سلطنة عمان
وزارة الأوقاف والشؤون الدينية

سلسلة القواعد الفقهية الإباضية

القواعد الفقهية عند الإباضية

دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تطبيقية

تأليف
د. مصطفى بن حمو أرشيد

إشراف
معالي الشيخ عبد الله السالمي
وزير الأوقاف والشؤون الدينية

الجزء الثالث

القواعد الفقهية عند الإباضية
دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تطبيقية
سلسلة القواعد الفقهية الإباضية
د. مصطفى بن حمو أرشيد



٣

حُقوق الطَّبع محفُوظَة

لوزارة الأوقاف والشؤون الدينيَّة
سلطنة عُمان

الطّبعة الأولى
١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أو الالكترونية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو سواه وحفظ المعلومات واسترجاعها - إلا بإذن خطي من الناشر.

القواعد الفقهية عند الإباضية

دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تطبيقية

تأليف

د. مصطفى بن حمو أرشوم

إشراف

معالي الشيخ عبد الله السالمي

وزير الأوقاف والشؤون الدينية

الجزء الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الرابع

القاعدة الكلية الكبرى الرابعة: «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» وما تفرع عنها

ويشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: حقيقة القاعدة.

المبحث الثاني: تأصيل القاعدة.

المبحث الثالث: أنواع الضرر وضوابطه وطرق إزالته.

المبحث الرابع: تطبيقات القاعدة، والفروع المتخرجة عليها.

المبحث الخامس: القواعد المتفرعة أو المندرجة تحت هذه القاعدة.

- **المطلب الأول**: قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان».
- **المطلب الثاني**: قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله أو بأعظم منه».
- **المطلب الثالث**: قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف». أو «يختار أهون الشرين أو أخف الضررين». أو «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».
- **المطلب الرابع**: قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».
- **المطلب الخامس**: قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح».
- **المطلب السادس**: قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع».
- **المطلب السابع**: قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً».

ونشرع في تفصيل هذه المباحث والمطالب فيما يأتي بإذن الله.

الفصل الرابع
القاعدة الكلية الكبرى الرابعة «الضرر يزال»، أو «لا ضرر ولا ضرار» وما تفرع عنها

في هذا الفصل سوف نبحث عن حقيقة القاعدة: «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار»، وعن أصلها الشرعي، ونبيِّن أنواع الضرر وضوابطه وطرق إزالته، ثم نستعرض جملة من الفروع الفقهية المتنوعة والمتخرجة عليها في الفقه الإباضي، ونختم الفصل بذكر بعض القواعد المتفرعة عنها أو المندرجة تحتها، مع شيء من التحليل والتأصيل والتطبيق، وسيكون ذلك ضمن المباحث التالية:

المبحث الأول

حقيقة القاعدة

وفي هذا المبحث نوضح أهمية هذه القاعدة في التشريع الإسلامي، ومكانتها في الفقه الإباضي، ونحدد مدلولها اللغوي والاصطلاحي، والمعنى الإجمالي، ونشير إلى علاقتها بالقاعدة الكلية «المشقة تجلب التيسير»، والمجالات التي تدخل فيها هذه القاعدة.

المطلب الأول

أهمية القاعدة ومكانتها عند الإباضية

تعدّ قاعدة: «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي؛ إذ يبنى عليها كثير من أبواب الفقه[١]، حتى جعلها بعضهم شاملة نصف أحكامه، بناءً على أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب مصلحة أو لدفع مضرة، وإنّ مِن مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على الضرورات وحمايتها، ودفع الضرر عنها[٢]، والتي هي حفظ الدين، والنفس والعقل والعِرض (النسب) والمال، وهي ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقديرها أو تخفيفها[٣].

ولأجل ذلك شرع الله تبارك وتعالى للناس ما يصلح شؤونهم، ودلّهم عن طريق الهادي البشير نبينا محمد ﷺ على كل ما ينفعهم وما فيه صلاحهم، وحذَّرهم ونهاهم عن كل ما يضر بهم وما فيه فسادهم، وقد أخبر بذلك رسول الله ﷺ إذ جاء عنه أنه قال: «**إنه لم يكن نبي قبلي إلا كان حقّاً عليه أن يدل أمته على خير ما يعلمه لهم، وينذرهم شر ما يعلمه لهم**...» الحديث[٤].

ولعل أهمية هذه القاعدة تتجلى في ضبط النفس الإنسانية ومنعها من الاعتداء على الغير؛ لأنها كثيراً ما تغفل عن روح الشريعة فتعيث في الأرض فساداً بدافع الأنانية وحبّ الذات، فلو تركت هذه النفس من دون مانع يمنعها، أو حاجز يوقفها عند حدها، أو رادع يزجرها ويقي المجتمع شرها لأدى ذلك

(١) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٧٦.

(٢) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ١٠.

(٣) ابن النجار: شرح الكوكب المنير للفتوحي، ص ٣٩٠.

(٤) أخرجه مسلم من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص في كتاب الإمارة، باب وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء الأول فالأول، ٣٠/ ١٤٧٢ - ١٤٧٣.

إلى انتشار المخاوف، وزعزعة الأمن والاستقرار، وذيوع الشحناء والبغضاء بين الأفراد، وتصدع بها المجتمع، ولهذا كان ما يحقق المنفعة وينشر المحبة، ويمنع الضرر ركناً من أركان الشريعة الإسلامية، وأساساً من أسس التشريع الإسلامي.

فالضرر منفيّ شرعاً، ولا يحل لمسلم أن يضر غيره بقول أو فعل أو سبب بغير حق، سواء كان له في ذلك مصلحة أم كان من باب الإضرار بالغير.

اعتمد فقهاء الإباضية في فروعهم الفقهية على قاعدة: «الضرر يزال»، وصاغوها بصيغ متعددة متقاربة في المعنى، فعبّر عنها السالمي والراشدي بصيغة «الضرر مزال»[(١)]، وذكرها عثمان الأصم بصيغة «المضار مصروفة»[(٢)]، وأما الشماخي فقال: «الضرر لا يحل»[(٣)]، واختار ابن جعفر والكدمي والثميني عبارة: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(٤)]؛ لأنها مقتبسة من حديث مشهور يعدّ من جوامع كلمه ﷺ، وقد سار مسير القواعد الفقهية الكلية، فهو يعتبر دليلاً للقاعدة وأصلاً لها.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى مثل هذا الرأي فعبروا عن القاعدة بتلك الصيغة وقالوا: «عبّر أكثر مَن كتب في القواعد عن هذه القاعدة بقولهم: «الضرر يزال» وجعلوا ما اعتمدنا به ـ وهو الحديث ـ دليلاً على القاعدة أصلاً لها، ولكن التعبير بصيغة الحديث عن القاعدة أشمل وأعم، حيث يشمل الضرر ابتداء ومقابلة، وأيضاً يُعطي ذلك القاعدة قوّة؛ إذ يجعلها دليلاً شرعيّاً

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٧٩. ـ الراشدي جواهر القواعد، ص١٣٣. ـ الخليلي أحمد، فتاوى المعاملات، الكتاب الثالث، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) الأصم عثمان: ١/ ١٩٠.

(٣) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٣١٦ و٧/ ٨٧ - ٩٠.

(٤) ابن جعفر: الجامع، ١/ ٢٩٨. ـ الكدمي، المعتبر، ٣/ ١٠٤. ـ الثميني، الورد البسام، ص٢٤٨. ـ بكلي عبدالرحمٰن، فتاوى البكري، ١/ ٣٢٢.

صالحاً لبناء الأحكام عليه، باعتبار أنها نص حديث نبوي كريم، بخلاف قولنا: «الضرر يزال»، فليس لهذا القول قوة شرعية كنص الخبر[١]، ولهذا اخترت أن يكون عنوان هذه القاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

وتماشياً مع المصادر الفقهية الإباضية فإني سوف أعتمد على شرح المصطلحين جمعاً بينهما باعتبار أن العبارتين متقاربتين في المعنى إن لم نقل مترادفتين؛ لأن الأُولى خصوص يراد بها العموم، والثانية من قبيل العام المخصوص، فكل منهما يراد بها نفي الضرر قبل وقوعه وبعده ابتداءً وجزاءً؛ لأن الضرر لا محالة واقع وليس من الممكن تلافيه بالكلية، فينصبّ النهي عن الضرر الذي يمكن تلافيه والحذر منه، ثم إن الضرر الخفيف الذي يتحمله الناس بلا مشقة ليس مَنهِيّاً عنه على سبيل الوجوب[٣].

وحتى يتضح معنى القاعدة، فلا بد من شرح ألفاظها وتحديد معانيها في اللغة والاصطلاح، ثم نبيِّن المعنى الإجمالي للقاعدة كما يلي:

(١) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، ص ١٢٤ - ١٢٥. ـ البورنو: الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، ص ٢٥١.

(٢) السدلان: القواعد الفقهية الكبرى، ص ٤٩٣.

(٣) محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص ٩٧.

المطلب الثاني
مدلول القاعدة

أ ـ الضـرر فـي اللغـة: مأخوذ من ضرّ ضـد النفع فيقال ضـره يضره ضرّاً، والضُّر بالضم الهزال وسـوء الحال، والمضرة خلاف المنفعة[1]. وقيل: الضراء النقـص فـي الأمـوال والأنفـس، وكذلك الضـرة والضـرارة والضرر فـي ماله، والضـرّ أيضاً هو حال الضرير، وهو الزّمِن، والضراء الزمانة، والضرير الذي به ضرر من عينه[2].

وجاء في «محيط المحيط» ضره وضرّ به ضرّاً وضره ضد نفعه؛ أي: جلب إليه الضرر، والضَّر بالفتح مصدر وبالضم اسم، ويقال أضرني فلان إذا دنا مني دنوّاً شديداً، وأضر الرجل راحت عليه ضره في المال، وقال أيضاً: الضرر سوء الحال والضيق، والنقصان يدخل في الشيء[3].

وقيل: إن الضرر هو سيلان الدم في الجارحة، وكذا في حدود الأمراض[4].

والضرر بالفتح ما يؤلم الظاهر من الجسم وما يتصل بمحسوسه من مقابلة الأذى، وهو إيلام النفس وما يتصل بها، وتشعر الضمة في الضُّر بأنه قهر وعلو، والفتحة بأنه ما يكون من مماثل أو نحوه.

---

(١) ابن منظور: لسان العرب، ٦/ ١٥٣، ١٥٤.

(٢) ابـن فارس: معجم مقاييس اللغـة، ٣/ ٣٦٠. ـ الفيومي: المصباح المنير، ٤٩٢. ـ الأصفهاني الراغب: المفردات في غريب القرآن، ص ٢٩٣.

(٣) البسـتاني بطرس: محيط المحيط ٢/ ١٢٤١، ١٢٤٢، نسـخة طبق الأصل نقلًا عن طبعة سـنة ١٨٧٠، الناشر مكتبة لبنان، بيروت.

(٤) التهانـوي الشـيخ المولـوي محمـد أعلى بن علـي: موسـوعة اصطلاحات العلوم الإسـلامية المعـروف بكشـاف اصطلاحـات الفنون، منشـورات شـركة خيـاط للكتب والنشـر، بيروت، ص ٤/ ٨٨٣.

ـ **والضرار**: فِعال بكسر أوله من ضَارَّ ومضارَّة وضرار بمعنى ضره، وأضره إلى كذا بمعنى ألجأه إليه وليس منه بد[١].

ومن خلال هذه المعاني اللغوية لكلمة الضرر والضرار بصيَغه المختلفة نجد أن المعنى المناسب لمدلول القاعدة ما كان ضد النفع، وهو المعنى المشاع والأكثر استعمالاً، ونادراً ما تستعمل المعاني الأخرى.

ب ـ **وفي الاصطلاح** وردت في معناهما تعاريف كثيرة منها:

١ ـ أنّ الضرر هو: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار مقابلة الضرر بالضرر[٢].

٢ ـ وقيل: الضرر الاسم والضرار الفعل.

٣ ـ وقيل: الضرر أن تضر من لا يضرك، والضرار أن تضر من أضر بك من غير جهة الاعتداء بالمثل، والانتصار بالحق[٣].

٤ ـ وقيل: الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع أنت به[٤].

٥ ـ وقال الراشدي: «الضرر: أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فِعال: أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فِعل الاثنين، أو الضرر: ابتداء الفعل، والضرار: الجزاء عليه»[٥].

---

(١) الفيومي: المصباح المنير، ٢/ ٤٦٥.

(٢) الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الناشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشبح، وكذا طبعة ١٢٩٦ بمطبعة حسين بك حسني، ٣/ ٨١. ـ الساعاتي أحمد عبدالرحمٰن البنا، بدائع المتن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن، الطبعة الأولى ١٣٦٩، دار الأنوار للطباعة والنشر، ٢/ ١٩٣.

(٣) الحموي أحمد: غمز عيون البصائر، ١/ ١٨٨.

(٤) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٣٧. ـ الشوكاني، نيل الأوطار، ٥/ ٢٨٧. ـ الرملي، نهاية المحتاج، ٣/ ٨١.

(٥) الراشدي: المرجع نفسه. ـ ابن منظور، لسان العرب، مادة «ضرر»، ٤/ ٤٨٦. ـ ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، باب الضاد مع الراء، ٣/ ٨١.

٦ ـ وذهب البعض إلى أن الضرر والضرار لفظان بمعنى واحد تكلم بهما جميعاً على وجه التأكيد لا غير[١].

٧ ـ والضرر يرجع إلى أحد أمرين: إما تقريب مصلحة أو حصول مفسدة بوجه من الوجوه[٢].

مجمل القول:

ومن مجموع هذه التعريفات نخلص إلى القول إن الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير، تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً[٣]، فالمصلحة هي محل وقوع الضرر، وهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معيَّن فيما بينهما[٤].

ولعل من التعريفات المناسبة للضرر ما ذكره محمد بوساق أن «كل أذى يلحق الشخص سواء أكان مال متقوّم محرّم أم جسم معصوم أم عرض مصون»[٥]. وهذا التعريف اخترناه لأنه ـ في نظرنا ـ جامع ومانع، فقد تجنب كل المآخذ التي وردت في التعريفات السابقة من الخصوص والعموم، وحدد مفهومه تحديداً دقيقاً، فليس لأحد أن يضر غيره فرداً أم جماعة (شخصية طبيعية أم معنوية)، سواء ضره أم لا، إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما يسمح به الشرع، وليس ذلك ظلماً ولا ضراراً إذا كان على الوجه الذي أباحته السُّنَّة[٦].

---

(١) الزيلعي: نصب الراية، ٤/ ٣٨٦.

(٢) ابن دقيق العيد، شرح الأربعين حديثاً النووية، ص ٨٣، ٨٤.

(٣) موافي أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، ١/ ٩٧، دار ابن عفان، السعودية، ط ١، ١٩٩٧.

(٤) البوطي: ضوابط المصلحة، ص ٢٣.

(٥) بوساق محمد مدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، نشر دار إشبيليا الرياض، السعودية، ط ١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م، ص ٢٨.

(٦) ابن سعدي: بهجة قلوب الأبرار، ص ٤٩، ٥٠.

ويشمل الضرر بالغير كل من قصد الإضرار بغيره ولم يقع لسبب من الأسباب، ولو زال ذلك لوقع، وكذلك من أوقع الضرر على غيره ولم يؤثر فيه، ولكن يحاسب على القصد السيئ.

ج ـ أما معنى الإزالة الوارد في القاعدة: من زَوَل، فيقال: زال يزول زوالاً وهي ترجع في أصل اللغة إلى تنحي الشيء عن مكانه، ومنه زالت الشمس عن كبد السماء، ويقال أزالته عن المكان وزولته[١].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للإزالة عن المعنى اللغوي لها، يقول صاحب معجم لغة الفقهاء: «الإزالة التنحية والإذهاب»[٢]. ويستعمل في معنى الإزالة «الدفع» وهو في اللغة يدل على تنحية الشيء من مكانه، فيقال: دفعت الشيء أو دفعه دفعاً والمدفَّع الفقير الذي يدفعه الناس عند سؤاله[٣]، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للدفع عن المعنى اللغوي له، ولذلك قال المطرزي: الدفع معروف[٤].

د ـ المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من جوامع الأحكام، ويشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسُّنَّة، وهي الأساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عُدّة الفقهاء وعمدتهم، وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث[٥].

---

(١) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٣/٣٨. ـ الفيومي، المصباح المنير، ص٣٥٤.

(٢) قلعة جي وقتيني، معجم لغة الفقهاء، ص٥٦.

(٣) ابن فارس: المصدر نفسه، ٢/٢٨٨. ـ الفيومي، المصدر نفسه، ٢٦٦.

(٤) المطرزي: المغرب في ترتيب المعرب، ص١٦٦.

(٥) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، فقرة ٥٨٦، ٢/٩٧٨، ٩٧٩. ـ الخليلي أحمد، فتاوى المعاملات، ص١٢٤.

يقول الراشدي في «الجواهر»: «فمعنى قولنا «الضرر مزال»: محكوم بزواله؛ لأنه مفسدة، وقد جاء الشرع الشريف بدرء المفاسد، ولذا قال بعض العلماء بحصر الفقه في درء المفاسد، وجعل منه جلب للمصالح؛ لأنه مشروط بأن لا تكون مفسدة، فإن كانت قُدِّم درؤها على جلب المصلحة»[١].

ونص القاعدة ينفي الضرر مطلقاً، فيوجب منعه سواء أكان الضرر عامّاً أم خاصّاً، ويوجب وقْفُه قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة؛ لأن الوقاية خير من العلاج، أو رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، ومن ثَمَّ كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب على معاقبتهم ضرر بهم؛ لأن فيها عدلاً وإنصافاً، ودفعاً لضرر أعم وأعظم[٢].

وشرع الجهاد لمقاومة الأعداء، ووجبت العقوبة لقمع الإجرام، وشرعت الشفعة لدفع ضرر الجار أو الشريك المتوقع.

ـ **والمقصود بمنع الضرر**: نفي فكرة الثأر المحض لمجرد الانتقام؛ لأن هذا يزيد في الضرر ويوسع دائرته، ولأن الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع، فمن أتلف مال غيره مثلاً: لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله؛ لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المُتلِف قيمة ما أتلف، فإنَّ فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي، فإنه سيان بالنسبة إليه: إتلاف ماله، وإعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الأول، فأصبحت مقابلة الإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة، وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن مما شرع فيه القصاص،

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٣٧.
(٢) البورنو: الوجيز، ص ٧٩. ـ السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص ٤٩٨.

فمَـن قتـل يقتـل، ومـن قطـع يقطـع، ومن جـرح يجـرح؛ لأن هـذه الجنايات لا يقمعهـا إلا عقوبة من جنسـها، كي يعلم الجاني أنه فـي النهاية كمن يعتدي على نفسه[١].

وعلى كل حال، فإن القاعدة تفيد تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل؛ لأن النكـرة في سـياق النفـي تعُم، فلا إلحـاق ضرر أو ضـرار بأحد فـي ديننا، أي لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص[٢].

(١) الزرقا مصطفى: المدخل، ٢/ ٩٧٨، ٩٧٩.

(٢) المناوي: فيض القدير، ٦/ ٤٣١، ٤٣٢.

المطلب الثالث

علاقة قاعدة: «الضرر يزال» بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير»

إذا تأملنا في قاعدة: «الضرر يزال أو لا ضرر ولا ضرار» والقاعدة التي قبلها «المشقة تجلب التيسير» نجد أن بينهما تقارباً واضحاً وتداخل بيّن، كما صرح بذلك السيوطي وابن نجيم في عبارتها «هذه القاعدة مع التي قبلها متحدة أو متداخلة»[(١)]، فالضرر من المشقة والمشقة تجلب التيسير، فإزالة الضرر هو نوع من التيسير؛ لأن بقاءه فيه مشقة على العباد، ويترتب على ذلك ـ كما قال الحموي ـ: «أن تصدق كل واحدة منهما على ما تصدق عليه الأخرى»[(٢)]، كما يترتب عليه صلاحية دخول بعض القواعد الفرعية تحت القاعدتين، كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، فقد اختار الراشدي في «جواهره»[(٣)] وغيره إلحاقها بقاعدة: «الضرر يزال» خلافاً لما ذهبنا إليه من إدراجها تحت قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، ومثله يقال في القاعدة الفرعية «ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها»[(٤)].

ويرجع هذا التداخل إلى أن كل قاعدة تعمل في نطاق الأخرى، فقاعدة: «الضرر يزال» نطاقها الضرر الواقع بالناس الذي هو معنى الحرج والمشقة والضرورة، وتقضي القاعدة بإزالته، وقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» نطاقها المشقة والحرج والضيق، وهي بمعنى الضرر، وهذا يوحي بأنه لا فرق بين القاعدتين فلِمَ أفردت كل واحدة بقاعدة؟

---

(١) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ١١٤، ـ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٠٧.

(٢) الحموي: غمز عيون البصائر، ١/ ٢٧٥.

(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٣٩. ـ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١١٤. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٠٧.

(٤) الراشدي: المرجع نفسه، السيوطي، المصدر نفسه، ص ١١٥.

فالـذي يدقـق النظر يجـد فروقاً منهـا: ما ذكـره الجرجاني في بيـان معنى الضـرورة «مشـقة من الضـرر وهو النـازل مما لا مدفـع له»[١]، فنطـاق قاعدة: «المشـقة تجلب التيسـير» المضار النازلة بالإنسـان ولا يمكنه دفعهـا وإزالتها، وتقتضي التخفيف والتيسير في الأحكام.

أمـا قاعـدة: «الضرر يزال» فنطاقها المضار التي يلحقها الإنسـان بنفسـه أو بغيره، ويمكن إزالتها ودفعها بإزالة عينها، أو بالتعويض، أو بالعقوبة[٢].

(١) الجرجاني: التعريفات، ص ١٨٠.

(٢) شـبير محمـد عثمان: القواعد الفقهية الكلية، ص ١٨٠. ـ إسـماعيل علـوان، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص ٣٤٤.

المطلب الرابع
ما يبنى على هذه القاعدة من أبواب الفقه

هذه القاعدة يبنى عليها الكثير من أبواب الفقه منها:

الأول: الرد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري.

الثاني: جميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط، والتغرير، وإفلاس المشتري ونحوها لرفع الضرر عن البائع والمشتري.

الثالث: الحجر بأنواعه، للمحافظة على مال غير القادر على التصرف السليم.

الرابع: الشفعة، شرعت للشريك، لدفع ضرر القسمة، وللجار لدفع ضرر الجار السوء.

الخامس: القصاص، لدفع الضرر عن أولياء القتيل.

السادس: الحدود والتعزير، لدفع الضرر عن المجتمع وعمن لحق به.

السابع: الكفارات، لإزالة سبب المعصية.

الثامن: ضمان المتلف، لإزالة الضرر اللاحق بمن أتلف له.

التاسع: القسمة، لرفع الضرر عن أحد الشريكين أو كليهما.

العاشر: نصب الأئمة والقضاء، لمنع الضرر عن الأمة الإسلامية، حيث بوجودهم تقام الحدود، وتمنع الجرائم، وتستأصل شأفة الفساد.

الحادي عشر: دفع الصائل، وهو المندفع إلى قتل غيره، وذلك لإبعاد ضرره عن النفس أو الغير أو المال.

الثاني عشر: قتال المشركين، لإظهار نور الحق ودحر فتنة الباطل، وصدّهم عن طريق الدعوة الإسلامية.

الثالث عشر: فسخ النكاح بالعيوب والإعسار، لإزالة الضرر عن الزوج أو الزوجة.

وهكـذا يظهر ممـا تقدم أن هذه القاعدة يبنى عليهـا من الفقه ما لا يحصر مـن الأبـواب الفقهيـة، ممـا فـي حكمة مشـروعية دفـع الضرر والإضـرار عن العباد[١].

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٣٨، ١٣٩. ـ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١١٤.

المبحث الثاني



تأصيل قاعدة: «الضرر يزال»

تستند هذه القاعدة إلى نصوص كثيرة من القرآن والسُّنَّة، وآثار السلف الصالح من الصحابة والتابعين وأتباعهم، كما تستند إلى الإجماع والمعقول، وقد تضافرت كل هذه الأدلة على بيان هذه القاعدة وتأييدها.

أولاً: من القرآن الكريم:

أ ـ نصوص تدل على النهي عن الضرر والمضارة منها: ما نقله الراشدي في «جواهره» بقوله: وأصل هذه القاعدة:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾ (البقرة: ٢٣١).

وجه الاستدلال:

أرشد الله تبارك وتعالى في هذه الآية عباده المؤمنين إلى أن من طلق امرأته ثم بدا أن يراجعها قبل أن تنقضي عدتها لرغبته فيها وندمه على فراقها أن يراجعها، ونهاهم أن يراجعوهن لقصد الإضرار بهن كما يفعل أهل الجاهلية وبعض المسلمين في صدر الإسلام قبل تحديد الطلاق ثلاثاً، إذ لم يكن الطلاق محدداً بعدد معين، ولكن كان له عدة معلومة، فكان أحدهم يطلق المرأة حتى إذا أوشكت عدتها أن تنقضي راجعها ثم يطلقها ثم يراجعها وهكذا، يقصد بذلك الإضرار بالمرأة فلا هو يأوي إليها كما يأوي الزوج لزوجته،

ولا هو يطلق سراحها لتتزوج بغيره، فيضرها ذلك، فأنزل الله ﷻ تحديد عدد الطلاق، ونهاهم عن المراجعة بقصد الإضرار بهن، وكل ذلك لدفع الضرر عن المرأة[١].

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ (البقرة: ٢٢٩).

أفادت هذه الآية مع التي قبلها معنى واحداً متقارباً، وذلك أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد إمساكها، كما يطول بذلك العدة قاصداً إلى الإضرار بها في كل ذلك، قال القرطبي: في هذا المعنى: «فأفادنا هذا الخبر أن نزول الآيتين المذكورتين كان في معنى واحد متقارب، وذلك حبس الرجل المرأة ومراجعته لها قاصداً إلى الإضرار بها، وهذا ظاهر»[٢].

فالتنبيه على منع الإضرار وتحريمه في القرآن الكريم يدل على خطورة هذا الموضوع، وأن نفي الضرر كان أمراً معنياً به في كل صغير وكبير[٣].

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾ (البقرة: ٢٣٣).

---

(١) الطبري: جامع البيان، ٢/ ٤٥٦ و٤٨٠. ـ الواحدي، أسباب النزول، ص ١١١. ـ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/ ١٥٦. ـ إسماعيل علوان، القواعد الفقهية، ص ٣٣٨، ٣٣٩.

(٢) القرطبي: المصدر نفسه، ٣/ ١٥٦.

(٣) الندوي: القواعد الفقهية، ص ٢٩٠.

وجه الاستدلال:

ففي هذه الآية ينهى الله تبارك وتعالى كلّاً من الزوجين اللذين حصل بينهما خصام وفرقة، أن يتخذ الطفل وسيلة للإضرار بالآخر، فتُنهى الأمّ عن الامتناع عن إرضاع طفلها بقصد الإضرار بأبيه، ما دامت تُعطى أجرة مثلها في الإرضاع، ويُنهى الأب عن انتزاع الطفل من أمه بقصد أن يضرها بذلك، ما دامت تقبل أجرة مثلها من المرضعات، وما ذلك إلا لدفع الضرر عن الطفل[١].

وأشار سيد قطب في «الظلال» إلى هذا المعنى بعبارة بليغة بأن جعل وسيلة الإضرار عند الزوجين هو الضغط على الجانب العاطفي فيقول: «فهذه الآية الكريمة فيها حثٌّ على الحنان والرأفة بالوليد، ونفي المضارة بين الزوجين، فلا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين من الطفل سبباً لمضارة الآخر، فلا يستغل الأب عواطف الأم وحنانها ولهفتها على طفلها ليهددها به، أو تقبل رضاعه بلا مقابل، ولا تستغل هي عطف الأب على ابنه له لتثقل كاهله بمطالبها»[٢].

٤ ـ وقال تعالى في شأن الوصية بالدين: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ﴾ (النساء: ١٢).

وقال فيما يتعلق بالبيع: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

فقد دلت هاتين الآيتين وغيرهما على تحريم الضرر ومنعه.

وإنّ من يستقرئ أحكام الشريعة في كل جزئياتها يدرك تماماً أن الشارع الحكيم قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر، وأن الجزئيات تندرج تحت أصل كلي يمكن أن يرجع إليه كل ما كان من هذا القبيل.

---

(١) القرطبي: المصدر نفسه، ٣/ ١٦٧. ـ الطبري، جامع البيان، ٢/ ٤٩٧، ٤٩٨.

(٢) سيد قطب، في ظلال القرآن، ط ١٠، دار الشروق بيروت والقاهرة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م، ١/ ٢٥٤.

٥ ـ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ (النساء: ٥).

وليس الضرر الذي ورد ذكره في القرآن الكريم منحصراً في نطاق اللفظ الذي تتكون مادته من الضرر، بل ورد بصور وأشكال مختلفة مما يؤدي معنى الضرر، ولذلك فقد استدل الفخر الرازي على هذه القاعدة بهذه الآية وهي تُعد من الأدلة الكاشفة عن هذه القاعدة كذلك؛ لأن هذا الأصل مبثوث معناه في سائر الأحكام، قال صاحب تيسير التحرير «فيها دليل على دفع الضرر وذلك لأجل أن لا يتلف ماله قطعاً»[(١)].

فكل من لم يكن له عقل يفي بحفظ المال سواء كان من النساء أو الصبيان والأيتام نهى الله ﷻ عن تمكينه من التصرف في الأموال التي جعلها الله للناس قياماً: أي تقوم بها معايشهم في التجارات وغيرها[(٢)].

والمقصود من ذلك الاحتياط في حفظ أموال الضعفاء والعاجزين، كما ذكر ذلك الرازي وغيره في تفاسيرهم[(٣)].

٦ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ (البقرة: ١٨٨).

٧ ـ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا﴾ (الأعراف: ٥٦).

٨ ـ وقوله ﷻ: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِى ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾ (البقرة: ٢٠٥).

٩ ـ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء: ٢٩).

---

(١) الحسيني محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لابن الهمام، ط ١، ١٣٥٠هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ٢/ ٣٠١.

(٢) الرازي: التفسير الكبير، القول الرابع، ٩/ ١٨٥. ـ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط ٢ دار الفكر، تصوير ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م، ٢/ ٢٠٣.

(٣) الرازي: المصدر نفسه، ٩/ ١٨٣.

١٠ ـ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُوا۟ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (النور: ٢٣).

فهذه الآيات الأخيرة تدل على أن كل ما يضر بالإنسان والحيوان والنبات والأموال هو من قبيل الفساد في الأرض والظلم والعدوان، وأن كل ذلك مما يوجب سخط الله تعالى وعقابه في الآخرة، كما يوجب على الحاكم اتخاذ التدابير الزاجرة لمنعه وإزالة ما يترتب عليه من آثار مادية أو معنوية[١].

ب ـ وردت نصوص تدل على إزالة الضرر بعد وقوعه منها قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ۝ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَٱلطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ﴾ (الأنبياء: ٧٨ - ٧٩).

ففي الآيتين ذكر لحادثة فعل ضار، وهو أن غنم شخص دخلت مزرعة آخر فرعت فيها وأفسدت الغلة، فذهبا إلى كل من داود وسليمان عليهما السلام ليقضيا بينهما، فقضيا بحكمين مختلفين دون أن يذكر في الآيتين حقيقة الحكمين، لكنهما أشارا إلى أن رأي سليمان هو الصواب والعدل الذي يحقق التعادل عن الضرر والعوض، فالآيتين تدلان على إزالة الضرر، وترميم الآثار الناجمة عن الضرر، وقد نقل الطبري عن ابن عباس حُكم سليمان عليه السلام في هذه الحادثة، وهو أن الحرث لا يخفى عن صاحبه ما يخرج منه كل عام، فله من صاحب الغنم أن يبيع من أولادها وأصوافها ومنافعها حتى يستوفي ثمن الحرث في حين كان حكم داود أن يأخذ صاحب المزرعة الغنم؛ لأنها تقارب قيمة الغلة التي أفسدت[٢].

---

(١) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص١٦٦.

(٢) الطبري: جامع البيان في تفسير آي القرآن، ٣٨/١٧. ـ شبير القواعد الكلية، ١٦٦ - ١٦٧.

مجمل القول:

وهكذا يتضح من خلال الآيات القرآنية المتقدمة أن قاعدة: «الضرر يزال» دلت على العمل بها نصوص من الكتاب ومن السُّنَّة ـ كما سيأتي ـ، وتعزيزاً لما ذكر لا بأس أن نورد نصّاً عن الشاطبي على بعض أنواع الأدلة الواردة في القرآن بقوله: «فإن الأدلة قد تأتي في معان مختلفة ولكن يشملها معنى واحد شبيه بالأمر في المصالح المرسلة والاستحسان، فتأتي السُّنَّة بمقتضى ذلك المعنى الواحد فيعلم أو يظن ذلك المعنى مأخوذ من مجموع تلك الأفراد بناء على صحة الدليل الدال على أن السُّنَّة إنما جاءت مبيِّنة للكتاب ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ (النحل: ٤٤)، فلا تجد في السُّنَّة أمراً إلا والقرآن قد دلَّ على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية، ومثال هذا الوجه صُلب معنى قوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(١)].

ثانياً: من السُّنَّة النبوية:

إذا نظرنا إلى سُنّة الرسول ﷺ وقضاياها وجدناها سارية على هذا المنهج مقررة لهذا المبدأ العظيم، فقد وردت عدة أحاديث بنفي الضرر والضرار، وتوجب إزالة الضرر وجبر آثاره، وهي تعبير عن معنى القاعدة من ذلك:

١ ـ ما رواه أصحاب السُّنن والدارقطني أن رسول الله ﷺ قال: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(٢)].

---

(١) الشاطبي: الموافقات، ٤/ ٤٧ الدليل الثاني (السُنّة).

(٢) رواه ابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب مَن بنى في حقه ما يضر بجاره، ٢/ ٧٨٤، وأشار المعلق نقلاً عن مصباح الزجاجة إلى تضعيفه بجابر الجعفي، وأخرجه أحمد في المسند، ١/ ٣١٣، وقد جاء الحديث من طريق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم وبألفاظ مختلفة، فجاء من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «قضى أن لا ضرر ولا ضرار»، وأخرجه ابن ماجه في الموضع السابق وأشار المعلق نقلاً عن مصباح الزجاجة إلى أن رجاله ثقات، إلا أنه منقطع، وأخرجه أحمد ٥/ ٣٢٦، ٣٢٧. وجاء أيضاً من حديث =

ـ أقوال العلماء في متن الحديث وسنده:

نقل الراشدي في «جواهره» عن النووي بعض ما ذكره العلماء في درجة هذا الحديث فقال: «حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً»(١).

ونقل أيضاً عن ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم قوله: أما ابن ماجه فخرّجه عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ «قضى أن لا ضرر ولا ضرار»(٢).

ولعل أجود الطرق لهذا الحديث ما رواه الحاكم وغيره عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال: «**لا ضرر ولا ضرار، من ضارّ ضارّه الله، ومن شاق شقّ الله عليه يوم القيامة**»(٣). وقد ورد الشطر الأخير

= أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه**». وأخرجه البيهقي في السُّنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ٦/ ٦٩. وأخرجه الدارقطني في ك البيوع ٣/ ٧٧.

ـ وجاء أيضاً من حديث جابر بن عبد الله وعائشة رضي الله عنهما أوردهما الهيثمي في مجمع الزوائد، ٤/ ١١٣ وعزاهما إلى الطبراني في الأوسط، وذكر أن في حديث جابر: محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وفي حديث عائشة رجل متهم بالكذب.

ـ ورواه مالك مرسلاً من حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ٦/ ٧٤٥، والحديث صححه الألباني في السلسلة الصحيحة ١/ ٩٩.

(١) الراشدي الجواهر، ص ١٣٥، ١٣٦ نقلاً عن النووي يحيى بن شرف الدين شرح متن الأربعين النووية، تحقيق عبد الله إبراهيم الأنصاري الناشر مكتبة جدة، السعودية (دت)، ص ١٢٤ بتصرف.

(٢) الراشدي: المرجع نفسه، ص١٣٦ نقلاً عن ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص ٢١٩ - ٢٢٠.

(٣) هكذا بلفظ الحاكم وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي على ذلك، ينظر: الحاكم في المستدرك مع تلخيص الذهبي، كتاب البيوع، ط بيروت، =

من الحديث في صحيح البخاري بلفظ: «**من شاق شق الله عليه يوم القيامة**»[(١)].

وقال ابن عبدالبر: «لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، قال: ولا يسند من وجه صحيح، ورواه أيضاً ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت وفيه انقطاع، ومن حديث ابن عباس رضي الله عنهما وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف، ورواه الدارقطني والحاكم والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري، وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم، وقال البيهقي: تفرد به عثمان عن الدراوردي، وخرّجه الطبراني من وجهين ضعيفين عن عائشة وجابر رضي الله عنهما، وخرّجه الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وقال أبو عمرو بن الصلاح: «هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعهما يُقوّي الحديث ويحسنه، وقد تقبّلته جماهير أهل العلم واحتجوا به»[(٢)].

هذا وقد أجاد الإمام الشاطبي في قوله: «أنّ الحديث المذكور «**لا ضرر ولا ضرار**» رغم كونه من الأدلة الظنية داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، حيث إن الضرر والضرار مثبوث منعُه في الشريعة كلها على وقائع جزئيات وقواعد كليات، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ (البقرة: ٢٣١)، ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ (الطلاق: ٦)، ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا﴾ (البقرة: ٢٣٣)، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم

= ٢/ ٥٧، ٥٨، والشطر الثاني من الحديث رواه أبو داود في سننه عن طريق أبي صرمة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**من ضارّ أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه**»، ينظر: سنن أبي داود مع عون المعبود، ط ٢، المكتبة السلفية، المدينة المنورة ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٩م، ١٠/ ٦٤.

(١) صحيح البخاري بفتح الباري، ط دار الفكر، ترقيم محمد فؤاد عبدالباقي، ١٣/ ١٢٨.

(٢) ابن الأثير: جامع الأصول في أحاديث الرسول، ٦/ ٦٤٤، ٦٤٥، مطبعة الملاح، ومثله للمناوي في فيض القدير، ٦/ ٤٤٦.

وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مِراء فيه ولا شك، وإذا اعتبرت أخبار الآحاد وجدتها كذلك»[١].

وقد نبّه الحافظ ابن عبد البر أيضاً إلى هذا المعنى فقال: «وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول، وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**حرم الله من المؤمن دمه وماله وعرضه، وأن لا يظن به إلا الخير**»[٢]، وقال: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**»[٣] يعني من بعضكم على بعض، وقال حكاية عن ربه ﷻ: «**يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي فلا تظالموا**»[٤]، وقال الله ﷻ: ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾ (طه: ١١١)».

«والذي يصح في النظر ويثبت في الأصول: أنه ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا، إلا أنَّ له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيح له من السلطان، والاعتداء بالحق الذي له هو مثل ما اعتدى به عليه، والانتصار ليس باعتداء ولا ظلم ولا ضرار إذا كان على الوجه الذي أباحته السُّنَّة...»[٥].

---

(١) الشاطبي: الموافقات، تحقيق محي الدين عبد الحميد، ط مصر محمد علي صبيح، ٣/ ٩ - ١٠.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، من اسمه عبد الله وما أسند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما - طاوس، حديث: ١٠٧٦٢ بلفظ «عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: نظر رسول الله ﷺ إلى الكعبة فقال: «**لا إله إلا الله ما أطيبك، وأطيب ريحك، وأعظم حرمتك، والمؤمن أعظم حرمة منك، إن الله ﷻ جعلك حراماً، وحرم من المؤمن ماله ودمه وعرضه، وأن نظن به ظناً سيئاً**».

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ: رب مبلغ - حديث: ٦٧. ورواه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث: ٣٢٦٦ عن نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفي.

(٤) رواه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث: ٤٧٨٠ وأحمد في مسند الأنصار حديث أبي ذر الغفاري حديث: ٢٠٨٩٣، وصححه الألباني، ابن حبان في صحيحه، كتاب الرقائق، باب التوبة، ذكر الإخبار عما يجب على المرء من لزوم التوبة في جميع، حديث: ٦٢٠ عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ عن الله تعالى.

(٥) ابن عبد البر، التمهيد ٢٠/ ١٦٠ - ١٧٥ - ١٨٥.

وجه الاستدلال بالحديث:

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نفى الضرر مطلقاً؛ لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، فلا يكون النفي واقعاً على الإمكان ولا على الوقوع الفعلي؛ لأن كُلاًّ من الضرر والضرار واقع وموجود بكثرة، فلا يصح أن يراد نفي ذلك أو إذا انتفى أن يكون المراد نفي الإمكان أو الوقوع، فتعين أن يكون المراد به أنه يجوز الضرر والضرار في ديننا، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم[١].

فينفي ألا يكون هناك ضرر من إنسان لنفسه ولا لغيره؛ لأن الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً والضرار مقابلة الضر بالضرر[٢].

والحديث نص في تحريم الضرر مطلقاً؛ لأن النفي بـ (لا) الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع؛ لأنه نوع من الظلم إلا ما خص بدليل كالحدود والعقوبات[٣].

وخبر لا النافية هو كائن أو جائز، أي لا ضرر جائز ولا ضرار جائز في الإسلام، فالغرض من الحديث منع الضرر أيًّا كان، ولهذا فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره، ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار، فكأن النبي ﷺ يقول: لا تضروا ولا تقابلوا الضرر بضرار، وهذه مرتبة عليا، إذ لم يقابل الإنسان إضرار الناس بالضرار، كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ (الشورى: ٤٠).

وأفضل ما قيل في شرح هذا الحديث، ما ذكره ابن رجب في عبارة موجزة وَفّت بالغرض المراد: «إن الضرر معناه به من لا يضره، والضرار أن يضر بمن أضر به على وجه غير جائز»[٤].

---

(١) بخيت: الحاشية على شرح الأسنوي، ٤/ ٣٥٧.

(٢) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٧٧. ـ الأتاسي، شرح المجلة، ١/ ٢٤.

(٣) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

(٤) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص ٢٦٧.

فقوله على وجه غير جائز شرعاً: احترز به مما لو كان الضرر مشروعاً، أي مأذوناً فيه، والنبي ﷺ إنما نفى الضرر، والضرار بغير حق، فأما إدخال الضرر على من يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعاً، وأما غير ذلك من الأضرار فلا يجوز إلحاقها بأحد والنهي يشملها، جاء في إحكام الأحكام: «وهو لا شك ـ أي حديث لا ضرر ولا ضرار ـ قاعدة من قواعد الدين يدل على تحريم الضرار على أي صفة كان»[(١)].

وعليه، فالضرر سواء كان ناتجاً عن فعل غير مشروع أو فعل مشروع يقصد به الإضرار، فلا يجوز إحداثه، ويقول ابن دقيق العيد في إحكام الإحكام أيضاً: «والمضارة معناها على القصد والإرادة، أو على فعل ضرر عليه، فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح أو فعل ضرراً من غير استحقاق، فهو مضار»[(٢)].

- ولكن ما حكم الأفعال المشروعة إذا أدّت إلى ضرر من غير قصد من فاعلها، فهل تكون مضارًّا أم لا؟ قال بعض أهل العلم: «أما إذا فعل الضرر المستحق للحاجة إليه والانتفاع به، لا بقصد الإضرار فليس بمضار»[(٣)].

ولكن هذا الكلام يحتاج إلى تفصيل، فقد يكون الضرر الذي يلحق بالآخرين جسيماً مقابل منفعة زهيدة لصاحب الفعل المشروع.

مما تقدم يظهر أنه لا يجوز إلحاق الضرر بالآخرين، ولو كان الفعل مشروعاً في ذاته؛ لأن «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» فيكون بالتالي نهياً عن الأسباب التي تؤدي إليه، سواء كان الضرر مقصوداً أم غير مقصود،

---

(١) النجدي عبدالرحمٰن بن حمد بن القاسم، إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام، المطبعة التعاونية بدمشق، ٣/ ٨٦ - ٨٩.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) نفسه.

اجتثاثاً لواقعة الضرر في أية صورة من صوره بمنع أسبابه المحرمة، وكذلك أسبابه المشروعة في الأصل، إذا أدت إلى إحداث ضرر جسيم بالآخرين، وهذا ما يدل عليه عموم الحديث، وإطلاقاً لمراد الشارع إلى أقصى ما يمكن أن يتضمنه اللفظ من الصور، إلا ما استثني منها بدليل، وهو الذي يقتضيه عموم الحديث وإطلاقه[١].

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض فقهاء المالكية خص النهي عن الضرر في الحديث بالضرر الذي يلحق الجار فحسب[٢].

غير أن هذا التخصيص لم يقل به أحد، والجمهور على خلافه، بل هو محض تحكم، ولا دليل يسنده، ولذلك فقد شدّد العلامة الشوكاني في الإنكار على هذا التخصيص، وجزم بأن معنى الحديث يدل على تحريم الضرار على أيِّ صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص هذا العموم، ومن ادعى جواز المضارة في بعض الصور فعليه بالدليل، فإن جاد به قبلتُه، وإلا ضربتُ بهذا الحديث وجهه، فإنه قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات[٣].

وجاء في بدائع المنن: أن في الحديث تحريماً لسائر أنواع الضرر إلا بدليل مخصص؛ لأن النكرة في سياق النفي تعمّ، وفيه إلحاق أصله لا لحوق ولا إلحاق أو ضرر ولا ضرار بأحد، فبين اللفظين فرق والمعنى: أن الضرر منتف في الشرع أصلاً، ولا يجوز إدخال الضرر على أحد[٤]، ولعل هذا المعنى

---

(١) بوساق محمد مدني، التعويض عن الضرر، ص١٣٣ - ١٣٤.

(٢) الباجي القاضي أبو الوليد الأندلسي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، ط ١، سنة ١٣٣٢هـ مطبعة السعادة بمصر، ٦/ ٤١.

(٣) الشوكاني: نيل الأوطار، ٥/ ٣٨٧.

(٤) الساعاتي أحمد عبدالرحمٰن، بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٩هـ دار الأنوار للطباعة والنشر ٢/ ١٩٣.

مما دلت عليه المعاني اللغوية لكلا اللفظين؛ إذ جاء في كتب اللغة أن الضرر هو الاسم، والضرار هو الفعل[١].

وقال الطوفي في شرح الحديث: «فيه حذف، أصله لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ولا فعل ضرار مع أحد، ثم المعنى لا لحوق ضررٍ شرعاً إلا بموجب خاص مخصص، أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلٰهي لا ينتفي، أما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص؛ فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها وهو مشروع بالإجماع، وإنما كان ذلك دليلاً خاصّاً»[٢].

٢ ـ ما رواه أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد[٣] من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال ومع الرجل أهله، قال فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ وذكر له ذلك، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى قال: «**فهَبْه له ولك كذا وكذا**» أمراً ورغبة فيه فأبى، فقال: «**أنت مضار**»، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «**اذهب فاقلع نخله**»[٤].

---

(١) البستاني بطرس: محيط المحيط، ٢/ ١٢٤٣.

(٢) الطوفي: شرح حديث «**لا ضرر ولا ضرار**» ملحق بكتاب المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد، ص٢٠٦.

(٣) قال الأصمعي: إذا صار للنخلة جذع يتناول المتناول منه، فتلك النخلة العضيدة وجمعه عضدان، ينظر: السهارنفوري، بذل المجهود في حل سنن أبي داود، ١٥/ ٣٦١، ط دار الكتب العلمية، لبنان.

(٤) رواه أبو داود، السُّنن، كتاب الأقضية باب من القضاء، حديث: ٣١٧٠ عن سمرة بن جندب الفزاري. ينظر: السهارنفوري، بذل المجهود ١٥/ ٣١٦، وفي روايته في سنن أبي داود من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل ومع الرجل أهله، ينظر: سنن أبي داود، باب القضاء، الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي، ص ٢٨٥.
ـ ابن رجب: جامع العلوم والحكم، روايات متعددة، ص٢٩٦ وما بعدها.

وجه الاستدلال بالحديث:

أنـه لا يجوز للمسـلم إلحـاق الضرر بأخيه المسـلم، فإن صـدر منه ذلك فعليه إزالة الضرر بنفسه، فإن امتنع عن ذلك فيجوز للحاكم أن يأمر من يقوم بإزالتـه طوعاً أو كرهاً كما حدث في هذا الحديث، فلما كان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة عليه، ويطّلع على أهله عند الدخول إلى نخله، أو لمـا يكـون أعلاهـا يقطف ثمارها، فحـاول أن يتفاهم معه بالحسـنى فأبى، فشكاه للرسول ﷺ، فحكم عليه أن يقبل منه بدلها أو يتبرع له بها، فلم يفعل رغـم أنه وعده بأن يعوضه الله أحسـن منها فـي الجنة، فهنا يجب إزالة الضرر مهما كان، فأذن الرسول ﷺ لصاحب الأرض قلعها، وقال لصاحب الشجرة: «**إنما أنت مضار**».

ولا شك أن هذه المسألة توضح مدلول قوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**».

٣ ـ وقوله ﷺ: «**كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**»[(١)]، فهو يدل على عدم إلحاق الضرر بالغير.

٤ ـ وقولـه ﷺ: «**علـى اليد ما أخذت حتى تؤديـه**»[(٢)]. فالحديث يدل على

---

(١) أخرجـه مسـلم، كتـاب البـر والصلـة والآداب بـاب تحريم ظلم المسـلم، حديـث: ٤٧٥٦. والترمـذي سـنن الجامـع الصحيـح، الذبائح أبـواب البر والصلـة عن رسـول الله ﷺ، باب ما جاء في شـفقة المسـلم على المسلم حديث: ١٨٩٩، ٤/ ٣٢٥، وقال حسن غريب، ورواه أبو داود في السُنن، كتاب الأدب باب في الغيبة، حديث: ٤٢٥٩ وصححه الألباني، عن أبي هريرة الدوسي.

(٢) أخرجه الحاكم في المسـتدرك، كتاب البيوع وأما حديث أبي هريرة ـ حديث: ٢٢٤٣ وقال: «هـذا حديث صحيح الإسـناد على شـرط البخاري ولـم يخرجاه». أخرجـه الترمذي، كتاب البيـوع، أبـواب الجنائـز عن رسـول الله ﷺ أبـواب البيوع عن رسـول الله ﷺ، بـاب ما جاء فـي أن العاريـة مـؤداة، حديـث: ١٢٢٤، ٣/ ٥٦٦ عن الحسـن عن سـمرة بن جندب، وعلق علـى الحديـث فقال: «قال قتادة: ثم نسـي الحسـن، فقال: فهو أمينك لا ضمـان عليه، يعني: العارية: هذا حديث حسـن، وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم إلى هـذا، وقالـوا: يضمن صاحـب العارية، وهو قول الشـافعي، وأحمد، وقال بعـض أهل العلم =

وجوب رد المقبوض من مال الغير، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو مَنْ يقوم مقامه، ويدخل في ذلك الغصب والوديعة والعارية[١]؛ فالغاصب المعتدي على مال الغير يبقى مسؤولاً عن أخذه المال حتى يرده إلى مالكه، وفي ذلك رفع للضرر[٢].

٥ ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه قال: «من تطبَّب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن»[٣]. فالحديث يدل على تضمين المتطبب ما أتلفه من نفس فما دونها، سواء أصاب بالسراية أم بالمباشرة، وسواء كان عمداً أم خطأً؛ لأن المتطبّب تكلف الطب ولم يكن طبيبا، فالمتطبب من ليس له خبرة بالعلاج[٤].

٦ ـ عن يحيى بن سعيد، قال: كان سعيد بن المسيب، يحدث أن معمراً، قال: «قال رسول الله ﷺ: «**من احتكر فهو خاطئ**»، فقيل لسعيد: فإنك تحتكر، قال سعيد: إن معمرا الذي كان يحدث هذا الحديث، كان يحتكر»[٥].

= من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف، وهو قول الثوري، وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق». أما الألباني فقد ضعفه.

(١) خان نور الحسن بن صديق خان، فتح العلام لشرح بلوغ المرام، مؤسسة دار الكتب الثقافية، الكويت.

(٢) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص١٨٦.

(٣) أخرجه الدارقطني في السُّنن، كتاب الحدود والديات وغيره حديث: ٢٩٩٨، عن عبد الله بن عمرو بن العاص. والحاكم في المستدرك، كتاب الطب أما حديث شعبة ـ حديث: ٧٥٥١. بلفظ: «من تطبب ولم يعرف منه طب فهو ضامن». قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وابن ماجه في السنن، كتاب الطب، باب من تطبب، حديث: ٣٤٦٤، والنسائي السنن الكبرى، كتاب القسامة، صفة شبه العمد، حديث: ٦٨٢٠ وحسنه الألباني. ينظر: الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ٣/ ٢٥٠.

(٤) الصنعاني: المصدر نفسه. ـ نور حسن خان فتح العلام ٢/ ٢٠٥.

(٥) رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم: ٣٠٩٧، وأبو عوانة، كتاب البيوع، باب الخبر الناهي عن الاحتكار والكراهية منه، رقم: ٤٤٥١، عن معمر بن عبد الله.

وجه الاستدلال:

فهذا الحديث يدل على مسألة هامة في المعاملات التجارية وهي: جواز فرض الحظر على احتكار السلع التي هي مِن مقومات الحياة، متى أدى ذلك إلى الضرر بعامة الناس، كما يستفاد ذلك من تعليق الإمام المازري المالكي على هذا الحديث فيقول: «أصل هذا مراعاة الضرر، فكل من أضرّ بالمسلمين وجب أن ينفى عنهم، فإذا كان شراء الشيء بالبلد يغلي سعر البلد ويضر بالمسلمين امتنع المحتكر من شرائه نظراً للمسلمين عليه، كما قال العلماء: إنه إذا احتيج إلى طعام رجل واضطر الناس إليه أُلزم بيعه منهم، فمراعاة الضرر هي الأصل في هذا»[(١)].

٧ ـ صح عن النبي ﷺ أنه قال: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ولْيَحدّ أحدكم شفرته ولْيُرِح ذبيحته**»[(٢)].

وجه الدلالة من الحديث:

أنّ المسلم كما هو منهي عن الضرر والضرار فإنه مأمور بالإحسان، قال تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ١٩٥). فهذه النزعة الإنسانية الكريمة وهي من مظاهر الشفقة والرحمة، تبرهن على نفي الضرر والضرار في كل دقيق وجليل، وعلى أن الشريعة وفي جميع أحكامها تتوخى العدل والسعة والسماحة[(٣)].

---

(١) المازري أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر، المعلم بفوائد مسلم، تقديم وتحقيق محمد الشاذلي النيفر، الطبعة الأولى، الدار التونسية للنشر، تونس ١٩٨٧، ٢/ ٢١٢.

(٢) رواه ابن ماجه في السنن، كتاب الذبائح، باب «**إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة**» حديث: ٣١٧٠، ٢/ ١٠٥٨، ورواه الترمذي: وقال: هذا حديث حسن صحيح، جامع الترمذي، الطبعة الثانية تحقيق إبراهيم عطوه عوض، كتاب الديات، باب ما جاء في النهي عن المثلة، حديث: ١٣٦٦، ٤/ ٦٣. والنسائي في السنن الصغرى، كتاب الصيد والذبائح الأمر بإحداد الشفرة، حديث: ٤٣٥٣، عن شداد بن أوس. وصححه الألباني.

(٣) الندوي على أحمد، القواعد الفقهية، ص ٢٩٢.

فهذه الأدلة وغيرها تدل على مدى حرص الإسلام على حقوق الآخرين وإزالة الضرر عنهم، وسوف ننظر إلى فهم الصحابة رضوان الله عنهم لمدلول هذه القاعدة.

ثالثاً: نصوص من الآثار:

١ ـ روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه: أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد، فقال له الضحاك: لِمَ تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أوّلاً وآخراً ولا يضرك، فأبى محمد، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا محمد بن مسلمة، فأمره بأن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله لَيَمُرنَّ له ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك[(١)]، فقد فهِم الصحابة رضوان الله عليهم أنه يمنع إلحاق الضرر بالغير، ويجب إزالته عند وقوعه.

٢ ـ عن علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ أن رجلين جاءا إليه ليشهدا على رجل بالسرقة فقطعه عليّ، ثم أتياه بآخر فقالا هذا الذي سرق وأخطأ في الأول، فلم يجِز شهادتهما على الآخر، وأغرمهما الدية للأول؛ (أي دية اليد المقطوعة)، وقال: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»[(٢)].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث: ١٤٢٩، عن عمر بن الخطاب. ينظر: الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط ١، تصوير بيروت دار الكتاب العربي بمصر، مطبعة السعادة سنة ١٣٣١هـ. ٦/ ٤٧.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص ٨/ ٤٢. وأخرجه عبدالرزاق الصنعاني في المصنف، كتاب العقول، باب من نكل عن شهادته، حديث: ١٧٧٩٣ عن علي بن أبي طالب.

فهذا الأثر يدل على أن خطأ الشهود في شهادتهم يعدّ تسبباً في الضرر، ويوجب الضمان[١].

٣ ـ روى معاوية بن أبي سفيان أنه أُوتيَ بمجنون قتل رجلاً، فكتب إليه معاوية أن أعقله ولا تُقِدْ منه فإنه ليس على مجنون قَود[٢]. فهذا النص يدل على أن المجنون مسؤول في ماله إذا صدر منه فعل ضار، كالقتل فإنه يتحمل الدية من ماله؛ لأن فعله من غير قصد يشبه قتل الخطأ، وقتل الخطأ يختص بالعقل دون القصاص[٣].

٤ ـ وروى عن علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ أنه ضمّن الغسال والصباغ، وقال: «لا يصلح الناس إلا بذلك»[٤].

فقد ضمنه ما يتلف بعمله، أو ما يضيع عنده، وهذا استحسان على خلاف القواعد القياسية؛ لأن هؤلاء أجراء، و«الأجير لا يضمن إلا بالتعدي على الأمانة أو التقصير في حفظها»[٥].

رابعاً: الإجماع:

أجمع العلماء على تحريم أكل أموال الناس بالباطل، كما أجمعوا على تحريم الدماء إلا بحقها، كما أجمعوا على تحريم الأعراض وانتهاكها، وقد قررت الشريعة الإسلامية حفظ الضروريات، ومَنعت كل اعتداء عليها، وشرعت

(١) الزرقا مصطفى أحمد: الفعل الضار والضمان فيه، ص ٤٠.
(٢) السيوطي: الموطأ مع تنوير الحوالك. ٢/ ١٨٢.
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، جماع أبواب تحريم القتل ومن يجب عليه القصاص ومن لا قصاص، باب من عليه القصاص في القتل وما دونه، حديث: ١٤٨٨٤عن معاوية بن أبي سفيان. ينظر: الباجي، المنتقى، ٧/ ٧١.
(٤) المطيعي: تكملة المجموع، ١٣/ ٥٧١.
(٥) الزرقا مصطفى: الفعل الضار، ص ٥٢.

مـن الأحكام ما يرتب المسـؤولية علـى المعتدي عليها، ويلزمـه بتحريم الآثار الناجمـة عن اعتدائه، هـذا ما قرره كثير من العلماء منهم السـالمي وابن قدامه وابن تيمية والشاطبي وغيرهم[١].

يقول السـالمي في هـذا الصدد: «فهذه الضروريـات الخمس التي روعيت في كل ملة فشُرع حفظها في كل شريعة...»[٢].

خامساً: من المعقول:

ويؤيد ما تقدم من الأدلة النقلية دليل عقلي، فقد ثبت عقلاً أن إباحة الضرر قبيحة، والقبح لا يليق إن صدر من البارئ ﷻ ؛ ذلك أن المولى تبارك وتعالى قد وصف نفسـه ووصف شـرعه بأنه إصلاح لشـؤون العباد، فلا يشـرع ما هو قبيح أو فيه ضرر، فثبت عقلًا أن الضرر منفي ومرفوع[٣].

(١) السـالمي: طلعـة الشـمس، ٢/ ١٢٠. ـ ابـن قدامـة: المغنـي، ٧/ ٦٣٥. ـ ابن تيميـة: مجموع الفتاوى، ١٤/ ٨٦. ـ الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٩، ١٠.

(٢) السـالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١٢٠. ـ شـبير محمد: القواعد الكلية، ص ١٦٩ - ١٧٠. ـ عزام عبدالعزيز: قواعد الفقه، ص ١٥٧.

(٣) عزام عبدالعزيز: المرجع نفسه، ص ١٥٨.

المبحث الثالث

أنواع الضرر، ضوابطه وطرق إزالته

المطلب الأول
أنواع الضرر

يتنوع الضرر أو الفعل الضار حسب اعتباره إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ باعتبار محله: يتعلق الضرر بالدين والنفس والعقل والعرض (النسب) والمال[١].

٢ ـ باعتبار دور فاعله: إلى ضرر بالمباشرة، أو غير المباشر كما يلي:

أ ـ الضرر المباشر:

وهو فعل الضرر من غير واسطة، كالمباشر للقتل، وبعبارة أخرى: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو ضرب غيره فمات[٢].

وقد تناولت كتب الفقه قديماً تعريف المباشرة في إحداث الضرر من ذلك: أن المباشرة هي إيجاد علة التلف، فالضرر المباشر على هذا هو الفعل

---

(١) شبير محمد: القواعد الكلية، ص ١٧٠.

(٢) شبير محمد: المرجع نفسه.

الذي نتج عن علة المباشرة[١] وقيل: حد المباشر أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[٢].

وعرفت المجلة العدلية: المباشرة هي إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله مباشر، فالضرر المباشر إذاً هو ما حصل في شيء بالذات، ويقال لمن حصله فاعل مباشر[٣].

وعليه، يكون تعريف الضرر المباشر هو: ما حصل بفعل من غير أن يتخلل بين حصوله والفعل المنتج له فعل مختار[٤].

فهذه التعريفات جميعها قد وضحت أن الضرر المباشر هو ما كان من فاعل مباشر دون أن يتوسط بين الفاعل، وحدوث الضرر فعل آخر غير الأول، أو هو ما كان نتيجة تأثير لفعل بذاته دون واسطة، وكان الفعل المنتج للضرر علة مباشرة له، كالذبح بسكين، فإن الذابح جالب للموت بذاته، وهو في الوقت نفسه علة للموت، والإتيان بهذه العلة يسمى مباشرة، بحيث يضاف الهلاك إلى المباشرة في العادة، إضافة حقيقية كما إذا قَتل إنساناً أو دابة أو أخرق ثوب شخص، أو قطع شجرة، أو أراق عصيره، أو هدم بناءه[٥].

(١) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٤٨.

(٢) القرافي: الفروق، ٤/ ٢٧. ـ الحموي أحمد: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١/ ١٩٦.

(٣) حيدر علي: شرح مجلة الأحكام العدلية، ٢/ ٤٥٢.

(٤) القرافي: الفروق، ٤/ ٢٧. ـ الحموي أحمد: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١/ ١٩٦.

(٥) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٤٨ و١٩٤. ـ الكاساني، بدائع الصنائع، ٧/ ١٦٤. ـ الرافعي، فتح العزيز، ١١/ ٢٣٩. ـ الحموي أحمد: غمز عيون البصائر، ١/ ١٩٦. ـ ابن رشد: بداية المجتهد، ٢/ ٣٦٣. ـ ابن رجب: القواعد، ص ٢١٨. ـ القرافي: الفروق، ٤/ ٢٧. ـ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة الخامسة ١٣٨٨هـ، ٢/ ٣٦. ـ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة ١٩٧١م، نشر معهد البحوث والدراسات العربية مصر، ص ٧٤. ـ بوساق مدني: التعويض عن الضرر، ٤٩، ٥٠.

ب ـ الضرر غير المباشر:

والنوع الثاني ضرر بالتسبب، وعرفه الفقهاء بتعريفات عديدة منها:

١ ـ أن يكون الإنسان سبباً في حصول ضرر بغيره، وبعبارة أخرى، أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، كمن حفر بئراً فوقع فيه إنسان فمات[١].

٢ ـ هو ما حصل بفعل ناتج عن علة أخرى، حيث كانت هذه العلة هي المقتضية لوقوع الضرر[٢].

٣ ـ وقيل هو ما حدث بفعل متسبب، وتخلل بين وقوعه وفعل المتسبب فعل مختار[٣].

٤ ـ وعرفته المجلة بأنه: ما أفضى إليه فعل نتج عن إحداث أمر في شيء وكان يؤدي إليه عادة، ويقال لمن أحدثه متسبب[٤]، كما إن قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، فيكون حينئذ قد تلف الحبل مباشرة وكسِر القنديل تسبباً، وكذلك إذا شقَّ أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً[٥].

خلاصة القول:

الضرر غير المباشر هو ما كان ناتجاً ليس عن السبب الأصلي مباشرة بل على علة أخرى متوقع حدوثها غالباً[٦]. أو هو ما كان يفعل في محل أفضى

---

(١) قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص١٢٩.

(٢) القرافي: المصدر نفسه، ٤/ ٢٧.

(٣) الحموي أحمد: المصدر نفسه، ١/ ١٩٦.

(٤) حيدر علي: المرجع نفسه، المادة (٨٨)، ٢/ ٤٥٣.

(٥) بوساق محمد: التعويض عن الضرر، ص٦٣ - ٦٤.

(٦) المحمصاني صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط ٢ (دت) دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ١/ ١٨٠.

إليه بواسطة فعل آخر متوسط بين السبب الأصلي والضرر الحادث، كأن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله الذي باشره، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق، هو الذي اتصل فيمن وقع فيه فمات، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر؛ لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر، فيكون المتسبب قد أثر في التلف، ولم يحصله بذاته.

- وصور التسبب في الضرر قد تكون حسية، كحفر الآبار في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو كان الحفر في أرضه لكنه قصد الإضرار بالغير، وكذا إيقاد النار قريباً من الزرع أو الأندر فتعدو فتحرق ما جاورها، وكَرَمي ما يزلق في الطرقات فيعطب بسبب ذلك حيوان أو غيره، وقد يكون التسبب شرعياً، كشهادة الزور على بريء بالقتل أو السرقة وغير ذلك، كالكلمة الباطلة عند سلطان ظالم إغراء على مال إنسان، فيأخذه الظالم[1]، وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق، وكترك صَون مال المسلم مع القدرة على ذلك حتى يضيع أو يهلك، وكمَن مرَّ على شبكة الصيد فوجد فيها صيداً يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات، قد تسبب في إتلافه، ومثله مَنْ مرَّ بِلُقَطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها، فإن تركها مع قدرته على أخذها فقد تسبب في إتلافها[2].

