على أن الواقف إذا وقف أرضاً زراعية تدخل حقوق الارتفاق - كحق المسيل وحق الشرب وحق المرور - في الوقف تبعاً بدون النص عليها استحساناً، والقياس أنها لا تدخل إلا بالنص عليها كالبيع. والدليل على هذا الاستحسان: أن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية إلا بالشرب والمسيل والمرور، فتدخل في الوقف بدون ذكرها لأن المقصود لا يتحقق إلا بها كالإجارة.

فالقياس الظاهر إلحاق الوقف في هذا البيع، لأن كلاً منهما إخراج ملك من ماله.

والقياس الخفي: إلحاق الوقف في هذا بالإجارة لأن كلاً منهما مقصود به الانتفاع، فكما يدخل المسيل والشرب والطريق في إجارة الأراضي الزراعية بدون ذكرها تدخل في وقف الأراضي الزراعية بدون ذكرها.

٣- ذكر الحنفية أنه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع، فادعى البائع أن الثمن ألف ليرة وادعى المشتري أنه تسعمئة ليرة، فيحلفان اليمين استحساناً، والقياس ألا يحلف البائع، لأن البائع يدعي الزيادة وهي مئة والمشتري ينكرها، والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر، فلا يمين على البائع. ودليل الاستحسان: أن البائع مدّع ظاهرًا بالنسبة إلى الزيادة ومنكر حق المشتري في تسليم المبيع بعد دفع

التسعمئة، والمشتري منكر ظاهرًا الزيادة التي ادعاها البائع وهي المئة ومدّع حق تسلمه المبيع بعد دفع التسعمئة، فكل واحد منهما مدّع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان.

فالقياس الظاهر: إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدّع ومنكر، فالبيّنة على المدّعي واليمن على من أنكر.

والقياس الخفي: إلحاق الواقعة بكل واقعة بين متداعيين، كل واحد منهما يُعدّ في الوقت نفسه مدعيًا ومنكرًا فيتحالفان.

ففي كل مثال من المثالين السابقين، تعارض في الواقعة قياسان أحدهما جليّ متبادر فهمه، والآخر خفي دقيق فهمه، وقام للمجتهد دليل رجح القياس الخفي فعدل عن القياس الجلي فهذا العدول يسمى الاستحسان، والدليل الذي بني عليه يسمى وجه الاستحسان^(١).

ومن أمثلة النوع الثاني وهو استثناء حكم جزئي من حكم كلي:

١- النهي عن بيع الشيء المعدوم والتعاقد عليه، والترخيص استحسانًا في عقود السلم والإجارة والمزارعة والمساواة والاستصناع وهي كلها عقود، المعقود عليه فيها معدوم وقت التعاقد، ودليل الاستحسان حاجة الناس إلى هذه العقود وتعارفهم على التعامل بها^(٢).

٢- تضمين الأمين بموته مجهلاً لأن التجهيل سبب من أسباب الضمان، واستثني استحساناً موت الأب أو الجد أو الوصي مجهلاً. وجه - دليل - الاستحسان: أن

(١) أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد عبيد الكبيسي، دار السلام، دمشق ١٤٢ هـ،

وأصول الفقه للخلاف ٧٩-٨٠

(٢) البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ٢٢٢/١٠ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي

الزيلي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ ٥٣/٤

الأب والجد والوصي لكل منهم أن ينفق على الصغير ما يحتاج إليه، فلعل ما جهله كان قد صرفه في موضعه^(١).

٣- عدم تضمين الأمين إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، ويستثنى استحساناً الأجير المشترك، فإنه يضمن إلا إذا كان هلاك ما عنده بقوة قاهرة؛ ووجه -دليل- الاستحسان: تأمين المستأجرين^(٢).

٤- ونصوا على أن المحجور عليه للسفه لا تصح تبرعاته، واستثنى استحساناً وقفه على نفسه مدة حياته، ووجه الاستحسان: أن وقفه على نفسه فيه تأمين عقاراته من الضياع، وهذا يتفق والغرض من الحجر عليه^(٣).

ففي كل مثال من هذه الأمثلة استثنيت جزئية من حكم كلي بدليل.

المطلب الثالث: حجة الاستحسان:

من خلال تعريف الاستحسان وبيان نوعيه يتبين أنه ليس مصدرًا تشريعيًا مستقلًا حقيقة؛ لأن أحكام النوع الأول من نوعيه دليلها هو القياس الخفي الذي ترجح على القياس الجلي، بما اطمأن له قلب المجتهد من المرجحات، وهو وجه الاستحسان. وأحكام النوع الثاني من نوعه دليلها هو المصلحة، التي اقتضت استثناء الجزئية من الحكم الكلي، وهو الذي يعبر عنه بوجه الاستحسان.

فاستدل الحنفية على حجيته بأن الاستدلال بالاستحسان إنما هو استدلال بقياس خفي، ترجح على قياس جلي أو هو ترجيح قياس على قياس يعارضه، لدليل يقتضي هذا الترجيح، أو استدلال بالمصلحة المرسلة على استثناء جزئي من حكم كلي، وكل هذا استدلال صحيح^(٤).

(١) مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي ١٨٤

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان ٢٤٣/٣

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي ٢٠٣/٥

(٤) أصول الفقه للخلاف ٨٢

أدلة مَنْ لا يحتجون بالاستحسان:

أنكر بعض المجتهدين -منهم الإمام الشافعي- الاستحسانَ وعدُّوه استنباطاً للأحكام الشرعية بالهوى والتشهي، وقد نقل عن الشافعي أنه قال: ((من استحسن فقد شرع))، أي: ابتدأ من عنده شرعاً.

ولأنه لو جاز الأخذ بالاستحسان في الدين جاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل أحد لنفسه شرعاً.

ولعل الخلاف بين المحتجين به وبين عدم المحتجين به أنهم لم يتفقوا في تحديد معناه، أو كما يقولون: لم يحرروا موضع النزاع، فالمحتجون به يريدون منه معنى غير الذي يريده من لا يحتجون به، ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا في الاحتجاج به، لأن الاستحسان هو عدول عن دليل ظاهر أو عن حكم كلي للدليل اقتضى هذا العدول، وليس مجرد تشريع بالهوى. وكل قاضٍ قد تنقذ في عقله في كثير من الوقائع مصلحة حقيقية، تقتضي العدول في هذه الجزئية عما يقضي به ظاهر القانون وما هذا إلا نوع من الاستحسان^(١). ولهذا قال الإمام الشاطبي في الموافقات:

"من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك"^(٢).

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٣

(٢) الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان،

الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م ١٩٤/٥

المبحث الثاني

المصلحة المرسلة

المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة:

المرسل؛ أي: المطلق، وعرفها علماء الأصول بأنها: الوصف الذي يلائم تصرفات الشرع ومقاصده، لكن لم يشهد لها دليل معين بالاعتبار أو الإلغاء، فهي المصلحة التي لم يشرع الشارع حكمًا لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها. وسميت مطلقاً لأنها لم تقيّد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء. كالمصلحة التي شرع لأجلها الصحابة أخذ السجون، أو ضرب النقود، أو إبقاء الأرض الزراعية التي فتحوها في أيدي أهلها ووضع الخراج عليها، أو غير ذلك من المصالح التي اقتضتها الضرورات أو الحاجات أو التحسينيات ولم تشرع أحكام لها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها.

ذلك أن تشريع الأحكام لم يقصد به إلا تحقيق مصالح الناس، أي: جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم، وأن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها وتتجدد بتجدد أحوال الناس وتتطور باختلاف البيئات. وتشريع الحكم قد يجلب نفعاً في زمن وضرراً في زمن، وفي الزمن الواحد قد يجلب الحكم نفعاً في بيئة ويجلب ضرراً في بيئة أخرى.

فالمصالح التي شرع الشرع أحكاماً لتحقيقها، ودل على اعتبارها عللاً لما شرعه، تسمى: المصالح المعتبرة، مثل حفظ حياة الناس، شرع له إيجاب القصاص من القاتل المتعمد، وحفظ أموالهم الذي شرع له عقوبة السرقة، وحفظ أعراضهم وأنسابهم الذي شرع له عقوبة القذف وعقوبة الزنى، فكل من القتل العمد والسرقة والقذف والزنى وصف مناسب، أي: إن تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة، وهو معتبر من الشارع لأن الشرع بنى الحكم عليه.

وأما المصالح التي اقتضتها البيئات والطوارئ بعد انقطاع الوحي، ولم يشرع الشرع أحكاماً لتحقيقها، ولم يقم دليل منه على اعتبارها أو إلغائها، فهذه تسمى المصالح

المرسلة. مثل المصلحة التي اقتضت أن الزواج الذي لا يثبت بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار، ومثل المصلحة التي اقتضت أن عقد البيع الذي لا يسجل لا ينقل الملكية، فهذه كلها مصالح لم يشرع الشارع أحكاماً لها، ولم يدل دليل منه على اعتبارها أو إلغائها، فهي مصالح مرسلة^(١).

المطلب الثاني: أدلة المحتجين بالمصالح المرسلة:

ذهب جمهور العلماء إلى أن المصلحة المرسلة حجة شرعية في تشريع الأحكام، وأن الواقعة التي لا يوجد حكم لها بنص أو إجماع قياس أو استحسان، يشرع فيها الحكم الذي تقتضيه المصلحة المطلقة، ولا يتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها. ودليلهم على هذا أمران:

١- أن مصالح الناس تتجدد ولا تنتهي، فلو لم تُشرع الأحكام لما يتجدد من مصالح الناس، ولما يقتضيه تطوره واقتصر التشريع على المصالح التي اعتبرها الشارع فقط، لُعْطِلَتْ كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة، ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ومصالحهم، وهذا لا يتفق مع ما يريده التشريع من تحقيق مصالح الناس.

٢- أن من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، يتبين أنهم شرعوا أحكاماً كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة، دون دليل على اعتبارها.

وأمثلة ذلك: أ- أن أبا بكر رضي الله عنه جمع المصحف في كتاب واحد من الصحف المفارقة التي كان مدوناً فيها القرآن.

ب- أن عمر رضي الله عنه أوقع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة، ومنع إعطاء المؤلف قلوبهم من الزكاة، ودوّن الدواوين، واتخذ السجون، ووقف تنفيذ عقوبة السرقة في عام الجماعة.

(١) الوجيز للزحيلي ٩٢، وأصول الفقه للخلاف ٨٠

ج- أن عثمان بن عفان رضي الله عنه جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره في البلدان وحرق ما عداه، ووژت زوجة من طلق زوجته في مرض موته ليحرمها من إرثها^(١).

د- وعلي رضي الله عنه برز أثره الجليلي في التنظيمات الإدارية والمالية في الدولة، فكان من الصحابة الذين شاركوا في تحديد مبلغ الكفاية للحاكم -أي راتبه- من بيت مال المسلمين، ومقدار نفقته على نفسه، وأهل بيته من المال، وقد كان البدء بالتأريخ الإسلامي يعود في تحديده إلى رأي علي بن أبي طالب ومشورته في ذلك؛ إذ جمع عمر الناس، وسألهم: "من أي يوم نكتب التاريخ؟"، فأشار عليه علي بن أبي طالب أن يكون من يوم هجرة رسول الله ﷺ ففعل ذلك عمر رضي الله عنه^(٢) وكل هذا كان مبنياً على المصلحة المرسله.

- والحنفية حجروا على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفس^(٣).

- والشافعية حكموا بالقصاص من الجماعة إذا قتلوا إنساناً واحداً^(٤).

وجميع هذه المصالح التي قصدوها بما شرعوه من الأحكام هي مصالح مرسله، وقد شرعوا هذه الأحكام بناء عليها لأنها مصلحة، ولأنه لم يدل دليل من الشارع على إلغائها، وما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعي باعتبارها، قال القرافي: "ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسله أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير^(٥)".

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٤-٨٥

(٢) علي بن أبي طالب، لعبد الستار الشيخ، ط ١ عام ٢٠١٥، دمشق: دار القلم، ص ٣٠٦-٣٠٧.

(٣) المبسوط، لمحمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة- بيروت عام: ١٤١٤هـ-١٩٩٣م ١٥٧/٢٤

(٤) متن أبي شجاع المسمى الغاية والتقريب، أحمد بن الحسين، أبو شجاع، الأصفهاني، عالم الكتب ٣٧

(٥) شرح تنقيح الفصول، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة

الفنية المتحدة، ط ١ عام ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م ٤٤٦

المطلب الثالث: شروط الاحتجاج بها:

احتياط مَنْ يحتجون بالمصلحة المرسلّة للاحتجاج بها حتى لا تكون بابًا للتشريع بالهوى والتشهي، ولهذا اشترطوا في المصلحة المرسلّة التي يبنى عليه الحكم عدة شروط:

الأول: أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية، والمراد بها أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعًا أو يدفع ضررًا، وأما مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعًا، من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية، ومثال هذه المصلحة التي تتوهم في سلب الزوج حق تطليق زوجته، وجعل حق التطليق للقاضي فقط في جميع الحالات.

الثاني: أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية، والمراد بهذا أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعًا لأكثر عدد من الناس، أو يدفع ضررًا عنهم وليس لمصلحة فرد أو أفراد قلائل منهم، فلا يشرع الحكم لأنه يحقق مصلحة خاصة بأمر أو عظيم، بصرف النظر عن جمهور الناس ومصالحهم، فلا بد أن تكون لمنفعة جمهور الناس.

الثالث: ألا يعارض التشريع لهذه المصلحة حكمًا أو مبدأ ثبت بالنص أو الإجماع، فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنات في الإرث، لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن.

فالمصلحة أو الوصف المناسب إذا دل دليل شرعي على اعتباره بنوع من أنواع الاعتبار، فهو المناسب المعتبر من الشرع، وإذا دل دليل شرعي على إلغاء اعتباره فهو المناسب الملغى، وإذا لم يدل دليل شرعي على اعتباره ولا على إلغاءه فهو المناسب المرسل أو المصلحة المرسلّة^(١).

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٦-٨٧

أدلة الذين لا يحتجون بالمصلحة المرسلّة:

ذهب بعض العلماء إلى أن المصلحة المرسلّة التي لم يدل دليل شرعي على اعتبارها ولا على إلغائها لا يبنى عليها تشريع. ودليلهم أمران:

الأول: أن الشريعة راعت كل مصالح الناس بنصوصها وبما أرشدت إليه من القياس، والشرع لم يترك الناس سدًى، ولم يهمل أية مصلحة من غير إرشاد إلى التشريع لها، فلا مصلحة إلا ولها دليل من الشرع باعتبارها، والمصلحة التي لا شاهد من الشارع باعتبارها ليست في الحقيقة مصلحة، وما هي إلا مصلحة وهمية ولا يصح بناء التشريع عليها.

والثاني: أن التشريع بناء على مطلق المصلحة فيه فتح باب لأهواء ذوي الأهواء، من الولاة ورجال الإفتاء، لأن بعض هؤلاء قد يغلب عليهم الهوى فيتخيلون المفساد مصالح، والمصالح أمور تقديرية تختلف باختلاف الآراء والبيئات، ففتح باب التشريع لمطلق المصلحة فتح باب الشر.

والواقع أنه إذا لم يحتج بالمصلحة المرسلّة جمد التشريع الإسلامي، ووقف عن مسايرة الأزمان والبيئات.

ومن خاف من العبث والظلم واتباع الهوى باسم المصلحة المطلقة، يُردُّ خوفه بأن المصلحة المطلقة لا يبنى عليها تشريع إلا إذا توافرت فيها الشروط المذكورة للمصلحة، وهي أن تكون مصلحة عامة حقيقية لا تخالف نصاً شرعياً ولا مبدأً شرعياً^(١).

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٧-٨٨

المبحث الثالث

العرف

المطلب الأول: تعريف العرف:

العُرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة. وله مظهران: عرف عملي: مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية. وعرف قولي: مثل تعارف الناس على ألا يطلقوا لفظ اللحم على السمك. والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم، بخلاف الإجماع فإنه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة، ولا يؤثر العامة في تكوينه.

المطلب الثاني: أنواع العرف:

- العرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد.
- ١- العرف الصَّحيح: هو ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلاً شرعياً فلا يُحل حراماً ولا يبطل واجباً، كتعارف الناس على عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر.
 - ٢- العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يُحلُّ المحرَّم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس عقود المقامرة أو إباحة العلاقات الجنسية^(١).

المطلب الثالث: حكم العرف:

يجب مراعاة العرف الصحيح في التشريع والقضاء، وعلى المجتهد مراعاة العرف في تشريعه، وعلى القاضي مراعاته في قضائه؛ لأن ما تعارفه الناس وساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقاً مع مصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع تجب مراعاته، والشرع راعى الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج.

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٩

وقد وضع العلماء قواعد فقهية -يأتي بعضها آخر هذا الكتاب- مستمدة من العرف كقاعدة: العادة محكمة، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً...

وقد عمل الفقهاء بالعرف فالإمام أبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في بعض الأحكام بناء على اختلاف أعرافهم، والإمام مالك بنى كثيراً من أحكامه على عرف أهل المدينة، والإمام الشافعي لما سافر إلى مصر غيّر بعض الأحكام التي كان قد تبناها وهو في بغداد لتغير العرف، ولهذا له مذهبان: قديم وجديد.

وفي مذهب الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف منها:

- ١- إذا اختلف المتدعيان ولا بينة لأحدهما، فالقول لمن يشهد له العرف.
- ٢- إذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر، فالحكم هو العرف.
- ٣- من حلف لا يأكل لحمًا فأكل سمكًا لا يحنث بيمينه بناء على العرف.
- ٤- يصح وقف المنقول كالمكيفات والمراوح والسجاد والمصاييح الكهربائية وصنابير المياه للمساجد والمشافي والمدارس... إذا جرى به العرف، مع أن الأصل في الوقف ألا يكون في المنقولات بل في العقارات.
- ٥- الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين في العقد تكون صحيحة إذا ورد بها الشرع أو اقتضاها العقد أو جرى بها العرف.

بينما لا اعتبار للعرف الفاسد لأن في اعتباره معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي، كما لو تعارف الناس على التعامل بعقد من العقود الفاسدة كالعقود الربوية، أو العقود التي فيها غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد، وكذلك في القوانين لا اعتبار عرف يخالف الدستور أو النظام العام، وإنما ينظر في مثل هذا العقد من جهة أخرى، وهي أن هذا العقد هل يعد من ضرورات الناس أو حاجياتهم، بحيث إذا أُبطل يُختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أو لا؟ فإن كان من ضرورياتهم أو

حاجياتهم يباح لأن الضرورات تبيح المحظورات، والحاجات تنزل منزلتها في هذا، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم بطلانه ولا عبء لجريان العرف به.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف والزمان والمكان، لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

ويمكن القول: إن العرف ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، بل في الغالب من مراعاة المصلحة المرسله، وهو كما يراعى في تشريع الأحكام يراعى في تفسير النصوص، فيخصّص به اللفظ العام، ويقيّد به اللفظ المطلق. وقد يُترك القياس بالعرف ومنه جواز عقد الاستصناع، لأن العرف جرى به مع أنه لا يصح قياساً لأنه عقد على معدوم^(١).

المبحث الرابع

الاستصحاب

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب:

الاستصحاب في اللغة: هو اعتبار المصاحبة وكل شيء لاءم شيئاً فقد استصحبه^(٢)، وتعريفه اصطلاحاً: هو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل، حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال، أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغيره.

فمن سئل عن حكم عقد من العقود أو تصرف من التصرفات، ولم يجد نصّاً في القرآن أو السنة ولا دليلاً شرعياً على حكمه، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهي الحال التي خلق الله عليها كلّ ما في الأرض، فإذا لم يدل دليل على تغيرها فهذا الشيء على إباحته الأصلية.

(١) أصول الفقه للخلاف ٨٩-٩٠

(٢) مختار الصحاح مادة صحب ١٧٣

ومن سئل عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو أي شراب أو عمل من الأعمال ولم يجد دليلاً شرعياً على حكمه، حَكَمَ بإباحته لأن الإباحة هي الأصل ولم يُقَمْ دليل على تغييره.

والدليل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وورد في آيات كثيرة في القرآن الكريم بأن الله تعالى سخر للناس ما في السموات وما في الأرض، ولا يكون ما في الأرض مخلوقاً للناس ومسخرًا لهم إلا إذا كان مباحًا لهم، لأنه لو كان محظورًا عليهم ما كان لهم^(١).

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب:

الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له، فهو آخر مدار الفتوى، وهذه الطريقة في الاستدلال فطر الناس عليها وساروا عليه في جميع تصرفاتهم وأحكامهم. فمن عَرَفَ إنساناً حياً حَكَمَ بحياته حتى يقوم الدليل على وفاته، ومن عرف أن فلاناً وفلاناً زوجان يشهد بالزوجة ما لم يقم له دليل على انتهائها. وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده.

وقد درج على هذا القضاء، فالملك الثابت لأي إنسان بسبب من أسباب الملك يعدُّ قائماً حتى يثبت ما يزيله، خاصة فيما يتعلق بوضع اليد (الحيازة). والحل الثابت بين الزوجين بعقد الزواج يعدُّ قائماً حتى يثبت ما يزيله. والذمة المشغولة بدين أو بأي التزام تعدُّ مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه. والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعدُّ بريئة حتى يثبت ما يشغلها. والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

وعلى هذا الاستصحاب بنيت القواعد الشرعية الآتية:

– الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

(١) أصول الفقه للخلاف ٩١-٩٢

- الأصل في الأشياء الإباحة.

