



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء" دراسة تطبيقية

فادي إبراهيم موسى زعاترة

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1437هـ - 2016م

قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء" دراسة تطبيقية

إعداد:

فادي إبراهيم موسى زعاترة

بكالوريوس شريعة إسلامية - كلية القرآن والدراسات الإسلامية جامعة القدس / القدس

المشرف: الدكتور محمد سليم محمد علي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع وأصوله من برنامج الفقه والتشريع وأصوله - كلية الدراسات العليا - جامعة القدس.

1437هـ - 2016م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج ماجستير الفقه والتشريع وأصوله

إجازة الرسالة

قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء" دراسة تطبيقية

اسم الطالب: فادي إبراهيم موسى زعاترة

الرقم الجامعي: 21220117

المشرف: الدكتور محمد سليم محمد علي.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2016/5/28م من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

1- رئيس لجنة المناقشة: د. محمد سليم محمد علي التوقيع.....

2- ممتحنا داخليا: د. عروة عكرمة صبري التوقيع.....

3- ممتحنا خارجيا: د. جمال أحمد الكيلاني التوقيع.....

القدس - فلسطين

1437هـ - 2016م

إقرار

أقر أنا مُعد الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يُقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع.....

فادي إبراهيم موسى زعاترة

التاريخ: 2016/5/28م

الإهداء

إلى الهادي البشير النذير، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، ثم
إلى من ربياني صغيراً، وتعهداني كبيراً....والديّ العزيزين

وإلى زوجتي الغالية رفقة، ولديّ الحبيين، إبراهيم وأيهم، وشقيقتي فداء.....

ثم إلى أصحاب الفضيلة الأساتذة الكرام: د. محمد سليم المشرف على هذه الرسالة، د. عروة صبري،
د. جمال الكيلاني، عضوي لجنة المناقشة، ود. حاتم جلال التميمي، أ.د. حسام الدين عفانة، د. محمد
عساف، د. أحمد عبد الجواد.

وأصحاب الفضيلة قضاة الشرع الشريف في المحكمة العليا الشرعية، والمجلس الأعلى للقضاء
الشرعي، وكل العاملين في ديوان قاضي القضاة والمحاكم الشرعية.

وإلى رئيس الاتحاد الفلسطيني للكاراتيه التقليدي الأستاذ خالد أبو غيث، وجميع الإخوة المدربين.

وإلى روح الشيخ عبود صوان -رحمه الله- قاضي رام الله والبيرة الشرعي.

الشكر والتقدير

انطلاقاً من قول رسولنا الكريم -صلى الله عليه وسلم-: (مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ)، فإنني أتقدم بجزيل شكري وتقديري، وعظيم امتناني لفضيلة المشرف على هذه الرسالة الدكتور محمد سليم محمد علي، الذي لم يدخر جهداً في إبداء ملاحظاته القيمة، ولصاحبي الفضيلة عضوي لجنة المناقشة، الدكتور عروة صبري، والدكتور جمال الكيلاني، اللذين تفضلاً بمناقشة الرسالة، وإبداء الملاحظات القيمة التي أثرت الموضوع، سائلاً المولى عز وجل أن يجزيهم خير الجزاء، وأن يجعله في ميزان حسناتهم، وأن يمنَّ عليهم بدوام الصحة وموفور العافية.

ثم لوالدي الكريمين اللذين شجعاني على إكمال دراستي الجامعية، ولزوجتي التي وقفت بجانبني في مشوار الدراسة، ولشقيقتي التي شاركتني النصيح في هذا العمل المتواضع، ولفضيلة الأستاذ الدكتور حسام الدين عفانة، الذي كان حريصاً على التحاقني ببرنامج ماجستير الفقه وأصوله، ولرئيس المحكمة العليا الشرعية الشيخ مصطفى محمد الطويل، وأعضاء المحكمة العليا الشرعية الشيخ ربحي القصاروي التميمي، والشيخ صالح أبو زيد، والشيخ توفيق أبو هاشم، الذين اهتموا بمسيرتي العلمية، ومدّوا لي يد العون، فجزا الله الجميع عني خير الجزاء.

كما أتقدم بشكر خاص إلى فضيلة الشيخ الدكتور حاتم جلال التميمي الذي لم يدخر جهداً في تشجيعي ونصحي، والاهتمام بمسيرتي العلمية منذ مرحلة البكالوريوس وحتى اليوم، وكان له فضل كبير في اختيار موضوع الرسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء، وأجزل له المثوبة.

الملخص

تناولت هذه الدراسة قاعدة فقهية هامة، وجيزة العبارة، غزيرة اللفظ، بينة المعنى، وهي قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، حيث إنها من القواعد التي أكثر الفقهاء من الاستدلال بها في كتبهم الفقهية، وهي بحق من القواعد العظيمة، التي تؤكد أن قياس الابتداء على البقاء في أصول الشرع ضعيف؛ بسبب قوة الدوام وثبوته.

وبدأت الدراسة بتمهيد بينت فيه تعريف القواعد الفقهية، والألفاظ ذات الصلة، والفرق بين القواعد الفقهية، والألفاظ ذات الصلة.

وفي الفصل الأول منها تناولت الدراسة نشأة هذه القاعدة، حيث ارتبطت منذ نشأتها بالموانع الشرعية، وهي أقسام، وتقع هذه القاعدة في قسم ما يمنع ابتداء لا انتهاء، ثم بينت ماهيتها، وذلك بعد ذكر خلاصة للألفاظ التي تدور عليها، وشرح مفرداتها، ثم شرح المعنى التفصيلي لها، مع الأمثلة التطبيقية، وما يرد عليها من مستثنيات مع التمثيل عليها، وتناولت ألفاظها في المذاهب الفقهية الأربعة، من خلال الإشارة إلى الألفاظ المتنوعة التي استدلت بها الفقهاء في الأبواب الفقهية المختلفة تأييدا للقول بالتفريق بين حال البقاء وحال الابتداء، وعلاقتها بغيرها من القواعد الفقهية.

أما في الفصل الثاني، فقد تناولت الدراسة هذه القاعدة تأصيلاً، من خلال بيان حجية القاعدة، وذكر الخلاف فيها، وأدلة اعتبارها، أو عدم اعتبارها، بالإضافة إلى صلة القاعدة بالموانع الشرعية، والاستصحاب، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف، ومبدأ اعتبار المآلات والمصلحة المرسل، ومبدأ التيسير ورفع الحرج، وقد تبين أن هذه القاعدة لها ارتباط وثيق الصلة بمباحث أصول الفقه.

وفي الفصل الثالث، ذكرت الكثير من التطبيقات الفقهية للقاعدة في أبواب فقهية متنوعة، مما يدل على شمول هذه القاعدة وحجيتها في الاستدلال بها في الكثير من المسائل، باتباع المنهج الفقهي المقارن في معالجة المسائل الفقهية الخلافية، مع الاكتفاء بأهم الأدلة التي يستدل بها كل فريق، مع مناقشتها، والترجيح قدر المستطاع.

كما أشارت الدراسة إلى جملة لا بأس بها من التطبيقات الفقهية المعاصرة، بما يضيف شيئاً من الحيوية عليها، ويدلل على أهمية القواعد الفقهية في التأصيل لكثير من المسائل المستجدة.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان التفرقة بين البقاء والابتداء، واستقصاء الألفاظ المتعلقة بالقاعدة، وذكر أمثلة فقهية تطبيقية في أبواب فقهية مختلفة، وتوضيح علاقة القاعدة بغيرها من القواعد ومباحث أصول الفقه، وتكمن أهمية الدراسة في أنها أخضعت القاعدة لدراسة شمولية، تأريخاً وتأصيلاً وتطبيقاً. إن هذه القاعدة مبنية على قوة الدوام، وهي حجة ومعمول بها في المذاهب الفقهية من حيث الجملة، وهي تبرز يسر وسماحة الشريعة. وتوصي هذه الدراسة بإجراء دراسة تطبيقية أكثر شمولية في جميع الأبواب الفقهية، ومحاولة تخريج المزيد من المسائل المعاصرة بناء عليها.

Pursuing something is easier than starting over

Prepared by: Fadi Ibrahim Mousa Za'atrih.

Supervisor: Mohammad Saleem Mohammad Ali.

Abstract

This study has addressed a significant jurisprudential rule which is concise, has a heavy utterance and an explicit meaning; the rule of “Pursuing something is easier than starting over”. It is one of the rules which have been largely used as an argument by jurists in their jurisprudential books. It is also one of the great rules which emphasize the fact that interpreting “commencement” by analogy of “persistence” is weak in the Islamic law due to the strength and constancy of persistence. The study began with a preface which included a definition of the jurisprudential rules and relevant expressions, and it also included the difference between jurisprudential rules and the relevant expressions.

The first chapter of this study addressed the history of the emergence of this rule as it has been associated with legal impediments which are divided into many sections. This rule lies under the section which prevents commencement rather than completion; then its intrinsic meaning was indicated after summarizing its relevant expressions and explaining their detailed meanings along with practical examples as well as any exclusions and examples thereof. It also addressed the rule’s expressions in the four jurisprudential doctrines, by referring to the various expressions which have been used by jurists as an argument in different jurisprudential domains by supporting the differentiation between persistence and commencement and the association of this rule with other jurisprudential rules.

The second chapter addressed this rule in terms of the role of rooting by indicting the authenticity of the rule and the controversy about it, the evidences of taking or not taking it into consideration, the rule’s association with legal and religious impediments, the companion saying, obstruction of pretexts, taking controversy and public welfare into consideration, as well as the principle of tolerance and facilitation. It also appeared that this rule is highly associated with the fundamentals of jurisprudence.

The third chapter revealed several jurisprudential applications of this rule in various jurisprudential domains; thus indicating that this rule is comprehensive and is used as an argument in many matters by using the comparative jurisprudential methodology in addressing the controversial jurisprudential matters; and being satisfied with the main evidences of each group as well as discussing them and favoring as much as possible.

The study also indicated a group of contemporary jurisprudential applications in a way which adds a sort of viability and emphasizes the importance of jurisprudential rules for the rooting of several emergent matters.

The study aims to manifest the difference between persistence and commencement, examining the relevant expressions, mentioning applicable jurisprudential examples of different jurisprudential domains, as well as clarifying the association of this rule with other jurisprudential rules and fundamentals of jurisprudence.

The importance of the study lies in the fact that it has studied the rule comprehensively in terms of the history, rooting and application.

This rule is based on the strength of persistence and it is considered as an argument which is applicable in the jurisprudential doctrines and it also high lights the facilitation and tolerance of the Islamic law. This study recommends that it is necessary to conduct an applicable study which is more comprehensive in terms of all the jurisprudential domains, and it also attempts to interpret additional contemporary issues accordingly.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمد الشاكرين العابدين، حمدا يليق بجلاله، وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على النبي المصطفى، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، ومن اتبعهم بإيمان وإحسان إلى يوم الدين، أما بعد،

فإن القواعد الفقهية تعتبر من الوسائل الفريدة المبتكرة في الفقه الإسلامي العريق، التي أنتجتها العقول المبدعة في مسيرة التاريخ الفقهي الإسلامي، وإن أي دارس ومطلع على الفقه الإسلامي ليلمس الأثر الكبير، والنفع الجليل الذي تؤديه هذه القواعد، بضبط مسائل الفقه، مما يسهل حفظ الفروع الفقهية التي لا تكاد تنحصر، وتكوين الملكة الفقهية، والإعانة على فهم مقاصد الشارع الحكيم، وحكمه وأسراره على مر العصور، ومواجهة المستجدات الحياتية، والنوازل في كل باب من أبواب الفقه.

إن الثروة الفقهية الضخمة التي تراكمت عبر العصور والدهور، كانت ولا زالت في نمو مستمر، وتعد قبلة للمتوجهين، ونبراسا للدارسين، ولكن العجز مُستولٍ على جملة البشر، والإحاطة بالصغير والكبير في خضم هذا البحر اللجج مما تتقاصر عنه الهمم، وتقتصر عنه الآجال، وتنتهي عنده الآمال، فكان لا بد من أصول جامعة، وفوائد نافعة، تنتظم تحتها المسائل والجزئيات، بحيث يسهم في حفظها، وإدراج كل جديد تحتها، فكانت القواعد الفقهية هي الوسيلة العظمى، والغاية الفضلى، التي سهلت صعب هذا العلم، وذهلت عقباته، فهي نتيجة الكثير من الجهود التي بذلت في سبيل الارتقاء بالفقه وعلومه، تأسيسا واستنباطا، وتأصيلا وتفريعا، ودراسة وتأليفا، فهي من الأساليب والمناهج المتنوعة التي سلكها الفقهاء، فساهمت في نمو الفقه وازدهاره.

لقد حظيت القواعد الفقهية باهتمام العلماء قديما وحديثا، واستدلوا بها في الكتب الفقهية على المسائل الفرعية، فما من باب فقهي إلا وتجذ فيه المؤلف قد أشار إلى حكم مسألة من المسائل مدعمة بالأدلة النقلية والعقلية، والقواعد الفقهية، وقد أفرد لها جماعة لا يحصون بالتأليف، ولم تكن الدراسات المعاصرة ضئيلة في هذا المجال، فقد تناول الباحثون في ربوع العالم الإسلامي القواعد الفقهية بالتأليف والتصنيف، وألفت رسائل ماجستير ودكتوراة في هذا المجال، وكان قسم كبير من هذه الدراسات يتناول إحدى القواعد الفقهية ويفردها بدراسة مستقلة، يجمع فيها بين النظرية والتطبيق، وإن هذه الرسالة الجامعية -شأنها كباقي الرسائل- تناولت إحدى القواعد الهامة تأريخا وتأصيلا واستدلالات، وهي قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

تعتبر هذه القاعدة من القواعد التي تمتاز بغزارة ألفاظها، فقد وردت بأكثر من لفظ مختلف، ولقد بُنيت الكثير من الفروع الفقهية على هذه القاعدة العريقة، ولعل ذلك يوهم بوجود فرق في المعنى بين هذه الألفاظ، إلا أنه عند التأمل والتحقيق، فإن تعدد ألفاظها، والتعبير عنها بأكثر من لفظ، مع التقارب الواضح في المعنى والمدلول، يؤكد على أن الألفاظ المتعددة هي لقاعدة واحدة.

إن البقاء والابتداء لهما أحكامهما الخاصة في الشريعة الإسلامية، فهناك أحكام يستوي فيها البقاء والابتداء، وأحكام يختص بها البقاء دون الابتداء، وأحكام خاصة بالابتداء، ولكل قسم من هذه الأقسام قواعده الخاصة التي عالجته.

إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" عالجت الأحكام المتعلقة بالبقاء؛ من حيث إنه يتسامح مع المكلف فيها عملاً بالقاعدة، فإذا كان الفعل غير مشروع، فمن المعلوم أنه يمنع ابتداء، وبمعنى أدق، يمنع المكلف من مباشرته، ولكن إذا حصل وأن أوقعه المكلف نتيجة الجهل أو الإكراه مثلاً، فإن طوبى بالإقلاع عنه قد يترتب عليه مشقة وعسر يؤدي إلى العنت، وهو ما نهت عنه الشريعة الإسلامية، ومن هذا المنطلق جاءت هذه القاعدة للإعلان بأنه يتسامح في هذه الأفعال دواماً وبقاء كرخصة شرعية، ولكن الأمر ليس على إطلاقه، ولا يخلو من مستثنيات.

من خلال تتبع نشأة هذه القاعدة، تبين أنها ارتبطت ببحث المانع الشرعي، أو الموانع الشرعية، والمانع الشرعي مصطلح أصولي، وإن سر هذا الارتباط يظهر بوضوح من خلال أقسام المانع التي ذكرها الأصوليون، فمن هذه الموانع -أي من أقسامها- ما يمنع الابتداء دون الانتهاء، ومن هنا جاءت علاقتها بالمانع الشرعي، فالمعنى المفهوم من المنع في الابتداء دون الانتهاء أن الانتهاء أو البقاء أسهل أو يتسامح فيه.

ومن خلال تتبع الكتب الفقهية، وكتب القواعد والأصول، ظهر بوضوح تأثير هذه القاعدة في الأحكام المختلفة التي بنيت عليها، ومن الواضح أن هذه القاعدة نشأت نشأة مبكرة في الفقه الإسلامي، حيث علل بها الفقهاء الأحكام الفرعية المختلفة، إلا أنها مع مرور الزمن، والتطور الذي طرأ على مسار القواعد الفقهية في تاريخ الفقه الإسلامي اتخذت صياغة محكمة، منبئة عما فيها، وإن تطور صياغتها من خلال تتبع استعمالها عند الفقهاء، حيث عللوا بها الأحكام -كما سبق التنويه به- كل ذلك ساهم في تشكل ألفاظها المتنوعة، وبالرغم من تنوعها واختلافها، إلا أن مدلولها واحد.

ولم تكن ألفاظها الوفيرة هي صاحبة النصيب الأكبر فقط، بل إن توزعها على أبواب الفقه المختلفة التي كادت تصل فيه إلى مرتبة القواعد العامة الشاملة، كان له نصيب آخر من ذلك.

في الحقيقة، إن إعمال هذه القاعدة الجلية هو تطبيق عملي ليسر وسماحة الشريعة الغراء، وهي من القواعد الفقهية الاجتهادية المستنبطة، ولقد أيدتها أدلة كثيرة من السنة المطهرة، والإجماع، وإن ارتباطها بغيرها من مباحث أصول الفقه كالاستحسان، والاستصحاب، وسد الذرائع...، يعطيها مزيداً من الثبات والرسوخ.

ويبقى التمييز بين الحالات التي يتسامح فيها في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء من الأهمية بمكان، حيث إنها من الدقة أحياناً ما قد تلتبس بغيرها من الحالات الاستثنائية التي يراعى فيها الابتداء فقط دون البقاء، أو يستوي فيها البقاء والابتداء على حد سواء، فلا يتسامح فيها.

وما هذه الرسالة إلا مساهمة علمية متواضعة في مسيرة القواعد الفقهية، ودراسة هذه القاعدة، وتتبع ألفاظها وتطبيقاتها الفقهية، والتفريق بين ما تنطبق عليه وما لا تنطبق عليه، لعل الله أن يكتب لها النجاح والتوفيق، والله من وراء القصد.

مشكلة الدراسة:

تبحث هذه الدراسة في أحكام البقاء من خلال قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء"، حيث فرقت الشريعة الإسلامية بين الابتداء والبقاء في كثير من الأحكام، كما اتفق البقاء والابتداء في أحكام أخر. وتتلخص مشكلة الدراسة فيما يأتي:

(1) عدم وجود دراسة موسعة عن هذه القاعدة، ورغم أن العلماء قديما ذكروا هذه القاعدة في كتبهم التي تعنى بالقواعد الفقهية، إلا أن تناولهم لها كان موجزا من الناحية النظرية، مع الإشارة إلى الفروع الفقهية التي بنيت عليها.

(2) إن الاستدلال بهذه القاعدة موزع على أبواب الفقه، فهو موضوع متناثر في ثنايا المباحث الفقهية، ويحتاج إلى جهد في جمع ما تناثر منه بشكل منسق ومرتب.

(3) إن تنوع ألفاظ القاعدة وتعددتها بشكل ملفت للنظر، جعل الكشف عنها في بطون الكتب عسيراً، حيث لم تتخذ صياغة واحدة منسجمة على جميع أبواب الفقه.

أهمية هذه الدراسة.

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها الأولى من نوعها التي تناولت هذه القاعدة بشكل موسع مستوعب، تاريخاً وتأصيلاً وتطبيقاً، إضافة إلى استقصاء ألفاظ القاعدة المتنوعة.

أسباب اختيار الموضوع.

1- محاولة إثراء الموضوع بدراسة شاملة؛ حيث إنني لم أجد من سبقني إلى دراسة متكاملة في موضوع هذه القاعدة.

2- إن موضوع البقاء والابتداء من الموضوعات الهامة والدقيقة، ويحتاج إلى جمع واستقصاء، ومعالجة بأسلوب سهل ومبسط.

3- لقد وجدت أن هذه القاعدة من القواعد العظيمة التي يستفاد منها عملياً، ويمكن توظيفها للتدليل على كثير من المسائل المعاصرة.

أسباب اختيار عنوان الرسالة.

بالرغم من كثرة ألفاظ القاعدة، إلا أنني اخترت لفظ: "البقاء أسهل من الابتداء" لما يأتي:

1. لأنه من الألفاظ الوجيزة المعبرة عن المقصود بأقل عبارة.

2. لأنه من أكثر الألفاظ استعمالاً عند الحنفية، ولم يوجد عند غيرهم فيما أعلم.

3. لأن هذا اللفظ هو أصل للفظ: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، وهذا الأخير -وهو من أكثر الألفاظ استعمالاً عند الشافعية- متفرع عن لفظ: "البقاء أسهل من الابتداء".
4. لأن هذا اللفظ غلب على هذه القاعدة.

أهداف الدراسة.

- تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف، وهي كما يأتي:
- 1- بيان الأحكام الشرعية المترتبة على التفرقة بين الابتداء والبقاء.
 - 2- استقصاء ألفاظ قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء"، وبيان ما بين هذه القواعد المتنوعة لفظاً من علاقة في المعنى والمضمون والتطبيق الفقهي.
 - 3- إيضاح العلاقة بين هذه القاعدة وغيرها من قواعد الفقه والمباحث الأصولية.
 - 4- الاستدلال بالقاعدة في المسائل الفقهية المقارنة.
 - 5- تطبيق القاعدة على المسائل الفقهية المعاصرة (النوازل).

الدراسات السابقة.

لقد تعرض الفقهاء القدامى لهذه القاعدة بشكل موجز في الكتب التي عنيت بالقواعد الفقهية، وأكثر ما ذكره فيها هو الفروع والمسائل الفقهية التي بنيت عليها، أو كان سبب الخلاف مستنداً عليها، إضافة إلى أنهم قد استدلوا بها في أبواب فقهية متنوعة، في الكتب المذهبية، وكتب الخلاف الفقهي.

وفي الكتب والموسوعات التي عنيت بالقواعد الفقهية في العصر الحاضر، أشار إليها المؤلفون في ثنايا مؤلفاتهم، مع شرح معاني المفردات، وتوضيح معنى القاعدة، مثل ما جاء في موسوعة القواعد الفقهية للبورني، وموسوعة معلمة زائد للقواعد الفقهية والأصولية، لمجموعة من العلماء المعاصرين.

وفي الدراسات المعاصرة المتخصصة، لم أجد أي رسالة علمية تناولت هذه القاعدة بالتفصيل، وبالرغم من ذلك عثرت على بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة للدكتور عبد العزيز المشعل بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، حيث تناول الباحث هذه القاعدة بتمهيد، وأربعة مباحث، وعدد من المطالب، أما التمهيد، فقد أشار فيه إلى نشأة هذه القاعدة، وارتباطها بالموانع الشرعية. وفي المبحث الأول، تكلم عن ألفاظ القاعدة في المذاهب الأربعة، وأشار في المبحث الثاني إلى القواعد ذات الصلة بهذه القاعدة.

أما المبحث الثالث، فقد خصصه الباحث للحديث عن علاقة هذه القاعدة بأصول الفقه، وقواعد التشريع، فبين صلتها بالاستصحاب، ومبدأ مراعاة المآلات، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف، وصلتها بالواقع والحس.

أما في المبحث الرابع -وهو الأخير-، فقد تطرق إلى منزلة هذه القاعدة في الفقه، وتبع ذلك سرداً لتطبيقاتها الفقهية.

في الحقيقة، لقد أفدت من البحث المذكور بشكل كبير، فجزا الله كاتبه خير الجزاء، لكن الباحث -فيما أرى- لم يستوعب دراسة هذه القاعدة استيعاب الرسائل العلمية المتخصصة، لذلك، فقد تتبعت نشأتها وارتباطها بالموانع الشرعية بتفصيل أكثر مما عرضه الباحث، من خلال استقصاء أكثر للعلماء الذين أشاروا إلى ارتباطها بالموانع الشرعية، مع الإشارة إلى أن بعض العلماء استخدم بعض ألفاظها كضابط فقهي. وفيما يتعلق بألفاظ القاعدة، فقد تتبعت الكثير من الكتب الفقهية، وكتب القواعد والأصول، التي ذكرت القاعدة بألفاظها المختلفة بشكل مستوعب أكثر مما ذكره الباحث، مع التمثيل العملي لكل لفظ منها حيث ورد في محله.

وعند الحديث عن علاقتها بالقواعد ذات الصلة، أضفت بعض القواعد التي تتصل بها مما أغفله الباحث ولم يذكره.

وذكرت في مطلع الفصل الثاني حجية القاعدة -موضوع الدراسة- من خلال عرض خلاف العلماء في اعتبار الدوام، هل هو كالابتداء، أم لا، مع ذكر الأدلة والمناقشة والترجيح.

وأما عن علاقة القاعدة بمباحث أصول الفقه، فقد تناولت الموضوع بشكل أكثر تفصيلاً مما ذكره الباحث. وفي الفصل الأخير، تناولت المسائل الفقهية التطبيقية التي تدخل تحت القاعدة على طريقة الفقه المقارن، وذلك بعرض أدلة الفريقين، ومناقشتها، وبيان الراجح منها، مع العلم أن الباحث في نهاية بحثه أشار إلى تطبيقات القاعدة في أبواب مختلفة، واكتفى بذكر المسائل مجرد ذكر وتمثيل.

منهج الدراسة.

لقد اعتمدت في دراستي هذه على المنهج الاستقرائي الوصفي الذي يقوم على التتبع والجمع والتحليل، ومن ثم الاستنتاج، ملتزماً بما يأتي:

- 1- وثقت الأقوال التي أنقلها من كتب القائلين بها أنفسهم.
- 2- وثقت قول كل مذهب من كتب المذهب الفقهية والأصولية المعتمدة.
- 3- رتبت الكتب في الهوامش بحسب تاريخ وفاة المؤلفين، باستثناء كتب الفقه المذهبية، فهي على الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية الأربعة.
- 4- ذكرت الآية القرآنية بين قوسين مزهرين، مع ذكر السورة ورقم الآية.
- 5- ذكرت الحديث النبوي بين قوسين: (...)، فإن كان في الصحيحين اكتفيت بذلك، وإلا ذكرت من خرجه، مع ذكر درجة الحديث صحة وضعفاً .
- 6- وضعت أقوال أهل العلم بين إشارتي التنصيص: " ... " .
- 7- ذكرت القاعدة وألفاظها المتنوعة كما وردت به عند الفقهاء بين إشارتي تنصيص كذلك.
- 8- تتبعت أقوال العلماء في القاعدة، بألفاظها المتنوعة، مستقراً مظان وجودها في كتب الفقه وأصوله، والقواعد الفقهية.
- 9- التمثيل للقاعدة في ثنايا البحث.

- 10- ذكرت الاستثناءات التي تخرج عن دائرة هذه القاعدة.
- 11- تبويب المسائل الخلافية وفق أبوابها الفقهية.
- 12- ذكرت تراجم موجزة لجميع الأعلام الواردة في الرسالة.
- 13- عالجت المسائل التطبيقية للقاعدة في الفصل الثالث بطريقة الفقه المقارن، إلا إذا تطلبت المسألة خلاف ذلك.

*ولقد قسمت هذه الدراسة إلى تمهيد، وثلاثة فصول، وعدد من المباحث والمطالب، كما يأتي:

التمهيد

وقد تناول:

*تعريف القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة (القاعدة الأصولية، الكليات، الأشباه والنظائر، الفروق، الضوابط الفقهية، النظرية الفقهية).

*الفرق بين القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

الفصل الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، ماهيتها، ألفاظها، علاقتها بالقواعد ذات الصلة.

وقد اشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وماهيتها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشأة القاعدة.

المطلب الثاني: ماهية القاعدة.

المبحث الثاني: ألفاظ قاعدة البقاء أسهل من الابتداء.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ألفاظها عند الحنفية.

المطلب الثاني: ألفاظها عند المالكية.

المطلب الثالث: ألفاظها عند الشافعية.

المطلب الرابع: ألفاظها عند الحنابلة.

المبحث الثالث: علاقة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالقواعد ذات الصلة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موضع القاعدة بين أقسام القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: علاقتها بالقواعد ذات الصلة.

وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: علاقتها بقاعدة الدفع أولى من الرفع.

المسألة الثانية: علاقتها بقاعدة يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام.

المسألة الثالثة: علاقتها بقاعدة هل الاعتبار بالحال أو بالمآل.
المسألة الرابعة: علاقتها بقاعدة ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء.
المسألة الخامسة: علاقتها بقاعدة استدامة الشيء تعتبر بأصله.
المسألة السادسة: علاقتها بقاعدة من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به، فبادر إلى الإقلاع عنه لم يكن ذلك فعلاً للممنوع.

الفصل الثاني: تأصيل قاعدة البقاء أسهل من الابتداء

وقد اشتمل هذا الفصل على ثمانية مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: حجية قاعدة البقاء أسهل من الابتداء.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: القائلون بأن الدوام على الشيء ليس كابتنائه، وأدلتهم.
المطلب الثاني: القائلون بأن الدوام على الشيء كابتنائه، وأدلتهم.
المطلب الثالث: رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة.
المطلب الرابع: المناقشة والترجيح.

المبحث الثاني: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالموانع الشرعية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المانع الشرعي، وأقسامه.
المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمانع الشرعي.
المبحث الثالث: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالاستصحاب.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب، وأنواعه، وحجيته.
المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالاستصحاب.
المبحث الرابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بسد الذرائع.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع، وأنواعها، وحجيته.
المطلب الثاني: علاقة القاعدة بسد الذرائع.
المبحث الخامس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمراعاة الخلاف.
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان المقصود بمراعاة الخلاف.
المطلب الثاني: مجال مراعاة الخلاف، وشروطه.
المطلب الثالث: علاقة القاعدة بمراعاة الخلاف.

المبحث السادس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات.
وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات.

المطلب الثاني: مراتب المآلات.

المطلب الثالث: أدلة اعتبار المآلات.

المطلب الرابع: طرق اعتبار المآلات.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الطريق الوقائي (منع الابتداء والإنشاء).

المسألة الثانية: الطريق العلاجي (منع الاستمرار).

المطلب الخامس: علاقة القاعدة بمراعاة المآل.

المبحث السابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالمصلحة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المصلحة، وأنواعها، وحجيتها.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصلحة.

المبحث الثامن: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عام بمبدأ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: علاقتها بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

الفصل الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء.

وقد اشتمل هذا الفصل على خمسة مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في العبادات.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم التيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة.

المطلب الثاني: حكم الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين في الصلاة.

المطلب الثالث: حكم التطيب قبل الإحرام.

المطلب الرابع: حكم القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصيام.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في المعاملات.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم انفساخ الإجارة بالموت.

المطلب الثاني: حكم رهن المشاع.

المطلب الثالث: حكم لزوم العوض بدون اشتراط في الهبة.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في الأحوال الشخصية.
وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم فقد الكفاءة في النكاح.

المطلب الثاني: حكم توقيت النكاح.

المطلب الثالث: حكم منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها.

المطلب الرابع: حكم إنكاح المرأة نفسها من غير وليها.

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في الجهاد.
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الخروج إلى القتال دون إذن الوالدين.

المطلب الثاني: حكم انفساخ عقد نكاح المتزوج من الكفار المسيبيين.

المبحث الخامس: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في المسائل المعاصرة.
وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم إزالة أجزاء الخنزير ونحوه من الجسم البشري بعد التداوي بها.
وقد اشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: طهارة جلد الخنزير بالدباغ.

المسألة الثانية: حكم التداوي بالنجاسات والمحرمات.

المطلب الثاني: حكم إزالة أبراج الاتصالات من الأماكن السكنية.

المطلب الثالث: حكم إزالة الوشم.

المطلب الرابع: حكم إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية.

المطلب الخامس: تطبيقات عامة.

الخاتمة.

النتائج والتوصيات.

الملاحق.

فهرس الآيات.

فهرس الأحاديث.

فهرس الآثار.

فهرس الأعلام.

فهرس المصطلحات.

فهرس الألفاظ الغريبة.

فهرس المصادر والمراجع.

فهرس الموضوعات.

وأخيراً، فهذا جهد المقل، فإن أصبت فبتوفيق من الله العزيز الكريم، وإن أخطأت، فمن نفسي ومن

الشيطان وأستغفر الله العظيم.

وإنني أسأله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد.

التمهيد

يتناول التمهيد التعريف بالقواعد الفقهية، والألفاظ ذات العلاقة، ثم توضيح أهم وجوه الاختلاف بين القواعد الفقهية، وغيرها من الألفاظ ذات العلاقة وفق الآتي:

أولاً: تعريف القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

(القواعد الأصولية، الكليات، الأشباه والنظائر، الفروق، الضوابط الفقهية، النظريات الفقهية)

ثانياً: الفرق بين القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

التمهيد

أولاً: تعريف القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

(1) تعريف القواعد الفقهية.

*تعريف القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً.

(أ) القاعدة في اللغة:

القاعدة: من الفعل الثلاثي "قعد"، وجمعها قواعد، والمفرد: قاعد، وقياسه: قاعدة بالتاء المربوطة، والقواعد أسس البيت، وما ارتكن من البناء بعضه فوق بعض⁽¹⁾، وأساطين وأعمدة البناء⁽²⁾، وتطلق القاعدة على الأمور الحسية، كقوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾⁽³⁾، والأمور المعنوية كقواعد الدين⁽⁴⁾.

(ب) القاعدة في الاصطلاح:

1- تعريف القاعدة الفقهية باعتبار الإضافة:

القاعدة الفقهية مركب إضافي، يتكون من مضاف، ومضاف إليه؛ أما المضاف، وهو "القاعدة"، فقد سبق بيان تعريفها لغة.

أما اصطلاحاً، فقد عرفت القاعدة بأنها: "القضايا الكلية"⁽⁵⁾، وهذه القضايا الكلية منطبقة على جميع جزئياتها⁽⁶⁾، وسبب كليتها راجع إلى اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها⁽⁷⁾. وعبروا عنها باصطلاح آخر وهو: أنها صور كلية، وهذه الصور، تنطبق كل واحدة منها على الجزئيات المندرجة تحتها⁽⁸⁾.

(1) الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت 170 هـ)، العين، مادة "قعد"، 143/1، المحقق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د. ط، بدون سنة نشر؛ الهروي، محمد بن أحمد ابن الأزهر (ت 370 هـ)، تهذيب اللغة، مادة "قعد"، 137/1، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 2001م.

(2) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم الإفريقي المصري (ت 711 هـ)، لسان العرب، مادة "قعد"، 361/3، بيروت، لبنان، دار صادر، ط3، 1414 هـ.

(3) سورة البقرة، الآية: 127.

(4) الحصني، تقي الدين محمد بن عبد المؤمن تقي الدين (ت 829 هـ)، كتاب القواعد، 21/1، دراسة وتحقيق: عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418 هـ، 1997م.

(5) التفاتزاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793 هـ)، شرح التلويح على التوضيح، 36/1، مكتبة صبيح بمصر، د. ط، بدون سنة نشر.

(6) الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت 816 هـ)، التعريفات، ص171، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1403 هـ، 1983م.

(7) الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الحنفي (ت 1094 هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص728، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(8) ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح (ت 972 هـ)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، 44-45/1، المحقق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418 هـ، 1997م.

إن التعريفات السابقة تعطي صورة واضحة لاصطلاح عام للقاعدة، وإن هذا الاصطلاح العام جرى في جميع العلوم، فإن لكل علم قواعده، فعلم الأصول له قواعده، وعلم النحو له قواعده، وهكذا⁽¹⁾.

أما المضاف إليه، وهو "الفقهية"، فهي منسوبة إلى الفقه.

والفقه لغة: الفهم، ثم حُصَّ به عِلْمُ الشريعة، والعالمُ به فقيهٌ، وقد فقهَ بالضم فقاهاً، وثَقَّقَهُ، إذا تعاطى الفقه، وفاقهتهُ، إذا باحثه في العلم⁽²⁾، ويطلق كذلك على إدراك الشيء، والعلم به، وكل علم بشيء فهو فقه، وأفقهتهك الشيء، إذا بينته لك⁽³⁾.

أما الفقه اصطلاحاً: فهو العلم بأحكام التكاليف الشرعية⁽⁴⁾، وعرف أيضاً بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"⁽⁵⁾.

2- تعريف القاعدة الفقهية باعتبار العلمية: أي باعتبارها علماً ولقبا على هذا العلم.

هناك مذهبان لأهل العلم في تعريف القواعد الفقهية باعتبار العلمية، فالمذهب الأول يرى أن القواعد الفقهية تنطبق على جميع جزئياتها، وبالتالي فهي كلية، بينما يرى المذهب الثاني أنها تنطبق على كثير من الجزئيات، وبالتالي فهي أغلبية، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

المذهب الأول: عرف القاعدة الفقهية بأنها: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"⁽⁶⁾.

المذهب الثاني: عرفها بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"⁽⁷⁾.

وعليه، يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها: "حكم كلي ينطبق على جميع جزئياتها أو أكثرها، لتعرف أحكامها منه"⁽⁸⁾، فيكون هذا التعريف قد جمع بين المذهبين، فقد توجد قاعدة تنطبق على جميع الجزئيات، وقد توجد أخرى تنطبق على الأكثر، ولها مستثنيات، وهذا لا يترتب عليه كبير أثر.

(1) الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية، ص41، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 1418هـ، 1998م، بتصرف يسير.

(2) الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 6/ 2243، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ، 1987م، بتصرف يسير.

(3) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء الرازي (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، 4 / 442، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ، 1979م.

(4) الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الملقب بإمام الحرمين (ت 478هـ)، البرهان في أصول الفقه، 8/1، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1997م، بتصرف يسير.

(5) السبكي وولده، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي (ت 756هـ)، وتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب (ت 771هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، 28/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، 1416هـ، 1995م.

(6) النفقازاني، شرح التلويح على التوضيح، 36/1؛ الجرجاني، التعريفات، ص171؛ الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ص728.

(7) ابن السبكي، تاج الدين، الأشياء والنظائر، 11/1، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ، 1991م؛ الحموي، أحمد بن محمد مكي شهاب الدين الحسيني الحنفي (ت 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 51/1، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م.

(8) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 51/1، زيدان، عبد الكريم (ت 1435هـ)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص76، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط15، 1419هـ.

(2) تعريف الألفاظ ذات الصلة.

أ- تعريف القواعد الأصولية لغة واصطلاحاً:

(1) أما القاعدة في اللغة: فهو ما تم بيانه سابقاً.

أما "الأصولية"، فهي نسبة إلى أصول الفقه، والأصل في اللغة هو: قاعدة الشيء التي لو نُهِّمَتْ مرتفعةً لارتفع بارتفاعه سائرُه لذلك، وقد تَأَصَّلَ كذا وَأَصْلُهُ، أي ثبت واستقر⁽¹⁾.

(2) تعريف الأصل اصطلاحاً:

يطلق الأصل في الاصطلاح على أمور: أحدها: الصورة المقيس عليها. الثاني: الرجحان، مثل: الأصل في الكلام الحقيقة، أي: الراجح. الثالث: الدليل، كقولهم: أصل هذه المسألة من الكتاب والسنة؛ أي دليلها، ومنه أصول الفقه أي: أدلته. الرابع: القاعدة المستمرة، كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل⁽²⁾.

(3) تعريف القاعدة الأصولية باعتبار العلمية:

هي "دلالة يهتدي بها المجتهد للتوصل إلى استخراج الأحكام الفقهية، فهي آله التي يستعملها لاستفادة تلك الأحكام"⁽³⁾، أو هي: "الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء والشروع بالاستنباط، يضعها ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها"⁽⁴⁾.

ب- تعريف الكليات لغة واصطلاحاً:

(1) أما لغة: فالكليات لفظٌ جمعٌ مفردة كلمة "كل"، وهو اسمٌ مجموعٌ المعنى، ولفظه واحد، أو اسم لجميع أجزاء الشيء، للمذكر والمؤنث، فيقال: كل رجل، وكل امرأة، وتفيد الإحاطة⁽⁵⁾.

(2) أما اصطلاحاً: فهي اسم لجملة مركبة من أجزاء⁽⁶⁾، وتطلق على القضايا المصدرة بكلمة "كل"⁽⁷⁾. والكليات كاصطلاح فقهي: "عبارة عن قواعد وضوابط اشتملت على فروع من أبواب، وهي ضوابط إذا دارت المسائل المنطوية تحتها على باب واحد"⁽⁸⁾.

(1) الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب (ت 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، ص79، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم- دمشق، الدار الشامية- بيروت، ط 1، 1412 هـ.

(2) الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر (ت 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، 26/1، دار الكتبي، ط 1، 1994م، بتصرف يسير؛ الكنوي، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي (ت 1225هـ)، فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، 10-9/1، ضبطه وصححه: عبد الله عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1423هـ، 2002م.

(3) الجديع، عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب، تيسير علم أصول الفقه، ص13، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م.

(4) الخن، مصطفى سعيد (1428هـ)، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ص117، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 5، 1414هـ.

(5) الكفوي، الكليات، ص742.

(6) الجرجاني، التعريفات، ص186.

(7) ابن غازي، محمد بن علي المكناسي (ت 919هـ)، الكليات الفقهية على مذهب الإمام مالك بن أنس، ص8، اعتنى بها: جلال علي الجهاني، بدون معلومات نشر.

(8) الندوي، القواعد الفقهية، ص53.

ج- تعريف الأشباه والنظائر لغة واصطلاحاً:

- (1) أما الأشباه لغة: جمع شبه، وهو المثل، وتشابها واشتبهها: أشبه كل منهما الآخر حتى التباساً⁽¹⁾.
- أما النظائر لغة: فهي جمع نظير، ونظير الشيء مثله⁽²⁾، وبعبارة أدق، هو المثل المساوي⁽³⁾.
(2) أما في الاصطلاح: فعلم الأشباه والنظائر يعني: "المسائل التي تشبه بعضها بعضاً، مع اختلافها في الحكم، لأمر خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم"⁽⁴⁾.

د- تعريف الفروق لغة واصطلاحاً:

- (1) أما في اللغة، فالفرق جمع، ومفرده "فرق"، فيقال: فرقت بين الشيئين أفرق فرقا وفرقانا، وفرقت الشيء تفريقاً وتفرقة، فانفرق وافترق وتفرق⁽⁵⁾، والافتراق يكون بالكلام، والتفرق بالأجسام، والمعنى يدل على التمييز والفصل بين الأشياء⁽⁶⁾.
(2) أما في الاصطلاح: فهي "معرفة الأمور الفارقة بين مسألتين متشابهتين، بحيث لا يسوّى بينهما في الحكم"⁽⁷⁾.

هـ- تعريف الضوابط الفقهية لغة واصطلاحاً:

- (1) الضابط لغة: من الفعل ضبط، والضبط: لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، والحبس، ورجل ضابط، قوي على عمله⁽⁸⁾.
(2) الضابط اصطلاحاً: إن المعنى الاصطلاحي للضابط قريب من المعنى اللغوي، وقد استخدم في كثير من المعاني⁽⁹⁾، فقد أطلق بعض العلماء الضابط على المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني، وعلى تقاسيم الشيء، وعلى أحكام فقهية عادية، لذلك رأى بعض الباحثين أن يطلق على الضابط معنى أوسع من الذي ذكر، بأن يحمل معناه على المعنى اللغوي، فالضابط هو: كل ما يحصر ويحبس، سواء كان بالقضية الكلية، أو بالتعريف، أو بذكر مقياس الشيء، أو ببيان

(1) الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت 817هـ)، القاموس المحيط، ص 1247، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 8، 1426 هـ، 2005 م.

(2) الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الحنفي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، مادة "نظر"، ص 313، المحقق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط 5، 1420 هـ، 1999 م.

(3) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي (ت 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 612/2، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، وبدون سنة نشر.

(4) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 38/1.

(5) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "فرق"، 4 / 1540.

(6) المطرزي، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم بن علي (ت 610هـ)، المغرب في ترتيب المعرب، مادة "فرق"، ص 359، دار الكتاب العربي، د. ط، وبدون سنة نشر.

(7) الفاداني، محمد ياسين بن عيسى (ت 1410 هـ)، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، 87/1، اعتنى بطبعه وقدم له: رمزي دمشقية، دار البشائر الإسلامية، ط 2، 1996 م.

(8) الهروي، تهذيب اللغة، مادة "ضبط"، 339/11؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة "ضبط"، 340/7.

(9) الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج، القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الإيمان والنذور، ص 178، المكتبة المكية، مكة، ط 1، 2006 م بتصرف يسير.

أقسامه⁽¹⁾، ويمكن تعريفه أيضاً: بأنه القواعد الخاصة، أو المخصصة بأبواب فقهية معينة⁽²⁾، أو ما يحصر ويحبس المسائل في أبواب فقهية مخصصة، فهو يختص بباب دون باب، أو هو: "حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة من باب واحد"⁽³⁾، وإن هذه التعريفات المختلفة، مؤداها واحد، فالضابط مخصوص بباب فقهي معين، والاختصاص يفيد الحصر، ورغم كونه كلياً، إلا أن خصوصيته تجعله لا ينطبق إلا على فروع محصورة بباب واحد.

و- تعريف النظريات الفقهية لغة واصطلاحاً:

- (1) النظرية في اللغة: مشتقة من الفعل "نظر"، والنظر: تأمل الشيء بالعين⁽⁴⁾.
- (2) النظرية اصطلاحاً: النظرية الفقهية مصطلح مستحدث، استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه والقانون الوضعي، فعقدوا موازنة بينهما، وعرفوها بأنها: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً"⁽⁵⁾، ومن أمثلتها: نظرية الملكية، ونظرية العقد...⁽⁶⁾.

ثانياً: في الفرق بين القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

- [1] الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية: هناك جملة من الفروق الواضحة بينهما أهمها:
 - أ- من حيث الموضوع: فموضوع القواعد الفقهية الفروع الفقهية، واستنباط وصياغة القواعد منها، أما القواعد الأصولية، فموضوعها الدليل الكلي الموصل إلى استنباط الفروع الفقهية⁽⁷⁾.
 - ب- من حيث الوظيفة: فالقواعد الفقهية مجموعة أحكام متشابهة تجمعها علة واحدة، أما القواعد الأصولية، فهي أدلة للأحكام الشرعية⁽⁸⁾، لذلك، فهي ذريعة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية⁽⁹⁾.
 - ج- من حيث الأسبقية: القواعد الفقهية متأخرة في وجودها عن الفروع الفقهية، بخلاف القواعد الأصولية التي وجدت قبل الفروع لتوقف الأخيرة عليها⁽¹⁰⁾.
 - د- من حيث الحجية: القواعد الفقهية أغلبها ظنية، وبالتالي، فيوجد في كثير منها اختلاف في حجيتها، أما الأصولية، فالغالبية العظمى منها قطعية، مجزوم بصحتها، متفق على حجيتها⁽¹¹⁾.

(1) الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، ص66، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ، 1998م.
 (2) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 93/1.
 (3) الميمان، ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز، القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة، ص118، جامعة أم القرى، مكة، د. ط، 1413هـ.
 (4) الفارابي، الصالح تاج اللغة وصحاح العربية، 2 / 830.
 (5) الندوي، القواعد الفقهية، ص63.
 (6) الندوي، المصدر نفسه، ص63.
 (7) الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، ص201، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1414هـ، 1993م.
 (8) الباحسين، المصدر السابق، ص73.
 (9) الندوي، القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي "رسالة ماجستير"، ص17، بإشراف: ياسين شاذلي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، د. ط، 1404هـ.
 (10) النملة، عبد الكريم بن علي، الجامع لمسائل أصول الفقه، ص13، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ، 2000م؛ شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص27-28، ط2، 1428هـ، 2007م.
 (11) شبير، المصدر نفسه، ص28.

هـ- من حيث توقف الحكم الشرعي عليها: القواعد الفقهية يستخرج منها حكم الجزئيات الفقهية مباشرة، أما الأصولية، فلا بد أن يكون معها واسطة من دليل تفصيلي⁽¹⁾.

[2] الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية:

قد تلتبس القواعد الفقهية بالضوابط الفقهية، لأن كلا منهما يندرج تحت أحكام فقهية، إلا أن الضوابط الفقهية أخص من القواعد الفقهية⁽²⁾، وفيما يأتي أهم الفروق بينهما:

أ- القواعد لا تختص بباب معين، بخلاف الضوابط، التي يقصد بها نظم صور متشابهة، أو جمع فروع من باب واحد⁽³⁾.

ب- القواعد أعم وأشمل من الضوابط من حيث جمع الفروع الفقهية، وشمول المعاني⁽⁴⁾.

[3] الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية:

أ- القواعد الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم المتضمن ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، أما النظريات الفقهية، فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها⁽⁵⁾.

ب- القواعد الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، ولكن يمكن إدراج مجموعة من القواعد الفقهية المختلفة في فروعها وجزئياتها وآثارها، ولكنها قد تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة، أو تتحد في موضوعها العام تحت نظرية معينة، لذلك، فالنظريات الفقهية لا بد من اشتغالها على أركان وشروط⁽⁶⁾، فهي أحكام تتعلق بموضوع واحد كنظرية الضمان، تُجمع وتوصل في إطار واحد.

ج- القواعد بمثابة ضوابط بالنسبة إلى النظريات الفقهية⁽⁷⁾.

[4] الفرق بين القواعد الفقهية والأشباه والنظائر⁽⁸⁾:

أ- الأشباه والنظائر أعم من القواعد الفقهية.

ب- الأشباه والنظائر تهتم بالفروع والجزئيات المتشابهة، في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالرباط الجامع بين هذه الفروع والجزئيات.

(1) عزام، عبد العزيز محمد، القواعد الفقهية، ص20، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ، 2005م.
(2) ابن عبد الهادي، يوسف بن الحسن الدمشقي الحنبلي (ت 909هـ)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص7، تحقيق: جاسم الدوسري، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1415هـ.
(3) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 11/1؛ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر، ص137، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1999م؛ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر في النحو، 7/11، مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق، دمشق، سوريا، 1407هـ، 1987م.
(4) الندوي، القواعد الفقهية، ص51.
(5) كامل، عمر عبد الله، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، ص26، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، د. ط، بدون سنة نشر.
(6) كامل، المصدر نفسه، ص26-27.
(7) الزرقا، مصطفى بن أحمد (ت 1420هـ) المدخل الفقهي العام، 330/1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1418هـ؛ السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص16، دار بلنسية، السعودية، الرياض، ط1، 1417هـ.
(8) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص33-34 بتصرف.

[5] الفرق بين القاعدة الفقهية والفرق الفقهية⁽¹⁾:

أ- القواعد الفقهية تجمع الفروع والجزئيات المتشابهة، أما الفروق فهي تُعنى بمعالجة الجزئيات المتشابهة من حيث الصورة، ولكنها مختلفة من حيث الحقيقة "الحكم والعلة".

ب- تهتم القواعد الفقهية بالأسباب التي تربط بين الجزئيات التي تتدرج تحتها، بخلاف الفروق، التي تهتم بالأسباب المفرقة بين المتشابهات.

[6] الفرق بين القاعدة الفقهية والكليات:

أ- الكليات، كل ما يستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع، أو ما يعلم من الدين بالضرورة، أما القواعد الفقهية، فهي كل ما يستفاد من آحاد النصوص، أو ما ينقرر بها من الأدلة العقلية كالقياس وغيره⁽²⁾.

ب- الكليات صالحة لأن تكون قاعدة إذا اشتملت على فروع من أبواب مختلفة، أو ضابطاً، إذا دارت المسائل المنطوية تحتها على باب واحد، بخلاف القواعد الفقهية⁽³⁾.

(1) الندوي، القواعد الفقهية، ص 81-82؛ الأفغاني، سيد حبيب المدني، الفروق الفقهية عند الإمام ابن قيم الجوزية، 187/1، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1430 هـ، 2009 م.

(2) المكناسي، محمد بن أحمد (ت 917 هـ)، عمل من طب لمن حب، ص 22، تحقيق وتعليق وتقديم: بدر بن عبد الإله، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424 هـ، 2002 م.

(3) الندوي، المصدر السابق، ص 54 بتصرف.

الفصل الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، ماهيتها، ألفاظها، علاقتها بالقواعد ذات الصلة.

وقد اشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وماهيتها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشأة القاعدة.

المطلب الثاني: ماهية القاعدة.

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: شرح مفردات ألفاظ القاعدة

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة

المسألة الثالثة: أمثلة تطبيقية على القاعدة

المسألة الرابعة: ما يستنتى من القاعدة

المبحث الثاني: ألفاظ قاعدة البقاء أسهل من الابتداء.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ألفاظها عند الحنفية.

المطلب الثاني: ألفاظها عند المالكية.

المطلب الثالث: ألفاظها عند الشافعية .

المطلب الرابع: ألفاظها عند الحنابلة.

المبحث الثالث: علاقة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالقواعد ذات الصلة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موضع القاعدة بين أقسام القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: علاقتها بالقواعد ذات الصلة.

وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: علاقتها بقاعدة الدفع أولى من الرفع.

المسألة الثانية: علاقتها بقاعدة يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام.

المسألة الثالثة: علاقتها بقاعدة هل الاعتبار بالحال أو بالمآل.

المسألة الرابعة: علاقتها بقاعدة ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء.

المسألة الخامسة: علاقتها بقاعدة استدامة الشيء تعتبر بأصله.

المسألة السادسة: علاقتها بقاعدة من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به، فبادر إلى الإقلاع

عنه لم يكن ذلك فعلاً للممنوع.

المبحث الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وماهيتها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشأة القاعدة.

ارتبطت هذه القاعدة منذ نشأتها بالموانع الشرعية، فمن خلال تتبع أقوال العلماء من الفقهاء والأصوليين في تقسيم الموانع الشرعية، يجد الباحث أنهم عندما تكلموا عن هذه الأقسام أشاروا إلى القضية المركزية التي بنيت عليها هذه القاعدة، وهي التفرقة بين حال الابتداء، وحال البقاء، أو الانتهاء، مما يشعر بأن تقسيم الموانع الشرعية ساهم بشكل كبير في نشوء وصياغة هذه القاعدة بهذا الشكل، ومن ناحية أخرى، فهناك شيء آخر أيضا ساهم في نشأتها، حيث أشار العلماء إلى أن هذه القاعدة نشأت عن تعليل الفقهاء للأحكام الفقهية، ومن ذلك تعليلهم صحة الرجعة للمحرم مثلا⁽¹⁾، يضاف إلى ذلك أنهم ذكروا هذه الموانع المتعلقة بحال الابتداء والدوام في الوصف المجعول علة في باب القياس، فجعلوه ثلاثة أقسام، وسيأتي.

ولعل أول من أشار إلى ارتباط الموانع الشرعية بحال الابتداء والانتهاء - فيما اطلعت عليه - هو الشاشي⁽²⁾ من الحنفية؛ حيث قسم الموانع الشرعية أربعة أقسام هي⁽³⁾:

الأول: مانع يمنع انعقاد العلة، ومثل له ببيع الميتة والدم، فإن عدم المَحَلية -أي ليس حالاً- يمنع انعقاد التصرف.

الثاني: مانع يمنع تمامها، كهلاك نصاب الزكاة في أثناء الحول، فالعلة التي من أجلها وجبت الزكاة هي ملك النصاب، شرط أن يحول عليه حول كامل، فلما هلك النصاب أثناء الحول، سقط الوجوب.

الثالث: مانع يمنع ابتداء الحكم، ومثل له بالبيع بشرط الخيار، وخيار الشرط من إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن الشرط سبب للخيار، فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين، ولا يثبت لأحدهما، أي البائع والمشتري، اختيار الإمضاء، أو الفسخ إلا باشتراط ذلك؛ أي أن خيار الشرط يعني: إعطاء الحق للبائع أو المشتري في إمضاء البيع، أو عدم إمضائه خلال ثلاثة أيام فما دونها، وقُدِّم خيار الشرط على باقي الخيارات؛ لأنه يمنع ابتداء الحكم؛ أي أن البيع بشرط الخيار يمنع تمام العقد، وانتقال

(1) الندوي، القواعد الفقهية، ص396.

(2) هو أحمد بن محمد بن إسحاق، أبو علي الشاشي الفقيه، من أهل بغداد، وتفقه بها، وأخذ عن أبي الحسن الكرخي، كان يضرب به المثل في الحفظ، من أشهر مؤلفاته أصول الفقه، الذي عرف به، فسمي "أصول الشاشي"، كانت وفاته عام 344 هـ. القرشي، عبد القادر بن محمد (ت 775هـ)، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية، 99-98/1، الناشر: مير محمد كتب خان، كراتشي، د. ط، بدون سنة نشر؛ الغزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري (ت 1010هـ)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، ص134، د. ط، وبدون سنة نشر.

(3) الشاشي، نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق (ت 344هـ)، أصول الشاشي، 373/1-374، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

ملك المبيع من البائع إلى المشتري مباشرة، وهو الحكم؛ لأن الخيار يجعل لمن اشترطه الحق في الرجوع عن العقد الذي أبرمه⁽¹⁾.

الرابع: مانع يمنع دوام الحكم، ومثاله: خيار الرؤية، فهو يمنع تمام الحكم؛ لأنه لا يمنع نقل الملكية في البديلين، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد، فتنقل ملكية المبيع للمتملك، وملكية العوض للمالك فور تمام العقد بالإيجاب والقبول، ولكنه ينعقد موقوفاً على رؤية المعقود عليه، فإن رآه المشتري، ولم يرض به، وفسخ العقد، فقد منع تمامه ودوامه، وبهذا يختلف عن خيار الشرط؛ لأن العقد في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بشرط، وكان المفهوم أن يكون لازماً، لكنه ثبت من جهة الشرع؛ أما خيار الشرط، فقد ثبت باشتراط العاقلين، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال⁽²⁾.

يلاحظ مما سبق، أن الشاشي ذكر أمرين رئيسيين هما:

الأول: المانع الذي يمنع انعقاد العلة ابتداءً، وعكسه وهو: المانع الذي يمنع تمامها.

الثاني: المانع الذي يمنع ابتداء الحكم، وعكسه وهو: المانع الذي يمنع دوام الحكم.

ولكن هذا لا يشير إلى الحالة التي تنطبق على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وبالتالي، فلا علاقة لهذه التقسيمات بحالة الدوام والاستمرار؛ لأن الحالة الأولى، لم تنعقد العلة أصلاً، لا ابتداءً، ولا دواماً، وفي الحالة الثانية، منع من تمام العلة، وبالتالي دوامها واستمرارها، وفي الحالة الثالثة، مُنع ابتداء الحكم أصلاً، وفي الحالة الرابعة والأخيرة مُنع الدوام والاستمرار، وبالرغم من ذلك، إلا أنه فيما ذكره إبراز لمدى ارتباط المانع الشرعي بحال الابتداء، وعلاقته بالدوام والاستمرار.

وذكر القدوري⁽³⁾ أنه يجوز أن يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء؛ كدم الاستحاضة إذا حدث في الصلاة لم يمنع الاستدامة⁽⁴⁾.

(1) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي (ت 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 565/4، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1412هـ، 1992م.

(2) ابن عابدين، المصدر نفسه، 492/4؛ الزحيلي، وهبة بن مصطفى (ت 1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، 3128/4، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة المعدلة، 2004.

(3) هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق، وكان عظيم القدر عندهم، كانت ولادته ووفاته في بغداد، من أشهر مؤلفاته التي اشتهر بها مختصر القدوري، وكتاب التجريد، وهو كتاب فقهي يذكر خلاف الحنفية مع الشافعي، تفقه على محمد بن يحيى الجرجاني، وروى الحديث وكان صدوقاً. توفي عام 428هـ. القرشي، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية، 339/1؛ ابن قطلوبغا، زين الدين أبو العدل قاسم الحنفي (ت 879هـ) تاج التراجم في طبقات الحنفية، 98/1، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط 1، 1413هـ، 1992م.

(4) القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد (ت 428هـ)، التجريد، 622/2، المحقق: محمد أحمد سراج علي جمعة محمد، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1427هـ، 2006م.

ثم جاء الدبوسي⁽¹⁾ وذكر ثلاثة أصول⁽²⁾ عند فقهاء الحنفية، لها ارتباط بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، على النحو الآتي⁽³⁾:

[1] الأصل⁽⁴⁾ عند أبي حنيفة⁽⁵⁾ ومحمد⁽⁶⁾ أن العارض في العقد الموقوف قبل تمامه كالموجود لدى العقد، وعند أبي يوسف⁽⁷⁾ لا يجعل العارض في العقد الموقوف كالموجود لدى العقد.

[2] "الأصل عند محمد: أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف: لا يعطى له حكم الابتداء في بعض المواضع".

[3] الأصل عند علماء الحنفية الثلاثة -أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد- أن العارض في الأحكام انتهاءً، له حكم يخالف الموجود ابتداءً، وهذا يشير إلى قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فالأمر العارض الطارئ يعامل بحكم يختلف عن حكمه في الابتداء، وعند زفر⁽⁸⁾ حكمه حكم الموجود ابتداءً.

قلت: وهذه الأصول الثلاثة، التي تعني القواعد الكلية، تدل على النشأة المبكرة لهذه القاعدة في المذهب الحنفي، في إحدى صيغها اللفظية، حيث أرجعها الدبوسي إلى القرن الهجري الثاني، زمن أئمة المذهب الحنفي الكبار.

(1) هو أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، صاحب كتاب الأسرار، وتقويم الأدلة، يعتبر أول من وضع علم الخلاف وأبرزه للوجود، والدبوسي نسبة إلى قرية بين بخارى وسمرقند، كان من الفقهاء الكبار عند الحنفية، وأحد القضاة السبعة، توفي عام 432هـ. القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 93/1؛ ابن قطلوبغا، تاج التراجم في طبقات الحنفية، 192/1.

(2) ستأتي الأمثلة التوضيحية لهذه الأصول في حجية القاعدة في الفصل الثاني ص 79-81.

(3) الدبوسي، عبيد الله بن عمر بن عيسى (ت 432هـ)، تأسيس النظر، ص 74، 76، 91، تحقيق: مصطفى محمد القباني، دار ابن زيدون، بيروت، لبنان، ط، بدون سنة نشر.

(4) أي القاعدة الكلية.

(5) هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى، الحبر البحر المجتهد الإمام الورع الزاهد العابد الكوفي، الإمام الأعظم، أخذ عن نحو 4000 شيخ من التابعين، ولد عام 80هـ، وتوفي عام 150هـ في بغداد في السنة التي ولد بها الشافعي، وذكروا أنه رأى أنس بن مالك الصحابي، ليس له كتاب في الفقه، وله مسند اشتهر باسمه. الغزي، الطبقات السنية، ص 45-46؛ القرشي، المصدر السابق، 51/1-52.

(6) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، من قرية تسمى حرسى من أعمال دمشق، ولد بواسط سنة 132هـ، ونشأ بالكوفة وسمع العلم من الإمام الأعظم والأوزاعي والإمام مالك والثوري ومسعر بن كدام، وروى عنه الإمام الشافعي وغيره من العلماء الكرام، والمشائخ العظام، له المبسوط والجامع الكبير والجامع الصغير، والزيادات، وله رواية للموطأ عن الإمام مالك، يعتبر الثالث بعد الإمام الأعظم، وأبي يوسف في المذهب، توفي عام 189هـ. الصيمري، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر الحنفي (ت 436هـ)، أخبار أبي حنيفة وأصحابه، ص 125، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1405هـ، 1985م؛ القرشي، المصدر السابق، 526/1.

(7) هو قاضي القضاة يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبة الأنصاري، أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحاب الإمام، وولي القضاء لثلاثة خلفاء؛ المهدي والهادي والرشيد، ولقد ساهم في نشر علم أبي حنيفة، وبالأخص مع توليه القضاء، له كتاب شهير اسمه الخراج، ولد سنة 113هـ، وتوفي عام 182هـ. الصيمري، المصدر نفسه، ص 97، 99؛ القرشي، المصدر السابق، 220/2-221.

(8) هو الإمام زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي، يكنى بأبي الهذيل، وكان أبوه من أهل أصفهان، ولد سنة عشر ومئة، ومات سنة ثمان وخمسين ومئة، كان من أقيس أصحاب أبي حنيفة، وذكروا أن له عناية بالحديث، وأحد الذين دونوا الكتب، القرشي، المصدر السابق، 534/1؛ الصيمري، المصدر نفسه، ص 109.

ثم جاء الشيرازي⁽¹⁾ من الشافعية في باب الكلام على معنى الخطاب وهو القياس⁽²⁾، وذكر جملة من الاعتراضات، منها الاعتراض الحادي عشر، فساد الوضع وهو: أن يعلق على العلة ضد ما تقتضيه، ويعرف ذلك من وجهين؛ أحدهما من جهة الأصول، وجعل هذا القسم من وجوه منها: أن يعتبر⁽³⁾ الابتداء بالاستدامة، كاعتبار ابتداء النكاح باستدامته في الإحرام، فيقال الاستدامة أقوى، والابتداء أضعف، فلا يعتبر أحدهما بالآخر⁽⁴⁾؛ أي لا يقاس الابتداء على الاستدامة؛ لأنه قياس مع الفارق؛ حيث إن الاستدامة أقوى؛ لذلك، فالمحرم ممنوع ابتداء من إجراء عقد الزواج حال إحرامه، أما إذا طلق حال إحرامه، فتجوز مراجعته لزوجته، ولا تقاس الرجعة على ابتداء عقد النكاح. وبعد ذلك، جاء السرخسي⁽⁵⁾ وتناول جملة من المسائل التي تدرج في موانع صحة النكاح ومنها اختلاف الدين، ثم بين أثر اختلاف الدين في ابتداء النكاح وبقائه، فإن مع اختلاف الدين عند إسلام المرأة، وكفر الزوج، لا ينعقد النكاح ابتداء، كما أنه عند ردة أحدهما لا ينعقد النكاح ابتداء، فكذا في حالة البقاء، تستوي ردة أحدهما وإسلام أحدهما، إذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح⁽⁶⁾. وبين السرخسي أن كفر الذي أصر منهما على الكفر كان موجوداً، وصح معه النكاح ابتداءً وبقاءً، فلا يجوز أن يكون سبباً للفرقة أيضاً، ولا يقال هذا الكفر إنما لم يكن سبباً للفرقة في حال كفر الآخر لا بعد إسلامه، كما لا يكون سبباً للمنع من ابتداء النكاح في حال كفر الآخر، لا بعد إسلامه؛ لأن اعتبار البقاء بالابتداء في أصول الشرع ضعيف جداً؛ فإن قيام العدة وعدم الشهود يمنع ابتداء النكاح،

(1) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، أبو إسحاق، العلامة المناظر، ولد في فيروزآباد من بلاد فارس، وانتقل إلى شيراز، فقرأ على علمائها، وانصرف إلى البصرة، واستقر به المطاف في بغداد، له مجموعة كبيرة من التصانيف منها: التنبيه والمهذب في الفقه، والتبصرة في أصول الشافعية، وطبقات الفقهاء، واللمع في أصول الفقه، قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي، وعلى ابن رامين، وسمع الحديث ببغداد من أبي بكر البرقاني، وأبي علي ابن شاذان، وأبي الطيب الطبري وغيرهم، توفي عام 476هـ. ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 216-215/4، 218، المحقق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1413هـ؛ ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت 774هـ)، طبقات الشافعيين، ص462، تحقيق: أحمد عمر هاشم، محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413 هـ، 1993م.

(2) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476هـ)، المعونة في الجدل، ص90، المحقق: علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، 1407هـ.

(3) الاعتبار: "هو النظر في الحكم الثابت أنه لأي معنى ثبت، وإلحاق نظيره به، وهذا عين القياس". الجرجاني، التعريفات، ص30.

(4) الشيرازي، المصدر السابق، ص111-114 بتصرف واختصار.

(5) أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل، القاضي شمس الأئمة، من كبار الفقهاء الأحناف، بلغ رتبة الاجتهاد، من أهل سرخس في خراسان، لزم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج به، من أشهر كتبه المبسوط في الفقه، يقع في ثلاثين جزءاً، أملاه وهو سجين بالجانب في أوزجند بفرغانة، وله أيضاً: شرح الجامع الكبير للإمام محمد، وشرح السير الكبير للإمام محمد، وله أيضاً كتاب في أصول الفقه يعرف بأصول السرخسي، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان، ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي عام 483هـ. القرشي، الجواهر المضية، 28-29/2؛ ابن قطلوبغا، تاج التراجم في طبقات الحنفية، ص: 234-235.

(6) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483هـ)، أصول السرخسي، 2 / 256، دار المعرفة، بيروت، د. ط، وبدون سنة نشر.

ولا يمنع البقاء⁽¹⁾، وهذا يؤيد ما قرره الشيرازي سابقا من عدم اعتبار أو قياس الاستدامة على الابتداء؛ لأن هذا القياس في أصول الشرع ضعيف جدا.

والمقصود بعبارة السرخسي السابقة وهي: أن اعتبار البقاء بالابتداء ضعيف، أي لا يستقيم قياس البقاء دائما على الابتداء في الأحكام، حيث بُني أحدهما على الضعف، والآخر على القوة، فلا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر⁽²⁾، وبعبارة أخرى، لا يجوز التسوية بين البقاء والابتداء في الحكم في جميع الفروع الفقهية، لذلك، يضعف إلحاق البقاء بالابتداء -والله أعلم-.

من خلال ما سبق، تبين أن هناك ما يمنع من صحة النكاح ابتداء، وما يمنع من ذلك ابتداء وبقاء، وما يمنع ابتداء، لا بقاء، لذلك لا يصلح لواحد منهما، إذا كان أحدهما مسلما، والآخر مشركا أن يبتدئ النكاح⁽³⁾، وعليه يتمتع نكاح المرتد والمتردة، وإن طرأ على دوام النكاح تتجزت الفرقة قبل المسيس، وإن جرى بعد المسيس، توقف على انقضاء العدة⁽⁴⁾.

وفيما ذكر هنا، يظهر جليا السبب في عدم إلحاق البقاء بالابتداء؛ لأن البقاء مبني على قوة الدوام، بخلاف الابتداء، حيث يُمنع المكلف من إيقاع الفعل غير المشروع ابتداء، ولا يتسامح معه فيه؛ لأن إيقاع الفعل على الصفة غير المشروعة ابتداء يسهل منعه، ولذلك اعتبر الابتداء ضعيفا، بخلاف حالة الدوام والاستمرار، التي أجاز البقاء فيها على الفعل غير المشروع نظرا لقوة البقاء والدوام.

ثم جاء الكاساني⁽⁵⁾ في شروط صحة الرهن، وذكر أن من شروط صحته الحيابة، فلذلك لا يصح قبض المشاع، فجعل المشاع مانعا من صحة قبض المرهون، وسواء كان مقارنا للعقد، أو طرأ عليه في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أن الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة، مستدلا بأن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء؛ لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام، كالعدة الطارئة وغيرها، فكون الحيابة شرطا في ابتداء العقد، لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، أصول السرخسي، 2 / 256.

(2) ابن عقيل، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري (ت 513هـ)، الواضح في أصول الفقه، 286/2، المحقق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1420هـ، 1999م.

(3) الشافعي، محمد بن إدريس (ت 204هـ)، الأم، 47/5، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1410هـ، 1994م.

(4) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت 505هـ)، الوسيط في المذهب، 130/5، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تاجر، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ.

(5) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه حنفي من أهل حلب، كان يلقب بملك العلماء، تفقه على علاء الدين، محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة، من أشهر كتبه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه، والسلطان المبين في أصول الدين، توفي في حلب عام 587هـ. القرشي، الجواهر المضئية، 245/2-246؛ ابن قطلوبغا، تاج التراجم في طبقات الحنفية، ص 327-329.

(6) الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 138/6، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1982م.

فالشيوخ هو المانع من صحة الرهن؛ لأنه يمنع من تحقق القبض الذي هو المقصود من العقد، فاعتبر أن الشيوخ الطارئ -كمانع- لا يؤثر على بقاء العقد على الصحة، وهذه حالة ما يمنع ابتداء، لا بقاء. وممن أشار إلى نشأة هذه القاعدة في الموانع الشرعية ابن الدهان⁽¹⁾ في جواب من قال: إن الردة منافية للنكاح، حيث بين أنها مانعة للنكاح، ولكن المانع ينقسم إلى قسمين⁽²⁾:

أ- مؤبد: كالرضاع والصهر، فهما يمنعان ابتداء النكاح ودوامه، فمن ثبت بينه وبين من خطبها وجود الرضاع المحرم، فإن ذلك مانع من عقد عقدة النكاح، ولو تم العقد بين رجل وامرأة، ثم علموا بوجود الرضاع المحرم بعد فترة من الزمان، فإنه يفسخ كذلك.

ب- مطلق: يرجى زواله، وإن لم يتعين وقته كالعدة، وهي تمنع الابتداء دون الدوام. لذلك لا يجوز للرجل أن يخطب معتدة رجل آخر أثناء العدة الشرعية، فالعدة مانع يمنع ابتداء التقدم للخطبة، وهو مطلق دون قيد، بزمان محدد، أو صفة معينة، ولكن هذا الإطلاق يزول، ولا يتأبد، فبعد انتهاء العدة التي لا تستمر إلا أشهر معدودة، يمكن للرجل التقدم لخطبة المرأة المعتدة، أما الحالة التي لا تمنع العدة فيها الدوام فهي: إذا ما وطئت امرأة متزوجة بشبهة، أو اغتصبت، فإن عقد نكاحها مع زوجها لا يزول، بل يبقى وتترىص العدة، حتى تستبرئ رحمها⁽³⁾.

وأشار إليها كذلك العز بن عبد السلام⁽⁴⁾ في أقسام الموانع الشرعية، فذكر أن موانع صحة العبادات والمعاملات قسمان؛ أحدهما: ما يمنع الصحة في الابتداء أو الدوام، كالكفر، فهو مانع من ابتداء

(1) محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع، فخر الدين بن الدهان، أحد العلماء بالحساب واللغة والتاريخ، من أهل بغداد، له مؤلفات منها: تقويم النظر في مسائل الخلاف، اشتمل على فقه المذاهب الأربعة، وختمه بجدول في وفيات بعض الصحابة -رضي الله عنهم- والأئمة والفقهاء -رحمهم الله تعالى-، وله أيضا غريب الحديث، وكتب في الأدب والحساب والرياضيات، توفي عام 592 هـ. **ابن خلكان**، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم البرمكي (ت 681 هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، 13-12/5، المحقق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د ط، بدون سنة نشر؛ **ابن العماد**، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي (ت 1089 هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 496/6، حققه: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق- بيروت، ط1، 1406 هـ، 1986.

(2) **ابن الدّهان**، محمد بن علي بن شعيب فخر الدين (ت 592 هـ)، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، 144-143/4، **المحقق**: صالح بن ناصر الخزيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط1، 1422 هـ، 2001 م.

(3) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المزني بها وهي متزوجة تعد العدة المعروفة، وهي ثلاث حيضات، وفي رواية عن أحمد: تستبرئ بحيضة واحدة، وذهب أصحاب الرأي إلى أنه لا عدة عليها. **ابن نجيم**، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 415، 151/3، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، بدون سنة نشر؛ **الخطاب**، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الرعيني (ت 954 هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 145/3، 415، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1412 هـ، 1992 م؛ **الأنصاري**، زكريا بن محمد بن زكريا (ت 926 هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 390/3، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د ط، وبدون سنة نشر، **ابن قدامة**، موفق الدين عبد الله ابن أحمد بن محمد المقدسي (ت 620 هـ)، المغني، 98/8، تحقيق محمد شرف الدين خطاب، ومحمد السيد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1425 هـ، 2004 م.

(4) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، عز الدين السلمي الدمشقي ثم المصري، الشيخ الإمام العلامة، وحيد عصره، سلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق، وزار بغداد، فأقام فيها شهرا، ثم عاد إلى دمشق، فتولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع الأموي، وجمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه والأصول والعربية، من أشهر كتبه القواعد الكبرى، وهو الكتاب الدال على علو مقدار الرجل، وكثير منه مأخوذ من شعب الإيمان للحلي، والقواعد الصغرى، توفي عام 660 هـ. **ابن السبكي**، طبقات الشافعية الكبرى،

العبادة ودوامها، والردة، فهي تمنع صحة النكاح ابتداء ودواماً، إن وقعت قبل الدخول، وإن وقعت بعد الدخول ودامت حتى انقضت العدة، فإنها تقطع الدوام، والحدّث أيضاً يمنع ابتداء الصلاة ودوامها⁽¹⁾. أما الثاني: فهو ما يمنع الابتداء، ولا يمنع الدوام، ومن أمثلته الإحرام، فإنه يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع الدوام، والعدة أيضاً تمنع ابتداء النكاح، ولا تمنع الدوام، وكذلك توقيت النكاح، مانع من ابتدائه، ولا يمنع استدامته⁽²⁾.

ثم جاء بعده القرافي⁽³⁾، فقسم الموانع الشرعية ثلاثة أقسام⁽⁴⁾:

الأول: ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره، ومثّل له بالرضاع، فيمنع ابتداء الحكم واستمراره إذا طرأ عليه. الثاني: ما يمنع ابتداءه فقط، ومثّل له بالاستبراء⁽⁵⁾، فهو يمنع ابتداء النكاح، ولا يبطل استمراره إذا طرأ عليه، فالاستبراء هنا كالعدة؛ لأن العدة خاصة بالحرائر، والاستبراء خاص بالإماء.

الثالث: ما اختلف فيه، هل يلحق بالأول أو بالثاني، كالإحرام بالنسبة إلى وضع اليد على الصيد، فإنه يمنع من وضع اليد على الصيد ابتداءً، فإن طرأ على الصيد، فهل تجب إزالة اليد عنه؟ وبعبارة أخرى، فإن المحرم لا يحل له أن يضع يده على الصيد، والإحرام يمنع من وضع الصيد؛ فإن أحرم وهو عنده، فهل يجب عليه إفلاته أم لا؟ فيه خلاف بين العلماء.

يلاحظ من السابق، أن ما جعله القرافي قسماً ثالثاً، هو بعينه ما ذكره العز بن عبد السلام في القسم الثاني، ولكن نظر القرافي كان متوجهاً إلى ما حصل فيه اتفاق على إعمال هذه القاعدة، فجعله في القسم الثاني، وما جرى فيه خلاف بين العلماء، فجعله في القسم الثالث، أما ما جرى عليه العز، فهو

209/8؛ ابن قاضي شهبه، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الدمشقي (ت 851هـ)، طبقات الشافعية، 110-109/2، المحقق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط 1، 1407هـ.

(1) العز، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي (ت 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 104-103/2، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414 هـ، 1991م.

(2) العز، المصدر نفسه، 104/2.

(3) هو شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يمين الصنهاجي البهنسي المصري، الإمام العلامة، وحيد دهره وفريد عصره، أحد الأعلام المشهورين، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك - رحمه الله تعالى - من أجل كتبه وأشهرها كتاب الذخيرة، وكتاب القواعد، وكتاب شرح محصول الإمام فخر الدين الرازي، وكتاب التعليقات على المنتخب وكتاب التنقيح في أصول الفقه وهو مقدمة الذخيرة، وتوفي رحمه الله عام 684 هـ ودفن بالقرافة. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، 1/ 236-237، 239، تحقيق وتعليق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، د ط، بدون سنة نشر؛ مخلوف، الشيخ محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 270/1، المطبعة السلفية ومكنتها، القاهرة، مصر، 1349هـ.

(4) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، 85-84/1، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط 1، 1393 هـ، 1973م.

(5) الاستبراء هو: الامتناع عن وطء الأمة عند شرائها حتى تحيض وتطهر، أو حتى ينقضي شهر البلوغ، محمد ابن أحمد بن يوسف الخوارزمي (ت 387هـ)، مفاتيح العلوم، ص35، المحقق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة "برأ"، 237/1.

النظر إلى ما اختلف فيه حكم الدوام عن حكم الابتداء، وجعله قسما واحدا، بغض النظر عما وقع فيه خلاف، ولعل ما ذهب إليه القرافي مبني على الخلاف والوافق داخل المذهب المالكي نفسه⁽¹⁾.

ثم جاء الطوفي⁽²⁾، فقرر ما قرره القرافي في تقسيم الموانع الشرعية إلى الأقسام التي ذكرت فيما سبق، وأشار إلى سبب الخلاف في القسم الثالث الذي ذكره القرافي؛ لتردد هذا القسم بين القسمين قبله، فيمكن أن يلحق بالأول، ويمكن أن يلحق بالثاني⁽³⁾.

وجاء أيضا شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁴⁾، وأشار إلى علاقة القاعدة بالموانع الشرعية، ثم بين أن العدة والردة والإحرام تمنع ابتداء النكاح؛ دون دوامه، فلا يلزم إذا منع التأجيل في الابتداء أن يمنع في الدوام، وأردف قائلا: "ومن الموانع ما يمنع الدوام والابتداء أيضا، فهذا محل اجتهاد"⁽⁵⁾.

وعقد ابن القيم⁽⁶⁾ مبحثا في الفرق بين الابتداء والدوام، وذكر الكثير من الأمثلة الفقهية التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فقال: "وأين أحكام الابتداء من الدوام، وقد فرق النص، والإجماع، والقياس بينهما؟، فلا تؤخذ أحكام الدوام من أحكام الابتداء ولا أحكام الابتداء من أحكام الدوام في عامة مسائل الشريعة"⁽⁷⁾.

(1) **المشعل**، عبد العزيز بن عبد الرحمن، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) **سُلَيْمَانُ بْنُ عَبْدِ الْقَوِيِّ بْنِ عَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ سَعِيدٍ، الصرصرى** ثُمَّ الْبَغْدَادِي، الفقيه الأصولي، المتفنن، قرأ الفقه في صرصر على الشيخ زين الدين علي بن مُحَمَّد الصرصرى الحنبلي النحوي، من تصانيفه: بغية السائل في أمهات المسائل في أصول الدين، ومختصر الروضة في أصول الفقه، وشرحه في ثلاث مجلدات، والقواعد الكبرى والقواعد الصغرى، وللأسف فهو رافضي المذهب، حيث وجد له قصائد شعرية في ذلك، توفي عام 716 هـ في الخليل. **ابن رجب**، عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن الحنبلي (ت 795 هـ)، **ذيل طبقات الحنابلة**، 406-404/4، 409-410، المحقق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1425 هـ، 2005 م؛ **ابن مفلح**، **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد**، 426/1، المحقق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1410 هـ، 1990 م.

(3) **الطوفي**، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصرى (ت 716 هـ)، **شرح مختصر الروضة**، 438/1، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1407 هـ، 1987 م.

(4) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الإمام العلامة، ابن تيمية الحراني، الحبر البحر، شيخ الإسلام أبو العباس، صاحب التصانيف الكثيرة الشهيرة التي تزيد على 200 مجلد، منها مجموع الفتاوى، والفتاوى الكبرى، ودقائق التفسير، والاختيارات، تميز وتميز، وتقدم وصنف ودرس وأفتى وفاق أقرانه، كانت ولادته عام 661 هـ بجران، وتوفي عام 728 هـ. **ابن رجب**، **المصدر السابق**، 493/4، 494؛ **ابن مفلح**، **المصدر السابق**، 133/1-134، 139.

(5) **ابن تيمية**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله (ت 728 هـ)، **مجموع الفتاوى**، 148/32، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د. ط، 1416 هـ، 1995 م.

(6) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، الشهير بابن القيم، أو ابن قيم الجوزية، الإمام الحبر العلامة الفقيه، أحد أئمة الحنابلة الأعلام، وهو أحد كبار العلماء، له مؤلفات كثيرة منها: إعلام الموقعين عن رب العالمين، وزاد المعاد في هدي خير العباد، ولد عام 691 هـ، وتوفي في دمشق عام 751 هـ، سَمِعَ من الشهاب النابلسي العابر، والقاضي تقي الدين سُلَيْمَان، وعيسى المطعم، وجماعة، وتفقه في المذهب، وبرع وأفتى، ولازم الشيخ تقي الدين ابن تيمية، وأخذ عنه، وتفنن في علوم الإسلام. **ابن رجب**، **المصدر السابق**، 170/5، 171، 175؛ **ابن مفلح**، **المصدر السابق**، 384/2-385.

(7) **ابن القيم**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت 751 هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، 246/2، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411 هـ، 1991 م.

واستثنى ابن القيم من هذه القاعدة صحة الضمان عن الميت الذي لم يترك وفاء لدينه، فبين أنه لو خربت ذمته لبطل الضمان بموته؛ فإن الضامن فرعه، وقد خربت ذمة الأصل، فلما استديم الضمان ولم يبطل بالموت، علم أن الضمان لا ينافي الموت؛ فإنه لو نافاه ابتداء لنافاه استدامة؛ فإن هذا من الأحكام التي لا يفرق فيها بين الدوام والابتداء، والسبب في ذلك اتحاد سبب الابتداء والدوام فيها⁽¹⁾. وتكلم البيضاوي⁽²⁾ عن هذه الموانع بشكل موجز، فقال: "الشيء يدفع الحكم كالعدة، أو يرفعه كالطلاق، أو يدفع ويرفع كالرضاع"⁽³⁾.

وهذا الإجمال تم توضيحه في كتاب الإيهاج شرح المنهاج؛ حيث تبين أن الوصف المجعول علة ثلاثة أقسام؛ فأما الأول كالعدة، فإنها دافعة لحل النكاح إذا وجدت في ابتداء النكاح، وليست رافعة له إذا وجدت في أثائه، فإن الموطوءة بشبهة تعتد، وهي باقية على الزوجية، وكذا الإحرام، يمنع ابتداء النكاح ولا يقطعه، وهذا مبني على قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، وكذلك الأصح صحة رجعة المحرم؛ لتنزيلها منزلة الدوام، وتوقيت النكاح مانع في ابتدائه، ولا يمنع في دوامه، ولو ملك عبدا له عليه دين، ففي سقوط الدين وجهان عند الشافعية؛ أحدهما لا يسقط، وإن كان لا يثبت له على عبده ابتداء؛ لأن للدوام من القوة ما ليس للابتداء⁽⁴⁾.

أما الثاني: وهو أن يكون رافعا للحكم فقط كالطلاق، فإنه يرفع حل الاستمتاع، ولكن لا يدفعه، إذ الطلاق لا يمنع وقوع نكاح جديد، ويمكن القول هنا: الرفع أشد من الدفع، فإذا صلح الوصف لأن يكون دافعا بطريق أولى، والطلاق كما رفع حل الاستمتاع دفعه، ولكن هذا الدفع أو الرفع ليس مؤبدا، بل قد يزولان بنكاح جديد، والمراد بكونه لا يدفعه، أنه لا يمنع من طريانه⁽⁵⁾، فإنه في القسم الأول منع من الابتداء دون الدوام، وفي هذا منع من الدوام دون الابتداء، وإنبنى عليه أنه قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام، عكس هذه⁽⁶⁾ -أي عكس القاعدة الأم-، وهي: "أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء".

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 3 / 8؛ الجزائري، عبد المجيد جمعة، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم، ص470، دار ابن القيم- دار ابن عفان، د. ط، د. س.

(2) عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، أبو سعيد أو أبو الخير، ناصر الدين البيضاوي، كان قاضيا، مفسرا، وعلامة زمانه، ولد في المدينة البيضاء قرب شيراز، وولي قضاء شيراز مدة، وصرف عن القضاء، فرحل إلى تبريز فتوفي فيها عام 685هـ، من أهم تصانيفه: أنوار التنزيل وأسرار التأويل في التفسير، وطوالع الأنوار في التوحيد، ومنهاج الوصول إلى علم الأصول، والغاية القصوى في دراية الفتوى في فقه الشافعية. ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 158/8؛ السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، 50/2-51، المحقق: محمد إبراهيم، المكتبة العصرية، لبنان، صيدا، د ط، بدون سنة نشر.

(3) السبكي وولده، الإيهاج في شرح المنهاج، 3 / 153.

(4) السبكي وولده، 3 / 153.

(5) الطريان هو: الإتيان من مكان بعيد، والإتيان فجأة، وما يكثر به عدد الشيء. ابن منظور، لسان العرب، مادة "طرا"، 6/15.

(6) السبكي وولده، المصدر السابق، 3 / 154.

أما الثالث: ما كان دافعا ورافعا كالرضاع يمنع ابتداء النكاح ودوامه إذا طراً، واللعان⁽¹⁾ إذا طراً قطع ومنع الابتداء، وحرّم على التّأبّد، وأقسام هذا كثيرة، أي كون الشيء يمنع من الدوام والابتداء⁽²⁾. والجديد في هذا التقسيم الذي أشار إليه البيضاوي، وجاء شرحه في الإبهاج، ولم يتعرض له السابقون هو: ذكر القسم الذي يرفع الدوام دون الابتداء، وهذا عكس القاعدة، حيث انبنت على هذا القسم قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام"⁽³⁾. وجاء في كتاب قواعد الفقه عند المالكية، وبالتحديد في القاعدة رقم (131): "قاعدة: الموانع منها ما يعتبر في الابتداء والدوام.....، وفي الابتداء فقط"⁽⁴⁾. وهذا يعتبر بحق أول تصريح بقاعدة الموانع الشرعية، حيث يلحظ الربط الواضح بين صياغة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بألفاظها المتنوعة، ومسألة الموانع الشرعية؛ حيث بنيت هذه القاعدة وعكسها على تقسيم الموانع الشرعية أصلاً⁽⁵⁾. وتكلم الإسنوي⁽⁶⁾ عن الموانع، فبين أن الوصف المانع قد يكون دافعا للحكم، أي: إذا قارن ابتداءه دفعه، وإن وجد في الأثناء لم يقدح، وقد يكون رافعا فقط، أي بالعكس، وقد يكون دافعا ورافعا⁽⁷⁾. وتكلم الزركشي⁽⁸⁾ عن هذه الموانع، وقال في النوع الثاني: ما يمنع ابتداءً لا دواماً، ومثل له بالعدة، التي تمنع ابتداء النكاح لغير من هي منه؛ أي لأي رجل غير زوج المرأة المتسبب في عدتها من طلاق أو وفاة مثلاً، ولو طرأت على نكاح صحيح بوطء شبهة لم تقطعه، وكذلك الردة⁽⁹⁾.

(1) اللعن في اللغة: الطرد والإبعاد، والملعون مطرود من رحمة الله تعالى، وفي الاصطلاح: "شهادات أربعة، مؤكدة بالإيمان، مقرونة بشهادته باللعن، وشهادتها بالغضب". ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 482/3.

(2) السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، 154/3.

(3) المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، بتصرف. موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(4) المقري، محمد بن أحمد (ت 759هـ)، ص 106، تحقيق: محمد الدردابي، مكتبة دار الأمان، الرباط، المغرب، 2012م، د. ط، بدون سنة نشر؛ العلائي، صلاح الدين خليل بن كيكلاي (ت 761هـ)، المجموع المذهب في قواعد المذهب، 705/2، رسالة دكتوراة، إعداد: محمد بن عبد الغفار، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 1405هـ.

(5) المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق، بتصرف.

(6) جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، فقيه أصولي، من علماء اللغة العربية، ولد بأسنا وإليها ينسب، ثم قدم القاهرة سنة 721هـ، فانتقلت إليه رئاسة الشافعية فيها، أخذ عن القطب السنباطي، والجلال القزويني، والقنوي والتقي السبكي، من كتبه: المبهات على الروضة في الفقه، والهداية إلى أوامير الكفاية، والأشباه والنظائر، ونهاية السؤل شرح منهاج الأصول، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول في الفقه، توفي عام 772هـ. السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، 92/2-93؛ ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، 147/3-150، تحقيق: محمد عبد المجيد، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، د ط، 1972م.

(7) الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الشافعي (ت 772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، 354/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1420هـ، 1999م.

(8) محمد بن بهادر بن عبد الله العالم العلامة، المصنف المحرر، بدر الدين المصري الزركشي، تركي الأصل، أخذ عن الشيخين؛ جمال الدين الإسنوي، وسراج الدين البلقيني، ورحل إلى حلب إلى شهاب الدين الأذري، وتخرج بمغلطاي في الحديث، له تصنيفات كثيرة في عدة فنون، من أهمها: البحر المحيط في أصول الفقه، وإعلام الساجد بأحكام المساجد، كانت وفاته عام 794هـ. ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، 167/3؛ ابن حجر، المصدر السابق، 133/5-135.

(9) البحر المحيط في أصول الفقه، 13/2.

وتكلم في كتابه المنثور في القواعد الفقهية عن أقسام الدوام والابتداء، حيث بين أنها أقسام أربعة⁽¹⁾:
أحدها: ما يحرم ابتداءً فعله واستدامته، كالصورة⁽²⁾ على السقف، وشرب الخمر، ولهذا يجب تقيؤه.
ثانيها: ما لا يحرم فعله واستدامته، وهو سائر المباحات. ثالثها: ما يحرم ابتداءً فعله، ولا تحرم استدامته، مثل الصور المنقوشة على الحصر، والبُسْط، وهذا القسم هو الذي ينطبق على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء، أو: يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء". رابعها: ما تحرم استدامته، ولا يحرم ابتداءً فعله، مثل من أخذ الميتة ليأكلها، ثم وجد الطعام الحلال، حرم عليه إدامة يده عليها.
ثم تكلم الحصني⁽³⁾ عن الموانع الشرعية، وقسمها إلى ثلاثة أقسام⁽⁴⁾، وهي التي ذكرها القرافي.
ثم جاء السيوطي⁽⁵⁾ وتكلم عن المانع الشرعي من خلال الفروع الفقهية التي تندرج تحت قاعدة: "المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟"، يعني حالة الابتداء، وهذه صياغة أخرى أكثر إحكاماً لقاعدة الموانع الشرعية، وذكر أن فيه خلافاً، وبيّن أن الترجيح مختلف في الفروع، وذكر الكثير من الأمثلة التطبيقية على ذلك⁽⁶⁾، وأشار السيوطي أخيراً إلى أنه يعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، وذكر عكسها وهي: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام"⁽⁷⁾.

(1) الزركشي، 378/3، وزارة الأوقاف الكويتية، دولة الكويت، ط 2، 1405 هـ، 1985 م.
(2) أي رسم التصاوير مما فيه روح، وعمل المجسمات للإنسان والحيوانات والطيور.
(3) هو الشيخ أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني، المشهور بالحصني، نسبة إلى حصن من نواحي حوران، تقي الدين، فقيه ورع من أهل دمشق، أخذ العلم عن جماعة من أهل عصره، وله العديد من المؤلفات منها: كفاية الأخبار في الفقه الشافعي، وتخريج أحاديث الإحياء، وشرح صحيح مسلم، توفي عام 829 هـ. ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، 167/3؛ السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر (ت 902 هـ)، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، 81/11-82، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، د ط، بدون سنة نشر؛ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (ت 1250 هـ)، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، 166/1، دار المعرفة، بيروت، د ط، بدون سنة نشر.
(4) القواعد، ص 199.
(5) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي، إمام حافظ مؤرخ أديب، صاحب المؤلفات الجامعة، والمصنفات النافعة، له نحو 600 مصنف، منها الكتاب الكبير، والرسالة الصغيرة، نشأ في القاهرة يتيماً، ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس، وخلا بنفسه في روضة المقياس، على النيل، منزوياً عن الجميع، فألف أكثر كتبه، ومن أشهرها: الدر المأثور في التفسير بالمأثور، الإتيان في علوم القرآن، الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، والألفية في مصطلح الحديث، وغيرها الكثير الكثير، أخذ في صغره عن الجلال المحلي، وزين الدين العقبلي، وقرأ على الشيخ السيراني وآخرين، كانت وفاته عام 911 هـ. السخاوي، المصدر السابق، 65/4؛ الغزي، نجم الدين محمد بن محمد (ت 1061 هـ)، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، 227/1، المحقق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ، 1997 م.
(6) الأشباه والنظائر، ص 185، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411 هـ، 1991 م.
(7) السيوطي، المصدر نفسه، ص 185؛ المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع ملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

المطلب الثاني: ماهية⁽¹⁾ القاعدة.

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: شرح مفردات ألفاظ القاعدة.

أولاً: [البقاء، أو حالة البقاء، أسهل، أو أيسر من الابتداء⁽²⁾].

1. البقاء والابتداء:

أما البقاء: فيقصد به بقاء الحكم بعد الإنشاء من خلال تنفيذه⁽³⁾. والابتداء: ما كان عند إنشاء الحكم وإيجاده، وبقاء الحكم هو استصحاب لوجوده وإنشائه، فيكون الأمر فيه أسهل من إيجاده لأول مرة⁽⁴⁾. ثانياً: [يغتر، أو قد يغتر، أو يحتمل، أو يتسامح في البقاء، أو الدوام، أو الانتهاء، أو الاستمرار ما لا يغتر، أو يحتمل، أو يتسامح في الابتداء⁽⁵⁾]. [يفتقر في الابتداء ما لا يفتر في الانتهاء⁽⁶⁾].

2. الاحتمال، الاغتفار والافتقار، التسامح والمسامحة:

الاحتمال: من حمل الشيء، والإغراء، والتكلف على مشقة، والمراد به هنا الجواز؛ أي أنه يجوز في الاستمرار والبقاء من الأحكام ما لا يجوز ابتداء، فالعمل لا يبطل بما يجوز فيه في دوامه⁽⁷⁾. الاغتفار: يعني التسامح والتساهل، ويغتر؛ أي يتسامح ويتساهل في حالة البقاء⁽⁸⁾، فيتم الفعل بدون بعض شروطه، مع أن تخلف الشرط يلزم منه تخلف المشروط، والافتقار والتسامح يكونان لأسباب توجب ذلك⁽⁹⁾، والافتقار مبني على الأصل، فالمؤاخذه به لازمة، لولا ورود المغفرة عليه⁽¹⁰⁾. والافتقار: مأخوذ من الفقر، ويستعمل في وجوه أحدها: وجود الحاجة الضرورية⁽¹¹⁾، فالافتقار احتياج، فلا يتم الفعل إلا بوجود ما يفتر إليه⁽¹²⁾.

(1) ماهية الشيء: نسبة إلى: ما، والأصل: المائية، قلبت الهمزة هاء؛ لنلا يشتبه بالمصدر المأخوذ من لفظ ما، والأظهر أنه نسبة إلى "ما هو"؛ فجعلت الكلمتان ككلمة واحدة، والماهية: تطلق غالباً على الأمر المتعل، مثل المتعل من الإنسان"، ويقال أيضاً: "إن الماهية مقول في جواب (ما هو)، بمعنى: أي جنس"، وهي تعبر عن حقيقة الشيء وطبيعته، وكأنه وجوهه. الجرجاني، التعريفات، ص 195، الكفوي، الكلبيات، ص 752، 863.

(2) السرخسي، شرح السير الكبير، 943/1؛ حيدر، علي حيدر خواجه أمين (ت 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 56/1، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجبل، الطبعة الأولى، 1411هـ، 1991م؛ البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي (ت 1974م)، قواعد الفقه، ص 65، الصدف ببلشرز، كراتشي، الطبعة الأولى، 1407هـ، 1986م.

(3) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 516/1، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1427هـ، 2006م.

(4) الزحيلي، المصدر نفسه، 516/1.

(5) ابن الدهان، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونيز مذهبية نافعة؛ 29/5؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 313/1؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 72؛ الحصني، كتاب القواعد، ص 210.

(6) ابن السبكي، المصدر نفسه، 317/1.

(7) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة "حمل"، ص 987؛ البورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، 324/12، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(8) الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (ت 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، ص 293، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1409هـ، 1989م؛ الزحيلي، المصدر السابق، 424/2.

(9) البورنو، المصدر السابق، 404/12-405.

(10) ابن السبكي، المصدر السابق، 316/1.

(11) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص 641.

(12) البورنو، المصدر السابق، 405/12.

إن لفظ: "يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الانتهاء"، يعني أنه لا يغتفر ولا يتسامح في الابتداء، ما قد يغتفر ويتسامح في الانتهاء والدوام والاستمرار؛ لأن الافتقار هو الاحتياج، فيحتاج في الابتداء من الشروط، ما لا يحتاج في البقاء؛ لأن البقاء أسهل⁽¹⁾.

والسماح والسماحة: الجود، وسمح به: أي جاء به، وسمح لي: أعطاني، وما كان سمحا ولقد سُمح، فهو سَمَحٌ، وقوم سمحاء، وامرأة سمحة ونسوة سماح، والمسامحة: المساهلة، وتسامحوا: تساهلوا، والتسميح: السير السهل⁽²⁾.

ثالثا: [الاستدامة أقوى من الابتداء⁽³⁾]، [التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم⁽⁴⁾]؟، [المانع الطارئ -يعني حالة البقاء-، هل هو كالمقارن -يعني حالة الابتداء-⁽⁵⁾]؟.

3. الدوام، الاستدامة، التماضي، والظروء:

الدوام: الاستمرار على الشيء وبقاؤه⁽⁶⁾، وذلك إذا امتد عليه الزمان⁽⁷⁾. والاستدامة: بمعنى الدوام، وأصلها الترفق، وعدم العجلة والتأني⁽⁸⁾. والتمادي: من الفعل مَدَّيَ، وهو أصل صحيح يدل على امتداد في الشيء، ومنه المَدَى، أي الغاية⁽⁹⁾، فهو دال على الغاية والبقاء، والبُعد الزماني والمكاني. والطارئ: حصول الشيء فجأة، كالقادم يأتي فجأة من بعيد⁽¹⁰⁾، فالأمر الطارئ لم يكن بالحسبان، فيتسامح فيه، لرفع الحرج والمشقة.

المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة.

هذه القاعدة مستوحاة من استقراء النصوص الفقهية، وهي من القواعد التي تظهر وتبرز محاسن الشريعة الإسلامية⁽¹¹⁾، ولذلك، فهي تقيد بألفاظها المتنوعة أن بعض الأفعال يمتنع على المكلف عملها ابتداءً، إما بشكل مطلق، أو مقيد بحال معينة، فلذلك يمتنع ولا يتسامح بإيقاع هذه الأفعال ابتداءً، إلا أن الشرع يتسامح في هذا الفعل، أو العمل في حالة كونه امتدادا لوجوده السابق على وجه صحيح، وسبب هذا التسامح من الشارع؛ لأن رفع الشيء بعد وقوعه أكثر مشقة وعسرا من منعه

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 404/12-405 بتصرف.

(2) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "سمح"، 376/1.

(3) ابن رجب، القواعد، ص424.

(4) المقرئ، قواعد الفقه، ص105-106.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص185.

(6) الجوهري، المصدر السابق، مادة "دوم"، 1922/5؛ البورنو، المصدر السابق، 46/12.

(7) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص322-323.

(8) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة "دوم"، 316/2.

(9) ابن فارس، المصدر نفسه، مادة "مدي"، 307/5.

(10) المُطَرِّزِي، المغرب في ترتيب المعرب، مادة "طراً"، ص288-289؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة "طراً"، ص46.

(11) مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 505/8، المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1434هـ، وفق 2013م.

ابتداءً قبل الوقوع⁽¹⁾، ومن ناحية أخرى، فالتسامح قد يقع ضمن شيء مباح مقصود تبعاً، بحيث لو كان مقصوداً أصالة لم يتسامح فيه، فقد يبيح الشرع ما الأصل عدم إباحته لوقوعه ضمن أمر مباح؛ بحيث يكون كالتبع له، كالتسامح في بعض الشروط، فلا يشترط في التابع ما يشترط في المقصود الأصلي، وإن كانت صورتها واحدة؛ بسبب الحاجة إليه؛ ولأنه يحصل ضرورة لثبوت متبوعه، أو ما هو في ضمنه، فلو منع لأدى إلى منع أصله المباح⁽²⁾.

والقيد المذكور آنفاً "على وجه صحيح" قيدٌ مهم؛ لأنه احتراز عن أن يقال: إن كل استمرار يسبقه ابتداءً، فينبغي منع ذلك ابتداءً، أما إذا حصل وقوع على وجه ما، فيتسامح فيه اعتباراً لاستمراره؛ لأنه سيشق الإقلاع عنه، ويمنع ابتداءً، لسهولة ذلك⁽³⁾.

ومن هنا كان العمل بهذه القاعدة بمثابة رخصة شرعية بقصد التخفيف عن المكلفين، فقد يتلبس المكلف بفعل معين نتيجة الخطأ أو الجهل، فلو لم يُجوز، لوقع المكلف في الحرج والضيق، لذلك يجوز له الدوام والاستمرار عليه.

ويمكن القول أيضاً: إن ما لا يجوز في الابتداء يجوز بقاءً، أو ما لا يثبت قصداً وبالذات، يجوز ثبوته ضمناً وتبعاً؛ لأن وجود الشيء ابتداءً لا يخلُ من شروط وقيود، وربما لا تبقى إلى الانتهاء لانعدامها، أو قد يعرض ما ينافيها⁽⁴⁾.

وبعبارة أخرى، فإن الفعل أحياناً لا يجوز ابتداءً، ولكن يجوز استمراره، فالاستمرار يُعطى حكماً؛ لأنه مغفور، لكن لو ابتدأه المكلف مرة أخرى، فيعطى حينئذٍ حكماً مختلفاً، فيكون بقاؤه له حكم، ولكن معفو عنه، وابتدأه له حكم آخر، وهو المنع⁽⁵⁾، ويقال أيضاً: إن استدامة المكلف على الشيء لا تعطى حكم ابتدائه إياه، فإذا كان الابتداء ممنوعاً، أو يفسد العمل، فلا يكون الدوام كذلك⁽⁶⁾.

ومن المعلوم أن التصرفات يشترط لصحتها ونفاذها شروط، بحيث لو قُفِد بعضها عند ابتداء العقد أو التصرف، أو -حسب تعبير القاعدة- لو قارن التصرف مانعاً، فإنه سيمنع من نفاذ العقد، أو التصرف ابتداءً، أما في حالة البقاء، فإذا تم التصرف بشروطه، ثم طرأ عليه ما يمكن أن يفسده من قُفِد شرط،

(1) العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 612/2، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423 هـ، 2003 م؛ مجموعة من العلماء، معلمة زائد للقواعد الفقهية والأصولية، 505/8.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 447/1، 468.

(3) العبد اللطيف، المصدر السابق، 612/2.

(4) الزحيلي، المصدر السابق، 424/1؛ الدعاس، عزت عبيد، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، ص 81-82، دار الترمذي، دمشق، ط 3، 1409 هـ، 1989 م.

(5) السعيدان، وليد بن راشد، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، 46/3، راجع وعلق عليه: الشيخ سلمان ابن فهد العودة، بدون معلومات نشر.

(6) التسولي، علي بن عبد السلام (ت 1258 هـ)، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص 319، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن جزم، ط 1، 1426 هـ.

أو وجود مانع؛ بحيث لو وُجدَ في ابتدائه لمنع من انعقاده، فهل يبقى التصرف صحيحاً مرتباً لآثاره، ويغتفر فقد بعض الشروط، أو وجود المانع⁽¹⁾؟

في الحقيقة، وبناء على هذه القاعدة، فإن ذلك يغتفر، ويبقى التصرف صحيحاً مرتباً لآثاره؛ لأن هذه الشروط أمكن التجاوز عنها، مثل عقد الإجارة، لا يغتفر في ابتدائه اختلال بعض الشروط، وهو أن لا تكون العين المؤجرة مشاعية، أما لو طرأت أثناء الاستمرار، فتغتفر⁽²⁾؛ لأن العقد تم على الوجه الصحيح، سالماً عما يُخلُّ به، والمكلف بذل جهده في موافقة قصد الشارع، وإبرام العقد كما أراد المشرع، لكن لما وقع الخلل أثناء الدوام والاستمرار اغتفر، كمن أجر عقاراً ثم طرأ عليه الشيوع فيما بعد، فلا يضره ذلك، أما لو أجر مشاعاً ابتداءً، فإنه لا يصح.

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها، بمعنى أنه لا يتسامح دائماً في حالة البقاء؛ لوجود قاعدة عكس هذه القاعدة؛ لذلك قيدت هذه القاعدة بلفظها الآخر: "الدفع أسهل من الرفع"، بلفظة: "غالبا"⁽³⁾، وكذلك أدخل الشافعية مثلاً لفظة: "قد" على القاعدة؛ للإشارة إلى أنها ليست مطردة عامة، بل قد تتخلف نظراً لوجود المستثنيات⁽⁴⁾.

وحيث تبين أن العمل بهذه القاعدة بمثابة رخصة شرعية، وأنه يجوز للمكلف الاستمرار على العمل الذي بدأه وتمادى فيه، فلذلك لا يطالب المكلف بتحويل نيته إلى مفارقة العمل، بل تستمر نيته على ما هو فيه؛ لأن الشرع أجاز له البقاء على الفعل لعسر الإقلاع عنه، فلا يأثم⁽⁵⁾.

إن المسائل التي يغتفر فيها في البقاء، أو الدوام، ما لا يغتفر فيها في الابتداء، تدخل جميعاً في فروع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"⁽⁶⁾، وإن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" تعتبر أصلاً لقاعدة: "يغتفر في البقاء..."⁽⁷⁾، وهذه الأخيرة تعليل للأولى؛ فالبقاء أسهل؛ لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء⁽⁸⁾، وبما أن البقاء أسهل، فالذي لا يجوز ابتداءً، قد يجوز بقاءً⁽⁹⁾.

ولقد جعل الزركشي الطارئ، وهل ينزل منزلة المقارن على أربعة أقسام هي⁽¹⁰⁾:

الأول: ما ينزل منزلته قطعاً، كما لو طرأ مؤبد تحريم على نكاح قطعه، فلو نكح امرأة، فوطئها أبوه بشبهة، أو وطئ هو أمها أو بنتها، انفسخ النكاح؛ وإنما كانت موانع النكاح تمنع في الابتداء والدوام؛ لتأبدها، واعتضادها بكون الأصل في الأبضاع هو الحرمة.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 6/160.

(2) البورنو، المصدر نفسه، 54/2.

(3) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 2/613.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص295.

(5) العبد اللطيف، المصدر السابق، 2/614.

(6) العبد اللطيف، المصدر السابق، 2/612.

(7) الزرقا، المصدر السابق، ص297.

(8) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/516.

(9) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1/56.

(10) المنثور في القواعد الفقهية، 2/347-350، بتصرف واختصار.

الثاني: ما لا ينزل منزلته قطعاً، كما لو أحرمت المتزوج، لم يمنع استمرار النكاح، ولو قارن ابتداءه منع أيضاً، ولو اشترى عرضاً للاقتناء، ثم نوى به التجارة أثناء المدة لم ينعقد الحول عليه؛ لأنه لم يقارن الشراء، وهذا القسم منطبق على قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء" دون خلاف.

الثالث: ما فيه خلاف، والأصح تنزيله منزلته، كالاستعمال في الماء تدفعه الكثرة ابتداءً، وهل تدفعه في الدوام إذا بلغ قلّتين؟ وجهان عند الشافعية، والأصح أنه يعود طهوراً، وكما لو أحرمت ثم ارتد، فالأصح بطلان نسكه، كما لو أحرمت مرتداً، والعدد في صلاة الجمعة، شرط في الابتداء قطعاً، وكذلك في الدوام في الأصح، حتى لو انفضوا في أثناء ذلك أتمها ظهراً.

الرابع: ما فيه خلاف، والأصح أنه لا ينزل منزلته، كما لو تيمم ثم وقع عليه نجاسة، لم يبطل تيممه على المذهب -أي الشافعي-.

وهذا الأخير ينطبق على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، لكن وقع فيه خلاف، وقد علل الزركشي ذلك بسبب قوة الدوام، وما له من ثمرة ليست في الابتداء.

تنبيه: ذكر ابن الحاجب⁽¹⁾ هذه القاعدة في الطهارة مطلقة، وقيدها في الأيمان بالعرف، حيث إن الحقائق العرفية في الأيمان، وسائر الالتزامات المالية معتبرة، بل أكثر مسائل الأيمان منزلة عليها، ولا سيما عند عدم النية، وقد حَسُن منه تقييد هذه القاعدة بحسب العرف⁽²⁾.

بقي القول: إن التشبيه في لفظ القاعدة: "الدوام كالابتداء أم لا"؟، لا يفيد العكس، أي "الابتداء هل هو كالدوام أم لا"⁽³⁾؛ وذلك أن الابتداء بالفعل الممنوع شرعاً، أو إبرام عقد مع تخلف بعض الشروط ابتداءً لا يجوز، فالخلاف في الدوام، لا في الابتداء؛ لأن الابتداء بالعمل، أو العقد غير المشروع متفق على منعه أصلاً، ولذلك قال المالكية: لو رعى المصلي، وعلم دوام الرعاف، أتم الصلاة⁽⁴⁾، فلم يفد هذا حكم الدخول فيها ابتداءً مع وجود الرعاف، وإن كان الخلاف فيهما على وتيرة واحدة؛ لجواز مراعاة حق الحرمة، واستقلال البطلان في الأول، دون الثاني؛ لأن ابتداء الصلاة بالرعاف لا يجوز؛ لأن الدم نجس، بخلاف ما لو طرأ عليه أثناء صلاته⁽⁵⁾.

(1) هو جمال الدين، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو، من فقهاء المالكية، ومن كبار أهل العلم باللغة العربية، ولد عام 570هـ في مصر، وسكن دمشق، ومات في الإسكندرية، له العديد من المؤلفات العلمية القيمة منها: الكافية في النحو، والشافعية في الصرف، ومختصر الفقه المسمى: جامع الأمهات، ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، كانت وفاته عام: 646هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، 241/1؛ مخلوف، شجرة النور الزكية، 241/1.

(2) المنجور، أحمد بن علي (ت 995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 221/1-222، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ الأمين، إشراف: حمد الحماد، دار عبد الله الشنقيطي، د. ط، دون سنة نشر.

(3) المقري، قواعد الفقه، ص 106؛ المنجور، المصدر نفسه، ص 220.

(4) ابن الحاجب، عثمان بن عمر الكردي المالكي (ت 646هـ)، جامع الأمهات، ص 43، تحقيق أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضر، دار اليمامة، بيروت، ط 2، 1431هـ؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 472/1.

(5) المقري، المصدر السابق، ص 106؛ المنجور، المصدر السابق، ص 220-221.

المسألة الثالثة: أمثلة تطبيقية على القاعدة.

لقد بنيت على هذه القاعدة فروع فقهية كثيرة، ويتخرج عليها من المسائل ما لا يحصى⁽¹⁾، وفيما يأتي بعض الأمثلة التي تسهل فهم القاعدة فهماً أكثر عمقا، وهذه الأمثلة من أبواب فقهية مختلفة.

أولا: من كتاب الطهارة.

1. من أحدث وهو يغتسل، أي قبل تمام غسله، وبعد تمام وضوئه، احتاج إلى نية جديدة في غسل أعضاء وضوئه في قول، بناء على أن الدوام كالابتداء، وفي قول: لا يحتاج إلى نية جديدة؛ لأن الدوام ليس كالابتداء، فيستدام حكم الوضوء⁽²⁾، وهذا هو المختار عند المالكية⁽³⁾، وهنا: من رأى أن نية الطهارة الكبرى منسحبة حكما إلى آخر الغسل، ولم يجعل البقاء كالابتداء، لم يقل بتجديد النية للوضوء، ومن جعل البقاء كالابتداء، قال بوجوب تجديد النية⁽⁴⁾.

إن التخفيف في هذا المثال واضح بناء على القاعدة، فالقول بعدم احتياج المغتسل إلى تجديد نية فيه رفع للحرَج عنه، إذ ربما أدى القول بلزوم نية جديدة إلى سيطرة الوسواس عليه.

2. الماء المستعمل إذا بلغ قُلْتين⁽⁵⁾ -أي تكاثر، فبلغ قُلْتين بعد استعماله-، ففي عوده طهورا وجهان عند الشافعية، أما لو استعمل القُلْتين ابتداءً، لم يصير مستعملا بلا خلاف، والفرق هنا: أن الكثرة في الابتداء دافعة، وفي الأثناء رافعة، والدفع أقوى من الرفع⁽⁶⁾.

والقُلْتان هما الحد الفاصل بين القليل والكثير في باب المياه، ومن المعروف أن الماء المستعمل لا يجوز استخدامه للطهارة الشرعية عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁷⁾ إذا كان أقل من قُلْتين، باعتباره طاهرا⁽⁸⁾ غير طهور⁽⁹⁾، وبحسب المثال، فإذا توضأ رجل من ماء كان أقل من قُلْتين، ثم أراد الاغتسال منه بعد ذلك، فبناء على أنه طاهر غير طهور، لا يرفع الحدث، ولكن إذا

(1) ابن رجب، القواعد، ص300، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(2) الشافعي، الأم، 58/1؛ النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت 676هـ)، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكي والمطيعي"، 200/2؛ دار الفكر، بيروت، د. ط، وبدون سنة نشر؛ المقري، قواعد الفقه، ص106.

(3) الوئشريسي، أحمد بن يحيى (ت 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص163، تحقيق: أحمد الخطابي، بدون معلومات نشر، 1400هـ، 1980م.

(4) مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 493/8.

(5) واحدها قُلَّة، وهي معروفة في الحجاز، وجمعها قلال، وهي الجرار العظيمة. ابن سلام، أبو عبيد القاسم بن سلام ابن عبد الله الهروي البغدادي (ت 224هـ)، غريب الحديث، 237/2، المحقق: محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الطبعة الأولى، 1396هـ.

(6) الزركشي، المنثور في القواعد، 155/2-156؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص138؛ الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 123/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.

(7) ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي البلدحي الحنفي (ت 683هـ) الاختيار لتعليل المختار، 16/1، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت)، د. ط، 1356هـ، 1937 م؛ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 89/1، دار الفكر، بيروت، ط3، 1404هـ، 1984م؛ النجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي (ت 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، 80/1، 82، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 1397هـ.

(8) أي طاهرا في نفسه، غير نجس.

(9) أي يجوز التطهر به وضوءا واغتسالا.

تكاثر هذا الماء المستعمل، وطرأت عليه كمية من الماء جعلته قلتين أو أكثر، ففي عوده طهوراً وجهان عند الشافعية، والقول بأنه يعود طهوراً، تخريج على قاعدة الدفع أقوى من الرفع.

3. من طراً عليه الخبث في الصلاة غير الرعاف، يجب أن يقطع، ولا يبيني على المشهور عند المالكية، ويجوز له القطع والبناء في الرعاف؛ لأن الدوام ليس كالابتداء، لأنه رخصة، ولو جعلوه كالابتداء لألزموه بالقطع وعدم البناء⁽¹⁾، والتخفيف واضح في هذا المثال، فالخبث وهو الغائط والبول لا يتسامح فيه، حتى في حالة البقاء، فمن دخل في صلاة، ثم طراً عليه بول أو غائط، فعليه أن يقطع ويتوضأ ويعيد الصلاة من جديد، أما في الرعاف، فالأمر بخلافه.

ثانياً: من كتاب الصلاة.

1. لو اقتدى مريض بمثله من جلوس، فصح المقتدي في أثناء الصلاة، قيل: يتم صلاته قائماً مأموماً، بناء على أن الدوام ليس كالابتداء، وقيل: يجب أن ينفرد ويتم صلاته، بناء على أن الدوام كالابتداء⁽²⁾، فبناء على أن الدوام ليس كالابتداء، سيحصل المقتدي فضيلة الجماعة؛ حيث أجز له إكمال صلاته خلف القاعد، مع أنه استطاع الوقوف اعتباراً لحالة البقاء والاستمرار؛ لأن صحته أمر عرض فجأة، فيبقى الحال كما هو؛ لأنه اقتدى به وهو جالس، واستمر فترة من الزمن، فاعتبر هذا الاستمرار، ولو وجب عليه الصلاة منفرداً، لفاته أجر صلاة الجماعة، بسبب بطلان عمله الأول.

2. إذا خرج لسفر مباح، ثم نوى أثناء السفر المعصية، فله الترخُّص في الصلاة والصيام؛ لأن الشروط يكفي وجودها في الابتداء، ولا يشترط بقاؤها⁽³⁾، أما من نوى قبل ابتداء سفره المعصية، أو قصد الخروج والسفر لتحصيل معصية، فلا يترخص في الصيام والصلاة.

ثالثاً: من كتاب الزكاة.

إذا اشترى الرجل ما تجب فيه الزكاة مما يصلح أن يكون للتجارة، لكن نوى به القنينة دون التجارة، ثم بعد زمن نوى به التجارة، فلا تجب فيه زكاة العروض إلا بشرط مضي الحول من وقت نية التجارة؛ لا من تاريخ الشراء⁽⁴⁾.

(1) الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 165؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص 218؛ التنوخي، أبو إسحاق إبراهيم بن بشير (د. ت وفاة)، التحرير في نظائر الفقه على مذهب الإمام مالك ابن أنس، ص 32-33، بدون معلومات نشر.

(2) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 340/1، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر؛ عليش، محمد بن أحمد بن محمد (ت 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، 380/1، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1409هـ، 1989م.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، 345/4؛ روضة الطالبين، 388/1، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط 3، 1412هـ، 1991م؛ الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي ابن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 387/2، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د. ط، 1357هـ، 1983م.

(4) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، 300/1، المحقق: محمد محمد أحمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ، 1980م؛ البابرتي، محمد بن محمد بن محمود (ت 786هـ)، العناية شرح الهداية، 252/2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، وبدون سنة نشر؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 106/2.

وقد نص المالكية على أن القنية في الشيء المشتري يحدث حكمها بالنية فقط، أما التجارة في الشيء المقتنى، لا تحدث بالنية، ولا تكون إلا بالفعل⁽¹⁾.

إن شراء الرجل هو مرحلة الابتداء، وبما أنه نوى به القنية مدة ثلاث سنوات مثلا، فإن هذه النية دوام واستمرار، ويبقى حكمها مستمرا فترة السنين الثلاث، فلا يطالب بتزكية ماله، وكذلك حين غير نيته مجددا، ناويا التجارة، فلا تجب عليه الزكاة بأثر رجعي، بل من تاريخ النية فقط.

وفي هذا من التيسير ما لا يخفى، فلو اشترى الرجل ما يصلح للتجارة ناويا به القنية، وبعد ثلاث سنين مثلا نوى به التجارة، فلو أوجبنا عليه الزكاة لما مضى من الأعوام الثلاثة لَضُنَّت⁽²⁾ به نفسه، فوقع في محذور منع الزكاة.

رابعاً: من كتاب الحج.

لو أحرم الرجل بعد أن صاد صيدا، فهل يزول ملكه عنه، ويجب عليه إرساله، أو لا يزول، وإنما يرسله فقط، فيه خلاف، وتظهر ثمره هذا الخلاف فيما لو أفلته أحد منه، هل تلزمه قيمته، أم لا؟ أما لو أحرم، وفي بيته صيد، فإن ملكه باق⁽³⁾.

خامساً: من كتاب الاعتكاف.

لا ينبغي أن يقيم المعتكف في المسجد الجامع بعد صلاة الجمعة إلا مقدار ما يصلي بعدها أربعاً أو ستاً، ولو أقام يوماً وليلة، لا ينتقض اعتكافه، لكن يكره له ذلك، أما عدم الانتقاض؛ فلأن الجامع لما صلح لابتداء الاعتكاف⁽⁴⁾؛ فلأن يصلح للبقاء أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء⁽⁵⁾.

سادساً: من كتاب النكاح.

حَطُّ المهر عن الزوج في ابتداء العقد لا يجوز، والزوجة لا تملك ذلك، فلو أبرمت العقد معه على أن لا مهر لها، لم يصح الحط، ووجب مهر المثل، لكن لو حطت المهر عن الزوج بعد تمام العقد واستمراره، وبعد قبض المهر، صح حطها، وبرئ الزوج عن المهر⁽⁶⁾.

والفرق هنا، أنها تنازلت عن حقها بعد أن تمكنت منه، وقدرت عليه، فكأنها تبرعت بخالص ماله.

(1) الخشني، محمد بن حارث (ت 361هـ)، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ص 68، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأجناف، عثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب- المؤسسة الوطنية للكتاب، د. ط، 1985م.

(2) الضن هو: البخل والشح، والضنين هو البخيل بالشيء. الأزدي، محمد بن الحسن بن دريد (ت 321هـ)، جمهرة اللغة، مادة "ضن"، 148/1، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 1، 1987م.

(3) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 218/1.

(4) الاعتكاف لغة: من عكف على الشيء عكفاً وعكفاً، أي حبس نفسه، ومنه الاعتكاف، وحبس النفس عن التصرفات العادية، وعكفته عن حاجته، منعه، وشرعاً: هو اللبث في المسجد من شخص مخصوص بنية. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 2 / 424؛ البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 2 / 40.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 114/2.

(6) الكاساني، المصدر نفسه، 274/2؛ ابن قدامة، المغني، 255/7، 260.

سابعاً: من كتاب الطلاق.

إذا طلق الرجل المحرم زوجته، فأراد مراجعتها، فإن رجعته صحيحة، وتعليل ذلك: بأن رجعته دوام واستمرار على النكاح، وإصلاح ما انتلم منه، ولذلك، فالمحرم لا يجوز له ابتداء النكاح، لكن إذا وقع العقد في حالة الإحلال، فإن ذلك لا يؤثر على دوامه واستمراره⁽¹⁾.
إن الاستعجال في الرجعة يحافظ على استمرار الأسرة، ويساهم في رأب الصدع الناجم عن الطلاق، بخلاف ما لو أُجِّلَت المراجعة إلى الإحلال، فربما تنتسج الفجوة، ويعود الزوج عن رغبته في المراجعة، وخير البر عاجله.

ثامناً: من كتاب اللباس والزينة.

