محـاضـرات في القـواعـد الفقهيـة

د. مختـــار قـــوادري

مقدمة

هذه المطبوعة حول القواعد الفقهية موجهة لطلاب كلية الحقوق تخصص قانون خاص في مرحلة الليسانس قبل إلغائها بعد توحيد البرنامج على المستوى الوطني، وموجهة لطلاب الحقوق ليسانس السداسي الثاني باعتبارها جزءا أساسيا في دراسة مقياس المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية. كما يمكن لطلاب الشريعة والقانون أن يستفيدوا من دراستها.

لئن كانت القواعد الفقهية هي وليدة الفقه الإسلامي، فقد درج فقه القانون على تناولها، خصوصا في فقه القانون المدني، خصوصا ما يرتبط بتنفيذ العقود وتكييفها وتفسيرها؛ مثل قاعدة لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان، أو العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. وذلك مثلما عني فقه الشريعة الإسلامية بدراسة النظريات الفقهية التي هي من وحي فقه القانون الوضعي الحديث؛ مل نظرية الملكة ونظرية العقد.

ولقد ركزت في دراستي للقواعد الفقهية الكلية وما تفرع عنها من قواعد وتطبيقات على المعاملات؛ لأنها تتناسب والدراسات القانونية، متناسين القواعد الفقهية الكلية الخاصة بالعبادات- ماعدا الزكاة التي لها معنى الضريبة المتعدي نفعها المادي للغير-؛ لانتفاء العلة المذكورة.

تعريف القواعد الفقهية

أولا: القاعدة في اللغة الأساس؛ وعليه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾[سورة البقرة: 127/2]. وكل قاعدة هي أصل للتي فوقها.

ثانيا: تعريف القاعدة اصطلاح الفقهاء:

1- "القاعدة بالعين المهملة هي في اصطلاح العلماء يطلق على معان: مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابطة والمقصد. وعرّف بأنّها أمر كلّى منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه".

2- وقريب من ذلك ورد بأنها "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"، أو "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته".

والمراد بالقاعدة الكلية القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى، وإن خرج منها بعض الأفراد.

3-وبناء عليه، قال البعض: "هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"؛ أي أنها حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، ولا يضر أن يشد عنها بعض الأفراد، فالشاذ أو النادر لا حكم له ولا ينقض القاعدة.

الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

تختلف القواعد الفقهية عن قواعد أصول الفقه؛ لأن قواعد الأصول تضع المناهج وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

أما القواعد الفقهية فهي من قبيل المبادئ العامة "Les principes généraux" التي تتضمن أحكاما شرعية قانونية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التي تدخل عن موضوعها.

وبعض القواعد هي من جهة قواعد فقهية ومن جهة أخرى قواعد أصولية؛ مثل قاعدة "لا ضرر ولا ضرار". فإن نظرنا إليها من جهة أنها مصدر للاستدلال فهي

قاعدة أصولية، وإن نظرنا إليها على أنها كاشفة لأحكام عامة تندرج تحتها مفردات كثرية اعتبرت قواعد فقهية.

وما يلاحظ في هذه القواعد أنها صيغت صياغة قانونية وبأسلوب رصين وعبارة بليغة وترتيب محكم.

الفرق بين القواعد الفقهية الكلية والنظريات الفقهية الأساسية أو الكبرى

القواعد الفقهية هي وليدة الفقه الإسلامي، والنظريات الفقهية هي من وحي فقه القانون. وقد درج الفقهاء في العصر على دراسة النظريات الفقهية والإفادة منها.

القواعد إنما هي مبادئ وضوابط فقهية يتضمن كل منها حكما عاما، فقاعدة الأمور بمقاصدها ينتج عنها أحكام جزئية كثيرة، أما النظريات الفقهية الأساسية فهي تلك المفاهيم الكبرى التي يكون كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا في الفقه الإسلامي؛ كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده وآثاره، وفكرة الأهلية وأنواعها، وفكرة النيابة وأحكامها، وفكرة البطلان، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات.

وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطا خاصا بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات. فقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ليست سوى ضابط في ناحية خاصة من نطاق نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد.

لمحة تاريخية عن صياغة القواعد الفقهية الكلية

إن القواعد الفقهية الكلية المأثورة في الفقه الإسلامي لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أشخاص معلومين، بل

تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح، استنباطا من دلالات النصوص التشريعية العامة، ومبادئ أصول الفقه، وعلل الإحكام، والمقررات العقلية.

هذا، ولا يعرف لكل قاعدة صائغ معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوي، كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب "الخراج" الذي وضعه للرشيد: "ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".

أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحرير على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال.

والظاهر أن المذهب الحنفي، وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى، قد كانت الطبقات العليا من فقهائه أسبق إلى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعده والاحتجاج بها، وعنهم نقل رجال المذاهب الأخرى ما شاءوا منها، وعدلوا وأضافوا إليها.

وقد كانت هذه القواعد تسمى أصولا؛ كما ذكر القرافي المالكي، فإذا قيل من أصول مالك؛ أي من قواعده، وإذا قيل من أصول أبي حنيفة؛ أي من قواعده.

ولعل أقدم ما ألف في القواعد الفقهية الكتب التالية:

1. تأسيس النظر لأبي زيد عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت: 430هـ)، وهو عبارة عن 17 قاعدة، تضمن القواعد الخمس وغيرها، ويعتبر الدبوسي من أكابر فقهاء الحنفية، وكان يضرب به المثل في النظر والاحتجاج الفقهي. وذكر ابن خلكان

أنه أول من وضع علم الخلاف الفقهي وأبرزه إلى الوجود، أو ما يطلق على تسميته في علم الحقوق الحديث باسم" الفقه المقارن".

2. قواعد الإمام أبي الحسين الكرخي وهي عبارة عن 37 قاعدة.
3. الأشباه والنظائر؛ ابن نجيم الحنفي(ت:970هـ)، وهو شرح لقواعد الكرخي موشح بالأمثلة. والملاحظ على بعض قواعد الكرخي أنها ليست من قبيل القواعد بالمعنى المحدد سالفا، وإنما هو من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل.

ثم توالت الفقهاء من كل المذاهب لوضع مصنفاتهم في هذا العلم منها:

- الفروق للإمام أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المالكي (ت: 684هـ).
- قواعد الأحكام لأبي عبد الله محمد بن محمد المقري المالكي (758هـ).
- الأشباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي (911هـ).
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعبد العزيز بن عبد السلام الشافعي(660هـ).
- القواعد لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (795هـ).
- مجلة الأحكام العدلية بموجب المذهب الحنفي خلال الخلافة العثمانية.

ملاحظة: غير أن هذه الكتب على عظيم قيمة لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي حددناه سابقا فحسب، ولكنها خلطت القواعد بتقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى.

أهمية القواعد الفقهية الكلية

هذه القواعد لها مكانة عظيمة، فهي تساعد على تكوين الملكة الفقهية عند طالب العلم، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات، وتوضح التصورات والأفكار القانونية في الفقه الإسلامي رفقة القانون على حد سواء.

وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها العلمية، وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التفقيه، فإن في هذه القواعد تصويرا بارعا، وتنويرا رائعا للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشف لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطا لفروع الأحكام الفقهية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، ووجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها.

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام فروعا مشتتة، قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامعة، وتعيين اتجاهاتها التشريعية وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة.

يقول العلامة شهاب الدين القرافي في مقدمة كتابه الفروق: "وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه، ويعرف وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب".

الاتجاه العصري للاستفادة من الفقه الإسلامي

نبلور هذه المسألة في النقاط التالية:

أولا: المفكرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطلعوا على القوانين الوضعية المحلية في الأقطار العربية، وعلى كثير من القوانين الأوروبية، عندما يلقون بأبصارهم إلى أبعد من المذهب الحنفي أو شافعي أو غيرهما، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة من الاجتهادات الإسلامية من آراء ونظريات وفقه خصيب، يجدون أن الضيق عند الحاجات التشريعية العصرية ليس هو في الفقه الإسلامي عامة، وإنما هو في كل مذهب فردي على حدة.

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سعة منه وعلاج، ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاتجاهات واتسعت الآراء كالتشريع الإسلامي وليس من الضروري أن يأخذ كل بلد في الجانب القانوني مذهب أحد المجتهدين بكامله، بل يمكن أن يأخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى انه الأليق بالمصالح الزمنية، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري، والقانون المدني الجزائري، حيث لم تنحصر أحكامهما في المذهب المالكي فحسب، بل أخذت من غيره ما يحقق المصلحة التشريعية.

ثانيا: إن الراسخين اليوم في علم الحقوق من رجالات أوروبية أصبحوا يعترفون بأن التشريع الإسلامي يعد في طليعة المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث وينطق بذلك قرار مؤتمر القانون المقارنة المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1938م، إذ دعي إليه مؤسسة أو جامعة الأزهر ومثله مندوبان من كبار العلماء حاضرا فيه عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الإسلام وعن نفي أي علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية.

فقد سجل هذا المؤتمر على إثر ذلك قراره التاريخي المهم بالنسبة إلى رجال التشريع الأوروبي، حيث ورد فيه ما يلي:

1. اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام.