- اليقين لا يزول بالشك.

- الأصل براءة الذمة.

وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات^(١)، ومرادهم بهذا أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذي يخالفه، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت، وقد طبقوا ذلك على المفقود الذي لا يُدرى مكانه ولا تُعلم حياته ولا وفاته، فهذا المفقود يُحكم بحياته بالاستصحاب لأنه آخر حالة عرف عليها حتى يدل دليل على وفاته، وهذا الاستصحاب الذي دل على حياته حجة تُدفع بها دعوى وفاته والإرث منه وفسخ إجارته، وطلاق زوجته، فلا تسمع كل هذه الدعاوى، ولكنه ليس حجة لإثبات إرثه من غيره لأن حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية^(٢). فعمل الحنفية بالاستصحاب لدفع الدعاوى عليه وعددناه حيًا استصحابًا لكننا لم نثبت له هذه الحياة إذا توفي أحد مورثيه فلا يرث هذا المفقود من مورثه.

المبحث الخامس

شرعٌ من قبلنا

شرعٌ من قبلنا هو الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقة عن طريق أنبيائه كإبراهيم وموسى وعيسى عليهم الصلاة والسلام. فهل هذه الأحكام جزء من شريعتنا ونحن مكلفون بها أم لا؟

أقسامه:

القسم الأول: الأحكام التي لم تذكر في الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة وهي ليست شرعًا لنا باتفاق.

(١) تيسير التحرير، لمحمد أمين البخاري المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر - بيروت ١٧٧/٤

(٢) أصول الفقه للخلاف ٩٢

القسم الثاني: الأحكام التي ذكرت في القرآن أو السنة وهذه ثلاثة أنواع:

الأول: إذا ورد في القرآن الكريم أو في السنة الصحيحة حكم من الأحكام الشرعية، التي شرعها الله لمن سبقنا من الأمم، على السنة رسلهم ونص على أنها مكتوبة علينا، كما كانت مكتوبة عليهم، فلا خلاف في أنها شرع لنا وقانون واجب اتّباعه بتقرير شرعنا لها، كقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ} [البقرة: ١٨٣].

الثاني: إذا ورد في القرآن الكريم أو في السنة الصحيحة حكم من هذه الأحكام، وقام الدليل الشرعي على نسخه ورفعنا عنه، فلا خلاف في أنه ليس شرعاً لنا بدليل وجود الناسخ من شرعنا، مثل ما كان في شريعة موسى من أن العاصي لا يُكفّر ذنبه إلا أن يقتل نفسه، ومن أن الثوب إذا أصابته نجاسة لا يطهر إلا قطع ما أصيب منه، وغير ذلك من الأحكام.

الثالث: الأحكام الواردة في القرآن أو السنة من غير إنكار ولا إقرار لها وهي محل خلاف؛ لأنه لم يرد في شرعنا ما يدل على أنه مكتوب علينا كما كتب عليهم، أو أنه مرفوع عنا ومنسوخ، كقوله تعالى: {مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا} [المائدة: ٣٢] وقوله: {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ} [المائدة: ٤٥].

فقال جمهور العلماء: إنه يكون شرعاً لنا ينبغي تطبيقه واتّباعه، ما دام لم يرد في شرعنا ما ينسخه، لأنه من الأحكام الإلهية التي شرعها الله على السنة رسله، وقصّه علينا ولم يدل الدليل على نسخه. ولهذا يقتل الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل لإطلاق قوله تعالى: {النَّفْسُ بِالنَّفْسِ} [المائدة: ٤٥].

واستدلوا بقوله تعالى: {أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ} [الأنعام: ٩٠] وقوله تعالى: {ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ}

[النحل: ١٢٣] وقوله تعالى: { شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ } [الشورى: ١٣].
وقال بعض العلماء منهم الشافعية في الراجح عندهم: إنه لا يكون شرعاً لنا لأن شريعتنا ناسخة للشرائع السابقة، إلا إذا ورد في شرعنا ما يقرره. واستدلوا بقوله تعالى: { لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا } [المائدة: ٤٨] فقد جعل لكل أمة شريعة مستقلة.
وقول الجمهور أرجح لأن الشريعة الإسلامية نسخت من الشرائع السابقة ما يخالفها فقط، ولأن ما جاء في القرآن من أحكام شرعية سابقة دون نص على نسخها هو تشريع لنا ضمناً، لأنها أحكام إلهية بلغها النبي ﷺ لنا ولم يدل دليل على رفعها عنا، ولأن القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والإنجيل، فما لم ينسخ حكماً في أحدهما فهو مقرر له^(١).

المبحث السادس

مذهب الصحابي

بعد وفاة النبي ﷺ تصدى للإفتاء والتشريع جماعة من الصحابة، عرفوا بالفقه والعلم طول ملازمة النبي ﷺ وفهم القرآن وأحكامه، وقد صدرت عنهم عدة فتاوى في وقائع مختلفة، وعني بعض الرواة من التابعين وتابعي التابعين بروايتها وتدوينها، حتى إن منهم من كان يدونها من سنن النبي ﷺ، فهل هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث إن المجتهد يجب عليه أن يرجع إليها قبل أن يلجأ إلى القياس؟ أو هي مجرد آراء إفرادية اجتهادية ليست حجة على المسلمين؟

والخلاصة أنه لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي والعقل يكون حجة على المسلمين، لأنه لا بد أن يكون قاله عن سماع من النبي ﷺ، فمثل هذا ليس بجالا للاجتهاد والرأي، فإذا صح فمصدره السماع من النبي ﷺ، وهو من السنة وإن كان في ظاهر الأمر من قول الصحابي.

(١) الوجيز للزحيلي، ١٠١-١٠٢ وأصول الفقه للخلاف ٩٣-٩٤

ولا خلاف أيضًا في أن قول الصحابي، الذي لم يعرف له مخالف من الصحابة يكون حجة على المسلمين، لأن اتفاقهم على حكم واقعة مع قرب عهدهم بالنبي ﷺ، وعلمهم بحكم التشريع واختلافهم في وقائع كثيرة غيرها دليل على استنادهم إلى دليل قاطع، وهذا لما اتفقوا على توريث الجدات السدس كان حكمًا واجبًا أتباعه، ولم يعرف فيه خلاف بين المسلمين.

وإنما الخلاف في قول الصحابي الصادر عن رأيه واجتهاده، ولم تتفق عليه كلمة الصحابة.

فقال أبو حنيفة ومَن وافقوه: إذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسوله، أخذت بقول أصحابه مَن شئت وأدع قول من شئت، ثم لا أخرج عن قولهم إلى غيره. فالإمام أبو حنيفة لا يرى رأي واحد معين منهم حجة، فله أن يأخذ برأي من شاء منهم، ولكنه لا يخالف آراءهم جميعًا، فهو لا يسوغ في القياس في الواقعة ما دام للصحابة في حكم الواقعة فيها بأي قول من أقوالهم. ولعل من وجهته أن اختلاف الصحابة في حكم الواقعة إلى قولين إجماع منهم على أنه لا ثالث، واختلافهم إلى ثلاثة أقوال إجماع منهم على أنه لا رابع، فالخروج من أقوالهم جميعًا خروج عن إجماعهم.

وظاهر كلام الإمام الشافعي أنه لا يرى رأي واحد معين منهم حجة، ويجيز مخالفة آرائهم جميعًا، والاجتهاد في الاستنباط رأي آخر، لأنها مجموعة آراء اجتهادية فردية لغير معصومين، وكما جاز للصحابي أن يخالف الصحابي يجوز لمن بعدهما من المجتهدين أن يخالفهما^(١)، ولهذا قال الشافعي " لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب أو السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا".

(١) أصول الفقه للخلاف، ٩٤-٩٥

الفصل الثالث

الأدوار التاريخية لتطور الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الدور الأول: دور الرسالة

يبدأ هذا الدور من حين بعثة النبي ﷺ وعمره أربعون سنة إلى حين وفاته وعمره ثلاث وستون سنة، فمدة هذا الدور ثلاث وعشرون سنة. مصدر التشريع في هذا الدور: يعد الوحي المصدر التشريعي في هذا الدور ويشمل القرآن الكريم والسنة النبوية.^(١) الاجتهاد في هذا الدور: الاجتهاد الشرعي هو استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية

ويتميز الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عن غيره بأمرين:

- ١- أنه عبادة يؤجر المجتهد عليها.
- ٢- أن الاجتهاد الشرعي - مهما تعددت مظاهره - يدور على محور النص من القرآن والسنة، فالاجتهاد لا يعدو أن يكون استجلاء لمدى صحة النص وثبوته أو تبييناً لمعناه ودلالته.^(٢)

وقد اجتهد النبي ﷺ في حياته في جملة مسائل منها:

- ١- اختياره مكان إقامة الجيش في غزوة بدر ثم افتدائه الأسرى بالمال.

^(١) تاريخ الفقه الإسلامي، د. بديع السيد اللحام منشورات جامعة دمشق ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م ٢٣

^(٢) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام ٣٥

٢- إذنه للمنافقين بالتخلف عن غزوة تبوك.

٣- اجتهاده في تأيير النخل.

ولم يكن الصحابة يجتهدون في حياته ﷺ أثناء حضوره لكن عند غيابه يجتهدون والني ﷺ بعد ذلك إما أن يُقرَّهم أو يصحَّح لهم.

وقد كان الوحي هو الحاجز الوحيد الذي يمنع تسري الخلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في استنباط الأحكام الفقهية، فلما أحوجتهم الظروف إلى معرفة بعض الأحكام الشرعية التي لم يتضح وجه الدلالة عليها بيقين لجؤوا إلى الاجتهاد، فرما اتفقوا وربما اختلفوا والاختلاف هو الغالب، وبعد عرضهم المسألة على رسول الله ﷺ لم نسمع أن رسول الله ﷺ عَنَّفهم أو عاتبهم على اجتهادهم^(١).

المبحث الثاني

الدور الثاني: دور التمهيد (عصر الصحابة)

يبدأ هذا الدور من وفاة النبي ﷺ في السنة الحادية عشرة للهجرة، وينتهي أواخر القرن الأول الهجري تقريباً، وكان الدور الأبرز فيه لفقهاء الصحابة الذين جمعوا القرآن والسنة وفتحوا أبواباً جديدة للاجتهاد.

الأسباب الرئيسة للاجتهاد في هذا العصر:

١- انقطاع الوحي: فلم يعد الوحي يتبع الحوادث ويبين حكمها، وغدت أحكام النوازل

وما لم يرد فيه نص عائدة لاجتهاد الصحابة في استنباط الأحكام للوقائع الطارئة.

٢- اتساع الفتوحات: تطور المجتمع تطوراً كبيراً إثر الفتوحات مع حاجة المسلمين إلى

معرفة الأحكام الجديدة للحوادث والعادات والتقاليد الجديدة على المجتمع كآداب

الحرب وكيفية معاملة الأسرى....

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام ٣٨-٣٩

٣- توزع الصحابة في البلدان المفتوحة: حيث اتسعت رقعة المجتمع الإسلامي واحتلط المسلمون بشعوب لها أعرافها وتقاليدها، فأصبح الاجتهاد ضروريًا وصار تطور الفقه ضروريًا لمسايرة الحياة الجديدة^(١).

مصادر التشريع في هذا الدور:

بقي القرآن والسنة المصدرين الرئيسين للصحابة في هذا الدور، فإن لم يجدوا للواقعة حكمًا في القرآن والسنة لجؤوا إلى الإجماع، فإن اتفقوا انعقد الإجماع وإلا لجؤوا إلى القياس.

كما أن السنة النبوية لم تدوّن في هذا العصر لأسباب منها:

١- أن العرب كانوا أمة أمية قل أن تجد فيها من يحسن القراءة والكتابة، لكنهم كانوا مضرب المثل في الذكاء وسرعة الحفظ وقوة الذاكرة، وقد ظهر ذلك في روايتهم للشعر وحفظهم للأنساب.

٢- عدم توافر وسائل الكتابة حيث كانوا يكتبون على رقائق الحجارة والعظام وجلود الماشية وسعف النخيل.

٣- انصراف اهتمامهم إلى القرآن كتابة وحفظًا؛ وحرصًا منهم على عدم اختلاط القرآن بالحديث، مع أنه وجد في هذا الدور من دوّن السنة لكن على قلة كأسماء بنت عميس زوجة جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهما، وعبد الله بن عمرو بن العاص.

وأما الإجماع فقد كان ميسورًا في عصر الصحابة لأن فقهاء الصحابة كان عددهم محدودًا وكانت إقامتهم غالبًا في المدينة، فقد كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يجمعان الصحابة فيما يستجد من أمور مع عدم وجود حكم في الكتاب أو السنة، بينما لم تكن ثمة حاجة للإجماع في زمن النبي ﷺ لأن الوحي كان ينزل بالقرآن في الأحكام التي لا يجدون لها حكمًا، والنبي عليه الصلاة والسلام مقيم بينهم^(٢).

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٣٥

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ٩١، وتاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٥٢ - ٥٥

خصائص الدور الثاني:

١- في هذا الدور جُمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر ووزّع على البلدان بعد نسخه في عهد عثمان رضي الله عنهما، وكذلك حُفظت السنّة عبر نقل الصحابة ما سمعوه من النبي ﷺ وفق قواعد وضوابط تضمن النقل الصحيح الدقيق، فقد حُفظ في هذا الدور المصدران الرئيسان للتشريع.

٢- قام الصحابة بتفسير وشرح آيات كثيرة وردت مجملة في القرآن الكريم، ويعدُّ تفسير الصحابة من أدقّ التفاسير لقرب عهدهم بالنبي عليه الصلاة والسلام ومعرفتهم أسباب النزول.

٣- ظهر الإجماع و القياس بعد توسع المجتمع الإسلامي وظهور وقائع جديدة.

٤- وضع الصحابة قواعد للاجتهاد كتقديم القرآن على السنّة، ثم إن لم يجدوا حكمًا فيهما لجؤوا إلى الإجماع والقياس، وكثيرًا ما كانوا يلجؤون إلى المصلحة عند عدم وجود نص يقيسون عليه.

٥- التزم الصحابة في نقلهم للحديث قواعد الصحة، فكان أبو بكر لا يقبل الحديث من راوٍ إلا إذا شهد معه راوٍ آخر، وكان عمر يطالب الراوي ببينة على روايته، وكان علي يستحلف الراوي.

٦- حصول انقسام سياسي تطور بعد ذلك إلى خلاف فقهي حيث ظهرت الخوارج والشيعة^(١).

(١) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ٩١، وتاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ٦٦-٦٧

المبحث الثالث

الدور الثالث: دور التأسيس (عصر التابعين)

بعد انقراض الصحابة نهاية القرن الأول الهجري بدأ عصر التابعين، حيث بدأ تدوين ما تركه الصحابة من آثار وبخاصة في الفتاوى وطرق استنباط الأحكام.

وبقيت المصادر الأربعة القرآن والسنة والإجماع والقياس المصادر التشريعية في هذا الدور، بالإضافة إلى ظهور مصدر جديد وهو قول الصحابي، ووقع الخلاف في مدى حجية هذا المصدر^(١).

وظهر في هذا العصر الخوارج وهم الذين خرجوا على أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ونقموا على معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، حيث رفضوا فكرة التحكيم بين الفريقين المتنازعين، ورفضوا الرجوع إلى صفوف المسلمين مع علي رضي الله عنه إلا إن أقر على نفسه بالكفر حين وافق على التحكيم ونقض اتفاقه مع معاوية رضي الله عنه.

يقول الدكتور البوطي رحمه الله: "كان الخوارج يعانون من ضيق في التفكير وغلظة في الطبع وقسوة في معالجة الأمور وتعصب لما يرون، ويعود ذلك إلى أن أكثرهم من الأعراب والقبائل الجافية لم يتذوقوا طبيعة الشريعة الإسلامية ولم يتمرسوا بمعرفتها".

آراء الخوارج وشذوذاتهم:

١- تكفير من ارتكب ذنباً وأنه خالد في النار وهذا ناشئ عن تشددهم في الدين، فكفروا عثماناً وعلياً وأبا موسى الأشعري ومعاوية وعمرو بن العاص، وهم يكفرون كل من يخالفهم ولو في مسألة فرعية.

٢- اقتصروا في رواية الحديث على أحاديث من يوالونهم.

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ٧١

٣- منهم مَنْ أنكر بعض مصادر التشريع، فبعضهم يحتج بالقرآن وحده فقط، وبعضهم ينكر حجية السنة وبعضهم ينكر حجية الإجماع وبعضهم ينكر حجية القياس^(١).

كما ظهر في هذا العصر الشيعة وهم الذين أيدوا سيدنا علياً رضي الله عنه وقالوا بتفضيله على كل الصحابة، ثم ظهر لهم فقه خاص يتفق في بعض الأحيان مع جمهور المسلمين ويختلف عنه أحياناً، ومن أصولهم:

١- تفسيرهم القرآن بما يتفق مع مبادئهم وآرائهم الفقهية، وعدم اعتمادهم على تفاسير غيرهم.

٢- عدم قبول الحديث إلا ما روي عن طريق أئمة أهل البيت ومن وثق من الرواة وفق منهجهم الخاص بالتوثيق.

٣- الإجماع بمفهومه لدى جمهور الفقهاء لا يعدُّ حجة عندهم، والإجماع المعتدُّ به هو إجماع أهل البيت خاصة لقولهم بعصمة أئمتهم.

٤- بعضهم لم يعتد بحجية القياس^(٢).

ظهور المدارس الفقهية

تكونت في هذا الدور مدارس فقهية اعتمدت على فتاوى الصحابة وطرق استدلالهم وظهرت في هذا العصر نزعتان:

نزعة ترمي إلى التعمق في المعاني

ونزعة ترمي إلى الوقوف عند النصوص

وقد ظهرت هاتان النزعتان عند الصحابة لكنها لم تبلور إلا في هذا العصر، فقد كان عمر بن الخطاب يتوسع في اجتهاده بالرأي ومراعاة المصالح، بينما كان عبد الله بن عمرو بن العاص يقف عند النصوص احتياطاً وخوفاً من الوقوع في الخطأ^(١).

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ٧٣-٧٧

(٢) تاريخ التشريع للخضري ١٠٥، وتاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ٧٨-٧٩

مدرستا الرأي والحديث:

لما انتقلت الخلافة إلى العراق في عهد علي بن أبي طالب رضي الله عنه رحل معه عدد من الصحابة كابن مسعود وأنس بن مالك والمغيرة بن شعبة وغيرهم، وكان العراق مركزًا لعادات أمم وثقافات مختلفة، ما دعا إلى إيجاد مركز للبحث والاجتهاد يضاف إلى مركز الدعوة الإسلامية الأول في المدينة، فظهرت مدرستان كبيرتان تميزت كل منهما بمنهج خاص في الاجتهاد والفتوى:

١- مدرسة الحديث وتسمى مدرسة الحجاز ومركزها المدينة

٢- مدرسة الرأي وتسمى مدرسة العراق ومركزها الكوفة:

أولاً: مدرسة الحديث

اعتمدت هذه المدرسة على فقه عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت، ويعدُّ سعيد بن المسيب إمام هذه المدرسة.

خصائص مدرسة أهل الحديث:

١- اتجه فقهاء هذه المدرسة إلى حفظ أحاديث رسول الله ﷺ وفتاوى الصحابة، وطبقوها على الوقائع من غير التعمق بعلل الأحكام، فإن لم يجدوا نصًّا رجعوا إلى الإجماع ولم يلجؤوا إلى الاجتهاد بالرأي إلا عند الضرورة.

٢- يرى أصحاب هذه المدرسة أن الأحاديث التي يروونها تُقدَّم على الأحاديث التي يرويها علماء الشام والعراق، ولم يقبلوا رواية من انفرد برواية حديث من غيرهم إن لم يكن له مؤيد من رواتهم، والسبب في ذلك أنهم ضبطوا الأحاديث التي صحت عن رسول الله ﷺ، كما أنه وجد في العراق من فرق المبتدعة والكذابين ما لم يوجد مثله في المدينة.

٣- رحل العلماء إلى المدينة لطلب العلم لأنها مهبط الوحي ومجمع الفقهاء.

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ٨٠

عوامل تمسك مدرسة الحجاز بالنصوص:

١- تأثر فقهاء هذه المدرسة بعبد الله بن عمر الذي كان كثير الورع في اجتهاداته وفتاويه وعدم أخذه بالرأي.

٢- كثرة ما وجد في المدينة من أحاديث وأقوال مأثورة في تفسير القرآن الكريم، وما أجمع عليه المسلمون من الوقائع التي لا نص فيها.

٣- قلة ما يعرض لهم من فتاوى ومسائل جديدة، ما أدى إلى اعتمادهم على النصوص في فتاواهم واجتهاداتهم.

٤- تهيؤ فقهاء هذه المدرسة من الفتوى بالرأي إذا لم يجدوا نصًا، فقد كانوا كثيرًا ما يتوقفون في أحكامهم ويتشاورون وقلًا أن يفتوا بالرأي.