يحل التطريف بالحرير بأن يجعل على طرف ثوبه منه قدر عادة أمثاله، من غير نظر إلى زيادة الوزن، فإن زاد على عادة أمثاله، وجب قطع الزائد، وإن باعه لمن هو عادته بخلاف ما لو اشتراه ممن عادته ذلك، وكان زائداً على عادة أمثال المشتري، فإنه يحل؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء⁽²⁾.

تاسعاً: من كتاب الإجارة.

لو أجر مشاعاً⁽³⁾ فإنه لا يصح، سواء كان يقبل القسمة أم لا، ولكن لو طرأ الشيوع بعد عقد الإيجار، بأن أجر عقاراً بتمامه، ثم استُحق جزء منه شائع، أو فسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع من العقار، تبقى الإجارة في الباقي، وإن كان شائعاً⁽⁴⁾.

يتضح من هذا المثال، أن تأجير العقار المشاع ابتداء لا يجوز، ولا تتعقد الإجارة، وهذا تحقيق شرط، والالتزام به في الابتداء، أما لو طرأ الشيوع فيما بعد، فلا يؤثر ذلك على العقد، فلو أبطنا العقد لوقع المستأجر في الحرج والضيق.

عاشرًا: من كتاب الوقف.

إذا أجزَّ الموقوف عليه الوقف مدةً، فمات في أثناءها، ففي بقاء الإجارة وجهان عند الشافعية⁽⁵⁾:

(1) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي الأندلسي (ت 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، 239/2، مطبعة السعادة، ط 1، 1332 هـ، (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 2، بدون سنة نشر)؛ الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين (ت 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 110/2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ؛ الزركشي، المنثور في القواعد، 374/3؛ ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (ت 884 هـ)، الفروع وتصحيح الفروع، 441/5، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1424 هـ، 2003 م.

(2) الجاوي، محمد بن عمر نووي (ت 1316 هـ)، نهاية الزين، ص 165، دار الفكر، بيروت، ط 1، بدون سنة نشر.
(3) أي أرضاً مشاعية، لا مقسومة ولا مفروزة بين الشركاء، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. ابن منظور، لسان العرب، مادة "شيع"، 191/8.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 188/4؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 48/6؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 293.

(5) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 115/8، حققه وصنع فهرسه: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط 1، 1428 هـ، 2007 م؛ العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم اليمني الشافعي (ت 558 هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 374/7، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1421 هـ، 2000 م.

الأول: تبقى الإجارة؛ لأنها لازمة، وانعقدت على الدوام، كما لو أُجِّرَ مُلْكُهُ، وهذا الوجه ينطبق على حالة البقاء، فالطارئ ليس كالمقارن، فالموت طرأ بعد تمام العقد ودوامه، ولم يجعل كما لو قارن العقد. الثاني: تنفسخ الإجارة؛ لانتقال المنفعة بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليها.

حادي عشر: من كتاب الغصب.

ضمان المغصوب، هل يضمنه بأرفع من قيمته، لأنه في كل حين كالمبتدئ للغصب، فهو ضامن في كل وقت ضمانا جديدا، أو هل يضمن يوم الغصب فقط، بناء على أن الدوام ليس كالابتداء، لذلك يحاسب على مجرد الغصب، بغض النظر عن المدة التي يمكنها المغصوب تحت يده⁽¹⁾.

ثاني عشر: من كتاب القضاء.

إن القضاء يتخصص بالزمان والمكان، فالحاكم المأذون بالحكم في مدة معينة لو حكم قبلها لا ينفذ حكمه، لكن لو أجاز ذلك الحكم في المدة المأذون فيها، صح⁽²⁾، فالأولى بالحاكم أو القاضي أن يتقيد بالزمان والمكان، حتى تستقر الأحكام، ويستقيم أمر الأنام، فمثلا: لو عين القاضي يوم الإثنين أنه سيفصل في قضية كذا يوم الثلاثاء القادم، ولكن عاد وحكم في القضية في اليوم التالي، فالأصل أن لا ينفذ هذا الحكم للقيد المذكور، فإن جاء الثلاثاء، وهو اليوم الذي عينه من قبل، وعقد جلسة الحكم، وأجاز حكمه في الوقت المحدد، فيمضي حكمه اعتمادا على الاستمرار السابق.

جاء في غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر⁽³⁾: "ومنه القاضي، لو قضى في كل أسبوع يومين، بأن كان له ولاية القضاء في يومين من كل أسبوع لا غير، فقضى في الأيام التي لم تكن له ولاية القضاء، فإذا جاءت نوبته أجاز ما قضى، جازت إجازته".

إن إنفاذ حكمه الذي قضى به في الأيام التي لم تكن له ولاية القضاء في المدة المأذون فيها اعتباراً للدوام، فللدوام من الأحكام ما ليس للابتداء.

ثالث عشر: من كتاب الرقيق.

إن الإسلام يمنع الرق ابتداءً، بمعنى أن المسلم لا يجوز أن يُتخذَ عبداً أبداً، لكن إذا استرق كافر، ثم أسلم، فيبقى رقه بلا خلاف⁽⁴⁾، فيغتفر هنا بقاء الرق؛ لأن الإسلام طرأ بعده، فيغتفر في الانتهاء، ما لا يغتفر في الابتداء.

(1) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 218/1.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 200؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 10/7، الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 401/2؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 516/1.

(3) الحموي، 367/1.

(4) البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (ت 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول اليزدوي، 48/2، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، بدون سنة نشر؛ ابن رجب، القواعد، ص 301؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 161/8.

المسألة الرابعة: ما يستثنى من القاعدة.

لقد ارتبطت قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" منذ نشأتها بالموانع الشرعية، وهذه الموانع أقسام⁽¹⁾:

(1) ما يمنع الابتداء والدوام.

(2) ما يمنع الابتداء دون الدوام.

(3) ما يمنع الدوام دون الابتداء.

(4) ما فيه خلاف.

بناء على ذلك، فالأصل أن الدوام ليس كالابتداء، وما مُنع ابتداءً واستمراراً، أو دواماً لا ابتداءً، أو اختلف فيه، وترجح جانب المنع منه دواماً، يعتبر مستثنى من هذه القاعدة.

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها؛ أي أنه لا يتسامح دائماً في حالة البقاء؛ لوجود قاعدة عكسها وهي: "أنه يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الانتهاء"؛ لذلك قالوا: "الدفع أقوى من الرفع غالباً"، وخرج بـ "غالباً" ما يرد في الاستثناء، وأدخل العلماء على القاعدة لفظة "قد"؛ للدلالة على أنها غير مطردة عامة، بل قد تتخلف⁽²⁾.

لذلك جاء في الأشباه والنظائر⁽³⁾ أن البقاء أسهل من الابتداء إلا في مسألتين؛ أحدهما: إذا فسق القاضي، فإنه ينزل، أما إذا وُلّي فاسقاً يصح، في قول؛ لأنه ابتداءً.

الثانية: الإذن للعبد الآبق⁽⁴⁾ في التجارة صحيح، وإذا أبق المأذون في التجارة صار محجوراً عليه، أي يمنع من التجارة، وتحجر تصرفاته؛ حيث كان معه إذن دائم ومستمر، ولكن لما طرأ عليه الإباق، حجر بسبب هذا الإباق الطارئ.

فقوله: إذا فسق القاضي ...، اعلم أن القاضي إذا كان عدلاً، ففسق، قيل: ينزل؛ لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته؛ لأنه حين ولاه عدلاً اعتمد عدالته، فكانت ولايته مقيدة بعدالته، فتزول بزوالها، وقيل: لا ينزل⁽⁵⁾.

فلو أُعْمِلَت قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" هنا لما انعزل بالفسق الطارئ، حيث تمت توليته قاضياً مدة من الزمن، ثم طرأ عليه الفسق، فكان الأولى أن لا ينزل، بناء على القاعدة، مراعاة للدوام، ولكنه ينزل بناء على التعليل المذكور، فكان من المستثنيات.

أما صحة الإذن للآبق، أي إعطاؤه الإذن ابتداءً، فقد يقال: لا يخفى أن اللزوم من صحة الإذن للآبق، وحجر المأذون بطرو إباقه، كون البقاء أسهل من الابتداء، فما وجه صحة الاستثناء⁽⁶⁾؟ أي أن

(1) الحصني، القواعد، ص199.

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 84/1؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص295؛ العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 613/2.

(3) ابن نجيم، ص191.

(4) أبق العبد إذا هرب، والاسم الإباق. الأزد، جمهرة اللغة، مادة "أبق"، 1026/2.

(5) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 354/2.

(6) الحموي، المصدر نفسه، 354/2.

الأصل أن يبقى الإذن قائماً للعبد المأذون في التجارة، ولا ينحجر؛ لأنه بقاء، أو دوام واستمرار، ولكن لماذا استثنى من القاعدة؟

والجواب⁽¹⁾: بأن بناء الاستثناء على اعتبار أن [البناء]⁽²⁾ والابتداء صفتان للإذن لا للإباق، وإن اشتمل الإباق أيضاً على بقاء وابتداء، حيث كان الآبق مأذوناً بالإذن الطارئ، والمأذون محجور بالإباق الطارئ، فلزم كون البقاء شراً من الابتداء الأسهل منه، فصح الاستثناء؛ أي أننا لو أبقينا الإذن قائماً للعبد المأذون له في التجارة، الذي طرأ إباقه، لكان ذلك غير منسجم مع قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ التي بنيت على التيسير والتخفيف عن المكلفين في كثير من الوجوه، والإباق معصية وجريمة، لذلك لا يجب أن يبقى إذن لعبد هارب، والحاصل هنا أن ابتداء الإذن جامع للإباق، ولم يفارقه، وأن بقاء الإذن نافاه، ولم يجمعه وقد تعارض بمثله، فيقال: حيث أثر الإذن الطارئ، وصار الآبق مأذوناً، وزال الإذن الباقي بطرو الإباق، كان بقاء الإذن أسهل من ابتدائه؛ إذ الزائل -المأذون له من قبل- الذي زال أثره بزواله، أسهل من الطارئ -العبد الهارب أصلاً، ثم أعطاه إذناً- الذي ثبت أثره بطروئه؛ أي لا يستقيم بقاء الإذن الذي أعطي له إن هرب؛ لأن هروبه طارئ، ويجب حججه لمعصية هروبه، مع أن الأصل أنه لو أجرينا ذلك على القاعدة، حري أن يستبقى الإذن معه؛ اعتباراً للدوام والاستمرار، ولكن القول بذلك يلزم منه كون البقاء شراً من الابتداء.

في الواقع، إن المسائل المستثناة أكثر من ذلك⁽³⁾، ولقد أشار ابن السبكي⁽⁴⁾ إلى أن الضرورة هي التي دعت إلى اغتفار الشيء في الابتداء دون الدوام، وقرر أن ذلك مستثنى من القاعدة المشهورة وهي: "ما منع الدوام منع الابتداء"، ومن ناحية أخرى، فإن تطبيقات قاعدة: "يعتقر في الابتداء ما لا يعتقر في الدوام"، هي مستثنيات لهذه القاعدة⁽⁵⁾، ويبقى القول أن هذه المستثنيات معدودة غير عديدة⁽⁶⁾؛ فلا توازي تلك المسائل المبنية على القاعدة محل هذه الدراسة.

جاء في البحر الرائق⁽⁷⁾ في باب التفويض⁽⁸⁾ عند شرح عبارة الكنز⁽⁹⁾ وهي: "لو قال لرجل: طلق امرأتي، لم يتقيد بالمجلس، إلا إذا زاد إن شئت"، فهذا مُطْلَقٌ، فيشمل ما إذا فوض لصبي لا يعقل، أو مجنون،

(1) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 2/ 354.

(2) كذا وردت، وأظنها: "البقاء"، والله أعلم وأحكم.

(3) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ص 317.

(4) ابن السبكي، المصدر نفسه، ص 317.

(5) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/ 433.

(6) السبكي وولده، الإبهاج شرح المنهاج، 3/ 154.

(7) ابن نجيم، 3/ 358.

(8) فوض الأمر إليه، أي رده إليه، وفي الاصطلاح: جعل الأمر باليد، أي تمليك الزوجة إيقاع الطلاق، أو تطليق نفسها

من الزوج. الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "فوض"، 3/ 1099؛ الكاساني، البدائع، 3/ 113.

(9) وهو المعروف بكنز الدقائق في فروع الحنفية، للشيخ أبي البركات عبد الله بن أحمد، المشهور بحافظ الدين النسفي

المتوفى سنة 710 هـ. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني (ت 1067 هـ)، كشف الظنون عن

أسماء الكتب والفنون، 2/ 1516، مكتبة المثنى، بغداد، د. ط، 1941 م؛ القنوجي، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن

الحسيني البخاري (ت 1307 هـ)، أيجد العلوم، ص 635، دار ابن حزم، ط 1، 1423 هـ، 2002 م.

فذلك إليه ما دام في المجلس، ولو جُنَّ المَجْعُول إليه بعد التفويض، فطلق؛ فإن كان لا يعقل ما يقول، ويتلفظ به، فلا يقع طلاقه، وبناء على ذلك، يفرق بين التفويض إلى المجنون ابتداءً، وهو صحيح، وبين طريان الجنون، ونظيره ما جاء في الخانية⁽¹⁾ وهو: لو وكل رجلاً بالبيع، فجن الوكيل جنونا يعقل فيه البيع والشراء، ثم باع الوكيل لا ينعقد بيعه، ولو وكل مجنوناً بهذه الصفة ببيع سلعة، ثم باع الوكيل نفذ بيعه؛ لأنه إذا لم يكن مجنوناً وقت التوكيل، كان التوكيل ببيع تكون العهدة فيه على الوكيل، وبعد جنون الوكيل، لو نفذ بيعه كانت العهدة فيه على الموكل، فلا ينفذ، أما إذا كان الوكيل مجنوناً وقت التوكيل، فإنما وكل ببيع تكون العهدة فيه على الموكل، فإذا أتى بذلك نفذ بيعه على الموكل، أما في مسألة تفويض الطلاق - وإن كان لا عهدة أصلاً - ولكن الزوج حين التفويض لم يعلق إلا على كلام عاقل، فإذا طلق وهو مجنون لم يوجد الشرط، بخلاف ما إذا فوض إلى مجنون ابتداءً، ولذلك، فإن بين التفويض إلى مجنون وتوكيله بالبيع فرقاً؛ فإنه في التفويض يصح، وإن لم يعقل أصلاً، باعتبار معنى التعليق، وفي التوكيل بالبيع لا يصح، إلا إذا كان يعقل البيع والشراء - كما قيده به في الخانية - وكأنه بمعنى المَعْتَوَة، فظهر من مثالي التفويض والتوكيل بالبيع، أنه "تسمح في الابتداء ما لم يتسامح في البقاء"، وهو خلاف القاعدة الفقهية من أنه "يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء"، وهذا هو وجه الشاهد، فخلاف القاعدة هنا هو: أنه لم يتسامح في البقاء، فيكون مستثنى. وفيما يأتي بعض الأمثلة التطبيقية الأخرى لما يستثنى من القاعدة:

أولاً: من كتاب الصلاة.

من طرأ عليه الخبث في الصلاة غير الرعاف، يجب أن يقطع ولا يبنى على المشهور عند المالكية⁽²⁾.
ثانياً: من كتاب الصيام.

إذا جامع الصائم ابتداءً بطل صومه، لكن إذا كان مجامعاً وطلع عليه الفجر، فنزع في الحال، لم يفسد صومه⁽³⁾، وبالمثل يقال: إذا أكل في نهار رمضان متعمداً بطل صومه، لكن إذا كان يأكل وقت السحور قبل طلوع الفجر، فطلع الفجر، فعليه إخراج الطعام من فمه في الحال، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى آيِلٍ﴾⁽⁴⁾.

(1) لمؤلفها محمود بن عبد العزيز الأوزجندى، قاضي خان، وفتاواه في أربعة أسفار معتمدة عند أجلة الفقهاء في فقه الحنفية، ذكر فيها جملة من المسائل التي يغلب وقوعها وتمس الحاجة إليها وتدور عليها واقعات الأمة. سركييس، يوسف ابن إليان بن موسى (ت 1351هـ)، معجم المطبوعات العربية والمعربة، 1487/2، مطبعة سركييس، مصر، 1346هـ، 1928م؛ الخطيب، محمد عجاج بن محمد تميم بن صالح بن عبد الله، لمحات في المكتبة والبحث والمصادر، ص 390، مؤسسة الرسالة، الطبعة التاسعة عشر، 1422 هـ، 2001م.

(2) المقرئ، قواعد الفقه، ص 105؛ الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 165؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 218/1.

(3) الشافعي، الأم، 106/2؛ الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني (ت 623هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز، 403/6، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون معلومات نشر؛ الحصني، القواعد، ص 210.

(4) سورة البقرة، الآية: 187.

فهنا لم يتسامح معه حالة البقاء، ولو تسومح معه لجاز له أن يكمل جماعه، أو أن يبتلع اللقمة التي في فمه.

ثالثاً: من كتاب الزكاة.

1. من عجل زكاته قبل الحول بكثير، وبقيت في يد الفقير إلى حلول الحول، فلا تجزئ في المذهب المالكي باتفاق، ولم يجعلوا الدوام كالابتداء، ولو جعلوا الدوام كالابتداء فيها لأجزأت⁽¹⁾.
2. من أخذ الزكاة ليغزو بها في الجهاد، فجلس ولم يغز، فإنها تؤخذ منه؛ لأن الغزو في معنى المعاوضة⁽²⁾، فإذا لم يوف به ردّت منه، لأن الدوام كالابتداء، وكذا من أخذ الزكاة بصفته ابن السبيل، لتحمله إلى بلده، فلم يفعل وأقام، فإنها ترد منه؛ لأن الدوام كالابتداء⁽³⁾.
3. إذا أخذ الغارم الزكاة لقضاء دينه، لكنه استغنى قبل أداء الدين من هذا المال الزكوي، فذكر المالكية أن فيه إشكالا وتردداً، فقيل: لا تنزع منه، بناء على القاعدة، وقيل: لو قيل تنزع منه، لكان له وجه، وبناء على هذا الأخير، لو نزعته منه، فيكون ذلك مستثنى من القاعدة⁽⁴⁾.

رابعاً: من كتاب الحج.

1. من ألقى الريح الطيب عليه وهو محرم، وتراخى في إزالته، وجبت عليه الفدية قولاً واحداً؛ لأن الدوام كالابتداء في حقه⁽⁵⁾، وهذا بخلاف ما لو تطيب قبل إحرامه، واستدام الطيب حتى أحرّم.
2. من احتاج إلى ركوب الهدي لمرض أو تعب، ثم زال العذر، فيلزمه النزول، بناء على أن الدوام كالابتداء، فيكون من المستثنيات، ولا يلزمه النزول، بناء على أن الدوام ليس كالابتداء⁽⁶⁾.
3. إذا فاتته الوقوف بعرفة لخطأ في العدد، أو بسبب المرض، أو غير ذلك، فأراد التحلل بأفعال العمرة، فتراخى إلى أشهر الحج من العام القابل، فإنه لا يتحلل، فإن تحلل، فقيل عند المالكية: يمضي، وقيل: لا يمضي، فعلى أن الدوام كالابتداء، لا يمضي تحلله، وعلى أن لا، فيمضي، وإذا اعتبر الدوام كالابتداء هنا، فيكون ذلك مستثنى من القاعدة⁽⁷⁾.

خامساً: من كتاب الرهن.

إن الشيوخ الطارئ في الرهن يفسده كالمقارن، ولم يغتفروا فيه في البقاء، كما اغتفروا في الهبة والإجارة؛ لأنه ثبت أنه لا بد من الدوام في الرهن؛ ليتحقق المقصود منه، ولا يفضي إليه -أي إلى

(1) الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص166؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب، 220/1.

(2) العوض البدل، وإعطاء شيء، وأخذ شيء مقابله، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنوى اللغوي. الزبيدي، تاج العروس، مادة "عوض"، 449/18؛ مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، 38/137، الطبعة: (من 1404-1427هـ، الأجزاء 1-23: الطبعة الثانية، دار السلاسل- الكويت، الأجزاء 24-38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفة، مصر، الأجزاء 39-45: الطبعة الثانية، طبع وزارة الأوقاف الكويتية).

(3) المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف الغرناطي (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، 235/3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ، 1994م.

(4) خليل، مختصر خليل، ص59؛ المواق، المصدر نفسه، 235/3؛ الونشريسي، المصدر السابق، ص166.

(5) الونشريسي، المصدر السابق، ص165؛ المنجور، المصدر السابق، 218/1.

(6) المنجور، المصدر السابق، 219/1.

(7) الونشريسي، المصدر السابق، ص164.

الدوام - إلا استحقاق الحبس، ولا استحقاق للحبس في المشاع؛ لأنه لا بد من المهايأة⁽¹⁾، فكأنه يقول له: رهنك يوماً دون يوم واحد، ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم، فيفوت الدوام الواجب تحققه، ولذلك لم يغتفر فيه⁽²⁾.

وصورة الشيوخ الطارئ: أن يرهن الجميع، ثم يتفاسخا في البعض، أو أذنَ الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء، فباع نصفه، فهذا يمنع بقاء الرهن⁽³⁾.

جاء في المبسوط⁽⁴⁾: فأما الشيوخ الطارئ، بأن رهن جميع العين ثم تفاسخا، فالعقد ليس بمحل موجب الرهن....، والصحيح: أن الشيوخ الطارئ كالمقارن في أنه مبطل للرهن، فإذا ملك المرتهن البعض بالضمان، يتعين ذلك القدر مما بقي منه مرهوناً؛ كي لا يؤدي إلى الشيوخ.

سادساً: من كتاب الأيمان.

إذا حلف أن لا يدخل الدار، وهو فيها، أو لا يركب الدابة، وهو عليها بالفعل، أو لا يلبس الثوب، وهو لابسه، فالمشهور والمعتمد في هذه الصور الثلاث وما شابهها، أن الدوام كالابتداء، فلم يغتفر في ذلك؛ لأن العرف يقتضي ذلك، فتكون مستثناة من القاعدة⁽⁵⁾.

إن ما له امتداد من الأفعال، فلحالة بقائه من الحكم ما لا ابتداء، كأنه يحدث ساعة، فساعة، كما في مسائل اللبس والسكنى والركوب، بأن قال: لا ألبس هذا الثوب، وهو لابسه، أو لا أسكن هذا المنزل، وهو ساكن فيه بالفعل، أو لا أركب هذه الفرس، وهو يركب عليها بالفعل، فكل هذه الأفعال لها امتداد زمني، بمعنى أن ركوب الدابة مثلاً، يعتبر دواماً واستمراراً زمانياً، ويطلق عليه أنه راكب، طالما أنه ظل على ظهرها؛ وهنا يعتبر التماضي على الفعل كابتداءه في البر والحنث بحسب العرف، فالواجب عليه أن ينزع الثوب، وينزل عن الدابة، وبعبارة أوضح، لا يُسعه دوامه هنا في تخليصه من الحنث، فالحالف أن لا يركب وهو راكب، لا يتسامح معه، بل عليه كفارة يمين، ولا يفيد الدوام هنا⁽⁶⁾.

(1) الهيئة الحالة الظاهرة، وهيئة حسنة: إذا صار إليها، وتهيأت للشيء أخذت له أهبتة وتفرغت له، وهيأته للأمر أعدته فتهيأ، وتهيأ القوم: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد النوبة، فالتهايو على وزن تفاعل، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها، ولذلك يقال: هابياً فلان فلاناً، أما المهايأة اصطلاحاً فهي: قسمة المنافع؛ لأن كل واحد فيها إما أن يرضى بهيئة واحدة ويختارها، وإما أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي وقع بها انتفاع شريكه الأول. المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، ص 509؛ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 2 / 645؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 31/7؛ خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، 426/2.

(2) البابرتي، العناية شرح الهداية، 10 / 154؛ الحداوي، أبو بكر بن علي بن محمد العبادي الزبيدي (ت 800هـ)، الجوهر النيرة، 229/1، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ؛ العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الغيتابي الحنفي (ت 855هـ)، البنية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1420هـ، 2000م.

(3) البابرتي، المصدر نفسه، 10 / 154.

(4) السرخسي، 72/21، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1414هـ، باختصار.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2 / 405؛ الونشريسي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص 163-164.

(6) ابن أمير حاج، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد (ت 879هـ)، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، 1 / 337، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1403هـ، 1983م؛ خليل، خليل بن إسحاق بن موسى

والمقصود بحسب العرف أي: ينظر إلى العرف؛ فإن كان دوام الفعل كابتدائه في العرف، كاللبس في الثوب، والركوب في الدابة، حنث؛ لأن الدوام كالإنشاء في العرف، ومثاله في البر لو قال: لألبس هذا الثوب، أو لأركب الدابة، فإنه يبرأ بالدوام، ولا يشترط في ذلك الدوام في كل الأوقات، بل بحسب العرف، فلذلك لا يحنث بالنزول ليلاً، ولا في أوقات الضرورات، ولا بنزع الثوب ليلاً، وإنما لم يحنث إذا حلف ألا يدخل هذه الدار وهو فيها بدوامه فيها؛ لأن المكث فيها لا يسمى دخولا عرفاً⁽¹⁾.
سابعاً: من كتاب الوقف.

1. لو ارتد المسلم، فإن وقفه الذي وقفه حال إسلامه يبطل، أما لو وقف المرتد عقاره ابتداء في حال رده، فإن كان امرأة صح وقفها؛ لأنها لا تقتل بالردة عند الحنفية، وإن كان رجلاً يتوقف وقفه، فإن عاد مسلماً صح، وإن قتل أو مات بطل⁽²⁾؛ لذلك جاء في رد المحتار على الدر المختار⁽³⁾: "وفي هذه المسألة الاغتفار في الابتداء لا في البقاء، عكس القاعدة، فإن الردة المقارنة للوقف لا تبطله، بل يُتَوَقَّف، بخلاف الطارئة، فإنها تبطله".

2. لو وقف على ولده، وليس له ولدٌ، وله ولدٌ ولدٌ، صُرف إلى ولد ولده، ولو كان له ولد وقت الوقف ثم مات، يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد، فاغتفر في هذا الفرع في الابتداء، فصرف إلى ولد الولد عند عدم الولد، ما لم يغتفر في البقاء، إذ لم يصرف إلى ولد الولد عند موت الولد⁽⁴⁾.
سابعاً: من كتاب الردة.

من رأى مصحفاً في قدر، ولم يرفعه، فهو ردة باتفاق؛ لأن الدوام في حقه كالابتداء⁽⁵⁾.

الجندي المصري (ت 776هـ)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، 3/ 326، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1426هـ، 2005م بتصرف يسير.

(1) خليل، المصدر نفسه، 3/ 326، بتصرف؛ ابن أمير حاج، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، 1/ 337.

(2) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 861هـ)، فتح القدير للعاجز الفقير، 201/6، دار الفكر، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر؛ البلخي، الشيخ نظام الدين وآخرون (ت 1118هـ)، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمية، 2/ 354، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، بدون سنة نشر.

(3) ابن عابدين، 4/ 342.

(4) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 296.

(5) الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 166؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 1/ 219.

المبحث الثاني: ألفاظ قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

لقد وردت هذه القاعدة بأكثر من لفظ، بما يدل على شهرتها عند الفقهاء، وإعمالهم لها في الكثير من المسائل الفقهية⁽¹⁾، وقد عبر عنها الفقهاء في ثنايا الأبواب الفقهية بألفاظ وعبارات متنوعة، تلتقي كلها حول مضمون واحد، وهو أن البقاء أسهل من الابتداء، ورغم كثرة ألفاظ هذه القاعدة، إلا أن هناك تقارباً واضحاً بين المذاهب الفقهية الأربعة في صياغة هذه القاعدة، وفي المطالب الآتية سأذكر الألفاظ التي وردت بها في كل مذهب من المذاهب الأربعة.

المطلب الأول: ألفاظها عند الحنفية.

إن المتتبع لكتب الأصول والفقه وقواعده عند الحنفية يرى أنهم استدلوا بهذه القاعدة في مواطن كثيرة من الأبواب الفقهية المختلفة، ولم يكن هذا الاستدلال بلفظ واحد، بل جاء بألفاظ -صِيغَ- متنوعة، وسأكتفي بذكر بعض المواطن التي ذكرت فيها القاعدة بألفاظها المختلفة مع مثال تطبيقي أو مثالين. لقد وردت القاعدة عند الحنفية بالألفاظ الآتية:

[1] "البقاء أسهل من الابتداء"⁽²⁾، أو: "البقاء على الشيء أيسر من الابتداء"⁽³⁾، أو "حالة البقاء أسهل من حالة الابتداء"⁽⁴⁾، ومثله: "بقاء الشيء أهون من ابتدائه"⁽⁵⁾، وأخيراً: "حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء"⁽⁶⁾.

مثال: لو صلى رجل مع الإمام ركعة ثم رجع، فذهب وتوضأ، وقد فرغ الإمام من صلاته، ثم صلى هذا في منزله ما بقي من صلاته، فإن صلاته تجزئه...، وإن كان الإمام لم يفرغ من صلاته بعد، فصلاة هذا الرجل فاسدة إذا كان أمام الإمام، أو كان بينه وبين الإمام ما يمنع صحة الاقتداء به، إلا أن يكون بيته بجانب المسجد، بحيث لو اقتدى به من بيته يكون اقتداؤه صحيحاً، فحينئذ يجوز له أن يؤدي بقية تلك الصلاة في بيته؛ لأن البقاء على الشيء أيسر من الابتداء، فإن كان يجوز اقتداؤه بالإمام ابتداء -وهو في هذا الموضع- إذا كان المسجد ملائناً، فلأن يجوز له إتمام الصلاة في هذا الموضع مع الإمام أولى وأحرى.

(1) مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 8/ 502.
(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 3/ 233؛ الحلي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحنفي (ت 956هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 2/ 592، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م؛ الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل (ت 1231هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، ص 404، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ، 1997م.
(3) السرخسي، المبسوط، 2/ 117.
(4) السرخسي، شرح السير الكبير، ص 930.
(5) السرخسي، المصدر السابق، 30/ 197.
(6) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، 4/ 417، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر؛ خسرو، محمد بن فرامرز ابن علي (ت 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، 1/ 130، دار إحياء الكتب العربية، د. ط، وبدون سنة نشر.

ومن باع جزءا من داره، فإن كان جزءا شائعا منها، فله الشفعة⁽¹⁾ بما بقي؛ لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء، فأولى أن يصلح للبقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء⁽²⁾.

ومن افتتح التطوع قائماً، ثم أراد أن يقعد من غير عذر، فعلى رأي أبي حنيفة يجوز استحساناً⁽³⁾، ووجه الاستحسان: أن القعود في التطوع من غير عذر، كالقعود في الفرض بعذر، ثم هناك لا فرق بين الابتداء والبقاء فكذلك هنا؛ وهذا لأنه في الابتداء كان مخيراً بين القيام والقعود، فكذا في البقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء⁽⁴⁾.

ومما تجدر ملاحظته أن لفظ: "البقاء أسهل من الابتداء" من أكثر الألفاظ استعمالاً عند الحنفية، وقد ذكرته مجلة الأحكام العدلية⁽⁵⁾ في المادة (56).

[2] "بقاء الشيء لا يستدعي دليلاً مبقياً"⁽⁶⁾، أو: "منع المضي لا يستدل به على منع الاستدامة"⁽⁷⁾. مثال: لو أسلم الحربي في دار الحرب، وله أولاد صغار، فإنهم يكونون مسلمين بإسلامه، فإن خرج إلى ديار المسلمين وخلفهم كانوا مسلمين كذلك على حالهم؛ لأن ما ثبت يكون باقياً، ما لم يوجد الدليل المزيل، فإن بقاء الشيء لا يستدعي دليلاً مبقياً، إنما إثبات الشيء ابتداءً يستدعي دليلاً مثبتاً⁽⁸⁾. ومنه أيضاً: ماسح الخفين يستديم المسح، ويبني على المدة مع الأحداث باستثناء الحدث الأكبر، ولأنه قد يطرأ على الصلاة حدث لا يوجب الغسل، فلا يمنع البناء باتفاق، مثل دم الاستحاضة، ولا يطرأ عليها ما يوجب الغسل، فيجب معه البناء⁽⁹⁾.

(1) الشفعة لغة: من شفع الشيء شفعاً، أي ضمته إلى الفرد، وشفعت الركعة، جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك، وفي الاصطلاح: حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر: أي ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 1/ 317؛ الرملي، نهاية المحتاج، 5/ 194.

(2) الكاساني، البدائع، 5/ 20.

(3) الاستحسان: عد الشيء حسناً، وهو استخراج المسائل الحسان، ويجيء الاستفعال بمعنى الإفعال، كما يقال: أخرج واستخرج، فكان الاستحسان هاهنا إحسان المسائل، وإتقان الدلائل، وفي الاصطلاح: هو دليل يقابل القياس الجلي الذي يسبق إليه الأفهام، أو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى. الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ص 404، تحقيق: خليل المليس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001م؛ النسفي، عمر ابن محمد بن أحمد بن إسماعيل (ت 537هـ)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص 89، المطبعة العامرة، مكتبة المثني، بغداد، د. ط، 1311هـ؛ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 162/2-163.

(4) ابن مازة، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي (ت 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 435/1، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2004م.

(5) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ص 22، المحقق: نجيب هواويني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، أرام باغ، كراتشي، د ط، بدون سنة نشر.

(6) السرخسي، شرح السير الكبير، ص 1877.

(7) القدوري، التجريد، 2/ 621.

(8) السرخسي، المصدر السابق، ص 1877-1878.

(9) القدوري، المصدر السابق، 2/ 621-622.

[3] "لا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة الابتداء"⁽¹⁾.

مثل خلو المحل عن الردة، والعدة في النكاح، والشهود؛ حيث إنها تعتبر عند ابتداء العقد، لا عند البقاء؛ لأنه لا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة الابتداء⁽²⁾.

[4] "حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء"⁽³⁾، و"الابتداء أضعف، والبقاء أقوى"⁽⁴⁾.

مثال: تعليق الطلاق على صفة، فمن علق طلاق امرأته على صفة، ثم بانته منه، ثم تزوجها قبل وجود الصفة، فقال الحنفية: إذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثم أبانها، ثم تزوجها، فدخلت الدار، يقع عليها الطلاق، وقال الشافعي⁽⁵⁾: لا يقع⁽⁶⁾، وهذا مبني على أصل الحنفية: أن عدم الملك لا يمنع عقد اليمين، والابتداء أضعف، والبقاء أقوى، فإذا لم ينف عدم الملك ابتداء اليمين، فلأن لا يمنع بقاء أولى⁽⁷⁾.

[5] "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"⁽⁸⁾، أو: "يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء"⁽⁹⁾. جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام⁽¹⁰⁾ في مسألة المسبوق في صلاة الجنازة، إذا سلم الإمام، قضى المسبوق ما عليه من التكبير، قبل رفع الجنازة، وكيفية القضاء: أنه يقضيه نسقا بغير دعاء؛ لأنه لو قضاه به سترفع الجنازة من أمامه، فتبطل الصلاة حينها، وهذا يفيد أنه إذا أمكن الإتيان بالدعاء فعل، وقيد "قبل رفع الجنازة"، لم يبين هل المراد رفعها بالأيدي، أو على الأكتاف؟ فقيل: إذا رفعت بالأيدي ولم توضع على الأكتاف، وفي ظاهر الرواية: أنه لا يأتي بالتكبير عندها. ويخالفه ما ورد في البزازية⁽¹¹⁾، بأنها إذا رفعت على الأيدي، ولم توضع على الأكتاف كبر في الظاهر، وعن محمد: لا إذا كان أقرب إلى الأكتاف، وإن كان أقرب إلى الأرض كبر.

(1) السرخسي، أصول السرخسي، 256/2.

(2) السرخسي، المبسوط، 135/12.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/138، بتصرف يسير.

(4) القدوري، التجريد، 622/2.

(5) محمد بن إدريس الشافعي، الإمام العالم أحد أئمة الإسلام وفقهاء الأنام، أبو عبد الله، يعود نسبه إلى هاشم ابن المطلب بن عبد مناف، ولد بغزة عام 150 هـ، وحملته أمه إلى مكة وهو ابن سنتين، وشب فيها، قصد مصر عام 199 هـ، فتوفي فيها عام 204 هـ، كان ذكيا مفرطا، له تصانيف من أشهرها الرسالة، وهو أول مصنف في أصول الفقه، وكتاب الأم. الشيرازي، طبقات الفقهاء، 71-73، هذبة: محمد بن مكرم بن منظور (ت 711 هـ)، المحقق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1970م؛ ابن كثير، طبقات الشافعيين، ص2.

(6) الشافعي، الأم، 222/5.

(7) القدوري، المصدر السابق، 622/2، 4801/9.

(8) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص72؛ ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، 2/192، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(9) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 3/176.

(10) خسرو، 164/1.

(11) البزازية في الفتاوى، للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن شهاب، المعروف: بابن البزاز الكردي الحنفي، المتوفى سنة 827 هـ، وهو كتاب جامع، لخص فيه المؤلف زبدة مسائل الفتاوى والواقعات، من الكتب المختلفة، ورجح ما ساعده الدليل، وشرح فيه مختصر القدوري. حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، 1/242؛ الباباني، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم البغدادي (ت 1399 هـ)، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة، استانبول، أعادت طبعه بالأوفست: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1951م.

والمعول عليه ما في البزازية؛ لأنه كما ورد في فتح القدير:⁽¹⁾ يُقطع التكبير إذا رفعت على الأكتاف، وعن محمد: إن كان إلى الأرض أقرب يأتي بالتكبير، لا إذا كان إلى الأكتاف أقرب، وقيل: لا يقطع حتى تباعد، ولا يخالفه ما قيل: من أنها لا تصح إذا كان الميت على أيدي الناس؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

وأخيراً، ذكرت مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ هذا اللفظ في المادة "55" التي نصت: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء".

[6] "الطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن"⁽³⁾.

مثال: إذا أجز من رجلين، فتسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر، ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما، وهو نظير الراهن من رجلين، فهو جائز؛ لوجود المعقود عليه، باعتبار ما أوجبه الراهن لهما، فإن مات أحد المستأجرين، حتى بطل العقد في نصيبه، ففي ظاهر الرواية: يبقى العقد في حق الآخر؛ لأن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه، فأما أصل العقد، فمنعقد لازم في الحال، وباعتبار هذا المعنى، الشيوع طارئ، والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن، قياساً على الهبة، إذا وهب له جميع الدار وسلمها، ثم رجع في نصفها؛ لأنه يتحقق بها استحقاق التسليم، والعجز عن التسليم إنما يؤثر في العقد الذي يتعلق به استحقاق التسليم⁽⁴⁾.

[7] "يجوز أن يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء"⁽⁵⁾، أو: "قد يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء"⁽⁶⁾.

مثال: ذكر الجصاص⁽⁷⁾ أن سبي الزوجين الكافرين لا يفسخ به العقد، قياساً على الأمة، حيث إن حدوث الرق عليها لا يمنع ابتداء العقد، فلأن لا يمنع بقاءه أولى؛ لأن البقاء هو أكد في ثبوت النكاح معه من الابتداء، ألا ترى أنه قد يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء، وهو حدوث العدة عليها من وطء بشبهة، يمنع ابتداء العقد، ولا يمنع بقاء العقد المتقدم⁽⁸⁾.

(1) ابن الهمام، 2/ 126.

(2) لجنة من العلماء، ص 22.

(3) السرخسي، المبسوط، 15/ 146.

(4) السرخسي، المصدر نفسه، 15/ 146.

(5) القدوري، التجريد، 2/ 622.

(6) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي (ت 370 هـ)، أحكام القرآن، 83/3، المحقق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، 1405 هـ.

(7) هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي، الإمام الكبير الشأن، المعروف بالجصاص، وهو لقب له، سكن بغداد، وعنه أخذ فقهاؤها، وإليه انتهت رئاسة الأصحاب، ألف في أحكام القرآن، وله كتاب في أصول الفقه، توفي عام 370 هـ. القرشي،

الجواهر المضية في تراجم الحنفية، 84-85/1؛ ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ص 96.

(8) الجصاص، المصدر السابق، 83/3.

المطلب الثاني: ألفاظها عند المالكية.

تميزت أغلب ألفاظ القاعدة عند المالكية بأمر لافت للنظر وهو: أن صياغتها جاءت على طريقة الاستفهام، والغرض من ذلك هو لفت الانتباه إلى أنها من القواعد الخلافية ليس على مستوى المذاهب الفقهية المختلفة، وإنما على مستوى المذهب المالكي، وأيضا الإشارة إلى أن هذا الخلاف متكافئة أطرافه من حيث الاستدلال والحجة والترجيح⁽¹⁾، وفيما يأتي ألفاظ القاعدة عندهم:

[1] "التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم؟"⁽²⁾، أو: التماضي على الفعل هل يجعل كابتدائه⁽³⁾.

جاء في قواعد الفقه⁽⁴⁾ وبالتحديد في القاعدة "56": "أن المالكية اختلفوا في التماضي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أو لا؟ ... واعلم أن هذا التشبيه وهو قولنا: الدوام كالابتداء أو لا؟ لا يفيد العكس وهو قولنا: الابتداء هل هو كالدوام أو لا؟"

[2] "الدوام كالابتداء أو لا؟"⁽⁵⁾، أو: "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟"⁽⁶⁾، ومثله: "هل الدوام كالابتداء؟"⁽⁷⁾، أو: "هل دوام كابتدائه"⁽⁸⁾، وأخيرا: "هل الدوام على الشيء كالابتداء"⁽⁹⁾.

مثال: من أحدث في أثناء غسله، ولم يكمل وضوءه، ثم أكمل، ولكن لم يجدد النية، فالظاهر الإجزاء، مع وجود خلاف في المذهب المالكي؛ بناء على أن الدوام كالابتداء أو لا⁽¹⁰⁾؟

وإذا أحدث المغتسل في أثناء غسله، فهل يجب عليه تجديد النية إذا غسل أعضائه حينئذ قبل كمال غسله أم لا؟ وفيها خلاف، بين قائل: بأنه يجب عليه التجديد، وإن لم يجدد لم يجزه ذلك عن وضوئه، وبين قائل: يجزئه ذلك، وهذا الخلاف جار على أصليين هما، الأول: هل كل عضو غسل يرتفع عنه حدثه، أو لا يرتفع الحدث؟ الثاني: هل الدوام كالابتداء أم لا⁽¹¹⁾؟

(1) المدوّر، رشيد بن محمد، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 308-309، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، ط 1، 1432هـ، 2011م.

(2) المقري، قواعد الفقه، ص 105-106؛ الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 163.

(3) القرافي، الذخيرة، 53/4-54.

(4) المقري، ص 105-106.

(5) الدّمياطي، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض الدّميري المالكي (ت 805هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، 57/1، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 1429هـ، 2008م.

(6) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 2015/1.

(7) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت: 790هـ)، الموافقات، 429/3، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م.

(8) الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار، إعداد المهج، ص 63، عني بمراجعته: إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، دولة قطر، 1403هـ.

(9) الشنقيطي، المصدر نفسه، ص 64.

(10) الدّمياطي، المصدر السابق، 57/1.

(11) ميارة، محمد بن أحمد المالكي (ت 1072هـ)، در الثمين والمورد المعين، ص 200، المحقق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1429هـ - 2008م.

[3] "الدوام ليس كالابتداء"⁽¹⁾.

مثال: من شروط النفقة أن يكون المال يحتملها، بأن كان له مال، فلا نفقة في المال اليسير،... ولو سافر بزوجته، فله النفقة في سفره ذهاباً وإياباً، وأما في إقامته في البلد، فهل له النفقة أم لا؟ بمنزلة بلد بنى فيها بزوجة بناء على أن الدوام كالابتداء؟ وظاهر كلام المالكية أن الدوام ليس كالابتداء⁽²⁾.

[4] "هل يعتبر حال الابتداء عملاً بالاستصحاب أو الانتهاء؟"⁽³⁾.

مثال: الخلاف في حكم مسح ظاهر الأذنين وباطنهما، فقل: ظاهرهما مما يلي الرأس، وباطنهما مما يلي الوجه، وقل: ظاهرهما ما يواجهه، ولذلك قيل: إن الأذن في ابتداء خلقها تكون مغلقة كزر الورد، فإذا كمل خلقها انفتحت على الرأس، فالظاهر للحس الآن كان باطناً أولاً، والباطن كان ظاهراً، فهل يعتبر حال الابتداء عملاً بالاستصحاب، أو حال الانتهاء؟⁽⁴⁾، حيث إنهما عضوان مستقلان لا من الوجه، ولا من الرأس⁽⁵⁾.

[5] "افتقار حال بقاء الحادث إلى السبب كحال حدوثه".

جاء في كتاب قواعد الفقه⁽⁶⁾ في القاعدة "57": "قاعدة: اختلف العقلاء في افتقار حال بقاء الحادث إلى السبب كحال حدوثه، فإن قلنا بافتقاره، فوجوده ملزوم لوجود سببه أبداً، فدوامه كابتدائه، وإلا فهو الآن مستغن، وقد كان مفتقراً، فلا يكون الآن على ما كان، فهذا أصل هذه القاعدة عندي".

[6] "إلحاق الطارئ بالأصلي".

اختلف المالكية في إلحاق الطارئ بالأصلي، فقل: الأصل الإلحاق، إلا أن يختص الطارئ عنه بما يوجب القطع، وعلى ذلك لو طرأت نجاسة، أو حدث، فهل يبني فيه، إن قلنا بأن الذاكر لا يبني، وهو مذهب الجمهور، ونُقل فيه الإجماع على ذلك، أو لا يبني، ونحو ذلك⁽⁷⁾.

(1) الدسوقي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، 200/2.

(2) الخرشي، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت 1101هـ)، شرح مختصر خليل، 218-217/6، دار الفكر للطباعة، بيروت، د. ط، وبدون سنة نشر؛ الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي (ت 1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 307/2، دار المعارف، د. ط، وبدون سنة نشر.

(3) العدوي، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت 1189هـ)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 194/1، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1414هـ، 1994م.

(4) القرافي، الذخيرة، 277/1، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.

(5) العدوي، المصدر السابق، 194/1.

(6) المقري، ص 105-106.

(7) المقري، قواعد الفقه، ص 92-93.

المطلب الثالث: ألفاظها عند الشافعية.

يعتبر الشافعية كالحنفية في كثرة الاستدلال بالقاعدة موضوع الدراسة بألفاظها المتنوعة، وفيما يأتي أهم الألفاظ التي وردت عندهم.

[1] "الاستدامة أقوى والابتداء أضعف"⁽¹⁾، أو: "الاستدامة أقوى من الابتداء"⁽²⁾، أو: "استدامة الشيء أكد من ابتدائه"⁽³⁾، ومنه أيضاً: "الدوام أقوى من الابتداء"⁽⁴⁾، وأخيراً: "ليس الدوام كالابتداء"⁽⁵⁾.

لعل أقدم من أشار إلى قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" موضوع الدراسة من الشافعية هو الشيرازي، حيث أوردها بهذا اللفظ "الاستدامة أقوى والابتداء أضعف" عند حديثه عن التفرقة بين الابتداء والاستدامة؛ وأنه لا يعتبر أحدهما بالآخر، وتعليقه يستنتج من لفظ القاعدة؛ لأن الاستدامة أقوى⁽⁶⁾.

ورغم أنه لم يصرح بأنها قاعدة، إلا أن صياغتها على هذا النمط مشعر بأنها إحدى القواعد الفقهية. مثال: إن لابس الخف لو نزع رجلاً من مقرها، وأنهاها من مقرها إلى الساق، فهو نازع، وإن بقي منها شيء في مقر القدم -محل فرض الغسل-، فليس نازعاً، فإذا رد القدم، فاللبس مستدام... لأن الاستدامة أقوى من الابتداء، كما يقال: الإحرام والعدة يمنعان ابتداء النكاح، دون دوامه⁽⁷⁾.

[2] "ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يحتمل ابتداء"⁽⁸⁾، أو: "المانع الطارئ هل هو كالمقارن"⁽⁹⁾، وقريب منه: "الطارئ هل ينزل منزلة المقارن"⁽¹⁰⁾، ومنه أيضاً: "كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ، فعلى قولين"⁽¹¹⁾.

مثال: الفسق يمنع ولاية الإمامة ابتداء، وإذا طرأ، لم يعزل الإمام على الصحيح عند الشافعية⁽¹²⁾. ولو تطابق المتعاقدان على نقل الوثيقة من عين المرهون إلى غيره، فينبغي أن يجوز، كما لو شرط ذلك فيما يشرف على الهلاك في ابتداء العقد، وفيه وجهان عند الشافعية، الجواز والمنع، ووجه المنع:

(1) الشيرازي، المعونة في الجدل، ص 114.

(2) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 94/6.

(3) العمراني، المصدر نفسه، 550/8.

(4) الرافعي، العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، 475/4، تحقيق: علي محمد، وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ، 1997م؛ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 229/7؛ الرملي، غاية البيان، شرح زید ابن رسلان، ص 50، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر؛ القليوبي وعميرة، أحمد سلامة (ت 1069هـ)، أحمد البرلسي (ت 957هـ)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، 335/2، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1415هـ، 1995م.

(5) الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 315/1.

(6) الشيرازي، المعونة في الجدل، ص 114.

(7) النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، 528/1.

(8) الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/465.

(9) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 312/1؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 185.

(10) الزرکشفي، المنتثور في القواعد الفقهية، 347/2 - 351.

(11) ابن السبكي، المصدر السابق، 312/1.

(12) ابن السبكي، المصدر السابق، 312/1.

أن ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يحتمل ابتداء؛ ولذلك لا يجوز رهن الدين، حتى إن تعلق في الدوام بالقيمة في ذمة المتلف⁽¹⁾.

[3] "يغفر أو قد يغفر في الدوام ما لا يغفر في الابتداء"⁽²⁾، أو: "يغفر دواما لقوته ما لا يغفر ابتداء"⁽³⁾، ومنه: "يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء"⁽⁴⁾، أو: "قد يغفر في الاستدامة ما لا يغفر في الابتداء"⁽⁵⁾، وأخيرا: "يغفر في الأثناء ما لا يغفر في الابتداء"⁽⁶⁾. هذا اللفظ من أكثر ألفاظ القاعدة استعمالا عند الشافعية.

مثال: جاء في طرح التثريب في شرح التقريب⁽⁷⁾ عند شرح حديث: (إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنَ اللَّيْلِ، فَاسْتَعْجَمَ الْقُرْآنُ عَلَى لِسَانِهِ، فَلَمْ يَدْرِ مَا يَقُولُ، فَلْيَضْطَجِعْ)⁽⁸⁾، أن معناه يحتمل أوجهها منها: على تقرير أن يحمل القيام من الليل على نفس الصلاة، فإذا أمر بإبطال الصلاة بعد الشروع فيها عند طروء النعاس، فعدم الدخول أولى بذلك؛ لأنه يغفر في الدوام ما لا يغفر في الابتداء.

وفي كتاب النجم الوهاج في شرح المنهاج⁽⁹⁾: لو بقي اثنان من المصلين مع الإمام لم تبطل الجمعة؛ لما ورد في السنة: (أنه لم يبق مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إلا اثنا عشر رجلا)⁽¹⁰⁾، فدل على أن الأربعين لا تشترط في دوام الصلاة؛ فإنه يغفر في الدوام ما لا يغفر في الابتداء.

(1) الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/ 465-466.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 25/3، 374؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 313/1؛ الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: تلميذه عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (ت 982هـ)، 132/2، المكتبة الإسلامية، بدون معلومات نشر؛ المليباري، أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين الهندي (ت 987هـ)، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، ص 182، دار ابن حزم، ط 1، دون سنة نشر؛ الجمل، سليمان بن عمر العجيلي الأزهرى (ت 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، 284/1، دار الفكر، دمشق، د ط، وبدون سنة نشر؛ البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر الشافعي (ت 1221هـ)، حاشية البجيرمي "التجريد لنفع العبيد"، 327/1، مطبعة الحلبي، د ط، 1369هـ، 1950م؛ البكري، أبو بكر عثمان بن محمد الدمياطي الشافعي (ت 1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، 73/2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 1418هـ، 1997م؛ الغمراوي، العلامة محمد الزهري (المتوفى بعد 1337هـ)، السراج الوهاج على متن المنهاج، ص 385-386، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط، دون سنة نشر.

(3) الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 367/7.

(4) البجيرمي، تحفة الحبيب، 294/2، دار الفكر، دمشق، د ط، 1415هـ، 1995م.

(5) الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 401/2، المطبعة اليمنية، د ط، وبدون سنة نشر.

(6) السيوطي، الحاوي للفتاوى، 247/1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2004م.

(7) العراقي، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن (ت 806هـ)، أكمله ابنه: أحمد بن عبد الرحيم ابن الحسين الكردي الرازياني (ت 826هـ)، 90/3، الطبعة المصرية القديمة، وصورتها دور عدة منها: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، ودار الفكر العربي، بدون سنة نشر.

(8) أخرجه مسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب أمر من نعى في صلاته، أو استعجم عليه القرآن، أو الذكر بأن يرقد، أو يقعد حتى يذهب عنه ذلك، ح ر (223)، مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت 261هـ)، صحيح مسلم، 543/1، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.

(9) الدميري، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الشافعي (ت 808هـ)، 464/2، المحقق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1425هـ، 2004م.

(10) أخرجه البخاري، كتاب الجمعة، باب: إذا نفر الناس عن الإمام في صلاة الجمعة، فصلاة الإمام ومن بقي جائزة، ح ر (936)، البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت 256هـ)، الجامع الصحيح، 13/2، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار الفكر، ط 1، 1414هـ، 1994م.

وفي فتح الباري⁽¹⁾ جاءت صيغة قريبة من هذا اللفظ بصورة ضابط فقهي وهي: أنه يغتفر في القضاء من المعاوضة ما لا يغتفر ابتداء؛ لأن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا⁽²⁾، ويجوز في المعاوضة عند الوفاء.

وفي شروط صحة الصلاة على الميت، يشترط أن لا يتقدم المصلي عليه حالة كون الميت حاضرا ولو في قبر، ويشترط أيضا أن لا يزيد ما بينهما في غير المسجد على 300 ذراع⁽³⁾ تقريبا، وأن لا يكون بينهما حائل، ومحل هذين الشرطين في حالة الابتداء، أما في حالة الدوام، فلا يضر؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء⁽⁴⁾.

[4] "استدامة بقية الفعل".

بين الزركشي أن ما كان سببه مباحا، أو مندوبا، بقي على حكم أصله، وإن كان سببه غير مأذون فيه شرعا اعتبر حكمه بنفسه، ولذلك لو تطيب قبل إحرامه ثم استدامه، لا فدية عليه، ولو نسي الإحرام، فتطيب ثم ذكره وجب عليه إزالته؛ لأن التطيب ناسيا ليس بجائز ولا مباح، ولكن يُسقط حكم النسيان ما عليه، وهذا كما يقال في يوم الشك: لو أفطر، ثم قامت بينة برؤية الهلال لم يجز له استدامة الفطر؛ لأن إباحة الفطر إنما كان قبل العلم برؤية الهلال، وإذا أفطر في أول النهار بسفر، ثم قدم جاز له الأكل؛ لأن ابتداء الأكل كان مباحا، ومنه ما لو شرع في وقت المغرب ثم مد حتى غلب الشفق جاز على الصحيح⁽⁵⁾.

[5] "التحريم المتوقع لا يؤثر في الحال عدم الحل، كما أن المتوقع لا يؤثر في منع الحل في الحال"⁽⁶⁾.

مثال: يجوز عقد النكاح بشهادة مستوري الحال، ويتسلط الزوج على الاستمتاع في الحال، مع العلم أنهما لو بانا فاسقين عند العقد، لأبطل النكاح⁽⁷⁾.

(1) ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت 852هـ)، 60/5، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة الشيخ: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

(2) العرايا واحدها عربية، وهي النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا، والإعراء أن يجعل له ثمرة عامها، وفي الاصطلاح: بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض، أو العنب في الشجر بزبيب، فيما دون خمسة أوسق. ابن سلام، غريب الحديث، 231/1؛ الهيثمي، تحفة المحتاج، 471/4.

(3) الذراع الهاشمي: (32) إصبعا أو قيراطا، والإصبع: (1، 925) سم، الذراع المصري العتيق (3): (2، 46) سم، والذراع المقصود فقها هو الهاشمي: (2، 61) سم. ابن الرفعة، أبو العباس نجم الدين الأنصاري (ت 710هـ)، الإيضاح والتبيين في معرفة المكيال والميزان، ص 77، تحقيق: محمد الخاروف، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، د. ط، 1400هـ، 1980م؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 141/1.

(4) الجاوي، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، ص 159.

(5) المنثور في القواعد الفقهية، 160/1.

(6) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 1/ 248؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 138.

(7) الزركشي، المصدر نفسه، 1/ 248-249.

[6] "الفسوخ يغتفر فيها ما لا يغتفر في ابتداء العقود"⁽¹⁾، أو: "يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود، أو في ابتداء العقود"⁽²⁾.

مثال: إن الفسخ لا يحتاج إلى قبول، والفسوخ تقبل التعليقات، دون العقود، لذلك، لم يصح تعليق اختيار من أسلم على أكثر من أربع نسوة؛ لأنه في معنى العقد، ولا فسخه؛ لأنه يتضمن اختيار الباقي، وجاز توكيل الكافر في طلاق المسلمة، لا في نكاحها⁽³⁾.

[7] "يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الدوام".

مثال: لو وجب القصاص على رجل، فورث القصاص ولده، قيل: يجب ثم يسقط، وقيل: لا⁽⁴⁾.

المطلب الرابع: ألفاظها عند الحنابلة.

الحنابلة كالمالكية، فهم في المرتبة التالية بعد الحنفية والشافعية استدلالاً بهذه القاعدة، وقد أوردوا القاعدة بجملة من الألفاظ وفق ما هو آت:

[1] "الاستدامة أقوى من الابتداء"⁽⁵⁾، أو: "الإبقاء والاستدامة أقوى من الابتداء"⁽⁶⁾، وأيضاً: "الدوام أقوى من الابتداء"⁽⁷⁾، "البقاء أيسر من الحدوث"⁽⁸⁾، "الاستدامة أقوى والابتداء أضعف"⁽⁹⁾.

مثال: صرح الحنابلة في مسألة تفريق الصفقة في السلم⁽¹⁰⁾ والصرف⁽¹¹⁾ بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد، وهذا يقتضي تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواماً قبل استقرار العقد، كمال الزكاة إذا بيع

(1) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 52 / 3.

(2) الزركشي، المصدر نفسه، 52 / 3.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 293.

(4) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 1 / 317.

(5) ابن قدامة، المغني، 4 / 279؛ ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي الجماعلي الحنبلي (ت 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، 41/4، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ط، بدون سنة نشر؛ الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده الدمشقي الحنبلي (ت 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 3 / 288، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ، 1994م.

(6) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 313/21.

(7) ابن تيمية، المصدر نفسه، 32 / 148؛ الصارم المسلول على شاتم الرسول، ص 277، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: الحرس الوطني السعودي، المملكة العربية السعودية، د ط، دون سنة نشر؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 7 / 128، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م.

(8) ابن تيمية، شرح عمدة الفقه من كتاب الطهارة والحج، 1 / 83، المحقق: سعود صالح العطيشان، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1413هـ.

(9) ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، 2 / 279، 284، 285-286.

(10) السلم في البيع مثل السلف، وزنا ومعنى، وأسلمت إليه، بمعنى أسلفت أيضاً. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة "سلم"، 1 / 286.

(11) صرفه عن وجهه صرفاً، من باب ضرب، وصرف المال أنفقه، وصرف الذهب بالدرهم، أي باعه، وفي الاصطلاح: هو بيع نقد بنقد، اتحد الجنس، أو اختلف. الفيومي، المصدر نفسه، مادة "صرف"، 1 / 338؛ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس الحنبلي (ت 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، 3 / 266، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.

ثم أعسر البائع بالزكاة، فللساعي الفسخ في قدرها، فإذا فسخ في قدرها، فهل يفسخ الباقي؟ يخرج على روايتي تفريق الصفة، وهذا تصريح بإجراء الخلاف في التفريق في الدوام؛ فإن انفسخ هنا بسبب سابق على العقد، فلا يستقر العقد معه، فهذا في البيع ونحوه، فأما في النكاح، فإن طراً ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع، اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف، وإن طراً ما يقتضي تحريم الجمع بينهما، فإن لم يكن لإحدهما مزية؛ بأن صارتا أمًا وبناتاً بالارتضاع، فروايتان؛ أصحهما: يختص الانفساخ بالأم وحدها إذا لم يدخل بهما؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء، فهو كمن أسلم على أم وبنات، ولم يدخل بهما، فإنه يثبت نكاح البنت دون الأم⁽¹⁾.

وإذا شك في حياة الرجل وموته لتوريثه، فإنه يبني على يقين الحياة، وإذا شك في خلق الجنين وقت موت مورثه بنى على اليقين وهو العدم، وفروع هذا الأصل كثيرة جداً، وهو قاعدة [ممهدة]⁽²⁾ في الشرع، وهي استصحاب الحال المعلومة وإطراح الشك، والسبب في ذلك أن الشيء إذا كان على حال، فانتقاله عنها يفتقر إلى زوالها وحدث الأخرى، وبقاء الثانية، وبقاء الأولى، لا يفتقر إلا إلى مجرد الإبقاء، فيكون البقاء أيسر من الحدث، فيكون أكثر⁽³⁾.

جاء في شرح منتهى الإرادات⁽⁴⁾: لو أسلم قن⁽⁵⁾ في يد الكافر، أو ملكه بنحو إرث، فيجبر على إزالة ملكه عنه لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽⁶⁾، وإنما ثبت الملك إذن؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء.

[2] "الدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء"⁽⁷⁾، أو: "يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء"⁽⁸⁾.

مثال: قضاء الفائتة في وقت النهي، فعلى تقدير تسليم منعه -أي القضاء في أوقات النهي-، فإنما ذلك في القضاء المبتدأ به في وقت النهي فقط، فأما المستدام، فلا يدخل في النهي؛ فإن القواعد تشهد بأنه يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء⁽⁹⁾.

(1) ابن رجب، القواعد، ص424.

(2) كذا وردت، وأظنها: "مهمة"، والله أعلم.

(3) ابن تيمية، شرح عمدة الفقه من كتاب الطهارة والحج، 83/1 بتصرف واختصار.

(4) البهوتي، 23/2، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1993م.

(5) هو العبد إذا ملّك هو وأبواه جميعاً. الرازي، مختار الصحاح، 1 / 261.

(6) سورة النساء، الآية 141.

(7) الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت 772هـ)، شرح مختصر الخرقي، 409/4-410، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م.

(8) ابن رجب، فتح الباري، 160/6، تحقيق: مجموعة من المحققين، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1996م.

(9) ابن رجب، المصدر نفسه، 10/5.

[3] "يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء"⁽¹⁾.

مثال: الوصية لا تصح إلا إلى عاقل، فأما المجنون والطفل، فلا تصح الوصية إليهما، لأنهما ليسا من أهل التصرف في مالهما، فلا يجوز توليتهما على غيرهما، ولا تصح الوصية إلى فاسق، لأنه غير مأمون، وفي رواية عند الحنابلة: تصح ويضم إليه أمين ينحفظ به المال، وهذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية؛ لأنه يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء⁽²⁾.

[4] "الملك القاصر من ابتداء لا يستباح فيه الوطء، بخلاف ما كان القصور طارئاً عليه"⁽³⁾. الأصل أن الأبضاع مبناها على التحريم، ولذلك لا تحل إلا بسبب صحيح، خال من الفساد، أو الشبهة، والملك القاصر يعتبر ملكاً غير تام، تعثر به الشبهة⁽⁴⁾. يلاحظ هنا أن القاعدة بهذا اللفظ، استعملت كضابط في باب النكاح، فالملك غير التام الوارد على العقد ابتداء يؤثر فيه، ويحرم استباحة الفرج به، أما لو كان القصور طارئاً على العقد، فهو بخلافه.

بقيت الإشارة إلى أن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بلفظ: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، هي بمعنى قاعدة: "يُغْتَفَرُ ضَمْنَا مَا لَا يُغْتَفَرُ قَصْداً"⁽⁵⁾، وقد أوردها باللفظ الثاني بعض العلماء في صورة ضابط متعلق ببعض أبواب الفقه⁽⁶⁾، كقول الزركشي: "يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال"⁽⁷⁾، وقول ابن تيمية: "يجوز من الغرر اليسير ضمنا ما لا يجوز من غيره"⁽⁸⁾، وهي من القواعد المندرجة تحت القاعدة الأعم وهي: "التابع تابع"⁽⁹⁾، وذكر القدوري ضابطاً فقهاً في العقود فقال: "ابتداء العقد أضعف والبقاء أقوى، فإذا كان العقد في حال بعد المحل يؤثر، فإذا قارب العقد أولى"⁽¹⁰⁾، وقد عبروا أيضاً عن قاعدة: "يغتفر في الدوام...." بلفظ آخر هو: "يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل"⁽¹¹⁾، أي يتسامح فيما يأتي ثانياً أكثر مما يأتي أولاً، فلا يغتفر في الأوائل،

(1) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 290/2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1414هـ، 1994م.

(2) ابن قدامة، المصدر نفسه، 290/2.

(3) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 177/1.

(4) الزركشي، المصدر نفسه، 177/1؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/1/254.

(5) الزركشي، المصدر نفسه، 378/3.

(6) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 596/2.

(7) المنثور في القواعد، 378/3.

(8) القواعد النورانية الفقهية، ص 172، حققه وخرج أحاديثه: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1422هـ.

(9) ابن عابدين، حاشية نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، ص 133، تحقيق: محمد الحافظ، دار الفكر، د ط، 1999م.

(10) التجريد، 2661/5.

(11) الإسنوي، الكوكب الدري فيما يتخرج على الأصول النحوية من الفروع الفقهية، ص 393، المحقق: محمد حسن عواد، دار عمار، عمان، الأردن، ط 1، 1405هـ؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 120؛ البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 340، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، 1416هـ، 1996م.

وتعليل ذلك: لأنها مقصودة أصلاً، أما الثواني، فمقصودة تبعاً، ولذلك قالوا: "أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها"⁽¹⁾.

بعد عرض الألفاظ السابقة، وتتبعها في المذاهب الفقهية يلاحظ ما يأتي:

1. وجدت أن الشافعية ثم الحنفية هم أكثر المذاهب الفقهية الأربعة استدلالاً بهذه القاعدة في الفروع الفقهية، ويأتي المالكية والحنابلة في المرتبة التالية.
2. لم يرد في ألفاظ القاعدة عند المالكية لفظة: "البقاء".
3. انفرد المالكية باستعمال لفظة: "التمادي" في ألفاظ القاعدة.
4. جاءت بعض ألفاظ القاعدة بصيغة الاستفهام عند المالكية ثم الشافعية فقط.
5. لفظة: "الاستدامة" لم ترد عند الحنفية والمالكية، بخلاف الشافعية والحنابلة.
6. وردت القاعدة بصيغة الطارئ والمقارن في المذاهب الأربعة جميعاً.
7. وأخيراً، فإن لفظ القاعدة وهو: "البقاء أسهل من الابتداء" عنوان هذه الرسالة انفرد به الحنفية، وهو من أكثر الألفاظ استعمالاً عندهم.

(1) الزركشي، المنثور في القواعد، 207/1؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص120.

المبحث الثالث: علاقة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بالقواعد ذات الصلة.

لقد قسم العلماء القواعد الفقهية إلى تقسيمات عديدة باعتباريات مختلفة، وكل قسم من هذه الأقسام ينضوي تحته مجموعة من القواعد الفقهية، ومن ضمن هذه القواعد قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وسأبين موقعها بين تلك الأقسام من خلال المطلب الآتي.

المطلب الأول: موضع القاعدة بين أقسام القواعد الفقهية.

قبل بيان موقع هذه القاعدة من القواعد الفقهية، ينبغي ذكر أقسام القواعد الفقهية، حيث تقسم القواعد الفقهية من ثلاث حيثيات هي:

الحيثية الأولى⁽¹⁾: من حيث مصدرها؛ فإنها مأخوذة من أحد مصدرين:

الأول: النص الشرعي، وهي التي جاء فيها نص شرعي من الكتاب أو السنة.

الثاني: الاستنباط الاجتهادي، وهي التي استخلصها العلماء من استقراء الأحكام الجزئية، وتتبعها في مظانها المتنوعة، مع العلم أن أكثر القواعد اجتهادية، وسواء أكانت القواعد الفقهية منصوفا عليها، أو مستنبطة، فهي إما قطعية، وإما ظنية من حيث الثبوت.

فمن أمثلة المصدر الأول قاعدة: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، فقد دلت عليها نصوص قرآنية كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽²⁾، وقاعدة: "الضرر يزال"⁽³⁾؛ حيث إن مصدرها الحديث الشريف: (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁴⁾.

ومن أمثلة المصدر الثاني قاعدة: "من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"⁽⁵⁾، وذلك كقتل وارث مورثه قتلا يوجب قصاصا، فإنه يحرم من الميراث؛ لأنه أساء في قصده، فرد الشارع قصده معاقبة له على سوء فعله، ومنها أيضا: الأصل عند أبي حنيفة أن ما غير الفرض في أوله غيره في آخره، ومن أمثلته نية الإقامة للمسافر، واقتداء المسافر بالمقيم⁽⁶⁾.

ومن هنا يعلم أن القاعدة الفقهية تكتسب حجيتها بمصدرها؛ إما نصا، وإما استنباطا.

(1) الحصني، القواعد، ص30-32؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص72-75؛ قرقور، خالد محمود، القواعد الفقهية في وسائل الإثبات، ص49-50، مركز الدراسات الإسلامية والمخطوطات، أكاديمية القاسمي، د. ط، 1426هـ؛ القحطاني، أبو محمد صالح بن محمد بن حسن الأسمر، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، ص21، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1420 هـ، 2000م؛ الريسوني، أحمد، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، ص99، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط 1، 1418هـ، 1997م.

(2) سورة الحج، الآية 78.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص72.

(4) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح ر (2341)، ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت 273هـ)، سنن ابن ماجه، 784/2، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، د. ط، بدون سنة نشر. وقال الألباني عن الحديث: صحيح لغيره.

(5) الزركشي، المنتور في القواعد، 205/3.

(6) الدبوسي، تأسيس النظر، ص13.

الحيثية الثانية⁽¹⁾: من حيث اتفاق العلماء عليها وعدمه، إذ من القواعد ما اتفقت المذاهب الفقهية عليها، وتسمى بالقواعد الكلية، ومنها ما حصل الاختلاف فيها، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً: القواعد الكلية المتفق عليها: وهي القواعد الفقهية الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، ويدخل تحت بعضها قواعد فقهية أخرى، تُذكر بعدها، ليكون الموضوع متكاملًا في مكان واحد، وهذه القواعد الكلية بعضها متفق عليه بين المذاهب، وبعضها - مختلف فيه.

وعرفوا القواعد الكلية بأنها: "القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى، وإن خرج منها بعض الأفراد"⁽²⁾. ومما تجدر ملاحظته، أنه رغم اتفاق الفقهاء على أصل القاعدة هنا، إلا أنهم غالباً ما يختلفون في مدى تطبيقها، أو بعبارة أخرى، مدى انطباقها على بعض الفروع دون بعض، مما يرد في الاستثناءات غالباً⁽³⁾.

من أمثلة القواعد الكلية المتفق عليها قاعدة: "اليقين لا يرفع بالشك"⁽⁴⁾، وقد أوصلها بعضهم إلى خمس وأربعين قاعدة، وأوصلها آخرون إلى ست وستين قاعدة؛ إلا أن القواعد الكلية الكبرى قصرها الأكثر على خمس قواعد، وهي: "الأمور بمقاصدها"⁽⁵⁾، "المشقة تجلب التيسير"⁽⁶⁾، "العادة محكمة"⁽⁷⁾، "لا ضرر ولا ضرار"، "اليقين لا يزال بالشك".

ثانياً: القواعد المختلف فيها⁽⁸⁾: والمقصود بها، أن أصل القاعدة لا يعترف به بعض الفقهاء، بينما يقر به فقهاء آخرون، ويحتجون به في موطن الخلاف، ولذلك، فالخلاف في هذا النوع ليس في مدى انطباق القاعدة على بعض الجزئيات، وإنما الخلاف في القاعدة ذاتها، ومن هنا، كان هذا النوع من القواعد من الأسباب التي دعت الفقهاء إلى الخلاف في كثير من الفروع الفقهية، ومثال القواعد المختلف فيها قاعدة: "المستقذر شرعاً كالمستقذر حساً"⁽⁹⁾، كبسط الذرايع انبساط الكلب؛ فإنه مستقبح حساً عند الناس، وكذلك هو مستقبح لدى الشرع لما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم-: (لا يبسط أحدكم ذراعيه انبساط الكلب)⁽¹⁰⁾.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص7؛ الحصني، القواعد، ص30-32؛ الأهدل، أبو بكر بن أبي القاسم اليميني الشافعي (ت 1035هـ)، شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، ص21، تأليف: محمد صالح، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1430هـ؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص72-75؛ قرقر، القواعد الفقهية في وسائل الإثبات، ص49-50؛ القحطاني، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، ص21-22.

(2) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 51/1.

(3) الباحثين، القواعد الفقهية، ص125.

(4) الزركشي، المنتور في القواعد، 286/2.

(5) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 12/1.

(6) ابن السبكي، المصدر نفسه، 49/1.

(7) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 44/1.

(8) السيوطي، المصدر السابق، ص162؛ الحصني، المصدر السابق، ص30-32؛ شبير، المصدر السابق، ص74؛ الباحثين، المصدر السابق، ص125؛ قرقر، المصدر السابق، ص49؛ القحطاني، المصدر السابق، ص22.

(9) المقرئ، قواعد الفقه، ص229.

(10) رواه البخاري، كتاب الأذان، باب لا يفتش ذراعيه في السجود، ح 822، البخاري، الجامع الصحيح، 164/1.

وقد تكون القاعدة مختلفا فيها داخل المذهب الواحد، والغالب في هذا النوع أن يرد بصيغة الاستفهام، ومن أمثلتها ما ذكروا في الإقالة⁽¹⁾، هل هي فسخ أو بيع؟ فيها قولان عند الشافعية⁽²⁾.

الحيثية الثالثة: أقسام القواعد الفقهية من حيث الأصالة أو الاستقلالية والتبعية⁽³⁾:

إن بعض القواعد الفقهية أعم من بعض، وإن قسماً منها يدخل تحت قاعدة أخرى، ولذلك تقسم القواعد إلى قسمين:

الأول: قواعد أصلية، وهي الأمهات؛ حيث لم تستمد من قواعد أخرى، ولم تكن متفرعة عن غيرها.
الثاني: قواعد فرعية أو تبعية، وهي منضوية تحت القواعد الأصلية، وهي التي اشتقها الفقهاء من القواعد الأصلية، ويمكن أن تعتبر شارحة للأصلية، وتطبيقاً لها في بعض الجوانب، أو من مقتضياتها.

وتكون تبعية هذه القواعد لغيرها من وجهين⁽⁴⁾:

الأول: أن تكون متفرعة عن قاعدة أكبر منها، مثل: "الأصل بقاء ما كان على ما كان" ⁽⁵⁾، أو "الأصل براءة الذمة" ⁽⁶⁾، فهي متفرعة عن قاعدة: "اليقين لا يزال بالشك".

الثاني: أن تكون قيда لقاعدة أخرى، مثل: "الضرر لا يزال بالضرر" ⁽⁷⁾، فإنها قيد للقاعدة المشهورة: "الضرر يزال".

ومن أمثلة هذا النوع قاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني" ⁽⁸⁾، فهي متفرعة عن القاعدة الأم: "الأمور بمقاصدها"، وهي من مقتضياتها في جانب العقود في الفقه الإسلامي.

أقسام القواعد الأصلية.

القواعد الأصلية ثلاثة أقسام هي⁽⁹⁾:

الأول: قواعد أساسية بالنسبة إلى غيرها لعمومها وشمولها، وأهميتها؛ ومنها القواعد الخمس الآتية، حيث تنتظم تقريباً جميع أو معظم المجالات الفقهية، أو الأبواب الفقهية المتعددة، وحاول بعض الفقهاء إرجاع جميع الفروع إليها، وتبناها جميع الفقهاء في مختلف المذاهب وهي:

(1) الإقالة في اللغة: من الفعل "قيل"، وهي الرفع من سقوط، ومنه الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد، وقاله قتيلا، واستقاله البيع، فأقاله. وفي الاصطلاح: هي ما يقتضي رفع العقد المالي بوجه مخصوص. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة "قيل"، 2/ 521؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 74/2.

(2) الحصني، القواعد، ص 31؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 172.

(3) الحصني، المصدر نفسه، ص 31؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 61/1؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 73؛ الباحسين، القواعد الفقهية، ص 127-129؛ قرقور، القواعد الفقهية في وسائل الإثبات، ص 46.

(4) الحصني، المصدر السابق، ص 31-32.

(5) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 13/1.

(6) ابن السبكي، المصدر نفسه، 218/1.

(7) الزركشي، المنثور في القواعد، 321/2.

(8) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 21/1.

(9) الزحيلي، المصدر السابق، 1 / 61.

1 - الأمور بمقاصدها.

2 - اليقين لا يزول بالشك.

3 - المشقة تجلب التيسير.

4 - الضرر يزال.

5 - العادة محكمة.

الثاني: قواعد أصلية كلية تأتي في الدرجة الثانية بعد الخمس الأولى، فهي أقل شمولاً واتساعاً من الخمس الأساسية، ولكنها تنطبق على فروع كثيرة مبثوثة في أبواب متنوعة، أو يخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية⁽¹⁾، ولا تختص بباب معين، مثل قاعدة: "التابع تابع"⁽²⁾، ومثلها أيضاً: "الإيثار في القرب مكروه"⁽³⁾، ومن ناحية أخرى، فهذا النوع ليس على درجة واحدة من الشمول.

الثالث: قواعد خاصة⁽⁴⁾، وهي قواعد تقتصر تطبيقاتها على باب واحد أو بابين، أو موضوع فقهي معين، وأطلق عليها بعضهم مسمى الضابط الفقهي، من أمثلتها ما ورد في الأشباه والنظائر عند الشافعية⁽⁵⁾: "ليس لنا موضع لا تسن فيه صلاة العيد إلا الحاج بمنى"، مع ملاحظة أن هذا النوع من القواعد له درجات مختلفة من حيث الخصوص؛ لأن الأبواب الفقهية وموضوعاتها مختلفة، من حيث العموم والخصوص، وكثرة التفريعات، التي استنبط منها الفقهاء ضوابط خاصة بها، ولما قد يشابهها من الحوادث التي تقع. ومن خلال التصنيف السابق للقواعد الفقهية، أستطيع بيان موقع قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بين أنواع القواعد الفقهية وفق الآتي:

أولاً: من حيث مصدرها:

إن هذه قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" مستوحاة من استقراء النصوص الفقهية، وقد نشأت عن تعليل الفقهاء، ومن ذلك تعليلهم صحة الرجعة للمحرم مثلاً، وهي من القواعد التي تبرز التيسير في الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾، ولذلك، فهي من القواعد الفقهية الاجتهادية المستنبطة⁽⁷⁾.

ثانياً: من حيث اتفاق العلماء عليها وعدمه:

إن هذه القاعدة معمول بها في المذاهب الفقهية من حيث الجملة بناء على الرأي الراجح باعتبار البقاء، والخلاف جارٍ فيما يندرج تحتها من الفروع الفقهية، وما لا يندرج⁽⁸⁾، وكما يبدو من صياغتها،

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 101.

(2) السيوطي، المصدر نفسه، ص 117.

(3) المصدر نفسه، ص 116.

(4) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 200/1؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1 / 363.

(5) السيوطي، ص 442.

(6) الندوي، القواعد الفقهية، ص 396؛ العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 614/2؛ مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 505/8.

(7) التسولي، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص 442.

(8) العبد اللطيف، المصدر السابق، 66/2.

فإنها تعتبر من قواعد الخلاف العام بين فقهاء المذاهب؛ بل حدث الخلاف فيها داخل المذهب الواحد، كما تعبر عن ذلك بعض صيغها الأخرى⁽¹⁾، فعند الحنفية⁽²⁾: اختلف محمد بن الحسن وأبو يوسف، فالأصل عند محمد بن الحسن أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف لا يعطى له حكم الابتداء...، ومن ثم وقع الخلاف بينهما في كثير من المسائل.

أما المالكية فقد اختلفوا كذلك في استدامة المكلف على الشيء، هل لها حكم ابتداء أم لا؟ لذلك وضعوا القاعدة بصيغة الاستفهام⁽³⁾، ومن ذلك قولهم: وهل دوام كابتداء كمن حلف، أو حج أو حدث؟ وقال الشارح: أي الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا⁽⁴⁾؟ وفيها قولان عندهم⁽⁵⁾.

أما الشافعية، فاختلافهم في القاعدة جاء تبعا لاختلافهم فيما عدوه أصلا لها، وهي قاعدة "المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟ وتم ذكر الخلاف فيها⁽⁶⁾، وكذلك اختلف الحنابلة في القاعدة، كما يظهر من بعض الفروع⁽⁷⁾.

وجاء في كتاب قواعد الفقه: إنه قد حصل خلاف في افتقار حال بقاء الحادث إلى السبب، كحال حدوثه، فإن قيل بافتقاره، فوجوده ملزوم لوجود سببه أبدا، فدوامه كابتدائه حينئذ، وإلا، فهو الآن مستغن، وقد كان مفتقرا، فلا يكون الآن على ما كان، وهذا أصل هذه القاعدة، وهي أصل تبني عليه أحكام في الشريعة الإسلامية، في الطهارة والأيمان وغيرها، واختلف فيها قول المالكية⁽⁸⁾.

وذكر السيوطي⁽⁹⁾ لفظا من ألفاظ القاعدة بصيغة الاستفهام وهو: "المانع الطارئ هل هو كالمقارن"، ثم ذكر جملة من المسائل الخلافية، وبين أن الترجيح مختلف في الفروع الفقهية بين مسألة وأخرى.

ثالثا: من حيث الأصالة أو الاستقلالية والتبعية:

بينت سابقا أن بعض القواعد الفقهية أعم من بعض، وإن قسماً منها يدخل تحت قاعدة أخرى، لذلك تقسم القواعد إلى قسمين:

الأول: قواعد أصلية، لم تستمد أو تنفرع من قواعد أخرى.

الثاني: قواعد فرعية أو تبعية، وهي منضوية تحت القواعد الأصلية، وهي التي اشتقها الفقهاء من القواعد الأصلية.

(1) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 66/2؛ مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 494/8.

(2) الدبوسي، تأسيس النظر، ص 76.

(3) المقري، قواعد الفقه، ص 105؛ الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 163-164.

(4) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 215/1-216.

(5) المنجور، المصدر نفسه، 215/1-216؛ العبد اللطيف، المصدر السابق، 66/2؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 425/1.

(6) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 185.

(7) ابن قدامة، المغني، 278/4-279؛ مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 494/8.

(8) المقري، ص 106.

(9) الأشباه والنظائر، ص 185.

وهذه القاعدة بلفظ: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، جعلها ابن السبكي⁽¹⁾ من فروع قاعدة الدفع أسهل من الرفع.

والقواعد الأصلية ثلاثة أقسام هي:

الأول: قواعد أساسية لعمومها وشمولها، وأهميتها.

الثاني: قواعد أصلية كلية تأتي في الدرجة الثانية؛ لأنها أقل شمولاً واتساعاً من الخمس الأساسية، ولكنها تنطبق على فروع كثيرة، ويتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية.

ولذلك قرر ابن السبكي⁽²⁾ أن الدوام له من القوة ما ليس للابتداء، وبين أن هذه القاعدة في الفقه عظيمة، حيث كثرت مسائلها.

وجاء في شرح عمدة الفقه من كتاب الطهارة والحج⁽³⁾ أن فروع هذا الأصل -يعني استصحاب حال البقاء- كثيرة جداً.

ووجه الكاساني رواية عن أبي يوسف بأن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء؛ ومن هنا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام الشرعية⁽⁴⁾.

وذكر ابن القيم أنه لا تؤخذ أحكام الدوام من أحكام الابتداء، ولا أحكام الابتداء من أحكام الدوام في عامة مسائل الشريعة...، إلى أن قال: "وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام، التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام"⁽⁵⁾.

وجاء في كتاب القواعد⁽⁶⁾: "المنع أسهل من الرفع، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً".

إن هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي كثر ورودها على ألسنة الفقهاء في مقام التعليل للأحكام الفقهية المختلفة، وإنها من حيث العموم والشمول تدخل في غالب فروع الفقه الإسلامي⁽⁷⁾.

وقد اعتُبرت هذه القاعدة في كتاب المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية⁽⁸⁾ من القواعد الكلية غير الكبرى، أي التي يندرج تحتها الكثير من المسائل، ولكنها أقل شمولاً من القواعد الكبرى.

الثالث: القواعد الخاصة: وهي قواعد تقتصر تطبيقاتها على باب أو بابين، أو موضوع فقهي معين.

(1) الأشباه والنظائر، 127/1.

(2) الإبهاج في شرح المنهاج، 3 / 153.

(3) ابن تيمية، 83/1.

(4) بدائع الصنائع، 138/6.

(5) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 246/2.

(6) ابن رجب، ص 300.

(7) الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، 391/1.

(8) الحريري، إبراهيم محمد محمود، ص 139، دار عمار، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1419هـ.

وقد اعتبرت قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع" في كتاب القواعد⁽¹⁾ من الصنف الثالث، وهو القواعد التي تشتمل مسائل قليلة، ولكن ورد في كتاب إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية⁽²⁾ ما يشير إلى اعتبارها باللفظ المشار إليه أعلاه- من القواعد الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية⁽³⁾.

في الحقيقة، إنه لا يستقيم بعد الاطلاع على الكثرة الكثيرة من الفروع الفقهية المبنية على هذه القاعدة بألفاظها المختلفة- اعتبارها من صنف القواعد المشتملة على مسائل قليلة، بل هي من القواعد الغزيرة في ألفاظها وتطبيقاتها، فتكون من النوع الثاني من القواعد التي تأتي في الدرجة الثانية بعد القواعد الكلية الأساسية.

(1) الحصري، ص30.

(2) أسس هذه المدرسة الشيخ محمد رحمت الله الذي جاء إلى مكة المكرمة عام 1274 هـ من الهند، وأذن له بالتدريس في الحرم المكي، ولم تكن هناك مدرسة منهجية في مكة، فأسس أول مدرسة على نفقته الخاصة في المسجد الحرام، ثم قام أحد أمراء الهنود المهاجرين والمقيمين في مكة المكرمة وتبرع ببعض الأماكن من داره، وانتقلت مدرسة الشيخ رحمت الله إلى هذه الدار مشكلة نواة مدرسة مستقلة على نهج جديد، والتحق عدد كبير من الطلبة حتى ضاقت أماكن الدار بالطلاب، فعاد الشيخ ونقل نصف طلابه إلى المسجد الحرام، وترامت أخبار هذه المدرسة الجديدة، وعلمت بالأمر امرأة ثرية من الهند تسمى صولت النساء، وأرادت إقامة رباط، فاستشارت الشيخ رحمت الله في ذلك فعرض عليها بأن مكة مليئة بالأربطة، ولكن ليس بها مدرسة يتعلم فيها أبناء المسلمين، فحبذت الفكرة، وتبرعت بقسط وافر من مالها الخاص وشيدت المدرسة في حي الخندريسة بحارة الباب جوار المسجد الحرام في عام 1290 هـ، وتخليداً لذكرى هذه المرأة واعترافاً لجميلها أطلق المؤسس اسم الصولتية على هذه المدرسة. نقلا عن موقع الموسوعة الحرة: المدرسة الصولتية https://ar.wikipedia.org/wiki/المدرسة_الصولتية

(3) الحجري، عبد الله بن سعيد، ص61، مطبعة المدني، العباسية، مصر، د. ط، 1388 هـ.

المطلب الثاني: علاقتها بالقواعد ذات الصلة.

وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: علاقتها بقاعدة الدفع أولى من الرفع.

أما دفع الشيء، فيعني: إزالة الشيء، أي تنحيته⁽¹⁾، وهو: منع تأثيره بما يصلح له لولا ذلك الدافع⁽²⁾، وفي الدفع احتياط للأمر، والإعداد له قبل وقوعه، فهو من باب الوقاية خير من العلاج⁽³⁾. وأما الرفع، فهو ضد الخفض، وتقريب الشيء من الشيء⁽⁴⁾، فهو إزالة الشيء، أو الضرر الموجود بعد وجوده ووقوعه لمانع⁽⁵⁾.

فالفرق بين الدفع والرفع، أن الدفع يكون قبل الثبوت، والرفع بعده⁽⁶⁾.

مفهوم قاعدة: "المنع أولى من الرفع"، أو: "المنع أو الدفع أسهل من الرفع"، وأخيراً: "الدفع أقوى من الرفع" أي أن بعض التصرفات يمكن منعها من أول الأمر لسبب من الأسباب، ولكن قد يتلبس بعض المكلفين ببعض هذه التصرفات، ثم يراد إخراجهم عن هذه التصرفات ولا يخلو ذلك من مشقة، لذلك كان المنع الأولي منها، أسهل من الرفع لها بعد التلبس بها⁽⁷⁾، فيكون تقدير هذه القاعدة بناء على ذلك: أن المنع -ابتداء- أولى من الرفع -دواما-، ومع هذه الأولوية، إلا أن الدوام معتبر، ويتسامح فيه بقاء واستمرارا، وبعبارة أخرى، إن الأخذ بأسباب الوقاية قبل نزول البلاء والمحنة أيسر وأولى من ترك البلاء حتى ينزل ويتمكن، ثم يسعى لرفعه؛ لأن رفعه حينئذ سيكون أصعب⁽⁸⁾، فكان الشروع في العمل مقويا له، ويجعل نقضه أصعب⁽⁹⁾، وبعبارة أخرى، إن دفع الشيء ومنعه ابتداء قبل ثبوته أسهل وأيسر من رفعه بعد أن يقع ويستقر، بسبب صعوبة الرفع بعد الثبوت، وهو يدل على أنه إذا جاز الرفع، فالمنع ابتداء أولى⁽¹⁰⁾. ومما ينبغي التنبيه إليه أن استعمال لفظة "أسهل"، أو "أولى" المراد به بالنسبة للمكلف، أما التعبير بلفظة "أقوى"، فالمراد به حقيقة الدفع مقارنة بالرفع، لا بالنظر للمكلفين⁽¹¹⁾.

(1) الأزدي، جمهرة اللغة، مادة "عدف"، 660/2.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 716/2.

(3) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 339/4.

(4) الأزدي، المصدر السابق، مادة "رفع"، 765/2.

(5) البورنو، المصدر السابق، 716/2؛ الزحيلي، المصدر السابق، 716/2.

(6) البورنو، المصدر السابق، 339/4.

(7) الحريري، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، ص 141.

(8) البورنو، المصدر السابق، 339/4.

(9) الزحيلي، المصدر السابق، 861/2.

(10) الصواظ، محمد بن عبد الله، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، 393/1، دار البيان الحديثة، ط 1، 1422 هـ.

(11) البورنو، المصدر السابق، 339/4.

إن العمل الذي يمنع الحكم أسهل من رفعه بعد وقوعه، وكأن الشروع في الفعل يقويه ويجعل نقضه صعباً⁽¹⁾، وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد ذات الصلة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، ولقد عبر بها غير واحد من العلماء عند حديثهم عن التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"⁽²⁾.

وحين تحدث ابن القيم⁽³⁾ عن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، علل لها⁽⁴⁾ بأن الدافع أسهل من الرفع؛ حيث قال بعد ذكره طائفة من الفروع الفقهية التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام ما نصه: "وأضعافُ أضعافُ ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها؛ وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه، وأيضاً، فهو مستصحب بالأصل، والدافع أسهل من الرفع". وفي موضع آخر من إعلام الموقعين عن رب العالمين⁽⁵⁾ ذكر أن وجود الشرط في مسألة المشيئة إنما يعلم بمباشرة العبد سببه؛ فإذا باشره علم أن الله قد شاءه، ومن هنا ذكروا أن الكفارة أقوى من الاستثناء؛ لأنها ترفع حكم اليمين، والاستثناء يمنع عقدها، والرفع أقوى من المانع، وأيضاً فإنها تؤثر متصلة ومنفصلة، والاستثناء لا يؤثر مع الانفصال، ثم الكفارة مع قوتها لا تؤثر في الطلاق والعتاق؛ فإن لا يؤثر فيه الاستثناء أولى وأحرى.

وهذه القاعدة بلفظ: "يعتقر في الدوام ما لا يعتقر في الابتداء"، جعلها ابن السبكي⁽⁶⁾ من فروع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"، حيث بين أن المسائل التي يعتقر فيها في الدوام ما لا يعتقر في الابتداء تدفع ابتداءً، ولا ترفع دواماً؛ لصعوبة الرفع حينئذ⁽⁷⁾، فقد جعل صعوبة الرفع مسوغاً لبقاء واستمرار الأمر على ما هو عليه. كما قرن الشيخ الزرقا⁽⁸⁾ بين القاعدتين عند حديثه عن ذلك⁽⁹⁾، فقال: "القاعدة

(1) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 2 / 861.

(2) المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتي الفقه: 9070 <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/>

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 246/2.

(4) المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(5) ابن القيم، 49/4.

(6) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، قاضي القضاة، ولد في القاهرة، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها، والسبكي نسبة إلى سبك من أعمال المنوفية بمصر - وكان طلق اللسان، قوي الحجة، أخذ العلم عن والده، وأجاز له ابن الشحنة، ويونس الدبوسي، وأخذ عن المزي والذهبي، من تصانيفه: جمع الجوامع في أصول الفقه، طبقات الشافعية الكبرى، ترشيح التوشيح وترجيح التصحيح في فقه الشافعية، وشرح مختصر ابن الحاجب، وشرح منهاج البيضاوي في الكتاب المسمى الإبهاج بالاشتراك مع والده، توفي عام 771هـ. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، 3 / 78؛ ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، 233/3، 235.

(7) الأشباه والنظائر، ص 106.

(8) ولد الشيخ مصطفى في أسرة علمية، فوالده الشيخ أحمد الزرقا (المتوفى سنة 1457هـ، 1938) من كبار علماء المذهب الحنفي، وهو صاحب كتاب: "شرح القواعد الفقهية"، وكذا كان جده العلامة محمد الزرقا (المتوفى سنة 1342هـ) من علماء حلب المعدودين، لقد نشأ الشيخ في مدينة حلب في بيئة علمية خصبة، فقد كان جده على قيد الحياة، وكذا والده الشيخ أحمد، الذي رأى فيه ملامح النبوغ والنجابة، فرعاه رعاية خاصة، وهياه لما استشفه من مستقبله، فحفظ القرآن صغيراً، وتلقى العلوم الأولية على أبيه الشيخ أحمد، وعلى مشايخ المدرسة الخسروية الشرعية، التي كان والده يدرس فيها، له الكثير من المؤلفات القيمة منها: المدخل الفقهي العام، تحقيق كتاب: "المذكر والمؤنت" للفراء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، العقود المسماة في الفقه الإسلامي "عقد البيع"، وغيرها الكثير، كانت وفاته -رحمه الله- عام 1420هـ. نقلاً عن موقع: الملتي الفقه

<http://feqhweb.com/vb/t1003.html>

(9) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

الرابعة عشرة: "البقاء أسهل من الابتداء"، كما أن "الدفع أسهل من الرفع"، وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها، بل واعتبر قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء" متفرعة عن قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"⁽¹⁾. قد يقال: إن هذا اللفظ: "الدفع أقوى من الرفع" يتعارض مع قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، باعتبار أن الدفع "ابتداء"، والرفع "دوامٌ أو انتهاء"، ومنع الشيء قبل وقوعه أيسر، فيجانب عن ذلك: بأنه لا تعارض بينهما؛ لأنه قد ثبت أن هذه القاعدة هي بمثابة رخصة، لذلك، فالمنهج الوقائي يقضي بمنع إيقاع البلاء ابتداءً؛ لأنه -أي الدفع أو المنع- أقوى، أي يسهل منعه، أما لو كان واقعا فعلا، ورغم صعوبة رفعه، فيتسامح فيه، فوجه كونه أضعف -أي الرفع- لصعوبة إزالته بعد الوقوع. لكن من ناحية أخرى، فإن الزركشي والسيوطي من الشافعية قد أفردا كل واحدة من القاعدتين عن الأخرى، وتناولوا كلاهما بمعزل عن صاحبتها، وهذا مشعر بأنهما قاعدتان، لا قاعدة واحدة، فقد تناول الزركشي⁽²⁾ هذه القاعدة عند حديثه عن القواعد المندرجة تحت حرف الدال، فقال: "الدفع أقوى من الرفع"، وتناول الأخرى في آخر كتابه، عند حديثه عن القواعد المندرجة تحت حرف الياء فقال: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء".

وكذلك فعل السيوطي⁽³⁾ أيضاً، فتناول القاعدة باللفظ الأول في القاعدة الثالثة عشرة، وعبر عنها بقوله: "الدفع أقوى من الرفع"، كما تناولها باللفظ الثاني في القاعدة العشرين وهي: "المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟" ثم قال في خاتمة حديثه عن القاعدة: "يعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء".

ولعل المقصود بأحد شقي القاعدة المسائل التي يكون المانع الطارئ فيها ليس كالمقارن، بل يختلف حكمه، وهو المقصود بقول بعضهم: يمنع ابتداء ولا يمنع انتهاء، أو البقاء أسهل من الابتداء⁽⁴⁾. يلاحظ من خلال ما ذكره الزركشي والسيوطي أنهما عبّرا بلفظ "الدفع أقوى من الرفع"، وهذا خلاف ما عبر به من قبلهما من الشافعية وغيرهم الذين آثروا التعبير بلفظ: "أسهل" أو "أولى" بدلاً من أقوى، ولذلك يرى بعض الباحثين أن هذه المغايرة في الصياغة لا أثر لها على المعنى والمدلول، فلا فرق بين التعبير بلفظ: "أسهل" أو "أقوى"، وذلك لأن المآل واحد، حيث إن الشيء بعد بقاءه واستدامته يكون قوياً بحيث لا يسهل انتزاعه ورفع، ومن هنا يكون استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون، فإن قوة البقاء والدوام تقتضي التيسير والتخفيف في بعض الأحكام⁽⁵⁾.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1022/2؛ المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) المنشور في القواعد الفقهية، 255/2، 374/3.

(3) الأشباه والنظائر، ص138، ص185-186.

(4) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي، المصدر السابق.

(5) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 495/1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1419هـ؛ المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي، المصدر السابق.

إلا أنه يمكن أن يناقش ذلك بأن هذا التوجيه لا يظهر فيه معنى التعبير بلفظ: "أقوى"، وإنما يظهر فيه معنى التعبير بلفظ: "أولى" أو "أسهل"، وما ذكر في القاعدة معناه: أن الدفع أقوى من الرفع، فكيف يكون ذلك إذا كان البقاء هو الأقوى؟ الذي يظهر أن سر التعبير بلفظ أقوى، هو أن من عبر بذلك نظر إلى موقف الدافع في هذه الصور، فإنه أقوى من موقف الرافع الذي يريد التغيير، ومن هنا عبر بعضهم: بأن الدفع أقوى من الرفع، يفسر ذلك أن ابن القيم مثلاً قد أضاف ذلك إلى الدافع نفسه⁽¹⁾ فقال: "الدافع أسهل من الرافع"⁽²⁾.

يمكنني القول: إن المقصود بقوة الدفع هي قوة المنع، والنهي عن الإيقاع ابتداء بالنسبة للمكلف، وبالأخص قبل الإقدام على الفعل، أو قبل إبرام العقد، فإن كان فيه خلل وفساد، فيمنع مباشرة بقوة النهي الشرعي عن ابتداء الفعل، أما إن تلبس المكلف بالفعل، أو أجرى العقد، ثم طرأ عليه ما يُخل به، فيستبقى حكمه نظراً لضعف الإقلاع عنه، وعسر ومشقة نقضه.

وأقول أيضاً: إن القاعدتين متفقتان في المضمون رغم اختلاف الألفاظ، فهما متواردتان على محل واحد، بل إنهما يعبران كذلك عن مقصد واحد، فمنع الشيء ابتداء أسهل من رفعه وإزالته بعد وقوعه، فإن وقع، فإن استدامة الوقوع أسهل من الرفع والابتداء من جديد⁽³⁾، أو يمنع الابتداء إذا كان غير جائز، لكن إن كان أمراً واقعاً، فيجعل كأنه رخصة، فيستبقى هذا الوقوع، لذلك اعتبرت لفظ: "الدفع أقوى من الرفع" من ضمن ألفاظ قاعدة "البقاء أسهل من الابتداء" - والله أعلم -.

ولذلك، فإن ابن السبكي حينما ذكر قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"، بين أن من فروعها المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، فإنها تدفع ابتداء، ولا ترفع على الدوام⁽⁴⁾، وهذا نص صريح منه في أن مدلولهما واحد.

ثم إنه بعد ذلك قال: "ومن مسائل الدفع والرفع - غير مسائل المغتفر في الدوام - أنا لا نعقد الإمامة إلا بالشروط المعتبرة، ولو فسق الإمام لم نعرله"⁽⁵⁾، لصعوبة الرفع⁽⁶⁾، ولكن هذا المثال الذي ذكره يمكن إرجاعه إلى ما يغتفر في البقاء دون الابتداء، حيث إن الفسق يمنع انعقاد الإمامة ابتداء، لكن لو فسق أثناءها لم يعزل، فإذا ثبت أن هذا المثال الذي يظن خروجه عن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" هو عند التحقيق داخل فيها، فيكون معنى ومدلول القاعدتين واحداً، وفروعهما واحدة⁽⁷⁾.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) إعلام الموقعين، 246/2.

(3) الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ص394.

(4) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 127/1؛ الصواط، المصدر نفسه، ص394.

(5) نقل ابن السبكي من "الأرجوزة الصلاحية" للشيخ الحموي قوله: "في أن الإمام لا يعزل بالفسق، ثم اللبيب لا يهد مصراً مستوطناً لبيني قصر". ابن السبكي، المصدر نفسه، 127/1.

(6) ابن السبكي، المصدر نفسه، 127/1.

(7) الصواط، المصدر السابق، ص395.

يضاف إلى ذلك أيضاً، أن الزركشي⁽¹⁾ وابن رجب⁽²⁾ الحنبلي⁽³⁾ قد عللا بعض المسائل المندرجة تحت قاعدة "الدفع أسهل من الرفع" بالدوام والابتداء، ومثلاً على ذلك باختلاف الدين الذي يمنع النكاح ابتداءً، ولا يرفعه دواماً، وهذا تخريج صحيح على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، مما يعني أنهما يريان أن كل واحدة تقوم مقام الأخرى⁽⁴⁾.

ومن هنا، يمكن القول: إنه بعد تتبع الفروع التي ذكرها العلماء تحت القاعدتين، يتبين أن الفروع المندرجة تحت أحدهما تصلح أن تكون مندرجة تحت الأخرى⁽⁵⁾، وهذا يُدلّل على اتفاق القاعدتين معنى ومضموناً، وتعليلاً وتطبيقاً، ولا فرق بينهما.

ويرى أحد الباحثين المعاصرين⁽⁶⁾ حين ذكر لفظي: "الدفع أولى من الرفع"، "والدفع أقوى من الرفع"، أن هذه الصياغة غير سديدة، وزعم أن السبكي كان في نفسه شيء من صياغتها، إذ هو -رغم أنه أوردتها بصيغة "الدفع أولى من الرفع"- إلا أنه قال في كتابه الإبهاج⁽⁷⁾: "ولك أن تقول الرفع أشد من الدفع...". وفي موضع آخر من الإبهاج: "لأنّ للدوام من القوة ما ليس للابتداء"⁽⁸⁾، فاعتبر الباحث أن هذا القول منه يدلّ على أنّ "الدفع أضعف من الرفع" وليس العكس، ودعم رأيه بما أورده السرخسي الذي قال⁽⁹⁾: "...وهو يحتمل الرفع، فيكون أضعف ممّا لا يحتمل الرفع"، ثم قرر: أن المفهوم من كلّ هذه التعليقات: أنّ صياغة "الدفع أقوى من الرفع"، لا تدلّ على معنى القاعدة المستفاد من الصيغ الأخرى، بل تُعابرها وتُعاكسها، ثم قال بعدها: "ونحن بهذا القول، نُخالف -وبأدبٍ جمٍّ- رأي فضيلة الدكتور علي أحمد الندوي⁽¹⁰⁾ صاحب موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، الذي ظهر له أنّ هذه المغايرة في الصياغة لا تؤثر في مدلول القاعدة، ولا في معناها، ونزعم أنّ تأثير ذلك ظاهر".

(1) المنشور في القواعد الفقهية، 156/2.

(2) هو أبو الفرج زين الدين، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السّلامي البغدادي ثمّ الدمشقيّ، من أهل العلم حفاظ الحديث الشريف، حيث اشتغل بالحديث بإشراف والده، من أشهر كتبه: جامع العلوم والحكم، وشرح جامع الترمذي، والقواعد الفقهية، ولد في بغداد، وكانت نشأته ووفاته في دمشق، حيث توفي عام 795 هـ. **العلمي**، عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن (928 هـ)، **المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد**، 169/5-171، أشرف على الكتاب: عبد القادر الأرنبوط، دار صادر، بيروت، ط1، 1997م؛ **ابن العماد**، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، 578/8-580.

(3) القواعد، ص301.

(4) **الصواط**، **القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة**، ص395.

(5) **الصواط**، **المصدر نفسه**، ص396.

(6) **الجكني**، أحمد محمود أبو خالد، **دراسات تأصيليّة للعمل السياسي الإسلامي**، قاعدة: "المنع أسهل من الرفع"، وضوابط القول بسياسة الأمر الواقع"، نقلاً عن موقع:

<https://www.facebook.com/KHOUNAAHMED37?fref=ts>

(7) **السبكي وولده**، 153/3.

(8) **السبكي وولده**، 153/3.

(9) **المبسوط**، 163/29.

(10) هو علي أحمد غلام محمد ندوي، ولد الشيخ الندوي في موداسا (كجرات) بالهند سنة 1373 هـ، 1954م، وحصل على الشهادة العالمية من دار العلوم التابعة لندوة العلماء في بلاده، وعلى شهادة الليسانس من كلية الدعوة وأصول الدين في الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، ودرجتي الماجستير والدكتوراه من جامعة أم القرى في مكة، وعمل رئيس مستشارين بأمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار، له كتب وبحوث عدّة تميّزت بالعمق والشمول والدقّة، في مجال القواعد الفقهية، والمعاملات المالية، من أهم مؤلفاته كتاب: القواعد الفقهية المنوّه به أعلاه، وكتاب: جمهرة القواعد في المعاملات المالية، وقد مُنح الندوي جائزة الملك فيصل تقديراً لجهوده القيمة في استخراج القواعد

ثم تابع حديثه مشيراً إلى أنّ قوة الدفع، أو قوة المنع أضعف في الطبيعة، وفي نفس الواقع من قوة الرفع، أو قوة الجذب، مستنداً بقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "ولا نسلم أنّ قوة الدفع أقوى، بل قد يكون الجذب أقوى، بل الجذب في الأصل أقوى، لأنّه المقصود بالقصد الأول، والدفع خادم تابع له"⁽¹⁾.

والراجع -والله أعلم- هو اتفاق القاعدتين معنى ومضمونا، وتعليلاً وتطبيقاً للآتي:

1- إن التعبير بلفظ "أولى" الذي يعني: أخرى وأجدر، من باب الوقاية قبل وقوع الأمر، إلا أن ذلك لا يعني أن يمنع ابتداء ودواما، بل يجري مع مضمون أن البقاء أسهل من الابتداء؛ لأن الأثر المترتب على إبطال العقد، أو الإقلاع عن الفعل بعد حصوله صعب، لذلك؛ كانت هذه القاعدة تعليلاً لكون البقاء أسهل من الابتداء، فلا تتناقض هذه القاعدة مع قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ لأن الحكم بالبقاء والاستمرار جاء بسبب الصعوبة في الإقلاع والإزالة؛ لأن المنع ابتداء أولى وأحرى، لكن لما وقع الأمر، لم يكن مناصاً من الحكم بصحته واستمراره السابق.

2- إن كثيراً من العلماء عبروا بقاعدة: "المنع أولى من الرفع" عند الحديث عن التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

3- تعليل ابن القيم لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بأن الدفع أسهل من الرفع.

4- إن قاعدة: "يغتنر في الدوام ما لا يغتنر في الابتداء" -التي هي أحد ألفاظ قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"- جعلها بعض العلماء من فروع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع".

5- لأن المآل واحد -كما سبق-، فالشيء بعد بقاءه واستدامته يكون قوياً، بحيث لا يسهل انتزاعه ورفع، فيكون استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون.

أما ما استدل به الباحث مستنداً على ما قرره ابن السبكي، فيجاب عنه بالآتي:

أ- ذكر ابن السبكي أن الوصف المجعول علة ثلاثة أقسام هي:

الأول: أن يكون دافعاً للحكم فقط.... وهذا النوع ينطبق على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وأما عبارة: "لأن الدوام من القوة ما ليس للابتداء"، فقد ذكرها ابن السبكي تحت هذا النوع.

الثاني: أن يكون رافعاً للحكم فقط، كالطلاق، فإنه يرفع حل الاستمتاع، ولكن لا يدفعه، فهو لا يمنع وقوع نكاح جديد ابتداء، وهذا النوع خارج عن محل النزاع؛ لأنه يتحدث عن القاعدة المعاكسة وهي: "يغتنر في الابتداء ما لا يغتنر في الدوام".

وكونه رافعاً للحكم، أي مع وجود الدوام والاستمرار، إلا أنه يرفعه وينقضه، ولا يتسامح فيه، وأظن أنه من هذه الحيثية اعتبر الرفع أشدّ، أي أقوى؛ لأنه ينقض الدوام، ولا يتسامح فيه.

الثالث: أن يكون دافعاً ورافعاً.... .

الفقهية في المعاملات المالية، من المصادر الأصلية، وربطها بالحاضر المعاصر بصورة تفصيلية مبتكرة. نقلا عن موقع: جائزة الملك فيصل العالمية <http://kfip.org/ar/dr-ali-a-g-m-nadvi> (1) مجموع الفتاوى، 437/15.

ب- مما يؤكد أن القاعدتين متفقتان أن ابن السبكي عبر عما يغتفر فيه دواما دون الابتداء - النوع الأول- بكونه دافعا للحكم ابتداء لا انتهاء، وعبر عما يمنع الدوام دون الابتداء -النوع الثاني- بكونه رافعا للحكم.

ج- يمكن القول أخيرا، وتبعا لأحكام البقاء والابتداء بشكل عام في الفقه الإسلامي، إنَّ ذلك يختلف تبعا لاختلاف أقسام المانع الشرعي، الذي نشأت عنه هذه القاعدة أصلا، فما يمنع ابتداء وبقاء، تتساوى فيه قوة الدفع والرفع، فيدفع ابتداء، ويرفع أيضا في الدوام والاستمرار، أي ينقض. وأما ما يمنع دواما لا ابتداء، فيكون الرفع فيه أشد؛ حيث إنه ينقض في الدوام والاستمرار؛ حيث يحتاج إلى رفع لا إلى دفع، أما ما يمنع ابتداء، ولا يمنع دواما، فيكون الدفع فيه أشد، حيث يحتاج إلى دفع ابتداء، ويتسامح فيه في البقاء، فلا يرفع.

وأما استدلاله بقول شيخ الإسلام ابن تيمية، فأظن أنه خارج عن محل النزاع⁽¹⁾، ولا علاقة له بمسألة الدفع والرفع موضوع القاعدة، مع العلم أنه ذكر قوة الدفع، وقوة الجذب، وأين الجذب من الرفع؟!

المسألة الثانية: علاقتها بقاعدة "يغفر في الابتداء ما لا يغفر في الدوام".

لقد أشرت سابقا في نشأة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" إلى علاقتها بالموانع الشرعية، حيث قسم العلماء الموانع إلى أقسام منها: ما يمنع الابتداء دون الدوام، ومن هنا نشأت قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، ومنها: ما يمنع الدوام دون الابتداء، ومن هنا نشأت القاعدة المعاكسة لهذه القاعدة، وهي: "يغفر في الابتداء ما لا يغفر في الدوام".

ولعل أول من جمع بين القاعدتين بلفظ واحد هو⁽²⁾ ابن الوكيل⁽³⁾ في كتاب الأشباه والنظائر في فقه الشافعية؛ حيث قال: "قاعدة: يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء، وقد يحتمل في الابتداء ما لا يحتمل في الدوام"، ثم ذكر الكثير من الفروع الفقهية المتعلقة بالقاعدة بشقيها⁽⁴⁾.

(1) جاء في مجموع الفتاوى، 435/15-436: "فصل: فعل المأمور به، صادر عن القوة الإرادية الحبية الشهوية، وترك المنهي عنه، صادر عن القوة الكراهية البغضية الغضبية النفرية، والأمر بالمعروف، صادر عن المحبة والإرادة، والنهي عن المنكر، صادر عن البغض والكراهة، كذلك الترغيب في المعروف، والترهيب عن المنكر، والحض على هذا، والزجر عن هذا، ولهذا لا تكف النفوس عن الظلم إلا بالقوة الغضبية الدفعية....، وقد يقال: بل النصر أعظم كما تقدم، فإن اندفاع المكروه محبوب أيضا، وهو لا يحصل إلا بقوة الدفع، التي هي أقوى من قوة الجذب، فاختص الناصر بالتعظيم، لدفعه المعارض، وأما الرازق، فلا معارض له، بل له موافق، فالناصر محبوب معظم،... وفوات محبوب مكروه أيضا، والمحبوب لا يحصل إلا بقوة الجذب، ولا نسلم أن قوة الدفع أقوى؛ بل قد يكون الجذب أقوى؛ بل الجذب في الأصل أقوى؛ لأنه المقصود بالقصد الأول، والدفع خادم تابع له، وكما أن الدافع دفع المعارض، فالجاذب حصول المقتضي، وترجيح المانع على المقتضي غير حق؛ بل المقتضي أقوى....".

(2) المشعل، قاعدة البقاء أسهل من الابتداء وتطبيقاتها الفقهية، موقع الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(3) أبو عبد الله صدر الدين، محمد بن عمر بن مكي، المشهور بابن الوكيل، من أهل العلم بالفقه والأصول والحديث الشريف، كانت ولادته بدمياط، وانتقل مع أبيه إلى دمشق، فنشأ فيها، وأقام مدة في حلب، وتوفي بالقاهرة، من أشهر مؤلفاته الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، وشرح كتاب الأحكام، لعبد الحق بن الخراط، توفي عام 716هـ.

ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 253/9-255؛ ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، 373/5-374. (4) ابن الوكيل، محمد بن مكي بن عبد الصمد (ت 716هـ)، ص 308، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1423هـ.

ولقد نص ابن السبكي⁽¹⁾ على كون هذه القاعدة عكس قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، حيث قال: "قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام، عكس هذه القاعدة الأولى، وهو في مسائل معدودة غير عديدة استقصيناها في كتابنا الأشباه والنظائر منها: ...لو اشترى قريبه الذي يُعتَقُّ عليه، صح وعتق عليه، فالقربة منافية لدوام الملك دون ابتدائه".

كما ذكرها الزركشي في حرف الياء⁽²⁾: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام"، ثم ذكر القاعدة محل هذه الدراسة وهي: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء".

وجاء في كتاب الأشباه والنظائر⁽³⁾ عند الحنفية: "ظفرت بمسألتين يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء، عكس القاعدة المشهورة؛ الأول: يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداء، ولو كان عدلاً ابتداء، ففسق، انعزل عند بعض المشايخ. الثانية: "لو أبق⁽⁴⁾ المأذون انحجر، ولو أذن للآبق صح".

وفي موضع آخر: "البقاء أسهل من الابتداء إلا في مسألتين"، وهما المسألتان السابقتان⁽⁵⁾. إن هذا الكلام المتقدم يوضح أن عكس هذه القاعدة، إنما هو بمثابة الاستثناء من القاعدة الأولى⁽⁶⁾. وقال السيوطي⁽⁷⁾: "ولهم قاعدة عكس هذه⁽⁸⁾، وهي: يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام". وحين ذكر قاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع"، وضدها: "إذا اتسع الأمر ضاق"، قال: "ونظير هاتين القاعدتين في التعاكس قولهم: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، وقولهم: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام"⁽⁹⁾.

وقد ذكر معظم هؤلاء مسائل فقهية مبنية على قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الانتهاء"، ولكنها معدودة لا تصل من حيث الكثرة إلى المسائل المبنية على القاعدة الأم محل هذه الدراسة⁽¹⁰⁾، ويمكن القول أيضاً: إن تطبيقات قاعدة "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام"، هي مستثنيات لهذه القاعدة⁽¹¹⁾.

وأخيراً، فإن قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء" تتعلق بالأمر الواجب، التي قد يعثرها النقص في بداياتها، لكن ذلك خير من تأخيرها بالكلية، وهذا هو منطق التدرج، فاعتقر النقص في البداية على أن يتم تداركه فيما بعد، أما قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، فتتعلق

(1) الإبهاج في شرح المنهاج، 153/3-154.

(2) المنثور في قواعد، 374/3.

(3) ابن نجيم، ص 104.

(4) المقصود به العبد لو هرب.

(5) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 191.

(6) المشعل، قاعدة البقاء أسهل من الابتداء وتطبيقاتها الفقهية، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(7) الأشباه والنظائر، ص 186.

(8) القاعدة المقصودة هي: "المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟".

(9) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 83.

(10) المشعل، قاعدة البقاء أسهل من الابتداء وتطبيقاتها الفقهية، المصدر السابق.

(11) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/433.

بالمحذورات والمفاسد القائمة، فهذه المفاسد إن كانت إزالتها تترتب عليها مفاسد أكبر، فيترجح بقاؤها، تجنباً لهذه المفاسد، فالقاعدة الأولى، تتعلق بجلب المصالح وإيجادها، أما الثانية، فتتعلق بدرء المفاسد وإزالتها، وفي الحالتين، تقدم المصلحة الكبرى على الصغرى، وتغتر المفسدة الصغرى دفعا للكبرى، وتركز هاتان القاعدتان على البعد الزمني للإصلاح والتغيير، وذلك بالتمييز بين مرحلة الابتداء والإنشاء، وبين مرحلة الاستمرار والبقاء، فيغتفر في إحداها ما لا يغتفر في الأخرى، بحسب ما تقتضيه مقاصد الشريعة وغاياتها، وهذا من أوضح الشواهد على حكمة هذه الشريعة وكمالها⁽¹⁾.

المسألة الثالثة: علاقتها بقاعدة "هل الاعتبار بالحال أو بالمآل".

قال ابن السبكي⁽²⁾ ما نصه: "القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل"، وهذا أصل كبير، يتخرج عليه مسائل هي أمهات في أنفسها، وقواعد في أبوابها"، ثم ذكر جملة من المسائل منها: التكافؤ في القصاص، فهل الاعتبار بحالة الجرح، أو بحالة الزهوق؟ ومنها: مسألة الإقرار للوارث، فهل الاعتبار في هذا الإقرار للوارث -بكونه وارثاً- حال الإقرار، أو حال الموت؟

والباب في هذه القاعدة متسع، والخلاف مطرد، والتصحيح في ذلك تبعاً للمسائل مختلف⁽³⁾. والقاعدة المذكورة لها مجموعة من الألفاظ منها: هل العبرة بالحال أو بالمآل؟ ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟ وقريب من ذلك قولهم: المتوقع هل يجعل كالواقع؟ وأيضا: المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟ وكذلك قولهم: هل النظر إلى حال التعلق، أو حال وجود الصفة⁽⁴⁾.

ومفاد هذه القاعدة بألفاظها المتنوعة: أنه قد يكون للشيء الواحد حالان: في الحال حين الواقعة، وفي المستقبل حين التنفيذ، فهل المعتبر والمعتد به في الأحكام وبنائها هو الحال الأولى، أو الحال الثانية وهي المآل؟ فيه خلاف، ومن الأمثلة على ذلك: إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً، فأتلفه قبل الغد، فهل يحنث في الحال حين إتلاف الرغيف، أو حتى يجيء الغد - أي الوقت الذي حلف ليأكلن الرغيف فيه-؟ فيه وجهان، الأصح الثاني، في أنه يحنث بمجيء الغد⁽⁵⁾.

والقاعدة المذكورة مختلف فيها، ولذلك كانت المسائل المندرجة تحتها تنقسم إلى ثلاثة أقسام⁽⁶⁾:
القسم الأول: فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالحال، وذلك في مسائل منها: يقبل الولي للصبي هبة من يعتق عليه إذا كان معسراً؛ لأنه لا يلزمه نفقته في الحال؛ فكان في قبول هذه الهبة تحصيل خير بلا

(1) نقلا عن موقع: الملتقى الفقهي <http://www.feqhweb.com/vb/t1127.html#ixzz3bMzH91Mb>

(2) الأشباه والنظائر، 103/1.

(3) العلاني، المجموع المذهب في قواعد المذهب - رسالة ماجستير-، 368/3، إعداد الطالب: محمد صالح فرج، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1414هـ.

(4) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 98/1؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص178؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 374/6.

(5) البورنو، المصدر نفسه، 16/12.

(6) ابن السبكي، المصدر السابق، 103-105.

ضرر، وهو العتق، ولا ينظر إلى ما لعله يتوقع من حصول يسار للصبي، وإعسار لهذا القريب؛ لأن هذا ليس يتحقق أنه آيل.

القسم الثاني: فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالمآل، وهو في مسائل منها: بيع الجحش الصغير جائز، وإن لم ينفع حالا، لتوقع النفع به مآلا، وهذا فيه مراعاة للمصلحة.

القسم الثالث: فيما اختلف فيه، هل يعتبر فيه الحال، أو المآل، وهو في مسائل منها: تربية جرو الكلب لما يباح تربية الكبير له.

وأما العلاقة بين هذه القاعدة، وقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فقد وضحتها الشاطبي⁽¹⁾ حين تناول قاعدة مراعاة الخلاف، فبين أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت بأن ارتكبتها المكلف، فلا يكون إيقاعها سببا في الحيف عليه، وظلمه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها، وضرب مثلا لذلك بالغصب، فإن المغصوب منه لا بد أن يوفى حقه، لكن على وجه لا يؤدي إلى الإضرار بالغاصب، بشكل يتجاوز العدل والإنصاف، فإذا طوّل الغاصب بأداء ما غصبه، أو قيمته، أو مثله، وكان ذلك من غير زيادة، صح، فلو قصد فيه تحميل الغاصب زيادة، لم يلزم؛ لأن العدل هو المطلوب، ويتحقق مع عدم الزيادة، وكذلك الزاني إذا حُدَّ، فلا ينبغي أن يزداد عليه بسبب جنايته؛ لأنه ظلم له، وكونه جانبا لا يجنى عليه زائدا على الحد الموازي لجنايته، إلى غير ذلك، وإذا ثبت هذا، فمن واقع منهيها عنه، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائدا على ما ينبغي بحكم التبعية، لا بحكم الأصالة، أو مؤديا إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو يُجاز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرا إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلا على الجملة، وإن كان مرجوحا في الواقع، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه⁽²⁾.

وعلل ذلك: بأن ذلك أولى من الإزالة مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلا أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، وهذا يوافق حالة البقاء والاستمرار أو الاستدامة، لما اقترن به من القرائن المرجحة، ثم ذكر جملة من الأمثلة منها حديث البائل في المسجد⁽³⁾، فإن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنه لو قطع بوله لتجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنه ينجس موضعين، وإذا ترك، فالذي ينجسه موضع واحد،

(1) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، العلامة المؤلف المحقق، أحد الجهابذة الأخيار، برع في الفقه والأصول والحديث والتفسير، وهو من الرواد في علم المقاصد، من أشهر كتبه الموافقات، والاعتصام، والمجالس، شرح فيه كتاب البيوع من البخاري، توفي عام 790 هـ. **التنبيكي**، أحمد بابا (ت1036 هـ)، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، 48/1-49، إشراف وتقديم: عبد الحميد الهرامة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، 1398 هـ، 1989 م؛ **مخلوف**، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص23.

(2) الموافقات، 188/5-192.

(3) عن أنس بن مالك -رضي الله عنه-، أن أعرابيا بال في المسجد، فقام إليه بعض القوم، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (دعوه، ولا تزرموه، قال: فلما فرغ دعا بدلو من ماء، فصبه عليه)، أخرجه مسلم، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات، كتاب الطهارة، ح ر (98)، **مسلم**، الجامع الصحيح، 236/1.

أي ترك على ما هو عليه من حالة البقاء والاستمرار على فعلته؛ لأنه تلبس بحالة لو منع منها لدخل عليه من الفساد أكثر من النفع الحاصل بذلك، بخلاف ما لو أدرك قبل بوله، ومنع من ابتداء قضاء حاجته، ثم ختم ذلك بأن هذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مقتضى النهي أو تزيد عليه، فلولا هذا المآل الطارئ بعد الوقوع بالفعل ما كان ذلك كذلك⁽¹⁾.

ومن هنا كانت مراعاة الحال أو المآل تتفق مع مبدأ البقاء أسهل من الابتداء، من حيث إن الفعل المنهي عنه لو حاول المكلف التلبس به لمنع من ذلك، أما وقد وقع المحذور، فيكون البقاء أسهل من الابتداء، بمعنى أن يكون البقاء بمثابة رخصة، تقاديا للأضرار التي قد تنجم عن إلغاء الفعل وإبطاله، أو تخفيفا عن المكلف بسبب الحرج والمشقة التي تلحقه لو كلف بالإقلاع.