2. أنها حية قابلة للتطور.

3. أنها شرع قائم بذاته، ليس مأخوذا من غيره.

وقد قرر مؤتمر المحامين الدولي الذي انعقد بلاهاي سنة 1948 بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه، وعطفا على ما قرر مؤتمر القانون المقارن سابق الذكر بشأن التشريع الإسلامي ما يلي:

"نظرا لما في التشريع الإسلامي من مرونة، وما له من شأن مهم، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع، وتشجع عليها".

وقد قال الأستاذ العلامة الحقوقي الكبير عبد الرزاق السنهوري في مقال منشور له ما يلي:

لا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب؛ كالفقيه الألماني كوهلر Kohler، والأستاذ الإيطالي ديليفيشيو Delevechie، والعميد الأمريكي ويكمور Wigmore وكثيرين غيرهم ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنجليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم.

ثالثا: ما فتئ الفقه العربي يقتبس القواعد الفقهية من الشريعة الإسلامية مستعملا إياها في مباحثهم القانونية؛ كقولهم فيما يتعلق بالمعاملات وغيرها: الإجارة اللاحقة كالإذن السابعة، أومن تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، أو العبرة في العقود لمقاصد والمعاني لا للألفاظ، أو إعمال العلام أولى من إهماله؛ وذلك في باب تفسير العقود قصد تنفيذها.

عرض عام للقواعد الفقهية الكلية:

باستقراء القواعد الفقهية الكلية يتبين لنا أنها نوعان: أساسية وفرعية:

القواعد الأساسية: كل منها أصل مستقل ليس متفرعا من قاعدة أعم منها.

القواعد الفرعية: ما تفرع من القواعد الأساسية.

كما يتبين لنا أن القواعد أنواع: منها قواعد كلية تنطبق على أبواب كثيرة، ومنها قواعد كلية محصورة في باب بعينه؛ كباب الضمان أو العقد، وكلما ضاق نطاق القاعدة سمي في الفقه الإسلامي بالضابط.

القاعدة الفقهية الكلية الأولى: الأمور بمقاصدها

أصل هذه القاعدة الكلية يرجع إلى جوامع كلم النبي صلى الله عليه وسلم في قوله: "إنما الأعمال بالنيات". رواه الستة.

يوضح العلامة أبو إسحاق الشاطبي هذه القاعدة توضيحا حسنا إذ يقول: "إنما الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات، من العبادات والعادات والأدلة على هذا لا تنحصر، ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عبادة وما هو عادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب والمندوب، والمباح والمكره، والمحرم والصحيح والفاسد، وغير ذلك من الأحكام... وأيضا: فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا حري عن القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا حري عن القصد لم يتعلق به شيء منها؛ كفعل النائم والغافل والمجنون".

وكلمة العادات في اصطلاح الشاطبي يُراد بها كل ما يقابل العبادات، فيدخل فيها العقود وسائر المعاملات حتى الجنايات.

ومعنى عبارة الفقهاء (الأمور بمقاصدها) أن حكم التصرفات يكون حسب القصد المتعلق بفاعلها.

والواقع أنها قاعدة عالمية الاعتبار، ولها تفاريع جمة واسعة النطاق في كتب الفقه والقانون. "وهي تجري في كثير من الأبواب الفقهية، منها المعاوضات والتمليكات المالية والوكالات والأمانات المتعلقة بها".

وبناء على ما سبق بيانه، فإن الفعل الواحد يكون له حكم مختلف، وذلك حسب اختلاف القصد. فإن إرجاع الزوج لمطلقته، إذا قصد بها الصلاح جازت، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاَحاً﴾ [سورة البقرة: 228]. وإذا قصد بالإرجاع الإضرار والإعتداء؛ بإطالة مدة انقضاء العدة، أو لأخذ بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم؛ لم يجز ذلك. قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[سورة البقرة:231].

تطبيقات لقاعدة الأمور بمقاصدها:

هنا أسوق طرفا من الفروع الواردة في كتب القواعد وغيرها، لكي تتجلى مكانتها:

1-إذا وجد شخصٌ شيئا ذا قيمة مالية في الطريق فأخذه بنية رده إلى صاحبه، اعتبر هذا الشيء أمانةً في يده، فلا يضمنه لو هلك بدون تعد منه ولا تقتصر في حفظه؛ كما هو في حكم الأمانات. أما لو أخذه بقصد أن يجوزه لنفسه اعتبر غاصبا؛ فلو هلك في يده ضمنه مطلقا، ولو كان هلاكه بدون صنعه أو تقصيره؛ كما هو حكم المغصوبات. فانظر كيف اختلف الحكم بسبب اختلاف القصد أو النية.

2-منها بطلان اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع أو ضمان الاستحقاق، أو شرط الانتقاص من هذا الضمان، إذا كان سيء النية، إذ لا وزن في هذه الحالة للألفاظ، بل المعتبر القصد والمعنى. ويحدد هذا العرف والملابسات التي شابت العقد.

3-"من أتلف جزءا من النصاب قصدا للتنقيص؛ لتسقط عنه الزكاة، لم تسقط عند الإمام مالك والحنابلة، وتؤخذ الزكاة منه في آخر الحول إذا كان إبداله أو إتلافه عند قرب الوجوب [وهو اكتمال النصاب مع حولان الحول]، ولو فعل ذلك في أول الحول لم تحب الزكاة؛ لأن ذلك ليس بمظنة للفرار. وبه قال الأوزاعي، وابن الماجشون، وإسحاق، وأبو عبيد.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: "تسقط عنه الزكاة"؛ لأنه نقص قبل إتمام الحول، فلم تجب فيه الزكاة، كما لو أتلفه لحاجته.

فهنا يظهر أن الرأي الأول هو الأوجه والأجرى للمقاصد، والأمور بمقاصدها.

4-ومنها لو طرد رجل زوجته من بيئته قائلا: اذهبي إلى أهلك، فهذا لفظ كنائي قد يدل على الطلاق أو عدمه، ويتوقف ذلك على نية قائله، عند بعض الفقهاء. " واختلفوا فيما نوى به من الطلاق مما يشبه الطلاق، فقال سفيان في قول الرجل لامرأته: اذهبي إلى أهلك أو أخرجي أو حبلك على غاربك أو ليس لي عليك سبيل": أنه إذا نوى طلاقا كانت نيته، فإن نوى ثلاثا فهو ثلاث، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وهي أحق بنفسها. وكذلك قال أصحاب الرأي إلا أنهم قالوا: إن نوى اثنتين لم تكن ثنتين. وقال مالك وأهل المدينة والأوزاعي والشافعي وأبوعبيد: كما أراد به الطلاق من هذه الأخرى التي ذكرها سفيان فهي تطليقة يملك الرجعة، إلا أن ينوي أكثر من ذلك فتكون على ما نوى ثنتين أو ثلاثا، والقول عندي على ما قال مالك وأهل المدينة".

ملاحظة: المالكية والحنابلة مذهبان مقاصديان يغلبان الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، ويغلبان الباعث المستتر على السبب الظاهر. وقد دلت شواهد؛ حسب دراسات حديثة، مدى تأثر المذهب اللاتيني، وعلى رأسه القانون المدني الفرنسي، بالمذهب المالكي، أثناء تواجد المسلمين بالأندلس ودراسة الطلاب الغربيين بجامعاتها.

بينما يعتبر الحنفية والشافعية مذهبان موضوعيان، إذ يغلبان الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة. فالعبرة عندهما في العقد بما شُرِط لا بما هو قُصِد. ويلتقي المذهب الألماني معها في هذا الاتجاه.

ولعلي لا أجانب الصواب إذا ذهبت إلى القول بأن الفقه الجرماني، المتبني للإرادة الظاهرة، تأثر بالحنفية، وتدل عليه أمارات وخزائن منها الجوار الذي كان بين الخلافة العثمانية حاضنة المذهب الحنفي وبين ألمانيا والله تعالى أعلم.

القواعد الفقهية المتفرعة عن قاعدة الأمور بمقاصدها

تفرعت عن هذه القاعدة الفقهية الكلية قواعد فقهية فرعية، منها:

أ-العبرة في العقود للمقاصد والمعاني والألفاظ والمباني

هذه القاعدة خاصة بالعقود، الشاملة للتصرفات المكونة من إرادتين، والتصرفات التي تنعقد بإرادة منفردة، ومن أمثلتها ما يلي:

1-الهبة إذا اشتُرط فيها دفع عوض؛ كمن قال لآخر وهبتك هذا الشيء أن تعطيني كذا، أخذ العقدُ أحكامَ البيع؛ لأنه أصبح معاوضة رغم استعمال العاقد لفظ الهبة، فيُرَدُّ الموهوب بالعيب ويسترد من الموهوب له العوض المدفوع.

2-الكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول، انقلبت حوالة وأخذت أحكامها؛ لأنها تصبح في معناها. وكذا الحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلا من المدين المحيل والشخص المحال عليه معاً، انقلبت كفالة.