ج ـ الضرر باعتبار هيئته يتنوع إلى ضرر مادي ومعنوي:

أ ـ الضرر المادي: كالضرب والقتل وسرقة الأموال وغير ذلك، وينقسم إلى ضرر جسمي وضرر مالي:

(١) العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٥٥. ـ ابن رجب: القواعد، ص٢١٩. ـ البغدادي أبو محمد بن غانم بن محمد، ت ١٠٣٠هـ، تحقيق: محمد أحمد سراح، علي جمعة محمد، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ١/ ٣٨١.

(٢) القرافي: الفروق، ٢/ ٢٠٦. ـ ابن جزيء: القوانين الفقهية، ص٣٦. ـ الزيلعي: تبيين الحقائق، ٥/ ١٤٩. ـ الكاساني: بدائع الصنائع، ٦/ ٢٠٠.

- أما الضرر الجسمي: هو ما كان محله جسد الإنسان سواءً أكان بإبانة عضو من الأعضاء، أم بتعطيل معنى من المعاني، أم جرح، أم تشويه بنقص الجمال، أم عاهة تُقعد عن العمل والكسب[١].
- أما الضرر المالي: وهو ما كان محله مالاً، سواءً أكان حيواناً أم منقولاً أم عقاراً، وسواءً أكان الضرر الذي لحق به إتلافاً تامّاً للذات، أم تعطيلاً لبعض الصفات، أم حدوث نقص فيها أم تعييب، حيث يخرج نقصان قيمته.

هذا وينفرد الضرر الجسمي في كونه مضموناً بالهلاك تحت الأيدي الضامنة، ولو لم يحدث من الضامن مباشرة، أو تسبب في إحداث الضرر، حيث حدث الهلاك بسبب أجنبي لا بد للضامن فيه، كالآفة السماوية أو بفعل غيره[٢].

ب ـ الضرر المعنوي أو الأدبي: والضرر المعنوي هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره، أو التعدي على الغير في حريته، أو في شرفه أو سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو غير ذلك.

وسمي الضرر أدبيّاً أو معنويّاً؛ لأنه غير مادي؛ فإن محله العاطفة والشعور، ويظهر فيما لو شتم أحد غيره فآلمه في نفسه، أو رماه بما يكره، أو لطمه على وجهه، أو جرحه ولم يترك أثراً ولم يفوت منفعة[٣]، كأن يقول له يا ابن الأسودين، أو يا كلب أو يا خنزير، أو يا منافق أو يا فاجر أو يا عدو الله[٤]... وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بحماية الجنس البشري من جميع الآفات، وخصته بالتكريم والتفضيل، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (الإسراء: ٧٠)،

(١) بوساق محمد: التعويض عن الضرر، ص٣٩.
(٢) بوساق محمد: المرجع السابق، ص٤٠ - ٤٣.
(٣) بوساق محمد: المرجع نفسه، ص٢٩. ـ شبير محمد: القواعد الكلية، ١٧١.
(٤) الثميني عبد العزيز: الورد البسام، ص١٤٦.

فجاءت الشريعة تجسيداً لهذا التكريم الرباني للإنسان، فصانت كل مقوماته وحفظتها من عبث العابثين، فليس هذا الكائن البشري كمّاً مهملاً، يعبث به من شاء ومتى شاء، ومِن هنا حرّمت شريعة الإسلام إيذاء الناس بغير حق، سواء في أموالهم، أو في أجسادهم، أو في أعراضهم وعواطفهم ومشاعرهم.

ـ فكما وضعت حدوداً لردع وزجر المعتدي على أموال الناس وأنفسهم، كذلك وضعت حدّ القذف وعقوبات أخرى غير مقدرة، حماية للأعراض، وصيانة للمجتمع من شيوع الرذيلة والفساد، فالجانب المعنوي في الإنسان لا يقل أهمية عن الجانب المادي فيه[1].

(١) بوساق محمد: المرجع نفسه، ص٢٩.

المطلب الثاني
ضوابط الضرر

لإعمال قاعدة: «الضرر يزال» وضع الفقهاء ضوابط وشروطاً تضبط الفعل الضار وتتمثل فيما يلي:

١ ـ أن يكون الضرر محققاً:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون محققاً في الحال أو المستقبل، فلا تبنى الأحكام على ضرر موهوم أو نادر الحصول، عملاً بقاعدة: «لا عبرة للتوهم»، المتفرعة عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» فلا يقال: إن كثرة إنجاب النسل يترتب عليه ضرر بالغ في الاقتصاد الوطني، فهذا ضرر موهوم؛ لأن الله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان ومتطلباته، وذلك إذا أحسن توظيف الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد[١]، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّقَوْا۟ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا۟ فَأَخَذْنَٰهُم بِمَا كَانُوا۟ يَكْسِبُونَ﴾ (الأعراف: ٩٦).

- ومن الأمثلة على الضرر النادر الحصول: بناء الشخص جداراً في أرضه، فادعى جاره أنه يحجب عنه الهواء، فلا يكون ذلك ضرراً مخلّاً بالمصلحة المشروعة؛ لأنه لا يقع حجب الهواء، وإذا وقع كان نادراً[٢].

فالعبرة في الضرر كثرة الحصول، أما إذا كان الضرر مظنوناً أو غالباً، فهل تبنى عليه الأحكام أم لا؟

---

(١) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣١٧-٣١٨.

(٢) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/ ٣٥.

- ومن الأمثلة التوضيحية للضرر الغالب: بيع العنب لِمن عرف يعصره خمراً، وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب، خشية تصنيع السلاح منه[١].

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الإباضية والمالكية والحنابلة إلى اعتبار الضرر الغالب أو المظنون؛ لأن الظن الغالب يجري مجرى العلم في الأحكام؛ ولأنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه، كما تؤيده قاعدة: «سد الذرائع» في الشريعة الإسلامية[٢].

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم اعتبار الضرر الغالب أو المظنون في جميع الأحوال، فيصححون بيع العنب لمن يعصره خمراً، وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب مع الكراهة؛ لأن المشترى قد لا يعصي الله بما اشتراه[٣].

والراجح هو القول الأول من اعتبار الضرر المظنون أو الغالب ضرراً مخلّاً بالمصلحة، فيمنع مراعاة لمقاصد الشريعة في منع الضرر ومنع فتح أبوابه وسدّاً لذريعة الفساد.

٢ ـ أن يكون الضرر فاحشاً:

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون مقداره كبيراً أو فاحشاً، فلا يعتد بالضرر اليسير، كما لا يعتد بالغرر اليسير، والعبرة في تحديد

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٥٢.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص٣٩ و٥٠، الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير للدردير، ٣/ ٧. ـ ابن مفلح، الفروع ٤/ ٤٢. ـ باجو مصطفى، منهج الاجتهاد عند الإباضية، ص ٧٦٢ وما بعدها. ـ خالد بابكر، الباعث وأثره في العقود والتصرفات، رسالة ماجستير من جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، نوقشت ١٩٩٤، نسخة مصورة.

(٣) المرغيناني: الهداية، ٤/ ٤٢٩.، الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/ ٢٢٣. ـ النووي، المجموع، ٩/ ٣٥٤.

الكبير واليسير إلى العرف والعادة[١]، وهذا ما يحقق مرونة الفقه الإسلامي، وقدرته على مسايرة التطورات والأعراف.

ولكن لو سلمنا بهذا الشرط فقد يختلف الناس في تحديد الضرر اليسير؛ لأنه من الأمور التي يعسر تحديدها، فيلحق بسببه ضرر بالغير، ويختلف الناس في حكمه، ولذا فأرى أنه من الأحسن منع الضرر مطلقاً، وكل ضرر نتج عن اعتداء أو خطأ، ترتب عنه مسؤولية على الفاعل حتى نقلل من وقوعه.

٣ ـ أن يكون الضرر بغير حق:

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون إخلاله بالمصلحة المشروعة بغير حق، كالتعدي والتعسف والإهمال، ومن التصرفات التي لا تعد ضرراً من الوجهة الشرعية، لكونها حاصلة بمقتضى إقامة الحدود والقصاص على أهلها، وكذلك التعازير والظفر بالحق، ودفع الصائل الذي يعتدي على غيره ولو أدى إلى قتله. ولكي نحكم على الضرر أنه بغير حق، ومضر بالمصلحة المشروعة، لا بد أن نتحقق من وجود التعدي، أو التعسف أو الإهمال.

وقد حدد ابن رجب في تعريفه للضرر أنه يكون على وجه غير جائز، فقال: «إن الضرر معناه: أن يضر به من لا يضره، والضرار أن يضر بمن أضر به على وجه غير جائز»[٢].

فقوله: على وجه غير جائز احترز به مما لو كان الضرر مشروعاً، أي مأذوناً فيه فالنبي ﷺ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، فأما إدخال الضرر على من يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعاً، أما غير ذلك من الأضرار، فلا يجوز إلحاقها بأحد والنهي يشملها[٣].

(١) ابن نجيم: البحر الرائق، ٧/ ٣٢.
(٢) ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ص٢٦٧.
(٣) بوساق محمد: التعويض عن الضرر، ص١٣٣.

٤ ـ أن يكون الضرر مخلّاً بمصلحة مشروعة:

يشترط في الضرر الذي تبنى عليه الأحكام أن يكون مخلّاً بمصلحة مشروعة في الأصل، كاقتناء السيارة والثوب وغير ذلك، وأما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا عبرة بالضرر الذي يقع عليها كإتلاف خمر لمسلم، وإتلاف آلات اللهو المحرمة وغير ذلك[١].

٥ ـ أن يكون الضرر مخلّاً بمصلحة مستحقة للمتضرر بأي وجه من وجوه الاستحقاق، ولذا لو كانت غير مستحقة للمتضرر، لم يعتبر الإخلال بها ضرراً، كمن بنى في أرض الغير بدون وجه حق، فإن البناء يزال ولا يضمن صاحب الأرض قيمة البناء المهدوم[٢].

ـ حكم الأفعال المشروعة إذا أدت إلى ضرر بغير قصد:

بعد أن بيّناً ضوابط الفعل الضار الذي تبنى عليه الأحكام، يبقى أن نعرف حكم الأفعال المشروعة إذا أدت إلى ضرر من غير قصد من فاعلها، يقول أهل العلم: «أما إذا فعل الضرر المستحق للحاجة إليه والانتفاع به لا يقصد الإضرار، فليس بمضار»[٣].

ولكن هذا الكلام يحتاج إلى تفصيل، فقد يكون الضرر الذي يلحق بالآخرين جسيماً مقابل منفعة زهيدة لصاحب الفعل المشروع، وعليه فالذي يظهر لي أنه لا يجوز إلحاق الضرر بالآخرين، ولو كان الفعل مشروعاً في ذاته، فيكون بالتالي نهياً عن الأسباب التي تؤدي إليه، سواء كان الضرر مقصوداً أم غير مقصود، اجتثاثاً لواقعة الضرر في أية صورة من صوره بمنع أسبابه المحرمة، وكذلك أسبابه المشروعة في الأصل إذا ما أدت إلى إحداث ضرر

(١) موافي: الضرر في الفقه الإسلامي، ٢/ ٨٤٩.

(٢) الثميني: الورد البسام، ص ١٩١. ـ موافي، الضرر في الفقه الإسلامي ٢/ ٨٤٩.

(٣) النجدي عبدالرحمٰن بن القاسم، إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام، ٣/ ٨٦ - ٨٩.

جسيم بالآخرين، وهذا ما يدل عليه عموم الحديث: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وإطلاقاً لمراد الشارع إلى أقصى ما يمكن أن يتضمنه اللفظ من صور، إلا ما استثني منها بدليل، وهو الذي يقتضيه عموم الحديث وإطلاقه[١].

غير أننا نجد أن الأصوليين قد انتهوا إلى وضع ضابط للفعل المشروع، ولا يفهم من وجود هذا الضابط عندهم أن هناك قيداً يحدّ من عموم الحديث المتقدم وإطلاقه؛ لأن هذا الضابط قد استنتج من تتبعهم لجزئيات الأحكام حتى وصلوا إلى وضع معيار للتمييز بين الفعل المشروع من غير المشروع، وبالنظر إلى نتيجة الفعل وما اشتملت عليه من نفع وضرر، فإن كانت كفّة الضرر هي الراجحة، قالوا بعدم مشروعيته، وإن كانت كفة النفع هي الراجحة عدُّوه عندئذ مشروعاً[٢].

وبناء على ما تقدم من الأخذ بعموم الحديث المتقدم وإطلاقه، يكون الضرر المنهي عنه في الحديث شاملاً لكل ضرر نتج عن طريق المباشرة، أو نتج عن طريق المتسبب مع التعدي، وهو كذلك شامل للفعل المشروع في ذاته، إذا نتج عنه ضرر غير مشروع، وإذا علمنا أن كل اعتداء ضار مخالف للشرع، فمن الطبيعي أن يوجب الشرع دفع ما يخالفه طبقاً للقاعدة الكلية «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار».

(١) بوساق محمد: التعويض عن الضرر، ص ١٣٤.

(٢) الشاطبي: الموافقات، ٣٤٨/٢ وما بعدها. ـ بوساق محمد، المرجع نفسه.

المطلب الثالث
طرق إزالة الضرر

سبق أن بيّنا أن الضرر بالغير ظلم وغدر وتعدي، والواجب عدم إيقاعه، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع شرعاً، فيجب إزالته، فإذا وقع الضرر من شخص على آخر ولم يحتمله، ورفع أمره إلى القاضي، وجب على القاضي أن يحكم بإزالة الضرر، ووجب على الحاكم تنفيذ ما حكم به القاضي، تحقيقاً للعدل والأمن بين الناس، فـ «لا ضرر ولا ضرار» .

وعلى المتضرر أن يطلب مِن الذي تسبب له في الضرر إزالة الضرر بالطرق السلمية، وما أكثرها، فإن عجز عن ذلك رفع الأمر لأولي الأمر، فإن معالجة المشكلات بالطرق السلمية أيسر وأقرب للتقوى، وأبقى لدوام العِشْرة والإخاء.

وعلى المسلمين الذين يشاهدون الضرر أن يتعاونوا مع المتضرر لإزالة الضرر عنه بالحسنى، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ﴾ (المائدة: ٢)، فإزالة الضرر واجبة، والطريق إلى ذلك إما أن يكون بالطرق السلمية وهو الأولى، أو يرفع الأمر إلى القاضي، وهذا عند فشل الطريق الأول[1]، ويمكن اعتماد طريقتين لإزالة الضرر وهما:

أولاً: وقف استمرار الضرر ومنع تكراره وتجدده.

ففي هذه الحالة يدفع الضرر بإزالته عيناً، سواء كان عاماً أم خاصاً، فمثلاً يؤمر صاحب الرحى التي تفسد الجدران بتوقيفها، ويؤمر الدباغ الذي يتأذى

(١) محمد بن إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص٩٩.

الجيران بروائحه الكريهة بإبعاده عنهم، ومثل ذلك الدخان المتصاعد من المصانع الكيماوية فإنه يلوث الجو ويفسده، فيجب إبعادها عن التجمعات السكانية، وإذا سلّط إنسان ميزابه على الطريق العام، أو انفجرت بالوعته فأضرت بالمارة، فمِثلُ هذا الضرر يزال، كذلك من كان له ساحة يلقي فيها التراب والحيوانات، ويتضرر بذلك الجيران، فإنه يجب على صاحبها أن يدفع الضرر عنهم، إما بعمارتها أو إعطائها لمن يعمرها، أو يمنع أن يلقى فيها ما يضر بالجيران[١].

يقول الثميني في هذا الشأن: «ويحبس على نزع الضر جاعله، ولا يؤجل إلا بقدر وصوله إليه، ويجبر من ماتت له دابته في طريق أو مكان يصل منه الضر، أن يصرفها عنه إلى مكان لا تضر منه بلا تأخير يجده، وكذلك إن مات وليه يجبر على تكفينه ودفنه إن لم يكن لوليه مال، ومن قتل أحداً أو سبعاً في طريق أو جنان أحد أو داره، فلا يلزمه صرفه عنه إذا فاجأه ودفعه عنه، وإلا لزمه»[٢].

وإذا طالت أغصان شجرة ونزلت على دار جداره، فأضرَّت به فيكلف صاحبها برفعها أو قطعها، يقول ابن جعفر: «وكل جدار أو نخلة ـ أو شجرة ـ مالت كلها على أرض قوم أو شيء من أغصانها، فإن ذلك يصرف»[٣].

ويضيف الثميني في هذا المعنى: «ومن له نخلة أو شجرة في أرض أحد فظهر من جدارها أو من حريمها فسيل أو غصن، فلِربّ الأرض عليه نزعه، وكذا الصنوان في ذلك... ومن له نخلة في أرض غيره وماتت، فلِرب الأرض عليه نزع نخلته، وقيل لا، ومن جعل ظلاًّ على ناس فلهم عليه نزعه، وكذا غير الظل...»[٤]. وكذا من فتح نافذة أو باباً يشرف على جاره ويكشف عورته، فإنه

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٨٦ - ١٨٧.
(٢) الثميني: الورد البسام، ١٣٨.
(٣) ابن جعفر الجامع، ٤/ ١٨٨.
(٤) الثميني: الورد البسام، ص ٢٤٧.

يؤمر بسدها، قال ابن جعفر: «وليس لأحد أن يحدث باباً في أرض غيره ولا يشرف منه على من تحته، ولا يحدث باباً قِبالة بابه، ولو كان في الطريق جائزة، فإن أحدثه في الطريق بلا أن يقابل باب أحد، وكان من بعد خمسة أبواب لم يمنع...»[١].

ومن هذا القبيل قضاء رسول الله ﷺ بقطع نخل سمرة بن جندب رضي الله عنه بعد أن عرض عليه عدة خيارات، فرفضها جميعاً[٢].

كما تُزال الأضرار التي تضر بالصحة العامة، كمنع قوم مصابين بالجذام من ورود الماء المشترك[٣]، ويوضعون في الحجر الصحي، لمنع انتقال العدوى إلى غيرهم، ويزال كذلك كل تعدّ يسبب ضرراً عامّاً، كعرقلة السير في الطريق العام بإحداث بناء فيه، أو حفر بالوعة فيه، أو تضييقه بحيث يصعب على الناس المرور فيه بدوابهم وأمتعتهم[٤].

---

(١) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ١٩٠.

(٢) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ١٨٨. ـ الثميني الورد البسام، ٢٤٤ - ٢٤٨. ـ أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص ٣٠٠، والحديث رواه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب من القضاء، حديث: ٣١٧٠ حدثنا واصل، مولى أبي عيينة، قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي، يحدث عن سمرة بن جندب، أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ، فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ، أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: «**فهبه له ولك كذا وكذا**» أمراً رغبه فيه فأبى، فقال: «**أنت مضار**» فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «**اذهب فاقلع نخله**». ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر، حديث: ١١١٠٦. ورواه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الصلح، باب من قضى فيما بين الناس لما فيه صلاحهم، حديث: ٣٨٦٦ ورواه الخرائطي في مساوئ الأخلاق، باب ما يكره من الإضرار بالناس، حديث: ٥٨٤ بزيادة: «**فهبها له، ولك مثلها في الجنة**».

(٣) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص٣٠٦.

(٤) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٨٤.

ودليل ذلك ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع**»[(١)]، والمراد بالطريق هنا: تلك التي تكون مجرى عامة المسلمين بأحمالهم ومواشيهم؛ ولذلك وردت في رواية أخرى بلفظ الميناء؛ قيل: إنها بمعنى أعظم الطرق، أو الطريق الواسع[(٢)].

نقل ابن جعفر في «الجامع» ما يشير إلى هذا المعنى عن أبي سعيد الكدمي ما نصه: «ومعي أنهم قد اختلفوا في عُرض الطريق في هذا المعنى، فقال من قال: ثمانية أذرع، وقال من قال: ستة أذرع للطريق الجائز، وقال من قال: إذا اختلفوا في ذلك جعلت سبعة بين الستة والثمانية، وإن أدرك الطريق أوسع من ذلك ترك ذلك بحاله، ولا أعلم في ذلك اختلافاً»[(٣)].

ولا ريب أن ما أرشد إليه الكدمي هو ما نص عليه الحديث المقدم، والحديث محمول على من ضيّق الطريق لمرورها في ملكه أو محاذاته، والسعة التي أمر بها الرسول ﷺ ليست تحديداً لسعة الطريق، وإنما المعتبر في ذلك إزالة الضرر، فإذا كان الضرر لا يزول إلا بتوسيعها عشرين ذراعاً أو أكثر لزم ذلك[(٤)].

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء: وهي الرحبة تكون بين، حديث: ٢٣٦١. صحيح البخاري، ط المكتب الإسلامي، ٣/ ١٠٦. ومسلم، كتاب المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه، رقم: ٣١١١، عن أبي هريرة، وابن ماجه بلفظ: «**إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع**»، كتاب الأحكام، باب إذا تشاجروا في قدر الطريق، رقم: ٢٣٣٦، عن عبدالله بن عباس.. وأحمد بن حنبل في المسند، ومن مسند بني هاشم مسند عبدالله بن العباس بن عبدالمطلب، حديث: ٢٠٤٣، ٥/ ٣٢٧.

(٢) العاصمي عبدالرحمٰن، إحكام الأحكام، ٣/ ٨٧.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٠٤.

(٤) محمد بوساق التعويض عن الضرر، ص١٣٨.

ثانياً: ترميم آثار الضرر بعد وقوعه:

أوجب الشارع الحكيم لإزالة ضرر الإتلاف ضمان المتلفات، فتضمين المال المتلف هو ما نسميه بالتعويض الذي يعني: إحلال مال محل مال فاقد، جبراً للضرر.

جاء في «بدائع الصنائع» لا شك أن الإتلاف سبب لوجوب الضمان؛ لأن إتلاف الشيء إخراجه أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، وهذا اعتداء وإضرار؛ وحيث أنه «لا ضرر ولا ضرار» في الإسلام و«الضرر يزال»، وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان، ليقوم الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن[١]؛ لأن مفسدة الجرم تندفع بتغريم الجاني نظير ما أتلفه، حيث لم يشرع القصاص في الضرر المالي كما شرع في الدماء، فالمتضرر إذا أخذ نظير ما فاته، تعود حالته كما كانت عليه من قبل حدوث الضرر، فينتفع بما يأخذ عوض ماله.

ولا شك أن هذا أوفق بالناس وأليق بالفعل، وأبلغ في الصلاح، وأوفق للحكمة[٢].

وكذلك يزال الضرر بأخذ المتضرر نظير ماله، ويزال كذلك بتغريم صاحب الفعل الضار قيمة المتلف إذا تعذر وجود نظير له؛ وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان، فالمتضرر في كلتا الحالتين صار كمن لم يفت عليه شيء[٣].

وزيادة في توضيح معنى ما تقدم نورد مثالاً تطبيقيّاً ذكره ابن بركة في جامعه يقول فيه: «وإذا غصب رجل جبار حبًّا فزرعه في أرض نفسه فنمت وطالت، فوجدها صاحبها المغصوبة منه، فإن الجبار إن شاء قلعها وأخذها

(١) الكساني: بدائع الصنائع، ٧/ ١٦٤، ١٦٥. ـ الثميني، الورد البسام، ص١٨٨.
(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ٢/ ١٢٣، ١٢٤.
(٣) بوساق محمد: التعويض عن الضرر، ص١٣٨. ابن بركة، الجامع، ١/ ٢٠٠.

وإن شاء أخذ قيمتها، وهي على تلك الحال، فإن قال قائل: فما الفرق بين غصب النخل والحب؟

قيل له: إن صاحب الحب لا يقدر أن يصير حبه لهلاكه وذهاب عينه، وصاحب الفسلة يقدر عليها؛ لأنها قائمة العين، فحقُّ صاحبها عنها لم يزل، فلما زالت عينه وتلف بالتعدي كان مضموناً بالبدل أو القيمة، وما كانت عينه قائمة لم تكن الخصومة إلا في عينه»[١].

وجاء في الورد البسام ما يؤكد هذا المعنى بما نصه: «ومن غصب أصلاً ببيع أو غيره ثم أراد التخلص منه، فإنه يفديه ويرده لربه إن قدر عليه وقام بعينه، وإلا فعليه التوبة وشرْوَى ذلك (أي ضمان مثله أو قيمته) وإن أتلف عروضاً فعليه مثلها من العروض»[٢].

«وإذا كان الضرر مما شأنه الاستمرار إذا لم يزل عيناً؛ وقد نتجت عنه أضرار قبل ذلك، فلا بد من الجمع بين الطريقتين: إزالته عيناً، وترميم آثاره؛ وذلك بوقف استمراره وتجدده في المستقبل، وتغريم المتسبب نظير ما تسبب فيه من ضرر في الماضي»[٣].

وقال الثميني في سياق حديثه عن إلزام الحاكم من أحدث ضرراً بغيره برفع الضرر أو يحبسه حتى يُوفّي ما عليه: «يجبر الحاكم أداء المعاملات والتعديات لأهلها بالحبس إلى أن يؤديها من لزمته، أو يبرئ منها ولا ينصت إليه إن طلب الخروج فيؤدي، فإن أمكنه أن يؤدي ذاك من الحبس، مثل: أن يقضي لغريمه ما رضي به أو يحيله على غريمه ونحو ذلك مما يبرئه، أو يوكّل من يقضي عنه ما حبس فيه، فلا يخرج إن فعل ذلك إلا بإذن الحاكم...»[٤].

---

(١) ابن بركة: المصدر نفسه.

(٢) الثميني الورد البسام، ص ٣٠٠.

(٣) بوساق محمد: المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٤) الثميني المصدر نفسه، ص ١٢٣.

المبحث الرابع



تطبيقات وفروع القاعدة

بيّنّا فيما تقدم أن قاعدة: «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار» يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، ولذلك فإن تطبيقاتها تفوق الحصر وقد أشرنا إلى بعضها، وسنكتفي بذكر أمثلة من الأبواب الفقهية تطبيقاً للقاعدة، وزيادة في توضيح مدلولها.

المطلب الأول
في العبادات

١ ـ في ملامسة النجاسات:

ذهب أهل العلم إلى منع الإنسان من مس النجاسات بيده أو تنجيس ملابسه، أو أشياء الناس؛ لأن ذلك ضرر و«الضرر يزال»، وبناء عليه، فإن اضطر إلى مس النجاسة بيده فعليه أن يبادر إلى تطهيرها؛ حتى لا ينجِّس غيره، ولعل من الحكمة الشرعية أنه شرع الاستجمار بالحجارة أو ما يقوم مقامه، كالورق الصحي اتقاء للنجاسات؛ لأنه مما تتقزز منه النفس وتنفر منه، فلا يجوز التساهل في هذا الأمر، أما إذا نجّس ثياب غيره فيجب عليه أن يرفع ذلك الضرر عنه، بأن يطهره له أو يخبره بذلك حتى لا يستعمله معتقداً طهارته ولكنه نجس، ويحاول أن يتحلل من تبعة ذلك قدر الإمكان، يقول الشماخي في الشأن: «ولا يستحب له أن يعامل النجس بيده ما دام يجد غير ذلك، وكذلك ثيابه على هذا الحال، إلا عند الضرورة، ولا يحل له أن ينجس أشياء الناس؛ لأن ذلك ضرر و«الضرر لا يحل» وإن نجسها فعليه الخلاص من تباعة ذلك بالحل أو بالغرم»[(١)].

٢ ـ في منع الضرر عن المساجد:

لا يجوز تنجيس أماكن العبادة، كالمساجد والمصليات تعظيماً لحرمتها؛ لأن ذلك ضرر بالغير و«لا ضرر ولا ضرار»، فيجب تطهيرها وإزالة الأذى عنها، وإبعاد كل من يكون مظنة لنجاستها، كالأطفال والنساء إلا عند الضرورة، وفي إعمال هذه القاعدة مراعاة لمقاصد الشريعة المتمثلة في حفظ الدين

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/٣١٦، بتصرف يسير.

وحفظ المال، يقول الشماخي في هذا المعنى: «ومَن نجّس المسجد فقد شددوا في هلاكه، والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ (التوبة: ٢٨)، وكذلك المساجد كلها لا تُقرَب بنجس تعظيماً لحرمتها»[(١)].

ويؤكد عثمان الأصم[(٢)] هذا المعنى: «وكذلك المساجد لا يُحدَث فيها ولا في جانبها، كيلا تؤذي رائحته المسجد، ولا يقرب منازل الناس»[(٣)].

وذهب الثميني إلى أنه يحق للحاكم أن يمنع المساجد عن الأطفال، فلا يدخلوها ولو لِتعلُّم إذا خيف منهم النجاسة، وكذلك كل من يخاف منه إيقاع الضرر بالمسجد، فقال في باب الحجر والأخذ على نزع الضرر: «وللحاكم أن يحجر على من يحدث في المسجد أو مصلّى أو حريمها ضرراً، وعلى الأطفال أن لا يدخلوا المساجد، ولا تجعل مكان للدراسة، ويمنع كل مَن خيف منه إفسادها أو تنجيسها من دخولها، وعلى النساء أن لا يدخلنها بعطر يفتن عمارها، وعلى مَن يتخذها طريقاً أو مخزناً لحبوبه أو منشراً لثماره عليها، أو يعمل فيها دُنيويّا أو يتكلم فيها، وعلى راقٍ على سقوفها لا لإصلاحها أو

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ١٧ - ١٨.

(٢) عثمان بن أبي عبد الله الأصم، أبو عبد الله (ت: ٦٣١هـ)، وقيل أبو محمد عثمان بن أبي عبد الله بن أحمد العزري نسباً، الأصم لقباً، العقري النزوي مسكناً. الشيخ الفقيه، كان مثالاً للورع والعفة والنزاهة. له اطلاع واسع في علم الكلام والفقه. ويعد من علماء النصف الأخير من القرن السادس والثلث الأول من القرن السابع الهجريين. من مؤلفاته: «التاج» في الفقه، في خمسين جزءًا، مفقود ما عدا الأول والسادس والعشرين، وكتاب «النور في علم التوحيد» وهو مختصر كتاب «الضياء» للعوتبي الصحاري. وكتاب «البصيرة»، وهو كتاب في العبادات والمعاملات، في جزأين. وكتاب «الأنوار في الأصول». وكتاب «الإبانة في أصول الديانة»، مفقود. كتاب «العقود». ينظر: البطاشي، إتحاف الأعيان، ١/ ٣٥٠، ٣٦٥. معجم أعلام الإباضية بالمشرق، ص ٣٠٣.

(٣) الأصم عثمان: البصيرة، ص ١٩٠، بتصرف يسير.

ضـرورة، كعـدو إن ألجـأ النـاس إليهـا وإلى طلوعهـا، وعلى مـن يغلقها في أوقـات الصلاة، أو يخرج منها آنيتها أو حصيرها أو مصابيحها، أو نحو ذلك لينتفع به لنفسه»[١].

وفي السـياق نفسه أجاز الإباضية الوضوء في المسجد ما لم يحدث ضرر بأرضيتـه أو بعُمّـاره، كأن تكـون أماكن الوضـوء قريبة من مـكان الصلاة، فقد يتسرب الماء إلى الداخل فيفسد الفراش ويتعفن وتتغير رائحة المسجد فيتأذى به الناس، أو تكون المراحيض داخل المسـجد، فلعل كثرة اسـتعمالها يتسـبب في انتشـار الروائح الكريهة فيها فينـزعج المصلون، كما هو ملاحظ في بعض المسـاجد، فيتعذر على الناس البقاء فيها لفترة طويلة، وهناك من تنبّه إلى هذا الضـرر فأزالـه ببنـاء بيوت الخلاء خارج المسـجد، حتى لا تصل نجاسـتها أو روائحها الكريهة إلى المصلين.

ولا ريـب أن هـذا العمـل فيه مصلحة ظاهـرة[٢] ـ وهي تجنيب المسـاجد ما يضرها ويؤذي عمّارها، وتوفير الجو المناسب للعبادة ـ وهذا الأمر قد صدر من نظر عميق وفكر ثاقب؛ لأن المسـاجد بيوت الله، فيجب أن نبعد عنها كل ما يؤذيها أكثر مما نفعل ببيوتنا، وقد نقل السالمي في «المعارج» أقوال الفقهاء فـي مسـالة الوضـوء والتطهر في المسـجد، ثم رجـح جواز ذلك بشـرط عدم الضرر بالمسجد أو عُمّاره، يقول في هذا الصدد: «قال ابن المنذر (النيسابوري) في إشـرافه[٣]: أباح كل من يحفظ عنه من علماء الناس الوضوء في المسـجد،

(١) الثميني: الورد البسام، ص١١٩، ١٨٨، بتصرف.

(٢) هذا ما جرى به العمل قديماً وحديثاً في مساجد الإباضية بوادي ميزاب، وذلك حرصاً منهم على المحافظة على طهارة المساجد.

(٣) يشير إلى كتاب الإشراف لابن المنذر النيسابوري من علماء الشافعية، وهو مطبوع ومحقق، وقد اهتم به أبو سعيد الكدمي الإباضي وأضاف إليه زيادات، وبلغنا مؤخراً أن الباحث أبو الأرواح إبراهيم قد تصدى لتحقيقه بتكليف من وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عُمان.

قال: وممن حفظنا عنهم ذلك ابن عباس وابن عمر وعطاء وطاووس وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وابن جريج[١] وعبد الرحمٰن السلماني[٢]، وهو قول عوام أهل العلم، قال: وبه نقول، إلا أن يتوضأ الرجل في مكان من المسجد مثله يؤذي الناس بهذا الطهر، فإني أكره ذلك إلا أن يفحص الحصا على البطحاء، كما كان يفعل عطاء بن أبي رباح وطاووس، فإذا توضأ رد الحصا على البطحاء فلا أكره ذلك»[٣].

وعقب عليه السالمي فقال: «وإنما أباحوا الوضوء في المسجد؛ لأنه طاعة، فإذا لم يحصل من الماء ضرر على المسجد أو أحد من عماره، فلا معنى للمنع منه، وإن حصل به الضرر أو الأذى فيمنع من ذلك، والضرر يتحتم في المساجد التي سُطّحت بالصاروج والجص وفرشت عليها البسط، ولا ضرر في المساجد المحصوبة إلا إذا كثر ذلك وخيف منه سريان الثرى...»[٤].

هذا وقد نبّه السالمي إلى بعض الأمور التي هي من باب الطاعة والمباح، ونظراً لما ينتج عنها من ضرر بالمسجد فإنه من المصلحة منع ذلك، حفاظاً لحرمته وقداسته. يقول في هذا الصدد: «فأما الطاعة فهي المأمور بفعلها في المساجد، كانت فرضاً أو نفلاً، إلا إذا كانت الطاعة يحصل منها للمسجد تلوّث أو انتهاك حرمة، كالقتال وإقامة الحدود فإنها لا تفعل في المسجد، احتراماً لبيت الله تعالى وتنزيهاً له عن الدماء، وأما المباح فإما أن يكون فعله

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، أبو الوليد وأبو خالد (٨٠ - ١٥٠هـ/ ٦٩٩ - ٧٦٧م): فقيه الحرم المكي. كان إمام أهل الحجاز في عصره. وهو أول من صنف التصانيف في العلم بمكة. رومي الاصل، من موالي قريش. مكي المولد والوفاة. قال الذهبي: كان ثبتاً، لكنه يدلس. ينظر: الذهبي تذكرة الحفاظ ١/ ١٢٢، ١٦٠ وابن خلكان، وفيات الأعيان، ١/ ٢٨٦، الزركلي، الأعلام، ٤/ ١٦٠.

(٢) من رواة الحديث لم نقف على ترجمته.

(٣) السالمي: معارج الآمال، ٤/ ١٨٤ - ١٨٥.

(٤) السالمي: المصدر نفسه، ٤/ ١٨٥ - ١٨٦.

مفضياً إلى حالة تمنع صاحبها من دخول المسجد، فما ظنك بفاعل أسباب الجنابة؟ وأيضاً: فإن الجماع حالة تنافي تعظيم المسجد ففعلها في المسجد حرام اتفاقاً[١]، وإما أن يكون المباح مؤذياً بالمسجد أو لأحد من عماره فيمنع لما فيه من الأذى»[٢]، كالأكل والشرب والنوم ورفع الصوت ونحو ذلك.

٣ ـ في رفع الضرر عن الغير أثناء الصلاة:

قد يقوم المصلي للصلاة فيرى خطراً يحدق به أو بغيره، كالسقوط من السطح أو في الماء، أو اشتعال النار أو حريق، أو غرق، أو إغاثة ملهوف، أو إنقاذ مال من الضياع، كأن يأخذ سارق أمتعته أو حذاءه، فإنه يجوز له ترك الصلاة وتخليص غيره من الهلاك؛ لأن «الضرر يزال»، ولا يجوز لأحد أن يكون سبباً في إلحاق الضرر بالغير، واختلف العلماء في حكم الصلاة بعد أداء واجب الإنقاذ، فذهب بعضهم إلى بطلانها ويجب عليه إعادتها، وهو رأي إباضية المشرق، وذهب بعضهم إلى جواز إتمام صلاته والبناء على ما سبق، وهو رأي إباضية المغرب.

أورد السالمي هذه المسألة في «المعارج» وذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم، ومما جاء فيه: «ومنها إغاثة الملهوف أو تخليص أحد من الهلاك، كالسقوط من السطح أو حرق أو غرق، وكذا إذا خاف ضياع ما قيمته درهم له أو لغيره، فإنه يباح له فعل هذا كله في الصلاة، ولكنه يستأنف الصلاة إن فعله على مذهب أصحابنا المشارقة، وأجاز له المغاربة البناء عليها، وفرعوا على ذلك فروعاً:

---

(١) قد يتعجب البعض من هذا القول، ولكن لا عجب من هذا فقد يحدث أحياناً للمسافر أو لعابر للسبيل أن يقف في الطريق للراحة أو لإصلاح مركبته، فينام ليلته مع زوجته في المسجد ويفعل معها ما أحله الله وينسى أنه في بيت الله الذي له حرمته ومكانته.

(٢) السالمي نفسه.

منها: اختلافهم في الدخول مع الإمام في حال إصلاحه لذلك، فمنهم من قال: لا يدخل معه؛ لأنه مشتغل بغير الصلاة، ومنهم من قال: يدخل لأنه في حكم المصلي، ثم ينتظره مع الجماعة المنتظرين له حتى يصلح ذلك ويرجع إليهم، ويكون حكمه حكمهم، والكل عندهم في الصلاة.

ولهم قول آخر: وهو أنه إن اشتغل بإصلاح ماله أعاد...».

وعقب السالمي عليه فقال: «وكأن هذا القائل رأى أن المال يُبذل لصلاح الدين، وكأنه مبني على قول من يوجب شراء الماء للوضوء إن لم يجده إلا بالشراء، فهي ثلاثة أقوال وليس عند المشارقة إلا القول الأول»[1]. وبيّن السالمي أن الخلاف في حكم الصلاة في هذه المسألة يشبه الخلاف في مسألة قتل الحية والعقرب، فإن المعنى في ذلك واحد وإن اختلفت الصور.

منشأ الخلاف:

ولعلَّ منشأ الخلاف في هذه المسألة والتي سبقتها أن مَن حكم باستئناف الصلاة بعد القيام بعمل خارج عنها، أنه يرى للصلاة حرمتها، فلا يجوز قطع الصلاة بغير معنى أو ضرورة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ (محمد: ٣٣).

ومن ذهب إلى صحة الصلاة مع الأفعال الخارجة عنها جوّز ذلك، ورخص في البناء عليها على التفصيل المتقدم؛ لأنهم نظروا إلى ذلك الفعل باعتباره من الضرر الواجب إزالته، فلا يجوز تركه حتى انتهاء الصلاة؛ لأن في إزالته حفظاً للدين والنفس والمال، وهذه من مقاصد الشريعة التي جاءت لحفظ الضروريات الخمس، فما دام هذا العمل من الضروريات فيجب على المصلي فعله ولو داخل الصلاة، فمن اليسر عليه أن يبني على صلاته ولا يعيدها، ولعل الذين ذهبوا إلى استئناف الصلاة أخذوا بالأحوط والله أعلم.

ولعل ما يؤكد العمل بقاعدة: «الضرر يزال» ما جرى عليه العمل عند

(١) السالمي: معارج الآمال، ١١/ ٢١٧ - ٢١٩.

العلماء في وجوب إزالته مهما كانت حالته، فقد كان موسى بن علي رَحِمَهُ ٱللَّهُ يوماً يصلي بالناس، فسمع صائحاً يصيح على صبي وقع في بئر عند المسجد، فقطع موسى صلاته وانتقل ومن معه، وذهبوا وأخرجوا منها الغلام وابتدأوا الصلاة[1].

ويلاحظ أن ما فعله موسى بن عليّ فيه موازنة بين المصالح والمفاسد، ومراعاة للمقاصد، فالصلاة واجبة يجب المحافظة عليها، وإنقاذ الغريق مصلحة واجبة يجب القيام بها، فالمصلحة الأولى هي حفظ الدين، والمصلحة الثانية هي حفظ النفس البشرية، وهنا يقدم حفظ النفس على حفظ الدين؛ لأن الأولى وقتها قصير تفوت بالتأخير، والثانية وقتها واسع لا تفوت بالتأخير، فهذا التصرف يؤكد أن فقهاء الإباضية كانوا يهتمون بمقاصد الشريعة ويراعوها في تصرفاتهم وأحكامهم.

وينبغي على المسلم أن يلتزم ذلك في حياته، فلا إفراط ولا تفريط، ومن الأمثلة التي نقلها السالمي في هذا المجال ترجيحاً للمصالح ورفعاً للضرر ما يلي:

١ ـ لو رأى المصلي رجلاً يقتل رجلاً فهو مخير، إن شاء قطع صلاته وإن شاء تركه؛ لأنه يمكن أن يكون قتله بحق، وإن علم ظلم القاتل وكان قادراً، قطع صلاته ونصر المظلوم، وهو قول أبي سعيد الكدمي.

٢ ـ ومن رأى صبيا أشرف على الهلاك، أو مهدوفاً أو غريقاً، أو ما أشبه ذلك لزمه قطع صلاته للإنقاذ والإغاثة، وإن مضى فيها وهو قادر على إنقاذه ضمن الدية في ماله ولا قوَد عليه، وكان الواجب عليه أن يمضي إليه ويصلي كما أمكنه.

٣ ـ واختلف في مَن يرى دابته منخنقة، أو تُتلِف في شيء من المتالف وهو يصلي فلم ينقذها، فقيل يضمن، وقيل: لا يضمن.

---

(١) السالمي: المصدر نفسه، ١١/ ٢٢٠.

واستدل الإباضية على جواز قطع الصلاة لأجل إنقاذ النفس أو المال بالقياس والأثر.

أ ـ من القياس: قاسوا تلك الأشياء على قتل الحية والعقرب الذي ثبت بالنص، وذلك مثل تنجية النفس، فإنه إذا جاز قتل العقرب مع أنها مخوّفة في الجملة، فدفع ما كان خوفه متعيّناً أوْلى.

ب ـ من الأثر: ويدل على إحراز المال وإنقاذه حديث أبي برزة نضيلة بن عبيد، وذلك أن الأزرق بن قيس الحارثي البصري[1] قال: كنا بالأهواز نقاتل الخوارج فبينما أنا على جرف نهر إذا رجل يصلي، وإذا لجام دابته بيده فجعلت الدابة تنازعه وجعل يتبعها.

قال شعبة: هو أبو برزة الأسلمي[2]، فجعل رجل من الخوارج يقول: «اللّهُمَّ افعل بهذا الشيخ، فلما انصرف الشيخ قال: سمعت قولكم، وإني غزوت مع

---

(١) الأزرق بن قيس الحارثي البصري من بني الحارث بن كعب، من رواة الحديث، سمع أبا برزة وأنساً وابن عمر وعسعساً، روى عنه التيمي وشعبة وحماد بن سلمة وحماد بن زيد، قال ابن حجر: ثقة من الثالثة مات بعد العشرين والمائة. وقال مسدد: كان الأزرق يختلف إلى قصص فاستقبله حملة من قصب فصدمته فمات منها. البخاري، التاريخ الكبير ٢/ ٦٩. ابن حجر، تقريب التهذيب، ١/ ٧٤.

(٢) نَضْلَةُ بْنُ عُبَيْدٍ وَقِيلَ: ابْنِ عَبْدِ اللهِ، وَقِيلَ: ابْنِ عَائِذٍ أَبُو بَرْزَةَ الْأَسْلَمِيُّ مِنْ بَنِي سَلَامَانَ بْنِ أَسْلَمَ، وَقَالَ هِشَامُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكَلْبِيُّ: هُوَ نَضْلَةُ بْنُ عَبْدِ اللهِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ حِبَالِ بْنِ رَبِيعَةَ بْنِ دِعْبِلِ بْنِ أَنَسِ بْنِ خُزَيْمَةَ بْنِ مَالِكِ بْنِ سَلَامَانَ بْنِ أَسْلَمَ بْنِ أَفْصَى، صاحب رسول الله، حدث عن رسول الله ﷺ، أَسْلَمَ قَدِيمًا، وَشَهِدَ فَتْحَ مَكَّةَ، وَهُوَ الَّذِي قَتَلَ عَبْدَ الْعُزَّى بْنَ خَطَلٍ تَحْتَ أَسْتَارِ الْكَعْبَةِ يَوْمَ الْفَتْحِ لَمَّا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَتْلِهِ، وَغَزَا مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ غَزَوَاتٍ مِنْهَا خَيْبَرُ، سَكَنَ الْبَصْرَةَ، وَلَهُ بِهَا دَارٌ وَعَقِبٌ، وغزا خراسان فمات بمرو، تُوُفِّيَ بَعْدَ أَبِي بَكْرَةَ، رَوَى عَنْهُ أَبُو الْعَالِيَةِ الرِّيَاحِيُّ، وَأَبُو عُثْمَانَ النَّهْدِيُّ، وَأَبُو الْمِنْهَالِ سَيَّارُ بْنُ سَلَامَةَ، وَعَبْدُ اللهِ بْنُ مُطَرِّفٍ، وَسَعِيدُ بْنُ جُمْهَانَ، وَالْأَزْرَقُ بْنُ قَيْسٍ، وَعَبْدُ اللهِ بْنُ بُرَيْدَةَ، وَالْقَاسِمُ بْنُ عَوْفٍ الشَّيْبَانِيُّ، وَسَعِيدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ بْنِ جُرَيْجٍ وآخَرِينَ. ينظر: معرفة الصحابة لأبي نعيم، ٥/ ٢٦٨٢. ابن ماكولا، إكمال الكمال، ١/ ٢٣٧.

رسول الله ﷺ ست غزوات، أو سبع غزوات، أو ثماني غزوات، وشهدت تيسيره، وإني إن كنت أراجع مع دابتي أحبّ إليّ مِن أن أدعها ترجع إلى مألفها، فيشق علي[١]. وقال قتادة: إن أُخذ ثوبه، يتبع السارق ويدع صلاته»[٢].

واستدلوا أيضاً على جواز قطع الصلاة لدفع الضرر بما ثبت في الأثر عن جابر بن النعمان[٣] قال: كنت أصلي فوقعت شاة على عشاءنا تأكله فلم أقطع صلاتي، فذكرت ذلك لهاشم بن غيلان[٤] فقال لي: لو كنتُ مكانك لقطعت صلاتي، وأحرزت عشائي[٥].

وقال جابر: سمعت هاشماً يسأل سلمان بن عثمان[٦] عن رجل يصلي وقد

---

(١) يصلح دليلاً لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وقد ألمح إليه في عبارته.

(٢) حديث الأزرق بن قيس وفيه: «كُنّا على شاطئ النهر بالأهواز فقد نضب عنه الماء فجاء أبو برزة على فرس، فصلى، وخلى فرسه فانطلق الفرس فترك صلاته وتبعها حتى أدركها فأخذها، ثم جاء فقضى صلاته». ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ٢/ ٥٠٢ رقم ٣٧١٩ قال: أخرجه البخاري، ٣/ ٦٥ - ٦٦ العمل في الصلاة. السالمي، المعارج، ١١/ ٢٢٢.

(٣) جابر بن النعمان بن العلي، (حي في: ٢٠٧هـ)، عالم وفقيه، عاصر الإمام عبدالملك بن حميد (٢٠٨ - ٢٢٦هـ)، وعاصر العالم هاشم بن غيلان وموسى بن علي، السالمي، تحفة الأعيان، ١/ ١٣٥. معجم أعلام الإباضية قسم المشرق، ترجمة: ١١٥، ص ٧٩.

(٤) هاشم بن غيلان السيجاني أبو الوليد، (حي في: ٢٠٧هـ)، عالم فقيه، أحد كبار العلماء في القرنين الثاني والثالث الهجريين، من شيوخه: موسى بن أبي جابر، من تلاميذه: ابنه الشيخ محمد بن هاشم، والشيخ موسى بن علي، وسليمان بن عبدالعزيز وطالوت السمؤلي، له رسالة في نصيحة الإمام عبدالملك بن حميد، السالمي، تحفة الأعيان، ١/ ١٣٥، ١٣٨، ١٤٠. البطاشي، إتحاف الأعيان، ١/ ١٧٦ - ١٧٩ معجم أعلام الإباضية قسم المشرق، ترجمة: ١٤٨٩، ص ٤٨٧.

(٥) السالمي: معارج الآمال، ١١/ ٢٢٠، ٢٢١.

(٦) سليمان بن عثمان، أبو عثمان (حي في: ١٩٢هـ) قاض عالم فقيه، من عقر نزوى. من علماء القرن الثاني الهجري. كان قاضياً للإمام الوارث بن كعب الخروصي، ثم قاضياً للإمام غسان بن عبدالله، وكان من جملة المبايعين للإمام غسان سنة ١٩٢هـ. له أحكام مأثورة وآراء فقهية مشهورة. من مشايخه الشيخ موسى بن أبي جابر الأزكوي. ينظر: السالمي، تحفة الأعيان، ١/ ١٢٠. الشقصي، منهج الطالبين، ١/ ٦٢١، ٦٢٩. البطاشي، إتحاف الأعيان، ١/ ٤٢٨. معجم أعلام الإباضية بالمشرق، ص ٢١٦.

روَّح حَبًّا في الشمس، فوقعت عليه شاة تأكله، أيقطع صلاته ويطرد الشاة، أم يمضي على صلاته؟ قال سلمان: لا باس أن يقطع صلاته.

٤ ـ في وجوب الإنفاق على الفقراء من غير الزكاة:

يعتقد كثيراً من الناس أن الفقراء لا يعطوا إلا من الزكاة، فإذا وجدت أُعطوا منها، وإلا فلا تلزمهم نفقتهم، وهذا فهم خاطئ للإسلام؛ لأن هناك موارد أخرى يمكن أن يعطوا منها، كالصدقات وغيرها، وذلك في حالة الاختيار، ويتأكد ذلك في حالة الاضطرار كالبرد والحر الشديدين، والجوع والعطش الشديدين، فيجب على المسلمين أن يكفلوهم ويرفعوا عنهم الضرر، وينقذوهم من الموت، وإلا يأثموا بهلاكهم، مثاله: إذا احتاج المصلي لثوب يستر به عورته للصلاة، فيجب على المسلمين أن يوفروا له ثوباً ليؤدي به واجب الصلاة، وإلا كانوا من الآثمين، وقد عبّر ابن بركة عن هذه الحالة وبيّن حكمها فقال: «فإن كان بيننا فقراء قد أضرَّ بهم الجوع والبرد، ولم يكن على أحد منا زكاة، هل يلزمنا لهم غير الزكاة؟ وإن نحن تركناهم، هل نحن آثمون بذلك؟

قيل له: الواجب عليكم أن تواسوهم من أموالكم إن لم تكن عليكم زكاة، تدفعوا عنهم الضرر الذي بهم، وإلا كنتم آثمين، وكذلك إن كان أحد منهم متجرداً متكشفاً وليس عليه ما يستر به، ويصلي ولم يكن هناك ثوب يواريه، فيجب على المسلمين ستره ودفع ما يصلي فيه، وإلا كانوا آثمين»[1].

فالجوع والعطش والبرد والحر وانعدام الثوب للسترة أو السكن للمأوى، كلها أضرار تصيب الفقير والمسكين، خاصة في الظروف الاستثنائية،

(١) ابن بركة: الجامع، ١/ ٦٠٠.

كالحـروب والـزلازل والفيضانـات، فيجب على المسـلمين أن يهبّـوا جميعاً متضامنيـن، لإزالـة هذه الأضرار عن الفقـراء بالطرق الممكنـة، ولا ينتظرون جمـع الـزكاة وبلـوغ النصاب حتى يخرجـوا حق الفقـراء؛ لأن هذه الظروف مسـتعجلة لا تحتمل الانتظار، فلو قصَرنا مسـاعدتهم على أموال الزكاة ربما هلـك أغلبهـم قبل وصول هذا الحق إليهم، وفي ذلك ضرر كبير يترتب عليه إثم عظيم.

المطلب الثاني
في المعاملات

١ ـ في رد البيع بالعيب:

إذا دلَّس البائع على المشتري بإخفاء العيب الموجود في السلعة عند التعاقد، فالشارع الحكيم يجيز له الرد بالعيب؛ لأن المشتري قصد بالشراء السالم الذي تندفع به حاجته على التمام، فكان له حق رد المبيع إذا تحققت شروط الرد بالعيب وهي:

- أن يخفيه البائع.
- وألا يكون العيب ظاهراً وقت العقد.
- وألا يعلم به.
- وأن تُرَد به فور علمه بالعيب.

وضابط العيب الذي ترد به السلعة، أن تنقص به عين المبيع أو منفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح على المشتري، أو تنقص به القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله، كما إذا ظهرت الدابة المشتراة عمياء أو عرجاء، أو العقار وقفاً للمسجد أو ليتيم.

ولكن إذا ظهر عند المشتري عيب جديد امتنع رد المبيع بالعيب القديم، لتضرر البائع بالعيب الحادث، إلا أن يرضى أو يرضى المشتري بالعيب القديم إذا كان على وفق ما يناسب مصلحته، ويحقق هدفه من غير ضرر ولا ضرار[١].

- وحكم هذا البيع موقوف، قال ابن بركة: «وأما البيع الغشِيّ، وكتمان العيب وما كان في معناهما، فموقوف على رضى المشتري له»[٢].

---

(١) عزام عبدالعزيز محمد، قواعد الفقه الإسلامي، ص ١٦٠.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٧٢.

ويضيف بياناً لهذا المعنى: «والبيع الآخر هو الذي حقّ للمخلوق، ويجوز ما أجازه صاحب الحق من المتبايعين، وهو نحو الضرر، ويدلس العيب وما كان في معناهما، فهو بيع وقع في وقته صحيحاً وللمشتري رده إذا وقف على عيبه، وما انكتم عليه منه مما هو حق له، وإن اختاره ورضي بعيبه كان ذلك جائزاً، والإثم على البائع إذا علم بالعيب فكتمه»[١].

«والدليل على أن البيع وقع في وقته صحيحاً: أن الملك بعد العلم بالعيب لا يحتاج إلى عقد ثان، ولو كان غير صحيح لكان للبائع أن يسترجعه إذا لم يكن البيع ملك عليه، ويحتاج إلى عقد ثان غير الأول يقع المبيع به صحيح، وهو في معنى الخيار والبيع الموقوف على رضى المشتري»[٢].

ولا يشترط الإباضية مدةً لردّ العيب «فمن اشترى سلعة فوجد بها عيباً كان له الرد، قصرت المدة أم طالت، ومن اشترى ثوباً فقطعه قميصاً ثم وجد به عيباً، لزمه البيع، وكان له أرش العيب، وقال بعض الإباضية له رد القميص على بائع الثوب ويرد ما نقصه القطع»[٣].

فالشارع الحكيم لما شرع الرد بالعيب قد رفع الضرر عن المشتري؛ لأنه لو منع ذلك لكان البائع مستفيداً بالثمن، والمشتري متضرراً بالعيب الذي حرمه الانتفاع بالمبيع.

وقد أكد الثميني موقف الإسلام من منع الغش، وكتمان العيب في البيع لما فيه من المضرة فقال: «وعلى أهل الأسواق أن لا يحدثوا فيها مُضِرًّا في نقص العيارات والموازين، أو كتم العيوب والغش، كإظهار الحسن وإخفاء القبيح»[٤].

---

(١) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ٣٥٥.

(٢) المصدر نفسه، ٢/ ٣٥٦.

(٣) نفسه: ٢/ ٣٥٠.

(٤) الثميني: الورد البسام، ص ١٢٠.

٢ ـ في بيع الخيار:

عـرّف القطب بيـع الخيار: بأنه بَيْـعٌ وُقِّفَ بَتُّـهُ أَوَّلًا عَلَى إِمْضَـاءٍ يُتَوَقَّعُ[١]، وعرفـه أبو غـدة بأنه طلب خير الأمْرَين من الإمضاء أو الفسـخ لظهور مسـوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي[٢].

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن الشارع الحكيم قد شرع الخيار لحكمة جليلـة، وهـي حاجـة المتعاقديـن إلـى التـروِّي، ليندفـع الغبـن ضمانـاً لرضـا المتعاقديـن، وحفظـاً لمصلحتهمـا، ودفعـاً للضـرر الـذي قد يلحـق أحدهما، فالخيـار مشـروع للضـرورة أو الحاجة، غيـر أنّ الفقهاء قيدوه بشـروط تحفظ للعقـد قيمته، فلا يكـون عرضة للنقض والإبطال بدون سـبب صحيح[٣]. وهو محل خلاف بين الفقهاء ويشير الثميني إلى ذلك في عبارته: «وَهَلْ هُوَ رُخْصَةٌ لاسْتِثْنَائِهِ مِنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَحَجْرِ الْمَبِيعِ؟ خِلَافٌ»[٤] قال القطب معلقاً عليه: «هُوَ هُنَـا أَنَّـهُ لاَ يَدْرِي لِمَنْ يَصِيـرُ إِلَيْهِ... وَوَجْهُ كَوْنِهِ رُخْصَـةً، أَيْ فِيهِ غَرَرٌ إِذْ الَّذِي شَـرَطَ عَلَيْـهِ الآخَرُ الْخِيَـارَ لاَ يَدْرِي هَلْ يَرْجِعُ إِلَيْهِ الْمَبِيـعُ أَوْ لاَ يَرْجِعُ إِنْ كَانَ بَائِعًا؟ وَلاَ يَدْرِي هَلْ يَثْبُتُ لَهُ أَوْ لاَ؟ إِنْ كَانَ مُشْتَرِياً وَكَانَ الْمُشْتَرِطُ، الْبَائِعَ وَإِنَّ فِيـهِ حَجْـرَ الْمَبِيعِ، أَيْ مَنْعُهُ مِنْ الِانْتِفَاعِ بِهِ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ مَا لَمْ يَقْبَلْ أَوْ يَرُدَّ إِنْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ، فَهُوَ مَانِعٌ لِلْمُشْتَرِي مِنْ الِانْتِفَاعِ بِهِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ، وَإِنِ اشْتَرَطَ الْمُشْتَرِي فَهُوَ مَانِعٌ لِلْبَائِعِ مِنْ ذَلِكَ، وَقِيلَ: جَائِزٌ عَزِيمَةً غَيْرَ رُخْصَةٍ لَأَنَّ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَقَدْ فُتِحَ لَهُمْ بَابُ الشَّرْطِ فِي سَائِرِ أَمْرِهِمْ»[٥].

---

(١) أطفيش: شرح النيل، ١٧/ ٩٩.

(٢) أبوغدة عبد الستار عبد الكريم، الخيارات وأثرها في التصرفات، رسـالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٩٧٥، ص ٣.

(٣) أشـرف الخطيـب، خيـار النقـد وتطبيقاته في الفقه الإسـلامي، رسـالة دكتـوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م، ص ٢٩.

(٤) أطفيش: شرح النيل، ١٧/ ٩٩.

(٥) أطفيش: شرح النيل، ١٧/ ١٠١.

ويبيِّن السالمي أنّ الحكمة الشرعية من تشريع الخيار في البيوع؛ لئلا يغبن الشاري[١].

ويقسم الفقهاء بيع الخيار إلى أنواع وهي: خيار الشرط، وخيار المجلس، وخيار النقد، وخيار الرؤية، وخيار التعيين، وخيار التغرير، وخيار الزوجة، ولكن الإباضية لم يصرحوا بهذه الأنواع، ولعلهم يقولون بخيار الشرط وخيار التغرير، وهذا ما يستنتج من عباراتهم[٢]. واستدلوا على جواز بيع الخيار بقوله ﷺ: «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا**»[٣]. قال ابن بركة: «والبيع في اللغة يقتضي بائعاً ومشترياً ومبيعاً»[٤].

ويضيف بعد أن ذكر الحديث المتقدم: «قال بعض مخالفينا التفرق بالأبدان، وقال بعض أصحابنا التفرق عن البيع بالقول، قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ (النساء: ١٣٠). فاعتبر أن التفرق بالقول».

وقد سئل السالمي عن الافتراق من قول النبي ﷺ في الحديث المذكور، والافتراق المذكور بالكلام أم بالأبدان على الأصح في المذهب، فقال: المذهب أن الافتراق تمام الصفقة، وصرح بذلك أبو عبيدة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥]. واختاره القطب فقال: «وَالْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا مَعْنَاهُ بِالصَّفْقَةِ عِنْدَنَا لا بِالأَبْدَانِ»[٦].

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٦٦.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ١٤٩. ـ السالمي، المصدر نفسه، ٤/ ٢٧ و٦٦.

(٣) رواه الربيع بن حبيب، في مسند الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب في بيع الخيار وبيع الشرط، رقم: ٥٦٨، عن ابن عبّاس، والبخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، رقم: ٢٠٠٣، عن ابن عمر. والبخاري بلفظ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**...»، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم: ١٩٨٩، عن حكيم بن حزام.

(٤) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ٣٤٩.

(٥) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٢٧.

(٦) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ٣٧٣.

ومن عبارته نستنتج أن الإباضية لا يقولون بخيار المجلس؛ ولعلهم لا يربطون تمام العقد بترك مجلس العقد عند افتراق الأبدان، ومهما يكن من أمر فإن المعتبر هو إتمام العقد سواء تم في المجلس أو بعده، والخلاف يدور حول خيار البيع؛ لأنه يجعل البيع موقوفاً، ولذلك اختلف الفقهاء في تحديد مدة الخيار؛ فقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر، إلا أن الإباضية لم يحددوا وقتاً معيّناً لنهاية الخيار.

يقول ابن بركة في هذا الصدد: «والخيار في البيع جائز إذا اشترطه أحد المتبايعين إلى غير مدة، ولقول النبي ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»[(١)]، ولم يختص وقتاً من وقت، والمدعي أن الشرط في الخيار لا يجوز فوق ثلاث محتاج إلى دليل»[(٢)].

وقال السالمي: «وأما الدليل على ثبوت المدة فما نقل عنه ﷺ أنه أمر البائع أن يجعل الخيار للمشتري في بعض المواطن إلى ثلاثة أيام[(٣)]، وليس الثلاثة حدّاً لا يزاد عليه وإنما هو موافقة حال، فإنه إن جاز إلى ثلاث جاز إلى أربع، وكذلك إلى سنة وإلى سنتين إلى غير ذلك، والحكمة في التوقيت الرفق

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى، كتاب الشراكة، باب الشرط في الشركة وغيرها، رقم: ١١٢١٢، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر من الصلح بين الناس، رقم: ١٣٥٢، عن عمرو بن عوف المزني، وقال: «حديث حسن صحيح». ورواه الحاكم بلفظ: «المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين...»، كتاب البيوع، رقم: ٢٢٥٠، عن أبي هريرة. وأبو داود بلفظ: «الصلح جائز بين المسلمين»؛ وزاد أحمد، «إلا صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرم حلالاً»؛ وزاد سليمان بن داود، وقال رسول الله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم: ٣١٣٧، عن أبي هريرة.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٤٩.

(٣) لعله يشير إلى حديث أخرجه الدارقطني في سننه أن النبي ﷺ قال لرجل يخدع في الشراء: «**إذا بعت فقل لاخلابة ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها**». ينظر: حديث رقم ٢٢٠، ٣/ ٥٥.

بالبائـع والمشـتري، وذلك أن في ثبـوت الخيار قبل انقضاء المـدة رفقاً بهما، وفـي انقضـاء المـدة رفـق بالشـاري، إذ لا يتـم لـه التصـرف المطلـق إلا بعد انقضاءهـا، لذلـك اشـترط تعييـن الوقـت والسـاعة؛ لأن فيها انتقـال الأملاك، فوجب ضبطها بالتعيين»[(١)].

وذهـب بعـض الفقهاء إلى ضـرورة تحديد مدة الخيار اعتمـاداً على ظاهر حديث المصراة، وقد نقل الشيخ أطفيش هذه المسألة وأشار إلى الخلاف فيها، ورجـح القول بعدم لزوم التزام مدة الخيـار وصححه فقال: «(وَمُدَّتُهُ)، أَيْ مُدَّةُ خِيَارِ الْبَابِ، (عِنْدَ الْمُجِيزِ) لَهُ (هَلْ) هِيَ (ثَلاثَةُ أَيَّامٍ) لاَ أَقَلَّ وَلَا أَكْثَرَ لِقَوْلِهِ ﷺ فِـي حَدِيثِ الْمُصَـرَّاةِ: «**وَالنَّظَرُ إِلَـى ثَلاثَةِ أَيَّـامٍ**»[(٢)]، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّـافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَـةَ، وَذَلِـكَ فِيمَـا يَقْبَلُ التَّأْخِيرَ إِلَى ثَلَاثَـةِ أَيَّامٍ وَأَمَّا مَا لَا يَقْبَلُـهُ فَتُجْعَلُ مُدَّتُهُ عِنْدَهُمَا دُونَ الثَّلَاثَةِ، وَبَعْضُ الظَّاهِرِيَّةِ يَمْنَعُ الْخِيَارَ فِيمَا يَفْسُدُ دُونَ الثَّلَاثَةِ، لِأَنَّ الْخِيَـارَ لَا يَثْبُـتُ عِنْدَهُ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ، وَالْحَقُّ أَنَّ الْحَدِيثَ لَا دَلِيلَ فِيهِ عَلَى أَدْنَى الْمُـدَّةِ وَلَا عَلَـى أَكْثَرِهَا لِخِيَارِ الْبَابِ، لِأَنَّ الْمُدَّةَ فِيهِ لَيْسَـتْ بِاخْتِيَارِ الْبَائِعَيْنِ بَلْ حُكْـمٌ لَازِمٌ وَرَدَ مِـنْ الشَّـارِعِ، وَالْكَلَامُ إِنَّمَا هُـوَ فِي مُدَّةٍ يَتَّفِقَـانِ عَلَيْهَا، وَالَّذِي عِنْـدِي أَنَّ الشَّـافِعِيَّ وَأَبَا حَنِيفَـةَ يَقُولُونَ: أَكْثَرُ الْمُدَّةِ ثَلَاثَةُ أَيَّـامٍ وَيَجُوزُ مَا دُونَهَا (أَوْ) الثَّلَاثَةُ (هِيَ أَدْنَاهَا)، أَيْ أَدْنَى مُدَّةِ الْخِيَارِ (وَأَكْثَرُهَا إِلَى مَا يَفْسُدُ فِيهِ)، وَلَوْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ عُمْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعِ، فَيَكُونُ وَارِثُ الْمَيِّتِ بِمَقَامِهِ، وَقَوْلُهُ: إِلَى

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/٦٦.