٥- كانوا يكرهون الإجابة على أسئلة لم تقع وكانوا لا يسألون أسئلة لم تقع بعد، فلم يوجد عندهم ما يعرف بالفقه الفرضي الذي يقوم على أساس افتراض الحوادث التي لم تقع بعد^(١).

ثانيًا: مدرسة الرأي:

إلى جانب مدرسة الحديث بالحجاز نشأت مدرسة الرأي بالكوفة، وكان لهذه المدرسة أثر كبير في تطور الفقه الإسلامي فيما بعد وفي ظهور مصادر مرنة تعتمد البحث عن علل الأحكام.

ويعد ابن مسعود مؤسس هذه المدرسة، فقد تأثر بفقه عمر بن الخطاب كما تأثرت هذه المدرسة بعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم وإمام هذه المدرسة هو إبراهيم النخعي.

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٨٦-٨٨

خصائص مدرسة الرأي:

١- ترى هذه المدرسة أن أحكام الشرع جاءت معقولة المعنى تشمل مصالح الناس وتبنى على علل مضبوطة، فيبحثون عن تلك العلل ويجعلون الحكم يدور معها وجوداً وعدمًا.

٢- نشأ في هذه المدرسة الفقه الفرضي الذي يقوم على إيجاد أحكام لمسائل افتراضية لم تقع بعد.

٣- أما عوامل اعتماد هذه المدرسة على الرأي وقلة أخذهم بالحديث فهي:
أ- تأثرهم بعبد الله بن مسعود الذي كان يعتمد على الرأي كثيراً في اجتهاده.
ب- اكتفى فقهاء هذه المدرسة بما وصلهم من أحاديث رسول الله ﷺ من الصحابة الذين وُجدوا في العراق في عصرهم، وقد كان عددهم قليلاً فكان لا بد من الاعتماد على الرأي.

ج- وضع فقهاء هذه المدرسة شروطاً شديدة جداً لقبول الحديث، وكان ذلك لشيوع الكذب في العراق فحرصوا على الأمانة العلمية في النقل.
د- كثرة الوقائع والمستجدات كانت سبباً لانتشار الاجتهاد بالرأي المبني على تفهم معقولة النص، على خلاف مدرسة الحديث حيث كانت الوقائع عندهم قليلة.

مقارنة بين مدرستي الرأي والحديث:

١- إن ظهور هاتين المدرستين لا يعني استقلال كل منهما عن الأخرى فقد وجد أصحاب رأي في الحجاز كربيعة بين عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأي، كما وجد في العراق مَنْ يتمسك بالحديث كالشعبي، فأهمُّ ما يميز كلاً من المدرستين عن الأخرى هو مقدار ما تأخذه من الحديث أو الاجتهاد بالرأي.

٢- كون القرآن والسنة المصدرين الأساسيين للفقه الإسلامي للمدرستين جعل كلاً من المدرستين ترجع إليهما أولاً، فإن لم يكن نص لجؤوا إلى الإجماع أو القياس.

٣-ظهر فرقٌ في الإجماع بين المدرستين فمدرسة الحجاز تكتفي بإجماع أهل المدينة بينما يشترط فقهاء مدرسة الرأي إجماع جميع المجتهدين في جميع الأقطار^(١).

مميزات الدور الفقهي الثالث:

١-نقل التابعون عن الصحابة تفسير آيات الأحكام بقدر محدود، حيث لم يدوّن منه شيء بل بقي محفوظاً في الصدور.

٢-ظهر في هذا الدور لأول مرة الفقه الافتراضي.

٣-ظهر الاستحسان مصدراً جديداً من مصادر التشريع، وهو وإن لم يعرف إلا في عهد أبي حنيفة كمصدر مستقل، لكن فقهاء العراق كثيراً ما كانوا يعدلون عن القياس لأمر يقتضي هذا العدول كضرورة أو مصلحة أو رفع حرج.

٤-ظهر في هذا الدور مصدر جديد أيضاً هو مذهب الصحابي.

٥- بدأ الفقهاء في المدينة والعراق يقيمون وزناً تشريعياً للعرف وكان لهذا أثر كبير في تطور الفقه الإسلامي حيث يرجع إلى العرف فيما لا نص فيه.

٦-ظهر كلام جديد في الإجماع ومتى يتحقق وكيف يكون وهل يكفي إجماع أهل المدينة؟.

٧-بدأ الفقه يتخذ طابعاً علمياً وكان الجسر الذي مهّد لحركة التدوين في الدور الرابع، فكان هذا الدور حجر الأساس الذي مهد لظهور المذاهب الإسلامية^(٢).

المبحث الرابع

الدور الرابع: دور الكمال (دور الاجتهاد وتكوين المذاهب الفقهية)

يعد هذا العصرُ العصرَ الذهبي في تاريخ الفقه الإسلامي، إذ تبلورت فيه القواعد الأصولية ومناهج الاستنباط وطرق الاستدلال.

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٩٠-٩٣

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٩٤-٩٥

ويبدأ هذا الدور من أوائل القرن الهجري الثاني إلى منتصف القرن الرابع الهجري تقريبًا. حيث اتسع النشاط العلمي في مختلف الاتجاهات على الصعيد الحكومي والشعبي وزادت حركة الترجمة.

وتعد هذه المذاهب الفقهية مدارس فكرية أنشأها فقهاء نشروها بين الناس حتى وصلت إلينا عبر مؤلفاتهم.

وأشهر هذه المذاهب الفقهية: المذهب الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي والزيدي والجعفري والظاهرى والإباضي ونعرض لأهمها.

المذهب الحنفي:

إمام هذا المذهب أبو حنيفة النعمان، وأشهر تلاميذه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني المعروفين بالصاحبين، ثم زُفر بن الهذيل والحسن بن زياد.

خصائص المذهب الحنفي:

- ١- أنه أول مذهب جمع بين فقه أهل العراق وأهل المدينة مع عدم التعصب المذهبي.
- ٢- اشتهر الحنفية بالاعتماد على الاستحسان ما أعطى الفقه الحنفي مرونة في التطبيق وبخاصة في المعاملات.
- ٣- لم يكن تلاميذ أبي حنيفة مقلدين بل هم من المجتهدين وقد انفرد كل منهم باجتهادات خالف فيها إمام المذهب.
- ٤- مصادر الحنفية هي أ- القرآن - ب- السنة ج- قول الصحابة إذا أجمعوا (الإجماع) د- إذا اختلفت الصحابة يختار قول من أقوالهم دون الخروج عن آرائهم جميعًا ه- إذا وصل الأمر إلى التابعين يجتهد كما اجتهدوا و- كما اعتمدوا على القياس والاستحسان والعرف^(١).

(١) تاريخ الفقه السيد اللحام ١١٠-١١٣

المذهب المالكي:

مؤسس المذهب مالك بن أنس ويعتمد المالكية الأصول الآتية:

١- المصادر النقلية: وتشمل القرآن والسنة وقول الصحابي وفتاوى كبار التابعين وعمل أهل المدينة.

٢- المصادر الاجتهادية: وتشمل المصالح المرسلة والاستحسان وسد الذرائع كالنهي عن الاحتكار لأنه وسيلة للتضييق على الناس في أمور حياتهم الضرورية^(١).

المذهب الشافعي:

مؤسس هذا المذهب محمد بن إدريس الشافعي، وقد اعتمد الشافعي في أصوله على القرآن والسنة والإجماع وأخذ بالقياس دون توسع وذلك عندما تكون علة القياس واضحة، كما وضع قواعد للحديث والقياس بحيث لا يتعارضان، كما رد الاستحسان ولم يأخذ بالمصالح المرسلة كمصدر تشريعي كما فعل المالكية، بالرغم من أن كثيراً من فروع الفقه الشافعي تدل على اعتبار المصلحة المرسلة دليلاً شرعياً، وأما أقوال الصحابة فإن اتفقوا على مسألة فإنه يأخذ بقولهم أما إن اختلفوا فهو كأبي حنيفة يتخير من أقوالهم ولا يتعدها.

ويعد الشافعي أول من دَوَّن في علم أصول الفقه في كتابه (الرسالة)^(٢).

المذهب الحنبلي:

إمام هذا المذهب أحمد بن حنبل، وأصول مذهبه هي:

١- النصوص من القرآن والسنة ولا يقدم عليها الرأي ولا القياس ولا قول الصحابي.

٢- فتوى الصحابي عند عدم النص.

(١) تاريخ الفقه السيد اللحام ١١٦ - ١١٨

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٢٤ - ١٢٥

٣- عند اختلاف الصحابة يختار الإمام أحمد من فتاوى الصحابة أقربها إلى الكتاب والسنة.

٤- أخذ بالحديث المرسل^(١) والحديث الضعيف وقَدَّمه على القياس، والمراد بالضعيف الذي لم يشتد ضعفه ولا ما في روايته متهم بالكذب.

٥- عند عدم وجود نص أو قول صحابي أو حديث مرسل أو ضعيف يأخذ بالقياس.

٦- الاعتماد على المصالح المرسلة وسد الذرائع والاستصحاب خاصة في موضوع الشروط التي يشترطها المتعاقدان في العقد^(٢).

المذهب الزيدي:

إمام المذهب زيد بن علي بن الحسين بن علي، والمذهب الزيدي قريب جدًا من المذاهب الأربعة المذكورة، واعتمد المذهب الزيد على الأصول الآتية:

- ١- القرآن والحديث ثم الاجتهاد بالرأي.
- ٢- توسعوا بالأخذ بالقياس والاستحسان.
- ٣- أخذوا بالاستصحاب والمصالح المرسلة،
- ٤- أخذوا بقول الصحابة عند اتفاقهم فإذا اختلفوا لم يخرجوا عن آرائهم، وإذا انفرد صحابي بقول لم يعرف أو لم يشتهر فلا يأخذون به^(٣).

المذهب الجعفري (الإمامي)

ينسب هذا المذهب للإمام جعفر الصادق مع أن أتباعه يعتمدون مجموع ما نقل عن الأئمة الاثني عشرية، ويأتي محمد الباقر بعد ابنه جعفر الصادق من حيث وفرة ما نقل عنه في المذهب.

(١) الحديث المرسل هو الحديث الذي يقول فيه التابعي: قال رسول الله دون بيان الصحابي الواسطة بين التابعي والنبي ﷺ.

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٣١-١٣٢

(٣) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٣٥-١٣٦

أصول المذهب الجعفري:

١- يعتمد الجعفرية بعد القرآن على السنة لكنهم لا يأخذون إلا بالأحاديث المروية عن أئمتهم وأهل البيت، وهم بذلك يخالفون الزيدية أيضاً ويخالفون بقية المذاهب الإسلامية الذين يعتبرون عدالة الراوي بصرف النظر عن مذهبه.

٢- يعتمدون الإجماع لكن الإجماع يشترطون له إجماع أئمتهم.

٣- لم يأخذوا بالقياس لأنهم يقولون: إن الاجتهاد يكون بالعقل المجرد إذا لم يكن هناك نص فما رآه العقل حسناً أخذوا به. ولعل سبب عدم أخذهم بالقياس يعود إلى أن أصولهم تقضي وجود إمام لهم معصوم عن الخطأ في كل زمن. وهذا القياس الذي نفوه هو القياس ذو العلة المستنبطة أما ذو العلة الواضحة الذي ورد النص بشأنها فقد أخذوا به.

٤- لم يأخذوا بالمصالح المرسلة كالمالكية لكنهم فرعوا عليها كثيراً من الأحكام في مختلف الأبواب الفقهية لا بوصفها مصدراً تشريعياً بل بوصفها من الأمور التي يقرها العقل^(١).

المذهب الظاهري:

إمام هذا المذهب داود بن علي، وسمي مذهب الظاهرية لتمسكهم بظاهر النص من القرآن والسنة.

أصول المذهب الظاهري:

١- تمسك الظاهرية كثيراً بالنصوص وهجروا الرأي كمصدر تشريعي.

٢- لم يأخذوا بالإجماع كمصدر مستمر كما فعل سائر الفقهاء، وقالوا باستحالة اتفاق جميع المجتهدين، بينما أخذوا بإجماع الصحابة فقط لأنه كان ممكناً.

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٣٩-١٤٠

والحقيقة أنهم لم يفرقوا بين صعوبة اتفاق المجتهدين على أمر وبين استحالته. والواقع يثبت إمكان تحقق الإجماع، فتحریم المخدرات مثلاً ثابت بالإجماع.

٣- لم يأخذوا بالقياس ولا بالاستحسان ما أدى إلى جمود في مذهبهم ثم اندثاره^(١).

هذا وتوجد مذاهب أخرى إلى جانب هذه المذاهب كالإباضية ومذهب الليث بن سعد وابن شبرمة والطبري والأوزاعي.

خصائص الدور التشريعي الرابع:

١- أنه عصر تكوين المذاهب الإسلامية من حيث نشأتها والقواعد الفقهية والأصولية التي تبناها كل مذهب.

٢- اهتمام الحكّام بالفقه الإسلامي وتشجيع المؤلفات التي تعالج شؤون الدولة المالية.

٣- بدأ فيه تدوين علم أصول الفقه عبر الشافعي رحمه الله، وليس هو من أوجدها فغالبها قواعد لفهم النص العربي وهي موجودة في أذهان الفقهاء، لكن الشافعي دوّنّها كما دوّن أبو الأسود الدؤلي علم النحو.

٤- يمتاز هذا الدور بتدوين الحديث النبوي.

٥- دُججت في هذا الدور مدرستا أهل الرأي والحديث في بعض المذاهب التي أخذت عن المدرستين.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

٦- إطلاق الحرية للعقل في الاجتهاد المطلق.

٧- نشوء خلاف حول بعض قواعد أصول الفقه والمصادر التشريعية كالاستحسان والقياس...

٨- أن النقاش العلمي كان يتّسم بالإنصاف والبعد عن التعصب، وكانت غاية الجميع المعرفة والوصول إلى مراد الله من المكلف^(٢).

(١) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٤٣-١٤٤

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي السيد اللحام، ١٥٣-١٥٥

ولعل سائلاً يسأل لماذا كل هذه المذاهب وما أسباب اختلافهم؟ والجواب أن أهم أسباب اختلاف الفقهاء ثلاثة:

أولاً: الاختلاف في فهم النصوص التشريعية أو القواعد الأصولية وهذا يرجع إلى عدة أسباب:

١- سبب لغوي: كالألفاظ المشتركة التي تفيد أكثر من معنى، مثل لفظ العين حيث تطلق على عين الشمس والعين الباصرة وعين الماء والجاسوس، ولفظ القرء في قوله تعالى: {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} [البقرة: ٢٢٨] حيث يطلق لغة على الحيض وعلى الطهر، فالحنفية ذهبوا إلى أنه الحيض والشافعية ذهبوا إلى أنه الطهر.

٢- سبب يعود إلى العموم والخصوص أو الإطلاق والتقييد: فقد جاء بيان عدة المتوفى عنها زوجها بقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا} [البقرة: ٢٣٤] كما جاء بيان عدة الحامل في قوله تعالى: {وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} [الطلاق: ٤] فالزوجة الحامل التي توفي زوجها هل تعتد عدة وفاة أو عدة حمل؟ قال علي بن أبي طالب: تعتد بأبعد الأجلين من عدة الحمل أو الوفاة. وقال عمر بن الخطاب: إن الآية الثانية تخصص الأولى فعدة المتوفى عنها زوجها الحامل يكون بوضع حملها.

٣- تفسير الحمل: فقد يكون النص مجملاً يحتاج إلى تفسير كقوله تعالى: {إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ} [البقرة: ٢٣٧] فالذي بيده عقدة النكاح مجمل يحتمل أن يكون الزوج وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، ويحتمل أن يكون الولي وهو ما ذهب إليه المالكية.

ثانياً: اختلافهم حول بعض مصادر الأحكام الفقهية:

حيث اختلفوا في الإجماع هل هو اتفاق مجتهدي أهل المدينة فقط أم جميع المجتهدين؟. والقياس لم يأخذ به الظاهرية، والاستحسان والمصالح المرسلة لم يأخذ بهما الشافعية، وكذلك العرف وتغير الأحكام إذا تغير العرف.

ثالثاً: اختلافهم بسبب عدم وجود نص للحوادث الجديدة عند اتساع رقعة المجتمع واختلاطهم بشعوب وأمم مختلفة^(١).

المبحث الخامس

الدور الخامس: دور التحرير والتخريج (الاجتهاد المقيد)

لا يوجد تحديد زمني ثابت لهذا الدور إلا أن هذه المرحلة تتميز بسماتها الخاصة وبمميزاتها التي تختلف من عصر لآخر، ويذهب أكثر الباحثين إلى أن هذا الدور بدأ أواخر القرن الرابع وأوائل القرن الخامس الهجري وتميز هذا الدور بأمرين:

١- من الناحية العلمية: انشغل الفقهاء في هذا الدور بجمع الأحكام الفقهية التي كانت في الدور السابق واستخرجوا فروغاً متعددة من تلك الأصول التي تركها السابقون، ويمكن القول: إن قلة إنتاج فقهاء مطلع هذا الدور لا يرجع سببه إلى الضعف وعدم القدرة على التأليف بل إلى كثرة ما تركه علماء الدور الرابع من مؤلفات فبذل علماء هذا الدور جهدهم في الشرح أكثر من التأليف المستقل.

٢- من الناحية السياسية كان الوضع السياسي للعالم الإسلامي ينذر بضعف شديد وتفكك بين سائر الأقطار الإسلامية، وانفصلت بعض المناطق عن الدولة العباسية كما توقفت الرحلات العلمية التي كان يقوم بها العلماء في الدور السابق، وعكف الفقهاء على مذاهبهم التي اتبعوها وقاموا بحشد الأدلة لإثبات صحة ما تبناه إمام مذهبه ومناقشة مخالفيه مناقشة علمية هادئة في بداية الأمر، ثم ما لبث أن تطور إلى تعصب بعض أنصار المذاهب في الانتصار لرأي إمامهم، كما قاموا بشرح المؤلفات المختصرة والترجيح بين الأقوال المتعددة في المسألة وتعليل الأحكام وتصنيف الفتاوى والنوازل^(٢).

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ١٧٠-١٧٥

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ١٨٨-١٨٩

خصائص الدور الخامس:

- ١- لم يظهر في هذا الدور مذهب فقهي جديد وتوقف الاجتهاد المستقل وصار ضمن المذهب، كما لا نجد تطوراً ملموساً في الأصول المذهبية، أما مدُّ المجتمع بحلول للمشكلات الجديدة فلم يقف الاجتهاد به يوماً ما.
- ٢- يتميز هذا الدور بطابع الاستقلال المذهبي فاتخذ أصحاب كل مذهب أصول مذهبهم وانصرفوا إلى البحث فيها وتقييد قواعد المذهب فشاع حب المناقشة والمناظرة.
- ٣- انقرض بعض المذاهب التي لم يوجد لها تلاميذ استمروا في البحث والتأليف فيها.
- ٤- ظهور بعض الفقهاء ممن بلغوا رتبة الاجتهاد المطلق لكنهم تواضعوا منهم اكتفوا بالتأليف والشرح كالكمال بن الهمام وابن رشد الحفيد.
- ٥- إن أهم ما تركه فقهاء هذا العصر هو تقييدهم للفقهاء الإسلاميين وتمهيدهم لظهور النظريات الفقهية فيما بعد^(١).

المبحث السادس

الدور السادس: دور النهضة العلمية الحديثة

يبدأ هذا الدور من بداية القرن الثالث عشر الهجري إلى عصرنا الحاضر، فعلى الرغم من الضعف الذي عانى منه العالم العربي والإسلامي سياسياً وتمزقه إلى دويلات، بقيت التشريعات فيها بعيدة عن التشريعات الأجنبية إلى مطلع القرن التاسع عشر الميلادي، حيث بدأ التغريب يعمل عمله في هذه الدول، مع كل ذلك إلا أنه ظهرت بوادر نهضة فقهية وعلمية جديدة، وبخاصة بعد اعتراف كثير من مشرعي القوانين الوضعية في الغرب بأهمية الفقه الإسلامي والاستفادة من مخزونه التشريعي والفقهي، كما ظهر إلى جانب ما سبق جانبان سلبيان تمثلان في الاتجاهين الآتيين:

(١) تاريخ الفقه الإسلامي، السيد اللحام ٢٠٢-٢٠٦

الأول: اتجاه متشدد يعطي صورة سوداوية عن الإسلام يُظهر عن طريق تطبيق بعض الأحكام الفقهية أن الإسلام دين قسوة وتحجر وقهر ولا يتفاعل مع معطيات الحضارة الحديثة.

الثاني: اتجاه مفرط ينزع نحو تجميع مبادئ الدين وأحكامه ويتفلت من الأحكام الشرعية.

وقد استغل أعداء الإسلام كلا الفريقين لتشويه صورة الإسلام والتنفير منه، فجاء من أبناء الأمة من نادى بالانسلاخ الكلي عن النزعة الشرقية - كما يقولون - واللهات خلف الحضارة الغربية.

ونعرض لبعض الجوانب السلبية والإيجابية في هذا الدور:

أولاً: الجوانب الإيجابية:

١- ظهور الاجتهاد الجماعي عبر المجامع الفقهية لبيان أحكام المستجدات كنقل الأعضاء البشرية مثلاً. وهذه المجامع وإن لم تصل إلى الإجماع لكنها توفر ثمرات الاجتهاد الجماعي الذي من شأنه أن يرقى إلى مستوى الظن الراجح.