إن تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" فيه مراعاة لما يؤول إليه الفعل من إيقاع ضرر أو مشقة، وبالتالي تقادي ذلك.

المسألة الرابعة: علاقتها بقاعدة: "ما يمتد، فلدوامه حكم الابتداء".

هذه القاعدة لها ألفاظ أخرى منها: "يعطى للدوام حكم الابتداء فيما يمتد"⁽²⁾، وكذلك: "الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء"⁽³⁾، وأيضا: "الاستدامة على ما يستدام كالإنشاء"⁽⁴⁾. ورد في كتاب الأشباه والنظائر جملة من الفروع الفقهية من كتاب الطلاق، والضابط في ذلك كله، وهو أن ما يمتد، فلدوامه حكم الابتداء وإلا، فلا⁽⁵⁾.

الفعل الممتد، أو ما يمتد، المراد به ما يصح استمراره، أو ما يستمر ويبقى حكمه، ولم يوقت انتهاءه بوقت، لذا يصح قرآن المدة به كالיום والشهر، والقعود والقيام، فما كان على هذه الصفة، فإن لدوامه واستمراره حكم ابتدائه، في لزوم أحكامه ووقوعها، فإذا علّق طلاق زوجته بوصف قائم بها كالحيض مثلاً أو المرض، فإنما يكون ذلك على حيض أو مرض في المستقبل؛ لأنّ الحيض والمرض لا يمتدان، لكن إذا قال لصحيحة: إن صححت فأنت طالق، طلقت في الحال؛ لأنّ الصّحة ممّا يمتدّ فلدوامها حكم الابتداء⁽⁶⁾.

تعتبر قاعدة: "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟" أصل لهذه القاعدة⁽⁷⁾.

(1) الشاطبي، الموافقات، 190/5 - 192.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 329/4.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 74/3.

(4) السرخسي، المبسوط، 183/19.

(5) ابن نجيم، ص152.

(6) ابن عابدين، المصدر السابق، 750/3؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 405/9.

(7) مجموعة من العلماء، معلمي القواعد الفقهية والأصولية، 515/8.

وبناء على ذلك، فإن الأفعال على ضربين؛ ضرب يقبل الامتداد، وضرب لا يقبله، والفارق بين الممتد وغير الممتد من الأفعال صحة قرار المدة، وعدم صحته، أو ما يعبر عنه بقبول التأقيت، أو عدم قبوله، فهو الفاصل بين الأمرين، فما قِيلَ التأقيت قِيلَ الامتداد، وما لا، فلا، فكل فعل يصح قرار المدة به، فهو مما يمتد، كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقيام والقعود، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يوماً، وقعد في مكان كذا يوماً مثلاً، وكل فعل لا يصح قرار المدة به، فهو مما لا يمتد، كالدخل والخروج، فلا يقال: خرج من الدار يوماً، ودخل فيها يوماً مثلاً، بمعنى التوقيت، وكذا لا يقال لمن هو داخل الدار: ادخل هذه الدار، ولا تدخل⁽¹⁾.

وهذه القاعدة متفرعة على القاعدة الخلافية الكبيرة: "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟" وهي قاعدة مختلف فيها عند الفقهاء⁽²⁾، فعند الحنفية: لدوام اللبس والركوب والسكنى مثلاً حكم الابتداء، فلو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها، واستمر على ما كان حنث؛ لأن لهذه الأفعال دواماً بحدوث أمثالها، ولو قال لامرأته: أنت طالق إن قعدت، وهي قاعدة فعلا، أو: إن قمت، وهي قائمة، فمكثت كذلك مدة من الزمن، يحنث، بخلاف ما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وهي في الدار، فمكثت كذلك، لم تطلق حتى تخرج وتدخل، حتى يتحقق الشرط؛ لأن الدخول فعل غير ممتد، فإنه انفصال من الخارج إلى الداخل، والخروج نظير الدخول؛ لأنه انفصال من الداخل إلى الخارج، فلا يكون لاستدامته حكم إنشائه⁽³⁾.

أما المالكية، فالظاهر أنهم أعطوا دوام ما يمتد حكم الابتداء، أما ما لا يمتد، فهو محل خلاف بينهم، والمشهور أنه لا يكون له حكم الابتداء، ولذلك نظروا إلى التماضي على الفعل، هل يكون كابتدائه في البر والحنث؟ ومن هنا حكموا فيمن حلف على ركوب دابة، أو لباس ثوب، وهو راكب ولابس، أنه ينزع وينزل، فإن تمادى كان كما لو ابتداء، ولو حلف: لا يدخل داراً، وهو فيها، فهل يلزمه الخروج حينئذ؟ هناك قولان عندهم، الأول: لا شيء عليه إن لم يخرج، والثاني: إن لم يخرج مكانه حنث، ومقتضى هذا الذي قالوه في اللباس والركوب ما في القول الثاني، والفرق حصول التسمية في اللباس والراكب بالدوام، وعدم حصول اسم الدخول بالبقاء في الدار، وأما لو قال للحائض: إذا حضت، أو للطاهر: إذا طهرت، أو للحامل: إذا حملت، فأنت طالق، فهو على وجود هذه الأمور في المستقبل⁽⁴⁾.

(1) ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 317/4؛ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 153/1، 119/3؛ البابرتي، العناية شرح الهداية، 104/5؛ العيني، البناية شرح الهداية، 153/5؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 749/3؛ مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 516/8.

(2) مجموعة من العلماء، المصدر نفسه، 516/8-519.

(3) ابن مازة، المصدر السابق، 317/4؛ الزيلعي، المصدر السابق، 119/3؛ البابرتي، المصدر السابق، 104/5.

(4) ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم بن نزار الجذامي السعدي المالكي (ت 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 355/2، دراسة وتحقيق: حميد بن محمد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2003م؛ القرافي، الذخيرة، 53/4.

وعند الشافعية إذا حلف لا يسكن داراً وهو فيها، فخرج في الحال بنية التحويل، وترك رحله فيها لم يحنث؛ لأن اليمين على سكناه، وقد ترك السكنى، فلم يحنث بترك الرجل، كما لو حلف لا يسكن في بلد، فخرج وترك رحله فيه، وإن تردد إلى الدار لنقل الرجل لم يحنث؛ لأن ذلك ليس بسكنى، وإن حلف لا يسكن داراً وهو فيها، أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابس، فاستدام حنث؛ لأن الاسم يطلق على حال الاستدامة، ولهذا يقال: سكن الدار شهراً مثلاً، وإن حلف لا يتطهر وهو متطهر، أو لا يتطيب وهو متطيب، فاستدام لم يحنث؛ لأنه لا يطلق الاسم عليه في حال الاستدامة، ولهذا يقال: تطهر من شهر، وتطيب من شهر، ولا يقال: تطهر شهراً، وتطيب شهراً، وذكروا في مسألة من حلف لا يدخل الدار وهو فيها، فاستدام، أن فيه خلافاً، حيث إن في المسألة قولين؛ الأول: أنه يحنث؛ لأن استدامة الدخول كالابتداء في التحريم في ملك الغير، فكذلك في الحنث في اليمين كاللبس والركوب، والثاني: لا يحنث وهو الصحيح؛ لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة، ولهذا يقال: دخل الدار من شهر، ولا يقال: دخلها شهراً، فلم يحنث بالاستدامة، كما لو حلف لا يتطهر، فاستدام، فإن حلف لا يسافر وهو في السفر، فأخذ في العود لم يحنث؛ لأنه أخذ في ترك السفر، وإن استدام السفر حنث؛ لأنه مسافر⁽¹⁾.

وذكر الشافعية أيضاً أن المحلوف عليه من الأفعال ينقسم إلى ثلاثة أقسام⁽²⁾:

القسم الأول: ما يحنث فيه بابتداء الفعل، واستدامته، وهو خمسة أشياء هي: السكنى، واللباس، والركوب، والغصب، والجماع، فمثلاً: إذا حلف لا يسكن داراً، فإنه يحنث بأن يبتدئ سكناها، ويحنث بأن يكون ساكناً فيها، فيستديم سكناها، إلا أن يبادر بالخروج منها، وعلى ذلك تقاس الأربعة الباقية. وإنما حنث في هذه الخمسة بالابتداء، والاستدامة؛ لأن اسم الفعل منطلق عليه في الحالين، فاستوى حكمهما في الحنث.

القسم الثاني: ما يحنث بابتداء الفعل، ولا يحنث باستدامته، وهو خمسة أشياء هي: النكاح والإحرام، والرهن والشراء، والوقف، فإذا حلف لا ينكح، وقد نكح، وأن لا يحرم، وقد أحرم، أو لا يرهن، وقد رهن، أو لا يقف، وقد وقف، لم يحنث، حتى يستأنف نكاحاً، وإحراماً، ورهنًا، وشراءً، ووقفًا؛ لأنها عقود، فلم يحنث باستدامتها لتقدم العقد فيها.

القسم الثالث: ما اختلف فيه، هل تكون الاستدامة فيه كالابتداء، وهو ثلاثة أشياء هي: الدخول، والطيب، والسفر، فإذا حلف لا دخلت هذه الدار حنث بأن يستأنف دخولها، إذا كان خارجاً، وفي حنثه باستدامة دخولها، إذا كان فيها قولان عند الشافعية:

(1) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، 100/3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر؛ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 348/15، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م.

(2) الماوردي، المصدر نفسه، 349/15-350.

القول الأول: يحنث باستدامة جلوسه فيها، كما يحنث باستئناف دخولها، كالسكنى، ولو حلف لا يدخلها، فأكره على دخولها، فإن عجل الخروج منها بعد التمكن، لم يحنث، وإن أقام حنث، فجُعِلَتْ استدامة الدخول كالدخل.

القول الثاني: لا يحنث باستدامة الدخول، حتى يستأنفه؛ لأن الدخول يكون بعد خروج مطلقاً. ولو حلف لا تطيب، حنث بأن يستأنف الطيب، وفي حنثه باستدامة طيب متقدم ثلاثة أوجه عند الشافعية:

الأول: يحنث باستدامته؛ لأنه منسوب إلى التطيب.

الثاني: لا يحنث بالاستدامة؛ لأنه لم يستحدث فعلاً.

الثالث: إن كان أثر طيبه باقياً، حنث، وإن بقيت الرائحة فقط، لم يحنث، اعتباراً ببقاء العين، وزوالها. ولو حلف لا يسافر، لم يحنث بأن يستأنف السفر طويلاً كان أو قصيراً، فأما إذا حلف، وهو مسافر، فله ثلاثة أحوال:

1. فإما أن يأخذ في العود من سفره، فلا يحنث؛ لأنه قد أخذ في ترك السفر.

2. أن يكون باقياً على وجهه في السفر، فيحنث باستدامة مسيره؛ لأنه أخذ في السفر.

3. أن يقيم بمكانه من سفره، ففي حنثه باستدامته وجهان:

الأول: يحنث كالتوجه؛ لبقائه على السفر.

الثاني: لا يحنث؛ لكفّه عن السير، فصار كالعود.

أما عند الحنابلة، فالاستدامة لها حكم الابتداء، ولهذا لو حلف أن لا يدخل داراً هو داخلها، فأقام فيها، حنث، في أحد الوجهين⁽¹⁾.

جاء في المحرر في الفقه⁽²⁾: ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يلبس ثوباً وهو لابسها، أو لا يسكن فلاناً وهو مساكنه، فاستدام ذلك حنث، فإن أقام هذا الساكن، أو المساكن لنقل متاعه، لم يحنث، ولكن إن خرج دون متاعه حنث، إلا أن يودع متاعه، أو يعيره، أو يزول ملكه عنه بهية، أو غيرها، وإن تشاغل هو وفلان ببناء الحاجز بينهما، وهما متساكنان حنث، وقيل: لا يحنث....

وفي المبدع في شرح المقنع⁽³⁾: وإن حلف لا يسكن داراً وهو ساكنها، أو لا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يسكن فلاناً وهو مساكنه، فلم يخرج في الحال، حنث؛ لأن استدامة السكنى سكنى، بدليل أنه يصح أن يقال: سكن الدار شهراً، إلا أن يقيم لنقل متاعه وأهله....

وكذلك استدامة اللبس والركوب تسمى لبساً وركوباً، ويسمى به الشخص لابساً وراكباً، ولذلك يقال: لبست هذا الثوب شهراً، وركبت دابتي يوماً، فحنث، باستدامته، وقد اعتبر الشرع هذا في الإحرام، حيث

(1) ابن قدامة، المغني، 595/9.

(2) ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد الحراني (ت 652هـ)، 80/2، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية 1404هـ، 1984م، بتصرف واختصار.

(3) ابن مفلح، 114/8، بتصرف يسير.

حرم لبس المخيط، فأوجب الكفارة في استدামته، كما أوجبها في ابتدائه، وفارق التزويج، فإنه لا يطلق على الاستدامة، فلا يقال: تزوجت شهراً، وإنما يقال: منذ شهر، ولهذا لم تحرم استدামته في الإحرام كابتدائه، وإن حلف لا يتزوج، ولا يتطيب، ولا يتطهر، فاستدام ذلك، لم يحنث؛ لأنه لا يطلق على مستديم هذه الأفعال اسم الفعل، فلا يقال: تزوجت شهراً، ولا تطهرت شهراً، ولا تطيب شهراً، وإنما يقال: منذ شهر، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها في تحريمه في الإحرام، وإيجاب الكفارة فيه⁽¹⁾.

من أمثلة هذه القاعدة⁽²⁾:

1. إن أجنب الكافر، ولم يغتسل حتى أسلم، فقل: لا يلزمه الغسل؛ لأن الكفار لا يخاطبون بالشرائع، والأصح أنه يلزمه؛ لأن بقاء صفة الجنازة بعد إسلامه كبقاء صفة الحدث في وجوب الوضوء به، فالجنازة مما يستدام، فكان لدوامها حكم الابتداء.

2. لو أحرم، وعليه مخيط، وتركه على نفسه يوماً أو أكثر، فعليه الكفارة؛ لأنه لبس مستدام، فيكون لدوامه حكم الابتداء.

بناء على ما سبق، وحيث تبين أن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" أصل لهذه القاعدة، وإذا كانت أصلاً لها، فهي إذن متفرعة عنها، لذلك، فإنني أعتبر هذه القاعدة كضابط أو قيد للقاعدة الأم وهي: "البقاء أسهل من الابتداء"، وعليه، فإن ضابط ما يدخل في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو ما يغتفر فيه في الدوام والبقاء دون الابتداء هو ما لا يقبل الامتداد فقط، أما ما يمتد، فلداومه حكم ابتدائه، أو يستوي فيه البقاء والابتداء على حد سواء.

وأخيراً، فإن مجال العمل بالقاعدة هو المعاملات، سواء أكانت تقبل الامتداد والاستمرار، أم لا تقبل، وكذلك بعض العبادات، كالطهارة والصلاة، ففي المعاملات: الدوام على اللبس أو الركوب أو السكنى أو القيام أو القعود، له حكم ابتداء هذه الأفعال، ويدخل فيها طرود بعض العوارض في العقود غير اللازمة كالجنون والعتة إذا امتد، أما في العبادات، ففي الصلاة مثلاً: حكم الدوام حكم الابتداء في الأفعال التي تقبل الامتداد، كالركوع إذا أطاله، وكذلك السجود وسائر أفعال الصلاة، فالدوام على الفعل الواحد منها حكمه حكم الابتداء، حتى إذا كان الابتداء فرضاً كان ما بعده في حكمه⁽³⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، 9 / 577.

(2) السرخسي، المبسوط، 1 / 90؛ ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 2 / 448؛ مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 8 / 520.

(3) مجموعة من العلماء، المصدر نفسه، 8 / 518-519.

المسألة الخامسة: علاقتها بقاعدة استدامة الشيء تعتبر بأصله.

تندرج هذه القاعدة تحت قاعدة استدامة الفعل، أو استدامة بقية الفعل⁽¹⁾، التي وردت بعدد من الألفاظ⁽²⁾ منها: "الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء"⁽³⁾، "واستدامة الفعل كالإنشاء"⁽⁴⁾، ومثله: "استدامة اليد كإنشائها"⁽⁵⁾، وقريب منها: "استدامة الشيء معتبر بأصله"⁽⁶⁾، وأيضاً: "استدامة الشيء كإنشائه"⁽⁷⁾، وأخيراً "استدامة الفعل كابتنائه"⁽⁸⁾.

والمعنى المستفاد من هذه القواعد، هو أن الدوام على ما يحتمل الدوام حكمه حكم إنشائه وابتدائه، ومن ناحية أخرى، فإن استدامة الشيء والبقاء عليه حكمه حكم أصله، فإن كان أصله مباحاً، فهو مباح، وإن كان أصله حراماً، فهو حرام، أو مندوباً، فهو مندوب، أو واجباً، فهو واجب، وهكذا⁽⁹⁾. ويقال أيضاً: إذا كان الشيء مبنياً على غيره، أو فرعاً عنه، فإن حكمه من جهة الثبوت والاستدامة، وعدمها، حكم ذلك الأصل، فإن كان ثابتاً من أصله، فيبقى ثابتاً، وإلا، فلا⁽¹⁰⁾. من أمثلة هذه القواعد⁽¹¹⁾:

إذا كان إماماً، فأحدث وهو راکع، فتأخر وقدم رجلاً، ينبغي أن يمكث هذا الرجل راکعاً كما هو حتى يكون قدر ركوعه؛ لأن الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء.

ومنها: لو وهب الوديعة للأمين جاز، ولا تحتاج إلى قبض جديد؛ لأنها في قبضة المودع -الأمين، واليد مستدامة بعد قبول الهبة، ولو أحرّم، وفي يده ظبي، فعليه أن يرسله؛ وتعليل ذلك: أن استدامة اليد عليه بعد الإحرام بمنزلة الإنشاء، فإن اليد مستدامة، وكما أن إنشاء اليد متلف معنى الصيدية فيه، فالاستدامة كذلك. وإذا مات الموهوب، فليس للواهب تضمين الموهوب له بعد قضاء القاضي بالرجوع، لأن أصل قبضه لم يكن موجباً للضمان، فكذلك استدامة القبض، ولو حلف ليخرجن من هذا البيت، ثم مكث فيه مدة بغير عذر، فقد حنث؛ لأن استدامة بقائه كإنشاء دخوله، وإذا أفطر في أول النهار بسفر، ثم قدم جاز له الأكل؛ لأن ابتداء الأكل كان مباحاً.

(1) الزركشي، المنثور في القواعد، 160/1.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، م 1/1 / 382.

(3) السرخسي، شرح السير الكبير، ص 1510.

(4) السرخسي، المبسوط، 66/3.

(5) السرخسي، المصدر نفسه، 89/4.

(6) السرخسي، المصدر نفسه، 82/12.

(7) الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد (المتوفى بعد 633هـ)، مناهج التّحصيل ونتائج لطائف التّأويل في شرح المتونة وحلّ مشكلاتها، 452/9، اعتنى به: أبو الفضل الدّميّطي، أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م.

(8) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 176/7.

(9) الزركشي، المصدر السابق، 160/1؛ البورنو، المصدر السابق، م 1/1 / 383.

(10) مجموعة من العلماء، معلمي القواعد الفقهية والأصولية، 512/8.

(11) السرخسي، المبسوط، 188/1، 89/4؛ الزركشي، المصدر السابق، 160/1؛ البورنو، المصدر السابق، م 1/1 / 383.

وكذلك لو تطيب قبل إحرامه، ثم استدامه، فلا فدية فيه، أما لو نسي الإحرام، فتطيب ثم ذكره وجب عليه إزالته؛ لأن التطيب ناسيا ليس بجائز، ولكن يُسْقَطُ حَكْمُ النسيان ما عليه، مثل يوم الشك لو أفطر، ثم قامت بينة برؤية الهلال، لم يجز له استدامة الفطر؛ لأن إباحة الفطر كان قبل العلم برؤية الهلال، وإذا أفطر في أول النهار بسفر، ثم قدم جاز له الأكل؛ لأن ابتداء الأكل كان مباحا. أستطيع القول أخيرا، إن هذه القاعدة تتعلق بقاعدة: "الدوام كالابتداء"⁽¹⁾؛ أي الأحكام التي يستوي فيها البقاء والابتداء، فهي تظهر استواء الحكم في حالة الابتداء، وحالة الدوام⁽²⁾، ولهذا جاء في المغني⁽³⁾: "حكم الاستدامة حكم الابتداء"، ونفقد هذه القاعدة: أنه من أجل اعتبار الدوام والاستدامة ينبغي أن يراعى حالة ابتدائه، فإن كان الابتداء جائزا، فالدوام كذلك، وإن كان ممنوعا، فالاستدامة ممنوعة. أما المعنى المستفاد من قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" هو: أن يعطى الدوام حكما آخر غير حكم ابتدائه، وبعبارة أخرى: أن يجوّز الفعل، ويصحّح العقد في حالة البقاء نظرا لعسر الإقلاع والإبطال، وهو غير المعنى المفهوم من قاعدة: "الدوام كالابتداء"، والله وحده أعلم.

المسألة السادسة: علاقتها بقاعدة: "من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به، فبادر إلى الإقلاع عنه، لم يكن ذلك فعلا للمنع".

المعنى الإجمالي للقاعدة⁽⁴⁾:

صورة هذه القاعدة أن المكلف قد يلزمه الامتناع من أمر معيّن والكفّ عنه، والحال أنه متلبس به في الواقع، بحيث يكون تصرفه أو تحركه للإقلاع عن ذلك الأمر واقعا في غير المستحق له - زمانا أو مكانا -؛ أي يكون طريقه إلى الترك بمثابة الجزء من الفعل المنهي عنه.

والمراد من القاعدة، بيان الحكم المتعلق بالمكلف في مثل هذه الحال، هل يعتبر - في تركه - مرتكبا لما نهى عنه ويكون مؤاخذا به، أو يعتبر تاركا لما أمر بتركه غير مؤاخذ بذلك؟

الجواب على هذا السؤال: أن لتلك الحالة عدة صور منها: ما لا يعتبر المكلف فيها مرتكبا للمنهي عنه، ومنها ما هو محل خلاف، وفي الحقيقة، يندرج تحت ذلك عدة أنواع⁽⁵⁾:

الأول: ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية إلا وهو متلبس به، فلا يكون نزعه فعلا للمنع منه، فمن ذلك إذا حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه، فإن قيل إن الاستدامة كالابتداء، فخلع الثوب، في أول أوقات الإمكان، فإنه لا يحنث؛ لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال، فيتعلق الحكم بأول أوقات الإمكان، ومنه إذا أحرم، وعليه قميص، فإنه ينزعه في الحال، ولا فدية عليه؛ لأن

(1) الخرشبي، شرح مختصر خليل، 160/1؛ النفراوي، أحمد بن غانم بن سالم الأزهرى المالكي (ت 1126هـ)،

الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 232/2، دار الفكر، د. ط، 1415هـ، 1995م.

(2) مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 516/8.

(3) ابن قدامة، 595/9.

(4) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 464 / 1.

(5) ابن رجب، القواعد، ص 104، بتصرف واختصار.

محظورات الإحرام إنما تترتب على المحرم لا على المُحِل، ولا يقال حينها إنه بإقدامه على إنشاء الإحرام -وهو متلبس بمحظوراته- منتسب إلى مصاحبة اللبس في الإحرام، كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر، فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه. الثاني: أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين، مع علمه بالمنع، ولكن لا يستقر بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل، فيقلع عنه في الحال، فاختلف فيه عند الحنابلة على وجهين: الوجه الأول: أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهي عنه، بل يكون إقلاعه تركا للفعل؛ لأن ابتداءه كان مباحا، حيث وقع قبل وقت التحريم. الوجه الثاني: أن حكمه حكم الفاعل بتركه؛ لإقدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته، لا سيما مع قرب الوقت، وهو ظاهر المذهب.

من أمثلة هذه المسألة إذا جامع في ليل رمضان، فأدركه الفجر وهو مجامع، فنزع في الحال، فالمذهب أنه يفطر بذلك، ولا خلاف في أنه لا يأثم إذا كان حال الابتداء متيقنا لبقاء الليل. الثالث: أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه إذا شرع فيه ترتب عليه تحريمه وهو متلبس به، فهل يباح له الإقدام على ذلك الفعل؛ لأن التحريم لم يثبت حينئذ، أم لا يباح؛ لأنه يعلم أن إتمامه يقع حراما فيه؟ المسألة فيها قولان عند الحنابلة، ومن أمثلة ذلك: أن يقول لزوجته إن وطئتك، فأنت طالق ثلاثا، ومثل أن يعلم أنه متى أولج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو مولج، ففي مسألة الطلاق روايتان. الرابع: أن يعتمد الشروع في فعل محرم، عالما بتحريمه، ثم يريد تركه والخروج منه، وهو متلبس به، فيشرع في التخلص من هذا العمل بمباشرة أيضا، كمن توسط دارا مغصوبة، ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها، أو طيب المحرم بدنه عامدا ثم تاب، وشرع في غسله بيده قصدا لإزالته. ومما يجب التنويه إليه أن المسلم قد يتلبس بفعل محرم كشرب الخمر مثلا، ثم يترك ذلك نادما، ويتوب إلى الله عز وجل، فيتوب الله عليه، ولكن هذا لا يدخل في القاعدة، ولا تنطبق عليه⁽¹⁾.

أما عن علاقة هذه القاعدة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فينبغي أن يعلم أن الفقهاء فرعوا على القاعدة المعاكسة لقاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، وهي قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام" عددا من المسائل يرجع غالبها إلى قاعدة: "من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به، فبادر إلى الإقلاع عنه، لم يكن ذلك فعلا للممنوع"، فيظهر من خلال ذلك أن هذه القاعدة وفروعها المنضوية تحتها تعاكس حكم كون البقاء أسهل من الابتداء، لأنه في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، يتسامح في البقاء والدوام والاستمرار، بخلاف ما مر في الأنواع الأربعة سابقة الذكر⁽²⁾.

(1) إسماعيل، محمد بكر، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص420، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ميدان الحسين، د. ط، د. س.

(2) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 2/ 609.

ولكن من ناحية أخرى، فقد مثل السيوطي في الأشباه والنظائر⁽¹⁾، وكذلك ورد هذا التمثيل في كتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك⁽²⁾ لقاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" بأمثلة تصلح أمثلة للقاعدة آنفة الذكر: "من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به..."، وهذا يدل دلالة واضحة على التقارب بين معنى القاعدتين، إلا أنه يمكن أن يلتبس نوع من الفرق بينهما، وذلك أن نية المكلف وقصده في مسائل قاعدة: "يغتفر في الدوام..." الاستمرار على ما هو عليه من العمل، وأما في مسائل قاعدة: "من تعلق به الامتناع..."، فنيته الإقلاع عما هو فيه، لكن هذا الإقلاع لا يحصل إلا بالاستمرار على ما هو عليه قدرا ولو يسيرا من الزمن على صورة من الصور، وهذا الاستمرار معفو عنه بشكل مؤقت؛ لأنه مطالب بالإقلاع عنه استقبالا، ومن هنا يمكن القول: إن قاعدة: "يغتفر في الدوام..." تُقاربُ في معناها قاعدة: "من تعلق به الامتناع من فعل..."، وعلى هذا، فإنه يصح الاستدلال لهذه القاعدة بما يستدل به لتلك من بعض الوجوه⁽³⁾.

ولكن ينبغي أن يلاحظ فرق دقيق هنا وهو: إن بقاء المكلف في حالة "البقاء أسهل من الابتداء" على الفعل جائز، ولا حرج فيه ولا إثم، ولا يطالب بتغيير نيته، أما في قاعدة: "من تعلق به الامتناع..."، فعليه أولا: تغيير نيته، ثانيا: ولأن تغيير النية لا يكفي وحده، بل عليه أن يقوم بالإقلاع، وهذا الإقلاع لا يتم سريعا إلا بالاستمرار على ما هو عليه قدرا ولو يسيرا من الزمن، فلذلك، فإن هذا القدر اليسير لا إثم فيه هنا، لأنه وسيلة إلى الإقلاع التام عن الفعل، لكن ينبغي أن لا يتأخر في ذلك.

لذلك جاء في موسوعة القواعد الفقهية⁽⁴⁾ ما يفيد أن هذه القاعدة قريبة المعنى من قاعدة: "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟"، وهاتان القاعدتان تقيدان أن من وجب عليه الإقلاع عن فعل ممنوع، هو متلبس به، وواقع فيه، فسارع إلى الإقلاع عن ذلك الفعل، فهل يكون إقلاعه عن ذلك الفعل وتركه له فعلاً لذلك الممنوع، أو يعتبر تركاً له، ولا يترتب عليه شيء من أحكام فعل ذلك الممنوع؟ وهو ما سبق بيانه.

(1) ص 185-186.

(2) النشرسي، ص 163-166.

(3) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 2/ 613-615.

(4) البورنو، 967/10، بتصرف.

الفصل الثاني: تأصيل قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"

اشتمل هذا الفصل على ثمانية مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: حجية قاعدة البقاء أسهل من الابتداء.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: القائلون بأن الدوام على الشيء ليس كابتنائه، وأدلتهم.

المطلب الثاني: القائلون بأن الدوام على الشيء كابتنائه، وأدلتهم.

المطلب الثالث: رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة.

المطلب الرابع: المناقشة والترجيح.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مناقشة الأدلة.

المسألة الثانية: الرأي الراجح.

المبحث الثاني: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالموانع الشرعية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف المانع الشرعي، وأقسامه.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمانع الشرعي.

المبحث الثالث: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالاستصحاب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب، وأنواعه، وحجيتها.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالاستصحاب.

المبحث الرابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بسد الذرائع.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع، وأنواعها، وحجيتها.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بسد الذرائع.

المبحث الخامس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمراعاة الخلاف.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان المقصود بمراعاة الخلاف.

المطلب الثاني: مجال مراعاة الخلاف، وشروطه.

المطلب الثالث: علاقة القاعدة بمراعاة الخلاف.

المبحث السادس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات.

المطلب الثاني: مراتب المآلات.

المطلب الثالث: أدلة اعتبار المآلات .

المطلب الرابع: طرق اعتبار المآلات.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الطريق الوقائي (منع الابتداء والإنشاء).

المسألة الثانية: الطريق العلاجي (منع الاستمرار).

المطلب الخامس: علاقة القاعدة بمراعاة المآلات.

المبحث السابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالمصلحة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المصلحة، وأقسامها، وحجيتها.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصلحة.

المبحث الثامن: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عام بمبدأ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

المبحث الأول: حجية قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

يعالج هذا المبحث حجية هذه القاعدة، من خلال بيان خلاف العلماء فيها، بين قائل: بأن أحكام الدوام لا تؤخذ من أحكام الابتداء، وبالتالي، فإن البقاء أسهل من الابتداء، وبين قائل: بالتسوية بين البقاء والابتداء، إضافة إلى انفراد تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي برأي خاص في القاعدة؛ من حيث اعتباره للقاعدة من عدمه.

وفيما يأتي التفصيل من خلال المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: القائلون بأن الدوام على الشيء ليس كابتدائه، وأدلتهم.

ذكر الدبوسي ثلاثة أصول عند الحنفية لها ارتباط بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، كما يأتي:

[1] الأصل عند أبي حنيفة ومحمد: أن العارض في العقد الموقوف قبل تمامه كالموجود لدى العقد، وعند أبي يوسف لا يجعل العارض في العقد الموقوف كالموجود لدى العقد⁽¹⁾.

والمراد بالشيء العارض: الأمر الطارئ، يعرض ثم يزول⁽²⁾.

من أمثلة هذا الأصل⁽³⁾:

أ. من باع مال ولده الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فبلغ الابن الرشد قبل الأيام الثلاثة، فالإجازة للابن الذي بلغ عند محمد، ويجعل العارض كالموجود لدى العقد، فصار كأنه باع ملك ولد بالغ، فيتوقف على إجازته وكذلك هذه، وعند أبي يوسف يسقط خيار الأب، ويتم البيع؛ لأنه سقطت ولايته، فأشبه موت الأب.

ب. إن الوكيل بالبيع إذا باع بمثل قيمته، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم زاد المعقود عليه، حتى صار يساوي ألفي دينار مثلاً، فالوكيل بالخيار عند أبي حنيفة؛ لأنه يملك استئناف العقد في هذه الحالة. وعند أبي يوسف: إذا مضت مدة الخيار تم البيع، ولا يجعل العارض كالموجود لدى العقد، وإن أجاز ذلك قصداً منه لم يجز، وعند محمد: يفسخ العقد، ويجعل العارض كالموجود لدى العقد.

إني أرى أن هذا الأصل له علاقة مباشرة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، إذ هو خاص بحالة العقد الموقوف، والعقد الموقوف⁽⁴⁾: هو العقد الذي تولاه غير صاحب العلاقة، فيتوقف نفوذه ولزومه على موافقة ورضا صاحب العلاقة، فإذا وجد عقد موقوف ثم اعترض عارض قبل نفاذه ولزومه، فيعتبر هذا العارض، أو الطارئ كالموجود حين انعقاد العقد، فيبطله، ويمنع نفاذه ولزومه، وعند أبي يوسف لا يمنع، فالعقد تم إبرامه ابتداءً، ولكن قبل إجازته من قبل صاحب العلاقة في فترة الدوام والبقاء،

(1) الدبوسي، تأسيس النظر، ص74، 76.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ 1/ 526.

(3) الدبوسي، المصدر السابق، ص74، 76.

(4) البورنو، المصدر السابق، 1/ 1/ 527.

يعترضه أمر طارئ، فعند أبي حنيفة ومحمد يراعى هذا العارض، ولذلك لا تؤثر حالة البقاء والدوام والاستمرار، فيجعل الأمر العارض الذي طرأ في حالة البقاء، كأنه موجود ابتداء، فيمنع من تمام العقد. أما أبو يوسف، فلم يجعل العارض كالموجود، ولذلك تترتب آثار العقد عليه، مراعاة لحالة البقاء والدوام فيما أرى -والله أعلم-.

[2] الأصل عند محمد: أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف: لا يعطى له حكم الابتداء في بعض المواضع⁽¹⁾.
من أمثلة هذا الأصل⁽²⁾:

أ. إذا تطيب الرجل قبل الإحرام بطيب بقيت رائحته بعد الإحرام، كره ذلك عند محمد؛ فقد جعل البقاء عليه كابتنائه، أما عند أبي يوسف، فلا يكره.

ب. إذا حلف الرجل أن لا يلبس هذا الثوب، فألقاه عليه رجل وهو نائم، فقال محمد: "أخشى عليه أن يحنث في يمينه"، فقد جعل البقاء على اللبس كابتنائه.

من خلال التأمل في هذا الأصل، يمكن استنتاج ما يأتي:

1. إن محمداً يرى جواز أن يعطى البقاء حكم الابتداء، وهذا يؤول إلى قاعدة: "البقاء كالدوام"، أي حالة التسوية بين البقاء والابتداء، وكلامه هذا يدل على أن القاعدة المضطربة عنده أن البقاء ليس كالابتداء، أو إن البقاء والدوام أسهل من الإنشاء والابتداء، وبالتالي، فإن جواز إعطاء البقاء حكم الابتداء من المستثنيات القليلة.

2. إن أبا يوسف يوافق محمداً، ولكنه يرى أن لا يعطى البقاء حكم الابتداء في بعض المواضع؛ وكأنه يشير إلى بعض المستثنيات، وهذه المستثنيات هي عدم التسوية بين البقاء والابتداء في مواضع معينة. [3] الأصل عند علماء الحنفية الثلاثة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد⁽³⁾: أن العارض في الأحكام انتهاء، له حكم يخالف الموجود ابتداء، وعند زفر حكمه حكم الموجود ابتداء.

وهذا الأصل قريب من لفظ القاعدة عند الشافعية: "كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ، فعلى قولين"⁽⁴⁾.
يفيد هذا الأصل أنه إذا وقع حكم من الأحكام، أو تم عقد من العقود، ثم حدث عليه بعد التمام طارئ، أو عرض له أمر عارض، بحيث لو وجد قبل تمام الحكم، أو العقد لأبطله، فهل يبطل العقد بوجود هذا العارض؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: إن هذا الطارئ لا يمنع نفاذ العقد؛ لأن الحكم في الانتهاء يخالف الحكم في الابتداء. وعند زفر بن الهذيل: حكم الطارئ الموجود انتهاء، كحكم الطارئ الموجود ابتداءً، وعند الشافعية في هذه المسألة قولان⁽⁵⁾.

(1) الدبوسي، تأسيس النظر، ص76.

(2) الدبوسي، المصدر نفسه، ص76، 78.

(3) الدبوسي، المصدر نفسه، ص91-92.

(4) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ 36/ 2.

(5) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 312؛ البورنو، المصدر نفسه، 1/ 36/ 2.

من أمثلة هذا الأصل⁽¹⁾:

أ. إذا باع الرجل عبداً، فأبق قبل القبض، لا يبطل البيع عند الأئمة الثلاثة، وعند زفر يبطل البيع؛ فجعل العارض الموجود في الانتهاء كالموجود لدى العقد ابتداءً.

ب. إذا انقطع المسلم فيه بعد انقضاء أجل السلم، لا ينتقض العقد الإمام وصاحبيه، وقال زفر: ينتقض العقد، فجعل الانقطاع العارض في الانتهاء كالموجود لدى العقد ابتداءً.

ج. إن الشيوخ إذا اعترض في عقد الإجارة، أو الرهن، لا يفسده عند الإمام وصاحبيه، وقال زفر: يفسد العقد، فجعل الشيوخ العارض كالموجود لدى العقد ابتداءً.

د. إذا تفرق المصلون عن صلاة الجمعة بعدما قيد الإمام الركعة بالسجدة، فذلك لا يمنع من المضي في الصلاة عند ثلاثتهم، ومنع زفر من المضي قدماً في الصلاة، وجعل اعتراض فرار القوم بمنزلة فرارهم، وتفرقهم عند التحريمة.

يتبين من خلال ما ذكره الدبوسي أن البقاء ليس كالابتداء، أو أن العارض في الأحكام انتهاء، له حكم يخالف الموجود ابتداءً عند أبي حنيفة وصاحبيه، وخالفهم زفر، واستثنى أبو حنيفة ومحمد حالة الطارئ في العقد الموقوف خاصة، فجعلوا العارض انتهاء كالموجود ابتداءً، خلافاً لأبي يوسف، الذي اعتبر الطارئ كأن لم يكن، مراعيًا بذلك البقاء والدوام، وذهب محمد إلى جواز إعطاء البقاء حكم الابتداء، وهذا لا يتعارض مع اعتباره أن الأصل أن البقاء ليس كالابتداء.

وبناء عليه، فقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الدوام ليس كالابتداء، وبعبارة أخرى، فقد راعى هذا الفريق مبدأ البقاء أو الدوام، واعتبروا أنه: يغتفر في البقاء من الأحكام ما لا يغتفر في الابتداء، لكن قال أبو حنيفة النعمان، ومحمد بن الحسن بالتسوية بين البقاء والابتداء، أو الطارئ "العارض" والمقارن في العقد الموقوف خاصة، ويرى محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، ووضع ضابطاً لذلك وهو: أن الشيء إذا بقي من حال إلى حال، فالأصل أن يعطى البقاء حكم الابتداء، والمعنى المفهوم من ذلك هو: التسوية بين البقاء والابتداء في هذا الموضع⁽²⁾.

(1) الدبوسي، تأسيس النظر، ص 91-92.

(2) الدبوسي، المصدر نفسه، ص 76؛ المقرئ، قواعد الفقه، ص 105؛ الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 163؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 215/1؛ التَّسُولِي، البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام"، 362/2، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ، 1998م؛ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 26/3، 374؛ ابن رجب، القواعد، ص 300-301؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 425/1.

الأدلة:

استدل جمهور العلماء بما يأتي:

1. عن عائشة⁽¹⁾ -رضي الله عنها- زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- قالت: (كنت أطيّب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لإحرامه حين يحرم، ولحله قبل أن يطوف بالبيت، ولقد رأيت وبيص⁽²⁾ الطيب في مفارق رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بعد إحرامه)⁽³⁾.

2. وعنها -رضي الله عنها- قالت: (كنا نخرج مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى مكة، فنضمّد جباهنا بالسك⁽⁴⁾ المطيب عند الإحرام، فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها، فيراه النبي -صلى الله عليه وسلم-، فلا ينهاها)⁽⁵⁾.

ووجه الدلالة من الأثرين⁽⁶⁾: إن وضع المحرم الطيب على بدنه بعد عقد نية الإحرام منهي عنه، أما وضعه قبل الإحرام واستدامته، وبقاء أثره بعد عقد النية، فلا يضر، حتى لو سال على الملابس؛ ولأنه معنى يراد للبقاء والاستدامة، فوجب أن لا يمنع الإحرام من استدامته، فاختلف حكم الدوام عن حكم الابتداء، ففيه دلالة واضحة على أن الدوام يتسامح فيه، ولو كان الدوام لا اعتبار له هنا، لما جاز وضع الطيب ابتداء؛ لما يخشى من سيلانه على بدن وملابس المحرم.

3. قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-⁽⁷⁾: (إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر، قبل أن تغرب الشمس، فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح، قبل أن تطلع الشمس، فليتم صلاته)⁽⁸⁾.

(1) عائشة بنت الصديق أبي بكر، خليفة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي القرشية، التيمية، المكية، النبوية، أم المؤمنين، زوجة النبي -صلى الله عليه وسلم- أفضه نساء الأمة على الإطلاق، وأمها: هي أم رومان بنت عامر، هاجر بها أبواها، وتزوجها نبي الله -صلى الله عليه وسلم- قبل مهاجره بعد وفاة الصديقة خديجة بنت خويلد -رضي الله عنها-، ودخل بها بعد منصرفه من غزوة بدر، روت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- الكثير من الأحاديث، كما روت عن كثير من الصحابة -رضي الله عنهم- وروى عنها خلائق لا يحصون، توفيت سنة 58هـ. **الذهبي**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان (ت 748هـ)، سير أعلام النبلاء، 135/2، دار الحديث، القاهرة، د. ط، 1427هـ، 2006م؛ **ابن سعد**، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي ولاء، البصري البغدادي (ت 230هـ)، **الطبقات الكبرى**، 46-45/8، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1410هـ، 1990م.

(2) البريق واللمعان. **الزبيدي**، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة "وبص"، 18/197.

(3) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب الطيب للمحرم عند الإحرام، ح ر (1189)، **مسلم**، **الجامع الصحيح**، 846/2.

(4) الدرر الضيقة الحلق يوضع فيها نوع من أنواع الطيب. **الجوهري**، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، مادة "سك"، 4/1590؛ **الشوكاني**، **نيل الأوطار**، 15/5، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م.

(5) أخرجه أبو داود، كتاب المناسك، باب ما يلبس المحرم، ح ر (1830)، **أبو داود**، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، **السنن**، 166/2، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر. وقال عنه الألباني: "حديث صحيح".

(6) **الماوردي**، **الحاوي الكبير**، 4/79؛ **مجموعة من العلماء**، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 498/8.

(7) أخرجه البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب من أدرك ركعة من العصر قبل الغروب، ح ر (556)، **البخاري**، **الجامع الصحيح**، 1/116.

(8) "مما يسجل لهذه القاعدة أن الله تعالى رفق بعبده رفقاً ظهر لمتأمله؛ فإنه لما شرع لكل صلاة وقتاً تؤتى بها فيه، كان من حيث التقدير متسعاً لأمثال فعل تلك الصلاة، فإذا ترك العبد فضيلة أول الوقت، ثم زاد به التأخير حتى لم يبق من الوقت مقدار فعل الصلاة، فقد ضايق الأمر، أو عرض عبادته لخطر الفوات، إلا أنه أحسن حالاً ممن أخر ذلك حتى لم يبق من وقت الصلاة إلا مقدار ركعة؛ فإنه من غير شك يصلي باقي صلاته بعد فوت الوقت، إلا إنه سبحانه رفق

وجه الدلالة:

إن الحديث فرق بين الابتداء والدوام؛ فإن الأمر بإتمام الصلاة، وقد طلعت الشمس، فيه أمر بالإتمام، لا بالابتداء، والنهي عن الصلاة في ذلك الوقت نهى عن ابتدائها، لا عن استدامتها؛ فإنه لم يقل: "لا تتموا الصلاة في ذلك الوقت"، وإنما قال: "لا تصلوا"⁽¹⁾، إن ابتداء الصلاة وقت النهي لا يجوز، أما إذا ابتدأ الصلاة قبل وقت النهي، ثم استدامها حتى دخل وقت النهي، فلا بأس بذلك؛ لأن استدامة الصلاة وقت النهي، أسهل من ابتدائها فيه، ودفع أو منع الصلاة بإبطالها قبل الدخول فيها أسهل وأيسر من رفعها وإبطالها بعد الشروع⁽²⁾.

4. حديث إلقاء سلا⁽³⁾ الجزور على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهو يصلي عند البيت، فعن ابن مسعود⁽⁴⁾ -رضي الله عنه- قال: (بينما رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يصلي عند البيت، وأبو جهل وأصحاب له جلوس، وقد نحرت جزور بالأمس، فقال أبو جهل: أيكم يقوم إلى سلا جزور بني فلان، فيأخذه، فيضعه في كتفي محمد إذا سجد؟ فانبعث أشقى القوم فأخذه، فلما سجد النبي -صلى الله عليه وسلم- وضعه بين كتفيه، قال: فاستضحكوا، وجعل بعضهم يميل على بعض، وأنا قائم أنظر، لو كانت لي منعة طرحت عن ظهر رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، والنبي -صلى الله عليه وسلم- ساجد- ما يرفع رأسه، حتى انطلق إنسان، فأخبر فاطمة، فجاءت وهي جويرية، فطرحت عنه، ثم أقبلت عليهم تشتمهم....)⁽⁵⁾، فلم يقطع صلاته، ولو كان الدوام كالابتداء، لقطع صلاته؛ لأن المصلي لا يبتدئ الصلاة بالنجاسة مطلقاً⁽⁶⁾.

5. حديث الرجل الأنصاري الذي قام يحرس المسلمين، فقام يصلي، فرماه أحد المشركين بثلاثة أسهم، فنزعه واستمر في صلاته بناء على القول بنجاسة الدم، فعن جابر -رضي الله عنه- قال: خرجنا مع

بعده فاحتسب له بأول فعله في الوقت، وأجرى آخرها مجرى أولها؛ فإن عرض هذا في وقت لضرورة نادرًا، فليكن داعيًا إلى الحذر من مثله فيما بعد، ويعلم أن هذا الفرق ينبغي أن يخجل المؤمن عند الاحتساب، لا ليتجراً على تكريره ما استطاع". ابن هبيرة، يحيى بن هبيرة بن محمد الذهلي الشيباني (ت 560هـ)، الإفصاح عن معاني الصحاح، 6/158، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، دط، 1417هـ.

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 2/246.

(2) الصوائط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ص 396-397.

(3) "السلام: بفتح السين المهملة، وتخفيف اللام، وهو اللفافة التي يكون فيها الولد في بطن الناقة وسائر الحيوان، وهي من الأدمية المشيمة". النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، 151/12، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 1392هـ.

(4) عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب، أبو عبد الرحمن الهذلي، وأم عبد الله بن مسعود أم عبد بنت عبد ود بن سواء من هذيل، كان إسلامه قديماً أول الإسلام، حيث أسلم سعيد بن زيد وزوجته فاطمة بنت الخطاب، وذلك قبل إسلام عمر ابن الخطاب بزمان، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة، وهاجر الهجرتين جميعاً إلى الحبشة، وإلى المدينة، وصلى القبلتين، وشهد بدرًا وأحداً والخندق وبيعة الرضوان، وسائر المشاهد مع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وشهد اليرموك بعد النبي -صلى الله عليه وسلم-، وهو الذي أجهز على أبي جهل، وشهد له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالجنة، توفي عام 32هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 3/381؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 4/198-199.

(5) أخرجه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب ما لقي النبي -صلى الله عليه وسلم- من أذى المشركين والمنافقين، ح ر (1794)، مسلم، الجامع الصحيح، 3/1418.

(6) التسولي، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، ص 319.

رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يعني في غزوة ذات الرقاع- فأصاب رجل امرأة رجل من المشركين، فحلف أن لا أنتهي حتى أهرق دما في أصحاب محمد، فخرج يتبع أثر النبي -صلى الله عليه وسلم-، فنزل النبي -صلى الله عليه وسلم- منزلا، فقال: من رجل يكلؤنا؟ فأنشد رجل من المهاجرين، ورجل من الأنصار، فقال: كونا بغم الشعب قال: فلما خرج الرجلان إلى فم الشعب، اضطجع المهاجري، وقام الأنصاري يصلي، وأتى الرجل، فلما رأى شخصه عرف أنه ريبة للقوم، فرماه بسهم، فوضعه فيه، فنزعه حتى رماه بثلاثة أسهم، ثم ركع وسجد، ثم انتبه صاحبه، فلما عرف أنهم قد نذروا به هرب، ولما رأى المهاجري ما بالأنصاري من الدم: قال: سبحان الله، ألا أنبهتني أول ما رمى؟ قال: كنت في سورة أقرأها، فلم أحب أن أقطعها⁽¹⁾.
ونباء على القول بأن الدم نجس، لا يمكن للمصلي أن يبتدئ صلاته بالنجاسة، ولو كان الدوام كالابتداء لقطع صلاته لبطلانها بنزول الدم.

6. حصار رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أهل الطائف، وكان ابتداءه في شوال -وهو شهر حلال-، واستصحب الحصار إلى أن دخل ذو القعدة، وهو شهر حرام، فاستمر في الحصار قريبا من أربعين يوما، ثم قفل عنهم، ومن المعلوم أن ابتداء القتال في الأشهر الحرم منهي عنه، فدل استمرار الحصار في الشهر الحرام على أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وهذا أمر مقرر، وله نظائر كثيرة⁽²⁾.

7. إقرار الشرع أنكحة الكفار بعد إسلامهم، وإن لم يكن قد عُقدَ على وجه مشروع ابتداء، ما لم يكن سبب التحريم فيها قائما بعد الإسلام؛ بحيث لو ابتدأ النكاح في الإسلام على ذلك الوجه لم يصح، فيجوز النكاح في الاستمرار ما لم يجر في الابتداء، فالنبي -صلى الله عليه وسلم- أقر من أسلم على أنكحتهم التي عقدوها أيام الجاهلية، ولم يستفصل منهم، عن الصيغة التي عقدوها بها، وهل عقدوها في عدة، أو في غير عدة؟ بولي أو بغير ولي؟ بشهود أو بغير شهود؟ ولم يأمر أحدا بتجديد نكاح، ولا بفراق امرأته، إلا أن يكون السبب المحرّم موجودا وقائما حين الإسلام، كمن أسلم وتحت امرأتين شقيقتين، أو امرأة وخالتها، أو عمتها⁽³⁾.

(1) أخرجه أبو داود، كتاب الطهارة، باب الوضوء من الدم، ح (198)، أبو داود، السنن، 50/1، والحديث حسنه الألباني.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 132/4، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط 2، 1420 هـ، 1999 م؛ القاسمي، محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق (ت 1332 هـ)، محاسن التأويل، 415/5، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418 هـ.

(3) الشيرازي، المذهب، 317/3؛ الزركشي، البحر المحيط، 201/4-205؛ ابن القيم، أحكام أهل الذمة، 614/2-615، المحقق: يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر، الدمام، الطبعة الأولى، 1418، 1997؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 176/6، 187.

8- ما ورد: (أن رجلاً أعمى تردى في بئر والنبي -صلى الله عليه وسلم- يصلي بأصحابه، فضحك بعض من كان يصلي مع النبي -صلى الله عليه وسلم-، فأمر النبي -صلى الله عليه وسلم- من ضحك بإعادة الصلاة⁽¹⁾).

ووجه الدلالة: إن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر من ضحك بإعادة الصلاة، وهذا بناء على أن الدوام على الصلاة ليس كابتدائها؛ إذ لو كان الدوام عليها كابتدائها، لما طلب منهم النبي -صلى الله عليه وسلم- إعادة الصلاة؛ لأنهم لما أحرموا ودخلوا في الصلاة، انعقدت صلاتهم صحيحة ابتداءً، لكن لما ضحكوا، وطراً عليهم الضحك، أمروا بإعادتها، ولم يجعل الدوام كالابتداء، لذلك طلب منهم النبي -صلى الله عليه وسلم- إعادة الصلاة، لأن صلاتهم باطلة، والدوام على الباطل باطل، فالدوام على الصلاة ليس كابتدائها⁽²⁾، مع ملاحظة أن دلالة الحديث لبيان التفريق بين البقاء والابتداء بشكل عام من حيث المبدأ، أي أن البقاء ليس كالابتداء، ولا دليل فيه على الاعتقاد أو المسامحة الذي تفيدته قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فالضحك مبطل للصلاة ابتداءً وبقاءً.

9- إن الحكم إنما يستدام إذا دل الدليل الشرعي على دوامه واستمراره، وإن منطوق القاعدة دال على البقاء والاستمرار، وهي دليل دال على اعتبار البقاء والاستمرار⁽³⁾.

10- إجماع العلماء على بعض فروع القاعدة، ومن ذلك: إجماعهم على أنه إذا أسلم الزوج، سواء أكان في دار الإسلام، أم في دار الكفر، وكانت له امرأة كتابية، أن إسلامه لا يؤثر في زواجهما، ولا تحصل الفرقة بينهما، بل يبقى زواجهما على حاله؛ لأن المسلم يحل له التزوج بالكتابية ابتداءً، فكذا يحل له البقاء معها؛ لأن البقاء معها أسهل من الابتداء بالزواج منها⁽⁴⁾.

جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع⁽⁵⁾: "إن الزوجين الكافرين إذا أسلم أحدهما في دار الإسلام، فإن كانا كتابيين، فأسلم الزوج، فالنكاح بحاله؛ لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداءً، فكذا بقاء". وفي بداية المجتهد ونهاية المقتصد⁽⁶⁾: "أما الأنكحة التي انعقدت قبل الإسلام، ثم طراً عليها الإسلام، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معا -أعني من الزوج والزوجة-، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام، أن الإسلام يصح ذلك".

(1) أخرجه الدارقطني، كتاب الطهارة، باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها، ح ر (603)، الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد (ت 385هـ)، سنن الدارقطني، 298/1، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ، 2004م، روي هذا الحديث مرسلًا من حديث أبي العالية، وهو حديث منكر، كمال قال الدارقطني .

(2) مجموعة من العلماء، معلة القواعد الفقهية والأصولية، 499/8.

(3) الغزالي، المستصفى، 160/1.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 336/2؛ ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت 595هـ)، بداية المجتهد، 71/3، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1425هـ، 2004م؛ ابن حجر، تحفة المحتاج، 328/7، ابن قدامة، المغني، 613/6؛ زقور، أحسن، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، 388/1، دار التراث ناشرون، الجزائر، د ط، 2005م.

(5) الكاساني، 336/2.

(6) ابن رشد، 71/3.

المطلب الثاني: القائلون بأن الدوام على الشيء كابتدائه، وأدلتهم.

ذهب زفر من الحنفية، وبعض المالكية، وأحد قولي الشافعية إلى أن الدوام كالابتداء بشكل عام⁽¹⁾. جاء في غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: إن المشاع الذي قضى القاضي بجوازه يصح بالاتفاق، والمراد بالشيوع المقارن، ولكن هذا مُشكّلٌ، إذ قضية الأمر أن الأوصاف الراجعة إلى المحال، يستوي فيها الابتداء والبقاء، أن يكون الشيوع الطارئ كالمقارن في منع الصحة، كما هو الحال في الرهن، من أن الشيوع الطارئ مفسد للرهن على الصحيح، فينبغي أن يكون هنا كذلك، والجواب عن ذلك: إن هذا الأصل ليس كلياً، إذ قد خرج عنه بالنص بقاء الصلاة عند سبق الحدث، حتى جاز البناء، فيحمل ما هنا على أنه خرج عن الأصل بنص⁽²⁾. وجاء في فتح القدير: "الأصل أن كل صفة منافية الحكم يستوي فيها الابتداء والبقاء، إلا أن يخرج شيء بنص، وقد يقال: الضابط المذكور خاص بالأمانات، فإن لبقائها حكم ابتدائها، أما الوقف ونحوه فلا؛ لأنه ليس من الأمانات، والرهن عينا أمانة، بدليل وجوب كفن عبد الرهن على الراهن، والمضمون إنما هو المالية"⁽³⁾. أما المالكية، فقد جرى الخلاف بينهم داخل المذهب في القاعدة، ولذلك وردت بصيغة الاستفهام عندهم⁽⁴⁾:

أ. فمنهم من رأى أن الدوام كالابتداء، إذا كان ممنوعاً، أو مفسداً للعمل، كابتداء الصلاة بالنجاسة، وطروئها أثناء الصلاة كذلك، فلا يمكن أن يمضي المصلي في صلاته، والحالة هذه، ومنه أيضاً الابتداء المسبب للكفارة، أو الحنث، والدوام عليه سواء.
ب. ومنهم من رأى أنه ليس كذلك، وبالتالي، فالبقاء أسهل من الابتداء، ولكن يختلف الترجيح من مسألة لأخرى.

جاء في قواعد الفقه⁽⁵⁾: "اختلف المالكية في التماذي على الشيء، هل يكون كابتدائه في الحكم، أو لا؟ إلا أن يتعلق الحكم بلفظ وضع للقدر المشترك بينهما، فيتفقون إذا تحقق، فإذا أدخل إحدى رجليه في الخف قبل غسل الأخرى، وقيل بالأول، مسح، ...، وإن قيل بالثاني، لم يمسح..."، وقد بنيت على هذا الخلاف مسألة مختلف فيها عند المالكية، وهي من أحدث قبل كمال غسله، ثم توضاً، ولم يجدد

(1) الدبوسي، تأسيس النظر، ص74، 76-91، 78-92؛ المقرئ، قواعد الفقه، ص105؛ الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص163؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 215/1؛ التئولي، البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام"، 362/2؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 425/1، 1126/2.

(2) الحموي، 266/1.

(3) ابن الهمام، 132/1.

(4) المقرئ، قواعد الفقه، ص105؛ الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص163؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 215/1؛ التئولي، البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام"، 362/2؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 425/1، 1126/2.
(5) المقرئ، ص106.

النية...، ولكن هذا البناء لا يصح؛ لأنه عبادة أخرى، لا تعلق لها بالأولى، لارتفاع الجنابة قبله؛ لأن الخلاف في استدامة حكم الشيء، لا في إيصال شيء بشيء، ولا في إدخاله فيه. وعند الشافعية، قال ابن السبكي: "وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء، إلا ما استثنى..."، وقد اعتبر أن استواء الشيء ابتداء ودواما هو الأصل⁽¹⁾. ويمكن الاستدلال لهم بما يأتي:

1- إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صلى، فخلع نعليه، فخلع الناس نعالهم، فلما انصرف قال: (لم خلعت نعالكم؟) فقالوا: يا رسول الله، رأيناك خلعت، فخلعنا، قال: (إن جبريل أتاني، فأخبرني أن بهما خبثا، فإذا جاء أحدكم المسجد، فليقلب نعله، فلينظر فيها، فإن رأى بها خبثا، فليمسحه بالأرض، ثم ليصل فيهما)⁽²⁾.

وجه الدلالة⁽³⁾: إن الصلاة بالنجاسة ممنوعة ابتداء، فلما علم النبي -صلى الله عليه وسلم- أثناء صلاته أن نعله أصابته نجاسة خلعه، ولم يداوم على لبسها، فدل على أن الدوام في هذا كالابتداء، فلو لم يكن كذلك، لاستمر الرسول -صلى الله عليه وسلم- لابساً نعليه.

2- من المعقول: أن الإحرام يمنع من لبس القميص والعمائم وغيرها، ويمنع من الطيب، ومن قتل الصيد وإمساكه، فلما أجمعوا على أن الرجل إذا لبس قميصاً قبل أن يحرم، فأحرم وهو عليه، أنه يؤمر بنزعه، وإن لم ينزعه وتركه، كان كمن لبسه في إحرامه لبساً مستقبلاً، ويجب عليه في ذلك ما يجب عليه لو استأنف لبسه بعد إحرامه، وكذلك لو اصطاد صيدا في الحل، وهو حلال، فأمسكه ثم أحرم وهو في يده، أمر بتخليته، وإن لم يخله كان إمساكه له كابتدائه الصيد، وإمساكه في إحرامه، لذلك قالوا: فلما كان ما ذكروا كما وصفنا، وجب أن يكون الطيب قبل الإحرام وبعده سواء في الحكم⁽⁴⁾.

3- الاستدلال بالقياس، فالاستمرار والتمادي على فعل الشيء كفعله ابتداء، من باب قياسه عليه؛ لاشتراكهما في إيجاد الفعل⁽⁵⁾.

جاء في الحاوي الكبير⁽⁶⁾: "استدامة الفعل كابتدائه شرعا ولسانا، أما الشرع فقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الذِّبَرُ﴾⁽⁷⁾، أي استديموا الإيمان، وقال تعالى: ﴿أَمَدِنَا أَلَمْرَطَ الْمُسْتَقِيمِ﴾⁽⁸⁾، أي ثبتنا على الهداية إليه،

(1) الأشباه والنظائر، ص315.

(2) أخرجه أحمد، في مسند أبي سعيد الخدري، ح ر (11153)، ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت 241هـ)، مسند الإمام أحمد، 242/17-243، المحقق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، وآخرون إشراف: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ، 2001م، والحديث إسناده صحيح على شرط مسلم، كما قال محققه.

(3) مجموعة من العلماء، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 500/8.

(4) ابن عبد البر، الاستذكار، 30/4، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ، 2000م.

(5) مجموعة من العلماء، المصدر السابق، 500/8.

(6) الماوردي، 176/7.

(7) سورة البقرة، الآية 104.

(8) سورة الفاتحة، الآية 6.

فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الأمر والطلب، وأما اللسان، فهو أن مستديم الغصب، يسمى في كل حال غاصبا، ويقال: قد غصب، وإن كان قد تقدم منه الغصب".

المطلب الثالث: رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة⁽¹⁾.

ابن السبكي من أصحاب القول الثاني، الذين اعتبروا أن الدوام كالابتداء في الأحكام الشرعية، ولكن، من خلال الاطلاع على كتاب الأشباه والنظائر له، رأيت أنه اعتبر قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، خارجة عن القواعد الفقهية، مدعما رأيه بجملة من الأدلة، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أورد ابن السبكي قاعدة: "كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ، فعلى قولين"...، كالفسق، فإنه يمنع ولاية الإمامة ابتداء، وإذا طرأ، لم يعزل على الصحيح وتستثنى مسائل...، ثم قال: "هذه القاعدة ينقضها شيء، يعده العادون في القواعد، ويندرج فيها شيء، يعده آخرون في القواعد".

ثم بين أن الذي ينقضها قولهم: كل تصرف يمنع ابتداء الرهن، يفسخه إذا طرأ عليه قبل القبض، ولم يحكوا في ذلك قولين، فلم يطرد دعوى القولين، وذكر ابن السبكي عن والده أنه اعتبر ذلك مطردا -لا ينقضه شيء-، ولا يرد أن الأصح عدم الانفساخ بتخمير العصير، وجناية العبد، وهربه... وإنما لم ينقض الرهن؛ لأن الكلام في التصرفات، لا في كل ما يمنع الرهن.

وأما عكس هذا الضابط، فيستثنى منه الرهن من غير قبض -على المنصوص-، وأمور أخرى على وجه. وهذا الذي ذكره، خارج عن محل النزاع.

أما الذي يندرج في القاعدة؛ فإنه قد يغتفر في الدوام، ما لا يغتفر في الابتداء، ومسائلها كثيرة، وهي من أصلها خارجة عن القواعد، وهذا هو موطن الشاهد.

ثم أشار هنا إلى أنه أتى بلفظ: "قد" التي لا تستعمل غالبا إلا للتقليل، ثم أطال الكلام في "قد" من حيث استعمالها اللغوي، وأشار إلى معنى "الاغتفار" - في نص القاعدة وهو: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، واعتبره مبنيا على أن أصل المؤاخذه به، لولا ورود المغفرة عليه؛ واعتبر أن من أدخل في القواعد الفقهية: "قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" وقاعدة: "قد يغتفر الشيء تابعا، ولا يغتفر أصلا"؛ فليس على بصيرة من فهمه، وهو كمن يدخل المعفو عنه -في باب النجاسة- في أقسام الطهارات.

ثم حقق أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء⁽²⁾؛ إلا ما استثنى، والمستثنى لا يكون قاعدة، واعتبر أن أحكام البقاء والابتداء قسمان؛ أما القسم الأول: أن يستوي وجود الشيء ابتداء ودواما، وهو الأصل، وجعله على ضربين:

(1) الأشباه والنظائر، 312/1-313، 316-317.
(2) وهذا الذي أشرت إليه سابقا في قول الفريق الثاني.

أحدهما: أن يكون ذلك جزماً، مثل: قطع نجاسة الماء القليل بطريان الكثرة عليه، وقطع النكاح بطريان الرضاع المحرم، وهو كثير جداً.

الثاني: أن يكون كذلك، من استواء البقاء والابتداء، ولكن على الأصح من الخلاف، وليس جزماً، مثل: طريان الكثرة على الماء القليل المستعمل، وطريان الشفاء على المستحاضة في أثناء الصلاة، وطريان الردة على المحرم، فيبطل نسكه، وطريان قصد المعصية على سفر الطاعة حتى لا يترخص، وعكسه حتى يترخص، وطريان نقصان عدد الجمعة في أثناءها -كما لو انفضوا- فتبطل الصلاة، وإذا طوّل المُولي⁽¹⁾ بالفيئة⁽²⁾، أو الطلاق؛ فوطئ ولم ينزع، بل مكث؛ فالصحيح لا حدّ عليه؛ لأن الابتداء كان مباحاً، وهو أيضاً كثير.

أما القسم الثاني: أن لا ينزل الدوام منزلة الابتداء، وهذا هو الخارج عن القواعد، واعتبره أيضاً على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك جزماً -وهو قليل- مثل: طريان الإحرام والردة وعدة الشبهة على النكاح، وطريان الإسلام على السبي، فإنه لا يزيل الملك، وطريان اليسار، ونكاح الحرة، والأمن من العنت على حر نكح أمة بالشروط، ونكاح الحرة، وطريان إباق العبد؛ فإنه لا يفسخ البيع؛ مع كون الإباق يمنع صحة البيع ابتداءً، ولو ابتلت الحنطة المرهونة وتعرضت للفساد، لم يفسخ عقد الرهن، وإن قيل: رهن ما يتسارع إليه الفساد باطل، ولو رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة أتمها، إن كانت مما يسقط فرضها بالتيمم، وهو مانع في ابتداء الصلاة، ولو أسلم عبداً لكافر لم يفسخ عقد البيع، بخلاف ما لو كان مسلماً ابتداءً.

ثانيهما: أن يكون فيه خلاف، والأصح أنه لا يترك، أي يحكم فيه بناء على الدوام، وهو أكثر من القسم قبله مثل: القدرة على الماء في أثناء الصلاة، ونية التجارة بعد الشراء، وطريان ملك الابن على زوجة الأب؛ فإنه لا يفسخ به النكاح، رغم أن ملك الابن مانع من عقد الأب، وإذا بنى جداراً مائلاً ملاصقاً للشارع، فسقط، فإنه يضمن ما يتولد من سقوطه، أما إن مال -بعد أن بناه مستوياً، وقبل التمكن من الهدم أو الإصلاح- فالأصح أنه لا يضمن، ولو سقاه⁽³⁾ في الدين -دون المال- لم يحجر عليه في الأصح، بخلاف ما لو قارن ذلك البلوغ، فإنه يقتضى دوام الحجر، ولو جرت قسمة، ثم

(1) المولي هو الحالف، الذي يحلف أن لا يمس زوجته أربعة أشهر فأكثر. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 20/1.

(2) الفيء: الرجوع، والفيئة هي الرجعة، أي بعد أن يحلف أن لا يمس الزوجة، فيرجع عن يمينه وبمسها. الفيومي، المصدر نفسه، 486/2.

(3) السفه ضد الحلم، وأصله الخفة والحركة، فالسفيه لا يحسن التصرف في ماله، فيصرفه في غير موضعه، ولذلك يحجر، وفي الاصطلاح: "عبارة عن خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع، مع قيام العقل حقيقة". الرازي، مختار الصحاح، مادة "سفه"، ص149؛ البخاري، كشف الأسرار، 369/4؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 657/2.

استحق جزء شائع لم يبطل في غيره على الأصح، لو أراد بعض الشركاء -في الابتداء- أن ينفرد بالقسمة لم يُمكن.

وفي النص الآتي ما يدل دلالة واضحة على عدم اعتباره قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، أو قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" كقاعدة فقهية مستقلة، وكذلك عدم اعتبار عكسها، وهي: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام" قاعدة، حيث قال: "إذا عرفت هذا، فكل من عد الاعتقاد في الدوام أصلاً من أصول القواعد، فقد أساء الفهم عن الأئمة، وأسوأ منه فهماً، وأسفه رأياً، ونظراً من يعد في القواعد المسائل القليلة التي وقع فيها عكس هذه المسائل، وهو ما دعت إليه الضرورة من اغتفار الشيء في الابتداء دون الدوام؛ فإن ذلك مستثنى من القاعدة المشهورة... وهي أن "ما منع الدوام منع الابتداء"، وقد ذكرها الشيخ الإمام⁽¹⁾ في باب التفليس... فقال: لم أر أحداً من الفقهاء استثنى من هذه القاعدة شيئاً إلا ابن الرفعة⁽²⁾؛ فإنني سمعته يقول: إلا لقربة تمنع دوام الملك، دون ابتدائه".

وذكر عن والده أنه اعتبر هذه المسألة مسألة مليحة تستفاد في نقض القاعدة على المذهب، وألحق بها ابن السبكي الجنون؛ لأنه يمنع دوام أجل الدين على قول، ولا يمنع ابتداءه، على ما قاله والده. والتحقيق عدم الاستثناء؛ أما الجنون والفلس، فالقاطع طريانهما، أما القرابة، فليست مانعة من الملك، بل موجبة للعق، بدليل قوله -صلى الله عليه وسلم-: (لا يجزي ولدٌ والداً، إلا أن يجده مملوكاً، فيشتريه فيعتقه)⁽³⁾، فملك القريب كإعتاقه، قاطع لا مانع.

(1) يقصد به والده علي بن عبد الكافي شيخ الإسلام الأنصاري الخزرجي السبكي.
(2) أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع بن حازم الأنصاري البخاري، الشيخ العلامة، شيخ الإسلام، وحامل لواء الشافعية في عصره، ولد في مصر سنة 645هـ، سمع الحديث من أبي الحسن بن الصواف، وعبد الرحيم بن الدميري، له من التأليف: الكفاية في شرح التنبيه، والمطلب في شرح الوسيط في نحو أربعين مجلداً، وبذل النصائح الشرعية في ما على السلطان وولاية الأمور وسائر الرعية، أخذ عنه الفقه الشيخ تقي الدين السبكي وجماعة، توفي عام 710هـ. ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 24/9-25، 27، 28؛ ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، 636/1-637، 639.
(3) أخرجه مسلم، كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد، ح ر (1510)، مسلم، الجامع الصحيح، 1148/2.

المطلب الرابع: المناقشة والترجيح.

وفي هذا المطلب مسألتان:

المسألة الأولى: مناقشة الأدلة.

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور.

أ. إن حديث عائشة -رضي الله عنها- وهو تطيب رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، لم يُختلف فيه عنها، والأسانيد متواترة به، وهي صحاح...، وقد نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن لباس ثوب مسه زعفران، وأجمع العلماء على أن الطيب كله محرم على الحاج والمعتمر بعد إحرامه، وكذلك لباس الثياب، واختلفوا في جواز الطيب للمحرم قبل الإحرام؛ لما يبقى عليه بعد الإحرام⁽¹⁾.

ولكن، يمكن أن يناقش هذا الحديث، بأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- طاف على نسائه بعد التطيب، وإذا طاف عليهن، اغتسل لا محالة، فكان بين إحرامه وتطيبه غسل يزول به أثر الطيب⁽²⁾. ولهذا قال -صلى الله عليه وسلم- لِلْمُعْتَمِرِ⁽³⁾: (انزع عنك الجبة، واغسل عنك الصفرة)⁽⁴⁾، فيكون هذا الحديث ناسخاً لحديث عائشة -رضي الله عنها-، فتعارض هاهنا -على هذا الوجه- قوله وفعله، فوجب الرجوع إلى قوله؛ لأنه قاله في حالة فعله، وهذه نُكْتةٌ بدیعة⁽⁵⁾.

ومن ناحية أخرى، يمكن أن تكون طيبته بما لا تبقى رائحته، وقالوا أيضاً: قد يكون هذا من خواص النبي -صلى الله عليه وسلم-؛ لأن المحرم إنما منع من الطيب لئلا يدعوه إلى الجماع، والنبي -صلى الله عليه وسلم- كان يملك إربه⁽⁶⁾، فيؤمن عليه -صلى الله عليه وسلم- من الأثر الناشئ عن التطيب، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: (حُبِّبَ إِلَيَّ مِنَ الدُّنْيَا النَّسَاءُ وَالطِّيبُ، وَجُعِلَ قُرَّةُ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ)⁽⁷⁾، فذكر الطيب وخصه به؛ لأن تطيبه وهو مُحْرِمٌ ليكمل له المتاع بما يحب في كل حال⁽⁸⁾.

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 4/ 27-29.

(2) ابن عبد البر، المصدر نفسه، 4/ 30؛ عياض، عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي (ت 544هـ)، شرح صحيح مسلم المُسنَّى إكمال المُعلِّم بفوائد مُسلم، 1/ 172، المحقق: الدكتور يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 1419 هـ، 1998 م.

(3) المازري، المعلم بفوائد مسلم، 2/ 68، المحقق: فضيلة الشيخ محمد الشاذلي، الدار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات "بيت الحكمة"، ط 2، 1988 م، والجزء الثالث صدر بتاريخ 1991 م.

(4) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة، وما لا يباح، وبيان تحريم الطيب عليه، ح ر (1180)، مسلم، الجامع الصحيح، 2/ 837.

(5) ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، 4/ 299، قرأه وعلق عليه: محمد بن الحسين السليمانى، وعائشة بنت الحسين السليمانى، قدّم له: يوسف القرضاوى، دار الغرب الإسلامى، ط 1، 1428 هـ، 2007 م.

(6) الأرب، على وزن جمل، أي الحاجة، ومغالبة الهوى. ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري (ت 606 هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، 1/ 36، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399 هـ، 1979 م.

(7) أخرجه النسائي، كتاب عشرة النساء، باب حب النساء، ح ر (8836)، النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ابن علي الخراساني (ت 303 هـ)، السنن الكبرى، 8/ 149، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1421 هـ، 2001 م. والحديث حسنه الألباني. التبريزي، مشكاة المصابيح، 3/ 1448.

(8) ابن العربي، المصدر السابق، 4/ 297-298.

ويجاب عن ذلك:

إن التطيب للإحرام والإحلال سنة؛ لمداومة الرسول -صلى الله عليه وسلم-، ولا كراهية فيه، ولا يضر بقاء لونه ورائحته، وإنما يحرم في الإحرام ابتداءه، ومن ناحية أخرى، فاستدامة اللبس لبس، واستدامة الطيب ليس بتطيب، ولذلك لو حلف أن لا يلبس، وعليه ثوب، فاستدام لبسه حنث، ولو حلف لا يتطيب، وعليه طيب، فاستدامه لم يحنث⁽¹⁾، وفي رواية أخرى لهذا الحديث، قالت عائشة -رضي الله عنها-: (كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَيَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ، ثُمَّ يُصْبِحُ مُحْرِمًا يَنْضُخُ طِيبًا)⁽²⁾.

وقولها: (ينضخ طيباً)، بالحاء أو الخاء، وهو بالخاء معجمة أشبه؛ لأنه أخف من النضج، كأنه يتساقط منه الشيء بعد الشيء من الطيب⁽³⁾، ولو كان غير جائز لأزاله، فلفظة: "ينضخ"، فيها معنى زائد على مجرد بقاء أثر الطيب.

وفي أثر عائشة -رضي الله عنها- المتقدم، وفيه: (كُنَّا نَخْرُجُ مَعَ النَّبِيِّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- إِلَى مَكَّةَ فَنُضَمُّدُ جِبَاهَنَا بِالسُّكِّ الْمُطِيبِ...) ⁽⁴⁾، وهذا نص صريح في بقاء عين الطيب، ولا يقال هذا خاص بالنساء؛ لأنهم أجمعوا على أن الرجال والنساء سواء في تحريم استعمال الطيب، إذا كانوا محرمين⁽⁵⁾، وبذلك، لا تقوم حجة بدعواهم أنه خاص بالنبي -صلى الله عليه وسلم-، ثم إن النسخ لا يثبت إلا بدليل بين واضح، ولا دليل على النسخ بحديث صاحب الجبة.

ومن ناحية أخرى، فكون الطيب محبباً للرسول -صلى الله عليه وسلم-، لا يعني خصوصيته به، فاستعمال الطيب سنة لجميع الأمة، ولكن الرسول -صلى الله عليه وسلم- خصه ربه تبارك وتعالى بمزيد حب وحرص على الطيب.

ب. حديث سلا الجزور:

يمكن أن يناقش حديث سلا الجزور، بأن هذه الصلاة كانت في أول الإسلام، ويحتمل أن تكون قبل أن تفرض على الرسول -صلى الله عليه وسلم- الصلاة، فتكون نافلة، فلم يحتج إلى إعادتها.

(1) الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله (ت743هـ)، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح (الكاشف عن حقائق السنن)، 1951/6، المحقق: عبد الحميد هندائي، مكتبة نزار مصطفى الباز، جدة، الرياض، ط 1، 1417هـ، 1997م؛ العراقي، طرح التثريب، 75/5.

(2) أخرجه البخاري، كتاب الغسل، باب إذا جامع ثم عاد، ومن دار على نسائه في غسل واحد، ح ر (267)، البخاري، الجامع الصحيح، 62/1.

(3) ابن رجب، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 197/1.

(4) الحديث سبق تخريجه ص 82.

(5) الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني (ن 1182هـ)، التَّحْيِيرُ لِإِيضَاحِ مَعَانِي النَّبِيِّ، 220/3، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: مُحَمَّدٌ صُبْحِي بن حَسَنٍ حَلَّاقٌ، مَكْتَبَةُ الرَّشْدِ، الرِّيَاضُ، الْمَمْلَكَةُ الْعَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ، ط 1، 1433هـ، 2012م.

والجواب عليه: صحيح أنها لا تُعلم ما كانت تلك الصلاة، ولو كانت نافلة، لكان سبيلها سبيل الفرائض، وأي وقت كانت هذه الصلاة، فلا شك أنها كانت بعد نزول قوله تعالى: ﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ﴾ (1)؛ لأن هذه الآية أول ما نزل عليه من القرآن، قبل كل صلاة؛ فريضة، أو نافلة (2).

ويناقش ثانياً: بأن ثبات النبي -صلى الله عليه وسلم- في الصلاة حين طرح عليه الكفار سلا الجزور، دليل على طهارة ما يخرج من أجواف الحيوان المأكول اللحم، ومن ضمنه السلا؛ لأن السلا لا ينفك منه (3)، وإذا كان طاهراً، فلا دلالة فيه على افتراق حكم الدوام عن الابتداء، لأن الصلاة صحيحة على كلا الحالتين، بسبب طهارة ذلك.

ويجاب عن ذلك: بأن القول بطهارته ضعيف، أو باطل؛ لأن هذا السلا يتضمن النجاسة؛ من حيث إنه لا ينفك من الدم في العادة؛ ولأن الذبيحة ذبحت بأيدي عباد الأوثان، فهي نجسة، وكذلك اللحم، وجميع أجزاء الجزور (4).

ج. يناقش حديث الرجل الأعمى الذي تردى في بئر، بأنه أثر لم يثبت، فلا تقوم به حجة. يجاب عن ذلك: بأن هذا الأثر وإن لم يثبت، فإن المعنى الذي دلّ عليه صحيح، وفيما ذكر من الأدلة الأخرى كفاية.

د. يناقش الدليل الثامن من أدلة الجمهور، وهو أن الحكم إنما يستدام إذا دل الدليل الشرعي على دوامه....، فيجاب عنه: بأن هذا هو الادعاء، وليس الدليل، فكيف تكون الدعوى عينها الدليل، فنحن لا نسلم أن الدوام يفترق عن الابتداء، فكيف تكون القاعدة دليلاً مثبتاً لاعتبار الدوام والاستمرار، وأنتم مطالبون بإقامة الحجة على هذه الدعوى.

ثانياً: مناقشة أدلة الفريق الثاني.

أ. حديث خلع النعل: هذا الحديث الذي استدلوا به، هو -في الحقيقة- عليهم لا لهم، فالرسول -صلى الله عليه وسلم- دخل في الصلاة، وفي نعليه نجاسة؛ لأن الخبث هو النجاسة من بول، أو غائط، فلما أعلمه جبريل -عليه السلام- خلع نعليه، ومضى في صلاته، فاستدام الصلاة، رغم أن من شروط صحة الصلاة الطهارة من الأنجاس، ورغم ذلك، فقد استدام صلاته بعد أن أزال النجاسة، فقد اغتفر هنا في الدوام، ما لم يغتفر في الابتداء، فلو علم المصلي بالنجاسة ابتداءً، لم يجز له الدخول في الصلاة، أما إذا دخل في الصلاة، ورأى نجاسة، فيمكنه طرحها بعيداً، ويستكمل -يستديم- صلاته، وهذا تطبيق للقاعدة (5).

(1) سورة المدثر، الآية 4.

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 356 / 1.

(3) عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 6 / 166.

(4) النووي، شرح النووي على مسلم، 12 / 151.

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، 142-141 / 2.

أما قولهم إنه-صلى الله عليه وسلم- خلع نعليه، وهذا يدل على التساوي بين الابتداء والدوام، فيقال: إن العبرة باستدامة الصلاة، وما النعل إلا جزء من لباس المصلي، ولا يضر إلقاء شيء من ذلك إن حَمَلَ نجاسةً، مع العلم أن الصلاة في النعال جائزة، لكن هذا الجواز لا يبقى مع وجود نجاسة تمنع صحة الصلاة.

ب. أما ما استدلوا به من المعقول، فيجيب عنه بالآتي: إنه لا يضر بقاء لون الطيب ورائحته، وإنما يحرم في الإحرام ابتداءه، ومن ناحية أخرى، فإن استدامة اللبس لبس، فمن لبس قميصاً، وبقي عليه، فإنه مستديم لللبس، أما استدامة الطيب، فليس تطيباً، ولذلك لو حلف أن لا يلبس، وعليه ثوب، فاستدام لبسه حنث، ولو حلف لا يتطيب، وعليه طيب، فاستدامه لم يحنث، وبهذا تبين أن ما ذكره من الاستدامة قياس مع الفارق⁽¹⁾.

ج. أما استدلالهم بالقياس، على اعتبار أن الاستمرار والتماضي على فعل الشيء، كفعله ابتداءً؛ لاشتراكهما في إيجاد الفعل، فيجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الابتداء إنشاء وإيجاد للفعل بعد أن لم يكن موجوداً من قبل، أما الدوام، فهو استدامة الفعل، أي بقاء واستمرار لوجود الفعل، وفرق شاسع بين الإنشاء والإيجاد، وبين الاستمرار⁽²⁾.

د. أما الاستدلال بما جاء في الحاوي الكبير، فيجيب عنه بالآتي:

إن معنى سؤال المسلمين الهدى، وهم مهتدون، التثبيت على الهدى، كما يقال للقائم: قم حتى أعود إليك؛ أي: اثبت على قيامك⁽³⁾، فالثبات والبقاء على القيام غير ابتدائه، فالبقاء معنى مراد في نفسه، وتأتي بمعنى طلب مزيد الهداية للمهتدي؛ لأن الألفاظ والهدايات من الله تعالى لا تنتهي⁽⁴⁾، فطلب الهداية من المهتدي معناه طلب الزيادة⁽⁵⁾.

وعلى كل حال، فبعض أنواع الهداية مطلوب حصوله لمن لم يبلغ إليه، وبعضها مطلوب دوامه لمن كان حاصلًا له خاصة، أو لجميع الناس الحاصل لهم، وصيغة الطلب موضوعة لطلب حصول الماهية المطلوبة، من فعل أو كف، فإذا استعملت في طلب الدوام، كان استعمالها مجازاً، نحو قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَامِنُونَ﴾⁽⁶⁾، وذلك حيث لا يراد بها إلا طلب الدوام، وأما إذا استعملت في طلب الدوام للزيادة مما حصل بعضه، ولم يحصل بعضه، فهي مستعملة في معناها، وهو طلب

(1) الطيبي، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح، 1951/6؛ العراقي، طرح التنزيل، 75/5.

(2) الأزدي، جمهرة اللغة، مادة: "بداوي"، 1019/2.

(3) الواحدي، علي بن أحمد بن محمد بن علي (ت 468هـ)، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، 68/1، تحقيق وتعليق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، أحمد محمد صيرة، أحمد عبد الغني الجمل، عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.

(4) البغوي، معالم التنزيل، 75/1.

(5) الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية، 28/1، دار ابن كثير - دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، ط 1، 1414هـ.

(6) سورة النساء، الآية 136.

الحصول؛ لأن الزيادة في مراتب الهداية مثلاً، تحصيل لمواد أخرى منها، ولما كان طلب الزيادة يستلزم طلب دوام ما حصل -إذ لا تكاد تنفع الزيادة إذا انتقض الأصل- كان استعمالها حينئذ في لازم المعنى مع المعنى كناية⁽¹⁾.

أما ما استدلوا به بأن مستديم الغصب يسمى في كل حال غاصباً، ويقال: قد غصب، وإن كان قد تقدم منه الغصب، فيجواب عن ذلك:

بأنه قد ثبت أن بعض الأمور تختلف عن بعض، فمن لبس لباساً وبقي عليه، يسمى مستديماً لهذا اللباس، ومن تطيب وبقي عليه أثر الطيب، فلا يسمى مستديماً، فافترق اللباس عن الطيب، فقد تبين أن بعض الألفاظ تفترق عن بعض من حيث الاستدامة، وعدمها، فالاستدامة في اللباس معتبرة، وفي الطيب ليست كذلك.

ثم إن الغاصب يسمى غاصباً ما دام المغصوب تحت يده، فإن تاب وأعاده، لم يسم غاصباً؛ حيث ابتدأ الغصب، ثم أعاد المغصوب وتاب، ولو كان ابتداء غصبه كدوامه، لظلَّ يسمى غاصباً ابتداء ودواماً ولو تاب.

ولكن الصحيح، أنه لا يبقى يسمى غاصباً، إلا إذا بقي معه المغصوب، فافترق الابتداء عن الدوام.

ثالثاً: مناقشة رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة.

لقد نصَّ ابن السبكي نصاً صريحاً على كون قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، من القواعد الفقهية العظيمة، التي كثرت مسائلها، بل أكثر من ذلك، حيث ذكر عكس هذه القاعدة، وبين أنه يغتفر في بعض المسائل ابتداء ما لا يغتفر دواماً، عكس هذه القاعدة الأولى -التي يعني بها أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء-، حين تكلم عن الوصف المجعول علة، فجعله على ثلاثة أقسام منها⁽²⁾:

الأول: أن يكون دافعاً للحكم فقط، ومثل له بالعدة، فإنها دافعة لحل النكاح، إذا وجدت في ابتدائه، وليست رافعة له إذا وجدت في أثائه... وهذا يلتفت على أن يغتفر في الدوام، ما لا يغتفر في الابتداء، وكذلك الأصح، صحة رجعة المحرم، لتنزيلها منزلة الدوام، وتوقيت النكاح مانع في ابتدائه، ولا يمنع في دوامه؛ لأن للدوام من القوة ما ليس للابتداء، وهذه قاعدة في الفقه عظيمة، كثرت مسائلها، ومن أراد الإحاطة بفروعها، فعليه بكتابنا الأشباه والنظائر -أتمه الله-.

الثاني: أن يكون رافعاً للحكم فقط، كالطلاق، فإنه يرفع حل الاستمتاع، ولكن لا يدفعه، إذ الطلاق لا يمنع وقوع نكاح جديد،... والمصنف أراد بكونه لا يدفعه، أنه لا يمنع من طريانه، فإنه في القسم الأول منع من الابتداء دون الدوام، وفي هذا المنع من الدوام دون الابتداء، ويتعرج هذا إلى أنه قد

(1) ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد (ت 1393 هـ)، تفسير التحرير والتنوير، 89/1، الدار التونسية للنشر والتوزيع، تونس، د. ط، 1984 هـ.

(2) الإبهاج في شرح المنهاج، 3/ 153-154، بتصرف يسير.

يغتفر في الابتداء، ما لا يغتفر في الدوام، عكس هذه القاعدة الأولى، وهو في مسائل معدودة، غير عديدة، استقصيناها في كتابنا الأشباه والنظائر كمله الله تعالى.

فبعد هذه النصوص الصريحة من قبله، كيف يأتي ويقول: إن قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، خارجة عن القواعد الفقهية؟!

وحين ذكر قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"، قال: "ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام، ما لا يغتفر في الابتداء؛ فإننا ندفعه ابتداء، ولا نرفعه دواما، لصعوبة الرفع"⁽¹⁾.

والرأي الذي أثبتته في القاعدة موضوع الدراسة -الذي تقدم آفا- أدرجه حين تحدث عن قاعدة: "كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ، فعلى قولين".

يظهر للمتأمل مما سبق، أن الأمر فيه تعارض، ويحتاج إلى توفيق بين ما نص عليه في الإبهاج، وما نص عليه في الأشباه، ويمكنني القول: إن الرأي الذي أثبتته ابن السبكي في كتاب الإبهاج كان تبناه أولا، وفي هذه الفترة كان ما يزال يكتب كتاب الأشباه والنظائر، وهو كتاب متخصص بالقواعد الفقهية، بخلاف الأول، الذي يتعلق بأصول الفقه، فيكون قد رجع عن قوله الأول، وحقق في القاعدة التحقيق الذي أوصله إلى رأيه المثبت في الأشباه والنظائر، ويدل على ذلك أنه قال في الإبهاج شرح المنهاج حين تكلم عن الوصف المجعول علة: "وهذه قاعدة في الفقه عظيمة، كثرت مسائلها، ومن أراد الإحاطة بفروعها، فعليه بكتابنا الأشباه والنظائر -أتمه الله-، وهو في مسائل معدودة، غير عديدة، استقصيناها في كتابنا الأشباه والنظائر -كمّله الله تعالى-"⁽²⁾، فهذا دال على أن أشباهه لم تكن مكتملة بعد.

وأقول أيضا: إن المستثنى من القواعد، لا بد أن يكون مسألة واحدة مثلا، أو اثنتين، أو ثلاثة، أو جملة من المسائل، ولكن أن يكون المستثنى جملة لا حصر لها من المسائل، فهذا غير معقول، فإن هذه المسائل لا بد لها من ضابط يضبطها، أو نظام جامع يجمعها، ولا أنسب من قاعدة فقهية تجمع تلك المسائل الكثيرة، مثل قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

في الواقع، إن هذه القاعدة من القواعد التي تأتي في الدرجة الثانية من القواعد، أي بعد القواعد الكلية الأساسية، بسبب كثرة المسائل التي تندرج تحتها، حيث كادت لا تتحصر، ولقد ثبت أن هذه القاعدة من القواعد الفقهية الاجتهادية المستنبطة، التي نشأت عن تعليل الفقهاء، واستقراء النصوص الفقهية. ومن ناحية أخرى، فإن هذه القاعدة وقع الخلاف فيها في المذاهب الفقهية الأربعة، بل وقع الخلاف فيها داخل المذهب الفقهي الواحد، فمثلا: ذكر الدبوسي أن الأصل عند فقهاء الحنفية الثلاثة أن العارض في الأحكام انتهاء، له حكم يخالف الموجود ابتداء⁽³⁾، وكذلك اختلف محمد بن الحسن وأبو

(1) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 127.

(2) ابن السبكي، 3/ 154.

(3) تأسيس النظر، ص 76.

يوسف، فالأصل عند محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف لا يعطى له حكم الابتداء...، والأصل هنا بمعنى القاعدة.

ووقع الخلاف في القاعدة داخل المذهب المالكي، ولذلك وردت عندهم بصيغة الاستفهام، وكذلك وقع الخلاف في القاعدة عند الشافعية، وعند الحنابلة أيضا.

ولم أجد فيما اطلعت عليه ما يدل على عدم اعتبار هذه القاعدة، أو ما يقلل من شأنها، بل على العكس من ذلك تماما، فالخلاف الواقع فيها، يدل على أصلها ومكانتها الفقهية، بل إن ابن السبكي نص صراحة على اعتبارها من فروع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"⁽¹⁾، وهذه الأخيرة رجحت أنها متفقة معنى ومضمونا مع قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وبالتالي، فهي هي، رغم أنها متفرعة عنها.

لقد حقق ابن السبكي أن الأصل أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء، ولكن هذا الاعتبار ليس بأولى من غيره، فقد تبين أن القاعدة ارتبطت بالموانع الشرعية، والموانع ثلاثة أقسام:

1. ما يمنع دواما وابتداء. 2. ما يمنع دواما لا ابتداء. 3. ما يمنع ابتداء، ولا يمنع دواما، فاعتبار أحد هذه الثلاثة، ليس بأولى من اعتبار الآخرين، وإلا كان تحكما من غير دليل.

لذلك، فإن قيل: إن الأصل العام، والقاعدة الكلية الكبرى هو أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء، يقال: قد دلت الكثير من الأدلة على قاعدة كلية أخرى أقل شمولاً من هذا الأصل، وهي أن البقاء أسهل من الابتداء، فهي قاعدة كلية، تدخل فيها الكثير من الفروع الفقهية، التي يصعب استقصاؤها، وبالتالي، فإن الأصل المذكور قد استثنيت منه الفروع التي تدخل في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وهي من الكثرة بحيث إنها لم تعد مجرد استثناء بسيط، بل أصبحت أصلا مستقلا بذاته. ومن ناحية أخرى، فإن القاعدة المعاكسة لهذه القاعدة، وهي: "الابتداء أسهل من البقاء"، التي نشأت عن المانع الذي يمنع في البقاء، ولا يمنع في الابتداء، وقد اعتبرت هذه القاعدة مستثناة من قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وبالتالي، فإن الفروع الفقهية التي تنطبق عليها أقل بكثير من سابقتها. بقي النوع الأخير، الذي يمنع ابتداء وبقاء على حد سواء، الذي صيغت منه قاعدة: "البقاء كالابتداء"، فإن الفروع الفقهية التي بنيت عليه أقل بكثير.

من هذا يتبين، أن تأصيل هذه القاعدة دل عليه الدليل بأكثر من وجه، لا مجال لإنكاره.

وإن هذا الأصل الذي ادعاه ابن السبكي منقوض بما قرره العلماء أيضا، فمن ذلك:

أ. ما نص عليه السرخسي بقوله: "لأن اعتبار البقاء بالابتداء في أصول الشرع ضعيف جدا"⁽²⁾.

ب. ما جاء في البحر الرائق أنه: "يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء" من القواعد الفقهية⁽³⁾.

ج. ما جاء في شرح مختصر خليل أن ظاهر كلام المالكية أن الدوام ليس كالابتداء⁽⁴⁾.

(1) الأشباه والنظائر، 127/1.

(2) أصول السرخسي، 2 / 256.

(3) ابن نجيم، 358/3.

(4) الخرشي، 218-217/6.

د. ما ذكره الشيرازي من الشافعية حين ذكر اعتبار الابتداء بالاستدامة، وأن الاستدامة أقوى، والابتداء أضعف؛ لذلك لا يعتبر أحدهما بالآخر، أي لا يقاس الابتداء على الاستدامة⁽¹⁾.

هـ. ما جاء في الواضح في أصول الفقه: وبُني أحدهما على الضعف، وهو الابتداء، والآخر على القوة، وهو الدوام والبقاء، فلا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر⁽²⁾.

و. قول ابن رجب: "فإن القواعد تشهد بأنه يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء"⁽³⁾.

ع. ما ذكر ابن تيمية أن الشيء إذا كان على حال، فانقلبه عنها يغتفر إلى زوالها وحدث الأخرى، وبقاء الثانية، وبقاء الأولى، لا يغتفر إلا إلى مجرد الإبقاء، فيكون البقاء أيسر من الحدث، فيكون أكثر، وفروع هذا الأصل كثيرة جدا⁽⁴⁾.

غ. ما جاء عن ابن القيم حينما فرق بين الابتداء والدوام، وذكر أنه لا تؤخذ أحكام الدوام من أحكام الابتداء، ولا أحكام الابتداء من أحكام الدوام في عامة مسائل الشريعة... إلى أن قال: وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام، التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها؛ وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه، وهو مستصحب بالأصل، ولأن الدافع أسهل من الرافع، وأيضاً، فأحكام التبع يثبت فيها ما لا يثبت في المتبوعات، والمستدام تابع لأصله الثابت⁽⁵⁾. فقول ابن السبكي بأن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء هو الأصل، يرده ما تقدم عن السرخسي والشيرازي وابن القيم وغيرهم الذين أكدوا أنه يفرق بين الدوام والابتداء في عامة مسائل الشريعة، فكيف اعتبره أصلاً، وقد تقرر أنه يفرق بين الابتداء والدوام في عامة مسائل الشريعة، وعبارة: "عامة"، لفظ شامل مستوعب للكثير من المسائل، فلا يستقيم اعتبار وجود أصل مع عموم يناقضه، أما لو كان خلاف الأصل مجرد مسائل قليلة، فلا تناقض ذلك، لأنها ستكون مستثنيات قليلة.

بل إن الأمر أبعد من ذلك، فقد اعتبرت هذه القاعدة من القواعد الكبرى، كما جاء في كتاب القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة⁽⁶⁾، وقيل: إنها من القواعد الكلية غير الكبرى التي يندرج تحتها الكثير من المسائل⁽⁷⁾.

أما بالنسبة لما قاله ابن السبكي بأن المستثنى لا يكون قاعدة، فيناقش ذلك بما يأتي:

إن علم القواعد من أهم العلوم الإسلامية، ولكن وجود الاستثناءات في القواعد الفقهية خلق بعض الإشكاليات؛ من حيث إن الفقيه كلما أراد أن يستدل بمسألة ما بقاعدة فقهية، خشي أن تكون المسألة

(1) المعونة في الجدل، ص 111-114.

(2) ابن عقيل، 286/2، بتصرف يسير.

(3) فتح الباري، 10/5.

(4) شرح عمدة الفقه، 83/1 بتصرف واختصار.

(5) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 246/2، بتصرف يسير.

(6) الصواط، 391/1.

(7) الحريري، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، ص 139.

خارجة عن حكم القاعدة، داخلة في المستثنيات، ومن هنا ذهب بعض العلماء كالقرافي⁽¹⁾ إلى أن القواعد التي تكثر فيها المستثنيات لا تصلح للاحتجاج بها، أو لأن تكون من القواعد الشرعية⁽²⁾. في الحقيقة، إن الناظر في علم القواعد الفقهية يلمس الأثر الكبير الذي تركته هذه المسألة في هذا العلم، لذلك اختلف العلماء في تعريف القاعدة الفقهية بناء على الاستثناء، كما اختلفوا في صياغتها وحجيتها⁽³⁾، ولكن بعد التدقيق والتمحيص، تبين أن هذه المستثنيات ليست بالحجم الذي تذكره كتب القواعد الفقهية، فبعضها لا يصح، بل هو خروج شكلي عن القواعد، وبعضها لا يتخرج حقيقة على القاعدة التي استثني منها، بل على قاعدة أخرى، كما تبين أن كثيرا من هذه المسائل الخارجة عن القواعد، يمكن إدراجها ضمن قواعد وضوابط أخرى⁽⁴⁾.

إن المستثنيات إن خرجت من قاعدة، فلا بد أن تدخل في قاعدة أخرى، وهي من الأهمية بمكان، وهناك الكثير من النظائر لما خالف القواعد والأقيسة، ولكن تحقق فيها جلب المصالح العامة والخاصة، والشرعية كلها مصالح من رب الأرباب لعباده⁽⁵⁾.

ومن هنا قال الشاطبي: "إن المستثنيات من العمومات، وسائر المخصوصات، كليات ابتدائية"⁽⁶⁾. وقد ذكر ابن السبكي: "أن ما يخرج عن القواعد، لا يخرج لمعنى إلا وقد لحق بأصل آخر، خرج من هذا، فدخل في هذا، ولم يكن ضائعا، فالفقيه من يرده إلى أصله، ويعيده إلى وكره"⁽⁷⁾.

ثم إن الاستثناء من القواعد الفقهية مما وقع فيه الخلاف بين المذاهب الفقهية، بل وقع الخلاف فيه داخل المذهب الفقهي الواحد، ويعود سبب الخلاف في الاستثناء إلى جملة من الأسباب منها⁽⁸⁾:

1. الخلاف في اندراج المسألة في القاعدة، أو عدم اندراجها فيها.

2. الخلاف في المجال التطبيقي للقاعدة، فقد يكون المجال رحبا عند فقيه معين، فتدخل الكثير من المسائل في القاعدة، ويكون المجال ضيقا عند فقيه آخر، فتستثنى مسائل كثيرة، على اعتبار أنها خارجة عن القاعدة، مراعاة لمبدأ التضييق.

3. الخلاف في تحقيق مناط المسائل الفقهية، فقد يلحق الفقيه مسألة بالقاعدة، بعد تحقيق مناطها، وتوصله إلى أنها منطبقة عليها، بينما يستثنى فقيه آخر، لتحقيق مناطها بما يخرجها عن القاعدة.

(1) أنوار البروق في أنواع الفروق، 20/3-21.

(2) محمد، توفيق يحيى، الاستثناء من القواعد الفقهية وإشكاليته على الفقه والقواعد الفقهية، ص86، مجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، العدد 9، سنة 2013م.

(3) محمد، المصدر نفسه، ص86.

(4) محمد، المصدر نفسه، ص86.

(5) العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 2/ 198.

(6) الموافقات، 1/ 466.

(7) الأشباه والنظائر، 2/ 303.

(8) الشعلان، عبد الرحمن، المستثنيات من القواعد الفقهية، أنواعها والقياس عليها، ص35، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج17، ع34، 1426هـ.

هذا هو واقع الخلاف في المستثنيات الفقهية، فهو مورد خصب للاجتهاد، والأخذ والرد، ولا يستقيم القول بأن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، مستثناة من القواعد، والمستثنى لا يكون قاعدة، كيف يستقيم ذلك، وقد أحصيت الكثير من ألفاظ هذه القاعدة، والكثير من المسائل التي لا حصر لها، كتطبيق فقه في أبواب الفقه.

إذن، فالقضية قضية اجتهادية، لذلك، لا يمكن تنزيل القاعدة المتفق على تعييدها كقاعدة فقهية لها مسائلها، منزلة الاستثناءات التي وقع فيها الكثير من الخلاف.

المسألة الثانية: الرأي الراجح.

لقد نصت كتب الفقه وقواعده وأصوله على الكثير من ألفاظ القاعدة، والمسائل التي يغتفر فيها بقاء ودواما ما لا يغتفر ابتداء، أو ما يتسامح فيه بقاء لا ابتداء، على اعتبار أن البقاء أسهل من الابتداء، وقد تقدمت الكثير من ألفاظ القاعدة في المذاهب الفقهية الأربعة مع ذكر جملة لا بأس بها من هذه المسائل التطبيقية.

وعند أئمة الحنفية الثلاثة -أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد- الأصل أن العارض في الأحكام انتهاء، له حكم يخالف حكم الموجود ابتداء، وعند زفر حكمه حكم الموجود ابتداء؛ ولذلك وردت هذه القاعدة بصيغة: "البقاء على الشيء يجوز أن يعطى حكم الابتداء"، ومفاد هذه الصيغة أن من تصرف تصرفا يحتمل الدوام، فهل الاستمرار عليه يأخذ حكم ابتدائه، أو يعتبر بأصله؟⁽¹⁾.

وجاء في رد المحتار على الدر المختار⁽²⁾: "وفي هذه المسألة الاغتفار في الابتداء لا في البقاء، عكس القاعدة..."، فقد نصَّ على أنها من القواعد الفقهية، والمسألة المقصودة هي: لو ارتد المسلم، فإن وقفه الذي وقفه حال إسلامه يبطل، أما لو وقف المرتد عقاره ابتداء في حال رده، فإن كان امرأة صح وقفها؛ لأنها لا تقتل بالردة عند الحنفية، وإن كان رجلاً يتوقف وقفه....⁽³⁾.

وعند المالكية مثلاً، وردت هذه القاعدة بصيغة الاستفهام: "الدوام على الشيء كابتدائه أم لا؟"، فالجملة الاستفهامية: "أم لا" تشمل هذه القاعدة وعكسها، أي قاعدة: "يغتفر ابتداء ما لا يغتفر انتهاء"، لكن أكثر الأمثلة التي وردت عند المالكية تدل على أنهم يريدون بها قاعدة: "قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، لذا قال المالكية: إن التشبيه في صياغة هذه القاعدة، وهو: "الدوام كالابتداء، أم لا؟"، لا يفيد العكس، وهو: "الابتداء هل هو كالدوام أو لا"، وتعليقه: لأن الخلاف واقع في قياس الدوام على الابتداء، لا العكس، فاستواء الأفعال والتصرفات ابتداء ودواما هو الأصل عند ابن السبكي، وعند ابن القيم لا تؤخذ أحكام الدوام من أحكام الابتداء في عامة مسائل الشريعة، لذلك، لو رُفِع وعلم دوامه، أتم الصلاة، ولم يفد هذا حكم الدخول فيها، وإن كان الخلاف فيهما معا على وتيرة واحدة،

(1) الدبوسي، تأسيس النظر، ص76؛ البركتي، قواعد الفقه، ص38؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 61/2.

(2) ابن عابدين، 342/4.

(3) ابن الهمام، فتح القدير للعاجز الفقير، 201/6؛ البلخي، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمية، 354/2.

لجواز مراعاة حق الحرمة، واستقلال البطلان في الأول دون الثاني، وكذلك حديث السلا⁽¹⁾، لا يدل على تمادي من ذكر نجاسة لولا حديث الخلع، والفرق هنا هو: أن الصلاة في الأول ابتدئت بطهارة بخلاف الثاني⁽²⁾.

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "والدوام ليس كالابتداء على المعتمد"⁽³⁾. ونص الشاطبي على أن قاعدة: "هل الدوام كالابتداء"، من القواعد التي يذكرها أهل المذهب المالكي⁽⁴⁾.

ويمكن القول أيضاً: إن الفقهاء حينما ذكروا هاتين القاعدتين -أي قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، وقاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء"-، اختلفوا في صياغتهما وذكرهما في مؤلفاتهم، ويتلخص منهجهما في الجمع بينهما وفق ما هو آت⁽⁵⁾:

- 1 - منهم من جعلهما مستقلتين بناء على المتعلق كالزركشي⁽⁶⁾ والسيوطي⁽⁷⁾.
- 2 - ومنهم من جعل قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء" مستثناة من قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" كالحنفية⁽⁸⁾؛ لأن الثانية أشهر من الأولى، وأكثر فروعاً، والاستثناء - كما هو معلوم - يكون باستثناء فروع فقهية من قاعدة فقهية، وأحياناً استثناء قاعدة فقهية من قاعدة فقهية أخرى، مثل قاعدة: "من تعجل شيئاً قبل أوانه، عوقب بحرمانه"، فهي مستثناة من قاعدة: "الأمر بمقاصدها"، فالاستثناء أمر طبيعي في علم القواعد الفقهية.
- 3 - ومنهم من أشار إلى أن قاعدة: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء" عكس قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" كابن نجيم⁽⁹⁾ وابن السبكي⁽¹⁰⁾ والسيوطي⁽¹¹⁾.
- 4 - ومنهم من جعلهما قاعدة واحدة بصيغة الاستفهام، كما مر عند المالكية، وصياغة القاعدة بصيغة الاستفهام تفيد بوقوع الخلاف بين الفقهاء، سواء كان في القاعدة نفسها، أم في تطبيقاتها الفقهية، أو بعبارة أخرى، فيما يندرج تحتها من الفروع الفقهية.
- 5 - ومن العلماء من جمع القاعدتين بلفظ واحد، كما فعل ابن الوكيل من الشافعية⁽¹²⁾.

(1) الحديث سبق تخريجه ص 83.

(2) المقرئ، قواعد الفقه، ص 106؛ الوئشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 163-166؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص 220-221.

(3) الدسوقي، 429/3.

(4) الموافقات، 429/3.

(5) موقع الملتقى الفقهي: <http://www.feqhweb.com/vb/t1127.html#ixzz3bMzH91Mb>.

(6) المنشور في القواعد الفقهية، 374/3.

(7) الأشباه والنظائر، ص 83.

(8) ابن نجيم، البحر الرائق، 356/3.

(9) الأشباه والنظائر، ص 104.

(10) الإبهاج في شرح المنهاج، 153/3.

(11) الأشباه والنظائر، ص 186.

(12) الأشباه والنظائر، ص 308.

6 - ويرى ابن السبكي أن قولهم: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" مستثنى من الأصل، وهو أن حكم الدوام كحكم الابتداء، والاستثناء -بطبيعة الحال- لا يعني إفراد هذه المستثنيات في قاعدة مستقلة، ويمكن أن تدخل هذه المستثنيات ضمن قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع".

والذي يظهر للمتأمل من خلال تتبع إيراد الفقهاء لهذه القاعدة بألفاظها، أنها محل اتفاق تقريباً، ومعمول بها في المذاهب الفقهية من حيث الجملة، والخلاف الواقع فيها قد ينصب على الفروع الفقهية؛ لاختلاف النظر والاجتهاد، من حيث ما يندرج تحتها، وما لا يندرج، فحري أن يكون الخلاف فيما ينطبق عليها من فروع قد تلحق بها، أو تلحق بالقاعدة المعاكسة لها، أو يستوي فيها البقاء والابتداء⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق، فالرأي الراجح -والله أعلم- هو الرأي الأول لجمهور العلماء للاعتبارات الآتية:

1. بسبب قوة الأدلة التي استدلو بها.
2. كثرة الشواهد والبراهين التي تؤكد أن البقاء أسهل من الابتداء قاعدة مستقلة، شأنها كشأن باقي القواعد الفقهية.
3. وجود عدد لا بأس به من ألفاظ القاعدة، التي اختلفت صياغة، واتفقت مضمونها، وقد صرحت ألفاظ القاعدة بقوة الدوام مقارنة بالابتداء، فكيف يستويان، فمن ذلك:
أ- الاستدامة أو الدوام أقوى من الابتداء، أو الابتداء أضعف والبقاء أقوى، أو الإبقاء والاستدامة أقوى من الابتداء.
ب- ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يحتمل ابتداء.
ج- استدامة الشيء أكد من ابتدائه.
د- حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء.
4. بسبب التعارض الذي وقع في رأي ابن السبكي في القاعدة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لمعارضة رأيه للأدلة الواضحة الدالة على التقعيد العلمي لهذه القاعدة، بالإضافة إلى أنني لم أجد من وافق ابن السبكي الرأي.
5. إن اندراج هذا المبدأ -أي كون البقاء أسهل من الابتداء- في القواعد الفقهية قامت عليه شواهد كثيرة، أما اعتباره مجرد استثناء، فهو محتاج إلى بينة وبرهان، ولم يوجد، حيث إن الدليل على النافي، لا على المثبت⁽²⁾.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 160/6؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 425/1؛ العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 616/2.

(2) الجصاص، الفصول في الأصول، 385/3، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1414هـ، 1994م؛ السبكي، جمع الجوامع في أصول الفقه، ص109، علق عليه: عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

6. على فرض كون هذ المبدأ مستثنى من الأصل العام، إلا أنه أصبح مبدأ مستقلا، له مسائله وتطبيقاته، وكذلك مستثنياته، ولا مانع من كونه من الكليات الابتدائية، كما قرر الشاطبي.

إن عموم المسائل التي انطبقت عليها قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" وكثرتها، كافٍ في جعل هذه القاعدة من القواعد العامة الكلية، فهي أصل قائم بذاته.

المبحث الثاني: صلة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بالموانع الشرعية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المانع الشرعي، وأقسامه.

أولاً: تعريف المانع لغة واصطلاحاً.

المانع لغة: من المنع، وهو ضد الإعطاء، والحيلولة بين الشخص والشيء الذي يريده⁽¹⁾.

المانع اصطلاحاً:

"هو ما يلزم من وجوده عدم وجود الحكم، كالدين مع وجوب الزكاة، والأبوة مع القصاص"⁽²⁾.

والمانع عكس الشرط⁽³⁾، ووجه العكس فيه: أن الشرط ينتفي الحكم بانتقائه، والمانع ينتفي الحكم لوجوده، فوجود المانع وانتفاء الشرط سواء في استلزامهما انتفاء الحكم، وانتفاء المانع، ووجود الشرط سواء في أنهما لا يلزم منهما وجود الحكم، ولا عدمه.

وعرفه في مختصر التحرير شرح الكوكب المنير⁽⁴⁾ بأنه: "ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته".

والمقصود بعبارة: "لذاته": احتراز من مقارنة المانع لوجود سبب آخر، فإنه يلزم الوجود لا لعدم المانع، بل لوجود السبب الآخر، مثل المرتد القاتل لولده، فإنه يقتل بالردة، وإن لم يقتل قصاصاً؛ لأن المانع لأحد السببين فقط⁽⁵⁾.

ثانياً: أقسام المانع.

ينقسم المانع إلى قسمين هما: مانع الحكم، ومانع السبب.

1. أولاً: مانع الحكم⁽⁶⁾.

هو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة، ومقتضى هذه الحكمة بقاء نقيض حكم السبب، مع بقاء حكمة السبب.

(1) الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة "منع"، 218/22، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.

(2) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 12/2.

(3) الشرط في اللغة العلامة، وفي الاصطلاح: "هو الذي يلزم من انتفائه انتفاء المشروط". ابن فارس، مجمل اللغة، مادة "شرط"، 525/1، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1406هـ، 1986م؛ الزركشي، المصدر السابق، 10/2.

(4) ابن النجار، 456/1.

(5) المرادوي، علاء الدين علي بن سليمان الدمشقي الحنبلي (ت 885هـ)، التحبير شرح التحرير، 1078/3-1079، 3192/7، المحقق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط 1، 1421هـ، 2000م.

(6) الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي (ت 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، 130/1، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، د. ط، بدون سنة نشر؛ البابرتي، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب "رسالة دكتوراة"، 417/1، دراسة وتحقيق: ضيف الله العمري، إشراف: عمر عبد العزيز، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1426هـ، 2005م؛ ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، 457/1.

ومثاله: الأبوة في باب القصاص، مع القتل العمد العدوان، أي قتل الأب لابنه، فالأبوة مانعة من القصاص؛ لأن الأب سبب لوجود الولد، فلا يحسن كونه سببا لعدمه، فينتفي الحكم -وهو القصاص- مع وجود مقتضيه، وهو القتل⁽¹⁾.

2. ثانيا: مانع السبب⁽²⁾.

هو كل وصف يُخل وجوده بحكمة السبب يقينا، كالدين في باب الزكاة، مع ملك النصاب. ووجه ذلك: أن حكمة وجوب الزكاة في النصاب - الذي هو السبب - كثرة تحمل المواساة منه من أجل الفقراء، شكرا على نعمة ذلك، لكن لما كان المدين مطالبا بصرف الذي يملكه في الدين، صار كالعدم، وليس مع الدين فضل يواسى به⁽³⁾.

وسمي الأول: مانع الحكم؛ لأن سببه مع بقاء حكمته لا يؤثر. والثاني: مانع السبب؛ لأن حكمته فقدت مع وجود صورته فقط، فالمانع: ينتفي الحكم لوجوده، والشرط: ينتفي الحكم لانتفائه⁽⁴⁾. والمانع عند الإطلاق هو مانع الحكم، أما مانع السبب، أو العلة، فلا يذكر إلا مقيدا بأحدهما⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمانع الشرعي.

لقد ارتبطت هذه القاعدة منذ نشأتها بالمانع الشرعي، فمن خلال تتبع أقوال العلماء من الفقهاء والأصوليين في تقسيم الموانع الشرعية، يجد الباحث أنهم عندما تكلموا عن هذه الأقسام، أشاروا إلى القضية المركزية التي بنيت عليها هذه القاعدة، وهي التفرقة بين حال الابتداء، وحال البقاء، أو الانتهاء، فالشيء قد يمنع ابتداء، لا دواما، وقد يمنع في الدوام، لا في الابتداء، وهكذا، مما يشعر بأن تقسيم الموانع الشرعية ساهم بشكل كبير في نشوء وصياغة هذه القاعدة بهذا الشكل.

ولقد قسم الشاشي الموانع الشرعية أربعة أقسام هي⁽⁶⁾:

الأول: مانع يمنع انعقاد العلة.

الثاني: مانع يمنع تمامها.

الثالث: مانع يمنع ابتداء الحكم.

الرابع: مانع يمنع دوام الحكم.

وقسمها غيره كالقرافي إلى ثلاثة أقسام هي:

(1) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 130/1؛ ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، 457/1.

(2) الأمدي، المصدر نفسه، 130/1.

(3) ابن النجار، المصدر السابق، 458/1؛ السيوطي، شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع، 92/1، تحقيق: إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د. ط، 1420 هـ، 2000 م.

(4) ابن النجار، المصدر السابق، 458/1.

(5) الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، ص 12-13، دار الكتب العربية الكبرى، مصر (أصحابها: مصطفى البابي الحلبي وأخويه)، د. ط، بدون سنة نشر.

(6) أصول الشاشي، 374-373/1.

الأول: ما يمنع الابتداء والاستمرار على حد سواء، الثاني: ما يمنع الابتداء دون الاستمرار، أما الثالث، فهو ما اختلف فيه، أي في أي النوعين السابقين يُلحق.

أما الثاني: وهو ما يمنع الابتداء، ولا يمنع الدوام، من أَمثلته توقيت النكاح، فالزواج على أن يكون النكاح مؤقتاً بوقت معين مانع من ابتداء العقد، ولكن إذا تم العقد مع هذه النية، وهذا الشرط، فهذا لا يمنع استدامة النكاح⁽¹⁾.

وجاء شيخ الإسلام ابن تيمية، وأشار إلى علاقة القاعدة بالموانع الشرعية، حيث بين أن العدة والردة والإحرام تمنع ابتداء النكاح؛ دون دوامه، فلا يلزم إذا منع التأجيل في الابتداء، أن يمنع في الدوام، وأردف قائلاً: "ومن الموانع ما يمنع الدوام والابتداء أيضاً، فهذا محل اجتهاد"⁽²⁾.

إن جميع النقول التي تقدمت في نشأة القاعدة، وارتباطها بالمانع الشرعي، أكدت أن هذه القاعدة، وعكسها، قد استنبطت من خلال تقسيم الموانع الشرعية إلى الأقسام التي سبق ذكرها.

ولكن حين تكلم البيضاوي عن الوصف المجعول علة في أقسام العلة، عبر بالدفع والرفع عن ذلك، ومثّل له بالعدة الشرعية، فإنها دافعة لحل النكاح، إذا وجدت في ابتداء النكاح، وليست رافعة له، إذا وجدت في أثرائه، فإن الموطوءة بشبهة تعدد، وهي باقية على الزوجية، وبين أن هذا مبني على قاعدة: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" ...⁽³⁾.

فقد جعل هذا القسم مبنيًا على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وهذا بمعنى المانع الشرعي، فدفع حل النكاح في ابتدائه، أي المنع في حالة الابتداء، وأما أنها ليست رافعة له، أي يبقى حل النكاح، ولا يبطل، أي لا تمنع في حال الدوام.

ومن ناحية أخرى، فقد يستدل بمنع الحكم ابتداء لا دوامًا بوصف معين، ويُنصُّ فقهاءً على ذلك المنع بهذا المانع، من حيث كونه مانعاً، ويستدل أيضاً بالقاعدة، من حيث إن منطوقها يدل على ما دلّ عليه المانع، أعني بذلك: أن يكون على الحكم دليلان؛ أحدهما: المانع الشرعي، والثاني: هذه القاعدة، فيقال: لو ابتلت الحنطة المرهونة، وتعرضت للفساد، لم يفسخ عقد الرهن⁽⁴⁾، والدليل على ذلك: أن هذا المانع يمنع ابتداء لا انتهاء، ولأن البقاء أسهل من الابتداء، وهكذا.

ثم إن هذه القاعدة أيضاً نشأت عن تعليل الفقهاء للكثير من المسائل الفقهية، وهذه المسائل أصلاً هي مثال تطبيقي للموانع الشرعية، فحينما قال الفقهاء بصحة الرجعة للمحرم، وأن الإحرام لا يمنع منها، معللين ذلك بأنها دوام واستمرار، والمانع المقصود هنا وهو الإحرام هو الذي لا يمنع في حالة الاستمرار والبقاء، وإنما يمنع في حالة الابتداء فقط.

(1) العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 104/2؛ القرافي، شرح تنقيح الفصول، 84/1-85.

(2) مجموع الفتاوى، 148/32.

(3) السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، 3 / 153.

(4) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ص 316.

لذلك، يمكنني القول هنا: إن التعليل بهذا المانع -أي ما يمنع ابتداء لا دواما- ساهم بشكل كبير في صياغة هذه القاعدة؛ لأن شأن هذه القاعدة الفقهية كشأن باقي القواعد الفقهية الأخرى، التي صيغت بأسلوب لغوي محكم، واختلفت العبارات والألفاظ المعبرة عنها من حين لآخر، ولكنها عبرت جميعا عن معنى ومضمون واحد.

إن المانع مصطلح أصولي، صيغت هذه القاعدة الفقهية بناء عليه، وفي كل مسألة فقهية تنطبق عليها القاعدة، يُعلَّل جواز استمرار الفعل، أو التصرف، أو العقد دواما لا ابتداء بالقاعدة؛ اعتبارا لقوة الدوام وثبوته، فيكون المانع فيها منع من الابتداء فقط، دون الدوام، وإن جميع الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة يتجاذبها سؤال رئيسي في كل مسألة وهو: هل هذا الشيء، في المسألة المطروحة -يمنع من الدوام والابتداء، أم يمنع من الابتداء فقط، دون الدوام....؟

فإن كان الجواب أنه يمنع من الابتداء، ولا يمنع من الاستمرار والبقاء، فهو ما تنطبق عليه القاعدة الفقهية، وهو المطلوب.

المبحث الثالث: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالاستصحاب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب، وأنواعه، وحجتيه.

أولاً: تعريف الاستصحاب لغة واصطلاحاً:

الاستصحاب لغة: أصل مادة "صَحِب" تدل على المقارنة والمقاربة، ومن ذلك الصاحب⁽¹⁾، فالاستصحاب من الصُحبة، وهي بمعنى الملازمة، لذلك يقال: كل شيء لازم شيئاً، فقد استصحبه⁽²⁾، واستصحبته الحال، إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحال مصاحبة، غير مفارقة⁽³⁾.

الاستصحاب اصطلاحاً⁽⁴⁾: عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني، بناء على ثبوته في الزمان الأول؛ لفقدان ما يصلح للتغيير، والسين في هذا اللفظ للطلب على القاعدة، والمعنى: أن المناظر يطلب الآن صحة ما مضى، كاستدلال الشافعية على أن الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء، بأن ذلك الشخص كان على الوضوء قبل خروجه إجماعاً، فيبقى على ما كان عليه.

ويمكن تعريفه بعبارة أخرى: بأنه استدالة إثبات ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منفيّاً، حتى يقوم دليل على تغيير الحالة، أي: بقاء ما كان على ما كان، نفيّاً وإثباتاً، حتى يثبت دليل يغير الحالة⁽⁵⁾.

وفلسفة الاستصحاب تقوم على: أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه ودوامه واستمراره في الزمن المستقبل، ما لم يوجد ما يغيره⁽⁶⁾.

ثانياً: أنواع الاستصحاب.

الاستصحاب خمسة أنواع هي:

النوع الأول: استصحاب البراءة الأصلية، وهو: استصحاب العدم الأصلي المعلوم، وذلك كبراءة الذمة من التكاليف، حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور، فإذا لم يقم هذا الدليل، بقي ما كان على ما كان، وهو أن كل شيء مباح للإنسان؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة، ويسمى أيضاً: عدم الدليل، دليل على البراءة⁽⁷⁾.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة "صحب"، 3 / 335.

(2) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "صحب"، 1 / 162.

(3) الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 1 / 333.

(4) الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص 361.

(5) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 1 / 255؛ النملة، المَهْدَبُ في عِلْمِ أَصُولِ الْفَقْهِ الْمُقَارَنِ (تحريرٌ لمسائله، ودراستها دراسة نظريّة تطبيقية)، 3 / 959، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1420 هـ، 1999 م.

(6) الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 2 / 174، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس، وولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، ط 1، 1419 هـ، 1999 م.

(7) الغزالي، المستصفى، ص 159، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1993 م؛ ابن رشد، الضروري في أصول الفقه "مختصر المستصفى"، ص 96، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي، تصدير: محمد علال، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994 م؛ العطار، حسن بن محمد بن محمود الشافعي (1250 هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 2 / 387، دار الكتب العلمية، د. ط، وبدون سنة نشر.

وإذا أطلق الاستصحاب، فالمراد به: البقاء على الأصل فيما لم يُعلم ثبوته وانتفاؤه بالشرع، وهذا يسمى بدليل العقل المبقي على النفي الأصلي⁽¹⁾.