(٢) متفـق عليـه، رواه البخـاري ـ كتاب البيوع، باب: إن شـاء رد المصراة وفـي حلبتها صاع من تمر ـ حديث: ٢٠٦٢. ومسـلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة ـ حديث: ٢٨٨٢ عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ قال: «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شـاء ردهـا، ورد معهـا صاعـا من تمر» وفي رواية: «من اشـترى شـاة مصـراة فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر، لا سمراء» كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة ـ حديث: ٢٨٨٤.

إلَـخْ هُـوَ بِخُرُوجِ الْغَايَةِ، وَهِيَ أَوَّلُ الْوَقْتِ الَّذِي يَفْسُـدُ فِيـهِ، وَدُخُولِ مَا قَبْلَهَا، وَهُـوَ آخِـرُ مَـا يَصْلُحُ فِيهِ، وَلَعَـلَّ أَصْحَابَ هَذَا الْقَـوْلِ تَرَاءَى لَهُـمْ مِنْ حَدِيثِ الْمُصَرَّاةِ: أَنَّ الثَّلَاثَةَ أَقَلُّ مُدَّةٍ يَخْتَارُ فِيهَا الْإِنْسَانُ الشَّيْءَ الْمَبِيعَ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ الْحَـقَّ أَنَّـهُ لَا دَلِيلَ فِـي الْحَدِيثِ عَلَى الْقِلَّةِ وَلَا الْكَثْرَةِ لِخِيَـارِ الْبَابِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَوْسِـيعٌ لِمُشْـتَرِي الْمُصَرَّاةِ إِلَى ثَلَاثَـةِ أَيَّامٍ فَقَطْ، (أَوْ) مُدَّتُهُ (مَـا اتَّفَقَا عَلَيْهِ) مِنْ الْمُدَّةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ».

ولم يأخذ الإباضية بخيار التعيين، وإنما اشـترطوا أن تُعيَّن السـلعة وتحدد في العقد، ثم يترك له الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، يقول السالمي في هذا المعنى: «وأما تعيين المبيع فلِكوْن البيع لا يقع على غير معلوم، ولا سيما بيع الخيار فإنه أشد»[(١)].

ومـن صور بيـع الخيار: إذا باع أحد مزرعته بالخيـار ثم مات وأراد بعض أولاده أن يفـدي نصيبـه، أي يرد الثمن للمشـتري ويسـترد نصيبه من المزرعة، فامتنع المشتري وقال لا أرضى إلا أن تفدى كلها جملة، أله حجة في ذلك أم لا؟ وهل يحكم على باقي الورثة أن يفدوا نصيبهم لأجل أخيهم أم لا؟

أجاب السـالمي عن هذه المسالة أنه إذا شـاور هذا الوارث المشتري كان لـه ذلك؛ لأن الضرر وقع عليه، وإن لم يشـاوره بل نقـض البيع واختار نصيبه فإنه ينتقض كله، وعلى شـركائه من الورثة تسـليم حصصهم؛[(٢)] لأنه «**لا ضرر ولا ضـرار**»، فالـوارث محتاج إلى نصيبه من المزرعة، فلو امتنع المشـتري من قبـول الفداء لحقه الضرر، ولو امتنع شـركاؤه من تسـليم حصصهم من الفداء لتضـرر كذلـك، فلا بد من رفـع الضرر عنه وذلك بقبول المشـتري الفداء ولو جزئيّاً وقبول إخوته الورثة دفع نصيبهم من الفداء لاسترجاع مزرعة أبيهم.

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/٦٦.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ٤/٧٨.

وكذلك لا ينبغي إلحاق الضرر بالمشترى، فربما تلك المزرعة لا تقبل القسمة، فإما يأخذها كاملة أو يردها، أما التجزئة فقد تسبب له ضرر، فيجب حينئذ أن يجبر الورثة على دفع حصصهم حتى يتمكن أخاهم والمشتري من استيفاء حقهم كاملاً.

وقد يتساءل البعض لماذا يجبر شركاءه من دفع حصصهم، فلربما لا يستطيع بعضهم فِعْل ذلك فيتضرر بدفع ما لا طاقة له به؟

فيجيب السالمي على هذا الاعتراض: «إذا كان الخيار لجملة فأراد أحدهم فداءه له، نقض الخيار ما دامت المدة باقية، وإذا نقض أحد الشركاء الخيار انتقض البيع كله؛ لأنه كان في صفقة واحدة»[١]. وحتى لا نرفع الضرر عن البعض ونضر به غيره، لأنه «لا يزال الضرر بالضرر»، فإن الإخوة الورثة يتضامنون فيما بينهم ويدفع القادر عن العاجز، ويكون ما دفعه عنه ديناً في ذمته حتى يستوفيه، وبذلك يزول هذا الضرر عن الجميع والله اعلم.

والحكمة من هذا التحديد كله: رفع الضرر عن المتعاقدين؛ لأنه «**لا ضرر ولا ضرار**».

٣ ـ في بيوع الغرر وخيار التغرير:

بيع الغرر: هو ما لا يضبط المتبايعان مقداره في حال مبايعتهما فيه، كبيع الجزر في الأرض، والبصل في حال استتاره في الأرض، وبيع السمك غائباً في البحر، واللبن في ضرع الشاة أو البقر أو الناقة[٢].

ويفيد الغش والخديعة والتدليس معنى الغرر، قال القطب: «وَالْغِشُّ وَالْغَرَرُ وَالْخَدِيعَةُ وَالتَّدْلِيسُ مُتَقَارِبَةُ الْمَعْنَى... وَيُسْتَعْمَلُ الْغَرَرُ وَالْغِشُّ بِمَعْنًى غَيْرِ مَا ذُكِرَ كَمَا يَأْتِي، وَيُسْتَعْمَلَانِ بِمَعْنًى، وَيُسْتَعْمَلُ الْغَرَرُ بِمَعْنًى يَعُمُّهُمَا فَهُوَ أَعَمُّ،

(١) السالمي: نفسه.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٧٢ بتصرف. أطفيش، شرح النيل، ١٤/ ٦٢.

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِالْغَرَرِ مَا لَا يُعْلَمُ وُجُودُهُ أَوْ عَدَمُهُ أَوْ لَا تُعْلَمُ قِلَّتُهُ أَوْ كَثْرَتُهُ أَوْ لَا يُتَيَقَّنُ الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ كَطَائِرٍ فِي الْهَوَاءِ إِنْ بَاعَهُ مَالِكُهُ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَالْغِشُّ تَصْوِيرُ الْقَبِيحِ فِي صُورَةِ الْحَسَنِ أَوْ تَكْثِيرُ الشَّيْءِ بِمَا لَيْسَ مِنْهُ وَنَحْوُ ذَلِكَ، وَالْخَدِيعَةُ أَنْ يَضُرَّهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ وَيُطْلَقُ الْغِشُّ عَلَى هَذَا أَيْضًا... فَالْغَرَرُ التَّحَيُّلُ، وَالْغِشُّ إِيقَاعُهُ بِذَلِكَ التَّحَيُّلِ فِيمَا يُكْرَهُ... وَالغَرَرُ مَعْلُومُ النَّهْيِ، مِنْ النَّهْيِ عَنْ أَكْلِ مَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَمِنْ الظُّلْمِ، وَعَنْ الْمَكْرِ وَالْحِيَلِ»[(١)].

من صور بيوع الغرر:

أ ـ تلقي الأجلاب وبيع الحاضر للباد:

ثبت في السُّنَّة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر والخداع والغش في البيع[(٢)]، فلا يظهر البائع للمشتري حقيقة سلعته، كأن يخفي عيوبها، وحكمة النهي هي: منع الضرر؛ لأن البائع يغرّ المشتري، فيبتاع السلعة فيجد فيها عيباً ولا ينتفع بها، والقاعدة تقرر أن «**لا ضرر ولا ضرار**»، ويشير الثميني إلى علة النهي عن الغرر فيقول: «وَرَدَ نَهْيُ الْغَرَرِ لِلْجَهْلِ، إمَّا بِصِفَةِ ثَمَنٍ أَوْ مُثَمَّنٍ، أَوْ بِقَدْرِهِ، أَوْ أَجَلِهِ إنْ أَجَّلَ، أَوْ بِوُجُودِهِ، أَوْ تَعَذُّرِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَإِبْقَائِهِ»[(٣)] ولا شك أنها أمور تلحق الضرر بأحد المتبايعين. وقد وردت في كتب السُّنَّة أحاديث عديدة تتحدث عن صور بيع الغرر من ذلك:

---

(١) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ٦١ - ٦٣، ١٩٠.

(٢) مجموعة أحاديث، رواه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، رقم: ١٥١٣، عن أبي هريرة. دون لفظ: «الخديعة». والربيع، كتاب البيوع، باب في الربا والانفساخ والغشّ، رقم: ٥٨٢، ص ٢٣١، عن ابن عبّاس. والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع، رقم: ١٢٧٣، وقال: «وفي الباب عن ابن عمر، وأبي الحمراء، وابن عباس، وبريدة، وأبي بردة بن نيار، وحذيفة بن اليمان: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم كرهوا الغش، وقالوا: الغش حرام».

(٣) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ١٨٩.

- ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه «نهى أن تتلقى الأجلاب، وأن يبيع حضري لباد» [(١)].

وجه الاستدلال بالأحاديث:

يقول ابن بركة في بيان معنى الحديث: «معناه هو ما نهى عنه من الخديعة والغرر، وأن خديعة المسلم محرمة، وذلك أن الرجل والقوم يبلغهم أن الركب قد أقبلوا فيلقاهم، فيخبرهم بكساد الأسواق فيشتري منهم ما لا يعرفون سعره في البلد، فيكون هذا غرر منه.

ومعنى قوله لا يبيع حضري لبادي هو: أن الرجل والجماعة من أهل القرى يلتقون بالجماعة فيسألون البيع، ويتحكمون على أهل البلد بالأثمان التي يريدونها، فقال ﷺ: «**ذروا الناس ينتفع بعضهم من بعض**»[(٢)]. فهذا وجه تأويل الخبر»[(٣)].

---

(١) «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الأجلاب»، رواه ابن ماجه، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقِّي الجلب، رقم: ٢١٧٨، وأحمد، مسند المكثرين من الصَّحابة، مسند أبي هريرة، ٢/ ٢٨٤ رقم: ٧٨١٢، عن أبي هريرة. قال الهيثمي: «رجال أحمد رجال الصحيح». مجمع الزوائد، ٤/ ١٤٧.
ـ «ولا يبيع حاضر لباد» رواه الربيع، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من البيوع، رقم: ٥٦٢، عن أبي هريرة. وأبو داود، كتاب الإجارة، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، رقم: ٣٤٤١، وأحمد، مسند العشرة المبشرين، مسند طلحة بن عبيد الله، رقم: ١٤٠٤، ١/ ١٦٣، عن طلحة. قال الهيثمي: «رجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد، ٣/ ٢٣٣. ورواه الطبراني في المعجم الكبير، من اسمه عبد الله، ومما أسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، مسلم الخياط، رقم: ١٣٠٥٨. وابن الجعد في المسند، ابن أبي ذئب عن سعيد المقبري، رقم: ٢٣٤٠، عن ابن عمر؛ ورواه البخاري بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد»، كتاب البيوع، باب من كره أن يبيع حاضر لباد بأجر، رقم: ٢٠٦٩، عن عبد الله بن عمر.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، حديث: ٣٠٠٢ بلفظ عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يبيع حاضر لباد وذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**». وصححه الألباني.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢٢، ٣٢٣.

ويؤكد القطب أطفيش هذا المعنى بقوله: «وَفِي بَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ، وَالْغَبْنُ عَلَى الْحَاضِرِ الْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعِ، إذْ بِيعَ لَهُ بِأَكْثَرَ مِمَّا يَشْتَرِي بِهِ لَوْ خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَادِي، وَفِي الِاحْتِكَارِ وَالْغَبْنِ وَاقِعٌ عَلَى الَّذِي يَشْتَرِي مِنْ الْمُحْتَكِرِ بَعْدُ، وَفِي النَّجْشِ وَالْغَبْنِ وَاقِعٌ عَلَى الْمُشْتَرِي الْمَزِيدِ عَلَيْهِ، وَأَوْضَحُ مَا يَتَبَادَرُ فِيهِ الْغَبْنُ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ، وَلَا سِيَّمَا إنْ أَخْبَرَهُمْ بِكَسَادِ السُّوقِ، فَإِنَّهُ غَرَرٌ...»[(١)].

وسئل السالمي هل يمنع بيع الحاضر للبادي لقوله ﷺ: «**لا يبيعنّ حاضر لباد**»[(٢)] أم هو جائز؟ ويعارض الحديث بدليل آخر ولعلكم تخيرونه عند الضرورة؟

فقال: «لا يجوز بيع حاضر لباد لنهيه ﷺ عن ذلك، ولا معارض لهذا النهي، ولا يصح لمسلم أن يخالف نهيه ﷺ، فكيف لي أن أجيز ما نهى عنه ﷺ؟ هذا لا يصح ولا أرضاه لنفسي ولا لغيري»[(٣)].

وذكر ابن بركة أن الشافعي يجيز بيع الحاضر للبادي، وله حق الاختيار إن وجد أنه باع له بأنقص من ثمنه، ولكن الإباضية منعوا ذلك؛ لأن فيه غرر، فإذا وقع البيع فهو فاسد، ولا خيار فيه؛ لأن في إثباته إقرار للضرر، و«**لا ضرر ولا ضرار**» فوجب إزالته، وهذا ما أكده ابن بركة بقوله: «وكان الشافعي يرى أن للبائع إذا تلقى جلبه فاشترى منه بأنقص من ثمنه الخيار، إن شاء أجاز، وإن نقص انتقض، وهذا قول يسوغ تأويله في النفس، ويعجبني أن يكون كل غرر يذهب له ماله هذا طريقه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الغرر، وقال: «**خديعة المسلم محرمة**»[(٤)].

---

(١) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ٣٠٦.

(٢) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، رقم: ٢٠٧٣، عن عبد الله بن عباس؛ وروي بلفظ: «لا يبيعن حاضر لباد، ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، وابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، ذكر الزجر عن أن يبيع المرء الحاضر للبادي من الأعراب، رقم: ٥٠٣٧، عن جابر بن عبد الله.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٢٧. ـ الثميني، الورد البسام، ص ١٢٠.

(٤) رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع المصرَّاة، رقم: ٢٢٤١، وأحمد، مسند المكثرين من الصَّحابة، مسند عبد الله بن مسعود: ١/ ٤٣٣، رقم: ٤١٢٥، عن ابن مسعود، بلفظ: «لا =

ويروى أن رجلاً قال للنبي ﷺ يا رسول الله إني رجل أخدع في البيع فقال النبي ﷺ: «**إذا بايعت فقل: لا خلابة**» [١]. ومعنى الخلابة الخديعة، وكل بائع خَدع مشترياً في بيعه أو مشترياً خدع بائعاً فيما ابتاعه منه كان عاصياً، والبيع فاسد لنهي النبي ﷺ [٢] «**المسلم أخو المسلم لا يضره ولا يغره ولا يخدعه ولا يمكر به ولا يخونه ولا يغشه، وهم كالبنيان يشد بعضه بعضاً**»[٣].[٤].

مناقشة الأقوال مع الترجيح:

يقول ابن بركة في هذا الصدد: «وأما الخبر الذي ورد عن النبي ﷺ بالنهي عن تلقي الأجلاب، وأن يبيع الحضري للبادي، ومنه أنه قال ﷺ: «**ذروا الناس يرزق بعضهم من بعض**»[٥]، وفي رواية أخرى قال أصحابنا: البيع والشراء مع النهي ثابتان، والذي تقوم من أخبارنا أقرب إلى النفس وأشبه بأصولهم؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك لما ذكرنا من الرواية؛ لأن الحضري يتحكم على الناس بمال غيره ويتربص به، والبدوُ يبيعون بما يرزقون من الشَّعر ويتصرفون»[٦].

= **خلابة ولا خديعة لمسلم**». فيه جابر الجعفي متَّهم. قال ابن عدي: «هو مع هذا كلِّه أقرب إلى الضعف منه إلى الصدق». الكامل في الضعفاء، ٢/ ١١٩.

(١) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم: ٢٠١١، ومسلم، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، رقم: ١٥٣٣، ٣/ ١١٦٥، عن ابن عمر.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢٣.

(٣) لم نقف على تخريجه بهذا اللفظ، وإنما ورد مفرقاً وبصيغ مقاربة، منها: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»، رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، رقم: ٢٣٣٠، عن عبد الله بن عمر، وبلفظ: «**المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً**» رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب نصر المظلوم، رقم: ٢٣٣٤، عن أبي موسى الأشعري.

(٤) الأصم عثمان: البصيرة، ص١٨٦.

(٥) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: ٢٨٧٨، وابن منده، كتاب التوحيد، ومن أسماء الله ﷻ: الرازق والرزاق، رقم: ٢٧٠، عن جابر بن عبد الله. بلفظ: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**».

(٦) ابن بركة: المصدر السابق.

ورغم أن ابن بركة أعجبه رأي الشافعي في أن كل غرر إذا تسبب في ضياع مال فإن للمتضرر حق الخيار كما تدل عليه عبارته: «وهذا قول يسوغ تأويله في النفس ويعجبني أن يكون كل غرر يذهب له مال هذا طريقه»[١]، إلا أننا نجده يميل إلى رأي جمهور الإباضية في إبطال ذلك البيع بسبب الغرر.

وقد يتعجب البعض من تردد ابن بركة في حكم هذه المسألة ولماذا لم يرجح أحد الرأيين ويأخذ به؟

فأقول: يمكن الجمع بين الرأيين والعمل بهما حسب الأحوال: فإن كان المتعاقدان عازمان على الدخول في هذه المعاملة فنقول لهم إن البيع فاسد لما فيه من الإضرار بأحد المتعاقدين، ولكن لو تمّ هذا البيع فلا نقول البيع فاسد وإنما هو بيع موقوف، وللمتضرر حق الخيار في إتمام البيع أو فسخه، فإن وجد البدوي مثلاً أنه قد غبن في السعر وباع بأقل من سعر السوق فله الخيار في الإتمام أو النقض؛ لأن «الضرر يزال» وإن رضي بذلك تم البيع، وكذلك فيمن يتلقى الأجلاب ليرفع الأسعار، فيجوز للحاكم أن يمنعه ويجبره على البيع بالمثل حتى لا يتحكم في سعر السوق ارتفاعاً وانخفاضاً، فإما يبيع بالرّخِص فيتضرر البائعون، وإما يرفع السعر فيتضرر المستهلكون، ولا بد من مراعاة أحوال الناس ومصالحهم بجلب المنافع ودفع المفاسد، وغلاء الأسعار ضرر يجب أن يزال.

ويشير القطب إلى الحكمة من تحريم بيع الحاضر للباد بقوله: «وَقُصِدَ مِنْ نَهْيٍ عَنْ إعَانَةِ حَاضِرٍ لِبَادٍ، وَبَيْعِهِ لَهُ الرِّفْقُ بِأَهْلِ الْحَضَرِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**ذَرُوا النَّاسَ يَنْتَفِعُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ**»[٢]. وَالْبَادِي يَبِيعُ بِمَا رُزِقَ مِنْ سِعْرٍ، وَلَا يَتَحَكَّمُ مُعِينُهُ بِمَالِهِ عَلَى النَّاسِ لَا كَحَاضِرٍ، وَلَا بَأْسَ بِإِعَانَةِ بَادٍ عَلَى بَادٍ أَوْ حَاضِرٍ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى حَاضِرٍ، وَقِيلَ: النَّهْيُ خَاصٌّ بِالْجَاهِلِيَّةِ»[٣].

(١) ابن بركة: نفسه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ٣١٧.

الرأي المختار:

يمكن أن يستخلص من عبارة ابن بركة أن ما ذهب إليه جمهور الإباضية من فساد بيع الغرر في تلقي الأجلاب، وبيع الحاضر والبادي هو الرأي المختار عنده؛ لأنه يتوافق مع النصوص، ويتمشى مع أصولهم، خلافاً لما ذهب إليه بعضهم، إلا أنه يرى أنه لو وقع هذا البيع فلا يحكم ببطلانه، وإنما يعطى للمتعاقدين حق الخيار بين إمضاء البيع أو اختياره، ومن اطلع على عيب أو غرر في البيع فهو مخير بين إتمام البيع أو نقضه، وبذلك يرتفع الضرر ويزول، وهذا الرأي يوافق مذهب الشافعي، ولعله هو الأعدل والأصوب، والراجح عندي، لمراعاته لمقاصد الشريعة في حفظ المال من الغرر والخداع والاحتكار وفيه تيسير ورفع للحرج والمشقة عن الناس ومنع الضرر عنهم.

ب ـ بيع الثمار قبل ظهور صلاحها:

ومن صور الغرر القديمة والمتجددة في مجال الزراعة: بيع الثمار قبل بُدُوّ صلاحها، فقد ورد النهي عنها عند الإباضية في حديث رواه أبو عبيدة عن جابر بن زيد عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تزهو، فقيل له يا رسول الله وما تزهو؟ قال: **تحمرّ**» [(١)]. وفي حديث أبي سعيد قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» [(٢)]. وفي رواية أخرى ذكرها ابن بركة في الجامع بإضافة «ويؤمن عليها من العاهة»[(٣)].

---

(١) رواه الربيع، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من البيوع، رقم: ٥٥٨، عن أنس بن مالك. والبخاري، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم: ٢١٠٥، عن أنس بن مالك.

(٢) رواه الربيع، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من البيوع، رقم: ٥٦٠، عن أبي سعيد الخدري. والبخاري، كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، رقم: ٢١٠٧، بلفظ: «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخل حتى يزهو، قيل: وما يزهو؟ قال: **يحمار أو يصفار**». عن أنس بن مالك.

(٣) رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب من باع ثماره، رقم: ١٤٢٦، عن عبد الله بن عمر. بلفظ: =

وجه الاستدلال بالحديث:

قال ابن بركة في شرح هذا الحديث: «وبدء صلاحها: صفرتها وحمرتها، ومن باع ثمرة غير مدركة على أن يتركها المشتري على النخلة إلى أن يبدو صلاحها فبيعه باطل، وهو عاص لربه، لنهي النبي ﷺ عن ذلك»[(١)].

وعلَّل السالمي حكم هذه المسألة وبيّن سبب التحريم والمنع فقال: «وبيان ذلك أن النهي عن بيعها قبل ذلك الحدّ يدل على عدم استقلالها بنفسها، بل هي تابعة لأصولها قبل الدِّراك ومستقلة بنفسها بعده، وذلك أن الغرض من الثمار الانتفاع بها فإذا لم يبد صلاحها فلا ينتفع بها في المعيشة، فهي قبل الدراك لا تقع لها من حيث ذاتها، بل من حيث التبعية لأمهاتها، فكانت تابعة لها كالجنين في بطن أمه، فإذا أدركت صارت كالجنين إذا انفصل من أمه»[(٢)].

ولعل الضرر يكون عند ترك الثمار على رؤوس الأشجار، فلا يضمن نضجها، فقد تأتي عليه جائحة فتضيعها، أو الجراد أو الحر الشديد فتتلف، فيكون بذلك البائع مستفيداً والمشتري خاسراً متضرراً.

كما أنه إذا تركت في مكانها فهل يتحمل المشتري تكاليف سقيها حتى بلوغها؟ لأن الأصل أن يقطعها مباشرة بعد البيع، ولكن قد يتركها مدة طويلة حتى تنضج، فيتحمل البائع هذه المصاريف، وهذا غرر بالبائع، لأن بعد نضجها تتغير قيمتها، ولذلك أجاز الفقهاء بيع الثمار قبل ظهور صلاحها بشرط أن تقطع كما هي، ولا تترك حتى تنضج.

= «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وكان إذا سئل عن صلاحها قال: **حتى تذهب عاهته**». ينظر: ابن بركة، الجامع: ٢/ ٣٢٧.

(١) ابن بركة: المصدر نفسه.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٢/ ٥٤.

وحكى ابن بركة إجماع الفقهاء على جواز ذلك فقال: «واتفق المنتسبون إلى العلم أن من باع هذه الثمرة المنهي عن بيعها قبل أن تدرك، على أن يقطعها المشتري، فبيعه جائز، والدليل على جواز ذلك قول النبي ﷺ عَقِب نهيِه عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها: «أرأيت أن لو منع الله الثمرة فبِم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» [(١)]. فدل أن النهي الواقع من أجل الغرر، ولا غرر في بيع البلح على أن يقطع من وقته، وصلاح الثمار أن تصفرّ وتحمرّ، وتنجو بهذا عند العلماء من العاهة المخوف عليها، فحينئذ يجوز شراؤها على أن تترك في رؤوس النخل إلى أوان الجذاذ»[(٢)].

ونقل ابن بركة قولاً عن الشافعي أنه يرى جواز بيع الثمار قبل بُدُوّ صلاحها، ويترك في رؤوس النخل إلى وقت الجذاذ، وضعفه ابن بركة لأنه مخالف للإجماع، وهو ما يُفهم من عبارته «وزعم الشافعي كأنه رأي لا يستند إلى دليل وخلافاً للإجماع»[(٣)].

أما إذا باع الرجل غلته في الوقت الذي يبدو صلاحها فلا خلاف بين العلماء في جواز ذلك؛ لأنه سلِم من ضمان الجائحة التي تأتي عليها، قال ابن بركة: «وإذا باع وقد بدأ صلاحه ثبت البيع؛ لأن نهيه عن البيع له قبل أن يبدُوَ الصلاح فيه يقتضي جواز البيع إذا بدأ فيه الصلاح، وكانت الجائحة من مال المشتري؛ لأنه باع بأمر النبي ﷺ»[(٤)].

- وهناك بيع يشبه هذه الصورة يسمى بيع السِّنين، ويطلق عليه إباضية عُمان

---

(١) رواه البيهقي، كتاب البيوع، باب من قال: لا توضع الجائحة، رقم: ٩٩٦٦، والبخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم: ٢١٠٨، عن أنس بن مالك، بلفظ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه».

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢٧، ٣٢٨. أطفيش، شرح النيل، ١٤/ ٣١٨، ٣١٩.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢٨.

(٤) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ٣٢٧.

بيـع القبالـة، وهو بيع الغلـة أو الزرع قبل نضجه واسـتوائه، وقد ثبت عن طريق جابر بن عبدالله الأنصاري: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين» [(١)].

قال ابن بركة في بيان صورة هذا البيع: «وهو أن يبيع الرجل سـنين: وهي التـي يسـميها أصحابنا القبالـة... وفي رواية أخرى عنه ﷺ أنـه قال: «**لا يبيعن أحدكـم ثمرته سـنين، ومن باع ثمرته فأصاب جائحة فهـي من ماله، ولمَ يأخذ أحدكـم مـال أخيه بغير حق**»[(٢)]، قال: فهـذا القول منه عليه السلام لعله يدل عن النهي عن جواز القُبالة؛ لأنه عقب بيع السنين النهي»[(٣)].

- ومـن صور البيـع المحرمة في مجال الزراعة بيـع المزابنة: وهو بيع الثمر علـى رؤوس النخـل بثمـن معلوم إلى أجـل، وكذلـك إن كان عنباً بزبيب معلوم كيله إلى أجل، وقد ورد فيه النهي عن النبي ﷺ [(٤)].

---

(١) رواه النسـائي، كتـاب البيـوع، باب بيع السـنين، رقم: ٦٠٣٧، وابن ماجـه، كتاب التجارات، باب بيع الثمار سـنين والجائحة، رقم: ٢٢١٥، عن جابر بن عبدالله؛ ومسـلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم: ٢٩٥٧، عن جابر بن عبدالله.

(٢) رواه النسـائي، كتـاب البيـوع، وضـع الجوائح، رقـم: ٥٩٣٥، عـن جابر بن عبـدالله؛ بلفظ: «إن بعـتَ مـن أخيـك ثمرا فأصابته جائحـة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شـيئاً، بـم تأخذ مال أخيك بغير حق؟». ومسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم: ٢٩٨٨، عن جابر بن عبدالله. بلفظ: «لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخـذ مـال أخيك بغير حق». والدارقطني، كتاب البيوع، رقـم: ٢٥٤٦، بلفظ: «من ابتاع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذن منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»؛ عن جابر بن عبدالله.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٣٢٦/٢. أطفيش، شرح النيل، ٣١٦/١٤-٣١٧.

(٤) رواه الربيع، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من البيوع، رقم: ٥٦٦، والبخاري، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، رقم: ٢٠٧٤، عن أبي سـعيد الخدري. ومسـلم، كتاب البيوع، باب النهي عـن المحاقلـة والمزابنة، رقـم: ٢٩٣٨، عن جابر بن عبدالله. بلفظ: نهى رسـول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة...، وأخرجه أبو عوانة في المستخرج، مبتدأ كتاب البيوع، باب حظـر بيـع الرطب بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيـلاً، رقم: ٤١٠٧، عن عبدالله بن عمر، بلفظ: «نهى عن بيع المزابنة، والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب كيلاً».

وكذلك نهى ﷺ عن بيع المحاقلة[١]، وهو: أن يبيع الرجل سنبل زرعه بحب معلوم كيله إلى أجل، وقال بعض الفقهاء الحقل هو الزرع[٢].

وعلة تحريم هذه البيوع: هي خوف الغرر الذي قد يحصل للتمر والعنب والسنبل، فقد تأتيها الجائحة، كالأمطار أو الرياح أو الجراد فتقضي على التمر، فلا يستفيد المشتري من تلك الغلة، أما البائع قد ضمن الثمن ولو كان مؤجلاً، والإسلام لا يرضى لأهله أن يتنازعوا بسبب ما يلحق أحدهم من مضار؛ لأنه «**لا ضرر ولا ضرار**».

٤ ـ في باب القسمة:

عرّف الشماخي القسمة بأنها «فصلٌ يحجز الله به الظلمة عن الضعفاء، وهي حق من حقوق الناس يجبر عليها الشركاء إذا طلبها بعضهم»[٣].

قال المحشي أبو ستة في شرح هذا التعريف: «قوله (يحجز الله به الظلمة عن الضعفاء) كان المراد به الظلمة من الورثة عن الضعفاء منهم، إذا كانت أموالهم مشتركة»[٤].

وشرعت القسمة لرفع الضرر عن الشركاء في المال سواء كان عقاراً أو منقولاً، قال الشماخي: «المقصود بالقسمة تبيين سهام الشركاء في الجنس الواحد، ويراد بها كذلك الانفصال»[٥].

---

(١) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة، رقم: ٢٠٩٧، عن عبدالله بن عباس؛ ومسلم، بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة....»، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، رقم: ٢٩٣٨، عن جابر بن عبدالله.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢٥، ٣٢٦.

(٣) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ٨٥.

(٤) القصبي أبو ستة عمرو: الحاشية على الإيضاح، ٧/ ٥٨.

(٥) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ٥٨ و٧٧. ـ ينظر: أبو العباس أحمد: كتاب أبي مسألة، ص١٧٦.

ولكن قد تؤدي القسمة إلى ضرر بأحد الشركاء أو الورثة، وفي هذه الحالة يرى الإباضية أنه لا تجوز القسمة لأجل ذلك الضرر، ومن أحكامها:

أ ـ أنه لا يقسم مال الغائب إذا لم يترك وكيلاً؛ لأن من شروط جواز القسمة: حضور جميع الشركاء أو وكلائهم، يقول الشماخي في المعنى: «وأما الغائب فإنه إن ترك وكيله بنفسه قام مقامه، وإن لم يترك وكيلاً لنفسه فقد اختلف العلماء فيه، قال بعضهم: المال الذي تركه الغائب قبل غيبته لا يقسم بعده ولو اتفقوا على ذلك، وذلك فيما يوجبه النظر؛ لأن الغائب له حجة في هذا، والتضييع إنما جاء من قبل الشركاء وهم الذين ضيعوا حقهم في القسمة حتى غاب، ومع هذا إنه لا يقضى على الغائب».

وقال بعضهم: إن اتفقت العشيرة مع شركاء غائبهم، فاستخلفوا له خليفة، فاقتسموا وتراضوا بذلك، فهو جائز، ولكن الحاكم لا يجبرهم على ذلك، وكذلك الديون أيضاً يتوجه إليها هذا الاختلاف، أعني الديون التي تلزمه قبل غيبته، وأما المال الذي ورثه الغائب بعد غيبته، فإنه يدرك على العشيرة أن يستخلفوا لغائب خليفة، فيقتسم الورثة معه ولو لم يصلوا إلى قسمة ذلك، إلا بقسمة ما ترك قبل الغيبة؛ لأن الغائب ليس له في هذا حجة، و«الضرر لا يحل»[1].

الرأي المختار:

وعند التأمل في القولين نجد القول الثاني أقرب للصواب؛ لأن الغائب لا ندري متى عودته، فربما تعطلت مصالح الناس بسبب تجميد المال، ومنع القسمة بسببه، فإذا تدخلت عشيرته ووضعت له وكيلاً ينوب عنه، رفع الضرر عن الجميع، وأخذ كل شريك حقه، لأنه «**لا ضرر ولا ضرار**»، سواء كان ما تركه من مال قبل غيبته أو ورثه بعد غيابه.

(١) الشماخي: المصدر نفسه، ٧/ ٧٧. ينظر: أبو العباس أحمد: كتاب أبي مسألة، ص١٧٨.

ب ـ وأما إن اقتسموا ثم خرج وارث يرث معهم ولم يعلموا به، فإن قسمتهم لا تجوز ولو جوّزها الداخل؛ لأن أصل القسمة لا تجوز، وقد اقتسموا ما لهم وما ليس من حقهم، وفي جواز القسمة أيضاً ضرر على الداخل، بتفريق سهمه في الأسهم.

قال أبو ستة معقباً على قول الشماخي: «لَقائل أن يقول: إن ذلك يدفع برضاه، والتعليل الأول كاف؛ لأن القاعدة أن العقدة إذا اشتملت على ما يجوز وما لا يجوز، كانت غير جائزة على الراجح، وظاهر التعليل بوجود الضرر مطلقاً، أنه لا يجوز لأحد أن يحدث ضرراً على مال أحد ولو رضيَ به»[1].

ج ـ ويرى الشماخي أنّ «ما لا يمكن فيه القسمة إلا بفساد فلا يجبرهم الحاكم على قسمته، لأن في قسمته ضرراً و«الضرر لا يحل»، ولا يجبرهم أيضاً على بيعه؛ لأن البيع لا يصح إلا بالتراضي من البائعين، لقوله ﷻ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء: ٢٩)، وليس البيع أيضاً بواجب على أحد في ماله فيجبر عليه، وذلك مثل: البيت الواحد إذا لم يُصِب كل واحد من الشركاء في نصيبه مصالح بيته جميعاً، مثل: أن يصيب في نصيبه ما يرقد فيه، ويمد رجله وموضع أداة خدمته، ومِن أين يستخرج بابه، فإذا أصابوا جميعاً ما ذكرنا فإنهم يجبرون على القسمة.

وعقب أبو ستة على قول الشماخي في عدم إجبار الشركاء على القسمة ولا على البيع، أن المالكية خالفوا الإباضية في هذا الرأي، وقالوا بوجوب الإجبار على القسمة لإزالة الضرر على بعض الشركاء، والقاعدة تنص على أن «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار»، وهذا نصه: «قوله: (ولا يجبرهم أيضاً على بيعه إلخ...) خالف مالك أصحابنا في هذا، فذهب أنه

(١) الشماخي: مع الحاشية، ٧/ ٨٧ - ٨٨.

يجبرهم إزالة للضرر، وفي «كتاب القسمة» للشيخ أبي العباس أحمد بن محمد بن بكر (الفرسطائي) رحمهم الله ما هو صريح في قول مالك، حيث قال بعد ما ذكر ما قاله المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ : ومن العلماء من يقول في الشريك أنه يجبر على أن يبيع أو يشتري في الشيء الذي لا تمكن فيه القسمة؛ إذا دعاه شريكه إلى ذلك، وإن أراد أن يبيعاه جميعاً أو يشترياه جميعاً فليتزايدا عليه حتى ينتهيا في زيادتهما إلى من أراد، فليأخذه قلّ أو كثر... ومِنَ العلماء من يقول في ما لا تمكن فيه القسمة من جميع المشترك أنه لا يصيب فيه الشريك منع المنافع بينهم، ويقسمون منافع ذلك على قدر حصصهم...»[(١)].

ويضيف الشماخي: «وأما إذا لم تكن فيه القسمة وأراد واحد من الشركاء أن يأخذ شركاءه على إغلاقه فله ذلك؛ لأن القسمة لا يجبَرون عليها لأجل الضرر الداخل بالقسمة، والبيع لا يجبرون عليه؛ لأن ذلك مخالفة الأصول، واستخدامه لا يكون إلا باتفاق من الشركاء، ولذلك يتواخذون على إغلاقه...»[(٢)].

- وفي السياق نفسه يرى فقهاء الإباضية أنه لا يمكن القسمة في «الدابة الواحدة أو السيف أو الثوب الواحد، وما أشبه ذلك مما لا يمكن القسمة إلا بفساده، وكذلك كل زوجين لا يستنفع بأحدهما دون الآخر، مثل: الخفين والنعلين، وأحجار المطحنة وما أشبه ذلك، وبالجملة كل شيء لا يمكن فيه القسمة لا يتواخذون على قسمته»[(٣)].

واستثنى الإباضية بعض الأمور التي تغلق وتحجز إذا تعذر قسمتها، كالجب والبئر، قال الشماخي: «إلا الجب فإنهم لا يتواخذون على إغلاقه، ولو

(١) القصبي أبو ستة عمرو، الحاشية عن الإيضاح، ٧/ ٩٠.
(٢) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ٩٠.
(٣) الشماخي: المصدر نفسه، ٧/ ٩١، ٩٢.

كان القسمة لا يمكن فيه؛ لأن بيع الماء لا يحل، وقد ورد النهي فيه، لكن يستقي كل واحد من الشركاء ما أراد، ولا يصيب أن يستقي غيره بغير إذن شركائه، إذا وقعت المشاححة بينهم...»[١].

ونقل الشماخي عن بعض الإباضية أنهم يذهبون إلى أن الشركاء يتواخذون على قسمة ما لا يمكن قسمته ولو كان قليلاً، إذا طلب أحد الشركاء ذلك، والحجة لهم قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (النساء: ٧).

وذكر أنه جاء في الأثر عن الإباضية: أنه إذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص ـ جزء ـ قليل في داره لا يكون بيتًا فإن ابن عبد العزيز يقول: «هو إن طلب القسمة قسمت له منه، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير وبه نأخذ».

ويفهم من هذا النص أن الشماخي يميل إلى هذا الرأي ويختاره، خلافاً لجمهور الإباضية، حيث نقل عنهم أن «الربيع كان يقول: لا يقسم شيء من هذا ونحوه، وقول الربيع هذا المأخوذ به عند أصحابنا، وأما ما اعتل به ابن عبد العزيز من انتفاع صاحب القليل بنصيب صاحب الكثير، فإن الانتفاع عند أصحابنا لا يكون إلا باتفاق من الشركاء»[٢].

مجمل القول:

يظهر مما تقدم أن كلّاً من الفريقين من فقهاء الإباضية يسعى إلى رفع الضرر عن الغير، فابن عبد العزيز نظر إلى الشريك الذي يملك حصة كبيرة مع غيره، فوجده يتضرر إذا لم تتمّ القسمة في الملك المشترك؛ لأن الشريك الأقل نصيباً ينتفع أكثر من حقه، وهذا ضرر يجب أن يزال.

بينما ذهب الربيع وغيره من جمهور الإباضية إلى تعطيل القسمة في

(١) الشماخي: نفسه.

(٢) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ٩٢ - ٩٣.

الملك الذي يتعذر تقسيمه؛ لأن في قسمته فساد وضرر يلحق الجميع، ولا يمكن الاستفادة منه، والله لا يحب الفساد، ولكن مع ذلك نقول كما قال الإمام مالك يجبر الجميع على البيع للضرورة، لرفع الضرر عن الغير؛ لأنه يمكن أن يكون بعضهم ينتفع بالملك والآخر لا يمكنه، وبعد بيعه لأحدهم أو لغيرهم يأخذ كل واحد منهم نصيبه بالعدل، وينتفي بذلك الظلم، وبذلك يزول الضرر عن الجميع.

د ـ ومن الصور التي ذكرها الفقهاء في القسمة، ومنعت لأجل الغرر والغبن الحاصل لبعض الشركاء، أنه إذا قسّم رجلان أرضاً وتبيَّن لهما فيها الغبن، واقتسماها على أنّ مَن وقعت قرعته على السهم الذي فيه الغبن أخذه فلا تجوز قسمتها؛ لأن قسمة الغبن لا تحل وهي ضرر.

وكذلك إن اتفقا على المشترك على أن يتقارعا عليه، فمن وقعت عليه قرعته أخذه كله من غير قسمة، ويبقى صاحبه لا يأخذ شيئاً، فلا يصح هذا؛ لأنه أخذ الأموال بغير حق[١].

«وإن تمَّت قسمة الدار وانهدم شيء من حيطان الدار من ناحية أحدهما بعد ما اقتسماها، فإن صاحبها يأخذه أن يبني ما انهدم من ناحيته، لأجل ما يدخل عليه من الضرر، ويجبره الحاكم على ذلك، إلا إن اقتسما الدار أول مرة، على أن يبنيا فيما بينهما حائطاً، ولا يدرك عليه من بنيان ما انهدم من حيطان الدار شيئاً...»[٢].

كما استدل القطب على هذه القاعدة على أن الشركاء يجبرون على القسمة إن طلبها أحدهم؛ لأن عدم القسمة فيه ضرر لمن طلبها، والضرر لا يحل فيجب إزالته[٣].

---

(١) الشماخي: المصدر، ٧/ ١٠٣. ـ أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١٧٧.
(٢) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ١٠٤.
(٣) أطفيش: مرجع سابق، ١٠/ ٥٢٥.

٥ ـ في باب الرهن:

إذا حدث للرهن ضرر أو أحدث الرهن ضرار للغير، فمن يتحمل مسؤولية إزالة الضرر عنه أو عن غيره؟

يرى أهل العلم أن الراهن يتحمل جميع المضرات؛ لأنه هو المالك له، وأحياناً يتحمل غيره إذا تسبب في إحداث الضرر، وقد فصل الشماخي القول في هذه المسألة، وبيَّن حكم ذلك مع التعليل، فقال: «وبالجملة إن على الراهن جميع ما يحتاج إليه الرهن، وجميع ملازمه وجميع مضراته التي يؤخذ بنزعها، من حائط مائل أو شجرة مائلة وما أشبه ذلك، وتفصيل ما ذكرنا لا تخلو المضرة أن تحدث على الرهن من قبل غيره، أو تحدث على الغير من قبل الرهن، فإذا حدثت على الرهن من قِبل أحد من الناس أو من قبل الله، مثل ما ينبت من الشجر أو هدم البنيان أو ما أشبه ذلك، فإنه يدرك نزعها على الذي أحدثها وأحدثت من قِبل ماله من شاء منهم من الراهن والمرتهن والمسلط؛ لِتعلّق حق المرتهن في الشيء المرهون، ولهذا المعنى يتداركون نزوعها، أعني الراهن والمرتهن أو المسلّط، أيهما أحدثها على الرهن أدرك عليه صاحبها نزوعها، وكذلك المسلط»[(١)].

ويضيف الشماخي في السياق نفسه «وكذلك بيت الكراء على هذا المعنى إذا أحدثت عليه مضرة، فإنه يدرك نزوعها أيهما شاء، ربّ البيت أو المتكاري ـ المستأجر ـ لتعلق حق المتكاري في البيت، إلا أن تكون مضرة لا تضر المتكاري في مدة الكراء، نحو الغُروس الصغار يدرك نزوعها صاحب البيت المتكاري، ويتداركان نزوعها صاحب البيت والمتكاري أيهما أحدثها أدرك عليه صاحبه نزوعها، كما ذكرنا في الرهن والمرتهن»[(٢)].

---

(١) الشماخي: المصدر نفسه، ٧/ ٢٣٩.

(٢) المصدر نفسه، ٧/ ٢٣٩، ٢٤٠.

هذا إذا كان الرهن بيتاً مؤجراً، أما إذا كان الرهن بيتاً عارية فيتحمل مضرته صاحبه، وهذا ما أكده الشماخي في عبارته: «وأما بيت العارية فيدرك نزوع المضرة إذا أحدثت عليه صاحبه دون الساكن فيه بالعارية؛ لأنه لا حق له فيه من جهة الوجوب، إلا بإذن صاحبه»[١].

أما إذا حدث ضرر على الرهن وكان صاحبه غائباً أو طفلاً أو مجنوناً قبل حدوثها، فلا تجب إزالة الضرر على المرتهن، أو المؤجر أو القابض للرهن، أو الساكن لبيت العارية حاضراً، وفي هذا المعنى يقول الشماخي: «وإن أتى على هذه المضرة حال ما تثبت، نحو السنين والثمار أو ما أشبه ذلك، إلا أن يكون الراهن أو صاحب بيت الكراء والعارية غائباً، أو طفلاً أو مجنوناً قبل حدوث تلك المضرة، فإنها لا تثبت على هذا الحال، ولو كان المرتهن أو المسلط ـ الذي يودع عنده الرهن كأمانة ـ، أو المتكاري أو الساكن في البيت العارية حاضراً؛ لأن ثبوت المضرة متعلق إلى سكوت من حضر، إذا كان ممن يجوز تجويزه لتلك المضرة؛ لأن سكوته يدل على تجويزه لتلك المضرة، والمرتهن والمتكاري والساكن بالعارية ليس لهم من ذلك شيء، ولا يضر حضورهم مع غيبة صاحب الشيء، كما لا تنفع غيبتهم مع وجود صاحب الشيء، وإنما يجوز نزوعها لهما لِتعلّق حقوقهما في ذلك الشيء الحادث عليه المضرة»[٢].

وأما إذا حدثت المضرة من العين المرهونة على الغير، فالراهن هو الذي يتولى إزالة الضرر؛ لأنه المالك للرهن، ولا يتحمل غيره ذلك إذا لم يحدثها أو يتسبّب فيها، يقول الشماخي في هذا الشأن: «وأما إذا حدثت على الغير من قِبل الرهن أو قِبل بيت الكراء أو بيت العارية، فإنها إذا حدثت ولم يحدثها

(١) الشماخي: نفسه.
(٢) الشماخي: الإيضاح، ٧/ ٢٤٠، ٢٤١.

أحد منهم، أو حدثت من قِبل الراهن أو صاحب البيت، فإن الراهن أو صاحب البيت هما اللذان يؤاخذان على نزوع تلك المضرة؛ لأنهما المالكان للشيء الذي من قِبله المضرة، ولا يؤخذان بذلك المرتهن، ولا المسلط، ولا المتكاري، ولا المستعير، إلا إن أحدثها أحد هؤلاء، فإنه يؤخذ بنزوعها لإحداثه المضرة، ويؤخذ أيضاً صاحب الشيء، لأنه المالك»[١].

وإذا كان الرهن حيواناً فضيّع الراهن علفه ورعايته، وامتنع الراهن عن ذلك، أو هرب منه، فأنفق المرتهن على الرهن من ماله، فله أن يأخذ جميع ذلك من ثمن الرهن إنْ باعه، إذا لم يرُدّ عليه الراهن نفقته، وإن لم يكن في الرهن زيادة عن حقه فليتبع الراهن ويأخذ من عنده؛ لأن ترك الحيوان بدون رعاية ضرر، وتحميل المرتهن نفقته دون عِوض ضرر، والضرر يزال، ولا ضرر ولا ضرار[٢].

وقد وضع الشماخي لذلك ضابطاً عاماً يضبط هذه الصور فقال: «والأصل في ذلك أن جميع ما يحتاج إليه الرهن مما يكون فيه هلاكه عند الترك، إذا فعله المرتهن بماله عند امتناع الراهن من ذلك، فإنه يدركه عليه»[٣].

واستدل القطب أطفيش بهذه القاعدة في مسألة ما إذا قال الراهن أو قريبه أو صديقه للمرتهن، خذ مالك على الراهن لم يجز له بيعه بعد؛ لأن بيعه بعد عرض ماله عليه ضرر، و«الضرر لا يحل»[٤].

وفي السياق نفسه قال: «إن وجد المرتهن وفاء حقه في غلته، أو لا يبيع حيواناً مرهوناً إن وجد وفاء حقه من غلة الحيوان؛ لأن ذلك ضرر، و«الضرر لا يحل»»[٥].

---

(١) الشماخي: المصدر نفسه، ٧/ ٢٤١.

(٢) الشماخي: نفسه.

(٣) نفسه: ٧/ ٢٤٢، ٢٤٣.

(٤) أطفيش: شرح كتاب النيل، ١١/ ٢٨٠.

(٥) أطفيش: المصدر نفسه، ١١/ ٢٨٦ - ٢٨٧. ـ الشماخي، المصدر السابق، ٧/ ١٨٩ - ١٩٣.

وبيان ذلك: أن المرتهن إذا تمكّن مِن استرجاع قيمة دينه من غلة الرهن فلا يجوز له أن يبيعَ الرهن؛ لاستيفاء حقه، كالحيوان إذا كان ينتج لبنًا فاستطاع من نتاجه أن يسدد دينه، فلا يجوز أن يبيعه؛ لأن في ذلك ضرر بالراهن.

٦ ـ في باب الإجارة:

اختلف الإباضية في حكم من استأجر داراً ليسكن وحده، فأدخل معه صديقه، أو تزوج فاستقر فيها مع أهله، فهل تصح الإجارة؟

قال أبو ستة: «وإذا قلتم بصحتها هل تسكن معه؟ قال أبو حنيفة يسكنها معه، وقال أبو ثور: لا يسكنها معه، قال الضميري[١]: وهو القياس وهو الظاهر على القواعد والله أعلم»[٢].

وعقب أبو ستة على هذه الأقوال فقال: «أما صحة الإجارة فالظاهر أنه لا خلاف فيها، وأما زيادة الساكن فهي مضرة يزيلها صاحب الدار إن شاء، ولا يحل له ذلك من غير إذن صاحبها، وإن تقدم أن الثقل لا يؤثر في البيوت؛ لأن ضرر الساكن لا يلزم أن يكون من جهة الثقل، على أن لا نسلم عدم الضرر من جهة الثقل أيضاً، إذا كانت علوية كما هو الظاهر والله أعلم»[٣].

ولكن ما ذهب إليه أبو ستة وغيره غير مُسلّم به، فأي ضرر يلحق السكن بزيادة شخص واحد خاصة إذا كانت الغرفة واسعة، أو استأجر داراً كاملة، اللَّهُمَّ إلا إذا كان المؤجر اشترط عند العقد ألا يُسَكِّن معه أحداً إلا بإذنه؛ لأن

(١) لم نقف على ترجمته لتشابه الأسماء، ولعله الفضل بن عمرو بن أمية الضميرى من رواة الحديث ورد اسمه في ثقات ابن حبان، ٥/ ٢٩٥. وذكر ابن حجر: جعفر بن عمرو بن أمية الضميري ولعله شخص واحد، الإصابة في معرفة الصحابة، ٢/ ٤٩٩.

(٢) القصبي أبو ستة، الحاشية على كتاب الإيضاح، ٦/ ٢٦٠ - ٢٦١.

(٣) القصبي أبو ستة، المرجع نفسه، ٦/ ٢٦١.

الأجرة المتفق عليها كانت مقابل شخص واحد فإذا زاد غيره زاد في الإيجار، كما يحدث في أنظمة الفنادق، فيكون هذا من حقه، فإن تعدى المستأجر ذلك وأسكن معه زوجته أو غيرها بدون إذن المؤجر، فإنه يكون قد أخلَّ بالعقد وألحق ضرراً به، فيجب عليه أن يزيل ذلك الضرر بالتزام شروط العقد، أو يزيده في الأجرة؛ لأنه «**لا ضرر ولا ضرار**».

المطلب الثالث
في الأحوال الشخصية

١ ـ في عضل الولي للمرأة في الزواج:

لا يجوز للولي أن يمنع وليته من الزواج بالكفء فإن فعل ذلك فقد عضلها، ويجب على الولي أن يزوّجها به وإلا وَكّلت من يقوم مقامه، أو ترفع أمرها للحاكم أو من يقوم مقامه من جماعة المسلمين فيجبره على تزويجها، أو تُزوّج بغير رضاه لرفع الضرر عنها؛ لأن العضل ظلم وضرر، «والضرر يزال»، وذهب بعض فقهاء الإباضية إلى جواز جبره بالحبس، وصححه القطب، وقيل بالضرب تأديباً له، وكذلك إن اشترط عليها أن يأخذ جزءًا من صداقها، أو تُسلّم له مبلغاً من المال حتى يزوجها، فهذا ضرر لا يقره الشارع، ولذلك يجب إزالته، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ (النساء: ١٩)، وقوله ﷻ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٢).

تعرض القطب أطفيش إلى هذه المسألة وفصل فيها القول وأجلاه، ومما جاء عنه في شرح النيل: «ويجبر الولي على تزويجها إن امتنع منه بلا عذر، وهو ظلم لها وكبيرة فرضها عليه، أو تجعله في حِلّ، ويجبر بلا ضرب إن لم يجد كفؤها ووجد غيره، وخاف عليها الزنا، وإن امتنع وكّلت حينئذ مَن يزوجها، أو زوجها الحاكم أو الإمام أو الجماعة (فقيل) يجبر على الحبس، وهو الصحيح، وقيل يضرب بلا عدد محدود حتى يزوجها مِن كفئها إن حضر الكفؤ، وقيل يضرب تأديباً، ويزوجها الإمام أو نحوه، أو الجماعة، أو يوَكّلون لها أو توَكل هي، أو يزوجها وليّ دون الولي الممتنع، كشقيق الأب، فيزوجها أبوي، زوّجه الأَوْلى، الإشارة إلى ضعف قول الضرب، لأنه لا تفوت نفس بعدم التزويج بخلاف نفقة الولي...»[1].

(١) أطفيش: شرح كتاب النيل، ٦/ ١١٢.

ونقـل القطب عن أصحاب الديوان أنه لا يجوز للولي أن يمنع المرأة من الزواج من الكفء بسبب الطمع في مالها، فكما لا يجوز مضارتها في نفسـها كذلـك لا يجـوز مضارتهـا في مالهـا، وفي ذلـك يقـول: «قال في الديوان: ينظر المسـلمين في منعه، فـإن أراد به المال ومضرتها فلا يتركوه إلـى ذلـك، ولْيخوّفـوه بـالله تعالى، لقولـه تعالـى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ (النسـاء: ١٩). وإن اعتـل بعلّـة نظروا، فـإن وجدوا لها وجهـاً رجعوا إلـى المرأة وأمروها بطاعة وليها، لأنـه الناظر لها، وإن أراد إضرارهـا أمرها أن تولِّي أمرها غيـره، وإن طلبت إليه واحداً فردّه ثم آخر فـردّه أو أكثـر، فهـل يكـون ذلك تعطيـلاً أم لا؟ قـولان، وإنمـا ينظر إلى إضرارها، إذ لاحدّ لذلك؛ لأنه ربما ردّ واحداً أو أكثر وله وجه، وربما رد واحداً وهو فيه أضر...»[(١)].

وقد أشار القطب إلى مسألة هامة كانت سبباً في بوار كثير من الفتيات في عصرنـا، وهـي أن تكون الفتـاة عاملة أو موظفـة لها راتباً شـهرياً تنفق به على أسرتها، فيعتمد عليها وليها في النفقة، ولمّا يتقدم لها من يتزوجها يمتنع الولي، فـإذا أصرَّت البنت الموظفة على الزواج طلب منها وليها مبلغاً ماليّاً تعجز عن تسديده، أو يرهن لها أملاكها، فإذا تزوجت قضت مدة طويلة في تسديد دينها حتى تفك رهنها، وهذا من الإضرار الذي لا قره شرع ولا عرف، وربما تسبب في خلافات زوجية تنتهي بالفراق.

يقـول القطـب أطفيـش في هذا الشـأن: «وحرُم على الولـي أخذ مال من وليّتـه علـى تزويجها بلا طيب نفسـها، إن امتنع منه إلا بالمـال؛ لأن تزويجه إياهـا فـرض، ولا يحل له أخذ مال على فـرض، وحَلّ لها أن تعطي، قال الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ﴾ (النور: ٣٢)، تأمر الأولياء بالإنكاح، والأمر للوجوب،

(١) أطفيش: المرجع نفسه، ٦/ ١١٤.

أيْ إن أرَدْنَ، وقال تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة: ٢٣٢)، أي يتخذن أزواجاً، فنهاهم أن يمسكوهن، والنهي للتحريم إلا بقرينة، فلا يجوز له أن يفعل المنع ويتوصل به إلى الأجرة، إلا إن كان يسافر إلى العقد فله الأجرة»[١].

مجمل القول:

فالشارع الحكيم أعطى الحق للولي أن يزوج وليته وأوجب على الأبناء إن كانوا قادرين أن ينفقوا على والديهم إن كانا فقيرين، وفي الوقت نفسه منع الولي من عضل وليته عن الزواج لأجل المال، لأن ذلك تعسف في استعمال الحق، وضرر للمرأة يجب إزالته، ولذلك سمح لها الشارع أن توَكل من يقوم مقام ولّيها ليعقد عليها ولو كان ولّيا أبعد منه، بشرط أن يكون من العصبة، فإن تعذر ذلك ينوبه الحاكم أو جماعة المسلمين حتى لا يكون تعطيل طريق الزواج بتعنت الولي سبباً في انحرافها ووقوعها في الزنا.

٢ ـ في التدليس في الزواج:

ومن الصور التي تتخرج عن هذه القاعدة التدليس في الزواج، فالتدليس غشّ وتزوير، وهو ضرر يجب أن يزال، وقد ورد على البكري سؤال يقول فيه صاحبه: «هل يسوغ لمن يريد أن يتزوج بنتاً لم تبلغ السن القانونية للزواج[٢] أن يعقد عليها خوفاً من طائلة القانون باسم أختها الكبرى؟».

فأجاب بأنه لا يسوغ ذلك؛ لأنه غش وتدليس، ولا يليق بالمسلم أن يغش

(١) أطفيش: المرجع نفسه، ٦/ ١١٣.

(٢) حدد المشرع الجزائري السن القانونية بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بـ ١٩ سنة للجنسين، وكان قبل ذلك محدداً بـ ١٨ سنة للأنثى و٢١ للذكر، ثم عَدل عن ذلك لتكريس المساواة بين الجنسين، وهذا التحديد مخالف للشرع الذي جعل سن البلوغ هو المناسب للزواج لكل من الذكر والأنثى.

أو يدلس، لقوله ﷺ: «**من غشّنا فليس منا**»[(١)]؛ ذلك أن هذه العملية تترتب عليها أحكام وتستتبعها نتائج منها:

١ ـ أنه يضاجع الصغيرة ولم يعقد عليها باسمها.

٢ ـ أن أولادها ينتسبون إلى الكبيرة وليست لهم بأمّ في الحقيقة، وتُحرَم الصغيرة من نسبهم إليها وهي أحق.

٣ ـ إذا ماتت الكبيرة ورثها غير أبنائها أو ماتوا ورثت غير بنيها.

٤ ـ ومن وراء ذلك تعطيل الكبيرة عن الزواج.

ولا ريب أن كل هذه الأمور المذكورة أضرار لحقت بالبنتين بسبب هذا التدليس، ولذلك يجب إزالتها لإعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي، ولعلاج هذا الأمر يقترح شيخنا عبد الرحمٰن بكلي على المدلس اتباع الخطوات التالية:

- أن يدلس مرة ثانية أو يطلقها ولو صورياً، ثم لا بد له من أمرين:

الأول: يجب عليه أن يباعدها فعلاً انتظاراً لانقضاء عدتها؛ لأنه قد قطع الصلة التي كانت تربطه بها انتحالاً، وإلا اعتبر في ظاهر الشرع زانياً.

الثاني: تجديد العقد باسم الصغيرة.

وقد يتعذر ذلك لو انكشف أمره؛ لأنه يعتبر حينئذ في نظر القانون متبعِّلاً لها بلا عقد، بل يستوجب على تدليسه عقوبة إلى غير ذلك من الاعتبارات.

وأنت خبير أن كل ذلك يسبب مشاكل قد تؤول إلى الخصومة وعداوة، وهو ما يأباه الإسلام؛ لأنه كلها أضرار ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

- هذا كله إذا كان التدليس في الشخص والاسم معاً، أما إذا كان التدليس في الاسم غير أن الشخص متفق عليه بين الطرفين، فأقل مسؤولية فيما بينه

---

(١) رواه الربيع، كتاب البيوع، باب في الانفساخ والربا والغش، رقم: ٥٨٢، عن ابن عباس. بلفظ: «ألا ومن غشنا فليس منا....»، وابن حبان، بلفظ: كتاب البر والإحسان، باب الصحبة والمجالسة، ذكر الزجر عن أن يمكر المرء أخاه المسلم، رقم: ٥٦٨، عن عبدالله بن مسعود. «من غشنا فليس منا، والمكر والخداع في النار».

وبين الله لا في الحكم، سيما ونحن في عصر الشكليات، فإن المحذور باق على حاله نظراً لما يستلزمه من الشكليات، ويترتب على ذلك من أحكام[١].

وانظر نتائج الاحتكام إلى غير شرع الله، فتجد الناس يتحايلون على القانون الوضعي لقضاء مصالحهم، فيصطدمون بنصوص الشريعة، أو يقعون تحت طائلة القانون، ولذلك فليجتهد أبناء الإسلام في تحكيم شرع الله والمطالبة به، ولو في مجال الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق كما هو الحال في كثير من بلدان العالم الإسلامي[٢].

(١) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوي البكري، ١/ ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) ومن صور التحايل على القانون في مجال الأسرة في بلادنا أن المشرع الجزائري يشترط على الزوج إذا أراد تعدد الزوجات أن يأخذ رخصة الموافقة من زوجته الأولى حتى يوافق القاضي على العقد على الثانية، فتجد هذا الزوج يعقد عليها عقداً عرفيّاً ثم ينجب منها أولاداً، ثم يأتي إلى القاضي ليسجل هذا النكاح ولا يستطيع القاضي أن يمتنع من ذلك؛ لأنه صار مضطراً لإثبات نسب الولد. ومثله أن يضمن للمطلقة بيتاً لحضانة أولاده، أو إيجاراً مناسباً ضماناً لحق المطلقة في أن تعتد في بيت الزوجية، ولكن لم يخل هذا القانون من التحايل عليه، فتجد أحد المطلقين يقدم لمطلقته إيجاراً لمدة ستة شهور أو سنة فتخرج من البيت، ثم بعد انقضاء تلك المدة يتملص من واجبه فلا يدفع لها بقية الإيجار، فيلحق بها أضراراً بليغة غير متوقعة. تراجع نشرة خاصة من الصحافة تتحدث عن هذه التغيرات في قانون الأسرة الجزائري العدد (٤٩٥٦) السنة السابعة عشر نشر المقال يوم الخميس ١٨ صفر ١٤٢٨هـ الموافق ل: ٨ مارس ٢٠٠٧م، ومما جاء فيه تحت عنوان «تغيرات ونقائص في قانون الأسرة» ومن أهم المواد التي أشار إليها القضاة مسألة التحايل بالزواج العرفي، حيث أن المادة ٨ من القانون لم توضح شيئاً بخصوص الزواج العرفي وعلاقته بالرخصة التي تمنحها لزوجها حتى يتمكن من الزواج بثانية، فالكثير من الرجال يلجؤون إلى عقد قِران عرفي ثم يتقدمون إلى العدالة لتثبيته، وهنا ليس ملزماً بطلب رخصة من الزوجة الأولى خاصة إن أثمر الزواج العرفي بذرية.

ـ كما أن المادة ٧٢ من القانون ذاته أيضاً تحمل نقائص هامة، فهي تنص على بقاء الزوجة في المسكن الزوجي مسكناً لغاية تنفيذ الحكم، وتوفير الزوج مسكناً لها، أو يدفع مبلغ الإيجار، وهنا لا يمكن التأكد من النية الحقيقية للزوج، وإن كان سيوفر للحاضنة مسكناً، حيث يلجأ بعض الأزواج للتحايل بدفعهم مقدم ستة أشهر أو سنة من الإيجار ثم يختفون، وتجد المطلقة نفسها من دون منزل. =

٣ ـ في التطليق للغياب:

ومن المسائل التي وردت في المصادر الإباضية وفيها إضرار بالغير: أنه إذا سافر تاجر عن زوجته إلى بلد لم تبلغه فيه حجة الحاكم، ومكث فيه مقيماً، ولو بلغه كتاب الحاكم لم يجب؛ لأنه في بلد خارج عن حكم المسلمين، وزوجته تريد منه النفقة والكسوة، وليس له مال في بلده ولا غيره من البلدان، وطلبت من الحاكم أن يطلقها، أيجوز له أن يطلقها منه على هذه الصفة أم لا؟ فإن لم يكن هناك حاكم أيجوز لجماعة المسلمين أن يقوموا مقامه في التطليق؟

أجاب سعيد بن خلفان الخليلي على هذه المسألة فقال: «قد قيل في هذا إذا لم يكن مال تأخذ منه زوجته نفقتها وكسوتها بالمعروف، أو تُعطى ذلك منه بالحكم في موضع جوازه، فيفرِض لها الحاكم نفقتها وكسوتها، أو يأمرها أن تدان عليه إلى حد وصوله إن وجدت من يدينها عليه، وإلا فتؤمر بالصبر الجميل وتقوى الجليل»[(١)].

«فإن بقيت الضرورة عليها لفقرها، ووجدت حاكماً عدْلاً يَلزم الناس حكمه في المختلف فيه، فهنالك قد اختلف الفقهاء في جواز طلاقها، فقيل بالمنع مطلقاً، وهو الأحوط والأبعد من الريب والأقرب إلى السلامة.