وأبرز هذه المجامع: مجمع البحوث الإسلامية في مصر ومجمع الفقه الإسلامي في جدة والمجمع الفقهي في مكة.

٢- ظهور كليات الشريعة والحقوق في الجامعات العربية: حيث كان لها دور في دراسة الفقه الإسلامي عبر رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه، عبر صياغة نظريات مستنبطة من الفروع الفقهية، فالتجته الأنظار إلى دراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالقوانين الوضعية.

٣- المناهج الجديدة في التأليف الفقهي: من خلال أمرين:

أ- اتجاه تقنين الشريعة الإسلامية: عبر عرض الفقه الإسلامي بأساليب جديدة تحاكي أساليب التقنين في التشريعات الوضعية، كما فعلت مجلة الأحكام العدلية وقد لقيت

اهتمامًا واسعًا من الباحثين بالشرح والترجمة إلى لغات عدة، لكن يؤخذ عليها أنها اقتصرت على المذهب الحنفي ولم تتناول سوى المعاملات (القانون المدني)، كما ظهرت قوانين الأحوال الشخصية وأولها قانون حقوق العائلة العثماني الصادر عام ١٩١٧ وبقي يعمل به في سورية حتى عام ١٩٥٣ تاريخ صدور قانون الأحوال الشخصية السوري.

ب- اتجاه التأليف الموسوعي للفقهاء الإسلاميين عبر عرضه عرضًا موسوعيًا مرتبًا على حروف المعجم مع المقارنة بالمذاهب الإسلامية، وقد قامت كلية الشريعة بجامعة دمشق عام ١٩٥٦ بفهرسة كتاب المحلى لابن حزم الظاهري تحت عنوان (معجم فقه ابن حزم) في مجلدين و(دليل الألفاظ والمصطلحات الفقهية) في مجلد واحد. ثم قامت وزارة الأوقاف الكويتية بمشروع مماثل عبر إنجاز الموسوعة الفقهية الكويتية في أربعين مجلدًا.

كما قام الأستاذ القاضي سعدي أبو جيب بتأليف (موسوعة الإجماع) تتبع المسائل التي انعقد فيها الإجماع و(المعجم الفقهي) عرّف فيه المصطلحات الفقهية. ثانيًا: الجوانب السلبية:

ظهرت في هذا الدور فئات تلبس ثوب الإصلاح -وهي منه براء- تأثرت بحملات تشويه الإسلام وانساق وراء خداع المستشرقين والمستغربين، فراحوا يصوغون من القواعد والأحكام ما يشوه الإسلام زمن مظاهر هذا التشويه:

١- تمييع المصالح:

كل أحكام الشريعة تخدم المقاصد الشرعية الخمس وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال. وتتبع المصالح المستجدة لن يحوجنا إلى الخروج عن سلطان هذه الشريعة متمثلة في:

١- أحكامها الثابتة بنصوص لا مجال للاجتهاد فيها.

٢- كلياتها المقررة بيقين لا يدع مجالاً لتجاوزها.

٣- ضوابطها الاجتهادية التي لا تسمح قواعد اللغة العربية بأي تلاعب فيها.

وقد ظهر في عصرنا من يدعو إلى قراءة جديدة للقرآن الكريم دون التقيّد بالقواعد اللغوية في التفسير متذرعاً بأن نصوص الشريعة تدور على المصالح الإنسانية. والواقع أن دوران أحكام الشريعة على المصالح لم يتقرر مبدأً مطلق أنكم حيثما وجدتم مصلحة اقتنعت بها فهي حكم شرعي سديد، حيث تقرر مبدأً المصالح عن طريق تتبع جزئيات النصوص كلها، فتكوّن من تتبع هذه الجزئيات مجموع كلي يتمثل في ظهور قصد الشريعة إلى مراعاة المصالح، طبقاً لتحديد معنى معين للمصلحة وترتيب معين بين أصنافها كما أفاض الدكتور البوطي رحمه الله في أطروحته الدكتوراه (ضوابط المصلحة).

٢- الدعوة إلى تبديل الفقه وأصول الفقه:

ومن المقرر أن قواعد أصول الفقه هي قواعد عربية لفهم النص ولا يمكن لقواعد العربية أن تتغير، لأنه بتغيير قواعد اللغة العربية وقواعد أصول الفقه تكون الشريعة مهددة بالتغيير أيضاً، فيصير الحلال حراماً والحرام حلالاً فيعبدون بالقرآن بدعوى تحديد أصول الفقه.

٣- إيجاد فقه الأقليات:

حيث يخطط أئمة الغزو الفكري إلى تجزئ الإسلام الواحد إلى إسلامات إقليمية متعددة ومختلفة ومتصارعة، عبر إيجاد ما يسمونه بفقه الأقليات الذي بدأ يتنامى في الغرب الأوربي والأمريكي، ويدعي هؤلاء أنهم يستندون إلى المصالح والضرورات تبيح المحظورات والمشقة تجلب التيسير ورفع الحرج، مع أن هذه القواعد ليست خاصة بالمسلمين المقيمين في الغرب بل هي مبادئ لفقه إسلامي عالمي.

إن دعاة فقه الأقليات يقومون بتصنيع فتاوى للأقليات المسلمة المقيمة في الغرب لإظهار الإسلام أنه لين يتلون حسب المطلوب بلون التبعية الدائمة، فأصدروا فتاوى

مخالفة للشريعة الإسلامية، كجواز التعامل بالمعاملات الربوية، وجواز بقاء المرأة المسلمة في عصمة زوجها غير المسلم، وجواز العمل في المحلات التي تتعامل بالأطعمة المحرمة.

٤- الترويج للمنحرفين من دعاة التجديد:

ظهرت شخصيات في هذا الدور وازدادت فاعليتهم كلما تقدم الزمن، ومن أبرزهم محمد بن عبد الوهاب الذي ظهر في نجد، حيث قام صراع في الجزيرة العربية بين آل رشيد وآل سعود وقد انتصرت بريطانية آل سعود، ووجدت في شخص محمد بن عبد الوهاب غايتها المنشودة لتسلّم الزعامة الدينية بالإضافة إلى الزعامة السياسية، نظرًا لمكانة الجزيرة العربية في نفوس المسلمين، وكانت آراؤه تقوم على تكفير من يزور قبور الصالحين ويدعو الله عندهم، وتكفير من يتوسل بالنبي ﷺ وادعى محاربة البدع. وهذه الفتاوى التكفيرية لم ينسبها إلى دليل من القرآن ولا السنة ولا الإجماع، أما محاربة البدع فهو أمر مشترك بين جميع المسلمين لأن البدعة كل ما استحدث في الدين وأدخل فيه وهو ليس منه، لكن محاربة البدعة لا تعني تكفير الناس فضلًا عن أن يقال: مَنْ خالف مذهبي فهو كافر، فهذا القول نفسه بدعة.

وقد نصح سليمان بن عبد الوهاب أخاه محمدًا بعدم الخضوع لأوامر بريطانية فلم يستجب فألف كتابًا في الرد عليه، فظهر فكر محمد بن عبد الوهاب هو الذي أدى إلى ظهور بدعة التكفير نهاية القرن التاسع عشر الميلادي، ولولا الرعاية البريطانية ما انتشر فكره، كما قامت أمريكا برعاية الوهابية خدمة لمصالحها في تمزيق وحدة المسلمين حيث وجدوا أن فكر محمد بن عبد الوهاب أفضل ما يمكن أن يثير التناقضات في العقيدة الإسلامية ويؤلب المسلمين بعضهم على بعض، وأخذوا يروجون له بكل الوسائل وأخذ هذا الفكر يتحول إلى فكر إرهابي^(١).

(١) تاريخ الفقه، السيد اللحام ٢٢٣-٢٣٣

الباب الثاني

القواعد والنظريات الفقهية

الفصل الأول: القواعد الفقهية

الفصل الثاني: النظريات الفقهية – العقد والملكية

المبحث الأول: نظرية العقد

المبحث الثاني: لمحة موجزة الملكية في الفقه الإسلامي





الفصل الأول

القواعد الفقهية

إن التقعيد الفقهي الذي ظهر في القرن الرابع الهجري لخدمة الفقه الإسلامي قضية جديدة بالنظر والتوقف عند آلياتها وكيفية تفعيل هذه القواعد على المستجدات المعاصرة.

تعريف القواعد الفقهية ومكانتها:

ومعنى القاعدة لغة الأساس، وتُجمع على قواعد وهي الأسس والأصول حسيًا كان ذلك الشيء - كقواعد البيت - أو معنويًا كقواعد الدين، والقاعدة اصطلاحًا: هي حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه^(١).

مكانة القواعد الفقهية:

١- تنمية وتكوين الملكة الفقهية: وهي صفة راسخة في النفس تحقق الفهم لمقاصد الكلام لإعطاء الحكم الشرعي للقضية المطروحة، وهي تضبط للفقيه أصول المذهب.

٢- أنها تساعد على حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة وغير المنحصرة في قواعد كلية، حيث يندرج تحت كل قاعدة عدد كبير من الفروع، حيث قال القرافي: "مَنْ ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات".

٣- أنها تساعد الفقيه على ربط الكليات بالجزئيات والعكس، فالفقيه لابد أن ينظر في الكليات ويربطها بجزئياتها، فمن خرّج الفروع دون نظر للقواعد الكلية تناقضت عليه الفروع.

٤- تيسير الفقه الإسلامي لغير المتخصصين: فعلماء الاجتماع والاقتصاد والقانون يحتاجون إلى هذه القواعد لأنها بمثابة مواد دستورية تعينهم على فهم المراد من

(١) شرح التلويح على التوضيح سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني مكتبة صبيح بمصر ٣٤/١

النصوص الفقهية من أقرب طريق خصوصاً عند المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون أو الاقتصاد... فيكون الفقه ميسوراً سهل التناول لغير المتخصصين.

هـ-التقليل من الاختلافات المذهبية والقضاء على التعصب المذهبي، ذلك أن هذه القواعد تذكر غالباً من غير التعصب لمذهب معين بل هي قضية كلية تجمع في ثناياها فروعاً وجزئيات شتى من جميع المذاهب فمثلاً قاعدة الضرر يزال لها تطبيقات في مختلف أبواب الفقه ومختلف المذاهب، فتوضح هذه القواعد المراد دون حاجة إلى ذكر الأدلة والترجيح بينها

الفرق بين القاعدة والضابط والنظرية:

القاعدة الفقهية مبدأ فقهي عام تدرج تحته عدة تطبيقات في مختلف أبواب الفقه الإسلامي من عبادات ومعاملات وزواج وطلاق وعقوبات... أما الضابط فهو مختص بباب واحد من أبواب الفقه الإسلامي، فهو أضيق من مجال القاعدة الفقهية، فعندما نقول: "نفقة كل امرئ في ماله إلا الزوجة في مال زوجها" فهذا لا يسمى قاعدة بل ضابطاً فقهياً لأنه يختص فقط بباب النفقة دون غيره، قال ابن نجيم: والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد^(١).

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

إن النظريات الفقهية أمر مستحدث استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عن طريق موازنتهم بين الفقه والقانون.

وتُعرّف النظرية العامة بأنها موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية، حقيقتها: أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً كنظرية الملكية، ونظرية الإثبات في الفقه الجنائي

(١) الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النَّعْمَانِ الْمُؤَلَّف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م ١٣٧

الإسلامي تتألف من عدة عناصر وهذه العناصر هي: حقيقة الإثبات والشهادة، شروط الشهادة، كيفية الشهادة، الرجوع عن الشهادة، مسؤولية الشاهد، الإقرار، الخبرة، القرائن، الكتابة، اليمين.

والنظرية أعم من القاعدة وهي تشبه الجهاز العصبي في جسم الإنسان، حيث تشمل عدة قواعد تحتها كنظرية العرف ونظرية العقد ونظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ونظرية التعبير عن الإرادة ونظرية الضمان...

والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين:

١- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المدرجة تحتها، فقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة، اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، كنظرية الملك، والفسخ، والبطلان.

٢- القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية، فلا بد لها من ذلك.

ويمكن أن ندرج مجموعة من القواعد الفقهية التي تختلف في فروعها وجزئياتها وآثارها، ولكنها قد تنسم بصفة عامة ومزايا مشتركة، أو تتحد في موضوعها العام تحت نظرية معينة على سبيل المثال القواعد التالية:

- ١ - العادة محكمة.
- ٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل به.
- ٣ - لا ينكر تغير الأحكام (المبنية على المصلحة أو العرف) بتغير الزمان.
- ٤ - إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
- ٥ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٦ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

٧ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة - بصرف النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها - فإنه يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان نظرية العرف^(١).

خصائص القواعد الفقهية

للقواعد الفقهية خصائص تتميز بها دون قواعد أصول الفقه وهي:

١- الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة، بحيث تكون القاعدة وسيلة لمعرفة الأحكام المندرجة تحتها.

٢- تدل على أن الأحكام المتحددة العلة مع اختلافها محققةً لجنس واحد من العلل، محققةً لجنس واحد من المصالح.

٣- إن معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقصدها، ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع بواسطة قواعد يتمكن العارف بها من انتزاع الفروع منها، على عكس القواعد الفقهية، فإنها تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة، وتمهد الطريق للوصول إلى الأحكام وحكمها^(٢). وهذا عرض موجز لأهم القواعد الفقهية:

المبحث الأول

القواعد المتعلقة بالترجيح بين الأدلة المتعارضة

-الضرورات تبيح المحظورات

الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور، فهي ظرف قاهر يلجئ الإنسان إلى فعل المحرم. ومن تطبيقاتها:

(١) المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، علي جمعة، دار السلام - القاهرة، الطبعة: الثانية - ١٤٢٢ هـ -

٢٠٠١ م ٣٣٦

(٢) المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، علي جمعة ٣٣٣

١- جواز أخذ مال الممتنع عن سداد الديون بغير إذنه.

٢- جواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه الملجئ.

٣- جواز أكل لحوم الحيوانات الميتة من غير ذبح شرعي عند المجاعة^(١).

-الضرورة تقدر بقدرها:

ومن تطبيقاتها:

١- عدم جواز الشبع حال الاضطرار لأكل لحوم الميتة في المثال السابق وإنما يقتصر على ما يقيم به حياته فقط.

٢- من استشير في خاطب واكتفى السائل بالتعريض عند قول المسؤول: لا يصلح لك، لا يعدل إلى التصريح بعيوبه.

-درء المفسد أولي من جلب المصالح:

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدّم دفع المفسدة غالبًا، لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات. ومن تطبيقاتها:

١- الحجر على السفية.

٢- يمنع من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة في سوق الصاغة.

٣- يجوز الكذب بين المتعاضدين للإصلاح^(٢).

-يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

الضرر العام يصيب عموم الناس، والضرر الخاص يصيب فردًا واحدًا أو فئة قليلة،

فيُدفع الضرر العام وإن استلزم إيقاع ضرر خاص، ومن تطبيقاتها:

١- الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل وإن كان في هذا المنع ضرر لهما.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٩٥

(٢) شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، الطبعة:

الثانية، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ٢٠٥-٢٠٦

٢- يجوز تحديد أسعار المواد الغذائية وسائر المواد التي يحتاجها الناس عند طمع التجار في زيادة أسعارها واحتكارها.

٣- منع تصدير بعض المواد إن كان في تصديرها ضرر على الناس^(١).

المبحث الثاني

القواعد المتعلقة بالبائع

- الأمور بمقاصدها:

الأمور جمع أمر وهو لفظ عام يشمل الأقوال والأفعال كلها، وتقدير القاعدة: أحكام الأمور بمقاصدها. ومستند هذه القاعدة حديث: ((إنما الأعمال بالنيات^(٢))) ومن تطبيقاتها:

١- أن اللُّقْطَةَ إن التقطها ملتقط بنية حفظها لملكها كانت أمانة لا تُضمَّن إلا بالتعدي، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه كان في حكم الغاصب، فيضمن إذا تلفت في يده بأي صورة كان تلفها، والقول للملتقط بيمينه في النية لو اختلفا فيها.

٢- في المعاوضات والتملكيات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة، فإنها كلها عند إطلاقها -أي إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له- تفيد حكمها، وهو الأثر المترتب عليها من التملك والتملك، فلو باع إنسان أو اشترى وهو هازل، فإنه لا يترتب على عقده تملك ولا تملك^(٣).

- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

إن المنظور إليه في العقود هو ما قصده العاقدان، فلا تترتب الأحكام على العقود على مجرد الألفاظ، وإنما على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان في الألفاظ

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٩٤

(٢) سبق تخريجه

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ٤٨

المستعملة في صيغة العقد، وهذا لا يعني إهمال الألفاظ بالكلية فتراعى معاني الألفاظ الظاهرة أولاً، وإذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدان في عقودهم فيصار إلى المعاني المقصودة ويهمل جانب الألفاظ. ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- الهبة بشرط العوض بيع: فمن قال لآخر: وهبتك سيارتي بعشرين مليوناً كان العقد بيعاً وإن كانت صيغته هبة، فتترتب عليه آثار البيع لا آثار الهبة.

٢- الإعارة بشرط العوض إجارة: فمن قال لآخر: أعزتك بيتي بمئة ألف لشهر فهو عقد إجارة ولو جرى بصيغة الإعارة.

٣- الحوالة^(١) بشرط عدم براءة الأصيل كفالة: فلو قال شخص لآخر: أحللتك بما لك من دين في ذمتي على فلان، على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك حتى يدفع المحال عليه الدين، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة؛ لأن في الحوالة يبرأ المحيل من المطالبة بينما في الكفالة يطالب الكفيل والمكفول عنه كلاهما بالدين^(٢).

- من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرماته

ومعنى القاعدة أن من يتوسل بوسيلة غير مشروعة استعجالاً منه للحصول على مقصوده، فإنه يحرم من مقصوده هذا جزاء فعله واستعجاله. ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- حرمان الوارث من حصته من التركة إذا قتل مورثه، وكذلك الموصى له إذا قتل الموصي.

٢- توريث المرأة التي طلقها زوجها وهو في مرض الموت ما دامت في عدة وفاته؛ ردّاً لقصده السيئ وهو حرمان زوجته من التركة^(٣).

(١) ليس المراد بالحوالة هنا الحوالات المالية عبر شركات التحويل بل هي بالمعنى الفقهي نقل الدين من ذمة إلى ذمة. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية مصطلح حوالة

(٢) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة ناشرون ط ١ عام ٢٠٠٥م، ٨٨-٨٩

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ١٠٠

المبحث الثالث

القواعد المتعلقة بمراعاة المصالح

١- الضرر يزال:

هذه القاعدة سيقَّت لبيان وجوب إزالة الضرر عند وقوعه، ومستند هذه القاعدة حديث النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار^(١))). ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- الرد بخيار العيب عند وجوده في السلعة المشتراة.

٢- الحجر على السفیه والمجنون والمعتوه.

٣- ضمان المتلفات عند وقوع الإتلاف.

٤- دفع الصائل -أي المعتدي-.

٢- المشقة تجلب التيسير

لأن الحرج مدفوع بالنص لكن جلبها للتيسير مشروط بعدم مخالفتها للنص، والمراد بالمشقة التي تجلب التيسير المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كالم العقوبة وقتل القاتل، فلا أثر لها في جلب تخفيف ولا تيسير. ومستند القاعدة قوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ} [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى: {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ} [الحج: ٧٨] ومن تطبيقاتها:

١- أن الله افترض الصوم شهراً في السنة وكانت نسبة الزكاة ٢.٥% فقط من المال.

٢- الاكتفاء برؤية النموذج عن رؤية كامل البضاعة في البيع.

٣- مشروعية الطلاق عند التنافر.

وقد ذكر الفقهاء موجبات التخفيف في الشريعة وهي: المرض والسفر والإكراه والخطأ والنسيان وعموم البلوى^(١).

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام- باب من بنى في حقه ما يضر بجاره

المبحث الرابع

القواعد المتعلقة بالعرف

- العادة محكّمة:

العادة هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المرادة بالعرف العملي فلا تكون مغايرة لما عليه أهل الدين والعقل ولا منكراً في نظرهم، وأصل القاعدة قول ابن مسعود: ((فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْهُ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ))^(١) ومن تطبيقاتها: اختبار الصغار قبل رفع الحجر عنهم بتسليم أموالهم فيختبرون مرتين أو أكثر حتى يغلب على الظن رشدهم.

- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت:

ومن تطبيقاتها:

١- لو كان التعامل في دولة ما بعدة عملات فَجَرَتْ معاملة أو قرض بين شخصين واختلفا في العملة، فالعبرة للعملة الغالبة، بينما لو اضطرت العادة في البلد وجب البيان وإلا يبطل العقد.

٢- كذلك إجارة الأشخاص فلو استأجر من يدهن له البيت، أو يصلح مرافق المياه أو الكهرباء واختلفا فيمن يأتي بالمواد اللازمة فالعبرة للعرف.

- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان:

الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المبنية على العرف والعادة؛ لأن بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناءً على هذا التغير يتبدل العرف وبتغير العرف تتغير الأحكام المبنية عليه، أما الأحكام المستندة إلى أدلة شرعية لم تُبْنَ على عرف وعادة فإنها لا تتغير كالقصاص من القاتل عمداً وأحكام المواريث.

