الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية : العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم : العلوم الإسلامية

# الاستثناءات في القواعد الفقهية
# (أمثلة و تطبيقات في الذهب المالكي )

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر

تخصص : شريعة و قانون

إعداد الطالبة :

- طويطي اسيا

إشراف الأستاذ:

د.مصيطفى محمد السعيد

السنة الجامعية: 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

# الإهداء

قد أنسى التعب .....قد تغفل ذاكرتي في لحظة عما عانيت ....و لكن لن أنسى شقاؤهم في سبيل أن أكون دائما الأفضل .... أهدي ثمرة هذا العمل :

إلى من تحت قدميها الجنة ..... والدتي الكريمة .

إلى من جعل تعبه و جهده دربا أسير عليه .....

والدي العزيز .

إلى منبع الطهر و الصفاء و دعوات الخير الجمة ....جدي الحبيب و جدتي الغاليتين .

إلى من تسري في عروقنا دماء واحدة ... أخواتي و إخوتي الأعزاء .

إلى سند الحياة .....زوجي و إلى..... والديه رحمهما الله.

إلى كل العائلة و الأصدقاء الذين تحملوا مشقة إنشغالي عنهم بأعباء الدراسة وشجعوني على الإستمرار و المواصلة .

إلى كل طلبة دفعة شهادة الماستر تخصص فقه و أصول لسنة 2019/2018 ،إلى كل من آمن بربه و اهتدى .....و اعتز بوطنه و اقتدى ..... و ترسخت فيه المثل العليا ..... و أحب العلم و أهل العلم .

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث من قريب أو بعيد أهدي ثمرة جهدي

طويطي آسيا

# شكر و عرفـــان

الحمد و الشكر لله أوله و أخره على فضله و منته الواسعة في إتمام هذه المذكرة وأسجد حمدا و شكرا لمنة علي بنعمة الصحة و التوفيق إلى طريق العلم و المعرفة ،و ما توفيقي إلا بالله عليه توكلت و هو رب العرش العظيم .

كما أتقدم بالشكر الجزيل بعد الله سبحانه و تعالى ،إلى الأستاذ المشرف و الموّجه الدكتور **مصيطفى محمد السعيد** على قبوله الإشراف على هذه المذكرة دون تردد.

كما أتقدم بشكري الجزيل لكل الأساتذة الذين تعبوا من أجل إيصال المعلومة و لم يبخلوا به علينا طوال مشوارنا الجامعي ،داعين المولى عزّ و جل أن يجازيهم و أن يلبسهم ثوب الصّحة و العافية و أن يوفقهم لما فيه الخير و الفلاح.

**الملخص:**

بسم الله الرحمان الرحيم ،و الصلاة والسلام على اشرف المرسلين و على آله و صحبه أجمعين.

أما بعد :

تعتبر هذه المذكرة مقدمة لنيل درجة الماستر في العلوم الإسلامية و هي بعنوان الإستثناءات في القواعد الفقهية (أمثلة و تطبيقات في الذهب المالكي ) وأكثر ما أعتنيت به في هذا البحث تأصيل أسباب الإستثناء في القواعد الفقهية مدعوما بأمثلة تطبيقية تبرز آراء و أقوال العلماء في ذلك وبالأخص أعلام المذهب المالكي ، فكانت إشكالية هذا البحث :ماهي أسباب التي إستند إليها العلماء (وأئمة المذهب المالكي )في تقرير الإستثناء في القواعد الفقهية ؟ و للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذا البحث إلى مقدمة و ستة مباحث و خاتمة ،فأربع المباحث الأولى تمثل القسم النظري للبحث فالبحث الأول :فيه بيان لماهية القواعد الفقهية ،و المبحث الثاني :فيه بيان لكلية القواعد الفقهية و أغلبيتها ،و تناولت في المبحث الثالث :أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والضوابط الفقهية و كدا أهم الفروق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية ،و في المبحث الرابع :فقد تطرقت فيه إلى بيان ماهية الإستثناء و إعطاء لمحة تاريخية عن نشأته و مسار التأليف ، أما المبحث الخامس والسادس :فخصصتهما للجانب التطبيقي ، و تضمنا بيان أسباب الإستثناء حيث في المبحث الخامس الأسباب المتفق عليها ،و في المبحث السادس فخصصناه للأسباب المختلف فيها، وأما الخاتمة :فأظهرت أهم النتائج التي تم التوصل إليها ،مع تقديم بعض المقترحات والتوصيات.

**Abstract**

This note is an introduction to the Masters degree in Islamic sciences and is entitled exceptions in the jurisprudence rules (examples and applications in Maliki gold) and most of what I took care in this research rooting the reasons for the exception in the rules of jurisprudence supported by practical examples highlight the views and sayings of scientists in this, especially flags Maliki school, was the problematic of this research: What are the reasons on which the scientists (and imams of the Maliki school) in the report of exception in the jurisprudence rules? In order to answer this problem, this research was divided into an introduction, six topics and a conclusion. The first four sections represent the theoretical section of the research. The first research includes a statement of the rules of jurisprudence, and the second topic: a statement of the faculty of jurisprudence rules and the majority of them. The most important differences between the jurisprudence and the jurisprudential controls and the most important differences between the jurisprudence and the fundamentalist rules, and in the fourth section: it touched on the statement of what is the exception and give a historical overview of its origin and the course of authorship, and the fifth and sixth topic: devoted to the applied side The reasons for the exclusion are included in the statement In the fifth section agreed reasons, and in the sixth topic Fajssnah reasons contentious, and the conclusion: Vozart the most important results that have been reached, with some suggestions and recommendations.

فهرس المحتويات


الإهداء

شكر وعرفان

الملخص

فهرس المحتويات

مقدمة. أ-هـ

**المبحث الأول: ماهية القواعد الفقهية**

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علما مركبا 07

الفرع الأول: تعريف القواعد لغة 07

الفرع الثاني: تعريف القواعد اصطلاحًا 08

الفرع الثالث: تعريف لفظة الفقهية لغة 09

الفرع الرابع :تعريف لفظة الفقه اصطلاحا 10

المطلب الثاني : تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقبا لفن معين. 11

الفرع الأول :تعريف القدامى 11

الفرع الثاني :تعريف المعاصرين . 12

**المبحث الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية والقواعد الأصولية .**

المطلب الأول :الفرق بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية 14

الفرع الأول :مفهوم الضوابط لغة و اصطلاحا 14

الفرع الثاني :الفرق بين القاعدة الفقهية و الضوابط الفقهية 15

المطلب الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية 16

الفرع الأول :مفهوم القاعدة الأصولية 16

الفرع الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية و القاعدة الأصولية 16

**المبحث الثالث :تعريف الإستثناء في القواعد الفقهية نشأته و خصائص التأليف فيه**

المطلب الأول :تعريف الإستثناء 21

الفرع الأول :تعريف الإستثناء لغة 21
الفرع الثاني :تعريف الإستثناء إصطلاحا 22
المطلب الثاني :خصائص التأليف في الإستثناء 23
الفرع الأول :مؤلفات ذكرت الإستثناء عرضا 23
الفرع الثاني :مؤلفات ذكرت الإستثناء أصالة 24
المبحث الرابع :أسباب الإستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المتفق عليها
المطلب الأول :الإستثناء بسب النص 26
الفرع الأول :تعريف النص لغة 26
الفرع الثاني :تعريف النص إصطلاحا 26
الفرع الثالث :التمثيل للإستثناء في القواعد الفقهية بسبب النص 28
المطلب الثاني :الإستثناء بسب الإجماع 41
الفرع الأول :تعريف الإجماع لغة 41
الفرع الثاني :تعريف الإجماع إصطلاحا 42
الفرع الثالث :التمثيل للإستثناء في القواعد الفقهية بسبب الإجماع. 42
المطلب الثالث :الإستثناء في القواعد الفقهية بسبب القياس 56
الفرع الأول :تعريف القياس لغة 56
الفرع الثاني : تعريف القياس إصطلاحا 56
الفرع الثالث : التمثيل للإستثناء بسبب القياس 57
المبحث الخامس :أسباب الإستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المختلف فيها
المطلب الأول :الإستثناء في القواعد الفقهية بسبب الإستحسان 65
الفرع الأول :تعريف الإستحسان لغة 65
الفرع الثاني :تعريف الإستحسان إصطلاحا 65
الفرع الثالث :التمثيل للإستثناء في القواعد الفقهية بسبب الإستحسان 66
المطلب الثاني :الإستثناء في القواعد الفقهية بسبب الإستصحاب 70

الفرع الأول :تعريف الإستصحاب لغة 70
الفرع الثاني :تعريف الإستصحاب إصطلاحا 70
الفرع الثالث :التمثيل للإستثناء في القواعد الفقهية بسبب الإستصحاب 71
المطلب الثالث :الإستثناء في القواعد الفقهية بسبب المصلحة المرسلة 79
الفرع الأول :تعريف مصطلحي (المصالح – المرسلة) لغة 79
الفرع الثاني :تعريف المصالح المرسلة إصطلاحا 79
الفرع الثالث :التمثيل للإستثناء في القواعد الفقهية بسبب المصالح المرسلة 80
الخاتمة 85
الفهارس 87
فهرس الآيات القرآنية 88
فهرس الأحاديث 89
قائمة المصادر و المراجع 90

# مقدمة

**بسم الله الرحمان الرحيم**

**مقدمة:**

الحمد لله العلي الأكرم علم الإنسان ما لم يعلم ،و ذلل له سبل كل مغنم كي يصل إلى مدلول ما تقدم ، و أشهد أن لاإله إلا الله و أشهد أن محمدا عبده و رسوله و على آله و صحبه أجمعين أما بعد : إن علم الفقه من أشرف العلوم ،بل هو غايتها ومنتهاها ،و العلوم بشتى أنواعها مترابطة و متكاملة تكوّن بمجموعها بناءً متراصا يتجه نحو هدف واحد وهو تنظيم أفعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم و تحقيق الغاية التي خلق من أجلها الإنسان ،و لهذا فقد اهتم العلماء المسلمين بالفقه اهتماما بالغا ،و أولوا الكثير من العناية و الاهتمام و تنوعت مسالكهم في خدمة هذا العلم ،فمنهم من بسط فروعه و أبوابه و مسائله و قام بتفصيلها و شرحها شرحا وافيا ،و منهم من عمل على تأصيل هذه المسائل و إرجاعها إلى أصولها و استنباطها من أدلتها العامة .

و طائفة أخرى اهتمت بربط هذه المسائل بقواعدها و ضوابطها و استخلاص مستثنياتها .

**أولا :أسباب اختيار الموضوع :**

لقد كان الدافع إلى اختيار هذا الموضوع يدور حول الكثير من العوامل و الأسباب من بينها:

1. محاولة لمعايشة الجانب التطبيقي لعلم القواعد الفقهية ، ومحاولة الربط بينها ( القواعد) و بين الفروع لاسيما تلك المسائل التي لا تتقيد.
2. و لأن ضبط الفروع و الجزئيات و ضمها إلى كلياتها ،و بيان المستثنى منها يعطي تصورا عميقا لهذا العلم ،لأن مبحث الاستثناء في القواعد الفقهية لايزال غامضا يحتاج إلى دراسة و تأصيل و ضبط للفروع الفقهية المستثناة من قواعدها الكلية .
3. رغبتي أن أبحث في هذا الموضوع للوقوف على حقيقة الاستثناءات في القواعد الفقهية، والتعرف على نماذج و تطبيقات من الفقه المالكي ، لاسيما وقلة الأبحاث في هدا الجانب .

**ثانيا :أهمية الموضوع:**

تتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال :

1. أخد لمحة تاريخية عن مسار التأليف في الاستثناء في القواعد الفقهية.
2. بيان العلاقة بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية ،و كدا العلاقة بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية و ذلك لبيان أوجه التشابه و الاختلاف .
3. دراسة المصادر الأصلية و التبعية التي استندوا إليها في تقرير الاستثناء ،و معرفة شروط الأخذ و الاستنباط على وفقها .
4. معرفة الفروع و الجزئيات المستثناة من القواعد الكلية ،و هذا ما يكون لنا معرفة مجموعة من الأحكام الفقهية.

**ثالثا :إشكالية البحث :**

قد ارتكز هذا البحث على السؤال التالي :

-ما هي الأسباب التي استند عليها العلماء و بالأخص أئمة المذهب الإمام مالك لتقرير وإثبات الاستثناءات الواقعة في القواعد الفقهية .و للإجابة على هذا السؤال لابد من طرح الأسئلة الفرعية التالية :

1. ما هو مفهوم القواعد الفقهية ؟.
2. هل القواعد الفقهية كلية أم أغلبية ؟
3. ما معنى الاستثناء ؟
4. هل الاستثناء في القواعد الفقهية ظهر أصالة أم تبعا ؟
5. ما هي جهود المالكية في هذا المجال ؟

**رابعا : أهداف البحث :**

-بيان مكانة الاستثناء في علم الفقه و خاصة في القواعد الفقهية .

- شرح عدد من القواعد الفقهية و بيان أسباب استثنائها .

- تحفيز طلبة العلم على استخراج قدر أكبر من القواعد الفقهية المستثناة من القواعد الأم .

- الاطلاع على أقوال علماء المذاهب و خاصة المذهب المالكي في المسائل الفقهية .

**خامسا :المنهج المتبع :**

اقتضت طبيعة هذا البحث أن أسلك فيه المناهج التالية :

- المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن .

- تتبع القواعد الفقهية و الوقوف على معانيها ، و البحث على المسائل المستثناة منها و معرفة أسباب هذا الاستثناء و حجج العلماء في ذلك .

- فحاولت أن أنوع في القواعد الفقهية و في المسائل المستثناة إذ أوردت أمثلة موزعة على مختلف أبواب الفقه من عبادات و معاملات و الأحوال الشخصية و الحدود ....الخ .

**سادسا :حدود الدراسة:**

- لم أتطرق إلى جميع أسباب الاستثناء بل اكتفيت بذكر الأدلة المتفق عليها ، و أهم الأدلة المختلف فيها لان هذا يطول ،بل يستحيل فاخذت بعض المسائل كنماذج .

- حاولت دراسة المسائل المستثناة و بيان رأي كل مذهب و ذلك بالرجوع إلى المصادر الأصلية و غالبا ما أنقل نصوصا من كتب الفقهاء لبيان حكم المسألة مع التعليل .

**سابعا: خطة البحث :**

قسمت بحثي هذا إلى مقدمة و خمسة مباحث و خاتمة ، لكل منها مطالب :

أما المقدمة فذكرت فيها :أسباب اختيار الموضوع و أهميته ، ثم الإشكالية و الأهداف المرجوة من البحث ، و كذا المنهج المتبع لذلك ، وحدود الدراسة ،ثم بيان خطة البحث و الدراسات السابقة و ختمتها بالصعوبات التي واجهتني .

أما فيما يخص المباحث فأولها كان تعريفا للقواعد الفقهية ،والثاني تناولت فيه بيان الفرق بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية ،و كذا الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية ،و

تضمن المبحث الثالث تعريفا للاستثناء و نشأته و خصائص التأليف فيه ،و في المبحث الرابع أسباب الاستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المتفق عليها ،و كان ختام هذه المباحث بالحديث عن أسباب الاستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المختلف فيها.

**سابعا :الدّراسات السابقة :**

1- تعرض الفقهاء في مؤلفاتهم و مصنفاتهم في القواعد الفقهية إلى تصنيف تلك القواعد الفقهية كما في كتب الأشباه و النظائر .

واهتم فريق آخر بشرح هذه القواعد كما فعل ذلك الإمام الحموي في غمز عيون البصائر، ومن المعاصرين نجد العلامة مصطفى الزرقا ، الذي اهتم بشرح القواعد الفقهية و التطبيق عليها ،و يذكر أحيانا المسائل المستثناة من القاعدة الفقهية دون التعرض لذكر أسباب أو تفسير لذلك و هو المنهج العام في هذا النوع من المصنفات .

2- المصنفات التي تناولت موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية بوجه خاص ، نجدها توحي بمعالجته (الاستثناء) ، لكنها تشير إلى االإستثناء دون ذكر أسبابه ، بالإضافة إلى أنها مصنفات مذهبية تعالج الاستثناء في القواعد الفقهية وفق مذهب معين ،كالمصنف الغني عن التعريف ألا و هو "الاستغناء في الفرق و الاستثناء" للإمام البكري ، فهو بذلك يذكر المسائل المستثناة وفق المذهب الشافعي .

3- الدراسة الوافية لموضوع أسباب الاستثناء الذي نهلت منه كثيرا :مذكرة الماجستير لسعاد اوهاب بنت الطيب.

4- كذلك مذكرة بعنوان "المستثناة من القواعد الفقهية (أنواعها و القياس عليها) " لعبد الرحمان بن عبد الله الشعلان و تناول أيضا "الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه و آثاره )".

**ثامنا:الصعوبات :**

- لا يخلوا أي بحث عادة من مواجهة باحثه لعوائق تعكر صفو بحثه رغم تطور وسائل البحث في هذا العصر لكن هناك بعض الصعوبات البسيطة منها :

- عدم التفصيل في ذكر أسباب الاستثناء في القواعد الفقهية .

- أن هناك مؤلفات شرحت القواعد الفقهية شرحا وافيا لكنها في بعض الأحيان لم تذكر المسائل المستثناة أصلا ، و احيانا اخرى تذكرها باختصار فقط.

- عدم ذكر أقوال و آراء العلماء في تلك المسائل و بيان حجتهم في ذلك .

# المبحث الأول

## ماهية القواعد الفقهية

## المبحث الأول :ماهية القواعد الفقهية .

### المطلب الأول :تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علما مركبا

في البداية لابد من الإشارة إلى أن مصطلح القواعد الفقهية مركب تركيبا وصفيا من كلمتين إحداهما مضاف وهي القواعد، والثانية مضاف إليه، وهي الفقهية، ولذا ينبغي تعريف اللفظتين اللذين ركبا منهما المصطلح المركب.

#### الفرع الأول : تعريف القواعد لغة

**القواعد في اللغة** :جمع قاعدة، والقاعدة مشتقة من الفعل: قعد يقعد قعودا، والمرة منه قعدة، والفاعل: قاعد، والجمع قواعد[1].

ومعناها: الاستقرار والثبات. قال ابن فارس (ت 395)"القاف والعين والدال أصل مطرد منقاس لا يخلف وهو يضاهي الجلوس، وإن كان يتكلم في مواضع لا يتكلم فيها الجلوس".

ولها معنى آخر وهو الأساس والأصل.

قال يعقوب الباحسين مبينا ذلك: "قعيدة الرجل أي امرأته، وامرأة قاعد عن الحيض والأزواج، والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا، مُلْتَفَتًا في ذلك إلى قعودهن واستقرارهن في بيوت آبائهن أو أوليائهن، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾[النور:60]. كما أن امرأة الرجل تسمى قعيدة لثبوتها واستقرارها في بيت زوجها.

والقعدد اليئم، لقعوده عن المكارم، والقعدد هو الأقرب نسبا إلى الأب الأكبر، فكأنه قاعد معه ،ومن ذلك ذو القعدة الشهر الذي كان العرب تقعد فيه عن الأسفار[2].

---

[1] ابن منظور،لسان العرب،تحق عبد الله علي الكبير ،محمدأحمد حسب الله ،هاشم محمد الشاذلي ،دار المعرف ،القاهرة،ج3،ص 357، والفيومي، المصباح المنير،مكتبة لبنان،لبنا، ج2، ص51.

[2] انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م،ج2، ص410.

ثم استعمل مجازا في القاعدة المعنوية، فيقال بنى أمره على قاعدة وقواعد[1] فاستعمل القواعد في الأمور المعنوية ثم استعمالت في العلوم كقولنا قواعد النحو وقواعد الأصول وقواعد الفقه إلى غير ذلك.