3-"لو قال: لو قال: لآخر اشتريت منك كر حنطة وسط إلى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها إلي في مكان كذا فهو سلم جائز عندنا- أي جمهور الحنفية- وقال: زفر لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وهو منهي عنه شرعا، وإنما

الرخصة في السلم خاصة، فإذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة وإلا فهو فاسد. ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكر شرائطه والعبرة للمعنى دون الألفاظ...".

4- إ"ذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة، فاشترى جارية بألف حالة، لزم الوكيل؛ لأنه خالف قيد الموكل. ولو أمره أن يشتري بألف حالة فاشترى بألف نسيئة، لزم الموكل؛ لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى، لا للصورة".

ب-الأعمال المجردة من القصد لا يتعلق بل تكليف

إذا خلا الشخص من القصد سقط عنه التكليف؛ مثل فعل النائم والغافل والناسي والمجنون والمغمى عليه.

وبالتالي، فلا مساءلة عن أفعالهم، وإن ورد في ذلك خلاف بين العلماء في بعض المسائل. يستثنى من ذلك تصرفات الهازل لقوله تعالى: ﴿وَلا تَتَّخِذُوا آياتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [سورة البقرة: 229]، والمستهزئ لقوله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ﴾ [سورة التوبة:65]، فإنهما وإن كانا غير قاصدين حقيقة ما ينشئانه من عقود وتصرفات إلا أنهما يعاقبان بلزوم أفعالهما؛ لأن الهزل والاستهزاء ليسا من الأعذار المسقطة للتكليف.

وعلى ذلك، فتصرفات الهازل فيها تفصيل، خلاصته أن نكاحه وطلاقه يقعان ويصحان منه عند الجمهور، وأما البيع ونحوه من العقود فإنها لا تقع عند الحنفية وتقع عند باقي الأئمة.

ج-الأيمان مبنية على الألفاظ والمقاصد معا

من أمثلتها ما يلي:

1-من حلف أن لا يكلم فلانا ثم كتب إليه أنه يكون حانثا، ما دام القصد والغرض هو القطيعة والهجر.

2-من حلف لا يشتري لفلان فلسا، فاشترى له مائة حنث عند المالكية؛ لمراعاتهم لقصد هجران التصرف معه، خلافا للحنفية والشافعية في أحد القولين؛ مراعاة لظاهر العبارة.

وفي هذه المسألة تفاصيل كثيرة، وخلاصة القول مما له صلة بقاعدة الأمور بمقاصدها، الأيمان مبنية على العرف والعادة لا على المقاصد والنيات عند الحنفية؛ لأن غرض الحالف هو المعهود المتعارف عنده، فيتقيد بغرضه. هذا هو الغالب عندهم، وقد تبنى الأيمان عندهم على الألفاظ لا على الأغراض.

وعند الشافعية الأيمان مبنية على الحقيقة اللغوية أي بحسب صيغة اللفظ؛ لأن الحقيقة أحق بالإرادة والقصد، إلا أن ينوي شيئاً فيعمل بنيته، مثاله: لو حلف إنسان ألا يأكل رؤوساً، فأكل رؤوس حيتان (مفرده: حوت) فمن راعى العرف قال: لا يحنث، ومن راعى دلالة اللغة قال: يحنث. والخلاصة: أن الشافعي يتبع مقتضى اللغة تارة، وذلك عند ظهورها وشمولها، وهو الأصل العام، وتارة يتبع العرف إذا اشتهر واطرد.

وقال مالك في المشهور من مذهبه: المعتبر في الأيمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها وكذلك النذور هو النية (أي نية الحالف، في غير الدعاوى ففيها تعتبر نية المستحلف)، فإن عدمت فقرينة الحال، فإن عدمت فعرف اللفظ أي ما قصد الناس من عرف أيمانهم، فإن عدم فدلالة اللغة، وقيل: لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط، وقيل: يراعى النية وبساط الحال أي السبب الحامل على اليمين، أو المقام وقرينة السياق في اصطلاح علم المعاني.

د- قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان

هذه القاعدة مشتملة على فقرتين:

الأولى: تفيد أن الشرع حيث ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد، فما جعل للسكوت حكماً ينبني عليه شيء؛ كما تبنى الأحكام على الألفاظ. ولهذا قال: لا ينسب إلى ساكت قول.

لثانية: كالاستثناء مما قبلها، وهي قاعدة ذكرها الأصوليون أيضاً حيث أفادت أن السكوت في حكم النطق، وذلك في كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان.

وسمى الأصوليون هذا بيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام، إما لدلالة حال في المتكلم، تدل على أن سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي له أن يسكت عنهن وذلك كسكوت صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم عند أمر يعاينه، عن التغيير أو الإنكار، فيكون سكوته إذناً به. وإما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاماً لأجل حاله؛ كسكوت البكر البالغة في إجازة النكاح؛ لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال، وكسكوت الناكل عن اليمين، فإنه يجعل بياناً لثبوت الحق عليه عند أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله. وأما عند مالك والشافعي رحمهما الله فيتعتبر النكول عن اليمين إنكاراً وردا.

وينبني على قاعدة الأمور بمقاصدها أن ما يصدر عن المكلف؛ من العقود والتصرفات المباحة التي يقصد من ورائها تحقيق غرض محرم، لا يعتبر جائزاً شرعاً، ويدخل في ذلك بابان كبيران هما: الحيل، ووجوب إبطالها؛ كإبطال نكاح التحليل؛ الذي ليس بنكاح رغبة، وسد الذرائع؛ مثل تحريم بيع العينة المفضي إلى إباحة الربا.

القاعدة الفقهية الكلية الثانية: اليقين لا يزول بالشك

هذه القاعدة من أمهات القواعد الفقهية، ممتدة الجذور في مختلف الأبواب، ومعناها أن ما ثبت بيقين لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه. فإذا ثبت بين اثنين من العقود ثبوتا يقينيا ثم وقع الشك في فسخه، فالمعتبر هو بقاء العقد؛ لأنه ثابت باليقين فلا يرتفع إلا يقين مثله، وأما الشك فلا يؤثر فيه.

تطبيقات لقاعدة اليقين لا يزول بالشك: يمثل لذلك بما يلي:

1-إذا أقرض إبراهيمُ محمداً عشرة آلاف د.ج مثلا أمام عمرو فإنه يجوز لعمرو أن يشهد على محمد، وإن خامره الشك في وفائها أو إبراء الدائن له منها، إذ لا عبرة بالشك في جانب اليقين السابق.

2-لو اشترى شخص شيئا ثم ادعى أن به عيبا وأراد رده، واختلف التجار -أهل الخبرة- في كونه عيبا، فليس للمشتري رده؛ لأن السلامة هي الأصل المتيقن، فلا يثبت العيب بالشك.

3-تتخرج عليها قضايا المفقود، ولذا تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، وإذا مات أحد أقاربه يوقف له نصيبه إلى أن يظهر حاله، أو إلى أن يتم الفصل النهائي في حقه؛ لأن الأصل المعهود في الثابت بيقين (الحياة) أنه لا يزول الشك، وغير الثابت بيقين(الموت) لا يثبت بالشك.

وبناء عليه لا يسوغ للقاضي تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه، ففي الميراث لا يؤجل حق الحاضر -الثابت باليقين- لاحتمال ظهور وارث آخر.

4-ومنها إذا شك الوارث هل مات مورثه، فيحل له المال، حتى يتيقن موته.

وقاعدة اليقين لا يزول بالشك ترتبط بأصل كبير من أصول الاستدلال وهو الاستصحاب (وهو الحكم على الشيء بما ثبت له في الزمان الماضي إلى أن يرد الدليل المخالف، وهو حجة عند الجمهور؛ أي المالكية والشافعية والحنابلة، وليس حجة عند الحنفية، إلا أن منهم من اعتبره حجة للترجيح).

القواعد الفقهية المتفرعة عن قاعدة الشك لا يزول إلا بيقين

يتفرع عن هذه القاعدة الفقهية الأساسية جملة من القواعد الفرعية التي هي في غاية الأهمية. منها ما يلي:

أولا: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرِد دليلٌ بخلاف ذلك

ومعنى ذلك أن ما كان محكوما له بحكم في إثبات أو نفي، يبقى على ذلك الحكم ما لم يرد دليل ثابت يفيد تغيير ذلك الحكم ونقله إلى حكم آخر، فما كان صحيحا يبقى صحيحا إلى أن يرد دليلٌ ببطلانه، وما كان فاسدا يبقى على فساده إلى أن يتقرر دليل صحته.

وهي قاعدة فقهية أصولية، تعرض لها الأصوليون باسم الاستصحاب، واختلفوا هل ينقطع حم الاستصحاب إلى اليقين وهو رأي مالك أم ينقطع حكمه إلى الظن وهو رأي أبي حنيفة رضي الله عنهما.

من تطبيقات القاعدة:

1-تعاشر الزوجان مدة مديدة ثم ادعت الزوجة عدم الكسوة والنفقة، فالقول قولها عند عدم بينة الزوج مع يمينها؛ لأن الأصل بقاؤهما في ذمته وعدم أدائهما، كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن.

2-لو ادعت المطلقة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدقت ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاؤها، أي العدة.