من أمثلة هذا النوع: عدم انتقاض الوضوء بشيء يخرج من غير السبيلين؛ لأن الأصل عدم النقض، فيستصحب هذا الأصل حتى يُثبت الدليلُ خلافه، ولم يثبت، فيبقى على الأصل، من عدم النقض⁽²⁾.
النوع الثاني: استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي، حتى يثبت خلافه، كالحلِّ إن ثبت مرتبطاً بأمر ثابت، فإن ذلك يستمر حتى يقوم دليل يُغيّر ذلك، ومنه أيضاً استصحاب الطهارة إذا شك في الحدث، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيحت الصلاة، فيستصحب هذا الحكم حتى يثبت خلافه، وهو الحدث، واستصحاب بقاء الملك، وشغل الذمة بما تشغل به، حتى يثبت خلاف ذلك، وقد دل الشارع على تعليق الحكم به،...ولما كان الماء طاهراً في أصل خلقته، فالأصل بقاءه على طهارته، فلا تزول بالشك، ولما كان الأصل بقاء المتطهر على طهارته، لم يأمر الشارع بالوضوء مع الشك في الحدث، بل قال: (لا ينصرف، حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً)⁽³⁾، ولما كان الأصل بقاء الصلاة في الذمة، أمر الشارع الشاك أن يبنّي على اليقين، ويطرح الشك⁽⁴⁾.

النوع الثالث: استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته واستمراره، نظراً لوجود سببه⁽⁵⁾.

مثاله: إذا ثبت الملك للسلعة بالشراء، فلا يزول هذا الملك حتى يرد ما يغيره⁽⁶⁾.

النوع الرابع: استصحاب حكم العموم⁽⁷⁾، وحمله على جميع الأزمان، والعمل به حتى يرد ما يخصص ذلك العموم، واستصحاب العمل بالنص حتى يرد ما ينسخه، ومثاله: الأمر بالصلاة والصيام، فيحمل ذلك على حكم الصلاة والصوم في عموم الأوقات، على الدوام والاتصال، فيستصحب حكمه إلى أن يدل دليل على رفعه ونسخه⁽⁸⁾.

النوع الخامس: استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع⁽⁹⁾:

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 342/11؛ الأصفهاني، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن (ت 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 262/3-264، تحقيق: محمد مظهر بقاء، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مركز إحياء التراث الإسلامي، ط1، 1406هـ.

(2) النووي، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكي والمطيعي"، 55/2؛ القطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 391/2؛ البغاء، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص202، دار القلم، دمشق، ط5، 1434هـ، 2013م؛ النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 959/3.

(3) أخرجه مسلم، كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث، فله أن يصلي بطهارته تلك، ح ر (361)، مسلم، الجامع الصحيح، 276/1.

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 256/1.

(5) الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، ص145.

(6) الأنصاري، المصدر نفسه، ص145.

(7) الزنجاني، أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار (ت 656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، ص348، المحقق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1398هـ.

(8) السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي (ت 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، 35/2، المحقق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1999م، بتصرف.

(9) الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، ص526-527، المحقق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، 1403هـ؛ العكبري، الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي الحنبلي (ت 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، ص136،

وهو: أن يجمع العلماء على حكم في حالة معينة، على صفة محددة، ممّا تعتبر صفة المجمع عليه، ثم تتغير صفة المجمع عليه، ويختلف المجمعون فيه، فهل يجب استصحاب حكم الإجماع بعد الاختلاف، حتى ينقل عنه أم لا؟ فيستدلّ من لم يغير الحكم باستصحاب الحال الذي كان ثابتاً وقت الإجماع، كانعقاد الإجماع على صحة صلاة المتيمم الفاقد للماء، فإذا وجد الماء قبل الدخول في الصلاة بطل تيممه، لكن إذا لم يجد الماء قبل الدخول في الصلاة ثم تيمم، ودخل في الصلاة ثم وجد الماء، فهل تصح صلاته استصحاباً للأصل وهو: فقد الماء قبل الدخول في الصلاة، أم لا تصح؛ بسبب تغير الحال الذي كان، من فقد الماء قبل الدخول في الصلاة، إلى وجوده أثناء صلاته؟

لقد اختلف العلماء في هذا النوع من الاستصحاب على قولين⁽¹⁾:

القول الأول: إن هذا النوع من الاستصحاب ليس بحُجّة، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

لأن الإجماع كان قائماً حالة فقد الماء على صحة الصلاة بالتيمم، لكن بشرط ألا تتغير حالة فقدان الماء، بحالة وجود الماء الطارئ؛ لأن الحالة أو الصفة التي أجمعوا عليها تخالف الحالة والصفة الأخرى، وهي ليست مثلها قطعاً، فالحالة التي انعقد عليها الإجماع كانت حالة عدم وجود، وهذه حالة وجود، فاختلفا.

القول الثاني: إن هذا النوع من الاستصحاب حُجّة، وهو مذهب المالكية والشافعية.

لأن المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة، فإنه يمضي في الصلاة؛ لأن الإجماع قد انعقد على صحة صلاته ودوامها بذلك التيمم، على هذه الصفة، فطريان وجود الماء كطريان هبوب ريح، فيستصحب دوام الصلاة المجمع عليه، إلى أن يثبت دليل يزيل هذا المستصحب.

ثالثاً: حجية الاستصحاب⁽²⁾.

لقد ثبت بعد الاستقراء والتتبع لكلام العلماء في كتب الأصول والفقه أن استصحاب حكم العموم حتى يرد ما يخصّسه، واستصحاب النص حتى يرد ما ينسخه متفق عليه.

تحقيق: موفق ابن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة، ط 1، 1413 هـ، 1992 م؛ الفراء، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين ابن محمد بن خلف (ت 458 هـ)، العدة في أصول الفقه، 73/1، 1265/4، حققه وعلق عليه وخرج نسه: أحمد بن علي ابن سير المباركي، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، بدون ناشر، ط 2، 1410 هـ، 1990 م؛ القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، 4023/9، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط 1، 1416 هـ، 1995 م؛ النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 962/3. (1) الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، ص 526-527؛ العكبري، رسالة في أصول الفقه، ص 136؛ الفراء، العدة في أصول الفقه، 73/1، 1265/4؛ القرافي، المصدر نفسه، 4023/9؛ النملة، المصدر نفسه، 962/3.

(2) الشيرازي، المصدر نفسه، ص 526-527؛ السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، 39-35/2؛ الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، 4/136؛ ابن إمام الكاملية، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت 874 هـ)، تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول، 102-101/6، تحقيق: أحمد عبد الفتاح قطب، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، ط 1، 1423 هـ؛ الفراء، المصدر السابق، 1268-1265/4؛ ابن مفلح، أصول الفقه، 4/1435-1437؛ النملة، المصدر السابق، 3/964؛ الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 2/167، دار الفكر، دمشق، 2008 م.

أما استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع، فقد اختلف فيه كما سبق بيانه. أما ما عدا ذلك من أنواع الاستصحاب، فقد اختلف بالاحتجاج به عند عدم الدليل، وسأكتفي بذكر مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، القائلين بأن الاستصحاب حُجَّة في ثبوت الأحكام وعدمها.

وقد استدل جمهور العلماء بما يأتي:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَبَتْ﴾⁽¹⁾، فدل على أن ما ثبت لا يجوز نقضه.

2. إن استصحاب الحال يفيد ظن بقاء الحكم إلى الزمن الثاني، وكل ما أفاد ظن الحكم، وجب العمل به؛ لأن العمل بالظن الغالب متعين، فالاستصحاب يجب العمل به.

3. إن الإجماع منعقد على أنه لو شك في حصول الزوجية ابتداءً حرم عليه الاستمتاع، ولو شك في حصول الطلاق - مع سبق العقد - جاز له الاستمتاع، وليس هناك من فرق بينهما، إلا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك - وهي عدم الزوجية وحصول العقد -، أما الثاني، فقد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك أيضاً، وهي العقد عليها، فلو لم يعتبر الاستصحاب، وكان غير مفيد لظن البقاء، للزم استواء الحالين؛ التحريم والجواز، ولوجب أن يكون الحكم فيهما واحداً، وهو: حرمة الوطء، أو إباحته، وهو باطل بالإجماع.

4. إن الحكم حين ثبت شرعاً، فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد، فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل، ولم يظفر به، فالظاهر عدمه، وهذا نوع من الاجتهاد، وإذا كان البقاء ثابتاً بالاجتهاد، فلا يترك باجتهاد مثله بلا ترجيح.

(1) سورة النحل، الآية ٩٢.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالاستصحاب.

من المعلوم أن الاستصحاب أصل من أصول الفقه، وترجع إليه قواعد أصولية وفقهية لا تحصى، ولقد قرر العلماء بنظر فاحص، ودقة فهم، قاعدة الاستصحاب، باستبقاء الحكم الذي ثبت في الزمن الماضي، واعتباره قائماً في الحال، ومستمر في المستقبل، وكل ذلك فيه مراعاة لمقصد الشارع الحكيم من البقاء والاستمرار في أحكامه من جهة، والانضباط وعدم الاضطراب في الأحكام من جهة أخرى، بالإضافة إلى ما يحققه الاستصحاب من حفظ المصالح ومراعاتها، وهذا الأخير، من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وهذه القاعدة التي بين أيدينا، وهي قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء، أو أقوى من الابتداء"، من جملة هذه القواعد التي تُردُّ إلى الاستصحاب، ووجه ذلك: أنه إذا أطلق لفظ الاستصحاب، كان المقصود به: البقاء على الأصل، فيما لم يُعلم ثبوته وانتفاؤه بالشرع، وإن من معاني الاستصحاب وتطبيقاته الاستبقاء والنقير لما كان على ما كان عليه، ومراعاة مقتضى الحال، اعتباراً للمصالح المرجوة من بقائه، والمفاسد المتوقعة حدوثها عند إرادة تغييره ورفع⁽²⁾.

ومن هنا قالوا: الاستصحاب حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه، أما الاستحقاق فهو نزع وابتداء، ورفع الأول أسهل، فاكتمى فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني، فإنه أهم منه، فلا بد فيه من البينة، ولذلك، ليس لأحد أن يُخرج، أو ينزع شيئاً من يد مالكة، إلا بحق ثابت معروف⁽³⁾.

يقول ابن القيم: "وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها؛ وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه، وأيضاً: فهو مستصحب بالأصل...، والمستدام تابع لأصله الثابت"⁽⁴⁾.

فأشار إلى أن مستند هذه القاعدة استصحاب الحكم الثابت المستقر؛ بسبب قوة الدوام⁽⁵⁾.

ومما يدل على علاقة الدوام والابتداء بالاستصحاب، أن القرافي في مسألة مسح الأذنين، وهل يكون مما يلي الرأس، أو مما يلي الوجه، قال: هل يعتبر حال الابتداء عملاً بالاستصحاب، أو الانتهاء؟ أي هل يعتبر حال الانتهاء؛ لأنه الواقع حال ورود الخطاب، أو يعتبر الابتداء عملاً بالاستصحاب⁽⁶⁾.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/ 9070؛ اليوبي، محمد سعد بن أحمد، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 585-586، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 1430هـ.

(2) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر نفسه.

(3) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت 182هـ)، الخراج، ص78، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، طبعة جديدة مضبوطة محققة ومفهرسة، بدون سنة نشر؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص293.

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 246/2.

(5) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(6) الذخيرة، 277/1.

وجاء في شرح عمدة الفقه أن استصحاب الحال المعلومة وإطراح الشك، قاعدة مهمة في الشرع، والسبب في ذلك أن الشيء إذا كان على حال، فانقلبه عنها يفترق إلى زوالها وحدوث الأخرى، وبقاء الثانية، وبقاء الأولى، لا يفترق إلا إلى مجرد الإبقاء، فيكون البقاء أيسر من الحدث، فيكون أكثر، وفروع هذا الأصل -يعني استصحاب حال البقاء- كثيرة جداً⁽¹⁾.

إن المنهج الاستصحابي يُلزم المستصحبَ إبقاء سريان حكم الأصل، وهذا يعد أثراً لازماً لانعدام الدليل المغير، وذلك بعد نظر المجتهد في المصادر التشريعية⁽²⁾.

إن العلاقة بين هذه القاعدة، وقاعدة الاستصحاب يتمثل في اعتبار البقاء والاستمرار، وهذا الأخير هو الذي بني عليه الاستصحاب، وهو في نفس الوقت ما بنيت عليه قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء". فالاستصحاب عبارة عن الحكم ظناً ببقاء أمر تحقق سابقاً، ولم يُظنَّ عدمه، بعد تحققه⁽³⁾.

إن ظن البقاء مقوم أصيل لمفهوم الاستصحاب، وهو استمرار للوجود؛ حيث إن قوة الاستمرار للحكم السابق، هي أثر لازم لعين دليل وجود ذلك الحكم، أو ثبوته، ولا تحتاج، ولا تفتقر قوة الاستمرار والبقاء هنا إلى دليل مستقل يثبتها، وبعبارة أخرى، فإن الأصل، أو القاعدة العامة في الاستصحاب هو البقاء والديمومة والاستمرار، وإن قطع هذا الاستمرار خلاف الأصل، لافتقاره إلى دليل طارئ مستقل جديد، يؤثر في قطع الاستمرار، أو رفع البقاء⁽⁴⁾.

إن الاستدلال بالاستصحاب -وهو ظن البقاء- استدلال بالعلم بعدم الدليل، لا بعدم العلم بالدليل، وهذا التمييز بين النوعين من الاستدلال معتبر في حجية قوة استمرار الحكم⁽⁵⁾.

إن حجية الاستمرار والبقاء في الاستصحاب مستمدة من حجية السبب نفسه، الذي اعتبره الشارع الحكيم، لإقامته الحكم عليه ابتداءً، فالبقاء أثر لهذه العلة والسبب، مثل الملك الثابت شرعاً، فقد ثبت نتيجة عقد البيع، أو الهبة، أو غيرها، فقد جعلها الشارع أسباباً وعلاً مؤثرة، وهي تقتضي البقاء والاستمرار حتى يرد الدليل المغير؛ لأن الاستمرار هو أثر لازم لأصل وجود الحكم القائم على سبب يقتضيه⁽⁶⁾.

(1) ابن تيمية، 83/1 بتصرف واختصار.

(2) مصاروة، عوني أحمد محمد، الاستصحاب، حجيته، وأثره في الأحكام، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ص29، إصدار مركز الدراسات الإسلامية والمخطوطات، أكاديمية القاسمي، د. ط، 1430 هـ، 2009 م.

(3) ابن أمير حاج، التقرير والتحجير، 290/3.

(4) الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 332/1-335، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1429 هـ.

(5) الدريني، المصدر نفسه، 334/1.

(6) الدريني، المصدر نفسه، 327/1-328.

إن الحكم حين ثبت شرعاً، فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد، فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل، ولم يظفر به، فالظاهر عدمه، وهذا نوع من الاجتهاد، وإذا كان البقاء ثابتاً بالاجتهاد، فلا يترك باجتهاد مثله بلا ترجيح، وكل هذه المعاني متحققة في اعتبار البقاء، وأنه يلتقي مع الاستصحاب في الاعتماد على حالة البقاء والدوام والاستمرار، من أجل إعطاء حكم شرعي، وحتى لو كان العمل غير مشروع ابتداءً، إلا أنه في حالة الدوام والاستمرار يبقى مستمراً مرتباً لآثاره، بسبب ما يتعلق به من المصالح.

ولقد نصَّ الحنفية على أن بقاء الشيء لا يستدعي دليلاً مبقياً، أو: "البقاء لا يستدعي سبباً مبتدأً"، أو: "منع المضي لا يستدل به على منع الاستدامة"⁽¹⁾؛ لأن ما ثبت يكون باقياً، ما لم يوجد الدليل المزيل، فإن بقاء الشيء لا يستدعي دليلاً مبقياً، إنما إثبات الشيء ابتداءً يستدعي دليلاً مثبتاً⁽²⁾، وبعبارة أخرى: فإن الشيء إذا ثبت وجوده مستوفياً لشروطه، فلا يحتاج لاستمراره لدليل جديد يدل على بقائه، ولهذا اعتبر البقاء، وهذا معنى الاستصحاب؛ أي أن ما كان ثابتاً في الزمن الماضي، يبقى على ما كان عليه حتى يقوم الدليل على تغييره⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك، فإن إثبات الشيء ابتداءً يستدعي دليلاً مثبتاً، ومعنى ذلك: أن إثبات أمر ما ابتداءً لا بد أن يعتمد على دليل مثبت، وإلا لم يقبل؛ لأنه يكون إثبات شرع مبتدأً بالتشهي والهوى، وذلك لا يجوز، فما لم يقدّم دليل شرعي، لا يجوز إثبات حكم مبتدأً، ولذلك إذا أسلم كافر محارب في ديار الكفار، وله أولاد صغار كانوا مسلمين، فإذا خرج وخلفهم في بلاد الكفار، فهم مسلمون على حالهم، حتى إذا خرجوا، أو أسروا، فهم تبع لأبيهم، والميراث كذلك يملكه الوارث بمجرد موت المورث، وللوارث رده بالعيب إن وجد به - كأن اشترى المورث شيئاً ثم مات، وبعد موته اكتشف الوارث عيباً فيه-؛ لأن ملك الوارث للمورث كان ثابتاً للمورث، فبقي بعده للوارث⁽⁴⁾.

وهناك شيء آخر، يختلف فيه الاستصحاب عن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فالأصل في الاستصحاب بقاء ما كان على ما كان، حتى يرد الدليل المغير، فإذا ورد هذا الدليل، وثبت، لم يعتبر الحكم المستصحب، بل يتغير الحكم بناءً على هذا الدليل الجديد، الذي غير حكم الاستمرار والبقاء، المستمد من الاستصحاب.

ومن هنا جاء في الإحكام في أصول الأحكام: "الأصل في كل متحققٍ دوامه، إلا ما دل الدليل على مخالفته، والأصل عدم الدليل المخالف...، فيبقى فيه على حكم الأصل"⁽⁵⁾؛ لأن الحكم إذا ثبت بدليل

(1) القدوري، التجريد، 621/2.

(2) السرخسي، السير الكبير، ص 1877-1878.

(3) السرخسي، المبسوط، 47/28؛ السير الكبير، ص 1878، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 59/2.

(4) السرخسي، السير الكبير، ص 1877، البورنو، المصدر نفسه، 171/1/1.

(5) الأمدي، 192/4.

من دلائل الشرع، لا يجب استدامة الدليل لبقاء الحكم، بل يبقى الحكم ويدوم، إلى أن يقوم الدليل على مسقط يسقطه، فإذا لم يبق الدليل على سقوطه، بقي ثابتاً على ما كان من قبل، ومن ادعى سقوطه، فعليه الدليل⁽¹⁾؛ وبعبارة أخرى يقال: الأصل بقاء الحكم، فإن البقاء لا يفتقر إلى سبب حادث، ولكن يفتقر إلى بقاء سبب ثبوته، وأما الحكم المخالف، فيفتقر إلى ما يزيل الحكم الأول، وإلى ما يحدث الثاني، وإلى ما ينفيه، فكان ما يفتقر إليه الحادث، أكثر مما يفتقر إليه الباقي، فيكون البقاء أولى من التغيير، وهذا مثل استصحاب حال براءة الذمة⁽²⁾.

أما في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فالأمر مختلف تماماً، فقد ذكرت أن من ألفاظ هذه القاعدة لفظ: "المانع الطارئ، هل هو كالمقارن؟"، وأيضاً: "ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة، لا يحتمل ابتداء"، فهذا الطارئ -الدليل المغير إن جاز التعبير- هنا معتبر، ويقضي بالحكم بالبقاء والاستمرار في بعض الحالات، وهذا عكس ما حصل في الاستصحاب؛ حيث إن الدليل الطارئ -إن كان ثابتاً ومعتبراً، مثل أن يثبت التغيير بدليل مغير قوي كالبيئة- في الاستصحاب، نقض وأبطل حكم البقاء والدوام، أما الطارئ في هذه القاعدة، فقد ثبت حكم البقاء والاستمرار والدوام.

مثال على ذلك: من ثبتت ملكيته لعقار، بناء على عقد بيع صحيح، فإن هذا الملك ثابت بالاستصحاب أبداً، حتى يقوم دليل جديد على أن مالك العقار نقل ملكيته لرجل آخر، ببيع أو هبة، فإذا ثبت ذلك، فقد زال البقاء والاستمرار.

وفي قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، من كان محرماً، فهو ممنوع من مباشرة عقد النكاح، زواجا، وتزويجا، لكن لو حصل وطلق امرأته -الطلاق أمر طارئ-، ثم أراد مراجعتها، فإنه يجوز له ذلك؛ حيث إن المراجعة ما هي إلا بقاء واستمرار لعقد النكاح، وليست إنشاءً جديداً.

لكن يجب القول: إن لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" مستثنيات، وهذه المستثنيات، حيث دل الدليل على استثنائها من القاعدة، فمن هذه الحيثية، قد تلتقي مع الدليل الطارئ المغير لحكم الاستصحاب الثابت مسبقاً، كما يلتقي الاستصحاب مع هذه القاعدة في أمر آخر، فمن المعلوم أن متأخري الحنفية قالوا: إن الاستصحاب حجة للدفع، لا للإثبات والإلزام، أي لدفع إلزام الغير، لا لإلزام الغير؛ أي أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه، حتى يقوم دليل يثبت هذا الذي يخالفه، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت، وبعبارة أخرى: اعتبروا أنه يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال، لإبقاء الأمر على ما كان؛ حيث إنه حجة لبقاء الحقوق المقررة الثابتة من قبل، وليس سبباً موجباً لحق جديد مكتسب⁽³⁾.

(1) السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، 37/2.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 258/1.

(3) السرخسي، أصول السرخسي، 147/2؛ أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري (ت 972هـ)، تيسير التحرير، 177/4، دار الفكر، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر؛ الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 242/1؛ الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 167/2.

إن الدفع المفهوم هنا في الاستصحاب هو: إبعاد كل ما من شأنه أن يغير حكم البقاء والاستمرار، وهذا قائم على المنهج الوقائي صيانة للحقوق من العبث والتلاعب.

وفي قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، ذكرت أن من ألفاظها: "الدفع، أو المنع، أسهل، أو أقوى، من الرفع"؛ حيث يعبر هذا اللفظ عن المنهج الوقائي، الذي يستلزم الاحتياط للأمر قبل وقوعه، لما في رفعه حينئذ من الصعوبة والمشقة، ورغم ذلك، فإن وقع، فيتسامح فيه، ويغتر؛ لأن قوة الدوام تقتضي التيسير والتخفيف في بعض الأحكام.

إن المنهج الوقائي في الاستصحاب لا يغير الحكم إلا بدليل مثبت قوي كالبينة، فالوقاية فيه تدفع الاستحقاق حتى يثبت بالبينة.

أما المنهج الوقائي في قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"، فيمنع إيقاع الفعل غير المشروع ابتداءً، لكن إذا حصل ووقع بسبب عذر كالجهل، أو الخطأ، فيستدام حينئذ لصعوبة رفعه؛ لأنه يغتر في البقاء ما لا يغتر في الابتداء؛ أو لأن البقاء أسهل من الابتداء.

المبحث الرابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بسد الذرائع.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع، وأنواعها، وحجيتها.

أولاً: تعريف سد الذرائع لغة واصطلاحاً.

الذرائع لغة⁽¹⁾: جمع ذريعة، وهي كل ما يتخذ وسيلة وطريقاً إلى شيء غيره، يقال: تذرع فلان بذريعة، أي توسل، وسدّها: السد هو الحجز، والمنع، وحسم مادتها، بما يحول دون الوصول إليها. وصارت الذريعة في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لم يكن فيها مفسدة، ولهذا قيل: إنها الفعل الذي ظاهره أنه مباح، وهو وسيلة إلى فعل المحرم، أما إذا أفضت إلى فساد ليس هو فعلاً، كإفضاء شرب الخمر إلى السكر، وإفضاء الزنا إلى اختلاط المياه، أو كان الشيء نفسه فساداً، كالقتل والظلم، فهذا ليس من هذا الباب، فمن المعلوم أن الشريعة حرمت بعض الأشياء لكونها في نفسها فساداً، بحيث تكون ضرراً لا منفعة فيه، أو لكونها مفضية إلى فساد، بحيث تكون هي في نفسها فيها منفعة، وهي مفضية إلى ضرر أكثر منها، فتحرم، فإن كان ذلك الفساد فعلاً محظوراً سميت ذريعة، وإلا سميت سبباً ومقتضياً، ونحو ذلك⁽²⁾.

فحقيقة الذريعة عند الفقهاء، أنها منع ما يجوز؛ لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز، وأصل هذا عند العرب أن الناقة الشاردة إذا استوحشت، نصب لها ما تألفه من الحيوان، لتحنّ إليه، فيمكن حينئذ ضبطها، فنقل هذا المعنى إلى ما ذكر في تعريفها؛ لأن ما لا يجوز من البياعات، ويحرم العقد عليه، قد يُتحيلُ عليه بإظهار صورة يجوز في الشرع العقد عليها، حتى تكون وُصلة إلى نيل ذلك المحرم⁽³⁾.

الذرائع اصطلاحاً: هي: كل عمل ظاهره الجواز، أو الإباحة، يتوصل به إلى محظور شرعاً⁽⁴⁾، أو هي: "كل وسيلة مباحة قصد التوصل بها إلى المفسدة، أو لم يقصد التوصل إلى المفسدة، لكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها"، أو: "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"⁽⁵⁾. وتعرف أيضاً بأنها: "التوصل بمباح إلى ما فيه جناح"، أو: "عبارة عن أمرٍ غير ممنوع في نفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع"⁽⁶⁾.

(1) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "زرع"، "سد"، 486/2، 1211/3.

(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى؛ 6/173، دار الكتب العلمية، ط 1، 1408 هـ، 1987 م.

(3) المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المالكي (ت 536 هـ)، شرح التلقيب، 317/2، المحقق: محمّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 2008 م.

(4) ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الإشبيلي المالكي (ت 543 هـ)، أحكام القرآن، 331/2، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 1424 هـ، 2003 م؛ ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، 434/4.

(5) النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 3/1016.

(6) القرافي، جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول "رسالة ماجستير"، 503/2، إعداد الطالب: ناصر بن علي ابن ناصر الغامدي، إشراف: حمزة بن حسين، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، 1421 هـ، 2000 م.

فسد الذرائع هو: حسم مادة وسائل الفساد بمنع هذه الوسائل ودفعها⁽¹⁾، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة، وسيلة إلى المفسدة، مُنع ذلك الفعل، وهذا إشارة إلى ثمرة وفائدة سد الذرائع⁽²⁾.

ثانياً: أنواع الذرائع.

أنواعها:

الذرائع ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهو الذي أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كمن حفر بئراً في طريق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم⁽³⁾.

القسم الثاني: وهو الذي أجمعت الأمة على عدم سده، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى⁽⁴⁾.

القسم الثالث⁽⁵⁾: وهذا القسم اختلف فيه العلماء؛ هل يسد أم لا؟

ومن أشهر الأمثلة عليه بيوع الآجال عند المالكية، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فحكمه عند المالكية: أنه أخرج من يده خمسة الآن، وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل، توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك⁽⁶⁾.

وقال الشافعية: ينظر إلى صورة البيع، ويحمل الأمر على ظاهره، فيجوز ذلك⁽⁷⁾.

وكذلك اختلف في تتبع النظر إلى النساء هل يحرم؛ لأنه يؤدي إلى الزنى؟ أو لا يحرم؟ والحكم بالعلم أيضاً، هل يحرم؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من قضاة السوء؟ أو لا يحرم؟ وكذلك اختلف في تضمين الصناع؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم، فتتغير السلع، فلا يعرفها ربها إذا بيعت، فيضمنون؛ سدا لذريعة الأخذ، أو لا يضمنون؛ لأنهم أجراء؟ وغيرها من المسائل الكثيرة التي تكاد لا تحصى، فالمالكية قالوا بسد هذه الذرائع، ولم يقل بها الشافعية، مع العلم أن سد الذرائع ليس خاصاً بالمالكية وحدهم، بل قال بها المالكية أكثر من غيرهم، ولكن أصل سدها مجمع عليه⁽⁸⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، 364/2، مكتبة الكليات الأزهرية، ط 1، 1406هـ، 1986م.

(2) القرافي، جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، 503/2.

(3) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 2/33-32؛ شرح تنقيح الفصول، ص448؛ الرجراجي، الحسين بن علي ابن طلحة الشوشاوي السملالي (ت899هـ)، رَفْعُ النَّقَابِ عَنْ تَنْقِيحِ الشَّهَابِ، 208/6، المحقق: أحمد ابن محمد السراح، عبد الرحمن الجبرين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1425هـ، 2004م.

(4) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 2/33-32؛ الرجراجي، المصدر نفسه، 208/6.

(5) القرافي، المصدر نفسه، 2/33-32؛ الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 8/92-94.

(6) البرادعي، خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني المالكي (ت372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، 135/3، دراسة وتحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م؛ البغدادي، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي (ت422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، 560-559/2، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م؛ القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 2/33-32.

(7) الشافعي، الأم، 39-38/3؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 287/5؛ الزركشي، المصدر السابق، 8/92.

(8) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 2/33-32؛ الرجراجي، المصدر السابق، 208/6؛

وقد قسم ابن القيم الذرائع إلى أربعة أقسام⁽¹⁾:

الأول: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة.

الثاني: وسيلة موضوعة للمستحب، أو المباح، أو لأمر جائز، ولكن قصد بها التوصل إلى مفسدة، وأمر محرم، كالنكاح بقصد التحليل.

الثالث: وسيلة موضوعة للمباح، لكن لم يقصد بها التوصل إلى مفسدة، لكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها.

الرابع: وسيلة موضوعة للمباح، وقد تقضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها.

بقي القول: إن الذريعة كما يجب سدها في حالات، فإنه يجب فتحها في حالات أخرى، فتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، وإن موارد الأحكام على قسمين⁽²⁾:

القسم الأول: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، وهي المعروفة بمقاصد الشريعة.

القسم الثاني: وسائل، وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه، من تحريم وتحليل،

غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد، أفضل الوسائل، وإلى

أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط، متوسط، ومما يدل على حسن الوسائل الحسنة، قوله

تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظَ الْكُفَّارَ وَلَا

يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾⁽³⁾ فأثابهم الله سبحانه

وتعالى على الظمأ والنصب، وإن لم يكونا من فعلهم، فقد حصل لهم بسبب التوصل إلى الجهاد، الذي

هو وسيلة لإعزاز دين الله، وصون المسلمين، فيكون الاستعداد وسيلة الوسيلة.

ثالثاً: حجيتها.

ذهب المالكية والحنابلة إلى أن سد الذرائع حجة يعمل به، ويستدل به على إثبات الأحكام الشرعية،

واستدلوا بما يأتي⁽⁴⁾:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾⁽⁵⁾.

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، 109/3.

(2) القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، 2/ 32-33؛ شرح تنقيح الفصول، 448؛ العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 53/1-54.

(3) سورة التوبة، الآية 120.

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 110/3-111؛ الشاطبي، الموافقات، 182/5؛ النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 3/ 1016-1017.

(5) سورة الأنعام، الآية 108.

وجه الدلالة: إن الله تعالى قد حرم سب الأصنام التي يعبدونها المشركون - مع كون السب حمية لله، وإهانة لأصنامهم - لكون ذلك السب ذريعة إلى أن يسبوا الله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سب أصنامهم، فلذلك أمر الله بترك سب أصنامهم؛ لأنه يؤدي إلى سب الله تعالى، وهذا هو سد الذرائع.

2. قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾⁽¹⁾، فمنعهن من الضرب بالأرجل - وإن كان جائزا في نفسه -؛ لئلا يكون سببا إلى سماع الرجال صوت الخلخال، فيثير دواعي الشهوة إليهن.

3. إنه أشير على النبي - صلى الله عليه وسلم - بقتل من ظهر نفاقه فقال: (أخاف أن يقول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه)⁽²⁾، فلم يرغب النبي - صلى الله عليه وسلم - في قتل المنافقين مع قيام الداعي لذلك، وذلك سداً للذرائع؛ حيث إنه سيقال: إن محمداً بدأ يقتل أصحابه، فيوجب ذلك النفور عن الإسلام ممن دخل فيه، وممن لم يدخل فيه، ومفسدة التنفير أعظم من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل.

4. إجماع الصحابة - رضي الله عنهم -؛ حيث إنه ثبت في وقائع أنهم استدلوا بسد الذرائع، ومن أمثلة ذلك: أنهم أفتوا بقتل الجماعة بالواحد، وإنما فعلوا ذلك لئلا يكون عدم القصاص منهم ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء، وكل ذلك فعلوه من غير نكير، فكان إجماعاً.

في الحقيقة، فالأدلة على سد الذرائع أكثر من ذلك بكثير، وقد أوصلها ابن القيم في إعلام الموقعين إلى تسعة وتسعين وجهاً⁽³⁾.

(1) سورة النور، الآية 31.

(2) أخرجه البخاري، كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوة الجاهلية، البخاري، الجامع الصحيح، 183/4، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط 1، 1422 هـ.

(3) 126-110/3.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بسد الذرائع.

تعتبر سد الذرائع من القواعد المعتمدة في الشريعة الإسلامية؛ حيث إن العمل قد يكون مشروعاً بأصله، لكن يُنهى عنه لما قد يؤول إليه من المفسدة، أو قد يكون ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وشواهد ذلك في أدلة الشرع، وفتاوى الأئمة المعبرين كثيرة وظاهرة⁽¹⁾.

وهذا ما قرره الشاطبي بقوله: "حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها؛ فإن غالبها تدرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع، والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها؛ فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل، لما يؤول إليه من الرفق المشروع"⁽²⁾.

ثم بين بعد ذلك، أن هذا الأصل الذي ذكره يبنى عليه قواعد كثيرة منها: قاعدة الذرائع⁽³⁾. ولعل معظم التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة، تناسب ما كان ممنوعاً في الأصل، ثم يحصل إيقاعه من المكلف عن جهل، أو خطأ، أو إكراه ونحوه، فيكون القول بفساد المعاملة، أو التصرف في هذه الحالة مفضياً إلى مفسد عظيمة، أعظم من تركه، وإبقائه على ما هو عليه، فتقتضي هذه القاعدة تحكيم الأمر الواقع، ويبقى جهد العلماء فيما بعد ذلك منصفاً على التوعية وتوجيه الناس إلى تحريم هذه المعاملة، أو هذا التصرف، وهذا أسهل وأيسر كثيراً من رفع الشيء بعد وقوعه، وترتب عدد من الآثار عليه، ولذلك يكون منعه قبل الوقوع، أسهل وأيسر من رفعه بعد الوقوع، والله أعلم⁽⁴⁾.

ومن الثابت أيضاً، أن الأحكام الشرعية شرعت لمصالح العباد، فكانت الأعمال والعقود والتصرفات معتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر والتصرف في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح، وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها⁽⁵⁾.

إلا أنه بناء على القاعدة، قد يكون ظاهر التصرف فيه مخالفة؛ لأنه ابتداء لم يُشرع على هذه الصفة، ولكن فيه مصلحة موافقة، وهذه المصلحة يراد تحصيلها هنا، بناء على توقع حصول الضرر والمفسدة، فيما لو نقض هذا التصرف.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) الموافقات؛ 182-181/5.

(3) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(4) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(5) الشاطبي، الموافقات؛ 121-120/3.

ومن ناحية أخرى، فإن الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها، راجع إلى ما هو مكمل؛ إما لضروري، أو حاجي، أو تحسيني⁽¹⁾.

وفي سد الذرائع حماية لمقاصد الشريعة الإسلامية، وتوثيقاً للأصل العام الذي قامت عليه من جلب المصالح، ودرء المفاسد، لذلك قد يؤدي الأمر بإقلاع المكلف عما تلبس به، إلى مفسدة تؤدي إلى تفويت مقصود الشارع الحكيم؛ لذلك، يترك المكلف بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ حماية لمقصود الشارع، ومن هنا كان سد الذريعة المؤدية إلى ذلك محققة لمقاصد الشارع حسماً للفساد والضرر، وكذلك الأمر في هذه القاعدة⁽²⁾.

إن سد الذرائع وسيلة هامة من وسائل حماية مقاصد الشريعة، فهو تطبيق عملي من تطبيقات العمل بالمصلحة، ومبناها قائم على تعيد علمي دقيق، هو تحقيق المصالح الراجعة، وتعطيل المفاسد الراجعة⁽³⁾، وإن الشارع الحكيم العليم يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، وإن سد الذرائع متى فانتت به مصلحة راجحة، أو تضمن مفسدة راجحة، لم يلتفت إليه⁽⁴⁾، ومن هنا، فإن اعتبار البقاء في الكثير من المسائل الفقهية، ما هو إلا تعطيل للمفاسد التي تتجم عن إبطال العمل أو التصرف، ولذلك، لا يلتفت إلى العمل بالابتداء، ويلحق الأمر بأحكام البقاء حسب القاعدة، خشية تفويت مصلحة راجحة.

إذن، يلتقي مبدأ هذه القاعدة مع مبدأ سد الذرائع في السعي إلى تحقيق المصالح، ودرء المفاسد قدر الإمكان، من خلال النظر في الأثر المترتب على التصرف ولكن بعد التعامل معه كأمر واقع بالفعل.

ومما أود التنبيه عليه هنا، أن سد الذرائع يمكن تطبيقه في مرحلتين هما:

1. الأولى: قبل إيقاع الفعل، أو التصرف، أو العقد، فلا يجاز من أصله؛ لعدم مشروعيته أصلاً، وللمفاسد المترتبة عليه، وهذا تطبيق للمنهج الوقائي.

2. بعد الوقوع: إذا كان الأمر واقعاً بالفعل، فيتعامل معه كأنه ضرورة ملجئة، وحاجة ملحة، فلا ينقض؛ سداً للذريعة، ورفعاً للخرج عن المكلفين.

إن المرحلة الأولى تلتقي مع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع" في الوقاية من الأفعال والتصرفات قبل وقوعها، بسبب المفاسد المترتبة على ذلك؛ لمشقة رفعها.

أما المرحلة الثانية في سد الذرائع، فهي التي يمكن تطبيقها في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فلا يشرع الفعل، أو التصرف ابتداءً، ولكن حين يكون أمراً واقعاً، بسبب الجهل، أو الإكراه مثلاً، فعندها يعطى حكماً بالجواز والاستدامة بناء على هذه القاعدة، إلا ما استثنى.

(1) الشاطبي، الموافقات، 85/3.

(2) البوي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 549.

(3) العنزي، سعود بن ملوح بن سلطان، سد الذرائع عند الإمام ابن قيم الجوزية، وأثرها في اختياراته الفقهية "رسالة ماجستير"، ص 129-130، إشراف: علي أبو يحيى، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006م.

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 3/ 126، 130.

المبحث الخامس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمراعاة الخلاف.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان المقصود بمراعاة الخلاف.

أولاً: تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتبار التركيب؛ أي كونه مركباً من مضاف، ومضاف إليه.

1. تعريف المراعاة لغة: المراعاة عبارة عن مراقبة الأمر، إلى ماذا يصير، وماذا منه يكون، ومنه: مراعاة النجوم، أي مراقبتها⁽¹⁾.

2. تعريف الخلاف لغة: الاختلاف والمخالفة أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر، في الحال أو المقال، والخلاف أعم من الضد؛ لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين، ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يقتضي التنازع، استعير ذلك للمنازعة والمجادلة⁽²⁾.

ثانياً: تعريف مصطلح مراعاة الخلاف، باعتباره علماً ولقباً على معنى خاص.

مصطلح مراعاة الخلاف يعني: "إعمال دليل في لازم مدلوله، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"⁽³⁾.
شرح التعريف⁽⁴⁾:

قوله: "إعمال دليل"، جنس لرعي، يصدق على رعي الخلاف وغيره.

قوله: "دليل"، خرج به غير الدليل.

قوله: "في لازم مدلوله"، خرج به إعمال الدليل في مدلوله، والدليل هو: ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري - ما يخبر به -، والمطلوب هو المدلول.

ويعرف أيضاً بأنه: "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"⁽⁵⁾.

إذن، مصطلح مراعاة الخلاف يعني: العمل بدليل المخالف في المسألة من المذاهب الفقهية المعتبرة، بما لا يبطل دليل المستدل بالكلية، وذلك لرجحان الدليل المراعى، وقوته⁽⁶⁾، والمقصود به إتيان ما هو أحوط للدين في مسألة اجتهادية، اختلفت فيها أنظار الفقهاء واجتهاداتهم⁽⁷⁾.

وبناء على هذا، فالمجتهد يعمل بالدليل الراجح؛ لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه، ولكن، إذا وقع عقدٌ مثلاً على مقتضى الدليل المرجوح، لم يفسخ العقد؛ لوقوع ذلك على موافقة دليل، له قوة، لكن بشرط أن لا يسقط اعتباره في نظر المجتهد جملة، وهذا توسط بين مقتضى الدليلين⁽⁸⁾.

(1) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص357.

(2) الأصفهاني، المصدر نفسه، ص294.

(3) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي (ت 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، ص177، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، 1350هـ.

(4) الرصاع، المصدر نفسه، ص178.

(5) قوادري، مختار، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة نظرية تطبيقية "رسالة ماجستير"، ص52، إشراف: عطاء الله فيض الله، بدون ناشر، د. ط، 1419هـ.

(6) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/ 673.

(7) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 3/ 278.

(8) قوادري، المصدر السابق، ص52-53.

وهذا يقرب بين المذاهب، ويمنع التعصب المذهبي، وقد يكون دليل المخالف أقوى، فيعمل بالأرجح، وهو ما قرره الشافعية في قواعدهم بقولهم⁽¹⁾: "الخروج من الخلاف مستحب"⁽²⁾، ولها تطبيقات كثيرة عندهم⁽³⁾، منها: استحباب الدلك في الطهارة، واستيعاب الرأس بالمسح، وغسل المني بالماء، والترتيب في قضاء الصلوات الفوائت، وترك صلاة الأداء خلف القضاء، وعكسه، وغيرها...⁽⁴⁾.

فمفاد القاعدة: أنه عند وجود خلاف في مسألة اجتهادية، يستحب أن يراعي المكلف الخلاف بفعل ما هو أحوط لدينه، وذلك أولى وأفضل⁽⁵⁾.

بقي القول: إن مبدأ مراعاة الخلاف أصل من أصول المالكية⁽⁶⁾، ومن خصائصه أن فيه أخذًا باليسر، ورفعًا للحرَج والمشقة عن المكلفين، ويسوغ العمل به أيضًا في حالات الضرورة، كما أنه مبني على النظر في مآل الأفعال، وما يترتب عليها من المصالح، فالحكم الثابت من حيث الأصل، قد يعدل عنه إلى حكم يراعى فيه دليل المخالف من بعض الوجوه، إذا أفضى إلى مفسدة⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: مجال مراعاة الخلاف، وشروطه.

ليس كل خلاف يراعى، بل الخلاف على أقسام، تتفاوت درجاتها، ومراعاته لها شروط، يجب اعتبارها، وأقسام الخلاف هي⁽⁸⁾:

الأول: أن يكون في التحليل والتحريم، أي يُختلف في الشيء، فيقول بعض الفقهاء: هو حرام، ويقول آخرون: هو حلال، فالخروج من الخلاف بالاجتناب أفضل؛ خوفًا من الوقوع في الحرام.

الثاني: أن يكون الخلاف في الاستحباب والإيجاب، فالفعل أفضل؛ خوفًا من تضييع الواجب.

الثالث: أن يكون الخلاف في الشرعية، مثل قراءة البسملة في الفاتحة، فإنها مكروهة عند مالك⁽⁹⁾، واجبة عند الشافعي⁽¹⁰⁾.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 136.

(2) هناك فرق بين قاعدة الخروج من الخلاف، وقاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية، فالخروج من الخلاف يقول بها أكثر العلماء، بينما مراعاة الخلاف عند المالكية، وإن لكل قاعدة أدلتها النقلية والأصولية، وإطلاق الجمهور من غير المالكية لمصطلح مراعاة الخلاف، يراد به الخروج من الخلاف. نقلا عن موقع: المركز الوطني للمعلومات:

<http://www.yemen-nic.info/contents/studies/detail.php?ID=21232>

(3) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/ 673.

(4) السيوطي، المصدر السابق، ص 136.

(5) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 3/ 278.

(6) الرجراجي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، 2/ 56.

(7) قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة نظرية تطبيقية، ص 55-56.

(8) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 128.

(9) هو الإمام مالك بن أنس الأصبحي الحميري، أبو عبد الله، إمام دار الهجرة، ولد عام 93هـ، وتوفي عام 179 هـ، وكان مولده ووفاته في المدينة، كان صلبا في دينه، بعيدا عن الأمراء، جلس لإفتاء الناس وهو ابن 17 عاما، كان من أحسن الناس وجها وسمتا ووقارا، من أشهر مصنفاته الموطأ، الذي لا يقى قبولا وإعجابا منقطع النظير. عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، 1/ 104، 118، 139-140، 2/ 70؛ مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 27/1.

(10) المواق، التاج والإكليل، 2/ 251؛ الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 2/ 35.

وهناك ضابط في هذا الأمر، وهو: أن مأخذ الخلاف، إن كان في غاية الضعف، فلا نظر إليه، لا سيما إذا كان مما يُنقض الحكم القضائي بمثله، وإن تقاربت الأدلة، بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد، فهذا مما يستحب الخروج منه حذرا من كون الصواب مع الخصم.

ويشترط لمراعاة الخلاف ما يأتي⁽¹⁾:

أحدها: أن يكون مأخذ المخالف قويا، فإن كان واهيا لم يراع، وبعبارة أخرى، أن يقوى مدركه؛ بحيث لا يعد هفوة، ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه؛ ولم يبال بقول الظاهرية: إنه لا يصح.

وهناك من راعى الخلاف⁽²⁾ وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط، ومثاله إذا نقص من القلتين شيء يسير، ووقع فيهما نجاسة، فينبغي أن يقلد من يقول: إن القلتين 500 رطل تحديدا، فإذا نقص شيء، ووقع فيها نجس تأثرت، وحينئذ يتيمم، ثم يقضي بناء على أن هذا لا يتأثر بالنجاسة، لكن تستحب الإعادة للخروج من الخلاف.

الثاني: أن لا تؤدي مراعاته إلى خرق الإجماع، كمن ذهب إلى وجوب غسل الأذنين، ومسحهما⁽³⁾، فهذا خلاف الإجماع، فلم يقل أحد بذلك، ومع ذلك، فإن الفقهاء استحبوه.

الثالث: أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا، فإن لم يكن كذلك، فلا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه، وهو لا يجوز قطعا.

ومثاله: اشتراط أبي حنيفة المصّر الجامع في انعقاد الجمعة، فلا يمكن مراعاته عند من يقول: إن أهل القرية إذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمهم، ولا يجزئهم الظهر، فلا يمكن الجمع بين القولين.

الرابع: أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر، ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يراع خلاف أبي حنيفة؛ لأن من العلماء من لا يجيز الوصل.

الخامس: أن لا يخالف سنة ثابتة؛ ومن ثم سن رفع اليدين في الصلاة، ولم يبال برأي من قال بإبطاله الصلاة من الحنفية؛ لأنه ثابت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من رواية نحو خمسين صحابيا -رضي الله عنهم أجمعين-.

(1) ابن حزم، علي بن أحمد (ت 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، 124/2، المحقق: أحمد محمد شاكر، قدم له: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر؛ السُّعْدِي، أبو الحسن علي بن الحسين ابن محمد (ت 461هـ)، النتف في الفتاوى، ص90، المحقق: المحامي صلاح الدين الناهي، دار الفرقان- مؤسسة الرسالة، عمان- الأردن، بيروت- لبنان، ط 2، 1404هـ، 1984م؛ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد (ت 540هـ)، تحفة الفقهاء، 162/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1414هـ، 1994م؛ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/ 129- 133؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص137؛ الإدريسي، العربي بن محمد، مراعاة الخلاف عند القرافي، دراسة تأصيلية تطبيقية من كتاب الذخيرة، ص20-21، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الثامن، العدد: 2/15، جامعة الموصل، العراق، بدون ناشر، 1435هـ، 2015م.

(2) نسب القول بذلك إلى القفال الشافعي .

(3) نسب القول بذلك إلى ابن سريج الشافعي .

مسألة: وقت مراعاة الخلاف.

هل يشترط في مراعاة الخلاف أن يكون فقط بعد وقوع الحادثة، والتلبس بها، وبمعنى أدق: أن يكون في حالة البقاء والدوام، أم يجوز ابتداء؟

جاء في منح الجليل شرح مختصر خليل: "وإن كانت أم ولده -أي العبد- حاملاً، فلا تباع حتى تلد؛ لأن جنينها لسيد، وله بيع من ذكر لغير الدين، لكن بإذن سيده، لرعي القول بأنها تكون أم ولد، إن عتق، وإن باع بلا إذنه، مضى؛ لأن رعي الخلاف إنما هو في الابتداء"⁽¹⁾.

وفي شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني: "لأن رعي الخلاف إنما يكون في الابتداء لا في الانتهاء"⁽²⁾.

المعنى المفهوم مما ذكر في منح الجليل: أنه لا يجوز البيع ابتداء إلا بإذن السيد، من أجل مراعاة الخلاف؛ لأنه لو قيل بمراعاة الخلاف لقلنا بعدم جواز البيع في الابتداء، فإن وقع البيع بلا إذن السيد، فلا يبطل، ويمضي بيعه دواماً، بناء على أن البقاء أسهل من الابتداء، فيتسامح فيه.

ومن هنا، فإن الخلاف لا يراعى إلا بعد وقوع الفعل على خلاف النهي، وعُلِّل بما يؤول إليه عمل المكلف بمقتضى النهي الأصلي، من حيث المفسدة التي تزيد على مفسدة عمله برأي المخالف، فيحكم في هذه الحالة على رعي خلاف الآخر بالمشروعية"⁽³⁾.

ويشترط في مراعاة الخلاف بعد وقوع الحادثة، أن تدعو الضرورة إلى ذلك، ولا ضرورة في مراعاة الخلاف ابتداء"⁽⁴⁾.

من ناحية أخرى، فقد وُجِدَتْ بعض الفروع في الفقه المالكي، أعمل فيها دليل المخالف ابتداء في لازم مدلوله، مثل الماء القليل الذي حُلَّت فيه نجاسة قليلة لم تغيره، وكذلك الماء المستعمل في الطهارة؛ لأن بعض المالكية قالوا: بسلب الطهورية عنه، ورأى آخرون: طهوريته؛ نظراً لعدم تغير أحد أوصافه، وذهب فريق آخر من المالكية: إلى كراهية استعمال هذا الماء ابتداء، مراعاة للخلاف"⁽⁵⁾.

ولم يزل أعلام العلماء يتساهلون في المسألة المختلف فيها قديماً وحديثاً، لا سيما بعد النزول، لذلك قال العلماء: يراعى الخلاف قبل الوقوع توقياً واحترازاً؛ خروجاً من الخلاف، وبعده تبريراً وإنفاذاً؛ مراعاة للخلاف"⁽⁶⁾.

(1) عيش، 124/6.

(2) الزرقاني، 544/5.

(3) قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة نظرية تطبيقية، ص124.

(4) قوادري، المصدر نفسه، ص124.

(5) البغدادي، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين المالكي (ت 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر؛ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 66/1؛ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 37/1؛ قوادري، المصدر السابق، ص124-125.

(6) عيش، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، 64/1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، د. س.

المطلب الثالث: علاقة القاعدة بمراعاة الخلاف.

لعل لهذه القاعدة صلة واضحة بمسألة مراعاة الخلاف، وذلك أن المسائل المختلف فيها بين العلماء قد يراعى فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الراجح، فليست المسائل المتفق عليها كالمختلف فيها⁽¹⁾، فمثلاً، يقول المالكية: كل نكاح فاسد اختلف فيه، فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسحه إلى الطلاق؛ وإذا دخل مع الإمام في الركوع، وكبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام، فإنه يتمادى مع الإمام مراعاة لقول من قال: إن تكبيرة الركوع تجزئ من تكبيرة الإحرام، ومثله جار في عقود البيع وغيرها، فلا يعاملون الفاسد المختلف في فساده، معاملة المتفق على فساده، ويعطلون التفرقة بالخلاف، فهذا اعتبار منهم لمذهب المخالف⁽²⁾.

وفي الحديث: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل)، ثم قال: (فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل منها)⁽³⁾، وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع به الميراث، ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغيرها، دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنى، وليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه، قد يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة، إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقتضيه بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال، من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مقتضى النهي أو تزيد⁽⁴⁾، وهذا فيه أيضاً مراعاة لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فحكم ببقاء ودوام واستمرار هذا النكاح، وبالتالي لا تقع به الفرقة. إذن، يلتقي مبدأ مراعاة الخلاف مع هذه القاعدة في الحكم بصحة الدوام والاستمرار، وترتب الآثار الشرعية على التصرف أو العقد، تحقيقاً للمصالح، ودفعاً للمفاسد. إن جواز المنهي عنه بعد الوقوع له دليل عام مرجح، وهو أن العامل بالجهل مخطئاً في عمله له نظران⁽⁵⁾:

1. نظر من جهة مخالفته للأمر والنهي، وهذا يقتضي الإبطال.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، 526/1، حققه: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 1408هـ، 1988م؛ الشاطبي، الموافقات، 106/5-107.

(3) أخرجه الترمذي، في أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ح ر (1102)، الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي (ت 279هـ)، السنن، 399/3، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة، (ج 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 2، 1395 هـ، 1975 م. والحديث صححه الألباني، التبريزي، مشكاة المصابيح، 938/2.

(4) الشاطبي، المصدر السابق، 192-191/5.

(5) الشاطبي، المصدر السابق، 192-191/5.

2. ونظر من جهة قصده إلى الموافقة في الجملة؛ لأنه من أهل الإسلام، ومحكوم له بأحكام المسلمين، وخطؤه أو جهله، لا يجني عليه أن يخرج به عن حكم أهل الإسلام، بل يتلافى له حكم، يصحح له به ما أفسده بخطئه وجهله؛ ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ

السُّوءَ بِجَهْلَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١﴾

ولذلك قالوا: إن المسلم لا يعصي إلا وهو جاهل، فجرى عليه حكم الجاهل، إلا أن يترجح جانب الإبطال بالأمر الواضح، فيكون إذ ذاك، جانب التصحيح ليس له مآل يساوي أو يزيد، فإذا ذاك لا نظر في المسألة، مع أنه لم يترجح جانب الإبطال، إلا بعد النظر في المآل، وهو المطلوب⁽²⁾.

إن أساس التفرقة هنا هو اختلاف مآل المسألة قبل وقوعها، عن حالها بعد الوقوع، وما يترتب على الوقوع عادة من أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً، وتنشأ إشكالات لا يحصل الانفكاك عنها إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعياً بالنظر إلى قول المخالف، فيراعى قوله بناء على مراعاة الخلاف، وإن كان مرجوحاً في أصل النظر، وقبل وقوع المسألة⁽³⁾.

وهنا أقول: إن هذا ينسجم تماماً مع القاعدة موضوع الدراسة، حيث تعتبر الاستدامة، ويبقى الأمر مرتباً لآثاره دفعا لأعظم المفسدتين، فمفسدة إبطاله ونقضه، أعظم من إيقائه.

وبعبارة أخرى، يحصل ذلك إذا كان دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً، ويكون هو الراجح، ثم بعد وقوع الأمر بشكل عملي، يصير الراجح مرجوحاً؛ لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بأحدهما، في غير الوجه الذي يقال فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان، فليس جمعاً بين متنافيين، ولا قولاً بهما معاً⁽⁴⁾، بل مبناه مراعاة الخلاف، والنظر والموازنة بين المصالح والمفاسد، والحكم بالبقاء والاستمرار تحقيقاً لنفع المكلفين، ودفعاً للعتت والمشقة عنهم.

إن مبدأ مراعاة الخلاف، يدخل في باب الترجيح بين المصالح، والمفاسد، والموازنة بين الأدلة، وآثار تنزيلها في الواقع، وفي باب تحقيق المناط، في المتفق عليه والمختلف فيه، والنظر فيما يؤول إليه إبقاء الواقع على ما هو عليه، أو تغييره، وهذا ما يجعلها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فهي من القواعد الفقهية المقاصدية، التي لا غنى عن الأخذ بها، لمن كانت همته منصبه على النظر في أمور العباد، من جلب المصالح لهم، ودرء المفاسد عنهم، وذلك أن تغيير الأمر الواقع، كثيراً ما يكون أصعب من ابتدائه وإيجاده من الأساس، كما في القاعدة الفقهية التي تعتبر من ألفاظ هذه القاعدة، وهي: "المنع أسهل من الرفع"، فمنع وقوع الخلل والانحراف ابتداءً، أسهل من رفعه وإزالته

(1) سورة النساء، الآية 17.

(2) الشاطبي، الموافقات، 191/5-192.

(3) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي.

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/> 9070

(4) الشاطبي، المصدر السابق، 108/5-109.

بعد وقوعه، ولذلك يغتفر في البقاء والاستدامة، ما لا يغتفر في الإنشاء والإيجاد، فإذا كان التغيير والإزالة يترتب عليهما مفسدة أكبر من مفسدة بقاء الفعل، حُكم ببقائه؛ ترجيحاً لكبرى المصلحتين، ودفعاً لأعظم المفسدتين⁽¹⁾، وقد يكون ذلك من خلال النظر والموازنة بين الأحكام الراجحة، والمرجوحة، والقوية والضعيفة، فقد يكون من الخير العمل بدليل المخالف، ولو ضعيفاً، لحالة خاصة تقتضي ذلك.

إن المكلف في هذه الحالات، قد واقع دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً، إلا أن التفريع على البطلان الراجح في نظره يؤدي إلى ضرر ومفسدة، أقوى من مقتضى النهي عن ذلك، وهذا مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع، والمراد مراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين، والتعويل بعد وقوع الفعل من المكلف على قول، وإن كان مرجوحاً عند المجتهد، ليُقرَّ فعلاً، حصل منهياً عنه، على القول الراجح عنده، وإن له بعد الوقوع حكماً لم يكن له قبله، وذلك نظر إلى المآل، وإنه لو فرع على القول الراجح بعد الوقوع، لكان فيه مفسدة تساوي، أو تزيد على مفسدة النهي، فينظر المجتهد في هذا المآل، ويفرع على القول الآخر المرجوح باجتهاد ونظر جديد، ولولا المآل الطارئ بعد الوقوع بالفعل، ما كان له أن يفرع عليه، وهو يعتقد ضعفه⁽²⁾.

قلت: إن المعنى المفهوم من هذا الكلام، أن المجتهد، أو المفتي يأخذ في مسألة بالقول المرجوح، ولكن تقديمه للمرجوح من الرأي هنا، كان لتحقيق مقصد معين، ونظراً إلى تحقيق نفع، ودفع ضرر بعد الوقوع، لا قبله، فلو لم تكن المسألة أمراً واقعاً بالفعل، لأفتى فيها المجتهد، أو المفتي بمقتضى الراجح لديه.

(1) حميتو، يوسف، مقال بعنوان: "تحقيق المناط: تحكيم للقواعد أم تحكم فيها"، مركز نماء للبحوث والدراسات:

<http://nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=93>

(2) الشاطبي، الموافقات، 189/5 الهامش: "تعليق الشيخ دراز".

المبحث السادس: صلة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ اعتبار المآلات، ومراعاة نتائج التصرفات.

أولاً: تعريف الاعتبار لغة واصطلاحاً.

الاعتبار لغة: من عبر واعتبر، ومنه العبرة، وله عدة معانٍ في اللغة منها⁽¹⁾:

الاعتبار والامتحان والابتلاء، ومنه الاعتاض والتذكر، والاستدلال بالشيء على الشيء.

الاعتبار اصطلاحاً هو: "الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم ونحوه"⁽²⁾.

ويعرف أيضاً بأنه: "النظر في الحكم الثابت، أنه لأي معنى ثبت، وإلحاق نظيره به"⁽³⁾.

ثانياً: تعريف المآلات لغة واصطلاحاً.

المآلات لغة: جمع مفردة مآل، وآل الشيء يؤول أولاً ومآلاً، لجأ وخلص، والموئل المرجع، ويطلق

المآل أيضاً على إصلاح الشيء وسياسته⁽⁴⁾.

المآلات اصطلاحاً: إن المعنى اللغوي الأول، هو أقرب شيء إلى المعنى الاصطلاحي؛ لأنه إذا كان

المآل بمعنى أثر الفعل ونتيجته، فذلك يعني رجوع الفعل إلى حال ينتهي إليها من صلاح أو فساد⁽⁵⁾.

ويمكن تعريف اعتبار المآل بأنه: "تحقيق مناط الحكم، بالنظر في الاقتضاء التبعية، الذي يكون عليه

عند تنزيله، من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"⁽⁶⁾.

ثالثاً: شرح التعريف: يعرف تحقيق المناط بأنه: التحقق من وجود علة الأصل في الفرع⁽⁷⁾، أو: "أن يتفق

على عليّة وصف بنص أو إجماع، فيجتهد في وجودها في صورة النزاع، كتحقيق أن النباش سارق"⁽⁸⁾.

ولكن المقصود بتحقيق المناط في التعريف هو المعنى العام، الذي يعني إجراء الحكم المتيقن، أو

الأصل الكلي في آحاد صوره، من خلال معرفة الغاية النوعية التي استهدفها الشارع من شرع الحكم،

والكشف عن وجودها في الحادثة المعروضة على النظر⁽⁹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: "عبر"، 529/4-531؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: "عبر"، 389/2.

(2) الفيومي، المصدر نفسه، 389/2.

(3) الجرجاني، التعريفات، ص 30.

(4) الفيومي، المصدر السابق، مادة: "وأل"، 674/2؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة: "وأل"، ص 1066؛

الزبيدي، تاج العروس، مادة: "وأل"، 31/28.

(5) السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 19، دار ابن الجوزي، ط 1، 1424هـ.

(6) السنوسي، المصدر نفسه، ص 19.

(7) الرازي، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الملقب بفخر الدين (ت 606هـ)، المحصول، 20/5، دراسة

وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط 3، 1418هـ، 1997م.

(8) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 324/7.

(9) السنوسي، المصدر السابق، ص 20.

والاقتضاء التبعية، المقصود به ما يقابل الاقتضاء الأصلي، ومن المعلوم أن الأحكام الشرعية وضعت على الغالب المعهود في الاعتقاد، والجريان الكسبي، دون مراعاة لخصوصيات الأحوال والأشخاص، والمحالّ المستجدة بعد طرؤ العوارض، فإذا وجدت موجبات استثناء تلك الأمور من العموم الأصلي، روعي فيها المعنى الإضافي القائم بها، مما يستدعي نظرا اجتهاديا مستجدا⁽¹⁾.

ورغم أن الأحكام المنصوصة جاءت جارية على الغالب، إلا أنها راعت في بعض الأحوال هذه الخصوصيات، والتوابع كما يتجلى ذلك في الرخص المشروعة، وهو تصرف يشعر بإمكان الاجتهاد على وفقه فيما يعرض للناس من مستجدات الأحوال⁽²⁾.

والمقصود بعبارة: "عند تنزيهه": الجزئيات الوقوعية التي تلخصت في وجود الملابسات والعوارض الفعلية في الواقع؛ بحيث يكون تطبيق الأحكام الشرعية مراعى فيه سلامة النتائج، من خلال التكيف الغائي المتبصر بالمآلات، بملاحظة المقصد الذي لم يشرع المقصد الأصلي إلا وسيلة لتحقيقه⁽³⁾.

أما "البناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"، فيعني عدم الاكتفاء بمعرفة أقرب الاجتهادات والتصرفات إلى الشرع من جملة تلك التطبيقات، بل تتعدى وظيفة النظر الاجتهادي إلى ترتيب آثارها، والحكم على وفق ما يقتضيه قصد الشارع من وضع الأحكام والتكاليف، سواء كان هذا البناء تدخلا فعليا لتلافي حصول المآل الممنوع، أو جزاءً يرتب على إيقاعها وإحداثها⁽⁴⁾.

وقد عبر الشافعية عن المآل أحيانا بمصطلح: "سلامة العاقبة"، وهذا ما ذكره الزركشي في المنثور في القواعد الفقهية⁽⁵⁾؛ حيث بين أنه يرد في كلام الفقهاء: يجوز كذا بشرط سلامة العاقبة، واستشكل ذلك؛ لأن سلامة العاقبة مستورة عنا، فكيف يحال الحكم على مجهول؟ وأجيب في باب الوديعة بأنه ليس المراد منه اشتراط السلامة في نفس الجواز، حتى إذا لم تسلم الوديعة تبين عدم الجواز، كيف؟ والسلامة أو عدمها تبين آخر!

والجواب: أنه يجوز له التأخير في الحال، ولكن المراد: أنه يجوز له التأخير، ويُشترط عليه التزام خطر الضمان⁽⁶⁾.

وذكر الشافعية في باب التعزير، أنه إنما يباح بشرط سلامة العاقبة، مع الإشارة إلى أنه يعتبر مع ذلك أن يكون الغالبُ السلامة، والهلاكُ نادرا، ويلتحق به الحدود التي لا يقصد بها القتل، يعتبر أن يكون بحيث لو تعدى به في غير الحد متعد سبيل الجناية لم يجب فيه قصاص، لكونه لا يقتل غالبا⁽⁷⁾.

(1) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 19.

(2) السنوسي، المصدر نفسه، ص 19.

(3) المصدر نفسه، ص 19.

(4) المصدر نفسه، ص 19.

(5) 217/2.

(6) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 217/2-218.

(7) الزركشي، المصدر نفسه، 218/2.

ويحتمل أن لا يعتبر هذا، إلا في التعزير، أما الحد الذي هو دون القتل كالجلد ونحوه، فقد يكون قاتلاً، وقد يكون بحيث لو حدث مثله من جانٍ متعدٍ لتعلق به القصاص، وإذا مات به المحدود، فالحق قتله، ويدل على هذا حد القطع في السرقة، والتحقيق في هذا أن كل ما أفضى إلى الضمان، فهو غير جائز، إذ جوازه مشروط بسلامة العقوبة، ولم يحصل الشرط، فكذا مشروطه، وكان مقتضى ذلك الحكم الآن بالمنع، لعدم تحقق الشرط، بل قد يكون الأصل عدم الشرط، كما في تأخير الحج عند الاستطاعة، ولا أقل من التوقف، فلا يحكم بجواز، ولا منع، عملاً بحكم الشرط⁽¹⁾.

رابعاً: تعريف المراعاة:

المراعاة: من راعيت الشيء، رعى ومراعاة، أي لاحظته محسناً إليه، ونظرت إلى ماذا يصير الأمر⁽²⁾.

خامساً: تعريف النتائج:

جمع نتيجة، والنتائج اسم ما تضعه الأنعام، ثم استعمل اللفظ في كل ما يتولد عن غيره، ويلزم عنه⁽³⁾.

سادساً: تعريف التصرفات:

التصرفات جمع تصرف، والتصرف هو التقلب⁽⁴⁾.

سابعاً: المقصود العام من مصطلح مراعاة نتائج التصرفات⁽⁵⁾:

هو ملاحظة المآلات التي تتمخض عن تطبيق الأحكام الشرعية، أو التصرفات المطلقة عند إصدار الحكم عليها من قبل المجتهدين، مع توظيف تلك النتائج الواقعة، أو المتوقعة في تكوين مناط الحكم وتكييفه.

(1) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/218.

(2) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة: "رعو"، ص1289.

(3) الفيومي، المصباح المنير، مادة: "نتج"، 2/591.

(4) الفيروزآبادي، المصدر السابق، مادة: "صرف"، ص827.

(5) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص22-23.

المطلب الثاني: مراتب المآلات.

إن مراتب المآل تابعة لمراتب الوسائل أو الذرائع؛ حيث إن النظر المآلي ينطلق من خلال النتائج، ليتسلط على وسائلها وأسبابها التي تفضي إليها، بحيث يقوى الظن بالإفشاء، ويضعف بحسب قوة الذريعة، أو الوسيلة التي تؤدي إليها؛ لذلك، فإن بيان مراتب المآل مرتبط بمراتب الذريعة التي قررها العلماء، بحسب قوة إفشائها إلى المفسدة أو المصرة⁽¹⁾؛ حيث إن الذريعة بحسب قوة وضعف إفشائها، ثلاثة أقسام⁽²⁾:

الأول: ما يقطع بتوصيله إلى الحرام، فهو حرام.

الثاني: ما يقطع بأنه لا يوصل، ولكن اختلط بما يوصل، فكان من الاحتياط سد الباب، وإلحاق الصورة النادرة، التي قطع بأنها لا توصل إلى الحرام بالغالب منها، الموصل إليه، وهذا غلو في القول بسد الذرائع.

الثالث: ما يحتمل ويحتمل، وفيه مراتب متفاوتة، ويختلف الترجيح بسبب تفاوتها. من خلال ما سبق، فالذرائع إما أن تكون قطعية الإفشاء، أو غالبية الإفشاء، أو نادرة الإفشاء، وهناك كثيرة الإفشاء، كثرة غير غالبية⁽³⁾.

وبناء على ذلك يمكن القول إن مراتب المآل وفق التفصيل الآتي:

المرتبة الأولى: ما كان قطعي التحقق.

إن هذا المآل يكون قطعي التحقق عندما تكون الوسيلة تفضي إليه بشكل قوي، بحيث يترتب المآل الممنوع عنها على وجه اليقين، ومثله حفر بئر قرب الباب في الظلام، بحيث يهوي الخارج، أو الداخل فيه لا محالة، وهذا النوع متفق على وجوب مراعاته، بناء على وجوب سد ذريعته، بسبب الفساد الشديد المفضي إليه⁽⁴⁾.

وهذا القسم له نظران⁽⁵⁾:

أ. نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يُقصدَ شرعا، من غير قصد إضرار بأحد؛ فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه.

ب. ونظر من حيث كونه عالما بلزوم مصرة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه؛ فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار؛ لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف، لا يتعلق بفعله مقصد ضروري، ولا حاجي، ولا تكميلي؛ فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مصرة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مصرة، وليس للشارع قصد في وقوعه

(1) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 22-23.

(2) الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 2/ 196.

(3) السنوسي، المصدر السابق، ص 26-27.

(4) السنوسي، المصدر السابق، ص 26-27.

(5) الشاطبي، الموافقات، 3/ 72-73.

على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر، وعلى كلا التقديرين؛ فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين:

الأمر الأول: تقصير في النظر بالمأمور به، وذلك ممنوع.

الأمر الثاني: قصد إلى نفس الإضرار، وهو ممنوع أيضا؛ فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل، لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة، ولا يعد قاصدا له، إذا لم يتحقق قصده للتعدي.

المرتبة الثانية: ما كان ظني التحقق.

وهذا النوع على وجهين⁽¹⁾:

الوجه الأول: ما كان مظنونا ظنا غالبا.

وهو ما كانت الوسيلة المؤدية إليه يغلب على الظن إفضاؤها إلى المال الممنوع، والمفسدة المحرمة، مثل بيع السلاح في الفتنة؛ لأنه من باب التعاون على الإثم والعدوان؛ ولأن السلاح معمول للقتال، لا يصلح لغيره.

الوجه الثاني: ما كان مظنونا ظنا غير غالب.

وهو ما كانت وسيلته تقضي إفشاء كثيرا، كثرة لا تبلغ أن تكون في غالب الأحوال، وأداؤه للمفسدة ليس قطعيا متحققا، وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا، لا غالبا، ولا نادرا؛ فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان؛ إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها، عن كونها موجودة، أو غير موجودة.

وأیضا؛ فإنه لا يصح أن يعد الجالب، أو الدافع هنا، مقصرا ولا قاصدا، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حملة على القصد إليهما، أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك؛ فالتسبب المأذون فيه قوي جدا، إلا أنه اعتبر في سد الذرائع، بناء على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه؛ لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا، وهو كثرة الوقوع في الوجود، أو هو مظنة ذلك، ومن أمثلة هذا القسم بيوع الآجال⁽²⁾.

(1) ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت 449هـ)، شرح صحيح البخاري، 231/6، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط 2، 1423هـ، 2003م؛ ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، 30/2، المحقق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط 7، 1419هـ، 1999م؛ ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 125/3؛ الشاطبي، الموافقات، 77/3-78؛ السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 28، 30.

(2) البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 135/3؛ البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، 559/2-560؛ القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 32-33.

المرتبة الثالثة: ما كان نادر التحقق.

وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً؛ فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبية؛ فلا اعتبار بالنذور في انخراطها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة؛ إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة، إجراءً للشرعيات مجرى العاديات في الوجود، ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة، أو دفع المفسدة -مع معرفته بندرة المضرة عن ذلك- تقصيراً في النظر، ولا قصداً إلى وقوع الضرر، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية⁽¹⁾.

والدليل على ذلك: أن ضوابط المشروعات هكذا وجدت؛ كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة، مع إمكان عدم المشقة، كما لو كان ملكاً مترفعاً، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك أعمال الخبر الواحد، والأقيسة الجزئية في التكاليف، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر؛ فلم يعتبر، واعتبرت المصلحة الغالبة⁽²⁾.

المطلب الثالث: أدلة اعتبار المآلات .

هناك الكثير من الأدلة والشواهد التي تدل على اعتبار المآل منها:

أولاً: من القرآن الكريم.

أ- قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾⁽³⁾.

لقد منع الله سبحانه وتعالى بهذه الآية المسلمين من فعل أي فعل جائز يؤدي إلى محذور، ولقد تعلق علماء المالكية بهذه الآية في سد الذرائع⁽⁴⁾.

ب- قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَجْهَرُ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافُتُ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا﴾⁽⁵⁾، فإن النهي عن الجهر بالتفات إلى المآل، خشية أن يسمع المشركون قراءته، فيقومون بسبه وشتم دينه⁽⁶⁾.

فقد نزلت هذه الآية ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- مختفٍ بمكة، وكان المشركون إذا سمعوا القرآن الكريم سبوه، ومن أنزله، ومن جاء به، فأمر الله -عز وجل- نبيه -صلى الله عليه وسلم-:

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 125/3؛ الشاطبي، الموافقات، 77/3-78؛ السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص32.

(2) الشاطبي، المصدر نفسه، 74/3-75.

(3) الآية سبق عزوها ص 119.

(4) ابن العربي، أحكام القرآن، 265/2.

(5) سورة الإسراء، الآية: 110.

(6) ابن العربي، المصدر السابق، 217/3.

بعدم الجهر بالقراءة، فيسمع المشركون، فيسيبوا القرآن، وأمره كذلك بعدم المخافتة عن أصحابه -رضي الله عنهم-، فلا يسمعون⁽¹⁾.

ثانياً: من السنة النبوية المطهرة.

أ- النهي عن قتل المنافقين: فإن الرسول -صلى الله عليه وسلم- حين أشار عليه أحد الصحابة الكرام -رضي الله عنهم- بقتل أحد المنافقين قال له: (لا يتحدث الناس أنه -أي صلى الله عليه وسلم- كان يقتل أصحابه)⁽²⁾، فكان الكف عن قتلهم، لئلا يكون ذريعة لقول أهل الشرك إن الرسول -صلى الله عليه وسلم- يقتل أصحابه⁽³⁾.

ب- تحريم الأسباب المفضية إلى الزنا⁽⁴⁾: يتجلى ذلك في قوله -صلى الله عليه وسلم-: (لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم)، فقال رجل: يا رسول الله، إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا، وامرأتي تريد الحج، فقال: (أخرج معها)⁽⁵⁾.

ثالثاً: من فقه الصحابة -رضي الله عنهم-.

أ- جمع المصحف الشريف⁽⁶⁾:

فجمع المصحف أحدثه السلف، وأجمع عليه العلماء، ولم يقع فيه مخالفة لما وضعه الشارع بحال؛ لأن جمع المصحف مثلاً لم يكن في زمان رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فحاصل الأمر أن جمع المصحف كان مسكوتاً عنه في زمانه -صلى الله عليه وسلم-، ثم لما وقع الاختلاف في القرآن وكثر، صار جمع المصحف واجباً، وهذا النظر من باب الاجتهاد الملائم لقواعد الشريعة، وإن لم يشهد له أصل معين، وهو الذي يسمى المصالح المرسلّة، وكل ما أحدثه السلف من هذا القبيل، لا يتخلف عنه بوجه، وليس من المخالف لمقصد الشارع أصلاً⁽⁷⁾.

ب- قتل الجماعة بالواحد:

فقد حصل اتفاق الصحابة -رضي الله عنهم- على جواز قتل الجماعة بالواحد، مع أن الشرع أوجب القتل على القاتل، والشريك ليس بقاتل على الكمال، لكنهم قالوا: إنما اقتصر من القاتل لأجل الزجر وعصمة الدماء، وهذا المعنى يقتضي إلحاق المشارك بالمنفرد، فلو اعتبر فيها التساوي، لسقط القصاص في كثير من الأحوال، بتواطؤ الجمع على القتل والقطع، فعمدة من قتل بالواحد الجماعة، النظر إلى المصلحة⁽⁸⁾.

(1) النيسابوري، علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي الشافعي (ت 468هـ)، أسباب نزول القرآن، ص 295، المحقق: عصام بن عبد المحسن الحميدان، دار الإصلاح، الدمام، السعودية، ط 2، 1412هـ، 1992م.

(2) الحديث سبق تخريجه ص 120.

(3) الشاطبي، الموافقات، 76/3.

(4) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 142.

(5) أخرجه البخاري، كتاب جزاء الصيد، باب حج النساء، ح ر (1862)، البخاري، الجامع الصحيح، 19/3.

(6) قصة جمع المصحف الشريف أخرجه البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب قوله: {لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم، حريص عليكم بالمؤمنين رءوف رحيم}، ح ر (4679)، البخاري، الجامع الصحيح، 71/6.

(7) الشاطبي، المصدر السابق، 39/3، 41 بتصرف يسير.

(8) الغزالي، المستصفى، ص 330؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 182/4؛ العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 1/ 196؛ القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 4/ 213.

لذلك، واجتنبنا لهذا المآل الممنوع، فقد قضى الصحابة -رضي الله عنهم- بالقصاص ممن قتل، ولو كان عدد القاتلين كثيرا، سدا لذريعة العدوان على الناس بالقتل بالاشتراك⁽¹⁾.

المطلب الرابع: طرق اعتبار المآلات.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الطريق الوقائي (منع الابتداء والإنشاء).

يقوم الطريق الوقائي على منع التسبب في إحداث المفسد، والمخالفات الشرعية قبل أن تقع فعلا، وكذلك منع التوسل إلى إيقاعها، من خلال سد الذريعة إلى الفساد في وجه من يتخذ من الأمور المشروعة مطية إلى إبطال مقاصد الشريعة، سواء ثبتت شواهد هذا القصد إلى المفسد، أم لم تثبت، فإن مستند الاجتهاد المآلي ليس مجرد النظر إلى البواعث والقصود، بل أكثر ما يستأثر اهتمامه هو نتائج التصرفات والأفعال، بقطع النظر عن طبيعة الدوافع التي كانت وراء إنشائها⁽²⁾.

وهذا من مقتضيات السياسة الوقائية التي تنهض بها قواعد الاحتياط والاستصلاح في الشريعة، فإذا كانت سياسة العقلاء جارية في أمور الدنيا على أن الوقاية خير من العلاج، فإن الاجتهاد الشرعي أولى وأحرى بانتهاج هذه السياسة⁽³⁾.

إن الاجتهاد المآلي هدفه المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية، من خلال اتخاذ التدابير المناسبة لهذا الحفظ والاعتبار، بدءا من أحكام الأسباب والوسائل، وتكييف النظر فيها في ضوء المقاصد الكلية، والغايات العليا، وقد تقرر هنا أن الوسائل لها أحكام المقاصد⁽⁴⁾.

فلما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها؛ فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل؛ فإذا حرم الرب سبحانه وتعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه⁽⁵⁾.

(1) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 162.

(2) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 362-363.

(3) السنوسي، المصدر نفسه، ص 362-363.

(4) السنوسي، المصدر نفسه، ص 363.

(5) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 3/ 108 - 109.

وقد عبر أكثر الفقهاء عن الابتداء والإنشاء بالإحداث، ففي معرض حديثهم عن التسبب بالإضرار بالغير، فقد آثروا لفظ الإحداث؛ لالتصاقه أكثر من غيره بتلك المسائل، وقد يعبرون بها جميعا في مواطن شتى يحددها السياق⁽¹⁾.

لقد قام المنهج الوقائي على جملة من القواعد وفق الآتي⁽²⁾:

1. قاعدة سد الذرائع: وهي إغلاق الوسائل والطرق المفضية إلى المفساد، والمخالفات الشرعية.
2. قاعدة إبطال الحيل⁽³⁾:

إن حقيقة الحيلة هي: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية⁽⁴⁾.

3. قاعدة: منع الضرر.

ومنها: "الضرر يزال"، التي قيدت بقاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"، "ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، وقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁵⁾.

4. قاعدة: "ما قارب الشيء يعطى حكمه"⁽⁶⁾.

هذه القاعدة تنص صراحة على مؤدى مدلول اعتبار المآل، حيث تفيد بأن ما لاح منه الإفضاء إلى مآل ما إلى حد الاقتراب، فإنه يعطى حكم مآله الذي يؤذن بقرب الإفضاء إليه⁽⁷⁾.

5. قاعدة: "درء المفساد أولى من جلب المصالح"⁽⁸⁾.

حيث إن اجتناب النواهي أكد وأبلغ في القصد الشرعي⁽⁹⁾؛ لذلك قال ابن القيم: "وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة، أو الراجعة بحسب الإمكان، وإن تراجعت؛ قَدَّمَ أَمَّهَها وأَجَلَّها، وإن فاتت، أدناها، وتعطيل المفساد الخالصة، أو الراجعة بحسب الإمكان، وإن تراجعت، عطل أعظمها فسادا، باحتمال أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه، دالة عليه، شاهدة له بكمال علمه وحكمته، ولطفه بعباده، وإحسانه إليهم"⁽¹⁰⁾.

(1) السنوسي، المصدر السابق، ص363.

(2) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص364.

(3) جمع حيلة وهي اسم من الاحتيال، ومعناها الحنق، وجودة النظر، والقدرة على التصرف في الأمور والتخلص من المعضلات. الرازي، مختار الصحاح، مادة "حيل"، ص86؛ البركتي، التعريفات الفقهية، ص83، دار الكتب العلمية، (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان، 1407 هـ، 1986 م)، الطبعة الأولى، 1424 هـ، 2003 م.

(4) الشاطبي، الموافقات، 187/5-188.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83-84، 86؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74.

(6) الزركشي، المنثور في القواعد، 144/3.

(7) السنوسي، المصدر السابق، ص365.

(8) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، 211/4-212.

(9) الشاطبي، المصدر السابق، 5 / 300.

(10) مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، 22/2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ب. د. س.

المسألة الثانية: الطريق العلاجي (منع الاستمرار).

إن وقوع الأضرار والمفاسد المختلفة في الحياة أمر لا مفر منه، لذلك؛ لا بد لهذه الأضرار من حلول شرعية تعود عليها بالإصلاح، حيث إن التشريع الإسلامي لم يكتف بمجموعة من الإجراءات الوقائية والاحتياطية فحسب، بل تعدى ذلك بكثير، من خلال احتواء هذه المآلات الضرورية بما يناسبها من الإصلاح والاحتواء والدفع والتلافي⁽¹⁾.

إن الطريق العلاجي له مجموعة من الأسس التي يقوم عليها تتمثل بالآتي⁽²⁾:

1. قطع الفعل: وذلك إذا لاحت أمارات وقوع الأضرار، على وجه القطع، أو الظن الغالب، فإنه يتعين العمل على تعطيلها قبل حصولها الفعلي.

فمثلاً: من أحدث في ملكه ما يضر بجاره كحمّام، أو أقام محل صنعة كمنجرة وغيرها، فله منعه، وكذا لو أقام بناءً عالياً، فأفضى إلى سد الفضاء عن جاره⁽³⁾.

2. إزالة آثار الفعل: كما أن التشريع الإسلامي يضع المناهج لمواجهة الأضرار قبل الوقوع، فإنه كذلك يضع المناهج للتقليل من أثارها، أو إزالتها بشكل كلي حال الوقوع الفعلي، وإزالة هذه المفاسد يتم بإحدى حالتين:

أ- إزالة عين المفسدة، دون لزوم إحداث مفسدة أخرى، فهنا الإزالة متعينة إذا لم تؤد إلى وقوع مفسدة مساوية، أو أكبر من الواقعة، ومثال ذلك: ما شرع من الخيارات في كثير من العقود، كخيار المجلس، وخيار الرؤية.

ب- جبران المتضرر إذا تعذرت الإزالة، دون لزوم مفسدة: ويكون ذلك إذا كان العمل على إزالة المفسدة الواقعة، يلزم منه وقوع مفسدة أعظم، أو أكبر من الواقعة، وقد جرت العادة في هذه الحالة أن يتم تعويض المتضرر مكان الإزالة، ويتمثل هذا التعويض في الضمان.

3. ترتيب الجزاء على الفعل: والمقصود بالجزاء هنا هو الجزاء العقابي، أو إيقاع العقوبة المناسبة.

(1) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 372.

(2) السنوسي، المصدر نفسه، ص 374-375.

(3) ابن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع، 6/ 449.

المطلب الخامس: علاقة القاعدة بمراعاة المآلات.

إن وقوع الأضرار والمفاسد المختلفة في الحياة لا مفر منه، لذلك؛ لا بد للمجتهدين أن يقدموا الحلول الشرعية، حتى تعود على هذه الأضرار بالإصلاح قدر الإمكان؛ حيث إن التشريع الإسلامي لم يكتف بمجموعة من الإجراءات الوقائية والاحتياطية فحسب، بل تعدى ذلك من خلال احتواء هذه المآلات الضرورية، والإعداد لها بما يناسبها من الإصلاح والاحتواء، والحكم ببقائها واستمرارها، بما يتناسب وواقع المكلف، من حيث الأحوال المحيطة به يسرا وعسرا، أو الدفع والتلافي، كمنهج وقائي⁽¹⁾.

إن الإعداد الذي تتخذه الشريعة لا يقتصر فقط على المنهج الوقائي؛ حيث إن الكثير من المكلفين لن يردعهم النهي، أو تأكيد وجود الضرر في فعل ما، بل إن طبيعة النفس البشرية تحتم وجود فئة من الناس تقتحم الأضرار، وتستهوئ ذلك نفوسها، وتقع في مأزق لا يعلمها إلا الله تعالى، ثم يهرع المكلف بعد ذلك إلى أهل العلم، قاصداً للنجاة، وهنا يأتي دور المجتهد، الذي ينظر في تصرفات المكلفين، ويوازن بين ما يترتب على القول بالتصحيح، وبالتالي البقاء والدوام، وبين القول بالإبطال، وما يترتب عليه، وهكذا، يسير المجتهد، بعد أن يكون مراعاة المآل قبلةً له، فيكون على بصيرة من أمره، فإن حكم بالبقاء والدوام، وصحة الاستمرار، اعتماداً على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، كان ذلك كثرة من ثمرات النظر في المآل، وحتى لو حكم في حالات خاصة بمنع الدوام والاستمرار أيضاً⁽²⁾.

ولقد نصَّ الشاطبي نصاً صريحاً على مدى ارتباط هذه القاعدة بمراعاة المآل، والنظر فيما يترتب على الدفع أو الرفع من مفسد، هي أشد ضرراً من مقتضى النهي عن التصرف، فقاعدة: "المنع أسهل من الرفع"، تحقق مقاصد الشرع في العدل والرفق بالخلق، والتيسير عليهم⁽³⁾، حيث قال موضحاً الأمر: "وذلك أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت، فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر وغيرها، كالغصب مثلاً، إذا وقع، فإن المغصوب منه لا بد أن يوقى حقه، لكن لا على وجه يؤدي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف..."⁽⁴⁾.

ثم أضاف الشاطبي قائلاً: "إذا ثبت هذا، فمن واقع منهياً عنه، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائداً على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيتترك وما فعل من ذلك، أو يُجاز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظراً إلى أن ذلك الواقع، واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع

(1) السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص372.

(2) السنوسي، المصدر نفسه، ص372.

(3) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(4) الموافقات، 5/ 188.

الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن من القرائن المرجحة⁽¹⁾.

ثم ضرب الشاطبي أمثلة كثيرة على ذلك منها⁽²⁾:

1 - حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم - صلى الله عليه وسلم -، فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: (سألت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الجدر⁽³⁾، أمن البيت هو؟ قال: نعم، قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: (إن قومك قصرت بهم النفقة)، قلت: فما شأن بابه مرتفعاً، قال: (فعل ذاك قومك ليدخلوا من شاءوا، ويمنعوا من شأؤوا، ولولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية، فأخاف أن تنكر قلوبهم، أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألصق بابه في الأرض)⁽⁴⁾.

2 - حديث ترك قتل المنافقين⁽⁵⁾.

حيث إن موجب القتل حاصل وهو الكفر بعد الإسلام، والسعي في إفساد حال المسلمين؛ فكانوا بذلك أضر على الإسلام من المشركين، فقتلهم درء لمفسدة حياتهم، ولكن المآل الآخر - وهو هذه التهمة - تبعد الطمأنينة عن مريدي الإسلام، وهي أشد ضرراً على الإسلام من بقائهم⁽⁶⁾.

3 - حديث البائل في المسجد، حيث أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بتركه حتى ينتهي⁽⁷⁾. وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي، أو تزيد عن ذلك⁽⁸⁾، ومن هذا الباب الترك للمطلوب؛ خوفاً من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة ذلك المطلوب⁽⁹⁾.

وقد اعتبر الشاطبي أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، سواء كانت الأفعال موافقة، أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلف بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تُدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة، أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، فربما يؤدي استدفاع المفسدة، إلى

(1) الشاطبي، الموافقات، 5/ 190.

(2) الشاطبي، المصدر نفسه، 5/ 191.

(3) الجدار، والمقصود الحجر الذي حول الجدار. البخاري، الجامع الصحيح، 2/ 146.

(4) أخرجه البخاري، كتاب التمني، باب ما يجوز من اللو، ح ر (7243)، البخاري، المصدر نفسه، 9/ 86.

(5) الحديث سبق تخريجه ص 120.

(6) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(7) الحديث سبق تخريجه ص 67.

(8) الشاطبي، المصدر السابق، 5/ 192.

(9) الشاطبي، المصدر السابق، 4/ 428.

مفسدة تساويها، أو تزيد عليها، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق⁽¹⁾.

وبيان ارتباط القاعدة بهذا المقصد: أن المجتهد ينظر إلى الأفعال، وما تنتهي في جملتها إليه، فإن كانت تنحو نحو المصالح، التي هي المقاصد والغايات، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد، وإن كانت مآلاتها تنحو نحو المفسد، فإنها تكون محرمة، لما يتناسب مع تحريم هذه المقاصد، ومن هنا، فلا يقال بإبطال عقد، أو قطع استمرار الفعل، حتى يعرف مآله وثمرته، فحينئذ يحكم عليه بما يناسبه، فإما أن يحكم عليه بالصحة والاستمرار بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو يحكم عليه بخلاف ذلك⁽²⁾.

إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" تلتقي مع مبدأ مراعاة المآل بجميع هذه المعاني التي يحققها هذا المبدأ الأصل في الشريعة الإسلامية، فجميع السمات الحسنة في هذا المبدأ، تجدها متحققة بنفسها في قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن التطبيق العملي لهذه القاعدة ما هو إلا نظر ومراعاة للمآل، وموازنة صحيحة بين المصالح والمفاسد، وتحقيق لمصالح المكلفين، وتخفيفا عنهم، ورفعاً للحرَج والضيق.

ثم إن المنهج الوقائي، وهو منع الابتداء والإنشاء في طرق اعتبار المآلات، يلتقي مع مبدأ قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع"، المتوافقة مع قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ حيث إن الوقاية خير من العلاج، ومنع الضرر ابتداءً، أسهل من رفعه بعد الوقوع.

(1) الشاطبي، الموافقات، 5/ 178.

(2) اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 552.

المبحث السابع: صلة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بالمصلحة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المصلحة، وأقسامها، وحجيتها.

أولاً: تعريف المصلحة لغة واصطلاحاً.

المصلحة لغة: واحدة المصالح، وهي المنفعة، والنفع ضد الضرر، والصالح ضد الفساد، والإصلاح أيضاً ضد الإفساد، والاستصلاح هو: طلب الصلاح، ضد الاستفساد، الذي يعني طلب الفساد⁽¹⁾، وبما أن النفع ضد الضرر، فيكون دفع المضرّة مصلحة⁽²⁾.

المصلحة اصطلاحاً: هي عبارة عن جلب منفعة، أو دفع مضرّة، بالمحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة⁽³⁾.

وقد يعبر عن المصلحة بالاستصلاح، وهو استفعال من صلح يصلح، وهو اتباع المصلحة المرسلّة، فإن الشرع أو المجتهد يطلب صلاح المكلفين باتباع المصلحة المذكورة ومراعاتها؛ لأن قوام الإنسان في دينه ودنياه، وفي معاشه ومعاده بحصول الخير، واندفاع الشر⁽⁴⁾.

ثانياً: أقسام المصالح باعتبار الشارع لها وعدمه.

المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام⁽⁵⁾:

قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد لبطلانها، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها، ولا لاعتبارها. **القسم الأول:** وهو ما شهد الشرع لاعتبارها، فهي حجة، ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع.

والمراد بالاعتبار إيراد الحكم على وفقه، لا التتصيص عليه بنص، ولا الإيماء إليه، وإلا لم تكن العلية مستفادة من المناسبة، وهو المراد بقولهم: شهد له أصل معين.

القسم الثاني: وهو ما شهد الشرع لبطلانها، مثاله قول أحد العلماء لأحد الملوك لما جامع في نهار رمضان: إن عليك صوم شهرين متتابعين، فلما أنكر عليه، حيث لم يأمر بإعتاق رقبة -مع اتساع ماله- قال: لو أمرته بذلك لسهل عليه، واستحقر إعتاق رقبة في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر به، وهذا مخالف لنص الكتاب بالمصلحة، وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها، بسبب تغير الأحوال.

(1) الرازي، مختار الصحاح، مادة "صلح"، 1 / 178؛ الزبيدي، تاج العروس، مادة "صلح"، 547/6-549.
(2) علي، محمد عبد العاطي محمد، المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، ص 96، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1428هـ.

(3) الغزالي، المستصفى، ص 174.

(4) الطوفي، شرح مختصر الروضة، 3 / 204.

(5) الغزالي، المصدر السابق، ص 173-174؛ الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 7 / 273.

القسم الثالث: ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان، ولا بالاعتبار نص معين، وهذه المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضرورات، وإلى ما هي في رتبة الحاجيات، وإلى ما يتعلق بالتحسينيات والتزيينات.

وهذا القسم الثالث، وهو الذي لم يشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار، ولا بالإلغاء يسمى المصالح المرسل⁽¹⁾، ومن الثابت شرعا أن الله عز وجل شرع هذه الشريعة الربانية من أجل تحقيق مصالح العباد في هذه الحياة الدنيا، ومصالح العباد إما أن تكون من الأمور الضرورية لهم، وإما أن تكون من الحاجية، وإما من التحسينية، وهذه الرتب الثلاث تعرف بمقاصد الشريعة في الخلق.

فالضروريات هي: "ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج⁽²⁾ وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"⁽³⁾.

وهذه الضروريات هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال⁽⁴⁾، وتسمى بالكليات الخمس⁽⁵⁾، وهي أقوى المراتب⁽⁶⁾.

أما الحاجيات، فهي: "أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين -على الجملة- الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة"⁽⁷⁾، وقد تكون الحاجة في حق الأمة مفتقرا إليها إما على جهة التأييد كالسلم، وإما على جهة التأقيت كالتيتم⁽⁸⁾.

وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات، ومن أمثلتها في المعاملات: القراض والمساواة والسلم⁽⁹⁾، فالقراض⁽¹⁰⁾ أو المضاربة⁽¹¹⁾ هي: "عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين، وعمل

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 7 / 274.

(2) كثرة القتل، وأصله من القتال والاختلاط فيه. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي (ت 388هـ)، غريب الحديث، 84/2، المحقق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، الطبعة 1402هـ، 1982م؛ الهروي، تهذيب اللغة، مادة "هـ ر ج"، 31/6.

(3) الشاطبي، الموافقات، 2 / 17-18.

(4) الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام للأمدى، 3 / 274.

(5) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، 3 / 144.

(6) ابن رشيقي، حسين بن رشيقي المالكي (ت 632هـ)، لباب المحصول في علم الأصول، 1 / 455، تحقيق: محمد غزالي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1422هـ.

(7) الشاطبي، المصدر السابق، 2 / 21.

(8) كافي، أحمد، الحاجة الشرعية، حدودها وقواعدها، ص33-34، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ.

(9) الشاطبي، المصدر السابق، 2 / 21-22.

(10) القراض من الفعل قرض، والقرض ما تعطيه غيرك من المال لثقتك، والجمع قروض، وهو اسم من أقرضته المال إقراضا، واستقرض طلب القرض، واقترض أخذه، وقارضه من المال قراضا، وهو المضاربة. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة "قرض"، 2 / 497.

(11) المضاربة مصدر ضارب، وفي اشتقاقها وجهين؛ أصحهما: أنها مشتقة من الضرب في الأرض، وهو: السفر فيها للتجارة، والثاني: من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم، وتسمى: القراض والمقارضة. البعلبي، محمد بن أبي الفتح ابن أبي الفضل شمس الدين (ت 709هـ) المطلع على ألفاظ المقنع، ص312، المحقق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، ط1، 1423هـ، 2003م؛ القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي الرومي

من الجانب الآخر⁽¹⁾، أي أن يدفع الشخص ماله لرجل آخر من أجل أن يتاجر فيه، والريح مشترك بينهما، وقد شرعت المضاربة نظرا للحاجة إليها⁽²⁾.

والمساقاة⁽³⁾ هي: الاتفاق على تعهد الشجر نظير جزء من ثمرته⁽⁴⁾، وشرعت أيضا نظرا للحاجة إليها، فقد لا يتيسر للإنسان تعهد زرعه وشجره، فيتفق مع آخر لتحقيق ذلك.

والسَّلَم هو: "عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد"⁽⁵⁾، وشرع؛ لأن بالناس حاجة إليه، فأجيز ارتقاها بهم⁽⁶⁾.

أما التحسينيات، فهي: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"⁽⁷⁾.

ومن أجل بيان علاقة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء بالمصلحة الشرعية"، لا بد من الكلام عن المقاصد الحاجية؛ لأن لها علاقة بالتيسير ورفع الحرج عن المكلفين لتحقيق مصالحهم.

إن الغاية من وجود المقاصد الحاجية ما يأتي⁽⁸⁾:

1. رفع الحرج عن المكلف، وتثبيته على سلوك طريق الهداية، وحتى لا يقصر في أداء ما وجب عليه عند تنوع الوظائف الدينية المطلوبة منه.

2. حماية الضروريات، فالحاجيات كالسياج عليها، فلا تعتبر المصلحة شرعا حتى تكون محققة لمقصد شرعي، ومقاصد الشريعة كلها مصالح للعباد عاجلا وآجلا⁽⁹⁾.

وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتیاد، فرفعها هو المقصود شرعا، ولأجله وقع النهي، ليكون رفعها على أتم وجوه الإمكان العادي في مثلها، حسبما يشهد له كل عقل سليم، فإن تبعثها مصلحة، فليست هي المقصودة بالنهي عن ذلك الفعل، بل المقصود ما غلب في المحل، وما سوى ذلك ملغى في مقتضى النهي، كما كانت جهة المفسدة ملغاة في جهة الأمر،

الحنفي (ت 978هـ) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ص 92، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، د. ط، 2004م، 1424هـ.

(1) البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد الحنفي (ت 1030هـ)، مجمع الضمانات، ص 303، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، وبدون سنة نشر.

(2) البابر تي، العناية شرح الهداية، 8 / 446.

(3) المساقاة من الفعل سقي، ومنه: سقيت الزرع سقيا، فأنا ساق، وهو مسقي، ويقال للقناة الصغيرة ساقية؛ لأنها تسقي الأرض بالماء، وتسمى المعاملة القيومي، المصباح المنير، مادة "سقي"، 281/1؛ الجرجاني، التعريفات، ص 203.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، 3 / 421.

(5) الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم المقدسي (ت 968هـ)، زاد المستنقع في اختصار المقنع، ص 111، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد، دار الوطن للنشر، الرياض، د. ط، بدون سنة نشر.

(6) ابن قدامة، المغني، 4 / 207.

(7) الشاطبي، الموافقات، 2 / 22.

(8) الشاطبي، المصدر نفسه، 2 / 233.

(9) اليوبي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 373.

فالحاصل من ذلك أن المصالح المعتبرة شرعاً، أو المفاصد المعتبرة شرعاً، هي خالصة غير مشوبة بشيء من المفاصد، لا قليلاً ولا كثيراً⁽¹⁾.

وإن تعذر الدرع والتحصيل في نفس الوقت، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درئت المفسدة، ولا يعتبر فوات المصلحة⁽²⁾.

ومن تتبّع المذاهب الفقهية، يجد أن الفقهاء إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون في كثير من الأحيان - شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى، الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلّة⁽³⁾، إن حصل المصلحة المرسلّة راجع إلى حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين،، ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف، لا إلى التشديد⁽⁴⁾.

إن المصلحة هي المنفعة، أو الوسيلة إليها، فكل عمل أثمر لصاحبه منفعة، ولو كانت متأخرة، يعتبر عملاً صالحاً، فكل عمل يغلب على ظن فاعله أنه يثمر في المستقبل منفعة راجعة له، يعطى حكم المصلحة، ولكن بشرط أن لا يدل دليل شرعي على حرمة وإبطاله⁽⁵⁾.

ثالثاً: حجية المصالح وأدلة اعتبارها⁽⁶⁾.

اختلف العلماء في حجية النوع الثالث -المرسل عن شاهد الاعتبار أو الإلغاء- من حيث اعتبار الشارع وعدمه، فذهب أكثر أهل الأصول⁽⁷⁾ إلى أن المصالح المرسلّة حجة، لكنهم اشترطوا جملة من الشروط، حتى تكون المصلحة المرسلّة حجة، وهي:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة المرسلّة ضرورية، أي من الضروريات الخمس التي يجزم بحصول المنفعة منها.

الشرط الثاني: أن تكون المصلحة كلية عامة؛ حتى تعم الفائدة للجميع.

(1) الشاطبي، الموافقات، 2 / 46.

(2) العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 1 / 98.

(3) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 394.

(4) الشاطبي، الاعتصام، 2 / 46، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ، 1992م.

(5) علي، المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، ص 110.

(6) الرازي، المحصول، 6/162-167؛ الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 3/286-287؛ الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 4/28-29؛ السيناوي، حسن بن عمر بن عبد الله (ت 1347هـ)، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، 3/15، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة الأولى، 1928م؛ السبكي وولده، الإيهام في شرح المنهج، 3/186-187؛ ابن قدامة، روضة الناظر، 1/482-484؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، 2/184؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 11/343-349؛ خلاف، عبد الوهاب (ت 1375هـ)، علم أصول الفقه، ص 85، مكتبة الدعوة، شباب الأزهر، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم، بدون سنة نشر؛ النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 3/1009-1013.

(7) شاع لدى البعض أن الإمام مالك وحده هو الآخذ بالمصالح المرسلّة كدليل من أدلة الأحكام الشرعية، وأضاف البعض إليه الإمام أحمد، لكن النظر الدقيق يثبت أن الأئمة الأربعة أخذوا بها، وإن كان ذلك تحت مسميات أخرى، فالعبارة بالمعنى قبل المبنى، فالإمام الشافعي عالجها تحت باب القياس، وعالجها الإمام أبو حنيفة تحت باب الاستحسان والعرف، وعلى ذلك يمكن القول: إن المصلحة كدليل شرعي، مسلم بها عند جمهور الفقهاء. جريشة، علي محمد، المصلحة المرسلّة محاولة لبسطها ونظرة فيها، ص 42، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة: السنة العاشرة، العدد الثالث، 1397هـ، 1977م.

الشرط الثالث: أن تلائم تلك المصلحة مقاصد الشرع في الجملة، فلا تكون غريبة.

واستدلوا بما يأتي:

[1] الاستقراء والتتبع، فمن تتبع النصوص من الكتاب والسنة، وقرائن الأحوال، والقواعد الشرعية المجمع عليها، وجد العديد من الأدلة المتضافرة على أن الشريعة الإسلامية قد راعت مصالح العباد؛ حيث إنها قائمة على أساس تحقيق النفع لهم في دار الدنيا، ودار الآخرة، فالأخذ بالمصالح المرسله هو الذي يتفق مع روح الشريعة الإسلامية.

[2] لو لم تجعل المصلحة المرسله دليلا من الأدلة التي تستتبط منها الأحكام الشرعية، للزم من ذلك خلو كثير من الحوادث عن الأحكام والفتاوى؛ وذلك لقلة الأصول المعتمدة وندرتها، وبعبارة أخرى؛ لأن النصوص محصورة متناهية، و الحوادث كثيرة ، فقد يطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة، وكذلك قد يؤدي تغير أخلاق الناس إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة، وقد تكون المصلحة في مجتمع ما، هي مفسدة في مجتمع آخر، فلو لم تجعل المصلحة حجة، لضاقت الشريعة عن مصالح الناس، وقصرت عن حاجاتهم، ولم تصلح لمسايرة مختلف المجتمعات والأزمان والأحوال، ولكان هذا قصورا وضعفا واضمحلالا، تأباه الشريعة التي ارتضاها الله لعباده، لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة.

[3] من تتبع الفتاوى والاجتهادات الصادرة عن الصحابة رضي الله عنهم - علم أنهم كانوا يراعون المصالح، وينظرون إلى المعاني التي علموا أن القصد من الشريعة رعايتها، دون نكير من أحد، ودون تقدم شاهد بالاعتبار أو بالإلغاء، فكان إجماعا، مثل جمع الصحف المفارقة، التي كان مدونا فيها القرآن، ومحاربة مانعي الزكاة، وغيرها من الأمثلة، فقد اجتهد الصحابة فيها بناء على مطلق المصلحة التي تحقق مقاصد الشارع الحكيم.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصلحة.

إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، لها قاعدة مضادة لها وهي: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء"، وهذه الأخيرة تتعلق بالأمور الواجبة، التي قد يعتورها النقص في بداياتها، لكن ذلك خير من تأخيرها بالكلية، وهذا هو منطق التدرج، فاعتذر النقص في البداية على أن يتم تداركه فيما بعد، أما قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، فتتعلق بالمحذورات والمفاسد القائمة، فهذه المفاسد إن كانت إزالتها تترتب عليها مفسد أكبر، فيترجح بقاؤها، تجنباً لهذه المفاسد، فالقاعدة الأولى، تتعلق بجلب المصالح وإيجادها، أما الثانية، فتتعلق بدرء المفاسد وإزالتها، وفي الحالتين، تقدم المصلحة الكبرى على الصغرى، وتغتنر المفسدة الصغرى دفعا للكبرى، وتركز هاتان القاعدتان على البعد الزمني للإصلاح والتغيير، وذلك بالتمييز بين مرحلة الابتداء

والإنشاء، وبين مرحلة الاستمرار والبقاء، فيغتفر في إحداهما ما لا يغتفر في الأخرى، بحسب ما تقتضيه مقاصد الشريعة وغاياتها، وهذا من أوضح الشواهد على حكمة هذه الشريعة وكمالها⁽¹⁾.

وقد سبق في أقسام المآل التي تدرج تحت قاعدة: "هل العبرة بالحال أو بالمآل"، أن منهُ ما جُرم فيه بأن الاعتبار بالمآل، وهو في مسائل منها: جواز بيع الدابة الصغيرة، وإن لم تنفع في الحال، لتوقع النفع بها في المآل "المستقبل"، وفي هذا رعاية للمصلحة، بتوقع النفع آجلاً.

إن تقدير المصالح والمفاسد إنما يكون بالشرع لا بالهوى، فيجب النظر: هل هذه المصالح والمفاسد ورد بالموازنة بينها نص في الشريعة أم لا؟ فحيث ورد النص باعتبار مصلحة ما، أو بإلغائها، وجب اتباعه، أما إذا اشتبهت المسألة، ولم يوجد نص صريح يقضي باحتمال مفسدة ما، أو تقويت مصلحة، أو تقديم مصلحة على أخرى، فهنا يكون الاجتهاد⁽²⁾.

ومما يجب على المجتهد عمله، أن يقدر مآلات الأفعال، وعواقب الأمور، وما يؤول إليه الأمر في النهاية، وبالتالي، التأكد من المصالح المتحققة، أو المفاسد المترتبة، وأن لا يعتبر مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي، بل مهمته أن يحكم في الفعل، وهو ناظر إلى آثاره ومآلاته، وما الذي يتحقق به من المصالح، وما هي المفاسد التي تندفع به⁽³⁾.

ومن هذا الأصل -أي النظر في المآلات- تستمد قاعدة أخرى، تتعلق بالمصلحة، وهي أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجة، أو التكميلية، إذا اكتفتها، أو طرأت عليها أمور لا تجوز شرعاً، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح، ولكن بشرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج، رعاية لمصلحة المكلف، ودفعاً للمفسدة عنه⁽⁴⁾، وهذا هو مؤدى قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بشكل فعلي، فالإقدام على جلب المصلحة فيها لا حرج فيه، وهو اتجاه صحيح، مع مراعاة الشرط السابق.

ومن هذا الباب كان درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وإذا تعارضت المصلحة مع المفسدة، روعي الأغلب منهما، فقد يفعل المفضل، ويترك الفاضل للمصلحة، كما ذكر ابن تيمية أن الإمام يدع ما هو عنده أفضل، إذا كان فيه تأليف المؤمنين، مثل أن يكون عنده فصل الوتر أفضل، بأن يُسَلَّم في الشفع، ثم يصلي ركعة الوتر، وهو يؤم قوما لا يرون إلا وصل الوتر، فإذا لم يمكنه أن يتقدم إلى الأفضل، كانت المصلحة الحاصلة بموافقة لهم بوصل الوتر، أرجح من مصلحة فصله، مع كراهتهم للصلاة خلفه⁽⁵⁾.

إن السماحة واليسر في هذا الدين، تقتضي حين النظر في المسائل الالتفات إلى ما يحققه حكم المجتهد في هذه المسائل من مصالح معتبرة في جانب المكلف، بما يتلاءم مع روح الشريعة،

(1) نقلا عن موقع: <http://www.feqhweb.com/vb/t1127.html#ixzz3bMzH91Mb> الملتقى الفقهي

(2) حكيم، محمد طاهر، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة -صلى الله عليه وسلم-، ص: 236 - 238، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد 116، السنة 34، 1422 هـ، 2002 م.

(3) حكيم، المصدر نفسه، ص 237.

(4) حكيم، المصدر نفسه، ص 237.

(5) حكيم، المصدر نفسه، ص 246.

ومقاصدها القاضية برفع الحرج والمشقة عن المكلفين في مختلف شؤون حياتهم، شريطة أن لا يكون ذلك مخالفاً لمقتضى الأدلة الشرعية⁽¹⁾.

إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" فيها التفات إلى ما يحققه حكم المجتهد بالنسبة للمكلف، في هذه المسائل من مصالح معتبرة في جانبه.

إن من تتبع مقاصد الشرع، في جلب المصالح، ودرء المفاسد، يحصل له من مجموع ذلك اعتقاد بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع، ولا نص، ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك، أي استلزام روح الشريعة، ومعقولها العام، ومقاصدها الأساسية، وقواعدها الكلية⁽²⁾.

"وجماع ذلك داخل في القاعدة العامة، فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد، والحسنات والسيئات، أو تراجعت، فإنه يجب ترجيح الراجح منها...، وإن الأمر والنهي، وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة، ودفع مفسدة، فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر، لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً، إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته"⁽³⁾.

إن التحقق من المصالح والمفاسد بشكل واضح بين، ثم إصدار الحكم بناء عليه، له مبدأ وميدان في الشريعة المطهرة، وهو ميدان الاجتهاد بالنظر في المآل، فلا ينبغي للمجتهد أن يحكم على فعل من الأفعال، الصادرة عن المكلفين، بإقدام أو بإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، هذا إذا كان هناك إمكانية لتزاحم المصالح والمفاسد، وفي المصلحة المرسلّة عن دليل الاعتبار، ودليل الإلغاء، ينصبّ نظر المجتهد إلى محاولة رعاية هذه المصلحة، وإحاطتها بما يؤيدها من الأدلة الشرعية، ولو كانت عامة، تحقيقاً للمقصد العام في رعاية مطلق المصلحة⁽⁴⁾، والاستصلاح في حد ذاته عمل قياسي، ولا يقتصر على القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين، بل هو قياس أعمق من ذلك وأوسع، يجمع فيه بين الأشياء المتماثلة على أساس مراعاة المصلحة المرسلّة⁽⁵⁾.

إن هذا النظر الاجتهادي هو نفسه الذي ينبغي أن يسلكه المجتهد في تطبيقه لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في المسائل الفقهية، فقد يُعمل المجتهد هذه القاعدة على مسألة ما، اعتباراً للمصلحة التي ستتحقق بناء على ذلك، فمثلاً: لا يجوز تأجير المشاع ابتداءً، ولكن لو طرأ هذا الشروع على عقد الإيجار بعد إبرامه، فلا يضر، وهذا فيه نظر ورعاية لمصلحة المؤجر، بناء على هذه القاعدة.

(1) حكيم، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة - صلى الله عليه وسلم-، ص 246؛ مصاروة، الاستصحاب، حجبيته، وأثره في الأحكام، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ص 151.

(2) العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 2/189؛ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 1/354.

(3) حكيم، المصدر السابق، ص 247-248.

(4) الشاطبي، الموافقات، 5/178.

(5) الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 132، جامعة محمد الخامس، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، المغرب، ط 1، 1414هـ، 1994م.

وعند الحنفية: إذا استأجر رجل من رجل أرضاً مدة معلومة، فمات أحدهما قبل مضيها، ولم يستحصد الزرع، فيتترك فيها إلى وقت الإدراك، والظاهر أنه يلزمه أجره المثل، حيث إن العقد قد انفسخ بموت أحد المتعاقدين، ثم يبقى الزرع لدفع الضرر عن المستأجر، ودفع الضرر واجب عنه، وإنما يتحقق ذلك إذا وجب على المستأجر لصاحبها أجره المثل في مدة الترك⁽¹⁾، فدفع الضرر عن المستأجر فيه نظر ورعاية لمصلحته، وهذا بناء على أن البقاء أهون من الابتداء؛ لأنه لما وجب ابتداء عقد الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر، فبقاؤه بعد حصول السبب المفسد أولى، رعاية لهذه المصلحة. وأخيراً، أود التنبيه إلى أنني قصدت في بيان العلاقة بين هذه القاعدة والمصلحة، ليس فقط المصلحة المرسلّة، بل والمصلحة المعتبرة شرعاً، التي شهد لها شاهد بالاعتبار، والجامع بين المصلحة المعتبرة، والمصلحة المرسلّة، وقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" هو تحقيق مقاصد الشريعة بالنسبة للمكلفين، من خلال رعاية مصالحهم في التصرفات والعقود وغيرها.

(1) السرخسي، المبسوط، 197/30.

المبحث الثامن: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عام بمبدأ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

رفع الحرج مركّب إضافي، مكون من مضاف، ومضاف إليه، ومن أجل التعريف بمبدأ رفع الحرج، فإنه يلزم بيان مفرداته.

أولاً: الرفع لغة واصطلاحاً.

فالرفع لغة: نقيض الخفض في كلّ شيء، والتبليغ، والحمل، وتقريب الشيء، والأصل في مادّة الرفع العلوّ، يقال: ارتفع الشيء ارتفاعاً إذا علا، ويأتي بمعنى إزالة الشيء عن موضعه، والرفع في الأجسام حقيقة في الحركة والانتقال، وفي المعاني محمول على ما يقتضيه المقام⁽¹⁾.

وأقرب المعاني -بالنسبة للرفع- المناسب للمقام هو: إزالة الشيء عن موضعه⁽²⁾.

الرفع اصطلاحاً:

معنى الرفع في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي، وقد تكرر هذا اللفظ في الاستعمال الشرعي بكثرة، وقصد به في اللغة الإزالة مطلقاً، أما في الاستعمال الاصطلاحي، فقد قيد بإزالة معينة مثل: إزالة الإثم، أو الحكم، وغيرها⁽³⁾.

ثانياً: الحرج لغة واصطلاحاً.

والحرج لغة: بفتح الراء وكسرهما، المكان الضيق الكثير الشجر، والضيق، والشدة، والإثم، والحرام، والأصل في معناه الضيق، يقال: رجل حرج، وحرج، إذا كان ضيق الصدر، ويقال إن الحرج أضيق الضيق، ومعناه أنّه ضيق جداً، فرفع الحرج في إزالة الضيق، ونفيه عن موضعه⁽⁴⁾.

والحرج اصطلاحاً: ما فيه مشقة وضيق فوق المعتاد، سواء كان واقعا على البدن، أو على النفس، فهو أخص من معناه اللغوي⁽⁵⁾.

ورفع الحرج: إزالة ما في التكليف الشاق من المشقة، وتسهيل أحكام الشرع الشريف، برفع التكليف من أصله، أو بتخفيفه، أو بالتأخير فيه، أو بأن يجعل له مخرج، فالحرج والمشقة مترادفان، والتيسير: التخفيف عن المكلف، ورفع الحرج عنه، فالتيسير ورفع الحرج مؤداهما واحد، أو هما شيء واحد، ورفع

(1) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 361/1؛ الزبيدي، تاج العروس، مادة "رفع"، 104/21-105.
(2) الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، ص23، مكتبة الرشد، الرياض، ط4، 1422هـ.

(3) الباحسين، المصدر نفسه، ص25.

(4) الزجاج، إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق (ت 311هـ)، معاني القرآن وإعرابه، 290/2، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408 هـ، 1988م.

(5) الباحسين، المصدر السابق، ص37؛ العسري، محمد منصف، بحث بعنوان: "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، نقلاً عن موقع مجلة الإحياء: <http://www.alihyaa.ma/Revue.aspx?C=5582&N=5556>

الحرص لا يكون إلا بعد الشدة خلافاً للتيسير، والفقهاء والأصوليون قد يطلقون عليه أيضاً: "دفع الحرج"، أو نفي الحرج⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: هو كل ما يؤدي إلى مشقة زائدة في البدن، أو النفس، أو المال، حالاً أو مآلاً، والمقصود برفع الحرج: إزالة ما يؤدي إلى هذه المشاق⁽²⁾.

ويمكن أن يقال أيضاً: إن رفع الحرج هو: منع وقوع، أو بقاء الحرج على العباد، وذلك بمنعه ابتداءً، أو تخفيفه، أو تداركه بعد تحقق أسبابه⁽³⁾.

وقد دلت نصوص شرعية كثيرة على رفع الحرج في الدين؛ كقول الله: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁴⁾، وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁵⁾، وقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (وضع الله الحرج)⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى النصوص الدالة على التيسير والتخفيف؛ كقوله عز وجل: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾⁽⁷⁾، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾⁽⁸⁾، وقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه)⁽⁹⁾، كما يدل على ذلك أيضاً وجود الرخص المنصوص عليها في موارد المشقة، بالإضافة لتضافر الأدلة على أن غاية الشريعة تحقيق المصالح.

وإن علم القواعد الفقهية زاهر بالقواعد التي تدل على رفع الحرج والمشقة، فمن ذلك: "الحرص مدفوع، أو مرفوع"، وفي لفظ: "الخطاب بحسب الوسع"، وفي لفظ آخر: "التكليف بحسب الوسع"، فمفاد القاعدة: أن التضييق في الشرع مدفوع ومرفوع، فلا تكليف إلا بحسب الوسع، أي الطاقة

(1) السرخسي، أصول السرخسي، 320/2؛ الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص226، 459-460؛ البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (ت 510هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، 601/1، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ؛ ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، 322/3؛ ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، 41/2؛ الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، ص37؛ العسري، "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، نقلا عن موقع مجلة الإحياء: <http://www.alihyaa.ma/Revue.aspx?C=5582&N=5556>.

(2) الباحسين، المصدر نفسه، ص38.

(3) الباحسين، المصدر نفسه، ص48.

(4) سورة المائدة، الآية 6.

(5) الآية سبق عزوها ص51.

(6) أخرجه ابن ماجه، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء، إلا أنزل له شفاء، ح ر (3436)، ابن ماجه، السنن، 1137/2، والحديث صححه الألباني.

(7) سورة البقرة، الآية 185.

(8) سورة النساء، الآية 28.

(9) أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، ح ر (39)، البخاري، الجامع الصحيح، 16/1.

والقدرة الممكنة، وتندرج تحت القاعدة الكلية الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، فما يؤدي إلى الحرج يكون موضوعاً عن المكلفين⁽¹⁾.

إن قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" أصل عظيم، وجميع رخص الشريعة، وتخفيفاتها متفرعة عنها⁽²⁾، وهي من القواعد التي تختص ببيان رخص الشرع وتخفيفاته بناء على الأعذار الموجبة لذلك، فإن الأحكام التي ينشأ من تطبيقها حرج على المكلف، ومشقة في نفسه، أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف واستطاعته، دون عسر أو إحراج، ولهذه القاعدة أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁽³⁾.

وقد جاء في منظومة القواعد الفقهية:

"ومن قواعد الشريعة التيسير ... في كل أمر نأبه تعسير"⁽⁴⁾.

وقد نفى الله عز وجل أن يكون عليهم ضيق؛ أي ما يضيق عنهم، كما أخبر أنه لا يكلف النفس إلا ما تسعه، فلا بد أن يكون الإيجاب والتحريم مما تسعه النفس، حتى يقدر الإنسان على فعله⁽⁵⁾.

إن اليسر ورفع الحرج في الشريعة يرجع في جوهره إلى خاصية الاعتدال والتوسط، التي يمتاز بها هذا الدين، وتعتبر من ألزم الصفات التي ينبغي على المسلمين مراعاتها؛ فالتوسط والاعتدال هو مصدر الكمالات والمثل العليا التي جاء بها الإسلام؛ ولذلك فإن اليسر والسماحة في هذا الدين، ورفع الحرج عن الناس فيه، إنما يرجع في الحقيقة إلى الالتزام بسلوك سبيل الوسطية والاعتدال، دون إفراط ولا تفريط⁽⁶⁾.

فإذا نظرت وتأملت في كلية شرعية وجدتها حاملة على التوسط، فإن رأيت ميلاً إلى جهة طرف من الأطراف فذلك في مقابلة واقع، أو متوقع في الطرف الآخر؛ فطرف التشديد -وعامة ما يكون في التخويف والترهيب والزجر- يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين، وطرف التخفيف -وعامة ما يكون في الترجية والترغيب والترخيص- يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك، رأيت التوسط لائحاً، ومسلوك الاعتدال واضحاً؛ وهو الأصل الذي يرجع إليه، والمعقل الذي يلجأ إليه⁽⁷⁾.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 107/3، 309/9.

(2) السعدي، عبد الرحمن بن ناصر (ت 1376هـ)، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتفاسيم البديعة النافعة، ص 49، تعليق: محمد بن صالح العثيمين، مكتبة السنة، السعودية، د. ط، د. س.

(3) البورنو، المصدر السابق، 632/10.

(4) القحطاني، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، ص 49.

(5) ابن تيمية، الاستقامة، ص 27، المحقق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود، المدينة المنورة، ط 1، 1403هـ.

(6) العسري، بحث بعنوان: "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، نقلا عن موقع مجلة الإحياء:

<http://www.alihyaa.ma/Revue.aspx?C=5582&N=5556>

(7) الشاطبي، الموافقات، 286 / 2.

إن اليسر ورفع الحرج وسيلة لتحقيق الامتثال لأحكام الشرع، وهو مع كونه عاما وشاملا لكل أحكام الشرع وتعاليمه، إلا أنه ليس غاية مقصودة في ذاته، وإنما هو وسيلة مساعدة على تحقيق الغاية المتمثلة في الانصياع لشرع الله، بامتثال أوامره واجتناب نواهيه، كما يفيد ذلك معنى الإسلام: أي الاستسلام لله وشرعه بطاعته، تحقيقا للعبودية له تعالى وحده، بما يكفل تحقيق مقاصد شرعه في جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم⁽¹⁾.

ولذلك نبهت كثير من الآيات القرآنية على هذا المعنى، بذكر الصلاح في معرض مدح أهله، والحث عليه، وذكر الفساد في سياق ذم أهله، والتحذير منه؛ والأمر بالحفاظ على صلاح العالم الذي يعيش فيه الإنسان، والتحذير من السعي في إفساده، مما يدل على أن المقصد العام من التشريع هو حفظ نظام الأمة والعالم، واستدامة صلاحه بصلاح الإنسان المستخلف فيه؛ بحيث يشمل ذلك الصلاح عقل الإنسان وعمله، وما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه، ومن ذلك كما لا يخفى صلاح جوانب العقيدة والعبادات والمعاملات، وجميع شؤون الحياة؛ بما يحقق الإعمار والبناء في الأرض⁽²⁾.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بمبدأ التيسير ورفع الحرج.

قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وثيقة الصلة بمبدأ التيسير ورفع الحرج؛ وإن الناظر في ألفاظ القاعدة المتنوعة يلمس ذلك بشكل واضح وجلي؛ حيث إن نفس ألفاظ القاعدة تحمل في طياتها ما يوحي بالتيسير ورفع الحرج عن المكلفين، وبعبارة أخرى، فإن القاعدة بألفاظها المتنوعة تشير إلى أنها بنيت على المسامحة والغفران، ورفع الحرج.

فمثلا، لفظة: "البقاء على الشيء أيسر من الابتداء"، "وحالة البقاء أسهل من حالة الابتداء"، التي جمعتها بلفظ: "البقاء، أو حالة البقاء، أسهل، أو أيسر من الابتداء"، يدل على التسهيل والتيسير على المكلفين في حالة البقاء، أو الاستمرار على الفعل، فالتيسير والتسهيل عمادٌ أساسي في هذه القاعدة.

والألفاظ الآتية، المكونة من جملة من المفردات -التي قمت بصياغتها من مجموعة من ألفاظ القاعدة- وهو: "يغتفر، أو قد يغتفر، أو يحتمل، أو يتسامح في البقاء، أو الدوام، أو الانتهاء، أو الاستمرار، ما لا يغتفر، أو يحتمل، أو يتسامح في الابتداء"، يعبر أيضا تعبيرا دقيقا عن مدى التسامح والتساهل من الشارع الحكيم في هذه القاعدة تخفيفا، ودفعاً للحرج عن المكلف، وكذلك لفظة: "يغتفر في الابتداء، ما لا يفتقر في الانتهاء".

(1) العسري، بحث بعنوان: "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، نقلا عن موقع مجلة الإحياء:

<http://www.alihyaa.ma/Revue.aspx?C=5582&N=5556>

(2) العسري، بحث بعنوان: "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، المصدر نفسه.

وقد مرَّ أن الاغتفار يعني: التسامح والتساهل، لذلك يمكن لبعض الأفعال أن تتم بدون بعض شروطها، مع أن تخلف الشرط يلزم منه تخلف المشروط، ولكن تمت المسامحة والتسهيل لأسباب توجب ذلك⁽¹⁾، مع العلم أن الاغتفار مبني على الأصل، بأنه يؤاخذ به، لولا ورود المغفرة عليه⁽²⁾.

والافتقار: احتياج، فلا يتم الفعل إلا بوجود ما يفتقر إليه⁽³⁾، نظرا لوجود الحاجة الضرورية الملحة⁽⁴⁾. ومن ألفاظ القاعدة التي ذكرت سابقا لفظة: "المانع الطارئ -يعني حالة البقاء-، هل هو كالمقارن -يعني حالة الابتداء-؟

والأمر الطارئ -كما هو معلوم- حصول الشيء فجأة، فهو لم يكن بالحسبان، ولا متوقعا، فيتسامح فيه أيضا -في بعض المواضع-؛ لرفع الحرج والمشقة والضيق. ولذلك كان المنهج الوقائي يقضي بمنع إيقاع البلاء ابتداءً؛ لأنه يسهل منعه، أما لو كان واقعا فعلا، فيتسامح فيه، لصعوبة إزالته ورفعته بعد الوقوع⁽⁵⁾.

من خلال الألفاظ السابقة، أستطيع القول: إن العمل بهذه القاعدة، هو تطبيق عملي لمبدأ التيسير ورفع الحرج الذي قامت عليه هذه الشريعة السمحة.

وقد بينت سابقا أن أبا يوسف يرى أنه لا ينبغي التسوية بين حال الابتداء والبقاء دائما، بل يجب أن يفرد البقاء بحالة خاصة في بعض المواضع، حيث تقتضي تلك المواضع التخفيف، ورفع الحرج، ولو قيل بالتسوية بين حال الابتداء والبقاء دائما، وذلك بالمنع، لوقع المكلفون في الحرج.

وسبق أن أشرت كذلك إلى أن هذه القاعدة استوحاها العلماء من استقراء النصوص، وهي من القواعد التي تظهر وتبرز محاسن الشريعة الإسلامية في دفع الحرج والضيق⁽⁶⁾، وإن ألفاظها المتنوعة تفيد أن بعض الأفعال يتمتع على المكلف عملها ابتداءً، إما بشكل مطلق، أو مقيد بحال معينة، فذلك لا يتسامح مع المكلف بإيقاع هذه الأفعال ابتداءً، إلا أن الشرع يتسامح في هذا الفعل، أو العمل في حالة كونه امتدادا لوجوده السابق على وجه صحيح، وسبب هذا التسامح؛ أن رفع الشيء بعد وقوعه أكثر مشقة وعسرا من منعه ابتداءً قبل الوقوع⁽⁷⁾.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 404/12-405.

(2) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 316/1.

(3) البورنو، المصدر السابق، 405/12.

(4) الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص 641.

(5) ابن السبكي، المصدر السابق، 127/1.

(6) مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 505/8.

(7) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 612/2؛ مجموعة من العلماء، المصدر نفسه، 505/8.

لذلك؛ اشترط لصحة التصرفات ونفاذها، جملة من الشروط، بحيث لو فُقد بعضها عند ابتداء العقد، أو التصرف، أو قارن التصرف مانع، فإنه سيمنع من نفاذ العقد، أو التصرف ابتداءً، أما في حالة البقاء والاستمرار، واعتماداً على هذه القاعدة، فإذا تم التصرف بشروطه، ثم طرأ عليه ما يمكن أن يفسده، من فُقد شرط، أو وجود مانع؛ بحيث لو وُجد في ابتدائه لمنع من انعقاده، فإن ذلك يغتفر، ويبقى التصرف صحيحاً مرتباً لآثاره؛ لأن هذه الشروط أمكن التجاوز عنها⁽¹⁾.

ولم تقف المسامحة عند هذا الحد فقط، بل وقعت المسامحة ضمن الأشياء المباحة المقصودة تبعاً، بحيث لو كانت مقصودة أصالة لم يتسامح فيها، فقد يبيح الشرع ما الأصل عدم إباحته؛ لوقوعه ضمن أمر مباح؛ بحيث يكون كالتبع له، كالتسامح في بعض الشروط، فلا يشترط في التابع ما يشترط في المقصود الأصلي؛ بسبب الحاجة إليه؛ ولأنه حاصل ضمناً، فلو منع لأدى إلى منع أصله المباح⁽²⁾.

وقلت سابقاً: إن العمل بهذه القاعدة بمثابة رخصة شرعية، امتن الله بها على المكلفين، بقصد التخفيف عنهم، فقد يتلبس المكلف بفعل معين نتيجة الخطأ، أو الجهل، أو الغرر، فلو لم يُجوز وأُبطِل، لوقع المكلف في الحرج والضيق، فيصحح له هذا العمل، ويمضي فيه.

وبما أن العمل بهذه القاعدة رخصة شرعية، وأنه يجوز للمكلف الاستمرار على العمل الذي بدأ فيه؛ فلذلك لا يطالب بتحويل نيته إلى مفارقة العمل، بل تستمر نيته على ما هو فيه؛ لأن نية المكلف وقصده في مسائل هذه القاعدة، البقاء والاستمرار على ما هو عليه من العمل؛ لأن الشرع أجاز له البقاء على الفعل لعسر الإقلاع عنه، فلا يَأْتُم⁽³⁾.

ومع أن تحويل النية القلبية لا مشقة فيه، إلا أن المكلف لم يطالب به؛ مع أن فعله مستحق للنقض؛ لأنه مما لا يجوز ابتداء، ولكن لما وقعت المسامحة بسبب الاستمرار، كان إكمال الفعل لا حرج فيه، ولا إثم، فلا يطالب بتغيير نيته أصلاً.

ومن ناحية أخرى، فإن الشيء بعد بقائه واستدامته يكون قوياً بحيث لا يسهل انتزاعه ورفع، ومن هنا يكون استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون، فإن قوة البقاء والدوام تقتضي التيسير والتخفيف في بعض الأحكام⁽⁴⁾، فإذا تلبس المكلف بالفعل، أو أجرى العقد، ثم طرأ عليه ما يُخل به، فيستبقى حكمه؛ نظراً لشدة الإقلاع عنه، وعسر نقضه، فيكون استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون.

ومن هنا كانت مراعاة الحال أو المال تتفق مع مبدأ القاعدة موضوع الدراسة؛ من حيث إن الفعل المنهي عنه لو حاول المكلف التلبس به لمنع من ذلك، أما وقد وقع المحذور، فيكون البقاء أسهل من

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 160/6.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 447/1، 468.

(3) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 614/2-615.

(4) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 495/1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1419 هـ؛ المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

الابتداء، ويترك على ما هو عليه، تفاديا للأضرار التي قد تتجم عن إلغاء الفعل وإبطاله، أو تخفيفا عن المكلف بسبب الحرج والمشقة التي تلحقه لو كلف بالإقلاع. ومن خلال تأمل الفروع الفقهية التي تنطبق عليها هذه القاعدة، يمكن الإشارة إلى مواطن التيسير ورفع الحرج فيها، كما يأتي:

1. إن الشروع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء⁽¹⁾، فالمكلف بأمر العقد، ودفع نقودا، وتكلف بعض التكاليف، ثم طرأ هذا الشروع، فلو أبطل العقد، لوقع في الحرج، فيصحح له عقده دفعا للحرج.

2. ذهب بعض العلماء إلى أن المغتسل لا يكفيه غسله للصلاة حتى يتوضأ، استدلالا بالقاعدة العقلية: "أنه يلزم من انتفاء اللزوم انتفاء الملزوم"، فلو كان الوضوء لازماً للغسل لكان يلزم من انتفائه انتفاء الغسل، فيلزم من انتفاء الطهارة الصغرى انتفاء الطهارة الكبرى، فإذا أحدث الحدث الأصغر يلزمه الغسل، وهو خلاف الإجماع، فلا تكون الطهارة الصغرى لازمة للطهارة الكبرى، لكن أجيب عن ذلك: بأن الملازمة هنا جزئية في بعض الأحوال، وهي حالة الابتداء، وأما بعد ذلك فليست لازمة...، لذلك لا يلزم من انتفاء الطهارة الصغرى انتفاء الكبرى...⁽²⁾.

لذلك، فمن أحدث وهو يغتسل، أي قبل تمام غسله، وبعد تمام وضوئه، لم يحتج إلى نية جديدة في غسل أعضائه وضوئه؛ لأن الدوام ليس كالابتداء، فيستدام حكم الوضوء⁽³⁾، ولو قيل: بأنه يلزم من انتفاء الطهارة الصغرى انتفاء الكبرى لوقع المكلف في الحرج والضيق، وكان عليه أن يعيد الغسل إذا أحدث حدثاً أصغر ينقض الوضوء.

فالتخفيف في هذا المثال واضح بناء على القاعدة، فالقول بعدم احتياج المغتسل إلى تجديد نية فيه رفع للحرج عنه، إذ ربما أدى القول بلزوم نية جديدة إلى سيطرة الوسواس عليه.

3. من طرأ عليه الخبث في الصلاة غير الرعاف، يجب أن يقطع، ولا يبيني، ويجوز له القطع والبناء في الرعاف؛ لأن الدوام ليس كالابتداء، لأنه رخصة، ولو جعلوه كالابتداء لألزموه بالقطع، وعدم البناء⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/138.

(2) القرافي، شرح تنقيح الفصول، 1/451.

(3) الشافعي، الأم، 1/58؛ النووي، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكي والمطيعي"، 2/200؛ المقري، قواعد الفقه، ص106.

(4) الوئشريسبي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص165؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص218.

4. إذا اشترى الرجل ما تجب فيه الزكاة مما يصلح أن يكون للتجارة، لكن نوى به القُنية دون التجارة، ثم بعد زمن نوى به التجارة، فلا تجب فيه زكاة العروض إلا بشرط مضي الحول من وقت نية التجارة؛ لا من تاريخ الشراء⁽¹⁾.

وفي هذا من التيسير ما لا يخفى، فلو وجبت عليه الزكاة لما مضى من الأعوام لبخل به، فيناله الإثم. 5. من افتتح التطوع قائماً، ثم أراد أن يقعد من غير عذر، فيجوز؛ لأن القعود في التطوع من غير عذر، كالقعود في الفرض بعذر، لأنه في الابتداء كان مخيراً بين القيام والقعود، فكذا في البقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

من الملاحظ أن التطوع يجوز فيه ما لا يجوز في الفرض، حيث تجوز صلاته قعوداً ابتداءً، حتى لو لم يكن هناك عذر، فهي رخصة، وبناء على القول بجواز القعود بعد افتتاح التطوع قائماً، فلم يحجر على المكلف في ذلك، بل خفف عنه.

6. إذا سها المصلي في سجود السهو، فلا يسجد لهذا السهو، وعليه العمل بالتحري؛ لئلا يلزم التسلسل، فيما لو وجب عليه، رفعاً للحرَج، ودفعاً للوساوس، لأن الاحتراز عن الأسباب المؤدية إلى الوسوسة مما تجدر مراعاتها؛ لأن الوسواس متى سيطر على المكلف، كدّر عليه عبادته وحياته.

7. الخارج الملوّث من الفرج -ولو كان قليلاً- يعفى عنه بعد الحجر؛ أي يكتفى فيه بالحجر، ومن المعلوم أن الحجر لا يزيل النجاسة إزالة الماء، ورغم ذلك، فقد أجزأ تخفيفاً عن المكلفين. جميع هذه الأمثلة وغيرها مما ذكر سابقاً في ثنايا هذه الرسالة يؤكد على العلاقة الوطيدة لهذه القاعدة بالمبدأ العام العظيم في الشرع المطهر، وهو مبدأ رفع الحرَج، والتيسير والتخفيف.

والخلاصة، إن تطبيق القاعدة فيه مراعاة لما يؤول إليه الفعل من إيقاع الضرر، أو المشقة، وبالتالي تفادي ذلك.

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، 252/2؛ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 300/1؛ الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 106/2.

الفصل الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"

إن التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة كثيرة جداً، ولكن أغلب هذه المسائل ليست خلافية، لذلك، فقد انتقيت جملة من المسائل الخلافية، التي يمكن دراستها دراسة فقهية مقارنة، من خلال بيان آراء الفقهاء في المسألة، وذكر أدلة كل فريق، التي تؤيد وجهة نظره، ثم مناقشة الأدلة، وأخيراً بيان الرأي الراجح، وذلك في المباحث الخمسة الآتية:

وقد اشتمل هذا الفصل على خمسة مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في العبادات.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم التيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة.

المطلب الثاني: حكم الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين في الصلاة.

المطلب الثالث: حكم التطيب قبل الإحرام.

المطلب الرابع: حكم القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصيام.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في المعاملات.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم انفساخ الإجارة بالموت.

المطلب الثاني: حكم رهن المشاع.

المطلب الثالث: حكم لزوم العوض بدون اشتراط في الهبة.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في الأحوال الشخصية.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم فقد الكفاءة في النكاح.

المطلب الثاني: حكم توقيت النكاح.

المطلب الثالث: حكم منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها.

المطلب الرابع: حكم إنكاح المرأة نفسها من غير وليها.

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في الجهاد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الخروج إلى القتال دون إذن والدين.

المطلب الثاني: حكم انفساخ عقد نكاح المتزوج من الكفار المسيبيين.

المبحث الخامس: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في المسائل المعاصرة.
وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم إزالة أجزاء الخنزير ونحوه من الجسم البشري بعد التداوي بها.
وقد اشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: طهارة جلد الخنزير بالدباغ.

المسألة الثانية: حكم التداوي بالنجاسات والمحرمات.

المطلب الثاني: حكم إزالة أبراج الاتصالات من الأماكن السكنية.

المطلب الثالث: حكم إزالة الوشم.

المطلب الرابع: حكم إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية.

المطلب الخامس: تطبيقات عامة.

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في العبادات.

المطلب الأول: حكم التيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة.

من المعلوم أنه لا يجوز التيمم مع وجود الماء، لكن إذا طلب من أراد الصلاة الماء، ولم يجده بعد بذل أقصى جهده في سبيل ذلك، ثم تيمم ودخل في الصلاة، وفجأة طرأ الماء عليه، فما حكم صلاته؟ هل يمضي فيها وتجزئه؟ أم يقطعها ويتوضأ، ويستأنفها من جديد؟
اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: للحنفية والحنابلة في المشهور من مذهبهم⁽¹⁾.

قالوا: إن تيممه ينتقض بذلك، وتبطل صلاته، وعليه الوضوء، واستئناف الصلاة من جديد.
المذهب الثاني: للمالكية والشافعية⁽²⁾.

قالوا: إن تيممه لا ينتقض بذلك، ولا تبطل صلاته، وباستطاعته أن يُتمّها كالمعتاد، ولا يقطعها.
سبب الخلاف:

سبب هذا الخلاف راجع إلى أنه هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب، أو يرفع ابتداء الطهارة به؟ فمن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال: لا ينقضها إلا الحدث، ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال: إنه ينقضها، فإن حدّ الناقض هو الرفع للاستصحاب⁽³⁾.

علاقة رؤية الماء في الصلاة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

لا يصح التيمم مع وجود الماء، لكن سمح للمكلف أن يبتدئ صلاته بالتيمم عند عدم الماء، وتقيد القاعدة أن بعض الأفعال كالتييمم مع وجود الماء لا يجوز إيقاعها ابتداءً، إلا أن الشرع يتسامح بإبقاء هذه الأفعال في حالة كونها امتداداً لوجودها السابق، وهذا الدوام هو استصحاب الحكم الثابت المستقر؛ بسبب قوة الدوام، فلما أذن الشرع بابتداء الصلاة بالتيمم مع فقد الماء، فهذا لا يعني نقضها حال طرؤ الماء في حالة الدوام والاستمرار؛ لأن الطارئ ليس نظير المقارن.

الأدلة:

أولاً: أدلة الحنفية والحنابلة.

1. قوله صلى الله عليه وسلم: (الصعيد الطيب وضوء المسلم، ولو إلى عشر سنين، فإذا وجدت الماء، فأمسسه جلدك، فإن ذلك خير)⁽⁴⁾، وفي رواية: (إن الصعيد الطيب طهور، ما لم يجد الماء، ولو إلى عشر حجج، فإذا وجدت الماء فأمسسه بشرتك)⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 57/1؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 177/1.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 195/1؛ الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، 88/1.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 78/1.

(4) أخرجه أبو داود، كتاب الطهارة، باب الجنب يتيمم، ح ر (332)، أبو داود، السنن، 90/1، والحديث صححه الألباني.

(5) أخرجه الدارقطني، كتاب الطهارة، باب في جواز التيمم لمن لم يجد الماء سنين كثيرة، ح ر (722)، الدارقطني، سنن الدارقطني، 346/1، والحديث صححه الألباني. الألباني، محمد ناصر الدين (ت 1420هـ)، إرواء الغليل، 181/1، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405، 1985.

وجه الدلالة من الحديث: إيجاب انتقاض طهارة المتيمم بوجود الماء، على عموم الأحوال، سواء كان في صلاة أو غيرها⁽¹⁾، وفيه دلالة على أنه ليس بوضوء عند وجود الماء⁽²⁾.

2. لأن طهارة التيمم انعقدت ممدودة إلى غاية وجود الماء بالحديث، فتنتهي عند وجوده، فلو أتمها لأتم بغير طهارة، وهذا لا يجوز؛ لأن طهارته انتهت بانتهاء وقتها، فبطلت صلاته، ووجبت الإعادة⁽³⁾.
 3. لأن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما يبيح الصلاة، وهو طهارة ضرورة، ولا ضرورة بعد وجود الماء⁽⁴⁾.
- ثانياً: أدلة المالكية والشافعية.

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾⁽⁵⁾، فهو غير قادر على استعمال الماء؛ لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة، وهو منهي عن إبطالها بالآية السابقة⁽⁶⁾.

2. لأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البذل، فلم يلزمه الخروج، كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام، ثم إنه شرع في الصلاة بطهور أمر باستعماله؛ لأنه غير قادر على الماء، فيتمها محافظة على حرمتها⁽⁷⁾، وأيضاً، فقد دخل في الصلاة بما أمر به، وحصل له منها عمل بإحدى الطهارتين⁽⁸⁾.
3. لأنه شرع بصلاته بناء على جواز وصحة تيممه لعدم الماء، فتستصحب هذه الصحة حتى آخر الصلاة، وما جاز أول الصلاة جاز أثنائها حتى آخرها، ومن ناحية أخرى، فإن الإجماع قد انعقد على صحة صلاته حالة الشروع، والدليل الدال على صحة الشروع، دال على دوامه واستمراره، إلا أن يقوم دليل الانقطاع⁽⁹⁾.

4. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: إن المكلف لا يجوز أن يبتدئ صلاة مع وجود الماء، لكن لما دخل في الصلاة بالتيمم، فعليه أن يتمها اعتماداً على البقاء والاستمرار، حيث إنه دخل في الصلاة وابتدأها بوجه جائز⁽¹⁰⁾، ومن ناحية أخرى، فإن الحال التي دخل فيها في الصلاة وابتدأها غير الحال الأخرى وهي الاستمرار في الصلاة، فحال دخوله كان غير واجد للماء⁽¹¹⁾، ثم دخل في الصلاة واستمر عليها، ولما طرأ عليه الماء كان في حالة دوام واستمرار، وقد انعقدت صلاته، فيمضي فيها؛ لأنه يغتفر في

(1) العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر شرف الحق الصديقي (ت 1329هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود وحاشية ابن القيم، 362/1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1415هـ.

(2) البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد الخلوتي الحنبلي (ت 1192هـ)، كشف المخترات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، 85/1، المحقق: قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، لبنان، بيروت، ط 1، 1423هـ، 2002م.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 58/1؛ ابن قدامة، المغني، 198/1؛ البهوتي، كشف القناع، 177/1-178.

(4) السرخسي، المبسوط، 110/1؛ ابن قدامة، المصدر نفسه، 198/1.

(5) سورة محمد، الآية 33.

(6) الشافعي، الأم، 65/1؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 524/1.

(7) الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، 337/2-338.

(8) المواق، المصدر السابق، 524/1.

(9) الشافعي، المصدر السابق، 65/1؛ الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص 73-74.

(10) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 159/1.

(11) الشافعي، المصدر السابق، 65/1 بتصرف.

الدوام ما لا يغتفر في الابتداء؛ ولأن قوة الدوام للحكم السابق هي أثر لازم لعين دليل وجود ذلك الحكم، ولا تحتاج قوة الاستمرار إلى دليل مستقل يثبتها، وهذا تقيده القاعدة.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة المالكية والشافعية.

أ. أما الاحتجاج بالآية الكريمة، فلا حجة فيها؛ فإن هذا لم يبطل الصلاة بإرادته، وإنما أبطلها طرو الماء، كما لو أحدث⁽¹⁾، فهو لا يحتاج إلى إبطال الصلاة، بل هي تبطل بزوال الطهارة⁽²⁾.

ب. قوله -صلى الله عليه وسلم- في الحديث الذي احتج به الحنفية والحنابلة: (ما لم يجد الماء)⁽³⁾، مُحتمل، فإنه يمكن أن يفهم منه، فإذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت، ويمكن أن يفهم منه، فإذا وجد الماء، لم تصح ابتداء هذه الطهارة، والأقوى في جانب الحنفية والحنابلة هو قوله -صلى الله عليه وسلم-: (فإذا وجدت الماء، فأمسه جلدك)⁽⁴⁾، فإن الأمر محمول على الفور عند جمهور المتكلمين، وإن كان أيضاً قد يتطرق إليه الاحتمال المتقدم⁽⁵⁾.

وقد دل الحديث بمفهومه على أنه لا يكون طهوراً عند وجود الماء، وبمنطوقه على وجوب إمساسه جلده عند وجوده؛ ولأنه قدر على استعمال الماء، فبطل تيممه، كالخارج من الصلاة؛ ولأن التيمم طهارة ضرورة، فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها، ويؤيده أن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للمتيمم أن يصلي مع كونه محدثاً؛ لضرورة العجز عن الماء، فإذا وجد الماء زالت الضرورة، فظهر حكم الحدث كالأصل⁽⁶⁾.

والقياس على الصيام لا يصح؛ لأن الصوم هو البذل نفسه، فنظيره إذا قدر على الماء بعد تيممه، ولا خلاف في بطلانه، والفرق بينهما أن مدة الصيام تطول، فيشق الخروج منه؛ لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين، بخلاف هذه المسألة⁽⁷⁾.

وقد حمل الشافعية -بعد تسليمهم أن وجود الماء يرفع هذه الطهارة-، بأن التيمم ليس رافعاً للحدث؛ أي ليس مفيداً للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث، وإنما هو مبيح للصلاة فقط، مع بقاء الحدث⁽⁸⁾، وفي قول عند المالكية كذلك: إن التيمم لا يرفع الحدث؛ لأنه لو رفعه لم ينقضه إلا الحدث، وهذا لا معنى له، فإن الله قد سماه طهارة⁽⁹⁾.

(1) الشافعي، الأم، 65/1.

(2) ابن قدامة، المغني، 198/1.

(3) الحديث سبق تخريجه ص 161.

(4) الحديث سبق تخريجه ص 161.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/1.

(6) ابن قدامة، المصدر السابق، 198/1.

(7) ابن قدامة، المصدر السابق، 198/1.

(8) الماوردي، الحاوي الكبير، 233/1.

(9) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/1.

ويمكن القول أيضا: إن هذه الطهارة وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها، على القول بأن الماء ينقضها، وبما أنه حدث خاص بها، فينقضها حتى لو شرع المصلي في صلاته، ثم طرأ عليه الماء؛ لأن الحدث ينقض مطلقاً⁽¹⁾.

وإن هذه الطهارة تنتهي برؤية الماء؛ لكونها مؤقتة إلى غاية الرؤية؛ ولأن المتيمم لا يصير محدثاً برؤية الماء، بل بالحدث السابق على الشروع في الصلاة، إلا أنه لم يظهر أثره في حق الصلاة المؤداة للضرورة، ولا ضرورة في الصلاة التي لم تؤد، فظهر أثر الحدث السابق، وصار كخروج الوقت في حق المستحاضة؛ ولأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وذلك يبطل حكم البدل، كالمعتدة بالأشهر إذا حاضت⁽²⁾.

وقولهم: إنه غير قادر على الماء، غير صحيح، فإن الماء قريب، وآلته صحيحة، والموانع منتقية⁽³⁾.
ج. الرد على دليل الإجماع:

لا اعتبار بالإجماع على صحة صلاته حالة الشروع فيها قبل رؤية الماء، فإن الإجماع انعقد حالة العدم، لا حالة الوجود، ومن أراد إلحاق العدم بالوجود، فعليه الدليل⁽⁴⁾.
ومن ناحية أخرى، فإنما يستند الحكم الذي دل الدليل على دوامه، فالدليل على دوام الصلاة ههنا لفظ الشارع أو إجماع، فإن كان لفظاً، فلا بد من بيان ذلك اللفظ، فلعله يدل على دوامها عند العدم، لا عند الوجود، فإن دل بعمومه على دوامها عند العدم والوجود جميعاً، كان ذلك تمسكاً بعموم عند القائلين به، فيجب إظهار دليل التخصيص، وإن كان ذلك بإجماع، فالإجماع منعقد على دوام الصلاة عند العدم، أما حال الوجود، فهو مختلف فيه، ولا إجماع مع الخلاف، ولو كان الإجماع شاملاً حال الوجود لكان المخالف خارقاً للإجماع، كما أن المخالف في انقطاع الصلاة عند هبوب الرياح وظلوع الفجر خارق للإجماع؛ لأن الإجماع لم ينعقد مشروطاً بعدم الهبوب، وانعقد مشروطاً بعدم الماء، فإذا وجد، فلا إجماع، فيجب أن يقاس حال الوجود على حال العدم المجمع عليه بعملة جامعة، فأما أن يستصحب الإجماع عند انتفاء الإجماع، فهو محال⁽⁵⁾.

ومن ناحية أخرى، فالحنفية والحنابلة أحفظ للأصل؛ لأنه أمر غير مناسب في الشرع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة، وينقضها في غير الصلاة⁽⁶⁾.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/1.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 58/1.

(3) ابن قدامة، المغني، 198/1.

(4) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص 74.

(5) الغزالي، المستصفى، 161/1.

(6) ابن رشد، المصدر السابق، 79/1.

د. أما استدلالهم بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فيرده قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾⁽¹⁾، حيث لم يجعل للتيمم حكما مع وجود الماء⁽²⁾.

ثانيا: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة⁽³⁾.

أ. أما الخبر الذي استدلووا به، فيمكن الجواب عليه من وجهين:
الأول: إن قوله -صلى الله عليه وسلم-: (فإذا وجدت الماء، فأمسسه جلدك)⁽⁴⁾، محمول على وجوب استعماله الماء لما يستقبل من الصلاة، لا الصلاة الحالية، التي دخل فيها.
الثاني: إن الأمر باستعماله متوجه إلى حالة الطلب للماء، وذلك قبل الصلاة، وكذا وجوب الاستعمال.
ب. أما الجواب عن قياسهم على المستحاضة، ففي بطلان صلاتها بارتفاع الاستحاضة وجهان:
أحدهما: إن صلاتها لا تبطل كالتيمم، فسقط الاستدلال.

الثاني: إنها باطلة، فعلى هذا يكون الجواب عنه من وجهين:
أحدهما: إن المستحاضة حاملة للنجاسة، فلزمها استعمال الماء لإزالتها، وليس كذلك التيمم.
الثاني: إنها ليست في طهارة من وضوء، ولا في بدل من التيمم، وهذا إن لم يكن في وضوء، فهو في تيمم.
فإن قيل: فلم يلزمه استعمال الماء برويته قبل الصلاة، ولم يلزمه استعماله برويته في الصلاة؟
الجواب: لأنه بعد الإحرام بالصلاة في عبادة منعت حرمتها من الانتقال عنها، وهو قبل الصلاة بخلافها.
ج- أما القول بأن وجود الماء حدث خاص لهذه الطهارة، فيقال: إنه حدث خاص مبطل لهذه الطهارة قبل الدخول في الصلاة، لا بعد الدخول فيها.

ثالثا: الرأي الراجح.

والراجح -والله أعلم- هو رأي المالكية والشافعية لما يأتي:

1. قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾⁽⁵⁾، حيث أمر باستعمال الماء في الحال التي لو لم يجد فيها الماء لتيمم، فلما كان وقت الأمر بالتيمم قبل الصلاة، وجب أن يكون وقت الأمر باستعمال الماء قبل الصلاة⁽⁶⁾، أي يتوجه الطلب إلى المكلف باستعمال الماء حال وجوده، وترك التراب قبل دخوله في الصلاة لا أثناءها.
2. لأن التيمم يقوم مقام الماء، ويرفع الجنابة رفعا مؤقتا إلى حال وجدان الماء، أما إنه قائم مقام الماء؛ فلأنه سبحانه وتعالى جعله عوضا عنه عند عدمه، والأصل أنه قائم مقامه في جميع الأحكام، فلا يخرج عن ذلك إلا بدليل⁽⁷⁾.

(1) سورة المائدة، الآية 6.

(2) السرخسي، المبسوط، 109/1 - 110؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 1/252.

(3) الماوردي، المصدر نفسه، 1/254-256.

(4) الحديث سبق تخريجه ص161.

(5) الآية سبق عزوها ص165.

(6) الماوردي، المصدر نفسه، 1/253.

(7) الصنعاني، سبل السلام، 1/143، دار الحديث، دط، بدون سنة نشر.

3. لأن الأمر بالاغتسال إذا وجد الماء لقوله -صلى الله عليه وسلم- في الحديث الذي استندوا عليه: **(فإذا وجدت الماء، فأمسسه جلدك)**⁽¹⁾، الأظهر أنه أمر بأمسسه الماء لسبب قد تقدم على وجدان الماء، إذ إمساكه لما يأتي من أسباب وجوب الغسل أو الوضوء معلوم من الكتاب والسنة، والتأسيس خير من التأكيد⁽²⁾.
4. لأنه افتتح الصلاة بطهور، فوجب أن لا يبطل برؤية الطهور، وأيضاً لأنه افتتح الصلاة بالتيمم لعجزه عن الماء، فوجب أن لا يبطل تيممه بالقدرة على الماء⁽³⁾.
5. وأيضاً، فإن الوضوء شرط لو اتصل عدمه إلى الفراغ من الصلاة، لخلت الذمة عن وجوبها بأدائها، فوجب أن لا تبطل الصلاة، بالقدرة عليها في تضاعيفها⁽⁴⁾.
6. ومن ناحية أخرى، فإن كل بدل ومبدل، وصفا في الشرع لاستباحة غيرهما، فإنه متى قدر على المبدل بعد استباحة المقصود بالبدل، سقط حكمه⁽⁵⁾.
7. لأن التيمم يصح بشرطين؛ السفر وعدم الماء، فلو نقض السفر بالإقامة في تضاعيف الصلاة، لم يبطل به التيمم، وإن كان يبطل به قبل الصلاة، فكذلك إذا وجد الماء في تضاعيف الصلاة لم يبطل به التيمم، وإن كان يبطل به قبل الصلاة، وتحريره قياساً أنه أحد شرطي التيمم، فوجب أن لا يؤثر في التيمم بعد افتتاح الصلاة، ما كان مؤثراً فيه قبل الصلاة⁽⁶⁾.
9. لأن التيمم يراد لغيره، فلا يستقر حكمه إلا بالشروع في المقصود، لذلك، فالصلاة لا تسقط بالرؤية، بخلاف ما تسقط به عادة⁽⁷⁾.
8. عملاً بقاعدة: "البقاء أسهل، أو أولى من الابتداء"، فهي رخصة شرعية، فكما أن الله تعالى أباح له ابتداء الصلاة بالتيمم، لا بالماء لعدم وجدانه، فليكن استصحاب هذه الطهارة في الدوام والاستمرار حتى نهاية الصلاة بشكل أولى، فيغتفر استدامة الصلاة بالتيمم حال طروء الماء، ما لا يغتفر ابتداءً. قال ابن رجب: من تلبس بعبادة، ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجداً له قبل الشروع لكان هو الواجب، دون ما تلبس به، هل يلزمه الانتقال إليه، أم يمضي ويجزئه؟ هذا على ضربين⁽⁸⁾.
- أحدهما: أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيراً على المكلف، وتسهيلاً عليه، مع إمكان إتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل،

(1) الحديث سبق تخريجه ص 161.

(2) الصنعاني، سبل السلام، 1 / 143.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 1 / 253.

(4) الماوردي، المصدر نفسه، 1 / 253.

(5) الماوردي، المصدر نفسه، 1 / 253.

(6) الماوردي، المصدر نفسه، 1 / 254.

(7) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 1 / 221.

(8) القواعد، ص 9-10.

كالتمتع إذا عدم الهدى؁ فإنه رخص له فى الصيام رخصة عامة؁ حتى لو قدر على الشراء بثمن فى ذمته وهو موسر فى بلده لم يلزمه.

ثانيهما: أن يكون المتلبس به إنما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره بالكلية؁ فهذا يلزمه الانتقال إلى الأصل عند القدرة عليه؁ ولو فى أثناء التلبس بالبدل؁ كالعدة بالأشهر؁ فإنها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحىض؁ ولهذا تؤمر من ارتفع حىضها لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالّت المدة....؁ وها هنا مسائل كثيرة مترددة بين الضريين منها: التيمم إذا شرع فى الصلاة؁ ثم وجد الماء؁ ففي بطلانها روايتان؛ لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة؁ فهو كصيام المتمتع؁ ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر.

وبين ابن رجب وجه الضرورة فى شرعية التيمم بأنه تستباح معه الصلاة بالحدث؁ لذلك يعتبر غير رافع للحدث على المذهب؁ فلا يجوز إتمام الصلاة محدثًا مع وجود الماء الرافع له.

المطلب الثاني: حكم الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين في الصلاة.

اتفق الفقهاء على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي⁽¹⁾ والودي⁽²⁾ لصحة الآثار في ذلك، إذا كان خروجها من السبيلين على وجه الصحة، واختلفوا في الخارج النجس من غير السبيلين، هل ينقض الوضوء أم لا⁽³⁾، على مذهبين:

المذهب الأول: للحنفية والحنابلة⁽⁴⁾.

قالوا: إن الخارج النجس من غير السبيلين ينقض الوضوء، واشترط الحنفية أن يكون سائلا، جاوز إلى محل يُطلب تطهيره، واشترط الحنابلة أن يكون كثيرا باستثناء الغائط والبول، فلا تشتط الكثرة فيهما.

المذهب الثاني: للمالكية والشافعية⁽⁵⁾.

قالوا: إن الخارج النجس من غير السبيلين لا يعتبر حدثا، وبالتالي لا ينقض الوضوء.

ولو كان في الصلاة، فإنه يتمادى على صلاته ولا يقطعها لهذا الخارج كما نص عليه المالكية.

لكن المالكية والشافعية استثنوا من هذا الحكم ما يخرج من ثقبه تحت المعدة إذا انسد مخرجه، وفي قول عند المالكية إذا لم ينسد أيضا، فينتقض الوضوء به.

سبب الخلاف⁽⁶⁾:

سبب هذا الخلاف أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب، ولتظاهر الآثار بذلك، تطرق إلى ذلك ثلاثة احتمالات هي:

الأول: أن يكون الحكم إنما علق بأعيان هذه الأشياء المتفق عليها فقط.

الثاني: أن يكون الحكم إنما علق بها، من جهة أنها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة، والطهارة إنما يؤثر فيها النجس، فينقضها.

الثالث: أن يكون الحكم أيضا إنما علق بها من جهة أنها خارجة من هذين السبيلين.

علاقة ما يخرج من البدن من غير السبيلين في الصلاة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إذا خرج دم من المصلي كالرعاف مثلا، فهل يقطع صلاته، ويذهب ويتوضأ، أم يتمادى على صلاته ويتمها، بناء على البقاء والاستمرار، فإن قيل بإتمامها، فإنه على اعتبار أن الدوام ليس كالابتداء.

(1) المذي عبارة عن ماء رقيق يخرج عند الملاعبة، ويضرب إلى البياض. الفيومي، المصباح المنير، 2/ 567.

(2) الودي عبارة عن ماء أبيض ثخين، يخرج بعد البول. الفيومي، المصدر نفسه، 2/ 654.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1/ 40.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 1/ 24؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 1/ 124.

(5) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 1/ 53؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 1/ 154؛ الأنصاري، أسنى المطالب في

شرح روض الطالب، 1/ 54.

(6) ابن رشد، المصدر السابق، 1/ 40-41.

الأدلة:

أولاً: أدلة الحنفية والحنابلة.

1. قوله صلى الله عليه وسلم: (الوضوء من كل دم سائل) ⁽¹⁾، فالنقض معنى يضاف للسيلان ⁽²⁾، وهذا لفظ عام، يشمل ما خرج من السبيلين، وما خرج من غيرهما.
2. وقوله صلى الله عليه وسلم: (من أصابه قيء، أو رعاف، أو قلنس ⁽³⁾، أو مذي، فلينصرف، فليتوضأ، ثم ليبن على صلاته، وهو في ذلك لا يتكلم) ⁽⁴⁾.
3. ما ورد: (أن النبي صلى الله عليه وسلم - قاء، فأفطر) ⁽⁵⁾.
- وجه الدلالة: أن الوضوء كان مرتباً على القيء وبسببه، وهو المطلوب، فتكون الفاء للسببية ⁽⁶⁾.
4. لأن الدم ونحوه من القيح أو الصديد، خارج نجس، فأشبهه الخارج من السبيلين ⁽⁷⁾.
- واستدل الحنابلة على اشتراطهم الكثرة في غير الغائط والبول ⁽⁸⁾؛ لأنه المشهور عن الصحابة - رضي الله عنهم أجمعين - ⁽⁹⁾.

ثانياً: أدلة الشافعية والمالكية.

1. حديث الرجل الأنصاري الذي قام يحرس، فقام يصلي، فرماه أحد المشركين بثلاثة أسهم، فنزعها واستمر في صلاته ⁽¹⁰⁾، وموضع الدلالة أنه خرج منه دماء كثيرة واستمر في الصلاة، ولو نقض الدم لما جاز بعده الركوع والسجود وإتمام الصلاة، وعلم النبي صلى الله عليه وسلم - ذلك ولم ينكره ⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه الدارقطني، كتاب الطهارة، باب في الوضوء من الخارج من البدن، كالرعاف، والقيء، والحجامة، ونحوه، ح ر (581)، الدارقطني، سنن الدارقطني، 287/1، وفي سند الحديث راويان مجهولان كما قال الدارقطني نفسه، ومن ناحية أخرى، فإن في الحديث ضعفاً وانقطاعاً. ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 30/1، المحقق: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(2) العيني، منحة السالك في شرح تحفة الملوك، ص 63، المحقق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 1428 هـ، 2007 م.

(3) هو الطعام أو الشراب يخرج من البطن إلى الفم. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 513/2.

(4) أخرجه ابن ماجه، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في البناء على الصلاة، ح ر (1221)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، 385/1، والحديث ضعفه الألباني.

(5) عن معدان بن طلحة أن أبا الدرداء حدثه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قاء، فأفطر، فلقيت ثوبان مولى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في مسجد دمشق، فقلت: إن أبا الدرداء، حدثني أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قاء، فأفطر، قال: صدق، وأنا صبيت له وضوءه - صلى الله عليه وسلم - . أخرجه أبو داود، كتاب الصوم، باب الصائم يستقيء عامداً، ح ر (2381)، أبو داود، السنن، 310/2، والحديث صححه الألباني.

(6) الديبان، أبو عمر دُبَيَّان بن محمد، موسوعة أحكام الطهارة، 647/10، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1426 هـ، 2005 م.

(7) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 1/178.

(8) البهوتي، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، 167/1، المحقق: عبد الله بن محمد المطلق، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1427 هـ، 2006 م.

(9) ابن قدامة، المغني، 1/136.

(10) الحديث سبق تخريجه ص 83.

(11) النووي، المجموع شرح المذهب، 2/55.

2. ولما روي: (أنه صلى الله عليه وسلم:- قاء، فلم يتوضأ)⁽¹⁾.
3. ما ورد: (أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- احتجم، فصلى ولم يتوضأ، ولم يزد على غسل محاجمه)⁽²⁾.
4. لأن الأصل أن لا نقض حتى يثبت بالشرع، ولم يثبت، والقياس ممتنع في هذا الباب؛ لأن علة النقض غير معقولة⁽³⁾.
4. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"⁽⁴⁾.
- وجه الاستدلال بالقاعدة: إن المصلي دخل في صلاته بشكل صحيح، مستكملاً طهارته، ثم طراً هذا الخارج من غير السبيلين بشكل مفاجئ، فلا ينقض الطهارة؛ لأنه في حالة دوام واستمرار، ولهذا نص المالكية على أن الرعاف لا يقطع صاحبه العمل بناء على أن الدوام ليس كالابتداء، وقالوا أيضاً: من طراً عليه الخبث في الصلاة يجب أن يقطع ولا يبني، ويجوز له القطع والبناء في الرعاف؛ لأن الدوام ليس كالابتداء، لأنه رخصة، ولو جعلوه كالابتداء لألزموه بالقطع وعدم البناء، أما ابن الحاجب فقد نصّ على أنه: "لو رعف وعلم دوامه أتمّ الصلاة"⁽⁵⁾.
- وقالوا أيضاً: لو رعف المصلي، وعلم دوام الرعاف، أتمّ الصلاة⁽⁶⁾، ولكن هذا لا يفيد حكم الدخول فيها ابتداءً مع وجود الرعاف، وإن كان الخلاف فيهما على وتيرة واحدة؛ لجواز مراعاة حق الحرمة، واستقلال البطان في الأول -أي ابتداء الصلاة مع الرعاف-، دون الثاني؛ لأن ابتداء الصلاة بالرعاف لا يجوز؛ لأن الدم نجس، بخلاف ما لو طراً عليه أثناء صلاته⁽⁷⁾.

(1) قال الزيلعي: "حديث غريب جداً"، وقال ابن حجر: "لم أجده". الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف ابن محمد (ت 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، 37/1، المحقق: محمد عوامة، قدم للكتاب: محمد يوسف البُورِي، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانِي، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، ط 1، 1418هـ، 1997م؛ ابن حجر، الدرية في تخريج أحاديث الهداية، 30/1.

(2) أخرجه البيهقي، كتاب الطهارة، جماع أبواب الحدث، باب ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث، ح ر (666)، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (ت 458هـ)، السنن الكبرى، 221/1، تحقيق: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، 1424هـ، 2003م، والحديث في إسناده صالح بن مقاتل، وهو ضعيف، وقال الذهبي عن هذا الحديث: إنه لم يثبت. الذهبي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، 66/1، المحقق: مصطفى عبد الحى، دار الوطن، الرياض، ط 1، 1421هـ، 2000م؛ ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، 326/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419هـ، 1989م. والمحاجم جمع محجم، بفتح الميم، وهي أماكن خروج الدم من الجسم عند جرحها بالمحجم. عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، 36/1، المكتبة العتيقة، ودار التراث، د. ط، بدون سنة نشر؛ الكجراتي، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفُتَيْي (ت 986هـ)، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، 461/1، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط 3، 1387هـ، 1967م.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، 55/2.

(4) المقري، قواعد الفقه، ص 106.

(5) الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 165؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص 218-221.

(6) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 43؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 472/1.

(7) المقري، المصدر السابق، ص 106؛ المنجور، المصدر السابق، ص 220-221.

والبناء عند المالكية إنما يكون إذا كان الرعاف كثيراً، فإنه يذهب ويغسله ثم يبني على صلاته، أما القليل، فإنه يتمادى على صلاته دون حاجة إلى الذهاب إلى غسله والبناء عليها⁽¹⁾.

وذكر المالكية أيضاً أن الرعاف أربعة أقسام: يسير يذهبه القتل، وكثير لا يذهب القتل، ولا يرجى انقطاعه متى خرج لغسله لعادة علمها من نفسه، فهذان لا يخرجان من الصلاة، فعليه أن يقتل هذا ويكف الآخر ما استطاع ويمضي في صلاته، وكثير يرجو انقطاعه متى غسله، فهذا يخرج لغسله ويعود، وكثير يذهب القتل لثخنته، واختلف فيه هل يقتله ويمضي، أو يخرج بغسله⁽²⁾.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة المالكية والشافعية

أ. أما حديث الذي قام يصلي، فرمي بسهام، فيمكن أن يناقش بما يأتي: يحتمل أنه -صلى الله عليه وسلم- لم يعلم بحاله فوراً، ثم علم بأمره، فأمره بالإعادة بغير علم الراوي⁽³⁾.

ب. أما الحديث الثاني وهو ما روي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- (قاء، فلم يتوضأ)⁽⁴⁾، فإنه حديث غريب، لا ذكر له في كتب الحديث⁽⁵⁾.

ج. وردوا حديث احتجامة -صلى الله عليه وسلم- وصلاته، بأن فيه راوياً متروكاً، فلا يحتاج به⁽⁶⁾.

د. وردوا الاستدلال بالمعقول، وهو القياس، بحديث: (الوضوء من كل دم سائل)⁽⁷⁾، فهو عام، يوجب الوضوء من كل نجاسة، سواء كان من المخرج المعتاد، أم لا⁽⁸⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة.

أ. أما الجواب عن قوله -صلى الله عليه وسلم-: (من قاء أو قللس فليتوضأ)⁽⁹⁾، فهو أن الحديث مرسل⁽¹⁰⁾، والمرسل لا حجة فيه عند الشافعية، ويمكن حمله على أحد أمرين⁽¹¹⁾:

(1) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 1/ 85.

(2) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 1/ 476.

(3) العيني، البناية شرح الهداية، 1/ 261.

(4) الحديث سبق تخريجه ص 170.

(5) العيني، المصدر نفسه، 1/ 260.

(6) المصدر نفسه، 1/ 261.

(7) الحديث سبق تخريجه ص 169.

(8) العيني، المصدر نفسه، 1/ 262.

(9) الحديث سبق تخريجه ص 169.

(10) المرسل في اللغة: المطلق، أي الإطلاق، والترك، والتخلية، يقال: أرسل الطائر من يده، أي أطلقه، أما المرسل في الاصطلاح فهو عند المحدثين: ما سقط من منتهاه ذكر الصحابي، بأن يقول التابعي: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وعند الفقهاء والأصوليين هو: قول من لم يلق النبي -صلى الله عليه وسلم-: قال رسول الله، سواء التابعي، أم تابع التابعي، فمن بعده، فتعبير الأصوليين والفقهاء أعم. الزبيدي، تاج العروس، مادة "رسل"، 72/29؛ ابن دقيق العيد، تقي الدين محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري (ت 702هـ)، الاقتراح في بيان الاصطلاح، ص 16، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، وبدون سنة نشر؛ ابن جماعة، محمد بن إبراهيم بن سعد الله الكنائي الحموي الشافعي (ت 733هـ)، المنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، ص 42، المحقق: محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1406هـ؛ الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 338/6؛ الخبازي، عمر بن محمد بن عمر (ت 691هـ)، المغني في أصول الفقه، ص 189، تحقيق: محمد مظهر بقاء، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مركز إحياء التراث الإسلامي، ط 1، 1403هـ؛ ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، 574/2؛ السيماوني، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، 87/2.

(11) الماوردي، الحاوي الكبير، 1/ 202.

الأول: إما على الوضوء استحباباً.

الثاني: وإما على غسل ما أصاب الفم منه؛ لأن القلس الذي يخرج من الحلق لا يوجب الوضوء اتفاقاً.
ب. أما الجواب عن حديث: (الوضوء من كل دم سائل)⁽¹⁾، فأحد رواته مجهول، وهو منقطع⁽²⁾ في نفس الوقت، ولا تقوم به حجة، ويمكن أن يحمل على غسل الموضع، بمعنى أن يقصد بالوضوء معناه اللغوي، لا الشرعي⁽³⁾.

ج. أما الجواب عن حديث أبي الدرداء⁽⁴⁾ -رضي الله عنه-، فهو أن وجه الدليل فيه ساقط؛ لأن ثوبان⁽⁵⁾ يحتمل أن يكون صب عليه وضوءاً لغسل فمه، ويحتمل أن يكون لحدث كان به، لا بسبب القيء، أو لاستحبابه، أو يحمل على ما تغسل به النجاسة⁽⁶⁾، وأجيب عنه بأنه حديث ضعيف مضطرب⁽⁷⁾، وفي إسناده اختلاف، فإن صح، فيحمل على القيء عامداً⁽⁸⁾.

د. أما الجواب عن القياس على ما خرج من السبيلين، فهو منتقض بالقيء إذا لم يملأ الفم، ثم المعنى في السبيلين أنه لما كان الصوت والريح الخارج منهما ناقضاً للوضوء كان غيره كذلك، ولما كان الصوت والريح من غير السبيلين لا ينقضان الوضوء، كان غيرهما كذلك⁽⁹⁾.
أما الجواب عما استدل به الحنابلة من اشتراط الكثرة، فهو أنه ورد عن صحابة آخرين ما يخالف ذلك، حيث قالوا: عليه غسل ما ظهر من النجاسة على بدنه⁽¹⁰⁾.

(1) الحديث سبق تخريجه ص 169.

(2) القطع: فصل أجزاء الشيء، يقال: قطعت الشيء قطعاً، أما المنقطع كاصطلاح في علوم الحديث، فهو: ما لم يتصل إسناده على أي وجه كان انقطاعه، وأكثر ما يستعمل في رواية من دون التابعي عن الصحابي، كمالك عن ابن عمر، وقيل: هو ما اختل فيه الرجل قبل التابعي، محذوفاً كان أو مبهماً. ابن فارس، مجلد اللغة، مادة: "قطع"، 1/ 757؛ النووي، التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير في أصول الحديث، ص 35، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405 هـ، 1985 م.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 1/ 202، الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، 62/1-63، دار ابن حزم، ط 1، د. س.

(4) هو عويمر بن عامر بن مالك بن زيد بن قيس بن أمية بن عامر بن عدي بن كعب بن الخزرج، تأخر إسلامه قليلاً، كان آخر أهل داره إسلاماً، وحسن إسلامه، وكان فقيهاً عاقلاً حكيماً، أخى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بينه وبين سلمان الفارسي، شهد ما بعد أحد من المشاهد، واختلف في شهوده أحداً، توفي عام 32 هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 6/ 94؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 4/ 621.

(5) هو ثوبان بن جدد، أبو عبد الله، مولى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، أصله من منطقة تسمى السراة، تقع بين مكة واليمن، أصابه سباء، واشتراه النبي -صلى الله عليه وسلم- ثم أعتقه، فلم يزل يخدمه إلى أن لحق بالرفيق الأعلى، ثم خرج إلى الشام، فنزل أرض الرملة من فلسطين، ثم انتقل إلى حمص، وسكنها وتوفي بها عام 54 هـ، له أحاديث قليلة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. ابن الأثير، المصدر نفسه، 1/ 480؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 527/1-528.

(6) الماوردي، المصدر السابق، 1/ 202؛ النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطبعي، 2/ 55.

(7) النووي، المصدر نفسه، 2/ 55.

(8) الشوكاني، نيل الأوطار، 1/ 237.

(9) الماوردي، المصدر السابق، 1/ 202.

(10) قال بذلك من الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- عبد الله بن عمر، وابن عباس، وعائشة، وجابر بن عبد الله، وابن أبي أوفى، وأبو هريرة، ومن التابعين ابن المسيب، والقاسم بن محمد. الماوردي، المصدر السابق، 1/ 200؛ النووي، المصدر السابق، 2/ 54.

ثالثاً: الرأي الراجح.

والرأي الراجح -والله أعلم- هو رأي المالكية والشافعية، لما يأتي:

1. لأنها طهارة حكمية تعبدية، تتعلق بالخارج من مخرج الحدث، فوجب أن ينتقي عن الخارج من غير مخرج الحدث، قياساً على الغسل⁽¹⁾.
2. لأن الوضوء مجرد فعل من النبي -صلى الله عليه وسلم- والفعل المجرد لا يدل على الوجوب، وأقصى ما يدل عليه الاستحباب⁽²⁾.
3. نظراً لضعف الأحاديث التي استدلت بها الحنفية والحنابلة، وأقوى ما استدلتوا به هو حديث أبي الدرداء -رضي الله عنه-، ولا يخلو هذا الحديث من أمرين؛ فإما أن يكون ثابتاً، أو غير ثابت، فإن كان ثابتاً، فليس فيه دليل على وجوب الوضوء منه؛ لأن في الحديث أنه توضأ، ولم يذكر أنه أمر بالوضوء منه، كما أمر بالوضوء من سائر الأحداث، وإن كان غير ثابت، فهو أبعد من أن يجب فيه فرض⁽³⁾.
4. إن الوضوء قد يكون بعد القيء، من أجل النظافة، وإزالة القذر الذي يبقى في الفم والأنف، وما يصيب البدن منه، لا من أجل كون القيء حدثاً ناقضاً للوضوء، فلا يمكن الحكم على من تطهر بموجب الكتاب والسنة بفساد عبادته، إلا بدليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع⁽⁴⁾.
5. إن الرسول -صلى الله عليه وسلم- دائماً يفعل الأكمل، حيث كان باستطاعته أن يتمضمض فقط لإزالة أثر القيء، ولكن توضأً لتحصيل فضيلة الوضوء، لا لنجاسة أوجبت نقض وضوئه السابق.
6. لأن الفرائض إنما تجب بنص من كتاب، أو سنة، أو إجماع، وليس مع من أوجب الوضوء حجة، وقد أجمع العلماء على أن من توضأ، فهو طاهر، واختلفوا في نقض طهارته بعد حدوث الرعاف أو القيء، أو غيرها من سائر النجاسات من البدن، وغير جائز أن تنتقض طهارة مجمع عليها، إلا بإجماع مثله⁽⁵⁾، وينبغي تقييد عدم النقض بقيد، وهو: أن لا يكون الخارج بولاً، أو غائطاً، أو ريحاً، وقد انسد المخرج المعتاد، فإنه ينقض الوضوء⁽⁶⁾.
7. لأن في عدم النقض بذلك وقطع الصلاة تيسيراً وتخفيفاً عن المكلف، عملاً بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، حيث إنه لا معنى لقطع صلاته التي شرع فيها، سواء كان في بيته، أو في المسجد؛ لأن ذلك ضرورة، فيغسل الدم بعد فراغه، كما ترك النبي -صلى الله عليه وسلم- الأعرابي يتم بوله في المسجد⁽⁷⁾.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 1/ 202.

(2) الديبان، موسوعة أحكام الطهارة، 10/ 648.

(3) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت 319هـ) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، 1/ 189، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط 1، 1405هـ، 1985م.

(4) الماوردي، المصدر السابق، 1/ 202.

(5) ابن المنذر، المصدر السابق، 1/ 173.

(6) الديبان، المصدر السابق، 10/ 672.

(7) الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 1/ 474 بتصرف.

المطلب الثالث: حكم التطيب قبل الإحرام.

أجمع العلماء على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال إحرامه⁽¹⁾، واختلفوا في وضع الطيب لمن أراد أن يحرم، وذلك قبل إحرامه، بسبب ما يبقى من أثره على مذهبين: المذهب الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾.

قالوا: يجوز وضع الطيب قبل الإحرام، بل إنه من المستحبات. جاء في المغني: يستحب لمن أراد الإحرام أن يتطيب في بدنه خاصة، ولا فرق بين ما يبقى من عينه كالمسك، أو أثره كالبخور، وماء الورد⁽³⁾.

المذهب الثاني: للمالكية، ومحمد بن الحسن من الحنفية. قالوا: بکراهة وضع الطيب لمن أراد أن يحرم قبل إحرامه، والكراهة هنا تحريمية⁽⁴⁾. جاء في التاج والإكليل: "لا يتطيب قبل إحرامه بما يبقى ريحه بعده"⁽⁵⁾.

سبب الخلاف.

جاء في بداية المجتهد: "واختلفوا في جوازه للمحرم عند الإحرام قبل أن يحرم؛ لما يبقى من أثره عليه بعد الإحرام، فكرهه قوم وأجازه آخرون...، فسبب الخلاف: تعارض الآثار في هذا الحكم"⁽⁶⁾. علاقة التطيب قبل الإحرام بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

لقد أجاز الشارع الحكيم لمن أراد أن يحرم وضع الطيب على بدنه ولكن بشرط أن يكون ذلك قبل إحرامه، فإذا وضع من أراد الإحرام الطيب على بدنه قبل الإحرام، ثم أحرم وبقيت آثار الطيب على بدنه، فهل يأنم ويؤمر بإزالته لعدم جواز استبقاء الطيب السابق قبل الإحرام، أم يجوز إبقاء أثر الطيب على البدن اعتباراً لوجوده السابق قبل الدخول في الإحرام، فيستصحب هذا البقاء والاستمرار حتى بعد الإحرام؛ لأنه يغتفر دواما ما لا يغتفر ابتداء.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2/ 93.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 144/2؛ ابن الهمام، فتح القدير للكمال ابن الهمام، 442/5؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 112/3؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 17/2؛ الرملي، نهاية المحتاج، 58/8؛ ابن قدامة، المغني، 209-208/9؛ البهوتي، كشف القناع، 45/3.

(3) ابن قدامة، 258/3.

(4) الكاساني، المصدر السابق، 144/2؛ ابن الهمام، المصدر السابق، 442/5.

(5) المواق، 231/4.

(6) ابن رشد، 94-93/2.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور⁽¹⁾.

استدل جمهور أهل العلم بما يأتي:

1. عن عائشة -رضي الله عنها- زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- قالت: (كنت أطيب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لإحرامه حين يحرم، ولحله قبل أن يطوف بالبيت)⁽²⁾.
2. وعنها -رضي الله عنها- قالت: (كنا نخرج مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى مكة، فنضمم جباهنا بالسك المطيب عند الإحرام، فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها، فيراه النبي -صلى الله عليه وسلم-، فلا ينهاها، ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بعد إحرامه)⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديثين⁽⁴⁾: إن وضع المحرم الطيب على بدنه بعد عقد نية الإحرام منهى عنه، أما وضعه قبل الإحرام واستدامته، وبقاء أثره بعد عقد النية، فلا يضر، حتى لو سال على الملابس، ومعلوم أن وبيص الطيب إنما يتبين مع بقاء عينه، فدل أن الطيب كان بحيث تبقى عينه بعد الإحرام، ولأن التطيب حصل مباحاً في الابتداء لحصوله في غير حال الإحرام، والبقاء على التطيب لا يسمى تطيباً، فلا يكره كما إذا حلق رأسه ثم أحرم.

3. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: لأن الطيب معنى يراد للبقاء والاستدامة، فوجب أن لا يمنع الإحرام من استدامته، ولو كان لا يراد للبقاء والاستدامة، لكان وضعه عبثاً ينتزه عنه الشارع الحكيم، فما فائدة وضعه قبل الإحرام إذا كان سيزول بعد الإحرام بغسل مثلاً، وحتى لو اغتسل الإنسان قبل الإحرام، فإن مشاق الحج، وكثرة التطواف ستولد الكثير من العرق بسبب الجهد، وإن الطيب خير وسيلة لتبقى رائحته تحجب سائر الروائح، لذلك اختلف حكم الدوام عن حكم الابتداء، ففيه دلالة واضحة على أن الدوام يتسامح فيه، ولو كان الدوام لا اعتبار له هنا، لما جاز وضع الطيب ابتداءً؛ لما يخشى من سيلانه على بدن وملابس المحرم، فكان الحكم ببقاء الطيب أسهل من ابتداء وضعه حالة الإحرام؛ لأن الحكم ببقاء الطيب اعتباراً لوجوده السابق على حالة الإحرام، فيستبقى بسبب قوة الدوام وثبوته.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 144/2؛ ابن الهمام، فتح القدير للكمال ابن الهمام، 5/442؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 5/78؛ الشافعي، الأم، 7/246-247؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 4/177؛ ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، 9/234؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 7/550؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3/572-573؛ ابن قدامة، المغني، 9/208؛ البهوتي، كشف القناع، 3/45.

(2) الحديث سبق تخريجه ص82.

(3) الحديث سبق تخريجه ص82.

(4) الماوردي، المصدر السابق، 4/79؛ المباركفوري، عبيد الله بن محمد عبد السلام بن خان محمد بن أمان الله الرحمانى (ت 1414هـ)، مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، 8/430، إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء، الجامعة السلفية، بنارس، الهند، ط 3، 1404هـ، 1984م، مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 8/498.

ثانيا: أدلة المالكية ومحمد بن الحسن.

استدل المالكية ومحمد بن الحسن بما يأتي⁽¹⁾:

1. ما ورد: أن رجلا أتى النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقال: يا رسول الله، كيف ترى في رجل أحرم بعمره، وهو متضمخ⁽²⁾ بطيب؟ فسكت النبي -صلى الله عليه وسلم- ساعة، فجاءه الوحي...، إلى أن قال: (أين الذي سأل عن العمرة؟ فأتي برجل، فقال: اغسل الطيب الذي بك ثلاث مرات، وانزع عنك الجبة، واصنع في عمرتك كما تصنع في حجتك)⁽³⁾، فأمر الرسول -صلى الله عليه وسلم- للأعرابي بغسل الطيب، دليل على تحريم استدامته.
2. لأنه يمنع من ابتدائه، فمنع استدامته كاللبس؛ لأنه إذا بقي عينه ينتقل من الموضع الذي طيبه إلى موضع آخر، فيصير كأنه طيب ذلك الموضع ابتداء بعد الإحرام.
3. استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع: فلما كان الإجماع قد انعقد على أن كل ما لا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم، مثل لبس الثياب وقتل الصيد، لا يجوز له استصحابه وهو محرم، فوجب أن يكون الطيب كذلك.
4. لأنه معنى يترفه به المحرم، فوجب إذا منع الإحرام من ابتدائه، أن يمنع من استدامته، كاللباس.
5. المحرم يمنع من الطيب؛ لأنه يدعو إلى الجماع، وهذا موجود في استدامته كوجوده في ابتدائه.
6. من المعقول: أن الإحرام يمنع من لبس القميص والسرّويل وغيرها، ويمنع من الطيب، ومن قتل الصيد وإمساكه، فلما أجمعوا على أن الرجل إذا لبس قميصا قبل أن يحرم، فأحرم وهو عليه، أنه يؤمر بنزعه، وإن لم ينزعه وتركه، كان كمن لبسه في إحرامه لبسا مستقبلا، ويجب عليه في ذلك ما يجب عليه لو استأنف لبسه بعد إحرامه، وكذلك لو اصطاد صيدا في الحل، وهو حلال، فأمسك في يده، ثم أحرم وهو في يده، أمر بتخليته، وإن لم يخله كان إمساكه له بعد إحرامه كابتدائه الصيد، وإمساكه في إحرامه، فلما كان ما ذكر هكذا، وجب أن يكون الطيب قبل الإحرام وبعده سواء في الحكم.
7. الاستدلال بالقياس، فالاستمرار والتمادي على فعل الشيء كفعله ابتداء، من باب قياسه عليه؛ لاشتراكهما في إيجاد الفعل.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 144/2؛ ابن الهمام، فتح القدير، 442/5؛ ابن عبد البر، الاستذكار، 30/4؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 94/2؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 79/4؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/465؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 312/1؛ ابن قدامة، المغني، 258/3؛ مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 500/8.

(2) أي متلطخ بالطيب. الرازي، مختار الصحاح، مادة "ضمخ"، ص185.

(3) أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب غسل الخلق ثلاث مرات من الثياب، ح ر (1536)، البخاري، الجامع الصحيح، 136/2.

المناقشة وال ترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور.

أ. إن حديث عائشة -رضي الله عنها- المتقدم، وهو تطيب رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، يمكن أن يناقش بأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- طاف على نسائه بعد التطيب، وإذا طاف عليهن، اغتسل لا محالة، فكان بين إحرامه وتطيبه غسل يزول به أثر الطيب⁽¹⁾.

ولهذا قال -صلى الله عليه وسلم- لِلْمُعْتَمِرِ⁽²⁾: (انزع عنك الجبة، واغسل عنك الصفرة)⁽³⁾، فيكون هذا الحديث ناسخاً لحديث عائشة -رضي الله عنها-، فتعارض هاهنا -على هذا الوجه- قوله وفعله، فوجب الرجوع إلى قوله؛ لأنه قاله في حالة فعله، وهذه نُكْتَةٌ بديعة⁽⁴⁾.

لكن يجاب عن احتمال استحمامه بعد طوافه على نسائه، بأن قوله: (طاف على نسائه) يحتتمل أن يكون طوافه لغير جماع، وجائز أن يكون طوافه عليهن ليعلمهن كيف يحرم، أو لغير ذلك⁽⁵⁾.

ومن ناحية أخرى، يمكن أن تكون طبيئته بما لا تبقى رائحته، وقالوا أيضاً: قد يكون هذا من خواص النبي -صلى الله عليه وسلم-؛ لأن المحرم إنما منع من الطيب لئلا يدعوه إلى الجماع، والنبي -صلى الله عليه وسلم- كان يملك إربه، فيؤمن عليه -صلى الله عليه وسلم- من الأثر الناشئ عن التطيب، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: (حُبِّبَ إِلَيَّ مِنَ الدُّنْيَا النَّسَاءُ وَالطِّيبُ، وَجُعِلَ فَرْعُ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ)⁽⁶⁾، فذكر الطيب، وخصه بالطيب، لأن تطيبه وهو مُحْرِمٌ ليكمل له المتاع، بما يحب في كل حال⁽⁷⁾.

ويجاب عن ذلك:

إن التطيب للإحرام والإحلال سنة؛ بسبب مداومة الرسول -صلى الله عليه وسلم- عليه، ولا يضر بقاء لونه ورائحته، وإنما يحرم في الإحرام ابتداءً، ومن ناحية أخرى، فاستدامة الطيب ليس بتطيب، بخلاف استدامة اللباس، ولذلك لو حلف أن لا يلبس، وعليه ثوب، فاستدام لبسه حنث، ولو حلف لا يتطيب، وعليه طيب، فاستدامه لم يحنث⁽⁸⁾.

وفي رواية أخرى لهذا الحديث، قالت عائشة -رضي الله عنها-: (كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَيَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ، ثُمَّ يُصْبِحُ مُحْرِمًا يَنْضَحُ طِيبًا)⁽⁹⁾.
وقولها: (ينضح طيباً)، أخف من النضح، ففيه معنى زائد على مجرد بقاء أثر الطيب.

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 4/ 30؛ عياض، شرح صحيح مسلم المسمى إكمال المعلم بفوائد مسلم، 172/1.

(2) المازري، المعلم بفوائد مسلم، 68/2.

(3) الحديث سبق تخريجه ص 91.

(4) ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، 299/4.

(5) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، 2 / 257.

(6) الحديث سبق تخريجه ص 91.

(7) ابن العربي، المصدر السابق، 297/4-298.

(8) الطيبي، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح، 1951/6؛ العراقي، طرح التنزيه، 75/5.

(9) الحديث سبق تخريجه ص 92.

وفي حديث عائشة رضي الله عنها - المتقدم، وفيه: (كُنَّا نَخْرُجُ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَى مَكَّةَ، فَتَضَمَّدُ جِبَاهَنَا بِالسَّكِّ الْمَطْيَبِ...) (1)، وهذا صريح في بقاء عين الطيب، وهذا الحكم غير خاص بالنساء (2)، لذا لا تقوم حجة بأنه خاص بالنبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وإن النسخ لا يثبت إلا بدليل بَيِّن واضح، ولا دليل على النسخ بحديث صاحب الجبة.

ب. ولقد أوَّل هذا الفريق حديث عائشة رضي الله عنها - المتقدم بخصوص سيلان الطيب على الوجه بأن المعنيَّ بالطيب الدهنُ المطيبُ، أو الطيب الذي لا يبقى جرمه، وتبقى رائحته (3)، مع أنهم ناقشوه أيضا بأنه خاص بالنساء، وليس الأمر كذلك، بل الرجال والنساء سواء (4)؛ لأنهم أجمعوا على أن الرجال والنساء سواء في تحريم استعمال الطيب إذا كانوا محرمين (5).

ج. أما بالنسبة للاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فيمكن الرد على ذلك: بأن محمد ابن الحسن يرى أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى حكم الابتداء، ولذلك قال بالكرهية التحريمية للطيب، فسوى بين البقاء والابتداء (6).

ثانيا: مناقشة أدلة المالكية ومحمد بن الحسن.

أ. أما حديث صاحب الجبة، فهو محمول على ما إذا كان عليه ثوب مزعفر (7)، والرجل يمنع من المزعفر في غير حال الإحرام، ففي حال الإحرام أولى (8).

فالحديث محتمل، فهل أمره بالغسل لكون المحرم لا يستديم الطيب؟ أو لكونه نهى أن يتزعفر الرجل، فلا يمنع من استدامة الطيب؟ وعلى الأول، فهل هذا الحديث منسوخ بتطبيب عائشة له في حجة الوداع؟ وهكذا (9).

وحديثهم في بعض ألفاظه (10): (عليه جبة بها أثر من خلوق) (11)، وقد حمل هذا على أن طيب الرجل كان من الزعفران، وهو منهي عنه للرجال في غير الإحرام، ففيه أولى (12)، فالأمر إنما كان بنزع

(1) الحديث سبق تخريجه ص 82.

(2) الصنعاني، التَّحْبِيرُ لِإِبْطَاحِ مَعَانِي التَّيْسِيرِ، 220/3.

(3) القاري، علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي (ت 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، 1757/5، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ، 2002م.

(4) العظيم آبادي، عون المعبود وحاشية ابن القيم، 5 / 117.

(5) ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 3 / 399.

(6) الدبوسي، تأسيس النظر، ص 76.

(7) صبغ معروف يستخرج من الطيب، تصبغ به الثياب. الزبيدي، تاج العروس، مادة "زعفر"، 428/11.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، 144/2.

(9) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 16 / 19، 328 / 22.

(10) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج، أو عمرة، وما لا يباح، وبيان تحريم الطيب عليه، ح ر:

(1180)، مسلم، الجامع الصحيح، 838/2.

(11) هو ضرب من الطيب يتخذ من الزعفران وغيره من أنواع الطيب. الزبيدي، المصدر السابق، مادة "خلق"، 257/25.

(12) الزليعي، نصب الرأية، 19 / 3؛ ابن قدامة، المغني، 259-258 / 3.

اللباس وغسل أثر التزعر عنه، وذلك غير مباح، وليس فيه دلالة على المنع من التطيب، حيث لم يأمره بغسل الطيب عن جسده⁽¹⁾.

ويحتمل أن يكون الأعرابي تطيب بعد ما أحرم، ومنها أنه كان عام حنين، وتطيب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عند إحرامه في حجة الوداع، فلو كان ما تطيب به الأعرابي يومئذ مباحا للرجال في حال الإحلال، محظورا عليهم في الإحرام، كان ذلك منسوخا بفعله عام حجة الوداع -صلى الله عليه وسلم-، فقصه صاحب الجبة كانت عام حنين بالجعرانة سنة ثمان، وحديث عائشة في حجة الوداع سنة عشر، فعند ذلك إن قُدِّرَ التعارض، فحديث عائشة ناسخ لحديثهم⁽²⁾.

وأما قياسهم على اللباس؛ فالمعنى فيه أنه لا يستعمل على وجه الإلتلاف، وإنما يلبس لينزع، فكانت الاستدامة فيه كالابتداء، والطيب يستعمل للإلتلاف، فلم تكن الاستدامة كالابتداء⁽³⁾.
وأما قولهم: إنه يدعو إلى الجماع، فوجب أن يمنع الإحرام من استدামته، فباطل بالنكاح؛ لأنه يدعو إلى الجماع، ولا يمنع الإحرام من استدামته⁽⁴⁾.

أما ما استدلوا به من المعقول، فيجاب عنه بالآتي: إنه لا يضر بقاء لون الطيب ورائحته، وإنما يحرم في الإحرام ابتداءه، ومن ناحية أخرى، فإن استدامة اللبس لبس، فمن لبس قميصا، وبقي عليه، فإنه مستديم لللبس، أما استدامة الطيب، فليس تطيبا، ولذلك لو حلف أن لا يلبس، وعليه ثوب، فاستدام لبسه حنث، ولو حلف لا يتطيب، وعليه طيب، فاستدامه لم يحنث، وبهذا تبين أن ما ذكره من الاستدامة قياس مع الفارق⁽⁵⁾.

أما استدلالهم بالقياس، على اعتبار أن الاستمرار والتماذي على فعل الشيء، كفعله ابتداء؛ لاشتراكهما في إيجاد الفعل.

فيجاب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الابتداء إنشاء وإيجاد للفعل بعد أن لم يكن موجودا من قبل، أما الدوام، فهو استدامة الفعل، أي بقاء واستمرار لوجود الفعل، وفرق شاسع بين الإنشاء والإيجاد، وبين الاستمرار⁽⁶⁾.

الرد على دليل الإجماع: إن الإجماع انعقد حالة عدم، فالذي دخل في الإحرام يمنع ابتداء من مس الطيب، ولم ينعقد الإجماع حالة الوجود، فالذي نوى الإحرام، ولما يحرم بعد، قد تطيب قبل انعقاد إحرامه أصلا، ومن أراد إلحاق عدم الوجود، فعليه الدليل⁽⁷⁾.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 80/4.

(2) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، 2 / 257-258.

(3) الماوردي، المصدر السابق، 80/4.

(4) الماوردي، المصدر السابق، 80/4.

(5) الطيبي، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح (الكاشف عن حقائق السنن)، 1951/6؛ العراقي، طرح التثريب،

75/5.

(6) الأزدي، جمهرة اللغة، مادة: "بداوي"، 1018/2-1019.

(7) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص 74.

ثالثاً: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور لما يأتي:

1. لقوة الأدلة التي استندوا عليها، وهي الأحاديث الصحيحة الصريحة.
2. لأن الممنوع التطيب قصداً، وهذا تابع لا حكم له، وصار كما إذا حلق، أو قلم أظفاره، ثم أحرم⁽¹⁾.
3. ومن ناحية أخرى، فإن الطيب يحرم بعد الإحرام لا قبله، وإن دام حاله فإنه كالنكاح؛ لأنه من دواعيه، والنكاح إنما يمنع المحرم من ابتدائه، لا من استدامته، فكذا الطيب⁽²⁾.
4. لأنه كذلك من النظافة من حيث إنه يقصد به دفع الرائحة الكريهة، كما يقصد بالنظافة إزالة ما يجمعه الشعر والظفر من الوسخ، ولذا استحب أن يأخذ قبل الإحرام من شعره وأظفاره لكونه ممنوعاً منه بعد الإحرام، وإن بقي أثره بعد⁽³⁾.
5. بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ حيث يغتفر بقاء ما لا يغتفر ابتداءً، فلما دلت السنة المطهرة على جواز استبقاء أثر الطيب السابق بعد الإحرام دل ذلك على اعتبار البقاء والدوام واغتفار بقاء ما ينافي الإحرام؛ لأنه أثر لوجود السابق.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 1/143.

(2) الصنعاني، سبيل السلام، 1/620.

(3) الصنعاني، المصدر نفسه، 1/620.

المطلب الرابع: حكم القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصوم.

قال تعالى: ﴿وَاتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِفُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ۚ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ۚ فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمِن تَمَنُّعٍ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ۚ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعًا إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ۚ ذَلِكَ لِمَنْ لَّمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ۚ﴾⁽¹⁾.

والمقصود بالأمن، أي برئتم من المرض، أو من الخوف من العدو، والمراد بالتمتع: أن يحرم الرجل بعمره، ثم يقيم حلالاً بمكة إلى أن يحرم بالحج، فقد استباح بذلك ما لا يحل للمحرم استباحته، ولا خلاف بين أهل العلم في جواز التمتع، ومن لم يجد الهدى، إما لعدم المال، أو لعدم الحيوان، صام ثلاثة أيام في الحج، أي: في أيام الحج، وسبعة إذا رجع⁽²⁾.

جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: وأجمع العلماء على أن هذه الكفارة على الترتيب، وأن من لم يجد الهدى، فعليه الصيام، واختلفوا في حد الزمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى إلى الصيام، وهذه المسألة نظير مسألة من طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم...⁽³⁾.

وفي المجموع شرح المذهب: "وقع الخلاف فيما لو شرع في الصيام لعدم الهدى، ثم وجده أثناء الصيام، فهل عليه قطع صيامه، وشراء الهدى، أم يمضي في صومه، والخلاف شبيه بالخلاف في رؤية الماء في أثناء الصلاة بالتيمم"⁽⁴⁾.

وجاء في المغني: "لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن المتمتع إذا لم يجد الهدى، ينتقل إلى صيام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، ...، وتعتبر القدرة في موضعه، فمتى عدمه في موضعه، جاز له الانتقال إلى الصيام"⁽⁵⁾.

لقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

قالوا: من دخل في الصيام، ثم قدر على الهدى، فليس عليه الخروج من الصوم إلى الهدى.

المذهب الثاني: للحنفية⁽⁷⁾.

قالوا: لو وجد الهدى قبل أن يشرع في صوم ثلاثة أيام، أو في خلال الصوم، أو بعد ما صام، فوجده في أيام النحر قبل أن يحلق أو يقصر يلزمه الهدى، ويسقط حكم الصوم، كالمتميم إذا وجد الماء بعد فراغه من الصلاة.

(1) سورة البقرة، الآية 196

(2) الشوكاني، فتح القدير، 1/ 226.

(3) ابن رشد، 2/ 132 بتصرف واختصار.

(4) النووي، 7/ 190.

(5) ابن قدامة، 3/ 417.

(6) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 4/ 271؛ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 2/ 372-373؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 2/ 454؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 2/ 454.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، 2/ 174؛ العيني، البداية شرح الهداية، 4/ 297.

سبب الخلاف:

يعود سبب الخلاف إلى الآتي: هل ما هو شرط في ابتداء العبادة، شرطاً في استمرارها؟⁽¹⁾.

علاقة القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصوم بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

هذه المسألة شبيهة بمسألة من طراً عليه الماء أثناء الصلاة، وهنا من لم يجد الهدي شرع في الواجب في حقه وهو الصيام، فشرط ابتداء الصيام هو عدم وجدان الهدي، وقد حصل، ثم لما شرع في الصيام أصبح هو الواجب في حقه، فهل شرطية عدم وجدان الهدي حتى يشرع في الصيام يكون فقط في الابتداء، أم في الابتداء والدوام، إنه وبناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" من لم يجد الهدي ثم شرع في الصيام أن ذلك يجزئه، وليس عليه أن يرجع إلى الهدي؛ لأن هذه القاعدة تفيد أن ما هو شرط في ابتداء العبادة ليس شرطاً في استمرارها؛ لأن البقاء يتسامح فيه.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور.

استدل جمهور الفقهاء بما يأتي:

1. لأنه مؤقت بوقت محدد، فإن عليه أن يصوم الثلاثة في الحج، مثل ما لو عدم الماء، فإنه يصلي بالتيمم ولا يؤخر، وكذا لو وجده، وكان ماله غائباً، ولذلك، فهو بدل مقصود في نفسه، ليس يراد لغيره، فيستقر حكمه، كما لو قدر على العتق بعد الشروع في الصوم، وكما لو قدر المتمتع على الهدي بعد صيام ثلاثة أيام ورجوعه، فإنه يتمادى إتمام العشرة، ولا أثر لوجود الهدي بعد⁽²⁾.
2. لأنه صوم دخل فيه لعدم الهدي، فلم يلزمه الخروج إليه، كصوم السبعة⁽³⁾.
3. اعتباراً بوقت الوجوب، قياساً على سائر الكفارات⁽⁴⁾.
4. الاستصحاب، حيث إن هذه المسألة شبيهة بمسألة من طراً عليه الماء وهو في الصلاة؛ حيث إنه حين شرع في الصوم كان هو الواجب عليه، وكان مجزئاً عنه، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمامه، ولا يلزم الخروج في حقه⁽⁵⁾.

5. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: إنه لما شرع في الصوم كان هو الواجب في حقه، وأصبح شروعه دوام واستمرار، فيراعى هذا الدوام ويستصحب؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء؛ لأن البقاء أسهل، ومن ناحية أخرى، فإن وجدان الهدي بعد الشروع في الصيام لا يلزم منه ترك الصوم والعودة إلى الهدي؛ لأن الصيام قد استقر وثبت حكمه بالشروع فيه.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1/ 132.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 1/ 219 - 220.

(3) ابن قدامة، المغني، 3/ 420.

(4) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 2/ 454.

(5) الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ص 210.

واستدل المالكية على التفصيل الذي ذكره بأنه صار واجدا له، فيلزمه العودة إليه⁽¹⁾.
ثانيا: أدلة الحنفية.

استدل الحنفية بما يأتي:

لأنه إذا قدر على الهدى في خلال الثلاثة، أو بعدها، قبل يوم النحر، يلزمه؛ لأنه خلف عنه، وإذا قدر على الأصل، قبل تأدي الحكم بالخلف بطل الخلف، وإن قدر عليه بعد الحلق قبل أن يصوم السبعة في أيام الذبح، أو بعدها لم يلزمه الهدى؛ لأن التحلل قد حصل بالحلق، فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلف، كرؤية التيمم الماء بعد الصلاة بالتيمم⁽²⁾.

جاء في المبسوط: "ولو وجد الهدى بعد صوم يومين من الثلاثة، كان عليه الهدى؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف"⁽³⁾.

المناقشة والترجيح:

أولا: مناقشة أدلة الجمهور.

أ. يمكن مناقشة الأدلة الثلاثة الأولى للجمهور بأن الصوم بدل عن الهدى، وقد قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فبطل حكم البدل، كما لو وجد الماء خلال التيمم⁽⁴⁾.

ب. يمكن مناقشة الدليل الرابع بما نوقش به دليل استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع في مسألة رؤية الماء أثناء الدخول في الصلاة؛ حيث ناقشوا المالكية والشافعية بأنه لا اعتبار بالإجماع على صحة صلاته قبل رؤية الماء، فإن الإجماع انعقد حالة عدم، لا حالة الوجود، ومن أراد إلحاق عدم بالوجود، فعليه الدليل⁽⁵⁾، وبالمثل يقال هنا، فإن جواز الصيام وافق حالة عدم وجود، ولم يوافق حالة وجود، وبالتالي، وبما أنه وجد الهدى، فعليه الانتقال إليه.

ثانيا: مناقشة أدلة الحنفية.

يمكن أن يناقش الدليل الذي استدل به الحنفية بأنه متمتع تلبس بالصوم عند عدم الهدى، فوجب إذا وجد الهدى أن لا يلزمه الرجوع إليه، أصله إذا وجده في السبعة⁽⁶⁾؛ لأنهم يقولون: لو وجد الهدى في أيام الذبح أو بعد ما حلق أو قصر، فحل قبل أن يصوم السبعة صح صومه، ولا يجب عليه الهدى؛ لأن المقصود من البدل، وهو التحلل قد حصل، فالقدرة على الأصل بعد ذلك لا تبطل حكم البدل⁽⁷⁾.

(1) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 372/2.

(2) ابن الهمام، فتح القدير للكمال ابن الهمام، 529/2.

(3) السرخسي، 181/4.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 174/2.

(5) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص 74.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، 55/4.

(7) الكاساني، المصدر السابق، 174/2.

ثالثاً: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - رأي الجمهور لما يأتي:

1. لأن كل بدل ومبدل، وصفا في الشرع لاستباحة غيرهما، فإنه متى قدر على المبدل بعد استباحة المقصود بالبدل، سقط حكمه⁽¹⁾.
2. لأن الله سبحانه وتعالى شرط لجواز الانتقال لكفارة الصوم عدم وجدان الهدي، وهذا غير واجد، وقد شرع في المقصود، والمقصود لا يستقر حكمه إلا بعد الشروع فيه.
3. لأنه مؤقت بوقت محدد، وقد عُد الهدي، فبادر إلى إبراء ذمته المشغولة بالصيام، امتثالاً لأمر الله سبحانه وتعالى، والآية صريحة -كآية التيمم- بأنه حالة عدم الوجدان، يجب الانتقال إلى البدل، فمن لم يجد، قيد مطلق، لم يقيد بكثرة وقت مثلاً، فأقل ما ينطبق عليه عدم الوجدان يعمل به.
4. عملاً بقاعدة: "البقاء أسهل، أو أولى من الابتداء"، حيث إنه شرع في المقصود، وهو الصيام، وهذا المقصود بمجرد الشروع فيه، قد استقر حكمه، ولذلك، يجب أن يراعى هذا الدوام والاستمرار؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، لأن القول بوجوب انتقاله من الصوم إلى ذبح الهدي بعد الشروع في الصيام أمر صعب، وبالأخص لو صام يومين مثلاً، فكيف يؤمر بترك الصيام، وقد أجهده، لمجرد أن وجد الهدي بعد فوات وقت الطلب، فيجب اعتبار البقاء والاستدامة هنا، تخفيفاً عن المكلفين.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 1 / 253.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في المعاملات.

المطلب الأول: حكم انفساخ الإجارة بالموت.

الإجارة عبارة عن بيع المنفعة، أو تملكها بعوض⁽¹⁾، أو هي: عقد على منفعة مقصودة معلومة، بعوض معلوم⁽²⁾.

وهي جائزة عند جمهور الفقهاء، وأركانها أربعة هي: المستأجر، المؤجر، الأجرة، والمنفعة⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في انفساخ عقد الإجارة بموت المؤجر، أو المستأجر على مذهبين هما:

المذهب الأول: للحنفية⁽⁴⁾.

قالوا: إن الإجارة تنقضي بموت أحد العاقلين اللذين يعقدان لنفسيهما، كما تنقضي بموت أحد المستأجرين، أو أحد المؤجرين في حصته فقط.

ولا يظهر الانفساخ إلا بالطلب، فلو بقي المستأجر ساكناً بعد موت المؤجر، غرّمه الأجر لمضيه في الإجارة، ولا يظهر الانفساخ إلا إذا طالبه الوارث بالإخلاء.

وإذا مات المؤجر، والدابة أو ما يشبهها في الطريق، تبقى الإجارة حتى يصل المستأجر إلى مأمنه، وإذا مات أحد العاقلين والزرع في الأرض، بقي العقد بالأجر المسمى حتى يدرك، بسبب الضرورة.

المذهب الثاني: للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

قالوا: إن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ لأنها عقد لازم لا تنقضي بهلاك أحدهما، ما دام ما تستوفى به المنفعة باقياً.

ولكن تنفسخ الإجارة عندهم بموت المرأة المرضعة المستأجرة، أو الصبي.

سبب الخلاف:

سبب هذا الخلاف راجع إلى الخلاف في عقد الإجارة، هل هو عقد لازم⁽⁶⁾، أم عقد جائز⁽⁷⁾، والذين قالوا إنه عقد لازم، اختلفوا فيما ينفسخ به، بين قائل بأنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة،

(1) ابن مودود، الاختيار، 50/2.

(2) الأنصاري، أسنى المطالب، 2/403.

(3) ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد (ت 741)، القوانين الفقهية، ص 181، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، بدون معلومات نشر.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 222/4؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 5/144.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ 4/15؛ النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/113؛ الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 6/187؛ القلوبي وعميرة، حاشيتا قلوبى وعميرة، 3/85؛ ابن قدامة، المغني، 5/347؛ الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، 2/113.

(6) هو ما لا يكون لأحد العاقلين فيه حق الفسخ دون رضا العاقد الآخر، مثل البيع وما في معناه. الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، 2/398؛ ابن قدامة، المصدر السابق، 3/505؛ مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، 228/30.

(7) هو ما يكون لأحد العاقلين فيه حق الفسخ، ويسمى العقد غير اللازم، مثل عقد الشركة. الزركشي، المصدر السابق، 2/398؛ ابن قدامة، المصدر السابق، 3/505؛ مجموعة من العلماء، المصدر نفسه، 228/30.

من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، وبين قائل بأنه يجوز فسخ عقد الإجارة للعدر الطارئ على المستأجر، مثل أن يستأجر دكانا يتجر فيه، فيحترق متاعه، أو يسرق⁽¹⁾.

جاء في الفقه الإسلامي وأدلته: "تنتهي الإجارة عند الحنفية بموت أحد العاقدين، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين، أي أن العقد يفسخ من نفسه بالموت. وقال غير الحنفية: لا تنتهي الإجارة، أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين. وسبب الخلاف راجع لتصوّر كيفية انعقاد الإجارة، فعند الحنفية: تتعقد الإجارة في المنافع بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً، أي أن المستأجر يمتلك المنفعة تدريجياً، مع مضي المدة، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك، لا يكون مملوكاً له، فلا يصح بقاء العقد عليه. وعند غير الحنفية: تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد، ويملك المستأجر المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً، فيورث عنه، كما يورث الشيء المبيع، فتكون الإجارة كالبيع، لا يبطل بموت أحد العاقدين"⁽²⁾.

علاقة انفساخ الإجارة بالموت بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

الإجارة عند الحنفية تتعقد في المنافع بحسب حدوثها، فالمستأجر يمتلك منفعة ما استأجره بشكل تدريجي طالما بقي على قيد الحياة، أما بعد موته، فما يحدث من منفعة لا يكون مملوكاً له، وبالتالي لا يصح بقاء العقد عليه دواماً واستمراراً ولا ينتقل لورثته، أما عند الجمهور فإن المنفعة تعتبر دواماً واستمراراً وتعتبر كأنها موجودة حال العقد وتورث، فقد راعى الجمهور أن بقاء الشيء أيسر من ابتدائه، فبقاء الإجارة وانتقالها للورثة بناء على الدوام والاستمرار روعي فيه الحق الثابت المستمر بناء على قوة الدوام وثبوته الذي تؤيده قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

الأدلة:

أولاً: أدلة الحنفية.

استدل الحنفية بما يأتي⁽³⁾:

1. استدلو لانفساخ الإجارة بالموت، بأن العقد ينعقد ساعة، فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر، فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه، فلم يكن هو عاقداً، ولا راضياً بها، وإن مات المستأجر، فإن المنفعة لا تورث. وإذا كان كذلك، فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود، لا المعدوم، فلا يملكها الوارث، إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته، بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه، ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد، وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأساً؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها، فلا يثبت الملك فيها للوارث.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4/ 14.

(2) الزحيلي، 4/ 3134.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 4/ 222، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، 5/ 144.

2. لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، وبما أن المنافع في الإجارة تحدث شيئاً، فشيئاً، فتكون عند موت المورث معدومة، فلا تكون مملوكة له، وما لم يملكه يستحيل توريثه، فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث، حتى يكون العقد قائماً مع المالك.

ولذلك، فإن المؤجر إذا مات، ينتقل الملك منه إلى ورثته، وعقد الإجارة يقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر، لا من ملك غيره، فلو بقي عقد الإجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير، وهذا لا يجوز، وإن مات المستأجر، وقد عقد الإجارة لنفسه، فكل ما له من المال، انتقل إلى ورثته، وعقد الإجارة يقتضى أن تُستحق الأجرة من مال المستأجر، لا من مال غيره، فلو بقي عقد الإجارة بعد موته، تكون الأجرة مستحقة من مال غيره، وهذا لا يجوز، فتعين بطلان الإجارة لعدم إمكان بقاءه.

ثانياً: أدلة الجمهور.

استدل جمهور الفقهاء بما يأتي⁽¹⁾:

1. إن عدم انفساخ الإجارة بالموت هو رأي الصحابة والتابعين -رضي الله عنهم أجمعين-، حيث قال ابن عمر⁽²⁾ -رضي الله عنهما-: (إن النبي -صلى الله عليه وسلم- أعطى خبير اليهود، ليعملوا فيها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها)⁽³⁾، فكان ذلك على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم-، وأبي بكر الصديق⁽⁴⁾، وصدر من خلافة عمر⁽⁵⁾، ولم يذكر أنهما -رضي الله عنهما- جددا الإجارة.
2. لأنه عقد لازم كالبيع، أي أن المستأجر ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة، ملكاً لازماً، فيورث عنه.
3. لأنه عقد معاوضة⁽⁶⁾، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، فالمنفعة من المؤجر، والمال من المستأجر، أصله البيع.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ 4/ 15؛ النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/ 113؛ الشافعي، الأم؛ 7/ 117؛ الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 6/ 187؛ القلوبى وعميرة، حاشيتنا قلوبى وعميرة، 3/ 85؛ ابن قدامة، المغني، 5/ 347؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 2/ 113.

(2) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن، صحابي جليل، كان جريماً في الحق، نشأ في الإسلام حيث ولد في مكة المكرمة، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، وكانت وفاته فيها سنة 73 هـ، وجلس لإفتاء الناس ستين سنة، ولما استشهد عثمان -رضي الله عنه- عرض عليه نفر أن يبايعوه بالخلافة، فأبى، له جملة كبيرة من الأحاديث تزيد على الألفين. ابن الأثير، أسد الغابة، 3/ 336؛ ابن حجر، الإصابة، 4/ 155-156، 161.

(3) أخرجه البخاري، كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود، ح ر (2331)، البخاري، الجامع الصحيح، 3/ 105.

(4) عبد الله بن أبي قحافة، عثمان بن عامر بن كعب التيمي القرشي، أول الخلفاء الراشدين، وأعظم شخصية بعد الرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم-، لقب بالصديق لتصديقه الرسول -صلى الله عليه وسلم- في حادثة الإسراء، وهو أول من آمن من الرجال، كان خبيراً بأنساب القبائل، وفتحت في عهده بلاد الشام، وقسم كبير من أرض العراق، توفي عام 13 هـ. ابن الأثير، المصدر السابق، 3/ 310، 324؛ ابن حجر، المصدر السابق، 4/ 144-145.

(5) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمر المؤمنين في الإسلام، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، وقصة إسلامه مشهورة، وشهد الوقائع، ولقد أعز الله الإسلام به، تولى الخلافة سنة 13 هـ يوم وفاة أبي بكر -رضي الله عنه-، وفي أيامه تم فتح الشام والعراق، وافتتحت القدس والمدائن وغيرها من الأماكن، له جملة لا بأس بها من الحديث، توفي عام 23 هـ. ابن الأثير، المصدر السابق، 4/ 137، 156؛ ابن حجر، المصدر السابق، 4/ 484-486.

(6) أي عقد يقوم على إعطاء العوض من الجانبين، كعقد البيع، فالمشتري يعطي الثمن، والبائع يعطي السلعة. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 4/ 280، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 2/ 81.

4. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: لأن للدوام من القوة ما ليس للابتداء، فيستمر حكم الإجارة في حق الورثة، استصحاباً لهذا الدوام والاستمرار، فيما أن المورث أبرم عقد الإجارة مع المؤجر، ودام واستمر هذا العقد فترة من الزمن، إلى أن توفي المستأجر، فينبغي أن يعتبر هذا الدوام والاستمرار.

ومما يدل على هذا الأمر، أن الحنفية أنفسهم قد قالوا ببقاء الإجارة للضرورة، اعتباراً للدوام والبقاء، كما جاء في كتاب المبسوط: إذا استأجر رجل من رجل أرضاً مدة معلومة، فمات أحدهما قبل مضيها، ولم يستحصد الزرع، فيترك فيها إلى وقت الإدراك استحساناً، والظاهر أنه يلزمه أجره المثل، فمع أن العقد قد انفسخ بموت أحد المتعاقدين، إلا أن الزرع يبقى لدفع الضرر عن المستأجر، ودفع الضرر واجب عنه، وإنما يتحقق ذلك إذا وجب على المستأجر لصاحبها أجره المثل في مدة الترك، والأصح: أنه يجب على المستأجر حصة هذه المدة من المسمى؛ لأنه لما وجب ابتداء عقد الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر، فلأن يجب عليهم إبقاؤه بعد ظهور السبب المفسد، وهو الموت أولى؛ لأن بقاء الشيء أهون من ابتدائه، وإذا بقي العقد الأول، فإنما يجب باستيفاء المنفعة الأجر المسمى فيه⁽¹⁾.

وكذلك قالوا: إذا استأجر دابة إلى مكان معين، فمات صاحب الدابة في وسط الطريق، فإن الإجارة لا تنفسخ، وللمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر، وتوجيه عدم الانفساخ، بأن ذلك للضرورة، فإنه يخاف على نفسه وماله؛ حيث لا يجد دابة أخرى في وسط الصحراء، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه، فيستأجر الدابة منه، حتى قال بعض المشايخ: إن وجد ثمة دابة أخرى، يحمل عليها متاعه، تنتقض الإجارة، وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة، مع وجود ما ينافي البقاء، وهو موت المؤجر، وإذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري⁽²⁾.

5. واستدلوا على انتهائهما بموت المرضعة، أو الصبي، بسبب فوات المنفعة بهلاك محلها، وهو المرأة المرضعة، ونظراً لتعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأنه لا يمكن إقامة غير هذا الصبي مقامه⁽³⁾.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية.

إن ما استدلو به لا يصح؛ لأن المستأجر قد ملك المنافع، وملك عليه الأجرة كاملة في وقت العقد، ولو صح ما ذكروه لكان وجوب الأجر هاهنا بسبب من المستأجر، فوجب في تركته بعد موته، كما لو حفر بئراً، فوقع فيها شيء بعد موته، ضمنه في ماله؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة، فكذا هاهنا⁽⁴⁾.

(1) السرخسي، 197/30.

(2) البائرتي، العناية شرح الهداية، 145/9.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ 4/15؛ النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/

113؛ الشافعي، الأم؛ 7/117؛ الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 6/187؛ ابن قدامة، المغني، 5/347؛

الرحبياني، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، 2/113.

(4) ابن قدامة، المصدر نفسه، 5/347.

ثانياً: مناقشة أدلة الجمهور⁽¹⁾.

أ. رد الحنفية على الجمهور بأن الذي يتركه الميت ينتقل بالموت إلى الوارث، ثم يترتب الحكم على هذا عند موت المؤجر، أو موت المستأجر، فأما إذا مات المؤجر، فقد انتقلت رقة الدار إلى الوارث، والمستحق من المنافع التي حدثت على ملكه قد فات بموته، فبطلت الإجارة لفوات المعقود عليه؛ وتعليه: لأنه بعد موته تحدث المنفعة على ملك الوارث، فإذا كانت المنفعة على ملك الوارث، فكيف يقال: إن ملك المنفعة باق للمستأجر بمقتضى العقد؟ ومقتضى العقد هو قيام الإجارة، وقيام الإجارة بالمتأجرين؟ فإذا مات أحدهما زال ذلك الاقتضاء.

أما إذا مات المستأجر، فلو بقي العقد ل بقي إلى أن يخلفه الوارث، وذلك لا يتصور؛ وتعليه: لأن المنفعة الموجودة في حياته تلاشت، فكيف يورث المعدم؟ والمنفعة التي تحدث ليست بمملوكة له ليخلفه الوارث فيها، إذ الملك لا يسبق الوجود، فإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد.

ب. الرد على حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-:

ورد الحنفية على حديث ابن عمر بأن قضية خبير مساقاة، والمساقاة سنة على حيالها.

وذكر الحنفية عن أبي حنيفة: أن قضية خبير لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة، بل كانت بطريق الخراج⁽²⁾ على وجه الممن عليهم والصلح؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- ملكها غنيمة، فلو كان -صلى الله عليه وسلم- أخذ كلها جاز، وتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها فضلاً، وكان ذلك خراج مقاسمة⁽³⁾، وهو جائز كخراج التوظيف⁽⁴⁾، ولا نزاع فيه، وإنما النزاع أن يوظف في جواز المزارعة والمعاملة، وخراج المقاسمة أن يوظف الإمام في الخارج شيئاً مقدراً، عشراً، أو ثلثاً، أو ربعاً، ويترك الأراضي على ملكهم ممناً عليهم، فإن لم تخرج الأرض شيئاً، فلا شيء عليهم، ولم ينقل عن أحد من الرواة أنه تصرف في رقابهم، أو رقاب أولادهم⁽⁵⁾.

وعلى كل حال، فلا حجة لهم في هذا الحديث؛ لأن الحنفية يقولون: إن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، إلا إذا كانت الإجارة لنفسه، أما إذا كانت لغيره، كالوكيل، والوصي، والإمام مثلاً، فإنها لا تنفسخ، والنبي -صلى الله عليه وسلم- هو إمام المسلمين كلهم⁽⁶⁾.

(1) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 107/12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط. د. س.

(2) الخراج لفظة عرفت منذ الأيام الأولى للإسلام، وتعني: الضريبة السنوية المفروضة على الأراضي التي تزرع حبوباً ونخيلاً وفاكهة، يدفعها المزارع للمقطع صاحب الأرض الإقطاعية، ليؤديها بدوره إلى خزانة الدولة، بعد استقطاع مختلف المصروفات. أبو يوسف، الخراج، ص 3.

(3) وهو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج كالخمس والسدس، ونحو ذلك؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر، فتعتبر فيه الطاقة كما اعتبرت في الموظف. البابرتي، العناية شرح الهداية، 6/37-38.

(4) وهو الذي وظفه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض. الكاساني، البدائع، 2/62؛ البابرتي، المصدر نفسه، 6/35.

(5) العيني، المصدر السابق، 107/12-108.

(6) الزيلعي، نصب الراية، 4/142.

ج. رد الحنفية على الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

لقد اشترط الحنفية لبطالان الإجارة أن يكون عقدها لنفسه، أما إذا عقدها لغيره، كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف، لم تنفسخ؛ لانعدام الصيرورة، وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز؛ لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة، والأجرة المملوكة، فإنه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد، وبقي بعد الموت كذلك⁽¹⁾.

قلت: إن المعنى المفهوم من التعليل الأخير، وهو قولهم: " فإنه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد، وبقي بعد الموت كذلك"، أنه في حالة بطلانها، أي إذا عقد لنفسه، يكون العقد في الابتداء لنفس العاقد، أما إذا مات، فيكون في البقاء لغير العاقد، فلذلك، لا يجوز.

ثالثا: الرأي الراجح.

والذي أرجحه -والله أعلم- هو رأي الجمهور لما يأتي:

1. لأن الإجارة عقد لازم، فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، ولذلك تبقى العين عند المستأجر ليستوفي منها ما تبقى له من المنفعة، وليس لورثة المؤجر أن يمنعه من الانتفاع بها⁽²⁾.
 2. لأن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع⁽³⁾.
 3. لأن الفقهاء اتفقوا على أن الإجارة لا تنفسخ بموت ناظر الوقف، فذلك هنا⁽⁴⁾.
 4. لأنه قد جرى عرف الناس في بلادنا على هذا القول، وإذا قيل بالفسخ، فإن ضرراً واضحاً يلحق بورثة المستأجر، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بدفع الضرر قبل وقوعه، ورفع بعد الوقوع⁽⁵⁾.
 5. لأن الورثة ينزلون منزلة الميت؛ لأن من مات عن حق، فلورثته⁽⁶⁾.
 6. اعتباراً لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فمن مصلحة الورثة أن يبقى عقد الإجارة قائماً، فلو فسخ بمجرد موت المستأجر أو المؤجر، لوقع الورثة في الحرج، والحرج مرفوع شرعاً.
- ثم إن الفقهاء قد ذكروا أن الشروط يكفي وجودها في الابتداء، ولا يشترط بقاؤها⁽⁷⁾ وهذا يتفق تماماً مع هذه القاعدة، فعدم اعتبار الشروط في حالة الدوام والاستمرار أسهل من عدم اعتبارها ابتداءً، لأن الشروط مطلوبة في الابتداء، فإذا قيل بشرطية استمرارية حياة المؤجر والمستأجر، لديمومة عقد الإجارة، فينبغي أن يكون اشتراط ذلك ابتداءً، ولا يشترط بقاء.

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، 145/9.

(2) عفانة، أ. د. حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، 165/13، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس، أبو ديس، ط 1، 1429 هـ، 2008 م.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 7/401.

(4) ابن حجر، فتح الباري، 4/462.

(5) عفانة، المصدر السابق، 13/168.

(6) ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، 2/90، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط. بدون سنة نشر.

(7) النووي، روضة الطالبين، 388/1؛ الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 387/2.

المطلب الثاني: حكم رهن المشاع.

أ. تعريف الرهن لغة واصطلاحاً.

الرهن لغة هو: حبس العين بالدين، والشيء الراهن، هو الشيء الثابت الدائم المستقر، ورهن الشيء؛ أي دام، ويقال: أقام وحكم الرهن، دوام الحبس أيضاً إلى أن يفتك⁽¹⁾.
الرهن اصطلاحاً هو: "حبس شيءٍ بحقٍّ يمكن استيفاءه منه كالدين"⁽²⁾، أو: "جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه"⁽³⁾.

ب. تعريف المشاع لغة واصطلاحاً.

المشاع لغة: اسم مفعول، والشائع المنتشر، وسهم مشاع، أي: حصة من شيء غير مقسوم⁽⁴⁾.
المشاع اصطلاحاً: هو حصة مقدرة غير معينة ولا مفرزة منتشرة في كل جزء من جزئيات الشيء⁽⁵⁾.
بعد التعرف على معنى الشيوع، والرهن، فهل للمدين أن يرهن لمن أراد التوثق لدينه جزءاً شائعاً يملكه؟
اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:
المذهب الأول: لأبي يوسف من الحنفية.

ذهب أبو يوسف إلى أن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن بخلاف المقارن، وقاس ذلك بصيرورة المرهون ديناً في ذمة غير المرتهن، فإنه يمنع ابتداء الرهن، ولا يمنع بقاءه، حتى إذا أتلّف المرهون إنساناً، ووضع المرهون ثمنه تكون القيمة، والتمن رهنًا في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافاً إلى دين في الذمة لا يجوز، فكذا ذلك الجزء الشائع⁽⁶⁾.

جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع أن الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة، وصورته: إذا رهن شيئاً، وسلط المرتهن، أو العدل على بيعه كيف شاء، مجتمعاً أو متفرقاً، فباع نصفه شائعاً، أو استحق بعض الرهن شائعاً، وهي رواية عن أبي يوسف⁽⁷⁾.
إلا أن مذهب أبي يوسف روي عنه بصيغة التمرّض، فقد قال الكاساني: "وروي عن أبي يوسف أن الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة"⁽⁸⁾.

(1) النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص146؛ الزبيدي، تاج العروس، مادة "رهن"، 122/35.
(2) النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين (ت 710هـ)، كنز الدقائق، ص 624، المحقق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، 1432هـ، 2011م.
(3) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 38/3.
(4) الجوهري، الصاحح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "شيع"، 1240/3؛ النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص56؛ قلعجي وقنيبي، محمد رواس، وحامد صادق، معجم لغة الفقهاء، ص430، دار النفائس، بيروت، ط2، 1988.

(5) اليهوتي، كشف القناع، 320/3.

(6) السرخسي، المبسوط، 72/21.

(7) الكاساني، 138/6، بتصرف يسير.

(8) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 138/6.

المذهب الثاني: للحنفية.

اشتراط الحنفية لصحة الرهن الحيازة، فلذلك لا يصح قبض المشاع، أو رهنه، سواء كان يحتمل القسمة، أم لا يحتملها، من الشريك أو غيره، ويكون الرهن حينئذ فاسداً، يُضْمَنُ بالقبض؛ لأن القبض شرط تمام العقد ولزومه، لا شرط جوازه أو انعقاده، وسواء كان الشيوع مقارناً لعقد الرهن، أم طارئاً عليه، فإذا طرأ الشيوع على الرهن، أفسده في ظاهر الرواية⁽¹⁾.

إن الشيوع الطارئ في الرهن يفسده كالمقارن، ولم يغتفروا فيه في البقاء، كما اغتفروا في الهبة والإجارة؛ لأنه ثبت أنه لا بد من الدوام، ولا يفضي إليه -أي إلى الدوام- إلا استحقاق الحبس، ولا استحقاق للحبس في المشاع؛ لأنه لا بد من المهايأة، فكأنه يقول له: رهنك يوماً دون يوم، ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم، فيفوت الدوام الواجب تحققه، ولذلك لم يغتفر فيه⁽²⁾.

وصورة الشيوع الطارئ: أن يرهن الجميع، ثم يتفاسخا في البعض، أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء، فباع نصفه، فهذا يمنع بقاء الرهن⁽³⁾.

جاء في المبسوط⁽⁴⁾: فأما الشيوع الطارئ، بأن رهن جميع العين ثم تفاسخا، فالعقد ليس بمحل موجب للرهن.... والصحيح: أن الشيوع الطارئ كالمقارن في أنه مبطل للرهن، فإذا ملك المرتهن البعض بالضمان يتعين ذلك القدر مما بقي منه مرهوناً؛ كي لا يؤدي إلى الشيوع.

وهناك حالة وحيدة يصح فيها رهن المشاع عندهم، وهي إذا كان شيئاً مشتركاً بينهما، ورهناه عند رجل بدين له على كل واحد منهما رهناً واحداً، فلو رهن كل نصيبه من الشيء، لم يجز، وإلا إذا ثبت الشيوع فيه ضرورة، وهذا هو الرأي الصحيح عند الحنفية⁽⁵⁾.

المذهب الثالث: لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

قالوا: بصحة رهن المشاع، أو هبته، أو حتى التصديق به، وغير ذلك من التصرفات، سواء رهنه كله، أم رهن بعضه، من الشريك وغيره، وسواء كان محتملاً للقسمة، أم غير محتمل، مقارناً أم طارئاً، فكل ذلك لا يؤثر.

سبب الخلاف:

سبب هذا الخلاف راجع إلى أنه هل يُمكن حيازة المشاع، أم لا يُمكن حيازته؟⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 1/57، 6/138؛ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 4/417.

(2) البابرتي، العناية شرح الهداية، 10/154؛ الحدادي، الجوهرة النيرة، 1/229.

(3) البابرتي، المصدر نفسه، 10/154.

(4) السرخسي، 21/72.

(5) ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحسيني (ت 1306هـ)، قرة عين الأخيار لنكمله رد المحتار علي الدر المختار، 7/49، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 1/195؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب،

88/1؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، 5/141، حققه: محمد حامد

الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1980م.

(7) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4/56.

علاقة رهن المشاع بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

تفيد قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" أن الطارئ ليس نظير المقارن، فالجزء الشائع لا يجوز رهنه ابتداء؛ لأنه يصعب قبضه، وقد يؤدي إلى المنازعة، أما إذا حصل رهن جزء مفروز ومقسّم وتم عقد الرهن حسب الأصول، ثم طرأ الشيوخ على هذا الجزء فلا مناص حينها من الحكم بصحة عقد الرهن في الجزء الذي طرأ عليه الشيوخ؛ لأنه يفترق حكم الدوام عن حكم الابتداء، والطارئ على العقد انتهاءً، ليس نظير المقارن له ابتداءً.

الأدلة:

أولاً: أدلة أبي يوسف من الحنفية.

استدل أبو يوسف بما يأتي:

1. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: حيث إن البقاء أسهل من الابتداء، ووجه الدلالة من القاعدة أوضحه كالاتي: إذا رهن رجل حصة له في قطعة أرض، على اعتبار أنها مفروزة ومعروفة، بموجب تقسيم معين، وتم الرهن على وفق ذلك، ثم طرأ طارئ معين، كما لو ادعى الشركاء، أو الورثة أن القسمة بحاجة إلى إعادة نظر، فأعيدت الحصص شائعة غير مقسمة، وعليه، فإن الحصة المرهونة المتميزة أصبحت بعد هذا الطارئ شائعة، غير متميزة، فبناء على رأي أبي يوسف، فإن هذا الشيوخ الطارئ لا يؤثر على صحة الرهن، لأن بقاء الرهن بعد طرؤ الشيوخ، أسهل في الحكم من ابتداء الرهن في حق حصة مشاع، فيجوز بقاء، ولا يجوز ابتداء.

جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرائط: من شروط ركن الرهن الحيازة، فلا يصح قبض المشاع،.... وروى عن أبي يوسف الجواز، وتوجيه رواية أبي يوسف: أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء؛ لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام، كالعدة الطارئة وغيرها، فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد، لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة⁽¹⁾.

2. قياساً على الهبة، فإن الشيوخ الطارئ لا يمنع بقاءها؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء، فالهبة التي يطرأ عليها الشيوخ بعد القبض، لا يفسدها⁽²⁾.

3. القياس على صيرورة المرهون ديناً في ذمة غير المرتهن، فإنه يمنع ابتداء الرهن، ولا يمنع بقاءه، حتى إذا أئلف المرهون إنساناً، ووضع المرهون ثمنه تكون القيمة والثلث رهنًا في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافاً إلى دين في الذمة لا يجوز، فكذا الجزء الشائع⁽³⁾.

(1) الكاساني، 6/ 138، بتصرف؛ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 4/ 417.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 6/ 69؛ الزيلعي، نصب الراية، ط دار الحديث، 4/ 279.

(3) السرخسي، المبسوط، 21/ 72.

ثانياً: أدلة الحنفية.

استدل الحنفية بما يأتي⁽¹⁾:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُنْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: إنه لما صح أن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً، من حيث كان رهنه على جهة الوثيقة، وكان في ارتفاع القبض، ارتفاع معنى الرهن، وهو الوثيقة، وجب أن لا يصح رهن المشاع فيما يقسم، وفيما لا يقسم؛ لأن المعنى الموجب لاستحقاق القبض، وإبطال الوثيقة مقارن للعقد، وهو الشركة التي يستحق بها دفع القبض للمهاياة، فلم يجز أن يصح مع وجود ما يبطله، ألا ترى أنه متى استحق ذلك القبض بالمهاياة، وعاد إلى يد الشريك، فقد بطل معنى الوثيقة، وكان بمنزلة الرهن الذي لم يقبض. جاء في المبسوط: "وهذا يقتضي أن لا يكون مرهوناً إلا في حال يكون مقبوضاً فيه، ولأن المقصود بالرهن ضمان حق المرتهن عن التوى⁽³⁾ الجحود منه عليه، فنقل الحكم من الكتاب، والشهود إلى الرهن، فيكون المقصود بالمنقول إليه ما هو المقصود بالمنقول عنه، وذلك لا يحصل إلا بدوام اليد عليه؛ لأنه إذا عاد إلى يد الراهن ربما يجحد الرهن والدين جميعاً، وكذلك المقصود إلقاء الراهن ليسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه"⁽⁴⁾.

2. لأن الرهن يستوجب ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس الدائم للمرهون، والحبس الدائم لا يتصور في المشاع، لما فيه من المهاياة في حيازته، وكأن الراهن قد رهنه يوماً، ويوماً لا، فلم يصح، ومن ناحية أخرى، فإن قبض أو حيازة الجزء الشائع وحده لا يتصور، والجزء الآخر ليس بمرهون، فلا يصح قبضه، والشيوخ يمنع تحقق الجزء الشائع، سواء فيما يقبل القسمة، وفيما لا يقبلها، بخلاف الهبة؛ حيث تصح فيما لا يحتمل القسمة للضرورة؛ لأنها تفيد الملك، والشيوخ لا ينافيه، فاكتمى بالقبض الممكن.

3. لأن المانع في المقارن هو كون الشيوخ مانعاً عن تحقق القبض في النصف الشائع، وهذا المعنى موجود في الطارئ، فيمنع البقاء على الصحة.

ثالثاً: أدلة الجمهور.

استدل جمهور الفقهاء بما يأتي⁽⁵⁾:

1. لأن كل ما يصح بيعه يصح رهنه، قياساً على المقسوم.

2. لأن الغرض من الرهن استيفاء الدين من ثمن المرهون ببيعه عند تعذر الاستيفاء من غيره، والمشاع قابل للبيع، فأمكن الاستيفاء من ثمنه.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 260/2؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 138/6؛ الحدادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، 228/1.

(2) سورة البقرة، الآية 283.

(3) التوى الهلاك، ومنه هلاك المال وذهابه. الزبيدي، تاج العروس، مادة "توى"، 258/37.

(4) السرخسي، 70/21.

(5) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 249/5؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 15/6؛ ابن قدامة، المغني، 254-253/4.

3. لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين، من أجل التوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها.
4. لأن ما كان محلاً للبيع، كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته، إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط، فينتفي الحكم لانتقائه.
5. لأنها عين يجوز بيعها في محل الحق، فيصح رهنها كالمفرزة.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة أبي يوسف⁽¹⁾.

يمكن الرد على أبي يوسف بأن الامتناع لعدم المحلية، أي كون الشئ مانعاً من تحقق القبض، وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء، قياساً على المحرمية في باب النكاح، بخلاف الهبة؛ لأن المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك، والملك لا يتنافى مع الشئ، والمنع في الابتداء لنفي الغرامة، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب، ولا يصح الفسخ في بعض المرهون.

ثانياً: مناقشة أدلة الحنفية⁽²⁾.

أ. مناقشة الآية التي استدلو بها:

أما الآية، فهي حجة عليهم؛ لأنه جعل الرهن وثيقة بحصول القبض، فإذا حصل القبض مرة، فقد استقر القبض، وحصل الرهن وثيقة أبداً.

ب. أما قياسهم على رهن المغصوب، بعله أن المهايأة واجبة، وهي توجب الانتزاع من اليد، فيقال لهم: إن المهايأة غير واجبة لأمرين:

الأول: إن منفعة الشيء بين المالكين، فلم يلزم أحدهما أن يعارض على منفعة ملكه، بما يعتاضه من منفعة ملك صاحبه.

الثاني: إن في المهايأة تعجيلاً لحق مؤجل، وتأجيلاً لحق معجل، وتعجيل ما كان مؤجلاً، وتأجيل ما كان معجلاً غير واجب، ولو وجبت المهايأة لكان الجواب عن ذلك: بأن المغصوب لا يمكن استيفاء الحق من ثمنه، فلم يجز رهنه، وليس كذلك المشاع بعد المهايأة، وكذلك فإن القبض في المغصوب لم يصح، فيلزم به الرهن، وليس كذلك المشاع بعد المهايأة.

ج. أما قولهم: إن ذلك يقتضي أن يكون يوماً رهنًا، ويوماً غير رهن، فهو غير صحيح؛ لأنه رهن في جميع الأيام، وقبضه حكم مستدام، وخروجه في يوم المهايأة عن يده، لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمن رهن شيئاً على أنه يكون في يد مرتهنه يوماً، وعلى يد عدل يوماً، وهذا لا يمنع من صحة الرهن، وهذا بخلاف ما لو قال الراهن: أرهنك يوماً، واسترجعه منك يوماً.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 6/ 69.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 6/ 14-16؛ ابن قدامة، المغني، 4/ 254.

ولا يُسلم لهم أن مقصوده الحبس، بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك، ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمرتد والمغصوب، ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية، فإنه يصح عندهم.

ثالثاً: مناقشة أدلة الجمهور⁽¹⁾.

يمكن الرد على أدلة الجمهور إجمالاً بأن الفقهاء اتفقوا على أن الرهن في المقسوم لا يصح بنفس العقد، حتى يكون معه تسليم من الراهن، وقبض من المرتهن، ويكون المرتهن بعد الموت أحق به من سائر الغرماء بثبوت حقه في جنسه، فدل ذلك على أنه يحتاج إلى دوام القبض، والمشاع تستحق فيه اليد بالمهاياة، وهذا معنى موجود مع العقد، وفي ارتفاع اليد ارتفاع الرهن بالكلية وفساده، فدل أنه لا يصح مطلقاً.

رابعاً: الرأي الراجح.

والرأي الراجح - والله أعلم - هو عدم جواز رهن المشاع، إلا في حالة الشيوخ الطارئ لما يأتي:
1. بسبب قوة الأدلة التي استدلت بها الحنفية، إلا أنه يجب استثناء حالة الشيوخ الطارئ، بناء على رأي أبي يوسف.

2. عملاً بقاعدة: "البقاء أسهل، أو أولى من الابتداء"، فحال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن الشرع فرق بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام الشرعية تحقيقاً للمصلحة.

3. لأن القول بجواز رهن المشاع بشكل مطلق قد يؤدي إلى المنازعة والمخاصمة بين المرتهن من جهة، وبين باقي الشركاء في الحصص من جهة أخرى، بسبب عدم تميز الحصص، وعدم ظهورها بالفرز.

(1) الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري (ت 321هـ)، مختصر اختلاف العلماء، 288/4، المحقق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 2، 1417هـ.

المطلب الثالث: حكم لزوم العوض بدون اشتراط في الهبة.

تعريف الهبة:

الهبة لغة هي: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض أصلاً⁽¹⁾.

الهبة اصطلاحاً: "تمليك المال بلا عوض"⁽²⁾.

علاقة لزوم العوض في الهبة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

تتعلق القاعدة بقضية جزئية خلافية من هذه المسألة في المذهب الحنفي، وهي قضية سلامة العوض للواهب عن الاستحقاق، فإذا دفع الموهوب له عوضاً للواهب عن هبته ثم ظهر أن بعض هذا العوض مُستحق، وبعضه الآخر سالم عن الاستحقاق، فهل يكون الجزء السالم عن الاستحقاق عوضاً عن كل الشيء الموهوب، أم لا يكون إلا عن جزء منه، وللواهب الرجوع على الموهوب له بقدر الجزء المستحق، فإن قيل بأنه يصلح عوضاً عن جميع الهبة، فهذا بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ حيث إنه لو لم يعوضه إلا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً من الرجوع في حالة الدوام والاستمرار من باب أولى.

اختلف الفقهاء في وجوب العوض عن الهبة المجردة عن ذكر العوض على مذاهب:

المذهب الأول: للجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽³⁾.

قالوا: لا يجب العوض، وإن كانت دلالة الحال تفيد، فإذا أعطاه عوضاً كان هبة مبتدأة، إلا أن يقول الموهوب له: هذا عوض عن هبتك، أو بدلها.

واختلف الحنفية فيما لو استُحقَّ بعض العوض، وبقي البعض على قولين⁽⁴⁾:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة وصاحباؤه -أبو يوسف ومحمد-: إلى إن الباقي يكون عوضاً عن كل الشيء الموهوب، وإن شاء رد ما بقي من العوض، ويرجع في كل الموهوب إن كان قائماً بيده، ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع.

الأدلة:

استدل أبو حنيفة وصاحباؤه بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

لأن الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة، ألا ترى أنه لو لم يعوضه إلا به في الابتداء، كان عوضاً مانعاً عن الرجوع، فكذا في الانتهاء، بل أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، إلا أن اللواهب أن يرده ويرجع في الهبة؛ لأن الموهوب له قد غرّه، حيث عوضه لإسقاط الرجوع بشيء لم يسلم له، فيثبت له الخيار.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة "وهب"، 803/1.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 19/9.

(3) السرخسي، المبسوط، 75/12؛ حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 466/2؛ الشافعي، الأم، 7/ 246-247؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 549/7-551؛ الشربيني، مغني المحتاج، 572/3-573؛ ابن قدامة، المغني، 66/6.

(4) السرخسي، المصدر نفسه، 75/12؛ حيدر، المصدر نفسه، 466/2.

وجه الاستدلال بالقاعدة: جعل جمهور الحنفية الجزء الخالي عن العوض صالحا عن كل الهبة، وذلك أن الموهوب له لو عوض الواهب بهذا الجزء فقط في الابتداء لكان مانعا عن الرجوع، فكذلك في الانتهاء، ففاسوا الانتهاء على الابتداء، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل قالوا إن الانتهاء أولى، أي أولى بمنع الرجوع؛ لأن البقاء أولى أو أيسر من الابتداء؛ أو لأن الاستدامة أقوى من الابتداء.

القول الثاني: ذهب زفر إلى أنه يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض.

الأدلة:

استدل زفر بما يأتي:

أ. لأن معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعا، فكما أن الثاني عوض عن الأول، فكذا الأول، يصير عوضا عن الثاني.

ب. إنه لو استحق بعض الهبة الأولى، كان للموهوب له الرجوع في بعض العوض، فكذا إذا استحق بعض العوض، كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقا للمعاوضة.