ولعل المعنى الراجح هو الأساس والأصل، وذلك لأن الأحكام الفقهية تبنى على القواعد كما يبنى الجدار والسقف على أساس البناء وأصله[2].

**الفرع الثاني :تعريف القواعد إصطلاحا:**

اختلف العلماء في تعريف القواعد الفقهية وسلكوا في ذلك مسلكين أساسيين، فمنهم من يرى أن القواعد الفقهية كلية ومنهم من يراها أكثرية (أغلبية)، ولذا سأكتفي بتعريفها بالاعتبارين المذكورين.

**المسلك الأول: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها قواعد كلية.**

تعريف ابن السبكي: "أنها الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منه"[3].

تعريف التفتزاني: "أنها حكم كلي ينطبق على جزئيات، ليتعرف أحكامها منه"[4].

تعريف الجرجاني:" أنها قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"[5].

ونلاحظ على هذه التعريفات مايلي:

---

[1] محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب، مصر، 1972م، ص516.

[2] أبو الوليد الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول ،تح د عبد المجيد التركي، دار المغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1995م،ط2،ص.

[3] انظر: ابن السبكي، الأشباه والنظائر،تح عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،1411هـ/1991م ، ج1، ص11.

[4] انظر: التفتزاني ، شرح التلويح على التوضيح ،ج1، ص219.

[5] انظر :الجرجاني ،التعريفات ،تح جماعة من العلماء باشراف الناشر ،دار الكتب العلمية،بيروت ،ط1 ،1403هـ/1983،ص219.

أن المقصود من الأمر الكلي أو الحكم الكلي: القضية الكلية، ولهذا فلا مانع من إطلاق لفظ الحكم على القضية لأن الحكم هو الأساس في أركانها، فأركان القضية هي: الحكم، المحكوم عليه، المحكوم به مثل قولنا: الحج عرفة.

لكن الإمام التهاوني أطلق لفظ القصور على من يعتقد أن القضية الكلية هي الحكم الكلي[1].

**الفرع الثالث :تعريف لفظة الفقهية (الفقه ) لغة:**

هو الفهم مطلقا، وقيل الفهم الدقيق، وقيل هو الفهم الدقيق، وقيل التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد، فهو أخص من العلم[2]، ومنه قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»[3].

ويقال فقه بالضم إذا صار الفقه له سجية، وفقه بالفتح إذا سبق غيره إلى الفهم، وقه بالكسر إذا فهم[4]

**الفرع الرابع :تعريف لفظة الفقهية (الفقه )إصطلاحا:**

اختلف العلماء في تحديد معنى الفقه اصطلاحا، لكن التعريف الأقرب إلى الصحة هو تعريف الأسنوي بحيث عرف الفقه اصطلاحا بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"[51].

---

[1]- صرح بذلك التهاوني بقوله: إن الأمر الكلي المذكور أولا، أريد به القضية الكلية، لا المفهوم الكلي كالإنسان مثلا وإن ذهب إليه بعض القاصرين، انظر :التهاوني ،كشاف إصطلاحات الفنون ،تح د دحوروج ،مكتبة لبنان ،بيروت،ط1996،1م، ج3، ص506.

2-أنظر:ابي نصر الجوهري ، الصحاح تاج اللغة و الصحاح العربية ،(توفي 393هـ) (2243/6)،باب فقه انظر،حق:أحمد عطار ،نشر :دار العلم للملايين،ط4،بيروت،لبنان،1407هـ/1987م،محمد قلعجي،و معجم لغة الفقهاء،ج1،ص348،نشر:دار المفائز للطباعة و الانشر و التوزيع ،ط2،بيروت لبنان ،1408هـ/1988م.

3-رواه البخاري في صحيحه ،كتاب العلم،25/1،باب من يردالله به خيرا يفقهه في الدين ،برقم71،وفي كتاب فرض الخمس (85/4)،باب قوله تعالى:"فان لله خمسه"برقم3116،ومسام كتاب الزكاة(718/2)،باب النهي عن المسألة ،برقم1037،وكتاب الامارة،1524/3،باب قوله –صلى الله عليه وسلم-:"لاتزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لايضرهم من خالفهم"بر

وفي رواية :"...يفهمه..."بالهاء المشددة المكسورة بعد الميم في الفتح الباري ،لابن الحجر ،كتاب العلم ،(161/1)،باب العلم قبل القول والعمل .

4-أنظر :أحمد بن علي ابن حجر،فتح الباري ،تح:عبد العزيز ابن عبدالله،دار المعرفة ،بيروت،1379هـ،(165/1)باب العلم قبل القول و العمل .

5-رواه الإمام البخاري في صحيحه ،كتاب العلم ،25/1،باب من يرد الله به خيرا يفقه في الدين ابي محمد الاسنوي،(ت:772هـ)، نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، ط1،بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م، ص112.

ولكل تعريف محترزات وقيود، ولهذا لابد من ذكر محترزات وقيود هذا التعريف وهي:

"**العلم**": والمراد به الصناعة، تقول علم الصرف، أي صناعته، وهو يشمل الظن واليقين[1].

"**بالأحكام**": قيد لإخراج علم الذوات مثل زيد وعمر، والصفات كالبياض، والأفعال كالجلوس[2] والقياس ونحوه.

"**الشرعية**": قيد لإخراج الأحكام العقلية كالحساب والهندسة والأحكام اللغوية كرفع الفاعل. والمراد بالشرعية ما يتوقف معرفتها على الشرع[3].

"**العملية**": قيد لإخراج العلمية كأصول الدين، وككون خبر الواحد والإجماع حجة[4].

"**المكتسب**": قيد يحترز به عن علم الله تعالى وما يلقيه في قلب الأنبياء والملائكة من الأحكام[5].

"**من أدلتها التفصيلية**": قيد لإخراج الأدلة الإجمالية (أصول الفقه) مثل: الأمر للوجوب، والأحكام الحاصلة بأدلة إجمالية: ثبت الحكم بالمقتضى، وامتنع بالتنافي[6].

---

[1]- انظر: ابي عبد الله الزركشي (794هـ)البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتاب، ط1،بيروت، لبنان، 1414هـ/1994م، ص34.

[2]- انظر: الاسنوي (772هـ)،التمهيد في تخريج الفروع على الأصول،تح: محمد هيتو،نشر مؤسسة الرسالة،ط1، بيروت، لبنان، 1400هـ، ص50.

[3]- االنظر: المصدر نفسه، ص50.

[4]- انظر: أبي عبد الله الرازي، (ت:606هـ)، المحصول،تح: طه العلواني،نشر مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1418هـ/1997م، ص78.

[5]- انظر: تقي الدين السبكي ،الابهاج في شرح المنهاج، (ت:756هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1995م، ص37.

[6]- انظر: ابن اللحام(ت:803هـ)، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية ،تح: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ط1، 1420هـ/1999م، ص17.

**المطلب الثاني :تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقبا لفن معين :**

**الفرع الأول :تعريف القدامى :**

1- عرفها الإمام التفتزاني بأنها: "حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه"[1].

2- تعريف التهانوي: "فهي تطلق على معان، مرادف الأصل ،والقانون، والمسألة، والضابطة، والمقصد. وعرفت بأنها أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه"[2].

3- تعريف أبو سعيد الخادمي بقوله: "حكم ينطبق على جميع جزئياته لتعرف به أحكام الجزئيات"[3].

4- تعريف السبكي: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[4].

وما يلاحظ على التعريفات السابقة أن تعريف ابن السبكي كان الأكثر دقة، ذلك أنه عبر عن كلية القاعدة بعبارة "ينطق عليه جزئيات كثيرة"، في حين أن بقية التعاريف عبرت عنها بلفظة "جميع".

**الفرع الثاني :تعريف المعاصرين :**

**تعريفات المعاصرين:**نكتفي بذكر تعريفين فقط وهما:

1- تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا: فقد عرفها بأنها "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[5].

---

[1]- انظر:سعد الدين التفتزاني ، التلويح على التوضيح، مطبعة محمد علي صبيح،القاهرة، 1957م، ج1، ص20.

[2]- انظر: محمد التهاوني ،موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون، مكتبة لبنان، 1996م، ج2، ص1295.

[3]- انظر: محمد الخادمي ،منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق في أصول الفقه، ص305.

[4]- انظر:عبد الوهاب السبكي ، الأشباه والنظائر، تح: علي معوض وعادل عبد الموجود، ج10، ص2.

[5]- انظر: مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام ،دار القلم ،ط2،دمشق ،1425هـ/2004م،ج2،ص947.

2- تعريف الأستاذ محمد الروكي بأنها حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية[1].

[1]- انظر: محمد الروكي ،نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط1،الرباط، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الخامس، ط1،الرباط، 1994م، ج2، ص48.

# المبحث الثاني

# الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية والقواعد الأصولية

## المبحث الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية، و الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية .

### المطلب الأول:الفرق بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية

#### الفرع الأول :مفهوم الضوابط:

**أولا في لغة:**

"مأخوذ من (الضبط) وهو لزوم الشيء وحبسه"[1]. وقال بعضهم: "الضبط لزوم للشيء لا يفارقه في كل شيء، ومنه يقال: أخذه فتأبطه ثم تضبطه"[2].

ويقال: "فلان لا يضبط عمله، أي لا يقوم بما فوض إليه"[3].

و ذلك لعدم قدرته على لزوم ذلك العمل وحبسه لنفسه عليه "فمادة ضبط في اللغة تفيد الحصر والحبس واللزوم، وحفظ الشيء حفظه بالحزم"[4]. وللضبط معاني أخرى لكن أغلب معانيه تدور حول الحصر والحبس والقوة.

**ثانيا في اصطلاحا:**

أما معنى الضابط اصطلاحا فإن طائفة من العلماء لم تفرق بينه وبين القاعدة، فكثيرًا ما يستعملون لفظ القاعدة ويعنون بها "الضابط" والعكس ولا يتشددون في ذلك، بل لم يفرق بعضهم بينهما في التعاريف[5].

---

[1]- انظر:ابن منظور ، لسان العرب، ج7، ص340.

[2]- انظر:الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص370، ولسان العرب، ج7، ص340.

[3]- انظر: الزمخشري ،أساس البلاغة ، ص370.

[4]- انظر: ابن منظور ،لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج4، ص311.

[5]- انظر: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ،المفصل في القواعد الفقهية، دار التدميرية ،ط2،السعودية ،1432هـ/2011م،ص56.

**الفرع الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية و الضوابط الفقهية :**

هناك طائفة أخرى من العلماء فرّقت بين القواعد والضوابط الفقهية، ولعل أول من فرق بينهما الإمام تاج الدين السبكي إذ يقول: "الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابط"[1].

وتابعه على ذلك أيضًا الإمام الزركشي إذ يبين أن المراد بالقاعدة: "مالا يخص بابا من أبواب الفقه، وهو المراد هنا، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء، وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط.

وذكر أيضًا الإمام جلال الدين السيوطي الفرق بينهما في كتابه الأشباه والنظائر ذلك أن: "القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعا من باب واحد"، وسار على هذا التفريق كثير من العلماء الذين جاؤوا بعد هؤلاء حتى المعاصرين[2].

وينبغي التنبيه إلى أن نحمل الضابط على معناه اللغوي الدال على الحصر والحبس سواءً بالقضية الكلية، أو بالتفريق، أو بذكر مقياس الشيء، أو بيان أقسامه أو شروطه أو أسبابه وحصرها، وهذا أولى من اللجوء إلى التأويل والتكلف بتحويل تلك الصور إلى قضايا كلية ولهذا فإنه يحسن تعريفه بأنه :"كل ما يحصر جزئيات أمر معين"[3].

وأشار إليها الباحثين بقولهم: "يحصر ويحبس الفروع التي تدخل في إطاره".

---

[1]- انظر: المقري ،مقدمة تحقيق كتاب القواعد ، ج1، ص108، البكري ،ومقدمة محققي الاعتناء في الفرق والاستثناء ،دار الكتب العلمية ،ط1411،1هـ/1991م، ج1، ص10.

[2]- انظر: مصطفى الزرقا ،المفصل، ص61.

[3]- انظر: الباحسين ،القواعد الفقهية ، ص58.

[16]- انظر : حموي ،غمز العيون،دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان ،1405هـ/1985م ،ج1،ص31.

[17]-أنظر :محمد الخضري ،أصول الفقه ،ص13.

"فبين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي عموم و خصوص ،إذ أن القاعدة أعم من الضابط بحيث يندرج تحتها فروق فقهية متعددة من أبواب مختلفة ،أما الضابط فيجمع فروعا من باب واحد بخلاف القاعدة و هي ما يجمعها من أبواب شتى[1] .

**المطلب الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية**

**الفرع الأول :مفهوم القواعد الأصولية**

"هي حكم الكلي المتعلق بدلالة الأدلة الكلية الذي يتوصل به إلى استنباط أحكام الفروع الفقهية من أدلتها".

وعرفت أيضًا بـ: هي ما يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة[2] .

**الفرع الثاني :الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية :**

إنهما وان كانتا متشابهتين في كونهما"قضايا كلية تندرج تحتهما جزئيات"إلا أن بينهما فروق، والقرافي هو أول من فرق بينهما بقوله"إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول و فروع و إن أصولها قسمان:

القسم الأول المسمى بأصول الفقه وهو في غالب الأمر ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة,وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ و الترجيح نحو:الأمر للوجوب,و النهي للتحريم,والصيغة الخاصة للعموم, ونحو ذلك , وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة, و خبر الواحد وصفات المجتهدين. [1]

[1] -انظر : حموي ،غمز العيون،دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان ،1405هـ/1985م ،ج1،ص31.

[2] –انظر :محمد الخضري ، أصول الخضري ،ص13

القسم الثاني:قواعد كلية فقهية جليلة القدر ,كثيرة العدد, عظيمة المدد, مشتملة على أسرار الشرع و حكمه, لكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى,ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه.[1]

والفرق بينهما يكمن في جملة من الأمور:

**الفرق الأول**: من حيث المصدر:القواعد الأصولية الناشئة في الغالب عن الألفاظ العربية و أساليبها كما صرح بذلك الإمام القرافي[2] وقد سبق ذكر ذلك بقوله :"قواعد الأحكام الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة ..."

اصول الفقه يستمد من علوم الكلام و النصوص الشرعية فكذلك القواعد الاصولية[3].

أما القواعد الفقهية فناشئة من الأحكام الشرعية و المسائل الفقهية.

**الفرق الثاني**: من حيث الغاية: القواعد الأصولية وضعت للاستعانة بها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية فهي عبارة عن وسائل و أدوات الاجتهاد و استنباط الأحكام الشرعية العملية.

أما القواعد الفقهية فغايتها إرجاع الجزئيات الفقهية إلى القاعدة الكلية,فتربط المسائل مختلفة الأبواب برباط واحد متحد و حكم واحد وهو ما سيقت القاعدة لأجله[4].

وبهذا نستنتج أن القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد يستعملها عند استنباط الأحكام في المسائل المستجدة من مصادر التشريع.

أما القواعد الفقهية فإنها تتصل بالمقلد سواء كان الفقيه أو المفتي أو المتعلم, لتسهيل معرفة حكم الفروع بدون الرجوع إلى الأبواب الفقهية الواسعة والمتفرعة[1].

---

[1]-انظر : القرافي ،الفروق،352.

[2]- انظر :القرافي ,انوار البروق في انواء الفروق,ج1,ص70.

[3]-انظر :الآمدي،الإحكام في اصول الأحكام,ج1,ص8.

[4]-انظر :محمد صدقي ابن احمد البورنو ابو الحارث غازي ,ج1,ص26.

**الفرق الثالث:**من حيث الشمول :القواعد الأصولية شاملة لجميع جزئياتها وفروعها، والاستثناء نادر فيها فهي كلية ثابتة لا تتبدل ولا تتغير،بخلاف القواعد الفقهية التي تكثر فيها الاستثناءات فلا تكون حينئذ عامة وشاملة لجميع فروعها فأحكامها تتغير بناءا على العرف و المصلحة وسد الذرائع والمصلحة المرسلة وغير ذلك.

**الفرق الرابع:**من حيث وجودها الذهني[2] :القواعد الأصولية متقدمة في وجودها الذهني و الواقعي على القواعد الفقهية بل متقدمة أيضا على الفروع، لأن الهدف من القواعد ضبط الفروع وجمع شتاتها ولهذا فالقواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني و الواقعي عن الفروع,لأنها تجمع معانيها، أما القواعد الأصول فالغرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع،ككون ما في القرآن مقدما على ماجاءت به السنة،وأن نص القران أقوى من ظاهره وغير ذلك من مسالك الاجتهاد، وهذه مقدمة في وجودها على استنباط أحكام الفروع بالفعل، وكون هذه الأصول كشفت عنها الفروع ليس دليلا على أن الفروع متقدمة عليها، بل هي في الوجود سابقة والفروع دالة و كاشفة كما يدل المولود على والده, وكما تدل الثمرة على الغراس ، وكما يدل الزرع على نوع البذور.

**الفرق الخامس** :من حيث الموضوع:القواعد الأصولية هي عبارة عن مسائل تندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية[3] وهذا ما يسمى دلالة كما ذكره الغزالي في المستصفى ملمحا للقواعد الاصولية .

أما القواعد الفقهية فهي عبارة عن مسائل تندرج تحتها أحكام الفقه المبنية على تلك القواعد الأصولية، وما ينبغي التنبيه إليه أن الأحكام الفقهية و إن كانت أحكام جزئية فليست

---

1- د مسعود بن موسى فلوسي ,قواعد الاصولية تحديد وتاصيل ص30.

2- محمد ابو زهر ة ,اصول الفقه ,ص8.

3- الغزالي ,المستصفى,ج1,ص12.

3

بقواعد، بل لا بد أن تكون في صورة قضايا كلية تندرج تحتها أحكام جزئية لكي يتسنى لنا الحكم عليها بأنها قواعد فقهية.

وبهذا نستنتج أن القواعد الأصولية هي بمثابة الأصل و القواعد الفقهية هي فرع لها.

**الفرق السادس**: من حيث علاقتها بمقاصد الشريعة: القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمته بخلاف القواعد الفقهية فإنه يمكن استخلاص حكم وأسرار الشرع، ولتوضيح ذلك أكثر لابد من إعطاء مثال على ذلك فمثلا من القواعد الأصولية:

"النهي تفيد التحريم" كقوله تعالى:"وَلَا تَقرَبُوا الزنَا"[1] فالقاعدةالأصولية لا ترشدنا إلى حرمة الزنا مباشرة,بل بتوسط الدليل.

أما القاعدة الفقهية فهي تدلنا على الحكم مباشرة و بدون واسطة مثال على ذلك من القواعد الفقهية :قاعدة "من أتلف شيئا فعليه ضمانه "فنستفيد من القاعدة وجوب الضمان على المتلف، فهذا الحكم فهمناه مباشرة ومن غير واسطة وهذا المعنى ذكره الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد في القسم الدراسي من تحقيقه لكتاب القواعد للمقري، والذي أورده في تعريفه للقاعدة الفقهية ،كما في قوله: "بعد تأمل لمدلول القاعدة الفقهية وخصائصها، و ملاحظة الفروق بينها وبين غيرها مما يطلق عليه قاعدة "[2].

**الفرق السابع**:من حيث الفائدة:القواعد الأصولية وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية وضبط عملية الاجتهاد، فهذه القواعد يستفيد منها الباحث في معرفة أسباب اختلاف الفقهاء والمقارنة بين المذاهب الفقهية.