استثناء من القاعدة:

الأمين يصدق يمينه في براءة ذمته: لو ادعى الأمين أنه أعاد الوديعة لصاحبها أو أنها تلفت في يده بلا تعدٍّ منه أو تقصير، يقبل ادعاؤه مع يمينه، مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها، لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع.

ولكن السبب في تصديقه بيمينه أن الأمين هنا يدَّعي براءة الذمة من الضمان، وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الأمين، وذلك خلاف الأصل؛ لأن الأصل براءة الذمة.

ومن هنا نرى أن كل استثناء من قاعدة يندرج تحت قاعدة أخرى.

ثانيا: الأصل في الأمور العارضة العدم وما يرتبط بها من القواعد

ورد في مجلة الأحكام العدلية ذكر قاعدة "الأصل في الصفات الطارئة العدم".ومعناها أن الصفات والأحوال وسائر ما يطرأ على الشيء، يعتبر الأصل فيه عدم وجوده إلى أن يثبت دليل الوجود. "والحاصل أن الصفات قسمان: صفة أصلية وصفة عارضة، فالذي يدعي الصفة الأصلية فالقول له، والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الأصل، فالبينة عليه. الصفة العارضة: هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تتصف بها ذاته ابتداء. الصفة الأصلية: هي التي توجد مع الموصوف".

فمن ادعى أنه عقد بيعا مع غيره أو شركة، أو غير ذلك من العقود فإن هذه الدعوى لا تلزم إلا بدليل؛ لأن الأصل في العقود أنها لم تكن، فعدمها أصل ووجودها طارئ، لذلك يعمل بالأصل المتيقن إلى أن يرد دليل يحيل إلى الحالة الطارئة العارضة وهي الوجود. هذا في الأمور العارضة، أما غير العارضة أو الأصلية فلا يحكم لها بالعدم الأصلي، بل الأصل فيها وجودها إلى أن يرد دليل العدم، ولما كان الأصل فيها الوجود، يقع عبء الإثبات على من يدعي نفيها، فمن استعار سيارة ثم ادعى أنها بغير محرك فالقول للمعير إلى أنُ يثبت المستعير دعواه ببينة. وكذلك من تزوج بصغيرة وادعى أنها ليست بكرا، فالقول لها إلا أن يأتي ببينة.

إذن، فقاعدة الأصل في الأمور العارضة العدم لها مفهومان مختلفان:

" الأصل في الأمور الأصلية الوجود"كما تبين لنا آنفا، و" الأصل فيما لم يعلم أصالته من طروئه التوقف" حتى يرد دليل الإثبات أو النفي.

من تطبيقات القاعدة:

1. إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه، فقال رب المال: ربحت ألفاً وقال المضارب: ما حصل ربح، فالقول للمضارب مع يمينه، لتمسكه بالأصل وهو عدم

الصفة العارضة وهي الربح، والبينة على رب المال لإثبات الربح، لأنه يدعي خلاف الأصل، فيحتاج للإثبات.

2. لو ثبت على أحد دين بإقرار أو بينة، ثم ادعى الأداء أو الإبراء، فالقول لغريمه مع يمينه، لأن الأصل عدم ذلك، فثبوت الدين في الذمة متيقن، ودعوة الأداء أو الإبراء بعد ذلك مشكوك فيها، فالقول لصاحب اليقين وهو الدائن وعلى المدين البينة؛ لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله، ودعوى الأداء أو الإبراء صفة عارضة فعلى مدعيها البينة.

من مستثنيات هذه القاعدة:

1. إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، وادعى الموهوب له تلف الهبة، فالقول له بلا يمين، والعلة في ذلك؛ أن تلف الهبة وصف عارض وهو خلاف الأصل، فكان الواجب بمقتضى القاعدة أن يكون الموهوب له مكلفاً بإثبات ذلك، لكن بما أن الموهوب له هنا ينكر وجوب الرد على الواهب، فأصبح شبيهاً بالمستودع الذي يدعي براءة الذمة.

2. كذلك إذا تصرف الزوج في مال الزوجة فأقرضه آخر، وتوفيت الزوجة وادَّعى ورثتها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن وطلبوا الحكم بضمانه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها، فالقول للزوج مع يمينه، مع أن الإذن الذي ادعاه الزوج من الصفات العارضة، فكان الواجب أن يكون القول للورثة؛ ولكن الزوج هنا ينكر الضمان ويتمسك بأصل أقوى وهو براءة الذمة، فكان القول له مع يمينه.

ثالثا: الأصل براءة الذمة

وهي قاعدة جليلة شائعة متغلغلة في أبواب كثيرة خصوصا فيما يتعلق بالعقود والالتزامات وكذلك القضاء. والمراد منها أن يعتبر ذمة كل شخص غير مشغولة بحق أو التزام إلا بيقين. فالأصل فراغ الذمة من أي تحمل، والالتزام صفة طارئة، فيستصحب الأصل المتيقن وهو فراغ الذمة إلى آن يثبت العكس.

ويعضدها قول النبي صلى الله عليه وسلم:"البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

قال العلماء الحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يقول خلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية، وهي البينة؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعا، ولا تدفع عنها ضررا، فيقوى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفي منه باليمين، وهي حجة ضعيفة؛ لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر، فكان ذلك في غاية الحكمة.

من تطبيقات القاعدة:

1. من ادعى أن له على آخر دينا، لم تقبل دعواه إلا بدليل، ومن اتهم شخصا بجريمة فالمتهم بريء إلى أن تثبت إدانته.

2. اختلفا في قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه كالمستعير، والغاصب، والمودع المتعدي، فالقول قول الغارم، مع يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته مما زاد.

3. لو أقر شخص بشيء أو حق قُبِل تفسيره بماله قيمة، والقول للمقر مع يمينه.

رابعاً: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب زمانه

فإذا شككنا في شيء هل وقع في وقت كذا أم في وقت كذا أضفناه إلى أقرب تلك الأوقات المشكوك فيها إلا أن يثبت غيره بدليل، فيضاف إليه حينئذ.

من تطبيقات القاعدة:

1. فمن ادعت أن زوجها طلقها في مرضه؛ ليحرمها من الميراث، وادعى الورثة أنه أبانها في في حال صحته وأن لا حق لها بالإرث، فالقول للزوجة؛ لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق، فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب، وهو مرض الموت؛ الذي تدعيه الزوجة ما لم يُقم الورثة البينة. ذلك أن الطلاق في مرض الموت محل اتفاق بين الطرفين (المطلقة والورثة)، فهو متيقن، أما قبل المرض فهو مشكوك فيه، لذلك يسار إلى العمل بالمتيقن حتى يرد دليل بخلافه.

2. كذا لو ادعى من له الخيار في البيع بعد مرور مدة الخيار أنه فسخ العقد في ظرف مدة الخيار وادعى الفريق الآخر أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار وأن الفسخ غير معتبر، فالأمر الحادث، وهو الفسخ يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو حصول الفسخ بعد مضي مدة الخيار، والقول لمن ينكر حصول الفسخ بمدة الخيار، أما إذا أثبت صاحب الخيار بالبينة حصول الفسخ في مدة الخيار فيحكم بموجب البينة؛ لأنه يكون قد أثبت خلاف الأصل.

3. لو باع الأب مال ولده وادعى الولد على والده أنه باع ماله بعد بلوغه وأن البيع غير صحيح لهذا السبب، والأب أنكر وقوع البيع منه بعد البلوغ وادعى حصوله قبل البلوغ، فبما أن البلوغ زمنا من قبل البلوغ، فالقول للابن وعلى الأب إثبات خلاف الأصل.

4. إذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن عقد البيع الذي أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بحجره وطلب فسخ البيع، وادعى المشتري حصول البيع قبل تاريخ الحجر، فالقول للمحجور أو وصيه؛ لأن وقوع البيع بعد الحجر أصل، وهو أقرب زمنا مما يدعيه المشتري وعلى المشتري إثبات خلاف الأصل، وهو حصول البيع له قبل صدور الحكم بالحجر.

القاعدة الفقهية الأساسية الثالثة: إعمال الكلام أولى من إهماله

هذه القاعدة ذات مكانة عظيمة وفوائد جمة، ذكرها كل من صنف في القواعد الفقهية، ولكن دون اعتبارها من القواعد الكلية القواعد الكبرى، لكن ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى إمكانية اعتبارها قاعدة أساسية، ودلك لاشتمالها على قواعد فرعية كثيرة.

وهذه القاعدة هي محل اتفاق عند جميع العلماء؛ كما يظهر من تفريعاتهم عليها وتعليلاتها بها، كما تزداد أهميتها عندما نعلم أنها تتعلق بتصرفات المكلف القولية كلها وتصحيحها، وهذا أمر ضروري؛ لأن تصحيح الكلام وصونه من الإهمال والإلغاء مبدأ معتبر. كما أن لهذه القاعدة تعلقاً كبيراً وتأثيراً واضحاً في بعض المسائل الأصولية التي تتعلق بالخطابات الشرعية.

معنى القاعدة:

إعمال الكلام: أي إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي. وإهمال الكلام: عدم ترتب ثمرة عملية عليه بإلغاء مقتضاه ومضمونه.

فالعاقل يصان كلامه عن الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه فيرجح، سواء كان بالحمل على الحقيقة أم المجاز، إلا عند عدم الإمكان فيلغى.