(١) المدخل علي جمعة، والمدخل يوسف المصري ١١٩

(٢) سبق تخريجه

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- عدم وجوب الضمان على الغاصب عند الحنفية، لكن أفتى المتأخرون منهم بوجوب الضمان على غاصب مال اليتيم ومال الوقف والمُعَدَّ للاستغلال؛ لاعتياد الناس التساهل بالانتفاع بأموال اليتامى والوقف والمُعَدَّ للاستغلال.

٢- أفتى أبو حنيفة بعدم الحاجة إلى تزكية الشهود في دعوى المال، إلا إذا طعن الخصوم فيهم لصالح الناس في زمنه، ثم لما ضعفت ذمم الناس أفتى أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة بلزوم تزكية الشهود^(١).

المبحث الخامس

القواعد المتعلقة بالاستصحاب

- الأصل براءة الذمة

الذمة وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه من حقوق، فالأصل عدم انشغال ذمة الإنسان بحق لآخر؛ لأن الإنسان يولد ودمته بريئة من أي حق للغير، وتطبق هذه القواعد في القضايا المدنية والجزائية:

١- فمن ادعى على آخر ديناً فالأصل عدم الدين، إلا إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة.

٢- المتهم بريء حتى تثبت إدانته، والشك يفسر لمصلحة المتهم، حتى ولو حصل خطأ في هذا الجانب فإن الخطأ في براءة المتهم خير من الخطأ في إدانة بريء^(٢).

- اليقين لا يزول بالشك:

اليقين لغة: هو العلم الذي لا تردد معه، واصطلاحاً: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت عن دليل.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٩٧-٩٨

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٩١

والشك: التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر. ومعنى القاعدة أن ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طروء الشك لأن الأمر اليقيني لا يزيله ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى.

ومستند هذه القاعدة ما ورد أنه شُكِيَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ: الرَّجُلُ، يُحِيلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ، قَالَ: ((لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا))^(١) ويندرج تحت هذه القاعدة قاعدة:

– الأصل بقاء ما كان على ما كان

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن من تيقن أنه طلق زوجته وشك في رجعتها فهو مطلق؛ لأن الطلاق متيقن فلا يزول بالشك بالرجعة والعكس صحيح.

المبحث السادس

قواعد متفرقة

– إعمال الكلام أولى من إهماله

لا يجوز إهمال الكلام وجعله من غير معنى ما دام يمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي، والأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز، واللفظ المراد إعماله إن كان مما يحتمل التأكيد أو التأسيس فحمله على التأسيس أولى؛ لأن التأسيس يفيد معنى جديداً بينما التأكيد يفيد إعادة معنى اللفظ السابق، فلو أقر إنسان لآخر أنه أقرضه خمسين ألف ليرة، ثم أقر لذات الشخص مرة ثانية بخمسين ألفاً ولم يبين سبب الدين في الحالين، فأقراره يُحمل على التأسيس فيُعد الإقرار الثاني غير الإقرار الأول.

^(١) أخرجه مسلم باب الحيض - باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك

وإذا تعذر إعمال الكلام يهمل، فمن أقر لشخص أكبر منه بأنه ابنه يهمل كلامه لأنه باطل^(١).

– العُرم بالغُرم

مَن ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- نفقات ترميم العقار المشترك تكون على الشركاء بنسبة حصصهم فيه كما هو الحكم في تقسيم غلته.

٢- أجور تسجيل العقار في السجل العقاري على المشتري لأنه هو المنتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته^(٢).

٣- ترث الدولة الميت الذي ليس له ورثة أقارب من أصحاب الفروض ولا العصباء ولا الأرحام، لأن الدولة هي المكلفة بالإئفاق عليه وعلاجه قبل وفاته.

– المباشر ضامن وإن لم يتعمد

المباشر هو مَن باشر الفعل الضار الذي نشأ عنه الضمان، والمباشرة تعني القيام بالفعل بنفسه دون واسطة، فمن باشر فعلاً ضاراً نتج عنه ضمان يُعدُّ ضامناً للضرر سواء تعمد الضرر أو لم يتعمده أو تعمد الفعل أو لم يتعمده. ومن تطبيقاتها:

١- صبي غير مميز أتلّف مال إنسان يضمن الصبي ما أتلّفه في ماله مع عدم الاعتداء منه لصغره؛ لأن المباشرة لا تعتمد التعمد، وتكون مسؤوليته هنا مدنية لا جزائية.

٢- أن تنقلب المرأة مثلاً على رضيعها وهي نائمة فتقتله فتضمن ديتة لورثته وإن لم تتعمد.

وهذا في حق الضمان فقط أما الإثم فهو مرتبط بالتعمد حقيقة، إن وجد التعمد

وجد الإثم وإلا فلا^(٣).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٨٩-٩٠.

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٩٨.

(٣) القواعد الفقهية الكلية، د. أحمد الحجي الكردي، ط ١ عام ٢٠١٧ مركز الراسخون ودار الظاهرية- الكويت

– الاجتهاد لا ينقض بمثله:

الاجتهاد فيما لا يصادم نصًا صريحًا صحيح يُحتج به شرعًا، فإذا اجتهد مجتهد فيما لا يخالف نصًا صريحًا وعمل بما أداه إليه اجتهاده ثم تغير اجتهاده، فلا ينقض الاجتهاد الأول بالثاني بل يحكم ببقاء الأول وردّ الثاني، هذا إذا كان الاجتهادان في مسألة واحدة أو قضية واحدة، فإذا اختلفت القضية أو المسألة أخذ بالاجتهادين معًا كلٌّ في القضية التي جرى فيها.

وعلة هذه القاعدة أن الاجتهاد الأول جاء صحيحًا فاحتج به، أما الثاني فكان مخالفًا للأول وليس أرجح منه فلا ينسخ به الأول، فإذا كان الاجتهاد الثاني المخالف جاء في قضية جديدة غير الأولى أخذ به؛ لقول عمر رضي الله عنه في المسألة المشتركة: ((تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي)) ومن تطبيقاتها:

١- إذا قضى القاضي برّد شهادة الشهود في دعوى، لم يجر له ولا لغيره أن يحكم بشهادتهم في الدعوى المعروضة نفسها، أما في غيرها من الدعاوى فيجوز.

٢- إذا اجتهد المصلي في تحديد جهة القبلة فصلى ركعة ثم تغير اجتهاده، استدار في صلاته ولا تبطل ركعته الأولى.

هذا كله إذا كان اجتهاده الأول صحيحًا غير مخالف لنص صريح، فإذا كان مخالفًا لنص صريح لم يعتبر، ويؤخذ بالاجتهاد الثاني المخالف له ما دام غير مخالف للنص أيضًا^(١).

وهذا مبدأ قانوني لا بد من الأخذ به لاستقرار القضاء، هو مبدأ عدم رجعية القوانين فإذا تغير القانون فلا يسري القانون الجديد بأثر رجعي على الدعاوى التي حسمت قبل صدور القانون الجديد.

(١) القواعد الفقهية الكلية، د. أحمد الحجي الكردي ٧٩-٨٠



الفصل الثاني

النظريات الفقهية - العقد والملكية

المبحث الأول

نظرية العقد

العقد لغة: هو الجمع بين شيئين أو أكثر وربطها. وفي الاصطلاح: هو ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي. والمراد بالكلامين الإيجاب والقبول^(١). أما التصرف فهو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية. وهو نوعان تصرف قولي وتصرف فعلي: فالتصرف الفعلي يتم بفعل مادي غير قولي كالغصب والإتلاف، بينما التصرف القولي فهو ما يصدر عن الإنسان من قول يرتب الشارع عليه أثراً شرعياً^(٢). والتصرف القولي ثلاثة أنواع:

١- تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق إرادتين كالبيع والإجارة وهذا هو العقد.

٢- تصرف يتكون من قول واحد ويصدر من طرف واحد وإرادة واحدة، وينشأ به التزام الإنسان بمجرد إرادته وعبارته، ويتضمن إنشاء حق أو إنهاء أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإبراء عن الدين، ويسمى الإرادة المنفردة.

(١) النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، مطبوعات جامعة دمشق، ط ٨، عام ٢٠٠٦م، ٢٥١، والمدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٧٠

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٧٠-٢٧١

٣- تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق أو إسقاطه، إنما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية وجزائية كالدعوى والإقرار. وبهذا يتبين أن التصرف أعم من العقد فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً.

الالتزام: هو كون الإنسان مكلفاً على وجه الإلزام بفعل أو ترك تجاه آخر، كالالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بتأدية الثمن. فعلى هذا يكون التصرف -ومنه العقد- مصدرًا من مصادر الالتزام، فالتصرف سبب منسب للالتزام والالتزام أثر له^(١).

المطلب الأول: تكوين العقد

لا يوجد العقد إلا إذا وجد الإيجاب والقبول والعاقدان والمحل أي: المعقود عليه. واتفق الفقهاء على ضرورة وجود هذه العناصر ثم اختلفوا في جعلها كلها أركاناً للعقد فالجمهور عدا الحنفية يعدونها أركاناً بينما الحنفية يعدون الإيجاب والقبول فقط ركن العقد أما ما عداها من المحل والعاقدين فهي لوازم للإيجاب والقبول فيلزم من الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل ومحل.

أولاً: الإيجاب والقبول

الإيجاب ما صدر أولاً عن أحد المتعاقدين والقبول ما صدر عن العاقد الآخر، فمن قال: بعثك السيارة بكذا هو الموجب، ومن قال: قبلت هو القابل، وينعقد العقد في الفقه الإسلامي بمجرد تبادل الإيجاب والقبول في غالب العقود^(٢).

ويشترط لارتباط الإيجاب والقبول على وجه معتبر عدة شروط كالآتي:

١- أن يكون كل منهما معبراً عن إرادة معتبرة في إنشاء العقد.

(١) المدخل، زيدان ٢٧٢ والنظريات الفقهية للدري، ٢٦٥

(٢) يستثنى من ذلك عقد الصرف والسلم حيث يشترط تبادل البدلين في الصرف، والسلم يشترط فيه تسليم الثمن كاملاً في المجلس.

والارتباط في العقد هو ارتباط إرادتين، لكن الإرادة أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فأقيم الإيجاب والقبول الدال على الرضا مقامه، فكان من البديهي في هذا الإيجاب والقبول وضوح الدلالة على إرادة كل من العاقدين المتجهة إلى إنشاء العقد، ويمكن أن تكون هذه الدلالة بطريق الحقيقة أو المجاز. كما يشترط في الإيجاب والقبول صدورهما من شخص مميز ليكون تعبيره معبراً حقيقة عن إرادته، فلا يعتد بالإيجاب والقبول إذا صدرا أو أحدهما عن نائم أو مجنون أو صغير عديم التمييز.

٢- موافقة القبول للإيجاب^(١)

ويتم توافق الإيجاب والقبول إذا اتحد موضوعهما بأن يردا على معنى واحد بجميع جزئياته، سواء أكانت الموافقة صريحة أو ضمنية، فالصريحة قول البائع: بعثك سيارتي بعشرين مليوناً، فيقول المشتري: قبلت، والضمنية كقول المرأة لرجل: زوجتك نفسي على مليون ليرة، فيقول الرجل: قبلت على مليونين، لأن قبوله الزواج على مليون قبول ضمني بقبولها على مليونين، فهذه المخالفة بين الإيجاب والقبول مخالفة إلى خير فلا تضر.

أما إذا لم يتوافق الإيجاب والقبول كلاً أو جزءاً لم ينعقد العقد، كما لو قال شخص لآخر: بعثك السيارة بعشرين مليون، فقال المشتري: قبلت شراء بيتك بهذا الثمن، أو: قبلت شراء السيارة بعشرين مليون مؤجلة.

٣- علم كل عاقد بما صدر من الطرف الآخر

فيشترط أن يفهم ويعلم كل عاقد ما صدر من الآخر، فإذا لم تكن كذلك لعدم سماع كلام الآخر أو لعدم فهم معناه لأنها بغير لغته مثلاً وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولاً فلا ينعقد العقد^(٢).

٤- اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد

(١) بدائع الصنائع ١٣٦/٥

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٧٥

إن اتصال القبول بالإيجاب أمر ضروري لوجود العقد، وقد اختلف الفقهاء في المراد به: فعند الشافعية المراد به صدور القبول فوراً عقب الإيجاب، وعند الحنفية مَنْ عُرِضَ عليه الإيجاب يحتاج إلى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض فالزامه بالفورية تضيق عليه، ولكن من جهة أخرى لا يجوز أن يسمح له بالتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض؛ لأن فيه ضرراً على الموجب والضرر مرفوع، فيُعَدُّ الإيجاب باقياً ما دام مجلس العقد قائماً، فإذا صدر القبول قبل انفضاض المجلس صادف القبول إيجاباً موجوداً، فيتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب، أما صدور القبول بعد انتهاء المجلس فلا يعتد به.

ومجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يصدر من أحدهما إعراض عنه، فإذا تغير المجلس حقيقة أو حكماً اختلف المجلس، والتغير الحقيقي يكون بانتقال أحدهما من المكان الذي صدر فيه الإيجاب إلى مكان آخر، وتغير المجلس حكماً يكون بصدور ما يدل على الإعراض من أحد العاقدين وهذا في حق المتعاقدين الحاضرين، أما في حق المتفرقين فإن كان العقد بالمراسلة فمجلس العقد ليس مجلس المرسل بل مجلس المرسل إليه، فعلى المرسل إليه أن يردّ على الرسالة في المجلس الذي يقرأ فيه الرسالة. وفي كل الأحوال يجوز للموجب العدول عن إيجابه قبل قبول الآخر، كما يبطل الإيجاب بفقدان أهلية الموجب قبل القبول كجنونه أو موته^(١).

ويصح إبرام العقود من زواج وبيع وغيره عبر وسائل التواصل الاجتماعي، فإن كان عبر اتصال مباشر فالمجلس قائم ما دام الاتصال قائماً، وإن كان عبر رسالة صوتية أو كتابية أو تسجيل مرئي (فيديو)، فعند اطلاع المرسل إليه على الرسالة عليه أن يرد في المجلس نفسه.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٧٧

ثانيًا: صيغة العقد

صيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول، فالأساس في التعاقد توجُّه إرادة العاقلين إلى إنشائه، وهذه الإرادة أمر خفي تقوم الصيغة مقامها، ويمكن أن تكون هذه الصيغة لفظًا أو كتابة، وفي حق الآخرس تكون بالإشارة، ويشترط في الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على الإرادة ومفهومة لديهم^(١).

التعبير عن الإرادة باللفظ أو الصيغة اللفظية

إن صيغة الماضي هي أدلُّ الألفاظ على إرادة إنشاء العقد، مثل: بعت وأجرت، لدلالاتها القاطعة على تحقيق إرادة العاقد، فالتعبير فيها يدل على أن العاقد قد تجاوز دور التردد والتفكير والمساومة والمفاوضة إلى دور الجزم والقطع والحسم^(٢).

أما صيغة المضارع كأبيعك أو الأمر كبعني فيصلحان للعقد إن اقترن بهما ما يدل على إنشاء العقد في الحال لا الوعد أو المساومة.

ويمكن أن ينعقد العقد بالتعاطي عدا عقد الزواج، من غير تلفظ بالإيجاب والقبول^(٣)، ك شراء ربطة الخبز عبر دفع ثمنها وقبضها دون أي كلام، وك دفع أجرة السيارة العمومية أو دفع تذكرة النقل الداخلي، أو شراء السلع من المجمعات التجارية الكبرى (المولات) حيث يملأ المشتري السلة بما يريد ثم يقف عند المحاسب في دفع الثمن ويأخذ السلعة ويمضي.

ثالثًا: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

الأصل هو تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة، وقد يحدث ما يمنع هذا التطابق لوجود عارض كالهزل والإكراه، فهل نعتد عندها بالإرادة الباطنة أم بالظاهرة؟

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٧٩

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنيهوري ٨٥/١

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٨٢

لا بد من بيان الحالات التي يظهر فيها عدم مطابقة العبارات للإرادة الباطنة أو اشتملت إحداها على خلل:

الحالة الأولى: إذا صدرت العبارة من غير قصد التلفظ بها كالتائم والمجنون وعدم التمييز فلا يعتد بها ولا ينشأ بها عقد.

الحالة الثانية: صدور العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم معناها، كما لو لقن أجنبي عبارة عقد تفيد إيجاب عقد ولم يعلم بفحوى العبارة وأنه في مجلس عقد، فلا قيمة لذلك أيضاً.

الحالة الثالثة: صدور العبارة على سبيل الهزل، فالمتكلم يقصد التلفظ بها من غير قصد إنشاء عقد بها، فلا يعتد بعبارة الهازل إلا في عقد الزواج والطلاق والرجعة والأيمان والندور.

الحالة الرابعة: صدور العبارة بالإكراه، وهو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله ويقدر المكروه على إيقاعه، وفي هذه الحالة لا عبرة بعبارته أيضاً لأنها لم تصدر عن رضا^(١).

المطلب الثاني: محل العقد

محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه، وهو يختلف باختلاف العقود فقد يكون عيناً كبيع سيارة، أو منفعة كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الإجارة.

شروطه:

يشترط في محل العقد الشروط الآتية:

١- أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً:

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٨٥ - ٢٨٨

إن عدم قبول المحل لحكم العقد يرجع إلى نهي الشارع عنه، كالنهي عن بيع الميتة والتعامل بالخمير والخنزير، وقد يرجع إلى أن حكم العقد يتنافى مع طبيعة هذا المحل أو لما خصص له، فالخضروات التي يتسارع إليها الفساد لا تصلح أن تكون رهناً؛ لأن حكم الرهن - وهو حبس المرهون لاستيفاء الدين منه عند عدم الأداء - لا تقبله هذه الأموال.

٢- وجوده حين العقد:

وهذا الشرط ليس على إطلاقه وليس عند جميع الفقهاء، فالمعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد، كما لو تعاقد شخص مع آخر على نقل أثاث منزله، فتبين أن الأثاث احترق قبل العقد ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً. ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان منفعة، وإنما الشرط إمكان وجودها في المستقبل، ويعلل الفقهاء عدم اشتراط وجود المنفعة عند العقد بأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة بل تحدث آنًا بعد آن وشيئًا بعد شيء، أما إذا كان محل العقد عينًا مالية فأكثر الفقهاء على اعتبار وجود هذه العين في جميع العقود المعاوضات والتبرعات إلا ما استثنى كالتسليم، والقاعدة عندهم أن بيع المعدوم لا يجوز، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره لأن محل العقد غير موجود بيقين^(١).

٣- أن يكون معلومًا:

يشترط في المحل أن يكون معروفًا للعاقدين، بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي إلى النزاع، ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه إذا كان من الأموال المثلية، فإذا لم يكن معلومًا لدى العاقدين أو كانت فيه جهالة فاحشة كما لو قال: بعثك مالا أو ساعة أو حنطة، كان المحل مجهولاً جهالة فاحشة فلا ينعقد العقد^(٢).

٤- أن يكون مقدورًا على تسليمه:

(١) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٢٥٤ والمدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٩٢ - ٢٩٣

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٩٤

الغرض من التعاقد وصول كل عاقد إلى ما يترتب على العقد؛ أي: تسلّم محله، فيشترط كون المحل مقدورًا على تسليمه من قبل التسليم وقت التعاقد؛ لأن الأصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها، فلا يجوز بيع السمك في الماء قبل اصطياده، أو بيع الأنقاض قبل هدم العقار لعدم القدرة على التسليم^(١).

المطلب الثالث: العاقد

العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه الإيجاب أو القبول، وليس كل إنسان يصلح أن يكون عاقدًا ويعتبر إيجابه وقبوله، فمن الناس من لا قيمة لعبارته أصلاً كالمجنون والصغير غير المميز فعقودهما باطلة لا تقبل الإجازة، ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات دون توقف على إجازة أحد، ومنهم من تكون تصرفاته موقوفة على إجازة ولي المال بحسب أطوار الأهلية التي يمر بها الإنسان منذ ولادته إلى وفاته، حيث يمر أولاً بطور الاجتنان ثم الطفولة ثم التمييز ثم البلوغ، وسيأتي تفصيل ذلك في مقرر الأحوال الشخصية، وقد يعرض لهذه الأهلية عوارض تزول معها الأهلية أو تنتقص كالجنون والعته والنوم والإغماء والمرض والسفه والشُّكْر. وقد يعقد الإنسان بنفسه أصالة أو عن غيره وكالة.

الوكالة وهي نوع من أنواع الولاية، والوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة، كما لو وكل إنساناً آخر ببيع داره.

ركن الوكالة: الإيجاب والقبول فتتعقد الوكالة بأية عبارة تصدر من الموكل تدل على الإنابة والتوكيل، أو بما يقوم مقامها من الكتابة والإشارة، وبقبول من الطرف الآخر، ولا يشترط لانعقادها اتحاد المجلس، فلو وكل إنساناً في حال غيبته فعلم الوكيل بما وُكِّل به ثم باشر عقده صحّت الوكالة، لكن لو رد الوكيل الوكالة ثم باشر ما وُكِّل به كان في عمله فضوليًا يتوقف عقده على إجازة الموكل.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٢٩٥

والوكالة تنعقد في صور ثلاث:

- ١- منجزة كقوله: وكلتك ببيع سيارتي، فقبل الوكيل.
- ٢- ومعلقة على شرط فلو قال: وكلتك ببيع سيارتي في حال سفري، فقبل الوكيل انعقدت الوكالة معلقة على وجود شرط السفر.
- ٣- ومضافة إلى المستقبل، كما لو قال: وكلتك بقبض رواتبي بدءًا من الشهر القادم^(١).