أما القواعد الفقهية ففائدتها تسهيل حفظ الأحكام الشرعية قال القرافي:"فمن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"[1].

و منها نستفيد:" أن القواعد الأصولية مصدرا لتأسيس الأحكا[1]والاجتهادات الجديدة فتعطي الفروع المطبقة عليها معنى المستند الشرعي.

[1]- القرافي , الفروق,ج1,ص71.

أما القواعد الفقهية فهي مقررة لأحكام ثابتة في مسائلها فهي على هذا تابعة فيبقى الفرع المندرج فيها متصلا بدليله ولو ارتبط بقاعدة عامة لأنها لاتعطيه المستند الشرعي"[1].

1- انظر :القاضي عبد الوهاب , الإشراف ،القواعد الأصولية ،ص53.

1

# المبحث الثالث

# تعريف الاستثناء في القواعد الفقهية ونشأته وخصائص التأليف فيه

## المبحث الثالث :تعريف الاستثناء في القواعد الفقهية نشأته و خصائصه التأليف فيه

### المطلب الأول :تعريف الاستثناء

#### الفرع الأول :تعريف الاستثناء لغة

الاستثناء على وزن استفعال وهي مصدر من استثنى شيء "يقال ثنيت الشيء اثنية ثنيا من باب رمى إذا عطفته ورددته و(ثنيته) عن مراده إذا صرفته عنه وعلى هذا (فالاستثناء) صرف العامل عن تناول المستثنى"[1].

فالمتكلم يصرف كلامه بالاستثناء من وجهه الأول إلى وجه آخر، فإن كان الكلام إثباتا جعله نفيا وبالعكس[2].

والثني له معان أخرى وهي:

– العطف والكف كما جاء في لسان العرب "ثنيت الشيء ثنيا: عطفته، وثناه أي كفه، ويقال: جاء ثانيا من عنانه"[3].

نقول ثنيت الحبل إذا عطفته بعضه على بعض.

وفي الشعر:

لعمرك إن الموت ما أخطأ الفتى لكا  لطول المرخى وثنياه باليد[4]

أي: طرفاه المعطوفان

---

[1] انظر:الرافعي ، المصباح المنير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، ج2،ص326/325.

[2] انظر: الغزالي ،المستصفى، ج1، ص170. وأحكام الآمدي، ج2، ص425.

[3] انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص115.

[4] هذا البيت من معلقة طرفة بن العبد

لعمرك قسم يفتح أولها

لطول بكسر الطاء، وفتح الواو، و هوا لحبل يطول للدابة فترعى ثنياه بكسر الثاء وسكون النون .

والمعنى: أقسم بحياتك أن الموت ما تجاوزه الفتى كالحبل يطول للدابة لترعى، إذا نزل به لا يتخلص منه فيهلك.

انظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة، ص77.

وقوله تعالى أيضًا: ﴿ألا إنهم يثنون صدورهم ليستخفوا منه﴾[1].

أي: يعطفونها عليه استخفاء من الله[2].

-التكرير: قال الجوهري: بأنه يقصد به تثنية الشيء مرتين حيث يقول: "والثني مقصور الأمر يعاد مرتين"[3].

ومن هذا المعنى سميت الفاتحة بالسبع المثاني لأنها تعاد وتكرر في كل ركعة أو لأنها نزلت مرة بمكة ومرة بالمدنية.

- القطع: كما جاء في لسان العرب "لو استثنيت الشيء من الشيء: حاشينه والثنية ما استثنى، ومنه ثني الحبل والوادي وهو منقطعهما"[4].

**الفرع الثاني : تعريف الاستثناء اصطلاحا**

**تعريف فخر الدين الرازي** :"الاستثناء ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه ،و لا يستقل بنفسه." و عرفه أيضا ب:"إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ إلا أو ما يقوم مقامها "[5].

[1] سورة هود، الآية: 05.

[2] انظر:محمد بن علي بن محمد بن عبد الشوكاني اليمني ، فتح القدير ،دار الكلام الطيب ،ط1،دمشق بيروت ، 1414هـ،ج2، ص481.

[3] انظر: الجوهري ،الصحاح، دار العلم للملايين، بيروت، 844هـ/1984م،ج6، ص2294.

[4]ابن منظور ،لسان العرب ،ج14،ص124.

[5]عبد الرحمان بن عبد الشعلان ،المستثنيات من القواعد الفقهية (انواعها و القياس عليها )،

## المطلب الثاني : خصائص التأليف في الاستثناء

### الفرع الأول : مؤلفات ذكرت الاستثناء عرضا

ظهر الاستثناء من القواعد الفقهية مع ظهورها ونشأ مع نشأتها لكن الاستثناء لم يحض بالاهتمام كعلم مستقل، فالعلماء والباحثين لم يتطرقوا إلى دراسته دراسة نظرية وهذا ما صرح به "الباحث عادل بن عبد القادر قوته"[1] بقوله مبحث الاستثناء من القواعد من المباحث التي لم يتطرق من قبل الباحثين المعاصرين على أهميته"[1]. ولهذا لابد من التأصيل والتقعيد له والتنبيه لمسار ومراحل التأليف فيه.

**المرحلة الأولى**: هناك مؤلفات ذكرت القواعد الفقهية خالية من المستثنيات ومن بين هذه المؤلفات: تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بقواعد ابن رجب الحنبلي، وكتاب القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية لابن اللحام، وكتاب قواعد الفقه للمقري، وكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، وكتاب أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي.

**المرحلة الثانية**: في هذه المرحلة ذكر العلماء والباحثون المستثنيات من القواعد الفقهية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ومن هؤلاء: الإمام الزركشي الذي ألف كتاب المسمى"المنثور في القواعد الفقهية"، والإمام تاج الدين السبكي كتابه المسمى بـ "الأشباه والنظائر" والعلامة ابن خطيب الدهشة الذي ألف كتاب "مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي"، والعالم الجليل السيوطي كتابه المسمى بـ "الأشباه والنظائر"، بالإضافة إلى كل هؤلاء هناك أيضًا الإمام ابن نجيم كتابه هو "الأشباه والنظائر".

---

[1] انظر عبد الرحمان بن عبد الله الشعلان, الاستثناء من القواعد الفقهية (أسبابه و آثاره),الرياض,1426هـ/2005م ,ص13,

[2] في المصدر المنقول منه وردت الكلمة هكذا ( اهميتها )بتأنيث الضمير, و الصواب (اهميته) لأن الضمير يرجع الى كلمة (مبحث) وهي لفظ مذكر

**الفرع الثاني :مؤلفات ذكرت الاستثناء أصالة**

تعد هذه المرحلة هي مرحلة الرقي للاستثناء من القواعد الفقهية، ذلك أن أكثر المؤلفين ذكروا القاعدة وما يستثنى منها مثل الإمام أحمد بن محمد الفناكي رحمه الله، كتابه هو "المناقضات في الحصر والاستثناء"، والإمام محمد بن أبي سليمان البكري كتابه هو "الاستغناء في الحصر والاستثناء"، ولعل هذا الأخير هو أوسع الكتب ذكرا للمستثنيات حتى أنه يذكر كل المستثنيات من القاعدة أو القواعد إلا في بعض المسائل.

# المبحث الرابع

# أسباب الاستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المتفق عليها

## المبحث الرابع :أسباب الاستثناء في القواعد الفقهية من الأدلة المتفق عليها

### المطلب الأول : الاستثناء بسبب النص

#### الفرع الأول :تعريف النص لغة

النص مأخود من مادة نصص [1]وجمعه نصوص, و أصل النص أقصى الشيء وغايته[2] .

ويطلق النص و يراد به عدة معان سأذكر أشهرها :

1-الرفع و الظهور [3] فيقال نصصت الشيء اذا رفعته[4], لذلك فقد يطلق على كرسي العروس منصة ,لأنها تظهر عليها [5]

2-التحديد و التعيين :فيقال نص على الشء اذا حدده و عينه بموجب نص [6]

3-التحريك[7] :ومنه نص الشيء ينصه نصا اذا حركه,وينص انفه غضبا أي يحركها[8]

1- انظر :ابن منظور ,لسان العرب ,ج7,ص97,الزبيدي ,تاج العروس ,ج18,ص178.
2- انظر :ابن الاثير ,النهاية في غريب الحديث و الأثر,ج5,ص64.
3- انظر :الزبيدي,تاج العروس,ج18,ص180.
4- انظر:ابن منظور ,لسان العرب ,ج7,ص98.
5- انظر :الزبيدي ,تاج العروس,ج18,ص179.
6- احمد مختار عمر ,معجم اللغة العربية المعاصرة ,ج3,ص2221.
7- انظر: ابن منظور ,لسان العرب ,ج7,ص98.
8- انظر :الزبيدي,تاج العروس,ج18,ص179.

**الفرع الثاني :تعريف النص إصطلاحا**

"يطلق النص في الاصطلاح ويقصد به عدة معان ,ويرجع ذلك الى تفاوت واختلاف العلماء ومن التعريفات نذكر مايلي :

1-كل ملفوظ مفهوم المعني من الكتاب و السنة سواء كان ظاهرا أو نصا أو مفسرا ,حقيقة أو مجازا ,عاما أو خاصا ولابد من الاشارة الى أن الكتاب و السنة و الاجماع كلها يشترك في المتن اي ما يتضمنه الثلاثة من أمر أو نهي , وعام وخاص, ومجمل ومبين ومنطوق و مفهوم و نحوها.

2-مالا يتطرق اليه احتمال أصلا كالاعداد فالخمسة لاتحتمل العدد أقل و الأكثر.

3- مالا يتطرق اليه احتمال مقبول يعضضه دليل .

4- الكتاب و السنة اي ما يقابل الاجماع و القياس."[1]

وبعد عرض هذه التعريفات فالذي نراه ان المقصود بالنص هو الكتا و السنة و هو التعريف الاخير.

و الفرق بينه وبين التعريف الاول ان التعريف الاول عرف المنصوص بالنص ,وما يعنينا في هذا البحث هو النص بحد ذاته و ليس المنصوص عليه و من خلال ما سبق تبين ان النص هو الكتاب و السنة و بالتالي فان فهم النص و تفسيه ومعرفة مراد الشارع منه , وهذا الفهم لايكون الا على اطلاقه .

1-التهاوني ,كشاف الاصطلاحات الفنون و العلوم,ج2,ص1695/1697.

**تمهيد:**

لقد تقرر فيما سبق أن القواعد الفقهية قواعد كلية، ولهذا فهي تندرج تحتها مجموعة من المسائل الفقهية، لكل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، ومعلوم أن الاستثناء من القواعد الفقهيةلا يؤثر ولا يقدح في عمومها، شأنها شأن باقي القواعد الاستقرائية.

ولا شك أن إعطاء المسائل المستثناة حكما جديدًا مخالفا للقاعدة الأم، ودخولها تحت قواعد أخرى من أجل تحقيق مقاصد الشارع.

ولتوضيح هذا أكثر لابد من ذكر كلام الشيخ الأتاسي الذي تطرق لمسألة الاستثناء في القواعد الفقهية، حيث قال: «إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وفهمها في بادئ الأمر لكن ربما يعارض فروع تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الأطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولا بها عن سنن القياس..»[1].

وفيما يلي نفصل القول في أسباب الاستثناء من القواعد الفقهية وذلك بإيراد مسائل تطبيقية تبين كيفية استثناء وخروج هذه المسائل عن حكم قواعدها مع ذكر أقوال وآراء بعض العلماء.

فالقسم الأول نتناول فيه الاستثناء بسبب الأدلة المتفق عليها.

**الفرع الثالث: أمثلة تطبيقية على الاستثناء بسبب النص**

**المثال الأول:**

[1]- انظر: محمد خالد الأتاسي ،شرح المجلة ،دار الكتب العلمية ، ج1، ص12/11.

هناك بعض المسائل تكون داخلة في القواعد الفقهية، ومع ذلك يحكم باستثنائها من تلك القواعد، ولابد لهذا الاستثناء من سبب يدعو إليه، ومن بين هذه الأسباب ورود النص الشرعي، فالنص هو الذي يمنع إلحاق هذه المسائل بتلك القواعد، وهذا السبب هو أظهر الأسباب وأدعى للتسليم من باقي الأسباب الأخرى .

**من القواعد الفقهية قاعدة "الخراج بالضمان"**

**شرح مفردات القاعدة:**

**الخراج لغة:** الغلة أو الإتاوة تأخذ من أموال الناس، أو هو شيء يخرجه القوم في السنة من مالهم بقدر معلوم،ومعناه أيضا ما يخرج من غلة الأرض[1]، والخراج والخرج: اسم لما يحصل من غلة الأرض، وهو أيضًا كل ما خرج من شيء، فخراج الشجر ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله[2].

والمراد به في القاعدة : الناتج من الشيء إذا كان منفصل عنه كالكسب والثمرة والولد، فكل ما خرج من الشيء فهو خراجه[3].

**الضمان لغة:** الكفالة والحفظ والرعاية بمعنى المؤونة والتكلفة[4]،

قال ابن فارس: «الضاء والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه...»[5]. فأصل مادة الضمان تعود إلى معان منها:

---

[1]- انظر:خليل إسحاق المالكي لعلي عبد الله الشعبان، القواعد والضوابط وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح ،دار ابن حزم ،ط1، ص237.

[2]- الأتاسي ،شرح المجلة ،ج1،ص240.

[3]- انظر: مصطفى الزرقا ،شرح القواعد الفقهية ، ص248،السيوطي ، والأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية،دار الكتب العلمية ،ط1، بيروت لبنان،1403هـ/1983م ، ص135.

[4]- انظر:عبد القادر داودي ،القواعد الكلية و الضوابط الفقه الاسلامي،دار بن حزم ،ط1،بيروت لبنان ،1430هـ/2009م،ص247.

5-انظر:ابو فارس احمد بن فارس بن زكريا ,معجم مقاييس اللغة,ج3,ص23.

الالتزام: تقول ضمنت المال إذا التزمته، ويتعدى بالتضعيف يقال: ضمنة المال اذا لزمته إياه[1].

وعرف بأنه :"إلتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير "[2].

والمراد في القاعدة: تحمل قيمة الشيء إذا تلف أو تحمل مؤونته، أي أن الغلة تبقي لمن منه الضمان بسبب الضمان الذي عليه، وهذه القاعدة خاصة بالرد بالعيب والشفعة وحالة الفاسد والرهن[3].

فإذا تأملنا مشروعية عدد كثير من الأحكام العملية في الفقه المالي، ألفيناها راجعة إلى القاعدة العامة "لا ضرر ولا ضرار"، فإن خيار العيب والرؤية إنما شرع لدفع الضرر عن المشتري... وكذا ضمان المتلفات في الإجارة وغيرها متفرع عن هذا الأصل العظيم[4].

ومن الملاحظ أن المذهب المالكي أولى عناية بالغة بهذا الأصل العظيم في الشريعة الإسلامية وهو رفع الضرر وإلى هذا يشير العلامة مصطفى الزرقا بقوله: «ظهور عيب قديم في المبيع يجعله المشتري هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعا للضر عنه، فلا يصبح عقد البيع ملزما، بل يثبت له الخيار في البيع ورد المبيع، لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود، فيكون إلزام المشتري بالمبيع معيبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرضى به»[5].

---

1-انظر :محمود عبد الرحمن عبد المنعم ,معجم المصطلاحات و الالفاظ الفقهية ,ج2,ص414.

2-انظر :مصطفى الزرقا ,مدخل الفقهي العام ,ج2,ص132,فقرة 647.

3-لسان العرب ،ابن منظور ،ج13،ص258/257،مادة ضمن ،للفيروز آبادي و القاموس المحيط ،ج4،ص245،مادة ضمن.

4-أنظر:السيوطي ,الأشباه و النظائر ،ص173،الحموي،درر الحكام،ج1،ص73،ابن نجيم ،غمز عيون البصائر،شرح الأشباه و النظائر ،ج1،ص274.

5-مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام،ج1،ص308.

أي بعد إبرام العقد والضرر واقع في المعاوضات المالية وهو السبب الرئيسي لحوادث الخصومات والمشاجرات بين الناس، لأن الإنسان مفطور على حب المال والجشع والاستبداد والظلم، ولهذا فقد اعتنت الشريعة الإسلامية بعلاج هذه المشاكل وبيان حلولها بالوسطية والعدل والاتزان.

والحديث الوارد في هذه المسألة هو السبب الظاهر لهذا الاستثناء وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام: «لا تصروا الإبل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر»[1].

والمراد بالضمان في القاعدة: الغرم وهو ما يتحمله الغارم عند تلف الشيء برد مثله إن كان مثليا، أو قيمته إذا كان قيميا، أو الالتزام بالتعويض المالي عن ضرر الغير[2].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

أن من عليه ضمان شيء استحق الخراج بسبب تحمل تبعة الهلاك فكل ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدأ كان أو أمة أو أي ملك، وذلك بأن يشتريه المشتري ويستغله زمانا ثم يعثر فيه على عيب قديم فله رد العين المبيعة وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله من المبيع، لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان ضمانه منه ولم يكن على البائع شيء[3].

والباء المتصلة بلفظ (الضمان) للسببية والتقدير: الخراج مستحق بسبب الضمان[4].

---

[1]- تخريج الحديث:البخاري (2/26)و مسلم (5/4)و الشافعي(1254)و البيهقي (5/318و320-321)وأحمد(2/242و456)من طريق الأعرج عن أبي هريرة به وقد أخرجه الشيخان و أصحاب السنن و غيرهم من طرق اخرى بألفاظ أخرى .

[2]- انظر: درر الحكام، ج1، ص28، ونظرية الضمان للزحيلي، ص420.

[3]- انظر: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مادة خرج، للعلامة محمد طاهر الصديقي الهندي الفتني، ج2، ص22.

[4]- انظر:مجمع بحار الانوار في غرائب التنزيل و لطرائف الاخبار,مادة (خرج),للعلامة الفتني22/2.

**من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

*ذهب مالك والشافعي إلى أن التصرية[1]عيب وحجتهم في ذلك الحديث المشهور المذكور سابقًا "لاتصرو الابل..."، فيشرع للمشتري الخيار بالرد .

وحجتهم أيضًا في ذلك أن التصرية تشبه التدليس بسائر العيوب[2].

أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون التصرية عيبًا ويردون حديث التصرية ويعتبرونه مخالف للأصول من وجوه:

1- أنه معارض بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» وهذا أصل متفق عليه.
2- أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة، وهذا لا يجوز بالاتفاق.
3- أن الأصل في ضمان المتلفات إما بالقيمة وإما بالمثل، والضمان بصاع من تمر مقابل اللبن المحتلب ليس بقيمة ولا بالمثل فيعتبر بيع طعام مجهول أي الجزاف بالمكيل المعلوم؛ لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر فقد يقل وقد يكثر لكن في الحديث فيه تحديد وهو صاع من ثمر.

ولكي نحكم على صحة حديث التصرية في رأيهم لابد أن يستثنى من هذه الأصول كلها.

وقالو عن هذا الحديث ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص.

ولتوضيح الأمر أكثر لابد من إيراد نص في مجال حقوق الارتفاق في المذهب المالكي لكي يظهر أثر الموضوع بين المذاهب الأخرى.

[1]- التصرية: هي حقن اللبن في الثدي أياما حتى يتوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير.
[2]-ابن رشد ,بداية المجتهد وبداية المقتصد,ص175.

قال ابن قدامة: «وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة بهذا الحيطان ويخربها، أو يحفر بئرًا إلى جانب بئر جاره يجتدب ماءها، وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع، وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة، لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره...»[1].