فإن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة يرتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يقتضيه لا يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد للحكم، لأن خلافه إهمال وإلغاء. أما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز فيلغى ويهمل.

من فروع هذه القاعدة:

1. من حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً، ثم أكل من ثمرها أو جُمارها أو طلعها وما شاكلهما حنث، لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها، فحمل على ما يتولد منها.
2. كذلك لو حلف لا يأكل من هذا القدر، يحمل على ما يطبخ فيه.

3. أما إذا لم يوجد إمكان لحمل الكلام على الحقيقة أو المجاز ألغي؛ كقول الرجل لزوجته الثابت نسبها من غيره: هذه بنتي فلا تحرم عليه، سواء كانت أكبر منه سناً أوأصغر. لأنه لما تعذر كل من الحقيقة والمجاز وقع لغواً.

وتعذر الحقيقة لاستحالة أن تكون ابنته إن كانت أكبر منه سناً، وإن كانت أصغر فلاشتهار ثبوت نسبها من غيره، فإقراره في حق نفسه لا يعتبر إقراراً في حق غيره.

وأما تعذر المجاز، وهو إرادة الطلاق المحرم بقوله هذا، فلا يجوز استعارة، هذه بنتي للطلاق الذي هو من حقوق النكاح.

القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة:

أولا: قاعدة: الأصل في الكلام الحقيقة

ومعناها اللغوي والاصطلاحي، أن الراجح عند السامع أن يحمل كلام المتكلم على معناه الحقيقي.

والحقيقة هي دلالة اللفظ على معناه الموضوع له ابتداء، ويقابلها المجاز وهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له.

فقد ينشئ شخص عقودا أو تصرفات ويستعمل ألفاظا تدور بين الحقيقة والمجاز؛ كأن يقول مثلا "وهبتك كذا"، وهو يقصد بذلك البيع، لذلك تقدم الحقيقة على المجاز ما لم تقم قرينة على ترجيح المجاز.

ويقابلها المجاز وهو إرادة اللفظ في غير ما وضع له في أصل اللغة؛ لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي.

المعنى الفقهي للقاعدة: إن إعمال كلام المتكلم من شارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم، إنما يكون بحمل ألفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن القرائن التي ترجح إرادة المجاز.

من فروع هذه القاعدة:

1. إذا قال شخص لآخر: وهبتك هذا الشيء، فأخذه المخاطب ثم ادعى القائل أنه أراد بلفظ الهبة البيع مجازاً ثمناً، فلا يقبل قوله؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وحقيقة الهبة تمليك بدون عوض، بخلاف ما إذا قال: وهبتكه بدينارين. فإن ذكر الدينارين على سبيل العوضية قرينة على أنه أراد بالهبة البيع مجازاً فيحمل عليه.

2. إذا أسند شخصٌ وقفا لأولاده، دخل فيه الأبناء والبنات؛ لأن لفظ الولد يشملهم جميعاً حقيقة.

3. إذا أوصى شخص لأولاد فلان وكان لفلان أولاد صلبيون وحفدة انصرفت الوصية إلى الأولاد الصليبين فقط، أي الطبقة الأولى من ذريته؛ لأنه المعنى الحقيقي للأولاد، وقيل يدخل ولد الولد أيضاً حملاً للكلام على الحقيقة والمجاز معاً.

4. إذا قال: هذه الدار لزيد، كان إقراراً له بالملك، حتى لو قال: أردت أنها مسكنه لم يسمع قوله.

5. إذا حلف إنسان أنه لا يبيع ولا يشتري، فوكل في ذلك لم يحنث، حملاً للفظ على الحقيقة، إلا إذا كان الحالف ممن لا يتولى هذه الأمور بنفسه، أو كان الفعل مما لا يفعله بنفسه كالبناء مثلاً، فإنه يحنث بالأمر بفعله.

ثانياً: قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

وعليه، إن تعذر حمل اللفظ على الحقيقة؛ لورود قرينة أو علاقة صير إلى إعمال المجاز، ولا يهمل الكلام أو يهجر، فالمعنى المهجور أي غير المستعمل شرعا وعرفا هو في حكم المتعذر.

قال التفتازاني بأنه "لما تعذر العمل بالحقيقة، وجب الحمل على المجاز ضرورة؛ لئلا يلزم إلغاء الكلام، وإخلاء اللفظ عن المرام".

وهو عين ما ذكره السرخسي بقوله" وتصحيح كلام العاقل واجب، وللعرب لسانان: حقيقة ومجاز، فإذا تعذر تصحيحه باعتبار الحقيقة، يصحح باعتبار المجاز".

من تطبيقات هذه القاعدة:

1. من وقف على ولده وله ولد ولد، فالوقف لولد ولده، وهو المجاز.

2. من قال لأجنبية: إن نكحتك فلك كذا ينصرف إلى المجاز عند الحنفية، وهو العقد دون الوطء، لأن المعنى الحقيقي وهو الوطء مهجور شرعاً لحرمة وطء الأجنبية.

أما لو قال هذا لزوجته، فيحمل على المعنى الحقيقي وهو الوطء، حتى لو أبانها أي طلقها طلقة بائنة، ثم تزوجها لم يحنث حتى يطأها.

3.إذا حلف أن لا يأكل من هذا الدقيق، يحنث لو أكله بعد أن صار خبزاً، ولا يحنث إذا استفه؛ لأن أكل الدقيق دون خبز مهجور عرفاً.

ثالثاً: إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

إذا تعذر إعمال الكلام يهمل، يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أومجازي أهمل.

فإن تعذرت الحقيقة والمجاز أو كان اللفظ مشتركا بلا مرجح أهمل لعدم إمكان إعمال الكلام، يعني أنه إذا كان حمل الكلام على معناه الحقيقي أو على المجازي خارجا عن الإمكان وممتنعا أو كان اللفظ مشتركا بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر يهمل بحكم الضرورة حينئذ ولا يعمل.

والحاصل أن الأسباب التي توجب إهمال الكلام:

أ- امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي؛ كما في قوله لزوجته الأكبر منه سناً المعروفة النسب من غيره: هذه بنتي.

ومن ضروب التعذر، تعذر صحة الكلام شرعاً؛ كما لو قال لإحدى زوجتيه، أنت طالق أربعاً فقالت: الثلاث تكفيني. فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى، لا يقع على الأخرى شيء؛ لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى أصبحت لغواً فلم تقع على الأخرى؛ لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من الثلاث.

ومنها ما يكذبه الظاهر، كمن ادعى على إنسان أنه قطع يده فإذا هي غير مقطوعة، أو أنه قتل شخصاً فإذا هو حي.

ففي كل هذه الأحوال يعتبر الكلام لغواً غير مفيد وغير ملزم.

ب- أن يكون اللفظ مشتركا بين معنيين ولا يوجد ما يرجح أحدهما؛ كما لو أوصى لمواليه، وله معتِق ومعتَق، فعند الحنفية بطلت الوصية، لصحة إطلاق هذا اللفظ عليهما مع اختلاف المعاني والمقاصد، وأما عند غير الحنفية فتكون الوصية للجميع.

رابعاً: قاعدة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

أصل هذه القاعدة في تأسيس النظر "الأصل أن ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله".

وخالف في ذلك زفر بن الهذيل من تلاميذ أبي حنيفة فلم يعتبر ذلك.

وعبر عنها الزركشي بقوله: "ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله".

معنى هذه القاعدة:

والمفهوم منها أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل، وإن ذكر حكم البعض منها كذكر حكم الكل؛ لأنه لو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكل لكان ذلك موجبا لإهمال الكلام، وإعمال الكلام أولى من إهماله.

من فروع هذه القاعدة:

1.إذا طلق رجل نصف امرأته أو ربعها تطلق كلها، أو طلقها نصف تطليقة، فتعتبر تطليقة كاملة عند الجميع.

2. لو أراد شخص أن يكفل شخصا آخر على نفسه، فقال في عقد الكفالة إنني كفيل بنصف أو ربع هذا الشخصن فبما أن نفس الرجل مما لا يقبل التجزئة خلافا للكفالة بالمال، وذكر البعض منها بحكم ذكر الكل، فالكفالة صحيحة، ويكون قد كفل نفس الرجل كلها.

خامسا: قاعدة التأسيس أولى من التأكيد

معنى القاعدة: إن الكلام إذا دار بين أن يفيد معنى جديداً وبين أن يؤكد معنى سابقاً، كان حمله على إفادة المعنى الجديد أولى من حمله على التأكيد؛ كما قالوا: "الإفادة خير من الإعادة".

من فروع هذه القاعدة:

1.من قال لزوجته: أنت طالق طالق طالق، طلقت ثلاثا. فإن قال: أردت به التأكيد، صدق ديانة لا قضاء، لأن القاضي مأمور باتباع الظاهر. وهذا عند أبي حنيفة ومالك رحمهما الله، وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله، لا يلزمه إلا واحدة.

2.إذا حلف على أمر بأنه لا يفعله، ثم حلف في ذلك المجلس أو مجلس آخر لا يفعله أبداً، ثم فعله. إن نوى بالثاني يميناً آخر أو الشديد على نفسه، أو لم ينو شيئاً فعليه كفارة يمينين. وأما إن نوى بالثاني الأول، أي تكريره وتوكيد، فعليه كفارة واحدة.