والراجح - والله أعلم - قول زفر؛ لقوة ما استدل به، بسبب ثبوت المعاوضة من الجانبين جميعا، ولا يصح التفريق بين الأمرين من غير مستند قوي، فالمثلّين لا يفرق بينهما إلا بدليل معتبر.

المذهب الثاني: للمالكية والحنابلة في قول.

قالوا: بوجوب العوض، ولكن بشرط أن يدل العرف وحال الواهب عليه⁽¹⁾.

جاء في المبدع في شرح المقنع: "وقيل: يقتضي عوضا مع عرف، فلو أعطاه ليعاوضه، أو ليقضي له حاجة، فلم يف فكالشرط...، فعلى ما ذكر، لو عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا، أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد، وإن خرجت مستحقة، أخذها صاحبها، ولم يرجع الموهوب له ببذلها"⁽²⁾.

المذهب الثالث: للحنابلة في قول آخر⁽³⁾.

إن الهبة المطلقة تقتضي عوضا.

الأدلة:

أولا: أدلة الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾.

1. قوله -صلى الله عليه وسل - : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)⁽⁵⁾.

(1) البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 360-359/4؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 111-110/6؛ ابن قدامة، المغني، 66/6.

(2) ابن مفلح، 191/5.

(3) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 116/7.

(4) السرخسي، المبسوط، 75/12؛ حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 466/2؛ الشافعي، الأم، 7/246-247؛

الماوردي، الحاوي الكبير، 550/7؛ الشربيني، مغني المحتاج، 573-572/3؛ ابن قدامة، المصدر السابق، 66/6.

(5) أخرجه أحمد، مسند البصريين، حديث عم أبي حرة الرقاشي، ح ر (20695)، أحمد، أحمد بن حنبل الشيباني (ت 241)، المسند، 299/34، المحقق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1421هـ، 2001م، وقد روي هذا الحديث من طرق يقوي بعضها بعضا، وإسناده حسن. ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في

2. لأنها عطية على وجه التبرع، فلم تقتض ثواباً، كهبة المثل والوصية.
3. قياساً على الصدقة؛ لأنها عطية على وجه التبرع؛ لأن كل ما صح تملكه من غير ذكر بدل، لم يستحق فيه البدل.
4. لأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدین لها، اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه.

ثانياً: أدلة المالكية والحنابلة في قول⁽¹⁾.

1. إن أعرابياً أهدى إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ناقة، فكافأه، فلم يرض، فكافأه، فلم يرض، فلم يزل يكافئه حتى رضي، ثم قال: (هممت أن لا أتَّهَبَ إلا من قرشي، أو أنصاري، أو ثقفني)⁽²⁾.
2. قول عمر بن الخطاب-رضي الله عنه-: (من وهب هبة لصلة رحم، أو على جهة صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها)⁽³⁾.
3. لأن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض، أنه لا يقضى عليه به، كما لو وعد، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة.

ثالثاً: دليل الحنابلة في القول الآخر⁽⁴⁾.

لم أجد دليلاً لهذا القول فيما اطلعت عليه.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور.

يمكن أن يناقش ما استدلل به الجمهور: بأن العرف الجاري في الناس المكافأة بها، وهذا الأمر يجعله كالشرط فيها، ويكون قبول الهبة رضى بالتزامها، أي التزام مكافأة الواهب بسبب هبته⁽⁵⁾.

الشرح الكبير، 693/6-697، المحقق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر ابن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4 / 118؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 6/110-111؛ الزرقاني، محمد ابن عبد الباقي بن يوسف المصري الأزهرى (ت 1122هـ)، شرح الزرقاني على الموطأ، 1/642، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م؛ ابن قدامة، المغني، 6/66.

(2) أخرجه الترمذي، أبواب المناقب، باب في ثقيف وبني حنيفة، ح ر (3945)، الترمذي، السنن، 5/730، والحديث صحيحه الألباني.

(3) أخرجه مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة، ح ر (42)، مالك، مالك بن أنس الأصبحي (ت 179هـ)، الموطأ، 2/745، صحيحه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ، 1985م. والحديث صحيح موقوف. الألباني، إرواء الغليل، 6/55.

(4) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 7/116.

(5) الماوردي، الحواري الكبير، 7 / 550.

ثانيا: مناقشة دليل المالكية والحنابلة في قول.

أ. أما قوله صلى الله عليه وسلم - في الحديث: (هَمَّتْ أَنْ لَا أَتَّهَبَ إِلَّا مِنْ قَرَشِي...) ⁽¹⁾، في الحقيقة إن هذا الحديث عليهم لا لهم، ففيه كراهية قبول الهدية ممن كان الباعث له عليها طلب الاستكثار، وإنما خص المذكورين فيه بهذه الفضيلة لما عرف فيهم من سخاوة النفس، وعلو الهمة، وقطع النظر عن الأعواض، لأن هذه الخصلة من رذائل الأخلاق وأخسها، ولذلك عرّض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالقبائل، وحسن أخلاقها، وإن قبيلة الأعرابي على خلافها ⁽²⁾.

ب. أما حديث عمر رضي الله عنه -، فقد خالفه ابنه عبد الله بن عمر، وابن عباس ⁽³⁾ رضي الله عنهم -، فإن عوضه عن الهبة، كانت هبة مبتدأة لا عوضا، أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد ⁽⁴⁾.

ثالثا: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور وهو: عدم وجوب أو لزوم العوض في الهبة بدون اشتراط، إلا إن كان العرف يقتضي المكافأة عنها، لما يأتي:

1. لأن الهبة في اللغة العربية هي: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض.
2. لأن البيع كما هو معلوم لا بد فيه من بدل أو عوض، بخلاف الهبة، حيث إن التملك بغير عوض إن تمحّض فيه طلب الثواب، فهو صدقة، وإن حمل إلى المملّك إكراما وتوددا، فهو هدية، وإلا فهو هبة ⁽⁵⁾.
3. ما يقتضي المكافأة المرجع فيه إلى العرف، إن دل الحال أو العرف على ذلك، وهو في الحقيقة حالات خاصة، أو معينة، أو استثنائية لا تجري مجرى الأمر العام ⁽⁶⁾.

(1) الحديث سبق تخريجه ص 199.

(2) القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، 5/ 2011.

(3) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم، ابن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات، وكان يسمى البحر لسعة علمه، ببركة دعاء الرسول - صلى الله عليه وسلم - له ويسمى حبر الأمة، أمه أم الفضل لبابة بنت الحارث، توفي عام 68 هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 3/ 291؛ ابن حجر، الإصابة، 4/ 122.

(4) ابن قدامة، المغني، 6/ 66.

(5) الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص 307، تحقيق: علي بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط 1، 1994م.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، 7/ 549.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: حكم فقد الكفاءة في النكاح.

أ. تعريف الكفاءة.

الكفاءة لغة: أصلها من المكافأة، وهي المقاومة والموازنة، وهي بمعنى المساواة بين الشئيين، يقال: فلان كَفِيٌّ فلان وكُفُوهُ؛ ومنه قول الله جل وعز: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ﴾⁽¹⁾، والكفاءة مصدر؛ يقال: كَفُوَ كَفَاءً، وَكُفُوَ الخاطب كَفَاءً وَكِفَاءً، أي صار كَفِيًّا لمن خطب إليه، والكفاء هو النظير والمساوي⁽²⁾.

الكفاءة اصطلاحاً هي: "المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور"⁽³⁾ وهي: الدين والحال، أي السلامة من العيوب التي توجب لها الخيار في الزوج،⁽⁴⁾ والنسب، والحرية، والصناعة، واليسار⁽⁵⁾. ويمكن القول: إن الكفاءة عبارة عن مساواة الزوج وزوجته في المنزل، بحيث لا تكون الزوجة، ولا أولياؤها عُرضة للتعبير بهذه المصاهرة حسب العرف⁽⁶⁾.

ب. خصال الكفاءة المعتبرة عند الفقهاء:

اتفق الفقهاء على أن الدين معتبر في الكفاءة، إلا ما ورد عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين، ولا خلاف عند المالكية أن البكر إذا زوجها الأب من شارب خمر أو من فاسق، أن لها أن تمنع نفسها من النكاح، وينظر الحاكم في ذلك، فيفرق بينهما، واختلف الفقهاء في النسب هل هو من الكفاءة؟ أم لا؟ وفي الحرية، وفي اليسار، وفي الصحة من العيوب⁽⁷⁾.

وخلاصة الخصال المعتبرة في الكفاءة عند الفقهاء هي⁽⁸⁾:

الدين، والحال عند المالكية، أو الدين، والنسب، والحرية، والحرفة، أي أن يكون صاحب صنعة، واليسار، أو المال عند جمهور الفقهاء.

ج. حكم الكفاءة والأثر المترتب على فقد الكفاءة في النكاح⁽⁹⁾:

اختلف الفقهاء في حكم الكفاءة؛ من حيث اعتبارها في النكاح، أو عدم اعتبارها، وهل هي في حال اعتبارها، شرط في صحة النكاح، أم في لزومه على ثلاثة مذاهب:

(1) سورة الإخلاص، الآية 4.

(2) الزبيدي، تاج العروس، مادة "كفا"، 389/1.

(3) شلخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 339/1.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 249/2.

(5) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 68-67/5.

(6) خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص70، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط1، 1357هـ.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 320/2؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 42/3.

(8) الحدادي، الجوهرة النيرة، 11/2؛ خليل، مختصر خليل، ص99؛ الشربيني، مغني المحتاج، 4/272؛ البهوتي،

المصدر السابق، 5/67؛ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، 6/5، المحقق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة

الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1425هـ، 2004م؛ ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، 134/2،

المحقق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1423هـ، 2002م.

(9) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، 268/34.

المذهب الأول: للجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قالوا: إن الكفاءة تعتبر للزوم النكاح لا لصحته في أغلب الأحوال، فيصح النكاح مع فقدها؛ لأنها حق مشترك للمرأة وللأولياء، فإن رضوا بإسقاطها، فلا اعتراض عليهم⁽¹⁾.

المذهب الثاني: للحنفية في رواية، وجماعة من المالكية⁽²⁾، وهو رواية عن أحمد بن حنبل⁽³⁾.

قالوا: إن الكفاءة شرط في صحة النكاح⁽⁴⁾، ويترتب على هذا القول أن العقد لا يتم بدون توفر الكفاءة، وهو مستوجب الفسخ، أو البطلان حال فقدها.

المذهب الثالث: للكرخي⁽⁵⁾ والجصاص من الحنفية، وهو رأي سفيان الثوري⁽⁶⁾، والحسن البصري⁽⁷⁾.

قالوا: إن الكفاءة غير معتبرة، وإنها ليست بشرط في النكاح أصلاً⁽⁸⁾.

علاقة حكم الكفاءة والأثر المترتب على فقدها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن الكفاءة كشرط من شروط الزوم في النكاح يجب النظر في اعتبارها في بداية العقد فقط، أما لو زالت بعده، فلا يعتبر زوالها؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء؛ لأن الشروط تعتبر في الابتداء.

-
- (1) ابن الهمام، فتح القدير، 291/3؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 5/ 106؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 3/ 139؛ ابن قدامة، المغني، 7/ 33.
- (2) وهم: اللخمي، وابن بشير، وابن فرحون، وابن سلمون.
- (3) هو الإمام أحمد بن محمد حنبل بن هلال بن أسد، إمام في الحديث، إمام في الفقه، وفي اللغة والقرآن، زاهد ورع، وهو شيخ السنة الصابر في المحنة، أي محنة خلق القرآن، الحبر البحر المجتهد، له من التصانيف المسند، والزهد، وإليه ينسب المذهب الحنبلي، ولد عام 164هـ، وتوفي في بغداد، 241هـ. أبو الفضل، صالح بن الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني البغدادي (ت: 265هـ)، سيرة الإمام أحمد بن حنبل، ص29-ص30، دار الدعوة، الاسكندرية، ط 2، 1404هـ، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد؛ ابن الفراء، محمد بن محمد (ت: 526)، طبقات الحنابلة، 4/1، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر.
- (4) الكاساني، بدائع الصنائع، 317/2؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/ 249؛ البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 2/ 649-650.
- (5) هو عبيد الله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن، من كبار الفقهاء، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، كان مولده في الكرخ، ووفاته ببغداد، له رسالة في الأصول، وعليها مدار فروع الحنفية، وشرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير، يعتبر من الطبقة الثالثة عند الحنفية، وهم طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن أصحاب المذهب، توفي عام 340هـ. الصيمري، أخبار أبي حنيفة وأصحابه، 166؛ القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 337/1.
- (6) هو سفيان بن سعيد بن مسروق، يكنى أبا عبد الله، ولد في الكوفة عام 95هـ، كان يلقب بأمير المؤمنين في الحديث، حيث كان من الحفاظ المتقنين، ومن الفقهاء العابدين الورعين، له الجامع الكبير، والجامع الصغير في الحديث، توفي عام 161هـ. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد (ت 354هـ)، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، ص368، حققه ووثقه وعلق عليه: مرزوق علي إبراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط 1، 1411هـ، 1991م؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ، ص151-ص152، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419هـ، 1998م.
- (7) هو الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت، ولد لسنتين من خلافة عمر -رضي الله عنه-، وهو معروف بالتدليس، وأرسل الكثير من الأحاديث، يعتبر من الثقات، ومن الفقهاء أهل الفضل، توفي عام 110هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، 4/ 563، 587؛ ابن حجر، تقريب التهذيب، ص160، المحقق: محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، ط 1، 1406هـ، 1986م.
- (8) الكاساني، المصدر السابق، 317/2؛ ابن قدامة، المصدر السابق، 7/ 33-35.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور⁽¹⁾.

1. إن النبي -صلى الله عليه وسلم- زوج بناته -رضي الله عنهن- من عثمان⁽²⁾ وعلي⁽³⁾ -رضي الله عنهما- ولا أحد يكافئه أصلاً، فقد رضي النبي -صلى الله عليه وسلم- بتزويج بناته ممن لا يكافئه، فلو كانت من شروط صحة عقد الزواج لما صح النكاح بتنازل صاحب الحق في الكفاءة عنها.
2. إنه -صلى الله عليه وسلم- أمر فاطمة بنت قيس⁽⁴⁾، وهي قرشية، أن تتكح أسامة بن زيد⁽⁵⁾ مولاه، فنكحها بأمره⁽⁶⁾، فلو كانت الكفاءة من شروط صحة النكاح لما جاز ذلك، ففاطمة من القرشيات، وأسامة مولى لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-.
3. وزوج -صلى الله عليه وسلم- كذلك زيد بن حارثة⁽⁷⁾، ابنة عمته زينب⁽⁸⁾ بنت جحش الأسدية⁽⁹⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 317/2؛ ابن الهمام، فتح القدير، 291/3؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 5/106؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 249/2؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 3/139؛ ابن قدامة، المغني، 33/7؛ البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، 2/649-650.

(2) عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، القرشي الأموي، يجتمع هو ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- في عبد مناف، يكنى أبو عبد الله ذو النورين؛ لزوجاه من ابنتي النبي -صلى الله عليه وسلم-، وهو ثالث الخلفاء الراشدين، أسلم في أول الإسلام، دعاه أبو بكر إلى الإسلام، فأسلم، وكان يقول: إني لأربع أربعة في الإسلام، ولد بعد حادثة الفيل بست سنوات، استشهد سنة 35هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 578/3؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 377/4، 379.

(3) علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، أبو الحسن، أول الناس إسلاماً في قول كثير من أهل العلم، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح، فربّي في حجر النبي -صلى الله عليه وسلم- ولم يفارقه، وشهد معه المشاهد كلها، إلا غزوة تبوك، فقال له بسبب تأخير له بالمدينة: «ألا ترضى أن تكون منّي بمنزلة هارون من موسى»، وزوجه بنته فاطمة -رضي الله عنها-، وكان اللواء بيده في أكثر المشاهد، وأمه هي فاطمة بنت أسد بن هاشم، وهو أخو رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من الرضاعة. ابن الأثير، المصدر نفسه، 4/88؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 464/4.

(4) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية، أخت الضحّاك بن قيس، من الصحابيات المهاجرات، لها عقل وكمال، وهي التي طلقها أبو حفص بن المغيرة، فأمرها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم، وقدمت الكوفة على أخيها الضحّاك بن قيس، وكان أميراً، فسمع منها الشعبي، روايتها للحديث قليلة، توفيت قريباً من عام 50هـ. ابن الأثير، المصدر نفسه، 7/224؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 8/276.

(5) هو أسامة بن زيد بن حارثة، من كنانة عوف، أبو محمد، الحبّ بن الحبّ، ولد بمكة، وكان من السابقين إلى الإسلام، أمره رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في سن مبكرة على الجيش، له جملة يسيرة من الحديث، توفي عام 54هـ. ابن الأثير، المصدر نفسه، 1/194؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 1/202-203.

(6) أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ح ر (1480)، مسلم، الجامع الصحيح، 2/1114.

(7) هو زيد بن حارثة بن شراحيل، أو شرحبيل، من أفاضل الصحابة، اختطف في الجاهلية صغيراً، واشترته خديجة بنت خويلد -رضي الله عنها-، فوهبته للنبي -صلى الله عليه وسلم- لما تزوجها، فتبناه النبي -صلى الله عليه وسلم- قبل الإسلام، وأعتقه، وزوجه بنت عمته، واستمر الناس يسمونه زيد بن محمد، حتى نزلت آية الأحزاب: (ادعوهم لأبائهم)، وهو من أقدم الصحابة إسلاماً، وكان النبي -صلى الله عليه وسلم- يحبه ويقدمه، وجعل له الإمارة في غزوة مؤتة، فاستشهد فيها عام 8هـ. ابن الأثير، المصدر السابق، 2/350؛ ابن حجر، المصدر السابق، 2/494-496، 498.

(8) هي زينب بنت جحش بن رثاب الأسدية، من أسد خزيمية، أم المؤمنين، كانت زوجة زيد بن حارثة، واسمها برّة، وطلقها زيد، ف تزوج بها النبي -صلى الله عليه وسلم- وسماها زينب، وهي ابنة عمته أمية، وكانت امرأة وضيئة، وبسببها نزلت آية الحجاب، توفيت عام 20هـ. ابن الأثير، المصدر السابق، 7/126؛ ابن حجر، المصدر السابق، 8/153.

(9) أخرجه الطبري في تفسيره. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي (ت 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، 274/20، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ، 2000م.

4. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: وذلك أنه إذا قيل باشتراطها كشرط من شروط اللزوم، فإنما يعتبر وجودها حال العقد، فإن عدمت بعده، لم يبطل النكاح؛ لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد، أي في الابتداء، لا في البقاء، حيث إن البقاء أسهل من الابتداء⁽¹⁾، ومعنى أنها تعتبر في ابتداء العقد على معنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت العقد، فلا يضر فقد شيء منها بعده، فلو كان الزوج صاحب حرفة شريفة ثم صار إلى حرفة دنيئة، أو كان قادراً مالياً ثم أعسر، فلا أثر لهذا في صحة العقد؛ لأنه لو شرط بقاء الحال على ما كانت عليه وقت العقد لنال الناس من هذا حرج؛ لأن دوام الحال من المحال⁽²⁾.

ولذلك، فقد جاء في نص المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في الأراضي الفلسطينية⁽³⁾: [إن الكفاءة تراعى عند العقد، فإذا زالت بعده، فلا يؤثر ذلك في الزواج⁽⁴⁾]، وهذا فيه مراعاة لأحكام البقاء والدوام.

وهذا شأن المادة (23) كذلك التي نصت: [للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج، ما لم تحمل الزوجة من فراشه، أما بعد الحمل، فلا يفسخ الزواج]⁽⁵⁾.

إن هذا الأمر الوارد في نص المادتين المنوه بهما، يتناسب تماماً مع فلسفة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، في اعتبار الدوام والبقاء، وتصحيح العقد والحكم باستمراره بناء على هذا المبدأ، فلو فقدت الكفاءة بعد إجراء العقد وحصول الدخول والحمل، فإن ذلك لا يؤثر، فعدم مراعاة الكفاءة انتهاءً أسهل من عدم مراعاته ابتداءً؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

5. من المعقول: إن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة والأولياء، فلم يشترط وجودها.

وجه اعتبارها عندهم من شروط اللزوم، أن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والنكاح شرع لانتظامها، ولا تنتظم المصالح بين غير المتكافئين، فالشريعة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، وتغير بذلك؛ ولأن النكاح وضع لتأسيس القربات الصهرية، ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً، يسره ما

(1) ابن قدامة، المغني، 34/7.

(2) خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص74.

(3) القانون رقم: 1976/61م الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية/ المحافظات الشمالية، نشر هذا القانون على الصفحة 2756 في العدد رقم: (2668) من الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ: 1976/12/1م، وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة: 3158 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4149، تاريخ 1996/9/16.

(4) الظاهر، راتب عطا الله، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص106، بدون ناشر، د. ط، 1409هـ، 1989م.

(5) الظاهر، المصدر نفسه، ص107.

يسرك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقارنة للنفوس عند مباحدة الأنساب، والاتصاف بالرق والحرية، ونحو ذلك، فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده⁽¹⁾.
ثانيا: أدلة المذهب الثاني⁽²⁾.

1. قوله -صلى الله عليه وسلم-: (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء)⁽³⁾. والخطاب فيه للأولياء نهيا لهم أن يزوجهن إلا من الأكفاء.
2. قول عمر -رضي الله عنه-: (لأمنع فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)⁽⁴⁾، فلو لم تكن الكفاءة من شروط الصحة لما منع -رضي الله عنه- زواجهن من غير الأكفاء.
3. قول سلمان⁽⁵⁾ -رضي الله عنه-: (ثنتان فضلتونا بها يا معشر العرب، لا ننكح نساءكم ولا نؤمكم)⁽⁶⁾، وهذا دليل على اعتبار الكفاءة من شروط صحة النكاح، فالمفاضلة بين العربي والعجمي اقتضت أن لا يكون العجمي كفؤا للعربية.
4. من المعقول: بأن التزوج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذن، فلم يصح، كما لو زوجها بغير إذن. ثالثا: أدلة المذهب الثالث⁽⁷⁾.

1. قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند⁽⁸⁾، وأنكحوا إليه)⁽⁹⁾، ووجه الدلالة: أن أبا هند كان حجاما، فأمرهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالتزويج عند عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة لما أمرهم به.

(1) العيني، البناية شرح الهداية، 109/5.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 317/2؛ ابن الهمام، فتح القدير، 292/3-293؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 249/2؛ البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، 650-649/2.
(3) أخرجه الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، ح ر (3601) بلفظ: (لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم)، الدارقطني، السنن، 4/358، وقال بعد أن أخرج الحديث: "مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها".
(4) أخرجه عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ح ر (10324)، الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني (ت 211هـ)، المصنف، 6/152، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ. قال ابن حجر عن هذا الحديث إنه موقوف. ابن حجر، إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، 79/12، تحقيق: مركز خدمة السنة والسيرة، بإشراف زهير بن ناصر الناصر، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة، ومركز خدمة السنة والسيرة النبوية بالمدينة، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
(5) هو سلمان الفارسي، أبو عبد الله، أصله من بلاد فارس، كان يعرف بسلمان الخير، وهو من أشار بحفر الخندق حول المدينة، له جملة يسيرة من الحديث، توفي عام 35هـ. ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، 634/2، المحقق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1412هـ، 1992م؛ ابن الأثير، أسد الغابة، 510/2.
(6) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب اعتبار النسب في الكفاءة، ح ر (13766)، البيهقي، السنن الكبرى، 7/217، وقال عن هذا الحديث بعد أن أخرجه: هذا هو المحفوظ موقوف.
(7) الكاساني، المصدر السابق، 317/2؛ ابن قدامة، المغني، 33-35.
(8) هو أبو هند الحجام البياضي، مولى فروة بن عمرو البياضي، واسمه: عبد الله، وقيل اسمه: يسار، وقيل: سالم، تخلف عن غزوة بدر، وشهد ما بعدها من المشاهد، وهو الذي حسم النبي -صلى الله عليه وسلم- في يافوخه من وجع كان به. ابن الأثير، المصدر السابق، 316/6؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 364/7-365.
(9) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الأكفاء، ح ر (2102)، أبو داود، السنن، 233/2، والحديث قال عنه الألباني: حديث حسن.

2. قوله -صلى الله عليه وسلم-: (لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا أسود على أحمر، إلا بالتقوى)⁽¹⁾، فقد نفى المفاضلة مطلقاً، ولا فضل لأحد على أحد إلا بتقوى الله عز وجل، وهذا يقتضي تساوي الناس، وعدم اعتبار الكفاءة مطلقاً.

3. لأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع، لكان أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء؛ لأنه يحتاط فيها ما لا يحتاط في سائر الأبواب، ومع هذا لم تعتبر، حتى يقتل الشريف بالوضيع، فهنا أولى، والدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة، فكذا في جانب الزوج.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور⁽²⁾.

أ. أما تزويجه -صلى الله عليه وسلم- لبناته، فيمكن مناقشته بأن بعض الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- يعتبرون من الكبار، أصحاب المنزلة الرفيعة، والمرتبة العالية، ولهم منزلة سامية بعد مرتبة النبوة، فهم في الدرجة التالية، والمنزلة الثانية بعد منزلة النبوة، فمن هذه الناحية، كانت منزلتهم عظيمة، وعدم مكافأتهم للنبي -صلى الله عليه وسلم- لا تؤثر هنا؛ لأن الله اصطفى نبياً واحداً لأمة كاملة، وهو آخر الأنبياء، ومن غير المعقول أن تبقى بناته -صلى الله عليه وسلم- دون زواج لعدم وجود شخص بمنزلة النبي -صلى الله عليه وسلم-.

ب. ويناقش زواج بعض موالي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من قرشيات بأنه كان لأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أمر بذلك، لما رأى فيه من المصلحة⁽³⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة المذهب الثاني.

أ. أما احتجاجهم بحديث: (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء...) ⁽⁴⁾، فهو حديث لا تقوم به حجة، حيث إن إسناده واه، ففيه مبشر بن عتيك، وهو كذاب متروك⁽⁵⁾.

ب. أما أثر سلمان -رضي الله عنه-: (ثنتان فضلتونا بها يا معشر العرب، لا ننكح نساءكم ولا نؤمكم)⁽⁶⁾، فهو موقوف عليه، ولا حجة فيه؛ لأنه معارض بشواهد عدم اعتبار الكفاءة النسبية في فعل النبي -صلى الله عليه وسلم-، وفعل الصحابة -رضي الله عنهم-، وهي مشهورة مستفيضة⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أحمد، أحاديث رجال من أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم- ح ر (23489)، أحمد، المسند، 474/38، وقال المحقق: إسناده صحيح.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 16-14/6.

(3) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 254/4، المحقق: عصمت الله محمد، سائد بكداش، محمد عبيد الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجع وصححه: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، الطبعة الأولى، 1431هـ، 2010م.

(4) الحديث سبق تخريجه ص 205.

(5) ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 62/2.

(6) الحديث سبق تخريجه ص 205.

(7) حسنين، مصطفى، بحث: الكفاءة النسبية في النكاح، نقلاً عن موقع الألوكة: <http://majles.alukah.net/t12519>

ويمثل ذلك يرد على الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه-، فإنه موقوف عليه.

ثالثاً: مناقشة أدلة المذهب الثالث.

أ. أما حديث بني بياضة:

فقد تأولوه بأنه يدل على النذب إلى التواضع، وترك طلب الكفاءة، لا الإلزام⁽¹⁾.

ب. المراد من الآثار التي احتجوا بها أحكام الآخرة، حيث إن التفاضل في الآخرة بالتقوى⁽²⁾.

ج. قولهم: بأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح، وهو الدماء، فلأن لا تعتبر في النكاح أولى. يناقش هذا: بأن الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم؛ فمثلاً عند الحنفية يقتل المسلم بالكافر، ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح⁽³⁾.

رابعاً: الرأي الراجح.

والذي أرجحه -والله أعلم- هو رأي جمهور الفقهاء في عدم اعتبار الكفاءة كشرط لصحة عقد النكاح، ولكنها شرط للزومه، فيصح العقد مع فقدها، لما يأتي⁽⁴⁾:

1. لأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة، أو الأولياء، أو لهما، فلم يشترط وجودها، كالسلامة من العيوب.
2. لأنه يمكن حمل ما ورد من اشتراطها على اعتبارها في الجملة، ولا يلزم منه اشتراطها؛ لأن للزوجة ولكل واحد من الأولياء فيها حقاً، ومن لم يرض منهم، فله الفسخ.
3. لأنه لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه، ليرفع بها خسيسته، جعل النبي -صلى الله عليه وسلم- للمرأة الخيار، فأجازت ما صنع أبوها، ولو فقد الشرط، لم يكن لها خيار⁽⁵⁾.
4. بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"؛ حيث يغتفر في الدوام لقوته، ما لا يغتفر في الابتداء، وإن القول بعدم فسخ النكاح وخصوصاً بعد حصول الحمل أو إنجاب الأطفال فيه صيانة للزوجية وحفظ حقوق الأطفال.

(1) السرخسي، المبسوط، 23/5.

(2) السرخسي، المصدر نفسه، 23/5.

(3) المصدر نفسه، 24/5.

(4) ابن قدامة، المغني، 34/7.

(5) عن عائشة رضي الله عنها، قالت: (جاءت فتاة إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء). أخرجه أحمد، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، ح ر (25043)، ابن حنبل، المسند، 493/41. والحديث إسناده صحيح. البوصيري، أبو العباس أحمد بن أبي بكر ابن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان الكناني الشافعي (ت 840هـ)، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، 102/2، المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، ط2، 1403هـ.

المطلب الثاني: حكم توقيت النكاح.

الأصل في عقد الزواج الديمومة والاستمرار؛ لأن الغاية المقصودة منه هي تكوين أسرة، وإيجاد نسل صالح لعمارة الأرض، وإن الزواج المؤقت ينافي الغايات السامية التي من أجلها شرع الزواج. وصورة الزواج المؤقت هي: "أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام"⁽¹⁾، والغاية من هذا النكاح المؤقت هي التمتع بالمرأة في أيام معدودة، من غير طلب تواصل وأمدٍ، يعتاد إدامته⁽²⁾. لقد اختلف الفقهاء في حكم هذا العقد على مذهبين:

المذهب الأول: للجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قالوا: إن النكاح المؤقت باطل، وبعبارة أخرى، إن تم العقد بشرط التأقيت، فالعقد باطل من أساسه⁽³⁾، سواء كانت المدة معلومة، بأن نكحها إلى شهر أو سنة، أو مجهولة، بأن نكحها إلى قدوم زيد⁽⁴⁾. **المذهب الثاني:** لزفر من الحنفية.

قال: إن العقد في هذه الحالة صحيح لازم مؤبد، ويبطل شرط التأقيت⁽⁵⁾.

علاقة توقيت النكاح بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن إجراء عقد الزواج والنص فيه على التأقيت أحد الموانع الشرعية التي تمنع ابتداءه، وقد بين العلماء أن الموانع أقسام منها ما يمنع الابتداء دون الدوام، ومثلوا عليه بعقد النكاح المؤقت، فالتأقيت يمنع ابتداء العقد، ولكن لو أجري هذا العقد، فلا يمنع ذلك من دوامه واستمراره، وهذا يتفق ما القاعدة، فالحكم ببقاء العقد واستمراره أسهل من ابتدائه بشرط التأقيت.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور.

استدل الجمهور بما يأتي⁽⁶⁾:

1. **إِنَّ النَّبِيَّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- (نَهَى عَامَ خَيْبَرَ عَنْ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ)⁽⁷⁾**، ونكاح المتعة هو المؤقت، سمي به؛ لأن العوض منه مجرد النتمتع دون التوالد، وسائر أغراض النكاح.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 3/ 248.

(2) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 12/ 400.

(3) ابن الهمام، المصدر السابق، 3/ 291؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 3/ 446؛ الرافعي، فتح العزيز يشرح الوجيز، 7/ 505؛ البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، ص 525، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د. ط، بدون سنة نشر.

(4) الرافعي، المصدر نفسه، 7/ 505-509.

(5) الكاساني، البدائع، 2/ 273؛ ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، 3/ 89؛ ابن الهمام، المصدر السابق، 3/ 248.

(6) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 2/ 119؛ الكاساني، المصدر نفسه، 2/ 273، 317؛ ابن مودود، المصدر نفسه، 3/ 89؛ العيني، البناءية شرح الهداية، 5/ 65؛ ابن الهمام، المصدر السابق، 3/ 291؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/ 238؛ الرافعي، المصدر السابق، 7/ 506؛ البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 3/ 397؛ البهوتي، المصدر السابق، ص 525.

(7) أخرجه البيهقي، كتاب الضحايا، باب أكل لحوم الحمر الأهلية، ح ر (19278)، البيهقي، معرفة السنن والآثار، 14/ 100، المحقق: عبد المعطي قلنجي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي، باكستان)، دار قتيبة (دمشق، بيروت)، دار الوعي (حلب، دمشق)، دار الوفاء (المنصورة، القاهرة)، ط 1، 1412 هـ، 1991 م، والحديث صحيح. ابن الملن،

2. لأن النكاح المؤقت هو تفسير نكاح المتعة، وهو منسوخ إجماعاً، و كل نكاح مؤقت متعة.
3. ولأنه أتى بمعنى المتعة، أي أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح؛ لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح، والعبرة للمعاني، وسواء طالّت المدة أو قصرت؛ لأن التأقيت هو المبطل، وهو المذهب؛ لجهة المتعة.
4. ومن ناحية أخرى، فإنه لو جاز هذا العقد لكان لا يخلو، إما أن يجوز مؤقتاً بالمدة المذكورة، وإما أن يجوز مؤبداً، ولا سبيل إلى الأول؛ لأن هذا معنى المتعة، إلا أنه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج، والمعتبر في العقود معانيها لا الألفاظ، كالكفالة بشرط براءة الأصيل، فإنها حوالة معنى لوجود الحوالة، وإن لم يوجد لفظها، والمتعة منسوخة، ولا وجه للثاني؛ لأن فيه استحقاق البضع⁽¹⁾ عليها من غير رضاها، وهذا لا يجوز.

ثانياً: أدلة زفر.

استدل زفر بما يأتي⁽²⁾:

1. لأنه ذكر النكاح، وشرط فيه شرطاً فاسداً، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، فبطل الشرط، وبقي النكاح صحيحاً، كما إذا قال: "تزوجتك إلى أن أطلقك إلى عشرة أيام"، أو صار كما لو تزوجها، على أن يطلقها بعد شهر.
 2. لأنه أتى بالإيجاب، والشهود، والشرط الزائد على ما يتم به النكاح، فصح الإيجاب، وبطل الشرط.
 3. من ناحية المعنى، فإن مقتضى النكاح التأبيد.
 4. لأن المتعة لا تكون إلا بلفظها فقط.
 5. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".
- وجه الاستدلال بالقاعدة: إن الزواج بشرط التأقيت لا يجوز ابتداءً، وهو مانع يمنع الابتداء، ولكن يجوز أن يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء، فالبقاء أقوى، فلا يقاس الابتداء على البقاء، ولقد قال زفر بصحة العقد على أن يكون الشرط باطلاً، ويتأبد النكاح، وهذا مراعاة لحال البقاء والاستمرار.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة زفر.

أ. أما استدلاله بأنه أتى بالنكاح، ثم أدخل عليه شرطاً فاسداً، فهذا استدلال ممنوع، لأنه قد أتى بنكاح مؤقت، والنكاح المؤقت نكاح متعة، والمتعة منسوخة، وصار هذا كالنكاح المضاف، فإنه لا يصح، ولا

البر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، 357/9. قلت: والحديث أصله في الصحيحين، لكن بلفظ: (نهى عن متعة النساء...)، أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ح ر (4216)، البخاري، الجامع الصحيح، 135/5؛ ومسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ح ر (1407)، مسلم، الجامع الصحيح، 1027/2.

(1) البضع له عدة معان منها: التزوج، والجماع، وفرج المرأة. الزبيدي، تاج العروس، مادة "بضع"، 331/20.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 273/2؛ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 115/2؛ الحدادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، 650/2؛ العيني، البناية شرح الهداية، 65/5.

يقال: يصح النكاح وتبطل الإضافة؛ لأن المأني به نكاح مضاف، وإنه لا يصح، كذا هذا بخلاف ما إذا قال: تزوجتك على أن أطلقك إلى عشرة أيام؛ لأن هناك أبد النكاح، ثم شرط قطع التأبيد بذكر الطلاق في النكاح المؤبد؛ لأنه على أن "أن" شرطية، والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط⁽¹⁾.

ب. أما استدلاله بأنه أتى بالألفاظ والشهود، فيقال: بأن التأقيت هو المبطل، وهو المذهب؛ لجهة المتعة؛ ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني⁽²⁾.

ج. أما استدلاله من ناحية المعنى، فيجاب: بأنه إذا اعتبر المعنى صار متعة، بخلاف ما إذا شرط في العقد أن يطلقها بعد شهر؛ لأن اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبداً، بخلاف المؤقت، فإنه لا يبقى بعد مضي المدة كالإجارة⁽³⁾.

وأيضاً لا يخلو العاقد عقد النكاح على عشرة أيام، من أن يجعله مؤقتاً على ما شرط، أو يبطل الشرط، ويجعله مؤبداً، ولكن ذلك لا يصح كذلك، وتعليقه من قبل أن ما بعد الوقت ليس عليه عقد، فلا يجوز له أن يستبيح فرجها بلا عقد؛ لأن ما بعد العشرة ليس عليه عقد، ألا ترى أنه لو استأجر داراً عشرة أيام، كان العقد واقعاً على عشرة أيام، وما بعدها ليس عليها عقد، ولو سكنها بعد العشرة كان غاصباً ساكناً لها على غير وجه العقد، ولا أجر عليه، فكذا إذا عقد النكاح على عشرة أيام، فما بعد العشرة ليس عليه عقد النكاح، فغير جائز استباحة الفرج فيه بالعقد، ولا يجوز أن يجعله مؤقتاً، فيكون صريح المتعة، فوجب بذلك إفساد العقد⁽⁴⁾.

وليس هذا كذلك بمنزلة قوله: قد تزوجتك على أن أطلقك بعد عشرة أيام، فيجوز النكاح، ويبطل الشرط؛ لأنه عقد النكاح مؤبداً، وشرط فيه قطعه بالطلاق، ألا ترى أنه إذا لم يطلق، كان النكاح باقياً، فعلم أن النكاح قد وقع على وجه التأبيد، وإنما شرط قطعه بالطلاق، وذلك شرط فاسد، والنكاح لا تفسده الشروط، فيبطل الشرط، ويجوز العقد⁽⁵⁾.

جاء في المنتقى شرح الموطأ: "إذا ثبت ذلك، فإنه إن وقع يفسخ، قبل البناء وبعده، ووجه ذلك: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عنها، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ومن جهة المعنى: إنه عقد نكاح فسد بعقده، فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده، كالنكاح بغير ولي"⁽⁶⁾.

د. أما قوله: "إن المتعة لا تكون إلا بلفظها"، فيجاب عنه: بأن النكاح المؤقت سمي متعة؛ لقصر مدته، وقلة الانتفاع به، بالإضافة إلى ما يقتضيه العقد من بقائه مؤبداً إلى أن يفرق بينهما الموت، أو

(1) الكاساني، البدائع، 273/2.

(2) ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، 89/3؛ الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 115/2.

(3) ابن مودود، المصدر نفسه، 89/3؛ الزيلعي، المصدر نفسه، 115/2.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، 105/3.

(5) الجصاص، المصدر نفسه، 105/3.

(6) الباجي، 335/3.

سبب حادث يوجب التفريق، فوجب أن لا يختلف على ذلك في إطلاق اسم المتعة، أن يكون بلفظ المتعة، أو بلفظ النكاح، بعد أن يكون مؤقتاً؛ لأن اسم المتعة يتناولهما⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، فلا شك أنه لا دليل على تعيين كون المتعة -الذي أبيح ثم حرم- هو ما اجتمع فيه مادة: (م ت ع)؛ للقطع من الآثار بأنه كان أذن لهم في المتعة، وليس معناه أن من باشر هذا يلزمه أن يخاطبها بلفظ: أتمتع ونحوه، لما عرف أن اللفظ يطلق ويراد معناه، فإذا قيل: تمتعوا، فمعناه: أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجِدَ عقداً على امرأة، لا يراد به مقاصد عقد النكاح، من القرار للولد وتربيته، بل إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها، أو غير معينة، بمعنى بقاء العقد، ما دام معها إلى أن ينصرف عنها، فلا عقد، فيدخل فيه ما بمادة المتعة، والنكاح المؤقت أيضاً، فيكون من أفراد المتعة، وإن عقد بلفظ التزوج وأحضر الشهود⁽²⁾.

ثانياً: الرأي الراجح.

والرأي الراجح -والله أعلم- هو رأي جمهور الفقهاء في عدم صحة العقد بشرط التوقيت لما يأتي:

1. بسبب قوة الأدلة التي استدلو بها.
2. لأنه لا فرق بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت، فهما يلتقيان في الغاية نفسها.
3. سدا للذريعة؛ لأنه لو صُحِّحَ كل عقد نُصِّ فيهِ على التَّأْقِيتِ صراحة ابتداء، لفتح الباب على مصراعيه، وكان نكاح متعة.

وجه الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في النكاح المؤقت:

يمكن الاستدلال بالقاعدة وفق ما هو آت:

نصَّ العلماء في أقسام الموانع الشرعية على ما يمنع الابتداء، ولا يمنع الدوام، ومن أمثلته توقيت النكاح، فهو مانع من ابتدائه، ولا يمنع استدامته⁽³⁾؛ لأن للدوام من القوة ما ليس للابتداء⁽⁴⁾، والزواج على أن يكون النكاح مؤقتاً بوقت معين، مانع من ابتداء العقد بهذا الشرط، لكن إذا تم العقد مع هذه النية، وهذا الشرط، فهذا لا يمنع استدامة النكاح⁽⁵⁾.

لذلك، لو تم عقد زواج رجل وامرأة، على أن يتزوجها مدة شهر واحد، وسجل هذا العقد بوثيقة عرفية، وتم هذا الزواج، وحصل الدخول، ومضت مدة الشهر، وحملت الزوجة، وقرر الزوجان رغبتهما في

(1) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 105/3.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 51/3.

(3) العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 104/2.

(4) السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، 3/ 153-154، بتصرف يسير.

(5) العز، المصدر السابق، 104/2؛ القرافي، شرح تنقيح الفصول، 84/1-85.

الاستمرار على زواجهما، فإنه يقال: "البقاء أسهل من الابتداء"، فالزواج بشرط التأقيت من أصله باطل ابتداء بناء على رأي الجمهور، ولكن لما تم هذا الزواج بإيجاب وقبول وحصل معه دخول وحمل، فلا مانع من الحكم بصحة هذا الزواج بقاءً، بناء على رأي زفر، فشرط التأقيت ابتداء يمنع صحة النكاح، لكن إن تم العقد بوجه من الوجه، وترتبت عليه بعض الأمور كالدخول والحمل أو الإنجاب، فإني أرى أنه لا مانع من بقاءه واستمراره، وإنني أؤيد ما ذهب إليه بما يأتي:

1. إن حكم العقد في الشريعة الإسلامية عبارة عن الآثار الشرعية التي رتبها الشرع الإسلامي الحنيف على العقد، وهو ما يسمى مقتضى العقد، ومن المقرر فقها أن الشارع لا يربط حقوقاً شرعية على عقد من العقود إلا إذا كان العقد قد استوفى عند إنشائه شروط انعقاده، وشروط صحته، لكن قد يحدث بسبب العقد غير المستوفي لشروطه علاقة بين العاقدین، ولكن الشارع في هذه الحالة يعمل على تنظيمها، فيضع أحكاماً لها من حيث إنها أمر واقع، فيعطيها حكماً لحسم الخلاف، ومنع النزاع، وحفظاً للحقوق، لهذا كان العقد غير الصحيح في الأنكحة أحياناً له بعض الآثار المترتبة على أمور نشأت مع هذه العقود التي لا يعترف الشارع بوجودها ابتداءً⁽¹⁾.

2. ترتيب الحكم على العقد الفاسد: إن ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده لا يثبت بمجرد العقد، كما في العقد الصحيح، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد، فإذا كان بيعاً فاسداً مثلاً، لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول كما في البيع الصحيح، بل متى تسلمه، فعندئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه، ووجهة النظر في تأخير ثبوت حكم العقد الفاسد إلى تاريخ التنفيذ أنه ما دام مستحقاً للفسخ، وهو عرضة للإبطال حتى بإرادة القاضي ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين، فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، ولكن إذا وقع التنفيذ، والعقد منعقد، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد⁽²⁾.

توقيت النكاح في قانون الأحوال الشخصية⁽³⁾:

اعتبر قانون الأحوال الشخصية الزواج المؤقت من الزواج الفاسد، وهذا ما نصت عليه المادة (34)، حيث جاء فيها: [يكون الزواج فاسداً في الحالات الآتية:

- 1- إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد.
- 2- إذا كان عقد الزواج بلا شهود.
- 3- إذا عقد الزواج بالإكراه.
- 4- إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعاً.
- 5- إذا عقد الزواج على أحد المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع.

(1) أبو زهرة، الإمام محمد، الأحوال الشخصية، ص146، دار الفكر العربي، ط 3، 1957م.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 749/2-750.

(3) الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص109-110، ص111-112.

6- زواج المتعة، أو الزواج المؤقت].

ومن المعلوم أن العقد الباطل لا يترتب عليه أثر، أما العقد الفاسد، فتترتب عليه بعض الآثار، وهذا ما نصت عليه المادة (41) من القانون المنوه به أعلاه، التي جاء فيها: [حكم الزواج الباطل: الزواج الباطل، سواء وقع به دخول، أم لم يقع به دخول، لا يفيد حكماً أصلاً، وبناءً على ذلك، لا تثبت به أحكام الزواج الصحيح، كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث].

أما المادة (42) من القانون المذكور، فنصت على حكم الزواج الفاسد، حيث جاء فيها: [الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول، لا يفيد حكماً أصلاً، أما إذا وقع به دخول، فيلزم به المهر، والعدة، ويثبت النسب، وحرمة المصاهرة، ولا تلزم بقية الأحكام، كالإرث والنفقة، قبل التفريق، أو بعده].

أما المادة (43) من هذا القانون، فقد نصت على ما يأتي: [بقاء الزوجين على الزواج الباطل والفاسد ممنوع، فإذا لم يفترقا، يفرق القاضي بينهما، عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن، إذا ولدت الزوجة، أو كانت حاملاً، أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية]، حيث قصرت الحكم بتصحيح عقد الزواج، ورد دعوى الفساد بسبب صغر السن فقط، في حالة الحمل أو الولادة، أو حيازة شروط الأهلية، ومن وجهة نظر الباحث، فإن هذا متحقق في النكاح الذي نُصَّ فيه على التأقيت، إذا تم الحمل، أو الولادة، واتفق الزوجان على ديمومة واستمرارية هذا الزواج؛ لذلك، فإنني أرى أن يتم التعامل مع هذا العقد كأمر واقع بالفعل، نجمت عنه آثار فعلية في الحياة كالحمل أو إنجاب الأطفال؛ لأنه يغتفر في الدوام بسبب قوته، ما لا يغتفر في الابتداء، بخلاف ما لو تم عقد الزواج بشرط التأقيت ولم يحصل أو يترتب عليه حمل أو إنجاب، فالبلوى حينها أخف شراً عند التفريق بين الزوجين-والله أعلم-.

المطلب الثالث: حكم منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها.

إن منعت المرأة نفسها حتى تتسلم صداقها، وكان حالاً، فلها ذلك، حيث أجمع أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها، حتى يعطيها مهرها⁽¹⁾.

جاء في الإقناع: "وللمرأة إذا نكحها الرجل، أن تمتنع من الدخول، حتى يوفيهها صداقها"⁽²⁾.

أما إن سلمت نفسها قبل قبض مهرها برضاها⁽³⁾، ثم أرادت منع نفسها بعد ذلك حتى تقبضه، بعد حصول الوطء⁽⁴⁾، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الأمر على مذهبين:

المذهب الأول: للجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قالوا: ليس لها أن تمتنع عن تسليم نفسها⁽⁵⁾.

المذهب الثاني: لأبي حنيفة، وأحد الوجهين عند الحنابلة.

قالوا: إن لها أن تمتنع حتى تقبض صداقها⁽⁶⁾.

سبب الخلاف:

وسبب هذا الخلاف هو تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع، أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء، تشبيهاً بالإيلاء⁽⁷⁾.

علاقة منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إذا لم تتسلم المرأة معجل صداقها، فلها الامتناع عن تسليم نفسها حتى تقبضه، لكن إن حصل وسلمت نفسها ابتداءً قبل أن تقبضه، فهل لها أن تمتنع بعد هذا التسليم.

بناءً على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" ليس لها الامتناع بعد تسليم نفسها، ولها المطالبة بالمهر؛ لأنها ابتداءً تملك الامتناع عن تسليم نفسها، أما بعد تسليم نفسها انتهاءً، فلا تملك ذلك؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فحكم البقاء يخالف حكم الابتداء، فبتسليم نفسها استقر حكم الدوام في حقها.

(1) ابن قدامة، المغني، 7 / 260.

(2) ابن المنذر، 1 / 302.

(3) قيد برضاها؛ لأنها لو كانت مكرهة، فلها الامتناع اتفاقاً، والمراد بالرضى، الرضى المعتبر شرعاً. شيخ زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 1 / 358.

(4) قال الماوردي: "فإذا تطوعت بتسليم نفسها قبل قبض الصداق، ثم أرادت بعد التسليم أن تمتنع عليه لقبض الصداق، فهذا على ضربين؛ الضرب الأول: أن لا يكون قد وطئها، فلها أن تمتنع عليه، وإن سلمت نفسها إليه، إذا لم يكن قد وطئها؛ لأن القبض في النكاح يكون بالوطء الذي يستقر به كمال المهر، دون التسليم، وهذا متفق عليه..." الحاوي الكبير، 9 / 530.

(5) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2 / 285؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3 / 189؛ القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت 422هـ)، التلخيص في الفقه المالكي، 1 / 116، المحقق: أبو أيس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 136؛ الماوردي، المصدر السابق، 9 / 530-531؛ ابن قدامة، المصدر السابق، 7 / 261.

(6) الزبيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 3 / 189؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 6 / 229.

(7) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3 / 74.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور.

استدل جمهور الفقهاء بما يأتي⁽¹⁾:

1. لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك، كما لو سلم البائع المبيع.

2. لأن بضعها بعد الدخول مستهلك، فسقط خيارها، كما يسقط خيار البائع بتلف المبيع في يد المفلس، وهو قبل الدخول غير مستهلك، فثبت لها الخيار، كما يثبت للبائع مع بقاء المبيع.

3. لأنه لما كان لها الامتناع من تسليم نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها، ولم يكن لها الامتناع بعد الدخول، كانت يدها فيه قبل الدخول أقوى.

4. ومن ناحية أخرى، فإن التسليم رضا، استقر به العوض، فوجب أن يسقط به حق إمساك نفسها، قياساً على تسليم المبيع.

5. لأن أحكام العقد إذا تعلقت بالوطء، اختصت بالوطء الأول، وكان ما بعده تبعاً، وقد رفع الوطء الأول حكم الإمساك في حقه، فوجب أن يرفعه في حق تبعه كالإحلال، وبعبارة أخرى، فإن تسليم المعقود عليه يحصل بالوطء الأولى، فيسقط حق امتناعها، كما يسقط حق البائع في حبس المبيع بعد تسليمه؛ حيث إنها بالوطء مرة واحدة، سلمت جميع المعقود عليه برضاها، وهي من أهل التسليم، فبطل حقها في المنع، كالبائع إذا سلم المبيع، ولا شك في الرضا وأهلية التسليم، والدليل على أنها سلمت جميع المعقود عليه، أن المعقود عليه في هذا الباب في حكم العين، ولهذا يتأكد جميع المهر بالوطء مرة واحدة، ومعلوم أن جميع البذل لا يتأكد بتسليم بعض المعقود عليه، وما يتكرر من الوطآت ملتحق بالاستخدام، فلا يقابله شيء من المهر.

6. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو: "المنع أسهل من الرفع".

وجه الاستدلال بالقاعدة: إن الأصل أن تمتنع عن تسليم نفسها ابتداء حتى تتسلم صداقها، ولكن بمجرد أن سلمت نفسها مرة برضاها، وحصل الوطء، فإن هذا المنع الابتدائي أصبح مستهلكاً بعد رضاها بالتسليم، فلذلك كان البقاء والدوام على هذا التسليم هو المستحق عليها؛ لأن التسليم مع وجود الرضا، استقر به العوض، فوجب أن يسقط به حق الإمساك.

ومن ناحية أخرى، فإن تمتعها مختص بما قبل الوطء، وبمجرد حصول الوطء كانت أحكام العقد مختصة بالوطء الأول، وكان ما بعده تبعاً، فلذلك، كان البقاء على التسليم هنا أسهل من الابتداء.

(1) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2/ 285؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2/ 289؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/ 189؛ القاضي عبد الوهاب، التلخيص في الفقه المالكي، 1/ 116؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 9/ 530، 11/ 462؛ ابن قدامة، المغني، 7/ 261؛ ابن تيمية الجدي، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، 2/ 38.

وبعبارة أخرى، لا أحد يستطيع أن يجبرها على تسليم نفسها في الابتداء ما لم تقبض صداقها، ولكنها إذا سلمت نفسها أول مرة، فإن المنع الابتدائي قد انتقض، وكان البقاء على التسليم مستمرا؛ لأن المنع أسهل من الرفع، فمنع نفسها ابتداء لا يوجب عليها التسليم، ما لم تسلم نفسها وتوطأ، فإن كان ذلك، فإن رفعه ثانية، والعودة إلى الامتناع عن تسليم نفسها بعد الوقوع أصعب منه قبل ذلك. جاء في كتاب القواعد: "إن المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق، فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين...، ومن يرى أنها لا تملك ذلك، فإنه يعلل بهذه القاعدة"⁽¹⁾.

ثانيا: أدلة أبي حنيفة والحنابلة في أحد الوجهين.

استدل أبو حنيفة والحنابلة في أحد الوجهين بما يأتي⁽²⁾:

1. لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح، فملك أن تمتنع منه قبل قبض صداقها، كالأول، أي إن هذا الحق تملكه ابتداء وانتهاء، ولا يسقط بتسليم نفسها له مرة أو أكثر.
2. لتعين حقها في البذل، كما تعين حق الزوج في المبدل "البضع"، فصار كالبيع، تسوية بينهما.
3. لأن المهر مقابل بجميع الوطآت⁽³⁾ الموجودة في الملك، فإذا سلمت بعض المعقود عليه، لا يسقط حقها في حبس الباقي، كما لو سلم البائع بعض المبيع.

المناقشة والترجيح:

أولا: مناقشة أدلة أبي حنيفة والحنابلة في أحد الوجهين.

أ. أما الاستدلال بأن المهر في مقابلة كل وطء، فيجاب عنه: بأنه قد استتبع به كل وطء، لكنه قد استقر بالوطء الأول، فقام فيه مقام كل وطء، ألا تراها لو ارتدت بعد الوطء الأول، لم يؤثر في سقوط المهر، وإن لم يستوف كل وطء في النكاح، ولو عادت إلى الإسلام، حل له وطؤها بالمهر المتقدم.

ب. أما القياس على ما قبل الوطء الأول، فالمعنى في الأصل أنها لم تسلم ما استقر به المهر، فجرى مجرى البيع قبل التسليم، وليس كذلك بعد الوطء؛ لأنها قد سلمت ما استقر به المهر، فجرى مجرى المبيع بعد التسليم⁽⁴⁾.

(1) ابن رجب، 1 / 301.

(2) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2 / 285؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3 / 189؛ شيخه زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 1 / 358؛ القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، 1 / 116؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 9 / 530-531؛ ابن قدامة، المغني، 7 / 261.

(3) جمع وطأة، والوطء: كناية عن الجماع. الجوهر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "وطأ"، 1 / 81.

(4) الماوردي، المصدر السابق، 9 / 531.

ثانياً: مناقشة أدلة الجمهور (1) .

يمكن مناقشة أدلة الجمهور بما يأتي:

أ. أما الاستدلال بأن أحكام العقد إذا تعلقت بالوطة، اختصت بالوطة الأول.

فيجاب عنه: بأن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع في جميع الوطات التي توجد في هذا الملك، لا بالمستوفى بالوطة الأولى خاصة؛ لأنه لا يجوز إخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابله، احتراماً للبضع، وإبانة لخطره، فكانت هي بالمنع ممتعة عن تسليم ما يقابله بدل، فكان لها ذلك بالوطة في المرة الأولى، فكان لها أن تمنعه عن الأول حتى تأخذ مهرها، فكذا عن الثاني والثالث.

ب. أما قياسهم ذلك على البائع، وأن بضعها بالوطة قد استهلك، وأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم، فيجاب عنه: بأن المهر يتأكد بالوطة مرة واحدة؛ لأنه موجود معلوم، وما وراءه معدوم مجهول، فلا يزاحمه في الانقسام، ثم عند الوجود يتعين قطعاً، فيصير مزاحماً، فيأخذ قسطاً من البدل، قياساً على العبد إذا جنى جنائية، يجب دفعه بها، فإن جنى جنائية أخرى، فالثانية تزاحم الأولى عند وجودها في وجوب الدفع بها، وكذا الثالثة والرابعة، إلى ما لا يتناهى، بخلاف البائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن، أو بعدما قبض شيئاً منه، ثم أراد أن يسترد، فليس له ذلك؛ لأنه سلم كل المبيع، فلا يملك الرجوع فيما سلم، أما المرأة، فهي لم تسلم كل المعقود عليه، بل البعض دون البعض؛ لأن المعقود عليه منافع البضع، وما سلمت كل المنافع، بل سلمت بعضها دون البعض، فهي بالمنع تمتع عن تسليم ما لم يحصل مسلماً بعد، فكان لها ذلك، والصحيح أن يقاس ذلك على البائع إذا سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن، فإن له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن، كذلك هذا.

ج. أما قولهم بأنه لما كان لها الامتناع من تسليم نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها، ولم يكن لها الامتناع بعد الدخول، كانت يدها فيه قبل الدخول أقوى، فيجاب عنه: بأن هذا الاستدلال فيه نظر؛ لأن قولهم: "ولم يكن لها الامتناع بعد الدخول"، هو موضع النزاع والدعوى، ولا يمكن لموضع النزاع والدعوى أن يكون دليلاً.

ثالثاً: الرأي الراجح.

والرأي الراجح - والله أعلم - هو رأي أبي حنيفة، وأحد الوجهين عند الحنابلة لما يأتي:

1. بسبب قوة الأدلة التي استدلو بها.

2. لأن تسليم نفسها لا يعني إسقاطها لحقها؛ لأن الحق في المهر ثابت.

3. لأن المهر هو نظير أو مقابل للبضع، فليس من العدل إسقاط حقها في الامتناع عن تسليم نفسها مجدداً، بعد أن مكنت زوجها من نفسها مرة، أو مرتين، لأنها تكون قد أحسنت إليه، وهذا الإحسان لا ينبغي أن يقابل بالإساءة، وذلك بإسقاط حقها في الامتناع حتى تنال كامل حقها في المهر.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2 / 289-290.

4. من باب رعاية المصلحة، فلو قلنا بسقوط حقها بعد تسليم نفسها طوعاً، فما الذي يضمن أن يؤدي إليها مهرها، وربما ماطل في دفعه، ومن مصلحتها الامتناع كلما دعت الحاجة.

5. لأن التصريح أقوى من الدلالة⁽¹⁾، وبيان ذلك: أنها لو صرحت بالتنازل عن حقها في المهر، أو أنها وهبته إياه مثلاً، لسقط من ذمة الزوج، أما أنها قد سلمت نفسها طواعية لزوجها، ومكنته من نفسها، فلا يعني ذلك تنازلها عن حقها؛ لأن هذا فعل، وهو دلالة، وليس تصريحاً بالتنازل عن الحق، والتصريح اللفظي، أقوى من الدلالة الفعلية.

موقف قانون الأحوال الشخصية:

نصت المادة (47) على ما يأتي: [إذا تسلمت الزوجة المهر المعجل وتوابعه، أو رضيت بتأجيل المهر أو التوابع كله أو بعضه إلى أجل معين، فليس لها حق الامتناع عن الطاعة، ولا يمنعها ذلك من المطالبة بحقها]⁽²⁾، فقد أوجب القانون عليها الطاعة، وجعل لها الحق في المطالبة فقط.

(1) المراد بالدلالة غير اللفظ من حال، أو عرف، أو إشارة، أو يد، أو غير ذلك، وأما الصريح، فهو ما كان المراد منه ظاهراً ظهوراً بيبناً وتاماً، ومعتاداً نطقاً، أو كتابة، فالتصريح بالمراد أقوى من الدلالة، لذلك كانت الألفاظ أقوى من الدلالة، فإذا تعارض؛ أي الصريح والدلالة، فلا عمل للدلالة، ولا اعتداد بها. أبو الحسين، محمد بن علي الطيب البصري المعتزلي (ت 436هـ)، المعتمد في أصول الفقه، 166/2، المحقق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ؛ البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 201.

(2) الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 113.

المطلب الرابع: حكم إنكاح المرأة نفسها من غير وليها.

أولاً: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً.

الولاية لغة:

الولاية من الفعل وَلِيَ، بمعنى قرب، فيقال: جلست مما يليه؛ أي مما يقاربه، ووليت الأمر إليه ولاية؛ أي توليته، ووليت البلد وعليه، ووليت على الصبي والمرأة، فالفاعل وال، والصبي والمرأة مولى عليه، والولاية النصر، واستولى عليه؛ أي غلب عليه، وتمكن منه، والمولى ابن العم، والعصبة، والناصر والحليف، ووليته تولية؛ أي جعلته والياً، وكل من ولي أمر أحد فهو وليه⁽¹⁾، ويقال: ولي الأمر، وتولاه إذا فعله بنفسه⁽²⁾.

الولاية اصطلاحاً:

هي: القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد⁽³⁾، وبعبارة أخرى: "القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁽⁴⁾.

ثانياً: الحكمة من الولاية.

الغاية من الولاية رعاية المصالح، وحفظ الحقوق، حتى لا تضيق لمن لا يستطيع ذلك⁽⁵⁾.

ثالثاً: تعريف الولي في النكاح.

ولي المرأة هو: البالغ العاقل الوارث⁽⁶⁾، وله على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام⁽⁷⁾، فيتولى أمر المرأة، ومن شروطه العدالة والذكورة والرشد⁽⁸⁾. ولا خلاف بين أهل العلم جميعاً في مشروعية الولاية على المرأة في النكاح؛ ليكون تزويجها بيد وليها، وهو الأقرب من عصباتها، أو من يقوم مقامه، ولا خلاف بينهم أيضاً أن الأجدر بكرامة المرأة، وكمال حشمتها وأدبها أن لا تباشر هذا العقد بنفسها؛ لتتأى بنفسها عن مواطن الرِّيب، ولتصون عرضها عمّا يشعر بوقاحتها، أو ظهور ميلها إلى الرجال، وإنّما الخلاف في صحة مباشرتها لهذا العقد، وفي كونه حقاً من حقوق وليها⁽⁹⁾.

(1) الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 2/ 672.

(2) المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، 496.

(3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6690/9-6691.

(4) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص107.

(5) الزحيلي، المصدر السابق، 6691/9 بتصرف.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/ 117.

(7) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 158.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، 234/4-235؛ ابن قدامة، عمدة الفقه، ص90؛ البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص514 بتصرف.

(9) العوفي، عوض بن رجا، فريخ، الولاية في النكاح "رسالة ماجستير"، ص64، الجامعة الإسلامية، 1403هـ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423هـ، 2002م.

رابعاً: أنواع ولاية النكاح⁽¹⁾.

(أ) الولاية في النكاح نوعان: ولاية إجبار، وولاية ندب واستحباب .
أما ولاية الندب والاستحباب عند "الحنفية" هي الولاية على البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيباً، وولاية الإيجار عندهم هي: الولاية على الصغيرة بكرة كانت أو ثيباً، وكذا الكبيرة المعتوهة.
وإنما جعل الحنفية الولاية على البالغة العاقلة البكر، أو الثيب⁽²⁾ مستحبة؛ لأن الولي ليس شرطاً لصحة زواج المرأة البالغة.

أما الجمهور، فالولي عندهم شرط لصحة عقد الزواج.
والجمهور يتفقون مع الحنفية على أن للأب تزويج البكر الصغيرة جبراً عليها دون استئذانها.
(ب) شرط ثبوت ولاية الإيجاب⁽³⁾:

أما ولاية الحتم والإيجاب، فشرط ثبوتها عند الحنفية كون المولى عليه صغيراً، أو صغيرة، أو مجنوناً كبيراً، أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرة، أو ثيباً، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل، ولا على العاقلة البالغة.

(ج) شرط ثبوت ولاية الاستحباب⁽⁴⁾: شرط ثبوت هذه الولاية عند الحنفية رضا المولى عليه لا غير.
خامساً: حكم الولاية في عقد نكاح المرأة.

اختلف الفقهاء في اشتراط الولي في عقد نكاح المرأة على مذاهب:
المذهب الأول: للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.
قالوا: إن الولي شرط لصحة النكاح، فلا يصح العقد بدونه، ولا يجوز للمرأة أن تبأثر عقدها بنفسها، وبعبارة أخرى، إن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء⁽⁵⁾.
المذهب الثاني: للحنفية.

قالوا: ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها، وإن لم يعقد عليها ولي، بكرة كانت، أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية، وفي رواية عن أبي يوسف: إنه لا ينعقد إلا بولي⁽⁶⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 237/2؛ الزيلعي، تبیین الحقائق، 117/2؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 6/2؛ الأنصاري، أسنى المطالب، 126/3-127؛ ابن قدامة، المغني، 30/7-31؛ البهوتي، كشف القناع، 43/5.

(2) هي المرأة التي سبق لها الزواج، وفارقها زوجها بطلاق، أو وفاة، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. الزبيدي، تاج العروس، مادة "ثيب"، 114/2.

(3) الكاساني، البدائع، 247/2.

(4) الكاساني، المصدر نفسه، 247/2.

(5) القاضي عبد الوهاب، التلخيص في الفقه المالكي، 1/112؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 62/5-63؛ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 509/3-510؛ الشافعي، الأم، 5/13-15؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 9/531-530؛ ابن قدامة، المغني، 7/261-262؛ المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد (ت624هـ)، العدة شرح العدة، ص390-391، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1424هـ، 2003م.

(6) السرخسي، المبسوط، 5/11-14؛ ابن الهمام، فتح القدير، 3/256-260؛ الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 247/2-250؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/117-118.

المذهب الثالث: لمحمد بن الحسن.

قال محمد: ينعقد عقد النكاح موقوفاً، ويرتفع الخلل بإجازة الولي⁽¹⁾.

المذهب الرابع: رواية عن مالك⁽²⁾.

إن عقد النكاح يصح بلا ولي إذا كانت المرأة شريفة، أما إذا كانت دنيئة، فيصح إن جعلت أمرها إلى رجل صالح من المسلمين، لكن بشرط ألا يوجد للدنيئة ولي خاص مُجبر، وألا تتولى النكاح بنفسها، بل يتولاه رجل من المسلمين، والمرأة الشريفة هي: ذات القدر، من حسب، وعلو نسب، وجمال، ومال، أما الدنيئة -مَنْسُوبَةٌ لِلدَّنَاءَةِ- وهي غَيْرُ الشَّرِيفَةِ، أي التي لَا يُرْعَبُ فيها؛ لِعَدَمِ مَالِهَا وَجَمَالِهَا وَحَسَبِهَا.

جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "ويخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون: إنها من شروط الصحة، لا من شروط التمام"⁽³⁾.

سبب الخلاف:

ورد في بداية المجتهد أن السبب في هذا الخلاف أنه لم تأت آية، ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها، هي أيضاً محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها، مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس رضي الله عنهما -، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل؛ لأن الأصل براءة الذمة⁽⁴⁾.

علاقة إنكاح المرأة نفسها من غير وليها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن عقد النكاح بلا ولي تتجاذبه مجموعة من الآراء الفقهية، فهو عند الجمهور باطل، وبالتالي لا يمكن تصحيحه بحال، وهو عند الحنفية جائز في ظاهر الرواية، وعند محمد بن الحسن ينعقد موقوفاً على موافقة الولي، فقد اعتبر عقدها النكاح بلا ولي فيه خلل لا يجبر إلا بموافقة الولي، ويظهر تعلق هذه القاعدة بهذا العقد في الحكم على حالة دوامه واستمراره، فالعقد ابتداء بدون ولي لا يجوز عند الجمهور

(1) السرخسي، المبسوط، 5/ 11-14؛ ابن الهمام، فتح القدير، 3/ 256-260؛ الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2/ 247-250؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/ 117-118.

(2) ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، 1/ 472-475، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1988م؛ النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/ 8؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 2/ 46.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/ 36.

(4) ابن رشد، 3/ 36-37.

بحال، وينعقد موقوفاً عند محمد ويرتفع الخلل بقاءً ودواماً بموافقة الولي، فَجَبُرَ الخلل بموافقة الولي في عقد فيه خلل ابتداءً ما هو إلا تطبيق عملي لكون البقاء أسهل من الابتداء، وتتأكد الحاجة إلى تصحيح هذا العقد في حالة حصول دخول وحصول حمل، فالأولى الحكم ببقائه.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور.

استدل الجمهور بالأدلة الآتية⁽¹⁾:

1. من القرآن الكريم:

الآيات الآمرة الرجال بتزويج النساء، والآيات التي فيها نهى الرجال عن عضل النساء ، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: إن هذا خطاب للأولياء بأن لا يُنكحوا المسلمات المشركين، ولو فرض أنه يجوز لها إنكاح نفسها لما كانت الآية دالة على تحريم ذلك عليهن؛ لأن القائل بأنها تُنكح نفسها يقول: بأنه ينكحها وليها أيضاً، فيلزم أن الآية لم تف بالدلالة على تحريم إنكاح المشركين للمسلمات؛ لأنها إنما دلت على نهى الأولياء عن إنكاح المشركين، لا على نهى المسلمات أن يُنكحن أنفسهن منهم، وقد علم تحريم نكاح المشركين للمسلمات، فالأمر للأولياء دال على أنه ليس للمرأة ولاية في النكاح⁽³⁾، ففي هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي⁽⁴⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلُهُنَّ فَلَا تَعْصُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى منع الولي، ونهاه عن عضل المرأة إن أرادت النكاح، فلو كان للمرأة إنكاح نفسها بغير إنكاح وليها إياها، وتولية من أرادت توليته في إنكاحها، لم يكن لنهي وليها عن عضلها معنى مفهوم، إذ كان لا سبيل له إلى عضلها، وذلك أنها إن كانت متى أرادت النكاح جاز لها إنكاح نفسها، أو إنكاح من توكله إنكاحها، فلا يتحقق العضل لها من أحد، فينهى عضلها

(1) القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقة المالكي، 1/ 112؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 5/ 62-63؛ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 3/ 509-510؛ الشافعي، الأم، 5/ 13-15؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 9/ 530-531؛ ابن قدامة، المغني، 7/ 261-262؛ المقدسي، العدة شرح العمدة، ص 390-391.

(2) سورة البقرة، الآية 221.

(3) الصنعاني، سبل السلام، 2/ 176-177.

(4) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، 72/3، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ، 1964م.

(5) سورة البقرة، الآية: 232.

عن عضلها⁽¹⁾، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: إن هذا الخطاب في الآية موجه للرجال دون النساء، فالله سبحانه أمر هنا أولياء المرأة أن يقوموا بتزويجها، والأمر يدل على الوجوب، فهذا صريح الدلالة على أنهم هم المكلفون بتزويجها، فلما كان الخطاب متوجهاً في إنكاحهن إلى غيرهن ولم يكن إليهن دل على أنه ليس لأحد من المخاطب فيهن أن يزوج نفسه⁽³⁾.

2. من الأحاديث النبوية الشريفة والآثار:

أ. قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)⁽⁴⁾.

فالحديث دال بمنطوقه على نفي النكاح بدون ولي، ويدل بمفهومه على عدم جواز مباشرة المرأة لعقد النكاح لنفسها أو لغيرها⁽⁵⁾، ومن هنا، فإن عقدت المرأة عقدة النكاح لنفسها، أو لغيرها، بإذن وليها أو بغير إذنه لم يصح⁽⁶⁾.

ب. قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ اشْتَجَرُوا -فَالسُّلْطَانُ، وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا)⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: إن هذا نص صريح في إبطال النكاح بغير ولي، من غير تخصيص ولا تمييز⁽⁸⁾؛ حيث حكم بالبطلان، وأكد ذلك بالتكرار، وأوجب المهر بالدخول، ولو كان النكاح صحيحاً لوجب بالعقد⁽⁹⁾. وهذا الحديث حديث جليل، وعليه الاعتماد في إبطال النكاح بغير ولي⁽¹⁰⁾.

(1) الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 26/5.

(2) سورة النور، الآية: 32.

(3) ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، 1/471-472.

(4) أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح ر (1880)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، 605/1، والحديث صححه الألباني.

(5) الخطابي، معالم السنن، 198/3، المطبعة العلمية، حلب، ط 1، 1351 هـ، 1932 م.

(6) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 10-9/3.

(7) هذا اللفظ أخرجه الدارمي، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ح ر (2230)، الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمي السمرقندي (ت 255 هـ)، سنن الدارمي، 1397/3، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412 هـ، 2000 م. وهذا الحديث صحيح. الألباني، إرواء الغليل، 235/6.

(8) الماوردي، الحاوي الكبير، 9/40؛ الأنصاري، أسنى المطالب وحاشية الرمل، 125/3.

(9) سورة النور، الآية: 32.

(10) ابن عدي، أبو أحمد بن عدي الجرجاني (ت 365 هـ)، الكامل في ضعفاء الرجال، 255/4، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997 م.

ج. قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لَا تُرْوَجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُرْوَجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُرْوَجُ نَفْسَهَا)⁽¹⁾.

وجه الدلالة: إن الحديث فيه دلالة على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها، ولا لغيرها، فلا تصح عبارتها في النكاح إيجاباً، ولا قبولا، لذلك، لا تزوج نفسها بإذن الولي، ولا بغير إذنه، ولا تزوج غيرها بولاية، ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة⁽²⁾.

د. وعن عكرمة بن خالد⁽³⁾ قال: جَمَعَتِ الطَّرِيقُ رَكْبًا، فَجَعَلَتْ امْرَأَةً مِنْهُنَّ نَيْبَ امْرَأَةٍ بِيَدِ رَجُلٍ غَيْرِ وَلِيٍّ، فَأَنْكَحَهَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ، فَجَلَدَ النَّكَاحَ وَالْمُنْكَحَ، وَرَدَّ نِكَاحَهَا⁽⁴⁾.

هـ. وَعَنْ الشَّعْبِيِّ⁽⁵⁾ قَالَ: مَا كَانَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- أَشَدَّ فِي النَّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ مِنْ عَلِيٍّ، كَانَ يَضْرِبُ فِيهِ⁽⁶⁾.

3. من القياس:

لأنها مولى عليها في النكاح، فلا تليه، قياساً على الصغيرة⁽⁷⁾.

4. من المعقول⁽⁸⁾:

أ. إن الزواج عقد خطير دائم، ذو مقاصد متعددة، والرجل بما لديه من خبرة أقدر على مراعاة تلك المقاصد، أما المرأة، فخبيرتها محدودة، وتتأثر بأمور وقتية، فمن مصلحتها تفويض العقد لوليها دونها.

(1) أخرجه ابن ماجه، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح ر (1882)، ابن ماجه، السنن، 80/3. قال المحقق: "حديث صحيح لغيره دون قوله: "فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"، وهذا إسناد ضعيف؛ لضعف جميل بن الحسن العتكي، والصحيح أن هذه الجملة من قول أبي هريرة".

(2) (الحصني، كفاية الأخيار، 356/1؛ الصنعاني، سبل السلام، 2/ 176-177).

(3) عكرمة بن خالد بن العاص المخرومي القرشي، سمع ابن عمر، وسعيد بن جبير، روى عنه حنظلة بن أبي سفيان، وابن جريج، وابن طاووس، كان ثقة، وله أحاديث، مات بعد عطاء، ومات عطاء سنة 115 هـ. أو سنة 114 هـ. ابن سعد، الطبقات الكبرى، 6/ 26؛ البخاري، التاريخ الكبير، 49/7، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الهند، د. ط، بدون سنة نشر.

(4) أخرجه سعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، رقم (530)، الجوزجاني، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت 227 هـ)، سنن سعيد بن منصور، 175/1، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1403 هـ، 1982 م. وهذا الأثر فيه انقطاع. ابن كثير، مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وأقواله على أبواب العلم، 117/2، المحقق: إمام بن علي ابن إمام، دار الفلاح، الفيوم، مصر، الطبعة الأولى، 1430 هـ، 2009 م.

(5) عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كيار، الإمام، علامة العصر، أبو عمرو الهمداني، ولد في إمرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكانت وفاته عام 104 هـ. ابن عساكر، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله (ت 571 هـ)، تاريخ دمشق، 335/25، المحقق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، 1415 هـ، 1995 م؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، 4/ 294-295.

(6) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح ر (13644)، البيهقي، السنن الكبرى، 180/7. قال البيهقي عقبه: "أخبرناه أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو الوليد، ثنا الحسن بن سفيان، ثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ثنا أبو خالد، ثنا مجالد، عن الشعبي فذكره"، ولم يذكره بضعف. وانظر: الرباعي، الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الصنعاني (ت 1276 هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، 1413/3، المحقق: مجموعة من العلماء بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، ط 1، 1427 هـ.

(7) ابن قدامة، المغني، 6/ 7.

(8) (الماوردي، الحاوي الكبير، 9/ 42؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6700/9).

ب. لأن كل من كان من زوائد عقد النكاح، كان شرطاً فيه كالشهود، ولأن ما اختص من بين جنسه بزيادة عدد، كانت الزيادة شرطاً فيه، كالشهادة في الزنا.

ج. من عقد على نفسه، واعترض عليه غيره في فسخه، دل على فساد عقده.

د. لأن من منع من الوفاء معقود العقد، خرج من العقد، كالمحجور عليه.

ثانياً: أدلة الحنفية.

استدل الحنفية بالأدلة الآتية:

1. من القرآن الكريم:

أ. قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلُهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁾. والاستدلال بالآية من جهتين⁽²⁾:

الأولى: إنه أضاف النكاح إليهن، فدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

الثانية: إن الله سبحانه نهى الأولياء عن العضل، وهذا يدل على إبطال ولايتهم.

ب. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽³⁾.

والاستدلال بهذه الآية من جهتين⁽⁴⁾:

الأولى: إضافة النكاح إلى المرأة، وهذا يقتضي تصور النكاح منها، فيدل على صحة النكاح بلا ولي.

الثانية: جعل الله نكاح المرأة غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها.

ج. قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة من الآية: إنه جاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة عقد

النكاح لنفسها نفي لموجب الآية⁽⁶⁾.

2. من الأحاديث النبوية الشريفة:

أ. قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها

وإذنهما صماتها)⁽⁷⁾، وفي لفظ: (الثيب أحق بنفسها من وليها)⁽⁸⁾.

(1) الآية سبق عزوها ص 222.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، 486/1-487؛ الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2/ 285؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/ 189؛ شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 1/ 332.

(3) سورة البقرة، الآية 230.

(4) الجصاص، المصدر السابق، 486/1-487؛ الطحاوي، المصدر السابق، 2/ 285؛ الكاساني، المصدر السابق، 248/2؛ ابن نجيم، المصدر السابق، 3/ 189.

(5) سورة البقرة، الآية 234.

(6) الجصاص، المصدر السابق، 487/1.

(7) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ح ر (1421)، مسلم، الجامع الصحيح، 2/ 1037.

(8) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ح ر (1421)، مسلم، المصدر نفسه، 2/ 1037.

وجه الاستدلال من الحديث:

أن الأيم: هي من لا زوج لها، بكرًا كانت، أو نبيًا، فأفاد الحديث أن فيه حَقَّين، حَقَّ الولي، وهو مباشرته عَقْدَ النِّكَاحِ بِرِضَاهَا، وقد جَعَلَهَا أَحَقَّ منه، وَلَنْ تَكُونَ أَحَقَّ إِلَّا إذا زوجت نفسها بغير رِضَاهُ⁽¹⁾.

ب. حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: (ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها)⁽²⁾.

وجه الدلالة من الحديث: إنه صريح في إثبات حق المرأة في تزويج نفسها بغير ولي، وإن الولي ليس له اعتبار في العقد، فالمرأة تتولاه بنفسها⁽³⁾.

ج. ما جاء عن عائشة -رضي الله عنها- أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن⁽⁴⁾، المنذر ابن الزبير⁽⁵⁾، وعبد الرحمن⁽⁶⁾ غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: أمثلي يصنع به هذا، ويفتات⁽⁷⁾ عليه؟ فكلمت عائشة المنذر، فقال المنذر: إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت أرد أمرا قضيتيه، ففرت حفصة عنده، ولم يكن ذلك طلاقا⁽⁸⁾.

وجه الدلالة من ذلك: إن أم المؤمنين -رضي الله عنها- زوجت بنت عبد الرحمن بغير أمره، فهذا دال دلالة واضحة على صحة مباشرة المرأة عقد النكاح بنفسها⁽⁹⁾.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 259/3؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 3/117.

(2) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الثيب، ح (2100)، أبو داود، سنن أبي داود، 233/2، والحديث صححه الألباني.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2.

(4) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق -رضي الله عنهم أجمعين-، روت حفصة عن أبيها، وعن عمتها عائشة، وعن خالتها أم سلمة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- سماعا، وهي من ثقات التابعين. ابن سعد، الطبقات الكبرى، 342/8؛ العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح الكوفي (ت 261هـ)، تاريخ الثقات، 450/2، دار الباز، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1984م.

(5) هو المنذر بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي، شقيق عبد الله بن الزبير، وكان منقطعاً إلى معاوية بن أبي سفيان -رضي الله عنه-، وأوصى معاوية أن يحضر المنذر غسله، وأمر له بمال، فكتب يزيد بن معاوية إلى عبيد الله بن زياد، فدفعه إليه، فأقطعه الدار التي تنسب إلى الزبير بكلاء البصرة، وأقطعه منزلاً بالبصرة، توفي عام 73هـ. الزبير، مصعب بن عبد الله بن مصعب بن ثابت (ت 236هـ)، نسب قريش، ص 244، المحقق: ليفي بروفنسال، أستاذ اللغة والحضارة بالسوربون، ومدير معهد الدروس الإسلامية بجامعة باريس سابقاً، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، 4/408.

(6) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن عثمان، أبو محمد، ويقال أبو عبد الله، وقيل أبو عثمان، وقيل عبد العزى بن أبي بكر ابن أبي قحافة القرشي التيمي، وأمه أم رومان والددة عائشة، كان اسمه عبد الكعبة، فغيره النبي -صلى الله عليه وسلم-، وتأخر إسلامه إلى أيام الهدنة، فأسلم وحسن إسلامه، توفي عام 53، أو 54، وقيل غير ذلك؛ الذهبي، المصدر نفسه، 4/92؛ ابن حجر، الإصابة، 475/4-476.

(7) أي يسبق على رأيه، فلا يشاور، ولا يستأذن منه. النسفي، طلبية الطلبة، ص 43.

(8) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح (13653)، البيهقي، السنن الكبرى، 183/7. والحديث موقوف، كما قال ابن حجر، وذكره الزيلعي، ولم يعب إسناداه. انظر: الزيلعي، نصب الراية، 186/3؛ ابن حجر، إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، 494/17.

(9) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 8/3.

ثالثاً: أدلة محمد بن الحسن.

استدل محمد، وهي رواية عن أبي يوسف بأن عقد النكاح يصح بلا ولي موقوفاً على إجازة الولي، بالسنة والمعقول، والقواعد الفقهية⁽¹⁾:

1. من الأحاديث النبوية الشريفة:

أ - قول الرسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)⁽²⁾. وَالْبَاطِلُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ مَا لَا حُكْمَ لَهُ شَرْعاً، كَالْبَيْعِ الْبَاطِلِ، وَلِأَنَّ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقًّا فِي النِّكَاحِ بِدَلِيلٍ أَنَّ لَهُمْ حَقَّ الْإِعْتِرَاضِ وَالْفَسْخِ، وَمَنْ لَا حَقَّ لَهُ فِي عَقْدٍ كَيْفَ يَمْلِكُ فُسْخَهُ، وَالتَّصَرُّفُ فِي حَقِّ الْإِنْسَانِ يَقِفُ جَوَازُهُ عَلَى جَوَازِ صَاحِبِ الْحَقِّ، كَالْأُمَةِ إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا.

ب - أثر عائشة - رضي الله عنها - السابق أنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن، المنذر ابن الزبير، وعبد الرحمن كان غائباً بالشام....⁽³⁾.

وجه الدلالة: إن عائشة - رضي الله عنها - هي التي باشرت عقد النكاح بنفسها، ثم لما جاء ولي حفصة، وهو أبوها عبد الرحمن، أجاز هذا العقد، فدل على صحته موقوفاً على إجازة الولي.

2. من المعقول⁽⁴⁾:

إن للأولياء حقاً في النكاح، بدليل أن لهم حق الاعتراض والفسخ، ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه، والتصرف في حق الإنسان يقف جوازه على جواز صاحب الحق، قياساً على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها.

3. من القواعد الفقهية:

الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

يمكن الاستدلال له بهذه القاعدة؛ ويظهر وجه الاستدلال بما يأتي: حيث إنه يقول: إن عقد النكاح يصح بلا ولي موقوفاً على إجازة الولي؛ حيث يرتفع الخلل بإجازة الولي، فالخلل الواقع بعقد نكاحها بنفسها يجبر بإجازة وليها، فهذا فيه مراعاة لحالة البقاء، فقد تم اعتبار العقد قائماً موقوفاً، ولو لم يراعِ الدوام والاستمرار هنا لنقض العقد من أساسه، ولما توقف على إجازة أحد، فالبقاء أيسر من الحوادث، والبقاء يتسامح فيه ما لا يتسامح في الابتداء، والحكم ببقاء هذا العقد فيه تحقيق بعض المصالح من استمرار الزوجية والمحافظة على الذرية.

(1) السرخسي، المبسوط، 10/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 247/2-248؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 3/189.

(2) الحديث سبق تخريجه ص 234.

(3) سبق تخريجه ص 226.

(4) الكاساني، المصدر السابق، 247/2.

ثالثاً: دليل مالك⁽¹⁾.

وجه رواية الإجازة: إن الدنيئة يتعذر عليها رفع أمرها إلى الحاكم، فلو كلفت ذلك لأضر بها، وتعذر نكاحها؛ ولذلك جاز أن تجعل أمرها إلى أحد المسلمين.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية.

1. أما قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾⁽²⁾، التي استدل بها الحنفية من وجهين؛ أما الوجه الأول وهو: إضافة النكاح إليهن، فدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير شرط الولي.

فيمكن أن يناقش ذلك:

أ- بأن إضافة النكاح إليها لأنها محل له؛ وإن عَضَلَهَا معناه الامتناع عن تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي؛ لأنه من يملك الامتناع، ومما يؤيد ذلك أنها نزلت في شأن الصحابي معقل ابن يسار⁽³⁾ رضي الله عنه- حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم-، فزوجها⁽⁴⁾.

ب- إن المراد بنكاحهن في الآية هو ما يعقده لهن أولياؤهن، لا ما تعقده المرأة نفسها، بدليل سبب نزول الآية السابق، لذلك قال الشافعي في حق هذه الآية: بأنها أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أنه ليس للمرأة الحرة أن تتكح نفسها⁽⁵⁾.

أما الوجه الثاني وهو: أن الله سبحانه نهى الأولياء عن العضل، وهذا يدل على إبطال ولايتهم. يمكن أن يناقش ذلك: بأن العضل يتصرف على وجوه مرجعها إلى المنع، وهو المراد هنا، فنهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه، وهذا دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح، وإنما هو حق الولي، ولولا ذلك لما نهاه الله عن منعها، وقد صح أن معقل بن يسار رضي الله عنه- كانت له أخت، فطلقها زوجها، فلما انقضت عدتها خطبها، فأبى معقل، فأنزل الله تعالى هذه الآية ولو لم يكن له حق لقال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم-: لا كلام لمعقل في ذلك⁽⁶⁾، ولولا أن الولي يملك منعها عن النكاح لما نهاه عنه، كما لا ينهاه الأجنبي الذي لا ولاية له عنه⁽⁷⁾.

(1) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 3/ 270.

(2) الآية سبق عزوها ص 222.

(3) هو معقل بن يسار بن عبد الله المزني، أحد الصحابة الكرام، أسلم قبل الحديبية، وشهد بيعة الرضوان، توفي عام 65 هـ تقريباً. ابن الأثير، أسد الغابة، 5/ 224؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 6/ 146.

(4) ابن قدامة، المغني، 6/ 7.

(5) الشافعي، الأم، 5/ 178.

(6) ابن العربي، أحكام القرآن، 1/ 271-272.

(7) الجصاص، أحكام القرآن، 1/ 484.

2. أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹⁾.

فيرد عليه: إن المقصود بالنكاح في قوله تعالى: (حَتَّى تَنْكِحَ) ما يعقده لها وليها، لا أن تباشره المرأة بنفسها، وإنما أضيف إليها النكاح؛ لأنها محل ذلك وسببه، وأيضاً، فإن النكاح الذي تنتهي به هذه الحرمة ليس هو العقد، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: (لا حتى تذوق عسيلته، ويذوق عسيلتك)⁽²⁾، فوجب أن يكون المراد منه هو الوطء، ومن ناحية أخرى، فإن النكاح في اللغة عبارة عن الضم والوطء، يقال: نكح المطر الأرض إذا وصل إليها، ونكح النعاس عينه، ومعلوم أن معنى الضم والوطء في المباشرة أتم منه في العقد، فوجب حمله عليه⁽³⁾.

3. أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾.

فيجاب عنه: بأن المراد برفع الجناح عنهن، أن لا يمنعن من النكاح إذا أردنه، وليس فيه دلالة على تفردهن بغير ولي، تماماً كما لم يدل على تفردهن بغير شهود⁽⁵⁾، وهو يقتضي فعله على ما جرى به العرف من المعروف الحسن، وليس من المعروف الحسن أن تُنكح نفسها بغير ولي⁽⁶⁾.

4. أما استدلالهم بحديث: (الشيء أحق بنفسها من وليها)⁽⁷⁾، فيجاب عنه: بأن المراد اعتبار الرضا منها، أي أن لا ينفرد وليها بالاختيار لها، جمعا بين الأخبار، كما أن الحديث أثبت حقا للولي كما يفيد لفظ: "أحق"، وأحقية هي الولاية، وأحقيتها رضاها، فإنه لا يصح عقده بها إلا بعد الرضا، فحقها بنفسها أكد من حقه؛ لتوقف حقه على إذن⁽⁸⁾.

5. أما استدلالهم بحديث: (الأيّم أحق بنفسها من وليها)⁽⁹⁾.
فيمكن أن يناقش من عدة جوانب⁽¹⁰⁾:

الجانب الأول: إن معنى الأيّم مختلف فيه عند اللغويين، فقليل: هي التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، وإن لم تنكح قط.

(1) الآية سبق عزوها ص 225.

(2) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، ويطأها، ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ح ر (1433)، مسلم، الجامع الصحيح، 1055/2.

(3) الرازي، مفاتيح الغيب "التفسير الكبير"، 408/6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420 هـ.

(4) الآية سبق عزوها ص 225.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 233/1.

(6) الماوردي، المصدر نفسه، 43/9.

(7) الحديث سبق تخريجه ص 225.

(8) الماوردي، المصدر نفسه، 43/9.

(9) الحديث سبق تخريجه ص 225.

(10) الماوردي، المصدر نفسه، 43/9.

وقيل: إنها لا يقال لها أيم إلا إذا نكحت، ثم حلت بموت، أو طلاق، بكرة كانت، أو ثيباً؛ لذلك، فالأيم في هذا الخبر المراد بها الثيب من الأيامي الخاليات عن الأزواج دون الأبكار، فقد ورد في لفظ: (الثيب أحق بنفسها من وليها)⁽¹⁾، ولأنه لما قابل الأيم بالبكر، اقتضى أن تكون البكر غير الأيم؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وليس غير البكر إلا الثيب، فلهذا عدل بالأيم عن حقيقة اللغة إلى موجب الخبر.

أما الخبر، فمعناه: أنها أحق بنفسها في أنها لا تجبر إن أبت، ولا تمنع إن طلبت، أو أنه جعل لها ولياً في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها فوجب أن لا يسقط ولايته عن عقدها؛ ليكون حقها في نفسها، وحق الولي في عقدها، فيجمع بين هذا الخبر، وبين قوله -صلى الله عليه وسلم-: (لا نكاح إلا بولي)⁽²⁾ في العقد.

وإن لفظة: "أحق" موضوعة في اللغة للاشتراك في المستحق، إذا كان حق أحدها فيه أغلب، كما يقال: زيد أعلم من عمرو، إذا كانا عالمين، وأحدهما أفضل وأعلم، ولو كان زيد عالماً، وعمرو جاهلاً، لكان كلاماً مردوداً؛ لأنه لا يصير بمثابة قوله: العالم أعلم من الجاهل، وهذا الفرد إذا كان ذلك موجباً لكل واحد منهما حق، وحق الثيب أغلب، فالأغلب أن يكون من جهتها الإذن، والاختيار من جهة قبول الإذن في مباشرة العقد⁽³⁾.

6. أما استدلالهم: بحديث: (ليس للولي مع الثيب أمر)⁽⁴⁾.

فيرد عليه: إن الحديث بهذا اللفظ ضعيف، لا يصح، وقد وهم أحد رواته⁽⁵⁾ في متنه وإسناده⁽⁶⁾، وعلى فرض صحته، فالأمر هو الإيجاب والإلزام، وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها، ولا يقتضي ذلك أن ينفرد بالعقد دون وليها كما لا تنفرد به دون الشهود⁽⁷⁾.

7. أما استدلالهم بأثر عائشة رضي الله عنها-، فيجاب عنه بما يأتي⁽⁸⁾:

1. إنه لم يثبت في الأثر أن عائشة رضي الله عنها- هي التي باشرت العقد، حيث يمكن حمل قوله: "زوجت"، أي مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك، وإذنها فيه، ثم أشارت على من ولي أمرها، عند غيبة أبيها، حتى عقد النكاح، ويدل على صحة هذا التأويل، ما رواه عبد

(1) الحديث سبق تخريجه ص 225.

(2) الحديث سبق تخريجه ص 223.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 43/9.

(4) الحديث سبق تخريجه ص 226.

(5) وهو معمر بن راشد أبو عروة الأزدي البصري الإمام الحافظ، أبو عروة بن أبي عمرو، نزيل اليمن، ولد عام 95 أو 96 هـ، وشهد جنازة الحسن البصري، وطلب العلم وهو حدث، توفي عام 150 هـ. ابن سعد، الطبقات الكبرى، 72/6؛

الذهبي، سير أعلام النبلاء، 5/7.

(6) الدارقطني، سنن الدارقطني، 348/4.

(7) الماوردي، المصدر السابق، 40/9.

(8) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2/249؛ الماوردي، المصدر السابق، 150/9؛ الزيلعي، نصب الراية، 3/186.

- الرحمن بن القاسم⁽¹⁾ قال: كنت عند عائشة يخطب إليها المرأة من أهلها، فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح، قالت لبعض أهلها: زوج، فإن المرأة لا تلي عقد النكاح، ولذلك، فإذا كان مذهبها هذا، فعلم أن المراد بقوله: "زوجت" ما ذكر، فلا يخالف ما روته عن النبي -صلى الله عليه وسلم-، ومن الجائز أيضا أن تكون في الأول أيضا أمرت رجلا بالتزويج، فكان مضافا إليها لأمرها به.
2. إنها -رضي الله عنها- روت الأحاديث عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في اشتراط الولي في النكاح، وعدم جواز تولية المرأة نفسها في النكاح، مما يدل على أن مذهبها اشتراط الولي في النكاح.
3. إنه قول صحابي، وهو غير معتبر إن خالف نصا شرعيا.

ثانيا: مناقشة أدلة الجمهور⁽²⁾.

يمكن مناقشة أدلة الجمهور بما يأتي:

أ. أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾⁽³⁾.

فيمكن الرد عليه من جوانب:

1. إن ظاهر هذه الآية يقتضي أن يكون ذلك خطابا للأزواج؛ لأن قوله: (فلا تعضلوهن) إنما هو خطاب لمن طلق، وإذا كان كذلك كان معناه عضلها عن الأزواج بتطويل العدة عليها، كما قال سبحانه⁽⁴⁾: ﴿وَلَا تُسَيِّكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّعَعْدُوا﴾⁽⁵⁾.
 2. إن الخطاب للأزواج الذين يعضلون نساءهم بعد انقضاء العدة ظلما، ولا يتركونهن يتزوجن من يشأن من الأزواج، وإنما سموا أزواجا باعتبار ما يؤول إليه⁽⁶⁾.
- فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾⁽⁷⁾ جملة مركبة من شرط وجزاء، فالشرط قوله: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ﴾ ، والجزاء قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ ، ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج، فوجب أن يكون الجزاء خطاباً معهم أيضاً، إذ لو لم يكن كذلك لصار تقدير الآية: إذا طلقتم

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم بن محمد ابن خليفة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أبي بكر الصديق -رضي الله عنه، أبو محمد القرشي، التيمي المدني، الإمام الثبت الفقيه، كان إماما حجة، صاحب ورع، فقيه النفس، كبير الشأن، وعداده في صغار التابعين، حدث عنه: شعبة، وسفيان الثوري، والأوزاعي، ومالك، وسفيان بن عيينة، وآخرون، كان مولده في خلافة معاوية -رضي الله عنه-، وتوفي عام 126 هـ. ابن سعد، الطبقات الكبرى، 367/5؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، 6-5/6.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2 / 289-290.

(3) الآية سبق عزوها ص 222.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، 487/1.

(5) سورة البقرة، الآية 231.

(6) النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، 193/1، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الأولى، 1419 هـ، 1998 م.

(7) الآية سبق عزوها ص 222.

النساء أيها الأزواج، فلا تعضلوهم أيها الأولياء، وحيث لا يكون بين الشرط وبين الجزاء مناسبة أصلاً، وذلك يوجب تفكك نظم الكلام، وتنزيه كلام الله عن مثله واجب⁽¹⁾.

ب. أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁽²⁾.
فيجاب عنه: بأن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين، أو لجميع المسلمين، أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء⁽³⁾.

ج. أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁽⁴⁾.
فيجاب عنه: بعدم التسليم أن الخطاب في الآية للأولياء، بل هو خطاب للأزواج أن يتزوجوا الأيما عند الحاجة⁽⁵⁾، والأيما جمع أيم، وهو أعم من المرأة لتناوله الرجل، فلا يصح أن يراد بالمخاطبين الأولياء، وإلا كان للرجل ولي⁽⁶⁾.

د. أما الاستدلال بحديث: (لا نكاح إلا بولي)⁽⁷⁾.

فقد نوقش من وجوه:

1. إن الحديث مضطرب في إسناده، في وصله وانقطاعه وإرساله⁽⁸⁾.
 2. لما قلتم إنه نكاح بلا ولي، فقلوه: (لا نكاح إلا بولي) لا يعترض على موضع الخلاف؛ لأن هذا نكاح بولي؛ لأن المرأة ولي نفسها، كما أن الرجل ولي نفسه؛ لأن الولي هو الذي يستحق الولاية على من يلي عليه، والمرأة تستحق الولاية والتصرف على نفسها في مالها، فكذا في بعضها⁽⁹⁾.
 3. لو تم التسليم بصحة الحديث، فلا دلالة على اشتراط الولي في النكاح، حيث إن النفي للكمال، لا للصحة⁽¹⁰⁾، فيحمل قوله: (لا نكاح إلا بولي) على الندب والاستحباب، لا الوجوب⁽¹¹⁾.
- ويقال أيضاً: إن لفظ (الولي)، يحتمل أن يُراد به من يتوقف على إذن، أي: لا نكاح إلا بمن له ولاية، لينفي نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة⁽¹²⁾، وكل ذلك سائغ في إطلاق النصوص، ويجب ارتكابه لدفع المعارضة وتام الكلام⁽¹³⁾.

(1) الرازي، التفسير الكبير، 454/6.

(2) الآية سبق عزوها ص 222.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 37/3.

(4) الآية سبق عزوها ص 223.

(5) الماوردي، تفسير الماوردي "النكت والعيون"، 98/4، المحقق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(6) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 121/20.

(7) الحديث سبق تخريجه ص 223.

(8) ابن الهمام، فتح القدير، 259/3.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، 246/2.

(10) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 117/3.

(11) الكاساني، المصدر السابق، 249/2.

(12) ابن الهمام، المصدر السابق، 247/3.

(13) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 56/3.

وأجيب عن ذلك: بأن فيه نفي ثبوت النكاح على عموميه ومخصوصه إلا بولي، وقد تأوله الحنفية على نفي الفضيلة والكمال، وهذا تأويل فاسد؛ لأن العموم يأتي على أصله جوازا، أو كمالا، والنفي في المعاملات يوجب الفساد؛ لأنه ليس لها إلا جهة واحدة، وليس كالعبادات والقرب، التي لها جهتان من جواز ناقص وكامل، وكذلك تأويل من زعم أنها ولاية لنفسها، وتأويل معنى الحديث على أنها إذا عقدت على نفسها، فقد حصل نكاحها بولي، وذلك أن الولي هو الذي يلي غيره، ولو جاز هذا في الولاية لجاز مثله في الشهادة، فتكون هي الشاهدة على نفسها، فلما كان في الشاهد فاسدا، كان في الولي مثله⁽¹⁾.

هـ . أما استدلالهم بقوله -صلى الله عليه وسلم-: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...) ⁽²⁾، فيمكن مناقشته بما يأتي⁽³⁾:

1. إن الحديث ضعيف لا يصح الاستدلال به؛ لوجود راو ضعيف، وهو سليمان بن موسى⁽⁴⁾، وإنكار الزهري⁽⁵⁾ له مع أنه أحد رواة الحديث.

ولكن أجيب عن ذلك: بأنه قد رواه عن الزهري رواة كثيرون، وورد من غير طريق الزهري، فلم يصح إضافة إنكاره إلى الزهري مع العدد الذي رواه عنه، ولو صح إنكاره له لما أثر فيه من رواية غير الزهري له⁽⁶⁾.

2. إن عائشة -رضي الله تعالى عنها- زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب، فلما رجع قال: أو مثلي بفتات عليه في بناته، فقالت عائشة -رضي الله تعالى عنها-: (...والله لتملكنه أمرها)، وبهذا تبين أن ما رواه من حديث عائشة -رضي الله عنها- غير صحيح، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل على وهن الحديث⁽⁷⁾.

(1) الخطابي، معالم السنن، 198/3.

(2) الحديث سبق تخريجه ص 127.

(3) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 7/3؛ المزي، جمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن (ت 742هـ)، تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، 42/12، المحقق: عبد الصمد شرف الدين، طبعة المكتب الإسلامي، والدار القيمة، ط 2، 1403هـ، 1983م.

(4) سليمان بن موسى الأسدي الدمشقي، يقال كنيته أبو أيوب، ويقال أبو الربيع، قال البخاري: سمع من عطاء، وعُمرُو ابن شُعَيْب وعنده مناكير، وقال أبو حاتم: محله الصدق، وفي حديثه بعض الاضطراب، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال ابن عدي: هو عندي ثبت صدوق. ابن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، 251/4؛ الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، 252/2، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1382هـ، 1963م.

(5) محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب، من قريش، أحد التابعين من أهل المدينة، كان من الحفاظ الفقهاء، ولقد نزل الشام، واستقر فيها، وحدث عن بن عمر، وسهل بن سعد، وأنس بن مالك، ومحمود ابن الربيع، وسعيد بن المسيب، وأبي أمامة بن سهل، وطبقته من صغار الصحابة، وكبار التابعين، توفي عام 124هـ. الذهبي، تذكرة الحفاظ، 83/1؛ ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (ت 597هـ)، صفة الصفوة، 376/1، المحقق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة، مصر، د. ط، 1421هـ، 2000م.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، 40/9.

(7) السرخسي، المبسوط، 12/5.

ويمكن الإجابة عن هذه المناقشة: بأن العبرة في الراوي بما روى لا بما رأى؛ لأن الرواية معصومة عن الخطأ، فهي حجة، أما رأي الراوي، فغير معصوم، وقابل للخطأ والصواب بمقتضى البشرية، فخلافا عائشة -رضي الله عنها- والزهري -إن ثبت-، ليس دليلا على إبطال العمل بموجب الحديث⁽¹⁾، فإذا صح أن أم المؤمنين -رضي الله عنها- والزهري رويَا هذا الخبر، وروي عنهما أنها خالفاه، فهذا دليل على سقوط الرواية بأنهما خالفاه، بل الظن بهما أنهما لا يخالفان ما روياه، وهذا أولى، لأن ترك ما لا يلزم من قولهما لما يلزم من روايتهما هو الواجب، لا ترك ما يلزم مما روياه لما لا يلزم من رأيهما⁽²⁾. ولو سلمت صحة الرواية، فهي غير صريحة في أن عائشة -رضي الله عنها- هي التي باشرت العقد، حيث يحمل لفظ: (زوجت) على أنها مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها؛ لاختيارها ذلك، وإذنها فيه، ثم أشارت على من ولي أمرها عند غيبة أبيها حتى عقد النكاح، لأنه جائز أن تكون في الأول أيضا أمرت رجلا بالتزويج، فكان مضافا إليها لأمرها به⁽³⁾.

3. قد يكون الحديث محمولا على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاه، أو يحمل على الصغيرة، أو على المجنونة، وكذلك سائر الأخبار التي احتجوا بها، تحمل على هذا، ومما يؤيد هذا الحمل أنه قد روي في بعض الألفاظ⁽⁴⁾: (أيما امرأة تزوجت بغير إذن موالها) ⁽⁵⁾، ولكن يرد على اعتراضهم هذا أن على جميع النساء في النكاح ولاية، لجواز اعتراض الأولياء على جميعهن، وحمله على الصغير لا يجوز؛ لاستواء الصغير والصغيرة فيه، ولانتفاء تخصيص النساء بالذكر تأثير، ولأن عقد النكاح وغيره من العقود مستويان، فلا يبقى لتخصيص النكاح بالذكر تأثير⁽⁶⁾.

و. أما استدلالهم بقوله -صلى الله عليه وسلم-: (لَا تُرَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُرَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا..)⁽⁷⁾.

نوقش الاستدلال بهذا الحديث من ناحيتين:

1. إن الحديث ضعيف جدا، لا تقوم به حجة، ففيه راو⁽⁸⁾ متهم بالكذب والفسق، ووجود راو متهم بالكذب سبب في ضعف الحديث⁽⁹⁾.

(1) أحمد، ليلي بنت علي، بحث بعنوان: اشتراط الولي في عقد النكاح، نقلا عن موقع الشبكة الفقهية: <http://www.feqhweb.com/vb/t5223.html#ixzz3pymG8Eds>.

(2) ابن حزم، المحلى، 30/9، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(3) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 2/ 249؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 150/9؛ الزيلعي، نصب الراية، 3/ 186.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، 487/1؛ السرخسي، المبسوط، 5/ 12؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 3/ 117.

(5) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، ح (2083)، أبو داود، السنن، 229/2؛ الدارقطني، العلل الواردة في الأحاديث النبوية، 16/15، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي (المجلدات من الأول، إلى الحادي عشر)، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م، والمجلدات من الثاني عشر، إلى الخامس عشر، علق عليه: محمد بن صالح بن محمد الدباسي، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، 1427هـ. والحديث صححه الألباني.

(6) الماوردي، المصدر السابق، 41-42/9.

(7) الحديث سبق تخريجه ص 234.

(8) وهو جميل بن الحسن بن جميل الأزدي العتكي الجهضمي البصري، نزيل الأهواز، يعتبر في طبقة كبار الآخذين عن تبع الأتباع. ابن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، 2/ 429؛ الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، 1/ 423.

(9) الذهبي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، 2/ 171.

2. قوله في الحديث: (الزانية هي التي تنكح نفسها) من قول أبي هريرة⁽¹⁾ رضي الله عنه-⁽²⁾.
يمكن الجواب عن هذا: بأن هذه الزيادة من أبي هريرة رضي الله عنه- لها حكم المرفوع؛ لأن مسألة
الولاية في النكاح مسألة لا مجال للرأي فيها، بل مردها إلى النصوص، ولا يمكن لأبي هريرة رضي
الله عنه- أن يدعيها من نفسه، وأن ينسب من تفعل ذلك إلى الزنا دون علم منه -صلى الله عليه
وسلم-⁽³⁾.

ع. أما الأثر الذي استدلوا به، وهو أن عمر رضي الله عنه- رد نكاح امرأة نكحت بغير ولي،
فيجيب عنه: بأنه أثر ضعيف، لا تقوم به حجة؛ لأن فيه انقطاعا، فالراوي وهو عبد الرحمن ابن
معبد⁽⁴⁾ تكلم فيه أهل الحديث بالضعف، بسبب الانقطاع بينه وبين عمر بن الخطاب⁽⁵⁾.

ثالثا: مناقشة أدلة محمد بن الحسن.

1. أما استدلاله بقول الرسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا
فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)⁽⁶⁾.

نوقش الاستدلال بهذا الحديث:

بأنه لا دلالة فيه على صحة العقد موقوفا على إجازة الولي، بل الحديث صريح في بطلان العقد، وإذا
كان العقد باطلا، فلا يكون صحيحا بإجازة الولي، بل لا بد من أجل تصحيحه من عقد نكاح جديد⁽⁷⁾.
لذلك، فقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" لا تسغه هنا، بسبب بطلان العقد.

2. أما أثر عائشة رضي الله عنها- أنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن....، فقد سبقت
مناقشته في أدلة الحنفية.

3. أما ما استدل به من المعقول وهو: أن للأولياء حقا في النكاح، بدليل أن لهم حق الاعتراض
والفسخ، ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه....، نوقش هذا: بأنه تعليل يخالف النصوص
الصريحة الصريحة في اشتراط الولي لصحة النكاح مطلقا، وعدم صحته موقوفا على إجازة الولي⁽⁸⁾.

(1) أبو هريرة، اسمه في الجاهلية عبد شمس، واسمه في الإسلام عبد الله، وقيل: عبد الرحمن بن صخر، وهو الأصح،
وهو دوسي، أجمع أهل الحديث أنه أكثر الصحابة حديثا، روى عنه نحو 800 من أهل العلم، وكان أحفظ من روى
الحديث، توفي عام 57هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 313/6، ابن حجر، الإصابة، 349/7-350، 362.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، 487/1.

(3) أحمد، بحث بعنوان: اشتراط الولي في عقد النكاح، نقلا عن موقع الشبكة الفقهية:

<http://www.feqhweb.com/vb/t5223.html#ixzz3pymG8Eds>

(4) عبد الرحمن بن معبد بن عمير الليثي، ابن أخي عبيد بن عمير، روى عن عمر وعلي، روى عنه عمرو بن دينار
المكي، ولكنه منقطع. البخاري، التاريخ الكبير، 350/5؛ ابن حبان، الثقات، 108-107/5، طبع بإعانة: وزارة
المعارف للحكومة العالية الهندية، تحت مراقبة: الدكتور محمد عبد المعيد خان، مدير دائرة المعارف العثمانية، دائرة
المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الهند، ط 1، 1393هـ، 1973م.

(5) الألباني، إرواء الغليل، 249/6 - 250.

(6) الحديث سبق تخريجه ص 234.

(7) ابن قدامة، المغني، 6/7.

(8) ابن حزم، المحلى، 34/9.

ومن ناحية أخرى، فإنها إن كانت مالكة للعقد لم تحتج إلى الاستتابة، وإن كانت غير مالكة، لم يصح منها الاستتابة، وكذلك إن كانت الاستتابة شرطاً لم تحتج إلى إجازة، وإن لم تكن شرطاً لم تحتج إليها⁽¹⁾.

رابعاً: مناقشة دليل مالك.

نوقش استدلال مالك من أوجه:

1. إنه لا دليل على التفريق بين الدنيئة والشريفة، بل هو مخالف للأدلة الصريحة في اشتراط الولي مطلقاً دون تفريق⁽²⁾.

2. إن هذا القول غير صحيح؛ لأنه ليس من دنية إلا وقد يجوز أن يكون في الرجال من هو أدنى منها، فاحتيج إلى احتياط الولي فيها؛ خشية وقوعها تحت الرجل الدنيء⁽³⁾.

3. قد يقال أيضاً: لما لم يكن هذا الفرق مانعاً من استوائهما في الشهادة، فهلا كان غير مانع من استوائهما في الولي، مع كون النصوص في الولي عامة لا تخص بمثل هذا الفرق⁽⁴⁾.

خامساً: رأي قانون الأحوال الشخصية.

لقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الحنفية، حيث نصت المادة (14) من القانون على ما يأتي: (ينعقد الزواج بإيجاب وقبول الخاطبين، أو وكيليهما في مجلس العقد)⁽⁵⁾.

لكن القانون لم يترك للمرأة البكر أن تتفرد بإجراء العقد دون موافقة وليها، لذلك لا يجري القاضي عقد الزواج إلا بعد الاطلاع على رأي الولي؛ لأن القانون أعطى الولي حق الاعتراض على الزواج إذا كان الخاطب غير كفء للمرأة⁽⁶⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (22) الت جاء فيها: [إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها، وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر، فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفء، فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح]⁽⁷⁾، وهذا نص صريح في أنها لو انفردت بتزويج نفسها من غير ولي، وكان الرجل كفواً لها، فلا يفسخ العقد بحال، حيث نصت المادة على لزومه.

كما أن المادة (6) عالجت مسألة عضل⁽⁸⁾ الولي للبكر، حيث جاء فيها: [للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفاء في حال عضل الولي غير الأب أو

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 45/9.

(2) ابن حزم، المحلى، 34/9.

(3) الماوردي، المصدر السابق، 44/9.

(4) الماوردي، المصدر السابق، 44/9.

(5) الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 103.

(6) عياش وعساف، د. شفيق، د. محمد مطلق، نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 53-54، ط 1، 2002م.

(7) الظاهر، المصدر السابق، ص 106.

(8) العضل هو المنع. الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مادة "عضل"، 1767/5.

الجد من الأولياء بلا سبب مشروع، أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد، فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً، وكان العضل بلا سبب مشروع⁽¹⁾.

سادساً: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور وهو: أن الولي شرط لصحة النكاح؛ لقوة الأدلة، والمناقشات الواردة على بعضها لا تقوى على تضعيفها، فالاستدلال بها واضح، وإن بعض الأدلة من السنة نص في الحكم، وفي هذا القول نظر إلى جميع النصوص الواردة في المسألة، أما الأقوال الأخرى، فنظرت إلى جانب دون جانب، وهي لا تنهض على إثبات المطلوب دلالة⁽²⁾، وذلك لأن:

1- الآيات القرآنية التي فيها مخاطبة الرجال بتزويج النساء والنهي عن عضلهم، فاستدلال الجمهور بها أقوى من استدلال الحنفية.

2- والأحاديث التي استدلت بها الجمهور، صريحة في ذلك.

3- لأن قوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي)⁽³⁾، هذا النفي يتوجه إما إلى الذات الشرعية؛ لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست بشرعية، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغير ولي باطلاً، كما هو مصرح بذلك في حديث عائشة رضي الله عنها، وكما يدل عليه حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ لأن النهي يدل على الفساد المرادف للبطلان.

4- لأنها ناقصة بالأئمة كالأمة، ولأن من طباع النساء شهوة النكاح والميل إلى الرجال، والتسرع إلى ذلك، فلو جعلت العقود إليهن، لتسرعن ولم يراعين كفاءة، ولا حظاً في عاقبته، وفي ذلك ضرر بهن وبالأولياء⁽⁴⁾.

5- لأن الله سبحانه وتعالى كرر كون الأمر إلى الأولياء في عدة آيات كريمة، ولم يأت حرف واحد أن للمرأة إنكاح نفسها، ودلت أيضاً على أن نسبة النكاح إليهن في الآيات مثل قوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁵⁾، مراد به الإنكاح بعقد الولي؛ إذ لو فهم -صلى الله عليه وسلم- أنها تنكح نفسها، لأمر من عضلها أخوها بعد نزول الآية بذلك، ولأبان لأخيها أنه لا ولاية له عليها.

(1) الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 102.

(2) أنور، حافظ محمد، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص 587، رسالة ماجستير، إشراف: صالح السدلان، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، 1420هـ.

(3) الحديث سبق تخريجه ص 223.

(4) البغدادي، الإشراف على نكت الخلاف، 387/2.

(5) الآية سبق عزوها ص 225.

6- ويدل لاشتراط الولي ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها- أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء؛ منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته، أو ابنته، فيصدقها، ثم ينكحها... ثم قالت في آخره: (فلما بُعث محمدٌ بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله، إلا نكاح الناس اليوم)⁽¹⁾، فهذا دال أنه -صلى الله عليه وسلم- قرر ذلك النكاح المعتبر فيه الولي، وزاده تأكيداً بما مر من الأحاديث، ويدل له نكاحه -صلى الله عليه وسلم- لأُم سلمة رضي الله عنها، وقولها: (إنه ليس أحد من أوليائها شاهداً...) ⁽²⁾، ولم يقل -صلى الله عليه وسلم-: "انكحي أنت نفسك"؛ مع أنه مقام البيان.

بقي القول: إنه وبناء على رأي الجمهور بعدم صحة العقد بدون ولي، لو عقدت المرأة نكاحها بدون وليها، وحكم بصحة هذا العقد حاكماً، لم يجز نقضه، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة؛ لأنها مسألة مختلف فيها، ويسوغ فيها الاجتهاد، فلم يجز نقض الحكم له، كما لو حكم بالشفعة للجار، وبناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فرغم أنها ممنوعة ابتداء من عقد هذا النكاح، لكن لو حصل وفعلت ذلك، وتم دخول بينها وبين زوجها، فإن هذا العقد يمكن مراعاته؛ لأن القول بنقضه قد تترتب عليه مفسد أعظم من إبقائه⁽³⁾.

(1) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، ح ر (5127)، البخاري، الجامع الصحيح، 15/7.
(2) أخرجه ابن حبان، كتاب الجنائز وما يتعلق بها، ذكر الأمر بالاسترجاع لمن أصابته مصيبة، وسؤاله الله جل وعلا أن يبدله خيراً منها، ح ر (2949)، ابن حبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، 212/7، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت 739 هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1408 هـ، 1988 م. والحديث صححه الألباني.
(3) ابن قدامة، المغني، 8/7؛ المشعل، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، بتصرف. موقع الملتقى الفقهي:

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية لقاعدة: البقاء أسهل من الابتداء في أحكام الجهاد.
وفيه مطلبان.

المطلب الأول: الخروج إلى القتال دون إذن الوالدين.

اتفق أكثر العلماء على أنه إذا كان أبواه مسلمين، لم يجاهد تطوعاً إلا بإذنهما، والأدلة على هذا كثيرة، منها ما ورد أنه: جاء رجل إلى النبي -صلى الله عليه وسلم-، يستأذنه في الجهاد، فقال: (أحي والداك؟ قال: نعم، قال: ففيهما فجاهد) ⁽¹⁾، وما ورد: أن رجلاً هاجر إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من اليمن، (فقال: هل لك أحد باليمن؟، قال: أبوي، قال: أذننا لك؟، قال: لا، قال: ارجع إليهما، فاستأذنهما، فإن أذننا لك، فجاهد، وإلا فبرهما) ⁽²⁾، ولأن بر الوالدين فرض عين، والجهاد فرض كفاية، وفرض العين يقدم.

جاء في الأم: "وإذا أذن للرجل أبواه في الغزو، فغزا ثم أمراه بالرجوع، فعليه الرجوع إلا من عذر حادث، والعذر ما وصفت من خوف الطريق، أو جدبه، أو من مرض يحدث به لا يقدر معه على الرجوع، أو قلة نفقة لا يقدر على أن يرجع يستقل معها، أو ذهاب مركب" ⁽³⁾.

واختلف الفقهاء إن خرج في جهاد تطوع بإذنهما، فمنعاه منه بعد سيره وقبل وجوبه على مذهبين:
المذهب الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ⁽⁴⁾.

قالوا: يجب عليه الرجوع، إلا أن يخاف على نفسه في الرجوع، أو يحدث له عذر، من مرض أو ذهاب نفقة أو نحوه، فإن أمكنه الإقامة في الطريق، وإلا مضى مع الجيش، فإذا حضر الصف، والتحم القتال، تعين عليه بحضوره، ولم يبق لهما إذن، وإن كان رجوعهما عن الإذن بعد تعين الجهاد عليه، لم يؤثر رجوعهما شيئاً.

المذهب الثاني: للشافعية في قول آخر.

قالوا: لا يجب عليه الرجوع، وعليه الانصراف والمضي قدماً، حتى لو لم يحصل قتال ⁽⁵⁾.

علاقة الخروج إلى القتال دون إذن الوالدين بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إذا أذن الوالدين لابنهما في الخروج إلى جهاد تطوع، فتجهز وخرج، ثم بدا لهما أن يأمرهما بالرجوع، فهل عليه الرجوع، أم يمضي؟ إن إذن الوالدين بدايةً كان سابقاً على الخروج إلى جهاد التطوع أو مقارناً له، والأمر بالرجوع بعد خروجه طارئ، فهل الطارئ كالمقارن، إنه وبناء على قاعدة: "البقاء

(1) أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين، وأنها أحق به، ح ر (2549)، مسلم، الجامع الصحيح، 1975/4.

(2) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان، ح ر (2530)، أبو داود، السنن، 17/3، والحديث صححه الألباني.

(3) الشافعي، 172/4.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 442؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 112/3؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 17/2؛ الرملي، نهاية المحتاج، 58/8؛ ابن قدامة، المغني، 209-208/9؛ البهوتي، كشف القناع، 45/3.

(5) النووي، روضة الطالبين، 212/10؛ الرملي، المصدر نفسه، 58/8.

أسهل من الابتداء" فالطارئ -حالة البقاء- ليس نظير المقارن -حالة الابتداء-، فلا يجب عليه الرجوع.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور⁽¹⁾.

استدل الجمهور على أنه إذا خرج في جهاد تطوع بإذنهما، ثم منعه بعد سيره وقبل وجوب الجهاد عليه بما يأتي:

1. الأحاديث التي فيها الأمر بالجهاد في الوالدين وبرهما، والعناية بهما وقد تقدمت.
2. إلحاقاً للدوام بالابتداء.
3. لأنه معنى لو وجد في الابتداء منع، فإذا وجد في أثائه منع، كسائر الموانع.
4. لأن طرؤ المانع كابتنائه.
5. يجعل الرجوع كما لو خرج بلا إذن.
6. لأن طاعة كل منهما فرض عين، والجهاد لم يتعين عليه.

واستدلوا على حرمة الرجوع بعد وجوب الجهاد بالتحام القتال بما يأتي:

1. لعموم الأمر بالثبات؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾⁽²⁾، ولانكسار القلوب بانصرافه.
2. لعدم اعتبار الإذن إنزاعاً بعد صدوره والرجوع عنه، أي كأنه لم يكن.

ثانياً: دليل الشافعية في القول الآخر⁽³⁾.

يمكن الاستدلال لهذا القول بما يأتي:

1. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: إن الخارج إلى القتال بعد إذن الوالدين قد تجشم عناء الطريق، ودفع مالا، وأنفق وقتاً وجهداً، فالواجب أن لا يؤثر رجوع الوالدين عن إذنهما مراعاة لحاله، وتحقيقاً لمصلحته؛ لأنه سيتكلف المزيد من الوقت والجهد، فيمضي على ما استمر فيه اعتباراً للدوام، حيث يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، فيغتفر عدم رجوعه إليهما؛ لأن أمرهما له بالرجوع قد صادف حالة بقاء ودوام، لا حالة ابتداء.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 5/ 442؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، 5/ 78؛ الشافعي، الأم، 7/ 246-247؛ الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 4/ 177؛ ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، 9/ 234؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 7/ 550؛ الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 572-573؛ ابن قدامة، المغني، 9/ 208؛ البهوتي، كشف القناع، 3/ 45.

(2) سورة الأنفال، الآية 45.

(3) الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/ 465؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، 1/ 312؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/ 159.

2. المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟، وفي لفظ: "كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ، فعلى قولين"، "ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة، لا يحتمل ابتداء"، فهذا الطارئ -الدليل المغير إن جاز التعبير- هنا معتبر، ويقضي بالحكم بالبقاء والاستمرار في بعض الحالات، والأمر الطارئ -كما هو معلوم- حصول الشيء فجأة، فهو لم يكن بالحسبان، ولا متوقعا، فيتسامح فيه أيضا -في بعض المواضع-؛ لرفع الحرج والمشقة والضيق.

المناقشة والترجيح:

أولا: مناقشة أدلة الجمهور.