ونخلص في الأخير إلى أن الرسول عليه الصلاة والسلام أورد هذا الحديث لقطع النزاع في هذه المسألة، والنزاع يأتي من كون هذا اللبن المحتلب من الشاة المصراة يعده البعض في ملك البائع، وهو القدر الذي يجب ضمانه، ويعده البعض الآخر في ملك المشتري، وهو مما لا يجب ضمانه، فجاء هذا النص النبوي يقطع هذا النزاع بإيجاب صاع من تمر، وفي هذا الصدد قال الإمام الطوفي: «لما كان اللبن المحتلب منها مجهولا، فلو وجب ضمانه بمثله لأفضى إلى النزاع لجهالة القدر المضمون، فقطع الشارع النزاع بينهم بإيجاب صاع من تمر باجتهاده لأنه مضبوط معلوم وكان ذلك من باب العدل العام»[2].

**المثال الثاني:** من القواعد الفقهية قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

**شرح القاعدة:**

**الجائز لغة:**مشتق من الفعل جاز ومعناه شرع فعله وتركه على السواء[3]، يقال جاز العقد: نفد ومضى على الصحة، وأجازه انفده.

---

[1]- انظر: المغني لابن قدامة، ج7، ص52، 53، وانظر:المصدر نفسه، ج8، ص181، 182.

[2]- انظر:الطوفي ، شرح مختصر الروضة،تح عبد الله بن عبد المحسن،مؤسسة الرسالة ،ط1407،1هـ/1987م ، ج3، ص330/329.

[3]- انظر:السبكي ، الحدود الأنيقةو التعريفات الدقيقة ،تح د مازن المبارك ،دار الفكر المعاصر،ط1،بيروت،1414هـ، ص57.

ويطلق الجائز على ما لا إثم فيه، وعلى ما وافق الشرع[1]. ويرادفه المباح والحلال[2].

والمراد منه في القاعدة: ما أذن فيه الشارع وأباحه، فالجواز الشرعي إذن الشارع وإباحته[3]. أما معنى الضمان فقد سبق توضيح ذلك في شرح قاعدة "الخراج بالضمان" وخلصنا إلى أن معناه: الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير[4].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:** أن الشخص لا يترتب عليه ضمان بسبب فعله أو تركه شيئا ما، إذا كان ذلك جائز شرعا، لأن تسويغ الشارع لذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزًا.

فكون الأمر المباح فعلا كان أو تركا ينافي الضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف[5].

قال الإمام الزركشي بقوله: «المتولد من مأذون فيه لا أثر له بخلاف المتولد من منهي عنه»[6].

ودليل هذه القاعدة عقلي: لأن الضمان يكون بالتعدي وبفعل ما لا يجوز، فكيف يجتمع مع التجويز الشرعي؟ فهما ضدان لا يجتمعان.

واشترط لتطبيق هذه القاعدة أمران هما:

**أولاً:** أن لا يكون الجواز الشرعي مقيدا بل مطلقا، فلو كان مقيدا بشرط السلامة لم تطبق القاعدة العامة، كما لو أتلف بمروره بالطريق العام شيئا أو تلفت سيارته شيئا في الطريق العام، فإنه

---

[1]- انظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج1، ص515/ 516.

[2]- السبكي ،الحدود الأنيقة،ص560.

[3]- انظر: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ،المفصل في القواعد الفقهية، ص554/555.

[4]- انظر: مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام، ، ج2، الفقرة 648،ص103.

[5]- انظر: مصطفى أحمد الزرقا،شرح القواعد الفقهية، ص449.

[6]- انظر: الزركشي ،المنثور في القواعد الفقهية، ج3، ص163.

يكون حينئذ ضامنا ما تلف لأن مروره بالطريق العام وإن كان جائزا ومباحا شرعا، لكنه مقيد بشرط السلامة.

**ثانيًا:** أن لا يكون الجواز الشرعي المترتب عليه إتلاف مال الغير لمصلحة نفس المتلف، فالمضطر لأكل طعام الغير يجوز له ذلك شرعا، لكن أكل طعام الغير إذا كان لمصلحة نفسه فإنه يضمنه، وكهدم دار الجار وقت الحريق لمنع سريانه إلى داره بغير إذن ولي الأمر، وبغير إذن صاحبها، فإنه يجوز له ذلك، ولكنه يضمن قيمتها معرضة للحريق، وذلك لأنه فعل ما فعل لمصلحة نفسه[1].

**–من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**استثناء مسألة ضمان اللقطة:**

أصل هذه المسألة قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله – صلى الله عليه وسلم– عن لقطة الذهب والورق فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادّها إليه»[2].

فالرسول عليه الصلاة والسلام يوجب على الملتقط الإشهاد والتعريف به سنة، وفيه دلالة أيضا على جواز تملكها شرعا بعد سنة من تعريفها ، بالإضافة إلى كل ذلك فإنه يدل أيضا على جواز حبسها وتركها لقطة كما كانت كما في قوله عليه الصلاة و السلام: "ولتكن وديعة عندك"، وهذا هو أصل المسألة.

[1]– انظر: أحمد الزرقا ،شرح القواعد الفقهية، ص381/ 382، مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام ،فقرة648، ص1032،.

[2]– أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب اللقطة، باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده، رقم (2436). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب اللقطة، باب معرفة العفاص والوكاء وضالة الإبل، رقم (4502)، وهو حديث متفق عليه.

لكن السؤال المطروح: إذا جاء صاحب اللقطة ووجد العين المتقطة قد أتلفت فما العمل؟

قال الأتاسي: «أما الضمان في اللقطة فقد ثبت بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظ عفاصها و وكاءها، فإن جاء صاحبها فلا يكتم وهو أحق بها وإن لم يجيء صاحبها فهو مال الله يوتيه من يشاء»[1] فإذا جاء صاحبها فهو أحق بها ، فنستفيد أنه متى جاء صاحبها قبل التصديق بها أو بعده فهو أحق بها عينا إذا كانت قائمة أو بدلا إذا أتلفت.

فهذا الحكم مستثنى من قاعدة الجواز الشرعي لأن اللقطة مال الغير وأخذه بلا عوض ولا عقد حرام فقوبل بالضمان[2]. وهذا أمر مجمع عليه بين العلماء.

قال الإمام النووي: «وقد نقل القاضي وغيره إجماع المسلمين على أنه إذا جاء صاحبها بعد التملك ضمنها المتملك إلا داود فأسقط الضمان والله أعلم»،[3] وقال أيضا: «وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن إلتقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إلى إذن سلطان وهذا مجمع عليه، وفيها أنه لا فرق بين غني وفقير وهذا مذهب الجمهور»[4]، لكن الخلاف بين العلماء واقع في من تملكها وحبسها عنده لكنها أتلفت، فهل يجب عليه الضمان أم لا؟

قال أبو حنيفة: «إذا مضى على اللقطة حول فللملتقط التصدق بها فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط وله الانتفاع بها بتملكها إن كان فقيرًا وإلا فلا»[5].

---

[1]- رواه ابن ماجة، سننه، باب اللقطة رقم 2505.

[2]- انظر: الاتاسي ،شرح المجلة للأتاسي، ج1، ص255/253.

[3]- انظر: النووي ،شرح صحيح مسلم ، ج12، ص29.

[4]- انظر: النووي ،شرح صحيح مسلم ، ج12، ص27.

[5]- انظر:برهان الدين المرغناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج2، ص178/176.

أما الإمام أحمد رحمه الله فقد أوجب ضمان اللقطة سواءً فرط في حقها أو لم يفرط كما في قوله: «إن اللقطة إذا عرفت ومضت عليها سنة فإنها تدخل في ملك الملتقط مباشرة، ولو لم يرد تملكها فلو أبقاها بعد الحول وهلكت بدون تفريط منه ضمن الأمثال سواءً فرط في حقها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أن العين وأرش النقص لأن جميعها مضمون إن تلف»[1].

ومذهب الإمام مالك: أن الملتقط يجب عليه الضمان إن تلفت بتعد منه وتفريط، أما إذا لم يفرط في حفظها فلا ضمان عليه لأنها في حكم الوديعة «إذا مضت سنة على اللقطة بعد تعريفها المطلوب ولم يعرفها أحد فللملتقط التصرف بها بالتملك غنيا كان أو فقيرا، أو التصدق بها عن ربها، أما التصدق بها عن نفس فكتملكها وله حبسها عنده لتبقى لقطة كما كانت فإذ تملكها الملتقط ضمنها لربها، وإذا تصدق بها عنه فإنه، أي: ربها، مخير بين إمضاء الصدقة أو تضمين لقطته للملتقط، كما يضمنها الملتقط إذا نوى تملكها قبل تعريفها ومضى سنة عليها»[2].

ويتفق المذهب الشافعي مع المذهب المالكي في عدم الضمان إذا كان تلف العين الملتقطة بدون تفريط من الملتقط وعللوا بنفس علة المذهب المالكي. قال الإمام الشافعي: «لا فرق في تملكها بين الغني والفقير، وإذا جاء ربها ضمنها بالقيمة إن كانت مقومة، وبمثلها إن كانت مثلية وله حبسها وإبقاؤها لصاحبها ضالة كما كانت وفي هذه الحالة لا ضمان عليه إن تلفت بغير تفريط»[3].

**المثال الثالث:"من القواعد الفقهية قاعدة: البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه"**

**شرح القاعدة**

[1]- انظر: ابن قدامة ،المغني ، ج6، ص307.

[2]- انظر:محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل،تح محمد يحي الشنقيطي، ج6، ص74.

[3]- انظر: شمس الدين محمد بن أحمد ،مغني المحتاج،دار الكتب العلمية،ط1415،1هـ/1994م، ج2، ص45.

**البينة لغة:** هي كل ما أبان الحق[1]، والجمع بينات، والبينة معناها الحجة الواضحة[2].

**أما معناها اصطلاحا:** هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي[3]، وهي تارة تكون إما بشهادة الشهود، ويختلف نصاب الشهود فمثلا الزنا واللواط يشترط فيه أربعة شهود، أما السرقة فيشترط فيه رجلان، وأما في الأموال وما يلحق بها فيشترط فيها رجل وامرأتان ...الخ، وتارة تكون البينة بإقرار المدعي عليه، أو بقرائن الحال أو بغير ذلك.

**المدعي:** طالب الشيء أو هو من خالف قوله أصلا، أو عرفا.

**اليمين:** هو تأييد الخبر بالقسم بالله[4].

**المدعي عليه:** كل من وافق قوله عرفا، أو أصلا، براءة الذمم من الحقوق وبقاء ما كان على ما كان، وأن لا يخون من جعل أينا، والعرف: نحو القبض بالنية..[5].

يقول ابن القيم في هذا المجال: "منوها ومعللا لهذا الأصل التشريعي: "قد استقرت قاعدة الشريعة أن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه ... وقاعدة الشريعة أن اليمين تكون من جنبه أقوى المتداعيين، فلما كان جانب المدعي عليه قويا بالبراءة الأصلية شرعت اليمين في جنبه..."[6].

تعتبر هذه القاعدة من قواعد القضاء المهمة يعتمد عليها القاضي للفصل بين المتخاصمين،

[1]- انظر: عبد الرحمان بن ناصر السعدي ،القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، ص88.

[2]- انظر: تاج العروس، مادة بينة، ج34،ص310.

[3]- انظر:محمد بن فرامرز، درر الحكام، ج1، ص74.

[4]- انظر: القرافي ،الدخيرة ، ج5،ص458،

[5]- المصدر السابق.

[6]- انظر:ابن القيم، زاد المعاد ، ج5، ص365/361.

إذ أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها على جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة، وجانب المدعي عليه قوي، لأن الأصل عدم المدعي به، فاكتفى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين[1].

فنلاحظ أن وجود بينات وبراهين تدل على صدق المدعي فلا يعطي المدعي ما إدعاه بمجرد دعواه لأنه سبيل إلى استباحة أموال الناس ودمائهم.

**– من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**– استثناء مسألة حكم المتابعين في الثمن والسلعة قائمة**

فمن أساسيات الفصل بين المتنازعين أن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، وبناءًا على هذا فإن المتبايعين إذا تنازعا في الثمن بعد قبض المبيع، فإن البينة على المدعي عليه سواءً كان بائعا أو مشتريا، و على المدعي عليه اليمين سواءً كان بائعا أو مشتريا هذا هو أصل المسألة.

لكن لهذه المسألة حكم مخالف استفدناه من النص: فعن أبي عبيدة أن رجلين تبايعا ، فقال المشتري: أخذتها بكذا وكذا، وقال البائع: بعت بكذا وكذا، فأتيا النبي – صلى الله عليه وسلم- فأمر البائع أن يحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك»[2].

وفي رواية لابن مسعود – رضي الله عنه- أن النبي – صلى الله عليه وسلم- قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا».فهذا حديث التحالف يعتبر استثناءًا للقاعدة العامة وفصلا في الخلاف بين البائع والمشتري سواءً كان في الثمن أو في الأجل أو في خيار الشرط وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ونفر من الحنفية وأبو ثور ورواية لمالك.

[1]– انظر: مصطفى الزرقا،شرح القاعد الفقهية ، ص369.

[2]– رواه أحمد والنسائي.

[2]–انظر :ابن قدامة،المغني،ج4،ص288.

أما إن اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولأحدهما البينة فإنه يحكم بتلك البينة، أما إذا انعدمت البينة فيجب أن يتحالفا وبهذا قال شريح و أبو حنيفة و الشافعي و مالك في رواية[12].

قال ابن قدامى: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع: بعتك بعشرين، وقال المشتري: بل بعشرة، ولأحدهما بينة حكم بها»[2].

أما رأي الإمام أحمد في هذه المسألة هو:"أن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف فرضي المشتري ذلك أخذ به وإن أبى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما لأن في بعض الحديث من رواية ابن مسعود: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا ينة لأحدهما تحالفا" لأن كل واحد منهما مدعي ومدعي عليه"[3].

فقول الشافعية وقول الإمام أحمد وقل الإمام مالك سواء فيرون أن يبدأ اليمين بالبائع لأن جانبه أقوى.

قال الشافعية: «يبدأ البائع باليمين لأن جانبه أقوى لأن المبيع يعود إليه بعد الفسخ»[4].

جاء في مختصر خليل: "إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن أو نوعه جلفا وفي قدره كمثمونه أو قدر أجل أو رهن، أو جميل حلفا وفسخ"[5].

["أما إن اختلفا في جنس الثمن او نوعه حلفا و فسخ "

وذكر أمثلة يوضح بها هذا الحكم فقال :ان اختلف في جنس احد العوضين كتمر وبر تحالفا وتفاسخا .

1

2- انظر: ابن قدامة ،المغني ، ج4، ص288.

3- انظر: ابن قدامة،المغني،ج4، ص288.

4- انظر:محمد بن محمد الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج، ج2، ص96.

5- انظر: محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي الحطاب ، مواهب الجليل، ج4، ص509/ 510.

وان اختلفا في جنس مثمونه ,ونوعه فداخل في اختلافهما في جنس الثمن

وذكر مسألة تزيد الحكم وضوحا و جلاءا فقال :"لو أن رجل اتى رجلا فقال :بعني نصف جاريتك فقال له صاحبها :مابعتك الا ربعها ,حلف وكان لقول قوله مع يمينه ,ولو أن صاحبها قال لصاحبه (المشتري):قد بعتك نصف جاريتي وطلب منه الثمن فقال :مااشتيت منك الا ربعها ,كان القول قوله مع يمينه.

قال ابن رشد:ظاهره القول قول من ادعى الأقل منهما مع يمينه كان البائع أو المبتع ,فان نكل عن اليمين حلف الذي ادعى النصف واستحقه ان كان هو المبتاع ,او استحق ثمنه ان كان هو البائع –وان اختلفا في نوع الثمن كاختلافهما في جنسه .

قال ماك في المدونة :"ان اختلفا في النوع فقال هذا :سلفتك في حنطة وقال: هذا في الشعير ,او قال هذا :في فرس وقال هذا:في حمار ,تحالفا و تفاسخا وان بعد محل الاجل ويرد الى المبتاع راس ماله" .

قال ابن القاسم :وشأن اختلافهما في السلم في الجنسين بمنزلة من ابتاع جارية فقال البائع بعتها بحنطة و قال المبتاع بشعير فانهما يتحالفا و يترادان ان لم تفت (ورد مع الفوات قيمتها يوم بيعها) ,فان فاتت الجارية عند المبتاع ادى قيمتها يوم قبضها لانه لو باعها او اعورت او نقصت ضمنها فله نماؤهاوعليه ونقصانها .

فان لم تفت السلعة فانهما يتحالفان ويتفاسخان واما اذا فاتت فان القول قول المبتاع قاله في تضمين الصناع من المدونة .

–وان اختلفا في قدر الاجل :قال ابن رشد :"اذا اختلفا في اجل الثمن واتفقا على عدده ففي ذلك سبعة اقوال ،المشهور عن ابن القاسم انهما يتحالفان ويتفاسخان ,وان قبض المبتاع سلعة مالم

تفت فان فاتت كا القول قول البائع اذا لم يقر بأجل, والقول قول المبتاع اذا تقررا على الاجل و اختلفا فيه .

واما اذا اختلفا في الرهن و الحميل فقال المازري :قول بعض اصحابنا كلما يؤدي إلى الاختلاف في الثمن فهو كالاختلاف فيه كاختلافهما في رهن و حميل ][1].

أما الإمام أبو حنيفة فيرى أن يبدأ بيمين المشتري لأنه منكسر (اليمين في جنيه أقوى)[2].

**المطلب الثاني :الاستثناء بسبب الإجماع**

**الفرع الأول :تعريف الإجماع لغة**

تعريف الإجماع لغة: يقرر الآمدي أن الإجماع يطلق في اللغة باعتبارين:

- الأول: العزم على الشيء والتصميم عليه.
- الثاني: الاتفاق على أمر من الأمور[3].

وما يدل على هذا قول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾ [4].

وقوله أيضا: ﴿فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ ايتُوا صَفًّا﴾[5].

قال الفراء: «الإجماع الإعداد والعزيمة على الأمر»[6].

1

[1]- ابن رشد,بداية المجتهد ونهاية المقتصد,بيروت ,لبنان ,دار المعرفة ,1402هـ/1982م,ج2,ص468-469.

2-انظر: البدائع، ج7، ص2247، 2248. وفتح القدير، ج5/ ص108.

[3]- انظر:الآمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج1، ص147.

[4]- سورة يونس، الآية: 71.

[5]- سورة طه، الآية: 64.

[6]- الفراء ،لسان العرب ، ج1، ص500.

وجاء في قول النبي – عليه الصلاة والسلام-: «لاصيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»[1].

**الفرع الثاني :تعريف الإجماع اصطلاحا**

**تعريف الإجماع إصطلاحًا:**

1- **تعريف الشنقيطي**: «هو اتفاق علماء العصر من أمة محمد – صلى الله عليه وسلم- على أمر من أمور الدين»[2].

2- **تعريف الآمدي**:«هو عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد – صلى الله عليه وسلم – في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع»[3].

3- **تعريف الأسنوي**:«الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد – صلى الله عليه وسلم- على حكم»[4].

**الفرع الثالث : مسائل تطبيقية عند المالكية عن الاستثناء بسبب الإجماع**

**مسائل تطبيقية عند المالكية:**

**المثال الأول**: من القواعد الفقهية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".

- **شرح القاعدة:**

**العبرة في اللغة**: الاعتداد بالشيء، وأصل مادة «ع، ب، ر» تفيد الانتقال، أو النفوذ والمضي في الشيء، وإليه ترد معاني الألفاظ المردودة إلى هذا الأصل»[5].

[1]- اخرجه النسائي في سننه:كتاب الصيام ، رقم (2336)

[2]- انظر: مدكرة في اصول الفقه ،محمد الامين الشنقيطي،الطبعة دار الاتقان الاسكندرية ،ص169 .

