

أ: بلحوت علي
تتمة محاضرات في مادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية
السنة الأولى حقوق
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة جيجل-

الفصل الثالث :الأدلة المختلف فيها

قد تكون الأدلة المتفق عليها غير كافية في تفصيل الأحكام كل ما يجد من وقائع فنلجأ إلى أدلة أخرى

تسمى بالأدلة المختلف فيها وهي التي سوف نتناولها ضمن هذا العنصر.

أولاً: المصالح المرسلة

تعريف المصلحة:

المصلحة لغة: ضد المفسدة

المصلحة اصطلاحاً: المصلحة هي جلب منفعة ودفع مفسدة

فالمصلحة لها جانب إيجابي هو جلب المنفعة وجانب سلبي وهو دفع المفسدة، وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط، فيعرف معها درء المفسدة ولهذا يقول الفقهاء (دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة).

أقسام المصلحة:

قسم العلماء المصلحة عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فتقسيم باعتبار الشارع لها وعدمه، وآخر باعتبار مقدار حاجة العالم وصلاحه إليها، وهناك تقسيمات أخرى. أولاً-تقسيمها باعتبار الشارع لها وعدمه:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: معتبرة وملغاة ومرسلة.

أ-المصلحة المعتبرة: وهي المصالح التي اعتبرها الشارع وقام الدليل منه على رعايتها، فهذه المصالح حجة ولا إشكال في صحتها ولا خلاف في إعمالها ويرجع حاصلها إلى القياس؛ فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ودل على المصلحة التي قصد بها هذا الحكم، وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه، لما في هذا الربط من تحقيق مصلحة، فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة يحكم فيها بحكم الشارع بواقعة النص، وهذا حكم القياس¹.

ب-المصلحة الملغاة: هي المصلحة التي ألغاهها الشارع الحكيم وقامت الأدلة الشرعية على بطلانها عدم اعتبارها والالتفات إليها في التشريع، ولا خلاف بين العلماء في أن المصالح الملغاة لا يصح التعليل بها وبناء الأحكام عليها لأن الشارع الحكيم لما ألغاهها ولم يعتبرها فإنما ألغاهها نظراً لما فيها من مفسد راجحة ومن ثم اعتبرها مفسد. فإذا نص الشارع على حكم واقعة لمصلحة استأثر بعلمها وبدى لبعض الناس حكم فيها مغاير لحكم الشارع لمصلحة توهموها ولأمر ظاهر تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نفعاً أو يدفع ضرراً فإن هذا الحكم مرفوض لأن هذه المصلحة التي توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ولا يصح التشريع بناء عليها لأنها معارضة لمقاصد الشارع، والعبرة في المصلحة والمفسدة بما يراه الشارع الحكيم وليس بما يراه الناس. ومن أمثلة المصالح الملغاة:

1- مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا فقد ألغاهها الشارع الحكيم بما نص عليه من حرمة الربا، فلا يصلح الربا طريقاً لاستثمار المال وزيادته.

2- ما يدعى من مصلحة اقتصاد البلاد في تصنيع الخمر وتعاطيها والتعامل بها وقد أشار القرآن إلى هذه المصلحة فقال تعالى : (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما).

ج-المصالح المرسلة: وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، فإن حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم –أي تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً- فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى: المصلحة المرسلة، فوجه أنه مصلحة هو أن بناء الحكم عليه هو مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة لأن الشارع أطلقها فلم يقيد بها باعتبار ولا إلغاء²، وسيأتي بحثها مفصلاً، إن شاء الله.

¹ - انظر مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، دمشق: دار البخاري، د ط، د ت، ص 32.

² - مصطفى ديب البغا، مرجع سابق، ص 35.

ثانيا -تقسيمها باعتبار مقدار حاجة بقاء العالم وصلاحه إليها: وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ضرورية وحاجية وتحسينية.

أ-الضرورية: هي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

وأحصى العلماء هذه الضروريات في خمس: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة.

فلو اختل واحد من هذه الأمور لاختلت لأجله الحياة، فإذا فقد المال ما عاش إنسان ولا كانت حياة، ولو فقد النسل لبقيت الدنيا إلى أجل محدود حتى ينتهي الجيل الذي عليها أو لاختلط الناس وبعد العطف وكان كل واحد همه نفسه، ولو اختل العقل لاختلت الدنيا وكانت دنيا حيوان أعجم لا دنيا إنسان مفكر، ولو اختلت النفس وأهدرت لما هدأت الحياة ولا بقيت، ولو ذهب الدين لعادت فوضى الجاهلية وعاش الناس في قلق واضطراب، من أجل ذلك جعل العلماء هذا القسم مما تدعو ضرورة الحياة إلى حفظه، وهذا القسم يجري في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات، شرع الله لحفظ هذه الضروريات أحكاما لوجودها، وأخرى للمحافظة عليها حتى لا تنعدم بعد الوجود.

فالإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج شرعت لحفظ دين الله وجودا، وجهاد الكفار وقتل المرتدين وقتال مانعي الزكاة وجاحدي شيئا من ذلك لحفظه من العدم، والعادات كالأكل والشرب واللباس وما شاكل ذلك لحفظ النفس والعقل وجودا، والقصاص والديات وحد الشرب لحفظهما من العدم، والمعاملات وهي ما كانت راجعة إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الأبدان مثل البيع والشراء والإجارة والهبة والعارية¹ والنكاح شرعها الله لحفظ النسل والمال وجودا، وحد السرقة والزنا والتضمين للأموال وغيرها لحفظهما من العدم.

ب-الحاجية: ومعناها أنه مفقود إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب بحيث لو فقدت لما اختل النظام ولما وقع جميع الناس في الحرج والمشقة بل البعض فقط، فعدم مراعاتها يدخل الحرج على الناس في الجملة، وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات كذلك.

ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر، فلو لم يشرع ذلك لم يلحق الناس كلهم الحرج، بل يلحق بمن قامت بهم أسباب هذه الرخص فقط، كالمريض والمسافر مثلا.

وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال، فلو لم يشرع إباحة الصيد مثلا لم يلحق الحرج إلا بمن هو في حاجة إليه.

وفي المعاملات كسائر المعاملات التي لا يتوقف عليها حفظ النفس وغيرها من الضروريات كالقراض والسلم والمساقاة والعرايا²، فإن هذه الأشياء لو لم تشرع لم يلحق الضرر إلا بمن هو في حاجة إليها فقط.

¹ - الإجارة: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض.

الهبة: هي تملك رشيد ذاتا تنقل شرعا بلا عوض.

العارية: هي تملك منافع الشيء المستعار.

² - القراض: هو دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه.

وفي الجنايات كالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناعات وما أشبه ذلك.
ج- التحسينية: ومعناها "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"¹، وهي جارية فيما جرت فيه الأوليان:
ففي العبادات كإزالة النجاسة وبالجملات الطهارة كلها- وستر العورة وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات وما أشبه ذلك.
وفي العادات كآداب الأكل والشرب، ومجانبة المأكول النجسات والمشارب المستخبثات، والإسراف والإقتار في المتناولات.
وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات وفضل الماء والكأ، وسلب المرأة منصب الإمامة وإنكاح نفسها.

وفي الجنايات كالمنع من قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد.
وإن كل مرتبة من هذه المراتب الثلاث ينضم إليها ما هو كالتتمة والتكملة، وشرط كون هذه تكملة، أنه إذا فقد لم يخل بحكمة المكملة الأصلية.
ففي الضروري كالتماثل في القصاص فإنه لا تدعو إليه ضرورة ولا تظهر فيه شدة حاجة ولكنه مكملة لحكمة القصاص، وكذلك نفقة المثل وأجرة المثل وقراض المثل والمنع من النظر إلى الأجنبية وشرب قليل المسكر وإظهار شعائر الدين كصلاة الجماعة.
وفي الحاجي كاعتبار الكفء ومهر المثل والجمع بين الصلاتين في السفر الذي تصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله: فهذا وأمثاله كالمكمل لهذه المرتبة بحيث لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف.
وفي التحسيني كآداب الأحداث، ومندوبات الطهارة، وترك إبطال الأعمال المدخول فيها وإن كانت غير واجبة، والإنفاق من طيبات المكاسب.
ومن ذلك أن الحاجيات كالتتمة للضروريات، وكذلك التحسينيات كالتكملة للحاجيات، وشرط اعتبار هذه التكملة أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، لأن إبطال الأصل إبطال للتكملة، لأنها كالصفة مع الموصوف، فاعتبارها حينئذ مؤد إلى عدم اعتبارها. وكذلك لو قدرنا تقديراً أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت.