شروط الوكالة:

هناك شروط تتعلق بالموكل والوكيل وبما يجري فيه التوكيل

أولاً: الشروط المتعلقة بالموكل

يشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه الغير؛ أي: أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف لنفسه، لأن الوكيل يستمد ولايته من موكله، فإذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطع أن يوكل غيره فيه؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن يملك غيره ما لا يملكه بنفسه، فلا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز لغيره^(٢).

ثانياً: الشروط المتعلقة بالوكيل:

يشترط في الوكيل أن يكون ذا عبارة معتبرة؛ أي: عاقلًا مميزًا ولكن لا يشترط فيه البلوغ ولا الرشد، فيصح توكيل كامل الأهلية وناقصها، ولا يختلفان إلا في حقوق العقد فهي ترجع إلى الموكل إذا كان الوكيل ناقص الأهلية، وترجع إلى الوكيل نفسه إذا كان كامل الأهلية.

ولا يصح أن يكون الوكيل مجنوناً أو صغيراً غير مميز؛ لأن عبارة كل منهما هدر لا قيمة لها^(٣).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٢

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٢

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٣

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالموكل فيه

١- يشترط في الموكل فيه أن يكون معلوماً للوكيل ولا تضرر الجهالة اليسيرة فيه إذا كانت الوكالة خاصة، ولا الجهالة الفاحشة إذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لشريكه: اشتر لي ما شئت، فإذا سلم محل الوكالة من الجهالة جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات التي تقبل النيابة، فيجوز التوكيل بالخصومة (المحامي) بالتقاضي والترافع أمام القضاء، وبالبیع والشراء والهبة والزواج والطلاق وغير ذلك من العقود التي يملك الموكل مباشرتها بنفسه.

٢- أن يكون من التصرفات الجائزة شرعاً، فلا يصح التوكيل في غصب المال والجناية على الغير وسائر المحرمات؛ لأن الفعل المحرم لا يجوز للموكل فلا يجوز للوكيل.

٣- أن يكون مما يقبل النيابة كالبيع والشراء والإجارة والإعارة... ونحوها من العقود التي لا ينظر فيها إلا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر إلى شخص فاعلها، أما التصرفات التي ينظر فيها إلى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة؛ لأن المقصود منها لا يتحقق إلا بصدورها من شخص معين كالشهادة، فإنها تتعلق بذات الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في الوكيل، وكذلك الأيمان لا يصح التوكيل فيها لأنها تتعلق بشخص الخالف، فلا يصح التوكيل فيها^(١).

أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة إلى وكالة عامة وخاصة، ومطلقة ومقيدة:

فالوكالة الخاصة ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة، واتفق الفقهاء على صحتها.

والوكالة العامة ما كانت غير محصورة بتصرف معين، كما لو قال شخص لآخر: أنت وكيل في كل شيء، أو فيما لي من حقوق وتصرفات، فيملك الوكيل بهذا كل

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٤

تصرف جائز مملوك للموكل، وفي صحتها خلاف بين الفقهاء فمنهم من أجازها ومنهم من أبطلها، ومنهم من أجازها باستثناء ما فيه ضرر بالموكل كالتبرعات، وقد أجازها القانون السوري.

والوكالة المقيدة هي ما يحدّد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف، كما لو قال لآخر: وكلتك ببيع داري هذه بمبلغ كذا، فلا يجوز للوكيل في هذه الحالة أن يخالف القيد الموكل به، إلا إذا كانت المخالفة إلى ما فيه خير للموكل، كما لو قيده ببيع السيارة بعشرين مليوناً فباعها بواحد وعشرين، أما لو باعها الوكيل بأقل من عشرين فيكون عقده موقوفاً على إجازة الموكل.

والوكالة المطلقة هي الوكالة الخالية من كل قيد، كما لو قال لآخر: وكلتك ببيع داري، فله أن يبيعها بما يراه من الثمن المناسب، لكن ينبغي أن يقيّد الوكيل هنا بما يقضي به العرف، فلا يجوز للوكيل أن يبيع الدار هنا بغير فاحش أو بسعر رخيص لا يباع به عادة^(١).

إنابة الوكيل غيره فيما وُكِّلَ فيه:

يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله الموكل إذا فوض الرأي له في هذا التصرف، كما لو قال: فوضت إليك الأمر أو اعمل فيه برأيك كيف شئت، ففي هذه الحالة يجوز أن يباشر الوكيل التصرف بنفسه أو يوكل غيره به، فإن وُكِّلَ كان الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل لا عنه، وإذا لم يفوض الموكل الرأي للوكيل فلا يجوز له أن يوكل غيره في مباشرته إلا بالإذن الصريح من الموكل؛ لأن الموكل إنما رضي برأيه لا برأي غيره^(٢).

حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع؟

حكم العقد هو أثره المترتب عليه وهو غرض العاقدین من إنشائه، أما حقوقه فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات تؤكّد حكمه وتقرره وتكملّه،

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٥-٣٢٦

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٦

فحكم عقد البيع مثلاً انتقال ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع، وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن إذا ظهر مستحق للمبيع، وحقه في رد المبيع إلى البائع إذا ظهر فيه عيب قديم، ونحو ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل العاقد الآخر، أما رجوع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل أو الوكيل ففيه التفصيل الآتي:

أولاً: حكم العقد

اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل لأن الوكيل ينفذ إرادته والولاية الأصلية هي للموكل، وإنما استفاد الوكيل ولايته منه فناسب ذلك كله رجوع حكم العقد إلى الموكل، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أم أضافه إلى الموكل في عقود المعاوضات^(١).

ثانياً: حقوق العقد

١- العقود التي يحتاج إضافتها إلى الموكل حتى تقع عنه كالزواج والخلع، ترجع حقوقها إلى الموكل ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل، فلا يطالب الوكيل بالمهر بل الزوج، ولا حق لوكيل الزوجة بقبض مهرها إلا إذا وكلته هي بالقبض.

٢- العقود التي لا يحتاج فيها إلى الإضافة إلى الموكل، فتقع عن الموكل سواء أضافها الوكيل إلى نفسه، أو أضافها إلى الموكل كالبيع والإجارة، فترجع حقوقها إلى الوكيل إذا أضافها لنفسه، ففي البيع يملك الوكيل دون الموكل الحق في مطالبة المشتري بالثمن، وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن، أما إذا أضاف العقود إلى الموكل فإن حقوقها ترجع إلى الموكل^(٢).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٧

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٧

علاقة الوكيل بموكله:

إذا كانت الوكالة بأجر كان ما بين الوكيل والموكل وكالة وإجارة معًا، فتكون العلاقة بينهما علاقة الأجير بمؤجره، ويكون الوكيل ملزمًا بإتمام ما وكل به ولا يجوز له التخلي عنه، فالوكالة هنا تكون ملزمة ولا يجوز فسخها إلا إذا كان هناك مسوغ لفسخ عقد الإجارة.

وإن كانت الوكالة بغير أجر فيكون الوكيل متبرعًا بعمله، فلا يملك الموكل إلزامه بالقيام بما وكل به، بل للوكيل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت شاء، كما أن للموكل أن يعزله متى أراد، فالوكالة في هذه الحالة تكون غير ملزمة.

وفي حال خلو الوكالة عن ذكر الأجر واختلف الوكيل والموكل بشأنها، فيحكم العرف بذلك، فإن قضى العرف بالأجرة للوكيل استحقها وإلا لم يستحقها. والوكيل أمين فلا يضمن لموكله إلا في حال التعدي أو التقصير^(١).

انتهاء الوكالة

تنتهي الوكالة بأمر عدة منها:

- ١- مباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الوكيل له.
- ٢- عزل الموكل وكيله ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل به، فتكون تصرفات الوكيل نافذة في حق موكله قبل علمه بالعزل على قول بعض الفقهاء، وكذلك بإخراج الوكيل نفسه من الوكالة ويشترط علم الموكل به.
- ٣- انتهاء محل الوكالة بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به أو بهلاك العين الموكّل بالتصرف فيها.
- ٤- خروج الوكيل أو الموكل عن الأهلية^(٢).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٩

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٢٩-٣٣٠

المطلب الرابع: عيوب العقد

تقدم أن العقد تلاقي إرادتين واتفاقهما على إنشاء عقد معين، وقد يكون في إرادة أحد العاقدين خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم، وهذه العيوب ترجع في غالب صورها إلى الغلط والغبن والإكراه والتغير وفق ما يأتي.

أولاً: الغلط

الغلط - بوصفه أحد عيوب الإرادة - حالة تقوم بالنفس تحمل توهّم غير الواقع. والمراد بالغلط ما كان متعلقاً بمحل العقد، والغلط في محل العقد قد يكون في جنسه كما لو اشترى ياقوتاً فإذا هو زجاج، أو في وصفه كما لو اشترى ثوباً من صوف فإذا هو قطن.

الغلط الباطني والغلط الظاهري

والغلط بنوعيه سواء أكان في الجنس أو في الوصف قد يكون باطنياً وقد يكون ظاهرياً، فالغلط الباطني ما كان قائماً في تصور العاقد واعتقاده، فيتوهم محل العقد على غير ماهيته وصفته، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهّمه هذا، كمن يشتري خاتماً يظنه من الذهب فإذا هو من النحاس ولا يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده.

أما الغلط الظاهري فهو توهّم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك كمن يقول لآخر: اشترت منك هذا الماس بكذا فيقول الآخر: قبلت، ثم يتبين أنه زجاج.

أثر الغلط في العقد

الغلط الباطني لا يؤثر في صحة العقد وانعقاده، لأن العبرة في العقود للعبارة الظاهرة لا للنوايا المستترة.

أما الغلط الظاهر فإن كان في الجنس فقد أبطل العقد، وإن كان في الوصف جُعِلَ العقد موقوفاً قابلاً للفسخ ممن قام فيه الغلط.

وذكر الفقهاء قاعدة الغلط في المحل، فقالوا: إذا سماه العاقد وأشار إلى غيره كانت العبرة بالمسمى دون ما أشار إليه، إذا اختلف الجنس وبطل العقد في هذه الحالة، كمن قال لآخر: اشتريت منك هذا الخاتم من ذهب فإذا هو نحاس لم ينعقد العقد هنا، وإن اتحد الجنس بين ما سماه وأشار إليه واختلف الوصف كانت العبرة بالمشار إليه وانعقد العقد موقوفًا على إجازة العاقد الغالط.

وإنما كان الغلط في الجنس مبطلًا للعقد لأن الغلط فيه يعدم المحل، والعقد لا يوجد بدون محله والمحل هنا معدوم فلا ينعقد العقد، ولو اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراداه العاقد كان تفاوتًا فاحشًا، فإن الغلط هنا يعتبر بحكم العقد في جنس المحل فيبطل العقد، كشرء ثوب على أنه من صوف فإذا هو من قطن. وإنما كان حكم الغلط في الوصف هو انعقاد العقد مع إمكانية فسخه؛ لأن أصل المحل موجود وهذا لا يكفي لانعقاده ولكن لفوات الوصف المرغوب فيه، يكون العقد موقوفًا على الإجازة قابلاً للفسخ^(١).

ثانيًا: الغبن والتغريب

ومعنى الغبن عند الفقهاء أن أحد البديلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد عند التعاقد، فلو باع شخص ما قيمته مئة بمئتين كان المشتري هو المغبون، ولو باعه بخمسين كان البائع هو المغبون.

أنواع الغبن:

يقسم الغبن إلى نوعين: يسير وفاحش، فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين؛ أي: تقدير أهل الخبرة، فلو باع سلعة بخمسة آلاف فقدّرها بعض أهل الخبرة بأربعة آلاف وبعضهم بخمسة آلاف فالغبن يسير.

أما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، ففي مثالنا السابق لو باعه السلعة بسبعة آلاف كان الغبن فاحشًا لأنه لم يقدره أحد من أهل الخبرة بهذا الثمن.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٣٥-٣٣٧ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٣٨٦

أما التغيرير لغة: فهو الخداع والمغرور مَنْ وقع عليه الخداع، ويطلق الفقهاء التغيرير على استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد ظناً منه أن العقد في مصلحته مع أن الواقع خلاف ذلك.

أنواع التغيرير:

قد يكون التغيرير قولياً وقد يكون فعلياً، فالتغيرير الفعلي هو ما يقوم به أحد العاقدين من أعمال بقصد تضليل العاقد الآخر وإيهامه في حقيقة المعقود عليه لحمله على التعاقد، مثل صبغ ثوب قديم ليظهر أنه جديد.

والتغيرير القولي يكون بالقول من العاقد أو غيره إذا كان من شأنه أن يغرر بالعاقد الآخر ويحمله على التعاقد، ومن أمثله ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع الأمانة، وهو يقوم بجميع أنواعه على أساس الثمن الذي ادعى البائع أنه اشترى به المبيع الذي يريد بيعه للمشتري، فلا يذكر البائع الثمن الحقيقي وأوصافه من كون معجلاً أو مقسطاً، فيكون كتمان هذه الأمور من البائع عن المشتري تغييراً بالمشتري، وقد يكون التغيرير القولي من غير العاقدين مع علم أحدهما به أو تواطئه مع هذا الغير، كما في بيع النجش وهو أن يزيد هذا الطرف الثالث في ثمن السلعة عند عرضها لا بقصد شرائها، بل بقصد رفع الثمن على الآخرين، وهو ما يجري كثيراً في المزادات.

أثر الغبن والتغيرير في العقد

ليس أثر الغبن والتغيرير واحداً في العقود وفيه شيء من التفصيل، فهناك حالات يكون فيها غبن فقط أو تغيرير فقط أو يجتمع كلاهما.

١- أثر الغبن وحده

إذا كان الغبن يسيراً فالعقد صحيح ولا تأثير له في العقد؛ لأن الغبن اليسير كثير الوقوع والناس يتسامحون فيه، يستثنى من ذلك بيع المدين بدين مستغرق إذا كان محجوراً عليه بسبب هذا الدين، فبيعه بغبن يسير يكون موقوفاً على إجازة الدائنين، وكذلك بيع

المريض مرض الموت إذا كان مدينًا بدين مستغرق فهو موقوف، لكن لا يظهر أثر الوقف إلا إذا مات المريض في مرض الموت هذا، وذلك رعايةً لحقّ الدائنين.

أما الغبن الفاحش وحده فقد اختلف الفقهاء في تأثيره في العقد، فمنهم من جعله مؤثرًا في العقد ينعقد العقد معه ويحق لمن وقع عليه الغبن أن يفسخه؛ لأن هذا الغبن ضرر بالمغبون والضرر ي زال، ومنهم من لم يجعل للغبن تأثيرًا في العقد فالعقد ينعقد معه صحيحًا غير قابل للفسخ؛ لأن عقود المعاوضات التي يقع فيها الغبن عقود لازمة في الأصل، وإعطاء المغبون حق فسخها يمنع استقرار المعاملات، وكان على العاقد أن يستقصي ويتعرف الأسعار قبل الشراء، يستثنى من ذلك الغبن الواقع على أموال المحجور عليهم لسفه أو جنون أو عته أو صغر، أو أن تردّ هذه العقود على أموال الوقف أو بيت المال (الخزينة العامة)^(١).

٢- أثر التغير وحده:

إذا كان التغير وحده وفيه تضليل وإيهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب فيها في العقد لولاها لما أقدم على التعاقد، كان للمغرور في هذه الحالة حق فسخ العقد، ويشترط لثبوت حق الفسخ للمغرور ألا يكون الوصف الفائب مما يدرك بالعيان والمشاهدة؛ لأنه إذا كان كذلك انتفى التغير عن العاقد^(٢).

٣- أثر الغبن والتغير معًا

إذا اجتمع الغبن والتغير معًا في العقد فللمغبون الحق في فسخ العقد رفعًا لضرر عنه وردًا للقصد السيئ على العاقد الآخر^(٣).

ثالثًا: الإكراه

تعريف الإكراه وأركانه ، وأقسامه وشروطه

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٣٩-٣٤٠

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٤٠-٣٤١

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٤١ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٣٩٣

أ-تعريف الإكراه لغةً: هو حمل الشخص على فعل يكرهه^(١).

وشرعاً: هو اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب^(٢).

ب- أركان الإكراه:

للإكراه أربعة أركان هي: مكره، ومكره، ومكره به أو وسيلة الإكراه، ومكره عليه أو التصرف المطلوب بالإكراه.

ويشترط لتحقيق الإكراه أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به وإلا فلا قيمة لتهديده، ويشترط أن يعتقد المكره أن المكره سينفذ هذا التهديد يقيناً أو بغلبة الظن، ويشترط أن يكون المهدد به مما يلحق ضرراً بالمكره بإتلاف نفس أو عضو أو بما دون ذلك كالحبس والضرب، أما التهديد بإتلاف المال إذا لم يكن يسيراً فهو تهديد معتبر يتحقق به الإكراه عند الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية^(٣).

ج-أنواع الإكراه:

الإكراه نوعان: ملجئ أو تام، وغير ملجئ أو ناقص

١- فالإكراه الملجئ يكون بإتلاف نفس أو عضو، لأن حرمة أعضاء الإنسان كحرمة النفس والتهديد بجميع المال.

وسمي هذا النوع من الإكراه ملجئاً لأنه يُضطرّ المكره على مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو أو المال.

٢- أما الإكراه غير الملجئ فيكون بالحبس والضرب ونحو ذلك، أي: يكون بالتهديد بما دون إتلاف النفس أو العضو أو المال، وهو يختلف باختلاف الأشخاص^(٤).

(١) المصباح المنير ٩٧/٢

(٢) المبسوط للسرخسي، ٣٨/٢٤

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان، ٣٤٢

(٤) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان، ٣٤٣

د- أثر الإكراه في عقود المكره وتصرفاته:

ذهب الحنفية إلى أنه لا عبرة بإقرار المكره لأن اعتبار الإقرار كان لترجح جانب الصدق فيه، وبالإكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر، أما التصرفات القولية التي لا تحمل الفسخ كالطلاق والزواج والرجعة فتقع صحيحة نافذة عند الحنفية، أما إن كانت تصرفات المكره القولية تحمل الفسخ ولا تصح مع الهزل فإن أثر الإكراه فيها الفساد، فتقع فاسدة لا باطلة، وعند الشافعية والحنابلة والجعفرية لا يترتب على الإكراه أي حكم فتصرفات المكره كلها مهدرة، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا أي تصرف من تصرفاته ودليلهم:

١- أن الله تعالى أسقط عن المكره حكم الكفر إذا نطق بكلمة الكفر بالله، قال تعالى: {مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ} [النحل: ١٠٦] وأحكام الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما.

٢- حديث النبي ﷺ: ((إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكْرِهوا عليه))^(١).

٣- أن القصد - وهو شرط لجواز التصرف - يفوت بالإكراه.

٤- أن المكره يأتي باللفظ دفعاً للضرر عن نفسه غير قاصد لمعناه ولا يريد حكمه، فصار كلامه كالنائم والمجنون^(٢).

المطلب الخامس: أقسام العقد

ينقسم العقد إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة: فهناك تقسيم من حيث وصفه، وتقسيم من حيث وقت اتصال حكمه بصيغته، وتقسيم من حيث نوع آثاره التي تكون عنه.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الطلاق - باب طلاق المكره والناسي - حديث : ٢٠٤٣ وقال الحاكم: صحيح

على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي رقم ٢٨٠١

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٤٤-٣٤٥

أولاً: العقد باعتبار وصفه

يوصف العقد بالحل والحرمة أو بالوجوب والندب والكره بناء على طلب الشرع له أو إباحته أو نهي عنه وعلى أساس نية العاقد وقصده، والوصف من هذه الأوصاف الذي يلحق العقد يسميه الفقهاء (حكم العقد)، فقد يطلق حكم العقد ويراد به ما يلحق العقد من هذه الأوصاف فيقولون: حكم البيع الإباحة وحكم الربا التحريم، وقد يطلق ويراد به ما يكون للعقد من وصف يرجع إلى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب، أو من قوة ملزمة لعاquديه أو غير ملزمة فيقولون: حكم هذا العقد أنه باطل؛ أي: لا تترتب عليه آثاره، وحكم عقد الوكالة أنه غير لازم إن لم يكن بأجر، وحكم الإجارة الزوم، وحكم عقد الفضولي أنه موقوف على إجازة صاحب الشأن، وهذا المعنى الأخير لحكم العقد هو المراد في هذا المطلب، وسأوردُ هذه التقسيمات مع شرح موجز لها:

١- العقد الصحيح وغير الصحيح

العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه، وهو العقد المنعقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله، وكان محل العقد قابلاً لحكمه وسلمت أوصافه من الخلل ولم يقتزن به شرط من الشروط الفاسدة، ويطلق عليه الفقهاء بأنه المشروع بأصله - بذاته - ووصفه.