القاعدة الفقهية الكلية الرابعة: العادة محكمة

أصل هذه القاعدة ورد في أصول الإمام الكرخي: "الأصل أن السؤال والخطاب يمضي على ما عَمّ وغلَب لا على ما شذ وندر، والأصل أن جواب السؤال يمضي على ما تعارف كل قومٍ في مكانهم"؛ يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حَكَمَا أومرجعا؛ لإثبات حكم شرعي.

دليل هذه القاعدة: ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بأدلة من الكتاب والسنة.

أولاً: الأدلة من الكتاب العزيز:

1. قال تعالى:﴿خُذِ العَفْوَ وَأْمُرْ بالعُرْفِ وأَعْرِضْ عَنِ الجَاهِلِينَ﴾[سورة الأعراف:199].
2. وقال تعالى: ﴿ فَاتْبِاعٌ بِالمَعْرُوفِ وأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾. [سورة البقرة: 178].
3. وقال تبارك وتعالى: ﴿الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ بِالمَعْروفِ حَقاً عَلَى المُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة: 180].

وقد ورد لفظ المعروف في القرآن العظيم في سبعة وثلاثين موضعاً، كما أن أثر العادة والعرف والمعروف ورد في السنّة تارة بالتصريح وتارة بالتلميح، ولكن بني الحكم عليه. فيما يلي سنورد طرفا مما ورد في السنة بصريح العبارة بلفظ المعروف وبناء الحكم عليه.

ثانياً: الأدلة من السنة المطهرة:

1. استدل لها المصنفون في القواعد بالأثر: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن".

2.قوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجه أبي سفيان رضي الله عنهما: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". قال القرطبي: "قوله خذي أمر إباحة؛ بدليل قوله لا حرج، والمراد بالمعروف القدر الذي عُرف بالعادة أنه الكفاية".

معنى هذه القاعدة:

العادة في اللغة: مأخوذة من العَوَد أو المعاودة بمعنى التكرار، والعادة: اسم لتكرير الفعل أو الانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية.

ومادة العادة تقتضي تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً حتى يخرج عن كونه واقعاً بطرق الاتفاق، ولذلك كان خرق العوائد لا يجوز إلا في معجزة نبي أو كرامة ولي.

وأقل المرات ليكون الشيء عادة ثلاث متواليات على الأرجح عند الأكثرين، وأما كلمة "محكَّمة" فهي اسم مفعول من التحكيم، ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس، أي أن العادة هي المرجع للفصل عند التنازع.

وأما معنى العرف: "فهو المعروف من الإحسان"، والمعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل أو الشرع حُسْنه، والمنكر ما ينكر بهما، ولهذا قيل للاقتصاد في الجود معروف، لما كان ذلك مستحسناً في العقول والشرع.

وقال الجرجاني في تعريفاته: "العرف ما استقر في النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول" ثم قال: "وكذا العادة، وهذا في الحقيقة هو الجامع بين العادة والعرف".

وأما معنى العادة في الاصطلاح فهو يختلف عند الأصوليين عنه عند الفقهاء.

أ-تعريف العادة عند الأصوليين:

عرَّف الأصوليون العادة "بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"؛ لأن التكرار إذا كان ناشئاً عن علاقة عقلية، وهي التي يحكم العقل فيها لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب إن

المؤثر علة لا يختلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع وتحرك ورق الشجر كلما تحرك الريح، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول، يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل الطبع.

ب- تعريف العادة عند الفقهاء:

عرَّف الفقهاء العادة بأنها "عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة".

فكون العادة الأمر المتكرر متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، والأمر المتكرر يشمل كل حادث يتكرر لأن لفظ الأمر من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً.

تطبيقات القاعدة:

1. لو قال شخص في الحال الحاضر لآخر اشتر لي فرس فلان بعشرة جنيهات، ولم يعين النوع فللوكيل أن يشتري الفرس بعشرة جنيهات مصرية، وهي العملة المتعامل بها في فلسطين، وكذا لو قال هذا القول قبل النفير العام، فيحمل على الليرات الفرنسية التي كانت مستعملة حينئذ، ولا يحق للوكيل أن يشتري ذلك الفرس بجنيهات إنكليزية مثلا. إن المادة 230 تذكر أن الأشياء التي تدخل في البيع عادة تدخل في البيع بدون ذكر لها.

2. يدخل ضمن بيع الفرس رسنه، ولو لم يذكر للمشتري أخذه، وكذا يجوز إعطاء أجزاء المسكوكات بدل أصلها في بلدة إذا كان ذلك متعارفا فيها راجع المادة 244.

3. كذلك إذا كان العرف في بلدة في البيع المطلق يدفع مقسطا، يعتبر ثمن المبيع مقسطا حسب العرف. انظر المادة 576.

4. كذا إذا وضع رجل ولده عند صاحب صنعة بقصد تعلمها، ولم يشترط أحدهما على الآخر أجرة، وبعد أن تعلم الولد الصنعة طالب كل منهما الآخر بالأجرة يُعمل بعرف البلدة. فإذا كانت الأجرة عادة على المعلم يجبر عليها، وإن كانت على الصبي المتعلم

يجبر على دفعها للمعلم، وإن كانت العادة لا تقضي على كل منهما يحكم بمقتضاها، انظر المادة .569

5.كذلك يجب على المكاري وضع الحمل داخل الدار أو المخزن إن كان ذلك متعارفا. انظر المادة 575.

6.كذلك استئجار المرضع جائز ؛عملا بالعرف والعادة، مع أنها في الأصل إجارة فاسدة؛ لجهل المنفعة.

القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة محكمة

يندرج تحت هذه القاعدة قواعد فرعية كثيرة، أهمها ما يلي:

أولا: استعمال الناس حجة يجب العمل بها

هذه القاعدة مبينة لقاعدة العادة محكمة. مفادها أن يعني أن وضع اليد على شيء والتصرف فيه دليل على الملك ظاهرا، واستعمال الناس إن كان عاما يعد حجة في حق العموم، وإن كان خاصا ببلدة مثلا، لا يكون حجة، خلافا لمشايخ بلخ، فإنهم يرونه حجة في تلك البلدة، ويكون حينئذ من العرف الخاص الذي يثبت به حكم خاص.

واعتبار الإجماع العمومي الشرعي حجة يعمل بها، إنما هو لاستحالة تواطؤ ذلك الجمع على الكذب والضلال، والحاصل أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ولنص الفقهاء يعد حجة؛ كالبيع بالوفاء وبيع السلم مثلا، فقد اتفق الفقهاء وأجمع الناس على جوازه، لما مست الحاجة إليه مع أنه في الأصل غير جائز.

من تطبيقات القاعدة:

1.إذا استعان شخص على شراء مال وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة، فينظر إلى تعامل أهل السوق، فإذا كان معتادا في مثل هذه الحال أخذ أجرة فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلا، فلا.

2. لو أهدى شخص شيئا؛ كالتفاح مثلا في صحن يجب رد الصحن؛ لأنه يُرد عادة، ولو أهدى بلحا أو عنبا في سل لا يرد السل لصاحبه؛ لجريان العادة بعدم رد السل.

3. كذلك لو تعورف في بلدة وقف المنقول؛ كوقف الكتب الشرعية والعلمية والمصاحف الشريفة حُكِم بجوازه، ويكون الوقف صحيحا مع أن وقف المنقول في الأصل غير صحيح.

ثانيا: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

يعني أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا، كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني المال الفلاني، أو أقر بأنه استقرض منه كذا مبلغا، فلأنه قد أسند ادعاءه وإقراره لسبب مستحيل عادة، فإقراره وادعاؤه غير صحيحين.

وكذلك إذا ادعى من عُرف بالفقر على من عرف بالغنى بأنه استدان منه مبلغا لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع فيه الدعوى وكما لو ادعى أن زيدا ابنه ولا يولد مثله لمثله، وكذا لو أقر إنسان قائلا لفلان عندي ثوب في عشرة أثواب يكون إقراره بثوب واحد لا بعشرة أثواب؛ لأن العشرة أثواب لا يجوز أن تكون ظرفا فالثوب واحد، فإن ذلك ممتنع عادة، وبما أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة فتكون كلمة (في عشرة) لغوا ولا يعمل بها.

ثالثا: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

وأحيانا يعبر عنها بقاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر. وهاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط العرف لكي يعتبر. وهي شرائط: الاطراد، والغلبة، والشيوع.

المراد باطراد العرف هنا: أن يكون العمل به مستمراً في جميع الأوقات والحوادث، بحيث لا يتخلف إلا بالنص على خلافه، ومعنى ذلك أن تكون العادة كلية.

فجريان العرف على تقسيم المهر في النكاح، في بعض البلدان، إلى معجل ومؤجل إنما يكون مطرداً في البلد، إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح، ولا يخرجون عنه إلا عند النص على خلافه.

والمراد من الغلبة هنا: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث أو عند أكثر الناس.