وبيان ذلك أن حفظ النفس ضروري، وحفظ المروءات مستحسن، فحرمت النجاسات حفظاً للمروءات، فإذا دعت ضرورة إلى حفظ النفس بتناول النجس كالميتة مثلاً، قدم ذلك على حفظ المروءة، لأن حفظ المروءة إذا أدى إلى ضياع حفظ النفس الذي هو ضروري، ضاع الأصل، وضاع حفظ المروءة بضياعه².
حجية المصلحة: دل الكتاب والسنة إجمالاً على أن المصلحة واجب اعتبارها، وطلب من المكلفين تحصيلها، كما انعقد الإجماع الصحيح على ذلك، والمعقول يؤيد ذلك كله.

1- الكتاب: فيه آيات كثيرة بين المولى فيها سبحانه وتعالى ما يترتب على المشروعات من مصالح وعلى المنهيات من مفسدات، مشيراً بهذا جل علاه إلى اعتبار الأولى وترك الثانية، وأن

السلم: هو بيع موصوف مجل في الذمة بغير جنسه.

المساقاة: هو عقد على القيام بمؤونة شجر أو نبات بجزء من غلته بصيغة.

الغرايا: جمع غارية وهي تملك منفعة مؤقتة بلا عوض.

¹ - الشاطبي، الموافقات، المرجع نفسه، ج2 ص9.

² - انظر الشاطبي، الموافقات، المرجع نفسه، ج2 ص7-12، وشلي، تحليل الأحكام، مرجع سابق، ص282-284 بتصرف.

المصالح يجب تحصيلها لأن الأحكام شرعت لذلك، وأن المفسد يجب درؤها لأن الحدود والعقوبات والزواج ما شرعت إلا لإخلاء العالم منها، وفي الكتاب آيات دلت على اعتبار المصالح مطلقاً منها.

أ-قال تعالى: (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين)¹، وإنما يكون إرسال الرسول رحمة لهم إذا كانت الشريعة التي بعث بها إليهم وافية بمصالحهم متكفلة بإسعادهم، وإلا لم تكن بعثته رحمة لهم بل نقمة عليهم، فكأنه عز وجل يقول لنبيه: إن ما بعثت به سبب لسعادة الدارين ومنشأ لانتظام مصالحهم، فمن قبل هذه الرحمة وشكر النعمة سعد في الدنيا والآخرة، ومن ردها وجدها خسر الدنيا والآخرة.

ب-قوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون) ، قال العز بن عبد السلام: "أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفسد بأسرها قوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون)، فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله: (إن الله يأمر بالعدل)، ولا يبقى من دق الإحسان وجله شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان، والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغى عامة مستغرقة لأنواع الفواحش ولما يذكر من الأقوال والأفعال، وأفرد البغى وهو ظلم الناس بالذكر مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، فإن العرب إذا اهتموا أتوا بمسميات العام، ولهذا أفرد البغى وهو الظلم مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، كما أفرد إيتاء ذي القربى بالذكر مع اندراجه في العدل والإحسان"².

وهاتان الآيتان وما في معناه إضافة إلى الآيات الأخرى الواردة في مصالح جزئية تدل على اعتبار الشارع للمصلحة.

2-السنة: الأحاديث الدالة على اعتبار المصالح كثيرة منها ما روي عن عائشة رضي الله عنها- : "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً"، والحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) فهذا يقتضي رعاية المصالح إثباتاً والمفسد نفياً، إذ الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة، لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما، ولأن دفع المفسدة نوع من المصلحة.

كما امتنع الرسول صلى الله عليه وسلم عن فعل الشيء لما يترتب على فعله من مفسدة أعظم من مصلحته، فهو بهذا يشرع تشريعاً عاماً لجلب المصالح ودفع المفسد ويضع قاعدة عامة لذلك ليطبقها أولو الأمر من العلماء فيما بعد، وهو الموازنة فيما يعقب الأمر من مصلحة ومفسدة ويعملوا بالراجح منهما، وذلك كحديث: (لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم)، وكحديث: (لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة).

3-الإجماع: أفتى بالمصلحة كثير من الصحابة والتابعين وتابعيهم عصراً بعد عصر، ولم ينكر عليهم أحد في ذلك، وإلا لنقل إلينا ولم ينقل، ومن أنكر ظناً منه أن هذا يخالف شريعة الله رجع عن إنكاره بعدما بين له ما في هذه الفتيا من مصلحة راجحة كما حصل في مسألة الغنيمة في عهد عمر رضي الله عنه وغيرها.

¹ - الأنبياء 107.

² - العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج2 ص161.

4-المعقول:

أ-أنه مما لا يشك فيه عاقل أن الله تعالى راعى مصلحة خلقه في مبدئهم ومعاشهم، ومن المحال أن يراعي هذا ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية، إذ هي أهم، فكانت بالمراعاة أولى، ولأنها أيضا من مصلحة معاشهم لأنها صيانة أموالهم ودماءهم وأعراضهم ولا معاش لهم بدونها، فوجب القول بأنه راعاها لهم، وإذا ثبت رعايتها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه.

ب-"من تتبّع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن المصلحة لا يجوز إهمالها وأن المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك، ومثل ذلك كمن عاشر إنسانا من الفضلاء الحكماء العقلاء، وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها، فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته وألفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة"¹.

مجال العمل بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام عليها.

مجال العمل بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام عليها إنما هو قسم العادات أي مجال معاملة الناس بعضهم بعضا عندما لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة أو إجماع ولا قياس تلحق به . وعلى ذلك فلا مجال فيما إذا كان الحكم من قبيل العبادات لأن مجال العبادات سبيلها التوقيف فلا مجال فيها للاجتهاد والرأي والزيادة عليها ابتداء في الدين والابتداء محرم. ويلحق بالعبادات كل ما كان في معناها مما ليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة فيه مثل المقدرات الشرعية كالحدود ، الكفارات ، فروع الميراث .

ثانيا: الذرائع

تعريفها: لغة:

الذرائع جمع ذريعة وهي الوسيلة الموصلة إلى الشيء أو المؤدية إليه ومن ثم فإن التذرع بالذريعة هو التوسل بالوسيلة².
اصطلاحا:

الذرائع في اللغة ما يكون طريقا لمحرّم أو لمحلل.

وهي بهذا المعنى: يتصور فيها الفتح كما يتصور فيها السد، ومن هنا يظهر أن ما اعتاده أكثر الأصوليين من تخصيص اسم على ذرائع الممنوع -أي الوسيلة المؤدية إلى الفساد- ولقبوها بقاعدة سد الذرائع، مجرد اصطلاح ، وإلا فإن الشارع كما أمر بسد ذرائع الفساد، عمد إلى ذرائع

¹ - العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج1ص159.

² - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دط، بيروت : دار الكتاب العربي، د ت، ج2 مادة ذرأ.

المصالح ففتحتها، فإن استقراء الشريعة دل على أن الأفعال الموصلة إلى المفسدة ينهى عنها، والأفعال الموصلة إلى المصالح يطلبها الشارع و يأذن فيها.

وثانيهما: وسائل، وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم، فالطريق إلى الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح وما لا يؤدي الواجب إلا به فهو واجب¹، فالزنا حرام، والنظر إلى عورة المرأة الذي يفضي إليه حرام أيضا، والجمعة فرض فترك البيع لأجل أدائها واجب لأنه ذريعة إليها، والحج فرض والسعي إليه فرض مثله عند المقدرة عليه.

أقسام الذرائع

أولا: أقسام الذرائع:

عند الإمام القرافي: يقول الإمام القرافي رحمه الله: "وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية بل الذرائع ثلاثة أقسام:

أ- قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها.

ب- وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى.