والعقد غير الصحيح هو الذي لم تتوافر فيه شروطه وأركانه، ويقسمه الحنفية إلى قسمين: باطل وفاسد. فالباطل ما كان فيه خلل راجع إلى ركنه أو شروط انعقاده، كأن تكون صيغة العقد غير سليمة لأن القبول لم يطابق الإيجاب مثلاً، أو يكون المبيع مما لا تعترف الشريعة الإسلامية بماليتها كالميتة والخمر والخنزير. والعقد الباطل كالمعدوم أصلاً ولا تترتب عليه آثاره الشرعية مطلقاً، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع في عقد البيع، ولا تحل الزوجة لزوجها في عقد الزواج.

والفاسد عند الحنفية هو ما كان الخلل فيه راجعاً إلى وصف من أوصافه اللازمة له، فهو عقد منعقد لسلامة ركنه -وهو الإيجاب والقبول- من أي خلل، والمحل قابل لحكم العقد، وهذا القدر من السلامة يكفي لانعقاد العقد، ولكن الخلل طراً على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن بشرط فاسد، كما لو كان تأجيل الثمن إلى وقت مجهول يؤدي إلى النزاع، أو كان المبيع غير معين، أو أن عقد الزواج انعقد بشاهد واحد.

وحكم العقد الفاسد أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية المقررة له لو كان صحيحاً، ويلزم فسخه من قبل عاقيه لأنه ليس محل رعاية الشرع، لكن قد تترتب عليه بعض الآثار أحياناً إذا قام العاقد بتنفيذه، كما لو قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع فإنه بهذا القبض يملكه، وكما في عقد الزواج الفاسد بعد الدخول تترتب عليه بعض الآثار في ثبوت النسب والعدة والأقل من المهر المسمى ومهر المثل وحرمة المصاهرة، فالعقد الفاسد لم يترتب عليه لذاته أثر شرعي، وإنما ترتبت عليه بعض آثاره نظراً لتنفيذه، فكان هذا التنفيذ محل رعاية الشرع للشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد^(١).

العقد الصحيح وغير الصحيح عند جمهور الفقهاء:

يقسم جمهور الفقهاء عدا الحنفية العقدَ قسمةً ثنائيةً لا ثلاثيةً كما فعل الحنفية، فالعقد عندهم إما صحيح أو غير صحيح، فالصحيح ما كان مستجماً لشروط الانعقاد والصحة فتكون أركانه وشروطه وأوصافه سليمةً لا خلل فيها، وغير الصحيح ما ليس كذلك، فلا فرق عندهم بين الباطل والفاسد، فغير الصحيح عندهم ما كان فيه خلل سواء أكان في صيغته أو في العاقلين أو في محله، أو في أوصافه اللازمة له كجهالة الثمن أو محل البيع أو تاريخ أداء الثمن.

ثم إن العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سبباً لترتيب آثاره الشرعية عليه، وهذه الآثار قد تظهر في الحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على إجازة أحد وهذا هو العقد النافذ، وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على إجازة الغير وهو العقد الموقوف.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان، ٣٤٨-٣٤٩

أ-العقد النافذ: هو العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية، كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقدًا لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته، وحكم هذا العقد ترتب آثاره دون توقف على إجازة أحد.

ب-العقد الموقوف: هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالأهلية، ولكن لا يملك ولاية إصدار هذا العقد وإنشائه، كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، فإن تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة صاحب الشأن وتصرفات الصغير المميز موقوفة على إجازة وليّه، فإذا حصلت الإجازة نفذ العقد وإلا بطل.

٢-العقد اللازم وغير اللازم:

العقد اللازم ينقسم إلى قسمين لازم وغير لازم:

أ-فالعقد اللازم هو الذي لا يملك أحد العاقدین فسخه دون رضا الآخر كالبيع والإجارة، وإنما يمكن فسخ العقد غير اللازم باتفاق العاقدین في العقود القابلة للفسخ، أما التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها فتبقى لازمة ولا يمكن فسخها حتى لو أراد العاقدان ذلك كالخلع، وهو التفريق مقابل مال تدفعه الزوجة.

والعقد غير اللازم هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدین فهو غير لازم في حقهما، ولكل من العاقدین فسخه بإرادته المنفردة متى شاء كعقد الوديعة والعارية.

وقد يكون العقد لازمًا لأحد العاقدین غير لازم للآخر، فيستطيع هذا فسخه بينما لا يستطيع الأول ذلك، كالرهن والكفالة فهو لازم للمدين غير لازم بالنسبة للمرتهن، والكفالة عقد لازم للكفيل غير لازم للمكفول له^(١).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزیدان، ٣٥٠-٣٥١ والنظريات الفقهية للدريني، ٣٧٧

ثانيًا: أقسام العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته؛ أي: باعتبار اتصال آثاره بصيغته والمراد بحكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية تترتب عليه، فحكم البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع.

والعقود ليست سواء في اتصال آثارها بها، فمنها ما يترتب عليها آثارها فور انعقادها وهي العقود المنجزة، ومنها ما تترتب عليها آثارها في زمن لاحق وهي المضافة إلى المستقبل، ومنها ما قد لا تترتب عليه آثارها مطلقًا لأنها عُلقت على شرط، وقد لا يوجد هذا الشرط وهي العقود المعلقة على شرط.

١-العقود المنجزة

العقد المنجز هو ما تكفي صيغته لانعقاده وترتب آثاره عليه في الحال، وهذا في العقود التي لا يحتاج في تمامها إلى قبض المعقود عليه كعقد البيع، أما العقود التي تحتاج إلى قبض المعقود عليه كالهبة فلا تكفي الصيغة بل لابد من قبض المعقود عليه كالهبة ونحوها، والعقد قبل القبض صحيح لكنه غير تام، وهناك عقود لا تصح بدون قبض كالصرف فلا بد فيه من قبض البدلين في مجلس العقد.

٢-العقود المضافة إلى المستقبل:

العقد المضاف إلى المستقبل هو العقد الذي تدل صيغته على إنشائه من حين صدور هذه الصيغة، لكن آثاره لا تترتب إلا في زمن مستقبل عيّنه العاقدان في العقد، كما لو قال: أجرتك داري في ابتداء الشهر القادم.

والعقود من حيث قبولها الإضافة وعدم قبولها تنقسم إلى ما يأتي:

أ-عقود بطبيعتها لا تنعقد إلا مضافة إلى المستقبل: وهي الوصية والإيصاء^(١).

(١) الوصية: تملك مال بعد الموت لجهة ما، أما الإيصاء فهو أن يعهد إنسان لشخص بأن يدير أموال أولاده بعد وفاته.

ب- عقود لا تقبل الإضافة: وهي عقود التمليكات التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع والصلح على مال والهبة والشركة والزواج، وسبب عدم قبولها الإضافة للمستقبل أن هذه العقود جعلها الشرع أسباباً مفضية إلى آثارها في الحال، فتأخير هذه الآثار لا يتفق وأصل وضعها الشرعي.

ج- عقود تقبل الإضافة إلى المستقبل: فيصح إيقاعها منجزة ويصح إيقاعها مضافة إلى المستقبل ومنها عقد الإجارة والعارية، وإنما جازت الإضافة في هذه العقود لأنها ترد على المنفعة وهي توجد آنأ بعد آن فإضافتها لا تنافي أصل وضعها.

٣- العقود المعلقة:

العقد المعلق بالشرط هو الذي عُلّق وجوده على وجود شيء آخر، فإذا وجد الشرط وجد العقد، كما لو قال لآخر: إن سافرت خارج القطر فأنت وكيل في بيع داري.

والعقود من حيث قابليتها للتعليق وعدمه على أنواع:

أ- عقود لا تقبل التعليق: وهي عقود التمليكات كالبيع والإجارة والقرض والهبة، وإنما لم يجز التعليق في هذه العقود لأن الشأن في المعلق عليه أنه قد يوجد وقد لا يوجد، ما يجعل هذه العقود متزدة بين الوجود والعدم، وأيضاً فإن عقود التمليكات يجب أن تكون جازمة حتى يتحقق الرضا، والرضا قد يزول عند تحقق الشرط فينقصد العقد دون رضا وهو غير جائز، فلا يصح أن يقول: بعثك هذه الدار إذا اشتريت دار جاري، أما عدم جواز تعليق الزواج فلخطورته ولضرورة سلامة ابتناؤه ووضوح الأمر ابتداءً، فلا يصح أن يقال: تزوجتك إن رضي أهلي أو إن قدم فلان من سفره.

ب- عقود تقبل التعليق بكل شرط: كالوكالة والوصية والإيصاء والإسقاطات، وسبب جواز تعليق هذه العقود أن هذا التعليق في بعض هذه العقود لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين؛ ولأن بعضها كالطلاق إسقاط لما يملكه الشخص بمحض إرادته

فصح تعليقه على أمر مستقبل، كما لو قال الزوج: إن سرقت فأنت طالق، فالطلاق يقع إذا وقع الشرط بأن سرقت المرأة.

والوكالة لا تفيد آثارها وقت صدورها بل تحدث هذه الآثار حين مباشرة الوكالة آنًا بعد آن، والوصية والإيصاء لا يترتب عليهما أثر إلا بعد وفاة الموصي، فهما معلقان على شرط الوفاة فصح تعليقهما على شيء آخر غير وفاة الموصي، ولا ضرر في ذلك على أحد العاقلين.

ج- عقود وسط بين النوعين السابقين فهي تقبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطًا مناسبًا أي: ملائمًا للعقد، ومن هذه العقود الكفالة والحوالة، والشرط الملائم هو مناسبًا لمقتضى العقد بحسب الشرع أو العرف والعادة، فيصح أن تقول للمشتري: إن استُحق^(١) المبيع فأنا كفيل بتمنه، ويصح أن تقول لآخر: إن أقرضت فلانًا فأنا كفيل بهذا الدين، وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق، كما لو قال شخص لآخر: إذا أمطرت السماء فأنا كفيلك بما لك من دين على فلان، أو قوله: إذا نجح ابني في الامتحان فقد أحلّتك بالدين الذي لك عليّ على فلان، فالتعليق في هذه العقود مفسد للعقد لأنه لا يظهر فيه قصد سليم فهو كالهزل فلا يصح العقد به^(٢).

ثالثًا: أقسام العقد باعتبار نوع آثاره

لكل عقد آثارٌ تترتب عليه هي غرض العاقلين من إنشاء العقد، فعقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع، وعلى هذا الأساس تتنوع العقود إلى مجموعات وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض فيندرج تحت أكثر من مجموعة، ونذكر فيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات:

(١) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير، كما لو اشترى سلعة فتيبين أنها مسروقة.

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٥١-٣٥٦

- ١- عقود التمليكات: وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض أو بغير عوض، فالتى بعوض هي عقود المعاوضات، التى بغير عِوض هي عقود التبرعات، فمن الأولى البيع والسلم (السلف) والإجارة والمضاربة، فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من الجانبين؛ أى: من طرفي العقد، ومن عقود التبرعات الهبة والإعارة والوصية والصدقة، وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة وإنما فيها تبرع من جانب واحد.
- ٢- الإسقاطات: ويراد بها إسقاط ما للإنسان من حق، وقد يكون الإسقاط بلا بدل كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص بلا بدل، وإبراء الدائن مدينه من الدين، وإن كانت بعوض فهي إسقاطات فيها معنى المعاوضة، كالطلاق على مال، والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني.
- ٣- عقود التفويض والإطلاق: وهي التى تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده فى التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل هذا التفويض كالوكالة والإيصاء.
- ٤- التقييدات: وهي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحاً من قبل، مثل عزل الوكيل وناظر الوقف وعزل القضاة والأوصياء والحجر على المأذون له بالتجارة.
- ٥- عقود التوثيقات أو التأمينات: وهي التى يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه ومنها الكفالة والوكالة والرهن.
- ٦- عقود الشركات وهي التى يكون الغرض منها الاشتراك فى العمل والربح، ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة.
- ٧- عقود الحفظ وهي التى يقصد بها حفظ المال كعقد الوديعة، فإن المودع يضع ماله عند المودع لديه لغرض حفظ ماله^(١).

(١) المدخل، زيدان ٣٥٦-٣٥٨

المطلب السادس: الخيارات

الخيارات جمع خيار وهو طلب خير الأمرين من الأمور، ومع الخيار يراد أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه، والحكمة في وجود الخيارات التأكد من رضا العاقدين في إنشاء العقد، وهذه الخيارات منها ما ورد النص الشرعي بها كخيار الرؤية والعيب، ومنها ما لا يثبت من غير اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التعيين. ونتكلم على أهم هذه الخيارات.

أولاً: خيار الشرط

تعريفه: هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك في العقد. ويثبت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له، كما لو قال البائع: بعثك السيارة ولك الخيار ثلاثة أيام، فسبب وجود هذا الخيار اشتراطه في العقد ولهذا سمي خيار الشرط؛ أي: الذي سببه الشرط. ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل عند بعض الفقهاء، ويجوز أن تكون أكثر من ثلاثة أيام عند بعضهم.

العقود التي يجري فيها خيار الشرط

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإجارة، ولا يجوز في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع، وكذا في الإيقاعات كالطلاق، ولا تجري في العقود غير اللازمة والوديعة والعارية.

أثر الخيار في العقد

إن وجود الخيار في العقد يجعل حكم العقد غير لازم في حق من ثبت له الخيار فله أن يمضيه أو يفسخه، ويكون الإمضاء بالقول أو بالفعل الدال على إبقاء العقد أو إلغائه، وكذلك إذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فيكون العقد لازماً للطرفين.

انتهاء خيار الشرط

ينتهي خيار الشرط بأمر منها:

- ١- إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار.
- ٢- مضي مدة الخيار بلا إمضاء أو فسخ.
- ٣- تعيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له؛ لأن فسخ العقد يقتضي رد محل العقد إلى صاحبه، ومع تعيُّبه أو هلاكه يمتنع الرد فيلزم العقد.
- ٤- موت مَنْ له الخيار وهذا عند الحنفية والحنابلة؛ لأن خيار الشرط رغبة ومشية والرغبات الشخصية لا تورث، وذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية إلى أن خيار الشرط يورث لأنه حق متعلق بالمال فيورث كما تورث الأموال^(١).

ثانيًا: خيار التعيين

يَرِدُ هذا الخيار على عقود المعاوضات التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع، ومعناه أن يكون لأحد المتعاقدين حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها ليكون هذا المعين هو محلَّ العقد، كما لو قال شخص لآخر: بعثك أحد هذين الثوبين بثمنه - ويعين البائع ثمن كل ثوب - على أن تعين ما تريد شراءه في مدة يومين، فيقول الآخر: قبلت، فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد الثوبين وجعله محلًّا للعقد بالثمن المعين له.

واختلف الفقهاء في مدى مشروعية هذا الشرط، فأغلب الفقهاء لم يجزوه لجهالة محل العقد، وأجازته الحنفية لأن الناس تحتاج إلى مثل هذا الخيار وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين، ولا يؤدي إلى جهالة المحل قبل التعيين إلى أي نزاع؛ لتعيين ثمن كل واحد من هذه الأشياء، ويجوز اشتراط هذا الشرط للمشتري بلا خلاف بين القائلين به، ويجوز اشتراطه للبائع على رأي البعض، وأكثر الفقهاء يمنع ذلك^(٢).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٥٩-٣٦٢

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٢-٣٦٣

شروط صحة خيار التعيين:

- ١- أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة لا أكثر لأن الحاجة تندفع بذلك.
- ٢- أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها، والتفاوت يثبت في الأموال القيمة -وهي التي لا يوجد مثلها في الأسواق وتتفاوت أفرادها تفاوتاً كبيراً كالغنم والسيارات المستعملة- وكذلك في الأموال المثلية -وهي الأموال التي يوجد مثلها في السوق ولا تتفاوت أفرادها كالسكر والأرز والحوالات والسيارات الجديدة- إذا اختلف الجنس.
- ٣- أن تكون أثمان الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين معينة؛ أي: يذكر ثمن كل واحد من الأشياء، فإذا لم تعين أثمانها فسد العقد.
- ٤- أن تكون مدة الخيار معلومة وهي عند أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام، وعند الصاحبين أبي يوسف ومحمد يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان^(١).

مسقطات خيار التعيين:

يسقط خيار التعيين بالاختيار بأن يقوم المشتري بتعيين الشيء الذي يريده صراحة كأن يقول: رضيت بهذا الشيء، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على رضاه به، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفعت واحدة منهن إلى الخياط ليخيطها، وكذلك يسقط الخيار بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من قبل المشتري فيتعين الهالك محلاً للعقد بثمنه المحدد له، وكذلك إذا تعيَّب أحد هذه الأشياء بعيب يمنع رده فإنه يتعين محلاً للعقد أيضاً^(٢).

وراثه خيار التعيين:

إذا مات مَنْ له هذا الخيار قبل التعيين قام وارثه مقامه في هذا الخيار لأنه يورث، ولأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفعت ثمنه من التركة^(٣).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٣

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٣

(٣) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٤

ثالثاً: خيار الرؤية

تعريفه: هو حق يثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد، إذا لم يكن رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه.

وسبب ثبوت هذا الخيار عدم رؤية العاقد محلّ العقد، ويبقى هذا الحق قائماً ولو وصف محل العقد من قبل العاقد الآخر، لأن الوصف مهما كان دقيقاً فلن يبلغ العلم به عن طريق رؤيته.

معنى الرؤية وما تتحقق به

المراد بالرؤية هنا إدراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله، ويتم ذلك بإحدى حواس الإنسان، وكل شيء يدرك بما يناسبه فالعطور تعرف بالشم، والأطعمة بالذوق، والقماش بالبصر واللمس، والحيوان بالبصر والشم، وأجهزة الصوت بالسمع، ولا يشترط رؤية جميع المحل إذا كانت رؤية البعض تغني عن رؤية البقية، ويكون ذلك في الأموال التي لا تتفاوت أجزاؤها فتكفي رؤية النموذج عن رؤية الكل، كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والقماش المصنوع من مادة واحدة في معمل واحد^(١).

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية في العقود الآتية:

- ١- في البيع إذا كان المبيع عيناً مشخصة فيثبت خيار الرؤية للمشتري، وكذلك يثبت للبائع إذا كان الثمن عيناً مشخصة كعقود المقايضة كبيع سيارة بمنزل.
- ٢- في الإجارة فمن استأجر عيناً لم يرها فله الخيار بين فسخ العقد وإمضائه عند رؤيتها.
- ٣- قسمة الأعيان القيمة فإذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار إذا رآه.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٤-٣٦٥

٤- الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح فإذا رآها كان له الخيار، لأن الصلح بمعنى البيع^(١).

أثر خيار الرؤية في العقد:

إن ثبوت خيار الرؤية في العقد يجعله عقدًا غير لازم ويبقى العقد نافذًا معه، ويصير لازمًا إما بالرضا قولًا - كأن يقول: رضيت أو أمضيت العقد- أو فعلًا كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته، أما رضاه قبل الرؤية بإمضاء العقد فلا يجعل العقد لازمًا له ولا مسقطًا لخيار الرؤية حتى لو قال: تنازلت عن خيار الرؤية؛ لأن التنازل عنه إسقاط للحق قبل وجوده، وكذلك لو اشترط في العقد نفيه بأن قال المشتري: قبلت المبيع بثمنه على أنه ليس لي خيار الرؤية، لم يلزمه ذلك وله خيار الرؤية لأنه ثبت بحكم الشرع، ولا يفهم من هذا أن من له الخيار لا يملك فسخ العقد قبل رؤية المحل، فإن حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية، وإنما على أساس أن العقد غير لازم له.

والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي، وإنما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعًا للضرر عنه؛ إذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد معه فلا يطلب لسعته مشتريًا آخر.

مسقطات خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي:

١- الرضا بالعقد صراحة ممن له الخيار - كقوله: رضيت - أو دلالة كقبض المعقود عليه بعد رؤيته.

٢- تصرف الممتلك بالمحل كبيعه ورهنه وإجارته وهبته مع التسليم أو بدونه وانتفاعه به وعرضه للبيع.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٥

٣- تعيب المحل في يد ممتلكه، فإنه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلّمه سليماً؛ لأنه لا يجوز دفع الضرر عن الممتلك بإضرار المالك.

٤- تعذر رد المحل كاملاً إلى صاحبه لهلاك بعضه، أو تعيب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح؛ لأن خيار الرؤية لا يتجزأ فإما أن يقبل الكل أو يرد الكل، فإذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد.

٥- موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الإمضاء، فإذا توفي سقط الخيار ولزم العقد، ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة لأن خيار الرؤية كخيار الشرط إرادة ومشية وهي لا تورث^(١).

رابعاً: خيار العيب

تعريفه والعقود التي يثبت فيها:

خيار العيب هو حق الممتلك في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملكه. وهذا الخيار يثبت إذا كان المعقود عليه معيناً بشخصه كما في خيار الرؤية، فإذا كان معيناً بأوصافه كما في المبيع في السلم (السلف) فلا يثبت فيه خيار العيب لأن تحققه يكون بتحقيق أوصافه، فإذا لم تتحقق لم يكن محلاً للعقد، فيثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية، وهي البيع والإجارة والقسمة وبدل الصلح^(٢).

العيب الذي يثبت فيه الخيار:

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصاً في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه، أو الذي تقتضي الخبرة السليمة أن يكون المعقود عليه خالياً منه، أو الذي يفوّت الغرض المقصود منه وكان ذلك يوجب نقصاناً في قيمته، بحيث لو علم المشتري بهذا العيب لما أقدم على تملكه بهذا الثمن، فالكسر في الإناء ونقص

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٧-٣٦٨

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٩

صفحات الكتاب والتلاعب بعداد السيارة الذي يحدد المسلفة المقطوعة يعدُّ عيباً في المعقود عليه يثبت به الخيار^(١).