وقيل: يأمر الحاكم ولي هذا الغائب أن يطلقها منه، فيَتم طلاقه بالحكم؛ لأنه والحالة هذه يحكم عليه بطلاقها ولوكره وبغيبته، لا يُعطِّل ما لزمه لغيره

= ـ وأشار القضاة إلى عدم وضوح القانون في مسألة إثبات النسب، حيث إنه في حالة اعتراف طرفين بعلاقة غير شرعية أنجبا من خلالها إبناً، فإن القاضي ملزم بتثبيت النسب، ويسجل الابن في السجلات المدنية بشهادة ميلاد تحمل اسم والديه الحقيقيين، لكن في حالة مطالبة هذا الابن عندما يكبر بقسطه من ميراث أبيه أو أمه لا يتحصل عليه بصفته ابن «الزنا» حسب ما تنص عليه الشريعة، فانظر إلى ما يترتب على مخالفة شرع الله من آثار سلبية وتبعات مختلفة ما أنزل الله بها من سلطان. ـ يراجع: جريدة الخبر الجزائرية العدد ٤٩٥٦ الصادرة يوم الخميس ١٨ صفر ١٤٢٨هـ الموافق لـ ٨ مارس ٢٠٠٧م، ص٣.

(١) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ١١/ ١٠٧.

مـن الأحكام في دين الإسـلام من حقـوق الأنـام إن رأى الحاكم جواز ذلك، وهو ممن يجوز له القيام بمثله، وجماعة المسلمين إن وُجِدوا يوماً جاز قيامهم في مقامه مع عدمه»[(١)].

وفي السياق نفسه سئل سعيد الخليلي في امرأة ركب عنها زوجها البحر مسـافراً منذ أربع سـنين، ولم يترك لها نفقة ولا كسوة، ولا مالاً له في بلده، وقـد دخلهـا الضرر وأبى أبوه القيام بنفقتها وكسـوتها، فقال: «إذا كان الحال كذلـك جاز للحاكـم الحكم بطلاقها، فيأمـر أباه بتطليقهـا، ويمضيه الحاكم رفعاً للضرر»[(٢)].

الرأي المختار:

بعد النظر في أقوال فقهاء الإباضية في هذه المسألة يظهر أن الزوج الغائب إن تعـذر وصـول الخبر لإلزامـه بالإنفاق على زوجتـه، أن لا تلجأ زوجته إلى الطـلاق لرفع الضرر عن نفسـها إن شـاءت، ما دام لم يتخـلّ عنها ولم يجحد حقهـا، وعلى جماعة المسـلمين أن يكفلوا زوجته وأولاده إن اسـتطاعوا حتى تتيسـر أحوالـه، ولا يتعجلوا فـي تطليقها منه؛ لأن الطلاق يهدم أركان الأسـرة ويشـتت شملها، فلربما منعته الظروف من الحضور أو إرسال النفقة إليها، فإن استطاعت الزوجة الصبر على هذا الحرمان، فهذا من إحسانها؛ لأن التسرع في انفصالها عنه ضرر يقع عليه، أما لو بلغت الأمور إلى حد الضرورة، وشـعرت المرأة بحاجتها إلى زوجها ماديّاً وعاطفيّاً، وتعسـرت عليها سـبل العيش، فمن حقها أن تطلب الطلاق للإعسار أو الغيبة رفعاً للضرر؛ لأن ترك الزوجة بدون إنفـاق أو اسـتمتاع لمدة طويلة ضرر لا يحتمل أيضـاً، يجب إزالته، و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

---

(١) الخليلي سعيد: المرجع نفسه. ١٠٧، ١٠٨. وينظر: أيضاً، ١١/ ٢٤٤-٢٤٦. بتصرف يسير.
(٢) المرجع نفسه، ١١/ ٥٢.

والعلماء كما يبدو قد اختلفوا في ذلك، ولعلَّ القول الأعدل والأقرب للصواب أن تنتظر مدة معينة قبل العزم على الطلاق، فإذا نفذ صبرها تلجأ إلى القضاء؛ لأن تركها معلقة لا متزوجة ولا مطلقة إمساك غير معروف، مناقض للنصوص الثابتة في القرآن والسُّنَّة والله أعلم.

٤ ـ في تعاطي الحبوب لتأخير الحيض وطلب الولد:

ومن الصور التي تتخرج على قاعدة: «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار»: أن امرأة أمرها الطبيب باستعمال الدواء في الخمسة الأولى من أيام حيضها، وأمر زوجها أن يطأها في المدة ـ ابتغاء الولد ـ فأبت الزوجة اتباع هذا الإرشاد الطبي، لكن الزوج هددها بالطلاق إن لم تمتثل، فما رأي الشرع في هذه المسألة؟

أجاب البكري: «أرى ـ والله أعلم ـ أنه لا حق للمرأة أن تمتنع عما أمرها الطبيب من استعمال، إلا أن يكون دواء محرماً لا يبيحه الشرع، وما دام هذا الاستعمال فيه تحقيق لرغبة الزوج ولخير الزوجين معاً، فلا حق لها في الامتناع.

أما جماعها في الأيام الخمسة الأولى من حيضها ـ والمفهوم أنها داخل حيضها لا خارجه ـ فحرام على الزوج أن يفعل، وحرام على المرأة أن تطاوع، ولها كل الحق أن تمتنع، وإن أمر بذلك الطبيب، فلا طاعة لطبيب في مخالفة أمر الله قال تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ﴾ (البقرة: ٢٢٢). وقال ﷺ: «**من جامع امرأته في حيضها فقد أتى ذنباً عظيماً**» [١].

(١) لم نقف على تخريجه. أورده البسيوي، الجامع، ٣/ ٥١. وورد حديث يفيد هذا المعنى بلفظ: «من أتى حائضاً، أو امرأة في دبرها، أو كاهناً، فقد كفر بما أنزل على محمد» رواه الترمذي في سنن الجامع الصحيح، أبواب الطهارة عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في كراهية إتيان =

وتهديد الزوج إياها بالطلاق لوقوفها عند حدود الله ظلم لها لا يحل، لأنها لم تعص زوجاً إذا أطاعت ربّاً، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. وقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ (النساء: ٣٤).

كل هذا لأجل ماذا؟ لأجل ابتغاء الولد؟ وأي خير في ولد أوّله إقدام والده على الذنب العظيم، وهذا ضرر يعود عليه في دينه، وإرغام والدته عليه وتهديدها بالطلاق إن لم يفعل؟ وهذا ضرر بالغير، والقاعدة تقرر أن «لا ضرر ولا ضرار».

ولا شك أن بهذا الاعتبار شؤم على والديه، ثم من يدري لعل ما أشار به الطبيب لا يتحقق، وإنجاح الأسباب بيد الله، فيكون قد أطاع مخلوقاً وعصى خالقا في غير طائل؟ ومن حاول أمراً بمعصية الله كان أبعد مما رجا وأقرب مما اتقى[1]»[2].

والحاصل: أن ابتغاء الولد حق شرعي للمتزوجين، لكن لا يطلب بمعصية الله، فمن ابتغى ما عند الله يطلبه بطاعته، وذلك باتخاذ الأسباب المباحة، ثم يفوّض أمره إلى الله الذي يختار لعبده ما فيه الخيرة.

= الحائض، حديث: ١٢٨. عن أبي هريرة. قال الترمذي: «لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم، عن أبي تميمة الهجيمي، عن أبي هريرة، وإنما معنى هذا عند أهل العلم على التغليظ». والدارمي في السنن، كتاب الطهارة، باب من أتى امرأته في دبرها، حديث: ١١٦٩. وأبو داود في السنن، كتاب الطب باب في الكاهن، حديث: ٣٤٢٣. وابن ماجه في السنن، كتاب الطهارة وسننها، أبواب التيمم، باب النهي عن إتيان الحائض، حديث: ٦٣٦. قال الألباني: حديث صحيح.

(١) رواه أبو نعيم، في حلية الأولياء بلفظ: «من حاول أمراً بمعصية كان أبعد لما رجا وأقرب لمجيء ما اتقى»، حلية الأولياء، أنس بن مالك، رقم: ٩١٦٤، عن أنس بن مالك، وضعفه الألباني. وأخرجه الشهاب القضاعي في مسنده، من حاول أمراً بمعصية كان أفوت لما رجا وأقرب لمجيء ما، حديث: ٤٨٥.

(٢) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوى البكري، ٢/ ٢٨١ - ٢٨٢.

المطلب الرابع
في باب الحقوق

١ ـ في رفع الضرر عن المؤجر والمستعير والجار:

إذا أجّـر شـخص لرجـل داراً بكراء معلوم إلى أجل معلـوم، فحدثت عليه مضرة، فعلى رب الدار نزعها على الذي أحدثها؛ لأنها داره، وكذلك المستأجر يـدرك نزعها على الـذي أحدثها، إن كانت المضرة تضر بالسـكنى؛ لأن منفعة الـدار من حقـه في تلك المدة «والضرر يزال»، إلا أنـه في الحالة الأولى يزيل الضرر المؤجر صاحب الدار؛ لأن المستأجر قد أجر داراً صالحاً للإيجار، أما في الحالة الثانية فيزيله المستأجر إذا كان الضرر قد حدث بسببه بعد أن دخل المنـزل وهو صالح للسكن[١].

- واختلـف الفقهاء في المسـتعير إذا اسـتعار تلك الدار فحـدث فيها ضرراً، أيـدرك نزعـه على الذي أحدثها ـ كالمؤجر في مدة السـكنى ـ أم لا يدرك نزعها إلا صاحب الدار؟

قـال الشـماخي فـي هـذا الصـدد: «والفـرق بيـن المسـتعير والمتـكاري ـ المسـتأجرـ أن المسـتعير ولو كان له حق في السكنى لو أراد صاحب الدار أن يخرجه لأخرجه، بخلاف المتكاري، وكذلك أيضاً ربُّ الدار والمتكاري يدرك كل واحـد منهمـا على صاحبـه ما أحدث في تلك الدار مـن المضرة؛ لأن كل واحد منهما له حق في تلك الدار»[٢].

وإن أحدث رب الدار أو المستأجر أو المستعير في تلك الدار ضرراً على

---

(١) الشماخي: الإيضاح، ٦/ ٢٦٠ - ٢٦١.

(٢) الشماخي: الايضاح، ٦/ ٢٦١.

جيرانها، فالذي حدثت عليه يدرك نزعها على الذي أحدثها دون من لم يحدثها؛ لأن كل واحد من المحدثين له حق في تلك الدار[١].

ويرى الشماخي أن من حق جار الدار والحانوت ـ المحل التجاري ـ منع صاحبها أن يكريها لمن يضر بهم، ومثل ذلك إذا كانت الحانوت لرجل بين الصيارفة، أو الخياطين أو ما أشبه ذلك، فأراد صاحبها أن يكريها للحداد أو الصباغ أو الطحان أو النجار أو ما أشبه ذلك مما يضر جيرانه؛ لأن تلك الحِرَف تصدر عنها أصوات وغبار وأوساخ مؤذية، فيحق لهؤلاء منعه من ذلك، والأصل في هذا ألا يحدث أحد مضرة على أحد لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٢].[٣].

٢ ـ في نفي الضرر عن الجيران:

واستدل الإباضية كذلك على قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» بأمثلة من معاملة الجار لجاره، وذلك بأن يكون أحدهم بجوار الحداد والصائغ والقصار والنساخ وغيرهم، واشتكى منهم جيرانهم لما يحدث لهم من ضرر وأذى بالإزعاج أو بالدخان أو غيره، نظر العدول فيهم، فإن رأوه أذى عليهم صرف عنهم، ولا يحمل الضرر على الجار[٤].

٣ ـ في الضرر في الطرقات:

- جاء في أجوبة علماء فزان سؤال عن رجل عمد إلى الطريق العام فبنى أعمدة جنانه (بستانه) وفيه أعمدة، فهل يجوز للحاكم أن يخرج ذلك أو حتى يرفع إليه ذلك كله ويزيله؟

---

(١) الشماخي: المصدر نفسه، ٦/ ٢٦١ - ٢٦٢. بتصرف.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) الشماخي: نفسه، ٦/ ٢٦٢ - ٢٦٣.
(٤) أطفيش: شرح النيل، ١٠/ ١٧١ - ١٧٢.

قال أبو يوسف وريون بن الحسن: «الزقاق والطريق الناس فيه لدى الشرع سواء، ليس لأحد أن يقطع منه دكاناً (مرتفعاً يخصص للجلوس) يجلس، ويجعل على حيطانها سقفاً، وقد بلغنا أن أبا بكر الصديق رَحِمَهُ اللَّهُ قال: «من اقتطع من طريق المسلمين أو من أفنيتهم شبراً طوّقه الله من سبع أراضين يوم القيامة»[(١)]، ولا يجوز لسلطان المسلمين أن يدع حدثاً في الإسلام رفع إليه أو لم يرفع، وعليه الاجتهاد في رعاية الإسلام وأهله، وقد جاء في الحديث: «**من أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله**»[(٢)]»[(٣)].

ـ **ومن صور الإضرار في الطرقات والدور والمزارع**: أن الناس إذا أحدثوا أضراراً في الأماكن العامة، كالطرقات والمساجد، أو في أموال الضعفاء، كاليتامى وغيرهم فيجب إزالتها، ولا يجوز أن يضروا بعضهم البعض في منازلهم أو دكاكينهم أو مزارعهم، وعلى الحاكم مسؤولية مراقبة ذلك والأمرِ بإزالة تلك الأضرار، تطبيقاً للقاعدة المشهورة «لا ضرر ولا ضرار».

قال ابن جعفر في هذا الصدد: «وللحاكم أن يأمر بصرف المضار عن طريق المسلمين والمساجد، ومال الأيتام والأغياب، ويقيم لذلك من يقوم به، ويحجر الناس أن يضر بعضهم ببعض»[(٤)].

---

(١) رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، رقم: ٣١٠٥، عن سعيد بن زيد. بلفظ: «من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً، طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين»، والأثر أورده، الحطاب، مواهب الجليل: ١٤/ ٤٧٨.

(٢) رواه البخاري، كتاب الحج، فضائل المدينة، باب حرم المدينة، رقم: ١٧٧٧، عن أنس بن مالك. بلفظ: «المدينة حرم من كذا إلى كذا، لا يقطع شجرها، ولا يحدث فيها حدث، من أحدث حدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»، وأبو داود، كتاب الديات، باب أيقاد المسلم بالكافر، رقم: ٣٩٤٨، عن علي بن أبي طالب.

(٣) جناو بن فتى، وعبدالقهار بن يخلف، أجوبة علماء فزان، من علماء القرن الثالث الهجري. حققها عمرو خليفة النامي وأكمل تحقيقها وأشرف على طبعها إبراهيم طلاي، طبع بمطابع دار البعث، قسنطينة، (د ت) ص٧٨ - ٧٩.

(٤) ابن جعفر: الجام، ٤/ ١٨٨.

ولا ينظر الشرع إلى زمن وقوع الضرر، فيجب إزالته سواء كان قديماً أو حديثاً، يقول ابن جعفر: «وكذلك كلما سبق من الأحداث في مثل هذا الذي يحدث في الطريق وغيرها، وإن مات المحدث له فقد توقّف الأكثر من الحكام عن صرفه، ولا يجوز لأحد أن يحدث في شيء من الطريق الجائزة حدثاً في أرضها ولا سمائها، وكذلك لا يحدث إلى حينها كنيفاً ولا تنوراً يخاف منه ضرر النار، وكل هذا مرفوع عن الناس أيضاً إذا طلبوا رفعه، وكان محدَثاً عليهم وما سبق من ذلك، فإنما يرفع منه ما حدث منه من المضرة...»[(١)].

وكل من تسبب في الاعتداء على الطريق ببناء، يتحمل مسؤولية إزالته سواء كان صاحب البناء أو من يقوم بالبناء، جاء في «الجامع ابن جعفر» عن أبي سعيد الكدمي ما يشير إلى هذا المعنى: «قلت له: فإذا قاطع (تعاقد) رجل رجلاً أن يبني له جداراً بجنب الطريق، والجدار كان في مال المقاطع، فتقدم عليه أنك لا تدخل بناءك في الطريق، وجد له في ذلك أو أقرّ الذي بنى أنه يعرف معناه، فلما بنى الجدار وقف عليه صاحب الجدار، فإذا هو داخل في الطريق، هل يسعه تركه ولا يلزمه إزالته، ويكون ذلك الذي بناه، أم كيف يكون الوجه فيه؟

قال معي: إن إزالته على من أحدثه فيما معي في معنى اللازم فيما بينه وبين الله في الحكم، وإذا كان الجدار لهذا فهو مأخوذ بمعنى الحكم بإزالته على من أحدثه، لثبوت الحجة له في الطريق، وأرجو أن لا يكون عليه إثم ما لم تأخذه الحجة في ذلك»[(٢)].

وكل هذا الحرص لأجل رفع الضرر عن الناس في طرقاتهم، وقد تأكد في المصادر الإباضية إعمال هذه القاعدة في هذا المجال، فقد جاء في

(١) ابن جعفر: المصدر نفسه، ٤/ ١٨٩. بتصرف

(٢) ابن جعفر: نفسه، ٤/ ١٩١.

«البصيـرة» في باب الأحداث في الطريق ما نصه: «ويمنع من أحدث في طريق المسـلمين تعدياً مما يؤذيهم ويضر الطريق، من بناء طين أو جص أو بآجر أو يكبـس فيهـا تراباً، أو يحـدث فيها حدثاً مـن حفر بئر أو سـاقية، أو حصار أو شـيء يكـون فيـه أذى للمسـلمين، أو كنف بجنـب الطريق أو المسـجد يؤذي المسـلمين، أو يغرس عليها غرسـاً أو يبني سـقفاً... أو نحر فيها... فكل ذلك منكـر علـى من فعله، ومن أحـدث ذلك منكر عليه، ويؤمـر أن يرد ما أحدث، ولا يخطر فيها بشوك ولا وَعْث المسلك، ولا يحولها من موضعها، ولا يجعل فيها حجارة، ولا سلّاً ولا أمتعة.

ولا يجـوز لـه أن يجعلهـا دكاكيـن لبيـع ولا شـراء، ولا يتخذهـا مجالس ولا بِوَعـث مسـلكها، وتكبُّـس تـراب، ولا رش مـاء، ولا منـازل ولا دواب، ولا غرس كرم ولا قرط ولا سـدر... ولا غير ذلك، وذلك كله منكر على من فعلـه، وإثـم لمـن عملـه، وضمـان لمـا يحدث فيـه، وقـد جـاءت الرواية عن النبي ﷺ أنه قال: «**ملعون من آذى المسلمين في طرقاتهم**»[١].

ولا بقـرب منـازل النـاس ولا تنـور يـؤذي الجـار «ولا ضرر في الإسـلام ولا ضرار» و«كل المضار مصروفة»، ولا يفتح في الطريق باباً يقابل باب جاره، ولا في طريق غير جائزة، ولا يحدث مَسـقَى على المسـلمين في غير حقه، في نهر يمرّ فيه ماؤهم، إلا أن تكون ساقية جائزة في حقه وماله»[٢].

ولعـلَّ كل ما أشـار إليـه عثمـان الأصم وغيـره حادث فـي واقعنا، فقد أصبح الطريق لا حرمة له، فكل من أراد أن يدفع عن نفسه الضرر يلقيه في

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير، بلفظ: «من آذى المسلمين في طرقهم وجبت عليه لعنتهم»، باب من اسـمه حمزة، حذيفة بن أسـيد أبو سـريحة الغفاري، أبو الطفيـل عامر بن واثلة عن حذيفة بن أسيد، رقم: ٢٩٧٩، والبيهقي في شعب الإيمان، فضل الجمعة، رقم: ٢٨٦١، عن أنس بن مالك بلفظ: «.... من آذى المسلمين فقد آذاني، ومن آذاني فقد آذى الله ﷻ».

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٩٠.

الطريق، سواء كان مخلفات البناء أو المزروعات أو حتى القمامات، وقد يأتي بمواد البناء ويضعها أمام داره لمدة طويلة فتسدّ على الناس طريقهم، وقد تُعطب مسالك المياه الجارية فتخرج في الطرقات فتنقل رشاش المياه القذرة إلى ملابس الناس الطاهرة، ولا شك أن الإثم يعود على من تسبب في هذا الضرر، وقد تجد بعضهم يوقف مركبته في وسط الطريق لإنزال أمتعته أو بضاعته، فتتوقف حركة المرور بسببه، كما تفعل الشاحنات عند تفريغ حمولتها، أو أصحاب سيارات الأجرة، فتسبب في أحداث مؤلمة للمشاة والمركبات، ويشير إلى هذه التصرفات المضرة عثمان الأصم، ويحمّل الحكام ونوابهم مسؤولية منع هذه المضار فيقول: «وعلى السلطان أن يمنع الناس أن يجعلوا أمتعتهم في الطريق، وإن أتى حمّال أو غيره فحطه في الطريق إلى أن يحمل، فإن كان لا يؤذي أحداً إلى أن يحمل فلا بأس بذلك»[1].

ويرشد عثمان الأصم إلى المحافظة على الطريق وإصلاحها وإزالة كل ما يضر بالناس أو يعرقل سيرهم، ويشدد على مَن يتسبب في تخريبها، كأن يُحفر فيها حفرة، أو يُؤخذ منها التراب؛ لأن ذلك يؤدي إلى تعثّر الناس وسقوطهم، وفي هذا المعنى يقول: «ومن كسح الطريق وحمل ترابها للسماد، وترك الطريق عارية من التراب، فإن جرحها لم يجز له باتفاق، وقد أجاز بعضهم أن يحمل منها ما لم يجرحها، ومنهم من لم يجز منها شيئاً، ولا يجوز له أن يكبسها بالتراب، ولا يطرح فيها سماداً ولا وُعوثة، (كأرواث الحيوان وفضلات الإنسان كما يحدث في بعض الأودية عندنا)، فإن أسقط فيها تراباً لصلاح وكبس فقد أجاز بعضهم، ويلزم الضمان إن تلف في ذلك أحد، وإن كان في الطريق موضع خافق وموضع مرتفع

(١) الأصم عثمان: المرجع نفسه.

فكبس المرتفع في الخافق ليستوي، فإن كان ذلك صلاحاً أراده جاز له ما لم يجعله يعثر به الناس»[١].

وجاء في «كتاب أبي مسألة» ما يشبه ذلك، قال أبو العباس أحمد: «ويضمن الرجل جميع ما أفسد ما أشرف من ماله إذا كان قُدّم إليه فيه، ولم ينزعه حتى أفسد في أموال الناس، وأما إن لم يقدم إليه فليس عليه في الحكم شيء، وأما فيما بينه وبين الله فهو ضامن إن علم بذلك ولم يصرفه عن الفساد، وهذا مثل الجدار إذا أراد أن ينقضّ على مال غيره، أو شجرة مائلة أو ساقية يضر انكسارها، فتركها حتى انكسر ماؤها ففسد بذلك مال غيره، ومثل ذلك كله من المضرات على الطريق، ومجازات الناس ومقاعدهم وموضع مجمعهم، ومن النقل مع غيره في الطريق بنفسه أو دابته، أو مراكبهم في البحر، والزقاق في البر، والدلاء في البئر، وفي كل موضع يجوز لهم الجواز فيه والاستعمال لمثله، فأفسد بعضهم بعضاً، فهم ضامنون كلهم بعضهم بعضاً، ولا إثم عليهم، ومنهم من يقول ليس عليهم ضمان، وأما موضعٌ لا يجوز لهم فيه الجواز والسلوك والاستعمال أنه يضمن بعضهم بعضاً، ويكون عليهم الإثم في ذلك، وأما إذا كان لبعضهم الجواز والاستعمال ولم يكن لبعضهم، فإنه يضمن مَن لم يكن لهم الجواز منهم لصاحبه ما أفسد له، سواء في هذا الاستعمال كله في المعادن، وحفر الآبار والأنهار، وحفر المطامير والغيران، وهدم الحيطان وبنيانها، وقلع الأشجار وغرسها، وأشباه ذلك كله ما ذكرناه من الضمان»[٢].

وقد بلغت جرأة بعض الناس أن اتخذت الطرقات وتحت الأشجار مكاناً مناسباً لقضاء حاجته، وهذا ضرر بيّنٌ يجب إزالته ومعاقبة فاعله، وهذه الظاهرة للأسف منتشرة في القرى والمدن في بعض البلاد، وخاصة في

(١) المرجع نفسه، ١/ ١٩١.

(٢) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١٧٠.

الأسواق التي تنعدم فيها المراحيض العمومية، ولا يشعر أصحابها بالمسؤولية، ولا بالذوق السليم، وقد حرم الإسلام على الناس قضاء حاجتهم في طرقاتهم، وأماكن استراحتهم واستظلالهم، وشدد على من يفعل ذلك بالوعيد، وأوجب عليه اللعنة، يقول الشماخي في هذا الصدد: «ولا يكون قعوده لحاجة تحت أشجار مثمرة كانت أو غير مثمرة، لقوله ﷺ: «**من قضى حاجته تحت شجرة مثمرة أو على ظهر نهر جار أو على طريق عامر أو على باب أو على ظهر مسجد من مساجد الله فعليه لعنة الله والملائكة والناس**»[(١)] وقال أيضاً: «**اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد، وقارعة الطريق، والظل للخراءة**»[(٢)]. وما روي عنه ﷺ أنه قال: «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[(٣)]».

وكما لا يجوز الاعتداء على الناس في طرقاتهم واستراحتهم، كذلك لا يجوز إيذاء الجن في مساكنهم وطعامهم لورود النهي فيها؛ لأنه لا يؤمن ضررهم، فقد يصيبون مَن يعتدي عليهم، فيتضرر في جسمه أو عقله، وكم حدثت من مآسي لبعض الناس بسبب هذا الفعل، فلا يجوز قضاء الحاجة في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب المواضع التي نهى النبي ﷺ عن البول فيها، رقم: ٥٢. قال الألباني: حديث حسن لغيره. وابن ماجه، كتاب الطهارة، باب النهي عن الخلاء على قارعة الطريق، رقم: ٣٣٢. بلفظ: «**اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد، والظل، وقارعة الطريق**». عن معاذ. كما أورده النووي في المجموع: ٣/ ٤٠. بنفس اللفظ. رواه الحاكم في المستدرك، كتاب الطهارة، وأما حديث عائشة ـ حديث: ٥٤٤ عن معاذ بن جبل. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه». ورواه أحمد بن حنبل في المسند، ومن مسند بني هاشم مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ـ حديث: ٢٦٣٥، عن ابن عباس بلفظ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اتقوا الملاعن الثلاث**» قيل: ما الملاعن يا رسول الله؟ قال: «**أن يقعد أحدكم في ظل يستظل فيه، أو في طريق، أو في نقع ماء**».

(٣) تقدم تخريجه.

الجحـور، والدليـل ما روي من طريق ابن عباس أن النبي ﷺ: «نهى عن البول والغائط في الأجحر»[١] قال ابن عباس: «لأنها مسـاكن إخوانكم من الجن»[٢]، وكذلك لا يقضي حاجته في أثر الحوافر كلها لأنها مسـاكن الجن[٣]، وقد ورد عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الاستجمار بالروث والعظم» [٤].

(١) رواه الربيع، كتاب الطهارة، باب في الاستجمار، رقم: ٨٣، عن ابن عباس.

(٢) تقدم تخرجه.

(٣) الشماخي: الإيضاح، ١/ ١٥٠١٧. ـ الثميني، الورد البسام، ص٢٨٦.

(٤) لم نقف على تخريجه بهذا اللفظ. ولكن روى البخاري، كتاب المناقب، باب ذكر الجنِّ، رقم: ٣٦٤٧، بمعنى يقاربه، عن أبي هريرة. والترمذي، كتاب التفسير، باب ومن سورة الأحقاف، رقم: ٣٢٥٨، والربيع، كتاب الطهارة، باب في الاسـتجمار، رقم: ٨١، بلفظ مشـابه، عن ابن مسـعود. ولفظ البخاري أن أبا هريرة رضي الله عنه «كان يحمل مع النبي ﷺ إداوة لوضوئه وحاجته، فبينما هو يتبعه بها، فقال: «**من هذا؟**» فقال: أنا أبو هريرة، فقال: «**ابغني أحجاراً أستنفض بها، ولا تأتني بعظم ولا بروثة**». فأتيته بأحجار أحملهـا في طرف ثوبي، حتى وضعتها إلى جنبه، ثم انصرفت حتى إذا فرغ مشـيت، فقلت: ما بال العظم والروثة؟ قال: «**هما من طعام الجن، وإنه أتاني وفد جن نصيبين، ونعم الجن، فسألوني الزاد، فدعوت الله لهم أن لا يمروا بعظم، ولا بروثة إلا وجدوا عليها طعاماً**».

المطلب الخامس
في باب الجنايات والمظالم

نتناول فيه بعض المسائل العصرية التي تتعلق بالإضرار بالنفس والغير وتتمثل فيما يلي:

١ ـ الأضرار الناجمة عن بعض الرياضات العنيفة:

يتساءل البعض عن حكم الرياضات التي شاعت ممارستها في هذا العصر، وهي خطيرة جدّاً كالملاكمة و«الجيدو» و«الكاراتي» و«لالوت» و«لايكيدو» وما شاكلها، لما ينشأ عنها من كسر عضو أو تلف جارحة أو فقد حاسة أو موت، مع العلم بأنها لا تمارس إلا بالمشاركة بين اثنين فأكثر بدعوى تعلم وسائل الدفاع عن النفس.

وقد طرح هذا السؤال على الشيخ بيوض فأجاب عنه في فتاويه «أن الرياضة المشروعة في الإسلام هي ـ فيما نعلم ـ الفروسية، والسباحة، والرمي، والسباق، وقد وردت فيها سنن عن النبي ﷺ وهي كلها تمارس بصورة فردية، حتى السباق، وإن كانت تجرى تحت إشراف مدرب، وإن وقع بسببها حادث فإنما هو خاص بصاحبه ولا تبعة فيه على غيره، وحتى المصارعة كانت معروفة عند العرب في صدر الإسلام، إلا أنها تمارس بصوره بسيطة جدّاً كما يعرفها شباب كل جيل، وهو أن يتشابك اثنان يحاول كل منهما إلقاء صاحبه على الأرض فقط، وليست من المصارعة والملاكمة في عرف الناس اليوم في شيء، وما أبعد بينهما، وهي قليلة الخطر.

وأما المصارعة والملاكمة اليوم وما ذكر معها في سؤال، فإنها خطيرة جدّاً لما ينشأ عنها من إتلاف عضو إلى إزهاق روح. فأما ممارستها هواية وطلباً

للشـهرة أو المال فلا نرى أن الشـريعة تبيحه، ولا أن من أحدث بسـبب ذلك ضراراً لنفسه أو غيره يسلم من تبعته في الدنيا والآخرة»[١].

ويبـدو أن الشـيخ بيوض نظر إلى هذه الرياضات باعتبـار ما ينتج عنها، وإلى الدوافـع والمقاصـد من ممارسـتها، فلما كانت متعارضة مع الشـرع منعها وحمّل أصحابهـا تبعاتها، أما إذا كان القصد منهـا التعلم للدفاع عن النفس عند الضرورة فلم يمانع ما لم تتسبب في ضرر أكبر على النفس أو الغير، وفي هذا الشأن يقول: «وأما ممارسـتها تعليماً وتعلّماً لإتقان وسائل الدفاع عن النفس فإنا لا نستطيع أن ندعي أنه حرام لا يجوز عمله، لكننا نقول إنه خطير جدّاً يجب الاقتصار فيه على القدر الضروري وأقل ما يمكن فيه، وضبط النفس، وتهدئة الأعصاب عند التمرين، وأرى أن بعض صوره الأشـد خطراً يحرم استعمالها كتوجيه الضربة إلى العين أو الجهاز التناسـلي مباشـرة، ولسـتُ على علم بسـائر فنونه حتى أفصل الحكم فيه، ومـن أحـدث منهـم ضرراً فـي بدنه فليسـتغفر الله وليسـأله العفو عنـه، فربما كان عنـد الله مخطـأ، وأمـا من أحـدث ضرراً فـي غيره فـإن عليه أُرش ما جـرح ودية ما أتلـف إلا أن يعفـو المصـاب، والديـة هنا شـبه العمد وأما الإثـم فلا إثم؛ لأن الضحيـة عـرض بنفسـه لذلك طائعاً مختاراً بـل راغباً، وهذا العفـو والمحاللة من المجني عليه للجاني هو المخرج الوحيد من هذه المآزق كلها.

ولمزيد من الاحتياط يمكن اشـتراط التعهد بالمحاللة والمسـامحة مسـبقاً قبـل الشـروع فـي الممارسـة بين جميـع المشـتركين فـي العمل مـن معلّمين ومتعلميـن، ثـم إسـداء النصـح لهـم عنـد إرادة العمل بأخـذ الحيطـة والحذر والتوجـه إلـى الله بالدعاء بالحفظ والسـلامة مع إخلاص فـي النيات فالله خير حافظ وهو أرحم الراحمين»[٢].

(١) بيوض إبراهيم، فتاوى الإمام الشيخ بيوض، ٢/ ٧٤١.

(٢) بيوض إبراهيم، فتاوى الإمام الشيخ بيوض، ٢/ ٧٤٢.

الرأي المختار:

ورغـم ما قدمه الشـيخ بيوض رَحِمَهُ اللَّهُ وغيـره من تعليلات ومبـررات لإباحة هذه الرياضات في بعض الأحوال مع مراعاة ضوابطها، وأخذ الحيطة والحذر مـن إصاباتهـا، فإن النظر يوجـب عندي أن تمنـع مثل هذه الرياضـات العنيفة مطلقـاً؛ لأنه مهمـا أخذنا من الحيطة والحذر أثناء ممارسـتها فلا نملك القدرة الدائمة على ضبط هذه الحركات وتوجيهها، خاصة في المنافسـات الحاسـمة مـع ضعف الـوازع الدينـي والأخلاقي عند بعـض الرياضييـن، والغاية لا تبرر الوسـيلة، وعليه فالظاهر أن القول بحرمة هذه الرياضات واسـتبدالها برياضات أقـل ضرر هـو الأعدل والأصوب والأنسـب سـدّاً للذرائع، وحفظـاً للأنفس، وإزالة لمظنة الضرر، اللَّهُمَّ إلا عند مواجهة العدو في المعارك ولا توجد وسيلة أخرى لردّ عدوانه للدفاع عن النفس.

٢ ـ في حكم تعاطي الدخان ونحوه:

يتساءل بعض المدمنين على تعاطي الدخان أو المخدرات وما شاكلها عن علة تحريمها ـ رغم ثبوت ضرره وخطره على صحة الفرد والمجتمع ـ بحجة أنـه لا توجـد نصـوص صريحـة تحـرم ذلك، وقـد طلـب بعضهم من الشـيخ بيوض رَحِمَهُ اللَّهُ الدليل في الحكم بحرمة الدخان وشبهه من المخدرات والمنبهات.

فأجابهـم: «سـألت عـن دليلها فـي الحكم بحرمـة الدخان وما يشـبهه من المخدرات التي تسـتعمل بطرق مختلفة مـن الأنف والفم والحقن من الكتاب والسُّنَّة؟

فاعلـم أنـك لا تجد فـي الكتاب والسُّـنَّة التنصيـص الصريح علـى حرمة اسـتعمال الدخـان وسـائر المخـدرات، وإنمـا يؤخـذ ذلـك من عمـوم تحريم الخبائـث ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ (الأعـراف: ١٥٧)، ولا يشـك عاقل في خبث هذه الأشـياء رغم استحسـان بعض الناس لها بسـبب الإلف والعادة، ثم يؤخذ

تحريمها من عموم حرمة الإضرار بالنفس والعقل والبدن، وأنت خبير بأن الأمة الإسلامية مجمعة على وجوب المحافظة على ستة أشياء وهي: النفس، والعقل، والنسل، والعرض، والمال، والدين، واتخذت هذا أصلاً فرَّعت عنه فروعاً كثيرة في الفقه الإسلامي، وأدلة تحريم الضرر كثيرة نصّاً واستنباطاً، وضرر الدخان وما في حكمه في العقل والمال والبدن أمر محقق مقطوع به لا يختلف فيه اثنان، فالقول بتحريمه أقوى حجة وأصح دليلاً»[1].

مجمل القول:

وما دامت الأدلة متضافرة في تحريمه فيجب الامتناع عنه وإزالة ضرره على النفس وعلى الغير؛ لأنه «**لا ضرر ولا ضرار**»، وليس الأمر اختياريّاً بل إجباريّاً مثل سائر المحرمات كالخمر وغيرها، وأيّ تصرف أحدثه المدخن أو المخدر في إتلاف نفوس الناس وأموالهم يتحمل تبعاته ويضمن ذلك الضرر؛ لأنه تسبب بنفسه في إزالة عقله، وفقد السيطرة والتحكم في تصرفاته.

٣ ـ في حماية حقوق الملكية الفكرية:

ومن المسائل العصرية المطروحة في المجال الثقافي والإعلامي حماية وضمان حقوق الملكية الفكرية وهي: حقوق المؤلف والمنتج والناشر والطابع للكتب والأشرطة السمعية والبصرية، ولإعداد هذه الأشياء يتطلب جهداً فكريّاً وماليّاً مضنياً، وقد تأتي جهة معينة فتسطو على هذه الحقوق وتقوم بنسخها أو تصويرها وإعادة طبعها وبيعها بأقل من سعرها الأصلي فيتضرر بذلك صاحبها، فمن باب: «لا ضرر ولا ضرار» و«الضرر يزال» ذهب أهل العلم إلى وجوب ضمان حقوق الملكية الفكرية، ومنع الاعتداء عليها، ومن تعدى عليها يضمن كل الأضرار الناجمة عليها شرعاً وقضاءً.

---

(١) بيوض إبراهيم، نفسه، ٢/ ٦٨٢ - ٦٨٣.

وقد وردت مسائل عديدة حول هذا الموضوع في «فتاوى المعاملات» من ذلك:

١ ـ توجد في بعض الكتب أو الأشرطة عبارة «حقوق الطبع محفوظة» هل يجوز لي طباعة أو تصوير أمثال هذه الكتب أو الأشرطة بهدف الاستعمال الشخصي لا التجاري، أم أن في فعلي هذا مخالفة وانتهاكاً لحق الناشر أو المؤلف، وإن كان لا يجوز ألا يعتبر هذا احتكاراً من باب التحكم في السعر؟

أجاب شيخنا الخليلي ـ حفظه الله ـ «لا وجه لاحتكار العلم فإن الانتفاع به حق مشروع للجميع ولا أصل لقول: حقوق الطبع أو النسخ محفوظة، وإنما رأي من رأى من أهل العلم مراعاة ذلك دفعاً للضرر، فإن «الضرر مزال»، و«**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[١] فإن كان فتحُ باب الطبع أو التسجيل يؤدي إلى تضرر بعض المؤسسات التي قامت من أجل النهوض بالعلم ونشره، بحيث يُخشى لو لم يتقيد بهذا النظام أن يفضي الحال إلى تعثرها وعدم قدرتها على النهوض بأعباء مهماتها العلمية، فلا مانع من مراعاة هذا النظام والتقيد به، وهو مما يدخل ضمن المصالح المرسلة اعتمدها الفقهاء في ترجيح الآراء واستنباط الأحكام، وهذا إنما يكون في الذي يطبع أو يصوّر أو ينسخ لأجل الاتجار لا مجرد الإفادة والاستفادة، أما من قصد أحد الأمرين فلا وجه للحجر عليه والله أعلم»[٢].

٢ ـ وفي صورة أخرى لدفع الضرر عن أصحاب الحقوق والملكية الفكرية يتساءل البعض بما نصه: «نحن مؤسسة لإنتاج الأشرطة السمعية والمرئية وتوزيعها، ونقوم بإصدار الشريط متضمنًا عبارة «حقوق النسخ محفوظة» والذي دعانا إلى ذلك كثرة التكاليف وخوف الخسارة والأسئلة هي:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، ص ١٢٤.

- هل مارسنا حقًّا مشروعاً يمنع غيرنا من النسخ لأجل ما ذكرناه من أسباب؟
- هل يجوز لغيرنا أن يقوم بنسخ ما ننتجه لغرض تجاري أو غيره دون إذن منا؟

فكان جواب الخليلي أن «الأصل في العلم أنه لا يحتكر، ولكن بما أنكم لو لم تفعلوا ذلك لترتبت عليكم مضار مادية، ومن القواعد الفقهية أن «الضرر مزال» «و لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» لا أرى مانعاً من اتباعكم هذا الأسلوب الذي أصبح متعارفاً عليه دَوْليًّا، وأراكم مارستم حقّاً مشروعاً لكم، ولا يجوز لغيركم إيقاعكم في الضرر»[١].

(١) الخليلي: نفسه، ص ١٢٤ - ١٢٥.

المبحث الخامس

القواعد المندرجة تحت قاعدة: «الضرر يزال»

تندرج تحت قاعدة: «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» قواعد فرعية بعضها مخصصة لعموم الضرر، وبعضها مقيدة للضرر المطلق، وفي حالة تعارض ضررين أحدهما أشد من الآخر يرخص في الأخف لدفع الأشد، ويتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر العام، لأن الضرر لا يكون دائماً في درجة واحدة، وكما يجب إزالة الضرر في كل الأحوال ولو كان قديماً، ولبيان ذلك اقتضى تقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان».

المطلب الثاني: قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله أو بأعظم منه».

المطلب الثالث: قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

أو «يختار أهون الشرين أو أخف الضررين».

أو «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».

المطلب الرابع: قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

المطلب الخامس: قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح».

المطلب السادس: قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع».

المطلب السابع: قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً».

وسيكون دراسة هذه القواعد وفق المنهج السابق بإذن الله.

المطلب الأول

قاعدة: «الضرر يزال بقدر الإمكان»

هـذه القاعـدة تتفرع عن قاعـدة: «الضرر يزال» لأنهـا تتعلق بدفع الضرر قبـل وقوعه بـكل الوسـائل والإمكانات المتاحـة، ولم يصرح بهـذه القاعدة فقهـاء الإباضيـة في مصادرهم، ولكـن أعملوها في فروعهـم الفقهية فهي[1] مجسـدة فـي كثير مـن المسـائل الفقهيـة، ويمكن اسـتنباطها مـن تعليلاتهم للأحكام الشرعية.

أولاً: معنى القاعدة:

إن الضـرر يدفع شـرعاً، فإن أمكـن دفعه بدون ضرر أصلاً، وإلا فيتوسـل لدفعه بالقدر الممكن.

وهـذه القاعـدة تفيد وجـوب دفع الضـرر قبل وقوعـه قدر الإمـكان وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، فهي من باب «سد الذرائع» ومن باب «الوقاية خير من العلاج» ويكون دفع الضرر بقدر الاستطاعة؛ لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ.

كمـا تفيـد أنـه إذا لم يمكـن دفع الضـرر بالكليـة فيدفع بالقـدر الممكن، فلا يتـرك ولا يتجـاوز فيه إلى أكثر من القدر الممكن الدفع به، فإن كان يمكن أن يقابل بعوض جُبر به[2].

---

(١) المجلة العدلية، المادة (٣٢) من شرح الأتاسي، ١/ ٧١ فما بعدها. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، فقرة ٥٨٧. بتصرف.

(٢) البورنو: الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، ص٢٥٦. ـ القاضي منير، شـرح مجلة الأحكام، ١/ ٩٠. ـ الزرقـا أحمـد، شـرح القواعـد الفقهية، ص١٥٣. ـ شـبير محمد عثمـان، القواعد الكلية، ص١٨٤.

ثانياً: دليل هذه القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى أدلة رعاية المصالح المرسلة وأدلة سد الذرائع، فقد قام الدليل العام على أن الشارع يراعي مصالح الخلق، ويقصد إليها في كل ما شرع من أحكام، كما يقصد رفع الضرر والفساد مادياً كان أو معنوياً أو متوقعاً، ومن يرجع إلى كتب الفقه يجد الأمثلة من الأحكام التي لم تعلل إلا بمطلق مصلحة تُجْلب أو ضرر يُدفَع وكان الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ أكثر الناس استعمالاً لهذه القاعدة، وأقضيتهم المتعلقة بالعقوبات والسياسة الشرعية خير شاهد على أن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، ومن الأدلة التي يستشهد بها لهذه القاعدة من القرآن:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (الأنفال: ٦٠).

وجه استدلال هذه الآية: أن الله ﷻ أمر المؤمنين بإعداد المستطاع للقوة؛ لدفع ضرر الأعداء بإرهابهم وتخويفهم بذلك الإعداد وتلك القوة، فلا يهاجمون المسلمين وإن هاجموهم كانوا لهم مستعدين.

٢ ـ وفي باب تحريم نكاح التحليل قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾ (البقرة: ٢٣٠).

ووجه الاستدلال بالآية: أنه إذا بانت المرأة من زوجها بثلاث تطليقات لم يحل له مراجعتها حتى تنكح زوجاً غيره ثم يطلقها.

ولكن إذا تزوجها هذا الأخير بنية طلاقها، وعُلم بنيته بقرائن الحال كان النكاح محرّماً، وقد سماه الرسول ﷺ بالتيس المستعار[1].

---

(١) نص الحديث: عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «**ألا أخبركم بالتيس المستعار؟**» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «**هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له**» ابن ماجه، السنن كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، حديث: ١٩٢٦، وحسنه الألباني ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب الطلاق حديث: ٢٧٣٦ قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه».

وحَكم الإباضية أنه إذا تبيَّن هذا القصد السيئ بأن علمه أحد الثلاثة: الزوج أو الخاطب أو المرأة، لم تحل الزوجة لزوجها الأول؛ ولو ندم الزوج الثاني بعد زواجه؛ لأن نكاحه بُنيَ على هذا القصد؛ فلا اعتداد به في تحليل الزوجة وذلك إعمالاً لقاعدة سد الذريعة للفساد[١].

ثالثاً: من فروع القاعدة:

اعتنت كتب الفقه الإباضي عناية خاصة بهذه القاعدة، تجلَّت في كثير من اجتهادات فقهائه، وبخاصة في أنواع النكاح والبيوع[٢].

١ ـ ففي جانب المصالح العامة: شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام، وصيانة الأمن[٣].

٢ ـ وجب سد ذرائع الفساد من جميع أنواعه، وهذا التأصيل من الأصول العمرية الواضحة، فقد عُرف عمر رضي الله عنه بسياسته الوقائية وإجراءاته الردعية؛ لأنه وجه من وجوه رعاية مقصود الشارع في حفظ المصالح ودرء المفاسد[٤].

ومن الذرائع المحرمة التي تؤدي إلى الضرر:

- من تسبب في تضييع من يرثه حتى مات، كان بمنزلة قاتله، فلا يرثه، وإن لم يكن وارثاً وكان الهالك أوصى له بطلت وصيته قياساً على القاتل ومعاملة بنقيض قصدهما[٥].

---

(١) جابر بن زيد، من جوابات الإمام جابر بن زيد، ١٤٨. ـ الخراساني، المدونة، ٢/ ٧٣. ـ باجو، منهج الاجتهاد عند الاباضية، ص ٧٦٥. ـ وينظر: أرشوم مصطفى، النكاح صحة وفساداً وآثاراً في المذهب الإباضي، ص ٢٢٥.

(٢) باجو: المرجع نفسه، نقلاً عن الخليلي أحمد في مقابلة خاصة معه بتاريخ ١ رمضان، ١٤١٧هـ ١٠/ ١/ ١٩٩٧م.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٤٨٧.

(٤) باجو: المرجع نفسه، ص ٧٦٣.

(٥) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١٦٧.

- وفي المعاملات حرموا بيع العِينة لإفضائه إلى الربا المحرم، ومنعوا السلاح لأهل الفتنة، وكذلك العنب لمن يعصر خمراً[١]. وقد روى الربيع في بيع العينة عن ضُمام عن جابر بن زيد في رجل يبيع من رجل متاعا نسيئة؟ قال: لا بأس أن يشتري منه ذلك المتاع بعينة، بأقل أو أكثر، قال الكوفيون: الشراء الثاني فاسد وهو ضرب من الربا[٢].

قال الفقيه باجو: «فمن أجازه بنى على الظاهر ومن منعه اعتبر الباعث»[٣].

رابعاً: في باب الأحوال الشخصية:

أ ـ طلاق الفارّ: أقر الإباضية قول عمر رضي الله عنه فيمن طلق زوجته ثلاثاً في مرض موته، ومات في عدتها، أنها ترثه ما كانت في العدة ولا يرثها، وذلك إذا تبيَّن أن الضرر كان من الزوج لقصده لسيئ، أما إذا طلبت هي الطلاق فلا ميراث لها، والعبرة دائماً للباعث، والضرر يزال بقدر الإمكان[٤].

ب ـ وفي نكاح المعتدة: حكم عمر أن من نكح معتدة ودخل بها فرق بينهما فراقاً مؤبداً، وإن لم يدخل بها فسخ النكاح واعتدت بقية عدتها ثم صار واحد من الخطاب. وزاد الإباضية فحرموا حتى الخطبة من الرجل ومن المرأة سواء، وإلا حرمت عليه احتياطاً وسدّاً للذرائع[٥].

---

(١) باجو: منهج الاجتهاد، ص ٧٦٤.

(٢) الربيع بن حبيب: آثار الربيع بن حبيب، ص ١٢. ـ جابر بن زيد، من جوابات الإمام جابر بن زيد، ص ١١٠ - ١١١.

(٣) باجو: المرجع نفسه، ص ٧٦٤.

(٤) الخراساني: المدونة الكبرى، ٢/ ٧٣.

(٥) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١٤٩. ـ باجو، المرجع السابق، ص ٧٦٦.

وتحريم المنكوحة في عدتها حكم متفق عليه عند الإباضية والمالكية، وهو قول عدد من الصحابة تأييداً لفعل عمر، إذ رآه صلاحاً للرعية فلم ينكروا عليه، «فإذا ترك المسلمون النكير على الإمام حكمه في حادثة كان أثراً يعمل به، ويعتمد عليه»[١].

ج ـ كما حكم الإباضية على من هوى امرأة فقتل زوجها أن المرأة تحرم عليه قياساً على قاتل وارثه ليرثه، وأنه يحرم من الميراث وسدّاً لذريعة الفساد، وزاد آخرون فيمن خبَّب امرأة على زوجها أنها تحرم عليه[٢].

د ـ ومن ذلك أيضاً: تحريم نكاح المزنية على من زنى بها، واستند الإباضية في هذا الحكم إلى النصوص، ومن قياسه على اللعان[٣]، ثم أيدوا ذلك بقاعدة سد الذرائع، حتى لا يتخذ الزنى الحرام ذريعة للنكاح الحلال؛ لأن الوسيلة المحرمة لا تفضي إلى الغاية المباحة، وفي هذا التحريم معاملة للزاني بنقيض قصده وطبقاً للقاعدة: «من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» ورفعاً للضرر بقدر الإمكان، فتبين أن هذا منسجم مع مقاصد الشارع في حفظ الأعراض، وكبح جماع الفساد، وحض الناس على اتخاذ السبل المشروعة لبلوغ الغايات المباحة[٤].

هـ ـ **والرجل إذا ظاهر زوجته بقصد تعطيلها** وإضرارها ليدعها لا متزوجة ولا مطلقة، فإنهم حكموا عليه إذا مسها قبل أن يُكَفّر أنها تحرم عليه أبداً معاملة له بنقيض مقصوده أيضاً وإزالة للضرر بقدر الإمكان[٥].

و ـ **والمرأة إذا زنت وخانت زوجها** في فراشه، فإنها ترجم لإحصانها،

(١) ابن بركة: كتاب الجامع، ٢/ ١٣٩. ـ ابن خلفون المزاتي، الأوجوبة، ص ٤١.
(٢) الوارجلاني: العدل والإنصاف، ٣/ ٣٤٦.
(٣) أرشوم مصطفى، النكاح صحة وفساداً وآثاراً في المذهب الإباضي، ص ٢٤٢ - ٢٤٤.
(٤) باجو: المرجع نفسه، ص ٧٦٦ - ٧٦٧.
(٥) باجو: منهج الاجتهاد، ص ٧٦٧. نقلاً عن محمد بن محبوب، أبواب من السُّنَّة، مخطوط ٦ ظ.

والخلاف في ميراث زوجها منها، فذهب بعض الإباضية إلى أنه لا يرثها؛ لأنها قد بانت منه قبل موتها وحرمت عليه بزناها، وخرجت من عصمته، ورأى آخرون أن له الميراث ولا يحرمه بغيها وخيانتها من حقه في الميراث، ويرى الفقيه باجو أنه من العدل أن يرثها ويسترد الصداق؛ لأنها خانته في نفسها، فأبطلت بذلك حقها في صداقها، فيسترد الزوج ما أعطاها بنقيض مقصودها، وذلك رفعاً للضرر عن الزوج بقدر الإمكان[١].

ز ـ ومن تطبيقات هذه القاعدة في مجال سد الذرائع **في الميراث**، ما أفتى به الإمام جابر بن زيد بمنع الرجل من التصرف في ماله إذا صار في حال يخشى فيه من الموت، ويضعف أمله في الحياة، فلا يجوز له في ماله إلا الثلث، وذلك كأن يكون في الحرب والمسايفة، أو داخل حريق لا يقدر أن ينجو منه أو في البحر وقد صار إلى حد الغرق، وألحقوا به المرأة الحامل إذا ضر بها المخاض[٢].

فهولاء ليس لهم تصرف في أموالهم إلا في حدود الثلث حملاً لهم على حال الوصية؛ لأنه تصرف مضاف إلى ما بعد الموت[٣].

ولا ريب أن في هذا الإجراء وقاية للورثة من الضرر الذي قد يلحقهم من مورثهم إذا تصرف بكل ماله فيحرموا من الميراث، فوجب تحديده بالثلث رفعاً للضرر بقدر الإمكان.

خامساً: في باب العبادات:

ـ في دفع المصلي الضرر عن نفسه أثناء الصلاة:

قرر الفقهاء أنه يجوز للمصلي أن يبعد عن نفسه الأذى إذا شغله عن الصلاة وذلك لإصلاحها حتى لا ينشغل عنها، فإن فعل ذلك فلا نقض عليه،

(١) الخراساني: المدونة، ٢/ ٦٥ ـ باجو، المرجع نفسه، ٧٦٧.
(٢) جابر بن زيد، من جوابات الامام جابربن زيد، ص ١٠٥.
(٣) باجو: نفسه، ص ٧٦٨.

ولكـن اشـترطوا أن يدفع الضرر عن نفسـه بقـدر الإمـكان دون تجاوز حدود الشـرع، والدليل على ذلك ما روي من طريق أبي سـعيد الخذري أن النبي ﷺ قـال: «**إن أحدكـم إذا قام يصلي فلا يدع أحداً يمر بين يديه فليدرأه ما اسـتطاع فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان**»[(١)].

وما روي من طريق عائشـة رضي الله عنها قالت: «كنت أنام بين يدي رسـول الله ﷺ ورجلاي في قبلته فإذا سـجد غمزني، وإذا قام بسـطتهما والبيوت يومئذٍ ليس فيها مصابيح» [(٢)].

وقد بنى العلماء على هذين النصين أحكاماً لصور عديدة تطرأ للمصلي في صلاته، فيضطر إلى دفعها لإصلاح صلاته، وعدّد الشـماخي جملة من الصور في سـياق تعقيبه على الحديثين السـابقين فقال: «فعلى هذا المعنى إذا دخل الرجل صلاته ثم حدث إليه ما يخاف عليه أن يفسدها مثل: الريح إذا قامت عليه أو مطر نزل به أو دخان، أو خاف من البيت أن ينهدم عليه أو ما أشـبه ذلـك، فإنه يشـتغل في إصـلاح صلاته بالتحوّل مـن مكان إلى مـكان ويمضـي في صلاته مع تحوله، فإذا تمّ قراءته ركع وسـجد، وإن لم يمكنه الركوع والسجود في ذلك الموضع زاد في قراءته حتى يبلغ موضعاً يمكنـه فيه الركوع والسـجود ما لـم يخف فوات وقت الصـلاة، فإن خاف فـوات الوقت اسـتأنف صلاتـه وقصرها كمـا أمكنه»[(٣)]. ويعلـل جواز هذه

(١) متفق عليه واللفظ لمسلم رواه البخاري، كتاب بدء الخلق، باب صفة إبليس، رقم: ٣١٠٠، والربيع، كتاب الصَّلاة، باب الجواز بين يدي المصلِّي، رقم: ٢٤٣، ومسلم، كتاب صلاة المسافرين، باب منـع المارِّ بين يدي المصلِّي، رقم: ٥٠٥، عن أبي سـعيد الخـدريِّ. بلفظ: «إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه، فليدفعه فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان».

(٢) متفـق عليـه، رواه البخـاري، كتاب الصلاة، باب الصـلاة على الفراش، رقـم: ٣٧٨، وكتاب الصـلاة، أبـواب سـترة المصلي، باب التطـوع خلف المـرأة، حديث: ٥٠٠. ومسـلم، كتاب الصلاة، باب الاعتراض بين يدي المصلي، رقم: ٨٢٧، عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) الشماخي: الإيضاح، ٢/ ٢٨١ - ٢٨٢.

الأفعال الاضطرارية في الصلاة بقوله: «لأنه مأمور بدفع المضرة عن نفسه في الصلاة»[(١)].

واشترط الشماخي ألا يزيد المصلي على ما فعل، بل يقتصر على الضروري فقط، فإن جاوز هذا الحد ذهب بعضهم إلى إعادة صلاته، وفي هذا المعنى يقول: «وإن استعمل يده فيما ينبغي له أن يستعمل فيه رجله أو رجله فيما ينبغي أن يستعمل فيه يده فإنه يعيد صلاته؛ لأن ذلك زيادة على ما يجزيه دفع المضرة، وقال بعضهم: لا إعادة عليه، ولعل هؤلاء ذهبوا إلى عموم قوله ﷺ: «**فليدرأه ما استطاع**»[(٢)]، ولم يلتفتوا إلى القياس في هذا، وكذلك إن دفع المضرة التي في رأسه بغير يديه من هذا الاختلاف، مثل أن يدفع المضرة برأسه في الصلاة أو ضره شيء في شفته فحكه بأسنانه أو نفخ بأنفه أو نفَسه في الصلاة... ومثل هذا كله إن ضره شيء في أضراسه مثل الطعام فإنه ينزعه بلسانه إن أمكنه، وإن لم يمكنه فلينزعه بعود ولا ينزعه بيده، وكذلك إن كان الطعام في فيه وخاف أن يشغله عن صلاته، فإنه يخرجه من فيه بلسانه، وليحذر أن يجاوز لسانه حمرة شفتيه لئلا يزيد في عمله، وإن جاوزهما أعاد صلاته...»[(٣)].

ـ ومن الحالات التي قد تعرض للمصلي في صلاته فيضطر إلى دفعها قدر استطاعته ولا نقض عليه ما ذكره الشماخي أيضاً: «وكذلك إن خاف في صلاته، فإنه ينظر إن أحسّ شيئاً، وإن لم يحس فلا ينظر، وكذلك إن ضره شيء في جسده فإنه يحكه بأصبعه، وإن حك جسده حتى قلع منه شعرة أو

(١) الشماخي: نفسه، ٢/ ٢٨٣.

(٢) رواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له، حديث: ٦٨٥٢ عن أبي سعيد الخدري سعد بن مالك. ورواه ابن حبان في صحيحه، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة، ذكر خبر قد يوهم من لم يحكم صناعة الحديث أن الزجر، حديث: ١٧٢٣ بزيادة، عن عبد الله بن مغفل وصححه الألباني.

(٣) الشماخي: نفسه، ٢/ ٢٨٣ - ٢٨٤.

جلـدة فإنه يعيد صلاته؛ لأنه زيادة على ما يجزيه، وقال بعضهم: لا إعادة عليه حتى يدمي بدم فائض، وهؤلاء في ذلك عندهم دون زواله، وكذلك (إذا) وقع عليه شيء مما يخاف أن يشغله عن صلاته فإنه يصرفه عن نفسه، مثل ذبابة أو بعوضـة أو غيرهمـا مما يضر الرجل في صلاته ولا يتعمـد قتلهما، وإن قتلهما على ذلك فلا بأس عليه، وكذلك إن كان يصلي مقابلة رجل أعمى أو ما أشبهه ذلـك، فنحـى له عـن موضعه حذراً على نفسـه أن يضره، فلا بـأس عليه؛ لأنه لا يدفعه عن نفسه كغيره من الأصحاء؛ لأنه أعمى لا حرج عليه»[١].

وختم الشـماخي قوله بوضع ضابط عام لجميع الحالات والصور الضارة التي تعترض المصلي في صلاته فيضطر إلى إزالتها فقال: «وبالجملة إن جميع مـا كان فيـه إصلاح لصلاته يشـتغل به إذا شـغله عن صلاتـه»[٢] لأن مثل هذه الصور كثيرة ومتجددة لا يمكن حصرها.

سادساً: في باب الحقوق الخاصة:

أ ـ في حق الشفعة:

شرع الإسلام حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار والشريك[٣]، قال أبو العباس أحمد: «والشـفعة جائزة لقول الرسـول ﷺ: «**الجـار أحق بصقبه**»[٤]

(١) الشماخي: نفسه، ٢/ ٢٨٦ - ١٨٧.

(٢) الشماخي: نفسه، ٢/ ٢٨٨.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٣٠١ ـ الحضرمي أبو إسحاق، مختصر الخصال، ص ١٥٠ - ١٥١. ـ ابن بركة: الجامع، ٢/ ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٤) رواه البخـاري، كتـاب الحيـل، بـاب احتيـال العامل ليهدى لـه ـ حديـث: ٦٥٩٩ بلفظ: عن عمرو بـن الشـريد: أن أبا رافع، سـاوم سـعد بن مالك بيتاً بأربع مائة مثقـال، وقال: لولا أني سـمعت النبي ﷺ يقول: «**الجار أحق بصقبه ما أعطيتك**». رواه أيضاً، كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة، رقم: ٦٥٩٤ عن أبي رافع. ورواه أحمد بن حنبل في المسند، مسند الأنصار، مـن مسـند القبائل، حديث أبي رافع حديـث: ٢٦٥٩٣ بلفظ: «**الجار أحق بصقبه أو سـقبه**». =

أي شفعته وهي: للشريك الذي لم يقاسم شريكه دون الملاصق، فإذا وقعت الحدود زالت الشفعة وهي إنما جعلت لشأن المضرة عن الشريك، ويؤكد أبو العباس أحمد هذا الأمر في موضع آخر بقوله: «وهي ـ الشفعة ـ إنما جعلت لشأن المضرة للشريك»[١]. أي لدفع المضرة عنه».

قال ابن جعفر في «جامعه»: «واعلم أن ليس لأحد أن يشتري مالاً بشفعة شفيع إلا برأيه، وأوجب الشُّفَع المشتركة في الأصول، ثم من بعد ذلك ما يشفع بالمضار، مثل الذي عليه ساقية الماء في ماله، أو طريق غير جائز أو طرح الميزاب ومجاري المياه من الأمطار إذا جرت على المزارع واجتماع الجذوع على الجدار بين الدارين ونحو ذلك»[٢].

ب ـ في الحجر على السفيه:

وشرع الحجر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته المالية، قال الثميني في باب الحجر على السفهاء: «وقد ندب للحاكم أو الجماعة إذا رأوا من يفسد ماله أو يتلفه أن ينزعوه منه، ويجبرونه بالحبس أن يمكِّنه لأمين يحرزه له إن أبى، ولا يعطيه منه إلا ما يحتاجه، ولهم أن يحرزوه له بأنفسهم أو يحجروا عليه أن لا يفسد فيه، فإن أفسد شيئاً فيه أدبوه»[٣]. وشرع الحجر أيضاً على المفلس منعاً للضرر عن الدائنين[٤].

= وصححه الألباني. وأخرجه الدارقطني في السنن، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث: ٣٩٧٠ بلفظ: أن أبا رافع سامه سعد ببيت له، فقال له سعد: ما أنا بزائدك على أربعمائة مثقال فقال له أبو رافع: لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الجار أحق بصقبه**»، والصقب القرب، ما أعطيتك. عن أبي رافع، والدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، رقم: ٣٩٧٠، عن أبي رافع.

(١) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١١٢.

(٢) ابن جعفر: المرجع السابق، ٤/ ٢٠١.

(٣) الثميني: الورد البسام، ص ١٥٤. ـ الحضرمي أبو إسحاق، مختصر الخصال، ص ١٤٥.

(٤) الحضرمي: المصدر نفسه.

ج ـ في حق الجوار:

إذا كان لأحد المزارعين ساقية تمرّ من أرض جيرانه وينتفع بها وحده فاحتاجت هذه الساقية إلى إصلاح وترميم، هل يجوز له أن يأخذ التراب من صاحب الأرض أم يجب عليه أن يجلبه إليها من خارجها، ويلحق الضرر بأرض غيره؟

فذكر بعض الإباضية أن إصلاح القناة المائية تكون على صاحبها ولا يتحمل غيره ذلك، ويجب عليه أن يزيل الضرر عنه بقدر الإمكان، ويجوز له أن يأخذ التراب من الأرض التي مرَّت عليه بدون إلحاق الضرر بأرضه، فإن تطلّب تراباً كثيراً فعليه أن يجلبه من خارجها رفعاً للضرر عن صاحب الأرض.

وفي هذا المعنى يقول ابن جعفر: «وعن ساقية تمرّ في مال رجل في أرضه ونخله عليه ممر الماء في ماله إلى أرض أسفل منه حقيقة لهم عليه، فغابت الساقية فأراد الذين يجرون فيها الماء أن يصلحوها بالتراب، من أين يكون هذا التراب من مال الرجل ومن مالهم؟

فعلى ما وصفت فإنهم يحملون التراب من أرض الذي عليه الساقية بلا مضرة على صاحب الأرض، فإن كانت هناك مضرة كانت التقوية من الساقية، فإن لم يكن في الساقية كفاية على صاحب الساقية إصلاح الساقية ويأتوا بالتراب من حيث شاؤوا»[1].

سابعاً: في تنظيم النسل وتحديده:

اختلف العلماء في حكم تنظيم النسل وتحديده، فمنهم من منع ذلك مطلقاً، ومنهم من أجازه عند الضرورة، ومن الذين درسوا هذه المسألة وفصلوا فيها القول الشيخ عبد الرحمٰن بكلي ومما جاء في قوله: «فهناك حالات تعرض

(١) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٠٥.

للنساء تجعل حياتهن وحياة نسلهن في خطر، كتعسّر الولادة أو كانت قد أجرت لها العملية القيصرية من الجانبين فقرر الأطباء أن حملها مرة أخرى يلحق بحياتها الخطر، أو قرروا وجود مرض خبيث منتقل بأحد الزوجين أو بهما معاً، ويستعصي علاجه فلا ينتجون إلا مريضاً يحمل جراثيم ذلك المرض إلى من بعده أو ما شاكل ذلك.