ج- وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا كبيع الأجل عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول أنه أخرج من يده خمسة دراهم وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك، والشافعي يقول ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره، فيجوز ذلك، وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك وخالفه فيها الشافعي، ولذلك اختلف في النظر إلى النساء، أبحر لأنه يؤدي إلى باطل الزنا، أم لا يحرم، وحكم القاضي بعلمه أبحر لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من قضاة السوء أم لا يحرم، كذلك اختلف في تضمين الصناع لأنهم يؤثرون في السلع بصناعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها أربابها فيضمنون سدا لذريعة الأخذ، أم لا يضمنون لأنهم أجراء، وأصل الإجارة على الأمانة، وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه، وهو كثير في هذه المسائل، فنحن قلنا بسد الذرائع، ولم يقل بها الشافعي، وليس سد الذرائع خاصا بمالك، بل قال به هو أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه².

ثانيا: تحرير محل النزاع:

ما أجمع على سده هو ما كانت المفسدة فيه راجحة على المصلحة وكانت مع ذلك مقطوعة أو غالبية الوقوع، كحفر بئر في طريق عامة للناس، وكالأمتلة التي ذكرناها فيما سبق.

وما كان مجمعا على عدم منعه، هو ما كانت المفسدة فيه على العكس من ذلك، بأن كانت دون المصلحة في الأهمية أو كانت موهومة الوقوع، وذلك كمصلحة زراعة العنب مع إمكان اتخاذ بعض الناس له سكرا، فلو منع الناس من زراعة العنب لفاتت عليهم بذلك مصلحة أهم من المفسدة المتوقعة بزراعته، على أنه لا توجد في العادة مصلحة عارية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر دور المفسدة بدليل القضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم فيها.

¹ - المرجع نفسه، ص 288.

² - القرافي: الفروق، د ط، بيروت: عالم الكتب، د ت، ج 2، ص 32، 33.

وما اختلف فيه، وهو ما كانت مفسدته غير مضمونة الوقوع، ولكن يكثر في الناس التذرع إليها، كمثال بيع الأجل وهذا القسم موضع اختلاف العلماء، أيؤخذ به فيبطل التصرف ويحرم الفعل ترجيحاً لجانب الفساد، أم لا يؤخذ به فلا يفسد العقد، ولا يحرم الفعل أخذاً بالأصل، وهو الإذن بالفعل.

لقد رجح أبو حنيفة والشافعي جانب الإذن ولم يحرموا الفعل، ولم يفسدا التصرف، وذلك لأن الفساد ليس غالباً، فلا يرجح جانبه، ولأن أساس التحريم أو البطلان هو أنه ذريعة إلى باطل فاسد حرام، ومع عدم الغالبية والقطعية لا يكون العقد أو الفعل ذريعة للبطلان، فلا موجب للتحريم، ولأن الأصل هو الإذن، ولا يعدل عنه إلا بقيام دليل على الضرر فيه، ومادام الأمر ليس غلبة ظن فإن أصل الإذن باق.

وأما مالك وأحمد فقد قررا أن الفعل يحرم، والعقد يبطل للاحتياط

الاحتجاج بسد الذرائع:

المشهور أن مالكا وأحمد -رحمهما الله- هما اللذان يقولان بسد الذرائع، بينما يخالفهما في ذلك أبو حنيفة والشافعي -رحمهما الله-.

ومما لا شك فيه أن مالكا -رحمه الله- يقول بسد الذرائع، بل إنه أكثر من العمل به وتلاه في ذلك الإمام أحمد -رحمه الله-.

وذكر العلماء في حجية هذا الأصل عدة أدلة أهمها:

1- قال تعالى: (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم)¹.

وجه الدلالة: منع الله سبحانه وتعالى من سب آلهة المشركين، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب، بالنظر إلى ما يتوقع -في غالب الظن- من مقابلة المؤمنين بمثل ذلك، من سب رب العالمين سبحانه، فمنعت هذه الذريعة نظراً إلى هذا المآل لا إلى الباعث، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهي هنا تصريح بالمنع من الجائر أو الواجب، لئلا يكون سبها في فعل ما لا يجوز².

2 - قال تعالى: (يأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرونا واسمعوا ...) ³.

وجه الدلالة: نهاهم الله سبحانه وتعالى أن يقولوا هذه الكلمة "راعنا" مع قصدهم بها الخير لئلا يكون قولهم ذريعة إلى التشبه باليهود في أقوالهم وخطابهم، فإنهم كانوا يخاطبون بها النبي صلى الله عليه وسلم ويقصدون بها السب، يقصدون فاعلاً من الرعونة، فنهى المسلمين عن قولها سداً لذريعة المشابهة، ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي صلى الله عليه وسلم تشبهاً بالمسلمين، يقصدون بها غير ما يقصده المسلمون، ولئلا يخاطب بلفظ يحتمل معنى فاسداً⁴.

3- كف النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المناققين مع ظهورهم ووضعهم الفتن خلال المسلمين في الشدائد، لأن قتلهم ذريعة لأن يقال إن محمداً يقتل أصحابه، وذلك يطمع الكافرين في المؤمنين، ويجعلهم يصرون على الجحود والفساد رجاء أن يجدوا ضعفاً.

1 - الأنعام 38.

2 - الدررني، نظرية التعسف، المرجع السابق، 186، ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج3 ص177، ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3 ص358.

3 - البقرة، 109.

4 - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج3 ص178.

4 – ومنها النهي عن قطع أيدي المنافقين في الغزو حتى لا يلتحقوا بالمشركين، ولأجل ذلك يمنع أمير الجند من إقامة الحدود¹.

5 – ما رواه حميد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "من الكبائر شتم الرجل والديه، قالوا يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه ؟ قال: نعم ، يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه"²، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل سابا لأعنا لأبويه بتسببه إلى ذلك. الذريعة تأخذ حكم ما أفضت إليه

والثمرة التي تترتب على العمل بمبدأ الذرائع، أن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد، أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أفضت إليه، ولو كان تكييفها الشرعي في الأصل غير ذلك.

وعلى هذا فالمحظور مثلا إذا أدى إلى مصلحة مؤكدة، وكانت المصلحة أربى من الضرر الناشئ عن المحظور، أو بعبارة أدق، وكان الضرر الذي يدفع بتحقيق هذه المصلحة أكبر من الذي ينشأ من ارتكاب المحظور، صار ذلك المحظور في أصله في مرتبة المأذون به لتحقيق تلك المصلحة، أو لتحقيق دفع الضرر الأكبر. ومن أمثلة ذلك :

1 – دفع مال للمحاربين فداء للأسرى المسلمين.

2 – دفع شخص مالا لآخر على سبيل الرشوة أو نحوه ليتقي به معصية يريد الظالم أن يوقعها وضررها أشد من ضرر دفع المال³.

الفصل الرابع: القواعد الفقهية.

تعريف القواعد الفقهية:

القاعدة في الاصطلاح العام – فقهية وغير فقهية- هي كما عرفها الفيومي: "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"⁴، وعرفها الشريف الجرجاني بأنها: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"⁵.

وهذين التعريفين – وما شابههما- عامين لا يختصان بالقاعدة الفقهية، كما أن القاعدة الفقهية كغيرها من القواعد الأخرى لا تنطبق على جميع الجزئيات، وإنما هي حكم أغلبي، إذ أن كثيرا من القواعد تشذ عنها بعض المسائل فتعد مستثناة منها، ولا بقدر ذلك في كونها قاعدة.

¹ – أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 289.

² – متفق عليه.

³ – الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق.

⁴ – المصباح المنير، ج 2 ص 74.

⁵ – التعريفات، 171.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقاء بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"¹.

ومن هنا نتضح لنا معالم القاعدة الفقهية:

فهي من حيث المعنى: مجموعة فروع وجزئيات تحتكم إلى أصل واحد، وتنضبط بأساس واحد يشملها جميعا أو يشمل أغلبها.

وهي من حيث المبنى والصياغة، تصاغ في أوجز العبارات مع "عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم"².

وهي من حيث الرتبة والمنزلة: القسم الثاني لأصول الشريعة -بعد أصول الفقه- من جهة، وهي تأتي بعد مرتبة الأصول وقواعد الشرع العامة من جهة ثانية³.