فاشتراط الاطراد والغلبة هو في الحقيقة اشتراط للأغلبية العملية فيه؛ لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث.

والمراد من الشيوع هنا: اشتهار العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس، وأما إذا كان العرف خاصاً، لا يعتد به في الأصح في تخصيص النص أو الأثر، فأولى بذلك العرف النادر استعماله.

وأما إذا تساوى عمل الناس وعدمه بالعادة أو العرف فيسمى حينئذ عرفاً مشتركاً، والعرف المشترك لا يعتبر في معاملات الناس، ولا يصلح مستنداً ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة؛ لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه، فتركهم له أحياناً مماثلة ينقض هذه الدلالة.

وهذان الشرطان شاملان للعرف العام والعرف الخاص، عند من يقول باعتباره، فكلاهما يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطرداً أو غالباً على أعمال أهله، وشائعاً بينهم شيوعاً شاملاً لهم.

رابعا: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

وقد جرت على ألسنة الفقهاء بعبارات مختلفة؛ مثل " الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي " و" المعروف عرفا كالمشروط شرعا "، و" الثابت بالعرف كالثابت بالنص "، و"المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ"، و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".

تعبر هذه القاعدة بصيغها المختلفة عن سلطان العرف العملي العام أو الخاص بطائفة التجار مثلا. فالناظر في نصوص الفقهاء يرى أن للعرف العملي في نطاق تصرفاتهم العادية، ومعاملاتهم المدنية سلطاناً في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، ما لم يصادم ذلك العرف نصاً شرعياً، فالعمل بالعرف عندئذ ملزم؛ لأنه مرجع للأحكام ودليل شرعي عليها حيث لا دليل سواه.

من تطبيقات القاعدة:

1. من اشترى سيارة دخل فيها عُدّتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر في العقد للعرف المتداول والعادة الجارية، إلا إذا نص على خلافه.

2. كذا لو اشترى شخص بقرة فتبين له بعد شرائها أنها غير حلوب وأراد ردها، ينظر إن كان هذا الشخص معروفا أنه ممن يشتري للذبح كأن يكون قصابا لا يجوز له الرد، وإن كان من يشتري لأجل الانتفاع بحليبها ترد.

3. يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه، وأن يقرأ في بعض كتبه بدون إذن صاحب البيت؛ لأنه مباح عرفاً، فلو انكسرت الآنية أثناء استعماله المعتاد أو تلفت بآفة سماوية لا يكون ضامناً لها شرعاً كما يضمن الغاصب، لأنه لا يعتبر متعدياً.

4. ومن ذلك صمت البكر عند استئذانها للزواج لجريان عادة الأبكار بذلك، فسكوتها يعتبر توكيلاً وإذناً منها بالزواج والنص الشرعي مؤيد لذلك.

5. كذلك لو دفع الأب لابنته العروس حليا أو بعض جهاز لبيتها، وادعى بعد العرس أنه إعارة، فإن كان المتعارف في مثل هذه الأحوال أن ما يعطيه الأب يكون إعارة يحكم برده إليه، وإلا فلا ويكون هبة.

خامسا: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

إن تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية؛ لأن ما كان من الأحكام الشرعية مبنياً على عرف الناس وعاداتهم تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمن السابق.

وأما أصل الحكم الثابت بالنص فلا يتغير، فقد أثبت الشرع مثلا خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً ولم يره، وهذا ثابت بالأثر القائل: "من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه".

فبناء عليه، رأى الفقهاء المتقدمون اعتياد الناس في عصرهم بناء الدور على نسق واحد لا تفاوت بين بيوتها، فقالوا: إن رؤية بيت واحد من الدار يغني عن رؤية الجميع في إسقاط الخيار.

ولكن لما اختلفت طُرُز الإنشاءات وصارت الدار يختلف بعض بيوتها عن بعض بحسب عادتهم أفتى المتأخرون بأنه لا بد من رؤية جميعها، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان.

وكذلك أفتى المتأخرون، من علماء الحنفية، بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها؛ بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، والقاعدة إن القول للمنكر مع يمينه، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه.

من تطبيقات القاعدة:

1. رأى الإمام أبو حنيفة رحمه الله عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم، وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه، أما الصاحبان (أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني) وقد شهدا زمنا غير زمنه تفشت فيه الأخلاق الفاسدة، فرأيا لزوم تزكية الشهود سرا وعلنا، ومجلة الأحكام العدلية قد أخذت بقولهما وأوجبت تزكية الشهود.

2. وكذا من القواعد أن لا يجتمع أجر وضمان، إلا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا أن الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم والأوقاف والتعدي عليها ،كلما سنحت لهم فرصة، أوجبوا ضمان منافع المال المغصوب العائد للوقف واليتيم قطعا للأطماع.

3. منها اعتبار عقد الملكية حين التسجيل ولو لم يتسلم المشتري العقار أو يخليه له البائع.

سادسا: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق: ولذلك قالوا: "لا عبرة بالعرف الطارئ".

هذه القاعدة تعبر عن شرط آخر من شروط اعتبار العرف وهو: كونه سابقاً للحكم في الوجود لا تالياً له متأخراً عنه، وأن يحمل الحكم على العرف الموجود وقت التلفظ، فلا يجوز أن يحمل حكم حدث سابقاً على عرف حدث متأخراً؛ لأن النصوص التشريعية يجب أن تفهم مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع أو العاقد، ولا اعتبار بتبديل مفاهيم اللفظ في الأعراف المتأخرة.

من فروع القاعدة:

1. لفظ في سبيل الله، ولفظ ابن السبيل مثلا، من آية مصارف الزكاة لها معنى عرفي إذ ذاك وهو مصالح الجهاد الشرعي أو سبل الخيرات في الأول، ومن ينقطع من الناس في السفر، في الثاني، فلو تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير فأصبح سبيل الله مثلاً، معناه طلب العلم خاصة، وابن السبيل الطفل اللقيط مثلاً، فإن النص الشرعي يبقى محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولاً به في حدود ذلك المعنى لا غير، ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الطارئة، ولأن العبرة بالعرف المقارن السابق لا المتأخر أثرت العادة الغالبة في المعاملات لكثرة وقوعها، ولم تعتبر في التعليق والإقرار والدعوى، إذ يبقى الشرط في التعليق على عمومه ولا يخصه العرف الطارئ عليه؛ لأن انعقاده إنما هو على العرف المقارن للتلفظ لا على العرف الحادث بعده.

2. فلو كان العرف في بلدة على بيع رأس الغنم وأكله فقال لزوجته: إن أكلت رأساً فأنت طالق، ثم تعورف فيها أكل رأس البقر فأكلت بعد تبديل العرف رأس البقر، قالوا: لا يقع الطلاق، لأن اليمين انعقدت على رأس الغنم بحسب العرف المقارن للتعليق، فلا يتغير بالعرف المتأخر.

سابعا: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

يفهم من هذه المادة أن إشارة الأخرس المعهودة منه؛ كالإشارة باليد أو الحاجب هي كالبيان باللسان؛ لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس، ولكان عرضة للموت جوعا.

ويفهم من إيراد هذه المادة مطلقة أن إشارة الأخرس تكون معتبرة سواء كان عالما بالكتابة أو غير عالم؛ لأن الكتابة والإشارة بدرجة واحدة تقريبا من حيث الدلالة على المراد، وإليك ما يختلفان فيه من النقاط.

فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث إنها تتضمن ما يقصده الكاتب عينا، والإشارة مقدمة على الكتابة من حيث إنها تكون بالرأس واليدين وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للإعراب عن ضميره.

فعليه قد جُعل للأخرس الخيار بين أن يستعمل الكتابة في التعبير عن أفكاره؛ لأنه لا مرجح لواحدة منهما على الأخرى (تكملة البحر)، على أنه قد قال ابن الهمام إشارة الأخرس المقصودة في الكلام هي الإشارة المقارنة لتصويته؛ لأن الأخرس من عادته عند التعبير عن شيء أن يقرن الإشارة (بالتصويت). وقد زاد الحموي عليه بقوله: ويشترط أن تكون قراءة الأخرس مقرونة بالتصويت.

هذا وإشارة الأخرس إذا كانت غير معلومة يحقق من أقاربه وأصدقائه وجيرانه عما يقصد بها ولا ريب في أنه يجب أن يكون المستخبر منهم عدولا موثوقي الشهادة، وقد قال شراح الهداية أن الإشارة التي تصدر من الأخرس على نوعين:

الأول: تحريك الأخرس رأسه عرضا، فهذه الإشارة إشارة الإنكار.

الثاني: تحريك الأخرس رأسه طولا، وهي إشارة الإقرار.

وهاتان الإشارتان إذا كانتا معروفتين للأخرس تعد الأولى إذا صدرت منه إنكارا والثانية إقرارا، على أن الأخرس إذا كان ممن يحسن الكتابة فكتابته معتبرة كإشارته المعروفة. وقد قيدت الإشارة في هذه المادة بالأخرس؛ لأنه كما ورد في المادة (1586) لا تعتبر إشارة الناطق، كما لو قال شخص لناطق: هل لفلان عليك كذا دراهم؟ فلا يكون قد أقر

بالدراهم إذا خفض رأسه، كذا لو باع شخص مال شخص ناطق فبلغه الخبر، وبينما هو يفكر ويتأمل خاطبه شخص بقوله: هل تجيز البيع.؟ فحرك رأسه طولا علامة الموافقة للأخرس، فلا يعتبر ذلك منه إجازة للبيع.