[3]- انظر: الآمدي ،الأحكام في أصول الأحكام ، ج1، ص148.

[4]- انظر:الاسنوي ، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ص451.

[5]- انظر: معجم مقاييس اللغة، ابن فارس،ج4، ص207.

العقود في اللغة: جمع عقد: وهو الربط والشد والاحكام والتوثيق والضمان، والجمع بين أطراف الشيء، وهُو نقيض الحل»[1].

أما في الاصطلاح: فمعناه إرتباط الإيجاب بالقبول بما يدل على الرضى كعقد البيع والنكاح والإجارة والسلم، أو هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا»[2].

أو هو الربط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي»[3].

**المقاصد:**

**تعريف المقاصد لغة:**

تعود كلمة "مقصد" إلى أصل (ق، ص، د)، ومعناها الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان أو جور. هذا أصله في الحقيقة وإن كان يخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل[4].

فالمقصد تجمع على مقاصد، وقصد في الأمر قصدا توسط وطلب الأسد، ولم يجاوز الحد، وهو على قصد أي رشد، وطريق قصد أي أسهل، وقصدت قصده أي نحوه[5].

**تعريف المقاصد اصطلاحا:**

ذهب الدكتور عبد الرحمان إلى أن الفعل "قصد" مشترك بين ثلاثة معان؛ بناءًا على اشتقاقاتها الثلاث، فهي تدل دلالات مختلفة يؤسس كل معنى منها لنظرية من النظريات الأصولية:

---

[1]- انظر: المصباح المنير ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،،احمد بن محمد بن علي، ج2، ص509-510.

[2]- انظر: الجرجاني ، التعريفات ، ص196.

[3]- انظر: الجرجاني ، التعريفات ، ص133.

[4]- انظر: ابن منظور ،لسان العرب ، ج7، ص355.

[5]- انظر، المصباح المنير،احمد بن محمد بن علي الفيومي، ج2، ص504.

**[أولاً**: "قصد" ضد الفعل (لغا، يلغوا) فاللغو: هو الخلو عن الفائدة، أو الدلالة، أما المقصد: فهو حصول الفائدة أو عقد الدلالة، واختص المقصد بهذا المعنى باسم "المقصود، فيقال: المقصود بالكلام، ويراد به مدلول الكلام، وجمعه المقصودات وهي المضامين الدلالية. وهذا هو المعنى المراد في هذه القاعدة.

**ثانيًا**: "قصد" ضد الفعل (سها يسهو) لما كان السهو هو فقد التوجه أو وقوع النسيان، فإن القصد يكون على خلاف ذلك هو حصول التوجه والخروج من النسيان، واختص المقصد بهذا المعنى باسم "القصد" وهو المضمون الشعوري أو الإرادي".

**ثالثًا**: "قصد" ضد الفعل (لها يلهو) لما كان اللهو هو الخلو عن الغرض الصحيح وفقد الباعث المشروع، فإن القصد يكون على العكس من ذلك هو حصول الغرض الصحيح وقيام الباعث المشروع، واختص المقصد بهذا المعنى باسم "الحكمة"، ومعناه هنا المضمون القيمي وانطلق عليه "المقاصد"**]**[1].

**المعاني**: جمع معنى، وهي ما يقصد بشيء، والمعاني: هي الصورة الذهنية من حيث أنه وضع بإزائها الألفاظ، والصورة الحاصلة في العقل[2].

**الألفاظ**: جمع لفظ ومعناه : الرمي

**أما معناها اصطلاحا**: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان، بقصد التعبير عن ضميره[3].

---

[1]- انظر: تجديد المنهج في تقويم التراث، الدار البيضاء،طه عبد الرحمن، المركز الثقافي العربي، ط2 ، ص98.

[2]- انظر:التعريفات ،الجرجاني،ص196.

[3]- انظر:درر الحكام ،علي حيدر خواجه امين افندي،،ج1،ص18.

4-انظر :المفصل في القواعد الفقهية،يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،ص191.

**المباني معناها اصطلاحا:** المراد بها الأوعية المحسوسة للمعاني، وهي بمعنى الألفاظ،او مرادفة لها في استعمالها هنا،في هذا الموضع فقط لا في كل الأوضاع[1].

**المعنى الإجمالي:**

هذه القاعدة هي فرع عن القاعدة الكبرى "الأمور بمقاصدها". قال العلامة علي حيدر في شرح (المجلة): يفهم من هذه المادة: أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، واما الألفاظ إلا قوالب للمعاني[2].

ولمعرفة المقاصد لابد من الاستعانة بالقرائن اللفظية التي توجد في كل عقد، وأخذ بعين الاعتبار لغة الإنسان وعرفه، ولهذا صرح الفقهاء بحمل كلام الإنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت تلك الألفاظ لغة الشرع وعرفه[3].

قال ابن رشد في هذا الصدد: «الحالف إنما يحنث بالمعنى الذي حلف عليه لا بمجرد الألفاظ إذا خالفت المعاني، لأن الحكم إنما هو للمقصود بالقلب لا لمجرد اللفظ المنطوق به، ألا ترى أن المعنى الواحد المقصود إليه بالقلب يعبر عنه بألفاظ كثيرة مختلفة ولغات شتى متفرقة فلا يتغير معناه عند السامع له بهذه الألفاظ المختلفة واللغات المتفرقة باختلاف العبارات عنه»[4].

---

1-انظر :المفصل في القواعد الفقهية،يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،ص191.

2- انظر: درر الحكام ،علي حيدر ،ج1،ص18.

3- انظر: موسوعة القواعد و الضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الاسلامي،د علي احمد الندوي ج1، ص521.

4- انظر :ابن رشد ، البيان والتحصيل ، ج6، ص128.

ولكي يتضح الأمر أكثر أعطى مصطفى الزرقا مثالاً عند شرحه لهذه القاعدة فقال: «ومن هذا القسم ما ذكروه من انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف، كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء وكذا انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر»[1].

**– مستثنيات هذه القاعدة:**

ويستثنى من هذه القاعدة عقود نكاح وطلاق ورجعية الهازل.

واستدلوا بحديث أبي هريرة – رضي الله عنه– قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وَهَزلُهُنَّ جِدٌّ :النِّكاحُ، والطَّلاقُ، والرَّجعةُ»[2].

ووجه استدلالهم به: أن النبي – عليه الصلاة والسلام– سوى بين الجد والهزل في وقوع هذه التصرفات الثلاثة، فصار الهزل ملحقا بالجد فيها، ولا اعتبار بالنية أو الحالة في هذه الأمور[3].

فهذا الاستثناء مجمع عليه بين العلماء.

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن جد الطلاق وهزله سواء»[4].

---

[1]– انظر: مصطفى الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص55– 56.

[2]– هذا الحديث روي بألفاظ متعددة عن عدد من الصحابة عن أبي هريرة، وعبادة ابن الصامت وأبي در، وفضالة بن عبيد، أما حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود: (سنن أبي داود: 259/2). والترمذي: (سنن الترمذي: 490/3)، وابن ماجة:( 658/1)، ومحمد بن الحسن الشيباني:( الحجة: 203/3)، والطحاوي:( شرح معاني الآثار، 98/3)، والدارقطني:(سنن الدارقطني: 256/3–257)، الحاكم:( المستدرك، 216/2)، البيهقي:( السنن الكبرى: 340/7)، أخرجوه من طرق عن عبد الرحمان بن حبيب بن اردك عن عطاء بن أبي رباح، عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة.

[3]– انظر: الكساني ،بدائع الصنائع ، ج 5، ص176.

[4]– انظر:ابن المنذر ، الاجماع ، ص44.

وهذا الحكم مروي عن الصحابة والتابعين، وما يؤكد هذا قول الترمذي – رحمه الله-: «والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي – عليه الصلاة والسلام-»[1].

قول الجصاص: «وذلك بعد أن نقل عن ابن مسعود أن جد النكاح والطلاق وهزلهما سواء قال: «وروى ذلك عن جماعة من التابعين، ولا نعلم فيه خلافا بين فقهاء الأمصار»[2].

قول الخطابي: «اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى على لسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به ولا ينفعه أن يقول: كنت لاعبا أو هازلا أو لم أنوه طلاقا»[3].

وفي هذه المسألة نختم بقول ابن رشد: «... من رأى أن الطلاق يلزم بمجرد القول دون نية وهو قائم من المدونة إلا أنه بعيد في المعنى (وصحح خلافه أو يقول ولو هزلا في الظاهر لا الباطن) ابن شاس: في صحتها بمجرد القول من غير نية قولان مبنيان على صحة نكاح الهزل، وهذا أولى بالصحة»[4].

**المثال الثاني:** من القواعد الفقهية قاعدة: "العصيان ينافي الترخيص" أو "الرخص لا تناط بالمعاصي"[5].

**المثال الثاني: من القواعد الفقهية قاعدة: "العصيان ينافي الترخيص" او "الترخص لا تناط بالمعاصي"**

**شرح القاعدة:**

[1]- انظر: الترمذي ، السنن ، ج3، ص490.

[2]- انظر: الجصاص ، الأحكام القرآن ، ج2، ص99.

[3]- انظر:الخطابي ، أحكام السنن، ج3 ، ص118 - 119.

[4]- انظر: الخطابي ، معالم السنن ، ج3 ، 118- 119.

[5]- انظر: خليل بن اسحاق بن موسى ،ضياء الدين الجندي المالكي المصري،مختصر خليل، ج ، ص405.

تعريف الرخصة لغة: بإسكان الخاء وضمها، مشتقة من الرخص وهو اليسر والسهولة واللين يقال: "رخص لنا الشارع في كذا ترخيصا" و"ارخص أرخاصا": إذا يسره وسهله[1].

ويقال: "رخص البدن رخاصة ورخوصة" إذا نَعُم ولان ملمسه، "قضيب رخص" أي: طري و لين. فالرخصة عبارة عن السهولة واليسر والنعومة واللين[1].

وأما الرُّخصة بفتح الخاء، فتطلق على الشخص المكثر من الأخذ بها مثل: طُلقة وضُحكة وهُمزة ولمزة (بضم وفتح) وهي صيغة تدل على كثرة صدور الفعل الذي اشتق منه كثرة تنبئك بأنه صار عادة لصاحبه[2].

**تعريفها اصطلاحا:**

عرف الأصوليين الرخصة بتعريفات متعددة من أهمها مايلي:

1- تعريف فخر الإسلام البزدوي: "الرخصة اسم لما بني على اعذار العباد وهو: ما يستباح بعذر مع قيام المحرم"[3].

2- تعريف ابن الحاجب: "الرخصة: المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر"[4].

3- تعريف القرافي: "الرخصة ... هي جواز الإقدام على الفعل مع اشتهار المانع منه شرعا"[5].

وبهذا نستخلص من التعريفات السابقة مايلي:

---

[1]- انظر: الفيومي و الحموي أبو العباس ،المصباح المنير، ص85، الصحاح للجوهري، ج1041/3، ابن منظور ،لسان العرب ، ج8، ص1306، مجد الدين ابو طاهر محمد،القاموس المحيط، ج2، ص314.

[2]- اتظر: فيروز آبادي ،القاموس المحيط، ج2، ص314، المصباح المنير، ص85.

[3]- انظر: ،عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي ،أصول البزدوي،دار الكتب الاسلامي ، ص136، السمرقندي ،ميزان الأصول ، ص60.

[4]- انظر: الاصفهاني ،مختصر الحاجب مع بيان المختصر ، ج1،ص410، وانظر: الغزالي ،المستصفى، ج1، ص98.

[5]- انظر:القرافي ، الذخيرة، ج1، ص176.

أولاً: الرخصة لابد لها من دليل يدل عليها.

ثانيًا: وجود الأعذار الطارئة على المكلف.

ثالثًا: الرخصة ليست هي أحكام أصلية بل هي أحكام وضعها الشارع للتخفيف على المكلف.

**تعريف المناط لغة:** المناط من الفعل ناط ينوط نوطا، والجمع أنواط، و هو يدل على معنى واحد، وهو تعليق شيء بشيء[1].

ومنه النياط: وهو عرق غليظ متصلب القلب من الوثين، إذا قطع ما تصاحبه، ومنه أنواط: وهي اسم شجرة بعينها كان المشركون ينوطون بها أسلاحهم ويعكفون حولها[2].

**معناها اصطلاحا:** يطلق الأصوليون مصطلح المناط ويعنون بها العلة التي هي ركن من أركان القياس ،وهي التي يعلقون عليها الحكم.

قال ابن دقيق العيد: «وتعبيره معن العلة بالمناط من باب المجاز اللغوي، لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره، فهو من باب تشبيها لمعقول بالمحسوس، وصار ذلك في اصطلاح الفقهاء بحيث لا يفهم عند الإطلاق غيره»[3].

**تعريف المعاصي لغة:**

المعصية في اللغة خلاف الطاعة يقال: عصى العبد ربه: إذا خالف أمره، وعصى فلان أميره يعصيه عصيا وعصيانا ومعصية إذا لم يطعه فهو عاص وعصيّ"[1].

[1]- انظر: ابن منظور ،لسان العرب ، ج7، ص418.

[2]- انظر:ابن منظور ، لسان العرب ، ج7، ص418، وانظر: علي الفيومي ،المصباح المنير، ص241.

[3]- انظر: الزركشي ،البحر المحيط ، ج5، ص255.

[3]- انظر: ابن منظور ،لسان العرب.

قال أبو عبيد: "وأصل العصا الاجتماع والائتلاف، ومنه قيل للخوارج: قد شقوا عصا المسلمين: أي فرقوا جماعاتهم"[2].

**تعريف المعاصي اصطلاحا:**

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله-: «المعصية هي مخالفة الأمر الشرعي، فمن خالف أمر الله الذي أرسل به رسله، وأنزل به كتبه فقد عصى»[3].

وعرفها حاد المصلح: "بأنها ترك المأمورات وفعل المحظورات أو ترك ما أوجب وفرض من كتابه أو على لسان رسوله – صلى الله عليه وسلم- من الأقوال والأعمال الظاهرة أو الباطنة"[4].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

فالله سبحانه وتعالى شرع الرخصة تخفيفا وتيسيرا منه على عباده عند وجود مشقة غير عادية، فليس للعبد أن يترخص لكي يفعل المعصية لأن الرخصة لا تتعلق بالمعصية، فقصد الشارع من المعصية إزالتها.

**– من بين مستثنيات هذه القاعدة:**

**استثناء مسألة أكل الميتة للعاصي بسفره:**

اختلفت الروايات في مذهب الإمام مالك عن حكم أكل الميتة للمسافر سفر المعصية على ثلاثة أقول هي:

---

1

[2]- انظر: الأزهري ،تهذيب اللغة ، ج3-ص77.

[3]- انظر: ابن تيمية ،مجموع الفتاوى ، ج8، ص269.

[4]- انظر: حامد المصلح ،المعاصي ، ص30.

- **القول الأول**: عدم جواز أكل الميتة للعاصي بسفره، وهذا قول الإمام ابن العربي – رحمه الله– إذ يقول: «لا يستبيح العاصي بسفره رخص السفر، لأن الله تعالى أباح ذلك عونا، والعاصي لا يحل أن يعان، فإذا أراد الأكل فليتب ويأكل... والمسافر لقطع الطريق والمحاربة أو قطع رحم أو طالب إثم: باغ ومعتد، والله يقول: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [سورة البقرة: 173] فلم توجد شروط الإباحة، فمن أباح ذلك فهو مخطئ قطعا»[1].
- وذهب إلى هذا الرأي الإمام الشاطبي – رحمه الله– بقوله في هذا الصدد: «إن المولع بمعصية من المعاصي، لا رخصة له البتة، لأن الرخصة هنا هي عين مخالفة الشرع»[2].
- وما يؤكد هدا ما نقل الإمام ابن رشد عن الإمام مالك بعدم الجواز إذ يقول: «لا يحل للمضطر أكل الميتة إذا كان عاصيا بسفره لقوله تعالى: «غير باغ ولا عاد» والمسافر لقطع الطريق، أو قطع رحم أو طالب إثم: باغ ومعتد»[3].
- وما يؤكد هذا أيضا قول الإمام ابن حبيب: «لا يحل له أكل الميتة إلا من ضرورة ... وذلك بأن يتوب ثم يتناول الميتة، وقد تعلق ابن حبيب في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [سورة الأنعام: 145] فالشرط أن لا يكون باغيا، والمسافر على وجه الحرابة، أو قطع رحم أو طالب إثم باغ ومتعد، فلم يوجد فيه شرط الإباحة".
- وما نقل عن الإمام ابن حبيب أن هذا القول هو الرأي المشهور للإمام مالك إذ يقول: «وأما في الحواضر فلا يجوز له، والسفر في ذلك لا يخلوا أن يكون سفرا مباحا أو مكروها أو محظور، فأما "المباح" فهو الذي يجوز لنا أن نرخص في أكل الميتة فيه، وأما "المحرم" فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز له ذلك، ففرق بينه وبين القصر في سفر المعصية".

[1]– انظر:ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج1 ، ص58.

[2]– انظر: الشاطبي ، الموافقات ، ج1، ص337.

[3]– انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ج1، ص462.

- **القول الثاني:** وهو جواز أكل الميتة للعاصي بسفره وهذا قول زياد بن عبد الرحمان الأندلسي إذ يرى جواز أكل الميتة ذلك أن العاصي بسفره يجوز له أن يقصر الصلاة و يفطر في رمضان، إذ لا خلاف أنه لا يجوز له قتل نفسه بالإمساك عن الأكل، وأنه مأمور بالأكل على وجه الوجوب ... ومن كان في سفر معصية لا تسقط عنه الفروض والواجبات من الصيام والصلاة، بل يلزمه الإتيان بها، فكذلك ما ذكرناه»[1].

ورد الإمام القرطبي على الإمام ابن العربي بقوله: «قلت والصحيح خلاف هذا، فإن إتلاف المرء نفسه في سفر المعصية أشد معصية مما هو فيه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾[سورة النساء: 29] وهذا عام، ولعله يتوب في ثاني حال فتمحوا التوبة عنه ما كان»[2].

قال مسروق: "من اضطر إلى أكل الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل حتى مات دخل النار، إلا أن يعفو الله عنه".

قال أبو الحسن الطبري المعروف بالكيا: «وليس أكل الميتة عند الضرورة رخصة بل هو عزيمة واجبة ولو امتنع عن أكل الميتة كان عاصيا، وليس تناول الميتة من رخص السفر أو متعلقا بالسفر بل هو من نتائج الضرورة سفرًا كان أو حضرا، وهو كالإفطار للعاصي المقيم إذا كان مريضا، وكالتيمم للعاصي المسافر عند عدم الماء قال: وهو الصحيح عندنا، أي عند المالكية[3].

**المثال الثالث:من القواعد الفقهية قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"**

**شرح القاعدة:**

[1]- الإمام مالك،المسالك في شرح موطأ،كتاب الصيد، باب ما جاء في من يضطر إلى الميتة،ص233،القرطبي،تفسير القرطبي،ج2،ص233.

[2]- انظر:القرطبي، تفسير القرطبي، ج2، ص233.

[3]- انظر: القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ص 137/136 .

**الضرورات معناها لغة:** هي جمع ضرورة، والضرورة اسم لمصدر الاضطرار،ومعناها:الاحتياج إلى الشيء،يقال :اضطره إلى كذا، أي احوجه إليه، وألجأه فاضطر[1].يقول ابن منظور: من اضطر إلى الشيء أي: ألجأ إليه[2].

و الضرورة لها معنى الحاجة ،يقال رجل ذو ضرورة أي:حاجة [3] ولها معنى المشقة أيضا[4] .

ومعناها أيضًا الضيق كما صرح بذلك الإمام فخر الدين الرازي بقوله: «الضرورات جمع ضرورة وأصلها من الضرر وهو الضيق»[5].