وهذه القواعد الفقهية هي، كما سبق أن قلنا: أحكام أغلبية غير مطردة، لأنها تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها. والقياس كثيرا ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح ودرء المفاسد، ودفع الحرج.

ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالترحيل على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاما استحسانية خاصة.

الفرق بين القاعدة والضابط:

إن دائرة القاعدة الفقهية تتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات التي هي من أبواب متعددة وجهات مختلفة، من العبادات والعادات والمعاملات، كقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، و"الضرر يزال"، و"الأمر بمقاصدها"، وغيرها، أما الضابط الفقهي فدائرته لا تتسع أكثر من الجزئيات والفروع التي تندرج في باب واحد، أو في جزء من باب، كقول الفقهاء مثلا: "الطهارة الصغرى داخلة في الطهارة الكبرى"، ومن ثم كانت القاعدة الفقهية أعلى مرتبة من الضابط الفقهي⁴، والضابط أخص من القاعدة.

الفرق بين القاعدة والنظرية:

يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: "النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي... وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجها، وفكرة الأهلية وأنواعها، ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقيد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد

¹ - المرجع نفسه، ص 965.

² - ألفاظ العموم في اصطلاح أصول الفقه هي الألفاظ الموضوعية لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق، كلفظة (المؤمنون) في قوله تعالى: (إنما المؤمنون إخوة). فإن معناها يقع على الجميع وإن كان لفظها مفردا. راجع المرجع السابق، ص 965-966.

³ - أنظر محمد الروكي، مرجع سابق، ص 110. وانظر القرطبي، الفروق، مرجع سابق، ج 1 ص 6.

⁴ - أنظر محمد الروكي، مرجع سابق، ص 112.

الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية¹.

فالنظريات الأساسية تؤلف كل منها نظاما موضوعيا في الفقه والتشريع، بينما القاعدة الفقهية قد تأتي ضابطا خاصا بناحية من نواحي تلك النظريات، أي أنها تراعي في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى. فقاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" مثلا، ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد².

فالنظرية تشترك مع القاعدة الفقهية في أن كلا منهما يشتمل على مسائل عدة في أبواب متفرقة، وتختلفان في أن القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيًا في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع التي تندرج تحتها، أما النظرية الفقهية لا تتضمن حكما فقهيًا كنظرية الملك والفسخ والبطالان.

وزيادة في الإيضاح نقول أن: "الأمر بمقاصدها" قاعدة فقهية لأنها تتضمن حكما وهذا باعتبار المقاصد، بخلاف نظرية المقاصد، وكقاعدة: "العادة محكمة" ونظرية العرف. القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

لعل الإمام القرافي هو أول من فرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية إذ يقول: "فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا - اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان: أحدهما المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه"³.

ومنه، فالقواعد الأصولية هي تلك المبادئ والمباحث اللغوية التي تكون منهاجا يعتمد عليه الفقيه في تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها، "فهي تبين المنهاج الذي يلتزمه الفقيه، فهي القانون الذي يلتزمه الفقيه ليعتصم به من الخطأ في الاستنباط، أما القواعد الفقهية فهي مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس يجمعها، أو إلى ضبط فقهي يربطها ... فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المنفرقة، يجتهد فقيه مستوعب للمسائل، فيربط بين هذه الجزئيات المنفرقة برباط هو القاعدة التي يحكمها.

وعلى ذلك نقول: إن القواعد دراستها من قبيل دراسة الفقه، لا من قبيل دراسة أصول الفقه، وهي مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية، ولهذا نستطيع أن نرتب تلك المراتب الثلاث التي ينبني بعضها على بعض، فأصول الفقه يبني عليه استنباط الفروع الفقهية، حتى إذا تكونت المجموعات الفقهية المختلفة أمكن الربط بين فروعها وجمع أشتماتها في قواعد عامة جامعة لهذه الأشتمات"⁴، وتلك هي القواعد الفقهية.

1 - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1 ص 329 بتصرف.

2 - أنظر المرجع نفسه، ج 1 ص 330، و ج 2 ص 966.

3 - القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج 1 ص 5-6.

4 - أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 10 بتصرف.

ومن هنا يمكن إبراز أهم الفروق بين القواعد الفقهية والأصولية فيما يأتي:

1 - القواعد الأصولية هي المعايير والمناهج التي يسير عليها الفقيه في استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة الإجمالية، ومن شأن هذه المناهج أن تعصم المجتهد من الوقوع في الخطأ عند الاستنباط.

بينما القواعد الفقهية هي مجموعة من الأحكام الشرعية المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، فهي مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية. والغرض من هذه القواعد تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها. بينما القواعد الأصولية هي بالنسبة للفقيه تعتبر ميزانا ضابطا للاستنباط الصحيح من غير الصحيح، وهي وسط بين الأدلة والأحكام.

2 - القواعد الأصولية هي قواعد إجمالية عامة تجريدية، أما القواعد الفقهية فهي قواعد محددة، مرتبطة بجزئياتها ارتباطا مباشرا، وهي متفاوتة تفاوتاً شديداً من حيث عمومها وخصوصها.

3 - إن القواعد الأصولية هي قواعد سابقة للجزئيات من حيث الترتيب المنطقي لها، إلا ما كان يصاحب وقت صدور النصوص التشريعية من هذه الجزئيات والقضايا التي تعتبر في كثير من الأحيان أسبابا لسياق هذه النصوص وصدورها، فالفقيه ينطلق من هذه القواعد الأصولية لمباشرة القضايا، أما القواعد الفقهية فهي متأخرة عن الجزئيات، لأنها إنما نشأت من خلالها¹.

4 - إن القواعد الأصولية يرجع إليها الفقيه للاستنباط والتفريع، بحثاً عن الأحكام الشرعية لما يستجد من الوقائع والأحداث، أما القواعد الفقهية فإنما يرجع إليها الفقيه لاستحضار المسائل الفقهية المتشعبة، الماثلة في أبواب الفقه الإسلامي، فهي توفر له الوقت، وتعينه عن البحث الطويل في بطون الكتب².

5 - القواعد الأصولية قواعد كلية مطردة، حيث تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها فلا تشذ عنها جزئية، في حين نجد أن القاعدة الفقهية أغلبية، فيكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات، وتكون لها مستثنيات ووجود هذه المستثنيات لا يقدح في كلية هذه القواعد، قال الإمام الشاطبي: "الأمر الكلي إذا ثبت كليا: فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كليا... هذا شأن الكليات الاستقرائية"³، وما تخلف عن القاعدة أو شذ عنها فإنه يندرج تحت قاعدة أخرى هو ألصق بها. أهمية القواعد الفقهية:

عرفنا فيما سبق أن دراسة القواعد الفقهية من قبيل الفقه لا من قبيل أصول الفقه، فهي وسط بين الفروع والأصول.

وإن أبرز ما يصور لنا أهمية القواعد الفقهية هو كونها تجمع شتات المسائل الفقهية، وتربط بين المتناثر من فروع الفقه، فيسهل استحضاره على الفقيه أي وقت شاء، وهو أمر ييسر عملية الإفتاء ويقربها، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، فهي التي تربط الفروع المتعددة بقانون كلي يوحدتها... فبواسطة

1 - محمد الروكي، مرجع سابق، ص 119-120.

2 - المرجع نفسه، ص 120.

3 - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 41 بتصرف.

هذه القواعد تتكشف حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، وبواسطتها تلحق المسائل بأشباهها أو نظائرها مما لم يرد نص بخصوصها من الوقائع والحوادث التي لا حد لها ولا حصر على مر الزمان، لذا كان الفقيه والمفتي بدونها لا شيء وبها كل شيء¹.

وإلى جانب هذه المعالم من الأهمية والمكانة التي تحتلها القواعد الفقهية، فإنها تمثل - من جانب آخر - فلسفة الفقه الإسلامي وقيمه وعصارته، وهي تبلور العقلية الفقهية القادرة على التجميع والتأصيل، كما تكشف أيضا عن الملكة العلمية، والطاقة الذكائية والحفظية التي استطاع - ويستطيع - بها الفقهاء المسلمون أن يصوغوا مسائل الفقه وفروعه المتكاثرة في قوالب وأطر جامعة حافظة، كما استطاعوا بها أن يمعنوا الملاحظة، ويدققوا النظر بين ما اشتبه منها واختلط، وكل ذلك حفاظا على هذه الشريعة الإسلامية، وحرصا على أن يخضع لها كل ما تعج به الدنيا من الأحداث والنوازل الصغيرة والكبيرة، الفردية والجماعية.