وإزاء هذه الحالات نجد الشريعة الإسلامية الكاملة التي من قواعدها: «الضرر مدفوع بقدر الإمكان» و«المشقة تجلب التيسير» و«لا يكلف الله نفساً إلا وسعها» و﴿وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ﴾ (البقرة: ٢٨٦)، نجدها لا تضيّق على هؤلاء المرهقات واسعاً وتحتم عليهن أن يمتن بِدائهن، بل لا بد وأن تجعل أعذارهن محل اعتبار فتبيح لهن تحديد النسل إما مؤقتاً أو دائماً، وقد توجبه على بعضهن إيجاباً «والضرورة تقدر بمقدارها» ولكن كل ذلك كان لضرورة وبصفة فردية وبنسبة يجب أن تكون ضئيلة في الأمة لا أن تكون إجماعية واختيارية»[1].

ولا ريب أن رأي البكري يتماشى مع مقاصد الشريعة في حفظ النفس وتقديمها على حفظ النسل عند التعارض، وفيها «إزالة للضرر بقدر الإمكان» قبل وقوعه ما دامت هناك أسباباً مظنة لحدوث ضرر أعظم.

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣٢٠ - ٣٢١.

المطلب الثاني

«الضرر لا يزال بمثله أو بأعظم منه»[1]

أولاً: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة الكلية الكبرى «الضرر يزال» لأن الضرر مهما كان واجب الإزالة فلا يكون بإحداث ضرر مثله ولا أعظم منه من باب أولى فشأنها شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة، بل هما سواء؛ لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق «الضرر يزال» ولكن يجوز دفع الضرر بما هو أقل منه، فالشرط إذًا أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن، وإلا بالأخف منه، قال الراشدي: «فيرتكب أخف الضررين إن اجتمعا وأقل المفسدتين»[2]، فمثاله الطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض لعلمه أن ضرر هذه العملية أقل من الضرر الذي يعانيه المريض، فإن الضرر في إجراء العملية أكبر من الضرر الذي يعاني منه المريض، أو كان مساوياً له لم يجز له إجراء العملية.

وتستند هذه القاعدة إلى أدلة كثيرة من الكتاب والسُّنَّة ذكرناها في القاعدة الكبرى فلا داعي لإعادتها.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة تندرج تحتها مسائل كثيرة تخصص القاعدة الكبرى «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» وسوف نذكر بعضها زيادة في بيان مدلول القاعدة كما يلي:

---

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٤١.

(٢) الراشدي: المرجع نفسه.

١ ـ التضحية بالنفس لجلب المنفعة لها أو للغير:

ذهب أهل العلم إلى تحريم إلقاء النفس إلى الهلاك لأجل الطمع في جلب منفعة للنفس أو الغير، أو دفع ضرر أخف على النفس أو الغير؛ لأنه لا يجوز إزالة الضرر بمثله أو أشد منه، وفي هذا المعنى يقول أبو العباس أحمد: «لا يحل للرجل أن يلقي نفسه إلى التهلكة لاجترار المنافع إلى نفسه وإلى غيره، ولا يدفع المضار عن نفسه وعن غيره بما يتولد عنه تلف نفسه كلها، مثل أن يترك الطعام والشراب حتى يموت جوعاً أو عطشاً، سواء تركه كذلك من غير علة، أو طلب بتركه له منافع غيره من بني آدم وغيرهم»[(١)].

ويشير أبو العباس إلى قضية هامة يلجأ إليها بعض المعارضين السياسيين إذا أراد أن يُسمِع صوته إلى الناس، فيضرب عن الطعام حتى تتحدث عنه وسائل الإعلام، فيهب أصحاب حقوق الإنسان للدفاع عنه، وقد يصل به الأمر إلى الموت، وربما يفعل ذلك حمية، وقد يمتنع عن الطعام لأجل ظلم وقع على غيره، فيطالب الحاكم بإطلاق سراح المعتقلين، فيصبر مدة على تلك الحالة حتى يجبر الحاكم عن التراجع عن حكمه، ويخفف الحكم عنهم أو يطلق سراحهم، ولكن قد لا يخضع لهم فيبقوا على تلك الحالة حتى يموتوا ويهلكوا، وهذا يعتبر قتل للنفس بغير حق بل انتحار، والله ينهى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ (البقرة: ١٩٥)، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء: ٢٩). ولذلك فعملاً بهذه القاعدة: «لا يجوز إزالة الضرر بضرر مثله أو أشد منه»، و«درء المفسدة أولى من جلب المصلحة»، فعند تعارض المصالح مع المفاسد تُغلّب المفاسد على المصالح لدفع ضرر أعظم والله أعلم.

---

(١) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص ١٤٤.

٢ ـ إنقاذ النفس من الهلاك بالتضحية بالغير:

لو تعرض ركاب السفينة إلى خطر الغرق وخافوا الهلاك فلا يجوز لهم أن يضحّوا بأحدهم ويطرحوه في الماء طمعاً في سلامهم ولو كان مشركاً أو كافراً؛ لأن غرق الجميع ضرر فلا يزال بضرر مثله وهو إلقاء بعض الناس في الماء لتخفيف حمولة السفينة، واستثنى العلماء من هذه الحالة إذا كان معهم رجل محارب فإنه يجوز إلقاؤه في الماء والتضحية به؛ لأن وجوده معهم يشكل عليهم ضرراً متوقعاً، وإلقاؤه في الماء لأجل نجاتهم فيه ضرر له محتمل كذلك؛ لأنه قد ينجو من الغرق إذا كان يحسن السباحة أو وجد من ينقده من الغرق من خارج السفينة.

وفي هذا المعنى يقول الشماخي: «ولا يلقون شيئاً من بني آدم في البحر ولو كان مشركاً أو ذميّاً؛ لأن تنجية الأنفس بالأنفس لا تجوز باتفاق، إلا إن كان معهم مشرك محارب فنعم، وإن أرادوا طرح شيء من الحيوان فلا بأس عليه بعد الذبح والله أعلم»[(١)].

قال الشارح تعليقاً على قول الشماخي: «قوله إلا إن كان معهم مشرك محارب فنعم، أنهم يلقونه في البحر لتنجية أنفسهم، وانظر هل يذبحونه إذا أرادوا طرحه كما يذبحون سائر الحيوانات لقوله ﷺ: «**إذا قتلتم فأحسنوا القتلة**»[(٢)] أو لا؛ لأن فيه قتل صبراً وهو أمرّ من الإلقاء في البحر، وأيضاً إلقاؤه كذلك يحتمل معه عدم الموت والخروج إلى البر خصوصاً إذا ألقيا له شيئاً يعتمد عليه فيكون المراد بقوله رَحِمَهُ اللَّهُ شيئاً من الحيوانات غير ما يلقى من بني آدم»[(٣)].

---

(١) الشماخي: الإيضاح، ٦/٣٠٨-٣٠٩.

(٢) رواه مسلم، كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، رقم: ٣٧٠٩، بلفظ: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته، فليرح ذبيحته**». وأبو داود، كتاب الضحايا، باب في النهي أن تصبر البهائم، رقم: ٢٤٤٧، ورواه ابن حبان في صحيحه، كتاب الحظر والإباحة، كتاب الذبائح، ذكر الأمر بحد الشفار، حديث: ٥٩٦٧. عن شداد بن أوس.

(٣) القصبي أبو ستة عمرو، الحاشية على الإيضاح، ٦/٣٠٨.

وقد أباح العلماء إلقاء الحيوان بعد ذبحه؛ لأنه يجوز التضحية بالمال لإنقاذ النفس وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة أن حفظ النفس يقدم على حفظ المال، والحيوان مال.

٣ ـ في الإكراه:

أ ـ يرى بعض الإباضية أنه لا يجوز لمن أكره بالقتل أن يقتل غيره إذا كان قتله لمسلم بغير حق، فقتله ضرر وقتل غيره ضرر مثله فلا يجوز.

قال ابن بركة في هذا الشأن في عبارة حوارية شيقة: «فإن الجبّار أمره بضرب رجل أو قتله، وقال له: إن لم تقتله قتلتك، هل له أن يحيي نفسه بهذا الفعل؟ قيل له: ليس له أن يحيي نفسه بتلف غيره، ولا يفدي النفس بمثلها، وإنما يجوز أن يفديها بدونها»[(١)]. ورغم أن حفظ النفس من المقاصد الكبرى للشارع الحكيم، ولكن لا يجوز لأحد أن ينجي نفسه بالتضحية بنفس بريئة، وهو ما حدده الرسول ﷺ بقوله: «**كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل**»[(٢)]»[(٣)].

ب ـ وذكروا أيضاً أنه لا يجوز لمن أكره بالقتل على أن يزني بامرأة غصبا أو برضى منها؛ لأن القتل ضرر والزنى ضرر ولعله أشد منه؛ لأن ضرره يتعدى إلى غيره ولا يقتصر على المزني بها بخلاف المقتول.

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ١٩١.

(٢) أخرجه أحمد، مسند البصريين، حديث، ٢٠١٥٤، (ترقيم العالمية). ورواه الداني في السنن الواردة في الفتن، باب ما جاء في الفتن وغوائلها، حديث: ٣٠ عن عبد الله بن خباب بلفظ: قال: سمعت أبي يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**تكون فتن، فكن فيها عبد الله المقتول، ولا تكن القاتل**». وأورده ابن حجر، كتاب الفتن، باب الأمر باتباع الجماعة، رقم: ٤٤٥٠، وابن أبي شيبة، كتاب الفتن، باب من كره الخروج في الفتنة وتعود منها، رقم: ٣٦٧٤٤، عن جندب بن عبد الله.

(٣) باجو: منهج الاجتهاد، ص٧٥٦.

وفي هذا المعنى يقول ابن بركة: «فإن قال: فإن كلفه الزنا وخاف القتل إن لـم يفعـل؟ قيل له: لا يجـوز له ذلك؛ لأن الزنا ظلم للمـرأة فليس له أن يظلم غيـره ليحيي نفسـه، فإن قال: فإن كانت المـرأة راضية بذلك مطاوعة له هل له ذلك؟ قيل له: لا يجوز له أيضاً ذلك ولو طاوعته لأنه ظلم لها لمِا يكلّفها (أو) يلحقهـا من العار والعيب القبيح والإثم العظيم عند الله ﷻ، وإذا كانت بذلك راضية لأن الله جلَّ اسمه لم يأذن لها بأن ترضى به، فرضاها بما لم يجعل الله الرضـا لهـا به لا يصير غير ظلم منه لها، كما أن لـو رضي رجل بأن يقتله هذا المؤمن ليخلص به نفسه إذا أكرهه الجبار على أن يقتله لم يكن له ذلك، وإن الله لم يجعل له الرضا بذلك»[١].

ج - وذكـر أبو العبـاس أحمد والثمينـي جملة من الأفعال الضـارة بالدين والنفـس والغيـر، لا يجـوز للمؤمن أن يفعلها ليفدي نفسـه من القتـل، كالقتل والزنـى والضـرب والجـرح وأكل أموال النـاس بالباطل وإتلافها، والتجسـس والقذف وشـهادة الزور والاستسـلام للعدو في الحرب وأكل قاذورات البشر، فكل هذه أضرار لا يجوز إزالتها بأضرار مثلها أو أشـد منها، وفي هذا المعنى يقول أبو العباس أحمد: «وأما الوجوه التي لا يتقّي بها عن نفسه الموت وذلك: قتـل النفـس التي حرم الله قتلها من بني آدم كلها كائناً ما كان، وما دون النفس مـن الجـروح والضـرب والفسـاد في النفـس كلها ـ أحيـاء كانـوا أو أمواتاً ـ، وكذلـك أكل أمـوال الناس بالتعدية كله والفسـاد فيها من غيـر حله من وجوه المتالف كلها، والتجسس في الأنفس والأموال، وقذف المحصنات، والشهادة بالزور، والفتوى بغير الحق، وإلقاء السـلاح للعدو وإعطاء لباسـه إياه، وشرب الخمر، وأكل أقذار بني آدم وجميع النجس الذي لم يكن فيه اختلاف العلماء في نجسه، فإنه يموت ولا يفعل شيئاً من هذه كلها»[٢].

(١) ابن بركة: المصدر نفسه، ١/ ١٩٣. ـ الثميني، الورد البسام، ص٢٢٦.

(٢) أبو العباس أحمد، كتاب أبي مسألة، ص١٤٣ - ١٤٤.

وتابع الثميني أبا العباس أحمد في عرض المحرمات التي يجوز فعلها ولو أدى ذلك إلى الفداء بنفسه، وأضاف إليها الجماع في الحيض والنفاس أو في اعتكاف أو إحرام، فيقول في: «باب فيما يموت الشخص ولا يفعله، ومن ذلك: الزنا وقتل النفس المحرم قتلها، وأكل مال الغير بتعدية، وقذف المحصن، وشرب الخمر، وإعطاء السلاح والثياب إن كان يبقى عرياناً به، واستهلاك الأموال والأنفس بالتجسس، والوقاع في الحيض والنفاس أو في اعتكاف أو إحرام على ما فصل في غير هذا الموضع...»[(١)].

وعند التأمل فيما ذهب إليه أبو العباس والثميني نجد أن بعض الأمور المحرمة يجوز للمكرَه ارتكابها عند الضرورة لتخليص نفسه من القتل ثم يفديها بالكفارة، وذلك كالصيام والإطعام مع التوبة والمحاللة إن كان قد ضر غيره؛ لأن القتل أعظم من هذه الأمور، كالاعتداء على أموال الناس بالأكل أو بالإتلاف، والتجسس على الغير، وقذف المحصنات، وشهادة الزور، والفتوى بغير حق، وتسليم السلاح للعدو، وشرب الخمر وكشف العورة، وأكل القاذورات، والجماع في الحيض والنفاس وعند الاعتكاف أو الإحرام، فكل هذه الأمور محرمة وفيها ضرر بالدين والغير ولكن ضررها أخف من ضرر القتل، فيجوز أن يفدي نفسه بهذه الأمور عند الضرورة القصوى إذا كان لا يقوى على تحمل الأذى.

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه ابن بركة البهلوي، فقد رخّص في بعض الحالات لمَّا يكون الإكراه على فعل دون القتل؛ لأن القتل متفق على تحريمه، فليس للإنسان أن يفدي نفسه بإزهاق نفس غيره، وله أن يفديها بما دونها، ولذلك أجاز شرب الخمر وأكل الميتة وقذف المحصنات إن خاف على نفسه القتل أو الضرب الشديد المؤدي إلى الهلاك.

(١) الثميني: الورد البسام، ص٢٢٦.

يقـول في هذا الصدد: «فإن قال: فإن أخذه الجبار بشـرب الخمر أو الميتة أن يأكلهـا هـل لـه فعل ذلك؟ قيل لـه: نعم إذا خاف على نفسـه، لأن الله جل ذكـره قـد أبـاح ذلك فـي الاضطـرار بقولـه ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (المائدة: ٣). وقال ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (الأنعام: ١٤٥).

فـإن قـال: فـإن كلفـه أن يقـذف المحصنات أو يقـول في أحد المسـلمين ما ليـس فيـه، هـل يجوز له ذلك؛ قيـل له: نعـم إذا خاف على نفسـه القتل أو الضرب الشـديد المـؤدي إلى الهلاك، فإن قال: ولـم أجزتم قذف المحصنات عند الاضطرار والقدح في المسـلمين؟ قيل له: إن قذف المحصنات هو كذب عليهن، وكذلك القول في المؤمن بما ليس فيه ولا يشبهه هو كذب، وقد أباح الله جـل ذكره عند الاضطرار للكـذب لقوله: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ (النحل: ١٠٦)، فعـذره فـي هذا الحال وهـو يقـول: إن الله ثالث ثلاثة وهذا أعظم الكذب، لأنه كذب على الله تعالى، فالكذب على المسـلمين أيسر إذا لـم يعـرف المعاريض، فأما إذا عرف المعاريض فليس له أن يقول إذا قدر، ألا تـرى أنهـم لو قالوا له: قـل إن محمداً يكذب على الله وهـو يعرف محمداً آخـر يكذب على الله في تنـزيـل أو تأويل فقال محمد كذاب»[(١)]، وليس يقصد محمد رسول الله ﷺ.

ولكـن الفقيه باجو خالف هذا الرأي ومـال إلى رأي أبي العباس والثميني ورجحه وقال: «والذي يبدو لنا راجحاً هو الرأي المانع للعلة التي أوضحناها؛ ولأنـه يتسـامح في حق الله ما لا يتسـامح في حق العباد، إذ حقـوق الله مبناها المسـامحة، وحقـوق العبـاد مبناها المشـاححة فالقياس على الكفـر قياس مع الفارق»[(٢)].

(١) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩١ - ١٩٢.

(٢) باجو: منهج الاجتهاد، ص ٧٥٧.

وبعد النظر في الأقوال المتقدمة يمكن موافقة الفقيه باجو في بعض ما رجحه، إلا أن المضرات التي لا تلحق بالغير وتلحق بالنفس، والتي هي من حقوق الله يجوز الترخص فيها عند الاضطرار، مثل: شرب الخمر والجماع في حالات الحيض والنفاس والاعتكاف والإحرام، وأكل النجاسات وكشف العورة، فهذه الأمور يترتب على فعلها التوبة والاستغفار مع الكفارة عند بعض الفقهاء، فلا يجوز التضحية بالنفس في سبيل الامتناع عن هذه المحرمات، بل حتى في بعض المحرمات التي يلحق ضررها بالغير كإلقاء السلاح للعدو وإتلاف المال، فالراجح فيها الجواز ما دام ضررها أقل من القتل، يمكن إصلاحه وإزالته بالمال والله أعلم.

٤ ـ تهريب السلع الضرورية إلى خارج البلد وهو في حاجة إليها:

سئل السالمي عن صاحب السلعة يُمنع أن يحملها إلى بلد آخر إذا كان أهل بلده محتاجين لها، ما وجه المنع مع أنه متصرف بماله؟

فأجاب: «حاجة أهل بلده أولى من حاجة غيرهم، وعليه لهم حقوق ليست للغير، وأيضاً فحاجة هذا البلد متعينة حاضرة، وحاجة غيره مجهولة غائبة، ودفع الضرر المعلوم الحاضر ألزم من دفع الضرر المجهول الغائب؛ لأن الضرر المجهول الغائب يمكن ارتفاعه بوجه لا نعلمه فنحن جاهلون ببقائه إلى الآن، وهذا الحاضر نشاهد بقاءه، فهذه علل تمنع نقل السلعة من بلد إلى بلد، إذا احتاج إليها أهل البلد الأول كان صاحب السلعة من أهل البلد أو لم يكن، ولا يعارض هذا كونه متصرفاً في ماله، فإنه لم يمنع من التصرف في ماله، وإنما منع من إدخال الضرر على غيره، يقول تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ۝ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ﴾ (المعارج: ٢٤ ـ ٢٥)»[1].

ويؤكد الثميني في باب حمل الطعام ونحوه وبيعه هذا المعنى بما نصه:

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٧.

«وجاز لأهل قرية غلا فيها الطعام أن يمنعوا من أراد أن يحمله منها إلى غيرها إن احتاجوه وخافوا على أنفسهم، ولكل قرية أن يقتصروا على ما عندها، وكذا الصيادون في البحر». قال الثميني: «(قلت) ولعل البر أيضاً كذلك لا يحملون ما اصطادوه في بلدهم إلى آخر إلا إن اكتفوا منه...»[(١)].

وقد علل الثميني سبب المنع وهو ارتفاع الأسعار وغلاء الطعام الضروري كالقمح الذي يعد من غالب طعام الناس وهذا مما يضر بالمستهلكين ذوي القدرة الشرائية الضعيفة، فوجب منع البائعين والمحتكرين من رفع الأسعار أو نقلها إلى بلد آخر.

ويظهر من خلال ما ذهب إليه السالمي والثميني أنهما اعتمدا على قاعدة: «الضرر لا يزال بضرر بمثله أو أشد منه» فحاجة أهل البلد الماسة إلى المواد الغذائية الأساسية تقضي الحفاظ على كل ما يتوفر من مواد في ذلك البلد، والحفاظ عليها وتوزيعها بالعدل حتى تسد كل حاجات المجتمع، وتهريب هذه المواد إلى بلد آخر لحاجته إليها أو طمعاً في الربح الوفير ضرر يصيب أهل البلد الأصلي، وترك البلد الآخر كذلك بدون جلب السلع إليه بتعريضه للحاجة والجوع هو ضرر أيضاً، إلا أنه «لا يجوز إزالة ضرر بضرر مثله»، وخاصة إذا كانت حاجة البلد الأصلي ظاهرة وحاجة البلد الآخر محتملة غير مؤكدة فيقدم اليقين على الظن في هذه الحالة إذا أردنا الترجيح.

ويرى بعضهم أن منع صاحب السلعة من نقل سلعته إلى بلد آخر منعاً للتصرف في ماله كما أشار إلى ذلك السالمي، والحال أن الشريعة ضمنت حرية كل مالك في التصرف في ماله، وهذا ضرر خاص قد يلحق به، ولكن حرمان أهل البلد من السلع قد يؤدي إلى هلاكهم وهذا ضرر أعم ولذلك قرر الفقهاء في هذه الحالة قاعدة فقهية «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

(١) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٤.

٥ ـ اتخاذ أقراص منع الحيض لأداء عبادة معينة في أوقات مخصوصة:

ومن الصور المخرّجة على القاعدة ما أفتى به بعض العلماء في جواز تأخير العادة الشهرية عند النساء لأجل الحج والصوم، وهي من الأمور التي فطر الله النساء عليها، فهن يتعرضن إليها في كل شهر، فيأتيهن دم الحيض ليدل على براءة الرحم من الولد، ومن رحمته لهن أنه أسقط عنهن بعض التكاليف الشرعية أثناء فترة الحيض كالصلاة والصوم والحج، ولكن بعض النساء تريد أن تغير من النظام الذي وضعه الله لها فتتعاطى أقراص منع الحيض ليتأخر عنها، فتستطيع بذلك أداء الصوم كاملاً في وقته، والقيام بمناسك الحج أيضاً، فما حكم الشرع في هذه العملية؟

سئل الشيخ عبدالرحمٰن بكلي عن هذه المسألة في سؤال مفاده: «هل يجوز للمرأة أن تستعمل حبوب منع الحمل لتؤخر دم الحيض قصد أن تصوم رمضان كاملاً أو تؤدي مناسك الحج تامة؟».

فأجاب: «كل ما عطّل سير الحياة الطبيعية في الإنسان أو غيّر مجراه لا بد وأن يكون له رد فعل طال الزمن أو قصر، إذ لو لم يكن لتعاطيه تأثير ما كان هناك تعطيل أو تغيير.

ومن ذلك ما يذكره بعض الأطباء المخلصين[1] عن حبوب وأقراص منع الحمل وتأخير الحيض من أن له تأثيراً خبيثاً وخطيراً على اللائي يستعملونها وإن بعد حين، ذلك هو ما يعقبه من القلق واهتياج الأعصاب الذي يكدر صفو حياتهن، يشهد لذلك قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى﴾ (البقرة ٢٢٢)، فقد أخبر العليم الخبير أن دم الحيض داء، فإذا كان داء فاحتقانه في جسم المرأة واتخاذ الوسائل لمنع خروجه استبقاء للداء في الجسم سوف لا يلبث أن ينبعث إن لم يظهر سريعاً متى ضعفت تلك الحصانة أو فقدت

(١) هكذا في الأصل ولعله يقصد المختصين.

يكون نتيجة طبيعية، ودم الحيض في المرأة كالبخار في جوف الأرض فإما أن يخرج وإما أن يحدث زلزالاً، وأنت خبير أن كل ما يضر بالصحة ويفقد توازنها يحرم تعاطيه لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(١)][(٢)].

خلاصة القول:

إن دم الحيض مضر بصحة المرأة يجب التخلص منه؛ لأن الله وصفه بأنه أذى، واستعمال الأقراص الكيماوية لتأخيره ينتج عنه ضرر مثله أو أشد منه، «ولا يجوز إزالة الضرر بمثله أو أشد منه».

وبناءً عليه فإن البكري رخص في استعمال الحبوب لأجل الحج ومنعه في رمضان، وعلل ذلك أن الحج يؤدى مرة واحدة في العمر بخلاف الصوم يتكرر كل سنة شهراً كاملاً وفي هذا المعنى يقول: «أما استعمالها ـ الأقراص ـ لمنع الحيض في رمضان لتؤديه كاملاً، وفي الحج لقضاء مناسكه تامة من غير تعطيل، ففرق بين الحالتين، أما بالنسبة لرمضان فلا، وأما بالنسبة للحج فلا بأس، ذلك أن الحج يقع غالباً مرة في العمر فلا يترتب على اتخاذها في هذه المناسبة النادرة ما يخشى معه ضرر، ولم يرخص الله فيه كما رخص في الصوم هذا أوّلاً.

ثانياً: استعمالها في الحج قد تلجئ إليه الضرورة.

ثالثاً: قد نقل عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه لم ير بأساً للمرأة في الحج أن تستعمل ما يمنع حيضها لتنفر وتطوف، وروى سعيد بن منصور عن ابن عمر أنه «سئل عن المرأة تشتري الدواء لترفع حيضتها لتنفر فلم ير بأساً وبعث إليهن بماء الأراك»[(٣)].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ص ٣٢٢.

(٣) لم نقف على تخريج هذا الحديث في كتب السُّنَّة أو غيره. وأخرج عبدالرزاق الصنعاني في =

أمـا عـن الصوم فإن المحذور قد يقع لكثرة التكرار عادة هذا أولاً، وثانياً، قد عالج الله مسألة الحائض في رمضان بأن أباح لها أن تفطر أيام الحيض وإن وجب عليها قضاءها بعده لدى التيسير دون أن يقع هناك تعطيل أو تغيير لنظام الفطـرة، ولـولا ما يعلمه الله من ضرر في حبـس حيض المرأة لما أهدر لأجله حرمة رمضان، وأباح لها بل أوجب عليها الإفطار فيه»[1].

= المصنـف، كتـاب الحيض، باب الدواء يقطـع الحيضة حديث: ١١٧٦ عـن ابن عمر ما يفيد هذا المعنى ولم يصرح بسـبب الرخصة، للحج أو الصوم، وهذا نصه: «عن رجل، سـأل ابن عمـر عـن امرأة تطاول بها دم الحيضة فأرادت أن تشـرب دواء يقطع الـدم عنها، فلم ير ابن عمر بأسـاً، ونعت ابن عمر ماء الأراك». قال معمر: «وسـمعت ابن أبي نجيح يسأل عن ذلك فلم ير به بأساً».

(١) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوى البكري، ص٣٢٣.

المطلب الثالث

«الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» أو «ارتكاب أخف الضررين أو أهون الشرين»

أو «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».
أو «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر».

أولاً: مدلول القاعدة:

هذه القواعد تبدو مختلفة في ألفاظها وصيغها ولكن متحدة المعنى ومغزاها ومؤداها واحد، وهو أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف، ولا يرتكب الأشد.

وهذه القواعد متفرعة عن القاعدة الكلية الكبرى «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» باعتبار أنه يوجد في القاعدة الفرعية دفع ضرر أعظم.

وهذه القواعد الفرعية توضيح كذلك لقاعدة: «الضرر لا يزال بالضرر» وتخصيص لها، فالضرر يجب إزالته ما أمكن ولكن لا ينبغي أن يزال الضرر بالضرر، فإن تحتم إزالته فعلينا حينئذ أن نزيل الضرر الأشد بضرر أخف منه، وهذا ما نص عليه السالمي في عبارته في سياق حديثه عن رفع الضرر عن المسجد فيقول: «وربما تولد الضرر على المسجد من الصعود على ظهره، فيمتنع من ذلك لخوف الضرر، إلا لدفع ضرورة أشد، فإنه إن تعارضت الضرورتان ولم يمكن إلا ارتكاب أحدهما ارتكب أقلهما ضرراً»[1].

ويؤكد الراشدي هذا المعنى بقوله: «الضرر لا يزال بضرر مثله أو أعظم منه فيرتكب أخف الضررين إن اجتمعا وأقل المفسدتين»[2].

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ٤/ ١٨٢.

(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٤١.

«فإن كان الضرر الذي زال به الضرر مساوياً له خيّرنا بين بقاء الضرر أو إزالته بما يساويه، أما إن كان الضرر المزيل أشد من الضرر المزال فارتكاب الضرر الأشد لا يجوز شرعاً ولا عقلاً، بل يكون سفهاً وحماقة»[١].

ومجمل القول:

إن من مقاصد الشرع الحكيم الحث على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتعليلها، وكل ما نهى الله عنه ورسوله ﷺ فيه مفسدة، فما لم يمكن تعطيل مفسدته بالكلية فالواجب السعي إلى تقليلها قدر الإمكان، فإذا تعارضت مفسدتان إحداهما أكبر فساداً من الأخرى، وكان لا بد من فعل واحدة منهما، فإن الواجب هو درء الأكبر منهما بارتكاب الأصغر، وهذا مقتضى الحكمة والنظر الصحيح، ويكون الفاعل في ذلك محسناً؛ لأنه دفع أشد الشرين بأدناهما[٢].

ثانياً: تأصيل القاعدة:

والأصل في هذه القاعدة الفرعية قولهم: «أن من ابتلي بِبَليتين ـ وهم متساويتان ـ يأخذ بأيتهما شاء وإن اختلفتا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة»[٣].

وقد استدل الفقهاء لهذه القاعدة بأدلة من القرآن والسُّنَّة من ذلك:

---

(١) محمد بكر إسماعيل: مرجع سابق، ص١٠٢.

(٢) السعدي عبدالرحمٰن بن ناصر، القواعد والأصول الجامعة، ص٦٢.

(٣) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص١١١، نقلاً عن الزيلعي في كتابه تبين الحقائق لما في الكنز من الحقائق، في باب شروط الصلاة فقال: «الأصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلي ببليتين...». ـ وينظر: أيضاً الأتاسي، شرح المجلة العدلية، ١/٦٨، وما بعدها. ـ وعلي حيدر، شرح المجلة، ١/٣٦، وما بعدها.

أ ـ من القرآن الكريم:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ۖ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ۖ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَكُفْرٌۢ بِهِۦ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِۦ مِنْهُ أَكْبَرُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ وَٱلْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ ٱلْقَتْلِ﴾ (البقرة: ٢١٧).

وجه الاستدلال بالآية:

ففي هذه الآية الكريمة أوحى القرآن الكريم إلى أن ما نقمه الكفار على المسلمين من قتال في الشهر الحرام وإن كان مفسدة، فما أنتم عليه من الصد عن سبيل الله والكفر به وبسبيل هداه، وبالمسجد الحرام وصدكم عنه وإخراج أهله منه أكبر عند الله، وفتنكم المؤمنين بشديد الأذى محاولين إرجاعهم إلى الشرك أشد ذنباً وأكبر من القتال في الشهر الحرام[١].

واستنبط الفقهاء من هذه الآية الكريمة معياراً عامّاً يعتمده الفقيه في الموازنة بين المفاسد، فالقتال في الشهر الحرام مفسدة والفتنة عن الإسلام مفسدة أعظم، «فيرتكب أخف الضررين» إذا لم يكن بد من فعل أحدهما، ويتمثل ذلك المعيار في ما يلي:

أ ـ عند اختلاف رتب المفاسد ترتكب المفاسد المتعلقة بالتحسينات دفعاً لمفاسد الحاجات والضروريات، وترتكب مفاسد الحاجات دفعاً لمفاسد الضروريات، ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يختار أهون الضررين»[٢] ومن تطبيقات هذا المعيار جواز الكذب في الحرب لدفع الهلاك عن النفس مع ما فيه من مفسدة تتعلق بالتحسينات[٣].

---

(١) الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مطبعة الحلبي، بمصر، الطبعة الثانية ١٩٦٤م، ١/ ٢٧. ـ السعدي، القواعد الحسان لتفسير القرآن، مكتبة المعارف، الرياض ـ السعودية، ١٤٠٢ ط / ١٩٨٢ ص ١٢٠. ـ الندوي، القواعد الفقهية، ص ٣١٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٩).

(٣) شبير محمد عثمان: ص ١٨٤.

ب ـ وعند اتحاد رتب المفاسد كأن تكون المفسدتان متعلقتين بالضروريات ترتكب مفسدة المال دفعاً لمفسدة النسل أو مفاسد العقل أو مفاسد النفس أو مفاسد الدين، وترتكب مفاسد النسل دفعاً للمفاسد الثلاثة التي قبلها وهكذا.

ومن تطبيقات هذا المعيار:

ـ جواز إلقاء حمْل السفينة من بضائع دفعاً لمفسدة هلاك نفوس الآدميين[١].

وعند اتحاد الرتبة والكُلِّي ترتكب المفسدة الخاصة دفعاً للمفسدة العامة، ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» وسيأتي لاحقاً بيانها، كما ترتكب المفسدة الجزئية دفعاً للمفسدة الكلية، وعبَّر عنها الفقهاء «إذا اجتمع ضرر أسقط الأصغر للأكبر»[٢].

ـ **ومن تطبيقات هذا المعيار:** التحاق الشخص بالخدمة العسكرية الإلزامية لحفظ كيان الأمة ودفع الهلاك عنها مع ما فيه من ضرر خاص على الفرد وأسرته[٣].

٢ ـ ومن أدلة هذه القاعدة ما ذكره الإمام صلاح الدين العلائي في قواعده بعنوان: «احتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما» أن «أصل هذه القاعدة قصة الحديبية ومصالحة النبي ﷺ يومئذٍ المشركين على الرجوع عنهم؛ وإن جاء أحد من أهل مكة مسلماً ردّه إليهم، ومن راح من المسلمين لا يردونه، وكان في ذلك إدخال ضيم على المسلمين وإعطاء الدنيّة في الدين، ولذلك استشكله عمر رضي الله عنه لكنه احتُمل لدفع مفاسد أعظم منه، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات الذين كانوا خاملين بمكة ولا يعرفهم أكثر الصحابة، وفي قتلهم معرة عظيمة

(١) شبير محمد: المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٢) أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسلك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي طبع اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين المغرب والإمارات العربية المتحدة، الرباط مطبعة فضالة المحمدية المغرب ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م. ص ٣٧٠ـ ٣٧٢.

(٣) شبير محمد: المرجع نفسه.

على المؤمنين؛ فاقتضت المصلحة احتمال أخف المفسدتين لدفع أقواهما، وإلى هذا يشير قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَآءٌ مُّؤْمِنَٰتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَن تَطَـُٔوهُمْ فَتُصِيبَكُم مِّنْهُم مَّعَرَّةٌۢ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (الفتح: ٢٥)، فلما قدّر الله تمييز المؤمنين المستضعفين بمكة، وخروجهم من بين أظهر المشركين، سلّط الله تعالى حينئذ رسوله ﷺ والصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ على أهل مكة؛ فافتتحوها كما قال تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا۟ لَعَذَّبْنَا ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ (الفتح: ٢٥)[١]، فقوله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا۟﴾ (الفتح: ٢٥)، معناه لو تفرقوا: «أي لو تميز الكفار من المؤمنين الذين بين أظهرهم»[٢].

وهذا ما استدل به الإمام عز الدين بن عبدالسلام في كتابه «قواعد الأحكام» في استنباط هذه القاعدة[٣].

«وكذلك جميع ما وقع في صلح الحديبية من هذا القبيل من التزام الشروط الصعبة التي ظاهِرها ضرر ومذلة على المسلمين، ولكن تبين لهم في النهاية أنها كانت عين المصلحة لهم وذريعة إلى الفوز بالفتح المبين»[٤].

٣ ـ ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بالآيات التي وردت بتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير والتي فيها إباحتها للمضطر إليها، وقد تقدم ذكرها عند قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»[٥] واكتفى هنا بذكر آية واحد منها وهي: قوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٣).

---

(١) العلائي صلاح الدين، المجموع المذهب في قواعد المذاهب، الوجه الأول، و. ٣٨، نقل عنه الندوي في القواعدالفقهية، ص ٣١٥.

(٢) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٦/ ٣٤٦.

(٣) العزبن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ١/ ٨١. ـ النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، ١٢/ ١٣٥. ـ ابن القيم، زاد المعاد، ٣/ ٣٠٦.

(٤) الندوي علي أحمد، القواعد الفقهية، ص ٣١٦.

(٥) ينظر: مكانها في الفصل الثالث.

فهذه الآية تقرر حكمين:

الأول: حكم تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير، **والحكم الثاني**: إباحة الميتة للمضطر، وبالنظر في الآية يتبين أنه قد تعارض مفسدتان في هذا الموضوع، مفسدة الأكل مما حرم الله ﷻ مع مفسدة فوات النفس بالهلاك بسبب الجوع، وهذه المفسدة ـ أي الثانية ـ أعظم من المفسدة الأولى، فتدرأ المفسدة الأشد وهي ـ فوات الروح ـ بالمفسدة الأخف ـ وهي الأكل من الميتة عند الاضطرار إليها ـ لا سيما وأن الحق هنا هو حق خالص لله ﷻ، وليس لمخلوق فيه مدخل، وحقوق الله ﷻ مبناها على المسامحة، وهذا من عظيم فضل الله ﷻ وامتنانه على هذه الأمة، التي لم يجعل عليها في الدين من حرج، فالحمد لله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه[١].

٤ ـ وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ۚ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ ۚ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ ۚ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ۚ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (النساء: ٢٥).

وجه الدلالة من الآية:

فهذه الآية تشير إلى أن الأصل لا يجوز للحر أن ينكح الأمة، وبهذا قال جمهور العلماء[٢]. كما يقرر سبحانه في هذه الآية أن من لم يستطع سعة وغنى لنكاح الحرة المؤمنة وخشي على نفسه الوقوع في العنت ـ وهو ما يضره في دينه وبدنه كالزنا ـ، ومن كان حاله كذلك جاز له أن ينكح أمة مؤمنة كما شرع الله[٣].

---

(١) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص ٤٢٥ - ٤٢٦.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ١١١ - ١١٣. ـ ابن قدامة، المغني، ٩/ ٥٥٥.

(٣) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ١١٣ - ١١٤.

ففي هذه المسألة تعارضت مفسدتان:

الأولى: هي الزواج من الأمة، إذ فيه إرقاق الولد، ولذلك قال الله ﷻ في آخر الآية: ﴿وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ (النساء: ٢٥)، أي الصبر على الغربة خير من نكاح الأمة؛ لأنه يفضي إلى إرقاق الولد، والغض من النفس والصبر على مكارم الأخلاق أولى من البذالة، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما حر تزوج بأمة فقد أرق نصفه»[(١)] يعني: يصير ولده رقيقاً[(٢)].

المفسدة الثانية: هي وقوع العنت، وهو الضرر بالدين والدنيا، وهو متمثل في الزنا، فمن وقع فيه لحقه ضرر في دينه بالإثم، وفي دنياه بالخزي والعار، وإقامة الحد عليه، مع ما فيه من الاعتداء على حرمات الآخرين، وهذه المفسدة أعظم من الأولى، ولأجل هذا احتملت المفسدة الأولى المتمثلة في إرقاق الولد لتجنب المفسدة الثانية، والحمد لله على معافاته[(٣)].

٥ ـ كما يمكن الاستدلال لها بقصة موسى مع الخضر ـ عليهما السلام ـ حيث خرق الخضر السفينة وقتل الغلام، فإن خرقه السفينة مفسدة ظاهرة، وذهاب السفينة كلها غصباً من الملك الظالم الذي أمامهم مفسدة أكبر من الأولى، فارتكب الأخف منها لدرء الأعظم.

وكذلك قتله الغلام فإنه في الظاهر مفسدة، ولكنها تعارضت مع مفسدة إرهاقه لأبويه بالكفر، وإفساده عليهما دينهما إن هو بقي، وهي مفسدة أعظم؛ لأن الفتنة أشد من القتل، فارتكب المفسدة الأخف وهي

---

(١) رواه الدارمي، كتاب الفرائض، باب في الحر يتزوج بأمة، رقم: ٣٠٨١، وسعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب نكاح الأمة على الحرة...، رقم: ٧١٣، عن عمر بن الخطاب.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٥/ ١٤٧.

(٣) الطبري: جامع البيان، ٥/ ٢٥. ـ القرطبي، المصدر نفسه، ٥/ ١٣٦.

قتله الغلام لدرء المفسدة الأعظم، وهي إيقاع أبويه في الكفر والله أعلم[١].

٦ ـ وقد ساق الإمام عز الدين بن عبدالسلام أمثلة متنوعة تتصل بهذه القاعدة، يقول في بعض المواضع شرحاً لهذه القاعدة: «النميمة مفسدة محرمة، لكنها جائزة أو مأمور بها إذا اشتملت على مصلحة للمنموم إليه... ويدل على ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَجَآءَ رَجُلٌ مِّنْ أَقْصَا ٱلْمَدِينَةِ يَسْعَىٰ قَالَ يَٰمُوسَىٰٓ إِنَّ ٱلْمَلَأَ يَأْتَمِرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ فَٱخْرُجْ إِنِّى لَكَ مِنَ ٱلنَّٰصِحِينَ﴾ (القصص: ٢٠)، وكذلك ما فعله أصحاب رسول الله ﷺ عن المنافقين»[٢].

فهذه نبذة من الأدلة من كتاب الله الكريم فيما يخص هذه القاعدة الجليلة أوردناها لبيان مدى إعمال القرآن الكريم لهذه القاعدة.

ب ـ من السُّنَّة النبوية:

وهناك جملة من الأحاديث النبوية الشريفة فيها إيحاء إلى هذه القاعدة نكتفي بذكر قصة الأعرابي الذي بال في ناحية المسجد وتركه رسول الله ﷺ وشأنه حتى فرغ.

ـ روى مسلم في صحيحه عن يحيى بن سعيد أنه سمع أنس بن مالك يذكر أن أعرابيّاً قام إلى ناحية في المسجد فبال فيها، فصاح به الناس فقال رسول الله ﷺ: «**دعوه**»، فلما فرغ أمر رسول الله ﷺ بذنوب فصبت على بوله[٣].

---

(١) استدل بهذه القصة لهذه القاعدة الشيخ عبدالرحمٰن ناصر السعدي، في كتابه القواعد والأصول الجامعة، ص ٦٢.

(٢) العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام، ص ١١٤ - ١١٥. المثال السادس والأربعون.

(٣) رواه الربيع، كتاب الصَّلاة ووجوبها، باب في المساجد وفضل مسجد رسول الله ﷺ، رقم: ٢٦٣، عن جابر بن زيد مرسلاً. ومسلم، كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النَّجاسات إذا حصلت في المسجد، رقم: ٢٨٤، عن أنس. صحيح مسلم مع شرح النووي (ط، دار إحياء الثرات العربي بيروت) ٣/ ١٩٠.

وفي رواية أخرى عن ثابت بن أنس أن أعرابيّاً بال في المسجد فقام إليه بعض القوم فقال رسول الله ﷺ: «**دعوه ولا تزرموه**»[(١)]، قال: فلما فرغ، دعا بدلو من الماء فصبه عليه[(٢)].

وجه الاستدلال بالحديث:

ذكر أهل العلم أن هذا الحديث يرشد إلى الرفق بالجاهل وتعليمه ما يلزمه من غير تعنيف ولا إيذاء، إذا لم يأت بالمخالفة استخفافاً أو عناداً، وفيه: «دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما» لقوله ﷺ: «**دعوه**» لمصلحتين:

إحداهما: أنه لو قطع عليه بوله لتضرر، وأصل التنجيس قد حصل فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به.

والثانية: أن التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه، ومواضع كثيرة من المسجد[(٣)].

ويتضح من هذه الحادثة أن الأعرابي قد أتى فعلاً منكراً جليّاً، ومع ذلك نهى النبي ﷺ أصحابه أن يزجروه وأمرهم بأن يتركوه حتى يتم بوله، ثم أرشدهم إلى تطهير المكان بصب الماء عليه، ففعل هذا الأعرابي وبوله في المسجد مفسدة ظاهرة، ومع ذلك أرشد النبي ﷺ إلى احتمالها؛ لأن زجرهم له سيترتب عليه مفسدة أكبر من هذه، فإنهم بزجرهم إياه قد يقوم ليهرب منهم فتنتشر النجاسة في مكان أكبر من المسجد، وستصيب ثيابه فتتنجس أيضاً، ثم

---

(١) لا تزرموه: وهو بضم التاء وإسكان الزاء وبعدها الراء، أي لا تقطعوا، والإزرام القطع، شرح النووي على صحيح مسلم، ٣/ ١٩٠.

(٢) رواه البخاري، كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، رقم: ٥٦٨٦، ومسلم، كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النَّجاسات إذا حصلت في المسجد، رقم: ٢٨٤، عن أنس.

(٣) النووي: شرح مسلم، ٣/ ١٩٠. وينظر: قواعد العلائي، ص٣٨، نقل عنه الندوي في القواعد الفقهية، ص٣١٧.

لو فرض أنه حبس بوله بعد أن ابتدأه فإنه سيتأذى بذلك، فربما ضره، ثم إنهم بزجرهم إياه سينفر منهم، فيرفض أن يتعلم منهم وقد نهروه من قبل، فيكون تصرفهم هذا سبباً لرده الحق وعدم قبوله، ولهذا احتملت تلك المفسدة، لدرء تلك المفاسد التي هي أشد من الأولى[١].

ثالثاً: الفروع الفقهية المتخرجة من القاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»:

وردت في المصادر الفقهية الإباضية أمثلة تطبيقية ومتنوعة لهذه القاعدة كلها تشهد على مدى إعمال الإباضية لهذه القاعدة ومن أمثلة ذلك:

أ ـ في باب العبادات:

١ ـ جواز الصلاة بالثوب النجس عند الضرورة:

وإعمالاً لهذه القاعدة في الطهارات فقد رخص الفقهاء للمصلي أن يصلي بالثوب المنجوس عند الضرورة إذا فقد الثوب الطاهر ولم يجد غيره، ولكنهم اشترطوا مراعاة الترتيب والموازنة بين المفاسد، فيبدأ بالمختلف في نجاسته قبل المتفق عليه من باب «ارتكاب أخف الضررين» عند اجتماع مفسدتين إحداهما أعظم من الأخرى.

نقل الشماخي في هذه المسألة في الإيضاح وذكر جملة من النجاسات التي تصيب الثوب فتنجسه فيضطر إلى استعماله للصلاة عند فقدان الثوب الطاهر، وأشار إلى ضرورة الترتيب الذي يجب مراعاته عند إرادة استعمال الثوب المنجوس في الصلاة إعمالاً للقاعدة: «يختار أخف الضررين وأهون الشرين عند تعارض المفسدتين»، وهذا نص عبارته: «وإن لم يجد ما يصلي به إلا ثوباً منجوساً بالنطفة، وثوباً منجوساً بالقيء، وثوباً منجوساً بالدم، وثوباً

(١) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص٤٢٨ - ٤٢٩.

منجوساً بالخمر، وثوباً منجوساً بالغائط، فالثوب المنجوس بالنطفة أولى من الثوب المنجوس بغيرها من هذه الأنجاس؛ لأن النطفة ليست من أعيان الأنجاس عند بعضهم، فهي منجوسة والمنجوس أولى من النجس، وقال آخرون: القيء أولى من النطفة؛ وذلك لأن القيء عند بعض الناس طاهر والمختلف فيه أولى من المتفق عليه، ثم بعد القيء النطفة، ثم بعد النطفة الدم، وهو أولى من الخمر والغائط؛ لأن الشرع قد رخص في قليله وهو أهون من الخمر والغائط، ثم من بعد الدم الخمر، والخمر أولى من الغائط؛ لأن العلماء اختلفوا في علة تحريم الخمر ولم يختلفوا في الغائط، وأظن أن البول أقذر من الغائط والله أعلم»[١].

ويضيف الشماخي في السياق نفسه: «وكذلك النجس الذي فيه اختلاف العلماء أهون من النجس المتفق عليه، وكذلك الثوب الذي نجس منه الأصل أهون من الثوب الذي نجس منه الأكثر، وكذلك الثوب الذي لم يتعمده بالنجس أهون من الثوب الذي تعمده بالنجس، وعند بعض العلماء أنه يجوز له أن يصلي بما شاء من هذا الثياب ولم يفرز نجساً من نجس؛ وذلك عندي لأن هذه الأنجاس كلها تمنع صحة الصلاة فهي متساوية في جهة الصلاة لتساويها في المنع»[٢].

مجمل القول:

يظهر مما تقدم أن فقهاء الإباضية يعتمدون على القاعدة الفقهية «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما» عند تعارض المصالح والمفاسد، وتعسر الترجيح بينها، ولا أدل على ذلك من هذا الترتيب الذي أقروه للمصلي إذا اضطر إلى لَبْس الثوب المنجوس عند فقده للطاهر، ففي

(١) الشماخي: الإيضاح، ٢/ ٤٥-٤٦.

(٢) الشماخي: الإيضاح، ٢/ ٤٦.

ذلك موازنة بين المفاسد عند فقدان المصالح، وعند تعارض المفاسد تقدّم المفسدة القطعية على المفسدة الظنية، وكذا المفسدة القليلة على المفسدة العظيمة الكبيرة، وتقدم المفسدة المختلف في فسادها على المتفق في فسادها، وهكذا مراعاة لقاعدة: «ارتكاب أخف الضررين»، ولكن إذا تساوت المفاسد وشملها وصف واحد مثل نجاسة الثوب الذي هو علة للمنع، فهنا لا يلزم اختيار ثوب معيَّن بل يختار المكلف ما يشاء من الثياب وغير ملزم باختيار معيَّن.

الرأي المختار:

ويبدو أن الشماخي يميل إلى هذا الرأي ويرجحه، وهذا ما يفهم من عبارته: «وذلك عندي» ذكر ذلك تعقيباً على رأي بعض الفقهاء القائلين بالمساواة بين النجاسات المختلفة دون النظر إلى أنواعها، ودون مراعاة للترتيب عند إرادة الاختيار بين الأشياء المتنجسة ولعل اختيار الشماخي هو الراجح عندنا استناداً للقاعدة المتقدمة والله أعلم.

٢ ـ ترك بعض أركان الصلاة عند الضرورة:

رخص الإباضية للمصلّي إذا كان جرحه ينزف دماً، ويزيد سيلانه عند سجوده أن يومئ ويصلي قاعداً أو قائماً، ويترك السجود أو الركوع؛ لأن ترك السجود أو الركوع أهون من الصلاة مع الحدث عند من يوجبون انتقاض الوضوء عند سيلان الدم، مع أن ترك السجود والركوع في هذه الحالة يدفع عن الجرح ضرر أعظم وهو خروج الدم ونزفه، فهنا «يختار أخف الضررين دفعاً لأعظمهما».

يقول الشماخي في هذا الصدد: «وكذلك إن كان في فيه جرح يسيل منه الدم وحضرت الصلاة، فإنه إن كان الوقت واسعاً فلينتظر حتى يزول الدم، فإن خاف فوات الوقت فليصلِّ كما أمكنه ويبزق الدم من فيه أمامه، ويطأطئ برأسه

إلى الأرض ويصلي كذلك لئلا يلحق الدم ثوبه، وإن لم يمكنه أن يطأطئ برأسه ولا أن يبزق أمامه فإنه يصلي قاعداً، أو يضع المنديل على ركبتيه ويبزق فيه الدم على التراب لئلا ينجس ثوبه، فعلى هذا طهارة الثوب آكد من الصلاة بالقيام، وإن لم يمكنه إلا أن ينجس ثوبه، أو يصلي قاعداً من غير أن يلحق النجس ثوبه، فإنه يصلي قاعداً؛ لأن صلاة القيام لها بدل في الشرع ولا بدل لطهارة الثوب... وإن بلغ هذا ما لا يقدر عليه من الدم فليس عليه شيء، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها...»[١].

٣ ـ في إنقاذ النفس من هلاك الجوع:

يتعرض الناس أحياناً إلى الجوع الشديد بسبب الحروب والفتن أو انقطاع السبل، ولا يجدون من الأكل الحلال ما يسد حاجتهم فيضطرون إلى أكل الحرام، وقد رخص لهم الشارع الحكيم في أكل الميتة والدم ولحم الخنزير عند الضرورة، وذلك في قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (الأنعام: ١٤٥).

ـ وقد لا نجد هذه المحرمات المنصوص عليها ونجد غيرها من ذوات السباع والطيور الجارحة، إما حية أو ميتة أو غيرها من الدواب، كالخيل والبغال والحمير فهل يجوز له أكلها؟ مذكاة أم ميتة؟ أم يصبر على الجوع حتى يهلك؟

ـ وقد يجد طعاماً نجساً أو حلالاً وماءً زلالاً ولكنه مملوك لغيره، فهل يقدمه على المحرمات والمتنجسات؟ وهل يضمن ذلك؟[٢] وهل يجوز له أن يقاتل صاحبه إن منعه من ذلك؟[٣].

---

(١) الشماخي: الإيضاح، ٢/ ٢٨٥.

(٢) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٧٩.

(٣) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٦.

ـ وقد يكون محرِماً بالحج أو العمرة فيتعرض في طريقه إلى المخمصة المهلكة، فهل يباح له الأكل من الصيد ويضمن جزاء ذلك؟ أم يقدّم عليه المحرمات من الأكل المنصوص عنها؟

أجاب فقهاء الإباضية على هذه الأسئلة وبيَّنوا أن المضطر بالجوع أو العطش إلى أكل المحرمات من المطعومات أو المشروبات يجب عليه مراعاة قاعدة: «ارتكاب أخف الضررين» لدفع الضرر الأعظم، وهو الهلاك جوعاً أو عطشاً، فلا يجوز للمسلم أن يلقي بنفسه إلى الهلاك وهو يقدر على عصمتها ولو بالمحرمات المرخص فيها، أو بأي شيء يرجو النجاة به، فمنهم من جعل كل تلك المحرمات متساوية، فله الخيار بما شاء منها عند الاضطرار إذا كانت تعصمه من الهلاك، والأحسن أن يختار المحللات على المحرمات، أي ما أصله حلالاً كالميتة من الأنعام والطعام والنجس قبل المحرمات كلحم الخنزير والسباع وميتتها.

ومنهم من اشترط الترتيب والموازنة بين المفاسد والمضار، فيقدم ما أصله حلال على ما أصله حرام ولو كان فيه تعويض مثل: ميتة الحيوان الحلال، كالأنعام يقدم على المذكى من الحيوان المحرم، كالسباع والخنزير والبغال والحمير.

وكذلك ميتة الحيوان خير من لحم الصيد عند الإحرام، والميتة خير من مال الغير؛ لأن الميتة لا ضمان فيها، وأخذ مال الغير بغير إذنه حرام ويجب ضمانه، ولا بأس أن ننقل بعض نصوص العلماء لتوضيح ذلك:

جاء في كتاب «المعتبر» للكدمي ما نصه: «إنه كل ما كان يعصم من المحرمات يعني من الضرورة حلال للمضطر في حال ضرورته، أن يأكل منه أو يشرب بقدر ما يحيي به نفسه، فأما الميتة ولحم الخنزير وما أشبه ذلك فتقع عنده موقع الإجماع عليه أنه جائز في حال الاضطرار في حكم كتاب الله تعالى في قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ

أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (الأنعام: ١٤٥)، وأما سوى ذلك مما لم يأت فيه نص من كتاب الله ولا من سُنّة رسول الله ﷺ فمعي أنه قد قيل فيه كله إنه محجور إذا لم يأت فيه ترخيص، وإذ هو على جملة التحريم، وليس مستثنياً فيه في ضرورة ولا في غيرها وذلك مثل: الخمر والأبوال والعذرة وأشباه هذه المحرمات والرجس، فقال من قال: لا يجوز ذلك لا في ضرورة ولا غيرها، أو جوع أو ظمأ، وقال من قال: كل ما رجاه المضطر من ذلك أن يعصم به ويحيي به من جوع أو ظمأ يخاف منه على نفسه الهلاك ويرجو فيه لنفسه الحياة فهو مثل المحرمات»[(١)] أي يجوز إنقاذ النفس به.

ويفضل الكدمي عدم الإقدام على المحرمات ولو اضطراراً تنزيهاً وتورعاً، والأحسن لديه تركها، يقول في هذا المعنى: «ولا يعجبني الإقدام على شيء من ذلك نزاهة وتورعا إلا على معنى قد عرف أنه يحيي ويعتصم وإلا فهو على معنى الحجر والتحريم»[(٢)].

وتابع الثميني الكدمي في تحريم الخمر على المضطر إلا إذا علم أنه ينجيه من الهلاك، ويكون بالقدر القليل الذي لا يصل إلى الإسكار فيقول: «ولا يجوز للمضطر أن ينجي نفسه بالخمر؛ لأن الله عز وعلا لم يذكره في الإباحة وجوّز له قدر ما لا يسكره منها إن كان ينجيه من الهلاك وإلا فلا»[(٣)].

ويشير الكدمي وغيره إلى وجوب مراعاة الموازنة بين المفاسد إذا اجتمعت فإذا تساوت فيختار ما شاء منها، وإن اختلفت فيختار أقلهما ضرراً ومفسدة لدفع ما هو أعظم منها، ونص عبارته: «ومعي أنه قد قيل: أن الذي يذكّى من

(١) الكدمي: المعتبر، ٣/ ١٠٧ - ١٠٨.
(٢) الكدمي: المصدر نفسه، ٣/ ١٠٨.
(٣) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٥ - ٢٦٦.

المحرمات بمعنى الميتة من المحللات، فبأيهم شاء المضطر أحيى نفسه منه، أي أنه إذا كانت أُحِلّت له عند الضرورة ميتة المحللات، فكذلك تقع له الضرورة التي تبيح له في حالة الضرورة إحياء نفسه بالمذكّى من المحرمات، وهو الخيار بينهما، ولكن معي أن ميتة المحرمات أشد من ميتة المحللات؛ لأن هذه ورد فيها النص في الكتاب صراحة، ولذلك فإنه لا يجوز للمضطر أن يأكل من ميتة المحرمات إذا وجد ميتة المحللات؛ لأن هذه رخص له الكتاب فيها، فهي أصل الرخصة تقع عليها...»[١].

وتابع الثميني الكدمي في مذهبه واختار ترجيحه في حالة وجود مفسدة أقل من غيرها فتقدم على أكبرها فيقول في هذا الصدد: «والمضطر إذا حضره الدم والميتة ولحم الخنزير فإنه ينجي نفسه من أيها شاء بقدر ما يمسك روحه فقط، وقيل بقدر ما يطيق على أداء الفرض في وقته كان في سفر أو كان في حضر، ولم يجز ذلك للباغي والمعتدي[٢] بناء على ظاهر قوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ (الأنعام: ١٤٥)، وعليه أصحابنا [الإباضية] وقيل معنى قوله غير باغ: أي في الأكل، ولا معتد أي فيه أيضاً، لأنه يكون غير مضطر، فإذا اجتمع للمضطر ميتة نَعَمْ ـ والأنعام ـ وميتة خنزير فليقدم على الأولى؛ لأن الثانية قد اجتمع فيها حرمتان بناء على الراجح، وقيل ميتة الخنزير وذبيحته سواء...»[٣].

ويحاول الكدمي أن يلتزم منهج الموازنة بين المفاسد، وترجيح أقلها ضرراً أو مفسدة على أعظمها ضرراً ويعممه في جميع الحيوانات حية وميتة فيدعو المضطرين إلى مراعاة هذا الترتيب في الاختيار فإن حدث أن خرج البعض عن هذا النظام فلا إثم عليه ما دام يعلم أن ذلك يكون سبباً لنجاته من الهلاك.

---

(١) الكدمي: المصدر نفسه، ٣/١٠٨.

(٢) يشير إلى قاعدة فقهية معتمدة عند الشافعية وغيرهم «أن الرخص لا تناط بالمعاصي».

(٣) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٥.

يقـول في هذا الشـأن: «ويعجبني أن تكون ميتة المحلـلات من الأنعام إن أمكنـت أولى مـن ميتة غيرها من الدواب من الخيـل والحمير والبغال وغيرها مـن أشـباهها، ويعجبني أن يقدم ميتة الأنعام وما أشـبهها مـن الصيد على ميتة البغال والحمير والخيل، وما أشـبهها مما هو مثلها أو دونها، فإن أحيى نفسـه من ميتة البغال والحمير والخيل وما أشـبهها، وترك ميتة الأنعام كالبقر والإبل والغنم والغزلان وما أشبهها من ميتة الطيور والدواجن ونحوها، فمعي أنه في هـذه الحالـة جائزة له؛ لأن المعنى فيه متقـارب، وكذلك ميتة هذه الدواب من الخيل والبغال والحمير وما أشبهها، إذا أمكنت ووجد معها ميتة السباع، فمعي أنـه يقـدم ميتـة الخيل والبغـال والحمير على ميتة السـباع، ولكـن المضطر إن أحيى نفسه من ميتة السباع وما أشبهها، دون ميتة الأنعام كالإبل والبقر والغنم، ودون ميتـة الخيـل والبغال والحميـر، فإن ذلك عندي لا يلزمـه إثماً ولا يعتبر متعدياً، والذكية من جميع السباع من الدواب والنواشر من الطير أولى وأجوز عندي من ميتة الأنعام، ومن جميع الميتة»[(١)].

وهنـا يلاحـظ أن الكدمـي يقـدم الحيـوان المذَكَّـى مهما كان علـى الميتة مطلقـاً؛ لأن اللحم المذكّى إذا كان طازجـاً أعظم نفعاً من المتعفن، خاصة إذا كان ميتة، فاللحم عموماً إن لم يحفظ في مكان بارد تعرض للتلف وكان بؤرة للجراثيـم الضـارة، فضرره أعظم من المذكى، وهـذا ما قرره الأطباء، ومن هنا ندرك أن فقهاءنا يعتمدون في نظرهم إلى الأمور على الخبرة والعلم ولا يمنعون إلا ما خالف الشـرع، وقد سـبقوا بذلك الاكتشـافات العلمية الحديثة للجراثيم والميكروبات التي تنشط في الميتة خاصة إذا تحللت.

ولعـل هذه النظرية تتجسـد أكثر في لحم الخنزيـر حيث أنهم قدموا الميتة والـدم عليـه عند الاضطرار خاصة إذا كان ميتة، وقد أشـار القطب أطفيش في

(١) الكدمي: المعتبر، ٣/ ١٠٩.

«شامله» إلى هذا الأمر فقال: «قيل تُقدّم ميتة الأنعام وميتة كل ما لم يتفق على تحريمه عن الخنزير في الاضطرار، وقيل سواء، ويقدم سائر الخنزير على لحمه للخلاف بين الأمة في غير لحمه، ولو كان الصواب أنه كلحمه، ويأكل المضطر ما ينجيه ويقويه على فرض وقته»[(١)].

وبعد أن سلك القطب أطفيش مسلك الموازنة بين المفاسد عند اجتماعها وضع ضابطاً عامّاً لا يضبط به الجزئيات وهو أن «المضطر يأكل كل ما ينجيه ويقويه»، أي الأصل في الأكل النجاة والقوة ولا يهم من أي شيء كان.

ويحاول القطب في «شرح النيل» تعليل منهج الموازنة بين المفاسد المختلفة كالخنزير والميتة فيقول: «... وهل يقدم مضطر لتنجية لحم خنزير بناء على أنه تعمل الذكاة [فيه] إذا اضطر إليه فإنه يذكي ويأكل، ثم (دَمًا)؛ لأنه غير ميتة، ثم ميتة؛ لأنه لا تؤثر فيها الذكاة، (أو) يفعل (عكسه) أي عكس ما ذكر، بناء على أنه لا تعمل فيه الذكاة، ولو اضطر إليه بأكله بلا ذكاة، ووجهه أن الميتة طاهرة الأصل وحلال الأصل، وبعدها الدم؛ لأنه يحل بذكاة أصله في الحي، وتعمل الذكاة في أصله لا فيه، وأخّر الخنزير لأنه لا تعمل فيه الذكاة على هذا القول، (أو مخير) وهو أن يُقدِّم الميتة ثم الدم ثم الخنزير، وقيل يقدم الدم ثم الميتة ثم الخنزير، ومعنى التقدم إلى واحد: القصد إليه وحده وبترك غيره...»[(٢)].

وفي السياق نفسه ورد في «العقد الثمين» سؤال يقول صاحبه: «أرأيت إذا وجد هذا المضطر ميتة أنعام ولحم خنزير فمن أيهما يحيي نفسه؟».

فأجاب السالمي: «يحيي نفسه من ميتة الأنعام ويترك لحم الخنزير؛ لأن لحم الخنزير لا يمكن فيه الذكاة الشرعية فالمذكّى منه ميتة، فتجتمع فيه حُرمتان أحدهما حرمة كونه خنزيراً، والأخرى حرمة كونه ميتة، وليس في

(١) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٠٤ - ١٠٥.
(٢) أطفيش: شرح كتاب النيل، ٣/ ٣٦٤ - ٣٦٥.

ميتة الأنعام إلا حرمة واحدة وهي كونها ميتة، «فإذا أمكن دفع الضرورة بأخف الأمرين حرمة فلا يتعدى إلى أشدهما في ذلك»، ولو قال قائل: إن الله قد سوَّى في حكم المضطرين الميتة ولحم الخنزير فهما سواء في حقه، أو قال: إن المضطر إذا اضطر إلى الخنزير فذكّاه، كانت ذكاته صحيحة لأنه في ذلك الحال مباح له وحلال في حقه، لما كان بعيداً على القول»[١].

ويستنتج من عبارة السالمي أنه لا يستبعد القول الثاني، إلا أنه لعله يميل إلى العمل بالقول الأول من باب «اختيار أهون الشرين وأخف الضررين»، وإن قدّم أحد لحم الخنزير على الميتة فلا إثم عليه ما دام مضطراً إليه.

- وفي حكم المضطر إذا كان مُحْرِماً ووجد ميتة وصيداً أيهما يقدّم لإنقاذ نفسه من الهلاك؟

لو تعرض المحرِم بالحج أو العمرة إلى جوع شديد ولم يجد إلا ميتة أو صيداً، فأكثر العلماء قالوا يختار الميتة ولا يأكل الصيد؛ لأن الميتة رخص فيها النص ولا ضمان فيها، أما الصيد ورد فيه النهي وفيه الجزاء أو الفدية أيضاً، ففي هذه الحالة يختار أخف الضررين مراعاة لأعظمهما، فلا يمكن أن يترك نفسه دون أكل؛ لأنه قد يعرض نفسه للهلاك ولا يأكل الصيد؛ لأن فيه جزاء، فيختار الميتة وهي أهون عليه، ويؤكد ابن بركة هذا المعنى فيقول: «وإذا اضطر المحرم إلى أكل صيد واتفقا له أكل الميتة؛ لأنها محللة في حالة الاضطرار، فإذا عدم الميتة جاز له أكل الصيد وعليه الجزاء...»[٢].