**معناها اصطلاحا:**

**عرفها الشيخ الدردير** :من المالكية بقوله : "الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا"[6].

**تعرف السيوطي**: هو "بلوغ المكلف حدا ان لم يفعل الممنوع هلك أو قارب "[7]

---

1-انظر:د حسن سيد خطاب ،مجلة الاصولة النوازل،قاعدة[الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي]،ص153.

2-انظر:ابن منظور،لسان العرب ،ص482

3-محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط،باب الراء،فصل الضاء،مادة(ضر)،ج1،ص550.

4-انظر :د حسن سيد خطاب ،مجلة الاصولة النوازل،قاعدة[الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي]،ص154

5-انظر: فخر الدين الرازي ، المفاتيح الغيب ، ج2، ص82.

6-انظر:حاشية الصاوي على الشرح الصغير ،ج2،ص138.

7-السيوطي ،الاشباه و النظائر،،ص172.

**تبيح معناها لغة:**

قال ابن منظور :"ابحتك الشيء احللته لك واباح الشيء اطلقه والمباح خلاف المحظور"[1].

**معناها اصطلاحا:**" خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين تخييرا من غير بدل"[2]

وعرفت بأنها: "التخيير بين الفعل و الترك "[3] .

و المراد بالإباحة في القاعدة رفع الإثم و المؤاخدة الأخروية عند الله تعالى،وقد ينضم إلى ذلك إمتناع العقوبة الجنائية كما في حالة الدفاع الشرعي ،بشرط الا يتعلق بالمحظور حق مالي للعبد ،سواء كان حقا ماليا أو غيره [4].

**المحظورات:**

**معناها لغة:** هو الحبس ،الحجر ، الحيازة والمنع وهو خلاف الإباحة،و المحظور هو الممنوع .

قال الزبيدي:"حظر الشيء يحظره حظرا و حظارا حظر عليه:منعه،وحظر عليه حظرا:حجر و منع.وكل ما حال بينك و بين شيء فقد حظره عليك"[5].

قال ابن منظور الحظر المنع[6] .

1-انظر :ابن منظور ،لسان العرب،ج2،ص416.

2-انظر :الأمدي ،الإحكام في أصول الأحكام ،ج1،ص137،الرازي ،المحصول ،ج1،ص107،

3-انظر :البيضاوي ،الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول،دار الكتب العلمية بيروت ،1404هـ،ج1،ص52.

4-السيوطي ،الأشباه و النظائر،ص172،البورنو،موسوعة القواعد الفقهية،ص253/252.

5-الزبيدي ،تاج العروس،مادة (حظر)،ج1،ص2708.

6-ابن منظور،لسان العرب،مادة (حظر)،ج4،ص202.

**معناها اصطلاحا:**

"المحظور:هو ما يتاب بتركه و يعاقب على فعله " [1].

وعرفه الآمدي بقوله :"ما يكون فعله سببا للذم بوجه ما من حيث هو فعل له"[2].

أن الضرورة تنقل الحكم من حالة الحظر (المنع، التحريم) إلى حالة الإباحة (الجواز) وتخرجه من إطار الأحكام العامة المقررة، وتجعله معفوا عنه لا مؤاخذة فيه بمقتضى الضرورة.

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

أباح الشرع المحرمات والممنوعات في حالة الضرورة وذلك بقدر ما تندفع تلك الضرورة فقط ولهذا فهذه القاعدة مقيدة بقاعدة أخرى وهي "الضرورة تقدر بقدرها"، ولهذا فالضرورة تعتبر من أعلى أنواع الحرج وأشدها وأكثرها أهمية من الحاجة وأكبر خطرا ،والأخذ بالضرورة لها قيود و ضوابط وقد فصل العلماء و الأئمة في هذا الموضوع.

ولهذا فالقاعدة تفيد أن الممنوع شرعا لا يباح عند الضرورة إلا بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحظور ،أي لا تقل الضرورة عن المحظور ومن ثم لا يجوز للمكلف الإقدام على فعل المحظور مادامت الضرورة أقل من المحظور .فهذا القيد مهم للقاعدة ،و لا تستعمل بدونه و يجب مراعاته عند العمل بها[3].

فالضرورة لا تبيح المحظور إلا إذا كانت ضرورة حقيقية ،فليس المراد مطلق الضرورة ،وانما الضرورة الشرعية وقد فصل العلماء في ضوابط وشروط الأخذ بهذه القاعدة .

---

1-الجرجاني ،التعريفات ،ص120.

2- الآمدي،الإحكام في أصول الأحكام،ج1،ص156.

3- حسن السيد خطاب ،مجلة الأصول و النوازل،قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ،ص165/166.

**من تطبيقات هذه القاعدة:**

1- جواز نظر الطبيب إلى عورة المريض بقدر الحاجة[1].

2- جواز أكل مال الغير عند المخمصة[2].

يقول الندوي: «ضرورة أخرى تقتضي المزيد كالمجاعة العامة المبيحة للشخص ما يشبعه ويشبع عياله...»[3].

وما يؤكد هذا ما روى عن ابن عمر – رضي الله عنه- أن النبي – عليه الصلاة والسلام- قال: «مَنْ دَخَلَ حَائِطًا فَلْيَأْكُلْ وَلا يَتَّخِذْ خبْنَةً»[4] رواه الترمذي و ابن ماجة.

وقد جعل بعض العلماء هذا الحديث والأحاديث الأخرى التي تدل على نفس المعنى مخصصات لحديث: «ليس في المال حق سوى الزكاة»[5]. فالعلماء أباحوا الحمل أو الأكل من المجني المجموع في حالة الضرورة[6].

**يستثنى من قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات":**

**– الإكراه على قتل المسلم:** فمن المعلوم أن المقياس الحقيقي لإباحة الإقدام على المحرمات أو عدم إباحتها في حالة الاضطرار يرجع إلى الموازنة والترجيح بين الأخذ بأحكام الضرورة وعدم الأخذ بها، والعبرة بالغالب، فحيث غلب ضرر الأخذ بالضرورة كان عدم الأخذ بها أولى، وحيث غلب ضرر عدم الأخذ بالضرورة كان الأخذ بها أوكد وأرجح.

---

1- انظر: المفصل في القواعد الفقهية،ص252.

2- انظر:المفصل في القواعد الفقهية ،ص251.

3-

4-انظر:الامام بن علي الشوكاني ،نيل الاوطار 154/8.

5-انظر: الحديث ضعيف رواه ابن ماجة عن فاطمة بنت قيس ،الجامع الصغير،ج2،ص137

6-انظر:

ولما كان الإكراه سببا من أسباب الضرورة، أو هو نوع منها، فقد نصت الشريعة على عدم إباحة بعض المحظورات عند الإكراه، لغلبة ضررها وكونها في أعلى مراتب الحظر وذلك كالكفر والقتل والزنا.

والذي نريد التفصيل فيه هو الإكراه على القتل، فقد اتفق العلماء على حرمة قتل النفس، لأن النفوس في مرتبة واحدة في تقدير الشرع، بل لأنه يعد قاتلا وآثما بالإقدام على ذلك. قال القرطبي – رحمه الله–: «أجمع أهل العلم على أن من أُكره على قتل غيره لا يجوز له الإقدام على قتله ولا انتهاك حرمته بجلد أو غيره، ويصبر على البلاء الذي نزل به، ولا يحل له أن يفدي نفسه بغيره»[1].

والأدلة التي استندوا إليها في تقرير هذا الإجماع هي:

**أولاً**: قوله تعالى: ﴿وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ﴾[سورة الإسراء: 33]. ووجه الاستدلال أن قتل المسلم بغير حق محرم لا يحتمل الإباحة بحال، والإقدام على القتل بفعل الإكراه ليس بحق .

**ثانيًا**: أن صبر المستكره على أن يُقتل أقل مفسدة من إقدامه على قتل غيره، يقول العز بن عبد السلام: «إذا أُكره على قتل مسلم بحيث لو امتنع منه قتل فيلزمه أن يدرأ مفسدة القتل بالصبر على القتل لأن صبره على القتل أقل مفسدة من إقدامه عليه، وإن قدر على دفع المكروه بسبب من الأسباب لزمه ذلك لقدرته على درء المفسدة، وإنما قدم درء القتل بالصبر لإجماع العلماء على تحريم القتل واختلافهم في الاستسلام للقتل، فوجب تقديم درء المفسدة المجمع على وجوب درئها على درء المفسدة المختلف في وجوب درئها[2].

[1]– انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج10، ص151/150.

[2]– انظر: العز بن عبد السلام،قواعد الاحكام، ج1، ص65.

**ثالثًا:** استواء الحرمتين في استحقاق الصيانة عند خوف التلف، يقول صاحب كشف الأسرار : «إن دليل ثبوت الرخصة في الإقدام على المحرم خوف التلف، فإذا خاف تلف النفس أو العضو جاز له الترخص بالمحرم صيانة للنفس أو العضو عند التلف، والمستكره والمكره عليه في استحقاق الصيانة عند خوف التلف سواء، فلا يكون له أن يبذل نفس غيره لصيانة نفسه، فسقط المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض، أي صار الإكراه في حكم العدم في حق إباحة قتل المقصود بالقتل والترخص به لتعارض الحرمتين، فإن قتله فكأنما قتله بلا إكراه فيحرم»[1].

**المطلب الثالث :الاستثناء بسبب القياس**

**الفرع الاول :تعريف القياس لغة :**

قال ابن فارس (ت: 395هـ): «القاف والواو والسين أصل واحد يدل على تقدير شيء بشيء ثم يصرف فتقلب واوه ياء، والمعنى في جميعه واحد، ومنه القياس وهو تقدير الشيء بالشيء»[2].

**الفرع الثاني : تعريف القياس اصطلاحا :**

اختلف العلماء في تعريفه على أمرين هما:

**الأمر الأول:** هل يمكن أن يحد القياس بحد أم لا؟

**الأمر الثاني:** هل القياس من فعل المجتهد أم أنه دليل مستقل؟

ومن هذا المنطلق نورد بعض تعريفات العلماء لهذا الدليل:

[1]– انظر: لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الاسرار،ج4، ص397.

[2]– انظر:ابن فارس أبو الحسن أحمد بن زكريا القزويني الرازي،معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د م، د ط، 1399هـ/1979م، باب القاف والواو وما يمثلها، مادة (ق و س)، ج3، ص697.

1- تعريف السبكي: "هو إثبات حكم معلوم لمعلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت"[1].

2- تعريف الزركشي: "هو مساواة فرع لأصل في علة الحكم أو زيادته عليه في المعنى المعتبر في الحكم"[2].

وهناك تعريفات أخرى لا تخلوا من مناقشات وردود مطولة، لكن التعريف الذي نرجحه بحكم أنه يجمع مفردات المعرف، ويمنع من دخول غيره فيه هو تعريف الإمام أبي بكر الباقلاني (ت: 403هـ) الذي نقله عنه إمام الحرمين الجويني (ت: 478هـ) واختاره الغزالي (ت: 505هـ)[3] فقال: «هو حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر يجمع بينهما من إثبات حكم أو صفة او نفيهما»[4].

**الفرع الثالث: مسائل تطبيقية عن الاستثناء بسبب القياس :**

**المثال الأول: من القواعد الفقهية قاعدة: "الميسور لا يسقط بالمعسور"**

قبل التطرق لشرح هذه القاعدة لابد من الإشارة إلى أن هذه القاعدة لا توجد في قواعد مجلة الأحكام العدلية، وإنما ورد ذكرها في بعض كتب القواعد[5].

---

[1]- انظر: السبكي ،الابهاج للسبكي، ج3، ص3.

[2]- انظر: الزركشي،البحر المحيط، ج5، ص7.

[3]-انظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،تح: عبد الله محمود محمد، المستصفى من علم الأصول ،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2008م، ص436.

[4]-انظر: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني،البرهان في اصول الفقه، تح: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، المملكةالعربية السعودية، ط1،/ 1424هـ/2003م، ج2، ص5.

[5]- انظر: ذكر هذه القعدة أبي عبد الله بدر الدين محمد، المعروف بالزركشي،في كتابه المنثور في القواعد، تح: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص122.

**شرح القاعدة:**

الميسور معناه لغة: ضد المعسور، وقد يسره الله لليسرى، أي وفقه لها ومنه قوله تعالى: ﴿فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْيُسْرَىٰ﴾[1]،والميسور: ما يسر وتيسر له[2].

لا: نافية غير عاملة، ويتخلص المضارع بها في مثل هذه الحال للاستقبال.

يسقط: من سقط يسقط سقوطا، فهو ساقط، وسقط: وقع، وتساقط الشيء: تتابع سقوطه ووقوعه، وأسقطت الناقة وغيرها: إذا ألقت ولدها، وسقط عنك الحر : أقلع[4].

المعسور: من العسر ضد اليسر وهو الضيق والشدة والصعوبة[5].

**المعنى الاجمالي للقاعدة:" الميسور لا يسقط بالمعسور"**

قد يحدث للمكلف حالات لا تمكنه من القيام بالتكاليف الشرعية ومن رحمة الله تعالى بعباده أن الله تعالى رفع عنا الحرج والمشقة وشرّع لنا الرخص،فإن عجز المكلف عن الإتيان بما أمره الله به على أكمل وجه فله فعل البعض المقدور عليه، ولا يترك ذلك بترك الكل الذي يشق فعله ،وهذه القاعدة هي فرع لقاعدة "المشقة تجلب التيسير" وهذا ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية لا تكلف العباد ما لا طاقة لهم به ،ولابد من الإشارة إلى أن قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور" يعمل بها في نطاق المأمورات.

ولتوضيح الأمر أكثر لابد من ذكر مثال على ذلك:

---

[1]- سورة الليل، الآية 07.

[3]- انظر: لسان العرب، المحيط لابن منظور، إعداد يوسف خياط، مادة يسر، ج3، ص1010.

[4]- ابن منظور ،لسان العرب،مادة "سقط"،ج2،ص163.

[5]-ينظر:ابن منظور ،لسان العرب،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،لبان،1419هـ,ط3,ج9,ص201

قد يحدث للإنسان العجز عن القيام في الصلاة، ففي هذه الحالة لا تسقط عنه تكبيرة الإحرام ولا قراءة الفاتحة ،ولا كل أجزاء الصلاة، وإنما يسقط عنه ما عسر وهو القيام، فالمعسور وهو القيام لا يُسقط به ما تيسر للمصلي أن يأتي به من أفعال الصلاة، "كما أن الأمر المتيسر كله لا يسقط بسبب تعسر غيره أو بعضه".

**المثال الثاني: من القواعد الفقهية قاعدة "العادة محكمة"**

**شرح هذه القاعدة:**

**معنى العادة لغة:** من العود وهو تثنية الأمر، والعادة والديدن يعاد إليه وجمعها: عادٌ، وعادات، وتعود الشيء، وعاده وعاوده معاودة وعوادا واعتاده أي: صار عادة له[1].

إذن: فالعادة تقتضي تكرار الشيء تكرارًا كثيرًا، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد الأخرى.

وجاء أيضًا في معجم مقاييس اللغة أن العادة معناها:" الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية، ويقال للمواظب على الشيء: المعاود ..."[2].

**معنى العادة اصطلاحا:** عرف العلماء العادة بتعريفات كثيرة لا تسلم من النقد، لكن التعريف الذي تختاره ما نقله ابن نجيم (ت: 970هـ) عن الهندي في شرح المغني، فهذا التعريف كاشفا لمدلول العادة في الإصطلاح: "فالعادة هي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"[3].

[1]- انظر:ابن منظور ، لسان العرب، مادة عود، ج3، ص315.

[2]- انظر: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص183.

[3]- انظر:ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93.

**معنى محكمة لغة:** "اسم مفعول من الحكم والتحكيم وهو بمعنى الفصل والقضاء والالزام، الحكم بالضم القضاء يجمع على أحكام، وقد حكم عليه بالأمر حكما وحكومة، والحاكم منفذ الحكم"[1]. فهو يمنع من الظلم، "وسميت حكمة اللجام؛ لأنها ترد الدابة، وحكم بينهم بحكم: إذا قضى"[2].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

فالشارع الحكيم جعل العادة بالحكمة لتصرفات المكلفين فأثبتت بها الأحكام الشرعية، وهذا إذا لم تخالف نصا شرعيا، فالعادات السليمة يرجع إليها لاستنباط الأحكام الشرعية عند التنازع والخلاف.

**ويستثنى من القاعدة الفقهية "العادة محكمة" : بيع المعاطاة:**

**تعريف بيع المعاطاة:** مأخوذ من قولهم: أعطى الشيء يعطيه إعطاء"، فهذا النوع من البيع يقوم على الأفعال دون أن يحصل بين البائع والمشتري الإيجاب ولا القبول "المعاطات: مثل أن يقول أعطيني بهذا الدينار خبزًا فيعطيه ما يرضيه ..."[3].

فالأصل أن بيع المعاطاة غير جائز لأن من شروط البيع الرضا، فالفقهاء يحكمون بالصحة على العقود إذا توافرت فيها الشروط الشرعية ولبها "الإيجاب والقبول" مع بقية الشروط الأخرى.

إن الناظر لطبيعة العقود في الإسلام يرى أن أهم ركائزها التي يبنى عليها، بل لا يمكن تصور العقد بدونها:

[1]- انظر: القاموس المحيط، ج1415/1. ومختار الصحاح، ص167.
[2]- انظر:ابن منظور، لسان العرب، مادة حكم، ج12، ص140.
[3]- انظر: ابن قدامة،المغني، ج3، ص561.

**مبدأ الرضا:** أو ما يعرف عنه الفقهاء "بالإيجاب والقبول" مع بعض الشروط الأخرى كما ذكرنا سابقا، فهناك شروط لصحة العقد، وأخرى لنفاذه على حسب طبيعة العقود من عقود اجتماعية كعقد الزواج، أو عقود معاملات: كعقد البيع والإجارة، والمرابحة وغيرها من عقود المعاملات.فالجمهور جعلوا اركان العقد ثلاثة وهي:العاقدن والمحل والصيغة، أما الأحناف فيرون أن للعقد ركنا واحدًا وهو "الصيغة" أما العاقدان والمحل فتوابع للصيغة لا من أركانه[1].

وبناءًا على هذا فقد عرف الإمام الزركشي العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما"[2].

ولابد من الإشارة هنا إلى أنه وقع خلاف بين الجمهور والحنفية في تعريف "الإيجاب والقبول" فالحنفية يعتبرون أن من صدر منه الكلام أولاً في الطالب فهو: الإيجاب، ومن صدر منه الكلام ثانيًا بالموافقة فهو: القبول. أما الجمهور فيرون أن الإيجاب يصدر ممن يملك التمليك، والقبول ممن يصير له الملك، بعيدا عن أسبقية صدور الكلام[3].

فالشارع الحكيم اشترط الرضا في العقود المالية استنادًا إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء: 29]

ولكن لابد من قراءة الواقع بشيء من التفصيل لكي يتبين لنا حكم هذه المسألة، فما دامت هذه المسألة ليس فيها ما يفسد العقد، إذ الأصل في العقود الإباحة، ولأن العقود جزء من المعاملات، فالمعاملات بناءها وأساسها مصالح العباد، وتلك المصالح متنوعة ومتغيرة عبر الأزمنة والبيئات ومن ذلك فإن بيع المعاطاة يندرج تحت عموم النصوص الدالة على حل البيع، لأن المقصود من الصيغة هو التحقق من حصول التراضي المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿إِلا أَنْ

[1]- انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني، مغني المحتاج ،ج5، ص2-7 ،الدردير في الشرح الصغير ، 2/3.
[2]- انظر: الزركشي ،المنثور، ج2، ص397.
[3]- انظر: ابن قدامة،المغني، ج3، ص561.

تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء: 29]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»[1].

وفي بيع المعاطاة تحقق التراضي بالعرف، فإن من عرض السلعة وكتب فوقها ثمنها ووضعها في جهاز البيع الآلي مثلا، وعرف المشتري كيف يحصل على هذا السلعة إذا دفع الثمن؛ وبهذا يكون قد أعرب يقينا عن رضاه بهذه التدابير. ولا شك أن العوائد والأعراف مصدرًا من مصادر التشريع؛ وهذا هو وجه الشاهد في هذه المسألة ولابد من إضافة دليل الوقوع لإثبات حجية هذا البيع:

قال ابن قدامى في هذا الصدد: «ولم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم- ولا عن الصحابة مع كثرة الوقوع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله لأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول(أي في حالة التعاطي) لبينه – صلى الله عليه وسلم- ولم يخف حكمه، لأنه يفضي إلى العقود الفاسدة وأكلهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك عن النبي – صلى الله عليه وسلم- ولا عن أصحابه فيما علمنا، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره فكان ذلك إجماعا ... ولأن الإيجاب والقبول إنما يردان للدلالة على التراضي، فإن وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه»[2].

ولتبيين قول مالك في هذه المسألة نورد قول الإمام النووي – رحمه الله- قال: «واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعطاة فيما يعد بيعا وقال مالك :كل ما عده الناس بياعا فهو

[1]- انظر:أخرجه مسلم 5/510)و أبو داود(3459)و النسائي (2/212)و الترمذي (1/235)و ابن الحبان (307).

[2]- انظر: ابن القدامى،المغني، ج3،ص562.

2- انظر:النووي ،المجموع، ج9،ص191.

بيع، وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحا وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع صاحب الشامل والمتولي والبغوي. قال المتولي: "وهذا هو المختار للفتوى وكذا قاله آخرون"[2]

– وقد قاس العلماء بيع المعاطاة على الحرز والقبض وإحياء الموات لأن جميعها يرجع فيه إلى العرف.».

# المبحث الخامس

# أسباب الاستثناء من الأدلة المختلف فيها

## المبحث الخامس :أسباب الاستثناء من الأدلة المختلف فيها

### المطلب الاول :الاستثناء بسبب الاستحسان

#### الفرع الاول :تعريف الاستحسان لغة

**تعريفه لغة:**" من حسن والحسن لغة هو الجمال .و الاستحسان :هو ما يميل اليه الانسان و يهواه حسيا كان هذا الشيء أو معنويا ,وان كان مستقبحا عند الغير[1].

وجاء في القاموس المحيط : وهو عد الشيء حسنا[2].

وقال الجرجاني :هو عد الشيء و اعتقاده حسنا[3].

#### الفرع الثاني :تعريف الاستحسان اصطلاحا

**تعريفه اصطلاحا:**

1- **تعريف ابن العربي:** "هو ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء، والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"[4].

2- **تعريف ابن رشد:** هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم، ومبالغة فيه إلى حكم آخر، في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك"[5].

---

[1]- انظر:الاستحسان في فقه الاسرة للكتورة وضحة عليوي صالح ,جامعة ديالي,كلية العلوم الاسلامية ,مجلة الآداب ,العدد121,حيزران ,2018م,1438هـ.

[2]- انظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي، ج4, ص214/213.

[3]- انظر:التعريفات ,الجرجاني,ص18.

[4]- انظر: الدكتور حسين حامد حسان، أصول الفقه ،ص366.

[5]- انظر: عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، دار ابن الجوزي، 2014.

**3- تعريف التفتزاني:** "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى"[1].

يعد تعريف التفتزاني من أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه[2].

قال الغزالي عن هذا التعريف وهذا مما لا ينكر[3].

فالعلماء المعاصرين استخلصوا من مجموع التعريفات أن المقصود بالاستحسان: "هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو استثناء مسألة جزئية عن أصل كلي لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد ليقتضي هذا الاستثناء، أو ذاك العدل"[4].

**الفرع الثالث :مسائل تطبيقية عن الاستثناء بسبب الاستحسان :**

**- المثال الأول :**

**من القواعد الفقهية قاعدة: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".**

**شرح القاعدة:**

لا ينسب: أي لا يعزى، يقال نسبته إلى أبيه عزوته إليه[5].

[1]- انظر: التفتزاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ج2، ص163.

[2]- انظر: محمد أبو زهرة،اصول الفقه ، ص232.

[3]- انظر:الغازالي ، المستصفى ، ص173.

[4]- انظر: الدكتور عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه، ص231.

[5]- انظر: يعقوب ابن عبد الوهاب الباحسين ,المفصل في القواعد الفقهية ص312.

ساكت: من السكوت وهو خلاف النطق، يقال: سكت الصائت يَسكت سكوتا: إذا صمت[1].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

هذه القاعدة تتكون من فقرتين، أولاهما: "لا ينسب إلى ساكت قول، وثانيهما: "ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان "، فهي تمثل استثناء للفقرة الأولى.

فأول من صاغ الفقرة الأولى هو الإمام الشافعي – رحمه الله–(ت204هـ)، أما الفقرة الثانية فقد أضافتها مجلة الأحكام العربية في مادتها (67) وقد أخذتها من أصول فقه الحنفية في أنواع البيان .

فمضمون هذه القاعدة ينص على أن من صمت وترك الكلام مع القدرة عليه، فإنه لا يعتد بسكوته، ولا يؤخذ منه حكم، ولا ينعقد به شيء من العقود وغيرها، لأن الأصل أن سكوت الساكت لا يدل على الموافقة ولا على عدمها، إذ قد يسكت الساكت عن شيء وهو غير راض به وينكره[2].

**من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**استثناء مسألة: إسقاط حق الزوج إذا اشترط في عقد النكاح تأجيل كل المهر:**

[1]– انظر: ابن منظور، لسان العرب ، مادة سكت، ج2، ص43.

[2]– انظر: موسوعة القواعد الفقهية ، ج5، ص43.

فلو اشترط الزوج في عقد النكاح تأجيل كل المهر، ولم يشترطا الدخول قبل حلول الأجل، فللزوجة أن تمنع عن نفسها عن الزوج إلى أن تقبض المهر استحسانا وبه يفتى، وعللوا ذلك بأن الزوج لما طالب تأجيل كل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع[1].

وقد فصل الإمام ابن رشد في هذه المسألة في كتابه بداية المجتهد[2]:" فقد اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت، أما تأجيله كله فلم يجوزوه أصلا، فمذهب الإمام مالك فيه رواياتان:

1- ففي رواية للإمام مالك على أنه يجوز التأجيل لكن يستحسن أن يقدم شيئا منه إذ أراد الدخول.

2- وفي رواية أخرى يجوز التأجيل إذا كان هذا الأجل معلوم ومحدد.

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في مسألة: هل النكاح يشبه البيع في التأجيل أم لا؟

- فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق.
- ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك.
- فالقائلون بأن الصداق يجب كله بالدخول فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾[سورة النساء: 20].
- أما القائلون بأن الصداق يجب كله بحدوث الموت فقد اعتمدوا في هذا على دليل الإجماع فقط.

**واختلفوا أيضًا في مسألة أخرى تعد مؤكدة للمسألة السابقة:**

هل من شرط وجوبه (الصداق) الدخول مع المسيس أم ليس من شرطه ذلك؟

[1]- انظر: لمصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص341.

[2]- انظر: ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج2، ص22.

أم يجب فقط بالدخول والخلوة وهو ما يسمى بإرخاء الستور؟.

فذهب مالك والشافعي وداود إلى عدم وجوب إرخاء الستور، فيجب لها نصف المهر فقط إذا لم يكن المسيس.

أما أبو حنيفة فقال: يجب لها المهر كله بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما بحج أو عمرة أو مريضا أو صائما في رمضان ، أو كانت المرأة حائضا.

أما ابن أبي ليلى فرأى وجوبه كله بالدخول ولم يشترط شيئا في ذلك.

**سبب الاختلاف في هذه المسألة:**

هو معارضة حكم الصحابة لظاهر الآية ذلك أن الله سبحانه وتعالى نص على عدم جواز الأخذ من صداق المدخول بها كما في قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [سورة البقرة: 21]

وبين حكم المطلقة قبل المسيس أن لها نصف المهر، فقال عز من قائل: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [سورة البقرة: 237]

فالله سبحانه وتعالى بين حكم كل واحدة من هاتين الحالتين: فقبل المسيس يجب لها نصف المهر، وبعد المسيس يجب لها المهر كله وليس هناك حالة ثالثة.

والمسيس معناه: الجماع، والأصل أن يحمل على معناه اللغوي وهو المس وهذا هو الذي أخذ به الصحابة.

أما الإمام مالك فقد قال في العنين المؤجل أنه يجب لها الصداق إذا وقع الطلاق لطول مكثه معها، ولم يجعل الجماع له تأثيرا".

## المطلب الثاني :الاستثناء بسبب الاستصحاب

### الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة:

**تعريف الاستصحاب لغة:** الملازمة وعدم المفارقة، فالاستصحاب مشتق من الجدر صَحِب على وزن "فعل" فهو بذلك يكون مصدرًا للفعل استصحب على وزن "إستفعل" واستصحب الرجل دعاه إلى الصحبة وكل شيء لازم شيئا فقد استصحبه، وقد قال الشاعر:

إن لك الفضل على صحبتي  والمسك قد يستصحب الرامكا[1].

وقال ابن فارس : «الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة الشيء ومقاربته ومن ذلك الصاحب والجمع الصَحْب، كما يقال راكب وركب وكل شيء لاءم شيئا فقد استصحبه»[2].

### الفرع الثاني :تعريف الاستصحاب اصطلاحا

1- **تعريف الإمام الصنعاني:** معنى استصحاب الحال "البقاء على حكم الأصل"[3].

2- **تعريف الإمام الغزالي:** "هو عبارة عن تمسك بدليل عقلي أو شرعي وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب[4].

3- **تعريف الإمام القرافي :**" هو اعتقاد كون الشيء **في** الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال "[5]

---

[1]- الرمكا:نوع من الطيب رديء خسيس انظر :ابن منظور ،لسان اعرب،ج1،ص520.

[2]- انظر: ابن فارس ،معجم مقاييس اللغة ،مادة صحب، ج3، ص335.

[3]- انظر: الصنعاني ،إجابة السائل شرح بغية الأمل ، ج1، ص216.

[4]- انظر: المستصفى للغزالي، ص160.

[5]-انظر :القرافي ،الدخيرة ،ج1،ص150.

**الفرع الثالث :مسائل تطبيقية عن الاستثناء بسبب الاستصحاب:**

**المثال الأول من القواعد الفقهية "ما جاز لعذر بطل بزواله"**

هذه القاعدة هي احدى القواعد الجليلة الناطقة بمرونة التشريع الحكيم ,ولها اثر عميق جدا في كثير من الاحكام الشرعية.

وهي مستوحات من النصوص اتشريعية التي ترشد الى رفع الحرج عن العباد حتى ان الادلة الشرعية على رفع الحرج بلغت مبلغ القطع .

**شرح القاعدة**

**جاز لغة:** فعل ماض مشتق من الجواز ومعناه ما شرع فعله و تركه على السواء[1] ويرادفه المباح والحلال .[2]

**العذر لغة:**هو الحجة التي يتعذر بها ,و الجمع اعذار,يقال :لي في هذا الامر عذر,اي خروج عن الدأب,وعذرته عذرا أي رفعت عنه اللوم,فهو معذور أي :غير ملوم[3] وعرفه ابن حجر بقوله :"الوصف الطارئ على المكلف المناسب للتسهيل عليه"[4].

**العذر اصطلاحا:**هو الوصف الطارئ على المكلف المناسب للتسهيل عليه[5]

1-انظر: زكريا بن محمد ابن احمد ابن زكريا الانصاري, لحدود الانيقة,ص57.

2-نفس المصدر السابق.

3- انظر:ابن منظور ,لسان العرب,ج4,ص627.

4- انظر:ابن حجر احمد بن علي,فتح الباري,ج6,ص47,تح محب الدين الخطيب,بيروت,دار المعرفة .

5- انظر:ابن حجر,فتح الباري ,ج6,ص47.

فيتحصل معنى القاعدة ان ما شرع بناءا على ترتب بعض الاعذار و الضرورات يزول حكمه بزوال مابني عليه من تلك الاعذار و الضرورات رجوعا للاصل ولو بقي الحكم على ما كان ,لإجتمع حكمان حكم الاصل وحكم البدل, و البدل و المبدل منه لا يجتمعان [1]

ومؤدى ذلك كله أن الشيء إذا ابيح لضرورة أو أجيز لعذر فبزوال تلك الضرورة أو ذلك الغذر زول ما رتب عليه الحكم ,فمن اضطر لاسلغت اللقمة الى جرعة من خمر مثلا ,لايسوغ له أخد جرعتين ,لان الاضطرار "انما يبيح من المحضورات مقدار ما يدفع الخطر , ولا يجوز الاستسال ,ومتى زال الخطر عاد الحظر "

ونستفيد من هذه القاعدة انقلاب الحرام حلالا في حلات استثنائية اضطرارية جدا .

**– من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**استثناء مسألة:"حكم المتيمم اذا وجد الماء أثناء الصلاة "**

استثنى الإمام مالك هذه المسألة معتمدا ومستدلا باستصحاب صحة صلاته قبل الشروع فيها، أخذا بالرخصة وهي التيمم عند فقدان الماء، فما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها، وما يؤكد هذا ما جاء في موطأ مالك – رحمه الله– : "قال يحي، قال مالك في رجل تيمم حين لم يجد الماء، فقام وكبر، ودخل في الصلاة، فطلع عليه إنسان معه ماء؟ قال: لا يقطع صلاته، بل يتمها بالتيمم وليتوضأ بما سيتقبل من الصلوات".

وقال أيضا: "قال يحي، قال مالك: من قام إلى الصلاة، فلم يجد ماءً، فعمل بما أمره الله به من التيمم، فقد أطاع الله، وليس الذي وجد الماء، بأطهر منه، ولا أتم صلاة. لأنهما أُمرا جميعا،

[1] – انظر:البورنو,موسوعة القواعد الفقهية,ج11,ص25,السدلان,قواعد الفقهية الكبربوما تفرع منها,ص281.

فكلٌ عمل بما أمره الله به، وإنما العمل بما أمر الله به من الوضوء، لمن وجد الماء، والتيمم لمن لم يجد الماء قبل أن يدخل في الصلاة"[1].

قال ابن رشد ـرحمه الله ـ :"وقد اتفقنا نحن وابو حنيفة ، على ان من وجد ماءا لا يكفيه لطاهارته يتركه ويتيمم ، وقال الشافعي :(يجب عليه استعماله ثم يتيمم ) ، وقال القرطبي :(و الذي يراعى من وجود الماء أن يجد منه ما يكفيه لطهارته ،فإن وجد اقل من الكفاية يتيمم ولم يستعمل ما وجد منه ، هذا قول مالك و أصحابه ، وبه قال ابو حنيفة و الشافي في أحد قوليه وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى جعل فرضه أحد الشيئيين ... لأن المطلوب منه وجود الكفاية ،و هذا تسانده قاعدة فقهية أخرى : ما لا يتجزأ فحكم بعضه كحكم كله )، وذلك بناءا على أن الوضوء لا يتجزأ فتعذر بعضه كتعذر كله."[2]

قال القاضي عبد الوهاب :"لأنها طهارة من حدث فإذا عجز عما يفعل به جميعها لم يلزمه منه فعل بعضها ، اصله التيمم ، و لأنه فرض له بدل فعدم بعضه كعدم كله أصله كفارة ، ولأن البدل و المبدل لا يجتمعان ".

فقاس الواجد لبعض الماء كالواجد لبعض الكفارة ،فإنه ينتقل للبدل، لأن الواجد لعتق بعض الرقبة لا تجب عليه قطعا ، لأن الشرع قصده تكميل العتق ما أمكن فيسقط عليه و ينتقل للبدل ، ولأن ايجاب بعض الرقبة مع صيام الشهريين جمع بين البدل و المبدل منه و صيام شهر مع عتق بعض الرقبة تبعيض للكفارة .

ووجه القول الثاني و هو ما رجحه أحمد في إحدى الروايتين و أحد قولي الشافعي أن الله تعالى قال :﴿فَلَمْ تَجِدُوا مآءً فَتَيَمَمُوا ﴾.[سورة النساء 43]،وهذا قد وجد الماء فيجب ان لايتيمم وهو واجد للماء لانه بدل شرع للضرورة فلا ينوب الا في موقع الضرورة كالمس على الجبيرة .

[1]- انظر: الإمام مالك،الموطأ، ج1، ص55، كتاب الطهارة، باب 23.

[2]- الشيخ خليل (الخطاب )،مواهب الجليل لمختصر خليل ، ج1،ص332.

جاء في المغني : "إذا وجد الجنب ما يكفي بعض أعضائه لزمه إستعمال و تيمم للباقي نص عليه أحمد في من وجد ما يكفيه لوضوئه وهو جنب قال : يتوضأ و يتيمم و به قال عبيدة ابن ابي لبابة و معمر و نحوه قال عطاء ، و هو أحد قولي اشافعي و قال الحسن و الزهري و حماد و مالك و أصحاب الرأي و ابن المنذر و الشافعي في القول الثاني :"يتيمم و يتركه "، لأن هذا الماء لا يطهره فلم يلزم استعماله كالمستعمل .و لنا قوله تعالى "فَلَم تَجِدُوْامَآءً فَتَيَمَمُوْ "

**المثال الثاني :من القواعد الفقهية "الاصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته "**

**شرح القاعدة :**

**الأصل لغة:** أسفل كل شيء، يقال: استأصلت الشجرة أي: ثبت أصلها، واستأصل الله فلانا أي: لا يدع له أصلا[1].

قال ابن فارس: «الأصل الهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصول متباعدة بعضها عن بعض، أحدهما: أساس الشيء، والثاني: الحية، والثالث: ما كان من النهار بعد العشي»[2].

وقال ابن منظور: «الأصل: أسفل كل شيء، وجمعه أصول، لا يكسر على غير ذلك، وهو اليأصول، يقال: أصل، مؤصل...»[3].

فكلمة "الأصل" جاءت بمعنى: أصل الشيء: أي أساسه الذي يقوم عليه، ومنشؤه الذي ينبت منه، والأصل: كرم النسب، ويقال: ما فعلته أصلا أي: قط... وفيما ينسخ النسخة الأولى المعتمدة، ومنه أصل الحكم وأصول الكتاب (محدثة) والأصلي من كان أصلا في معناه..."[4].

[1]- انظر: احمد الفراهيدي ،معجم العين للخليل ، مادة أصل، ج7،ص156.

[2]- انظر:ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، مادة أصل، ص109.

[3]- انظر: ابن منظور،لسان العرب ، مادة أصل، ج11، ص16.

[4]- انظر: المعجم الوسيط، مادة أصل، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004م، ص02.

فيتبين لنا من خلال ما سبق أن لعلماء اللغة ثلاث تعبيرات في بيان معنى الأصل لغة:

- أولاً: أصل الشيء أسفله.
- ثانيًا: الأصل: هو جذر الشيء وأساسه الذي يبتني عليه غيره.
- ثالثًا: الأصل: هو منشأ الشيء الذي ينبت فيه.

فهذه التعبيرات الثلاث متقاربة المعاني رغم اختلاف طبيعة المعاجم.

إضافة: هي مشتقة من الفعل أضاف، يضاف: يضم ويمال ، قال: أضفته إلى الشيء إضافة، ضممته إليه وأملته له[1].

الحادث: هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد[2].