وأسلوب التقنين والدراسات القانونية بمختلف شعبها التي بلغ فيها اليوم فقهاء الغرب وعلماء القانون إلى مرحلة بعيدة المدى، لا يستغني عن هذا الفكر التقعيدي التأصيلي، بل به يكتمل وينضج.

والأمة الإسلامية اليوم تستطيع بهذا الفكر التقعيدي والمنهاج التأصيلي العام، وبما لديها من تراث فقهي زاخر بالأقوال الاجتهادية والقواعد الفقهية الكلية أن تستوعب كل هذه التطورات الحياتية، والمستجدات العصرية التي جل عنها الوصف والحصر².
ومن هنا نستطيع حصر فوائد القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

1 - تكوين الملكة الفقهية لدى الباحث، وهذه من شأنها المساعدة في استحضار الحكم الشرعي في كثير من المسائل الفقهية.

2 - جمع الفروع والجزئيات المتناثرة في مسلك واحد، أو تحت علة جامعة، فلا يحتاج في الرجوع إليها كل مرة إلى بذل جهد ووقت، ولأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكنة إذ أنها لا تستحضر.

3 - إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، لأن معرفة القاعدة العامة تعطي تصورا واضحا عن مقصد الشريعة في تلك القاعدة، فقاعدة: "الضرر يزال" مثلا يفهم منها أن رفع الضرر والخرج مقصد من مقاصد الشريعة، وهكذا.

4 - وفي الجملة، فإن القواعد الفقهية مهمة في الفقيه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وبواسطتها تظهر مناهج الفتوى وتتضح أصولها.
صياغة القاعدة الفقهية:

تتميز القاعدة من حيث الأسلوب المعبر به عنها بالإيجاز في اللفظ وشمولية في المعنى، وعادة ما تكون في كلمات قليلة، كقاعدة: "العادة محكمة"، و "الخراج بالضمان"، فهاتان القاعدتان، رغم كلمتهما الموجزة القليلة، إلا أنهما تتسعان لكثير من الأحكام والفروع، وهذا لأن من أغراض القاعدة سرعة استحضارها، وثبوتها في الذهن، وهذا يناسب الاختصار والإيجاز في الألفاظ، والإيجاز نوع من الإعجاز البلاغي يحتاج إلى مقدرة فقهية عالية وامتلاك لनावية البيان. ولما كان صلى الله عليه وسلم قد أوتي جوامع الكلم، فإننا نجد كثيرا من القواعد في صياغتها مطابقة لنص من نصوص السنة المطهرة كالقواعد الآتية: "لا ضرر ولا ضرار"،

¹ - راجع محمد الروكي، مرجع سابق، ص 122، والزرعاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 967.

² - أنظر الروكي، مرجع سابق، ص 120 و 125 و 126..

"الخراج بالضمان"، فهذه النصوص استخدمها الفقهاء في كتبهم قواعد فقهية، وهي في الأصل نصوص لأحاديث نبوية.

وقد تكون القاعدة في صياغتها مطابقة لحكمة معروفة أو مثل مشهور، كما في القواعد الآتية: "الخليل مجالس لخليله"، "من لان حصل"، "من اجتهد نال".

وقد تأخذ القاعدة صياغة طويلة وبعض التفصيل إذا كانت من قواعد الخلاف، كما في القاعدة الآتية: "التفاسخ في العقود الجائرة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه". أقسام القواعد الفقهية:

قسم الفقهاء القواعد الفقهية بحسب الموضوع الذي تتناوله، وأهميتها، ومدى شمولها للمسائل الفقهية إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد الفقهية الكلية:

هي قواعد كبرى أساسية في كافة المذاهب، بل تعتبر بمثابة الأركان للفقه الإسلامي، حيث تندرج تحتها فروع فقهية كثيرة جداً، ومن مميزاتها أنها لا ترد بصيغة الاستفهام، بل تأتي مقررّة للأحكام ومنها:

1- الأمور بمقاصدها.

2- الضر ي زال، أو لا ضرر ولا ضرار.

3- اليقين لا يزول بالشك.

4- المشقة تجلب التيسير.

6- والمادة محكمة.

فهذه القواعد معتبرة في جميع المذاهب، وإنما الخلاف في إدخال بعض المسائل تحتها، أما أصل القاعدة فمتفق عليه، وإن كانت بعض منها أقل اتساعاً من بعض. وهذا القسم أطلق عليه السيوطي: "القواعد الكلية"، وأورد منها خمسة وأربعين قاعدة، وممن اعتنى بهذا النوع الإمام الكرخي، وابن عبد الهادي في مغني ذوي الإفهام. القسم الثاني: قواعد الخلاف:

هي التي وردت بصيغة الخلاف، ولم يتفق على الاعتداد بها أصحاب المذاهب الفقهية، ونتج عن ذلك خلافهم في مسائل فرعية حتى بين فقهاء المذهب الواحد، ومن أمثلة هذه القواعد:

1- هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟

2- هل العبرة بالحال أو بالمآل؟

3- النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟

4- البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء.

وهذا القسم يكثر وجوده في كتب الفقه، خاصة عند التعرض لسبب الخلاف في المسائل أو المسألة، كابن رشد في بداية المجتهد، وابن الحاجب في المختصر الفقهي، ومن العلماء من اعتنى بجمع هذه القواعد، كابن زيد الدبوسي في تأسيس النظر، والونشريسي اقتصر على قواعد الخلاف داخل المذهب المالكي فقط. حجية القاعدة الفقهية:

هل القواعد حاكمة على الفروع أم مقررة لها؟
القواعد نوعان:

1- فبعضها مستمد مباشرة من نصوص الكتاب والسنة، كقاعدة "الأمر بمقاصدها"، فإنها مستمدة من الحديث المصحح (إنما الأعمال بالنيات)، وكذا قاعدة "المشقة تجلب التيسير" فإنها مستمدة من قوله تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)، وكذا قوله تعالى: (ما جعل عليكم في الدين من حرج)، وقاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، فهي مستمدة من قوله تعالى: (ولا تبطلوا أعمالكم)، وقوله تعالى: (ولا تكونوا كالتي نكثت غزلها من بعد قوة أنكاثا)، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، و "الخارج بالضمان" - الغرم بالغنم-.
فهذه القواعد تعتبر دليلا يحتج به، ويمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم وإصدار الفتوى وإلزام القضاء بناء عليها.

2 - وبعضها مؤسس: استنبطت من استقراء الأحكام الفرعية، فإنها لا يمكن الاعتماد عليها في استخراج حكم فقهي، بل تعتبر شاهدا يستأنس به.
مصادر القواعد الفقهية:

قد يكون مصدر القاعدة الفقهية نصا من كتاب الله، كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" فمصدرها قوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، وقد يكون مصدرها حديثا نبويا، كقاعدة "الأمر بمقاصدها" فإن مصدرها الحديث المرفوع، (إنما الأعمال بالنيات)، وهناك أحاديث تعتبر من جوامع الكلم قد أجراها الفقهاء مجرى القواعد الفقهية، لأنها تندرج تحتها مسائل عديدة، كقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) رواه مالك وابن ماجه، وقوله صلى الله عليه وسلم: (العجماء جرحها جبار) أخذ منها قاعدة "جناية العجماء جبار"، وتعني نفي الضمان أو الضرر عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من تلقاء نفسها، وقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) رواه مالك والترمذي، وقوله صلى الله عليه وسلم: (الخارج بالضمان) رواه ابن ماجه وأبو داود، وقد تكون القاعدة مستنبطة من نص شرعي، كقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" فإنها مستنبطة من الحديث الشريف: (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكك عليه أخرج منه شيء أو لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا)، والحديث رواه مسلم.

شرح بعض القواعد الفقهية:

أولا: الأمور بمقاصدها:

وهذه قاعدة فقهية تؤيد إعمال الباعث غير المشروع، ومعناها أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والصحة والفساد.
والأصل في هذه القاعدة، قول النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)¹.