ورغم ما علل به ابن بركة من تعليلات لترجيح مذهبه في تقديم الميتة على الصيد للمحرِم فإنني أرى من الوجهة الصحية وإعمالا لقاعدة: «دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة» فإن الميتة فيها ضرر معلوم ولا يلجأ إليها المضطر إلا إذا عضه الجوع وكاد أن يهلك، ولا يملك غيرها ويرجو منها

(١) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢١.

النجاة، ولو اختار الصيد لكان أنفع وأصلح له؛ لأن ضرره يقع على المال دون النفس، ولا يجب عليه إلا تعويض مثله في حالة نجاته من الهلاك، وهو أمر مقدور عليه، ولكن ما الفائدة المرجوة من شخص أشرف على الموت فأنقذ نفسه بلحم متعفن فيه ضرر كبير بالصحة، وهنا اجتمعت ضرورتان ضرورة حفظ النفس، وضرورة حفظ المال، فعند الموازنة بين المفاسد يقدم حفظ النفس على حفظ المال، وعليه فإنني أرجح أن يرتكب أخف الضررين وهو أكل الصيد؛ لضمان حياته وعافيته مع ضمان الفدية، وليدفع ضرراً أعظم وهو خطر الإصابة بأمراض مهلكة، قد تنتقل إليه من الميتة والله أعلم.

وفي سؤال ورد في «العقد الثمين» عن قول السالمي في «المشارق» حيث أوجب على المضطر المحرم إذا وجد الميتة وصيد البر أن يأكل صيد البر دون الميتة مثلاً كيف ذلك؟ ولم يرد استثناء في صيد البر للمحرِم لا لمضطر ولا غيره قال الله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ (المائدة: ٩٦)، ولم يستثن سبحانه مضطرّاً من غيره أم ثمَّ دليل أباح ذلك له؟

أجاب السالمي: «خاطب الله تعالى في كتابه العزيز أهل العقول وقال: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ فَٱعْتَبِرُوا۟ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَـٰرِ﴾ (الحشر: ٢)، وردّ الاستنباط إلى أهل العلم في قوله: ﴿لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ﴾ (النساء: ٨٣)، ومن المعلوم من مقتضى العقول أنه إذا جاز دفع الضرر بالميتة التي لا تحل أبداً في غير الضرورة كان دفع ذلك بما هو حلال دائماً إلا في حال من الأحوال أولى وأخف، فالميتة نجس حرام بالإجماع إلا حال الاضطرار، وهذا حلال طاهر بالإجماع إلا حال الإحرام، ثم إنه ﷻ أوجب الجزاء في قتل الصيد كما أوجب الفدية في حلق الرأس لمن كان به أذى من رأسه، فأباح له أن يحلق ويفتدي والقياس يقتضي مثل ذلك في المضطر إلى الصيد، وعلى كل حال فقصد الصيد في المسألة من طريق الحكم بالأولى وهو فحوى الخطاب»[1].

(١) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٢٥٧ - ٢٥٨.

الرأي المختار:

ولعل ما ذهب إليه السالمي وغيره في تفضيل الصيد للمحرم عند الضرورة هو الراجح عندنا لأدلته القوية ومراعاته للمصالح المرجوة، خلافاً للميتة التي ضررها أكبر من نفعها، و«دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة» كما قرر الفقهاء.

ـ أما إذا وجدت تلك المحرمات ووجد مالاً أو طعاماً لغيره فهنا كذلك اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى أنه لا يجوز له أخذ مال الغير بدون إذنه، خاصة إذا كان في حاجة إليه، ويكتفي بتلك المحرمات كالميتة وأشباهها، بينما يرى البعض أنه يقدم هذا المال على المحرمات ويضمنه؛ لأن أصله حلال[١]، وقد ذهب ابن بركة والثميني وأطفيش إلى هذا الرأي، يقول الثميني في هذا الصدد: «وإن حضر لمضطر بالجوع مال الغير والميتة ففي الذي ينجي به نفسه منها ويدفع الآخر خلاف مع الضمان في المال»[٢].

ونقل ابن بركة هذه المسألة في «الجامع» وحكى إجماع العلماء في جواز أكل المضطر من مال غيره بغير إذنه إذا لم يجد غيره، أما إن وجد معه ميتة ففيه خلاف. وأكثرهم يرى تقديم أكل مال الغير على الميتة مع الضمان إذا اجتمعا ارتكابًا لأخفِّ الضررين؛ لأن ضرر الميتة على الجسم أعظم من أكل مال الغير، وهذا ما صرح به ابن بركة في نصه فقال: «فلا خلاف بين أهل العلم أن رجلاً لو كان في سفر أو حضر وعدم الطعام، وخاف على نفسه الهلاك من الجوع، ولم يجد ما يأكله إلا مال رجل مسلم أنه يأكل منه بغير رأي صاحبه، ويضمن ويحيي نفسه من الموت، ولا أعلم في هذا اختلافاً بين أهل العلم، واختلفوا فيه إذا وجد الميتة وهو يقدر على أكلها ووجد طعاماً لرجل مسلم، فقال أكثر

(١) الثميني: الورد البسام، ص١٩٩.

(٢) الثميني: المرجع نفسه، ص٢٦٤.

العلماء يأكل من المال ويضمن، ولا يأكل من الميتة، فإن كان الإجماع من الناس على أن للإنسان أن يحيي نفسه بمال غيره من الطعام الذي هو مال بغير رأي صاحبه، كان إحياؤه نفسه بمال غيره جائز، وعليه أن يضمن»[١].

أما القطب فقد رجح تقديم مال الغير على الميتة مع قصد إرجاع المال لصاحبه، ونسب هذا القول إلى الأكثر من فقهاء الإباضية فيقول: «ويقدم مال الناس على الميتة في الاضطرار عند الأكثر بنية الخلاص، وإن مات ولم يخلص ولم يوص ولم يشهد إذ لم يقدر على ذلك، وكان دائناً بالحق خلص الله عنه»[٢].

ويستنتج من عبارة القطب أنه رخص للمضطر أن يأكل من مال الغير ويترك الميتة، ولكن قيد ذلك بشرط أن ينوي رد المال لصاحبه وتعويض ما أخذ منه، ولا يخشى الموت بعد ذلك إن لم يتمكن من الوفاء بدينه، فالله يخلِّص عنه ما دام ينوي تخليص ذمته، سواء أشْهد عليه؟ أم أوصى به؟ أم لم يفعل ذلك؟ فالله شاهد عليه وكافيه.

ولذلك فلا حجة لمن يتهرب من تنجية نفسه من الهلاك بمال الغير ما دام الله قد تكفل له بذلك، ولعل هذا ـ كما أشرنا ـ أفضل وأنفع له لحماية نفسه من أضرار الميتة، والله يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ (البقرة: ١٩٥). فيختار أخف الضررين لدفع ضرر أعظم وهو الموت جوعاً، وإن نجا منه فلا يأمن الأضرار الناجمة من الميتة، وقد يتسامح معه صاحب المال فيتنازل له عن حقه فيحقق مصلحتين النجاة من الموت المحقق وبراءة ذمته من الدين.

ـ هل وضع العلماء حدّاً معيّناً يقف عنده المضطر بالجوع أو العطش، إذا اضطر إلى أخذ مال الغير؟

---

(١) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٧.

(٢) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٦٤.

الفقهاء على خلاف في هذه المسألة: فمنهم من اشترط ألا يأخذ إلا بقدر ما يسد به رمقه، وينقذ نفسه من الهلاك ويضمن، عملاً بالقاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» ومنهم من لم يضع قيداً ولا شرطاً، وسمح له أن يأخذ ما يشاء ويضمن مثله، وفي هذا يقول الخليلي سعيد: «فإذا سأل عن المضطر وما يجوز له أخذه من مال الغير لإحياء نفسه في غير ما يكون من سبب اليسر، ووسعوا له في الأخذ بغير قيد ولا شرط، لدفع ضرورته وإحياء نفسه من جوع أو عطش أو نحوه، وعليه قيمة مثله مع القدرة عليها في أكثر القول، ولا يمنعه الجواز عدم وجود القيمة معه، بل يكون دَيْناً عليه إلى ميسرته»[(١)].

جاء في «العقد الثمين» سؤال في هذه المسألة ونصه: «أرأيت إذا وجد هذا المضطر الميتة ومالاً للغير هل يلزمه أن يحيي نفسه من الميتة أم يجوز له أن يأكل من مال غيره؟».

فأجاب السالمي: «ذهب زياد بن الوضاح إلى أنه لا يجوز له أن يأكل من مال غيره مع وجود الميتة؛ لأن الله قد أباح الميتة عند الاضطرار، وحرم عليه مال الغير إلا عن رضى ولم يبح أكله عند الضرورة، كما أباح ذلك في الميتة والدم ولحم الخنزير فبقيت حرمة مال الغير على إطلاقها، وقد أبيحت الميتة للمضطر فلا يتجاوز ما أبيح له إلى ما حرم عليه، فإن أكل من مال الغير مع ذلك كان آثماً ضامناً، وقيل بل يجوز له أن يأكل من مال الغير؛ لأن إباحة الميتة ونحوها إنما هي عند عدم وجود الحلال الذي جعله الله نفعاً لعباده وصاحب المال أولى بماله ما لم يضطر غيره إليه، وقد جعل الله ﷻ في أموال المؤمنين حقّاً للسائل والمحروم؛ فالمضطر إلى مال الغير إنما أخذ حقه منه، وأيضاً فالميتة إنما هي حرام لعينه، ومال الغير حرام لغيره، «والمحرّم لغيره أخف حرمة من المحرم لعينه»، ثم اختلف هؤلاء فمنهم من أجاز له ذلك وألزمه الضمان لصاحبه؛ لأن صاحب المال أولى بماله، والضرورة إنما رفعت الإثم دون الضمان، ومنهم من

(١) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٩/ ٢٣٤.

لم يوجب عليه ذلك ورأى أن المضطر قد أخذ حقه من ذلك المال، ولا ضمان على من أخذ حق، وأيضاً فإن صاحب المال لو رأى هذا المضطر وجب عليه أن يطعمه من ماله، فعلمنا أن للمضطر في ذلك المال حقّاً...)»[١].

وخلاصة القول:

مما تقدم يمكن أن نستنتج من عبارة ابن بركة وغيره أن أكثر أهل العلم يجيزون أكل مال الغير للمضطر ولو وجد الميتة وأشباهها، بشرط القدرة على أكلها، ويكون مال الغير لمسلم، ويُلزم بضمان رده لصاحبه بعد زوال حالة الجوع المهلك، ولعل اشتراط السالمي أن يكون مال الغير للمسلم؛ لأن من واجب المسلمين أن يكفلوا فقراءهم ولا يتركونهم يموتون جوعاً، فهذا حق ضمنه الله لهم في مال الأغنياء، بل أجاز العلماء لمن تعرض للعطش الشديد وخاف على نفسه الهلاك أن يقاتل صاحب الماء إن منعه من الشرب، قال الثميني في هذا المعنى: «وجاز لمن عطش أن يأخذ الماء ممن كان عنده وإن بمقاتلة إن قاتله عليه، ولكن لا يقصد قتله، وإن كان قاتلا تواسياً فيه، وإن خاف منه قتلاً فلا ينازعه عليه وليتوكل على الله»؛[٢] لأن في قتل الغير بسبب الماء ضرر أعظم، فلا يجوز لأحد أن يفدي نفسه بغيره، بل يسلم أمره إلى الله؛ لأنه لا يجوز إزالة الضرر بضرر مثله.

الرأي الراجح:

يظهر أن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في مسألة الموازنة بين الميتة ومال الغير، وكل فريق استند إلى أدلة يستأنس بها في اختياره، ولذلك وجدنا السالمي لم يستطع الترجيح بين الآراء المختلفة، وكأنه ترك الاختيار للمضطر إن شاء أنقذ نفسه بالميتة ولا شيء عليه، وإن شاء أخذ مال الغير وضمنه

(١) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٢٥٧.
(٢) الثميني: العقد الثمين، ١/ ٢٦٦.

ولا إثـم عليـه، ولعـل هـذا القـول هـو الراجـح مـا دام فـي ماله حق للسـائل والمحـروم، وإضافـة إلـى أن الفائدة منه مرجـوة ولا ضرر فيه، خلافـاً للميتة، وأرى أنـه يجـب عليه ضمانه؛ لأن المال مملـوكاً لا يجوز أخذه بدون إذن من مالكه، ولو كان فيه حق له، إلا أنه مشاع غير محدد، فربما يتجاوز المضطر فيه حقه فيأخذ أكثر من حقه فيلحق الضرر بصاحب المال والله أعلم.

٤ ـ في فداء النفس بالمال عند الإكراه بالقتل:

أ ـ فداء النفس بالمال الخاص:

إذا أكره أحد على تخليص نفسه بمال كثير، سواء كان بماله أو بمال غيره، هل يجوز أن يضحي بماله في سبيل نجاته من وعيد المكرِه؟

ذهب أهل العلم إلى وجوب ذلك عند القدرة وإلا كان عاصياً؛ لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال عند التعارض فضرر القتل أعظم من ضرر إتلاف المـال بالمقابـل، «فيرتكب أخف الضررين لدفع ما هو أشـد»؛ لأن المال قابل للتعويض خلافاً للنفس[١].

يقـول ابـن بركة فـي هذا المعنـى في حوار شـيق: «فإن قـال: فخبِّرني عن مؤمـن أخـذه الجبار بمال كثير يطلبـه منه، وعلم أنه إن لم يدفع إليه هذا المال أن يقتله، أيجوز أن لا يدفع ذلك إليه، وهو يقدر عليه؟

قيل له: لا يجوز إلا أن يدفعه إليه إذا كان عنده أن يقتله إن لم يدفعه إليه، وعليه أن يفدي نفسه بالمال، وإلا كان عاصياً لربه؛ فإن قال: ولم قلتم ذلك؟

قيل له: إن الله أوجب عليه أن تكون نفسه أبرَّ عنده من ماله، وأن ينفق ماله فـي صـلاح نفسـه، فلا صلاح لنفسـه أكثـر ولا أولى مـن أن يفدي نفسـه من القتل... وإذا وجب فداء النفس بالمال كان بالقليل والكثير»[٢]، بل أوجب عليه

(١) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ٩/ ٢٣٤.

(٢) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٣ - ١٩٤.

أهـل العلـم أن يفـدي نفسـه بما يملـك «فإن كانـت نجاته من هـذا الجبار بجميـع ملكـه، هل له أن يدفعه إليه؟ قيل له: نعم عليه أن يحيي نفسـه بما يقدر عليه...»[١].

واحتـج ابـن بركة على وجوب فداء النفس بالمـال بما أجمع عليه الفقهاء في وجوب شـراء الماء للوضوء بالمال مع وجود البدل وهو التراب، وكذلك إذا خاف على نفسـه من الهلاك بسـبب العطش الشديد وجب عليه شراء الماء ولو بجميع ماله؛ لأن النفس أعز من المال.

قـال ابن بركة في هذا الشـأن: «ألا تـرى أن الفقهاء جميعاً أوجبوا عليه أن يشـتري المـاء بالثمـن الكثير مع وجـود البدل وهو الصعيـد، فإذا امتنع بالغلاء لم يكن عليه، وغلاؤه أن يدفع في ثمنه ما يخاف أن يضره إخراجه من ماله، فإحياء نفسه أولى، وكذلك لو وجده بملكه كله ليشرب من خاف علـى نفسـه الموت من العطـش، أن يشـتريه بجميع مالـه ولا يقتلها، وهو يقـدر علـى فداءها، وكان على صاحب المـاء أن يرد عليه فضل قيمة الماء في موضعه»[٢].

واشترط الإباضية أن تكون نجاته من الجبار محققة إذا دفع إليه ماله، أما لـو علـم أنـه يأخذ منـه المال ثم يقتلـه، كما يفعـل بعض قطاع الطـرق الذين يرهبـون النـاس، فلا يجوز إتلاف المال دون مقابل؛ لأن هذا ضرر «فلا يجوز إزالـة الضـرر بضرر مثله»، يقول ابن بركة في هـذا المعنى: «فإن قال: فإن كان عنده أن الجبار يأخذ منه الفداء ثم يقتله، هل له ألا يدفع إليه شـيئاً؟ قيل له: نعم؛ لأن هذا يتلف مالاً في غير نفع، وكل من أنفق ماله بغير نفع في عاجل ولا آجل فهو آثم»[٣]

(١) ابن بركة: المصدر نفسه، ١/ ١٩٤ - ١٩٥.
(٢) ابن بركة: نفسه، ١/ ١٩٤.
(٣) المصدر نفسه.

ب ـ فداء النفس بمال الغير:

وذهب جمهور الإباضية إلى جواز فداء النفس من الجبار بمال الغير ولو كان وديعة عنده ويضمنها، فإن قدر على الدفاع عنها وعن ماله فعل ذلك دون تعريض نفسه للهلاك[١]. ولا يسلمه للجبار إلا في حالة العجز، لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها.

قال ابن بركة في هذا الصدد: «فإن أخذه الجبار بمال ولم يكن عنده إلا وديعة لغيره، هل كان عليه أن يفدي نفسه بها؟

قيل له: نعم ويضمن، فإن قال فهل له ألا يسلمها حتى يقتل؟ قيل له: ليس له أن يقاتل عليها إذا كان عنده أنه لا يتخلص من القتل، ويؤخذ فلا يبقى ولا تبقى هي أيضاً، وإنما يجوز أن يقاتل عليها وعلى ماله، وإن كان بين الخوف والرجاء فأما إذا كان العدو عشرة وهو وحده، وليس في عادته عند القتال أن يغلب عند القتال اثنين منهم، كان محاربته إياهم قتلاً منه لنفسه»[٢].

ويقول الثميني مؤكداً لهذا المعنى: «ومن بيده مال غيره يَضرِب به (يتاجر) وقال له جبار إن لم تدفعه لي قتلتك، فلا يجد دفعه إليه»[٣].

ولم يشترط الإباضية على المكرَه أن يفدي نفسه بمال غيره إذا كان في حوزته كالأمانات، بل جوّزوا له أن يفديها ولو كان المال عند غيره، فينظر كيف يخلص نفسه به ويضمنه، وفي هذا المعنى يقول ابن بركة: «فإن قال: فإن طولب بمال ولم يجد إلا مال غيره يقصد إليه فيأخذ منه ويخلص به نفسه، قيل له: نعم وعليه الضمان، فإن قال: ولِمَ أبحتم له أخذ مال غيره ليحيي به نفسه

(١) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ٩/ ٢٣٤.
(٢) ابن بركة: المصدر السابق، ١/ ١٩٥ - ١٩٦.
(٣) الثميني: الورد البسام، ص ٢٠٠.

وقد قال النبي ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه**»[١]. قيل له: على صاحب هذا المال إذا علم بظلم الجبار وأنه يريد قتله، وقدر على تخليصه به كان عليه أن يخلصه من القتل بهذا المال»[٢].

وذكر سعيد الخليلي أن فقهاء الإباضية لم يكونوا محل اتفاق في هذه المسألة، فمنهم من أجاز للمكرَه فداء نفسه بمال غيره، وعليه غرمه لصاحبه، ومنهم من خيّره بين فداء نفسه من مال غيره مع ضمانه، وبين ترك الفداء والصبر على قهر الظالم، ومنهم من رخّص له أخذ مال غيره لتخليص نفسه من الجبار بشرط أن يأذن له بذلك ليحصل على موافقته؛ وذلك إعمالاً للقاعدة: «يختار أخف الضررين» و«إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».

ونقل الخليلي في «التمهيد» خلاف الفقهاء في المسألة مع تعليلاتهم فقال: «واختلفوا فيه إذا كان لدفع الظلم عن نفسه، فقيل بجواز الأخذ له من مال الغير لفداء نفسه وإن غلبه، وله أن يدفع الهلاك عن نفسه بأي وجه قدر عليه، وقد قدر الآن على دفعه بهذا المال، فعليه غرمه لربه مع القدرة.

وليس عليه في هذا الموضع على قول من أجازه نظر في سعة صاحب المال ولا في حاجته؛ لأنه موضع ضرورته و«للضرورة أحكام غير حكم الاختيار» ولا يكلف في هذا إلا الالتزام بالضمان إن قدر على أدائه يوماً، وإلا فنظرة إلى ميسرته.

وقيل: هو مخير إن شاء فدى نفسه بما قدر عليه من مال غيره والتزم ضمانه، وإن شاء صبر لما يكون فيه من أمر الجبار، فإنه ليس منه والله أولى بعذره.

---

(١) رواه الدارقطني، كتاب البيوع، باب...، رقم: ٢٥٢٣، والبيهقي، كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة...، رقم: ١٠٧٨٧، عن حذيفة عم أبي حرة الرقاشي.

(٢) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٦.

وقيل: ليس له أن يفدي نفسه بمال غيره على حال إلا برضى ربه، وقد صرّح الصبحي[١] بالجواز في مسألة الأمانة والشيخ أبو نبهان[٢] ـ رحمهما الله ـ بالاختلاف في أصل المسألة، وكذا في الآثار القديمة...»[٣].

ويلاحظ مما تقدم أن بعض الإباضية لم يسمحوا للمكرَه أن يضحي بنفسه في سبيل حفظ المال، بل أوجبوا عليه أن يفديها بماله، فإن لم يجد فبِمال غيره ولو بغير رضاه مع الالتزام بالضمان؛ لأن التضحية بالنفس أشد ضرر من الفداء بالمال، فـ «يختار أهون الشرين لدفع ما هو أعظم»، ومن القواعد المقررة في مقاصد الشريعة أن حفظ النفس مقدم على حفظ المال عند التعارض، ولا شك أن أصحاب هذا القول اعتبروا هذا المقصد، فرخصوا في التضحية بالمال لفداء النفس، وذهب بعضهم إلى ترك الخيار له إن شاء فضّل الفداء وإن شاء صبر وتَحّمل ضرر الجبار، أما ضمان مال الغير فقالوا حسب استطاعته، فلم يكلفوه فوق طاقته، ولم يلزموه تعجيله إذا كان في عسرة مراعاة لحاله.

وفي السياق نفسه قد يكرَه أحد على الأكل من أموال الناس، أو استعمالها، أو العمل بها، أو التصرف فيها بالبيع أو التأميم أو إتلافها، فهل يخضع المكرَه إلى تهديدات الجبار وينفذ أوامره؟ أم يرفض ذلك ويعرّض نفسه للهلاك؟

أجاز العلماء ذلك للمكرَه مع الالتزام بالضمان، أما إن أجبره على التصرف في مال غيره بما يعود عليه بالنفع والصلاح، فلا ضمان عليه إذا كان ذلك المال عند غاصب، وألزمه بالعمل فيه لإصلاحه وتنميته، كمن يغتصب أرضاً ويأتي بعمال لإصلاحها وزراعتها، ففي هذه الحالة لا يضمن شيئاً بل الغاصب هو الضامن للأرض وما أفسد فيها.

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) هو جاعد بن خميس بن مبارك الخروصي (ت: ١٢٣٧هـ) تقدمت ترجمته.

(٣) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ٩/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

يقـول القطـب أطفيـش في هذا الشـأن: «وللمقهـور علـى أكل مال، أو استعماله، أو عمل فيه، أو تصرف فيه، أو إفساد فيه، أن يفعل ويضمن، وإن قهـر الظالـم أحـداً أن يعطيه مـالاً أو طعاماً أو نِعالاً، أو غيـر ذلك في حال ذهابـه إلا ما لا يجـوز من سـلب أو قتـل، فلا بأس عليه فـي ما ظهر لي... لكن إن عمل فيه ما كان صلاحاً له، فلا ضمان عليه عندهم، وقد يبحث فيه باسـتثناء مـا إن تملكه غاصـب وقهره على صـلاح فيه، فـإن إصلاحه يزيد للغاصب نفعاً منه»[1].

ج ـ فداء الأسرى بالمال العام:

إذا أسـر العدو بعض المسلمين وطلب لإطلاق سراحهم فدية، فهل يجب على المسلمين بذل مالهم في سبيل تخليصهم من الأسر؟ أم ينوب عنهم حاكم المسلمين فيُفديهم من بيت مال المسلمين؟

ذهب الإباضية إلى وجوب فداء المسلمين من أعدائهم بأموالهم إذا قدروا على ذلك، بشرط ألا يترتب عليهم ضرر يضعف قوتهم ويزيد في قوة أعدائهم؛ لأنـه قـد اجتمعت هنا مفسـدتان وتعارضت، فإن ظهـر أن فداءهم لا يضعفهم فيجـوز ذلـك «ارتكاباً لأخف الضررين»؛ لأن نقص المـال مقابل إنقاذ الأنفس فيه مراعاة لمقاصد الشريعة، وإذا تبين لهم أن الفداء يؤدي إلى إضعاف قوتهم ـ وهذا ضرر كبيرـ فيجوز ذلك مقابل إنقاذ إخوانهم ـ وهذا أيضاً ضررـ ولكنه أقـل، ففي هذه الحالـة «يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشـد العام» كما تقرر عند الفقهاء.

وزيادة في التوضيح والبيان نورد عبارة ابن بركة في هذه المسألة بما نصه: «فإن قال: أرأيت إن كان بعض المسـلمين في يد عدو وقد أسـره، وطلب فداء عليه، كان على المسلمين تخليصه بشيء من مالهم؟

(١) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/١٦٣ - ١٦٤.

قيل له: على الإمام أن يخلصه من بيت المال، فإن لم يكن إماماً فعلى المسلمين تخليصه، إلا أن يكون المال الذي يطلبه إذا دفعوه إليه أضعفهم وقوِي العدو به على جميعهم، أو ضعفوا به عن عدوهم، فهو أشد ضرراً منه عليهم، فحينئذ لا يدفعون إليه شيئاً ولا يلزمهم؛ لأن قتل واحد أيسر على المسلمين من جميعهم أو ذهاب الحق من أيديهم»[١].

وعلَّل ابن بركة وجوب تخليص أسرى المسلمين من أعدائهم بالمال باعتبار أن هذه الوسيلة تعد أسهل من القتال؛ لأجل تحريرهم إذا كان ذلك في مقدورهم، ولأنه ضرر أخف من بقاء المسلمين في أيديهم أسرى لإذلالهم أو استئصالهم، وكذلك يجب عليهم إنفاق أموالهم لإصلاح غيرهم، وفي هذا المعنى يقول: «فإن قال: ولِمَ أوجبتم عليهم بتخليصه بالمال، قيل له: لأن عليهم أن يخلصوه بأنفسهم وأن يقاتلوا عنه ليخلصوه إذا رجوا ذلك، وكان الغالب على ظنهم أن يقدروا على تخليصه، فتخليصهم إياه بالمال أيسر، فإن قال: فلِم أوجبتم على المسلمين أن ينفقوا أموالهم في صلاح غيرهم؟ قيل لهم: على المسلمين أن يأمروا بالمعروف وينهوا عن المنكر إذا رجوا القدرة على ذلك بأنفسهم وسلاحهم ودوابهم، وهذا إجماع من الناس...»[٢].

وخالف سعيد الخليلي ابن بركة في رأيه فلم يلزم المسلمين فداء الأسير أو المضطر من القتل بل جعله في حدود طاقتهم، فلا يعرّض نفسه للحاجة لأجل تخليص أخيه من الأسر؛ لأنه «لا يجوز إزالة الضرر بمثله أو أشد منه»؛ والمسألة جرى فيها الخلاف بين الفقهاء، وقد حرره الخليلي فقال: «هذا وإذا سأل عن الذي يجب عليه للمضطر فداؤه من القتل بماله، فلهم فيها جواب آخر لشروط تذكر، وهو أن لا يدخل على نفسه الضرر بذهاب ماله، وإنما يدفع عنه في حالة ما يستغنى عنه من المال بعد قضاء دينه وتبعاته، وترك

(١) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٥.

(٢) ابن بركة: المصدر نفسه، ١/ ١٩٥ - ١٩٦.

ما يحتاج إليه لنفسه ولعياله وما يلزمه من شيء، فكأنه ليس عليه فداء إلا بما فضل في يده بعد أخذ حاجته منه أو نحو هذا من قولهم...»[١].

وفي موضع آخر يقول: «إن هذا مما يؤمر به فينبغي لمن قدره لخلاص أخيه المسلم ألا يذره ولكنه ليس مما يجتمع على وجوبه، لوجود الاختلاف فيه، فلينظر فيما جاز للمضطر أخذه في قول من قال لغير دفع ضرورته، وفيما كان على أهل الأموال على قول آخر فداؤهم إياه به من الهلكة المتوقع كونها من الجبابرة، فإن بينهما البون، وهذا يعلم أنهما أصلان في الحق لا يجتمعان...»[٢].

د ـ التضحية بالمال لإنقاذ النفس من الغرق:

لو صادف أن سافر الناس على متن سفينة فلما وصلوا عُرض البحر اضطرب وارتفعت أمواجه، وخاف الركاب من الغرق، فهل يجوز طرح بعض الأمتعة في البحر لتخفيف حمولة السفينة حتى تنجو من الهلاك؟ قال أهل العلم: لا مانع من ذلك بشرط ضمان مال الغير بعدد أفراد السفينة، وذلك إعمالاً لقاعدة: «ارتكاب أخف الضررين لدفع الضرر الأعظم»، وهو هلاك الجميع بالغرق، فيجوز التضحية ببعض المال حفاظاً على سلامة النفوس؛ لأن من مقاصد الشريعة حفظ النفس ويقدم على حفظ المال عند تعارضهما.

بحث فقهاء الإباضية هذه المسألة وبيَّنوا حكمها على ضوء قواعد الشريعة ومقاصدها، فذكر القطب أطفيش في هذا الصدد أنه «إذا قام البحر وخافوا الغرق فلهم طرح الأمتعة إن رجوا فيه النجاة، ولو لغائب أو يتيم أو مجنون، وإن طرحوا متاع بعض اشتركوا في ضمانه ولا يضمنون حصته، فإن كان النفع للمتاع فله قدره أو للأنفس فعلى الرؤوس، أوْ لهما فعليهما، ولزم الطرح من

(١) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ٩/ ٢٣٥.

(٢) الخليلي سعيد: المرجع نفسه.

أبَى، ولمن في المركب الطرح إذا تبين ذلك، ولصاحب المركب ولو وحده إذا تبين ذلك، ويمضي عليهم ذلك، وإن أمر بعضاً بطرح متاعهم فقط كان على الجميع إذا كانت المصلحة للكل، لا كما قيل: إنه على صاحب المتاع فقط، وإن لم يتبين أمارة الخوف فاشتَوَروا في الطرح، أو احتمل التأخير، فطرح بعض متاعه أو متاع غيره قبل الاتفاق على الطرح، ضمن المتاع المطروح إذا كان للساكت أو المانع، وإن ترك صاحب المركب أو غيره ماله أو مال غيره، وادعى أنه تنجيه من الغرق، ضمن إن لم يتبين أن البحر قام، وأشرف على الإغراق، وكذا من كان وحده في السفينة صاحبها أو غيره، وخاف الغرق بما فيها فله طرحه تنجية لنفسه، وطرح بعض تنجية لنفسه وللباقي، فإن أنكروا ولا بيان ضمن وإلا فلا، وكان المطروح مضموناً بينهم...»[(١)].

ونقل ابن بركة عن بعض فقهاء الإباضية غيرهم جواز إلقاء الأمتعة في البحر إذا هاج البحر في حالة الخوف من الغرق، والطمع في النجاة مع ضمان حق أصحابها، تطبيقاً للقاعدة: «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف»، يقول في هذا المعنى: «وقال بعض ـ فقهاء مخالفينا ـ ولعل ذلك قول الجميع منهم، ووافقهم على ذلك أبو معاوية عزان بن الصقر وغيرهم من الفقهاء من أهل عُمان في قوم ركبوا سفينة في البحر فخافوا الغرق والهلاك لشدة البحر، فإن لهم أن يلقوا ما فيها من حمولة الناس وأموالهم؛ ليخلصوا أنفسهم من الموت إذا رجوا ذلك بإلقاء أموال الناس في البحر، ويضمنوا القيمة، ويوجد في الأثر عن أبي معاوية أيضاً: وإن كان صاحب المتاع رمى بمتاعه من غير مواطأة كانت بينه وبينهم فسلِموا، كان له عليهم ضمان المتاع على عدد رؤوسهم، وأن الحاكم يحكم له عليهم بذلك»[(٢)].

(١) أطفيش: شامل الأصل الفرع، ١/ ١٦٢.

(٢) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٧ - ١٩٨.

ويؤكد الشماخي جواز إلقاء بعض أمتعة الركاب في السفينة؛ لتخفيف حمولتها، وأملاً في نجاتها، بشرط أن يتفق الجميع على ضمان المال الذي يلقونه في الماء، ويقول: «وإن خافوا عليها الغرق فأرادوا أن يخففوا منها شيئاً من أموالهم ويلقوه في البحر، فإنهم يتفقون كيف يؤدونه من صاحبه ثم يلقونه، وإن وجدوه بعد ذلك وقد رمى به البحر فهو بينهم على ما غرموه ثمنه لصاحبه الأول، وإن طرحوه منها وقد اتفقوا أنهم يغرمونه لصاحبه غير أنهم لم يقطعوا أمرهم على شيء فإنهم يغرمونه على قيمة أموالهم؛ لأنهم إنما فدوا بذلك أموالهم، وإن ألقى أحد منهم شيئاً من متاعه بغير مشورتهم فليس عليهم غرمه له؛ لأنه متطوّع إلا على جهة الاستحسان، وكذلك أيضاً إن ألقى أحد منهم شيئاً من متاع الناس بغير مشورتهم فهو ضامن له دونهم...»[(١)].

واستدل الثميني على جواز التخلّص ببعض المال لإنقاذ السفينة من الغرق رجاء سلامة ركابها، أنه لو سافر تاجر على سفينة وحمل مال غيره ليتاجر فيه، وتعرضت السفينة للغرق، فيجوز له أن يلقي بذلك المال لإنقاذ نفسه وغيره، ويضمنه مع غيره الذين نجوا بسببه؛ لأنه «يجوز إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف» وفي هذا المعنى يقول: «وإن سافر بذلك المال في السفينة، فجاء ما يخاف منه الهلاك، جاز له أن يطرح ذلك المال رجاء للسلامة، فالأول طلب سلامة نفسه[(٢)]، والثاني سلامة غيره.

ونوقش فيه فأجيب بأن البحر جاء أمره من قِبَلِ الله عز وعلا، فإذا ثبت خوف من قبل ذلك نحو غرق وحرق أو نحوهما، فترك تارك ما يقدر عليه من استنقاذ الأنفس من الهلاك ضمن، فإذا خاف الهلاك على الأنفس في السفينة بسبب ذلك المال وطرحه طمعاً في السلامة، جاز استبقاء الأنفس بالمال بالتزام

(١) الشماخي: الإيضاح، ٦/ ٣٠٧-٣٠٨.

(٢) يشير إلى ما تقدم قبل هذا النص فيمن بيده مال لغيره يضارب به ويستثمره، وقال له جبار إن لم تدفعه لي قتلتك فلا يجد دفعه إليه، ينظر: الثميني، الورد البسام، ص ٢٠٠.

ضمانه عند البعض، وقيل ما طرحه يلزم من تصرف عند المضرة من الرؤوس على قدرها أو من الأموال كذلك»[١].

ويظهر من خلال فهمنا لأقوال العلماء أن الضرر إذا شمل الجميع يتحمل إزالته الجميع، فإذا ناب عنهم البعض يوزع الضمان عليهم ولو لم يكن لهم أموال؛ لأن سلامتهم كانت بطرح أموال الغير، فضرر الغرق سيلحق الجميع، ولذلك وجب عليهم إزالته بضرر أقل، وهو طرح بعض الأمتعة في البحر لتخفيف حمولة السفينة طمعاً في نجاتها.

٥ ـ في باب النكاح:

أ ـ العلاقة المشبوهة بين الرجل والمرأة:

إذا تكونت علاقة مشبوهة بين رجل وامرأة ولم تصل حد الزنا فالمسألة في نظر الفقهاء محل خلاف، فجمهور الإباضية يحرم الزواج بينهما؛ لأن مقدمات الزنا كاللمس والتقبيل محرمة تؤدي إلى مفاسد[٢]، ولكن لو نظرنا

(١) الثميني: المصدر نفسه.

(٢) نقل الجناوني في «كتاب النكاح» هذه المسألة وأشار إلى اختلاف الإباضية في أثر مقدمات الزنى على عقد النكاح، واختار القول بعدم التحريم ارتكاباً لأخف الضررين ودفعاً لمفسدة أعظم ما دام لم يقع الدخول الحقيقي، يقول في هذا الصدد: «وإذا نظر الرجل إلى امرأة حتى رأى منها ما بطن من فرجها، فلا يجوز له نكاحها ولا ما ولدها، ولا نكاح ما ولدت، تعمّد أو لم يتعمد، ومنهم من يرخص إذا لم يتعمد... وإذا نظرت المرأة إلى عورة الرجل حتى رأت فرجه فلا يجوز لها نكاحه هو ولا نكاح ما ولد، ولا نكاح ما ولده، ومنهم من يرخص إلا أن يكون الرجل في ذلك مثل المرأة». (ص ٣٥ - ٣٦). ويضيف في السياق نفسه: «وكذلك إن مس بيده ما بطن من فرجها، فلا يجوز له نكاحها هي ولا نكاح نسلها، وأما غير الفرج إن مسه بيده فلا يستحب له تزوجها، وإن فعل فلا أقول بالتحريم. وكذلك إن مست المرأة فرج الرجل بيدها، فلا يجوز لها تزوجه، وإن مست غير الفرج من جسده، فلا يحرم عليها بذلك نكاحه، وكذلك إن قبّلها فلا يتزوجها، فإن فعل فلا يحكم عليه بالتحريم، وكذلك العضّة والقرصة فلا يستحب له تزويجها، فإن فعل فليس بحرام...» (ص ٣٧ - ٣٨). =

إلى المسألة نظرة مقصدية حفاظاً على العرض وصوناً للنسب، نختار رأي من يقول: لو انتهت هذه العلاقة بالزواج يكون أحسن وأنسب؛ وذلك خوفاً من مفسدة أعظم؛ لأنه إذا أصرّا على الزواج ومُنعا عنه، فقد يرتكبون ضرراً أشد ـ وهو الزنا ـ إعمالاً للقاعدة الفقهية «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، ولذلك يرى بعض الفقهاء أنه يباح لهما الزواج لإحصان أنفسهما ـ وهو ضرر أخف ـ لدفع ضرر أعظم ـ وهو الزنا ـ .

بينما استند المانعون لهذا الزواج بقاعدة فقهية أخرى لعلها أقوى سنداً من غيرها، وهي: «من تعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه»، وحتى تتضح معالم هذه المسألة أكثر ننقل من فتاوى البكري سؤالاً مفاده: «أنّ شابّاً وشابة تعارفا فوقع بينهما لمس وتقبيل ومص اللسان وغمز الثديين ثم تواعدا على الزواج، فهل يصح هذا الزواج شرعاً؟».

فكان جوابه: «أن الذي جرى عليه أصحابنا (الإباضية) ـ رحمهم الله ـ ومنهم «صاحب النيل» أن من قبّل امرأة أو لمسها، أو عضها عن شهوة ألا يتزوجها استحساناً، فما بالك بمن أضاف إلى ذلك مص اللسان وغمز الثديين، فقد أبعد عن الشرع وأوشك أن يرتع في الحمى، وعليه فمن النزاهة والاحتياط ألا يتزوجها، لكنه نظراً لفساد المجتمع، وتطور الحِيل، وخشية أن يكون هذا التعارف قد ترك في نفوسهما تعلقاً ببعضهما، ربما أدى بهما إذا تمكنا إلى الزنا لا سيما إذا تزوجت بغيره، فالأفضل عندي ـ والله أعلم ـ أن يتوبا ويستغفرا مما صدر منهما ويتزوجا طالما لم يبلغ الأمر بينهما حد الزنا»[(١)].

= قال المحقق علي يحيى معمر معقباً عليه: «مقدمات الفاحشة فاحشة، فالقُبلة والعضة والغمزة وما أشبهها كلها كبائر لا تجوز مع الأجنبية، فإن وقعت فهي في نفسها حرام، تجب التوبة منها، ولكنها لا تترتب عليها أحكام في تحريم النكاح على المختار الذي اختاره المؤلف...» (ينظر: هامش كتاب النكاح للجناوني، ص٣٨).

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٢٨٢.

ـ **وفي صورة أخرى**: لو وقعت مع امرأة مقدمات الزنا ولم يصل الفعل إلى ما يوجب حد الزنا، فقد أفتى الشيخ أحمد الخليلي بعدم الحرمة وإمكان التزوج بها، وهذا من باب «يختار أهون الشرين» و«أخف الضررين» وهذا خير مِن أن يحكم عليهما بالحرمة الأبدية فتسوّل لهما نفسهما فعلة الزنا فيقعون في الضرر الأعظم.

وسئل الخليلي أيضاً: «ما قولكم في رجل أراد أن يتزوج امرأة كان قد قبّلها ورأى عورتها ولامس ذكره فرجها جهلاً منهما بحكم ذلك لصغر سنهما، ثم تابا فهل يجوز زواجه بها؟».

فأجاب: «إن كان لم يولج الحشفة في فرجها وإنما هو مجرد مس، فلا تحرم عليه، ولا حرج عليهما أن يتزوجها والله أعلم»[١].

ـ **وفي صورة مشابهة** سألت فتاة الشيخ الخليلي فقالت: «أنا فتاة مخطوبة وأخرج مع خطيبي فأغوانا الشيطان فوقعنا في الرذيلة، ولكن كلها أشياء خارجية ولم يباشرني مباشرة الأزواج، نريد أن نتوب إلى الله ونتزوج».

فرد عليها الشيخ بأن النبي ﷺ يقول: «**ما خلا رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما**»[٢]، ودعاهما إلى التوبة النصوح وقال: «فتوبا إلى الله يغفر الله خطيئتكما ولا مانع من زواجكما إن كان ما دار بينكما لم يصل إلى حد المواقعة»[٣].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن عادة خروج الخطيبين معاً منفردين وفدت إلينا من البلاد الغربية التي لا تدين بالإسلام، وذلك عن طريق الأفلام والمسلسلات، ـ نسأل الله العافية ـ وإزاء هذا الوضع ندرك حكمة

---

(١) الخليلي أحمد: فتاوى النكاح، ص ١٥٥.

(٢) رواه أحمد، مسند العشرة المبشَّرين، مسند عمر بن الخطاب، رقم: ١١٤، والبيهقي في الكبرى، كتاب النكاح، باب لا يخلو رجل بامرأة أجنبية، رقم: ١٣٢٩٩، عن عمر. قال المناوي: «قال الترمذي حسن صحيح». فيض القدير، ٣/ ٧٨.

(٣) الخليلي أحمد: المرجع نفسه، ٦١٥.

الشارع الحكيم في تحريم خلوة الرجل بامرأة أجنبية ولو كانت خطيبته، وكان لذلك أثره الايجابي في التقليل من شيوع الفاحشة في المجتمع، ولعل التزام بعض المجتمعات المعاصرة[1] بهذا التشريع القويم قلَّل من ظاهرة الزنا ـ والحمد لله ـ نسأل الله أن يصلح مجتمعاتنا ويعصمها من الوقوع في الحرام.

مجمل القول:

فالبكري رَحِمَهُ اللَّهُ والخليلي ـ حفظه الله ـ نظرا إلى الموضوع نظرة مقاصدية وهي ما دام الشابان لم يصلا إلى حدود الزنا فيمكن إصلاح هذه العلاقة، وتصحيحها بالزواج مناسب، ويكون سبباً في منعهم من الزنا إن أغلق الباب أمامهما، فما داما قد تابا فالتائب من الذنب كمن لا ذنب له، ولم تترتب عن العلاقة الأولى ما يتعذر إصلاحه من أبناء الزنا ـ لا قدَّر الله ـ فلذلك رجح العمل بالرأي الثاني ما دام تحريم الزواج لم يرد فيه نص صريح من الشارع، وإنما هو من اجتهاد الفقهاء من باب سد الذرائع من الوصول إلى الفساد، ولا شك أنه هو القول الأعدل لعلاج مثل هذه الحالات، حفظاً للأعراض والأنساب.

ب ـ الآثار المترتبة على العلاقة غير الشرعية:

إذا قامت علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة ونتج عنها نسل من زنا فلا يجوز لهما أن يقيما علاقة شرعية بالزواج بعد ذلك؛ لأنه لا نكاح بعد سفاح عند الإباضية؛ ولأنه يحرم على الرجل الزواج بمزنيته حرمة مؤبدة، والأولاد يلحقون بنسب أمهم دون أبيهم، هذا في حكم الظاهر، ولكن لو حدث أن تزوجا بعد سفاحهما وأنجبا بعد ذلك أولاداً، فما حكم هذه العلاقة؟ هل يحكم عليها بالبطلان وينفصلان عن بعضهما؟ وما حكم نسب الأولاد؟ هل يلحقون بأبيهم أو أمهم؟

---

(١) ومن هذه المجتمعات المحافظة على تعاليم الشرع الحنيف المجتمع الميزابي الذي يقطن في جنوب الجزائر، فقد منع مثل هذه السلوكيات وحذر منها، درءً للمفاسد، وحفاظاً على سلامة المجتمع.

وردت على الشيخ بكلي مسألة تشبه هذه الصورة فأفتى بصحة ذلك الزواج خلافاً للإباضية، وأثبت نسب الأولاد بأبيهم؛ لأنه يثبت عند الفقهاء النسب بالنكاح الفاسد للشبهة، ويتضح أن هذه الفتوى تستند إلى قاعدة: «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف» أو «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، فالحكم باستمرار العلاقة الزوجية بعد السفاح ضرر أخف من الحكم ببطلانها، وهدم كل ما يقوم عليها مثل إبطال نسب الأولاد هو ضرر أشد.

ومما جاءه في السؤال: «اتصلت امرأة برجل ودام هذا الاتصال مدة، وأتت منه بولدين، ثم أتمّ عقد الزواج وزادت منه ولدين آخريْن، تريد المرأة أن تتوب إلى ربها وتكفِّر عن ذنبها، فما رأي الدين في المسألة؟».

أجاب البكري: «فبالنسبة لحق الله يجب عليها التوبة والاستغفار مما اقترفته في حقه حتى يتوب عليها، وبالنسبة لحق العباد قد ترتب فوق ذلك على جريمتها أن جنت على الولدين الأولين اللذين أصبحا في نظر الإسلام أولاد زنى، ينسبان إليها ترثهما ويرثانها، فقد أفقدتهما نعمة النسب وأصبحا كالغثاء يعيشان على شاطئ الحياة كاسفي البال يتواريان من سوء ما لحق بهما من عار الزنا، وعليه فلا بد لها من التكفير بالإحسان إليهما كفاء ما ألحقت بهما من ضرر، أما الولدان الأخيران وإن ترتب وجودهما على نكاح فاسد على ما ذهب إليه علماء الإباضية وهو الحق فإن نسبهما ثابت؛ لأن النسب يثبت ولو من نكاح فاسد إذا لم يكن هناك زنا محض.

أما إتمامهما عقد النكاح بعد سفاح فإن هذا النكاح أيضاً يعتبر فاسداً في نظر المذهب الإباضي يستوجب التفريق بينهما، لكن تفادياً من هدم بناء أسرة يتحتم علينا أن نحمله على ما ذهب إليه بعض المذاهب الإسلامية من الجواز...»[1]

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣٠٤ - ٣٠٥.

وخلاصة القول:

يظهر من جواب البكري رَحِمَهُ اللَّهُ أن فتواه فيها مراعاة للمصالح المتمثلة في مصلحة الأسرة القائمة، ومصلحة الأولاد وما يلحقهم من أضرار من فعلة والديهما، فرجح كل ذلك حفظاً للنسل، وهذا الرأي ينسجم مع مقاصد الشريعة العامة، ولو تقيد برأي جمهور الإباضية لحكم ببطلان الزواج الذي سبقه سفاح، فتنهدم أركان الأسرة، ويتشتت الأولاد، ولا شك أن رأيه هذا ينمّ عن سعة علمه وتفتحه على غيره من الآراء المخالفة لمذهبه.

ج ـ حكم النظر إلى الأجنبية:

حرم الإسلام النظر إلى المرأة الأجنبية باشتهاء دفعاً لذريعة الفساد وحفظاً للحرمات؛ لأن في إباحته ضرر للمجتمع يؤدي إلى الوقوع في الحرام، ولكنه شرع النظر إلى المخطوبة استثناء لما قد يفضي إلى فساد أعظم ـ وهو الفرقة بين الأزواج المترتبة عن عدم النظر، فقال النبي ﷺ للمغيرة حين همّ بالزواج: «**أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**»[(١)] فبيَّن الرسول ﷺ في هذا الحديث الباعث من النظر في تلك الحالة، وهو ما يترتب عليه من محبة الزوجين ووفاق وألفة، وهو مقصد الشارع من وراء الزواج، فمنعُ النظر إلى المخطوبة يترتب عليه ضرر أشد من إباحته، ففي هذه الحالة يُعمل بالقاعدة الفقهية «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، فإباحة النظر إليها مع ما يترتب عليه من ضرر أخف، حيث لا تسمح بعض المجتمعات بذلك، وقد يستغل بعض الشباب هذه الرخصة فيطلب النظر ولا يتقدم للزواج، فيخدش كرامة المرأة، ولكن في إباحة النظر إليها لقصد الزواج أقل مفسدة لأجل مصلحة أعظم، ودفعاً لمفسدة أشد[(٢)].

---

(١) رواه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، رقم: ١٠٤٣، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، رقم: ١٨٦٢، عن المغيرة بن شعبة.

(٢) بابكر عبدالرحمٰن بن صالح: دراسات تطبيقية حول فلسفة المقاصد في الشريعة الإسلامية، تقنية الطباعة المحدودة، ط ١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م، ص ١٦.

د ـ إكراه المرأة على الزواج بغير رضاها:

شرع الإسلام الزواج وجعل من أركانه الرضا، فلا يجوز إكراه أحد الزوجين على الزواج بغير رضاه، ولكن قد يتعسف بعض الأولياء فيزوجون بناتهم دون رضاهن أو إذنهن، وذلك خوفاً من بوارهن أو وقوعهن في الفاحشة، قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ (النساء: ٢٥).

واشترط الفقهاء الكفاءة بين الزوجين لضمان الوئام ودوام العشرة بين الزوجين، وقد يتجاوز بعض الأولياء حدود ولايتهم على النساء فيزوجوهن بغير الكفء، ولا شك أن هذا ظلم وإلغاء لحق اختيارهن، وينعكس سلباً على حياتهن الزوجية، فيجب على الولي أن يراعي لها الأصلح حفاظاً على كرامتها وشرفها، ورغم ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تزويج المرأة بغير الكفء عند الضرورة إذا خيف منها الزنا؛ وذلك «ارتكابا لأخف الضررين» فضرر الزنا أشد من ضرر الزواج بغير الكفء، وقد يتغير موقفها من الزوج بعد معاشرته فينزل الله بينهما المودة والرحمة ويقع الانسجام ويزول المحذور.

وفي هذا المعنى يقول القطب أطفيش: «ولا يزوج وليّته من غير كفئها، وإن زوجها بغير كفئها قهراً فرضيته زوجاً على كره، أو زوّجها به غير عالمة بأنه غير كفء لعدم معرفتها حاله أو لكونها غير عالمة بالأمور، كبلهاء وصبية ومجنونة، أو نحو ذلك، فيطلب منها أن ترضى عنه ويرضيها بما ترضى به؛ لأنه ظالم لها، إن خاف منها زنا أو خافت زوجها بمن وُجد من أهل التوحيد؛ لأن الضرورة تدفع بضرورة أهون منها والتحرز عن الزنا أهون»[(١)].

ـ **وفي موضع آخر** يشير القطب إلى الذين يحرم على الوليّ أن يزوّجهم موليته؛ لأنهم ليسوا كفؤاً لها فيقول: «ولا لمن لا يصونها، مثل أن يدخل بها

(١) القطب أطفيش: شرح كتاب النيل، ٦/ ١١٥.

الأسواق، أو يُدخِل إليها الناس، أو يرضى بدخولهم، أو يرسلها إلى ما لا يحسن، وهلك هو والشهود والمرأة؛ لأن أمر النكاح إليها...»[١]

ويضيف: «... والعاقد بالجَبّار إن منعها حقها، وبصاحب الحرام إن أطعمها إياه، وبالقاتل عمداً بحيث يتكافأ دمه ودم المقتول فيستحق القتل؛ لأنه لا يُقَر ولا يُؤوَى حتى يعطي الدية، أو يعفَى عنه، أو يقتل، قال أبو العباس أحمد بن محمد: إن زُوّجت للجبار ضرورة فقد رخص في ذلك، وإن طلبها الجبار وإلا زنى بها أو قتلها، فتزوجت، فإن رضيته زوجاً على كره فلها المهر والإرث، وإلا فلها الصداق ولا توارث، وحرم كل على الآخر...»[٢]

٦ ـ في الرشوة:

اتفق العلماء على أن تعاطي الرشوة في الحكم حرام على الآخذ بلا خلاف، لقوله تعالى: ﴿أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾ (المائدة: ٤٢)، فقد فسره الحسن وسعيد بن جبير وابن سيرين، فقالوا: إنه الرشوة، وقالوا: إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به الكفر، ولقوله ﷺ: «**لعن الله الراشي والمرتشي**»[٣].

قال البكري «فالرشوة هو ما يعطى لحاكم تذرّعاً لإبطال حق أو إحقاق باطل، وهي محرمة على المعطي والآخذ معاً ملعونان على لسان الشارع، بل وحتى على الرائش الذي يمشي بينهما»[٤]، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ١٨٨).

---

(١) أطفيش: المصدر نفسه، ٦/١١٦.

(٢) القطب أطفيش: شرح كتاب النيل، ٦/١١٦ ـ ١١٧.

(٣) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، تقدم تخريجه.

(٤) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوي البكري، ١/٢٢٣، ٢٣٨.

وقال ﷺ: «**لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما**»[١].

أما إذا أعطى المعطي ليتوصل به إلى حق ضاع له، أو يدفع عن نفسه ظلماً، فلا بأس بذلك عند جابر بن زيد وغيره، وقال بذلك عطاء والحسن[٢].

وقال البكري في بيان الفرق بين الرشوة والمداراة «والمداراة وإن كانت من قبيل الرشوة لكنها غير محظورة على معطيها، وهي محرمة على آخذها؛ لأن المعطي يصانع بها الجبار دفعاً لظلمه عن النفس أو العرض أو المال، قال ﷺ: «**قوا بأموالكم عن أعراضكم، وليصانع أحدكم بلسانه عن دينه**»[٣]. وروي عن جابر بن زيد والشعبي قالا: لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم، قال الحسن: لعن الله الراشي والمرتشي ليبطل حقّاً أو يحق باطلاً، أما أن تدفع عن مالك فلا بأس بك»[٤].

وقال صاحب النيل: «ولا تحل المداراة لأحدهما لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**شرّ الناس من يكرم مخافة شره**»[٥]، وجاز للمسلمين أن يداروا على أنفسهم ومالهم وحرمهم بأموالهم، قال شارحه: أن يداروا من خافوا منه الظلم ولم يقدروا عليه مشركاً أو مخالفاً أو موافقاً»[٦]. وروي عن جابر بن زيد أنه قال: «ما رأينا في زمن رياء أنفع لنا من الرَّشا». ورد هذا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) البغوي: شرح الستة، ١٠/ ٨٨. ـ ابن قدامة المقدسي، المغني، ١١/ ٤٣٧.

(٣) أورده أبو نعيم، أخبار أصفهان، باب العين، من اسمه محمد، رقم: ٢٤٦٦، الشطر الأول منه، بلفظ: «ذبوا...». عن عائشة.

(٤) عبدالرحمٰن بكلي، فتاوى البكري، ١/ ٢٣٨.

(٥) رواه الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في علامة حلول المسخ والخسف، رقم: ٢١٨٧، والطبراني (الأوسط)، من اسمه أحمد، رقم: ٤٧١، في حديث طويل مع زيادة، وأوله قوله: «إذا فعلت أمتي خمس عشرة خصلة حل بها البلاء...». عن علي.

(٦) الثميني: النيل وشفاء العليل، وشرحه أمحمد أطفيش، ينظر: النص في محله نقله البكري في الفتاوى، ١/ ص ٢٣٩.

المعنى في كتاب شرح بلوغ المرام، ورد عليه الشوكاني[١] بقوله أن هذا كلام في غاية السقوط[٢].

والحاصل أنه يتضح مما سبق أن جمهور العلماء يدين بحرمة الرشوة عموماً للنصوص الصحيحة الثابتة[٣]، وخالفهم الإمام جابر بن زيد في بعض الحالات، فقد رخص فيها إذا كان لدفع ضرر أشد، كالاستعانة بها لتخليص حق ضائع، أو لدفع ضرر عنه، كما يحدث في زمن الجبابرة يوم تعطل أحكام الله، والظاهر أن جابر بن زيد ربما قد استند في فتواه إلى القاعدة الفقهية «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»، فالمفسدة الكبيرة هي ضياع الحقوق، وانتشار الظلم في المجتمع، والضرر الأخف هو تقديم بعض المال إلى الظالم أو الجبار، أو من يتعامل معه لتخليص حق المظلوم ودفع الضرر عنه، كمن غصب أرض ظالم، وزوّر العقود ليثبت تلك الأراضي لنفسه، فإذا استطاع صاحب الأرض أن يقدم للعدالة ما يجعله يبطل هذه العقود ليحرر أرضه من الغصب، فلا أظن أنه وقع في محظور؛ لأنه لم يقصد بذلك إلحاق الضرر بالمغتصب، وإنما يريد الوصول إلى حقه، ولذلك قال بعض العلماء في هذه الحالة: المداراة حرام على الآخذ حلالاً على المعطي[٤].

---

(١) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني (١١٧٣ - ١٢٥٠هـ = ١٧٦٠ - ١٨٣٤م): فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بهجرة شوكان (من بلاد خولان، باليمن) ونشأ بصنعاء. وولي قضاءها سنة ١٢٢٩ ومات حاكماً بها. وكان يرى تحريم التقليد. صنّف ١١٤ مؤلفاً، منها: «نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ـ ط» ثماني مجلدات، و«البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ـ ط» مجلدان، و«الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ـ ط» و«الدرر البهية في المسائل ـ الفقهية ـ خ» و«فتح القدير ـ ط» في التفسير، خمسة مجلدات، و«إرشاد الفحول ـ ط» في أصول الفقه، و«السيل الجرار ـ ط» جزآن، في نقد كتاب الأزهار، وغيرها. الزركلي، الأعلام، ٦/ ٢٩٨.

(٢) الشوكاني: نيل الأوطار، ٨/ ٢٧٩. ـ يحيى بكوش، فقه جابر بن زيد، ص ٥٢٤.

(٣) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، الكتاب الثالث، ص ١٢٣.

(٤) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٢٣٨.

٧ ـ في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

أوجب الفقهاء الأمر بالمعروف على القادر عليه لدفع الضرر عن نفسه أو ماله أو عن غيره، ولكن اشترطوا أن يراعي في التغيير الوسيلة المناسبة، فلا يجوز له التجاوز في ذلك وذلك إعمالاً للقاعدة المعروفة: «يختار أهوَن الشرين أو أخف الضررين» فإن أمكنه دفع المنكر باللسان فلا يستعمل الضرب، وإذا توقف الضرر بالضرب فلا يلجأ إلى استعمال السلاح وهكذا، وقد ذكر الفقهاء شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ووضعوا ضوابط خاصة حتى لا يتجاوز حدوده.

جاء في «تمهيد قواعد الإيمان» بيان لهذه الشروط «ومنها: القدرة، فهي الشرط الأعظم لانحطاطه عن العاجز عنه بمرض أو عذر من تقية على نفس أو مال، فالنفس كأن يكون في محل الخطر على نفسه أو ولده أو فرسه، خوفاً من قتل أو جرح أو ضرب أو أسْر، أو تنقيص به في عرض أو دين، بحيث يحذره على نفسه أو الملتبس به من ولد أو قريب أو جار أو صاحب، إذا خاف تولد الشر عليه من قبله، حيث لا يقوى على دفعه ولا يقدر على إنقاذهم بمنعه، ولا على مقاومة أهل المنكر بكسر شوكتهم وإخماد نارهم وقطع أيديهم وألسنتهم، فإن قدر على تغيير المنكر ومقاومة أهله، ومنع نفسه وماله وعلائقه، وجب الأمر والنهي.

وإن قدر على تغيير المنكر وعجز عن منع نفسه أو ماله أو الملتبس به، لم يجب عليه، ولكن يجوز له، فيكون وسيلة ينال بها الثواب على الأمر والنهي، وعلى الرضى والصبر، والتفويض والتوكّل، ولا يمنع منه لمخافة الضرر بدلالة الأمر على الصبر في قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱنْهَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَٱصْبِرْ عَلَىٰ مَآ أَصَابَكَ﴾ (لقمان: ١٧)[1]».

(١) الخليلي سعيد: تمهيد قواعد الإيمان، ٧/ ٤٩ - ٥٠، نقل النص من كتاب السيف الحاد، وقد حققه الربخي وما زال مخطوطاً.

ويستفاد من نص الخليلي أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يجب على القادر عليه، بشرط ألا يلحق ضرراً بنفسه أو بغيره؛ لأن تركه أخف ضرر من ممارسته دون قدرة؛ لأنه يترتب على ذلك ضرر أشد، «فيرتكب في هذه الحالة الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد».

وإذا قدر على أداء الحسبة وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وتمكن من تغيير المنكر، فإنه يراعي إزالة المنكر بأخف الأضرار حتى لا يقع في ضرر أشد.

يقول سعيد الخليلي في هذا الشأن: «الدفع عن المعصية بما قدر عليه من دفع أو دفر أو ضرب باليد أو السوط أو الحجر أو السهم أو الرمح أو السيف إن لم ينته إلا بذلك، فإن تلفت نفسه في ذلك الدفع فدمه هدر، لا قود له ولا دية ولا كفارة، بل في ذلك الأجر والفضل، فإنه نوع من الجهاد، مأذون به في محله لكل قادر عليه، وعلى مثل هذه الحالة...»[(١)].

وينبّه المحقق الخليلي على ضرورة مراعاة الشروط السابقة لدفع الضرر الأشد بالأخف لتقليل المفاسد فيقول: «... ولا تغفل عن مراعاة الشروط السابقة في تقديم الأخف على الترتيب، فمن كفاه الدفع لم يضرب، ومن كفاه الضرب باليد أو العصا لمن يقذف الحجارة، ومن ردعه الحجر لم يتعمد بالسلاح القاتل، وعلى كل حالة فلا يقصد بذلك قتله ولا إضراره، ولكن ردعه عن انتهاك محارم الله سبحانه، ولذلك فإن أمكن ضربه في غير مقتل وكان في ذلك دفعه، فإن لم يرتدع بغير القتل فضرب عنقه؛ لأن دم الباغي طهارة للأرض بشهادة الرسول ﷺ، فهذا الحد الجائز...»[(٢)].

ولا ريب أنّ ما أرشد إليه الخليلي وغيره في تغيير المنكر بأخف الوسائل أساسه مراعاة مقاصد الشريعة في حفظ النفس، وليس الهدف من ذلك إلا

(١) الخليلي سعيد: المصدر نفسه، ٧/ ٥٧.

(٢) لم نقف على تخريجه. ينظر: الخليلي: المرجع نفسه.

إصلاح الفرد والمجتمع، وزجر المعتدين، لقطع شأفة الفساد، ولذلك إذا تحققت المصلحة، ودرئت المفسدة، ورجع المفسد عن الظلم والبغي فلا حاجة في إيذائه وملاحقته، وليس كما تفعل في عصرنا قوات قمع الشغب من استعمال مفرط للقوة ضد المتظاهرين، ولو كانت المظاهرة سِلمية، فيؤدي ذلك إلى التصادم، وحدوث أضرار أشد في الأنفس والأموال، ولو سلكوا مسلك الإسلام في دفع الضرر بأخف الوسائل لقضوا على الشغب بأقل الخسائر.

٨ ـ قضايا معاصرة متنوعة:

أ ـ حكم شق بطن الميت:

إذا كان في بطن امرأة ميتة ولد ترجى حياته، فقد أجاز بعض الإباضية وغيرهم شق بطنها لإخراجه، ولا ريب أن هذا العمل ضرر واعتداء على حُرمة الميت، ولكن لو تُرك هذا الولد في بطنها لنتج عنه ضرر أعظم، «فيرتكب الضرر الأخف ـ وهو شق بطن الميتة ـ لدفع الضرر الأعظم» لإنقاذ حياته، ويكون ذلك بإخبار طبيب عدل أمين، أو بأمارات دالة على ذلك[١]، وقد أفتى بذلك أبو حنيفة وعاش الولد[٢].

يقول القطب أطفيش في هذا الشأن: «وإن ماتت (المرأة) وكان يتحرك فكذلك، ولهم شق بطنها لإخراجه إن لم يجدوا إلا ذلك، ويتيقنوا موتها وحياته؛ لأن الميت ولو كان كالحي في منع ضربه وجرحه وخدشه ولزوم الضمان، لكن «يرتكب أخف الضررين» وهو الشق؛ لأن الميت لا يتألم بما فعل في بدنه، هذا ما أقول، ثم رأيت الثوري قائلاً به، ومنعه أبو سعيد [الكدمي] من أصحابنا المشارقة، وكرهه أحمد، وحرمه إسحاق كأبي سعيد...»[٣].

(١) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٣٢.
(٢) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص٨٨ ـ عبد العزيز محمد عزام، قواعد الفقه الإسلامي، ص١٩٧.
(٣) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٣٢ - ١٣٣.

ب ـ حكم مداواة الرجل للمرأة والعكس عند الضرورة:

ذهب أهل العلم إلى جواز مداواة الرجل للمرأة، ومداواة المرأة للرجل عند الضرورة إذا لم يجد أحدهما إلا ذلك، «فيختار أخف الضررين» وأقل المفسدتين، وهي إباحة الرجل أن يطلع على عورة المرأة والعكس، لأجل علاجها وإنقاذها من الهلاك المحقق، كإجراء عملية جراحية في المخْرجين، أو إخراج الجنين بإدخال اليد في فتحة الشرج، بشرط عدم وجود وسيلة أخرى لذلك، مع الالتزام بالضوابط الشرعية، كحضور المحرم معها، وكشف القدر الضروري؛ لأن هذه ضرورة، و«الضرورة تقدر بقدرها»، أما إذا أمكن الاستعانة بالأطفال دون البلوغ، وكانوا متمرسين لهذه المهنة، فلا مانع من ذلك، «ارتكاباً لأخف الضررين» ودفعا لأعظمهما، كموت الجنين في بطن أمه، أو هلاكها بسببه.