يمكن أن يناقش ما استدلت به الجمهور بالآتي:

أ. بأن إلحاق الدوام بالابتداء، أو المانع الطارئ بالمقارن مختلف فيه في الفروع الفقهية، فلا يسلم لكم الاستدلال بمختلف فيه، فالقضية اجتهادية، ولما ذكر السيوطي هذه القاعدة، بيّن أن فيها خلافا، والترجيح مختلف في الفروع الفقهية⁽¹⁾، وهذا ما أشار إليه ابن تيمية حين ذكر الموانع الشرعية، أي ما يمنع الابتداء دون الدوام، وبالعكس، وما يمنع الدوام والابتداء كذلك، فبين أن هذا محل اجتهاد⁽²⁾.
ب. لقد ألحقت الكثير من الفروع الفقهية بالدوام لا بالابتداء، تخفيفا عن المكلفين، وتيسيرا عليهم، فلماذا لا يلحق هذا بذاك؟

ثانيا: مناقشة الشافعية في القول الآخر.

يمكن مناقشة ما استدلتوا به بما يأتي:

أ. لقد نص السيوطي كما قلتم على أن الترجيح مختلف في الفروع الفقهية بناء على هذه القاعدة الفقهية، ولقد ترجح جانب المنع على جانب الجواز استنادا على حرمة حق الوالدين، وعظم شأنه، وأن فرض الكفاية متحقق في غيره من المقاتلين.
ب. نصوص الأحاديث المتقدمة التي فيها الأمر بالرجوع إلى الوالدين وبرهما، وهما أقوى في الدلالة من المعنى المفهوم من القاعدة.

ثالثا: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور لما يأتي:

1. لقوة الأدلة التي استندوا عليها، ومنها الأحاديث الصحيحة الصريحة التي فيها الأمر بالجهاد في الوالدين وبرهما والعناية بهما.
2. للفرق الكبير بين المصلحة الشخصية، ومصلحة الوالدين، فإن مصلحة الوالدين واجبة التقدير، فمع أن الخارج إلى القتال بعد إذن الوالدين قد تجشم عناء الطريق، ودفع مالا، وأنفق وقتا وجهدا، إلا أن ذلك لا يقارن بأهمية العودة إلى والديه، وبرهما وقضاء حوائجها.

(1) الأشباه والنظائر، ص 185.

(2) مجموع الفتاوى، 148/32.

المطلب الثاني: حكم انفساخ عقد نكاح المتزوج من الكفار المسيبيين.

إن حدوث السبي في الزوجين لا يخلو من ثلاثة أحوال⁽¹⁾:

الأول: أن يسبى الزوجان معاً، الثاني: أن يسبى الزوج وحده، الثالث: أن تسبى الزوجة دون الزوج. جاء في المغني: وإذا سبى المتزوج من الكفار، لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها: أن يسبى الزوجان معاً، الحال الثاني: أن تسبى المرأة وحدها، الحال الثالث: سبي الرجل وحده⁽²⁾. وسأقتصر البحث في الحالة الأولى، وهي: أن يسبى الزوجان معاً؛ حيث اختلف الفقهاء في حكم بقاء عقد نكاح المتزوج من الكفار إذا سبى الزوجان معاً على مذهبين:

المذهب الأول: للحنفية والحنابلة⁽³⁾.

قالوا: إن عقد نكاحهما يبقى على حاله، ولا يفسخ.

جاء في كشف القناع عن متن الإقناع: "ولا يفسخ النكاح باسترقاق الزوجين"⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: للمالكية والشافعية.

قالوا: إن عقد نكاحهما يفسخ⁽⁵⁾.

قال ابن الحاجب: "والسبي يهدم النكاح، إلا إذا سبيت بعد أن أسلم الزوج"⁽⁶⁾.

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: "وإذا سبى زوجان أو أحدهما، انفسخ النكاح بينهما"⁽⁷⁾.

سبب الخلاف:

جاء في بداية المجتهد⁽⁸⁾: اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها؟ وإن هدم، فمتى يهدم؟ والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم هو: تردد المسترقين -الذين أصبحوا رقيقاً- الذين أمّنوا من القتل بين النساء الذميين أهل العهد، وبين الكافرة التي لا زوج لها، أو المستأجرة من كافر، وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يسبى معاً، وبين أن يسبى أحدهما، فلأن المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق، والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية هنا حرمة؛ لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال، وأما تشبيهها بالذمية، فبعيد لأن الذمي إنما أعطى الجزية بشرط أن يُقرَّ على دينه فضلاً عن نكاحه.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 241/14 بتصرف واختصار.

(2) ابن قدامة، 268/9 بتصرف واختصار.

(3) السرخسي، المبسوط، 52/5؛ ابن قدامة، المغني، 268/9.

(4) البهوتي، 57/3.

(5) النووي، روضة الطالبين، 212/10؛ الشافعي، الأم، 287/4.

(6) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 591/4.

(7) القليوبي وعميرة، 222/4.

(8) ابن رشد، 68/3.

علاقة انفساخ عقد نكاح الكفار المسيبيين بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن من ذهب من الفقهاء إلى أن سبي أحد الزوجين لا يفسخ به عقد النكاح بل يبقى على حاله نظر إلى قياس الأولى، فالسبي يوجب الرق، والرق أصلاً لا ينافي ابتداء النكاح، وبما أنه لا ينافي الابتداء، فلأن لا ينافي البقاء أولى وأحرى، فالبقاء أو الدوام أولى بالحكم من الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، والبقاء يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء، وهو أكد في ثبوت النكاح منه في حالة الابتداء.

الأدلة:

أولاً: أدلة الحنفية والحنابلة.

استدل الحنفية والحنابلة بما يأتي:

1. قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁽¹⁾ معطوفاً على: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾⁽²⁾ وهن ذوات الأزواج، وسواء كان زوجها مسلماً أو كافراً، إلا المسيبية التي هي ذات زوج سببت وحدها؛ لأن قوله عز وجل: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ عام في جميع ذوات الأزواج، ثم استثنى تعالى منها المملوكات بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، والمراد منها المسيبات اللاتي سبين، وهن ذوات الأزواج؛ ليكون المستثنى من جنس المستثنى منه، فيقتضي حرمة نكاح كل ذات زوج إلا التي سببت وحدها، وأخرجت إلى دار الإسلام؛ لأن الفرقة ثبتت بتباين الدارين لا بنفس السبي، وصارت هي في حكم الذمية⁽³⁾.

2. لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- لما استرق سبي هوازن⁽⁴⁾ بأوطاس⁽⁵⁾ جاءته هوازن بعد إسلامهم ليستعطفونه ويستنزلونه من على سبيهم، وردهم عليهم⁽⁶⁾، وأكثرهم ذوات أزواج وأقرهم على مناكحهم،

(1) سورة النساء، الآية 24.

(2) سورة النساء، الآية 23.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2/ 268.

(4) هوازن بفتح الهاء والواو، قبيلة حليلة السعدية مرضعة الرسول -صلى الله عليه وسلم-، وهم: بنو هوازن بن منصور بن عكرمة ابن خصفة بن قيس عيلان، كانوا مقيمين بحنين، وهو مكان قرب الجعرانة، وهم الذين أغار عليهم النبي -صلى الله عليه وسلم- وغزاهم. **الفلقشندي**، أبو العباس أحمد بن علي (ت 821هـ)، **قلاند الجمان في التعريف** بقبائل عرب الزمان، ص 115، المحقق: إبراهيم الإبياري، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الثانية، 1402هـ، 1982م؛ **الجمال**، حاشية **الجمال**، 1/ 596.

(5) الأوطاس جمع وطيس، وهو التَّنُور، وقيل: الوطيس نفرة في حجر يوقد تحتها النار، فيطبخ فيه اللحم، ويقال: وطست الشيء وطساً، إذا كدته وأثرت فيه، وأوطاس: واد في ديار هوازن، فيه كانت وقعة حنين للنبي -صلى الله عليه وسلم- ببني هوازن، ويومئذ قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: (حمي الوطيس)، وذلك حين استعرت الحرب، وهو -صلى الله عليه وسلم- أول من قاله. **الحموي**، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي (ت 626هـ)، **معجم البلدان**، 1/ 281، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 2، 1995م.

(6) عن ابن شهاب، ذكر عروة أن مروان والمصور بن مخزومة، أخبراه أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قام حين جاءه وفد هوازن، فسأله أن يرد إليهم أموالهم وسبيهم، فقال: (إن معي من ترون، وأحب الحديث إلي أصدقاه، فاختاروا إحدى الطائفتين، إما المال وإما السبي، وقد كنت استأنيت بهم، وكان النبي -صلى الله عليه وسلم- انتظرهم بضع عشرة ليلة حين قفل من الطائف، فلما تبين لهم أن النبي -صلى الله عليه وسلم- غير راد إليهم إلا إحدى الطائفتين، قالوا: فإننا نختار سبيناً، فقام النبي -صلى الله عليه وسلم- في الناس، فأثنى على الله بما هو أهله، ثم قال: «أما بعد، فإن إخوانكم قد جاءونا تائبين، وإني رأيت أن أرد إليهم سبيهم، فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل، ومن أحب أن يكون على حظه حتى

ولو بطل النكاح بحدوث الرق لأعلمهم، ولأمرهم باستئناف النكاح بينهم، وفي ترك ذلك دليل على بقاء النكاح وصحته⁽¹⁾.

3. لأن اجتماع رجلين على امرأة واحدة يفسد الفراش؛ لأنه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات السكن والألفة والمودة، فيفوت ما وضع النكاح له⁽²⁾.

4. لأن السبي سبب لملك الرقبة مالا، فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء، حيث إن المملوك في النكاح ليس بمال، فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصودا؛ لأن تملك البضع مقصودا بسببه يختص بشرائط من الشهود والولي، وذلك لا يوجد في السبي، لذلك يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة، وذلك لا يثبت إلا عند فراغ المحل عن حق الغير، مع العلم أن نفس السبي ليس بمناف للنكاح، مثل ملك اليمين؛ لأن الملك موجود قبل البيع غير ناف للنكاح، فكذلك ملك المشتري لا ينافيه، وقد ثبت أن حدوث الملك غير موجب للفرقة بدلالة الأمة المبيعة، فوجب أن لا تقع الفرقة بالسبي نفسه؛ لأنه ليس فيه أكثر من حدوث الملك⁽³⁾.

فلو أن ملك النكاح كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي، والمنافي إذا تقرر، فالمحترم وغير المحترم فيه سواء، كما إذا تقرر بالمحرمية والرضاع⁽⁴⁾، وصيرورة السبي كالشراء من حيث إن النكاح لا يفسد بالشراء، فكذلك بالسبي لعدم المنافاة⁽⁵⁾.

5. الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه الاستدلال بالقاعدة: لأن الرق والسبي لا ينافي ابتداء النكاح، فلأن لا ينافي البقاء أولى، أو لا يقطع استدامته كالعق؛ لأن السبي يوجب ملك الرقبة، وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء، ولهذا لو زوج أمته جاز، فكذا بقاء، وبعبارة أخرى، فإن حدوث الرق عليها لا يمنع ابتداء العقد، فلأن لا يمنع بقاءه أولى؛ لأن البقاء هو أكد في ثبوت النكاح معه من الابتداء، وقد يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء، وهو حدوث العدة عليها من وطء بشبهة، يمنع ابتداء العقد ولا يمنع بقاء العقد المتقدم⁽⁶⁾، ولهذا أيضا لو كانت المسيبة منكوحة لمسلم أو لذمي لا يبطل النكاح؛ لأن ملك النكاح محترم، ولا يدخل عليه القصاص، وصار كالشراء، ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال، لا في محل النكاح⁽⁷⁾، واقتضاؤه للصفاء في محل عمله وهو المال، حتى يثبت الملك في رقبة المسيبي للذي سباه على

نعطيه إياه من أول ما يفى الله علينا فليفعل...). أخرجه البخاري، كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقا، فوهب وباع وجامع وفدى وسبى الذرية، ح ر (2539)، البخاري، الجامع الصحيح، 147/3.

(1) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 138-137/12.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 268/2.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 82/3.

(4) السرخسي، المبسوط، 52/5.

(5) البابرتي، العناية شرح الهداية، 424/3.

(6) الجصاص، المصدر السابق، 82/3.

(7) السرخسي، المصدر السابق، 52/5؛ ابن قدامة، المغني، 268/9؛ البهوتي، كشف القناع، 57/3.

الخلوص لا في محل النكاح، وهو منافع البضع؛ لأن ذلك ليس محل عمله؛ لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية⁽¹⁾.

6. لأنه مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح، والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه، فلا يبقى عند عدمها، كالمحرمة إذا اعتزضت عليه، وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمة، فتباين الدارين يقطع النكاح، والمراد بالتباين حقيقة تباين شخصاً، وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل القرار والسكنى، وهذا لأن أهل الحرب كالموتى، ولهذا لو التحق بهم المرتد تجري عليه أحكام الموتى، فلا يشرع النكاح بين الحي والميت⁽²⁾.

ثانياً: أدلة المالكية والشافعية.

استدل المالكية والشافعية بما يأتي:

1. قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾⁽³⁾ إلى قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁽⁴⁾ والمراد بالمحصنات هاهنا ذوات الأزواج، فحرمنهن إلا ما ملكت أيماننا بحدوث السبي، فكان على عمومته في الإباحة فيمن كان معها زوجها، أو لم يكن، وهذه الآية نزلت في سبي هوازن، ولو كان النكاح باقياً لما جازت الإباحة، ولكان التحريم باقياً⁽⁵⁾.

2. حَكَمَ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في نساء أهل الحرب من أهل الأوثان حكمين، فأما أحدهما، فاللاني سُبَيْنَ فاستؤمِّنَ -جُعِلنَ إماءَ- بعد الحرية، فقسمن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ونهى من صرن إليه أن يطأ حائلاً⁽⁶⁾ حتى تحيض، أو حاملاً حتى تضع، وذلك في سبي أوطاس، ودل ذلك على أن بالسبأ نفسه انقطاع العصمة بين الزوجين، وذلك أنه لا يأمر بوطء ذات زوج بعد حيضة إلا وذلك قطع العصمة، فقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁽⁷⁾ ذوات الأزواج اللاتي ملكتموهن بالسبي، ولم يكن استيماؤهن -أي جعلهن إماءَ- بعد الحرية بأكثر من قطع العصمة بينهن وبين أزواجهن مطلقاً، وقد سبى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- رجالاً من هوازن، فلم يسأل عن أزواج المسبيات أسبوا معهن أو قبلهن، أو بعدهن أو لم يُسَبَّوا⁽⁸⁾.

(1) البابر تي، العناية شرح الهداية، 424 / 3.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 176 / 2؛ البابر تي، المصدر نفسه، 424 / 3.

(3) الآية سبق عزوها ص 243.

(4) الآية سبق عزوها ص 243.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 241 / 14.

(6) أي غير حامل، وكل امرأة ينقطع عنها الحمل تسمى حائلاً. الزبيدي، تاج العروس، مادة "حول"، 376 / 28.

(7) الآية سبق عزوها ص 243.

(8) الشافعي، الأم، 287 / 4.

3. لأنها صارت أمة تحل لسابيتها بحیضة⁽¹⁾.

4. لأن ملك الزوجية أحد فرعي الملك، فزال بالسبي كملك اليمين؛ لأنه يحدث الرق بالسبي بخلاف بيع الزوجة لا يفسخ النكاح؛ لأنه لم يحدث به رق⁽²⁾.

5. واستدلوا من القياس⁽³⁾:

أ. بأنه رق طراً على نكاح، فوجب أن يبطل به، كما لو استرق أحدهما.

ب. لأن النكاح ملك، فوجب أن يزول بحدوث الرق كالأموال، على أن ملك الأموال يشتمل على العين والمنفعة، والنكاح مختص بالاستمتاع الذي هو منفعة.

ج. لأنه عقد على منفعة، فوجب أن يبطل بحدوث الرق، كما لو آجره الكافر المحارب نفسه ثم استرق.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة.

يمكن أن يناقش ما استدلت به الحنفية والحنابلة بالآتي:

1. أما قولهم في شأن سبي أوطاس: إن النبي -صلى الله عليه وسلم- أخلى سبيلهن، فرجعن إلى أزواجهن، فيقال: إن كان المشركون استحلوا شيئاً من نسائهم، فلا حجة بالمشرك، وإن كانوا أسلموا، فلا يجوز أن يرجعن إلى أزواجهن إلا بنكاح جديد، فإن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد أباحهن لمالكيهن، وهو لا يبيحهن والنكاح ثابت عليهن، ولا يبيحهن إلا بعد انقطاع النكاح، وإذا انقطع النكاح، فلا بد من تجديد النكاح⁽⁴⁾.

يجاب عليه: بعدم وجود دليل على أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمرهم بتجديد عقود أنكحتهم، ولو أمرهم به لنقل.

2. قولهم: إنما بطل النكاح باسترقاق أحدهما؛ لاختلاف الدارين، فالجواب عنه من وجهين⁽⁵⁾:

أحدهما: أنه إذا اتفق موجب العلتين لم يتنافيا، فلم يصح التعارض.

الثاني: إن اختلاف الدارين ليس علة تمنع من صحة النكاح، فلو أن المسلم دخل دار الحرب⁽⁶⁾ فنكح زوجة، وله في دار الإسلام⁽⁷⁾ أخرى لم يبطل نكاح زوجته في دار الإسلام، ولو عاد إلى دار الإسلام لم يبطل نكاح زوجته في دار الحرب مع اختلاف الدارين، فبطل أن تكون علة في فسخ النكاح.

(1) الخرشى، شرح مختصر خليل، 3/ 142؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 200/2؛ عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 211/3.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 3/ 25.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 14/ 241-242.

(4) الشافعي، الأم، 4/ 287.

(5) الماوردي، المصدر السابق، 14/ 241-242.

(6) هي الأرض التي تكون فيها أحكام الكفر هي الظاهرة. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7/ 130.

(7) هي الأرض التي تكون فيها أحكام الإسلام وشعائره هي الظاهرة. الكاساني، المصدر نفسه، 7/ 130-131.

3. أما الجواب عن استدلالهم بسبي هوازن، فهو أنهم كانوا عند ذلك على شركهم، وإنما ظهر إسلام وافدهم، فلم يلزمه بيان مناحكهم قبل إسلامهم⁽¹⁾.

4. أما الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، وهو تعليلهم بأنه لما لم يمنع الرق من ابتداء النكاح، لم يمنع من استدامته، فيجاب عنه من وجهين⁽²⁾:

أحدهما: انتقاضه بالخُلع يمنع من استدامة النكاح، ولا يمنع من ابتدائه.

الثاني: إن حدوث الرق لا يتصور في ابتداء العقد، ويتصور في أثرائه، فلم يصح الجمع بين ممكن وممتنع.

5. أما استدلالهم بأنه لما لم يؤثر في النكاح حدوث الحرية على الرق، كذلك لا يؤثر فيه حدوث الرق على الحرية، فيجاب عنه: بأن حدوث الحرية كمال، فلم يؤثر في النكاح، وحدث الرق نقص، فجاز أن يؤثر في النكاح⁽³⁾.

ثانياً: مناقشة أدلة المالكية والشافعية.

يمكن مناقشة ما استدلو به بما يأتي:

1. أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾⁽⁴⁾، فيجاب عنه: بأنه عام خُصَّ منه البعض، فيخص التنازع بما إذا اشترى الأمة مع زوجها لا يجوز للمشتري أن يطأها بالإجماع، مع وجوب ملك اليمين، فكذا إذا سبى الأمة وزوجها كان مسلماً، أو ذمياً لا يجوز للسابي وطؤها مع وجود ملك اليمين، فلما كان البعض مخصوصاً، حملنا الآية على ما إذا سبيت المرأة وحدها، وحصل بين الزوجين تباين حكماً⁽⁵⁾.

2. أما الجواب عن سبايا أوطاس، فإنهن كن سُبَيْنَ وحدهن، دون أزواجهن، فإن الرجال كانوا قد خرجوا للقتال، وخلفوا النساء والذري في الحصن، فلما انهزموا استولى رسول الله -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- على الحصن، وسبوا النساء دون الأزواج⁽⁶⁾، فلم يأسر النبي -صلى الله عليه وسلم- في غزاة حنين من الرجال أحداً، وإنما كانوا من بين قتيل أو مهزوم، وسبى النساء ثم جاءه الرجال بعد ما وضعت الحرب أوزارها، فسألوه أن يُمْنَّ عليهم بإطلاق سباياهم⁽⁷⁾، وعموم الآية مخصوص بالملوكة المزوجة في دار الإسلام، فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه⁽⁸⁾.

(1) الماوردي، المصدر السابق، 242/14.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 242/14.

(3) الماوردي، المصدر نفسه، 242/14.

(4) الآية سبق عزوها ص 243.

(5) العيني، البناية شرح الهداية، 246/5.

(6) العيني، المصدر نفسه، 246/5.

(7) الجصاص، أحكام القرآن، 83/3.

(8) ابن قدامة، المغني، 268/9.

3. فإن قيل: أنتم لا تعتبرون السبب، وإنما تراعون حكم اللفظ إن كان عاما، فهو على عمومته حتى تقوم دلالة الخصوص، فهلا اعتبرتم ذلك في هذه الآية وجعلتموها على العموم في سائر من يطرأ عليه الملك من النساء ذوات الأزواج، فينتظم السبايا وغيرهن⁽¹⁾.

يجاب عليه: بأن الدلالة ظاهرة في الآية على خصوصها في السبايا، وذلك لأنه قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁽²⁾، فلو كان حدوث الملك موجبا لإيقاع الفرقة لوجب أن تقع الفرقة بينها وبين زوجها إذا اشترتها امرأة أو أخوها من الرضاغة لحدوث الملك، وإنه لم يرد عموم الحكم في إيجاب الفرقة بالملك؛ لأنه لو كان كذلك لوجب أن تقع الفرقة بشراء الأمة وهبتها وبالميراث وغيره من وجوه الأملاك الحادثة، فلما لم يكن ذلك كذلك تبين أن الفرقة لم تتعلق بحدوث الملك وكان ذلك دليلا على مراد الآية؛ وذلك لأنه إذا لم يخل مراد الله تعالى في المعنى الموجب للفرقة في المسيبة من أحد وجهين؛ إما اختلاف الدارين بهما أو حدوث الملك، ثم قامت دلالة السنة على نفي إيجاب الفرقة بحدوث الملك قضى ذلك على مراد الآية بأنه اختلاف الدارين، وأوجب ذلك خصوص الآية في المسيبات دون أزواجهن، وبدل على أن المعنى فيه ما ذكر من اختلاف الدارين أنهما لو خرجا مسلمين أو ذميين لم تقع بينهما فرقة؛ لأنهما لم تختلف بهما الداران، فدل ذلك على أن المعنى الموجب للفرقة بين المسيبة وزوجها إذا كانت منفردة اختلاف الدارين بهما⁽³⁾.

4. فإن قيل: جائز أن يقال ذلك في سائر من طرأ عليهن الملك، سواء كان حدوث الملك سببا لإباحة الوطء، أو لم يكن، بأن تملكها امرأة أو رجل لا يحل له وطؤها⁽⁴⁾.

أجيب عليه: إن شأن الآية إنما هو فيمن حدث له ملك اليمين، فأباح له وطأها؛ لأنه استثناء بملك اليمين من حظر وطء المحصنات من النساء، فوجب على ذلك أنه إذا لم يستبح المالك وطأها بملك اليمين أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين زوجها بحكم الآية، وإذا وجب ذلك بحكم الآية وجب أن يكون قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁽⁵⁾ خاصا في السبايا، ويكون السبب الموجب للفرقة اختلاف الدين لا حدوث الملك⁽⁶⁾.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 81/3-82.

(2) الآية سبق عزوها ص 243.

(3) الجصاص، المصدر نفسه، 83/3-84.

(4) الجصاص، المصدر نفسه، 81/3-82.

(5) الآية سبق عزوها ص 243.

(6) الجصاص، المصدر نفسه، 82/3.

ثالثا: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول المالكية والشافعية لما يأتي:

1. لقوة الأدلة التي استندوا عليها، ومنها قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾⁽¹⁾، حيث إن استدلال المالكية والشافعية بها أقوى من استدلال الحنفية والحنابلة، فهو عام في إباحة النساء السبايا مطلقا، سواء كنَّ مع أزواجهن، أم سبين وخدمهن، وإلا لم يكن للاستثناء وجه، حيث حرم المتزوجات ثم استثنى من ذلك ملك اليمين بدون تفريق، ولا يوجد دليل على أن المراد بذلك من سبيت وحدها دون زوجها، وإلا كان تحكما من غير دليل.

2. لأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يوم حنين بعث جيشا إلى أوطاس، فلقوا عدوا، فقاتلوهم، فظهروا عليهم، وأصابوا سبايا، وكان ناسا من أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن المشركين، فأنزل الله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ﴾⁽²⁾ أي: فهن لكم حلال إذا انقضت عدتهن، فتضمن هذا الحكم إباحة وطء المسيبية وإن كان لها زوج من الكفار، وهذا يدل على انفساخ نكاحه وزوال عصمة بضع امرأته، لأنه قد استؤلي على محل حقه وعلى رقبة زوجته، وصار سابيا أحق بها منه، فكيف يحرم بضعها عليه، وهذا القول لا يعارضه نص ولا قياس⁽³⁾، وسبب نزول الآية الذي أفاده هذا الحديث، يرفع الإشكال فيما تحتمله من وجوه التأويل، ويقوي ما ذهب إليه المالكية والشافعية⁽⁴⁾.

3. لأن محل الرق وهو الكفر، سبب الإحلال، لذلك لا يكون للزوجية حرمة⁽⁵⁾.

4. إذا كان السبي أبطل ملك المال، وملك المال وارد على العين والمنفعة معا، فمن باب أولى أن يبطل ملك النكاح الوارد على منفعة البضع فقط.

(1) الآية سبق عزوها ص 243.

(2) أخرجه مسلم، كتاب الرضاع، باب جواز وطء المسيبية بعد الاستبراء، وإن كان لها زوج انفسخ نكاحها بالسبي، ح ر (1456)، مسلم، الجامع الصحيح، 1079/2.

(3) ابن القيم، زاد المعاد، 119/5-121 بتصرف.

(4) ابن المناصف، محمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ الأزدي القرطبي (ت 620هـ)، الإنجاد في أبواب الجهاد وتفصيل فرائضه وسننه وذكر جمل من آدابه ولواحق أحكامه، ص 289، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، ومحمد ابن زكريا أبو غازي، دار الإمام مالك، مؤسسة الريان، د. ط، بدون سنة نشر.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، 68/3.

المبحث الخامس: التطبيقات الفقهية لقاعدة: البقاء أسهل من الابتداء" في المسائل المعاصرة.

المطلب الأول: حكم إزالة أجزاء الخنزير ونحوه من الجسم البشري بعد التداوي بها.

إن هذه المسألة تعتبر من النوازل الفقهية المعاصرة، حيث أصبح بالإمكان اليوم استعمال أنسجة جلدية من جلود الخنازير ونحوها، لتحل محل الجلد البشري في حالة الحروق الشديدة الناتجة عن الإصابات المختلفة، مع العلم أن لهذه المسألة جذورا ممتدة في عصر الفقه في الزمن الماضي، حيث ذكر العلماء مسائل مشابهة لها، أو نظائر لها، كجبر الكسور بعظم نجس مثلا، وإن هذه المسألة مبنية على مسألتين فقهيتين قديمتين وهما: حكم دبغ جلد الخنزير ونحوه، فهل يطهره الدباغ أم لا؟ وحكم التداوي بالنجاسات⁽¹⁾.

لذلك، كان لا بد من الإشارة إلى هاتين المسألتين هنا، وفيما يأتي تفصيل ذلك بشيء من الإيجاز:

المسألة الأولى: طهارة جلد الخنزير بالدباغ.

يعتبر الخنزير من الحيوانات التي ورد تحريمها في القرآن الكريم في الكثير من النصوص، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾⁽³⁾، وقال صلى الله عليه وسلم: (إن الله حرم الخمر وثمنها، وحرم الميتة وثمنها، وحرم الخنزير وثمنه)⁽⁴⁾.

جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "فأما الخنزير، فانفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده، واختلفوا في الانتفاع بشعره، وفي طهارة جلده مدبوغا، وغير مدبوغ"⁽⁵⁾.

بناء على ذلك، فقد اختلف الفقهاء في طهارة جلد الخنزير بسبب الدباغ على مذهبين:

المذهب الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

ذهب هذا الفريق من الفقهاء إلى أن جلد الخنزير لا يطهر بالدباغ، ويبقى محرما أبدا.

المذهب الثاني: للظاهرية، وأبي يوسف من الحنفية⁽⁷⁾.

يرى هذا الفريق من الفقهاء أن جلد الخنزير يطهره الدباغ، فلا بأس باستخدامه بعد دباغته.

(1) درع، عيود بن علي، بحث بعنوان: "حكم التداوي بالمحرم، أو النجس"، نقلا عن موقع: الملتقى الفقهي <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4446>

(2) سورة البقرة، الآية 173.

(3) سورة المائدة، الآية 3.

(4) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة، ح ر (3485)، أبو داود، السنن، 279/3، والحديث صححه الألباني.

(5) ابن رشد، 3/ 19.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 86/1؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 90/1؛ الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص18؛ المحلي، حسين بن محمد الشافعي المصري (ت 1170هـ)، مزيد النعمة لجمع أقوال الأئمة، ص46، المحقق: عبد الكريم بن صنيان العمري، بدون معلومات نشر؛ البهوتي، كشف القناع، 55/1.

(7) الكاساني، المصدر نفسه، 86/1-87؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، 128/1.

جاء في المحلى بالآثار: "وتطهير جلد الميتة، أي ميتة كانت -ولو أنها جلد خنزير، أو كلب، أو سبع، أو غير ذلك-، فإنه بالدباغ -بأي شيء دبغ- طاهر، فإذا دبغ حل بيعه والصلاة عليه، وكان كجلد ما ذكي مما يحل أكله، إلا أن جلد الميتة المذكور لا يحل أكله بحال"⁽¹⁾.

سبب الخلاف.

سبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنه ورد في حديث ميمونة⁽²⁾ -رضي الله عنها- إباحة الانتفاع بها مطلقاً، وفي حديث ابن عكيم⁽³⁾ -رضي الله عنه- منع الانتفاع بها مطلقاً، وفي بعضها الأمر بالانتفاع بها بعد الدباغ، والمنع قبل الدباغ، والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس -رضي الله عنه- أنه -صلى الله عليه وسلم- قال: (أيما إهاب دبغ، فقد طهر)⁽⁴⁾، فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها⁽⁵⁾.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور⁽⁶⁾.

استدل جمهور أهل العلم بما يأتي:

1. ظواهر النصوص من القرآن والسنة التي حرمت الخنزير ولحمه، فالخنزير نجس العين، ولحمه وجلده وعظمه سواء بسواء، فلا يطهر بالدباغ؛ لأن الدباغ إنما يطهر النجاسة الطارئة دون اللازمة التي لا تتفك.

2. عن عبد الله بن عكيم قال: أتانا كتاب النبي -صلى الله عليه وسلم-: (أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب)⁽⁷⁾.

3. يعمل الدباغ في تطهير الجلد كالحياء في تطهير الحيوان، فإذا كانت الحياة لا تطهر الخنزير، فكذلك الدباغ لا يقوى على تطهير جلده.

(1) ابن حزم، 128/1.

(2) هي ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، آخر امرأة تزوجها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وهي آخر من مات من زوجاته، بايعت بمكة قبل الهجرة، وكانت زوجة أبي رهم بن عبد العزى العامري، ومات عنها، فتزوجها النبي -صلى الله عليه وسلم- سنة 7 هـ، روت عنه جملة لا بأس بها من الأحاديث، وعاشت 80 سنة، وتوفيت في سرف قرب مكة، ودفنت به. ابن الأثير، أسد الغابة، 262/7؛ ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 322/8-323.

(3) هو عبد الله بن عكيم، أبو معبد سكن الكوفة، أدرك النبي -صلى الله عليه وسلم- ولم يره، قاله ابن منده، وأبو نعيم، وقال أبو عمر: اختلف في سماعه من النبي -صلى الله عليه وسلم-، روى عنه: زيد بن وهب، وعبد الرحمن ابن أبي ليلى، وعيسى ابنه، وهلال الوزان، والقاسم بن مخيمرة. ابن الأثير، المصدر نفسه، 335/3؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 322/8-323.

(4) أخرجه ابن ماجه، كتاب اللباس، باب لبس جلود الميتة إذا دبغت، ح (3609)، ابن ماجه، السنن، 2/ 1193، والحديث صححه الألباني.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، 86/1.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 86/1؛ الخرشى، شرح مختصر خليل، 90/1؛ الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص18؛ البهوتي، كشف القناع، 55/1.

(7) أخرجه ابن ماجه، كتاب اللباس، باب من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب، ولا عصب، ح (3613)، ابن ماجه، السنن، 2/ 1194، والحديث صححه الألباني.

4. الجلد جزء من أجزاء الخنزير ينجس بالموت، فوجب أن تتأبّد نجاسته، قياساً على لحم الخنزير.
ثانياً: دليل الظاهرية وأبي يوسف⁽¹⁾.

1. عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: مر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- على شاة لمولاة لميمونة ميتة، فقال: (أفلا انتفعتم بإهابها، قالوا: وكيف؟ وهي ميتة يا رسول الله؟ قال: إنما حرم لحمها)⁽²⁾، وهذا نص صريح في الانتفاع بالجلود مطلقاً، حيث صرح أن المحرم هو اللحم فقط.

2. قوله -صلى الله عليه وسلم-: (أيما إهاب دبغ، فقد طهر)⁽³⁾، وهذا عام في كل جلد حتى الخنزير.
المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور⁽⁴⁾.

مناقشة حديث عبد الله بن عكيم:

هذا خبر صحيح ولا يخالف غيره، بل هو حق، لا يحل أن ينتفع من الميتة بإهاب إلا حتى يدبغ، كما جاء في الأحاديث الأخرى، إذ ضم أقواله -صلى الله عليه وسلم- بعضها لبعض فرض، ولا يحل ضرب بعضها ببعض، لأنها كلها حق من عند الله، ومنها قوله -صلى الله عليه وسلم-: (دباغ الأديم ذكاته)⁽⁵⁾، وهذا عموم لكل أديم.

ثانياً: مناقشة الظاهرية وأبي يوسف⁽⁶⁾.

أجاب الجمهور عن استدلال الظاهرية وأبي يوسف بعموم قوله -صلى الله عليه وسلم-: (أيما إهاب دبغ فقد طهر) من عدة أوجه:

الوجه الأول: إن الحديث وإن كان عاماً، إلا أن الخنزير مستثنى من ذلك، والذي أخرجه من العموم كونه نجس العين حياً، فأولى أن يكون كذلك ميتاً، وهذا حال لحمه وجلده وجميع أجزائه، لذلك فرق الحق سبحانه بين عموم الميتة والخنزير بقوله: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ﴾⁽⁷⁾.

الوجه الثاني: يحتمل أن يكون أراد بهذا القول عموم الجلود المعهود الانتفاع بها، وأما جلد الخنزير، فلم يدخل في هذا، لأنه لم يدخل في السؤال، لأنه غير معهود الانتفاع بجلده، إذ لا تعمل الذكاة فيه.

الوجه الثالث: من حيث اللغة، فإن الإهاب لا يطلق إلا على جلد ما يؤكل لحمه.

(1) الكاساني، البدائع، 87-86/1؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، 129-128/1.

(2) أخرجه أحمد، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ح ر (3452)، أحمد، المسند، 415/5، والحديث إسناده صحيح على شرط الشيخين كما قال محققه الأرناؤوط.

(3) الحديث سبق تخريجه ص 251.

(4) الكاساني، المصدر السابق، 87-86/1؛ ابن حزم، المصدر السابق، 131-130/1.

(5) أخرجه الطيالسي، ح ر (1339)، الطيالسي، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود (ت 204هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، 571/2، المحقق: محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م. والحديث حديث حسن. ابن الملقن، البدر المنير، 607/1.

(6) الكاساني، المصدر السابق، 86-85/1؛ ابن عبد البر، التمهيد، 179-177/4.

(7) الآية سبق عزوها ص 250.

ولكن أجيب عن هذا: بأن تخصيص الإهاب بجلد مأكول اللحم لا يعرف في لغة العرب.

الوجه الرابع: إن قوله -صلى الله عليه وسلم-: (فقد طهر) محمول على الطهارة اللغوية، أي فقد نظف من الرطوبات المفسدة، والدم وغيره من النجاسات العالقة به. ويجب عنه: بأن حمل الطهارة في الحديث على الطهارة اللغوية أمر ينبغي أن ينزه عنه كلام النبي -صلى الله عليه وسلم-؛ لأنه يدرك بالتجربة والمشاهدة، لا تتوقف معرفته على خبر الشرع، وحمل كلام الشارع الحكيم على معنى جديد لا يعرف إلا من جهته أولى من حمله على تقرير معنى بالتجربة والمشاهدة⁽¹⁾.

ثالثاً: الرأي الراجح.

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور لما يأتي:

1. لقوة الأدلة التي استندوا عليها، من القرآن الكريم والسنة النبوية.
2. لأنه حيوان نجس في حياته، فلم يطهر جلده بالدباغ.
3. لأن النجاسة إنما تزول بالمعالجة إذا كانت طارئة على محل طاهر كالثوب النجس، فأما إذا كانت لازمة لوجود العين في ابتداء ظهورها، فلا يطهر بالمعالجة، كالعذرة والدم، ونجاسة الخنزير لازمة لا طارئة، ولأن الحياة أقوى في التطهير من الدباغة لتطهيرها جميع الحيوان حياً، واختصاص الدباغة بتطهير جلدها منفرداً، فلما لم تؤثر الحياة في تطهير الخنزير، فالدباغة أولى أن لا تؤثر في تطهير جلده⁽²⁾.

المسألة الثانية: حكم التداوي بالنجاسات والمحرمات.

اتفق الفقهاء على حرمة التداوي بالمحرم، أو النجس كالخنزير في حال السعة والاختيار، واختلفوا في حكم التداوي بالمحرم، أو النجس في حال الضرورة، أو الحاجة الملحة، بناء على إخبار طبيب ثقة على مذهبين⁽³⁾:

المذهب الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة⁽⁴⁾.

يرى الجمهور عدم جواز التداوي بالمحرم أو النجس من حيث الجملة، حتى إن دعت إليه الضرورة.

المذهب الثاني: لبعض الحنفية والشافعية والظاهرية⁽⁵⁾.

يرى هذا الفريق جواز التداوي بالمحرم والنجس إن دعت إليه ضرورة، فما اضطر المرء إليه، فهو غير محرم عليه، من المأكول والمشرب.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 2/144.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 1/57 بتصرف.

(3) درع، بحث بعنوان: "حكم التداوي بالمحرم، أو النجس"، نقلاً عن موقع: الملتقى الفقهي <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4446>

(4) الكاساني، المصدر السابق، 1/61-62؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 1/60؛ الرملي، نهاية المحتاج، 8/58؛ ابن قدامة، المغني، 9/423.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، 1/210؛ الرملي، المصدر نفسه، 8/14؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، 1/175.

سبب الخلاف.

سبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك⁽¹⁾.

الأدلة:

أولاً: أدلة الجمهور⁽²⁾.

1. قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ﴾⁽³⁾، فالشارع حرم تناول كل خبيث، ولو كان لأجل التداوي به.

2. قوله -صلى الله عليه وسلم-: (إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)⁽⁴⁾.

3. قوله -صلى الله عليه وسلم-: (إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تداووا بحرام)⁽⁵⁾.

ثانياً: أدلة بعض الحنفية والشافعية والظاهرية⁽⁶⁾.

1. قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁽⁷⁾، فقد أسقط الله سبحانه تحريم ما فصل تحريمه عند الضرورة إليه، فكل محرم هو عند الضرورة حلال، والتداوي بمنزلة الضرورة، فيباح فيه تناول المحرمات للتداوي بها.

2. ما ورد: (أن نفراً من عكل⁽⁸⁾ ثمانية، قدموا على رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا⁽⁹⁾ الأرض، وسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فقال: ألا تخرجون مع راعيها في إبله، فتصيّبون من أبوالها وألبانها، فقالوا: بلى، فخرجوا، فشرّبوا من أبوالها وألبانها، فصحاوا⁽¹⁰⁾). وجه الدلالة منه:

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 29/3.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 61/1-62؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 60/1؛ الرملي، نهاية المحتاج، 58/8؛ ابن قدامة، المغني، 423/9.
(3) سورة الأعراف، الآية ١٥٧.
(4) أخرجه البيهقي، جماع أبواب ما لا يحل أكله، وما يجوز للمضطر من الميتة، وغير ذلك، باب النهي عن التداوي بالمسكر، ح ر (19679)، البيهقي، السنن الكبرى، 8/10، والحديث ضعيف. الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزياداته، ص 237، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، طبعة جديدة ومزينة ومنقحة، د. س.
(5) أخرجه أبو داود، كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، ح ر (3874)، أبو داود، السنن، 7/4، والحديث ضعفه الألباني.
(6) الكاساني، المصدر السابق، 144/2؛ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، 17/2؛ الرملي، المصدر السابق، 14/8.
(7) سورة الأنعام، الآية 119.
(8) عكل بضم المهملة، وإسكان الكاف، قبيلة من تيم الرباب. ابن حجر، فتح الباري، 337/1.
(9) أي استقلوها، ولم يوافق هواؤها أبدانهم. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 164/5.
(10) أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين، ح ر (1671)، مسلم، الجامع الصحيح، 1296/3.

رخص رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لهؤلاء القوم بشرب أبوال الإبل، على سبيل التداوي مما أصابهم من مرض، وقد صحت أبدانهم بعد شربه، والتداوي بالأبوال هو من قبيل التداوي بالنجس عند من يرى نجاسة البول، ولو كان من مأكول اللحم، وهو من قبيل التداوي بالمحرم كذلك، إذ اتفق الفقهاء على حرمة تناول الأبوال عامة حال الاختيار⁽¹⁾.

3. ما ورد: (أن عبد الرحمن بن عوف⁽²⁾، والزيير بن العوام⁽³⁾ شكوا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القمل، فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة منه:

إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أباح لهذين الصحابييين - رضي الله عنهما - لبس الحرير، بسبب ما أصابهما من حكة، لتوالد الهوام في ثيابهما، والحرير مما يحرم على الرجال لبسه حال الاختيار، فدل الحديث على حل التداوي بالمحرم عند الضرورة إليه⁽⁵⁾.

المناقشة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة الجمهور.

قوله - صلى الله عليه وسلم -: (إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)⁽⁶⁾، وقوله - صلى الله عليه وسلم -: (إن الله أنزل الداء والدواء....، فتداووا، ولا تداووا بحرام)⁽⁷⁾.
يمكن مناقشة هذين الحديثين: بأنهما مما لا تقوم بمثلتهما حجة، ولا يصحان⁽⁸⁾، وحتى إن صحا، فمحمولان على النهي عن التداوي بالمسكر، أو على التداوي بكل حرام في غير حال الضرورة، ليكون جمعا بينهما وبين حديث العرنينين⁽⁹⁾، أو تحمل على عدم الحاجة إليه، بأن يكون هناك ما يغني عنه ويقوم مقامه من الأدوية الطاهرة، فهو حرام عند وجود غيره، وليس حراما إذا لم يجد غيره⁽¹⁰⁾.

(1) درع، بحث بعنوان: "حكم التداوي بالمحرم، أو النجس"، نقلا عن موقع: الملتقى الفقهي <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4446>

(2) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث، الزهري القرشي، من أكابر الصحابة، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى الذين جعل عمر الخلافة فيهم، شهد الكثير من المشاهد مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، توفي عام 32 هـ. ابن الأثير، أسد الغابة، 475/3؛ ابن حجر، الإصابة، 4/ 290، 293.

(3) هو الزيير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، القرشي الأسدي، ابن عمه رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، له مكانة عظيمة في الإسلام، وهو من أصحاب الهجرتين، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، شهد الكثير من المشاهد، استشهد عام 36 هـ. ابن الأثير، المصدر نفسه، 2/ 307؛ ابن حجر، المصدر نفسه، 2/ 457.

(4) أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة، أو نحوها، ح (2076)، مسلم، الجامع الصحيح، 3/ 1647.

(5) ابن عبد البر، التمهيد، 4/ 177-179؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/ 29.

(6) الحديث سبق تخريجه ص 254.

(7) الحديث سبق تخريجه ص 254.

(8) ابن حزم، المحلى بالآثار، 1/ 175-176.

(9) البيهقي، السنن الكبرى، 9/ 10.

(10) النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السيكي والمطيعي، 9/ 51، 53.

ثانيا: مناقشة بعض الحنفية والشافعية والظاهرية.

أ. أما حديث العرنين:

فقد اعترض على الاستدلال به: بأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خص العرنين بذلك، لما عرف من طريق الوحي أن شفاءهم فيه، والاستشفاء بالحرام جائز عند التيقن بحصول الشفاء، فهو خاص بهم، أو لأنهم كانوا كفاراً في علم الله تعالى، ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - علم عن طريق الوحي أنهم يموتون على الردة، ولا يبعد أن يكون شفاء الكافر بالنجس⁽¹⁾.

وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن الزعم أن هذا الحكم خاص بأولئك الأقوام، ليس صواباً، إذ الخصائص لا تثبت إلا بدليل، ويؤيد ذلك تقرير أهل العلم لمن يبيع أبعاد الغنم في أسواقهم، واستعمال أبوال الإبل في أدويتهم، ويؤيده أيضاً أن الأشياء على الطهارة حتى تثبت النجاسة⁽²⁾، والاحتمالات التي ذكروها بعيدة.

ب. أما الترخيص في لباس الحرير:

فقد اعترض على الاستدلال به:

بأن هذه الرخصة خاصة بهذين الصحابييين، فلا يلحق بهما غيرهما⁽³⁾.

وأجيب عن هذا الاعتراض:

بأن الأصل عدم التخصيص، والرخصة إذا ثبتت في حق بعض الأمة لمعنى تعدت إلى كل من وجد فيه ذلك المعنى، إذ الحكم يعم بعموم سببه، ومن منع منه قال أحاديث التحريم عامة، وأحاديث الرخصة يحتمل اختصاصها بعبد الرحمن بن عوف والزبير، ويحتمل تعديها إلى غيرهما، وإذا احتُمل الأمران كان الأخذ بالعموم أولى، والصحيح عموم الرخصة، فإنه عرف خطاب الشرع في ذلك ما لم يصرح بالتخصيص، وعدم إلحاق غير من رخص له أولاً به، وتحريم الحرير إنما كان سدا للذريعة، ولهذا أبيح للنساء وللحاجة والمصلحة الراجعة، وهذه قاعدة ما حرم لسد الذرائع، فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجعة، كما حرم النظر سدا للذريعة الفعل، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة والمصلحة الراجعة، وكما حرم التنفل بالصلاة في أوقات النهي؛ سدا للذريعة المشابهة الصورية بعباد الشمس، وأبيحت للمصلحة الراجعة⁽⁴⁾.

ثالثا: الرأي الراجح.

والرأي الراجح - والله أعلم - هو قول بعض الحنفية والشافعية والظاهرية لما يأتي:

بسبب قوة الأدلة التي استندوا عليها من القرآن الكريم، والسنة المطهرة، فقد نص الكتاب نصاً واضحاً على حالة الضرورة، ولا ضرورة أعظم من الاضطرار للتداوي من أجل سلامة الجسد، وإن الرسول -

(1) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 154/3-155.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 69/1.

(3) العيني، المصدر السابق، 196-195/14.

(4) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 71/4.

صلى الله عليه وسلم- حينما أجاز للعربيين شرب البول، وأجاز لبس الحرير للحكّة، إنما فعله لموضع الضرورة، ولا دليل على الخصوصية.

ولكن هناك بعض الشروط يجب الأخذ بها في مسألة التداوي بالمحرم أو النجس هي⁽¹⁾:

1. أن يثبت في الشيء المحرم أو النجس دواء لداء معين.
2. عدم وجود دواء مباح طاهر يقوم مقامه.
3. أن يصف هذا الدواء المحرم، أو النجس طبيب مسلم، عدل ثقة، حاذق بالطب.
4. أن لا يتجاوز مقدار الضرورة.

حكم استخدام أجزاء الخنزير في الفقه المعاصر:

يستخدم الأوروبيون وغيرهم الخنزير في الطب الحديث لأغراض التداوي لرخص الخنزير، وتوفر شحمه ولحمه، وإن زيت اللارد "دهن الخنزير" يستخدم في تغذية المضادات الحيوية التي تستخرج من أنواع من الفطر وفي الكبسولات التي تحتوي على المضادات؛ حيث يستخدم الجيلاتين من جلد وعظام وغضاريف الخنزير، ويستخرج الأنسولين من الخنزير ومن الأبقار ولا يزال، وهناك بعض الأشخاص الذين لا يتحملون الأنسولين البقري ويحدث لهم حساسية، وفي هذه الحالة كانوا يحوّلون إلى الأنسولين الخنزيري، أما الآن فقد تم تصنيع أنسولين إنساني كيميائياً بواسطة هندسة الجينات، ولم تعد هناك حاجة للأنسولين الخنزيري، واختفى نتيجة ذلك من الأسواق، وإن كان الأنسولين الإنساني أغلى ثمناً من مثيله الحيواني، وكان الأطباء يستبدلون الصمامات التالفة بصمامات معدنية أو حيوانية، والصمامات الحيوانية كانت تعتبر أفضل من المعدنية، لذا استخدمت صمامات القلب من الأبقار والخنازير، ولكن مع التقدم السريع في جراحة القلب أمكن إصلاح العطب لهذه الصمامات بدون الحاجة إلى الاستبدال إلا فيما ندر، وما ندر يمكن استبداله بالصمامات المصنوعة من المواد الصناعية دون الحاجة للحيوانات⁽²⁾.

ولا تزال شركات الأدوية تستخدم الخنزير في تصنيع المواد الهاضمة وفي استخراج بعض الهرمونات، وفي تنمية المضادات الحيوية، وفي تصنيع الكبسولات، وهي أمور يمكن تفاديها إذا قامت صناعة دوائية في البلاد الإسلامية لإمكان استخدام البديل من الأبقار أو غيرها من المباحات، ويستخدم الأطباء جلد الخنزير في بعض الأحيان لمعالجة الحروق المتسعة، عندما لا يتم توفر جلد إنساني، ولكن التقدم الطبي السريع سيجعل الحاجة لذلك نادرة جداً؛ حيث أمكن تصنيع جلود، وتؤخذ كمية قليلة من جلد المصاب ذاته، ثم تنمى وتوسع بحيث تكفي للمريض دون الحاجة لأخذ الجلد من إنسان أو

(1) أبو طه، صالح كمال صالح، التداوي بالمحرمات، دراسة فقهية مقارنة، ص60، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ، 2007م.

(2) البار، محمد علي، بحث بعنوان: "التداوي بالمحرمات"، منشور في مجلة مجمع الفقه، 1404/8، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط 4، 1425هـ، 2004م.

حيوان، وبناء على ذلك، فإن الحاجة الحقيقية لاستخدام الخنزير في التداوي نادرة جداً⁽¹⁾، وعلى كل حال: الفیصل في ذلك الحاجة والضرورة التي يقدرها الأطباء المشهورون بالاستقامة⁽²⁾.

قرار ندوة مجمع الفقه الإسلامي بالهند الثانية بشأن زراعة الأعضاء⁽³⁾:

إن ندوة مجمع الفقه الإسلامي الثانية في الهند قرّرت في ضوء ما ورد إليها من أبحاث، وما ورد فيها من مناقشات، ما يأتي:

أولاً: إذا تعطل عضو لإنسان، واحتاج لاستمرار وظيفة ذلك العضو إلى بديل له، فإنه يجوز لتلبية هذه الحاجة ما يأتي:

أ - استخدام الأعضاء الاصطناعية.

ب - استخدام أعضاء الحيوانات المأكولة اللحم شرعاً، والمذكاة تذكياً شرعية.

ج - إذا كانت هناك خشية شديدة لهلاك النفس، أو ضياع العضو، ولم يتوفر بديل ذلك العضو المطلوب إلا في الحيوانات المحرم أكلها شرعاً، أو المباح أكلها، ولكن غير المذبوحة وفقاً للشرعية الإسلامية، ففي هذه الصورة يجوز استخدام أعضاء هذين النوعين من الحيوانات. ولا يجوز استخدام أعضاء الخنزير إذا لم يخش هلاك النفس، أو ضياع العضو خشية شديدة.

وجاء في فتوى مجلس الإفتاء الأعلى في فلسطين: إن الرقع الجلدية المأخوذة من الخنزير لا يجوز استخدامها إلا عند عدم وجود البديل الجائر شرعاً، وعند الضرورة، ولقد أثبت العلم أن هنالك بدائل لجلد الخنزير يمكن بها ترقيع جلد الآدمي المصاب، كاستعمال رقعة ذاتية من نفس المصاب، أو استعمال رقعة جلدية من جلد المشيمة، أو من صغار البقر، أو استعمال رقعة صناعية تقوم بوظيفة الغيار البيولوجي التي يقوم بها جلد الخنزير، هذه البدائل متوفرة، وتغني عن جلد الخنزير في الترقيع، ومن ثم، فلا ضرورة ولا حاجة إلى استخدام جلده في ذلك⁽⁴⁾.

علاقة التداوي بأجزاء الخنزير بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

وجه تعلق هذه المسألة بالقاعدة أن المسلم مأمور باجتنب النجاسات، ويحرم عليه تناول الخنزير أو استعمال أجزائه، لكن لو ألجأته الضرورة إلى استعمال جزء من أجزاء الخنزير وما شابهه من النجاسات والمحرمات لغايات العلاج الضروري دون وجود البديل الحلال، ثم بعد مدة من الزمن توافر البديل الحلال، فما حكم استبقاء هذه الأجزاء الخنزيرية في جسم المريض؟ إنه بناء على هذه القاعدة يقال: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء".

(1) البار، بحث بعنوان: "التداوي بالمحرمات"، منشور في مجلة مجمع الفقه، 1404/8.

(2) القصبي، طلعت أحمد، بحث بعنوان: "إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة"، منشور في مجلة مجمع الفقه،

1609/6، مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ط 2، 1426هـ، 2005م.

(3) قرار رقم: 3 (2/2)، نقلا عن موقع المسلم: <http://www.almoslim.net/node/207796>

(4) فتوى رقم: 598، تاريخ: 2012/1/7م، نقلا عن موقع المجلس:

<http://www.fatawah.net/Fatawah/598.aspx>

تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء":

لقد تبين مما سبق عرضه وبيان، أن الحاجة إلى أجزاء الخنزير كالجلد مثلاً، أو الصمامات الداخلية أصبحت نادرة جداً، بسبب التطور العلمي، ولكن لو افترضنا أن رجلاً مسلماً تعرض لحروق شديدة فيما مضى، واضطر الأطباء لاستعمال جلد الخنزير لترقيع التالف من جلده، أو تم وضع صمام من صمامات الخنزير القلبية في قلبه، فهل يجب على هذا المريض، أن يقوم بإزالة رقع الخنزير الجلدية، والصمام القلبي الذي وضع في قلبه إزالةً للمحرم أو النجس من جسمه، بعد هذا التقدم الطبي، الذي سيمكّن هذا الشخص من استعمال البديل الحلال شرعاً، بدل المحرم شرعاً.

أقول -وبالله التوفيق-: إنه لا يجب عليه نزع ذلك، ولكن يجوز إن تحققت المصلحة كاملة في ذلك، بأن لا ينجم عنه أضرار مساوية، أو أشد مما كانت قبل استعمال جلد الخنزير، أو أجزائه، وما لم يتكلف عناء ومشقة، أو يتكلف نفقات باهظة لإعادة العلاج.

والدليل على عدم الوجوب ما يأتي:

1. قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽¹⁾، فهذا حاول الحصول على البديل المباح، فلم يجد، أو كان جاهلاً بالحرمة، وعلم بعد فوات الوقت، واتقى الله بقدر المستطاع.
2. قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽²⁾، إن إعادة ترقيع الجلد، أو إزالة الصمام القلبي، ووضع الصمام المباح شرعاً فيه من الكلفة والمشقة ما لا يخفى.
3. بناء على قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر، أو بمثله"⁽³⁾، فإن إزالة الجلد الخنزيري، أو الصمام القلبي، يحتاج إلى عمل جراحي، وهذا العمل فيه إضرار بالجسد بشكل ما، وفيه خطورة، فالأسلم البقاء على ما مضى، فلا يجوز للطبيب أن يقرر للمريض عملية يظهر عدم جدواها، أو مضاعفتها لحالته⁽⁴⁾.
4. تطبيقاً لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء": فیتسامح وضعه للجلد، أو الصمام الخنزيري، لعدم توفر المباح فيما مضى، أو للجهل وعدم العلم، فيغفر استعماله في جسده، ويستبقى، أما لو أراد ابتداء شيء من ذلك في الزمن الحاضر، فلن يسمح له إلا باستعمال المباح.

جاء في المجموع شرح المذهب: "إذا انكسر عظمه، فينبغي أن يجبره بعظم طاهر،... ولا يجوز أن يجبره بنجس مع قدرته على طاهر يقوم مقامه، فإن جبر بنجس ينظر، فإن كان محتاجاً إلى الجبر، ولم يجد طاهراً يقوم مقامه، فهو معذور؛ لأن النجاسة يسقط حكمها عند خوف التلف، وإن لم يحتج إليه، أو وجد طاهراً يقوم مقامه أثم، ووجب تركه إن لم يخف تلف نفسه، ولا تلف عضو...، فإن لم

(1) سورة التغابن، الآية 16.

(2) سورة البقرة، الآية 286.

(3) الزركشي، المنثور في القواعد، 321/2.

(4) المطرودي، علي عبد العزيز، تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، ص 29، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، د. ط، 1428 هـ - 1429 هـ.

يفعل أجبره السلطان، ولا تصح صلاته معه، ولا يعذر بالألم الذي يحدثه، إن لم يخف منه، وسواء اكتسى العظم لحماً أم لا؛ لأنها نجاسة أجنبية حصلت من غير معدته، وهناك وجه ضعيف شاذ في المذهب: أنه إذا اكتسى اللحم لا ينتزع، وإن لم يخف الهلاك، فإن خاف في النزع هلاك النفس، أو هلاك العضو، أو فوات منفعة لم يجب النزع على الصحيح في الوجهين⁽¹⁾.

وجاء في شرح صحيح مسلم بشأن استئصال الوشم: "الموضع الذي وشم يصير نجساً، فإذا أمكن إزالته بالعلاج وجبت إزالته، وإن لم يمكن إلا بالجرح، فإن خاف منه التلف، أو فوات عضو، أو منفعة عضو، أو شيئاً فاحشاً في عضو ظاهر لم تجب إزالته، فإذا تاب لم يبق عليه إثم، وإن لم يخف شيئاً من ذلك ونحوه لزمته إزالته"⁽²⁾، وبناء على هذا يجوز استعمال أجزاء الحيوان في عملية ترقيع الجلد، أو استئصال أمعائه، أو استئصال أجزائه في تخطيط العمليات الجراحية كما صرح الشافعية بأن ذلك كحكم التجبير بعظم الحيوان غير الطاهر⁽³⁾.

وجاء في المغني: "إذا أجبر عظمه بعظم نجس، فجب لم يلزمه قلعه إذا خاف الضرر، وأجزأته صلاته؛ لأنها نجاسة باطنة يتضرر بإزالتها، فأشبهت دماء العروق، وقيل: يلزمه قلعه، ما لم يخف التلف"⁽⁴⁾.

يتبين من ذلك أن استعمال هذه الأعضاء مقرون بالضرورة، إذ لو وجد البديل الطاهر لكان أولى، ولكن استئصاله ليس بواجب على الأرجح، إذا كان الاستئصال غير ممكن إلا بعملية جراحية فيها احتمال الفشل⁽⁵⁾.

(1) النووي، 3/ 137-138.

(2) النووي، 14/ 106.

(3) القسبي، بحث بعنوان: "إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة"، مجلة مجمع الفقه، 1609/6.

(4) ابن قدامة، 2/ 63.

(5) القسبي، المصدر السابق، 1609/6.

المطلب الثاني: حكم إزالة أبراج الاتصالات من الأماكن السكنية.

تمهيد:

لقد وصلت التقنية الحديثة إلى حدود لا يمكن تخيلها، وأصبح الهاتف النقال من سمات العصر الحاضر، بحيث أصبح في متناول الجميع، فقد قرب البعيد، ويسر الكثير على الناس من الوقت والجهد، ولكن الهاتف النقال يحتاج إلى أبراج تقوية حتى يغطي مساحات واسعة، من أجل الاستقبال والإرسال، وهذه الأبراج هي ببساطة مجموعة من المرسلات والمستقبلات للأمواج الراديوية، وبالتالي، فهي تشكل عصب شبكات الجوال؛ لأنها تربط الهواتف الجواله مع بعضها البعض، حتى أصبحت الاتصالات الهاتفية لا تعرف الحدود، فهي تجمع كل شيء في نفس الزمان والمكان، لذا فإنه مما لا يمكن إنكاره أن لكل تقنية إيجابياتها، مثلما لا تخلو من آثار سلبية، ومخلفات قد تكون مضرّة بالصحة والبيئة معاً، وهذا ما يستدعي الجهات الصحية إلى تكثيف الجهود من خلال دراسات ميدانية، وتجارب معمّقة للوصول إلى مخاطر ما تفرزه التقنيات، خصوصاً تلك المتعلقة بأبراج محطات الهاتف الجوال، وإن تجاوز كثافة الحقول المغناطيسية للحدود الدولية المعتمدة التي تعتبر ضرورية لضمان عدم التأثير على الصحة والسلامة العامة⁽¹⁾.

اتجاهات العلماء والمتخصصين في إزالة أبراج الاتصالات:

في الحقيقة، لقد تباينت الدراسات حول تأثيرات أبراج الاتصالات، وفيما إذا كان ضررها محققاً وبقينياً، أم لا، وبخصوص الأضرار التي يمكن أن تلحقها تلك الأبراج من خلال الأشعة الكهرومغناطيسية المنبعثة منها⁽²⁾، لذلك انقسمت الدراسات العلمية إلى قسمين أو اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى وجوب إزالة الأبراج من الأماكن السكنية، وتركيبها خارج العمران.

ذهب هذا القسم من الباحثين إلى أن الأبراج تسبب أضراراً محققة على الإنسان والبيئة المحيطة به، ويجب إزالة ما ركب منها في الأحياء السكنية، وإبعادها عن التجمعات السكانية، وبالرغم من عدم الوضوح في مسألة أضرار أبراج الاتصالات إلى الآن، فهناك من العلماء المختصين من أثبت ضررها على صحة الإنسان وهناك من نفاه، ولكن هنالك بعض الدراسات العلمية التي تناولت تأثير أبراج الاتصالات الخلوية على صحة الإنسان، لما تصدره من إشارات كهرومغناطيسية ذبذباتها عالية جداً، وتحتاج إلى طاقة عالية، وبعد فترات طويلة، فإن قربها من الناس قد تكون له أضرار صحية، وقد تساهم في تطوير أمراض سرطانية على المدى البعيد⁽³⁾، وإن خطورتها تتمثل في هذه الذبذبات والترددات التي تنبعث منها، مما يؤكد على وجود علاقة بين تلك الأبراج وبعض الأمراض الخطيرة، فهذه الموجات لها تأثير كبير على الجهاز العصبي وخلايا المخ وأمراض الأذن والقلب وغيرها، ولقد أشارت بعض الأبحاث الحديثة إلى أن كثرة استخدام الهاتف النقال يؤدي

(1) نقلا عن موقع: منظمة الصحة العالمية: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs304/ar>؛
حاني، أحمد محمد محمود، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، ص 13 - 14، مجلة أسبوط للدراسات البيئية، مصر، العدد 29، 2005م.

(2) الجياشي، أسعد فاضل منديل، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، نقلا عن موقع: http://profasaad.info/?page_id=52

(3) الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، نقلا عن المصدر نفسه؛ وانظر: حاني، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، ص 15 - 17؛ صاحب وعذاب، نبيل كاظم، وعمر علي، الموجات الكهرومغناطيسية وتأثيرها على صحة الإنسان، ص 5 - 9، جامعة بغداد، بدون معلومات نشر، 2012م.

إلى اضطرابات في السمع وخلل في الجهاز العصبي، فما حال محطات التقوية والأبراج، التي تعتبر المصدر الرئيس المغذي لهذه الموجات والذبذبات، وبهذا الخصوص أعدت منظمة الصحة العالمية دراسات حول تأثيرات الإشعاعات المنبعثة عن أبراج الاتصالات على سلامة الإنسان، التي أكدت أن الأبراج والهواتف النقالة تصدر أشعة (غاما) التي تعد إحدى المسببات الخطرة لأمراض السرطان⁽¹⁾.

ولقد بين المتخصصون مخاطر أبراج الاتصالات على المدى البعيد، وليس المباشر، مما ينذر بخطر يشمل كل الذين هم على مقربة من البرج، الذي يسبب تلوثاً كهرومغناطيسياً يؤدي للإصابة بالعديد من الأمراض الخطيرة، بل وقد يتسبب البرج بعدد من المشاكل لمرضى القلب؛ حيث يؤثر على عمل أجهزة تنظيم دقات القلب، كما يؤثر بشكل سلبي على القدرة العامة للأفراد؛ حيث يتسبب بالخمول والشعور المستمر بالتعب والإرهاق، كما أن له تأثيرات مستقبلية على المدى البعيد وبالأخص على الأطفال، فقد أثبتت الدراسات الحديثة التي أوردها أحد المعاهد البريطانية المختصة ببحوث السرطان، أن الإشعاعات الناتجة عن أبراج نقل الكهرباء، أو الهاتف تسبب تلوثاً كهرومغناطيسياً غير مرئي يسبب سرطان الدم، والعديد من الأمراض الخطيرة الجسدية والنفسية، التي قد تتدرج في الظهور على مراحل، كما أنها تسبب حالات من الإرهاق والقلق والتوتر والأرق، وتأثيرها على المدى البعيد بالنسبة للأطفال، كما ويعتقد أنها تسبب سرطان الدم وغيره من السرطانات، ومن الآثار السلبية للترددات الصادرة عن محطات الهاتف المحمول الحرارة المستحثة الناتجة من جراء التعرض لمجال راديوي قد تسبب نقصاً في القدرة البدنية والذهنية، وتؤثر في تطور ونمو الجنين، وقد تحدث عيوباً خلقية، وتؤثر في خصوبة النساء، كما أن لها تأثيراً على الخلية وتفاعلاتها الكيميائية في جسم الإنسان، ونسبة السوائل في الجسم، لذلك، فإن وجود برج للجوال، أو أعمدة للأسلاك الكهربائية بالقرب من المنازل أمرٌ خطيرٌ، ويسبب الضرر⁽²⁾.

ومما يدل على أضرارها وجود أعراض يشعر بها المواطنون الذين هم على مقربة من هذه المحطات، دون أن يعلموا أن سبب ذلك هو زيادة الإشعاعات، فقد أجريت دراسة صنفّت الأعراض التي تصيب المتعرضين لأشعة أبراج الجوال على حسب المسافة من برج الجوال⁽³⁾.

إن الدراسات تؤكد خطورة هذه المحطات على صحة الإنسان، هذا إذا ما استخدمت هذه الأبراج ضمن الشروط الموصى بها للحفاظ على صحة الناس، وما لم يتقيد المسؤولون عنها بالارتفاعات والمسافات المسجلة دولياً، وعدد الموجات والترددات اللازمة، فإن الأبراج تشكل خطراً محققاً على صحة الإنسان، وكذلك إذا وضعت هذه الأبراج بالقرب من المرافق العامة والمستشفيات والمدارس، فيمكن لها أن تحدث ضرراً، وتسبب أمراضاً للإنسان، ومع ذلك، فإن الدراسات لم تستطع أن تثبت وجود صلة علمية مباشرة بين إصابة الإنسان بأمراض السرطان، وتعرضه لمثل هذه الأمراض⁽⁴⁾.

(1) عفانة، فتاوى يسألونك، 14/ 248-250، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس، أبو ديس، ط 1، 1430 هـ، 2009 م.

(2) عفانة، المصدر نفسه، 14/ 250-251.

(3) نقلا عن موقع منظمة الصحة العالمية: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs304/ar>؛ حاني، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، ص 15-17.

(4) نقلا عن موقع منظمة الصحة العالمية: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs304/ar>

وتأثير أبراج الهاتف النقال على البيئة بصورة عامة، وصحة الإنسان بصورة خاصة تكون من خلال الإشعاعات الكهرومغناطيسية التي تبعثها تلك الأبراج، بصورة مستمرة على شكل دائرة نصف قطرها بضعة كيلومترات، بحيث يتداخل مجال عمل كل برج مع مجالات عمل الأبراج الأخرى⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: يرى عدم وجوب إزالتها حتى تثبت الدراسات ضررها.

لقد أوضح عدد من الباحثين والأساتذة، بعد إنفاق أكثر من 300 مليون دولار، ونشر أكثر من (10000) ورقة بحثية، وبعد إجراء أبحاث دولية ووطنية كبرى أنه لا يوجد أي دليل موثوق به على أن الإشعاعات الصادرة من أبراج الاتصالات المتنقلة المتوافقة مع المعايير الدولية، التي تعتمد أكثر من أربعين دولة في العالم، تضر بالصحة، وإن حدود مستويات إشارات الترددات الراديوية المعتمدة من قبل منظمة الصحة العالمية هي أقل بخمسين مرة من المستوى الذي يضر بصحة الإنسان، وأفادت نتائج هذه الأبحاث أنه لا يوجد أي دليل مقنع على أن التعرض للترددات الراديوية يزيد من خطر الإصابة بمرض السرطان، وحتى عند مستويات أعلى بكثير من مستويات الإشعاعات الصادرة من محطات الاتصالات المتنقلة والتقنيات اللاسلكية⁽²⁾.

في الحقيقة إن أجهزة الجوال وتقنياتها تعتبر جديدة في العالم بأسره، فهي لم يمض عليها إلا عشرون سنة تقريباً، ولهذا، فإن الإنسان لا يستطيع أن يحكم الحكم الصحيح على مدى خطورة مثل هذه الأبراج من عدمه، وحتى الآن لا زالت الدراسات في هذا المجال قليلة وغير دقيقة، وهذا يحتاج إلى المزيد من الدراسات المتخصصة والدقيقة التي تستطيع الوصول للنتائج السليمة، التي يمكن من خلالها الحكم على وجود خطر على الصحة من هذه الأبراج أم لا، ولكن المفترض إبعاد الشر مبكراً، وإبعادها عن المساكن، ووضعها في أماكن لا يصل خطرها للناس، حتى لا نكتشف بعد فوات الأوان أننا أضربنا بأجيالنا في وقت كان ممكناً تجنبهم هذا الخطر⁽³⁾.

إن وجود الأبراج على أسطح المباني السكنية يجب أن يخضع لدراسات عاجلة ومعقدة، للتحقق من وجود خطر وأضرار صحية من وجودها على أسطح المباني، وقربها من السكان، ومعرفة حجم الذبذبات التي تخرج منها، وهل هي موافقة لمعايير منظمة الاتصالات الدولية، وهذه الدراسة يجب أن تشترك فيها جهات عدة معنية، وأن لا تنفرد بها جهة بعينها، حتى تخرج بصيغة حقيقية لخطرها من عدمه، فإذا ثبت عدم وجود أي خطر منها يسمح بها، وإذا اكتشف أن لها خطراً على الصحة العامة، يجب أن تمنع وتزال فوراً، وتوضع في أماكن بعيدة، لا يصل ضررها على الصحة، مع العلم أن الكثير من الملاحظات تصدر من هنا وهناك عن وجود أضرار محتملة من هذه الأبراج، حتى الهاتف النقال هناك من يتحدث عن أخطار كبيرة منه على الأذن

(1) الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، نقلا عن موقع: http://profasaad.info/?page_id=52

(2) الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، نقلا عن نفس المصدر؛ حاني، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، ص 20-21.

(3) نقلا عن موقع صحيفة الرياض: <http://www.alriyadh.com/341538>

والمخ، ولكن شركات الاتصالات تحاول أن تنفي ذلك، وإن هذه المشكلة يجب أن لا تخضع للتكهنات، وإنما يجب أن تخضع لبحث علمي دقيق، للوصول للحقيقة⁽¹⁾.

وإلى الآن، وحيث لم تصدر أي دراسة تثبت يقيناً خطر أبراج الاتصالات على الصحة العامة، فإنها والحالة هذه لا تشكل أضراراً على صحة الإنسان، مع العلم أن بعض الدراسات العلمية أثبتت عدم وجود أضرار من أبراج الجوال، ومن الأمثلة على ذلك، أن الدفاع المدني تلقى نتيجة دراسات علمية ميدانية قامت بها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية عن شدة المجالات الكهرومناطيسية في مدينة الرياض، شارك فيها نخبة من الأكاديميين من جامعة الملك سعود المتخصصين في هذا المجال، أكدت أن الأشعة الصادرة من تلك الأبراج هي أقل من المستوى المسموح به في المواصفات الدولية للحماية من الإشعاع، ومعظم المنظمات الدولية المعنية بالحماية من الإشعاع، مثل منظمة الصحة العالمية (WHO) التي ترى أن الدراسات لم تثبت وجود ضرر من أشعة أبراج الجوال على صحة الإنسان⁽²⁾.

ومن بين هذه البحوث دراسة بريطانية حديثة توصلت إلى أن الأطفال الذين يولدون لأمهات يسكنن بأحد هذه الأبراج، أو بالقرب منها خلال فترة حملهن، لم تظهر عليهم أي أعراض أو علامات تدل على تزايد احتمال إصابتهم بالسرطان⁽³⁾.

وإزاء هذا التباين في الدراسات العلمية حول أضرار الهواتف النقالة على صحة الإنسان؛ حيث إن لكل دراسة تجاربها وأدلتها العلمية، حول ما ذهبت إليه من إثبات أضرار تلك الأبراج، أو عدمها، فالأصل التمسك بالمبدأ القائل: إن الوقاية خير من العلاج، فما دامت منظومة الهاتف النقال تكنولوجيا حديثة في مجال الاتصالات، ولم تعرف أضرارها بعد، ولا يمكن في الوقت الحاضر الاستغناء عنها، وعليه لا بد أن نكون حريصين كل الحرص عند التعامل بها، وأن نتبع الضوابط القانونية والفنية بنصب أبراجها، ويجب أن تستمر الدراسات والتجارب العلمية بصددّها، حتى الوصول إلى ما يقينا من أضرارها المحتملة مستقبلاً⁽⁴⁾.

ومن المعلوم أن شريعتنا لإسلامية قد منعت إلحاق الضرر بالناس، فقد صح عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: **(لا ضرر ولا ضرار)**⁽⁵⁾، وقد أخذ الفقهاء من الحديث السابق القاعدة الفقهية الكلية وهي: "لا ضرر ولا ضرار"، ومعناها أن الفعل الضار محرم، وقد تفرع على القاعدة السابقة أن درء المفسد أولى من جلب المصالح، وقد ورد في شرح المادة رقم: (30) من مجلة الأحكام العدلية: "درء المفسد أولى من جلب المنافع، أي إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له، ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة، أو أكبر منها يلحق بالآخرين، فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة؛ لأن الشرع

(1) نقلا عن موقع صحيفة الرياض، <http://www.alriyadh.com/341538>

(2) نقلا عن المصدر نفسه: <http://www.alriyadh.com/2006/08/28/article182200.html>

(3) نقلا عن موقع صحيفة الاتحاد:

<http://www.alittihad.ae/details.php?id=38339&y=2010>

(4) الجياشي، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة، نقلا عن موقع:

http://profasaad.info/?page_id=52

(5) الحديث سيق تخريجه ص51.

اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمور بها⁽¹⁾، فالمفاسد المترتبة على تركيب أبراج الاتصالات وسط التجمعات السكنية كأن توضع على مئذنة المسجد مثلا بعضها متحقق، وبعضها متوقع وما كان كذلك، فدفعه مقدم على جلب المصالح⁽²⁾.

علاقة إزالة أبراج الاتصالات بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

مع تباين الدراسات العلمية في وجود أضرار لأبراج الاتصالات أو عدم وجودها، فما حكم الأبراج المنتشرة في الأماكن السكنية منذ زمن، هل تزال تقاديا للأضرار الناجمة عنها، أم يستبقى ما ركب منها رجاء المصلحة التي تحققها، لأن في رفعها وإزالتها تكلفة باهظة، بناء على أن البقاء أسهل من الابتداء، مع ضرورة تركيب أي برج جديد مستقبلا خارج العمران.

تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

بناء على ما سبق، ووفقا للمعطيات التي ذكرت، وانقسام المتخصصين في مجال العلوم إلى فريقين، بين قائل بترتب أضرار كبيرة على محطات بث الهاتف، وارتباط نشأة الكثير من الأمراض بوجود أبراج الاتصالات في الأحياء السكنية، وبين قائل بأن الدراسات تشير إلى عدم الارتباط بين هذه الأمراض، ووجود تلك المحطات في الأماكن السكنية، أستطيع القول -وبالله التوفيق:-

أولا: بناء على المنهج الإسلامي في الوقاية؛ حيث إن درهم وقاية خير من قنطار علاج، فالأصل أن تبني هذه المحطات بعيدا عن الأماكن السكنية.

ثانيا: يجب مراعاة الشروط والضوابط الفنية في إنشاء هذه الأبراج، والالتزام بالمعايير الدولية في تركيبها ومراقبتها، وضمان أن تكون في أقل مستويات الإشعاع.

ثالثا: الأبراج المقامة وسط التجمعات السكنية بشكل عام، يجب أن يلتزم أصحابها بضوابط وشروط السلامة العامة؛ لأنه لا ضرر ولا ضرار، وأن تكون بعيدة عن مدارس الأطفال، وعن المستشفيات، وبإزالة ما وضع منها على هذه الأماكن خاصة، ولا توضع على مآذن المساجد إطلاقا، احتراما لشعائر الله تعالى.

رابعا: إن كان بالإمكان إزالة هذه المحطات المقامة بالفعل وسط التجمعات السكنية دون كلفة، ودون ترتب أضرار على ذلك، فالأولى أن تزال فعلا.

خامسا: على فرض أن إزالتها يحتاج إلى تكلفة باهظة، وترتب أضرار مادية، وضعف الإرسال والاستقبال في الهواتف النقالة، وغير ذلك، فإنني أرى أن تبقى في أماكنها، على أن لا توضع شبكات جديدة، بل يبقى القديم على قدمه في الأماكن السكنية، وتوضع أي شبكات جديدة خارج الأماكن السكنية، بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، لكن بشرط، وهو أن لا يصل التقدم العلمي إلى القطع بترتب أضرار فادحة على بقائها، فيجب حينئذ إزالتها بشكل كلي.

وجه الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

إن الاستدلال بالقاعدة وفق أمرين:

(1) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 41/1.

(2) عفانة، فتاوى يسألونك، 250 / 14.

الأمر الأول: المنهج الوقائي، الذي تحققه قاعدة: "الدفع، أو المنع، أسهل، أو أولى من الرفع"، باعتبارها أصلاً لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، ومتوافقة معها معنى ومضمونها؛ حيث يعبر هذا اللفظ عن المنهج الوقائي، الذي يستلزم الاحتياط للأمر قبل الوقوع، لما في رفعها حينئذ من الصعوبة والمشقة، ورغم ذلك، فإن وقعت، فيتسامح فيها؛ لأن قوة الدوام تقتضي التيسير والتخفيف⁽¹⁾.

الأمر الثاني: الحكم بالدوام والاستمرار، بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو: "يغتفر في الدوام والاستمرار، ما لا يغتفر في الابتداء".

أما بناء على المنهج الأول، فإن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، لها صلة مباشرة بالواقع والحس، والتجربة والمشاهدة، وبالأخص لفظ: "المنع أسهل من الرفع"؛ حيث يشهد لها ويؤيد صحتها الواقع المحسوس، ومن ذلك أن مما جرى كالمثل عند العرب قولهم: "إياك وما يعتذر منه"⁽²⁾، ومعنى هذا المثل أن الشخص ينبغي أن يفكر في الكلمة، أو التصرف قبل الإقدام عليه؛ لأنه يسهل عليه جداً الامتناع عن ذلك، لكن إذا نقوه بالكلام، أو أقدم على التصرف، ثم حصل منه الندم، أو التراجع، فإن ذلك يكلفه كثيراً من العناء النفسي، وطلب رضا الطرف الآخر، وتقديم الاعتذار إليه، وقد لا ينفع ذلك أحياناً، ومما جرى على ما يفهم من هذه القاعدة قولهم: "فكر في الصعود قبل النزول"، أو: "في الخروج قبل الدخول"، ونحو ذلك⁽³⁾.

وإن المثل المتداول وهو: "الوقاية خير من العلاج" ونحوه، لا ينأى كثيراً عن هذه القاعدة التي بين أيدينا، فكم يسهل منع حصول المرض باتباع طرق الوقاية منه، وكم يصعب رفعه إذا وقع، وما يستدعيه ذلك من الآثار، بل قد تصعب السيطرة عليه، وينتشر في الناس إلى أن يكون وباءً⁽⁴⁾.

وهذا يتوافق تماماً مع قاعدة: "المنع أسهل، أو أولى من الرفع"، لكنه أيضاً لا يختلف عما يفهم من قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"، لكون الأخيرة متفرعة عنها، فيما أن الرفع شاق وصعب، جاءت قاعدة: "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء"؛ حيث يغض الطرف لصعوبة المنع بعد الوقوع، وهذا في الأحكام الشرعية، وفي غيرها أيضاً كما هو حال الواقع والحس والمشاهدة والتجربة⁽⁵⁾، لذلك، فإنه بناء على أن المنع أسهل من الرفع، فالأصل الاحتياط للأمر، وبناء هذه الأبراج خارج المناطق السكنية، درءاً للمفاسد، التي قد تنجم في المستقبل.

وبناء على الأمر الثاني، وهو الحكم بالدوام والاستمرار، فيتسامح في وجود الأبراج الموجودة فعلاً داخل المناطق السكنية، لأن إزالتها فيه نوع من المشقة، والكلفة المادية، فتستبقى حتى يدل الدليل الدامغ البين على وقوع الضرر بالفعل، نتيجة الأبحاث العلمية بسببها، فحينئذ، لا مناص من الحكم بإزالتها وإبعادها.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

(2) ابن سلام، الأمثال، ص64، المحقق: عبد المجيد قطامش، دار المأمون للتراث، الطبعة الأولى، 1400هـ، 1980م؛ الميداني، أبو الفضل أحمد بن محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت 518هـ)، مجمع الأمثال، 44/1، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.

(3) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(4) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

(5) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، المصدر السابق.

المطلب الثالث: حكم إزالة الوشم من الجسم.

الوسوم والوشوم لغةً العلامات، والوشم ما تجعله المرأة على يدها، أو ذراعها بالإبرة⁽¹⁾. والوشم عند الفقهاء: غرزُ الجلد بإبرةٍ حتى يخرج الدم، ثم يُدْرَ عليه كحلٌ ونحوه، ليزرَقَ أو يَخْضَرَ⁽²⁾. ويُلقَقُ بالوشم كلُّ ما في معناه مما هو معروفٌ اليوم، إذا كانت له صفة الدوام، مثل التاتو، والتاتو يستخدم لرسم الشفاه، وتحديدِها بشكلٍ ثابتٍ، أو رسم العين بألوان الكحل، ليكون الكحل ثابتاً، أو تغيير شكل الحواجب، والتاتو عبارة عن مكياج دائم، يتم عمله من خلال مادة صبغية تبقى لسنوات، مثله مثلُ الوشم قديماً، والفرق بينهما أن الوشم يصل إلى الطبقة السابعة من الجلد، أما التاتو، فيصل للطبقة الثالثة من الجلد، فالتاتو عبارة عن إبرة رفيعة تحقن بها مادة معينة على شكل حبيبات تحت الجلد، فتعطي ألواناً مختلفة، وإذا كان التاتو مجرد صبغة ولون كالحناء، فلا يأخذ حكم الوشم⁽³⁾. إن الوشم شكل من أشكال التعديل الجسدي والزخرفة للجمال، ويتم بوضع علامة ثابتة في الجسم، وذلك بغرز الجلد بالإبرة ثم وضع الصبغ عن طريق هذه الفتحات والجروح، ليبقى داخل الجلد ولا يزول⁽⁴⁾.

أنواع الوشم⁽⁵⁾:

هناك أربعة أنواع عامة من الوشم:

1. وشم الزينة: ويكون برسم الوشم على الجلد كديكور، وهو النوع الأكثر شيوعاً من الوشم.
2. الوشم المحترف: ويكون أعمق من الوشم البدائي، وعادة ما يحتاج إلى جلسات علاج إضافية.
3. وشم التجميل: ويستخدم هذا النوع من الوشم للتجميل، ولتغطية الإصابات الناجمة عن الحوادث، والاضطرابات الخاصة بصبغة الجلد، والندبات والشوائب الأخرى.

كيفية إزالة الوشم⁽⁶⁾:

هناك الكثير من أساليب إزالة الوشم، منها الإزالة عن طريق الاستئصال الجراحي، وهو قطع منطقة الجلد التي تحتوي على الوشم، وإعادة خياطتها، أو باستخدام الملح لكشط الوشم، والتقشير الكيميائي باستخدام الأحماض لحرق طبقات من الجلد، وطبعاً هذه الأساليب مؤلمة ومكلفة، وتؤدي إلى حدوث ندبات بالجلد، فالطرق الحرارية لإزالة الوشم تدمر الطبقات السطحية من الجلد، وتؤدي إلى التهاب واسع، مع ندبٍ كبيرة، أو يمكن استخدام أنواع من الليزر غير الانتقائي مثل: CO₂، ولكن هذا النوع يترك ندبة كبيرة، وعلى الرغم من شدة الإجراء، غالباً ما تترك وراءها كمية كبيرة من صبغة الوشم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة "وشم"، 638 / 12.

(2) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية، 144/43، بتصرف يسير.

(3) نقلاً عن موقع الملتقى الفقهي: <http://feqhweb.com/vb/t17809.html#ixzz3waTcfvyN>

(4) نقلاً عن موقع الموسوعة الحرة: <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%88%D8%B4%D9%85>

(5) نقلاً عن موقع:

<http://www.msimedspa.com/ar/subservicesdetails.aspx?SubSrvceId=6&SrvceId=5>

(6) نقلاً عن الموقع نفسه.

استخدام الليزر الحديث لإزالة الوشم⁽¹⁾:

مقارنة بالزمن الماضي، فقد كانت توجد عدة طرق لإزالة الوشم مثل: الكي البارد، أو الاستئصال الجراحي، ورغم نجاح هذه الطرق في إزالة الوشم، لكنها تؤدي إلى منظرٍ أكثر تشويهاً، حيث يظهر مكانها ندبات متضخمة، وكذلك زيادة أو نقص في لون الجلد، وبما أن الكثيرين يشعرون بالندم على عمل الوشم، ويرغبون رغبةً كبيرةً في إزالته، فقد تمَّ إجراء عددٍ كبيرٍ من الدراسات لتطوير علاجٍ للوشم، وقد تم التوصل لاستخدام الليزر لهذا الغرض، ويُعدُّ حالياً هو العلاج الرئيسي للوشم، حيث إنه يعطي أفضل النتائج، وأقل الأعراض الجانبية، مقارنةً بالطرق الأخرى لإزالة الوشم، وهذا بالتأكيد لا يعني أن نتائج إزالة الوشم بالليزر فعالة 100%، فهي تتفاوت من حالة إلى أخرى.

تتضمن إزالة الوشم باستخدام أشعة الليزر الحديثة إزالة أصباغ الوشم، وهو وسيلة لإنتاج نبضة ليزر قصيرة جداً في النانوثانية، ولكن هناك الكثير من عيادات الليزر تستخدم الأجهزة التي تقدم نبضات في الملي ثانية الواحدة، مثل نابض الضوء المكثف لعلاج الوشم، وإن هذه الأنواع من الأجهزة تعرض الوشم للحرارة لفترة طويلة جداً، مما يسمح للوشم بالانتشار في الأنسجة المحيطة به، وهذا يؤدي إلى حدوث تندُّب غير مقبول في شكل الوشم، في حين أنها تترك معظم الوشم دون إزالة، ولتحقيق نتائج تجميلية أفضل ينبغي أن تستخدم أشعة الليزر "Q-switched lasers" لإزالة الوشم ولذوي البشرة الداكنة يمكن استخدام أشعة الليزر ثنائية التحول "Q-switched Nd:YAG" YAG "، حيث إنه الأكثر أماناً، إلا أنه قد يترتب بعض الألم، ويمكن التعامل مع ذلك باستخدام مخدر موضعي.

الأعراض الجانبية لإزالة الوشم⁽²⁾:

قد تحدث بعض الأعراض الجانبية نتيجة إزالة الوشم بالليزر، ومنها على سبيل المثال:

1. التهاب جلد الوشم بعد العلاج.
2. مشاهدة احمرار غير عادي، ألم، تورم زائد.
3. حصول تهيج جلدي.
4. في أول نصف ساعة بعد العلاج بالليزر، يبدو الوشم شاحبا، أو أبيض، ويمكن أن ينتفخ قليلاً.
5. قد يشعر المصاب بسخونة الوشم، مثل سخونة الشمس لفترة من الوقت، بعد العلاج بالليزر، كما أنه من المحتمل أن يكون منتفخاً لبقية اليوم.
6. قد يكون هناك نزيف بسيط جداً لبضع ساعات في المناطق المصبغة كثيراً.

(1) نقلا عن موقع: www.dralghamdi.net/?action=showMaqal&id

(2) نقلا عن موقع:

<http://www.msimedspa.com/ar/subservicesdetails.aspx?SubSrvceId=6&SrvceId=5>

7. قد يكون هناك احمرار لمدة يومين، أو أربعة أسابيع، وربما يصاحبه تقشير للجلد خلال هذا الوقت، وتكون القشور بنفس لون الوشم بالجلد، وتزول بعد 5-7 أيام، وهذا طبيعي؛ حيث يعمل الجسم على التخلص من أصباغ الوشم الغامقة جداً، أو الكبيرة.
8. في حالة الوشم المحترق، سيبقى التورم لبضعة أيام.
9. قد يكون هناك بعض التفتيح، أو سواد الجلد لعدة أشهر بعد العلاج بالليزر.
10. قد يحصل ندوبات ناجمة عن إزالة الوشم.
11. أحياناً يكون هناك تغيير في نسيج الجلد، ناجماً عن عملية الوشم، ويمكن أيضاً أن تكون هناك بعض الخسائر في القدرة الطبيعية للتصبغ في المنطقة المعالجة، و يتحسن عادة مع مرور الوقت.
12. يمكن حدوث حساسية بعد العلاج، وهو ما يسمى: رد الفعل التحسسي -احمرار وحكة- في الوشم، وعادة ما تحدث الحساسية من الصبغات المعدنية، وسيطلب ذلك طرقاً خاصة لإزالة هذه الصبغات بشكل فعال، ومن هنا يقول المتخصصون: إنه نادراً ما تحدث آثار جانبية لإزالة الوشم بالليزر، والعلاج بالليزر يؤدي إلى تلاشي الوشم بالكامل، من دون آثار جانبية كبيرة، وإن الآثار الجانبية لإزالة الوشم بالليزر عادية جداً، والمشكلة الأكثر شيوعاً مع إزالة الوشم بالليزر هي: إزالته بشكل غير كامل، وهذا يحدث مع الوشم متعدد الألوان، فليست كل أحبار الوشم تستجيب بسهولة، ونادراً ما تكون استجابة بعض الألوان أكثر سوءاً، مع العلم أن الوشم المحترق الثقيل على وجه الخصوص، قد لا يتلاشى تماماً، وقد يحدث سواد كبير من حبر الوشم، ولا رجعة فيه في بعض الأحيان، حيث إن الصبغة تحتاج لجلسات علاج أكثر، ويجب أن يتم التعامل مع الوشم المكتسب "وشم الحوادث" نتيجة الألعاب النارية، أو المتفجرات، بحذر شديد؛ حيث تكون بعض الجزيئات المكونة للوشم الناتج عن الحوادث، جزءاً لا يتجزأ من الجلد، وقد تكون قابلة للاشتعال، وربما تشتعل بعد العلاج بالليزر، مما يؤدي إلى تندب كبير⁽¹⁾.

الحكم الشرعي للوشم:

الوشم حرام عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على المرأة والرجل⁽²⁾، وقد جعل من كبائر الذنوب، لأن من أمارات الكبيرة اللعن، وقد علّمت صحة الأحاديث بلعن من فعل ذلك⁽³⁾. والأدلة على تحريمه ما يأتي:

1. قوله سبحانه وتعالى حكاية عن إبليس اللعين: ﴿وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَبْتَكَنْ إِذًا كَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرْ خَلْقَ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾، وفي الوشم تغيير لخلق الله⁽⁵⁾، لكن بناء على أن المعنى الذي لأجله حرم الوشم، وهو تغيير

(1) نقلاً عن موقع:

<http://www.msimedspa.com/ar/subservicesdetails.aspx?SubSrvceId=6&SrvceId=5>

(2) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 1/ 287؛ النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، 3/ 140؛ البهوتي، كشف القناع، 1/ 81.

(3) ابن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ص 235، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 1407هـ.

(4) سورة النساء، الآية 119.

(5) النووي، شرح النووي على مسلم، 14/ 107.

- خلق الله بما هو باقٍ، لذلك لا يدخل في النهي عن الوشم تغيير الخلقة بما لا يكون باقيا كالحناء للنساء⁽¹⁾.
2. إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لعن الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة)⁽²⁾.
3. عن عبد الله بن مسعود-رضي الله عنه- قال: (لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله)⁽³⁾.

وأما النامصة، بالصاد المهملة، فهي التي تزيل الشعر من الوجه، والمتنمصة التي تطلب فعل ذلك بها، وأما الواصلة، فهي التي تصل شعر المرأة بشعر آخر، والمستوصلة التي تطلب من يفعل بها ذلك، ويقال لها موصولة، والمتفلجات هن مفلجات الأسنان وهو من الفلج وهي فرجة بين الأسنان، بأن تبرد ما بين أسنانها، وتعمل ذلك العجوز ومن قاربتها في السن إظهارا للصغر وحسن الأسنان⁽⁴⁾.

4. بسبب الأضرار الجسمية الكبيرة المترتبة عليه، فقد ذكر كثير من أطباء الجلد أن للوشم أضراراً كثيرة؛ حيث إن له تأثيراً سلبياً على المخ، والجهاز العصبي للإنسان، ويؤدي إلى إتلاف الجلد، والأنسجة الموجودة تحته، كما يفعل الحرق، وعدم التئام الجلد بعد ممارسة الوشم قد يولد ندوباً وأليافاً مما يشوه الجلد، ويؤدي لاضطرابات نفسية، وتعطيل وظائف الجهاز العصبي، ويفتح مسام الجلد للفيروسات والجراثيم لتخترق الجسم في أي وقت، ويسبب التهابات جلدية، خصوصاً الوشم الأحمر؛ لاحتوائه على الزئبق، والوشم الأخضر؛ لاحتوائه على الكروم، ويسهل انتقال الجراثيم، وإزالة الوشم بالليزر يترك ندبات مشوهة⁽⁵⁾.

علاقة إزالة الوشم بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

الوشم حرام ومن الكبائر، وفيه تغيير لخلق الله تعالى، ولكن إن وُضع الوشم جهلاً بحرمة، أو عسياناً، أو أسلم رجل كافر وكان موشوماً، فهل يكلف بإزالته مهما كلف من ثمن مادي ومعنوي، أم أنه يستبقى اعتماداً على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" دفعا للأضرار، فمن الممكن أن لا يزال بسهولة لأنه سترك آثاراً سلبية على الجسم، يمكن القول في هذه الحالة: إن الوشم يمكن أن يبقى؛ لأنه يغتفر انتهاء ما لا يغتفر ابتداء.

تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

قبل بيان وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة، لا بد من ذكر حكم إزالة الوشم شرعاً:

(1) شبيب، بحث بعنوان: أحكام جراحة التجميل، ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، 556/2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1421هـ، 2001م.

(2) أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة، والنامصة والمتنمصة، والمتفلجات والمغيرات خلق الله، ح ر (2122)، مسلم، الجامع الصحيح، 3/ 1676.

(3) أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة، والنامصة والمتنمصة، والمتفلجات والمغيرات خلق الله، ح ر (2125)، مسلم، المصدر نفسه، 3/ 1678.

(4) النووي، شرح النووي على مسلم، 14/ 103، 106.

(5) نقلا عن موقع: www.dralghamdi.net/?action=showMaqal&id

قال الحنفية: إن حكم الوشم حكم الصبغ بالمتنجس يطهر بالغسل ولا يضر بقاء أثره، فإذا غسل طهر ولا يلزم سلخه من الجلد؛ لأنه أثر يشق زواله، ولا يزال إلا بالجرح، وتصح صلات واضعه وإمامته⁽¹⁾. وقال المالكية: إن الوشم إذا وقع على الوجه الممنوع بأن لم يتعين دواء، ولم تتخذة الزوجة زينة تتزين به لزوجها، فإنه لا يكلف صاحبه بإزالته بالنار، بل هو من النجس المعفو عنه، فتصح الصلاة به⁽²⁾. وقال الشافعية: يجب أن يزال الوشم بالعلاج، فإن لم يمكن إلا بالجرح، لا يجرح، ولا إثم عليه بعد التوبة⁽³⁾. جاء في شرح النووي على مسلم: "هذا الموضع الذي وشم يصير نجساً، فإن أمكن إزالته بالعلاج، وجبت إزالته، وإن لم يمكن إلا بالجرح، فإن خاف منه التلف، أو فوات عضو، أو منفعة عضو، أو شينا فاحشا في عضو ظاهر، لم تجب إزالته، فإذا بان، لم يبق عليه إثم، وإن لم يخف شيئا من ذلك ونحوه، لزمه إزالته، ويعصي بتأخيره، وسواء في هذا كله، الرجل والمرأة⁽⁴⁾". وقال الحنابلة: إذا خيط جرح أو جبر عظم من آدمي بخيط نجس، أو عظم نجس، فصح الجرح أو العظم، لم تجب إزالة النجس منهما مع خوف ضرر على نفس أو عضو أو حصول مرض؛ لأن الحفاظ على النفس وأطرافها واجب، وأهم من مراعاة شروط الصلاة، ولا يلزمه شراء ماء ولا سترة بزيادة كثيرة على ثمن مثل، وإذا جاز ترك شرط مجمع عليه لحفظ ماله، فترك شرط مختلف فيه لحفظ بدنه أولى، وحيث لم تجب إزالته فلا يتيمم للخيط أو العظم النجس إن غطاه اللحم، لإمكان الطهارة بالماء في جميع محلها، وإن لم يغطه اللحم تيمم له؛ لعدم إمكان غسله بالماء، وبشبه ذلك الوشم، إن غطاه اللحم غسله بالماء، وإلا تيمم له، وتصح إمامته بمثله قطعاً، وكذلك تصح إمامته باحتمال قوي بغيره، حيث صح تيمم لنجاسة على بدن لعدم الماء، ومع عدم حصول ضرر بإزالة الوشم تجب إزالته؛ لأنه قادر على إزالته من غير ضرر، فلو صلى معه لم تصح⁽⁵⁾. والحق أن إزالة الوشم واجبة شرعاً، وإن الوشم كبيرة من كبائر الذنوب؛ لأنه من تغيير خلق الله سبحانه وتعالى، وله أضرار كثيرة على الموشوم، وإن موضع الوشم من جسم الإنسان يصير نجساً، نظراً لاحتباس الدم فيه، بشرط أن لا يترتب ضرر على الموشوم كما قرره الفقهاء كما سبق، فإذا خشي ترتب ضرر على الموشوم بسبب إزالة الوشم، فلم يزل، فعباداته التي يشترط لها الطهارة صحيحة؛ لأن المشقة تجلب التيسير، بشرط أن يتوب إلى الله توبة نصوحاً، وإن لم يخف شيئاً من ذلك ونحوه، لزمه إزالته، ويعصي بتأخيره⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، رد المحتار، 330/1.

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، 314/2.

(3) النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، 139/3.

(4) النووي، 106/14.

(5) الرحيباني، مطالب أولى النهي، 364/1.

(6) نقلاً عن موقع الملتقى الفقهي: <http://feqhweb.com/vb/t17809.html#ixzz3waULj1ps>

بناء على ما سبق، فإن الوشم واجب الإزالة، مع ملاحظة ما يأتي:

1. إن الوشم الصغير، الذي لا يغطي مساحة واسعة من الجسم، بل في موضع الكف مثلا، تجب إزالته مطلقا، لكن بشرط السلامة من الأعراض الجانبية الخطيرة، والضرر الفاحش.
2. هناك كثير من الناس، من المسلمين، وغير المسلمين، يضعون أوشاما تغطي مساحات واسعة من أجسامهم، على البطن والظهر، والوجه، والذراعين، والساقين، وغيرها، فماذا لو تاب المسلم، ودخل الكافر في الإسلام، فهل تجب إزالة هذه الأوشام، في هذه الحالة؟ أقول وبالله التوفيق:
- أ. إن أمكن إزالة جميع هذه الأوشام من جميع أنحاء الجسد، بطريقة آمنة وفعالة، ولا تترك آثارا جانبية خطيرة، أو تشويها للجلد، فيجب إزالتها جميعها، أو إزالة ما يمكن إزالته منها.
- ب. إن لم يكن بالمقدور إزالة هذه الأوشام، لأنه سيجرب ضرر فاحش، أو تشويه كبير للجلد، أو ما شابه من الأضرار، فلا بأس أن تبقى هذه الأوشام؛ لأنه ليس بالمقدور إزالتها، والوشم ضرر، والضرر لا يزال بالضرر وبناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، فمن أراد وضع وشم على جسده، فإنه يمنع ابتداء، ويبين له حرمة ذلك، والمفاسد المترتبة عليه، دينيا، وبدنيا، أما إن كان قد وضع الوشم قديما، وجاء تائبا، أو كافرا يريد الدخول في الإسلام، فإنه يتسامح معه في بقاء الوشم، تطبيقا للقاعدة.

جاء في فتاوى اللجنة الدائمة ردا على السؤال الآتي⁽¹⁾:

نجد بين فترة وأخرى من المتدربين لدينا بالمركز من يضع على أطرافه بعض الرسومات -الوشم-، كرسمة قلب مثلا، ويخترق هذا القلب، أو الرسم ما يسمى بالرمح، وأيضا هناك رسومات تدل على مرسى الباخرة، وبعض الرموز الأخرى، وخوفا من تفشي مثل هذه الظاهرة بين الشباب بالمركز، أمل إيضاح الأمر لنا من الناحية الشرعية، وخاصة أن إزالة مثل هذه الرسومات يتطلب إجراء عملية جراحية، ويبقى المريض قرابة خمسة عشر يوما راقدا في المستشفى....

فأجابت اللجنة: لا يلزم الطلبة إزالة الوشم المذكور، إذا كان العلاج لإزالته كما ذكرتم، ولكن يخبر أهلهم أنه لا يجوز فعلهم مستقبلا، وأن عليهم التوبة مما قد وقع منهم، وينبغي إعلان منع ذلك في المعهد حتى يعلمه الجميع، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

وجاء في مجموع فتاوى ابن باز، حول مسألة بقاء أثر الوشم في الجسم: بأن الوشم في الجسم حرام؛ وإذا فعله المسلم في حال جهله بالتحريم، أو عمل به الوشم في حال صغره، فإنه يلزمه إزالته بعد علمه بالتحريم، لكن إن كان في إزالته مشقة أو مضرة، فإنه يكفيه التوبة والاستغفار، ولا يضره بقاؤه⁽²⁾.

(1) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، 102/24/1، الفتوى رقم (13931)، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الإدارة العامة للطبع، الرياض، د. ط، بدون سنة نشر.

(2) ابن باز، عبد العزيز بن عبد الله (ت 1420هـ)، 44/10، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر، دار القاسم للنشر، ط 1، 1420هـ.

المطلب الرابع: حكم إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية. تعريف عقد الزواج.

عقد الزواج يتكون من لفظين؛ أحدهما عقد، والآخر زوج؛ أما العقد في اللغة فهو: من الأعقاد، وعقده تعقيداً أي جعل له عقوداً، وعقدت الحبل عقداً، فانهقد، وهو الربط بين أطراف الشيء⁽¹⁾، والفعل زوج، يدل على الاقتران والارتباط⁽²⁾، أما العقد بمعناه العام، فهو: ربط إيجاب بقبول⁽³⁾.

قال الحنفية:- هو عقد يفيد ملك المتعة؛ أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، أي المراد أنه عقد يفيد حكمه بحسب الوضع الشرعي⁽⁴⁾. وقال المالكية: إن عقد الزواج حقيقة في العقد مجاز في الوطاء⁽⁵⁾ لحل تمتع؛ أي استمتاع، وانتفاع وتلذذ بأنثى وطئاً، ومباشرة وتقبيلاً وضماً وغير ذلك⁽⁶⁾.

وقال الشافعية: إنه عقد يتضمن إباحة وطاء، بلفظ الإنكاح والتزويج⁽⁷⁾. وقال الحنابلة: إنه عقد التزويج⁽⁸⁾، وهو يفيد منفعة الاستمتاع، لا ملك المنفعة⁽⁹⁾.

وعرفه قانون الأحوال الشخصية بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، لتكوين أسرة، وإيجاد نسل بينهما"⁽¹⁰⁾.

من التعريفات السابقة، يتبين أن عقد الزواج اصطلاحاً عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة، بالواطء والمباشرة والتقبييل والضم وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير مَحْرَم بنسب، أو رضاع، أو صهر، أو هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل؛ أي أن أثر هذا العقد بالنسبة للرجل يفيد الملك الخاص به، فلا يحل لأحد غيره، وأما أثره بالنسبة للمرأة، فهو حل الاستمتاع لا الملك الخاص بها وإنما يجوز أن تتعدد الزوجات، فيصبح الملك حقاً مشتركاً بينهما، أي أن تعدد الأزواج ممنوع شرعاً، وتعدد الزوجات جائز شرعاً⁽¹¹⁾.

(1) الفراهيدي، العين، مادة "عقد"، 40/1؛ الجوهري، الصحاح تاج اللغة، مادة "عقد"، 510/2.

(2) الجوهري، المصدر نفسه، مادة "زوج"، 320/1.

(3) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 21/1.

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 3/3.

(5) العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، 28/2.

(6) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير "بلغة السالك لأقرب المسالك"، 332/2.

(7) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 176/6.

(8) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 81/6.

(9) الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، 4/5.

(8) الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 101.

(11) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6513/9.

وعقدُ الزواج الصحيح هو العقد المستوفي لأركان خمسة؛ وهي⁽¹⁾:

الأول: الصيغة، وهي ما يعبر عنها بالإيجاب والقبول، فيقول الزوج لولي المرأة: زوجني ابنتك، ويجيبه الولي: زوجتك ابنتي، والقبول من الزوج بقوله: تزوجت.

الثاني: الزوج، ويشترط فيه أن يكون ممن يحل للزوجة التزوج به، وذلك بألا يكون من المحرّمين عليها، وأن يكون الزوج مُعَيَّنًا، وأن يكون الزوج حلالاً؛ أي: ليس مُحَرَّمًا بحجٍّ أو عمرَةٍ.

الثالث: الزوجة، ويشترط فيها ليصح نكاحها الشروط الآتية:

- خلوها من موانع النكاح.
- أن تكون الزوجة معينةً.
- ألا تكون الزوجة مُحَرَّمَةً بحجٍّ أو عمرَةٍ.

الرابع: الولي، فلا يجوز للمرأة أن تُزَوِّج نفسها؛ سواءً كانت صغيرة، أو كبيرة، بكرًا، أو ثيبًا بناءً على قول الجمهور، خلافاً للحنفية.

الخامس: الشهادة عليه.

كما يجب المهر للزوجة على الزوج بالنكاح الصحيح، فإذا وقع العقد مستوفياً لما ذكر، فهو صحيح.

توثيق عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية⁽²⁾:

نصت المادة (17) على وجوب تسجيل العقد وفق ما يأتي:

أ- يجب على الخاطب مراجعة القاضي، أو نائبه لإجراء العقد.

ب- يجري عقد الزواج من مأذون القاضي، بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة.

ج- وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية، فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وهي (الحبس من شهر إلى ستة أشهر)⁽³⁾، وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مئة دينار.

د- وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم، يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة، مع العزل من الوظيفة.

هـ- يعين القاضي الشرعي مأذون عقود الزواج بموافقة قاضي القضاة، ولقاضي القضاة إصدار التعليمات التي يراها لتنظيم أعمال المأذونين.

(1) نقلا عن موقع الألوكة: http://www.alukah.net/fatawa_counsels/0/82811/#ixzz3wIGjFMd9 بتصرف يسير.

(2) **الظاهر**، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص 103-104.

(3) المادة (279) من القانون رقم: 1960/16م، نقلا عن موقع: http://www.mowa.pna.ps/Local_laws/LL11.pdf

أهمية توثيق عقود الزواج⁽¹⁾:

المقصود بتوثيق عقد الزواج: إبرامه أمام مأذون شرعي يدونه في وثيقة رسمية وفقا للضوابط المنصوص عليها قانونا.

ولتوثيق عقد الزواج أهمية كبرى، لما يجلبه من المنافع وما يدفعه من المضار، ومن أهم هذه الفوائد إبعاده عن أسباب الفساد والبطلان، فقد أوجب القانون على المأذون الذي يتولى عقد الزواج أن يتحقق من شخصية الزوجين والولي والشاهدين، ومن خلو الزوجين من الموانع الشرعية للزواج، ومن استيفاء العقد لأركانه وشروطه، فضلا عن خضوع وثيقة الزواج التي يحررها المأذون للتدقيق والمراجعة من طرف القاضي.

ومن فوائد توثيق عقد الزواج: احتكام الزوجين إليه عند التنازع، واستخراج نظير منه إذا سرق، أو فقد، والإدلاء به إذا أنكر، أو جحد، والاستظهار به في كل زمان وإن طال، وفي كل مكان وإن بَعُدَ، وفي ذلك غنى عن استدعاء الشهود الذين قد يتعذر حضورهم لموت، أو سفر وما شابهه، فضلا عما قد يعرض لهم من التناقض، والنسيان، والزور، والكتمان.

ومن فوائده أيضا: تقديمه إلى إدارة المواليد لتسجيل المولود، ويقدمه الموظف إلى جهة عمله، لاستحقاق بعض المزايا والعلاوات، وتقديمه الأرملة إلى هيئة المعاشات لتصرف لها بعض المستحقات، ويدلي به الزوجان إلى قاضي التوثيق عند طلب بعض الوثائق، كالإشهاد باستمرار الزواج، والإشهاد على إقرار الزوجة بالدخول، والجهة المختصة بتوثيق عقد الزواج هي المحاكم الشرعية، بواسطة المأذون الشرعي، أو الموظف المختص بتوثيق عقد الزواج في المحكمة.

ويقتضي توثيق الزواج حضور الزوجين أو وكيلهما والولي أمام المأذون، بمعية شاهدين، ويجب على كل واحد من هؤلاء أن يدلي للمأذون بما يثبت هويته، كما يجب إدلاء الزوجين للمأذون بما يثبت جنسيتهما، وإقامتهما في الدولة بصفة قانونية، وبشهادة طبية معتمدة تفيد خلوهما من الأمراض المعدية، كما يجوز طلب حضور المأذون إلى البيت لإجراء عقد الزواج.

ومتى توفرت الوثائق والشروط المتطلبة شرعا وقانونا لإجراء الزواج، جاز للمأذون تلقي الإيجاب والقبول، وتسجيل بيانات عقد الزواج في سجل خاص يوقعه كل من الزوجين، والولي، والشاهدين، والمأذون، والقاضي، ثم تحرر وثيقة الزواج حسب الأصول.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "لم يكن الصحابة يكتبون (صداقات)؛ لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن آخروه، فهو معروف، فلما صار الناس يزوجون على المؤخر، والمدة

(1) نقلا عن موقع دائرة القضاء، أبو ظبي:

<http://www.adjd.gov.ae/portal/site/adjd/Article0206/?jsessionid=r0SKSv3HCJb5PXyTQDwQdL1LhKndM9th0rTmvJLpW8H3x6ZXyHtQ!865874394!NONE>

تطول ويُنسى صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له⁽¹⁾، وفي العصر الحاضر ألزمت قوانين الأحوال الشخصية بتسجيل عقود الزواج.

وإذا كان الناس بحاجة إلى هذا الأمر في زمن ابن تيمية، فهو من باب الأولى في زماننا، ولا يوجد أي مانع شرعي لإلزام الناس من قبل الدولة لتوثيق عقود زواجهم؛ لأن هذا يعود عليهم بالمصلحة والمنفعة، ولا يوجد أي مانع شرعي أن تضبط الدولة مواطنيها بضوابط تعود عليهم بالمنفعة، ولا يوجد أي تعارض مع الشريعة الإسلامية إذا فرضت الدولة على مواطنيها نظاما عاما، أو إجراءات معينة، وأوجدت مؤيدات لمن يخالف هذه الإجراءات، ولم يلتزم بالضوابط⁽²⁾.

ولا يستطيع أحد من المسلمين أن يتملص من الاعتراف أن توثيق معاملات الناس، وتصرفاتهم لدى المؤسسة صاحبة الاختصاص في الدولة، هو ضمان لحفظ حقوقهم ومعاملاتهم، وصون لها من الإنكار والجحود، والنزاع والخصومة، فالمصلحة المتوخاة من التوثيق مصلحة عامة تعود على الناس بالمنفعة، ولا شك أن الإسلام أرشد إلى مبدأ التوثيق، وأطول آية في القرآن الكريم تتحدث عن هذا المبدأ، وهي آية الدين في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽³⁾، وعقد الزواج من ضمن العقود التي دعت الدولة إلى تنظيمها وتوثيقها لدى المحاكم الشرعية في كل دولة، وقد وجه أكثر من عالم الدعوة إلى ضرورة التوثيق، فالشيخ الزرقا ناشد الجهات الرسمية في الدول الإسلامية، وناشد العلماء أن يلتفتوا إلى أهمية توثيق عقد الزواج، وأن أهمية توثيق عقد الزواج في وقتنا المعاصر لا تقل عن أهمية الإشهاد عليه، حيث إن الشهادة على عقد الزواج إنما جعلت حفظا للحقوق وصونا للأعراض، والإشهاد على الزواج وسيلة لا غاية، فإذا أصبحت هذه الوسيلة لا تجدي في تحقيق المقصود منها، وهو حفظ الحقوق، فالشريعة حينئذ لا تمنع من مساندة هذه الوسيلة بوسائل أخرى مثل توثيق الزواج⁽⁴⁾.

وقد وثق رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الكثير من معاملاته ومراسلاته، وأمر بالكتابة في الصلح مع المشركين، وتوالى التوثيق بالإشهاد والكتابة منذ عهده، وعهد من بعده -صلى الله عليه وسلم- استشعاراً منهم لأهميته، وقد دلت السنة المطهرة على وجوب توثيقه بالشهادة، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: **(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)**⁽⁵⁾، وقد أخذ بهذا جمهور الفقهاء، أي أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، والعلة في وجوب الإشهاد على الزواج واضحة في كونها تدل على إظهاره وإعلانه عن طريق النقل والتسامع بين الناس، مما ينفي التهمة، ويحفظ حقوق الزوجة والأولاد، ودفع احتمالات

(1) مجموع الفتاوى، 131/32.

(2) بدير، رائد عبد الله، مسميات الزواج المعاصرة بين الفقه والواقع والتطبيق القضائي، ص 44، دار ابن الجوزي، القاهرة، الطبعة الثانية، د. س.

(3) سورة البقرة، الآية 282.

(4) نقلا عن الموقع السابق.

(5) الحديث سبق تخريجه ص 223.

الإنكار، ومما سبق يظهر بجلاء أهمية التوثيق في الشريعة الإسلامية سواء ما كان بالشهود، أو بالكتابة، وإذا كان التوثيق بالشهود سبباً لإشهار الزواج وإعلانه، فإن توثيقه بالكتابة سبب أيضاً لإشهاره وإعلانه⁽¹⁾.

ولا مرأ في أن هذا التوثيق أدعى في هذا العصر الذي تعقدت فيه المشكلات، وتعددت فيه أسباب النزاع مما يقتضي توثيق العقود بالكتابة، والإلزام بتسجيل عقود الزواج هو من باب السياسة الشرعية التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها لما يراه في ذلك من مصالح، فالتوثيق لدى المأذون، أو الموظف المختص، نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية؛ خشية الجحود، وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من النكران⁽²⁾.

إجراء العقد خارج الدوائر الرسمية⁽³⁾:

من أشهر العقود التي تجري خارج الدوائر الرسمية ما يعرف بالزواج العرفي، ويعرف الزواج العرفي بأنه: "اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوباً، أو غير مكتوب".

وهناك تعريف آخر للزواج العرفي: "وهو أنه عقد مستكمل شروطه الشرعية، إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية".

والتعريف الثاني غير دقيق، فعبرة: "أي بدون وثيقة، رسمية كانت، أو عرفية"، غير صحيح، فإن العقد العرفي قد توجد فيه وثيقة عرفية، ولا تخرجه هذه الوثيقة عن كونه عقداً عرفياً، وقد لا يستوفي العقد العرفي الشروط الصحيحة لعقد الزواج، وكان الواجب أن ينتهي التعريف عند لفظ: "رسمية".

إن التصور الإسلامي من حيث المبدأ لا يفرض شكلاً من الأشكال لإتمام الزواج، فعقد الزواج شأن سائر العقود يتم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا يتوقف وجوده وثبوته على بيينة كتابية، بل تكفي البيينة الشخصية لإثباته سواء كان ذلك فيما يتعلق بنفس العقد، أو آثاره من مهر ونفقة وما إلى ذلك من الحقوق، غير أن هذه الحقيقة لا تمنع من إحداث تنظيمات شكلية، أو إدارية بقصد حماية الزوجية، والمحافظة على مصالح العقد، كما لا تتعارض مع سن قانون تراه الدولة مقيداً بقاعدة التطور، وأخذاً بالأساليب الحديثة في التدوين والتسجيل.

صحيح أن الزواج الشرعي هو ما كان متحققاً فيه أركانه وشروطه الشرعية، مع خلوه من الموانع التي تمنع انعقاده، فإذا كان هناك إيجاب من ولي المرأة، وقبول من الرجل، وكان ذلك بحضور شهود

(1) الطيار والمطلق والموسى، عبد الله بن محمد، عبد الله بن محمد، محمد بن إبراهيم، الفقه الميسر، 28-26/11، مَدَارُ الْوَطْنِ لِلنَّشْرِ، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: ج 7 و 11-13: ط 1، 1432هـ، 2011م، باقي الأجزاء: ط 2، 1433هـ، 2012م.

(2) الطيار والمطلق والموسى، المصدر نفسه، 28-26/11.

(3) الأشقر، أسامة بن عمر، بحث بعنوان: "الزواج العرفي"، بتصرف واختصار، نقلا عن موقع ملتقى أهل الحديث:

<http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=32767>

يشهدون العقد، أو كان العقد معلناً عنه، كان زواجاً شرعياً، إذا خلا من الموانع، ولا يشترط في العقد الشرعي حتى يكون صحيحاً أن يوثق في المحاكم الشرعية، أو الأوراق الرسمية. ولكن ليس الأمر بهذه السهولة في واقعنا المعاصر حتى يقال: إنه يكفي أن يُجرى العقد من غير توثيق، بل حصل من التعقيدات في الحياة، ووُجد من فساد الذمم ما احتيج معه إلى إيجاب توثيق العقود الزوجية؛ لما يترتب على ذلك من مصالح عظيمة، من إثبات النسب والمهر والميراث، ودفع التهمة عن الزوجة بعلاقتها مع رجل، وهذا ما يدفع للتأكيد على ضرورة توثيق العقود الزوجية. قال علماء اللجنة الدائمة للإفتاء: "إذا تمّ القبول والإيجاب، مع بقية شروط النكاح، وانتفاء موانعه، صح، وإذا كان تقييده قانوناً يتوقف عليه ما للطرفين من المصالح الشرعية الحاضرة، والمستقبلية، للنكاح، وجب ذلك"⁽¹⁾.

لذلك، فإن الإقدام على ما يسمى كتاب الشيخ، بدون توثيق في المحكمة حرام؛ كونه لا يحفظ حقوق الزوجين، وليس لديه السلطة التنفيذية عند النزاع بين الطرفين، والقاعدة الفقهية تقول: يحق لولي الأمر أن يقيد المباح، وجوباً أو تحريماً، فالحاكم له أن ينقل المباح إلى ساحة الوجوب، أو ساحة التحريم تبعاً للأحوال المحيطة، والبيئة الاجتماعية، كما هو الحال في مسألة عقد الزواج خارج المحكمة، وفي قضية العقد المشروع في الزواج جاء التقييد بأن يوثق في المحكمة سداً لذريعة الفساد، وقطعاً للاستهتار في أداء الحقوق⁽²⁾.

صور الزواج العرفي⁽³⁾:

الزواج العرفي عقد يتم بين رجل وامرأة مستكملاً أركانه وشروطه، إلا أنه لم يسج في المحكمة، فلم يصدر بتوثيقه قرار رسمي، أو وثيقة رسمية، هذه هي السمة البارزة في هذا العقد، وهناك صور أخرى لعقد الزواج العرفي، وقد حصل خلط بين أنواع الزواج المختلفة، وبين الزواج العرفي الحقيقي، وفيما يأتي أهم صور الزواج العرفي:

الصورة الأولى: أن يتم عقد الزواج باتفاق خاص، بإيجاب وقبول بين رجل وامرأة، لكن بدون ولي وشهود، ويتم بسرية تامة بينهما بعيداً عن الناس، وقد يكتب في ورقة عرفية، وقد لا يكتب. الصورة الثانية: أن يتم العقد باتفاق خاص بين رجل وامرأة بحضور شاهدين غير حقيقيين، وغالباً ما يكونان مستأجرين، أو من الأصدقاء، مع عدم الإعلان والإشهار، بل بسرية تامة أيضاً، وبدون علم الولي والأسرة، وقد يكتب في ورقة عرفية، وقد لا يكتب.

وبالنظر في هاتين الصورتين يتبين أن الزواج فيهما فاقداً لأركانه وشروطه أو بعضها، من ولي وشهود، فعلى هذا يكون الزواج في هاتين الصورتين باطلاً، ولا يكون عرفياً؛ لأن الزواج العرفي لا بد

(1) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، 87/18.

(2) نقلاً عن موقع المجلس العلمي: <http://majles.alukah.net/t73957>

(3) الدريويش، أحمد يوسف أحمد، الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، ص 89-90، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 1426هـ، 2005م.

أن يستوفي أركانه وشروطه، إلا أنه لم يوثق رسمياً، لكن الزواج في هاتين الصورتين يشبه الزواج العرفي في كونه غير موثق رسمياً، ولكنه يختلف عنه بعدم استيفاء الأركان والشروط، فيكون غير عرفي.

الصورة الثالثة: أن يتم العقد العرفي بإيجاب من الولي أو من يقوم مقامه، وبقبول من الزوج أو وكيله، وبالرضى التام بين الزوجين، مع حضور شهود، وقد يعلن عنه، وقد لا يعلن، لكنه لا يسجل في الوثيقة الرسمية عند الجهة الشرعية، وهذا العقد قد يتم شفويًا ولا يكتب في ورقة، بل يكتفى فيه بالإقرار بالكلام، وقد تكتب ورقة غير رسمية يوقع عليها كل من الزوجين والشهود.

وهذه الصورة الثالثة هي المقصودة هنا، والتي يمكن الحكم بصحة العقد وإجراء المصادقة عليه في المحكمة الشرعية بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي⁽¹⁾:

إن الزواج الرسمي تصدر به وثيقة رسمية من الدولة، بخلاف الزواج العرفي، الذي يعقد مشافهة، أو تكتب فيه ورقة عرفية، وإنما التوثيق لدى المأذون، أو الموظف المختص نظام أوجبه اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية؛ خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من النتائج الخطيرة عند الجحود، وقد عرف رجال القضاء المعاصرون الوثيقة الرسمية بأنها: "التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها"، سندا للمادة "75" من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني⁽²⁾ المعمول به في فلسطين، ونصها: [المستندات الرسمية هي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها، كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد الصادرة إثر الولادة، والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل، وسندات التسجيل تعتبر بيئة قاطعة على ما نظمت لأجله، ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير، ويشترط في ذلك أنه يجوز إثبات صحة تنظيم أي مستند، أو عقد أو وكالة أو صك كتابي، منظم أو موقع في مكان خارج المملكة الهاشمية بإقرار الفريقين المتعاقدين، أو بتصديقه من السلطات المختصة في البلد الذي نظمت أو وقعت فيه، ومن ممثلي المملكة الأردنية الهاشمية في ذلك البلد إن وجد، ويعتبر المأذون موظفاً لمقاصد هذه المادة]⁽³⁾.

والوثيقة الرسمية لا تقبل الإنكار، ولا يجوز الطعن فيها بحال، وبناءً على ذلك يثبت بها عقد النكاح قطعاً، أما عقد الزواج العرفي ولو أثبت بالشهود، أو وثيقة عرفية، فإنه يقبل الطعن فيه، ويقبل الإنكار.

(1) الطيار والمطلق والموسى، الفقه الميسر، 25/11.

(2) القانون رقم: 1959/31م، المنشور في الجريدة الرسمية، رقم: 1449، بتاريخ: 1959/1/1م. نقلا عن موقع: ديوان التشريع والرأي/ الأردن <http://www.lob.gov.jo/AR/Pages/AdvancedSearch.aspx>

(3) نقلا عن موقع: قانون <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=16338>

وإذا كان الزواج العرفي زواجًا صحيحًا، استوفى شروطه، فللحاكم المعاقبة على عدم توثيق عقد الزواج؛ لأنه خالف أمرًا أوجب الله طاعته فيه لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽¹⁾.