قيل إن هذا الحديث يحتمل وجهين من المعنى:

الأول: أن الأعمال واقعة بالنيات، فالحديث يخبر أن الأعمال لا تحدث إلا بنية تدفع إلى إيجادها، وقوله صلى الله عليه وسلم: (وإنما لكل امرئ ما نوى) إخبار عن حكم الشرع، وهو أن العامل يناله ثواب أو عقاب على ضوء من نيته صلاحا وفسادا².

¹ - سبق تحريجه.

² - انظر فتحي الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص 205-206.

والثاني: "أن الأعمال صالحة أو فاسدة أو مقبولة أو مردودة، أو مثاب، عليها أو غير مثاب عليها، بالنيات، فيكون خبراً عن الحكم الشرعي، وهو أن صلاحها وفسادها بحسب صلاح النية وفسادها، كقوله عليه الصلاة والسلام: "(إنما الأعمال بالخواتيم)، أي أن صلاحها وفسادها، وقبولها وعدم قبولها بحسب الخاتمة"¹.

ويقول أيضاً في شرح حديث: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)، "العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلى ما هو محرم غير صحيحة، كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها، كما هو مذهب الإمام مالك وأحمد وغيرهما، فإن هذا العقد إنما نوى به الربا لا البيع، (إنما لكل امرئ ما نوى)"².

ويقول الشيخ أحمد الزرقا في قواعده على مذهب الحنفية: "ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها: يعني أن الحكم الذي يترتب عليه أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر"³، ثم ذكر تطبيقات لها في العديد من الأبواب الفقهية.

والحنفية إذ يقرون هذا القاعدة لا يعني ذلك أنهم ينزعون نزعة ذاتية، ولا أنهم خالفوا نزعتهم الموضوعية التي سيأتي بيانها، وإنما هم يفسرون القاعدة المستندة للحديث السابق على غير ما يفسرها المالكية والحنابلة، يظهر ذلك جلياً في التطبيقات التي ذكرها الشيخ أحمد الزرقا إذ يقول -رحمه الله-: "أما المعاوضات والتملكات المالية: فكالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة، فإنها كلها عند إطلاقها -أي إذا لم يقصد بها ما يقصد إخراجها عن إفادة ما وضعت له- تفيد حكمها، وهو الإثراء المترتب عليها من التملك والتملك، لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم، وذلك كإرادة النكاح بها، وكالهزل والاستهزاء والمواضعة والتلجئة، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور، فإنه إذا أريد بها النكاح كانت نكاحاً"⁴، فهذا ما يقصد بها الحنفية، وليس في ذلك ما يخالف أصولهم ولا نزعتهم الموضوعية، وذلك أنها على هذا المعنى لا تفيد الاعتداد بالبائع.

والمقصود من ذلك أن المالكية والحنابلة يأخذون بالإرادة الباطنة، إذ أنهم يعتدون بمقاصد الأمور وإن خالفت الألفاظ المتلفظ بها، وتوافقهم في ذلك المدرسة اللاتينية، أما الحنفية والشافعية فيأخذون بالإرادة الظاهرة، لأن المقصود من القاعدة عندهم التكليف القانوني للتصرف، لا الاعتداد بالمعاني إن خالفت الألفاظ، وتوافقهم في نزعتهم تلك المدرسة الجرمانية.

ومما سبق أيضاً يتبين موقف الفقهاء من الباعث غير المشروع، فالذين يأخذون بالإرادة الباطنة يعتدون بالباعث غير المشروع، فيبطلون العقود إذ كان الباعث عليها غير مشروع سواء ظهر ذلك الباعث في صلب التعبير عن الإرادة أم لا، وهذا كما ذكرنا مذهب المالكية والحنابلة وهو الذي أخذت به المدرسة اللاتينية، أما الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة فلا يعتدون بالباعث غير المشروع إلا إذا ظهر في صلب التعبير عن الإرادة، لأنهم لا يعتدون بالإرادة وإنما بالتعبير عنها، وهذا كما سبق مذهب الحنفية والشافعية، وهو موقف المدرسة الجرمانية.

العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني:

¹ - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ص 21-22.

² - المرجع نفسه، ص 22.

³ - أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق: دار القلم، ط 2، 1998، ص 47.

⁴ - المرجع نفسه، ص 47-48.

قد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت في فروعها وأصولها قضية تثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض، وهي تلك القاعدة الذهبية: "العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني"، ونقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق في معناها، وأدل على مرماها من تلك، وهي أقدم نسبة منها، وهي القضية هي ما جاء في شرح الجامع الصغير: "المعتبر في أوامر الله المعنى، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ"¹، وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول: إن المراد من المعنى في القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذي لم يقترب بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة، والمراد بالمعنى في الأولى المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد متضامنة متلاصقة غير متنافرة، بحيث يشترك كل جزء من العبارة في إنتاج ذلك المدلول، ولذلك يسوق صاحب الأشباه في تطبيق تلك القضية: "العبرة بالمعنى لا باللفظ في العقود" إن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة، وإن الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة، وإن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعا لا هبة، وإن نكاح المطلقة البائنة ينعقد من مطلقها بلفظ الرجعة، وإن الرجعة تتم بلفظ النكاح، يسوق هذا في تطبيق تلك القضية، كما يسوق في تطبيقها أيضا عقد البيع بلفظ خذ وأخذت، والإجارة بلفظ هبة المنافع وتمليكها². من هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة: "العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني" هو أنه لا يلتفت في أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة، بل لا يعنى في الأحكام إلا بالمدلول الذي تدل عليه جملة العبارات في العقد، ويصح أن تكون مرادا للتكلم يدل عليه الكلام صراحة، ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامي، كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة، والأغراض الدافعة فذلك ما لا تتعرض له تلك القضية، والخلاصة أن المذهب الحنفي فيما نعلم تتجه فروعها إلى المنهج الذي يتمسك بلفظية العقود، لا بالنيات والدوافع والله سبحانه وتعالى أعلم³.

ثانياً: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"
تمهيد:

هذه القاعدة من القواعد الكبرى، تندرج تحت نظرية مراعاة المصالح، وهي من أهم القواعد وأجلها شأنًا في الفقه الإسلامي لاشتمالها على مسائل كثيرة وتطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، ويعبر عن هذه القاعدة بعضهم بـ: "الضرر يزال"، وإن كانت هذه الأخيرة أخص من الأولى كما سيأتي بيانه.

¹ - راجع حاشية الحموي على الأشباه، ص 320.

² - الحموي، الأشباه والنظائر، ج 1 ص 322.

³ - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 115، 116.

أصل هذه القاعدة: أي دليلها، وهو نص حديث نبوي صحيح رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم عدد من الصحابة، منهم أبوا سعيد الخدري وابن عباس، وعبادة بن الصامت، رضي الله عنهم أنه صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"، أخرجه الحاكم والبيهقي والدارقطني وابن حجة وأحمد، وأخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا، وفي رواية أبي سعيد زيادة هي: "من ضار ضار الله به، ومن شاق شق الله عليه" رواه الترمذي.

ويعد هذا الحديث من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم، وقد جرى مجرى القاعدة الفقهية، وقد ذكر الحافظ ابن رجب في شرحه لهذا الحديث عن بعض العلماء قوله في مثل هذا الحديث كلاما مهما، ولأهميته أحببت إيراده هنا، وهو: "لم يسمع الناس بكلام قط أعم ولا أسهل مخرجا ولا أفصح معنى ولا أبين في فحوى من كلامه صلى الله عليه الذي كاد يحيط بمقاصد شريعة الإسلام"¹.

عمل العلماء في هذا الحديث:

ولما كان لهذا الحديث هذه الأهمية— حيث قلت حروفه وكثرت معانيه من دون تكلف ولا صنعة— فقد اهتم به العلماء وتنوعت شروحه ودراساته لبيان ما تضمنه من الحكم البالغة والأحكام المنيعية والأسرار البديعة، وقد تناوله كل واحد بحسب تخصصه.