أوقاته: مشتقة من الوقت ومعناه: المقدار المحدد من الزمن[3].

**المعنى الإجمالي للقاعدة**:إذا وقع الخلاف في تحديد زمن حدوث أمر ما، وليس هناك بينة يحتكم بها، فالراجح في هذه الحالة أن ينسب هذا الأمر إلى أقرب الأزمنة منه، أي إن لم يثبت هذا الأمر في الزمن القديم، لأن الزمن الأقرب هو المتيقن ، والزمن القديم مختلف ومشكوك فيه، فيكون الزمن الأقرب متفق عليه بين طرفي النزاع، وبهذا نستنتج أن اليقين لا يزول بالشك.

**– من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**استثناء المسألة التالية :**

إدعاء زوجة النصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها فهي تستحق الميراث:

قال الشيخ محمد الزرقا في هذا الشأن: «ومنه ما لو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت: أسلمت قبل موته فأنا وراثة منه وقال الورثة: انك

أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينيكما عند موته، فالقول للورثة والبينة على الزوجة»[1].

**المثال الثالث :من القواعد الفقهية قاعدة : "لا ضرر ولا ضرار"**

**شرح القاعدة :**

**الضرر معناه لغة:** النقصان، وضد النفع، يقال ضرّه يضره ضُرّا وضَرّا، وضارّه ضِرارا ومضارّة، والاسم: الضرر، وتفيد مادة الكلمة، أي الضاد والراء ، ثلاثة أصول كما يقول ابن فارس (ت 395هـ) الأول: خلاف النفع، الثاني: اجتماع الشيء، الثالث: القوة[2].

المعنى المقصود في هذه القاعدة هو المعنى الأول والذي عليه يحمل كثير من الآيات والأحاديث، فأكثر اشتقاقات الكلمة واستعمالاتها تعود إلى هذا المعنى.

واختلف العلماء في الفرق بين الضرر والضرار على ثلاثة أقوال هي:

" **القول الأول:** معنى "لا ضرر": أي لا يضر الرجل أخاه، أما "الضرار" فمعناه: لا يضار كل واحد منهما صاحبه. "فالضرر فعل واحد، والضرار يكون منهما معا، بان يدخل أحدهما الضرر على من أدخل الضرر عليه، أي يجازيه على ذلك، فالضرر ابتداء الفعل والضرار المجازاة عليه"[3].

---

[1]- انظر: الحدود الانيقة

[2]-انظر: علي حيدر ،درر الحكام، ج1،ص25.

[3]- انظر : التوقيف على مهمات التعاريف ،ص 339 ـ340.

[4]- انظر : الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ،ص126.

[2]- انظر: معجم مقاييس اللغة، ج3، ص360.

[3]- انظر: جمال الدين أبو الفرج الجوزي ، والنهاية في غريب الحديث، ج3، ص81، 82.

**القول الثاني**: أن الضرر ما تضرّ به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار ما تضر به صاحبك من غير أن تنتفع وهذا ما رجحه ابن عبد البر (ت 463هـ)، ابن الصلاح (ت 643هـ).

**القول الثالث**: أن الضرر والضرار مترادفان، فهما بمعنى واحد، وما يدل على هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام لسمرة بن جندب : «إنك مضار» مع أنه لم يكن في مقابلة الضرر"[1] .

أما ابن حجر الهيثمي بيّن الفرق بينهما بقوله أحسنها ان معنى الأول "الضرر": إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ومعنى الثاني "الضرار: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقيد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة[2].

قال ابن رجب:«واختلفوا هل بين اللفظتين- أعني الضرر والضرار- فرق أم لا؟.

فمنهم من قال: هما بمعنى واحد على وجه التأكيد، والمشهور أن بينهما فرق، (وهذا هو الراجح، لأن حمل الكلام على التأسيس أولى من حمله على التأكيد)...»[3].

وقد يبدو أن المراد بالضرر: إيذاء النفس بأي نوع من أنواع الأذى المادي أو المعنوي.

والمراد بالضرار: إيقاع الأذى بالغير، أيا كان نوع هذا الأذى أو قدره وأيا كان هذا الغير، قريبا أم بعيدا مسلما أم غير مسلم، إنسانا أم حيوانا، بل قد يدخل الجماد، مثل تلويث الماء أو الهواء أو إفساد التربة، ونحو ذلك مما قد يدخل في إفساد البيئة ، أو الإخلال بالتوازن الكوني الذي أقام الله عليه هذا العالم"[4].

---

[1]- انظر: السيد محمد الحسيني الشيرازي ،الكفاية بشرح الوصول في كفاية الأصول، ج4، ص302.

[2]- انظر: السيد محمد الحسيني الشيرازي ،الكفاية بشرح الوصول في كفاية الأصول، ج4، ص302

[3]- انظر: جامع العلوم والحكم، ج2، ص210.

[4]- انظر: يوسف القرضاوي،القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، ص52.

وقال مصطفى الزرقا:" وذكرت المجلة ثلاث قواعد بشأن الضرر"، هي أصول بالنسبة لغيرها، فهذه القاعدة فيها نهي عن إيقاع الضرر عموما[1].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

يحرم إلحاق الضرر بالآخرين سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا وسواء كان هذا الاعتداء على الدين أو النفس أو العقل أو النسل (العرض) أو المال، وسواء كان هذا الاعتداء على وجه المقابلة أو على وجه الابتداء فجميع أنواع الضرر والاعتداء محرمة ،كما في قوله – عليه الصلاة والسلام– : «لا ضرر ولا ضرار» فالنفي هنا يفيد الاستغراق.

**–من بين مستثنيات هذه القاعدة:**

**استثناء مسألة شفعة الشريك المقاسم والجار**

ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن الشفعة تثبت للشريك الغير مقاسم، أما أهل العراق فيرون أن الشفعة تثبت بالأولى، فأولى الناس بالشفعة: الشريك الغير مقاسم ثم الشريك المقاسم إذا بقيت الشركة في الطرق أو في الصحن، ثم الجار الملاصق.

* فأهل المدينة لا تثبت الشفعة عندهم للشريك المقاسم ولا للجار واستدلوا على قولهم بما يلي:

**أولاً: من السنة النبوية:**فعن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمان وسعيد ابن المسيب أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : "قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة".

[1]– انظر:الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ، ص166.

وفي رواية أخرى عن جابر – رضي الله عنه– أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– : "قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ".

وجه الاستدلال عندهم بهذين الحديثين:

– أن الشفعة إذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فمن باب أولى أن لا تكون واجبة للجار.
– الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم فلا تبت الشفعة له.

– أما فيما يخص سند الحديث الأول فقد قال أحمد بن حنبل عنه: «حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمان أصح ما روي في الشفعة».

قال بن معين في هذا الصدد: «مرسل مالك أحب إلي».

– أيضا فالشرط الأساسي عندهم لإبرام العقود: الرضى ، فلا يخرج الملك من يد أحد إلا برضاه، والرضى ورد عاما ولم يوجد دليل يخصصه.

**ثانيًا: من المعقول**:الغرض الأساسي للشفعة هو دفع الضرر، فالضرر الناتج عن الشركة أعظم منه في الجوار.

* أما أهل العراق فقد استدلوا على قولهم بما يلي:

**أولاً: من السنة النبوية**:فعن أبي رافع عن النبي –عليه الصلاة والسلام– أنه قال: «الجار أحق بصقبه» أخرجه الترمذي وأبو داود. وهذا حديث متفق عليه.

واستدلوا أيضا بحديث النبي –عليه الصلاة والسلام–: «جارُ الدَّارِ أحَقُّ بدارِ الجار».

**ثانيًا: بالقياس**:قالوا: أن المقصود من الشفعة هو دفع الضرر الناتج عن الشركة، وهذا المعنى موجود في الجار فوجب أن يلحق به.

**المطلب الثالث :الاستثناء بسبب المصالح المرسلة**

**الفرع الأول : تعريف لفظتي (المصالح ،المرسلة) لغة :**

**تعريف المصالح لغة** :من الصلاح ،و المصلحة واحدة المصالح ،و الاستصلاح :نقيض الاستفساد ،و أصلح الشيء بعد فساده :أقامه [1]،و المصلحة :الصلاح ،و النفع ؛و صلح صلاحا و صلوحا :زال عنه الفساد ؛و صلح الشيء :كان نافعا ، أو مناسبا ؛يقال :أصلح في عمله :أتى بما هو صالح نافع [2].

و لذلك اشتقت لها صيغة المفعلة الدالة على إسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه ،وهو هنا مكان مجازي [3] .

الذي يؤخذ من المعاجم ، أنها و المفسدة ضدان ،فهي ما يترتب على الفعل و يبعث غلى الصلاح ومنه سمي ما يتعاطاه الانسان من الاعمال الباعثة على نفعه مصلحة ،تسمية للسبب بإسم المسبب ،مجازا مرسلا [4]

**الفرع الثاني : تعريف المصلحة المرسلة اصطلاحا:**

**1- تعريف الخوارزمي** :"هي المحافظة على مقصود الشرع ،بدفع المفاسد عن الخلق نقله عنه الزركشي في البحر المحيط".

**2- تعريف الطوفي** :"هو السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ،وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين و انتظام أحوالهم كالعادات" .

**تعريف الشاطبي** :"مافهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح و درأ المفاسد ،على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ،فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى ، بل يرده ،كان مردودا باتفاق المسلمين ".

**تعريف الغزالي** :"هي المصلحة التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار و لا بالإلغاء".

فالتعريف الذي نختاره :ما يفهم من الشارع رعايته من المصالح الدينية و الدنيوية ،العامة و الخاصة التي نعرفها بالشرع و النظر ،أو ما يفهم من الشرع ضرأه من المفاسد الدنيوية و الأخروية ،العامة و الخاصة.

"و بهذا لابد أن تكون المصلحة المرسلة مستندة إلى دليل قد اعتبره الشارع، غير أنه لادليل يتناولها بخصوصها ،و انما يتناوله الجنس البعيد لها".

**الفرع الثالث : الاستثناء بسبب المصالح المرسلة**

و لابد من الإشارةإلى معنى الاستثناء منها القواعد الفقهية الذي سببه المصلحة المرسلة :وهو ان توجد مسلألة مندرجة في قاعدة ما ،و لكن هذه المسألة تتعلق بها مصلحة من المكلف و هذه المصلحة لاتتحقق بالحكم الوارد في القاعدة ،فتعد المصلحة مانعة من هذه المسألة بالقاعدة.

**مسائل تطبيقية في الاستثناء بسبب المصلحة المرسلة:**

**المثال الأول: من القواعد الفقهية قاعدة: "الأجر والضمان لا يجتمعان"**

**شرح القاعدة:**

**معنى الأجر**

**1- لغة:** مشتق من مادة أجر، الهمزة والجيم والراء، كما يقول ابن فارس: أصلان يمكن الجمع بينهما بمعنى، فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير ... والمعنى الجامع بينهما: أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حالة فيها لحقه من كد فيما عمله"[1].

وجاء في معجم الوسيط: "أن الأجر: عوض العمل والانتفاع"[2].

**2-اصطلاحا:**فالمراد بالأجر في القاعدة: "بدل المنفعة عن مدة ما"[3].

**معنى الضمان:**

**1-لغة:** هو مصدر من "ضمن" والضاء والميم والنون، كما يقول ابن فارس: «أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضمانا من هذا، لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»[1].

[1]- انظر: المقاييس في اللغة، مادة أجر، ص60،الفيرز آبادي ، والقاموس المحيط، مادة أجر، ص436.

[2]- انظر: المعجم الوسيط، مادة أجر، ج1، ص07.

[3]- انظر:مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهية العام مادة أجر، ج1036/2، فقرة 652.

وجاء في معجم الوسيط: "الضامن: الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم [والجمع]: ضُمَّان، وضمنة ... الضمان: الكفالة والالتزام".

**2-اصطلاحا:** "هو الالتزام بقيمة العين المنتفع بها وهذا الالتزام والغرم ليس المراد به الالتزام الذي يكون عقب هلاك العين، بل المراد به كون الضامن ملتزما بقيمة العين إن هلكت، سواء أوقع الهلاك حقيقة أم لم يقع[2].

**المعنى الإجمالي للقاعدة:**

الضمان يكون بسبب التعدي والتصدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، ففي حالة وجوب الضمان تسقط فيها الأجرة، فلو استأجر إنسان دابة مثلا وهلكت بلا تعد لا يضمن سوى الأجرة، أما إذا هلكت يضمن قيمتها، وأجرة عمله[3].

**- من بين مستثنيات هذه القاعدة :**

**استثناء مسألة تضمين الصناع**

ورد في كتاب بداية المجتهد تفصيل هذه المسألة: فقال أن الحاصل من مذهب الإمام مالك أن الصانع المشترك يضمن سواء عمل هذا الصانع بأجر أو بغير أجر وهذا ما ذهب إليه أيضا عمر وعلي رضي الله عنها، لكن في رأي الإمام علي – رضي الله عنه- فيه خلاف.

**القول الأول:**

فالقائلين بعدم الضمان استدلوا في ذلك على مايلي:

---

[1]- انظر: المقاييس في اللغة، مادة ضمن، ص603.

[2]- انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، ج1036/2، فقرة، 652.

[3]- انظر: الشربيني ،درر الحكام، ج89/1.

فالصانع عندهم يشبه المودع نده، والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضِمنه، فمن باب المصلحة وسدًا للذريعة يفتى بعدم الضمان.

**القول الثاني:**

هناك من العلماء من فرق بين العامل الذي يعمل مقابل أجر والعامل المتطوع، فأما العامل المتطوع إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فهو يشبه المودع. وأما إذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما أي للعامل المتاع، فغلبت منفعة القابض، أصله القرض والعاربة.

عند الشافعي: أيضا لا ضمان على من له ينصب نفسه سدًا للذريعة.

أما الأجير عند الإمام مالك فالمشهود عنده لا ضمان عليه، إلا أنه استحسن تضمين حامل العوت والطحان وما يجري مجراهما، وما عدا غيرهم فلا ضمان عليهم إلا بالتعدي والتقصير، وكذلك لا ضمان على صاحب الحمام.

وهناك قول آخر للإمام مالك: أنه يضمن، فقد روي عن الإمام اشهب أن على الصناع الضمان إذا قامت البينة على ملاكه عندهم حتى ولو كان من غير تعد ولا تفريط وهذا قول شاذ.

القول المشهور للإمام علي – رضي الله عنه- أن على الصناع الضمان، فقد ذكر الإمام الشافعي مقصود علي – رضي الله عنه- من هذا الحكم رغم أن فيه إشكال في عدم ثبوته، حيث قال في كتابه الأم «وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي ابن أبي طالب –رضي الله عنه- ضمن الغسال والصناع وقال لا يصلح الناس إلا ذاك.

[فعن إبراهيم بن أبي يحي عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا – رضي الله عنه- قال ذلك] .وكذلك روى هذا القول عن الإمام عمر: تضمين بعض الصناع، والقول الآخر للإمام علي "انه كان لا يضمن أحدا من الأجراء من وجه لا يثبت مثله»[1].

[1]- علي حيدر ،كتاب الإم، ج7، ص88.

# الخاتمة

**الخاتمة:**

بعد بسط موضوع الاستثناءات في القواعد الفقهية (أمثلة و تطبيقات على المذهب المالكي) توصلت إلى النتائج التالية :

- اتضح لي من خلال هذا البحث أن العلماء اختلفوا و اضطربوا في تعريف القاعدة الفقهية وسبب هذا الاختلاف هو وجود الاستثناء في هذه القواعد ،و هذا هو السبب الذي دفعهم للخلط بين تعريف القاعدة بمفهومها التجريدي العام و بين القاعدة الفقهية باعتبارها علما على فن معين .

- و الخلاصة التي نخرج بها :أن القاعدة بمفهومها التجريدي العام هي :القضية الكلية وهو مفهوم مشترك للقاعدة في جميع العلوم .

- قرر المحققين من العلماء أن الاستثناء لايقدح في كلية القاعدة و لا في عمومها لأنها سمة كل القواعد الاستقرائية ،فالمفهوم العادي المبني على الاستقراء لايوجب عدم التخلف بل الذي يوجبه إنما هو العموم العقلي ،يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد :أن الكلي لا ينخرم بتخلف جزئي ما،و أن الجزئي محكوم عليه بذلك الكلي بالنسبة إلى ذات الكلي و الجزئي .

- وبعد الفصل في هذه المسألة يستخلص تعريف القاعدة الفقهية الذي يدل إلى حد بعيد على أنه خال من انتقادات فهو أوفى التعاريف بالمقصود بهذا العلم ،فنعرف القاعدة الفقهية بأنها قضية كلية شرعية عملية يعرف منها أحكام جزئياتها .

- إن الاستثناءات في القواعد الفقهية لايقدح في كلياتها ،و قد تكثر الاستثناءات عند تخلق شرط أو وجود أصل أقوى من القاعدة يخرج ذلك الفرع منها أو دخوله تحت قاعدة أخرى من باب أولى ،و لكي نقلل و نخفف من ظاهرة الاستثناء في القواعد الفقهية يستلزم منا تعديل بعض القواعد الفقهية بإضافة قيد أو شرط .

– ترتيب القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد على شكل نظريات يعطي تصورا جيدا لموضوعاتها ويسهل دراسة الفقه بلم شتات الموضوع الواحد فكما أن للقواعد الفقهية دور بارز في تسهيل الاطلاع على الأحكام في الفقه الإسلامي ولم شتاته عن طريق ضبط فروعه و جزئياته المتناثرة في سلك واحد فكذلك توسيع البحث عن طريق :دراسة الموضوع الواحد على شكل نظريات فقهية يعطي صورة جديدة للفقه، وهذه الدراسات موجودة في الساحة مثل :نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، ونظرية التعسف في استعمال الحق الدريني و غيرهما .

– و في هذا البحث نثمن مكانة القواعد الأصولية التي لها دور عظيم على القواعد الفقهية،فالقاعدة الأصولية هي الواسطة من الحكم و الدليل بواسطتها نستنبط الحكم من الدليل ،أما القاعدة الفقهية فموضوعها فعل المكلف ،و هذا ما يساعدنا في تخرج المسائل المستجدة غير المنصوص عليها.

# الفهارس

# فهرس الآيات

| الآيات | السورة | أرقام الآية | الصفحة |
|---|---|---|---|
| ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ | البقرة | 21 | 69 |
| ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ | البقرة | 173 | 51 |
| ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ | البقرة | 237 | 69 |
| ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ | النساء | 20 | 68 |
| ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ | النساء | 29 | 52 |
| ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ | النساء | 29 | 61 |
| ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مآءً فَتَيَمَمُوا ﴾ | النساء | 43 | 72 |
| ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ | الأنعام | 145 | 51 |
| ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾ | يونس | 71 | 41 |
| ﴿وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ﴾ | الإسراء | 33 | 55 |
| ﴿فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ ائْتُوا صَفًّا﴾ | طه | 64 | 41 |
| ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ | النور | 60 | 07 |

## فهرس الأحاديث

| الحديث | رقم الصفحة |
|---|---|
| «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا» | 39 |
| «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه» | 35 |
| «الجار أحق بصقبه» | 78 |
| «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وَهَزلُهُنَّ جِدٌّ :النِّكاحُ، والطَّلاقُ، والرَّجعةُ» | 46 |
| «جارُ الدَّارِ أحَقُّ بدارِ الجار». | 78 |
| «لا تصروا الإبل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وغن شاء ردها وصاعا من تمر» | 30 |
| «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظ عقاصها ووكاءها، فإن جاء صاحبها فلا يكتم وهو أحق بها وإن لم يجيء صاحبها فهو مال الله يوتيه من يشاء» | 35 |
| «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين» | 09 |

# قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم برواية حفص