جاء في «شامل الأصل والفرع» ما نصه: «ولها أن تظهر من عورتها لمن يداويها ما احتيج لإظهاره ولو كان المداوي رجلاً، فإن له مداواة امرأة بمحضر زوجها، أو محرمها، أو قريبها، أو متولي، أو غيره، ذكراً أو أنثى ممن لا يقدم على زنا بمحضره، وكذا مداواته بمحضر أحد كذلك ولو يكن قريباً له ولا لها، ولكن لا يجوز ذلك إن لم تجد من يداويها من النساء، ولم يجد من يداويه من الرجال، ولم يجدا من يعلمانه أو لم يحتمل ضرر التأخير إلى التعليم، ولم يجدا طفلة، وتُقدّم من لا يشتهي ليداويها، ويُقدم من لا يشتهيها لتداويه، فمن مات جنين في بطنها ونشب، أو لم يمت وتعرض (للخطر)، أو كان ما أشبه ذلك، فللرجل على حد ما ذكر أن يدخل يده لإخراجه، وإن ماتت وكان يتحرك فكذلك...»[(١)].

ويبدو أن القطب اعتمد في هذه الرخصة على قاعدة: «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف» إذ يقول: «لكن ترتكب أخف الضرورتين...»[(٢)].

---

(١) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ١٣٢.

(٢) أطفيش: المرجع نفسه.

وقد يتعرض الرجل أو المرأة إلى غرق، أو حرق، أو هدم، أو حادث مرور، فتتدخل مصالح الدفاع المدني لإسعافه وإنقاذه من الموت، فتقع يد أحدهما على الآخر في مكان محظور دون قصد سيء، ففي هذه الحالات رخص الفقهاء بإنقاذ أحدهما للآخر؛ لأجل الضرورة مع انتفاء الشهوة، وذهب بعضهم إلى منع ذلك في حال الاختيار دون الاضطرار.

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أطفيش: «وللرجل مس امرأة فيما يجوز له نظره بلا شهوة، كوجه وكف، وما تظهره المتبرجة والقواعد[١]، إن كان فوق السرة وتحت الركبة بلا شهوة، ولها مسّ ما فوق سرته وتحت ركبته بلا شهوة، فإن داوته أو داواها في ذلك مع وجود غيرهما ممن يقدم في المداواة لم يبرأ منها، وقيل: لا يجوز مس ما جاز نظره، وأنها لا تمس ولو وجهه إلا لضرورة، وله تنجيتها ولو بيده من فرجها بلا حائل، إذا لم يجد إلا ذلك»[٢].

الرأي المختار:

يتضح مما تقدم أنه عند الضرورات تتغير الأحكام، ولكن يراعى في إزالة الضرر القدر الضروري مع استعمال الوسيلة الأخف ضرراً، فمداواة الرجل للمرأة، ومداواة المرأة للرجل لا تجوز عند الاختيار، إذا تَطَلّب منها اطلاع كل منهما على عورة الآخر، لأنه يترتب عنه ضرر كبير، لقوله ﷺ: «**ملعون من أبدى عورته للناس، لعن الله الناظر والمنظور إليه**»[٣]. فإذا تعذر ذلك ولم يتوفر لكل منهما مَن يعالجه من جنسه، ولا يمكن الاستعانة بمن لا يشتهي من الأطفال لإزالة الضرر، وإنقاذ المريض من الهلاك، فيرخص

(١) المرأة العجوز.

(٢) أطفيش: نفسه ١/ ١٣٣.

(٣) رواه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل ينظر: إلى عورة الرجل...، رقم: ١٢٦٨٨، بلاغاً، عن علي.

في كشف المرأة للرجل، وكشف الرجل للمرأة، وهذا ضرر أخف من تركهما دون عـلاج أو إنقاذ، لأن ذلك قد يتسـبب فـي هلاكهما، وهو بلا ريب ضرر أعظـم، فهنـا ترجـح ضرورة حفـظ النفس على حفـظ الدين عنـد التعارض، إعمالاً لمقاصد الشريعة.

ج ـ حكم الإجهاض:

اتفق أهل العلم على حرمة إسقاط المرأة حملها دون مسوّغ شرعي، سواء بفعلهـا أم بفعـل غيرها؛ لأن في ذلك قتل للنفـس البريئة وهذا ضرر لا يحل، ولكن قد تتعرض المرأة لحالات خطيرة تتوقف حياتها على التضحية بجنينها، فإذا حكم الأطباء الثقاة الأمناء على ضرورة إجهاضها، حفاظاً على سـلامتها، وإنقاذهـا من الموت، فيرخص ذلـك في هذه الحالة، للضرورة القصوى؛ لأن حفـظ حيـاة الأصـل مقدمة على سـلامة حيـاة الفـرع، فحياتها محققـة وحياة الجنيـن ظنية، وهـذا إعمالاً لقاعـدة: «يختار أهون الشـرين وأخف الضررين» لدفع الضرر الأعظم.

وردت أسـئلة عديـدة علـى الفقهـاء يطلـب أصحابها الرخصة في إسـقاط الحمل، لأسـباب عديدة، كالإجهاض المتكرر، والإصابـة بالأمراض المعدية، كالإيدز، والتشـوهات الخِلقية، وضيق الرحـم، وغيرها من الحالات، فبعضهم منع ذلك مطلقاً، وبعضهم نظر إلى حالة المرأة وقدّرها بما يناسبها، دون تجاوز حدود الشرع.

جاء في فتاوى البكري ما نصه: «لا يسوغ إسقاط الحمل متى تيقن وجوده أو ظن، وإن مضت عليه مدة قصيرة؛ لأن تعمد إسـقاطه يعتبر في نظر الشـرع جريمـة، يغـرم مرتكبها بأداء غرة (عبد أو أمة)، أو قيمة الغرة، أي نصف عشـر دية الأم؛ لأن الجنين وإن ظل صغيراً لكنه قابل للنمو فهو بشر على كل حال، ونظراً لكون جنين زوجتك لم يتم له أربعة أشهر ولم ينفخ فيه الروح بعد، فإن

تلـك الغـرة ترثها الأم إن لم تتعمد هي إسـقاطه، وإن كان الإسـقاط من قبلها فتدفع لورثتها على ما قرره بعض العلماء المحققين...»[١].

ويضيـف: «هـذا ووجه العمل في قضيتك على ما أرى هو: ـ أنه بناء على أن الزوجة لا تزال تشـك في حملها ـ أن تترك الأمر يسـير على حالته الطبيعية، فإن تبين الحمل وأخذ ينمو نموّاً طبيعيّاً، ولم تظهر على الأم عوارض الخطر، فذلك المطلوب، أو بدت لها العوارض، فقرر الطب أن حياة الأم أصبحت مهددة، جاز حينئذ أن نضحي بالجنين؛ إنقاذاً للأم، عملاً بـ «ارتكاب أخف الضررين»، أما أن تُقدم من أول الأمر على التخلص من الجنين قبل أن تحس بالخطر، فلا»[٢].

ـ **وفي صورة أخرى مشابهة عن** «امرأة لديها طفل رضيع لم يتجاوز عمره بضعـة شـهور، وهي الآن حامل في شـهرها الثاني، ولكنهـا تعاني بعد ولادتها الأولى من دوار شديد، لا يذهب عنها إلا بعد تناول دواء معين، وقد نصحتها الطبيبة بعدم تناول الدواء أثناء فترة الحمل لخطورته على الجنين، وهي حائرة لا تدري ماذا تفعل؟ هل تستمر بالحمل رغم المتاعب الصحية التي سَتلُمّ بها، أم يجوز لها إسقاط ما في بطنها؟».

أجاب الشـيخ أحمد الخليلي: «إن كان اسـتمرار الحمل ينذر بالخطر على حياتهـا فلها التخلص منـه؛ لأن المحافظة على الأصل أولى، وإن كان يسـبب إرهاقـاً وتعبـاً لها مـن غير أن يؤدي ذلك إلى إهلاكهـا، فلا يصح لها التخلص منـه؛ لأن الحمـل له حرماته وحقوقه، إذ هو نسـمة خلقهـا الله، وقد قال ﷻ: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ (المائـدة: ٣٢)، فلا يضحـى بحياته من أجل راحتها هي، والله أعلم»[٣].

---

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣٠٧-٣٠٨.

(٢) بكلي: المصدر نفسه.

(٣) الخليلي أحمد: فتاوى النكاح، ص ٢١٤.

ويظهر من عبارة الخليلي أنه استند في حكمه على قاعدة: «يختار أخف الضررين لدفع ما هو أعظم».

ـ **وفي صورة أخرى للإجهاض**: أن امرأة كلما حملت أجهضت، وكان هَمُّ زوجها الوحيد أن يعقب ولداً، فخافت إن تمادى بها الحال أن يطلقها، فلما نفذ صبرها وحملت كعادتها، ومن المقدّر أن دام حملها هذه المرة إلى أن قرب ميلاده، فأدخلت المستشفى فأسقطته كسابقيه، ثم أنها تواطأت مع إحدى الممرضات فأعطتها مولوداً ذكراً كغيرها فاتخذته ابناً، وأخذت ترضعه وأخبرت زوجها أنها ولدت مولوداً ذكراً، وشاء الله أن يحيا وينشأ نشأة ممتازة، وكان لا يعلم سرها إلا أخوها وكتما الأمر، ومِن حسن الصدف أن حملت بعد ذلك فتمَّ حملها، فوضعت بنتاً عاشت هذه المرة على غير عادتها، وعاش الولدان حتى كبرا، ولما تقدمت الأم بالسن أرادت أن تتوب من فعلتها، ولكنها خافت من ردة فعل زوجها إن علم بالحقيقة فتخسر حياتها مع ابنتها في حين تريد أن تلقى ربها وهي بريئة الذمة، فما المخرج؟

فكان جواب الشيخ عبدالرحمٰن بكلي «لما كان الابن ابناً من الرضاع كان أمره أهون من التبنّي، ليس في كتمانه خوف على اختلاط النسب؛ لأن الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ يقول: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»[(١)]، ولولا مسألة الميراث ما كان ثمة فرق بين الابن من النسب والابن من الرضاع، وعليه ففي نظري أن هذه المرأة تسلك أحد السبيلين:

ـ إما أن تبوح بالحقيقة لزوجها وإن ترتب على ذلك ما ترتب، فَيَدها أوكت وفوها نفخ[(٢)]، وهذا أقرب طريق وأوضحه، بل هو المتعين وإن خيف منه عاقبة سيئة.

---

(١) رواه الربيع، كتاب النكاح، باب في الرضاع، رقم: ٥٢٤، والنسائي، كتاب النكاح، باب ما يحرم من الرضاع، رقم: ٣٣٠٢، عن عائشة.

(٢) هذه العبارة مقتبسة من المثل العربي المشهور: «يداك أوكتا وفوك نفخ».

ـ وإما أن تذهب إلى المستشفى فتذكرهم بتاريخ نفاسها وأخذها الولد، وتستعلم عن حقيقة نسبه لجواز أن يكون مسجلاً هناك، فتوصي بالحقيقة حيناً مخافة أن تعاجلها المنية، ثم تحافظ على وصيتها حتى لا يضيع السر بضياعها، والأحسن أن تسجلها لدى موثق لتبقى محفوظة ثم تتحين فرصة ملائمة تبوح فيها لزوجها بالحقيقة دون أن يكون هناك رد فعل، وهذا المسلك يصعب تنفيذه وقد يتعسر من حيث الاستعلام، وعليه فلا بد من كشف الحقيقة مهما كان الأمر، فإذا تيقنت أو ظنت ظنًّا راجحاً أن زوجها سينتقم منها بل يطلقها من صدمته بالحقيقة المرة، وكذا الأمر بالنسبة للولد الذي أفقدته نسبه الصريح فإنها حينئذ تقتصر على الإيصاء بالحقيقة «ارتكاباً لأخف الضررين»، وخشية أن يموت الزوج فيطالب الولد بنصيبه من إرث أبيه، فتضطر حينئذ لكشف الحقيقة، فتكون قد قطعت الطريق بذلك الإيصاء على الولد أن يكذبها في دعوى الحرمان من الإرث...»[1].

(١) عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٢٧١ - ٢٧٢.

المطلب الرابع

«يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»

أولاً: تعريف القاعدة:

هـذه القاعـدة تدخـل ضمنًا فـي القاعـدة السـابقة وإن كانت أخـص منها موضوعـاً، وهي مقيدة لقاعـدة: «الضرر لا يزال بمثله»، إذ أن في حال تعارض المصلحـة العامة مع المصلحة الخاصة يترتب عليه الإضرار بأحدهما، «فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص»[(١)].

وهـي قاعدة مهمة مبنية على المقاصد الشـرعية في رعايـة مصالح العباد، اسـتخرجها المجتهـدون مـن الإجمـاع ومعقول النصـوص، فالشـرع إنما جاء ليحفـظ علـى الناس دينهم، وأنفسـهم، وعقولهـم، وأنسـابهم، وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، وفي سبيل ذلك تأييد مقاصد الشرع «بدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص»، ولهذه الحكمـة شـرع الله حـد القطـع حمايـة للأمـوال، وحـد الزنـا والقـذف صيانة للأعراض، وحد الشرب حفظاً للعقول، والقصاص وقتل المرتد صيانة للأنفس والأديان[(٢)].

ومن هذا القبيل شُـرع قتل السـاحر المُضرّ، والكافـر المُضلّ؛ لأن أحدهم يفتـن الناس، والآخر يدعوهـم إلى الكفر، «فيتحمل الضـرر الأخص ويرتكب لدفع الضرر الأعم»[(٣)].

---

(١) الحموي أحمد: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١/ ٢٨٠، عدنان جمعة، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ط دار الإمام البخاري، ط ١، ١٩٨٩م.

(٢) الحضرمـي أبو إسـحاق، مختصـر الخصـال، ١٨٧ - ١٩١. ـ الثمينـي، الورد البسـام، ١٤٣، ١٤٦، ١٤٩، ١٥٠.

(٣) البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الكلية، ص٢٦٣.

وقد تقرر عند الفقهاء أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، ولا يمكن التوفيق بينهما، ونتج عنها أضرار عامة، ففي هذه الحالة ترجح المصلحة العامة على الخاصة بالنظر إلى الضرر العام، ولو ترتب عليه ضرر خاص.

وقد أشار يوسف العالم إلى هذا الأمر فذكر أنه «إن أمكن انجبار الضرر ورفعه جملة، فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب والدافع مما همّ به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة؛ لأن العامة أشمل وتَقدم أنّ مِن جوانب ميزان التفاوت في المصالح شمول المصلحة، وبذلك ترجح، ولذلك اتفق السلف والخلف على ترجيح المصلحة العامة على الخاصة، كالانتفاع العام بالكلأ أو الماء الواقعيْن في أرض غير مملوكة، على احتياز الفرد له، وترجح مصلحة عامة أهل السوق على مصلحة الواحد منهم، ولذلك مُنع تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي، ومُنع الاحتكار، وترجحت العامة في إجبار الممتنع عن بيع داره أو أرضه في حالة اضطرار الناس لمسجد جامع ونحوه؛ لأن حفظ الدين مقدم على حفظ المال، وهذا من مقاصد الشريعة.

ومن هذا القبيل أيضاً: مشروعية الحَجر الصحي خشية انتشار الأمراض، ومنع الأفراد من نشر الزيغ أو الفساد، فمنع الفرد من ممارسة حرية الرأي والكتابة عند تعارض ذلك مع مصلحة الجماعة والأمة، واتفقوا أيضاً على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة»[(١)].

مجمل القول:

ومن خلال الأمثلة المتقدمة يتبيَّن أنه إذا تعارضت المصلحة العامة مع

(١) يوسف العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ص ١٩٣ ـ ابن عبد السلام قواعد الأحكام، ١/ ٢٩. وما بعدها ـ ابن بركة، الجامع، ٢/ ٣٢٢، ٣٢٣. ـ الكدمي المعتبر، ٣/ ١٠٣ ـ ابن جعفر، الجامع، ٤/ ٢٠٧ - ٢٠٩ ـ الشماخي، الإيضاح، ٦/ ٣٠٤ و٣١٩.

المصلحة الخاصة ترجح العامة على الخاصة، إعمالاً للقاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع لضرر العام»، فلا يمكن لأجل مراعاة المصلحة الخاصة أن نضحي بالمصلحة العامة، ويترتب عليها ضرر أعم للأمة.

ثانياً: تأصيل القاعدة:

ومن الأدلة التي يستأنس بها على مشروعية هذه القاعدة:

١ ـ ما جاء في السُّنَّة من حديث جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه والذي فيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل عبد الله بن أبيّ بن سلول المنافق، فقال له النبي ﷺ: «**دعه، لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه**»[(١)].

وجه الاستدلال بالحديث:

ففي الحديث دلالة واضحة على أن النبي ﷺ ترك قَتْل هذا المنافق مع ما في قتله من المصلحة، ولكن قتله سيفضي إلى مفاسد أعظم وأكثر من المصلحة المترتبة على قتله، فإنه بقتله ربما يغضب بعض قومه، وربما أدى ذلك إلى رِدّة بعضهم عن الإسلام غضباً وحمية، ثم إذا شاع نبأ قتله بين الناس، فسيقولون: إنّ محمداً يقتل أصحابه؛ لأن هذا المنافق محسوب على المسلمين، وبالتالي سيكون في ذلك صدّ عن الإيمان وبرسول الله ﷺ وعن تصديقه واتباعه، بسبب تلك الشائعة، فهنا «يتحمل ضرر خاص لدفع الضرر العام»[(٢)].

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوة الجاهلية، رقم: ٣٣٤٨، ٥٤٦/٦، في الفتح. وأخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، ١٩٩٨/٤ - ١٩٩٩، والترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة المنافقون، رقم: ٣٣١٨، عن جابر.

(٢) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص٣٩٦.

٢ ـ حديث أصحاب السفينة في النهي عن المنكر: أخرج البخاري والترمذي عن النعمان بن بشير ﷺ عن النبي ﷺ قال: «**مثل القائم على حدود الله، والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء، مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنَّا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإذا تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا، ونجوا جميعاً**»[(١)].

فهذا الحديث يرشد إلى الأخذ بالقاعدة الفقهية: «يتحمل الضرر الخاص ـ وهو جلب الماء من فوق السفينة ولو مع إيذاء من يمرون عليهم ـ لدفع ضرر عام» وهو خرق السفينة وغرقهم جميعاً.

ثالثاً: الفروع المتخرجة على القاعدة:

١ ـ في الاحتكار:

حرم الإسلام الاحتكار وهو: حبس ما يتضرر الناس بحبسه بقصد تحيّن الغلاء، والبيع بأعلى الأسعار، فصاحبه محتكر يحرم عليه ذلك الحبس؛ لأن فيه ضرر بالناس، قال الرسول ﷺ «**لا يحتكر إلا خاطئ**»[(٢)]، وقال أيضاً: «**الجالب مرزوق والمحتكر ملعون**»[(٣)]. فالمحتكر خاطئ باحتكاره، مرتكب للمنهي عنه، مضر بالناس، فعلى الحاكم أن يدفع أضراره عن الناس على وجه لا يستضر هو به، فاحتكاره للسلع فيه مراعاة لمصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة، فهنا يقول أهل العلم: يجوز للحاكم أن يخرج الطعام من يد

(١) رواه البخاري، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، رقم: ٢٣٨١، والترمذي، كتاب الفتن، باب منه، رقم: ٢١٥٠، عن النعمان بن بشير.

(٢) رواه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم: ٣٠٩٨، وأبو عوانة، كتاب البيوع، باب الخبر الناهي عن الاحتكار...، رقم: ٤٤٥٢، عن معمر بن عبدالله القرشي.

(٣) تقدم تخريجه.

المحتكر قهراً ويبيعه للناس، وإن أضرَّهم بذلك؛ لأنه صار بمنعه مؤد إلى إضرار الغير، ولا ريب أن في إجباره على إخراج السلع وعرضها للبيع بالسعر المناسب قد يترتب عليه ضرر بالمحتكر، ولكن فيه منفعة عامة تمثلت في توفير السلع للناس، «فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»[١].

ويوضح الكدمي حكم الاحتكار وما يترتب عنه فيقول: «ولأنه لا يجوز له أن يحتكر ما له حين يأخذ منه، بأكثر من عدل السعر، ولأنه قد جاء في الأثر عن النبي ﷺ بالنهي عن المحتكر، وكذلك بتحريم الاحتكار؛ لأنه مِن أكل أموال الناس بالباطل، واستغلال لحاجة المضطر، وإجباره على استيفاء حاجته بما يخالف الوضع العادي، وكذلك قد جاء في الأثر عن النبي ﷺ: «**أن التاجر ينتظر الرزق والمحتكر ينتظر اللعنة**»[٢] والعياذ بالله، وقد جاء كذلك في الأثر أن الحكرة المحرمة داخلة في جميع الضرر، والقاعدة أنه: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وأنه لا يجوز الإلجاء إلى الضرورة، وكل ضرورة لا تجوز فيها الحكرة، ولا تثبت فيها معاني الزيادة فوق عدل السعر عند خوف الهلاك...»[٣].

ولا يقتصر الاحتكار على جانب البيوع فقط، بل يشمل كل شيء يشرك فيه الناس، كالماء والكلأ والوقود، فلا يجوز احتكارها لمصلحة خاصة؛ لأن ذلك يؤدي إلى الضرر العام.

ـ **كما وردت صور أخرى** في «فتاوى المعاملات» توضح هذا المعنى، من ذلك ما جاء في سؤال: «ما قولكم في عين ماء تنزل من جبل وتسيل في الوادي، وليست قرب سكن؛ لأنها في الفلاة، لكنها في بعض الأحيان عند

---

(١) أطفيش: شرح النيل، ١٤/ ٣٢٢. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٩٦. ـ قحطان الدوري، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي، ص ١٠، ١٨، ١٠٠، ط ٢، ١٤٠٣هـ. ينظر: عبدالسلام الرفعي فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الكدمي: المعتبر، ٣/ ١٠٤.

المحْـل[١] ينــزل عندها أصحاب البادية، ثم بعـد ذلك يذهبون إلى مكان آخر، وأراد أحـد مـن النـاس أن ينتفع بـه حيث أنه يعمـل لها حوضـاً، والماء الذي يفيض من الحوض ينقله إلى مكان آخر عن طريق الأنابيب هل يجوز له ذلك؟

فأجـاب الشـيخ الخليلـي ـ حفظـه الله ـ «ليس لـه أن يحتكره عمـن اعتاد الانتفاع به من الناس، بل ينتفع به هو وغيره...»[٢]

ـ وسـئل الشيخ الخليلي عن الاحتكار في البيوع: «هل توجد نسبة محددة لربح التاجر في بيع بضاعة معينة أم لا؟ وهل للتاجر حرية البيع بأيّ ثمن أراد، فمثلاً يشتري بضاعة بريال، ويبيعها بعشرة؟ وما قولكم إذا كان يبيع بثمن يرهق المشتري لضعف الأحوال الاقتصادية في بلاد التاجر؟».

فأجاب: «إن كان المشتري عارفاً بالقيمة، ورضي من تلقاء نفسه أن يشتري البضاعة بأضعاف قيمتها، فلا حرج في ذلك، وإنما يمنع الاحتكار الذي يؤدي إلى مضاعفة البلاء، وإرهاق الناس في معايشهم، والله أعلم»[٣].

من خلال هذه النصوص المتنوعة يتبين أن الاحتكار فيه ضرر عام يجب منعه، ويتحمل المحتكر ما يترتب عليه من أضرار وعقوبات وغرامات، حماية للصالـح العـام، ولو نتج عـن ذلك إضـرار بمصلحته الخاصـة، المتمثلة في جلب الربح، وتعويض الخسائر المحتملة؛ لأنه «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

٢ ـ في التسعير:

ذهب أهل العلم إلى جواز التسـعير، وهو تحديد الأسـعار على الباعة في بعض الأحوال عند تجاوزهم وغلوّهم فيها دفعاً لضررهم على العامة[٤]. وهذا

(١) الجفاف والقحط بلغة أهل عُمان.
(٢) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، ص ١٢٢.
(٣) الخليلي أحمد: المرجع نفسه.
(٤) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٩٦.

الحكم مخالف للنصوص الشرعية حيث ورد النهي عن الرسول ﷺ عن التسعير، لما يترتب عليه من ضرر على الباعة[١].

قال ابن بركة: «وليس للإمام أن يسعّر على الناس أموالهم، ولا يجبرهم على بيعها، لما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن عام سَنَة، وإنما سمي عام سنة لشدة غلاء لحِق الناس في تلك السنة، فسئل النبي ﷺ أن يسعر عليهم الأسواق فامتنع وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**القابض الباسط هو المسعر، ولكن سلوا الله**»[٢]. فلا يجوز لهذا الخبر أن يسعّر أحد على الناس أموالهم، وأن يجبرهم على بيعها بغير طيب نفوسهم من إمام ولا غيره، ولكن إذا بلغ الناس حال الضرورة من الحاجة إلى الطعام، وحرم الطعام على ما في أيديهم، واستغنائهم عنه مع سوء حال الناس، والشدة، جاز للإمام أن يأخذ أصحاب الطعام ببيع ما في أيديهم بالثمن الذي يكون عدلاً من قيمته، ويجبرهم على ذلك»[٣].

وينبّه ابن بركة إلى أن حكم جواز التسعير لا يشمل كل الأحوال، بل يكون في حال الضرورة فقط، فلا يتدخل الحاكم في تحديد حركة الأسعار في السوق إلا إذا وجد ضرراً عامّاً لحق بالناس، وهذا ما دلت عليه عبارته، فيقول: «فإن قال قائل: فلم منعتم على الإمام وقد جوزتموه؟ قيل له: جوّزناه في حال الضرورة، والموجب تجويز التسعير يرى التسعير في حال الضرورة وغيرها...»[٤]

ويؤكد الشيخ الخليلي ـ حفظه الله ـ هذا التوجه، ويوضح أن التسعير مناف لحكمة الشارع في تشجيع الناس على التجارة، ليرزق بعضهم بعضاً،

(١) عبدالسلام الرفعي، فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، ص١٩٧ وما بعدها.
(٢) رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، رقم: ١٣١٤، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في التسعير، رقم: ٣٤٥١، عن أنس.
(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٦٠٤، ٦٠٥.
(٤) ابن بركة: المرجع نفسه، ٢/ ٦٠٤ - ٦٠٥.

ولكـن لما تسـبّب المحتكرون في ارتفاع الأسـعار فتضرر النـاس، فهنا وجب التدخل لمنع هذا الضرر بتحديد الأسعار، فقد سأله بعضهم: «ما رأي سماحتكم في التسعير؟ فقد ذهب البعض أنه لا يجوز على أهل الأسواق، وأفتى البعض بجواز التسعير في الأقوات، وفي زمن الاضطرار، وأجاز البعض التسعير العادل إذا احتاج الناس إليه؟».

فأجـاب أنّ: «الأصـل في التسـعير أنه غير جائـز؛ لأن النبي ﷺ امتنع عنه، وقـال بأنـه: «**يريد أن يلقى الله وليسـت عليـه ظلامة لأحـد**»[(١)]. فمعنى ذلك أن التسـعير ظلـم، فقـد قـال ﷺ: «**دعوا النـاس يـرزق الله بعضهم مـن بعض**»[(٢)]، والتسعير هو مناف لهذه الحكمة، ولكن إن أدى الأمر إلى ضرر الناس، بحيث أخـذ التجار يحتكـرون المواد الضرورية التي تتوقف حيـاة الناس عليها، وهي الأقـوات، ورفعـوا أسـعارها فـي وقـت الاضطرار إلـى ذلك، فـإن للحاكم أن يتدخل هنا بقدر ما يرفع الضرر عن المسلمين والله تعالى أعلم»[(٣)].

مجمل القول:

مما تقدم يمكن القول أن موقف العلماء من التسعير أنه لا يجوز في حالة الاختيار ما دام لم تدع الحاجة إليه، ولكن إذا ارتفعت أسـعار الأقوات فتضرر الناس، يجب على الحاكم التدخل للحد من المضاربة بالأسـعار، كما يحدث في بعض المناسـبات في بعض البلدان، مثل شهر رمضان والأعياد والأزمات، ولا ريـب أن الباعـة سـيلحقهم ضرر مـن جراء التسـعير، ولمراعـاة المصلحة

(١) أخرجـه أبـو داود فـي كتاب الإجـازة، باب: فـي التسـعير (١٢٨٧). وهو جزء مـن الحديث المتقدم.

(٢) أخرجـه مسـلم فـي كتـاب البيوع باب تحريـم بيع الحاضر للبـادي (١٥٢٢). وهـو جزء من الحديث المتقدم.

(٣) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، ص١١٨. ينظر، أطفيش، شرح النيل، طبعة وزارة التراث القومي والثقافة، عُمان، ٢٧/ ٣٤٧.

العامة، «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، فإذا عاد السوق إلى حالته المعتادة وانخفضت الأسعار، وجب على الحاكم أن يطلق الأسعار ولا يتدخل في تحديدها، ويتركها تخضع لقانون العرض والطلب ـ المعمول به في التجارة ـ لينتفع جميع الناس.

٣ ـ تضمين الصناع وأصحاب الخدمات:

ذهب جمهور العلماء إلى وجوب تضمين الصناع وأصحاب الحرف والخدمات، وذلك منعاً لضررهم، وقد ظهر من خلال تعاملاتهم أنهم لا يلتزمون بشروط الأمانة، وهي حفظ الأشياء التي يقصدون صناعتها، ولا يمكن ردعهم إلا بتحميلهم مسؤولية تضييعهم وإهمالهم لمصالح الناس، فمن تسبب في تلف شيء يضمنه، فالخياط يضمن القماش، والنجار يضمن الخشب، وصاحب المركبات يضمن سلامة ركابه، وما أشبه ذلك.

بينما ذهب البعض إلى عدم تضمين الصناع؛ لأن الأصل فيه الأمانة، فهو كالوكيل والشريك أمين على مصالح موكله وشريكه، ولكن لما ظهر ضررهم واشتد خطرهم، وجب تضمينهم، ولا شك أنه سيلحقهم بذلك ضرر معتبر، ولكن الضرر الذي يلحق الناس أعظم منه، فهنا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فتُرجح المصلحة العامة، عملاً بالقاعدة الفقهية، «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

نقل الشماخي هذه المسألة في «الإيضاح» وأشار إلى اختلاف الإباضية في حكمها فقال: «وأما الضمان الذي يكون لمكان المصلحة وحفظ الأموال فقد اختلفوا فيه: قال بعض في الحمّال أو العمّال الذي يعمل بيده بالأجرة ضامن لما هلك، أعني بالحمال: الذي يحمل على رأسه، فما سقط له من متاع أو وقع أو عَثَر، أو ما هلك منه فهو ضامن، وكذلك صاحب الدابة، قال من قال: يلزم الصنّاع الذين يصنعون بأيديهم، ولا يلزم الحمال على أنفسهم ولا على

دوابهم بالكراء، إلا ما أحدثوا وضيعوا، وقال من قال: لا يلزم أحد أولئك ضمان إلا ما ضيّع أو أحدث بيده، وأما مَن أُخذ للحفظ بعينه، مثل الراعي والراقب، فلا ضمان عليه إلا على سبيل التضييع...»[١].

«وقد ذُكر في الأثر: وإذا استأجر رجل رجلاً ليرعى له غنمه هذه، فما أفسدت من أموال الناس فهو ضامن له دون رب الغنم، وما هلك أيضاً فهو ضامن له إلا أن يكون أمراً غالباً، وقيل: إن الراعي إذا غلبه النوم وهو متكئ على عصاه فليس عليه شيء مما هلك من تلك الغنم، ولا فيما أفسدته في أموال الناس، وفرق بعضهم بين الأجير الخاص والمشترك، وفي الأثر: وروي عن الربيع بن حبيب رضي الله عنه أنه قال: كل أجير استأجره الرجل في داره وكان يعمل فيها ويخدم، فلا ضمان عليه، وكل أجير استأجره الرجل ولم يكن في داره في عمله وخدمته فهو ضامن، ومنهم من يرى عليهما الضمان جميعاً إلا أن يكون أمر غالب...»[٢]

وذهب جمهور الإباضية إلى تضمين المكاري، وهو الذي يتعاقد مع المسافرين لنقلهم أو نقل أمتعتهم على دوابه، ويمثل في عصرنا مركز السفريات والنقل، فقد يحجز المسافر مكانه في النقل البري أو البحري أو الجوي فتلغى الرحلة، أو تتأخر، أو تتسبب في ضياع الأمتعة، فيلحق هذا المسافر ضرراً بليغاً من جراء ذلك، ولذلك يجب على هذه الشركات أن تضمن لزبائنها حقوقهم، وتعوضهم أضرارهم إذا تسببت فيها، وهذا ما جرى عليه العمل في شركات النقل والشحن في يومنا.

ولا يجوز لصاحب الشركة أن يدلس على الناس، فيوهمهم بأن مركباته في حالة جيدة ومريحة، فيظهر خلاف ذلك، وتلحقهم مشقة وعنت، ويزيد من معاناتهم في السفر، وهذا ما يوضحه الشماخي بقوله: «وكذلك أيضاً صاحب

(١) الشماخي: الإيضاح، ٦/ ٣٠٤.

(٢) الشماخي: المصدر نفسه ٦/ ٣٠٤ - ٣٠٥.

السفينة إذا أكراها لقوم فغرقت في البحر، ليس عليه ضمان ما هلك منها؛ لأن الماء عدُوّ، إلا أن يكون غرّهم قبل ذلك فدلسهم بها، أو كان غير عالم بسياسة البحر، فهو حينئذ ضامن، ومنهم من يقول: أن صاحب السفينة ليس عليه ضمان ما أصابها من فوقها، ولزمه ضمان ما أصابها من أسفلها من خرق أو كسر أو قطع به؛ لأن ذلك لا يكون من تضييعه...»[١]

ويشير الشماخي إلى سبب اختلاف الفقهاء في تضمين الصُّناع والأجراء وعدمه، فيقول: «وهذا الاختلاف منهم يدل أن منهم من جعل الأجير بمنزلة المودع والوكيل والشريك، ولا ضمان عليه إلا فيما ضيّع أو بغى بيده؛ لأنه أمين، ومنهم من جعله ضامناً؛ لأن المودع إنما قبض لمنفعة صاحب المال، والأجير إنما قبض لمنفعتهما جميعاً، فغلبت منفعة القابض، أصله القراض، والعارية عند من يرى تضمينها، وأما من فرّق في ذلك، فلعله إنما فرق من أجل قوة الدليل وضعفه في موضع من ذلك واستحساناً...»[٢].

٤ ـ في الجنايات:

شرع القصاص والحدود لمنع القتل والحد من الجرائم، ومنع انتشار الفوضى، وظاهرة الانتقام والأخذ بالثأر، وجعل الشارع تنفيذ الأحكام والعقوبات من مسؤولية الحاكم أو نائبه، حفاظاً على سلامة الناس وحقوقهم، ولا شك أن في تطبيق العقوبات على المجرمين إضرار بهم، وفي ترك ذلك إضرار بالمجتمع، وسبب في زيادة معدل الجرائم وانعدام الأمن والسلام، فلما تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة ترجح العامة، «فيتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام»، وعليه فالحدود التي شرعها الله ﷻ لردع المعتدين، كشرع قطع يد السارق مثلاً، فإنه عند النظر في هذا الأمر قد يقول

(١) الشماخي: نفسه ٦/ ٣٠٦-٣٠٧.
(٢) الشماخي: المرجع السابق، ٦/ ٣٠٥-٣٠٦.

قائل: «إن في إقامة هذا الحد من المصالح أكثر من هذه المفسدة، فإنه يحقق الأمن العام للناس جميعاً على أنفسهم وأعراضهم وأموالهم، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ولأجل ذلك يتحمل هذا الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام»[١].

ولكن لو اعتدى أحد على شرف فتاة فاغتصبها، وانتقم وليّها منها ومن المغتصب فقتلهما، أو قتل أحدهما، فهل يسقط القصاص عليه ما دام في حالة الدفاع عن شرفه، أم تنفذ فيه العقوبة؟

وفي هذه الحالة قد تعارضت مصلحة خاصة ـ وهي رد الاعتبار للولي الذي اعتُديَ على شرف بنته ـ مع المصلحة العامة وهي انتشار ظاهرة الانتقام والأخذ بالثأر، وتجاوز الحدود وانعدام الأمن العام سلامة الناس، فهنا تراعى المصلحة العامة ولو على حساب المصلحة الخاصة، ومع ذلك فالشارع الحكيم حافظ على حق الولي بأن كلف الحاكم بالانتقام له، وذلك بتطبيق عقوبة حد الزنى على الزاني المغتصِب.

وقد ورد على الشيخ عبدالرحمٰن بكلي سؤال في هذا الموضوع فرجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وبيّن حكم الشرع بعيداً عن العاطفة. ومما جاء في فتاويه أنّ: «إنساناً وجد رجلاً يرتكب فاحشة الزنا مع ابنته فقتلهما معاً، أو قتل أحدهما فماذا عليه؟».

فأجاب: «الحدود والقصاص لا تقام إلا على يد الحاكم، وعلى يد من يأذن له الحاكم بإقامتها، فلا يقبل من أي أحد أن يتولى الاقتصاص من الجاني بنفسه حفظاً للنظام، ومنعاً للفوضى والفتنة، وإن ظل الزنا جريمة تثير الغيرة وتبعث على القتل كثيراً، وهذا إن سمع بالجريمة سماعاً، فكيف إذا شاهد ذلك المنظر المخزي بنفسه رأي العين، فقد لا يجد المجني عليه وسيلة لغسل العار الذي لحقه ولحق أهله إلا الدم. ورغم ذلك فإن لم يتمالك وأقدم على

(١) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص ٣٩٧.

قتل ابنته أو قتل الزاني بها، فإن كان المقتول هي ابنته فإنه لا يقتل بها؛ لأنه والد، وقد قال النبي ﷺ: «**لا يقتل الوالد بالولد**»[(١)] عن ابن عمر، وإنما تلزمه الدية يدفعها لورثتها ولا يرثها معهم.

وإن كان المقتول هو الزاني فيقاد به، ولا هوادة، ولو أن الأمر موكول إلى القانون الوضعي لروعيت له ظروفه المخففة، أما والأمر قصاص ولا تبديل في القصاص، ولا مناص للحاكم إذا رفع الأمر إلا أن يجري القصاص طبق ما قرره الشرع، تطهيراً للمجتمع، وحفظاً للنظام، وإقراراً للأمن والسلام، ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٧٩)، ولو أن هذه الفاحشة كانت مع الزوجة لا مع البنت لكان لنا في حكومة عمر بن الخطاب أسوة حسنة، فقد قال هاني بن حزام: كنت جالساً عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتاه رجل فذكر أنه وجد مع امرأته رجلاً فقتلهما، فكتب عمر إلى عامله في العلانية أن يقتله، وكتب إليه في السر أن يأخذ الدية...»[(٢)].

مجمل القول:

يتَّضح مما سبق أن الشيخ عبدالرحمٰن يبدو أنه استند في حكمه إلى القاعدة الفقهية: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، فلا شك أن القاتل قد تضرر في عِرضه وشرفه، ولكن حفظ النفس في هذه الحالة يقدم على حفظ النسل أو العرض، إلا إذا ثبت ذلك ببيِّنة واضحة، فيعاقب بحد الزنا الرجم أو الجلد، ويكون من الحاكم اتقاء للضرر العام، وهو تفشي ظاهرة الانتقام في المجتمع، وما يترتب عليه من الفتن وسفك الدماء، وغياب الأمن والسلام، ولذلك ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في مثل هذه الأحوال.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه أنس، كتاب المدبَّر، باب ما جاء في الرجم، رقم: ١٥٠٣، وعبدالرزاق، كتاب العقول، باب الرجل يجد على امرأته رجلاً، رقم: ١٧٢٨٥، عن عمر بن الخطاب. ينظر: بكلي عبدالرحمٰن، فتاوى البكري، ١/ ٣٠٨-٣٠٩.

٥ ـ في باب الحجر:

ومن الصور التي ذكرها الفقهاء في باب الحجْر: جواز الحجر على المفتي الماجن حرصاً على دين الناس، والحجْر على الطبيب الجاهل حرصاً على أرواح الناس، والحجْر على المكاري المفلس حرصاً على أموالهم وأوقاتهم وإن تضرروا بذلك، دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها[١]، عملاً بالقاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

ذكر الثميني جملة من المضار يُحدِثها بعض الناس ولهم فيها مصلحة خاصة، ولكن يضرون بها غيرهم، فيجوز للحاكم أن يحجر على من يحدثها، ويمنعه من فعلها، فإن تمادى في غيّه وأصرَّ على نشر ضرره، عاقبه على ذلك.

جاء في «الورد البسام»: «باب في الحجر والأخذ على نزع الضرر، وللحاكم أن يحجر على من يحدث قبراً في طرُق أو أوْدية أو أسواق، أو مماصل أو أجبّة أو بيوت وإن لخاص، أو في حريم ذلك، كبناء أو غرس أو طرح حجَر، أو تراب أو رماد، أو نجس، أو حطب أو غير ذلك، وكذا في مسجد أو مصلى أو حريمهما... وعلى من يفسد أموال الأجُر أو المساكين، أو يحدث ضرّاً على مقبرة، وعلى من ينتزع العظام من القبور، وإن لدفن الموتى فيها، أو النبات أو الحجارة أو الحطب، أو ينشر القبور أو يرعى فيها أو يشقها بمشي ولو اندرست، ولا يترك ذمي أن يدفن في مقابر الموحدين، وعلى من يحدث ضرّاً في أموال الناس أو يؤذيهم في أنفسهم، أو يقطع عنهم ما ثبت لهم، وعلى من يغسل أو يغتسل في ماء راكد يحتاج إليه، أو يلعب فيه أو يغيره أو يورد فيه مواشي أو نحو ذلك...»[٢].

ويضيف الثميني في السياق نفسه «وعلى أهل الملاهي كلَعّاب ومغنّ

(١) البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص٢٦٣. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٩٥.

(٢) الثميني: الورد البسام، ص١٨٨ - ١٨٩.

ونائح، وعلى من يقف إليهم ويغرد ولو غير بالغ، ويُفرَّقون ولو بضرب، أو تولد عنه فساد، ولا يضمن إن تولد، وعلى من يعمل آلات الملاهي كدُفّ أو عود أو غيرهما، أو الأشربة المحرمة أو يبيعها، أو يأوي إليها أو يشتريها... وعلى من يأمر بلعب أو قتال وإن بين حيوان، أو يلقب الناس بما يكرهون، أو يعلم الصبيان أخلاق السوء، وعلى اختلاط الرجال مع النساء في سوق أو عُرس أو غيرهما، وعلى دخولهن الأسواق، وعلى مُتَشبّه بهن من الرجال كعكسه... وعلى ساحر وعرّاف وكاهن ومتعاط علم الغيب... وعلى من يجمع بين الرجال والنساء، ومن يقودهن إليهم أو يقودهم إلى امرأته... وعلى أهل الأسواق ألا يحدثوا فيها مضرّاً في نقص العيارات والموازين، وكتم العيوب والغش، كإظهار الحسن وإخفاء القبيح، وعلى من يتلقى السلع قبل أن تصل إلى منتهاها، وعلى محتكر وناجش، وعلى من يُدخِل في الأسواق حراماً أو رباً، وعلى من يشتريها من آتٍ بهما...»[1].

ويتابع الثميني في ذكر أنواع أخرى من المضار فيقول: «وعلى الجزار ألا يترك مذبحاً بلا غسل، وألا يجر ذبيحة أو يسلخها قبل موتها، أو ينفخ في اللحم أو بغيره بدم، أو يجعل شحماً بين ضلوعها، أو ينزعه منها فيبيع الباقي بلا إظهاره، وعلى كل صانع ألا يغش... وعلى الخبازين والشوائين ونحوهما أن يحسنوا طبخهم وألا يعملوا فيه مضرّاً، وعلى من يخلط ماء في زيت أو لبن، أو شعيراً في قمح أو في دواء غيره... وعلى من يُعطّش حيواناً ثم يبيعه بعد سقيه... وللحاكم أن يحجر على من يحتطب من صبوب الأجنة، أو من زيتون أو نخل وتين ونحوهما، ومن يقطع الجريد والغصون، ومن ينزع اللّيف، وعلى من يعجل بصرم نخله قبل الوقت إن أضر العامة»[2].

(١) الثميني: المصدر نفسه، ١٩٠.

(٢) الثميني: نفسه، ص ١٩١.

خلاصة القول:

مما سبق يتضح أن جميع الصور التي ذكرها الثميني منهي عنها شرعاً؛ لما فيها من ضرر بالصالح العام ولو كان فيها مصلحة خاصة، فيجب أن يمنع صاحبها ويحجر عليه، ويعاقب إن تجاوز ذلك لدفع الضرر العام؛ لأن الشارع الحكيم أمر بحفظ الضرورات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وجميع تلك المنهيات تتصادم مع هذه الكليات، فيجب منع كل المفاسد التي تضر بالمصالح العامة، ولو لحق بالمصلحة الخاصة بعض الضرر، «فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» كما قرر الفقهاء.

المطلب الخامس

قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»

أولاً: رعاية الشريعة الإسلامية للمصالح والمفاسد:

لما كان موضوع هذه القاعدة المصالح والمفاسد، فمن المناسب أن نمهّد للقاعدة بتمهيد عن رعاية المصلحة ودرء المفسدة في الشريعة الإسلامية.

يعبّر عن المصالح والمفاسد بالخير والشر، والنفع والضر، والحسنات والسيئات؛ لأن المصالح كلها خيور نافعات وحسنات، والمفاسد بأسرها شرور مُضِرات وسيئات، وقد غلب في القرآن الكريم استعمال الحسنات في المصالح والسيئات للمفاسد، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ۚ ذَٰلِكَ ذِكْرَىٰ لِلذَّٰكِرِينَ﴾ (هود: ١١٤).

ومعظم مقاصد القرآن تهتم باكتساب المصالح وأسبابها، والزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها، فكل مأمور به فيه مصلحة الدارين أو أحدهما، فما كان من اكتسابه محصلاً لأحسن المصالح فهو أفضل الأعمال، وما كان منهما محصلاً لأقبح المفاسد فهو أرذل الأعمال، فلا سعادة أصلح من العرفان والإيمان وطاعة الرّحمٰن، ولا شقاوة أقبح من الجهل بالديان والكفر والفسوق والعصيان[1].

«ولا يخفى على عاقل أن تحصيل المصالح المحضة، ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن، وأن درء المفاسد الراجحة على المصالح الموجودة محمود حسن»[2].

---

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١/ ٥. ـ السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص ٥١٤ - ٥١٥.

(٢) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١/ ٥ - ٧.

وقد التزمت الشريعة الإسلامية في أحكامها مبدأ رعاية مصالح الناس في الحياة وبعد الممات، قال الشاطبي[1]: إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً، واعتمدنا في ذلك على استقراء وتتبع الأحكام الشرعية فوجدنا أنها وضعت لمصالح العباد، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾ (النساء: ١٦٥)، ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾ (الأنبياء: ١٠٧). وقد علل ذلك ﷻ بنفسه، فقال بعد آية الوضوء في تشريع رخصة التيمم: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة: ٦).

وقال في الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٨٣).

وفي الصلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ (العنكبوت: ٤٥). وفي الجهاد: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟ وَإِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾ (الحج: ٣٩). وفي القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٧٩). وفي تقرير مبدأ توحيد الإله: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ شَهِدْنَآ أَن تَقُولُوا۟ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ﴾ (الأعراف: ١٧٢).

هذا في الجانب الإيجابي للمطلوبات الشرعية، أما في الجانب السلبي فقد تعرض الزحيلي إلى بيان مظاهر رعاية الشريعة للمصلحة، فبيَّن «أن الإسلام حرَّم كل نواحي الضرر والشر والفساد، وحرم الاعتداء على الحقوق، وأكل أموال الناس بالباطل، ومنع كل ما يؤدي إلى ذلك من قِمار وربا (فائدة) وغش في المعاملات، كما أنه حظر كل ما يلحقه الإنسان بنفسه من ضرر في جسده أو عقله، وحرم شرب الخمر، وتبديد الأموال، والانتحار، وإجراء أي نوع من أنواع التعامل على الأعضاء والدم، كبيع النفس الحرة الكريمة، أو التصرف

(١) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٦، بتصرف.

بعوض في الدم والجوارح، أو إيجار المرأة نفسها للاستمتاع بها، ونحو ذلك مما يتنافى مع مبدأ المحافظة على الكرامة الإنسانية، كالاعتداء على حرية الفكر والرأي والعمل والموطن أو الإقامة...»[١].

وهذه القاعدة تنطلق من مبدأ سد الذرائع الذي يقضي بتحريم كل الوسائل التي تؤدي إلى الفساد، يقول ابن القيم الجوزية: «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة إليها مقيدة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهيتها، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن بها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلامهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل...»[٢].

ثانياً: مدلول القاعدة:

تتفرَّع هذه القاعدة عن قاعدة: «الضرر يزال»، وعبّر عنها الإباضية بصيغة مماثلة أو قريبة منها، جاء في «جواهر القواعد» القاعدة الرابعة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»[٣]. وعبر عنها السالمي بقوله: «دفع المفسدة أهم من جلب المصلحة»[٤]، أو «دفع المفسدة أهم من تحصيل المصلحة»[٥].

ـ **الدرء:** بمعنى الدفع، فيقال: درأت الشيء درءًا من باب دفع دفعته ودارأته[٦]: أي دافعته، وتدارؤوا تدافعوا.

---

(١) الزحيلي: وهبة نظرية الضرورة الشرعية، ص٤٩ - ٥٠. الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ٢/ ٥٤٠. وما بعدها. البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٨٠.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ٣/ ١٤٧.

(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٤١.

(٤) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ٢٠٥.

(٥) السالمي: المصدر نفسه، ٢/ ١١٩.

(٦) الفيومي: المصباح المنير، مادة درأ، ص ٢٦٣. ـ الراغب الأصفهاني، المفردات، ص ١٦٩.

وقد استعمله الفقهاء بهذا المعنى كقولهم: «درء الحدود بالشبهات، أي دفع إقامة الحدود لشبهة من الشبه المعتبرة شرعاً»[١].

ـ **الجلب**: الإتيان بالشيء من موضع إلى موضع[٢].

ـ **المفاسد**: جمع مفسدة، الضرر وما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب ونحوهما، والمفسدة خلاف المصلحة[٣]. والمراد بدرء المفاسد: رفعها وإزالتها، قال السالمي: «والمراد بالمفسدة الألم ووسيلته»[٤].

ـ **المصالح**: جمع مصلحة، والمصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى، فهو مصدر لمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع وكل ما كان فيه نفع، سواء كان بالجلب والتحصيل، كاستحصال الفوائد واللذائذ أو بالدفع والارتقاء، كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة[٥].

ويشير السالمي إلى هذا المعنى في سياق حديثه عن مدلول الحكمة فقال: «والمراد بالحكمة تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة، والمراد بالمصلحة: اللذة ووسيلتها... وكل منهما إما نفسي أو بدني أو ديني أو دنيوي...»[٦]. ويلاحظ من تعريف السالمي أن مدلول المصلحة هو اللذة ووسيلتها، سواء كانت دينية أو دنيوية أو نفسية أو بدنية.

والمصلحة عند الفقهاء هي: «المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق»[٧].

---

(١) قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص٢٠٧.
(٢) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ١/ ٤٦٩.
(٣) سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص٢٨٦.
(٤) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١١٩.
(٥) السدلان: القواعد الفقهية، ص ٥٢٠.
(٦) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١١٩.
(٧) الزحيلي وهبة: نظرية الضرورة الشرعية، ص ٥٤.

ويمكن أن تعرف بأنها «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معيَّن فيما بينها»[١].

ومن نِعم الله وفضله على أمة الإسلام أنه أحل لهم الطيبات وحرم عليهم الخبائث، وأحل لهم ما ينفعهم وحرم عليهم ما يضرهم، وما فيه مفسدة دينهم ودنياهم، وإن الفعل البشري مهما سما وكمل، فهو قاصر عن إدراك الحكم في الأمور، ولا يعلمها كلها على الحقيقة إلا العليم الخبير جل وعلا، ولا يكاد يخلو فعل من أفعال البشر من مصالح ومفاسد، والقسمة العقلية لموضوع اجتماع المصالح والمفاسد تقتضي تقسيم الأحوال إلى أربعة:

الأول: أن تزيد المصالح على المفاسد.

الثاني: أن تزيد المفاسد على المصالح.

الثالث: أن تتساوى المصالح والمفاسد.

الرابع: التردد في أيهما الغالب.

وفي الحالتين الأوليين الحكم للغالب منهما، فإذا غلبت المصالح حل الشيء وجاز الفعل، وإذا غلبت المفاسد حرم الشيء ولا يجوز الفعل، كما حرم الله ﷻ الخمر لغلبة المفاسد على المنافع، وقد وضع الفقهاء قاعدة تضبط ذلك فقالوا: إذا تعارضت المصالح والمفاسد قدم الأرجح منها على المرجوح.

أما الحالتين الأخيرتين فهما اللتان تشملهما هذه القاعدة، وهذا من تمام لطف الله بعباده وفضله عليهم ورحمته إذ شرع درء المفاسد وتقليلها، وحث على تحصيل المصالح وتكميلها، فالحمد لله أولاً وأخيراً[٢].

---

(١) البوطي محمد سعيد: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص٢٣.

(٢) علوان إسماعيل، ص ٣٩٠ - ٣٩١.

المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا تعارضت المصالح والمفاسد في فعل شيء أو الكف عنه فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح؛ لأن الشارع الكريم حرص على منع المنهيات، وأكد على ذلك أكثر من تأكيده على تحقيق المأمورات؛ ولأن للمفاسد سرياناً وتوسّعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها[١].

ويؤكد فقهاء الإباضية هذا المعنى، فيقول السالمي: «إذا تعارض دليلان أو عِلَّتان في أحدهما تحصيل المصلحة، وفي الآخر دفع مفسدة، ولم يمكن الجمع بينهما بوجه، قدّم الدافع للمفسدة على الجالب للمصلحة؛ لأن دفع المفسدة أهم من تحصيل المصلحة»[٢].

ويؤكد هذا المعنى في موضع آخر في سياق حديثه عن ترجيح الأدلة من جهة الحكم، فيقول: «يكون الترجيح من جهة الحكم بوجوه منها، أن ما دل على التحريم مقدّم على ما دل على الإباحة، وعلى ما دل على الندب، وعلى ما دل على الوجوب وعلى ما دل على الكراهة... وأما ترجيحه على ما دل على الندب؛ فلأن دفع المفاسد أهم وذلك واضح، فإن دفع الضرر أهم من استجلاب النفع، وأما ترجيحه على الدال على الكراهة؛ فلأن الأخذ بالحظر أحوط فهو أبلغ في درء المفاسد، وأما ترجيحه على الدال على الوجوب؛ فلأن الوجوب لجلب المصالح، والحظر لدفع المفاسد، ودفع المفسدة أهم من جلب المصلحة»[٣].

وتتفق عبارة الراشدي مع السالمي في قوله: «فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم درء المفسدة غالباً، لاعتناء الشارع بالمنهيات»[٤]. ويوضح أن

(١) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٩٩٦ ـ شبير محمد عثمان، القواعد الكلية، ص ١٨٢.
(٢) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ٢٠٥.
(٣) السالمي: المرجع نفسه، ٢/ ٢٠٥.
(٤) الراشدي سفيان: جواهر القواعد، ص ١٤١.

الشريعة جاءت لجلب المصالح ودفع المفاسد، فإذا تعارضت فتدفع المفاسد ولو على حساب المصالح، فيقول: «فمعنى قولنا: (الضرر مزال) محكوم بزواله؛ لأنه مفسدة، وقد جاء الشرع الشريف بدرء المفاسد، ولذا قال بعض العلماء بحصر الفقه بدرء المفاسد وجعل منه جلب المصالح؛ لأنه مشروط بألا تكون مفسدة، فإن كانت قُدّم درؤها على جلب المصلحة»[(١)].

ثالثاً: الضابط في تحصيل المصالح ودرء المفاسد:

إن الفعل إذا تضمن مصلحة مجردة حصلناها، وإن تضمن مفسدة مجردة درأناها، وإن تضمَّن مصلحة من وجه ومفسدة من وجه، فإن استوى في نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة، توقفنا على المرجح وإن لم يستو ذلك، بل ترجح أحد الأمرين تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة فعلناه، «إذ إن العمل الراجح متعين شرعاً، وعلى هذا تتخرج جميع الأحكام عند تعارض المصالح والمفاسد فيها أو عند تجريدها»[(٢)].

يقول العز بن عبدالسلام: «إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما، لقوله: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾ (التغابن: ١٦)، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة»[(٣)].

ويؤكد السالمي هذا المعنى في معرض حديثه عن ترجيح الدليل عند معارضته بأمور خارجية، فيقول: «... ومنها تقديم الأقرب للمعهود، والمراد به ما عهدته العقلاء من جلب المصالح ودفع المفاسد، فإذا تعارض دليلان

(١) الراشدي: المصدر نفسه، ص ١٣٧.

(٢) الطوفي: شرح مختصر الروضة، تحقيق د. عبدالله التركي، ط ١، مؤسسة الرسالة، لبنان، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م، ٣/ ٢١٤ - ٢١٥.

(٣) العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام، ١/ ٩٨.

مدلول أحدهما أقرب لجلب المصلحة، أو أبلغ في دفع المفسدة، رجح على معارضه، فإن تعارض الدليلان وكان أحدهما جالباً للمصلحة والآخر دافعاً للمفسدة، رجح الدافع للمفسدة؛ لأن دفع المفاسد أهم من جلب المصالح»[١].

وينبه ابن عبدالسلام إلى أنه قد تجتمع المفاسد المجردة عن المصالح، فيرشدنا إلى طريقة الموازنة بينها، وذلك «إذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن أمكن درءها درأنا، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل، فإن تساوت فقد يتوقف وقد يتخير، وقد يختلف في التساوي والتفاوت، ولا فرق في ذلك بين مفاسد المحرمات والمكروهات، ولاجتماع المفاسد أمثلة منها:

ـ أن يكره 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 للجمع على وجوب درء المفسدة المختلف في وجوب درئها.

ـ وكذلك لو أكره على الزنا واللواط، فإن الصبر مختلف في جوازه، ولا خلاف في تحريم الزنا واللواط»[٢].

ولكن نجد بعض الفقهاء المعاصرين يرى ترجيح المفسدة على المصلحة إذا تساوتا، ويخالف بذلك غيره من الفقهاء، فيقول: «عند الموازنة بين المصالح والمفاسد تعتبر المصالح إذا كانت غالبة، فتقدم على المفاسد، وتقدم المفاسد إذا كانت غالبة، أما عند التساوي بين المصالح والمفاسد، فتقدم المفاسد على المصالح، أي يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح»[٣].

(١) السالمي: طلعة الشمس، ٢/٢٠٨ - ٢٠٩.

(٢) ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ١/٩٣.

(٣) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص١٨٦.

ولـم يعلـل صاحب هذا الـرأي اختياره وسـبب ترجيح ذلـك، ولعله اعتمد على ما لاحظه من أحكام الشارع أنه يعتني بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات، ولكـن عنـد التأمل والنظر يظهـر مدى وجاهـة رأي الجمهور في تـرك الاختيار للمكلف، إن شاء توقف وإن شاء رجح بين المصالح والمفاسد، والله أعلم.

رابعاً: معيار إدراك المصلحة والمفسدة في الإسلام:

إن الشـريعة المطهرة هي الميزان في تقدير المصالح والمفاسد، ثم الاعتبار باجتهاد الفقهاء المحققين في هذا الباب، وبناء عليه فإن المعيار الصحيح لإدراك المصالح ودرء المفاسد في الإسلام هو القرآن الكريم، وما صح عن النبي ﷺ.

وإذا كان مـن أفضـل نعـم الله تعالـى على عبـاده العقل الراجـح والبصيرة النافذة، لهذا فهو يدرك المصالح ويدرك حسـن الشـريعة وقبح ما خالفها، وبه يعـرف الأمور على ما هي عليـه، ويميز به الحق من الباطل، فإن قدر المكلف على اتباع النصوص لا يعدل عنها وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر[١].

يقـول ابن تيميـة تحت عنـوان «القاعدة العامـة»: «إذا تعارضـت المصالح والمفاسـد والحسنات والسيئات أو تزاحمت، فإنه يجب ترجيح الراجح منها، فيمـا إذا ازدحمـت المصالـح والمفاسـد، فإن الأمـر والنهـي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسـدة، فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته، لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشـريعة، فمتى قدر الإنسـان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهـد برأيه لمعرفة الأشـباه النظائر، وقـلّ أن تجوّز النصوص من يكون خبيراً بها وبِدلالتها على الأحكام»[٢].

(١) الندوي: القواعد الفقهية، ص٣١٣ ـ السدلان، القواعد الفقهية، ص٥١٧.

(٢) ابن تيمية: مجموع فتاوى شيخ الإسلام، ج٢٨/ ٢٩.

«فسواء أكان معرفة الحكم هو النص الصريح المباشر في القرآن الكريم أم السُّـنَّة أم اجتهاد المجتهدين، فإن الله ﷻ هو مصدر الشرائع والأحكام؛ لأن دور المجتهد ينحصر في إبراز حكم الله، والكشف عنه بطريق الاستنباط العقلـي ضمن مقاصد الشـريعة وحسـب روحها العامـة[١]، إلا أن ما يكون متفقـاً مع الحكمة ومحققـاً للمصلحة، فما أباحه فهـو نافع وما حرمه فهو ضار خبيث، وقد تأكدت هذه الحكمة باسـتقراء الأحكام الشرعية وفهمها، فإنها كلها شـرعت لتحقيق مصلحة الإنسـان، إما لجلـب النفع له أو لدفع الضرر عنه، فما جعله الشـرع مباحاً مأذوناً أو واجباً مفروضاً على الإنسـان فهـو إمـا نافـع له نفعـاً محضـاً، أو أن نفعه أكثـر من ضـرره، أو أنه محقق للمنفعـة لأكبـر مجموعة من النـاس، وما جعله الشـرع حرامـاً أو مكروهاً فلأنه شـر محض، أو لأن ضرره أكثر من نفعه، أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس»[٢].

ولهذه المعاني كلها وجب أن يكون مقياس اعتبار المصلحة والمفسدة، ومعيـار النفـع والضرر تقديم الشـرع الحكيم وهـو الله ﷻ لما في ذلك من ثبـات وخلـود وضمان أكيـد لمصلحة الفـرد والجماعة، وتهيئة الإنسـان في الحياة الأخرى[٣].

وفـي الحقيقة إن إدراك معاني المصالح والمفاسـد مبني على فهم مقاصد التشـريع الحكيـم، ومن المعلوم أن حظـوظ الفقهاء متفاوتة فـي هذا المجال،

(١) ذكـر الفقيـه باجو فـي كتابه منهج الإجتهاد عنـد الإباضية أن أبا العبـاس أحمد بن محمد بن أبي بكر الفرسـطائي اهتم في كتابه «تبيين أفعال العباد» بالاجتهاد المقاصدي، وبناء الأحكام على اعتبار النوايا التي تصدر عنها من الأفعال، وبلغنا أن الكتاب محقق ولا يزال مخطوطاً، يراجع: منهج الاجتهاد عند الإباضية، ص٤٨.

(٢) الشـاطبي: الموافقـات، ٢/ ٢٥. ـ ابـن قيـم الجوزية، إعـلام الموقعيـن، ١/ ٣٨٨. ـ الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية، ص١٥ - ١٦.

(٣) الشاطبي: المصدر نفسه، ٢/ ٣٧ وما بعدها، الزحيلي وهبة، المرجع نفسه، ص١٨.

فبقدر ما يرسخ الفكر المقاصدي في ذهن الفقيه تتسع آفاقه في دراية المصلحة أو المفسدة[١]، وإلى هذا المعنى يشير النص الآتي من «قواعد الأحكام»، ومما جاء فيه «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك، ومثل ذلك أن من عاشر إنساناً من الفضلاء الحكماء العقلاء فهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر، ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته وألفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة، ولو تتبعنا ما في الكتاب والسُّنَّة لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقه وجله، وزجر عن كل شر دقه وجله»[٢].

ويشير وهبة الزحيلي إلى جانب هام في تقدير النفع والضرر في الأشياء فيقول: «وأما إن ارتبط تقديم النفع والضرر بإرادة بشرية فإن الأنظمة تكون غالباً عرضة للعبث والتلاعب، والإخلال بالمصلحة العامة؛ لأن ما يتخيله الناس نفعاً أو ضرراً يتأثر عادة بالأهواء والأغراض الخاصة، أو يكون محصوراً في دائرة ضيقة، أو منظوراً إليه من زاوية معينة، أو قاصراً غير شامل، مما يجعل التشريع مطعوناً فيه بالنقص، أو عرضة للتغير والتبدلات التي لا صلة لها بتغير وجه المصلحة، وعندئذ تسوء الحال، ويعم الفساد، وتضطرب الأوضاع، ويكثر التبرم والسخط، لا سيما على الأخص عند التأثر بالأهواء الخاصة، فقد يرى الإنسان ما هو ضار نافعاً، فيستحل السرقة أو شرب الخمر مثلاً، وقد قد يرى ما هو نافع ضارّاً، فيجد في الزكاة مثلا نقصاً لماله مع أنها تطهير للمال، وقضاء على الفقر، كما يرى الرجل الخروج إلى الجهاد ضارّاً به

(١) الندوي: القواعد الفقهية، ص ٣١٤.
(٢) ابن عبدالسلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٦٠.

مـع أن فيـه رعاية لمصالح الجماعة، وحماية البلاد»[١]، قال تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ (المؤمنون: ٧١).

ولهذا كان لزاماً على المسلم أن يتجنب أوّلاً ما حرمه الشارع أو نهى عنه قبل أن يفعل ما أمر به؛ لأن «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، وذلك لتجنيـب الناس الوقوع في الضرر والمفاسـد القبيحة التـي تؤذيهم في أموالهم وأنفسـهم وأعراضهم وعقولهم، ومعلوم أن الإسلام لم يحرّم شيئاً على الناس إلا أحلَّ خيراً منه، مما يسد مسده ويغني عنه، مما يدل على سماحة هذا الدين وإرادته الخير والهداية والرحمة للعالمين[٢].