فمنهم من غلب عليه الجانب الفقهي كالإمام الباجي في المنتقى، ومنهم من غلب عليه الجانب الأصولي كالإمام الهيثمي في الفتوح المبين، ومنهم من درسه من الناحية الحديثية بجمع طرقه والكلام على رجال السند تعديلا وتخريجا وضم الشواهد التي تقويه، وهو ما قام به الحافظ ابن رجب الحنبلي، ومنهم من تناوله بالدراسة من الناحية المقاصدية، وهو نجم الدين الطوفي لولا شذوذه واضطرابه وخروجه عن إجماع الأمة لقوله بـ: ضرورة تقديم المصلحة مطلقا عن النص والإجماع عند معارضتها لهما—وقد رد عليه، وبين شذوذه الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي في ضوابط المصلحة².

معنى القاعدة أو الحديث:

"لا": نافية للجنس، "ضرر": اسمها، وخبرها محذوف تقديره: "في ديننا أو شريعتنا".

والضرر في اللغة: ضد النفع، والضرار: المضارة منه قوله تعالى: (لا تضرار والدّة بولدها)، وأما معنى الضرر والإضرار في الاصطلاح فقد فسر بعدة عبارات منها:

1-الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة دون ملاحظة الجزاء المشروع—أي على وجه غير جائز—.

2-الضرر أن يدخل المرء على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بما لا منفعة له فيه، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع عنه كخيطة جراحة، وهذا الذي رجحه ابن عبد البر وابن الصلاح.

3-وقال ابن الأثير في النهاية: "لا ضرر: أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه، والضرار: فعال من الضر أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه".

4-وقيل هما بمعنى واحد على وجه التأكيد، ذكره ابن رجب.

¹ - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، المرجع السابق، ص

² - سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص

- وقيل: الضرر اسم، والضرار: الفعل، أي أن الضرر نفسه فنفي في الشرع، وكذلك إدخال الضرر بغير حق لا يجوز.

مراتب إلحاق الضرر:

لقد أفادت القاعدة أن المصالح تراعى إثباتاً وأن المفسدات تراعى نفيًا، لأن الضرر هو المفسدة فإذا نفاها الشرع لزم عنه إثبات النفع الذي هو المصلحة، لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما، والمراد من القاعدة منع إلحاق الضرر بالغير، وهو على مرتبتين: المرتبة الأولى:

أن يكون في إلحاق الضرر غرض سوى الضرر ذاته، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه. ودل على ذلك من القرآن:

أ- قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار)، أي من غير ضرر بالوارث، كمن وهب جميع ماله لواحد من الورثة ليمنع غيره.

ب- وقوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا)، لمن قصد بالجمعة المضارة بالمرأة بتطويل عدتها، لهذا ذهب الإمام مالك رحمه الله أنها لا تستأنف العدة إذا ثبت الضرر.

ج- وقوله تعالى: (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)، أي لا يمنع الوالد الابن من رضاع أمه ليحرمها منه ويحزنها، وهي كذلك لا تطلب فيه ما لا يقدر إذا لم يجد غيرها ترضعه. ومن السنة:

- نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر: "أي المتضرر أو المعسر"¹.

- ومنه بيع العينة.

- ومنه البيع ممن يجهل قيمة السلعة بأكثر من قيمتها، وهو الغبن.

والمرتبة الثانية:

أن يكون غرضه من الضرر صحيحاً، بأن يتصرف في حاله أو ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى إلى ضرر غيره، وهو - أي هذا التصرف - لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن تصرفاً عادياً - أو معتاداً - كمن قام بحفر بئر بالقرب من بئر جاره فذهب مأواه أو بنى بناءً عالياً فمنع الشمس عن جاره، أو فتح نافذة في جدار بيته شرفة على بيت جاره.

الثانية: أن يكون هذا التصرف غير معتاد: كمن أجاج النار في بيته فتضرر جاره من تلك.

حكم هذه الحالة: هذا التصرف ممنوع بالاتفاق.

ويدخل تحت المرتبة الثانية: إذا منع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً له فيتضرر الممنوع بذلك، كمن له جدار لا يحتمل أن يطرح عليه خشب، فقد اختلف فيه أهل العلم على مذاهب:

أ- فذهب الإمام مالك والشافعي إلى جواز المنع.

ب- وقال الإمام أحمد والشافعي في القديم وأبو ثور وداود أنه لا يجوز له منعه، وهو قول ابن المنذر وإسحاق، واستدلوا بحديث "الناس شركاء في الماء والكلاء" فلا يجوز منع الغير في الانتفاع بذلك إذا كان على وجه لا يتضرر المالك به.

تطبيقات على القاعدة:

هذه القاعدة هي الأساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفسدات، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث. وعلى هذه القواعد تتبنى كثير من أبواب الفقه: كالرد بالعيب، وجميع أنواع الخيارات، والحجر بسائر أنواعه، والشفعة، والقصاص والحدود،

¹ - عند أبي داود ولكنه ضعيف.

والكفارات، وضمن المتلفات، ونصب الأئمة والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبغاة، إلى غير ذلك مما في حكمة مشروعيته رفع الضرر¹.

- فمنعت الشريعة الغش والتدليس والغرر في البيع، لما فيه من الإضرار المبتدأ بالمشتري، وهو منهي عنه.

- الحجر على السفیه، والمفتي الماچن، والمکاري المفلس والطبيب الجاهل، لما في أعمالهم من إضرار بأنفسهم وبالآخرين.

- إثبات حق الشفعة للشريك والجار، وذلك دفعا لضرر المشتري الجديد (المحتمل) عليها.

- ومن أئلف مالا لآخر لم يجز (للمتلف) له أن يتلف مال المتلف ولو بقدر ما أئلف له، ولكن يلجأ إلى طلب التعويض عن التالف.

- ومنها منع فكرة الثأر لمجرد الانتقام، لأنه يزيد في الضرر ويوسع دائرية، فالإضرار ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز.

أقاعدة: الضرر يزال:

هذه القاعدة بمثابة تنمة للقاعدة السابقة، فإذا كانت قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تنهي عن الضرر والضرار، فإن هذه تعالج الضرر إذا وقع، فتتص على أن كل ضرر بالآخرين يعاقب عليه بالإزالة له ولأثره، ألا أن ذلك تقيد بقدره في حدود الضرورة، وذلك ترميما لأثاره وتخفيفا من وطأته، وتحقيقا للعدالة بين الناس، وإلا كان إضرارا مبتدأ ولم يكن إزالة للضرر السابق.

وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الذهبية في المعاملات الشرعية وقد رد بعض العلماء الفقه كله إلى هذه القاعدة، لأنها تعتبر الأساس في نظرية مراعاة المصالح، وقد نقل السيوطي عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه أرجع الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفساد.

وهذه القاعدة أصل في منع الفعل الضار والحكم بوجوب إزالته ورفع آثاره في النفوس والأموال والعقول والأعراض عموما النهي عن التعدي كالغضب والظلم، وكل ما هو في معنى الضرر، فالتنبيه على منع الإضرار وتحريمه مبثوث في الشريعة في وقائع جزئيات وقواعد كلييات².

وتتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة هامة في الفقه الإسلامي.

تطبيقات لقاعدة: الضرر يزال في مجال الأحكام الشرعية:

1- النهي عن التكشف المضر ووجوب رفعه وإزالته:

فإذا ثبت ضرر التكشف من النوافذ المحدثه فإنه يحكم بوجوب سدها وإزالة كل أثر لها كالعنابات وغيرها، قطعا لكل احتجاج بأثرها أو حدوث خصومة حولها في المستقبل، وذلك أنه إذا بقي أثرها كالعنبة مثلا فقد يحتج بوجودها بعد طول الزمن بأن يدعى صاحبها أنه أزالها بقصد إعادتها أو إصلاحها. قال في التحفة:

ومحدث للجار ما فيه ضرر محقق يمنع من غي نظر

وإن يكن تكشفا فلا يقر بحيث الأشخاص تبين الصور

فلا يجوز إلحاق الضرر المحقق بالجار كالتكشف على ما في داره أو بستانه الذي جرت العادة بالتردد عليه بالأهل، ولو في بعض الأوقات، كزمن الصيف، قال العمراتي في كتاب الأحكام الشرعية: "يزال الضرر ولو تعلق بمحل لا يختلف إليه صاحبه بأهله إلا في بعض الأوقات".