وقد وردت هذه المادة في الأشباه، وهي: الإشارة من الأخرس مقيدة وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع، وإجارة، وهبة ورهن، ونكاح، وطلاق، وإبراء، وإقرار، وقصاص، والحاصل أنه يحق للأخرس بإشارته المعهودة أن يأتي كل ما يأتيه الناطقون، يعقد أي عقد أراد، يجيز، ويقر، وينكل عن حلف اليمين، ويوكل بإدارة أموره، وذلك بمقتضى المادة (174 و 436 و 1586) هذا وإذا نظمت وصية الأخرس بحضوره، وخاطبه الحاضرون قائلين له هل نشهد عليك، فأشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة بأنها إشارة له على الموافقة، يكون قد أوصى بما في الوصية.

بيد أن الخرس على نوعين: خرس أصلي، وخرس عارض. وبما أنه قد جاء في المادة ذكر الأخرس بدون تعيين فهي شاملة للاثنين، إلا أنه لما كان المقصود في المادة حقيقة هو الخرس الأصلي والخرس العارض يسمى (اعتقال اللسان) وهو يحدث للإنسان بمرض أو خوف أو سقوط من شاهق أو غير ذلك، وربما زال فانطلق اللسان، ولما كانت الإشارة إنما جوزت للضرورة، والضرورة لا تكون إلا عند اليأس من انطلاق اللسان، فإشارة معتقل اللسان لا تعتبر، ولا تتخذ حجة بحقه، ولكن إذا استدام الاعتقال في إنسان حتى موته، فإقراره قبل موته بإشارته المعروفة يكون معتبرا، كما لو كان أخرس أصليا. على أن إشارة الأخرس وكتابته إنما تعتبران وتتخذان حجة في المعاملات الحقوقية فقط، فشهادة الأخرس إشارة وكتابة لا تعتبر في العقوبات عملا بقاعدة "وجوب درء الحدود بالشبهات". ا.هـ.

قائمة المراجع والهوامش:

1راجع: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي الحموي(ت: نحو 770هـ): 510/2، المكتبة العلمية – بيروت، د.ت.

2الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أبو البقاء الحنفي (ت: 1094هـ)، ص 702، تحقيق عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة – بيروت.د.ت.

3 موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي الحنفي التهانوي (ت: بعد 1158هـ): 1295/2، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ط1- 1996م.

[4]التعريفات، علي بن محمد الجرجاني (ت: 816هـ)، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط1، 1403هـ -1983م.

[5] المصباح المنير: 510/2.

[6] غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي الحنفي (ت: 1098هـ):51/1، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ - 1985م.

[7] المرجع ذاته: 51/1.

[8] راجع: القواعد الفقهية، د.علي أحمد الندوي، ص41، دار العلم-دمشق، 1986م.

[9] راجع: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، رقم 79: 965/2، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، 76، مؤسسة الرسالة، ط16، 1424هـ-2003م.

[10] راجع: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، رقم23: 329./1

[11] الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت : 182هـ)، فصل موات الأرض، ص 78، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، سعد حسن محمد، د.ت.

[12] وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان:48/3، تحقيق، إحسان عباس، دار صادر – بيروت، د.ط.

[13] راجع: المدخل الفقهي العام، رقم 80: 969/2 وما يليها.

[14] انظر المدخل الفقهي العام، 4/79: 969./2

[15] أنوار البروق في أنواء الفروق: 3/1، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.

[16] انظر المدخل الفقهي العام، رقم 259/1:1/18-260.

17 انظر تاريخ التشريع الإسلامي للأستاذة سايس والسبكي والبربري في نهايته ص322 نقلا عن الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام: 307/1 وما يليها، بند 6/22.

18فيما يلي أصل النص بالإنجليزية: " Because of the recognized flexibility and importance of Muslim law the comparative study by the international far association must be adopted and encouraged.

19 في مجلة القضاء العراقية (ع01، ص 02، مارس، 1936)، ومنقولة في العددين 06-07، ص 01، من مجلة نقابة المحامين بدمشق

20 الموافقات في أصول الأحكام: 323/2.

21 شرح القواعد الفقهية، ص 47، نقلا عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، د. علي أحمد الندوي: 42/1، توزيع دار عالم المعرفة، 1419هـ-1999م.

22 انظر: جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري (ت: 310هـ): 529/4، 8/5، تحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420 هـ - 2000م.

23 انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ص .77

24 موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، د.علي أحمد الندوي: 42/1.

25 موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، د. علي أحمد الندوي، ص 42-43، وقد عزاه إلى الموسوعة: 97./10

26 المرجع ذاته، ص 43، عزاه إلى المنثور في القواعد: 140./3

27 اختلاف الفقهاء، محمد بن نصر المَرْوَزِي (ت: 294هـ)، ص 315-316، تحقيق د. محمد طاهر حكيم، نشر أضواء السلف، ط1، 1420هـ -2000م.

28 انظر المدخل الفقهي العام للزرقا، رقم 5/81: 980/2-981.

29 المبسوط للسرخسي: 201/12، دار المعرفة – بيروت، د.ط، 1414هـ - 1993م.

30 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني: 29/6، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ - 1986م.

31 القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، ص 75، دار الفكر – دمشق، ط1، 1427هـ - 2006م، والقواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف:450/1، منشورات الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة-المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ/2003م. حيث أحال على: حاشية رد المحتار 16/3، 507/4، وشرح الخرشي مع حاشية العدوي 32/4، 8/5، وروضة الطالبين 336/3، 54/8، والمغني 308/6، 463/9، 372/10-373.

[32] انظر الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 2482/4 وما يليها.

[33] انظر قواعد الفقه، د. محمد الروني، ص 205، دار القلم- دمشق، مجمع الفقه الإسلامي-جدة، ط1، 1419هـ-1998م.

[34] بدائع الصنائع للكاساني: 196/6.

[35] بدائع الفوائد لابن القيم: 274/3 المسألة الثانية عشر.

[36] انظر الإحكام للأمدي: 181/3، وروضة الناضر لابن قدامة، ص 79.

[37] انظر قواعد الفقه، د. محمد الروني، ص .184

[38] انظر القواعد الكبرى للمقري المالكي(ت: 758هـ):291/1، القاعدة السابعة والستون، منشورات مركز إحياء التراث، جامعة أم القرى، دون تاريخ أوطبعة،

[39] انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، الدكتور محمد صدقي الغزي، ص 177-178، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط4، 1416هـ - 1996م.

[40] المادة 09: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ت: 1353هـ)، ترجمة فهمي الحسيني: 26/1، دار الجيل، ط1، 1411هـ - 1991م.

[41] درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: 26/1.

42 انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، الدكتور محمد صدقي الغزي، ص 185-186.

43 رواه البيهقي بإسناد صحيح. سبل السلام شرح بلوغ المرام محمد بن إسماعيل الصنعاني(ت:1182هـ): 588/2، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

[44] انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري؛ لبن حجر العسقلاني: 283/5.

[45] انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، ص 181.

[46] راجع درر الأحكام شرح مجلة الأحكام: 28./1

[47] انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، ص 314 وما يليها.

[48] انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، ص 318.

[49] شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت: 793هـ)، ص 164، مكتبة صبيح بمصر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

[50] المبسوط: 67/7، دار المعرفة – بيروت، بدون طبعة، 1414هـ - 1993م.

[51] انظر الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، ص .319

[52] انظر درر الأحكام، ص61، الوجيز في قواعد الفقه الكلية، ص .321

[53] انظر درر الأحكام، ص62، الوجيز في قواعد الفقه الكلية، ص .322

[54] لم أجده مرفوعا وأخرجه أحمد موقوفا على ابن مسعود بإسناد حسن وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأخرجه أيضا من وجه آخر عن ابن مسعود: انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية؛ لابن حجر العسقلاني (ت : 852هـ): 187/2 ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة-بيروت، د.

[55] انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر: 509/9، دار المعرفة - بيروت، 1379، وقد ورد في الصحيح في البيوع والنفقات والأقضية وغيرها.

[56] الوجيز في قواعد الفقه الكلية، ص 273 وما يليها.

[57] انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية :46/1.

[58]. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 46/1.

[59] درر الحكام شرح مجلة الأحكام : 47/1.

[60] راجع الوجيز في قواعد الفقه الكلية، ص 295 وما يليها.

[61] انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 51/1، والوجيز في قواعد الأحكام، ص 307.

[62] أخرجه الدارقطني في سننه:نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت: 762هـ): 9/4، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان- بيروت -لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة – السعودية، ط1، 1418هـ/1997م.

63 انظر درر الحكام: 47/1 وما يليه، والوجيز في قواعد الأحكام، ص 310 وما يليها.

64 انظر الوجيز في قواعد الأحكام، ص 297 وما يليها.

[65] انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية: 70/1 وما بعدها.