سبب خيار العيب:

سبب خيار العيب هو وجود العيب، وإنما كان سبباً للخيار لأن سلامة المعقود عليه من العيوب أمر مقصود للعائد ووصف مرغوب فيه عادة، حتى يحصل للعائد الانتفاع بالمعقود عليه على الوجه الأكمل، فكأن سلامة المحل قد شرطت في العقد، فإذا فات هذا الشرط انعدم رضا العائد ولحقه الضرر.

ولا يحتاج ثبوت هذا الخيار إلى اشتراط في العقد لأنه يثبت بحكم الشرع فلا يحتاج إلى اشتراطه^(٢).

شروط ثبوت خيار العيب:

أولاً: حدوث العيب في محل العقد قبل أن يتسلمه المشتري، سواء حدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم، فإذا حدث العيب بعد قبض المبيع فلا يثبت الخيار لأن المبيع وصل إليه المأ وهذا مقتضى العقد.

ثانياً: ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد، وألا يرضى به بعد علمه به، وألا يزول هذا العيب قبل أن يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد.

ثالثاً: ألا يكون البائع قد اشترط براءته من العيوب^(٣) فإن اشترط ذلك ورضي المشتري بذلك، ثم ظهر عيب في المعقود عليه لم يترتب عليه خيار^(٤).

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٩

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٦٩-٣٧٠

(٣) ويعبر البائع عن عدم مسؤوليته عن أي شيء في السلعة اليوم بقوله: بعثك على البحر - السيارة كومة حديد - البيت كومة تراب، ويكون السعر عادة أرخص من السعر الطبيعي للسلعة.

(٤) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٧٠

أثر خيار العيب في العقد:

خيار العيب يجعل العقد غير لازم في حق من ثبت له الخيار، فيكون له الحق في فسخ العقد أو إمضاءه ما دام الفسخ ممكناً، وله الفسخ دون توقف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ بحضور العاقد الآخر، فإن لم يكن حاضراً اشترط علمه بالفسخ، وإذا كان الفسخ بعد القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر أو قضاء القاضي عند رفضه، والسبب في اشتراط رضاه في هذه الحالة هو تأكيد العقد بالقبض، ولأنه يمكن أن ينازعه في ثبوت العيب فيتحتم الفصل، والحكم بالفسخ من قبل القضاء.

ويلاحظ أن المشتري لا يستطيع إمساك المعقود عليه والاحتفاظ به وإلزام البائع بإنقاص الثمن بسبب العيب، إلا إذا رضي البائع بذلك فيكون خطأً لجزء من الثمن، ويعللون ذلك بأن العيب نقص في أوصاف المبيع والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأنها تابعة، فلا يلزم البائع بنقص الثمن إذا فات شيء منها، ولأنه لو ألزم بذلك لكان فيه ضرر على البائع بإخراج ملكه بثمن لم يرضه والضرر لا يجوز، وإن كان فيه إزالة ضرر عن المشتري لأن الضرر لا يزول بمثله، ولهذا كان الحكم إما فسخ العقد ورد المبيع إلى صاحبه واسترداد الثمن منه، وإما إمضاء العقد على حالته إلا إذا تراضيا على الحط من الثمن^(١).

سقوط خيار العيب

يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار صراحة كان هذا الرضا أو دلالة، فيصير العقد لازماً ولا يمكن فسخه إلا بتراضيهما. والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله: رضيت أو أجزت، والرضا دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم. وكذلك يسقط بالإسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح، وكذا بإبراء الممتلك للمملك من العيب لأن الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يستمر فيه أو يسقطه.

(١) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٣٨٢-٣٨٢ والمدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٧١

ثانيًا: إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار وكذلك إذ هلك، أو إذا تغير تغيرًا تامًا كما لو كان قمحًا فطحنه أو دقيقًا فعجنه.

ثالثًا: زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان والثمر من الشجر، إذا حصلت هذه الزيادة بعد القبض.

وإنما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الأولى؛ لأن الزيادة لا يمكن فصلها عن المعقود عليه، وفي الفسخ يرد محل العقد فقط وهذا لا يمكن فيمتنع الفسخ، وفي الصورة الثانية إن كان رد المعقود عليه عند فسخ العقد مع الزيادة كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز، وإن أبقاها الممتلك له كانت بدون عوض أيضًا وهذا لا يجوز^(١).

الرجوع بنقصان العيب:

إذا امتنع فسخ العقد ورد المعقود عليه بسقوط خيار العيب، فإن الممتلك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب، فيكون له هذا الرجوع إذا هلك المعقود عليه أو تعيب بغير فعله، سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله.

وكذلك إذا تعيب بفعله كما لو كان قماشًا فقطعه ليخيطه، أو استهلكه كما لو كان طعامًا فأكله، بشرط ألا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب، فإن كان عالماً بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان، وكذلك يرجع بالنقصان في حال الزيادة المانعة من الفسخ على ما ذكرنا.

ولا يكون للممتلك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المعقود عليه بما يخرج منه ملكه ولا عند رضاه بالعيب.

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المعقود عليه سليمًا من العيب وقت العقد ومعيبًا وقته، ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب إلى قيمته سليمًا وبقدر هذه النسبة

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٧٢

ينقص الثمن، فلو قوّم المعقود عليه سليماً بألف ومعيّاً بـ ٨٠٠ فالفرق ٢٠٠ وهي تشكل خُمس الألف، فإذا كان المعقود عليه بـ ٦٠٠ رجع على المملك بخُمسها أي: ١٢٠^(١).

وراثه خيار العيب:

يورث خيار العيب إذا مات مَنْ له الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو إمضاءه ويقوم وارثه مقامه في ذلك باتفاق الفقهاء^(٢).

المطلب السابع: انتهاء العقد:

ينتهي العقد إما بالفسخ أو بالموت أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف، وانتهاء العقد بالفسخ له حالات، وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود.

انتهاء العقد بالفسخ:

فسخ العقد: قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة، وهو الفسخ بالمعنى الشائع. والفسخ في العقود غير اللازمة واضح، تقرره طبيعة العقد ذاته، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد، وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات وهي:

١- الفسخ بسبب فساد العقد: إذا وقع العقد فاسداً كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة، وجب فسخه إما من طريق العاقدين، أو من طريق القاضي، إلا إذا وُجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه، وحينئذ يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.

(١) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٧٣

(٢) المدخل لدراسة الشريعة، لزيدان ٣٧٣

٢- بسبب الخيار: يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمحض إرادته، إلا في خيار العيب بعد القبض عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

٣- بالإقالة: الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد.

٤- الفسخ بسبب عدم التنفيذ: يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد، ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة قاهرة أو ظروف طارئة) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم، وفي عقد الإجارة في حالة طرء أعذار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة عند الحنفية، كإفلاس المستأجر، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة، وهجرة أهل القرية أو المحلة بسبب العمليات الحربية.

٥- الفسخ لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه: يفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد، وذلك كاتتهاء مدة عقد الإيجار المعينة، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكلة بها. انتهاء العقد بالموت:

وتنتهي بعض العقود بموت أحد العاقلين، منها ما يأتي:

١- الإجارة: تنتهي الإجارة عند الحنفية بموت أحد العاقلين، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين وقال الجمهور: لا تنتهي بموت أحد العاقلين.

٢- الرهن والكفالة: هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن المرتهن أو المكفول له، فإذا مات الراهن بيع الرهن بواسطة وصيه وقضي منه دينه إن كان ورثته صغاراً. فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال، وكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين. وأما الكفالة: فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين الأصيل، وإنما تنتهي بأحد أمرين: أداء الدين إلى الدائن أو الإبراء عنه.

٣- الشركة والوكالة: هما من العقود غير اللازمة من الجانبين وينتهيان بالموت، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم. وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه أم لم يعلم.

انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف:

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن، ولا تصح الإجازة إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة، وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهد عن نفسه^(١).

المبحث الثاني

الملكية في الفقه الإسلامي

الملك: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد. واصطلاحاً: هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنياية من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة^(٢).

المطلب الأول: أسباب الملك:

إن أسباب الملك ثلاثة:

١- مثبت للملك من أصله وهو الاستيلاء على المباح.

٢- وناقل بالبيع والهبة ونحوهما.

٣- وخلافة كملك الوارث^(٣).

وذكر ابن نجيم في الأشباه أن أسباب الملك هي:

المعاوضات المالية، والمهور، والخلع، والميراث، والهبات، والصدقات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والاستيلاء على المباح، وإحياء الأرض الموات، وتملك اللقطة بشرطه،

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق ٤/٣١٣٢-٣١٣٦

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مصطلح ملك ٣٩/٣١-٣٢

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٤٥

ودية القتل يملكها أولاً ثم تنتقل إلى الورثة، والغاصب إذا فعل بالمغصوب شيئاً أزال به اسمه، وإذا خلط المثلي بمثلي بحيث لا يتميز ملكه^(١).

المطلب الثاني: أقسام الملك باعتبار حقيقته:

٤ - ينقسم الملك باعتبار حقيقته إلى ملك تام وملك ناقص.

والمملك التام: هو ملك الرقبة والمنفعة، والمملك الناقص: هو ملك الرقبة فقط، أو المنفعة فقط، أو الانتفاع فقط. فإذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته فإن الملكية في حق الموصى له تعد ملكية ناقصة؛ لأنه لا يملك إلا حق المنفعة أما الرقبة فتكون لورثة الموصي. وإذا أوصى المالك لشخص برقبة العين دن المنفعة فإن الموصى له بالرقبة يملك الرقبة وحدها دون الانتفاع، وينتظر زوال مدة الانتفاع الموصى بها لغيره، فإذا انتهت المدة عادت إليه ملكية المنفعة فصار مالكا للرقبة والمنفعة.

فالمملك الناقص له صورتان: إما ملك الرقبة فقط أو ملك الانتفاع من غير الرقبة. ويلاحظ أن ملك الانتفاع وحده دون ملك الرقبة يشمل نوعين: حق الانتفاع وحق المنفعة.

١- فحق الانتفاع هو الإذن للشخص أن يباشر الانتفاع بنفسه فقط، كالجلوس في الأماكن العامة فتجلس بنفسك ولا تؤجر غيرك.

٢- أما ملك المنفعة فهو أن يكون للشخص الحق في أن يباشر الانتفاع بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع، سواء بعوض كالإجارة أو بدون عوض كالإعارة^(٢)، ففي الشريعة

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٩٩ والمثلي هو ما يوجد له مثل في السوق ولا تتفاوت أفرادها تفاوتاً فاحشاً ويكون من المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة كالأرز والزيت والسيارات الجديدة والحواسيب والهواتف الجديدة، أما القيمي فهو ما تتفاوت أفرادها ولا يوجد له مثل في السوق كالسيارات المستعملة ورؤوس الماشية والهواتف والحواسيب المستعملة.

(٢) المدخل لدراسة التشريع: للصابوني، ١٠٥-١٠٦

الإسلامية من استأجر دارًا يحق له أن يؤجرها لغيره وتسمى الإجارة من الباطن لكن القانون منع ذلك.

المطلب الثالث: الفروق الجوهرية بين الملك التام والملك الناقص:

يمكن تلخيص الفروق الجوهرية بين الملك التام والملك الناقص فيما يأتي:

أولاً: أن لصاحب الملك التام الحق في إنشاء جميع التصرفات المشروعة من عقود ناقلة للملك التام أو الناقص، فهو حرّ التصرف في حدود عدم مخالفة الشرع، أما صاحب الملك الناقص فليس له الحق في كل التصرفات، وإنما هو مقيد في حدود الانتفاع بالمنفعة فقط، لأنه لا يملك الرقبة والمنفعة معاً.

ثانياً: تأييد الملك التام: فالملك التام دائم ومستمر لا ينتهي إلا بسبب مشروع قاطع ولا يجوز تأقيته، ولذلك لا يجوز تأقيت العقود الناقلة للملك التام كالبيع، فلا يجوز أن يقال: بعثك هذه الدار لمدة سنة، إلا إذا قصد بها الإجارة فيحمل عليها لقاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وأما الملك الناقص فالعقود الواردة على المنافع فيها لا بد من تأقيتها، مثل الإجارة والإعارة ونحوها، فهي تقبل التقييد بالزمان والمكان ونوع الانتفاع.

UNIVERSITY OF ALQADISIYA

خصائص الملك التام:

- ١- القدرة على التصرف في ذات العين المملوكة بيعاً وهبةً ووصيةً ووقفاً...
- ٢- لصاحبه حق الانتفاع بالعين على أي وجه أراد كالإعارة والإجارة والسكنى والزراعة...
- ٣- تنتهي الملكية التامة بانتقالها إلى غير المالك بتصرف شرعي كعقد ناقل للملكية أو بالميراث أو بالهلاك أو بالوصية.

٤- إن الملكية التامة لا تتقيد بزمن محدود ولا تقبل التقييد أصلاً^(١).

(١) المدخل لدراسة التشريع، عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة حلب ١٠٣/٢-١٠٤

خصائص الملك الناقص:

١- للمنتفع في ملك المنفعة حق متعلق بالعين ولكن العين ملك لغيره وإنما استفاد هو هذا الحق من مالك العين، ولذلك كان المنتفع مطالباً بالمحافظة على العين المنتفع بها ويضمن المنتفع إذا هلكت بتعدُّ منه أو تقصير.

٢- ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع وفي زمان ومكان الانتفاع، وهو يخالف الملك التام الذي لا يقبل التقييد بالشروط.

٣- إن ملك المنفعة لا يورث بل ينتهي بوفاة المالك ولا ينتقل لورثته، وهو بهذا يخالف الملك التام فإنهما يورثان، وقال الشافعي: إن ملك المنفعة يورث فلا يفسخ عنده عقد الإجارة بالوفاة.

٤- إذا كان انتفاع الإنسان بالعين مجانياً كالإعارة وجب على المنتفع أن ينفق عليها متى احتاجت إلى نفقة.

٥- متى استوفى صاحب المنفعة هذه المنفعة وجب عليه تسليم العين إلى مالكها، إلا إذا ترتب على تسليمها ضرر، كما لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية والزرع لم يُستحصَد بعد فيمدد عقد الإجارة إلى الحصاد مع دفع أجر المثل^(١).

المطلب الرابع: أقسام الملك باعتبار سببه:

ينقسم الملك باعتبار سببه إلى ملك اختياري وملك جبري.

فالملك الجبري يكون في الميراث ومنافع الوقف.

والملك الاختياري يحصل بالاختيار وهو على قسمين:

أحدهما: بالأقوال ويكون في المعاوضات كالبيع، وفي غيرها كالهبات والوصايا، والوقف إذا اشترطنا القبول.

والثاني: يحصل بالأفعال كتناول المباحات كالاصطياد وإحياء الأراضي الموات.

(١) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي مصر، ٧٤

الفروق بين الملك الجبري والاختياري:

١- أن الملك الاختياري يُملك بالعوض المعين أو بما في الذمة، ولا يتوقف على أداء الثمن بلا خلاف، وأما الجبري كالأخذ بالشفعة فلا يملك حتى يقبض المشتري الثمن أو يحكم به القاضي.

٢- أن التملك الاختياري يشترط فيه الرؤية اتفاقاً، أما الملك الجبري فهناك خلاف حول الرؤية - كما في الشفعة، يؤخذ الشقص^(١) الذي لم يره - على قولين.

٣- أنه يغتفر في الملك الجبري ما لا يغتفر في الاختياري، كالرد بالعيب، وكذا الصيد في حق المحرم بحج أو عمرة، ولا يملك ذلك كله بالاختيار. واختلف العلماء هل الأسباب الفعلية أقوى أم القولية أقوى؟ فقليل: الفعلية أقوى، وقيل: القولية أقوى.

وقد بين القرافي الفرق بين السببين فقال: الأسباب الفعلية تصح من السفية المحجور عليه دون القولية، فالمحجور عليه يملك الصيد بالاصطياد، والأرض بالإحياء، في حين لا يملك إنشاء عقود البيع والهبة ونحوهما، وذلك لأن الأسباب الفعلية تعود بالنفع عليه، أما الأسباب القولية فإنها موضع المماكسة والمغابنة، فقد تعود عليه بالضرر، كما أن فيها طرفاً آخر ينازعه ويجاذبه إلى الغبن، وهو ضعيف العقل، فلا يستطيع تحقيق مصلحته.

المطلب الخامس: أقسام الملك باعتبار السقوط وعدمه:

ينقسم الملك - باعتبار احتمال سقوطه وعدمه - إلى نوعين هما:

١- الملك المستقر الذي لا يحتمل السقوط بتلف المحل، أو تلف مقابله كثمن المبيع بعد القبض، والمهر بعد الدخول.

٢- والملك غير المستقر الذي يحتمل ذلك كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، والثمن قبل قبض المبيع^(١).

(١) الشقص - بالكسر - القطعة من الأرض والطائفة من الشيء كما في مختار الصحاح

الخاتمة

وبعد فهذه لمحة موجزة عن الشريعة الإسلامية لغير المتخصصين، عرضت بأسلوب ميسر وبعبارة تناسب طالب المرحلة الجامعية الأولى، لعلها تكون إضاءات على أبرز ملامح التشريع الإسلامي، ببيان مصادره والأدوار التي مر فيها من زمن النبي ﷺ حتى الوقت الحاضر، وبيان جملة من قواعده ونظرياته، كل هذا بشكل موجز ليطلع الطالب على مدى سعة الشريعة الإسلامية وشمولها، والاستفادة منها في عمله في المحاكم محامياً كان أو قاضياً، حيث ترتبط الشريعة الإسلامية بالمحاكم الشرعية كون مرجعية قانون الأحوال الشخصية هي الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، كذلك في القانون المدني فيرجع فيه للشريعة الإسلامية في كل ما لم ينص عليه القانون، وإذا كان الطالب يدرس القانون الروماني الذي لا تربطه به أية رابطة فأولى به أن يدرس الشريعة الإسلامية لصلتها الوثيقة بالمجتمع السوري.

والحمد لله رب العالمين

تم بعونه تعالى

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مصطلح ملك ٣٩/٣٣ وما بعدها



أهم المصادر والمراجع

- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ التُّعْمَانِ زَيْن الدِّين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م
- أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، حمد عبيد الكبيسي، دار السلام، دمشق
- أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - مصر
- علم أصول الفقه، عبد الوهاب خالاف، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي
- المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)
- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية
- الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م

- تاريخ التشريع الإسلامي، محمد الخضري، ط ١، عام ٢٠٠٦ دار التوزيع والنشر الإسلامية - القاهرة
- تاريخ الفقه الإسلامي، د. بديع السيد اللحام، منشورات جامعة دمشق ١٤٤٠هـ - ٢١٩م
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ
- الجامع الكبير، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق: بشار عواد معروف - دار الغرب الإسلامي - بيروت عام ١٩٩٨ م
- تيسير التحرير، لمحمد أمين البخاري المعروف بأمر بادشاه، دار الفكر - بيروت.
- مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، أبو محمد عبد الله الدارمي، التميمي السمرقندي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ - ٢٠٠٠
- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة: الثانية، ١٤٠٣ هـ
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني المحقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م
- شرح التلويح على التوضيح سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني مكتبة صبيح بمصر
- شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م
- شرح تنقيح الفصول، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١ عام ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م

- علي بن أبي طالب، لعبد الستار الشيخ، ط ١ عام ٢٠١٥، دمشق: دار القلم.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق
- القواعد الفقهية الكلية، د. أحمد الحجي الكردي، ط ١ عام ٢٠١٧ مركز الراسخون ودار الظاهرية- الكويت
- المبسوط محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م
- متن أبي شجاع المسمى الغاية والتقريب، أحمد بن الحسين ، أبو شجاع، الأصفهاني، عالم الكتب.
- مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي
- المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، علي جمعة، دار السلام- القاهرة، الطبعة: الثانية - ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م
- المدخل لدراسة التشريع، عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة حلب.
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة ناشرون ط ١ عام ٢٠٠٥م، ٨٨-٨٩
- مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف المصري، مؤسسة الرسالة ط ١ عام ١٩٩٣م ٨٣
- المدخل، د. علي جمعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط ١، عام ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت
- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني دار الحرمين - القاهرة

- المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبي القاسم الطبراني، تحقيق: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د. سعد بن عبد الله الحميد و د. خالد بن عبد الرحمن الجريسي
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة.
- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي مصر.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ) الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت ..الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر ..الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة
- الموطأ، مالك بن أنس الأصبحي المدني، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م
- النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، مطبوعات جامعة دمشق، ط ٨، عام ٢٠٠٦م
- الهداية في شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان

دقق الكتاب علمياً:

الدكتور الدكتور الدكتور
أ.د. علي عكام أ.د. محمد ربيع صباهي أ.د. مصطفى أحمد

دقق الكتاب لغوياً:

الدكتور
محمد زكريا ياسوف

حقوق الطبع والنشر والترجمة محفوظة
لمديرية الكتب والمطبوعات الجامعية