1 - السيوطي، الأنباء، ص14.

2 - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3 ص9-10.

وقال: "فلا يقر ذلك التكشف بل يزال وتغلق الكوة والباب بالبناء وتقلع عتبتها لئلا يحتج بذلك إذا طال الزمان ويقول إنما أغلقتها لأعيدها..... فلا إشكال في وجوب سدها والمبادرة إلى إزالة ضررها لأن ذلك منكر ورفعها واجب على الفور".
ب- الضرر لا يزال بمثله:

وهذه القاعدة قريبة من سابقتها في معناها وتقييد قاعدة: الضرر يزال، فإن إزالة الضرر لا يجوز أن يكون بإحداث ضرر مثله، لأن هذا ليس إزالة ويفهم من ذلك أنه لا يجوز إزالته بضرر أعظم منه بحكم الأولوية.

-وعلى هذا: لو لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع المهلات عن نفسه جوعاً إلا مال محتاج مثله لا يجوز له أخذه بأن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره.
-ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله.
-وكذا لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة، لأن في قسمته ضرراً أعظم من ضرر الشركة.

-وإذا ظهر في المبيع عيب قديم، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد. امتنع رد المبيع بالعيب القديم، لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث.
-ولا يجبر السيد على تزويج عبده أو أمته لأن في دفع الضرر عنهما إضراراً به.
ج- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

هذه القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من القاعدة السابقة "الضرر لا يزال بمثله" وفي معناها قاعدة: "يختار أهون الشرين أو أحق الضررين"، وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما".
فهذه القواعد الثلاث بمعنى واحد أي أن الأمر إذا دار بين ضررين وكان أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد.

والأصل في هذه القواعد الثلاث حديث أنس بن مالك رضي الله عنه في قصة الرجل الأعرابي الذي بال في طائفة من المسجد فزجره الناس فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم، فلما قضى بوله، أمر النبي صلى الله عليه وسلم بذنوب من الماء فأهريق عليه¹.
فاستنبط أهل العلم من هذا الحديث قاعدة: رفع أعظم المضرين بفعل أخفهما، وذلك لأنه لو قطع عليه بوله لأضر بنفسه بحبس البول ولحصل من تقويمه تنجس في مواضع من المسجد غير ذلك الموضع إلى تنجيس ثيابه وبدنه: فكان بإكماله للبول في المكان الذي تنجس أخف ضرراً².

د- يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام:

هذه القاعدة وإن كانت تدخل في المعنى العام للقواعد السابقة فهي أخص منها موضوعاً وهي مستمدة من مقاصد الشريعة، من جلب المصالح للعباد، والتي هي قوام المجتمع ولا استقرار له بدونها، ومتى فقدت أو احتملت اضطرب المجتمع وساد الناس هرجاً وحرَج، ولحقهم الضيق والعنت في الحياة، وقد استخلص المجتهدون هذه القاعدة من الإجماع ومعقول النصوص.
فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منهما فهو مضررة يجب إزالتها ما أمكن ذلك.

1 - متفق عليه.

2 - ذكره الحافظ العراقي، 2 ص 138

وفي سبيل المحافظة على هذه المقاصد وتأييدها يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص، ولهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال، وحد الزنا والقذف صيانة للأعراض، وحد الشرب حفظاً للعقول، والقصاص وقتل المرتد صيانة للأنفس والدين. هـ/ قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المنافع:

قال الزرقاني في المدخل: "لأن المفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها، ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات". والأصل في هذه القاعدة حديث علي رضي الله عنه: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم". فروع هذه القاعدة:

- منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ودخان، ولو أن فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية وقد تتعلق هذه المسألة بقاعدة أخرى، وهي: ما حرم الشرع أكله وشربه حرم ثمنه، وهذا لا مانع منه.

- وكذا يمنع كل جار من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجيرانه، كاتخاذ معصرة أو فرن يؤذي الجيران بالرائحة أو الدخان، أو كفر بئر في أرضه لا ينتفع به، قال الدكتور مصطفى الزرقاء وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية "منع التعسف في استعمال الحق".

- ومنها منع الطبيب الجاهل ومنع الاحتكار والتعدي في الأسعار كما سبق في القاعدة المتقدمة.

- ومنها لو اختلطت الميئة مع المذكاة وجب ترك الجميع.

- ومنها لو اشتبه في امرأة أهي امرأته أم هي أجنبية منه، فإنه لا يحل له قربانها.

و- قاعدة: القديم يترك على قدمه.

المراد بهذه القاعدة أن ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم قديماً، من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في أصلها، يبقى لهم كما ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق قائم بطريق مشروع إلا إذا أثبت المدعي قدم التنازع ومبدأه.¹

وعلى هذا الأساس يقرر أبو يوسف في الخراج أنه: "لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف، ولو من طرف الإمام". فروعها:

لو كان الإنسان ممر في أرض غيره، أو كميل لجذوع داره على جدار جاره من القديم أو كان لم مسيل أو بالوعة في أرضه، فأراد صاحب الأرض إزالتها، فليس له ذلك، بل يحق لصاحبه إبقاؤه ولو لم يعرف بأي وجه وضع، لأن قدمه دليل على مشروعية وضعه، فمنعه ضرر لصاحبه ولا مسوغ له، كما لو كان موضوعاً في الأصل لقاء عوض أو بطريق القسمة، ونحو ذلك من الأسباب المشروعة، ولأنه لو ساغ منعها لأدى ذلك إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها.

لكن إذا أحدث الشخص شيئاً في ذلك غيره إحداثاً معروفاً مبدؤه فإنه يكلف بإثبات سببه ومسوغه الشرعي، أو يمنع، للقاعدة السابقة "الضرر يزال".

¹ - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 988.

ز- قاعدة: الضرر لا يكون قديماً.

هذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة، أي أن الضرر لا يحتج بتقادمه، فالمنافع والمرافق التي يعتبر قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من أصله شرعاً، فإذا كانت كذلك وجبت إزالتها ولا عبرة لقدمها. فروعها:

- 1- لو كان لدار ميزاب أو مجرى أقدار على الطريق مضر بالجماعة يزال مهما تقادم، لأنه غير مشروع في الأصل، إذ الشرع لا يقر لأحد بوجه من الوجوه حقاً يضر بالعامّة.
 - 2- ومثاله أيضاً: لو كان لشخص نافذة وطبئة تطل على مقر نساء جاره، فإنها تزال ولو كانت قديمة، إلا أن تكون دار الجار هي المحدثّة تحت المظلّ.
- الضوابط الشرعية لقاعدة قدم الضرر:

يلاحظ من القاعدتين السابقتين أن الضرر يكون أحياناً قديماً فيترك على قدمه ولا يزال كالمرور والمسير في أرض الغير والبالوعة تمر من دار الجار، وأمثالها، يبقى ولا يهدم، ولو كان وجوده يقيد حرية تصرفه في ملكه، وذلك ضرر له، وفي القاعدة الثانية لاحظنا أن ما ثبت ضرره يزال ولا عبرة بتقادمه، فما هو الضابط في التفريق بين ما يحرم قدمه وإن أضر بالغير، وبين ما لا يحترم لأنه ضرر غير مشروع؟

الظاهر أن الفرق بينهما: أن القاعدة الأولى أخص من الثانية، فالأولى تكون في الحقوق الخاصة، والمتضرر يمكن تعويضه، لأنه وضع في الأصل بأحد الطرق المشروعة، المرور والمسيل يمكن أن يكون كل واحد منهما محلاً للعقد أو القسمة في الملك المشترك فهذا يحترم قدمه عند جهل سببه، أما القاعدة الثانية فهي في الحقوق العامة، فإنه لا يجوز الإضرار بجماعة الناس وإزعاجهم في مرافقهم العامة، ولو كان الضرر قديماً، ثم عادة ما يكون الضرر في القاعدة الثانية فيما لا يقره الشرع ابتداءً، كالإطلال على مقر نساء الغير، كذلك لو كانت بالوعة الدار قديمة تترك ولكن يشترط أن لا تنجس آبار الجيران، فإذا كانت كذلك يكلف صاحبها بإزالة ضررها بإصلاحها