حكم الزواج العرفي⁽²⁾:

من مقاصد الشريعة المطهرة العظمى حماية حقوق الفرد والمجتمع، والمحافظة على الأنساب، وأخذ كل الاحتياطات لمنع اختلاطها، من أجل كل ذلك، وضعت للزواج الشرعي شروطا وضوابط؛ لحماية حق الرجل والمرأة والولد، فاشتراط الولي والشهود والإشهار للزواج، هو لحماية الزوج أن ينسب إليه ولد هو منه براء في الحقيقة، وحماية للمرأة أن ينكر الرجل -متى شاء- ولده منها، وحماية للولد أن ينتفي منه أبوه متى حلا له ذلك، ولعل الحكمة من هذه الشروط والضوابط الشرعية يدركها جلياً من تساهلوا في الأخذ بها، فحصل ما حصل من مشاكل متشابكة وضياح للحقوق وظلم للآخرين.

لذلك، فالواجب على المسلمين أن يلتزموا بشرع الله تعالى، ويحكموه في كل أمور حياتهم، فالزواج الصحيح شرعاً: هو ما اجتمعت فيه شروط الصحة، وانتفت عنه موانعها، وبناءً على ذلك يمكن القول: أولاً: إذا كان الزواج قد حصل بدون علم الولي وموافقته، فهو باطل على الصحيح، خلافاً للحنفية الذين لم يشترطوا وجود الولي في الزواج.

ثانياً: إذا اكتملت الشروط المطلوبة لصحة النكاح، إلا أنه لم يحصل إعلان وإشهار له، فإن كان ذلك عن غير تواطؤ من الأطراف المعنية، فهو صحيح، وعليهم أن يعلنوه ويشهروه؛ ليبعد عن مشابهة الزنا في صفاته، أما إن كان عدم الإشهار حاصلاً عن تواطؤ، فإن النكاح مختلف فيه بين أهل العلم، فمنهم من قال: إنه يفسخ لمشابهته للزنا من حيث التواطؤ على الكتمان، ومنهم من قال: إنه صحيح لا يفسخ؛ لتوافر شروط الصحة فيه، فهو مثل ما لم يحصل فيه تواطؤ على كتمان.

ثالثاً: إذا اكتملت الأركان والشروط المطلوبة لصحة النكاح، وتم الإشهار والإعلان حسب الأصول، ولكن لم يوثق في وثيقة رسمية، فهو الزواج العرفي، والواجب البعد عن هذا النوع من الزواج، والحرص على الزواج الصحيح الموثق؛ بعداً عما يترتب عليه من إشكالات وقضايا، ويجب مراجعة المحكمة الشرعية المختصة من أجل المصادقة على هذا الزواج حفظاً للحقوق.

رابعاً⁽³⁾: إذا عقد النكاح العرفي سراً بين رجل وامرأة، من غير ولي ولا شهود، فهو باطل باتفاق العلماء.

(1) سورة النساء، الآية 59.

(2) الطيار والمطلق والموسى، الفقه الميسر، 30-29/11.

(3) نقلاً عن موقع ملتقى أهل الحديث: <http://www.ahlalhddeeth.com/vb/showthread.php?t=32767>

قيمة الإلزام القانوني بتسجيل عقد الزواج⁽¹⁾:

هذه التراتيب الإدارية التي ألزمت بها قوانين الأحوال الشخصية، ومنها تسجيل عقود الزواج سماها بعض الفقهاء المعاصرين بالشروط القانونية، ويمكن تعريفها بأنها: "شروط يضعها المشرع الوضعي لجلب مصلحة، أو دفع مضرة"، والشروط القانوني ليس شرط صحة، ولا نفاذ، ولا لزوم؛ لأن المشرع الوضعي ليس له أن ينشئ حكماً شرعياً دينياً، يحل حراماً، أو يحرم حلالاً، بل هو شرط يترتب عليه أثر قانوني، لا دخل له في الحكم الشرعي الديني.

ولكن يقال: إذا تعارف الناس على مطلب قانوني يحقق مقصداً شرعياً، فهو معتبر.

الكيفية التي يتم بها عقد الزواج العرفي⁽²⁾:

صور إجراء هذا العقد متعددة، ومنها: كتابة عقد يتضمن إقرار الزوج والزوجة بأهليتهما للتعاقد والتصرف، وخلوهما من كافة الموانع الشرعية، ويدون في هذا العقد أسماء الشهود، فيقر الزوج (بعد تدوين اسمه) وبعد إيجاب وقبول، ويجيب أنه قد قبل الزواج من الزوجة (يذكر اسمها) زواجاً شرعياً على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم-، وعملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، كما تقر الزوجة بعد إيجاب وقبول صريحين، أنها قبلت الزواج من الزوج، زواجاً شرعياً على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم-، وعملاً بأحكام الشريعة الإسلامية.

ويذكر في العقد أن الطرفين اتفقا على صداق قدره (كذا)، كما يتضمن العقد أن الطرفين أقرأ بقبولهما جميع أحكام هذا العقد بما تقتضي الشريعة الإسلامية، وما يترتب عليه من آثار وخاصة البتة، إذ إن لأولادهما ثمرة هذا الزواج، ولهم جميع الحقوق الشرعية والقانونية مثلها.

الزواج العرفي في قوانين الأحوال الشخصية⁽³⁾:

كل قوانين الأحوال الشخصية تلزم بتسجيل عقود الزواج، ولكنها متفاوتة فيما بينها في الحكم على من يتزوج زواجاً عرفياً، غير موثق في الدوائر الرسمية الحكومية، ولقوانين الأحوال الشخصية أربعة اتجاهات في هذا الأمر:

الأول: الإلزام بتسجيل العقد، من غير ذكر عقوبة لهذه المخالفة، فمن هذا النوع القوانين التي نصت على أنه لا بدّ من توثيق عقد النكاح، واكتفت بذلك، ولم تفرض أي عقوبة على الذين لا يوثقونه، مثل مدونة الأسرة في المغرب، حيث نصت المادة (16) على ما يأتي: [تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع

(1) نقلا عن موقع ملتقى أهل الحديث: <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=32767>

(2) نقلا عن الموقع نفسه.

(3) نقلا عن الموقع نفسه.

دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات، وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار، وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال، أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين⁽¹⁾.
الثاني: رفض سماع الدعوى في الزواج العرفي، حين تقديمه إلى المحاكم في حالة الإنكار.

ومن هذا النوع القوانين التي ألزمت المحاكم القضائية بعدم سماع دعوى الزوجية، أو الإقرار بها، إلا عند تقديم وثيقة رسمية، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري منذ عام 1931، ونصت عليه المادة (99) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمعدلة بالقانون رقم (78) لعام 1951.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ: 1957/2/1 أن الفقرة الناصة على عدم سماع الدعوى عند إنكار دعوى الزوجية، أو الإقرار بها، إلا إذا كانت بوثيقة رسمية، فإن هذه الفقرة لا تشترط الوثيقة الرسمية لصحة عقد الزواج، وإنما هي شرط لسماع الدعوى.

ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فقد جاء في المادة (92) منه الفقرة: (أ): "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية، أو سبق الإنكار الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية".

الثالث: إيجاب عقوبة على مثل هذا النوع من الزواج، ويتفاوت مقدار العقوبة من قانون لآخر، ومن هذا النوع، قانون الأحوال الشخصية الأردني⁽²⁾، الذي أوجب عقوبة على كل من الزوجين، والعائد والشهود، وقد حدد قانون العقوبات هذه العقوبة بالسجن، كما ألزم بغرامة لا تزيد عن مئة دينار لكل واحد من المذكورين، وأضاف إلى ذلك طرد المأذون الذي لم يوثق العقد من وظيفته.

ومن هذه القوانين التي تفرض عقوبة على من لا يسجل عقد زواجه في الدائرة الحكومية المختصة، قانون الأحوال الشخصية العراقي، فقد جاء في الفقرة الخامسة من المادة العاشرة منه ما نصه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد عن سنة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمئة دينار، ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية".

وعقوبة هذا القانون قاسية، وتزداد قسوة إذا كان الزواج غير موثق، أو كان الزواج من امرأة غير الزوجة الأولى.

الرابع: القوانين التي لا تثبت هذه العقود، وتعتبرها باطلة من أصلها.

(1) لفروجي، امحمد، موسوعة القانون المغربي، ص18، مدونة الأسرة وفق آخر التعديلات المدخلة بالقانون رقم: (08.09)، بشأن سماع دعوى الزوجية في النصوص التطبيقية، بدون ناشر، ط1، 2010م.

(2) نصت المادة (279) من هذا القانون رقم: 1960/16م، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 1487، بتاريخ: 1960/1/1، المعدل بأخر قانون: 2011/8م، المنشور في الجريدة الرسمية رقم: 5090، بتاريخ: 2011/5/2م، على الآتي: [يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من أجرى مراسيم زواج، أو كان طرفا في إجراء تلك المراسيم بصورة لا تتفق مع أحكام قانون الأحوال الشخصية، أو أي تشريعات أخرى نافذة]

مثل قانون الأحوال الشخصية التونسي، حيث نص في الفصل الرابع من الأحكام التي تتعلق بالزواج على: "أنه لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص"⁽¹⁾.

وقد وافق مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر بمصر، في جلسته الشهرية على الزواج العرفي، واعتبر أعضاء المجمع "هيئة كبار العلماء بالأزهر" أن أي زواج تتحقق معه شروط صحة الزواج، وأهمها الإشهار، وموافقة ولي الأمر، وشاهدي عدل، هو زواج شرعي، بغض النظر عن المسمى الحديث لأي زواج، لكن أفاد المجمع أنه لا ينصح بهذا الزواج العرفي؛ لما يترتب عليه في بعض الأحيان من ضياع لحقوق الزوجة، وحقوق الأولاد⁽²⁾.

علاقة إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

عقد الزواج الذي استوفى أركانه وشروطه الشرعية، لكنه لم يوثق بوثيقة رسمية في المحكمة الشرعية، ما مصيره؟ هل يحكم عليه بالفسخ والبطلان لمخالفة الترتيب الإدارية والسياسة الشرعية للدولة، أم يحكم عليه بالدوام والاستمرار بناء على القاعدة، وخصوصا إذا ترجح جانب البقاء والدوام بحصول الدخول، ودفع الحقوق وحصول الحمل والإنجاب، يمكن الحكم ببقاء واستمرار هذا العقد بناء على قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".

بناء على كل ما سبق، فإنني أرى أنه يجب وجوبا حتميا في هذا الزمان، التقيد بالأنظمة المعمول بها في الدولة، فيما يخص توثيق عقد الزواج لدى الجهات الحكومية المختصة لتحقيق المصالح، ودفع المفساد لما يأتي:

1. حفظا للحقوق الزوجية مطلقا.

2. حفظا لحقوق الأولاد.

3. سدا للزرائع، وقطعا للمشاكل والنزاعات.

4. الابتعاد عن الشبهات.

وينبغي أن لا يفتح الباب على مصراعيه بالإفتاء بأن العقد إذا استوفى أركانه، وشروطه، فهو عقد صحيح، حتى لو لم يسجل، بل إن اشتراط تسجيله اليوم، لا يقل أهمية عن اشتراط استيفاء العقد لأركانه وشروطه.

أما بخصوص تطبيق القاعدة على هذا الأمر الواقع، وحيث إنه من الواجب تسجيل عقد الزواج، وهناك عقوبات مالية، وفصل من الوظيفة للمأذون في حالة عدم توثيق العقد، فكان الأحرى رد كل عقد لم يسجل بشكل رسمي في المحاكم الشرعية.

(1) الدريويش، الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، ص 153 - 154.

(2) نقلا عن موقع العربية الإخباري: <http://www.alarabiya.net/articles/2007/06/01/35053.html>

ولكن، وفي كثير من الأحيان يلجأ أطراف هذا العقد، أي الزوج والزوجة إلى الجهات المختصة من أجل توثيق هذا العقد، من أجل إتمام إجراءات كثيرة أمام الدوائر الرسمية فيما يتعلق بالحقوق، وتسجيل المواليد، والحقوق المالية، وأمور السفر وغيرها، لذلك تضطر المحكمة الشرعية إلى إجراء تصديق لهذا العقد -تصادق على زواج- إذا صدر صحيحا، وبالأخص إذا حصل دخول، وكان هناك حمل، أو أطفال صغار، حفاظا على الأعراض، وصونا للحقوق.

وفي نظري، إن هذا يعتبر تطبيقا لقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو "يغتنر في البقاء، ما لا يغتنر في الابتداء"، فالأصل منع إبرام هذه العقود خارج الدوائر الرسمية منعاً باتاً، ولكن، لما كان الأمر أمراً واقعاً بالفعل، وارتبط الزوجان بهذا العقد، وتم دفع المهر، وكتابة الحقوق، وقد يحصل دخول، وحمل وما شابه ذلك، فلا مناص حينها من اعتبار هذا العقد صحيحاً والمصادقة عليه، بناءً على هذه القاعدة؛ لأنه استوفى أركانه وشروطه الشرعية، وحصل الخلل في عدم التوثيق لدى الجهات الرسمية في الدولة.

يمكن القول أخيراً، إن المحاكم الشرعية في فلسطين أعملت قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بشكل عملي دون النص عليها في المصادقة على عقد الزواج العرفي، فعلى سبيل المثال حكمت محكمة الخليل الشرعية بثبوت الزوجية والدخول الشرعيين بين زوجين متداعيين، وبالتالي صحة عقد زواجهما الذي لم يسجل في المحاكم الشرعية ابتداءً، بموجب إعلام الحكم الصادر بتاريخ: 1979/8/7م.

وقد صدر التعميم رقم: ق/1358/15، بتاريخ: 1999/9/11م عن قاضي القضاة يبين الخطوات المتبعة عند تسجيل حجة التصديق على الزواج.

ولقد أصدرت المحكمة العليا الشرعية العديد من القرارات بخصوص الحكم بصحة عقد الزواج لتوافر أركانه وشروطه، وبالتالي ترتب جميع آثاره عليه، كما جاء في القرار رقم: 2015/23م، تاريخ: 2015/1/25م، والقرار رقم: 2015/108م، تاريخ: 2015/6/14م، والقرار رقم: 2015/113م، تاريخ: 2015/6/29م⁽¹⁾.

(1) انظر إعلام الحكم والتعميم المشار إليه، والقرارات المنوه بها في الملاحق.

المطلب الخامس: تطبيقات عامة⁽¹⁾.

(1) من التطبيقات المعاصرة لقاعدة: "المنع أسهل من الرفع"، أنه قد يكون من السهل الميسور على أهل الحسبة أن يدفعوا أنواعاً من الشر والفساد عن الناس قبل أن تعم وتنتشر، حيث يتعذر عليهم بعد ذلك رفعها ومنع وقوعها، مما يستدعي أحياناً ضرورة مسايرة الواقع شيئاً فشيئاً، والإنكار التدريجي داخل المجتمع، خشية من وقوع مفسد أعظم، وهذا منهج حكيم في سياسة إصلاح الواقع يفرق به بين ما بابه الدفع من القضايا، وما بابه الرفع، كما تم التفريق بين معاني النهي والترهيب من المنكرات قبل وقوعها، ومعاني الحكمة والتقريب في تغييرها بعد شيوعها.

(2) من التطبيقات المعاصرة كذلك لقاعدة: "المنع أسهل من الرفع"، ما تقوم به الدول والمنظمات والهيئات الطبية لتقادي انتشار الأوبئة والأمراض، وذلك بنشر الوعي الصحي بين الناس بخطورتها، واتخاذ كافة الوسائل والتدابير التي تحول -بإذن الله- دون انتشارها وتحولها إلى وباء يهلك الحرث والنسل، وكما يقال في المثل: "درهم وقاية خير من قنطار علاج"؛ وذلك لأن بذل الأسباب لمنعها وانتشارها أسهل من فعل ذلك بعد استفحالها وانتشارها بين الناس.

(3) ومن التطبيقات المعاصرة لهذه القاعدة، أي: "البقاء أسهل من الابتداء"، الحكم باستمرار انعقاد المجالس واللجان الحكومية بحضور عدد معين من أعضائها، كالنصف أو الثلثين، وذلك إذا حصل نقص يسير عن هذا العدد في أثنائها لعارض؛ حيث يفترق في الابتداء ما لا يفترق في البقاء، أو يقال: إن البقاء أسهل من الابتداء، في حين أنه لو نقص العدد المشترك في بداية الجلسة، لما عُدَّت منعقدة نظاماً.

(1) المشعل، "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:
<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>

الخاتمة

النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج.

1. لقد ارتبطت قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" منذ نشأتها بالموانع الشرعية؛ حيث ذكر العلماء أصلها في أقسام الموانع الشرعية، وهو ما يمنع الابتداء دون الدوام.
2. نشأت هذه القاعدة عن تعليل الفقهاء للأحكام الشرعية، وهي مستوحاة من استقراء النصوص الفقهية.
3. عبر الفقهاء عن أصل هذه القاعدة في الموانع الشرعية بالدوام والابتداء، وفي الوصف المجعول علة بالدفع والرفع.
4. فرق الفقهاء بين حال الابتداء، وحال الانتهاء، أو البقاء في الكثير من الأحكام الشرعية.
5. إن قياس الابتداء على الاستدامة في أصول الشرع ضعيف؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء.
6. إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" مبنية على قوة الدوام وثبوته.
7. فرق الشارع الحكيم بين الطارئ والمقارن في الكثير من الأحكام الشرعية.
8. هذه القاعدة معمول بها في المذاهب الفقهية من حيث الجملة، والخلاف جارٍ فيما يندرج تحتها، وما لا يندرج؛ لذلك، فهي من قواعد الخلاف العام، وهي من القواعد الكبرى التي يندرج تحتها ما لا ينحصر من المسائل.
9. أحياناً يكون الترجيح مختلفاً في الفروع الفقهية بين ما يلحق بالدوام، وما يلحق بالابتداء.
10. تدور قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" على ألفاظ متنوعة، فاختلفت ألفاظها، واتفق مضمونها.
11. وردت هذه القاعدة في إحدى صيغها اللفظية بصورة ضابط فقهي متعلق ببعض أبواب الفقه.
12. لا تعارض بين قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"، مع قاعدة: "الدفع أقوى من الرفع".
13. تعتبر هذه القاعدة من القواعد التي تبرز يُسرَ وسماحة الشريعة الإسلامية، وهي بمثابة رخصة شرعية، أو فيها معنى الرخصة الشرعية.
14. هذه القاعدة ليست على إطلاقها، لوجود المستثنيات.
15. إن المسائل التي يغتفر فيها في الدوام، تدخل جميعاً في فروع قاعدة: "الدفع أسهل من الرفع".
16. جاء الاستدلال بهذه القاعدة في المذاهب الفقهية الأربعة شاملاً لألفاظها المتنوعة، في شتى الأبواب الفقهية.
17. المذهب الحنفي والمذهب الشافعي هما أكثر المذاهب الفقهية استدلالاً بالقاعدة.

18. تميزت القاعدة في المذهب المالكي بورودها، أو صياغتها على طريقة الاستفهام، بألفاظ متنوعة، بما يشعر بوجود خلاف داخل المذهب.

19. قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" وثيقة الصلة بجملة من القواعد الفقهية.

20. جرى خلاف بين الفقهاء في حجية قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، والراجح أنها قاعدة مستقلة، وليست مستثناة من غيرها، وهي حجة في الكثير الكثير من الأحكام الشرعية.

21. انفرد ابن السبكي برأي خاص في القاعدة، حيث اعتبرها خارجة عن القواعد الشرعية.

22. قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" وثيقة الصلة ببعض مباحث أصول الفقه، كالاستصحاب، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف، وبمبدأ اعتبار المآلات، وقاعدة التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى علاقتها بالمصلحة الشرعية.

23. إن قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، هي قاعدة فقهية بحد ذاتها، يُستثنى منها، لا أنها مستثناة من غيرها، لذلك كانت هي الأم والأصل الذي استثنيت منه القاعدة الخاصة بالابتداء، وهي: "يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء".

ثانيا: التوصيات.

1. ضرورة توجيه الباحثين إلى الاعتناء بعلم القواعد الفقهية، والاستفادة منها دراسة وتطبيقا.
2. محاولة إخضاع المسائل المختلف في إلحاقها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"، أو عدم إلحاقها، إلى المزيد من الدراسة والتمحيص.
3. العمل على إجراء دراسة شاملة واستقصائية حول علاقة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بالكثير من قواعد الفقه.
4. يمكن إجراء دراسة حول تطبيقات قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" في كل الأبواب الفقهية بشكل أكثر شمولية.
5. من الممكن تناول القاعدة بالدراسة والتحليل من خلال المذهب المالكي؛ حيث جاءت بصيغة الاستفهام عندهم، وهذا مشعر بوجود خلاف كبير داخل المذهب، وهذا حال المذهب الحنفي أيضا، حيث وجد الخلاف في الدوام والابتداء بين أبي يوسف ومحمد.
6. البحث عن المزيد من التطبيقات الفقهية المعاصرة، لتخريجها على هذه القاعدة.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، والصحابه أجمعين.

الملاحق:

نموذج دعوى إثبات الزواج والنسب

نموذج حجة تصادق على زواج

نموذج حجة تصادق على زواج ونسب

إعلام الحكم الصادر عن محكمة الخليل الشرعية

تعميم نائب قاضي القضاة - مدير المحاكم الشرعية

قرارات المحكمة العليا الشرعية

صورة دعوى إثبات الزواج

إذا تم عقد الزواج خارج المحكمة، ولم يوثق بإحدى الطرق القانونية، وحضرت الزوجة، وطلبت توثيق عقد الزواج بغياب الزوج، أو عدم إمكانية حضوره، ففي هذه الحالة تقام دعوى إثبات زواج لدى المحكمة الشرعية، فإذا ثبتت هذه الدعوى بوسائل الإثبات، وتوفرت أسباب الحكم، يصدر الحكم بثبوت الزواج وما يترتب عليه من آثار، ويثبت الزواج بالبينة أو الإقرار، وإذا أقر الزوج بالزواج في حال غياب الزوجة، وعدم إمكانية حضورها، فالإقرار حجة قاصرة على المقر، ولا يتعدى إلى الغير إلا بإقامة البينة.

لدى محكمة الشرعية

دعوى أساس:..... تاريخ الورود:.....

المدعية:.....من.....وسكان.....

المدعى عليه:.....من.....وسكان.....

موضوع الدعوى: إثبات زواج ونسب.

لائحة وأسباب الدعوى

1. المدعية المذكورة هي زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه.....المذكور.
2. جرى عقد زواج المدعية المذكورة على المدعى عليه.....المذكور بتاريخ:...../...../...... بإيجاب وقبول شرعيين وبموافقة ولي الزوجة والدها وبحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين وهما:.....، وكانا خاليين من الموانع الشرعية والقانونية، وقد جرى عقد زواجهما على مهر معجله ومؤجله.....وتوابع معجله.....ولم يسجل في حينه لدى المحاكم الشرعية، ورزقت منه على فراش الزوجية الصحيح الولد.....، بتاريخ:...../...../.....

3. طالبت المدعية المذكورة المدعى عليه.....المذكور بتوثيق هذا العقد لدى المحاكم الشرعية، لكنه رفض وتمنع بغير وجه حق.

4. البينات: تحصر وتقدم أثناء سير المحاكمة.

5. الصلاحية: لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر والفصل في هذه الدعوى.

6. الطلب: تلتزم المدعية من المحكمة الموقرة:

1- تعيين موعد المحاكمة وتبليغ ذلك إلى المدعى عليه.

2- غب الثبوت الحكم بثبوت زواج المدعية المذكورة من المدعى عليه.....المذكور، ونسب الولد لهما حسب الوجه الشرعي، وتضمنينه الرسوم والمصاريف.

المدعية

حجة تصادق على زواج

في المجلس الشرعي المعقود لديّ أنا..... قاضي محكمة الشرعية
حضر المكلفان شرعاً و..... وبعد التعريف عليهما من
قبل المعرفين المكلفين شرعاً المخبرين الثقتين
لدينا.....و.....تصادقا على قيام الزوجية والدخول الشرعيين بينهما
منذ...../...../..... وأن عقد زواجهما جرى بإيجاب وقبول شرعيين وبموافقة ولي الزوجة
.....وبحضور شاهدين عدلين مسلمين وكنا حائزين على شروط الأهلية وخاليين من الموانع
الشرعية على مهر معجله..... ومؤجله وتوابع معجله
..... وأنه لم يسجل في حينه لدى المحاكم الشرعية وأن
الزوجية لا تزال قائمةً بينهما حتى الآن وطلب تسجيل حجة تصادق على زواج بينهما وأيدا تقريرهما
لدينا بإفادة المعارفين المخبرين الموثوقين المذكورين أعلاه. وعليه وبناءً على الطلب والتحقق والإخبار
فقد قررت تسجيل حجة التصادق على الزواج بين الزوجين المذكورين أعلاه للاعتماد عليها عند
الإيجاب. تحريراً في/...../..... هـ الموافق/...../.....

الأصل أخرج وقوبل

سجل صفحة عدد

رئيس الكتاب

الكاتب

القاضي الشرعي

حجة تصادق على زواج ونسب

في المجلس الشرعي المعقود لديّ أنا..... قاضي محكمة الشرعية
حضر المكلفان شرعاً و..... وبعد التعريف عليهما من
قبل المعرفين المكلفين شرعاً المخبرين الثقتين
لدينا.....و.....تصادقا على قيام الزوجية والدخول الشرعيين بينهما
منذ...../...../..... وأن عقد زواجهما جرى بإيجاب وقبول شرعيين وبموافقة ولي الزوجة
.....وبحضور شاهدين عدلين مسلمين وكانا حائزين على شروط الأهلية وخاليين من الموانع
الشرعية على مهر معجله..... ومؤجله وتوابع معجله
..... وأنه لم يسجل في حينه لدى المحاكم الشرعية وأن
الزوجية لا تزال قائمةً بينهما حتى الآن وأنهما رزقا على فراش الزوجية الصحيح
الأولاد..... وطلب تسجيل حجة تصادق على زواج بينهما ونسب
الأولاد المذكورين لهما وأيدا تقريرهما لدينا بإفادة المعرفين المخبرين الموثوقين المذكورين أعلاه. وعليه
وبناءً على الطلب والتحقق والإخبار فقد قررت تسجيل حجة التصادق هذه بين الزوجين ونسب
الأولاد..... المذكورين لهما للاعتماد عليها عند الإيجاب. تحريراً في
...../...../..... هـ الموافق/...../.....

الأصل أخرج وقوبل

سجل صفحة عدد

الكاتب رئيس الكتاب

القاضي الشرعي

بسم الله الرحمن الرحيم
إعلام حكم صادر عن محكمة الخليل الشرعية
79/123 4/127

القاضي: رجب بيوض التميمي.

المدعية: ن، ع، ع، س من الخليل وسكانها.

المدعى عليه: م، أ، ن، من نابلس وسكان القدس، ومجهول محل الإقامة.

الموضوع: إثبات زوجية

الأسباب الثبوتية: إعلام حكم نفقة زوجة وصغير وشهادات ولادة الأولاد.

نوع الحكم: غيابي.

في الدعوى المتكونة بين المتداعيين المذكورين صدر القرار الآتي:

حيث ادعت المدعية (ن، ع) المذكورة أن المدعى عليه (م، أ) المذكور الغائب عن المجلس زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي، وإن عقد زواجهما لم يسجل لدى المحكمة الشرعية المختصة، وقد جرى الزواج سنة 1968م، على مهر معجل مقبوض قدره 60 ديناراً أردنياً، ومهر مؤجل قدره 30 ديناراً أردنياً، وأنه تولد منها على فراش الزوجية الصحيح الصغير بموجب التقارير الصادرة عن صحة الخليل رقم: 71/733، تاريخ: 1971/8/2م، والصغير بموجب تقرير السن الصادر عن صحة الخليل رقم: 71/714، والصغير بموجب شهادة الولادة الصادرة عن صحة الخليل رقم: 2468/123، كما صدر إعلام حكم نفقة لها ولأولادها على المدعى عليه زوجها (م، أ) المذكور بموجب إعلام الحكم الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ: 1973/8/30م، سجل رقم: 24، صفحة: 154، عدد: 91، تصادق فيه المدعية (ن، ع) والمدعى عليه (م، أ) المذكورين على قيام الزوجية الصحيحة والدخول الشرعيين بينهما، وتولد الصغار المذكورين منهما، وطلبت الحكم لها بثبوت الزوجية بينها وبين المدعى عليه (م، أ) المذكور حسب الوجه الشرعي، وأثبتت المدعية دعواها بإعلام الحكم المذكور وبشهادات الولادة المذكورة، وعليه وعملاً بالمادة (75) من أصول المحاكمات الشرعية، فقد حكمت بثبوت الزوجية والدخول الشرعيين بين المدعية (ن، ع) المذكورة والمدعى عليه (م، أ) المذكور مع تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف ومبلغ 10 دنائير أردنية أتعاب محاماة لوكيل المدعية حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف.

تحريراً في: 14 رمضان لسنة 1399هـ وفق: 1979/8/7م.

القاضي

الكاتب

تعميم رقم: ق/15/1358، تاريخ: 11/9/1999م

فضيلة قاضي.....الشرعي المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،،

لمصلحة العمل أقرر اتباع الخطوات الآتية عند تسجيل حجة التصديق على الزواج عندما تقدم إليكم معاملتها:

1. التأكد من شخصية المتصادقين وجنسياتهم بموجب المستندات الرسمية المعتمدة.
2. التحقيق معهما عن كيفية إجراء العقد الذي تم بينهما ومكانه زمانه، وهل هو مسجل حسب الأصول أم لا؟
3. إذا كان العقد مسجلاً، فتذكر الجهة التي نظمته وتاريخه.
4. فإذا لم يكن العقد مسجلاً وكانا فلسطينيين، فيذكر سبب عدم ذهابهما إلى أية محكمة شرعية لتقوم بإجراء العقد وتسجيله بصورة رسمية.
5. في حالة إجراء العقد خارج المحكمة، تقوم المحكمة بالتحقق من الزوجين هل سجل العقد بورقة رسمية أم عادية، ومتى تم ذلك، ومن هو الشخص الذي قام بتسجيلها وتولى إجراء العقد، ومن هم شهود العقد والوكالة، وهل للزوجة ولي أمر أو وكيل أم هي التي تولت العقد بنفسها، وما هو عمرها حين العقد، وعمر زوجها حينذاك، وهل أنجبا أطفالاً، مع ذكر الأسماء والتواريخ وشهادات الولادة.
6. أما إذا كان الشخصان اللذان يدعيان الزواج، ويريدان تسجيل حجة تصديق بينهما، وهما من خارج فلسطين، فلا بد من معرفة جنسية كل منهما، واسمه الكامل، والبلدة التي ينتسب إليها، وإن حصل العقد، فيذكر سبب عدم تسجيله لدى الجهات المعنية، وهل أنجبا أولاداً، وكم عددهم، مع ذكر الأسماء وتاريخ ولادة كل واحد منهم، وذكر الغاية من تسجيل هذا التصديق.
7. بعد أن تقوم المحكمة بجميع المتطلبات المشار إليها، وأخذ توقيعات الأشخاص المعنيين بمن فيهم المعرفين والمخبرين، وإبداء رأي المحكمة في ذلك، ترفع الأوراق لديوان قاضي القضاة للموافقة عليها بعد تدقيقها حسب الأصول.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام والتقدير،،،،

عن / قاضي القضاة/ مدير المحاكم الشرعية

الشيخ تيسير بيوض التميمي

هيئة المحكمة العليا الشرعية المنعقدة في القدس

الرئيس:- الشيخ مصطفى محمد الطويل -رئيس المحكمة.

العضو: الشيخ رحي محمود القصراري التميمي - عضو المحكمة.

العضو:- الشيخ صالح حسين علي أبو زيد - عضو المحكمة.

العضو:- الشيخ توفيق عيسى أبو هاشم - عضو المحكمة.

العضو: الشيخ عبد الرحمن أحمد صوالحة- عضو المحكمة المنتدب.

المدعي : ح. م. إ. ح من الخليل وسكان الشيوخ.

المدعى عليها :- س. ف. م. س من الظاهرية وسكان مخيم قلنديا.

موضوع الدعوى :- إثبات زواج ونسب

تاريخ الحكم الصادر عن محكمة العيزرية الابتدائية:- 2014/11/24 م في الدعوى أساس 2014/50.

تاريخ ورقم القرار الاستئنافي:- 2014/12/4 م رقم: 331 / 2014 م .

تاريخ تبليغ القرار الاستئنافي للمدعي: 2014/12/29 م والمدعى عليها: 2014/12/21 م.

تاريخ رفع الدعوى إلى المحكمة العليا الشرعية:- 2015/1/13 م بموجب كتاب فضيلة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية -القدس - رام الله رقم:- م أ ش 3/2/5/ بمقتضى المادة التاسعة من نظام المحكمة العليا الشرعية .

تاريخ الورود: 2015/1/13 م . رقم القرار:- 23 / 2015 م .

القرار

يوم تاريخه اجتمعت هيئة المحكمة العليا الشرعية في القدس الشريف بأعضائها المذكورين أعلاه وبعد الاطلاع على الدعوى المذكورة وسائر الأوراق المتعلقة بها تبين لهذه المحكمة ما يأتي :-

تفيد وقائع الدعوى أن المدعي ح والمدعى عليها س المذكورين كانا زوجين بينهما دخول شرعي بموجب عقد زواجهما الجاري لدى شرعية دورا بتاريخ 2009/5/18 م وقد حصل بينهما طلاق مقابل الإبراء العام لدى شرعية العيزرية بتاريخ 2010/5/23 م، وقد تولد لهما حال قيام الزوجية الولد ع

بتاريخ 2010/3/26م، وإنهما بعد الطلاق المذكور أجريا عقد زواج آخر خارج نطاق المحاكم الشرعية وكان ذلك بتاريخ 2010/6/2م، وقد تولد لهما من هذا الزواج البنت ر بتاريخ 2011/11/1م، وطلبا الحكم بثبوت عقد زواجهما وإلحاق نسب ابنتهما رتاج إليهما حسب الأصول.

-أصدرت شرعية العيزرية حكمها بثبوت عقد الزواج ونسب الصغيرة المذكورة بموجب الحكم في الدعوى أساس 2014/50م الصادر بتاريخ 2014/11/24م.

-صدقت محكمة الاستئناف الشرعية حكم المحكمة الابتدائية بموجب قرارها رقم 2014/331م تاريخ 2014/12/4م.

-رفعت الدعوى إلى هذه المحكمة وجوبا بموجب المادة التاسعة المشار إليها أعلاه لغايات تدقيق ما يتعلق بالنسب.

*ولدى دراسة ملف الدعوى والمداولة، فإن هذه المحكمة تبين:

أن المحكمة الابتدائية سارت في الدعوى وفق الإجراءات القانونية السليمة وأعملت صحيح القانون على وقائع الدعوى، مما جعل محكمة الاستئناف الشرعية تصدق حكم المحكمة الابتدائية.

بناء عليه، فإن هذه المحكمة العليا الشرعية تقرر تأييد قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 2014/231م تاريخ 2014/12/4م المتضمن تصديق الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الشرعية في الدعوى أساس:- 2014/50م تاريخ 2014/11/24م بالتعديل المذكور لموافقته للقانون.

تحريرا في 5 ربيع الثاني 1436هـ وفق 2015/1/25م.

رئيس المحكمة العليا الشرعية

الشيخ مصطفى محمد الطويل

هيئة المحكمة العليا الشرعية المنعقدة في القدس

الرئيس:- الشيخ مصطفى محمد الطويل -رئيس المحكمة.

العضو: الشيخ رحي محمود القصراري التميمي - عضو المحكمة.

العضو:- الشيخ صالح حسين علي أبو زيد - عضو المحكمة.

العضو:- الشيخ توفيق عيسى أبو هاشم - عضو المحكمة.

العضو: الشيخ توفيق محمد محمد العملة- عضو المحكمة المنتدب.

المدعية: باسم الحق العام الشرعي وكيالة نيابة الأحوال الشخصية في شمال الضفة ريم الشنطي بالإضافة إلى وظيفتها.

المدعى عليهم:- 1-ح. ح. ح. ن من بورين وسكانها.

2- إ. ع. س. غ من عصيرة الشمالية وسكانها.

3- ز. ح. ح. ن من بورين وسكانها.

4- س. ب. ط. ط من بديا وسكانها.

موضوع الدعوى :- تدقيق القرار الاستئنافي رقم 2015/115م تاريخ 2015/4/23م المتضمن

تصديق حكم المحكمة الابتدائية/ نابلس الشرقية في الدعوى أساس 2015/170م تاريخ

2015/3/18م وموضوعها "اثبات زواج وإثبات نسب وإلغاء عقد زواج"

تاريخ تبليغ الأطراف للقرار الاستئنافي موضوع التدقيق: -المدعية باسم الحق العام الشرعي : 2015/4/27م.

-المدعى عليه الأول: 2015/4/29م.

المدعى عليها الثانية: 2015/4/29م.

المدعى عليها الثالثة: 2015/4/29م.

المدعى عليه الرابع: 2015/5/4م.

تاريخ الورد: 2015/5/27م .

رقم القرار: - 108 / 2015 م .

القرار

يوم تاريخه اجتمعت هيئة المحكمة العليا الشرعية في القدس الشريف وبعد التدقيق والمداولة تبين لهذه المحكمة ما يأتي :-

*الوقائع:

تفيد وقائع الدعوى أن المدعى عليهما الأول والثانية أجري عقد زواجهما بتاريخ 2011/11/6م في بيت أهل الزوج بإيجاب وقبول شرعيين وبحضور شاهدين مسلمين على مهر معجله 5000 دينار أردني ومؤجله كذلك، دون حضور ولي الزوجة والدها الذي كان خارج البلاد، ولا يوجد في البلاد أي ولي لها، وأنه لا يوجد أي مانع شرعي أو قانوني يمنع من إجراء عقد الزواج، ولم يسجل العقد رسميا في أي محكمة شرعية.

-تم الدخول الشرعي بين الزوجين المذكورين في نفس يوم العقد، وقد حملت الزوجة من هذا الزواج، وبعد شهر ونصف من تاريخ العقد سجن الزوج لدى سلطات الاحتلال مدة ثمانية أشهر وخرج قبل أن تضع زوجته مولودها، وكانت في شهرها التاسع.

- وضعت الزوجة مولودها بتاريخ 2012/9/1م وصدر تبليغ ولادة عن مستشفى الاتحاد النسائي بنابلس، ولعدم وجود عقد زواج مسجل رسميا تم تسجيل المولود وهي أنثى واسمها ز. ي باسم المدعى عليهما الثالثة والرابع...آخر ما ورد في لائحة الدعوى.

وطلبت وكالة النيابة الحكم بثبوت إجراء عقد زواج (ح وإس) المنعقد بتاريخ 2011/11/6م وثبوت نسب الصغيرة زينة لهما بدلا ممن نسبت إليهما خلافا للحقيقة والواقع والحكم بإلغاء عقد الزواج المتكون بين حسين وإسراء المذكورين بتاريخ 2012/11/11م المسجل رسميا لدى محكمة نابلس الشرعية الغربية لعدم وجود محل له والحكم بثبوت نسب الصغير حامد المتولد لحسين وإسراء بتاريخ 2014/1/12م وتضمنين المدعى عليه الأول الرسوم والمصاريف والغرامة القانونية.

-صدقت محكمة الاستئناف الشرعية الحكم المذكور بموجب قرارها رقم 2015/115م تاريخ 2015/4/23م وكانت قد سبق لها فسخ الحكم الصادر في الدعوى رقم أساس 2014/666م بموجب

قرارها رقم: 2015/37م للأسباب الوارد فيه، وقد سارت المحكمة الابتدائية على هدي القرار المذكور، وأصدرت حكمها بالأساس الجديد رقم 2015/170م مراعية اسباب الفسخ الواردة في القرار الاستئنافي الأول رقم 2015/37م رفع القرار الاستئنافي المصدق لحكم المحكمة الابتدائية للتدقيق إلى هذه المحكمة وجوبا عملا بأحكام المادة "9" من نظام المحكمة العليا الشرعية.

ولدى التدقيق تبين الآتي:

إن المدعى عليهم الأول والثاني والثالث أقروا بدعوى المدعية باسم الحق العام الشرعي وما ورد فيها من وقائع، ونظرا لغياب المدعى عليه الرابع سائد المذكور، كلفت المدعية بالإثبات، فأثبتت الوقائع بالبيئة الخطية والشخصية التي قامت على الإثبات، وقنعت بها المحكمة، وهذا ينسجم مع أحكام القانون (انظر المادة 1817 من مجلة الأحكام العدلية، والمواد 67 و 75 من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمواد 14 و 15 و 16 و 17 من قانون الأحوال الشخصية).

وحيث إن المدعى عليهما الأول والثانية قد أقرتا بالبنوة المباشرة للصغيرة ز. ي وأنها ولدت لهما على فراش الزوجية الصحيح الناتج عن عقد زواج ثبتت صحته، وصادقت المدعى عليها الثالثة على ذلك وهي شقيقة المدعى عليه الأول، وثبت بالوجه الشرعي كل وقائع الدعوى بما فيها تولد الصغير ح لهما على فراش الزوجية الصحيح، وإن هذه المحكمة تقتنع بتفسيرات تسجيل الصغيرة زينة باسم عمته ز. ي وزوجها (س).

بناء عليه، فإن هذه المحكمة العليا الشرعية تقرر تأييد قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 2015/115م المتضمن تصديق الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الشرعية في الدعوى أساس:-
2015/170م تاريخ 2015/3/18م معدلا (وفسخ عقد الزواج بدلا من إلغاء) لموافقته لأحكام القانون.
تحريرا في 27 شعبان 1436هـ وفق 2015/6/14م.

رئيس المحكمة العليا الشرعية

الشيخ مصطفى محمد الطويل

هيئة المحكمة العليا الشرعية المنعقدة في القدس

- الرئيس:- الشيخ مصطفى محمد الطويل -رئيس المحكمة.
العضو: الشيخ رحي محمود القصراري التميمي - عضو المحكمة.
العضو:- الشيخ صالح حسين علي أبو زيد - عضو المحكمة.
العضو:- الشيخ توفيق عيسى أبو هاشم - عضو المحكمة.
العضو: الشيخ عبد الرحمن صوالحة- عضو المحكمة المنتدب.

المدعيان: 1-باسم الحق العام الشرعي وكيلة نيابة الأحوال الشخصية فاطمة عياد.

2- ر. ن. ع. د- وكيلها المحامي معوض ناصيف.

المدعى عليه:- ب. ن. م. ش من مخيم قدورة.

الموضوع:- القرار الاستئنافي الصادر عن محكم الاستئناف الشرعية المنعقدة مؤقتا في رام الله رقم 138/2015م تاريخ 2015/5/21م المتضمن تصديق حكم المحكمة الابتدائية في رام الله والبيرة في الدعوى أساس 2015/416م تاريخ 2015/4/13م وموضوعها إثبات زواج ونسب

تاريخ تبليغ القرار الاستئنافي للطرفين المتداعيين:

-المدعى باسم الحق العام الشرعي: 2015/5/27.

- المدعية الثانية: 2015/5/28م.

- المدعى عليه: 2015/5/31م.

تاريخ رفع الدعوى إلى المحكمة العليا الشرعية:- 2015/6/15م بموجب كتاب فضيلة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية -القدس - رام الله رقم:- م أ ش 74/2/5 بمقتضى المادة التاسعة من نظام المحكمة العليا الشرعية .

تاريخ الورود: 2015/6/15م . رقم القرار:- 113 / 2015م .

القرار

يوم تاريخه اجتمعت هيئة المحكمة العليا الشرعية في القدس الشريف وبعد الاطلاع على الدعوى المذكورة تبين لهذه المحكمة ما يأتي :-

1-أن المحكمة الابتدائية أصدرت حكما بثبوت زواج المدعية الثانية والمدعى عليه المذكورين بتاريخ 2013/12/25م على مهر معجله 1000 دينار أردني ومؤجله 2000 دينار بإيجاب وقبول شرعيين وبحضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين وثبوت نسب الصغير ن. ب المولود لهما على فراش الزوجية الصحيح بتاريخ 2013/11/12م....حكما وجاهيا قابلا للاستئناف وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه استئنافا بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار وتوفيقا للإيجاب الشرعي وسندا للمواد المنوه بها في الحكم.

2- اصدرت محكمة الاستئناف الشرعية قرارها المشار إليه أعلاه بتصديق حكم المحكمة الابتدائية المنوه به لموافقة القانون والأصول.

3- سبق لهذه المحكمة أن نقضت القرار الاستئنافي المتضمن تصديق حكم المحكمة الابتدائية في ذات الموضوع بقرارها رقم: 2015/61م لمخالفته للقانون.

4- رفعت هذه الدعوى لهذه المحكمة وجوبا عملا بأحكام المادة 9 من نظام المحكمة العليا لتدقيقها.
*لدى التدقيق والمداولة تبين لهذه المحكمة ما يأتي:

أ- تم اتباع الأصول القانونية - بإقامة الدعوى من المدعية باسم الحق العام الشرعي والمدعية - لصحة الخصومة مراعاة لأحكام المادتين 1613 و 1618 من المجلة.

ب- تم اتباع الأصول القانونية في تبليغ المدعى عليه مراعاة لأحكام المواد 13 و 18 و 26 من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ج- تم إثبات الدعوى بالإقرار بالدعوى جملة وتفصيلا مراعاة لأحكام المادتين 79 و 1817 من المجلة.

د- تم الحكم بصحة عقد الزواج لتوافر أركانه وشروطه، وبالتالي ترتبت جميع آثاره مراعاة لأحكام المواد 32 و 35 و 36 و 37 و 44 و 45 من قانون الأحوال الشخصية.

هـ - تم الحكم بثبوت نسب الصغير ن. ب المذكور مراعاة لأحكام المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية.

و- تم إصدار الحكم وجاهيا معللا ومسببا مراعاة لأحكام المواد 102 و 103 و 104 من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

ع- تم تدقيق الحكم من قبل محكمة الاستئناف الشرعية وجوبا ليصبح قابلا للتنفيذ عملا بأحكام المادتين 138 و 139 من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

بناء عليه، وحيث أعملت المحكمة الاستئنافية القانون على وقائع الدعوى، فإن هذه المحكمة العليا الشرعية تقرر تأييد قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 2015/138م المتضمن تصديق الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الشرعية في الدعوى أساس:- 2015/416م تاريخ 2015/4/13م وموضوعها "إثبات زواج ونسب" لموافقة للقانون.

*ويلفت نظر المحكمة إلى عدم رفع الدعوى للمحكمة العليا الشرعية إلا بعد انتهاء المدة القانونية للطعن.

تحريرا في 12 رمضان 1436هـ وفق 2015/6/29م.

رئيس المحكمة العليا الشرعية

الشيخ مصطفى محمد الطويل

/ ف

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث الشريفة

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس المصطلحات

فهرس الألفاظ الغريبة

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿ أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ﴾	الفاتحة	6	87
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ﴾	البقرة	104	87
﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ ﴾	البقرة	127	2
﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ ﴾	البقرة	173	250
﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ ﴾	البقرة	185	152
﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ ﴾	البقرة	187	34
﴿ وَاتَّبِعُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾	البقرة	196	181
﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾	البقرة	221	222
﴿ فَإِنْ طَلَقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾	البقرة	230	225
﴿ وَلَا تَسْكُوهُمْ ضَرَارًا لِنَعْتَدُوا ﴾	البقرة	231	231
﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾	البقرة	232	222
﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ ﴾	البقرة	234	225
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾	البقرة	282	276
﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً ﴾	البقرة	283	194
﴿ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾	البقرة	286	259
﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ﴾	النساء	17	128
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾	النساء	23	243
﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ ﴾	النساء	24	243
﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾	النساء	28	152
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾	النساء	59	280
﴿ وَلَا أُمْرَتُهُمْ فَلْيَتَّبِعْكُنَّ ءَاذَاتِ الْأَنْعَامِ ﴾	النساء	119	269
﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَامَنُوا ﴾	النساء	136	94
﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	النساء	141	48
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ ﴾	المائدة	3	250

165	6	المائدة	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾
265	6	المائدة	﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾
152	6	المائدة	﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾
119	108	الأنعام	﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾
254	119	الأنعام	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾
254	157	الأعراف	﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾
240	45	الأنفال	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾
119	120	التوبة	﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا يَخَمَصُهُ﴾
111	92	النحل	﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَفَضَتْ غَزْلَهَا﴾
135	110	الإسراء	﴿وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا﴾
120	31	النور	﴿وَلَا يَضُرُّنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾
223	32	النور	﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾
51	78	الحج	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
162	33	محمد	﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾
259	16	التغابن	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾
93	4	المدثر	﴿رَبِّابَاكَ فَطَهِّرْ﴾
201	4	الإخلاص	﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ﴾

فهرس الأحاديث الشريفة

الرقم	طرف الحديث	رقم الصفحة
1-	(أتانا كتاب النبي -صلى الله عليه وسلم- أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب)	251
2-	(أخاف أن يقول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه)	120
3-	(إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر)	82
4-	(إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنَ اللَّيْلِ، فَاسْتَعْجَمَ الْقُرْآنُ عَلَى لِسَانِهِ)	45
5-	(أفلا انتفعتم بإهابها)	252
6-	(ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء)	205
7-	(أن أعرابيا بال في المسجد، فقام إليه بعض القوم)	67
8-	(إن الدين يسر)	152
9-	(أن رجلا أتى النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقال: يا رسول الله، كيف ترى في رجل أحرم بعمره)	176
10-	(أن رجلا أعمى تردى في بئر)	86
11-	(أن رجلا هاجر إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من اليمن)	239
12-	(أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- احتجم، فصلى ولم يتوضأ)	170
13-	(أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صلى، فخلع نعليه)	87
14-	(أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لعن الواصلة والمستوصلة)	270
15-	(أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يوم حنين بعث جيشا إلى أوطاس)	249
16-	(إن الصعيد الطيب طهور، ما لم يجد الماء)	161
17-	(أن عبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام شكوا إلى رسول الله)	255
18-	(إن الله أنزل الداء والدواء)	254
19-	(إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)	254
20-	(إن الله حرم الخمر وثنمها، وحرم الميتة وثنمها)	250
21-	(أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قاء، فأفطر)	169
22-	(أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قام حين جاءه وفد هوازن)	243
23-	(أن نفرا من عكل ثمانية، قدموا على رسول الله)	254
24-	(إنه -صلى الله عليه وسلم- أمر فاطمة بنت قيس)	203
25-	(أنه -صلى الله عليه وسلم-: قاء، فلم يتوضأ)	170
26-	(أنه لم يبق مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إلا اثنا عشر رجلا)	45
27-	(إنه ليس أحد من أوليائها شاهدا)	238
28-	(إنَّ النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- نهى عام خَيْرٍ عن نِكَاحِ الْمُتْعَةِ)	208

209	(إِنَّ النَّبِيَّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- نَهَى عَنْ مَتْعَةِ النِّسَاءِ)	-29
251	(أَيُّمَا إِهَابٍ دَبَغَ، فَقَدْ طَهَرَ)	-30
234	(أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلِيهَا)	-31
127	(أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)	-32
225	(الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)	-33
91	(انْزِعْ عَنْكَ الْجُبَّةَ، وَاغْسِلْ عَنْكَ الصُّفْرَةَ)	-34
225	(النَّثِيبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا)	-35
207	(جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ)	-36
239	(جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، يَسْتَأْذِنُهُ فِي الْجِهَادِ)	-37
91	(حُبِّبَ إِلَيَّ مِنَ الدُّنْيَا النِّسَاءُ وَالطَّيِّبُ)	-38
252	(دَبَاغُ الْأَدِيمِ ذَكَاتُهُ)	-39
203	(زَوْجٌ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ زَيْنَبُ بِنْتُ جَحْشٍ)	-40
141	(سَأَلَتِ النَّبِيَّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- عَنِ الْجَدْرِ، أَمِنَ الْبَيْتُ هُوَ)	-41
161	(الصَّعِيدُ الطَّيِّبُ وَضَوْءُ الْمُسْلِمِ، وَلَوْ إِلَى عَشْرِ سَنِينَ)	-42
224	(لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا)	-43
136	(لَا تَسَافِرُ الْمَرْأَةُ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ)	-44
228	(لَا حَتَّى تَذُوقِي عَسِيلَتَهُ)	-45
51	(لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ)	-46
206	(لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ)	-47
223	(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)	-48
52	(لَا يَبْسُطُ أَحَدُكُمْ ذِرَاعِيَهُ)	-49
90	(لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدًا)	-50
198	(لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ)	-51
109	(لَا يَنْصَرِفُ، حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا)	-52
226	(لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ النَّثِيبِ أَمْرٌ)	-53
169	(مَنْ أَصَابَهُ قِيٌّ، أَوْ رَعَاةٌ، أَوْ قُلْسٌ)	-54
199	(هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهَبَ إِلَّا مِنْ قَرَشِيٍّ)	-55
151	(وَضَعَ اللَّهُ الْحَرْجَ)	-56
169	(الْوَضُوءُ مِنْ كُلِّ دَمٍ سَائِلٍ)	-57
205	(يَا بَنِي بَيَاضَةَ، أَنْكَحُوا أَبَا هَنْدٍ)	-58

فهرس الآثار

الرقم	الأثر	رقم الصفحة
-1	(أن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن)	226
-2	(إن النبي -صلى الله عليه وسلم- أعطى خبير اليهود)	187
-3	(أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء)	237
-4	(بينما رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يصلي عند البيت)	83
-5	(ثنتان فضلتونا بها يا معشر العرب)	205
-6	(جَمَعَتُ الطَّرِيقُ رُكْبًا، فَجَعَلْتُ امْرَأَةً مِنْهُنَّ نَيْبًا أَمْرَهَا بِيَدِ رَجُلٍ)	224
-7	(خرجنا مع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأصاب رجل امرأة رجل من المشركين)	83
-8	(كنا نخرج مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى مكة)	82
-9	(كُنْتُ أَطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَيَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ)	92
-10	(كنت أطيّب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لإحرامه حين يحرم)	82
-11	(لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)	205
-12	(لعن الله الواشمات والمستوشمات)	270
-13	(مَا كَانَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- أَشَدَّ فِي النَّكَاحِ)	224
-14	(من وهب هبة لصلة رحم، أو على جهة صدقة، فإنه لا يرجع فيها)	199

فهرس الأعلام

الرقم	العلم	رقم الصفحة
-1	أسامة بن زيد	203
-2	الإسنوي	20
-3	ابن الحاجب	26
-4	أبو بكر	187
-5	البيضاوي	19
-6	ابن تيمية	18
-7	ثوبان	172
-8	الجصاص	41
-9	الحسن البصري	202
-10	الحصني	21
-11	حفصة بنت عبد الرحمن	226
-12	أبو حنيفة	13
-13	الدبوسي	13
-14	أبو الدرداء	172
-15	ابن الدهان	16
-16	ابن رجب	62
-17	ابن الرفعة	90
-18	الزبير بن العوام	255
-19	الزرقا	59
-20	الزركشي	20
-21	زفر	13
-22	الزهري	233
-23	زيد بن حارثة	203
-24	زينب بنت جحش	203
-25	السرخسي	14
-26	سفيان الثوري	202
-27	سلمان الفارسي	205
-28	سليمان بن موسى	233
-29	السيوطي	21
-30	الشاشي	11
-31	الشاطبي	67

40	الشافعي	-32
224	الشعبي	-33
14	الشيرازي	-34
18	الطوفي	-35
82	عائشة	-36
200	ابن عباس	-37
227	عبد الرحمن بن عبد الله	-38
255	عبد الرحمن بن عوف	-39
231	عبد الرحمن بن القاسم	-40
251	عبد الله بن عكيم	-41
83	عبد الله بن مسعود	-42
203	عثمان	-43
16	العز بن عبد السلام	-44
224	عكرمة بن خالد	-45
202	علي	-46
187	عمر	-47
187	ابن عمر	-48
203	فاطمة بنت قيس	-49
12	القنوري	-50
17	القرافي	-51
18	ابن القيم	-52
15	الكاساني	-53
202	الكرخي	-54
124	مالك	-55
13	محمد بن الحسن	-56
228	معقل بن يسار	-57
226	المنذر بن الزبير	-58
251	ميمونة	-59
62	الندوي	-60
234	أبو هريرة	-61
205	أبو هند	-62
64	ابن الوكيل	-63
13	أبو يوسف	-64

فهرس المصطلحات

الرقم	المصطلح	رقم الصفحة
-1	الإقالة	53
-2	التفويض	33
-3	الخراج	189
-4	خراج التوظيف	189
-5	خراج المقاسمة	189
-6	دار الحرب	246
-7	دار الإسلام	246
-8	الذراع	46
-9	الاستبراء	17
-10	الاستحسان	39
-11	السلم	47
-12	السفه	89
-13	الشرط	104
-14	الشفعة	39
-15	الصرف	47
-16	الاعتبار	14
-17	الاعتكاف	29
-18	العرايا	46
-19	عضل	236
-20	العقد اللازم	185
-21	العقد الجائز	185
-22	القراض	185
-23	اللعان	20
-24	المساقاة	144
-25	المضاربة	143
-26	المعاوضة	35
-27	المهاياة	35

فهرس الألفاظ الغريبة

الرقم	اللفظ	رقم الصفحة
-1	إباق	32
-2	إرب	91
-3	افتيات	226
-4	أوطاس	243
-5	بِضْع	209
-6	تضمخ	176
-7	تهارج	144
-8	توى	194
-9	ثيب	220
-10	جَدْر	141
-11	حائل	245
-12	خُلُوق	178
-13	سُكَّ	82
-14	سلا	83
-15	ضنَّ	29
-16	طريان	19
-17	عُكَل	254
-18	فيئة	89
-19	قلس	169
-20	قُلَّة	27
-21	قِنَّ	48
-22	ماهية	22
-23	مذي	168
-24	مزعفر	178
-25	مشاع	30
-26	مولِّي	89
-27	وبيص	82
-28	وخم	254
-29	ودي	168
-30	وطء	216
-31	هوازن	243

فهرس المصادر والمراجع

* القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

1. ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري (ت 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ، 1979م.
2. أحمد، أحمد بن حنبل الشيباني (ت 241)، المسند، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2001م.
3. الإدريسي، العربي بن محمد، مراعاة الخلاف عند القرافي، دراسة تأصيلية تطبيقية من كتاب الذخيرة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الثامن، العدد: 2/15، جامعة الموصل، العراق، بدون ناشر، 1435هـ، 2015م.
4. الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد (ت 321هـ)، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1987م.
5. إسماعيل، محمد بكر، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ميدان الحسين، د. ط. د. س.
6. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الشافعي (ت 772هـ)، الكوكب الدرّي فيما يتخرج على الأصول النحوية من الفروع الفقهية، المحقق: محمد حسن عواد، دار عمار، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1405هـ.
7. الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م.
8. الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب (ت 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم - دمشق، الدار الشامية - بيروت، ط1، 1412 هـ.
9. الأصفهاني، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن (ت 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مركز إحياء التراث الإسلامي، ط1، 1406هـ.
10. الأفغاني، سيد حبيب المدني، الفروق الفقهية عند الإمام ابن قيم الجوزية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1430هـ، 2009م.

- 11.الألباني، محمد ناصر الدين (ت 1420هـ)، إرواء الغليل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1405، 1985.
- 12.الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزياداته، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، طبعة جديدة ومزودة ومنقحة، بدون سنة نشر.
- 13.ابن إمام الكاملية، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت 874هـ)، تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول، تحقيق: أحمد عبد الفتاح قطب، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 1423هـ.
- 14.الآمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي (ت 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
- 15.أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري الحنفي (ت 972هـ)، تيسير التحرير، دار الفكر ، بيروت، بدون طبعة ، بدون سنة نشر.
- 16.ابن أمير حاج، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد (ت 879هـ)، التقرير والتحرير على تحرير الكمال بن الهمام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1403 هـ ، 1983م.
- 17.الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
- 18.الأنصاري، غاية الوصول في شرح لب الأصول، دار الكتب العربية الكبرى، مصر (أصحابها: مصطفى البابي الحلبي وأخويه)، د.ط ، بدون سنة نشر.
- 19.الأنصاري، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، د ط، د. س.
- 20.أنور، حافظ محمد، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: صالح السدلان، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، 1420هـ.
- 21.الأهدل، أبو بكر بن أبي القاسم اليميني الشافعي (ت 1035هـ)، شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، تأليف: محمد صالح موسى، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1430هـ.
- 22.الباباني، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم البغدادي (ت 1399هـ)، هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، طبع بعناية وكالة المعارف الجلية، إستانبول، أعادت طبعه بالأوفست: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1951م.

- 23.البابرتي، محمد بن محمد بن محمود (ت 786هـ)، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب "رسالة دكتوراة"، دراسة وتحقيق: ضيف الله العمري، إشراف: عمر عبد العزيز، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1426هـ، 2005م.
- 24.البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، وبدون سنة نشر.
- 25.الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي الأندلسي (ت 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1332 هـ، (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر).
- 26.الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، مكتبة الرشد، الرياض، ط4، 1422هـ.
- 27.الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1418هـ، 1998م.
- 28.البار، محمد علي، بحث بعنوان: "التداوي بالمحرمات"، منشور في مجلة مجمع الفقه، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط 4، 1425هـ، 2004م.
- 29.ابن باز، عبد العزيز بن عبد الله (ت 1420هـ)، مجموع فتاوى ابن باز، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر، دار القاسم للنشر، ط 1، 1420هـ.
- 30.البُجَيْرِمِي، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (ت 1221هـ)، التجريد لنفع العبيد "حاشية البجيرمي على شرح المنهج"، مطبعة الحلبي، د ط، 1369هـ، 1950م.
- 31.البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب "حاشية البجيرمي على الخطيب"، دار الفكر، دمشق، د ط، 1415هـ، 1995م.
- 32.البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (ت 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
- 33.البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي (ت 256هـ)، التاريخ الكبير، طبع تحت مراقبة: محمد خان، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الهند، د. ط، د. س.
- 34.البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار الفكر، طبعة أولى، 1414هـ، 1994م.
- 35.البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- 36.بدير، رائد عبد الله، مسميات الزواج المعاصرة بين الفقه والواقع والتطبيق القضائي، دار ابن الجوزي، القاهرة، الطبعة الثانية، د. س.

37. البرازعي، خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني المالكي (ت 372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م.
38. البركتي، محمد عليم الإحسان المجددي (ت 1974م)، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان، 1407هـ، 1986م)، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م.
39. البركتي، قواعد الفقه، الصدف ببلشرز، كراتشي، الطبعة الأولى، 1407، 1986م.
40. ابن بطل، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت 449هـ)، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1423هـ، 2003م.
41. البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد الخلوتي الحنبلي (ت 1192هـ)، كشف المخدّرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، المحقق: قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م.
42. البعلي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل شمس الدين (ت 709هـ) المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، ط 1، 1423هـ، 2003م.
43. البُغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط 5، 1434هـ، 2013م.
44. البغدادي، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين المالكي (ت 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.
45. البغدادي، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي (ت 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م.
46. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (ت 516هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ.
47. البكري، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (ت 1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
48. البلخي، الشيخ نظام الدين وآخرون (ت 1118هـ) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، بدون سنة نشر.

49. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1993م.
50. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د. ط، بدون سنة نشر.
51. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.
52. البهوتي، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، المحقق: عبد الله بن محمد المطلق، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1427هـ، 2006م.
53. البورنو، محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1416هـ، 1996م.
54. البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د. ط، د. س.
55. البوصيري، أبو العباس أحمد بن أبي بكر ابن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان الكفاني الشافعي (ت 840هـ)، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ.
56. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (ت 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، 1424هـ، 2003م.
57. البيهقي، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلججي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي، باكستان)، دار قتيبة (دمشق، بيروت)، دار الوعي (حلب، دمشق)، دار الوفاء (المنصورة، القاهرة)، الطبعة الأولى، 1412هـ، 1991م.
58. التبريزي، محمد بن عبد الله الخطيب (ت 741هـ)، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني (ت 1420هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1985م.
59. الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي (ت 279هـ)، السنن، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاکر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض، (ج 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395 هـ، 1975م.
60. التُّسُولي، علي بن عبد السلام (ت 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام"، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1998م.
61. التُّسُولي، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن جزم، ط 1، 1426هـ.

62. النفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
63. التنبكتي، أحمد بابا (ت: 1036هـ)، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، إشراف وتقديم: عبد الحميد الهرامة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، 1398هـ، 1989م.
64. التتوخي، أبو إسحاق إبراهيم بن بشير (د. ت وفاة)، التحرير في نظائر الفقه على مذهب الإمام مالك ابن أنس، بدون معلومات نشر.
65. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله (ت 728هـ)، اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، المحقق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1419هـ، 1999م.
66. ابن تيمية، الصارم المسلول على شاتم الرسول، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: الحرس الوطني السعودي، المملكة العربية السعودية، د ط، دون سنة نشر.
67. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1987م.
68. ابن تيمية، شرح عمدة الفقه من كتاب الطهارة والحج، المحقق: د. سعود صالح العطيشان، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1413هـ.
69. ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1422هـ.
70. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، بدون طبعة، 1416هـ، 1995م.
71. ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد الحراني (ت 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية 1404هـ، 1984م.
72. الجاوي، محمد بن عمر نووي الجاوي البننتي التتاري (ت 1316هـ)، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.
73. الجديع، عبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
74. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (المتوفى: 816هـ)، التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ، 1983م.
75. جريشة، علي محمد، المصلحة المرسله محاولة لبسطها ونظرة فيها، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة: السنة العاشرة، العدد الثالث، 1397هـ، 1977م.

76. ابن جزى، محمد بن أحمد بن محمد (ت 741)، القوانين الفقهية، تحقيق: محمد ابن سيدي محمد مولاي، بدون معلومات نشر.
77. الجزائري، عبد المجيد جمعة، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم، دار ابن القيم- دار ابن عفان، د.ط، د. س.
78. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي (ت 370هـ)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1414هـ، 1994م.
79. الجصاص، أحكام القرآن، المحقق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، 1405هـ.
80. الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المحقق: عصمت الله محمد، سائد بكداش، محمد عبيد الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصححه: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، الطبعة الأولى، 1431هـ، 2010م.
81. ابن جماعة، محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكناني الحموي الشافعي (ت 733هـ)، المنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، المحقق: محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1406هـ.
82. الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى (ت 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب "حاشية الجمل"، دار الفكر، دمشق، د. ط، بدون سنة نشر.
83. الجوزجاني، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت 227هـ)، سنن سعيد بن منصور، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ، 1982م.
84. ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (ت 597هـ)، صفة الصفوة، المحقق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة، مصر، د. ط، 1421هـ، 2000م.
85. الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407هـ، 1987م.
86. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الملقب بإمام الحرمين (ت 478هـ)، البرهان في أصول الفقه، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ، 1997م.
87. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م.
88. ابن الحاجب، عثمان بن عمر الكردي المالكي (ت 646هـ)، جامع الأمهات، تحقيق أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، دار اليمامة، بيروت، الطبعة لثانية، 1431هـ.
89. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني (ت 1067هـ)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مكتبة المثنى، بغداد، بدون طبعة، 1941م.

- 90.حاني، أحمد محمد محمود، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، مجلة أسيوط للدراسات البيئية، مصر، العدد 29، 2005م.
- 91.ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَدَ التميمي، (ت 354هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت 739 هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1988م.
- 92.ابن حبان، الثقات، طبع بإعانة: وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية، تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان، مدير دائرة المعارف العثمانية، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الهند، الطبعة الأولى، 1393هـ، 1973م.
- 93.ابن حبان، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، حققه ووثقه وعلق عليه: مرزوق علي إبراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 1411هـ، 1991م.
- 94.الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم المقدسي (ت 968هـ)، زاد المستنقع في اختصار المقنع، **المحقق**: عبد الرحمن بن علي بن محمد، دار الوطن للنشر، الرياض، د. ط، بدون سنة نشر.
- 95.ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت 852هـ)، إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، تحقيق: مركز خدمة السنة والسير، بإشراف زهير بن ناصر الناصر، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة، ومركز خدمة السنة والسير النبوية بالمدينة، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
- 96.ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1989م.
- 97.ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، بدون سنة نشر.
- 98.ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المجيد، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، د ط، 1972م.
- 99.ابن حجر، تقريب التهذيب، المحقق: محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، الطبعة الأولى، 1406هـ، 1986م.
100. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
101. ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (ت 974هـ)، الزواجر عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 1407هـ.

102. الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد العبادي الزبيدي (ت 800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ.
103. الحريري، إبراهيم محمد محمود، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، دار عمار، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1419هـ.
104. ابن حزم، علي بن أحمد (ت 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، د. ط، د. د. س.
105. ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
106. أبو الحسين، محمد بن علي الطيب البصري المعتزلي (ت 436هـ)، المعتمد في أصول الفقه، المحقق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ.
107. الحصني، تقي الدين محمد بن عبد المؤمن تقي الدين (ت 829هـ)، كتاب القواعد، دراسة وتحقيق: عبد الله الشعان، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ، 1997م.
108. الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994م.
109. الخطاب، شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الرعيني المالكي (ت 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1412هـ، 1992م.
110. حكيم، محمد طاهر، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة - صلى الله عليه وسلم -، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد 116، السنة 34، 1422هـ، 2002م.
111. الحموي، أحمد بن محمد مكي الحسيني الحنفي (ت 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م.
112. الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي (ت 626هـ)، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 2، 1995م.
113. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت 241هـ)، مسند الإمام أحمد، المحقق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد وآخرون إشراف: عبد الله ابن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2001م.
114. حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1411هـ، 1991م.
115. الخبازي، عمر بن محمد بن عمر (ت 691هـ)، المغني في أصول الفقه، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مركز إحياء التراث الإسلامي، ط1، 1403هـ.

116. خسرو، محمد بن فرامرز بن علي (ت 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
117. الخرشبي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله المالكي (ت 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
118. الخشني، محمد بن حارث (ت 361هـ)، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد المجذوب، محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب- المؤسسة الوطنية للكتاب، د. ط، 1985م.
119. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي (ت 388هـ)، غريب الحديث، المحقق: عبد الكريم إبراهيم الغياوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، الطبعة 1402هـ، 1982م.
120. الخطابي، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، ط 1، 1351هـ، 1932م.
121. الخطيب، محمد عجاج بن محمد تميم بن صالح بن عبد الله، لمحات في المكتبة والبحث والمصادر، مؤسسة الرسالة، الطبعة التاسعة عشر، 1422هـ، 2001م.
122. خلاف، عبد الوهاب (ت 1375هـ)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 1، 1357هـ.
123. خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، شباب الأزهر، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم، بدون سنة نشر.
124. ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم البرمكي الإربلي (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، المحقق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د ط، بدون سنة نشر.
125. خليل، خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المصري (ت 776هـ)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1426هـ، 2005م.
126. خليل، مختصر خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1426هـ، 2005م.
127. الخن، مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 5، 1414هـ.
128. الخوارزمي، محمد بن أحمد بن يوسف (ت 387هـ)، مفاتيح العلوم، المحقق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.

129. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد (ت 385هـ)، سنن الدارقطني، حققه وضبطه
نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد بروهوم،
مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2004م.
130. الدارقطني، العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن السلفي
(المجلدات من الأول، إلى الحادي عشر)، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م،
والمجلدات من الثاني عشر، إلى الخامس عشر، علق عليه: محمد ابن صالح بن محمد الدباسي،
دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، 1427هـ.
131. الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمي السمرقندي
(ت 255هـ)، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة
العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ، 2000م.
132. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، السنن، المحقق: محمد محيي الدين عبد
الحمد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر.
133. الدبوسي، عبيد الله بن عمر بن عيسى (ت 432هـ)، تأسيس النظر، تحقيق: مصطفى
محمد القباني، دار ابن زيدون، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.
134. الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، تحقيق: خليل المليس، دار الكتب العلمية، بيروت،
لبنان، ط1، 2001م.
135. الديان، أبو عمر دُبَّان بن محمد، موسوعة أحكام الطهارة، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة
العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1426هـ، 2005م.
136. الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،
ط2، 1429هـ.
137. الدريوش، أحمد يوسف أحمد، الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، دار العاصمة للنشر
والتوزيع، السعودية، ط 1، 1426هـ، 2005م.
138. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار
الفكر، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
139. الدعاس، عزت عبيد، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترمذي، دمشق، ط 3،
1409هـ، 1989م.
140. ابن دقيق العيد، تقي الدين محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري (ت 702هـ)،
الاقتراح في بيان الاصطلاح، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، وبدون سنة نشر.
141. الدِّمَاطِيّ، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض الدِّمِيرِيّ المالكي (ت
805هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه
للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 1429هـ، 2008م.

142. الدِّمِيرِي، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الشافعي (ت 808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، المحقق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، د. ط، 1425هـ، 2004م.
143. ابن الدَّهَّان، فخر الدين محمد بن علي بن شعيب (ت 592هـ)، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، المحقق: صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، 1422هـ، 2001م.
144. الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان (ت 748هـ)، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419هـ، 1998م.
145. الذهبي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي، دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2000م.
146. الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، 1427هـ، 2006م.
147. الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1382هـ، 1963م.
148. الرازي، محمد بن أبي بكر الحنفي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، المحقق يوسف محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط 5، 1420هـ، 1999م.
149. الرازي، محمد بن عمر بن الحسن التيمي الملقب بفخر الدين (ت 606هـ)، المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط 3، 1418هـ، 1997م.
150. الرازي، مفاتيح الغيب "التفسير الكبير"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420هـ.
151. الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني (ت 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد، وعادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م.
152. الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون معلومات نشر.
153. الرُّبَاعِي، الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الصنعاني (ت 1276هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، المحقق: مجموعة من العلماء بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، ط 1، 1427هـ.
154. ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن الحنبلي (ت 795هـ)، ذيل طبقات الحنابلة، المحقق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2005م.
155. ابن رجب، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: مجموعة من المحققين، مكتبة الغزواء الأثرية، المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1996م.
156. ابن رجب، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

157. الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد (المتوفى بعد 633هـ)، مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مُشكِلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدميّطي، أحمد ابن علي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1428 هـ، 2007م.
158. الرجراجي، أبو عبد الله الحسين بن علي بن طلحة الشوشاوي السمللي (ت 899هـ)، رَفْعُ النُّقَابِ عَن تَنْقِيحِ الشَّهَابِ، المحقق: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ السَّرَاحِ، عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1425 هـ، 2004م.
159. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده الدمشقي الحنبلي (ت 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415 هـ، 1994م.
160. ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408 هـ، 1988م.
161. ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1408 هـ، 1988م.
162. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د. ط، 1425 هـ، 2004م.
163. ابن رشد، الضروري في أصول الفقه، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي، تصدير: محمد علال سيناصر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.
164. ابن رشيقي، حسين بن رشيقي المالكي (ت 632هـ)، لباب المحصول في علم الأصول، تحقيق: محمد غزالي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، 1422 هـ.
165. الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي (ت 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، 1350 هـ.
166. ابن الرفعة، أبو العباس نجم الدين الأنصاري (ت 710هـ)، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان، تحقيق: محمد الخاروف، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، د. ط، 1400 هـ، 1980م.
167. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت 1004هـ)، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، دون سنة نشر.
168. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط 3، 1404 هـ، 1984م.
169. الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، جامعة محمد الخامس، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، المغرب، ط 1، 1414 هـ، 1994م.

170. الريسوني، أحمد، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط 1، 1418هـ، 1997م.
171. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
172. الزبيري، مصعب بن عبد الله بن مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير (ت 236هـ)، نسب قریش، المحقق: ليفي بروفنسال، أستاذ اللغة والحضارة بالسوريون، ومدير معهد الدروس الإسلامية بجامعة باريس سابقاً، دار المعارف، القاهرة، ط 3، بدون سنة نشر.
173. الزجاج، أبو إسحاق إبراهيم بن السري بن سهل (ت 311هـ)، معاني القرآن وإعرابه، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1988م.
174. الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1427 هـ، 2006م.
175. الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1414هـ، 1993م.
176. الزحيلي، وهبة بن مصطفى (ت 1436هـ)، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2008م.
177. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة المعدلة، 2004.
178. الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (ت 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1409هـ، 1989م.
179. الزرقا، مصطفى بن أحمد (ت 1420هـ) المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1، 1418هـ.
180. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف المصري الأزهرى (ت 1122هـ)، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م.
181. الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م.
182. الزركشي، محمد بن بهادر (ت 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط 1، 1994م.
183. الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، دولة الكويت، الطبعة الثانية، 1405هـ، 1985م.
184. زقور، أحسن، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة، دار التراث ناشرون، الجزائر، د. ط، 2005م.

185. الزُّجْجَانِي، أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار (ت 656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، المحقق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1398هـ.
186. أبو زهرة، الإمام محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 3، 1957.
187. زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 15، 1419هـ.
188. الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت 762هـ)، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: محمد عوامة، قدم للكتاب: محمد يوسف البُثُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانِي، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
189. الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار الحديث، القاهرة، د.ط، بدون سنة نشر.
190. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين (ت 743هـ)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ.
191. السبكي وولده، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي، وتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، 1416هـ، 1995م.
192. ابن السبكي، جمع الجوامع، في أصول الفقه، علق عليه: عبد المنعم خليل، دار الكت العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ، 2003م.
193. ابن السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ، 1991م.
194. ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، المحقق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1413هـ.
195. السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد (ت 902هـ)، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، د ط، بدون سنة نشر.
196. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، السعودية، الرياض، ط 1، 1417هـ.
197. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483هـ)، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة ، وبدون سنة نشر .
198. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، 1414هـ.
199. سركريس، يوسف بن إليان بن موسى (ت 1351هـ)، معجم المطبوعات العربية والمعربة، مطبعة سركريس، مصر، 1346هـ، 1928م.

200. ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري البغدادي (ت 230هـ)، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1410 هـ، 1990م.
201. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر (ت 1376هـ)، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتفاسيم البديعة النافعة، تعليق: محمد بن صالح العثيمين، مكتبة السنة، السعودية، د. ط، بدون سنة نشر.
202. السعديان، وليد بن راشد، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، راجعه وعلق عليه: الشيخ سلمان بن فهد العودة، بدون معلومات نشر.
203. السُّعْدِي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد (ت 461هـ)، النتف في الفتاوى، المحقق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان - مؤسسة الرسالة، عمان - الأردن، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1404هـ، 1984م.
204. ابن سَلَام، أبو عُبَيْد القاسم بن سَلَام بن عبد الله الهروي البغدادي (ت 224هـ)، الأمثال، المحقق: عبد المجيد قطامش، دار المأمون للتراث، ط1، 1400هـ، 1980م.
205. ابن سَلَام، غريب الحديث، المحقق: محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
206. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد (ت 540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ، 1994م.
207. السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي (ت 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1999م.
208. السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ.
209. السيناوي، حسن بن عمر بن عبد الله (ت 1347هـ)، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة الأولى، 1928م.
210. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر في النحو، مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق، دمشق، سوريا، 1407هـ، 1987م.
211. السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ، 1991م.
212. السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، لبنان، صيدا، د ط، بدون سنة نشر.
213. السيوطي، الحاوي للفتاوى، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2004م.
214. السيوطي، شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع، تحقيق: إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د. ط، 1420هـ، 2000م.

215. ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم بن نزار الجذامي السعدي المالكي (ت 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: حميد بن محمد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2003م.
216. الشاشي، نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق (ت 344هـ)، أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
217. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت 790هـ)، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ، 1992م.
218. الشاطبي، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م.
219. الشافعي، محمد بن إدريس (ت 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1410هـ، 1994م.
220. شبير، محمد عثمان، بحث بعنوان: أحكام جراحة التجميل، ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1421هـ، 2001م.
221. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط 2، 1428هـ، 2007م.
222. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
223. الشعلان، عبد الرحمن، المستثنيات من القواعد الفقهية، أنواعها والقياس عليها، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج 17، ع 34، 1426هـ.
224. الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، عني بمراجعته: إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، دولة قطر، 1403هـ.
225. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (ت 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس، وولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، ط 1، 1419هـ، 1999م.
226. الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر.
227. الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط 1، د. س.
228. الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط 1، 1414هـ.
229. الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م.
230. شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي (ت 1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، د. س.

231. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476هـ)، التبصرة في أصول الفقه، المحقق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1403هـ .
232. الشيرازي، طبقات الفقهاء، هذبة: محمد بن مكرم بن منظور (ت 711هـ)، المحقق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1970م.
233. الشيرازي، المعونة في الجدل، المحقق: علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، 1407هـ.
234. الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د.س.
235. صاحب وعذاب، نبيل كاظم، وعمر علي، الموجات الكهرومغناطيسية وتأثيرها على صحة الإنسان، جامعة بغداد، بدون معلومات نشر، 2012م.
236. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت 1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير "بلغة السالك لأقرب المسالك"، دار المعارف، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
237. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني (ت 211هـ)، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ.
238. الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني (ن 1182هـ)، التَّحْبِيرُ لِإِيضَاحِ مَعَانِي التَّيْسِيرِ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: مُحَمَّدُ صُبْحِي ابْنِ حَسَنِ خَلَّاقٍ، مَكْتَبَةُ الرُّشْدِ، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1433هـ، 2012م.
239. الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، د. ط، بدون سنة نشر.
240. الصواط، محمد بن عبد الله، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، دار البيان الحديثة، الطبعة الأولى، 1422هـ.
241. الصيِّمَرِي، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر الحنفي (ت 436هـ)، أخبار أبي حنيفة وأصحابه، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1405هـ، 1985م.
242. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي (ت 310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ، 2000م.
243. الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري (ت 321هـ)، مختصر اختلاف العلماء، المحقق: عبد الله أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1417هـ.
244. الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل (ت 1231هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
245. أبو طه، صالح كمال صالح، التداوي بالمحرمات، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ، 2007م.

246. الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري (ت 716هـ)، شرح مختصر الروضة، المحقق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407 هـ، 1987م.
247. الطيار والمطلق والموسى، عبد الله بن محمد، عبد الله بن محمد، محمد ابن إبراهيم، الفقه الميسر، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: ج 7 و 11-13: ط1، 1432هـ، 2011م، باقي الأجزاء: ط 2، 1433هـ، 2012م.
248. الطيالسي، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود (ت 204هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، المحقق: محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م.
249. الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله (ت 743هـ)، شرح الطيبي على مشكاة المصابيح (الكاشف عن حقائق السنن)، المحقق: عبد الحميد هنداي، مكتبة نزار مصطفى الباز، جدة، الرياض، الطبعة الأولى، 1417هـ، 1997م.
250. الظاهر، راتب عطا الله، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، بدون ناشر، د. ط، 1409هـ، 1989م.
251. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي (ت 1252هـ)، حاشية نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد الحافظ، دار الفكر، د ط، 1999م.
252. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1412هـ، 1992م.
253. ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
254. ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحسيني الدمشقي (ت 1306هـ)، قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
255. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد (ت 1393هـ)، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر والتوزيع، تونس، د. ط، 1984هـ.
256. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم القرطبي (ت 463هـ)، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2000م.
257. ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، المحقق: علي محمد البجاوي، دار الجبل، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ، 1992م.
258. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق محمد محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ، 1980م.

259. عبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2003م.
260. القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت 422هـ)، التلخيص في الفقه المالكي، المحقق: أبو أويس محمد بن خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.
261. ابن عبد الهادي، يوسف بن الحسن الدمشقي الحنبلي (ت 909هـ)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، تحقيق: جاسم الدوسري، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1415هـ.
262. العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح الكوفي (ت 261هـ)، تاريخ الثقات، دار الباز، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1984م.
263. ابن عدي، أبو أحمد بن عدي الجرجاني (ت 365هـ)، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
264. العراقي، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم (ت 806هـ)، أكمله ابنه: أحمد بن عبد الرحيم (ت 826هـ)، طرح التثريب في شرح التقریب، الطبعة المصرية القديمة، وصورتها: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، ودار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
265. ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الإشبيلي المالكي (ت 543هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ، 2003م.
266. ابن العربي، المسالك في شرح مؤطاً مالك، قرأه وعلّق عليه: محمد بن الحسين السليمانی، وعائشة بنت الحسين السليمانی، قدّم له: يوسف القرضاوي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م.
267. عزام، عبد العزيز محمد، القواعد الفقهية، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ، 2005م.
268. العز، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي (ت 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلّق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414هـ، 1991م.
269. ابن عساكر، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله (ت 571هـ)، تاريخ دمشق، المحقق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر، د. ط، 1415هـ، 1995م.
270. العطار، حسن بن محمد بن محمود الشافعي (ت 1250هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.

271. العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر شرف الحق (ت 1329هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1415هـ.
272. عفانة، أ. د. حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس، أبو ديس، ط 1، 1429هـ، 2008م.
273. عفانة، فتاوى يسألونك، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس، أبو ديس، ط 1، 1430هـ، 2009م.
274. ابن عقيل، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري (ت 513هـ)، الواضح في أصول الفقه، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م.
275. العكبري، الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي الحنبلي (ت 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1992م.
276. العلائي، صلاح الدين خليل بن كيكليدي (ت 761هـ)، المجموع المذهب في قواعد المذهب "رسالة دكتوراة"، إعداد: محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، 1405هـ.
277. العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب "رسالة ماجستير"، إعداد الطالب: محمد صالح فرج، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، 1414هـ.
278. عlish، محمد بن أحمد بن محمد (ت 1299هـ)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
279. عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1409هـ، 1989م.
280. العلمي، عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن (ت 928هـ)، المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، أشرف عليه: عبد القادر الأرناؤوط، دار صادر، بيروت، ط 1، 1997م.
281. علي، محمد عبد العاطي محمد، المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، د. ط، 1428هـ.
282. ابن العماد، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة الأولى، 1406 هـ، 1986م.
283. العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليمني الشافعي (ت 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2000م.

284. الغزوي، سعود بن ملوح بن سلطان، سد الذرائع عند الإمام ابن قيم الجوزية، وأثرها في اختياراته الفقهية "رسالة ماجستير"، إشراف الدكتور: علي أبو يحيى، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006م.
285. العوفي، عوض بن رجاء بن فريج، الولاية في النكاح "رسالة ماجستير"، الجامعة الإسلامية، 1403هـ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423هـ، 2002م.
286. عياش وعساف، د شفيق، د. محمد مطلق، نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، 2002م.
287. عياض، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي (ت 544هـ)، شَرْحُ صَاحِبِ مُسْلِمِ الْمُسَمَّى إِكْمَالُ الْمُعْلَمِ بِقَوَائِدِ مُسْلِمٍ، المحقق: يَحْيَى إِسْمَاعِيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 1419 هـ، 1998م.
288. عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة، ودار التراث، د. ط، بدون سنة نشر.
289. العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي (ت 855هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1420 هـ، 2000م.
290. العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
291. العيني، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، المحقق: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م.
292. ابن غازي، محمد بن علي المكناسي (ت 919هـ)، الكليات الفقهية على مذهب الإمام مالك بن أنس، اعتنى بها: جلال علي الجهاني، بدون معلومات نشر.
293. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت 505هـ)، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1993م.
294. الغزالي، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ.
295. الغزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري (ت 1010هـ)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر .
296. الغزي، نجم الدين محمد بن محمد (ت 1061هـ)، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، المحقق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م.
297. الغمراوي، محمد الزهري (المتوفى بعد 1337هـ)، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ط، دون سنة نشر.

298. الفاداني، محمد ياسين بن عيسى (ت 1410هـ) ، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، اعتنى بطبعه وقدم له: رمزي دمشقية، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1996م.
299. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء الرازي (ت 395هـ)، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1406هـ، 1986م.
300. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ ، 1979م.
301. الفراء، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف (ت 458هـ)، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه : أحمد بن علي بن سير المباركي، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، 1410هـ، 1990م.
302. ابن الفراء، محمد بن محمد (ت526)، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د. ط، بدون سنة نشر.
303. الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت 170هـ)، العين، المحقق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
304. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمرى (ت 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406هـ، 1986م.
305. ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، د ط، بدون سنة نشر.
306. أبو الفضل، صالح بن الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانيّ البغدادي (ت: 265هـ)، سيرة الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 1404هـ.
307. الفيروزآبادى، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ، 2005 م.
308. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
309. القاري، علي بن سلطان محمد الملا الهروي (ت 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ، 2002م.
310. القاسمي، محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي (ت 1332هـ)، محاسن التأويل، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ.

311. ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي (ت 851هـ)، طبقات الشافعية، المحقق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ.
312. القحطاني، أبو محمد صالح بن محمد بن حسن آل عُمَيْر الأسمرى، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1420 هـ، 2000م.
313. ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ط، بدون سنة نشر.
314. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م.
315. ابن قدامة، المغني، تحقيق محمد شرف الدين خطاب ومحمد السيد، دار الحديث القاهرة، بدون طبعة، 1425هـ، 2004م.
316. القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد (ت 428)، التجريد، المحقق: محمد أحمد سراج علي جمعة محمد، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1427هـ، 2006م.
317. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت 684هـ)، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.
318. القرافي، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393 هـ ، 1973م.
319. القرافي، جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول "رسالة ماجستير"، إعداد الطالب: ناصر بن علي ابن ناصر الغامدي، إشراف: حمزة بن حسين، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، 1421هـ، 2000م.
320. القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، 1416هـ، 1995م.
321. القرشي، عبد القادر بن محمد (ت 775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، الناشر: مير محمد كتب خانه، كراتشي، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
322. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ، 1964م.

323. قرقور، خالد محمود، القواعد الفقهية في وسائل الإثبات، مركز الدراسات الإسلامية والمخطوطات، أكاديمية القاسمي، د. ط، 1426هـ.
324. القصبى، طلعت أحمد، بحث بعنوان: "إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة"، منشور في مجلة مجمع الفقه، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط 2، 1426هـ، 2005م.
325. ابن قطلوبغا، زين الدين أبو العدل قاسم الحنفي (ت 879هـ) تاج التراجم في طبقات الحنفية، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1992م.
326. القلقشندي، أبو العباس أحمد بن علي (ت 821هـ)، قلائد الجمان في التعريف بقبائل عرب الزمان، المحقق: إبراهيم الإبياري، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الثانية، 1402هـ، 1982م.
327. القليوبي وعميرة، أحمد سلامة (ت 1069هـ)، وأحمد البرلسي (ت 957هـ)، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، 1415هـ، 1995م.
328. القنّوجي، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن الحسيني البخاري (ت 1307هـ)، أبجد العلوم، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م.
329. قوادري، مختار، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة نظرية تطبيقية "رسالة ماجستير"، إشراف الدكتور: عطاء الله فيض الله، بدون ناشر، د. ط، 1419هـ.
330. القونوي، قاسم بن عبد الله ابن أمير علي الرومي الحنفي (ت 978هـ) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، د. ط، 2004م، 1424هـ.
331. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت 751هـ)، أحكام أهل الذمة، المحقق: يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر، الدمام، الطبعة الأولى، 1418، 1997.
332. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
333. ابن القيم، مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
334. الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1982م.
335. كافي، أحمد، الحاجة الشرعية، حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ.

336. كامل، عمر عبد الله، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
337. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط الثانية، 1420هـ، 1999م.
338. ابن كثير، طبقات الشافعيين، تحقيق: أحمد عمر هاشم، محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413 هـ، 1993م.
339. ابن كثير، مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وأقواله على أبواب العلم، المحقق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم، مصر، الطبعة الأولى، 1430هـ، 2009م.
340. الكجراتي، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفتّي (ت 986هـ)، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة الثالثة، 1387هـ، 1967م.
341. الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الحنفي (ت 1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
342. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الإدارة العامة للطبع، الرياض، د. ط، بدون سنة نشر.
343. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المحقق: نجيب هواويني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
344. اللحجي، عبد الله بن سعيد، إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية، مطبعة المدني، العباسية، مصر، بدون طبعة، 1388هـ.
345. لفروجي، امحمد، موسوعة القانون المغربي، مدونة الأسرة وفق آخر التعديلات المدخلة بالقانون رقم: (08.09)، بشأن سماع دعوى الزجية في النصوص التطبيقية، بدون ناشر، ط1، 2010م.
346. اللكنوي، عبد العليّ محمد بن نظام الدين محمد السهالوي (ت 1225هـ)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ضبطه وصححه: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ، 2002م.
347. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، د. ط، د.س.

348. المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المالكي (ت 536هـ)، شرح التلقين، المحقق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008م.
349. المازري، المعلم بفوائد مسلم، المحقق: محمد الشاذلي، الدار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات "بيت الحكمة"، الطبعة الثانية، 1988م، والجزء الثالث صدر بتاريخ 1991م.
350. ابن مازة، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي (ت 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.
351. مالك، مالك بن أنس الأصبحي (ت 179هـ)، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ، 1985م.
352. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت 450هـ)، تفسير الماوردي "النكت والعيون"، المحقق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، بدون سنة نشر.
353. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م.
354. المباركفوري، أبو الحسن عبيد الله بن محمد عبد السلام بن خان محمد بن أمان الله الرحماني (ت 1414هـ)، مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء، الجامعة السلفية، بنارس، الهند، ط 3، 1404 هـ، 1984م.
355. مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1434هـ، وفق 2013م.
356. مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة: (من 1404 - 1427هـ، الأجزاء 1 - 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء 24 - 38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء 39 - 45: الطبعة الثانية، طبع وزارة الأوقاف الكويتية.
357. امحمد، توفيق يحيى، الاستثناء من القواعد الفقهية وإشكاليته على الفقه والقواعد الفقهية، مجلة الأكاديمية للدراسات الإنسانية والاجتماعية، العدد 9، سنة 2013م.
358. المحلي، حسين بن محمد الشافعي المصري (ت 1170هـ)، مزيد النعمة لجمع أقوال الأئمة، المحقق: عبد الكريم بن صنيبان العمري، بدون معلومات نشر.
359. مخلوف، الشيخ محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، مصر، د ط، 1349هـ .

360. المدوّر، رشيد بن محمد، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، ط 1، 1432هـ، 2011م.
361. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، حققه: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1980م.
362. المرداوي، التعبير شرح التحرير في أصول الفقه، المحقق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط 1، 1421هـ، 2000م.
363. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت 593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
364. المزي، جمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن (ت 742هـ)، تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، المحقق: عبد الصمد شرف الدين، طبعة المكتب الإسلامي، والدار القيّمة، ط 2، 1403هـ، 1983م.
365. مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
366. مصاروة، عوني أحمد محمد، الاستصحاب حجّيته وأثره في الأحكام، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، إصدار مركز الدراسات الإسلامية والمخطوطات، أكاديمية القاسمي، د. ط، 1430هـ، 2009م.
367. المُطَرِّزِي، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم بن علي (ت 610هـ)، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، بدون طبعة، وبدون سنة نشر .
368. المطرودي، علي عبد العزيز، تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، د. ط، 1428هـ، 1429هـ.
369. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (ت 884هـ)، الفروع وتصحيح الفروع، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م.
370. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1997م.
371. ابن مفلح، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، المحقق: عبد الرحمن ابن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1410هـ، 1990م.

372. المقدسي، أبو محمد بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد (ت 624هـ)، العدة شرح العدة، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1424هـ، 2003م.
373. المقرئ، محمد بن أحمد (ت 759هـ)، قواعد الفقه، تحقيق: محمد الدردابي، مكتبة دار الأمان، الرياض، المغرب، 2012م، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
374. المكناسي، محمد بن أحمد (ت 917هـ)، عمل من طب لمن حب، تحقيق وتعليق وتقديم: بدر بن عبد الإله، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ، 2002م.
375. ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت 804هـ)، البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله ابن سليمان، وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.
376. المليباري، زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري الهندي (ت 987هـ)، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
377. ابن المناصف، محمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ الأزدي القرطبي (ت 620هـ)، الإنجاد في أبواب الجهاد وتفصيل فرائضه وسننه وذكر جمل من آدابه ولواحق أحكامه، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، ومحمد ابن زكريا أبو غازي، دار الإمام مالك، مؤسسة الريان، د. ط، بدون سنة نشر.
378. المنجور، أحمد بن علي (ت 995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ الأمين إشراف: حمد الحماد، دار عبد الله الشنقيطي، د. ط، دون سنة نشر.
379. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.
380. ابن المنذر، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م.
381. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم الإفريقي المصري (ت 711هـ)، لسان العرب، بيروت، لبنان، دار صادر، ط 3، 1414هـ.
382. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم ابن يوسف الغرناطي (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ، 1994م.

383. ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي البلدي الحنفي (ت 683هـ) الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دققة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت)، د. ط، 1356هـ، 1937م.
384. ميارة، محمد بن أحمد المالكي (ت 1072هـ)، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
385. ميارة، الدر الثمين والمورد المعين، المحقق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1429هـ - 2008م.
386. الميداني، أبو الفضل أحمد بن محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت 518هـ)، مجمع الأمثال، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، بدون سنة نشر.
387. الميمان، ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز، القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة، جامعة أم القرى، مكة، بدون طبعة، 1413هـ.
388. ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح (ت 972هـ)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، المحقق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ، 1997م.
389. النجدي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي (ت 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 1397هـ.
390. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ، 1999م.
391. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق وتكملة الطوري، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، بدون سنة نشر.
392. الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 1418هـ، 1998م.
393. الندوي، القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي "رسالة ماجستير"، بإشراف: ياسين شاذلي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، د. ط، 1404هـ.
394. الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، 1419هـ.
395. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (ت 303هـ)، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 2001م.

396. النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين (ت 710هـ)، كنز الدقائق، المحقق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، 1432هـ، 2011م.
397. النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، ط1، 1419هـ، 1998م.
398. النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل (ت 537هـ)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، بغداد، د. ط، 1311هـ.
399. النفراوي، شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم الأزهري المالكي (ت 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د. ط، 1415هـ، 1995م.
400. النملة، عبد الكريم بن علي، الجامع لمسائل أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ، 2000م.
401. النملة، المَهْدَبُ في عِلْمِ أُصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارِنِ (تحريرٌ لمسائله، ودراستها دراسةً نظريّةً تطبيقيةً)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م.
402. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت 676هـ)، التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير في أصول الحديث، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985م.
403. النووي، روضة الطالبين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ، 1991م.
404. النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1392هـ.
405. النووي، المجموع شرح المذهب "مع تكملة السبكي والمطيعي"، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.
406. الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج، القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الأيمان والنذور، المكتبة المكية، مكة، ط1، 2006م.
407. ابن هبيرة، يحيى بن هُبَيْرَة بن محمد الذهلي الشيباني (ت 560هـ)، الإفصاح عن معاني الصحاح، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، د. ط، 1417هـ.
408. ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، المحقق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ، 2002م.
409. الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري (ت 370هـ)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001م.
410. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 861هـ)، فتح القدير للعاجز الفقير، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

411. الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د. ط، 1357هـ، 1983م.
412. الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: تلميذه عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (ت 982 هـ)، المكتبة الإسلامية، بدون معلومات نشر.
413. الواحدي، علي بن أحمد بن محمد بن علي (ت 468هـ)، أسباب نزول القرآن، المحقق: عصام بن عبد المحسن الحميدان، دار الإصلاح، الدمام، السعودية، الطبعة الثانية، 1412هـ، 1992م.
414. الواحدي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق وتعليق: عادل عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، أحمد محمد صيرة، أحمد عبد الغني الجمل، عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
415. ابن الوكيل، محمد بن مكي بن عبد الصمد (ت 716هـ)، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1423هـ.
416. الوثنيريسي، أحمد بن يحيى (ت 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد الخطابي، بدون معلومات نشر، 1400هـ، 1980م.
417. اليوبي، محمد سعد بن أحمد، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 1430هـ.
418. أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت 182هـ)، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، طبعة جديدة مضبوطة محققة ومفهرسة، بدون سنة نشر.

* الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت):

1. الأشقر، أسامة بن عمر، بحث بعنوان: "الزواج العرفي"، نقلا عن موقع ملتقى أهل الحديث:
<http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=32767>
2. حميتو، يوسف، مقال بعنوان: "تحقيق المناط: تحكيم للقواعد، أم تحكم فيها؟"، مركز نماء للبحوث والدراسات:
<http://nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=93>
3. موقع الملتقى الفقهي:
<http://www.feqhweb.com/vb/t1127.html#ixzz3bMzH91Mb>
<http://www.feqhweb.com/vb/t1003.html>: الملتقى الفقهي
4. المشعل، عبد العزيز بن عبد الرحمن، بحث بعنوان: "قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية"، موقع الملتقى الفقهي:
<http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=9069/9070>
5. درع، عبود بن علي، بحث بعنوان: "حكم التداوي بالمحرم أو النجس"، نقلا عن موقع: الملتقى الفقهي
<http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4446>
6. العسري، محمد منصف، بحث بعنوان: "رفع الحرج في الشريعة: فلسفته وضوابطه"، موقع مجلة الإحياء:
<http://www.alihyaa.ma/Revue.aspx?C=5582&N=5556>
7. موقع: المركز الوطني للمعلومات:
<http://www.yemen-nic.info/contents/studies/detail.php?ID=21232>
8. بحث بعنوان: الكفاءة النسبية في النكاح لمصطفى حسنين، موقع الألوكة
<http://majles.alukah.net/t12519>
http://www.alukah.net/fatawa_counsels/0/82811/#ixzz3wGjFMd9 -
- موقع المجلس العلمي: <http://majles.alukah.net/t73957>
9. موقع المجلس الأعلى للإفتاء - فلسطين:
<http://www.fatawah.net/Fatawah/598.aspx>
10. بحث بعنوان: اشتراط الولي في عقد النكاح، ليلي بنت علي أحمد، نقلا عن موقع الشبكة الفقهية:
<http://www.feqhweb.com/vb/t5223.html#ixzz3pymG8Eds>
11. موقع المسلم:
<http://www.almoslim.net/node/207796>
12. موقع منظمة الصحة العالمية:
<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs304/ar>

13. الجياشي، أسعد فاضل منديل، بحث بعنوان: "دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقال"، نقلا عن موقع: http://profasaad.info/?page_id=52
14. موقع صحيفة الرياض: <http://www.alriyadh.com/341538>
15. موقع صحيفة الاتحاد: <http://www.alittihad.ae/details.php?id=38339&y=2010>
16. موقع الموسوعة الحرة: <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%88%D8%B4%D9%85>
- المدرسة الصولتية <https://ar.wikipedia.org/wiki>
17. موقع طبي : <http://www.msimedspa.com/ar/subservicesdetails.aspx?SubSrvclId=6&SrvclId=5>
18. موقع: www.dralghamdi.net/?action=showMaqal&id
19. موقع دائرة القضاء، أبو ظبي: <http://www.adjd.gov.ae/portal/site/adjd/Article0206/?jsessionid=r0SKSv3HCJb5PXYTQDwQdL1LhKndM9th0rTmvJLpW8H3x6ZXyHtQ!865874394!NONE>
20. موقع العربية الإخباري: <http://www.alarabiya.net/articles/2007/06/01/35053.html>
21. موقع: http://www.mowa.pna.ps/Local_laws/LL11.pdf
22. موقع: جائزة الملك فيصل العالمية [/http://kfip.org/ar/dr-ali-a-g-m-nadvi](http://kfip.org/ar/dr-ali-a-g-m-nadvi)
23. الجكني، أحمد محمود أبو خالد، دراسات تأصيلية للعمل السياسي الإسلامي، قاعدة: "المنع أسهل من الرّفْع، وضوابط القول بسياسة الأمر الواقع"، نقلا عن موقع: <https://www.facebook.com/KHOUNAAHMED37?fref=ts>
24. موقع: ديوان التشريع والرأي/ الأردن <http://www.lob.gov.jo/AR/Pages/AdvancedSearch.aspx>
25. موقع: قانون <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=16338>

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	
أ	إقرار	
ب	الإهداء	
ج	الشكر والتقدير	
د، هـ	ملخص الدراسة	
و	المقدمة	
ح	مشكلة الدراسة	
ح	أهمية هذه الدراسة	
ح	أسباب اختيار الموضوع	
ح	أسباب اختيار عنوان الرسالة	
ط	أهداف الدراسة	
ط	الدراسات السابقة	
ي	منهج الدراسة	
1	التمهيد	
2	أولاً: تعريف القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة	
2	تعريف القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً	
2	القاعدة في اللغة	
2	القاعدة في الاصطلاح	
2	تعريف القاعدة الفقهية باعتبار الإضافة	
3	تعريف القاعدة الفقهية باعتبار العلمية	
4	تعريف الألفاظ ذات الصلة	
4	تعريف القاعدة الأصولية لغة واصطلاحاً	
4	تعريف القاعدة الأصولية باعتبار العلمية	
4	تعريف الكليات لغة واصطلاحاً	
5	تعريف الأشباه والنظائر لغة واصطلاحاً	
5	تعريف الفروق لغة واصطلاحاً	
5	تعريف الضوابط الفقهية لغة واصطلاحاً	
6	تعريف النظرية الفقهية لغة واصطلاحاً	
6	ثانياً: في الفرق بين القواعد الفقهية والألفاظ ذات الصلة	
7	الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية	

7	الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي	
7	الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية	
7	الفرق بين القاعدة الفقهية والأشباه والنظائر	
8	الفرق بين القاعدة الفقهية والفروق الفقهية	
8	الفرق بين القاعدة الفقهية والكليات	
9	الفصل الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، ماهيتها، ألفاظها، علاقتها بالقواعد ذات الصلة	
11	المبحث الأول: نشأة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء، وماهيتها	
11	المطلب الأول: نشأة القاعدة	
22	المطلب الثاني: ماهية القاعدة	
22	المسألة الأولى: شرح مفردات ألفاظ القاعدة	
23	المسألة الثانية: المعنى الإجمالي للقاعدة	
27	المسألة الثالثة: أمثلة تطبيقية على القاعدة	
32	المسألة الرابعة: ما يستثنى من القاعدة	
38	المبحث الثاني: ألفاظ قاعدة البقاء أسهل من الابتداء	
38	المطلب الأول: ألفاظها عند الحنفية	
42	المطلب الثاني: ألفاظها عند المالكية	
44	المطلب الثالث: ألفاظها عند الشافعية	
47	المطلب الرابع: ألفاظها عند الحنابلة	
51	المبحث الثالث: علاقة قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء" بالقواعد ذات الصلة	
51	المطلب الأول: موضع القاعدة بين أقسام القواعد الفقهية	
51	أقسام القواعد	
51	الحيثية الأولى: من حيث مصدرها	
52	الحيثية الثانية: من حيث اتفاق العلماء واختلافهم	
53	الحيثية الثالثة: من حيث الأصالة والتبعية	
58	المطلب الثاني: علاقتها بالقواعد ذات الصلة	
58	المسألة الأولى: علاقتها بقاعدة الدفع أولى من الرفع	
64	المسألة الثانية: علاقتها بقاعدة يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام	
66	المسألة الثالثة: علاقتها بقاعدة هل الاعتبار بالحال أو بالمآل	
68	المسألة الرابعة: علاقتها بقاعدة ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء	
73	المسألة الخامسة: علاقتها بقاعدة استدانة الشيء تعتبر بأصله	

74	المسألة السادسة: علاقتها بقاعدة من تعلق به الامتناع من فعل وهو متلبس به، فبادر إلى الإفلاع عنه لم يكن ذلك فعلا للمنوع
77	الفصل الثاني: تأصيل قاعدة البقاء أسهل من الابتداء
79	المبحث الأول: حجية قاعدة البقاء أسهل من الابتداء
79	المطلب الأول : القائلون بأن الدوام على الشيء ليس كابتدائه، وأدلتهم
86	المطلب الثاني: القائلون بأن الدوام على الشيء كابتدائه، وأدلتهم
88	المطلب الثالث: رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة
91	المطلب الرابع: المناقشة والترجيح
91	المسألة الأولى: مناقشة الأدلة
91	أولا: مناقشة أدلة الجمهور
93	ثانيا: مناقشة أدلة الفريق الثاني
95	ثالثا: مناقشة رأي عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي في القاعدة
100	المسألة الثانية: الرأي الراجح
104	المبحث الثاني : صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالمواع الشرعية
104	المطلب الأول : تعريف المانع الشرعي، وأقسامه
104	أولا: تعريف المانع لغة واصطلاحا
104	ثانيا: أقسام المانع
105	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمانع الشرعي
108	المبحث الثالث: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالاستصحاب
108	المطلب الأول: تعريف الاستصحاب، وأنواعه، وحجيته
108	أولا: تعريف الاستصحاب لغة واصطلاحا
108	ثانيا: أنواع الاستصحاب
110	ثالثا: حجية الاستصحاب
112	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالاستصحاب
117	المبحث الرابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بسد الذرائع
117	المطلب الأول: تعريف سد الذرائع، وأنواعها، وحجيتها
117	أولا: تعريف سد الذرائع لغة واصطلاحا
118	ثانيا: أنواع الذرائع
119	ثالثا: حجيتها
121	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بسد الذرائع
123	المبحث الخامس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمراعاة الخلاف

123	المطلب الأول: بيان المقصود بمراعاة الخلاف	
123	أولاً: تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتبار التركيب	
123	ثانياً: تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتباره علماً على معنى خاص	
124	المطلب الثاني: مجال مراعاة الخلاف، وشروطه	
126	مسألة: وقت مراعاة الخلاف	
127	المطلب الثالث: علاقة القاعدة بمراعاة الخلاف	
130	المبحث السادس: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات	
130	المطلب الأول: التعريف بمبدأ اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات	
130	أولاً: تعريف الاعتبار لغة واصطلاحاً	
130	ثانياً: تعريف المآلات لغة واصطلاحاً	
130	ثالثاً: شرح التعريف	
132	رابعاً: تعريف المراعاة	
132	خامساً: تعريف النتائج	
132	سادساً: تعريف التصرفات	
132	سابعاً: المقصود العام من مصطلح مراعاة نتائج التصرفات	
133	المطلب الثاني: مراتب المآلات	
133	المرتبة الأولى: ما كان قطعي التحقق	
134	المرتبة الثانية: ما كان ظني التحقق	
135	المرتبة الثالثة: ما كان نادر التحقق	
135	المطلب الثالث: أدلة اعتبار المآلات	
135	أولاً: من القرآن الكريم	
136	ثانياً: من السنة النبوية المطهرة	
136	ثالثاً: من فقه الصحابة	
137	المطلب الرابع: طرق اعتبار المآلات	
137	المسألة الأولى: الطريق الوقائي (منع الابتداء والإنشاء)	
138	المسألة الثانية: الطريق العلاجي (منع الاستمرار)	
140	المطلب الخامس: علاقة القاعدة بمراعاة المآلات	
143	المبحث السابع: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بالمصلحة	
143	المطلب الأول: تعريف المصلحة، وأنواعها، وحجيتها	
143	أولاً: تعريف المصلحة لغة واصطلاحاً	

143	ثانيا: أقسام المصالح باعتبار الشارع لها وعدمه
146	ثالثا: حجية المصالح، وأدلة اعتبارها
147	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصلحة
151	المبحث الثامن: صلة قاعدة البقاء أسهل من الابتداء بمبدأ التيسير ورفع الحرج
151	المطلب الأول: تعريف عام بمبدأ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية
151	أولا: الرفع لغة واصطلاحا
151	ثانيا: الحرج لغة واصطلاحا
154	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بمبدأ التيسير ورفع الحرج
159	الفصل الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء
161	المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في العبادات
161	المطلب الأول: حكم التيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة
161	المذهب الأول: للحنفية والحنابلة
161	المذهب الثاني: للمالكية والشافعية
161	سبب الخلاف
161	علاقة رؤية الماء في الصلاة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
161	الأدلة
161	أولا: أدلة الحنفية والحنابلة
162	ثانيا: أدلة المالكية والشافعية
163	المناقشة والترجيح
163	أولا: مناقشة أدلة المالكية والشافعية
165	ثانيا: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة
165	ثالثا: الرأي الراجح
168	المطلب الثاني: حكم الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين في الصلاة
168	المذهب الأول: للحنفية والحنابلة
168	المذهب الثاني: للمالكية والشافعية
168	سبب الخلاف
168	علاقة ما يخرج من غير السبيلين في الصلاة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
169	الأدلة
169	أولا: أدلة الحنفية والحنابلة
169	ثانيا: أدلة المالكية والشافعية
171	المناقشة والترجيح

171	أولاً: مناقشة أدلة المالكية والشافعية	
171	ثانياً: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة	
173	ثالثاً: الرأي الراجح	
174	المطلب الثالث: حكم التطيب قبل الإحرام	
174	المذهب الأول: للحنفية والشافعية والحنابلة	
174	المذهب الثاني: للمالكية ومحمد بن الحسن من الحنفية	
174	سبب الخلاف	
174	علاقة التطيب قبل الإحرام بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
175	الأدلة	
175	أولاً: أدلة الجمهور	
176	ثانياً: أدلة المالكية ومحمد بن الحسن	
177	المناقشة والترجيح	
177	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
177	ثانياً: مناقشة أدلة المالكية ومحمد بن الحسن	
180	ثالثاً: الرأي الراجح	
181	المطلب الرابع: حكم القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصيام	
181	المذهب الأول: للمالكية والشافعية والحنابلة	
181	المذهب الثاني: للحنفية	
182	سبب الخلاف	
182	علاقة القدرة على هدي التمتع بعد الشروع في الصوم بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".	
182	الأدلة	
182	أولاً: أدلة الجمهور	
183	ثانياً: أدلة الحنفية	
183	المناقشة والترجيح	
183	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
183	ثانياً: مناقشة أدلة الحنفية	
184	ثالثاً: الرأي الراجح	
185	المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في المعاملات	
185	المطلب الأول: حكم انفساخ الإجارة بالموت	

185	المذهب الأول: للحنفية	
185	المذهب الثاني: للمالكية والشافعية والحنابلة	
185	سبب الخلاف	
186	علاقة انفساخ الإجارة بالموت بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".	
186	الأدلة	
186	أولا: أدلة الحنفية	
187	ثانيا: أدلة الجمهور	
188	المناقشة والترجيح	
188	أولا: مناقشة أدلة الحنفية	
189	ثانيا: مناقشة أدلة الجمهور	
190	ثالثا: الرأي الراجح	
191	المطلب الثاني: حكم رهن المشاع	
191	تعريف الرهن لغة واصطلاحا	
191	تعريف المشاع لغة واصطلاحا	
191	مذاهب الفقهاء	
191	المذهب الأول: لأبي يوسف من الحنفية	
192	المذهب الثاني: للحنفية	
192	المذهب الثالث: للمالكية والشافعية والحنابلة	
192	سبب الخلاف	
193	علاقة رهن المشاع بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".	
193	الأدلة	
193	أولا: أدلة أبي يوسف	
194	ثانيا: أدلة الحنفية	
194	ثالثا: أدلة الجمهور	
195	المناقشة والترجيح	
195	أولا: مناقشة أدلة أبي يوسف	
195	ثانيا: مناقشة أدلة الحنفية	
196	ثالثا: مناقشة أدلة الجمهور	
196	رابعا: الرأي الراجح	
197	المطلب الثالث: حكم لزوم العوض بدون اشتراط في الهبة	
197	تعريف الهبة لغة واصطلاحا	

197	علاقة لزوم العوض في الهبة بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".
197	المذهب الأول: للحنفية والشافعية والحنابلة
197	اختلف الحنفية فيما لو استحق بعض العوض، وبقي البعض على قولين
197	القول الأول: لأبي حنيفة والصاحبين
197	أدلة هذا القول
198	القول الثاني: لزفر
198	أدلة هذا القول
198	المذهب الثاني: للمالكية والحنابلة في قول
198	المذهب الثالث: للحنابلة في قول آخر
198	الأدلة
198	أولاً: أدلة الجمهور
199	ثانياً: أدلة المالكية والحنابلة في قول
199	ثالثاً: دليل الحنابلة في القول الآخر
199	المناقشة والترجيح
199	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور
200	ثانياً: مناقشة أدلة المالكية والحنابلة في قول
200	رابعاً: الرأي الراجح
201	المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في الأحوال الشخصية
201	المطلب الأول: حكم فقد الكفاءة في النكاح
201	تعريف الكفاءة لغة واصطلاحاً
201	خصال الكفاءة المعتمدة عند الفقهاء
201	حكم الكفاءة والأثر المترتب على فقد الكفاءة في النكاح
202	علاقة حكم الكفاءة والأثر المترتب على فقدتها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
202	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
202	المذهب الثاني: للحنفية في رواية وجماعة من المالكية ورواية عن أحمد
202	المذهب الثالث: لسفيان الثوري والحسن البصري والكرخي والجصاص من الحنفية
203	الأدلة
203	أولاً: أدلة الجمهور
205	ثانياً: أدلة الحنفية في رواية وجماعة من المالكية ورواية عن أحمد
205	ثالثاً: أدلة الثوري والحسن البصري والكرخي والجصاص

206	المناقشة والترجيح	
206	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
206	ثانياً: مناقشة أدلة الحنفية في رواية وجماعة من المالكية ورواية عن أحمد	
207	ثالثاً: مناقشة أدلة الثوري والحسن البصري والكرخي والجصاص	
207	رابعاً: الرأي الراجح	
208	المطلب الثاني: حكم توقيت النكاح	
208	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة	
208	المذهب الثاني: لزفر من الحنفية	
208	علاقة توقيت النكاح بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء".	
208	الأدلة	
208	أولاً: أدلة الجمهور	
209	ثانياً: أدلة زفر	
209	المناقشة والترجيح	
209	أولاً: مناقشة أدلة زفر	
211	ثانياً: الرأي الراجح	
214	المطلب الثالث: حكم منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها	
214	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة	
214	المذهب الثاني: لأبي حنيفة وأحد الوجهين عند الحنابلة	
214	سبب الخلاف	
214	علاقة منع المرأة نفسها حتى تقبض صداقها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
215	الأدلة	
215	أولاً: أدلة الجمهور	
216	ثانياً: أدلة أبي حنيفة وأحد الوجهين عند الحنابلة	
216	المناقشة والترجيح	
216	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
217	ثانياً: مناقشة أدلة أبي حنيفة وأحد الوجهين عند الحنابلة	
217	ثالثاً: الرأي الراجح	
219	المطلب الرابع: حكم إنكاح المرأة نفسها من غير وليها	
219	أولاً: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً	
219	ثانياً: الحكمة من الولاية	
219	ثالثاً: تعريف الولي في النكاح	

220	رابعاً: أنواع الولاية في النكاح	
220	خامساً: حكم الولاية في عقد نكاح المرأة	
220	المذهب الأول: للمالكية والشافعية والحنابلة	
220	المذهب الثاني: للحنفية	
221	المذهب الثالث: رواية عن مالك	
221	سبب الخلاف	
221	علاقة إنكاح المرأة نفسها من غير وليها بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
222	الأدلة	
222	أولاً: أدلة الجمهور	
222	من القرآن الكريم	
223	من الأحاديث النبوية الشريفة والآثار	
224	من القياس	
224	من المعقول	
225	ثانياً: أدلة الحنفية	
225	من القرآن الكريم	
225	من الأحاديث النبوية الشريفة	
227	أدلة محمد بن الحسن	
227	من الأحاديث النبوية الشريفة	
227	من المعقول	
227	من القواعد الفقهية	
228	ثالثاً: دليل مالك	
228	المناقشة والترجيح	
228	أولاً: مناقشة أدلة الحنفية	
231	ثانياً: مناقشة أدلة الجمهور	
235	ثالثاً: مناقشة أدلة محمد بن الحسن	
236	رابعاً: مناقشة دليل مالك	
236	خامساً: رأي قانون الأحوال الشخصية	
237	سادساً: الرأي الراجح	
239	المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في الجهاد	
239	المطلب الأول: الخروج إلى القتال دون إذن الوالدين	
239	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة	

239	المذهب الثاني: للشافعية في قول آخر
239	علاقة الخروج إلى القتال دون إذن الوالدين بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
240	الأدلة
240	أولا: أدلة الجمهور
240	ثانيا: دليل الشافعية في القول الآخر
241	المناقشة والترحيح
241	أولا: مناقشة أدلة الجمهور
241	ثانيا: مناقشة أدلة الشافعية في القول الآخر
241	ثالثا: الرأي الراجح
242	المطلب الثاني: حكم انفساخ عقد نكاح المتزوج من الكفار المسيبيين
242	المذهب الأول: للحنفية والحنابلة
242	المذهب الثاني: للمالكية والشافعية
242	سبب الخلاف
243	علاقة انفساخ عقد نكاح الكفار المسيبيين بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
243	الأدلة
243	أولا: أدلة الحنفية والحنابلة
245	ثانيا: أدلة المالكية والشافعية
246	المناقشة والترحيح
246	أولا: مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة
247	ثانيا: مناقشة أدلة المالكية والشافعية
248	ثالثا: الرأي الراجح
250	المبحث الخامس: التطبيقات الفقهية لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في المسائل المعاصرة
250	المطلب الأول: حكم إزالة أجزاء الخنزير ونحوه من الجسم البشري بعد التداوي بها
250	المسألة الأولى: طهارة جلد الخنزير بالدباغ
250	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة
250	المذهب الثاني: للظاهرية وأبي يوسف من الحنفية
251	سبب الخلاف
251	الأدلة
251	أولا: أدلة الجمهور
252	ثانيا: أدلة الظاهرية وأبي يوسف من الحنفية
252	المناقشة والترحيح

252	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
252	ثانياً: مناقشة أدلة الظاهرية وأبي يوسف من الحنفية	
253	ثالثاً: الرأي الراجح	
253	المسألة الثانية: حكم التداوي بالنجاسات والمحرمات	
253	المذهب الأول: للحنفية والمالكية والحنابلة	
253	المذهب الثاني: لبعض الحنفية والشافعية والظاهرية	
254	سبب الخلاف	
254	الأدلة	
254	أولاً: أدلة الجمهور	
254	ثانياً: أدلة بعض الحنفية والشافعية والظاهرية	
255	المناقشة والترجيح	
256	أولاً: مناقشة أدلة الجمهور	
257	ثانياً: مناقشة أدلة بعض الحنفية والشافعية والظاهرية	
257	ثالثاً: الرأي الراجح	
257	حكم استخدام أجزاء الخنزير في الفقه المعاصر	
258	قرار مجمع الفقه بشأن زراعة الأعضاء	
258	فتوى مجلس الإفتاء الفلسطيني	
259	علاقة التداوي بأجزاء الخنزير بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
259	تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
261	المطلب الثاني: حكم إزالة أبراج الاتصالات من الأماكن السكنية	
261	تمهيد	
261	اتجاهات العلماء والمتخصصين في إزالة أبراج الاتصالات	
261	الاتجاه الأول: يرى وجوب إزالة الأبراج من الأماكن السكنية وتركيبها خارج العمران	
263	الاتجاه الثاني: يرى عدم وجوب إزالتها حتى تثبت الدراسات ضررها	
265	علاقة إزالة أبراج الاتصالات بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
265	تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
265	وجه الاستدلال بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"	
267	المطلب الثالث: حكم إزالة الوشم	
267	تعريف الوشم	
267	أنواع الوشم	
267	كيفية إزالة الوشم	

268	استخدام الليزر الحديث لإزالة الوشم
268	الأعراض الجانبية لإزالة الوشم
269	الحكم الشرعي للوشم
270	علاقة إزالة الوشم بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
270	تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
273	المطلب الرابع: حكم إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية
273	تعريف عقد الزواج
274	توثيق عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية الأردني
275	أهمية توثيق عقد الزواج
277	إجراء العقد خارج الدوائر الرسمية
278	صور الزواج العرفي
279	الفرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي
280	حكم الزواج العرفي
281	قيمة الإلزام القانوني بتسجيل عقد الزواج
281	الكيفية التي يتم بها عقد الزواج العرفي
281	الزواج العرفي في قوانين الأحوال الشخصية
283	علاقة إجراء عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية بقاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
283	تطبيق قاعدة: "البقاء أسهل من الابتداء"
285	المطلب الخامس: تطبيقات عامة
285	المدافعة بالحسنى
285	مواجهة الأوبئة والأمراض
285	انعقاد المجالس دون العدد اللازم لانعقادها
268	الخاتمة
286	النتائج والتوصيات
286	النتائج
287	التوصيات
288	الملاحق
289	نموذج دعوى إثبات الزواج ونسب
290	نموذج حجة تصادق على زواج
291	نموذج حجة تصادق على زواج ونسب
292	*إعلام الحكم الصادر عن محكمة الخليل الشرعية

293	* تعميم نائب قاضي القضاة- مدير المحاكم الشرعية	
294	*قرار المحكمة العليا الشرعية رقم: 2015/23م	
296	*قرار المحكمة العليا الشرعية رقم: 2015/108م	
299	*قرار المحكمة العليا الشرعية رقم: 2015/113م	
302	فهرس الآيات الكريمة	
304	فهرس الأحاديث الشريفة	
306	فهرس الآثار	
307	فهرس الأعلام	
309	فهرس المصطلحات	
310	فهرس الألفاظ الغريبة	
311	فهرس المصادر والمراجع	