خامساً: تأصيل القاعدة:

استدل الفقهاء على هذه القاعدة بأدلة من القرآن والسُّنَّة كلها تحث وتوجه إلى معانيها، نذكر منها:

أ ـ من القرآن الكريم:

ومن النصوص القرآنية التي يمكن الاستئناس بها في تقرير هذا الأصل:

١ ـ قولـه تعالـى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ (البقرة: ٢١٩).

وجه الاستدلال بالآية:

لا شـك أن منفعة الخمر في الاتجار بها والانتفاع بثمنها، ومنفعة الميسـر فيما يأخذه المقامر من المقمور، وإثمهما في إفسـاد العقل والإضرار بالصحة، وإحـداث الشـقاق بين الناس المؤدي إلـى تفريق كلمة المسـلمين والصدّ عن

(١) الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص١٨.

(٢) السدلان: القواعد الفقهية، ص٥١٩.

ذكر الله وعن الصلاة، ولا شك أن هذا الإثم أكبر من ذلك النفع فوجب درء مفسدة الإثم على جلب مصلحة النفع[١].

جاء في تفسير المنار في قوله تعالى: ﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ (البقرة: ٢١٩)، وهذا القول إرشاد للمؤمنين إلى طريق الاستدلال، فكان عليهم أن يهتدوا منه إلى القاعدتين اللتين تقررتا في الإسلام «قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» «وقاعدة ترجيح ارتكاب أخف الضررين إذا كان لا بد من أحدهما...»[٢]

٢ ـ ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ﴾ (الأنعام: ١٠٨).

وجه الاستدلال بالآية:

إن في سبِّ آلهة الكفار مصلحة وهي: تحقير دينهم وإهانتهم لشركهم بالله ﷻ، ولكن لما تضمن ذلك مفسدة وهي: مقابلتهم السبّ بسبّ الله ﷻ نهى الله ﷻ عن سبهم درءًا لهذه المفسدة[٣]، كما أن الآية تفيد أيضاً أن نهي الله ﷻ عباده المؤمنين أن يسبوا أوثان المشركين يترتب عليه ضرر أشد؛ لأنه علم أنهم إذا سبوها نفر الكفار عن الإسلام، وازدادوا كفراً بسبّهم، وقد روي في سبب نزول الآية عن ابن عباس رضي الله عنه أن المشركين قالوا: يا محمد لتنتهينّ عن سبِّك آلهتنا أو لنهجونّ ربك، فنهى الله أن يسبوا أوثانهم، فيسبوا الله عدْواً بغير علم، وروي عن قتادة نحوه[٤].

---

(١) العزبن عبدالسلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١/ ٩٨. ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٧٨.

(٢) محمد رشيد رضا، تفسير المنار المسمى بتفسير القرآن الحكيم، ٢/ ٢٣٢.

(٣) البورنو: الوجيز، ص ٢٦٥.

(٤) الواحدي: أسباب النزول، ص ٢٥٥.

قال القرطبي في تفسيره: «قال العلماء حكمها باق في هذه الأمة على كل حال، فمتى كان الكفار في منعة وخِيف أن يسب الإسلام أو النبي ﷺ أو الله ﷻ، فلا يحل لمسلم أن يسب صلبانهم، ولا دينهم، ولا كنائسهم، ولا يتعرض إلى ما يؤدي إلى ذلك؛ لأنه بمنزلة البعث على المعصية...»[(١)].

ومن هنا نخلص إلى القول أن الآية الكريمة يستفاد منها أن مفسدة سب الله تعالى المترتبة على مصلحة سب آلهة المشركين، وإعلان البراءة منها، مقدمة على هذه المصلحة، فيجب على المسلم أن يمتنع عن هذه المصلحة إذا كانت تؤدي إلى مفسدة أو نحوها.

ب ـ من السُّنَّة النبوية:

أما السُّنَّة ففيها أحاديث كثيرة يمكن الاستدلال بها لهذه القاعدة فمن ذلك:

١ ـ ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**دعوني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم**»[(٢)].

وجه الاستدلال بالحديث:

قال الحافظ ابن حجر «قال النووي: هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام واستدل به على أن اعتناء الشرع بالمنهيات فوق اعتنائه بالمأمورات؛ لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك، وقيد في المأمورات بقدر الطاقة»[(٣)].

---

(١) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ص ٧/ ٦١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٦)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسُّنَّة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، ص ١٢٩٤، رقم: ٧٢٨٨، كما رواه الإمام مسلم في صحيحه بنحوه في (٤٣)، كتاب الفضائل (٣٧) باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه... ص ١٠٢٢ رقم ١٣٠.

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ١٣/ ٢٦٢، النووي، الشرح على مسلم، ٩/ ١٠٢.

جاء في جامع العلوم والحكم «قال بعض العلماء: هذا يؤخذ منه أن النهي أشد من الأمر؛ لأن النهي لم يرخّص في ارتكاب شيء منه، أما الأمر فقيّد بالاستطاعة وروي هذا عن الإمام أحمد»[١]. وقال ابن رجب: «والتحقيق في هذا: أن الله لا يكلف العباد من الأعمال ما لا طاقة لهم به، فقد أسقط عنهم كثيراً من الأعمال بمجرد المشقة رخصة عليهم ورحمة بهم، وأما المناهي فلم يعذر أحداً بارتكابها بقوة الداعي والشهوات بل كلفهم تركها على كل حال، وأن ما أباح أن يتناول من المطاعم المحرمة عند الضرورة ما تبقي معه الحياة لا لأجل التلذذ والشهوة، ومن هنا يعلم صحة ما قاله الإمام أحمد: إن النهي أشد من الأمر...»[٢].

٢ ـ حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن الوصال: قالوا إنك تواصل، قال: «**إني لست كهيئتكم، إني أُطعم وأُسقى**»[٣]. والوصال أن يصل صيام يومين وأكثر من غير أن يفطر بينهما، وقد نهى عنه ﷺ لما فيه من مفسدة إضعاف قوة البدن التي تسبب له القعود عن كثير من العبادات، فيفوته بذلك من الأجر أكثر مما يحصل له بالوصال.

وبالجملة فإن جميع ما نهى الله تبارك وتعالى عنه إنما نهى عنه لتضمنه من المفاسد ما اقتضى بتحريمه والنهي عنه؛ لأن الشارع لا يأمر إلا بما مصلحته خالصة أو راجحة، ولا ينهى إلا عما مفسدته خالصة أو راجحة[٤].

ولأن للمفاسد سرياناً وتوسّعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخر لها،

---

(١) ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم، ١/ ٢٤٦.

(٢) ابن رجب: المرجع نفسه، ١/ ٢٤٩.

(٣) متفق عليه واللفظ لمسلم، أخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب النهي عن الوصال في الصوم، (٢/ ٧٧٢) وأخرجه في كتاب الصوم، باب بركة السحور من غير إيجاب... (٤/ ١٣٩) مع الفتح.

(٤) السعدي: القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، ص ٥.

فإذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواعي تقتضي تسويغه يرجح منعه؛ لأن «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»[١].

٣ ـ حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصينا» [٢].

وجه الاستدلال بالحديث:

ففي هذا الحديث نهى النبي ﷺ هذا الصحابي عن التبّتل وهو الانقطاع للعبادة، وترك أمور الدنيا كلها من طلب المعايش والنكاح ونحو ذلك[٣]. نهاه عن ذلك لما فيه من مفسدة تعريض نفسه للفتنة والسآمة بسبب التشدد، وتقليل عدد المسلمين بالإعراض عن النكاح الذي هو سبب التكاثر، وزيادة عدد الأمة وتكثير سوادها، نهى عنه مع ما قد يكون فيه من مصلحة خاصة بالمتبتل من صفاء ذهنه، وخلوه عن الشواغل، مما يساعده على التفكير في خلق الله وعظمته، وزيادة إيمانه لكثرة عبادته، وصلاح نيته لانقطاعه عن الناس، ولكن هذه المصلحة الخاصة عارضتها مفسدة متعدية كما تقدم، ولو قُدّر أن النبي ﷺ أباح لهم التبتل واختصُوا بعد ذلك؛ لئلا يفكر أحد منهم بشهوة النساء، فكيف يكثر سواد المسلمين؟ وكيف تقوى شوكتهم، ويهابهم عدوهم؟[٤].

٤ ـ حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ يسألون عن عبادة النبي ﷺ فلما أُخبِروا وكأنهم تقالوها فقالوا: وأين

(١) الزرقاء: المدخل الفقهي، ٢/ ٩٩٦، ٩٩٧، الراشدي. ـ جواهر القواعد، ص ١٤١. ـ السدلان، القواعد الفقهية، ص ٥٢٢.

(٢) متفق عليه واللفظ لمسلم أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، واشتغال من عجز عن المُؤن بالصوم (٢/ ١٠٢٠) وأخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء، (٩/ ١١٧) مع الفتح.

(٣) ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث، ١/ ٩٤.

(٤) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية، ص ٣٨٦.

نحن من النبي ﷺ وقد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، وقال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً، وقال الآخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء ولا أتزوج أبداً، وجاء الرسول ﷺ إليهم فقال: «**أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سُنّتي فليس مني**»[(١)].

وجه الاستدلال بالحديث:

ففي هذا الحديث يَهُمَّ كُلٌّ من هؤلاء الثلاثة من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ بعمل صالح، ويظهر أن لهم فيه مصلحة، ككثرة العبادة، وزيادة الأجر، والقرب من الله تعالى بذلك، إلا أن النبي ﷺ عَدَّ ما همُّوا به من الأعمال خروجاً من هديه وسُنّته، وأمرهم باتباعه، وهو ﷺ أخشى الله منهم، وأتقاهم له، ومع ذلك لم يفعل ما همّوا به، ولننظر ما هموا به من الأعمال، هل فيه مفسدة؟ أم أنه مصلحة خالصة؟

فالأول: قيام الليل فهو لا شك من الأعمال الصالحة التي تزيد المؤمن من الله قرباً وتزيده خشوعاً، إذ يقوم يناجي ربه والناس نيام لا سيما إذا وافق الثلث الأخير من الليل الذي هو من أوقات إجابة الدعاء، وقد كان النبي ﷺ يقوم من الليل ما شاء الله، وقد قام من أوّله ووسطه وآخره[(٢)].

وأما ما هَمَّ به هذا الصحابي، وهو قيام الليل كله دائماً فهو مخالف لِهدْي النبي ﷺ في هذه العبادة، ولذلك نهاه عنه، فإن في قيام الليل كله دائماً مفاسد

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح (٩/ ١٠٤) مع الفتح، ومسلم في كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤونة (٢/ ١٠٢٠).

(٢) كما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «مِن كُلِّ الليل قد أوتر رسول الله ﷺ من أول الليل ووسطه وآخره فانتهى وتره إلى السحر». متفق عليه واللفظ لمسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها (١/ ٥١٢) وأخرجه البخاري في كتاب الوتر باب ساعات الوتر (٢/ ٤٨٦) مع الفتح.

على بدن القائم وعلى أهله، وقد أمر النبي ﷺ أن يعطي المكلّف كل ذي حق حقه[١]، فيعطِي بدنه حقه من الراحة والنوم، ليستعين به على العبادة، ويعطي أهله حقهم منه بالمبيت عندهم، وله في ذلك أجر والحمد لله.

وأما **الثاني**: فالصيام ولا شك أنه من أحب الأعمال إلى الله ﷻ وأجره عظيم عنده كما جاء ذلك في أحاديث كثيرة من السُّنَّة، ولكن لما كان مراد هذا الصحابي صيام الدهر أبداً نهاه النبي ﷺ عن ذلك؛ لأن فيه من المفاسد ما يضر ببدنه ويضر بغيره، فإن تتابع الصيام بهذا الشكل يضعف البدن جدّاً، وربما كان سبباً لقعوده عن واجبات أخرى من الدين كانت أحب إلى الله من صيام التطوع، فالجهاد في سبيل الله ﷻ لنشر دينه هو ذروة سنام الإسلام، ولا شك أن متابعة الصيام أبداً تضعف قوة المسلم، وتقعده عن الجهاد، ولذلك ثبت أن النبي ﷺ أفطر هو وأصحابه من صيام الفرض في رمضان لمَّا لاقوا العدو؛ ليكون ذلك أنشط لهم، وأقوى لأجسامهم[٢].

أما **الثالث**: فهو الذي همَّ بترك سُنَّة الله في خلقه، وهي الزواج الذي جعله الله سبباً لدوام الجنس البشري، وعمارة الكون، وحث عليه النبي ﷺ لإحصان الفروج، وغض الأبصار، وإكثار سواد الأمة، وزيادة عددها، فظن هذا الصحابي أن ترك الزواج قربة لله ﷻ، لِما به من ترك الملذات، فنهاه النبي ﷺ عن ذلك، وأمره بالاقتداء به إذ هو القدوة لهم، وقد تزوج النبي ﷺ عدة زوجات.

---

(١) جاء هذا المعنى في حديث أبي جحيفة في ذكر مؤاخاة النبي ﷺ بين سلمان الفارسي وأبي الدرداء ﷺ وفيه حادثة بينهما، أخرجه البخاري في كتاب الصوم باب من أقسم على أخيه ليفطر في التطوع. (٤/ ٢٠٩) مع الفتح.

(٢) جاء ذلك في حديث عمر بن الخطاب ﷺ قال: غزونا مع رسول الله ﷺ غزوتين في شهر رمضان يوم بدر ويوم الفتح فأفطرنا فيهما، أخرجه الترمذي في كتاب الصوم، باب ما جاء في الرخصة للمحارب في الإفطار (٣/ ٤٠٠) مع التحفة وأحمد (١/ ٢٢) وقد ضعف الشيخ الألباني إسناد الترمذي في ضعيف سنن الترمذي، ص ٨١.

٥ ـ حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: «**يا عائشة، لولا أنّ قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهُدّم، فأدخلتُ فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين، باباً شرقيّاً، وباباً غربيّاً، فبلغت به أساس إبراهيم**»[(١)].

وجه الاستدلال بالحديث:

ففي هذا الحديث دلالة ظاهرة على معنى هذه القاعدة؛ إذ ترك النبي ﷺ مصلحة بناء البيت العتيق على أسس إبراهيم عليه السلام ؛ لأنه توقع مفسدة خشيَ وقوعها إن هو هدمه وبناه عليها، وهي نفور الناس عن الإسلام، أو رِدَّتهم بسبب هذا الفعل، فقدم النبي ﷺ درء هذه المفسدة على جلب تلك المصلحة[(٢)].

سادساً: الفروع المتخرجة على القاعدة:

وردت في المصادر الفقهية الإباضية مسائل عديدة تخرجت على هذه القاعدة نذكر منها:

أ ـ في باب العبادات:

١ ـ حضور النساء والصبيان صلاة العيدين:

يستحب في صلاة العيدين حضور النساء والصبيان مع الرجال في المصليات، فإنه ثبت أن الرسول ﷺ أمرهم أن يخرجوا إلى الجبّان ويخرج النساء والعبيد والصبيان[(٣)] وقد بين العلماء المقصد والحكمة من ذلك، «فأما

---

(١) متفق عليه واللفظ للبخاري، أخرجه في كتاب الحج باب فضل مكة وبنيانها وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ﴾ (البقرة: ١٢٥) (٣/ ٣٤٣٩) مع الفتح وفي مواضع عدة من الصحيح، ففي كتاب العلم رقم: ١٢٦، وفي كتاب أحاديث الأنبياء، رقم: ٣٣٦٨. وفي كتاب التفسير رقم: ٤٤٨٤، وفي كتاب التمني رقم: ٧٢٤٣ مع الفتح وأخرجه مسلم في كتاب الحج باب نقض الكعبة وبنائها (٢/ ٩٦٨).

(٢) علوان إسماعيل، القواعد الفقهية، ص ٣٩٠.

(٣) رواه البيهقي، كتاب صلاة الخوف، باب الأكل قبل الغدو، رقم: ١٩١٢، وأورده الشافعي (مسنده)، كتاب العيدين، رقم: ٣٠٠، عن صفوان بن سليم.

الصبيان فلِيعرفوا شرائع الإسلام، ولِيعظموا شعائر الله، ولِيقتدوا بأهل الخير ولِتشملهم بركة اليوم، أما النساء فلِشهودهن الخير، وحضورهن دعوة المسلمين، ورجاء بركة ذلك اليوم وطهرته»[١]

فقد ثبت في السُّنَّة أن أم عطية: قالت «أمرنا أن نخرج العواتق وذوات الخدور»، وفي رواية عنها قالت: «أمرنا أن نخرج الحيّض يوم العيد وذوات الخدور، فيشهدن جماعة المسلمين ودعوتهم، وتعتزل الحيّض عن مصلاهن»[٢].

واختلف الإباضية وغيرهم في وجوب خروج النساء للمصلى، وأكثر القول أنه غير واجب بل مستحب، وقيل بوجوبه لظاهر الأمر[٣]. ولكن لما تغيرت الأحوال عبر الأزمان وأحدث الناس أموراً لم تكن من قبل، كاختلاط الرجال بالنساء ومعاكستهن ومضايقتهن في الطرقات، وقلّ الحياء وأظهرت النساء زينتهن للرجال، وافتتنوا بهن كرّه بعض الفقهاء خروجهن، بل منعه بعضهم درءًا للمفسدة وسدّاً لذريعة الفساد، فخروجهن دون فتنة فيه مصلحة ولكن ما دام فيه ضرر «فدفع المفسدة أولى من جلب المصلحة».

نقل السالمي أقوال الفقهاء في هذه المسألة وأشار إلى اختلافهم فقال: «ثم اختلف القائلون بالاستحباب في خروجهن، فرخص فيه بعضهم وكرهه آخرون لخبر عائشة: «لو علم رسول الله ﷺ ما أحدثت النساء بعده لمنعهن المساجد»[٤]. وقال أبو حنيفة: ملازمات البيوت لا يخرجن.

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ١١/ ٧١- ٧٢.

(٢) رواه البخاري، كتاب الحيض، باب شهود الحائض العيدين، رقم: ٣٢٢، ومسلم، كتاب صلاة العيدين، باب ذكر إباحة خروج النساء في العيدين...، رقم: ١٥٢٠، عن أم عطية.

(٣) السالمي: المرجع نفسه، ١١/ ٧١، ٧٢.

(٤) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الأذان، أبواب صفة الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس حديث: ٨٤٥، عن عائشة، ولفظه: «عن يحيى بن سعيد، عن عمرة، =

ورد عليه ابن حجر: بأن ذلك قد ثبت في السُّنَّة، ومجرد احتمال النسخ لا يجدي، إذ لا بد في النسخ الذي زعمه من تحقق معرفة الناسخ ومعرفة تأخره عن المنسوخ.

وأجيب: بأن ذلك كان أول الإسلام والمسلمون قليل فأريد التكثير بهن إرهاباً للعدو، ومراده أن المسبب بزوال السبب ولذا أخرجت المؤلفة قلوبهم من مصرف الزكاة.

قال إبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري[١]: لا نعرف خروج الشابة، قال أصحاب الرأي: يرخص للعجوز الكبيرة. وقيده بعض المتأخرين: بأن تكون غير مشتهاة في ثياب بذلة بإذن حليلها مع الأمن من المفسدة بأن لا يختلطن بالرجال، ويكن خاليات من الحليّ والحلل والبخور والشموم، والتبختر والكشف ونحوها مما أحدثن في هذا الزمان من المفاسد.

وقال أبو سعيد (من الإباضية): لا أعلم أحد من أصحابنا كره ذلك لهن سواء كانت بكراً أو ثيباً»[٢].

ورد عليه السالمي بقوله: «قلت لكن ما ذكروه من التعليل قاض بالكراهة وقد تقدم قول عائشة في منعهن من المساجد باختلاف الأحوال، وقد كره خروجهن بعض المتأخرين أيضاً لخوف المفاسد المتولدة من خروجهن على الشرع إنما أمرهن بالخروج لما تقدم من المصالح وإن كان خروجهن على خلاف ذلك اقتضى الكراهة، بل المنع والأحوال تختلف ولكل نازلة حكم»[٣].

= عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل» قلت لعمرة: أوَمنعن؟ قالت: «نعم». ورواه مسلم، كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة، حديث: ٧٠٥.

(١) يحيى بن سعيد الأنصاري القطان من رواة الحديث، لم نقف على ترجمة مفصلة له.

(٢) السالمي: معارج الآمال، ١١/ ٧٢، ٧٣.

(٣) السالمي: المصدر نفسه.

مجمل القول:

مما تقدم يظهر أن ما ذهب إليه السالمي وغيره من المتأخرين هو الرأي الأعدل والأقرب للصواب، وينبغي العمل به في هذا العصر بعد انتشار الفساد بين الرجال والنساء، وضعفت الفضيلة، وقلّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وتعطلت الأحكام، فاقتضى الحال منع النساء من الخروج مع الرجال إلى صلاة العيدين، إلا إن أقيمت في المساجد دون اختلاط، وإن كان ولا بد فيسمح للقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً دون زينة مع مراعاة الآداب الشرعية في اللباس والمشي والاحتشام، وذلك سدّاً لباب الفتنة ودفعاً للفساد.

أما الصبيان فيستحب استصحابهم لصلاة العيدين في المصليات والمساجد، فإن ظهر منهم فساد أو نجاسات وجب منعهم وتأديبهم صيانة لحرمة المساجد. قال الثميني في هذا الشأن: «وعلى الأطفال ألا يدخلوا المساجد ولا تجعل محاضر لهم، ويمنع كل من خيف منه إفسادها أو تنجيسها من دخولها، وعلى النساء أن لا يدخلنها بعطر يفتن عمارها»[(١)].

فإن سلم حال هؤلاء الصبيان والنساء من المفاسد كان الخروج مأموراً به لا محالة، ما دام قد ثبت بالنص وفيه تحقيق للمصالح المشروعة، وذلك إعمالاً للقاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

٢ ـ حكم التيمم للمشتغل بتنجية الأنفس والأموال:

قد يتعرض البعض في سفرهم إلى مفاسد كثيرة ومشاق جمة كانعدام الماء والعطش الشديد، وقطاع الطرق والاعتداء على الأنفس والأموال، وتتعسر عليهم الصلاة، فهل يشتغلون بطلب الماء لأداء الصلاة، أم يقتصرون على التيمم، ويشتغلون بحراسة أنفسهم وأموالهم، أو بِردِّ العدوان عند الهجوم عليهم؟ وقد يجدون ماء ولكن لا يملكون المال الكافي لشرائه،

(١) الثميني: الورد البسام، ص١١٩.

فهل يجب عليهم بذل كل مالهم لأجل إنقاذ أنفسهم من هلاك العطش وأداء فرض الصلاة؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسائل، فذهب أكثر الإباضية إلى جواز التيمم لأجل إنقاذ النفس والمال من الهلاك؛ لأن في إتلافها مفسدة وشريعتنا تنهانا أن نعرض أنفسنا وأموالنا للهلاك قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (البقرة: ١٩٥)، ومن مقاصد الشريعة حفظ النفس والمال. وذهب بعضهم إلى جواز بذل المال لأجل صلاح الدين والنفس، ولذلك أوجبوا على فاقد الماء أن يشريه لأجل إنقاذ نفسه من العطش وأداء فرض الوضوء والغسل؛ لأن في ذلك مصلحة لحفظ النفس والدين.

ذكر السالمي في سياق حديثه عن الحالات التي تجب فيها إعادة الصلاة لمن اشتغل بفعل خارج عنها، فقال: «ولهم قول آخر وهو أنه إن اشتغل بإصلاح ماله أعاد»، وعقب عليه بقوله: «وكأنّ هذا القائل رأى أن المال يبذل لصلاح الدين، وكأنه مبني على قول من يوجب شراء الماء للوضوء إن لم يجده إلا بالشراء»[(١)].

وقد أشار ابن بركة إلى هذا الرأي في «الجامع» في سياق حديثه عن إنقاذ النفس والمال فقال: «وإذا وجب فداء النفس بالمال كان بالقليل أو بالكثير، ألا ترى أن الفقهاء جميعاً أوجبوا عليه أن يشتري الماء بالثمن الكثير مع وجود البدل وهو الصعيد، فإذا امتنع بالغلاء لم يكن عليه، وغلاؤه أن يدفع في ثمنه ما يخاف أن يضره إخراجه من ماله، فإحياء نفسه أولى، وكذلك لو وجده بملكه كله ليشرب من خاف على نفسه الموت من العطش أن يشتريه بجميع ماله ولا يقتلها، وهو يقدر على فدائها وكان على صاحب الماء أن يرد عليه قيمة الماء في موضعه...»[(٢)].

(١) السالمي: المصدر نفسه، ١/ ٢١٩.

(٢) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٩٤.

وما ذهب إليه ابن بركة من إجماع الفقهاء في وجوب شراء الماء للوضوء مع وجود البدل، أو شرائه لإنقاذ نفسه ولو بجميع ماله فيه نظر، فالصلاة دون وضوء مفسدة، ولكن شراء الماء بأغلى الأثمان مفسدة أعظم منها، فهنا ترجح المفسدة الأخف وهي الصلاة بالتيمم لدفع مفسدة أعظم وهي إنفاق كل المال لشراء الماء، إلا إن خاف هلاك نفسه بالعطش، فهنا يجب عليه بذل ماله لإنقاذ نفسه من الموت فإن حفظ النفس أولى من حفظ المال.

ويبدو أن ابن بركة لا يوافق رأي الجمهور في شراء الماء ولو بأعلى الأسعار لأجل الطهارة، ففي هذه الحالة يرخص له في التيمم حفاظاً على ماله، وهذا ما يستفاد من عبارته «فإذا امتنع بالغلاء لم يكن عليه»[١].

وكذلك إذا بذل ماله لشراء الماء لإنقاذ نفسه من الهلاك ألزم البائع أن يرد للمشتري الزيادة التي دفعها فوق قيمة الماء المعروفة؛ وذلك حفاظاً على ماله من الضياع؛ لأنه مفسدة ومنعاً للبائع من استغلال حاجة الناس برفع الأسعار فيقول: «وكان على صاحب الماء أن يرد عليه فضل قيمة الماء في موضعه»[٢].

الرأي المختار:

وعند التأمل في النصوص المتقدمة نجد أن أصحاب الرأي الأول أقرب للصواب؛ لأن الاشتغال بإنقاذ النفس والمال ضرورة تقتضي التيسير ورفع الحرج، وفي إلزام مَن غُصب ماله واعتديَ عليه أن يصبر ولا يقطع صلاته حرج ومشقة، وكذلك من فَقد الماء ويُلزم ببذل جهده في البحث عنه، ولو اضطر إلى بذل ماله لشرائه ولو مع ارتفاع سعره، ولا ريب أن في هذا الأمر مشقة كبيرة يترتب عنها مفاسد جليّة، فهنا يتعيّن درء المفسدة قبل جلب المصلحة ولو أدى إلى تأخرها أو فواتها، وفي تنجية الأنفس من الهلاك والأموال من التلف والضياع حفاظاً لها ورعاية لمصالح الناس، ولذلك يترجح

(١) ابن بركة: المصدر نفسه.

(٢) ابن بركة الجامع، ١/ ١٩٤.

لدينا رأي الجمهور في جواز قطع الصلاة لإنقاذ الأنفس والأموال، والاكتفاء بالتيمم بدل الوضوء والغسل عند فقد الماء، وللخروج من الخلاف يستحب إعادة الصلاة قبل فوات وقتها إذا وجد الماء احتياطاً.

ويشير الشماخي ما يفيد هذا المعنى مجسداً لهذا المقصد عند حديثه عن الأسباب المبيحة للتيمم، فيقول: «وكذلك تنجية الأموال على هذا الحال مثل قوم غارت عليهم غارة فأخذت أموالهم فاشتغلوا بِطلبها، وإن لم يردوا أموالهم فإنهم يجزيهم التيمم؛ لأن تنجية الأموال عندهم والأنفس أوجب من طلب الماء للوضوء، ألا ترى إلى حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «سافرنا مع رسول الله ﷺ في بعض أسفاره حتى إذا كُنا بالبيداء انقطع عقد لي، فأقام رسول الله ﷺ على التماسه، وأقام الناس معه، وليسوا على ماء ولا ماء معهم، فأتى الناس أبا بكر فقالوا له: ألا ترى ما صنعت ابنتك بالناس؟ أقامتهم على غير ماء، فجاء أبو بكر إليّ ورسول الله ﷺ واضع رأسه على فخذي قد نام فقال: قد حبستِ رسول الله ﷺ والناس على غير ماء ولا ماء معهم، قالت: فعاتبني أبو بكر وقال ما شاء الله أن يقول، وجعل يطعن بيده في خاصرتي ومنعت نفسي من الحركة لمكان رأس رسول الله ﷺ حتى أصبح على غير ماء، فأنزل الله آية التيمم، قالت: فبعثنا البعير الذي كنت عليه فوجدنا العقد»[(١)]»[(٢)].

وعقب الشماخي على هذا النص لِبيان أهمية الحفاظ على المال ولو كان للغير؛ لما فيه من المصلحة؛ ولأنه من مقاصد الشريعة، وإتلافه فيه مفسدة، فقال: «ألا ترى إلى رسول الله ﷺ إنما أقام على غير ماء لأجل العقد، وهو مال الغير؛ لئلا يذهب، فجعل اشتغاله بحفظ المال أعظم من اشتغاله بطلب الماء»[(٣)].

---

(١) رواه البخاري، كتاب المناقب، باب قول النبي ﷺ: **لو كنت**، رقم: ٣٤٩٠، ومسلم، كتاب الحيض، باب التيمم، رقم: ٥٧٦، عن عائشة.

(٢) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢٧٩ - ٢٨٠.

(٣) الشماخي: المرجع نفسه، ١/ ٢٨٠.

٣ ـ باب القضاء والإثبات:

شرع الإسلام الحدود لردع المعتدين، وزجر مَن تُسوّل له نفسه الاعتداء على غيره في النفس أو المال، ولكن قد يتمادى المجرمون في إجرامهم إذا تعطلت الأحكام، واكتفى الحاكم بطلب البيّنة من المدعي واليمين على المنكر، فيعمّ الفساد وينعدم الأمن والسلام، ولذلك ذهب أهل العلم إلى وجوب تطبيق الحدود على المجرمين لقطع شأفة الفساد، ونشر الأمن في المجتمع؛ لأن «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»، فلا يجوز مراعاة ظروف الظالمين على حساب المصلحة العامة.

ورد على السالمي سؤال في هذا المعنى مفاده «أنّ لصوصاً ـ قبَّحهم الله تعالى ـ إذا سرقوا يزعمون لِأرباب الأموال أنَّا نعطيكم الشرع، وهم قد عرفوا المسألة أنّ على المدعي البينة وعلى المنكِر اليمين، كما قال ﷺ حتى صارت عندهم كالتواتر، فهل يصح لأحد أن ينتظر المصلحة، ويقول إنّ على من ثبت ماله عند فلان يمين، كأنه عليه أن يسلمه، والجزاء خصوصاً إذا كان المسروق ثقة عند المسلمين، أو لا يصبح ذلك، وعندي أن هذه أقطع للمفاسد في بلادنا المريضة...»[١].

فكان جوابه: «المفسدة في ترك الشرع أعظم منها في فعل اللصوص، أَتدرأُ المفاسد بترك الأحكام؟

كلا والله ما هذا إلا جور آخر فوق الأول، ألا أدلّك بما تقطع به المفاسد من أصلها، استعمال الشريعة من أهلها كقطع الأيدي والأرجل، وقطع الرؤوس، وإزهاق النفوس، وليس الشرع مقصوراً على بينة ويمين، بل هذا بعض الشرع، وبقيت أبواب الشريعة أخرى بها تدرأ المفاسد وتجلب المصالح في الدين والدنيا، لكن عجز أهل زماننا عن فتحها فاقتصروا على اليمين، فظن العوام ومَن لا خلاق له من الجهال أنّ ذلك هو الشرع لا غيره، فقبَّحوا محاسن الشريعة...»[٢].

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٣٢٣.

(٢) السالمي: المرجع نفسه.

ويتضح من عبارة السالمي أن درء المفاسد يكون بتطبيق أحكام الشريعة، وإقامة الحدود على المجرمين، وهذا ما يساعد على إصلاح الأفراد والجماعات، ونشر الأمن والسلام في أرجاء المعمورة.

٤ ـ في اجتناب مجالسة العصاة:

ومن واجب المسلم أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لمنع الفساد، وقد يظهر للبعض أن مجالسة العصاة في حال ممارسة منكرهم أمر مستساغ شرعاً ما دام يرجو منهم منفعة وإصلاحاً، فيحضر مجالسهم، ويسمع للهوهم وباطلهم مجاملة لهم، وحفاظاً على مصالحه معهم، فيمتنع من إنكار منكرهم، ولا يعظهم ولا ينصحهم.

فذهب أهل العلم إلى عدم جواز ذلك ما دام عاجزاً عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» ومجاراتهم في فسادهم يشجعهم على التمادي في غيّهم وظلالهم، فلا يفكرون في التوبة والإنابة إلى الله، فيأثم معهم.

وقد أدرك ابن بركة أهمية هذا الموضوع وخطورته، ولذلك نجده ينبّهنا إلى عواقب ذلك، ويبيّن وعيد من يقصّر في القيام بهذا الواجب فيقول جواباً للسائل: «فإن قال: أيجوز للمؤمن أن يجالس أهل المنكر والسفه وهم يخوضون في منكرهم وباطلهم؟

قيل له: لا يجوز ذلك، فإن قال: لم لا يجوز ذلك؟ قيل له: بل يجب عليه الإعراض عنهم إلى أن يتركوا ذلك، فإن قال: فلم نهيتم المؤمن عن مجالسة الظالمين وأهل السفه في حال منكرهم وخوضهم وباطلهم؟ قيل له: إنّ الله ﷻ قد نهى نبيه ﷺ عن مجالستهم بقوله ﷻ: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ فِىٓ ءَايَٰتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا۟ فِى حَدِيثٍ غَيْرِهِۦ ۚ وَإِمَّا يُنسِيَنَّكَ ٱلشَّيْطَٰنُ فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ۝ وَمَا عَلَى ٱلَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنْ حِسَابِهِم مِّن شَىْءٍ﴾ (الأنعام: ٦٨-٦٩)، بعد الإنكار عليهن والموعظة لهم، ويدل على ذلك قوله ﷻ:

﴿وَلَٰكِن ذِكۡرَىٰ لَعَلَّهُمۡ يَتَّقُونَ﴾ (الأنعام: ٦٩). وقال تبارك اسمه في موضع آخر: ﴿فَلَا تَقۡعُدُواْ مَعَهُمۡ حَتَّىٰ يَخُوضُواْ فِي حَدِيثٍ غَيۡرِهِۦٓۚ إِنَّكُمۡ إِذٗا مِّثۡلُهُمۡ﴾ (النساء: ١٤٠).

وقال جل ذكره: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ وَإِذَا مَرُّواْ بِٱللَّغۡوِ مَرُّواْ كِرَامٗا﴾ (الفرقان: ٧٢)»[(١)].

قال السالمي في بيان مدلول هذه الآية: «زعموا ـ والله أعلم ـ أنهم يعرضون عنهم وينكرون عليهم، ومعنى قوله: ﴿لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾ (الفرقان: ٧٢)، أي لا يشاهدون أهله ولا يجالسونهم في حال ذلك منهم، وإذا جازوا بهم أعرضوا عنهم، وإن أمكنهم أنكروا عليهم بالوعظ لهم والتخويف والله أعلم»[(٢)].

ولا يجوز للمسلم أن يخالط ويجالس أهل البدع والضلال حفاظاً على دينه، إلا إنْ كان يقصد من مجالستهم تبين الحق والرشاد، ويرجو منهم أو مَن يحضر معهم قبول ذلك، فإن خاف على نفسه من الزيغ والانحراف فيحظر عليه ذلك؛ لأن «دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة».

ويقول ابن بركة في هذا الشأن: «فإن قال قائل: فإن كان منكرهم بدعة عن أحد أهل المذاهب، هل يحضر مجالسهم؟ قيل له: إن حضر لمناظرتهم مع الرجاء أنهم يقبلون منه، أو يقبل منه أحد منهم، أو بعض من يحضرهم فجائز، فإن قال: فإن كانوا في المسجد؟ قيل له: يكون في عزلة من ذلك المسجد إذا كان ينتظر الصلاة، ويُظهِر مع ذلك الكراهة لما هم عليه»[(٣)].

٥ ـ في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (الحِسبة):

إذا كان المسلم قادراً على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولا يمنعه من ذلك مانع، فإنه يجب عليه أداؤه، أما إذا غلب على ظنه إنه لا يقبل منه

(١) ابن بركة الجامع، ١/ ١٨١ - ١٨٢.
(٢) ابن بركة: المصدر نفسه، ١/ ١٨٢.
(٣) نفسه.

ذلك فلا يجب عليه، وإن ظهر له أنه إذا أنكر على الحاكم أو الجماعة فلا يأمن على نفسه من ضررهم ومكرهم، فلا يجوز له أن يعرض نفسه أو ماله إلى الهلاك عملاً بالقاعدة: «درء المفسدة أولى من جلب المصلحة». وذهب البعض إلى جواز ذلك ولو لحقه منهم الضرر؛ لأن مَن قُتل دون نفسه أو عرضه أو ماله فهو شهيد، فلا يشترط السلامة في أداء هذا الواجب.

تعرض ابن بركة إلى هذه المسألة وعالجها وبين أحكامها وموقف العلماء منها فقال: «إذا رجا الإنسان قبول أهل المنكر وأمكنه القول كان واجباً عليه أن ينهى عنه، وإن يئس لم يكن عليه أن ينهى إذا كان قد نهى مرة واحدة؛ لأن النهي مع الإياس بعد ذلك يكون نفلاً ومع الرجاء وغلبة الظن يكون فرضاً، وما كان آمناً على نفسه وهو يرجو مع ذلك، وظَنٍّ يغلب عليه بأن يقبل منه الحق، فعليه أن يقول ويدعو إلى الله ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّن دَعَآ إِلَى ٱللَّهِ وَعَمِلَ صَٰلِحًا﴾ (فصلت: ٣٣). ومع الإياس من القبول فالفرض عليه من القول مرة واحدة فيما يكون الإنكار بالقول، فإن قال قائل: «أليس الله تبارك وتعالى قد ذمّ قوماً تركوا الإنكار على أهل السبت، ومدح قوماً أنكروا عليهم؟ فقال: ﴿وَإِذْ قَالَتْ أُمَّةٌ مِّنْهُمْ لِمَ تَعِظُونَ قَوْمًا ٱللَّهُ مُهْلِكُهُمْ أَوْ مُعَذِّبُهُمْ عَذَابًا شَدِيدًا قَالُوا۟ مَعْذِرَةً إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ (الأعراف: ١٦٤). قيل له: أولئك تركوا النهي مع الرجاء، والدليل على ذلك قول الله تبارك وتعالى فيما أخبر عنهم أنهم قالوا: ﴿قَالُوا۟ مَعْذِرَةً إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ (الأعراف: ١٦٤)، فإن قال: أليس قد أنجى الناهي وعذب القاعدين؟ قيل له: بل عذّب الذين امتنعوا من القبول بقوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَا ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ بِعَذَابٍۭ بَـِٔيسٍۭ بِمَا كَانُوا۟ يَفْسُقُونَ﴾ (الأعراف: ١٦٥)»[1].

(١) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٨٠ - ١٨١.

ويبيِّن ابن بركة أنه لا يجوز للمسلم أن ينكر على الجماعة إذا كان وحيداً لا يستطيع حماية نفسه من إيذائهم إلا إن غلب على ظنه قبول نصحه؛ لأن دفع مفسدة إيذائهم أولى من جلب مصلحة قبولهم لنصحه، يقول في هذا الصدد: «فإن قال: فلم لا يجوز أن ينكر الواحد على الجماعة؟

قيل له: ليس عليه أن ينكر على الجماعة إلا عند الطمع الغالب عليه، والأمن على نفسه، وأنهم يقبلون منه، إلا أن يكون قادراً عليهم، فإن قال: لم لا يجوز ذلك؟

قيل له: إن الله ﷻ لم يوجب على الواحد أن يقاتل أكثر من الاثنين، فإن قال: أليس قد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**المقتول دون ماله شهيد**»[(١)]. وقال عليه السلام: «**أفضل الأعمال كلمة حق يقتل عليها صاحبها عند سلطان جائر**»[(٢)]. قيل له: قد قال ذلك النبي ﷺ والمعنى في ذلك أن الإنسان إذا قاتل على ماله من يرجو أن يظفر به، ويمتنع من تعديه، فقتله المتعدي فهو شهيد؛ لأنه جاءه مائة رجل بالسلاح فله أن يقاتلهم مع علمه أنه لا يبلغ منهم مراده من المنع، وأما قتاله لهم يؤدي إلى قتله دون سلامته، فهذا قاتل لنفسه وألقى بيده إلى التهلكة»[(٣)].

ولم يمنع ابن بركة المنكِر من كلمة الحق أمام الحاكم المتجبر، ما دام يرجو من ذلك إعذار نفسه في الدنيا والآخرة، ويطمع في هدايته، ويختار الأسلوب الحكيم في نصحه، وهذا ما يستفاد من عبارته: «وإنما الذي يتكلم بالحق عند سلطان جائر، فقتل عليه، فهو أن يتكلم بكلمة حق وهو يرجو بها النجاة في الدنيا والآخرة من تصويب دين المسلمين، أو ينهى السلطان عن

---

(١) رواه ابن أبي عاصم، كتاب الآحاد والمثاني، عبدالله بن عامر، رقم: ٥٢٩، وأحمد، مسند بني هاشم، مسند عبدالله بن عمرو، رقم: ٦٨٥٣، عن ابن عمرو.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ابن بركة: الجامع، ١/ ١٨٢ - ١٨٣.

منكـر يفعـل، وهو يرجو أن يقبل منه وينتهي عن ذلك، ويحسـن موضع النهي معه ويقتَل عليها، فهذا نحوه...»[١].

ويلاحظ أن العلماء غالباً يميلون إلى تغليب جانب السلامة على المخاطرة إذا غلـب علـى الظن أن في ذلك التغيير ينتج عنه مفسـدة أعظم أو فتن كبيرة. وقد تسـاءل جناون بن فتى ـ أحد علماء فزان ـ هل يجوز أن يطلب أهل البلد من حاكمهم أن يغير ولاتهم، إذا تسلطوا عليهم وجاروا في حكمهم؟ فوجههم شـيخهم إلـى اعتماد منهـج الموازنة بين المصالح والمفاسـد وإعمـال قاعدة: «درء المفسـدة أولى من جلب المصلحة» وهذا نصه: «وما تقول ـ رحمك الله ـ فـي قـوم من أهـل الدعوة ولِّي عليهـم الجبابرة وهـم الحاكمـون عليهم بما لا يخفى عليك من الجور وما لا يستطاع له صفة، هل ترى لسلطان المسلمين أن ينهـض إلـى أولئك الجبابرة ليزيلهم عنهم، ويحول بينهم أو يولي على أهل الدعـوة ولاة، ولا يقصـد إلى الجبابرة فأيما أحب إليـك من ذلك؟ طلب أهل الدعوة ذلك إلى سلطان المسلمين أو لم يطلبوه؟».

قال الشـيخ أبو يوسـف وِريون بن الحسن[٢]: «أحب إلينا في ذلك السلامة لدينك؛ فإن السلامة لا بعدها شيء، ولا يتكلف من الأمور ما تعجز عنه طاقته، فإن الأمر قد رقّ وضعف، وعاد الإسلام غريباً كما بدأ»[٣].

---

(١) ابن بركة الجامع، ١/ ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) وريون بـن الحسـن (أبـو يوسـف) (ت: أوائـل ق: ٣هـ/ ٩م) عالـم عامل، كان مـن القائمين بالأمر في مناطق فزَّان، جنوب ليبيا. انهزم في موقعة بـ «تراغن»، وورد على «سَبْها» إذ كان قائد العسـاكر رفقة إبراهيم بن أسـدين. كان يعيِّن القضاة ويراقبهم. وهو صاحب العديد من الأسـئلة التـي وجِّهت إلى علماء فزَّان، فأجاب عنها العالِمـان جناو ابن فتى، وعبد القهَّار بن خلف. وقد حقَّق هذه الأسـئلة والأجوبة الدكتور عمرو خليفة النامي، وأتـمَّه الشـيخ إبراهيم طـلَّاي، فطبعـت تحت عنـوان: «أجوبة علماء فـزَّان». ينظر: علماء فزَّان: أجوبـة علماء فزَّان، كلُّه * البغطوري: سـيرة (مخ). أحمد الشـمَّاخي: ١/ ١٦٥. علي معمَّر: الإباضيَّة في موكب، ح٢/ ٥٣ * بـحَّاز: الدولة الرستميـَّة، ٣٢١. معجم أعلام الإباضية بالمغرب، ص ٤٤٥.

(٣) جناون بن فتى وعبد القهار بن خلف، أجوبة علماء فزان، ص ٧٩ - ٨٠.

ويستفاد من عبارته أنه من الأحسن أن يصبروا على ذلك الحال ولا يعمدوا إلى تغيير المنكر بالقوة، قد ينتج عنه ضرر أكبر ومفاسد عظيمة، تأكل الأخضر واليابس، خاصة إذا كان حاكم المسلمين ضعيفاً لا يستند إلى قوة تدعمه.

ويلاحظ من منهج العلماء أنهم يوازنون بين المصالح والمفاسد إذا اجتمعت، فإذا تعارضت رجح إحداهما إذا غلبت، وغالباً ما يقدم درء المفاسد على جلب المصالح، وقد طبق المحقق الخليلي هذا المنهج في دعوته ونصحه، ودليل ذلك: ما جاء في «كتاب التمهيد» عن سائل يرجو النصح والنجاة في دينه ودنياه وآخرته، فيقول: «ما تقول شيخنا الخليلي فيمن ابتلى في بلدته وصارت جميع أمانيها[١] في يده من وكالة فلج وَوُقوفات، ومن أمر ونهي وفي زمان جهله لم يشكك على نفسه في جميع ما يقضيها، فلما رد الله عليه عقله وعرف أمور الدنيا وبلائها، فأراد الخروج من الشبهة فلم ير أحداً يصلح لهذا الحال ليضع الأمانة على يديه، هل يجوز له أن تطيب نفسه ويضع الأماين على حضرة أهل البلد كافة؛ لعدم وصوله إلى أحكامه، لسلامة دينه من أمر الدنيا، وقلة علمه فيما يجوز وفيما لا يجوز بمصالح البلد؟ ربما هذا الأمر مخطر وأنا عبد مذنب تقتلني ذنوبي، والديرة[٢] تحتاج إلى معاناة من إصلاح بين اثنين، ومن كتابة مشاهد، ورد المظالم عن المظلوم، ومن أمر بالمعروف، ونهي عن منكر، ومن ضَرّهم وضر دوابهم، وكسبهم أموال الناس على غير حق، ومن جميع الأشياء كلها الذي أحيطُ به علماً، والذي لا أحيط به علماً.

فإن كان يحمل عليّ ما يقع من أهل البلد، وأنت لا يخفى عليك أمر أهل هذا الزمان، منهم طائع، ومنهم غير طائع، فالذي يأمرهم بالصلاح على قدر المعرفة، فاشتبه عليّ الأمران، ولم أعلم أيّهن أقرب إلى الحق، النزول لهذا الأمر المخطر خوف الفساد والضياع وقلة المصلحة، والقيام على ما سبق في

(١) لعله يقصد الأمانات.

(٢) لعله يقصد الإدارة والمسؤولية.

هـذا الأمر مخافة على نفسـي من البلاء العظيـم، فتدبر هذه الأمور ودلني على طريـق الحـق والصـواب، وبما يعجبك مـن الجواب، ولكني فـي رجائي لربي للخروج من جميع الشبهات، ومنك المعونة على طاعة الله تعالى»[١]

فأجاب الخليلي على إشكاله وأرشده إلى سلوك منهج يعتمد على الموازنة بين المصالح والمفاسـد، ومراعاة الأنسـب منهما في مثل هذه الأحوال فقال: «ما تقدر تدخل فيه بعلم وسـلامة من الشـبهة والفتنة في الدين، فهو من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والإصلاح بين الناس، فلا أحب لك تركه، وقد يلزم في بعض المواضع. وما لم تقدر عليه إلا بالمخاطرة على دينك، فالسلامة منه أسـلم، وتركه عين الصلاح، ولا يلزمك شـيء لا تقدر عليه إلا بالمخاطرة بالدين، وما اشـتبه عليك أمره فاسـأل عنه أهل العلم قبل الدخول فيه؛ لتدخل فيه بعلم أو تتركه بعلم، وتقديم العلم قبل الشروع في العمل هو طريقة السلامة لمن أرادها، والله أعلم»[٢].

ولقـد أجـاد الخليلـي فـي نصحـه وأخلص فـي إرشـاده، وما أحـوج أهل المسـؤولية في عصرنا إلى سـلوك هذا المنهج القويم في إدارة شـؤون الأمة، بعيداً عن التهور والجهل والتسلط، وقد عانت الأمة ويلات الجبابرة المستبدين، لمـا تنكبوا طريق العدل واتبعوا أهوائهم، وحرصوا على رعاية مصالحهم على حسـاب مصالـح الأمـة، فـإن قدمـت لهـم النصيحـة أعرضـوا عنها، وتشـبثوا بالمسـؤولية، فعاثـوا فـي الأرض فسـاداً، ولو أدركـوا خطورة هذه المسـؤولية لاعتزلوهـا وتركوها لمـن يقدر عليها ويعرف قدرها، ويرحموا أنفسـهم فينجو مـن تبعاتها، وتسـعد الأمة بغيرهـم إذا التزموا شـريعة الله وحرصوا على رعاية مصالح العباد في العاجل والآجل.

---

(١) الخليلي سعيد (المحقق)، كتاب تمهيد قواعد الإيمان، ٧/ ٥ - ٦.

(٢) الخليلي سعيد: المصدر نفسه، ٧/ ٦.

المطلب السادس

قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع»[1]

أولاً: تعريف القاعدة:

هـذه القاعـدة تتفرع عن القاعدة الكبـرى: «لا ضرر ولا ضرار» ولها علاقة بالقاعدة الفرعية السابقة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فهي مثلها أو فـي معناها، ولـم أعثر عليها في المصادر الإباضية بهذه الصياغة، إلا أن بعض فقهائهم أشـار إليها في ثنايا فروعهم، وتوجد كثير من الفروع الفقهية تخرجت عليها تشهد بالعمل بها.

ـ والمـراد بالمانع هنا: المفسـدة والمراد بالمقتضـي: الأمر الطالب للفعل لتضمنه المصلحة، فوجود المانع يمنع من الفعل إلا إذا كانت المصلحة أعظم.

وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحلال، بناء على القاعدة الفقهية القائلة «إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرّم غلِّب الحرام»[2]؛ لأن في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة، وتقديم المانع، ومن ثَم إذا تعارض دليـل يقتضـي التحريم وآخر يقتضـي الإباحة، قدم دليـل التحريم في الأصح، تغليباً للتحريم ودرء للمفسدة[3].

تعـرض السـالمي لمدلول هـذه القاعدة فـي بيان حديثه عـن الترجيح بين الأحكام إذا اجتمعت فذكر أنه: «يكون الترجيح من جهة الحاكم بوجوه، منها:

---

(١) الزركشـي: المنثور ١/ ٣٤٨. ـ السـيوطي، الأشـباه والنظائر، ص ١٥١. ـ ابن نجيم، الأشـباه والنظائر، ص ١٤٤ الزرقا، المدخل الفقهي، ٢/ ٩٩٧. ـ المجلة العدلية، المادة ٤٦.

(٢) الزركشي: المصدر نفسه، ١/ ١٢٥. ـ السيوطي، المصدر نفسه، ص ١٤٢. ـ ابن نجيم، المصدر نفسه، ص ١٣٤. وسنتعرض لهذه القاعدة بالشرح والتحليل والتطبيق لاحقاً في الفصول القادمة إن شاء الله.

(٣) الزركشي: نفسه، بتصرف. ـ البرنو، الوجيز، ص ٢٦٦.

أن ما دل على التحريم مقدم على ما دل على الإباحة، وعلى ما دلّ على الندب وعلى ما دلّ على الوجوب، وعلى ما دلّ على الكراهة، أما تقديمه على ما دل على الإباحة؛ فلأن الأخذ بالحظر أحوط، والأحوطية مطلوبة منا شرعاً، لقوله ﷺ: «**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**»[١]، هذا قول أصحابنا، وبه قال الكرخي والرازي وأحمد بن حنبل، وذهب عيسى بن أبان[٢] وأبو هاشم[٣] إلى أنهما سواء فيتساقطان، وأما ترجيحه على ما دل على الندب؛ فلأن دفع المفاسد أهم، وذلك واضح، فإن دفع الضرر أهم من استجلاب النفع، وأما ترجيحه على الدال على الكراهية؛ فلأن الأخذ بالحظر أحوط، فهو أبلغ في درء المفاسد، وأما ترجيحه على الدال على الوجوب؛ فلأن الوجوب لجلب المصالح، والحظر لدفع المفاسد، ودفع المفسدة أهم من جلب المصلحة»[٤].

مما سبق يتضح لنا أن المعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أنه إذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواع تقتضي تسويغه، يرجح منعه؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما سلف بيانه في القاعدة السابقة[٥].

---

(١) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المتشابهات، رقم:...، والترمذي، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع، باب...، رقم: ٢٥١٨، عن الحسن بن علي.

(٢) عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى (٢٢١هـ/ ٨٣٦م): قاض من كبار فقهاء الحنفية. كان سريعاً بإنفاذ الحكم، عفيفاً. خدم المنصور العباسي مدة. وولي القضاء بالبصرة عشر سنين، وتوفي بها. له كتب، منها «إثبات القياس» و«اجتهاد الرأي» و«الجامع» في الفقه، و«الحجة الصغيرة ـ خ» في الحديث. الزركلي، الأعلام، ٥/ ١٠٠.

(٣) أبو هاشم عبدالسلام بن محمد بن عبدالوهاب الجبائي المعتزلي (٢٤٧ - ٣٢١هـ/ ٨٦١ - ٩٣٦م)، من أبناء أبان مولى عثمان: عالم بالكلام، من كبار المعتزلة. له آراء انفرد بها. وتبعته فرقة سميت «البهشمية» نسبة إلى كنيته «أبي هاشم». من مصنفاته: «الشامل ـ خ» في الفقه، و«تذكرة العالم» و«العدة» في أصول الفقه. ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان ١: ٢٩٢. ابن كثير، البداية والنهاية ١١: ١٧٦. الذهبي، ميزان الاعتدال ٢: ١٣١. الزركلي، الأعلام ٤/ ٧.

(٤) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ٢٠٥.

(٥) الزرقا: المدخل الفقهي، ٩٩٨.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه القاعدة ثبتت بأدلة كثيرة سبق ذكرها في القاعدة السابقة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فلا داعي لتكرارها هنا.

ثانياً: الفروع المتخرجة على هذه القاعدة:

أ ـ في باب العبادات:

١ ـ إذا سلَّم أحد على المصلِّي وهو في الإقامة أو التوجيه فلا يرد عليه السلام، إلا بعد الفراغ من الصلاة؛ لأن رد السلام منه على تلك الصفة مبطل لإقامته أو توجيهه في أكثر القول عند الإباضية، فالمقتضى للرد هو الامتثال للأمر الوارد به، والمانع كونه في صلاة تفسد برده، فيقدم المانع على المقتضى[١].

٢ ـ لا يصلي المسافر سُنَّة المغرب عند جمعه للعشاءين عند أكثر الإباضية؛ لأن المقتضى للإتيان بها كونها سُنّة مؤكدة، عارَضَه مانع وهو أنه متى صلاها فقد فصل بين الفريضتين، وألغى معنى الجمع بينهما الذي لا يتحقق بوجود الفاصل بينهما، وهو الإتيان بهذه السُّنَّة؛ لأن الجمع معناه عُرْفاً ولغة: تأليفُ المفترَق وضمِّ الشيء إلى غيره، فمتى صلاها فقد فصل بينهما وأبطل معنى الجمع، ولذا يقدم المانع هنا على المقتضى تفادياً من الوقوع في هذا المحذور[٢].

وهذا الرأي هو المعمول به عند الإباضية المشارقة، وأما عند الإباضية المغاربة، فلا يسقطون سُنّة المغرب عند الجمع بين الفريضتين، وإنما تصلى بعد العشاءين، فيكون هذا المثال استثناء من هذه القاعدة، لأنهم قدموا المقتضى على المانع.

---

(١) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٣/ ١٦٦ - ١٦٧.

(٢) الخليلي المحقق، المصدر نفسه، ٥/ ١٩١.

٣ ـ من لزمه فرض الحج ولا يقدر على ركوب البحر مخافة على نفسه، لأجل ما يصيبه من الإغماء، ويخاف تضييع صلاته وطهارته، ولا طريق له إلا من جهة البحر، قال أهل العلم يعذر عن الحج إذا كان لا يتوصل إلى الحج إلا بتضييع صلاته وطهارته، فقد تعارض هنا المقتضى وهو توفر شروط وجوب الحج على هذا الشخص مع المانع، وهو خوفه من ضياع صلاته وطهارته بسبب ما يلحقه من الإغماء، فقدم المانع، لكن قالوا: عليه أن ينوي الأداء متى قدر[١].

ب ـ في باب الشهادات:

١ ـ من جعل وصيّه خائناً أو مجهول الحال، وأشهد على وصيته شهوداً ثم مات الموصي وخاف الشهود من الوصي التغلب على الورثة بالباطل لو أدّوا الشهادة، فقيل هذا موضع عذر، وليس عليهم أداء هذه الشهادة حتى يزول المانع، فقد تعارض هذا المقتضي، وهو القيام بالشهادة لأجل إنفاذ ما أوصى به الموصي تبرئة لنفسه، والمانع وهو مخافة تغلب الوصي الخائن على الورثة بالباطل، بحجة تسليطه من قبل مورثهم على التركة، لأجل إنفاذ الوصية، فقدم المانع على المقتضى[٢].

ويلاحظ أن هذه الصورة جارية على رأي من يجيز الشهادة على هذه الوصية مع كون الوصي معروفاً عند الشهود بالخيانة لاحتمال تغيره، وأما على رأي من لا يجيزها والحالة هذه لا مقتضى ولا مانع.

٢ ـ وفي الشهادات أيضاً: من كانت عنده شهادة لرجل قد رفع خصمه إلى حكام الجور، وخاف الشاهد إذا رأى شهادته أمام ذلك الحاكم أن يأخذ المشهود عليه بغير الجائز في الشرع، فله ألا يشهد بها حتى يأتي الله بمن

(١) الخليلي سعيد: المرجع نفسه، ٦/٢٣٦.
(٢) الخليلي سعيد: المرجع نفسه ١٢/٣٨.

يأتمنه على أحكامه فيأمنه الخلق على أنفسهم وأموالهم، فقد تعارض المقتضى هنا، وهو القيام بهذه الشهادة وأدائها ليتمكن المشهود له من الوصول إلى حقه بها، والمانع لأدائها، وهو مخافة أن يأخذ الجائر المشهود عليه بغير الجائز في الحكم، فيكون الشاهد سبباً في ذلك، فقدّم المانع على المقتضى[١].

ج ـ باب النكاح:

لو وُجِد لقيط في قرية ولم يعرف أهله فيستحسن ألا يتزوج من تلك القرية؛ لئلا يقع على ذات محرم منه إن كان ذكراً، أو تقع عل ذي محرم منها إن كانت أنثى، فهنا تعارض المقتضى وهو إباحة الزواج من الأجنبية مع المانع، وهو تحريم الزواج بذات محرم؛ لأنه يمكن أن تكون إحدى نساء القرية أمه أو أخته، فمن باب الاحتياط يمنع الزواج من تلك القرية للشبهة الحاصلة؛ لأن عدد النساء محصور فيها.

جاء في كتاب النكاح ما نصه: «وإن وجد المولود ـ غلاماً كان أو جارية ـ فعاش حتى كبر وبلغ الحلم، فلا يستحب له أن يتزوج في تلك القرية التي وجد فيها؛ لئلا يقع على أمه أو أخته أو خالته أو عمته، أو من يحرم عليه نكاحه من النساء، أو تقع هي ـ إن كانت جارية ـ على أبيها أو أخيها أو عمها أو خالها، أو من كان يحرم عليه نكاحه من الرجال؛ لأنهما لا يعرفان نسبهما، وأما التحريم فإنه لا يحرم عليهما إلا من كان من نسلهما من ذوي المحارم»[٢].

٢ ـ وإذا دخل رجل في قرية فزنى فيها بامرأة ولم يكن يعرفها، فلا يستحب أن يتزوج من تلك القرية حتى لا يعقد على مزنيته أو إحدى محارمها؛ لأن الزنى يثبت الحرمة على المزني بها وعلى محارمها عند الإباضية، ومثل ذلك:

---

(١) المرجع نفسه.

(٢) الجناوني أبو زكرياء يحيى، كتاب النكاح، ص ٤٢.

إذا دخلت امرأة في قرية فزنت برجل تجهله فيستحسن أن لا تتزوج من تلك القرية اتقاء للشبهة، فربما يعقد عليها من زنى بها، أو أحد من أصوله أو فروعه، فهنا وقع التعارض بين المقتضي والمانع، فالمقتضى هو جواز العقد على أي امرأة غير محرم، أو رجل من غير محارمها، والمانع هو تحريم الزواج بالزاني أو أحد محارمه، والزانية أو أحد محارمها، فهنا يقدم المانع على المقتضى احتياطاً واستحساناً.

وقد أشار الجناوني إلى هاتين المسألتين وبيَّن حكمهما عند الإباضية فقال: «وإذا دخل الرجل قرية بِلَيل أو نهار فزنى فيها بامرأة ولم يكن يعرفها، فلا يستحسن له أن يتزوج بعد ذلك من تلك القرية، لئلا يوافق تلك المرأة التي زنى بها أو أمها أو ابنتها، أو من يحرم عليه نكاحه من النساء إذا زنى بتلك القرية بتلك المرأة... وأما التحريم فلا تحرم عليه إلا التي زنى بها، أو من كان من نسلها أو من أمهاتها، أو من يحرم عليه نكاحها من النساء إذا زنى بها، ولكنه «ليدع ما يريبه إلى ما لا يريبه»[(١)]...»[(٢)].

وفي شأن المرأة يقول: «وكذلك المرأة إذا دخلت في قرية فزنى بها رجل لم تعرفه، فلا يستحب لها أن تتزوج من تلك القرية بعد ذلك؛ لئلا توافق ذلك الرجل الذي زنى بها، أو شيئاً من آبائه، أو من يحرم عليها نكاحه بها، وأما من جهة التحريم فلا تحرم عليها إلا الذي زنى بها، أو أبوه أو ابنه، أو من يحوم عليها نكاحه إذا زنى بها...»[(٣)].

والجدير بالذكر أنه لو حدث أن تزوج الرجل أو المرأة أو اللقيط من القرية التي وقع فيها الزنى، أو وجد فيها، فالنكاح صحيح ولا غبار عليه، ما دام لم يثبت عندهما أن تلك المرأة أو الرجل من المحارم.

---

(١) يشير إلى حديث: «**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**» تقدم تخريجه.

(٢) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٤٢.

(٣) الجناوني: المصدر نفسه.

ما يستثنى من القاعدة:

ومن الصور المستثناة من هذه القاعدة ما قيل: في رجل صاحب عيال وله ولدان، وقد ضاق عليه الرزق في بلده، وأراد الضرب في الأرض طلباً للرزق، فلما عزم على الخروج اعترضه والداه بعدم الرضا عنه، إذا خرج عنهما، وأظهرا سخطهما عليه؛ لأجل ذلك، فالحكم في هذه الصورة أنه إذا خرج طلباً للرزق لِيَنْفَي الفقر عن نفسه وعلى من تلزمه نفقته، فيجوز له ذلك، وليس لوالديه منعه ولو خالفهما ما دام لم يجد في بلده عملاً يسترزق به[1]. وخرج هذا المثال عن القاعدة؛ لأن المقتضى هنا وهو إباحة السفر بحثًا عن الرزق للقيام بنفقة نفسه، ومن يلزمه عوله، يترجح على المانع وهو منع والديه له، فقدِّم المقتضى على المانع لرجحانه.

(١) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ١١/ ١٤٩.

المطلب السابع

قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً»

أولاً: مدلول القاعدة:

الضرر قديمه كحديثه في الحكم، فلا يراعى قدمه، ولا يعتبر بل يزال، فلا يحتج بتقادمه، وليس المراد عدم إمكان التقادم فيه، أن لا يتصور تقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوّله.

ويرى أهل العلم أن المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من أصله شرعاً، فإذا كانت كذلك وجبت إزالتها ولا عبرة لقدمها؛ وذلك لأن القديم إنما اعتبر لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي، فإذا كان مضرّاً يكون ضرره دليلاً على أنه لم يوضع بوجه شرعي، إذ لا وجه في الشرع يبيح الإضرار بالغير[1].

وبيان ن ذلك: أن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه، ما كان ضرره بيِّناً أي: فاحشاً. وقد قسم الفقهاء الضرر إلى قسمين: ضرر عام، وضرر خاص[2].

١ ـ أما **الضرر العام**: فإنه يزال مطلقاً بلا تفصيل بين الفاحش وغير الفاحش؛ لأن كونه عامّاً يكفي لاعتباره فاحشاً، فلو كان لدار ميزاب يمنع الناس من المرور تحته لتسفله، أو كانت له غرفة بارزة وطيئة، أو مجرى أقذار على الطريق العام مضر بالجماعة، فإن كل ذلك يزال مهما تقادم؛ لأنه غير مشروع في الأصل، إذ الشرع لا يقرُّ لأحد بوجه من الوجوه حقًّا يضر بالعامة.

---

(١) الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص ١٠١. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، ٢/ ٩٩٩. ـ المجلة العدلية، المادة ١٩.

(٢) الزرقا مصطفى: المصدر نفسه، ٢/ ١٠١ - ١٠٢.

٢ ـ وأما الضرر الخاص فهو نوعان: فاحش وغير فاحش.

أ ـ فالفاحش يزال كما يزال الضرر العام، ولا عبرة لقدمه، وذلك كما لو كان لِرَجل مَسيل ماء، أو أقذار يجري في دار آخر من القديم، وكان يُوهن بناء الدار، أو ينجس ماء بئرها، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصوره تحفظ البناء من التوهين، والماء من التنجيس بأي وجه كان.

وكذا لو كان لإنسان نافذة وطيئة، تطل على مقر نساء جاره، فإنها تزال ولو كانت قديمة، إلا أن تكون دار الجار هي المحدثة تحت المطل.

ب ـ وأما الضرر الخاص غير الفاحش، كما لو كان لدار رجل حق إلقاء القمامات والتراب، أو حق التسييل في أرض الغير، أو في طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر، ولكنه دون الضرر السابق الفاحش، فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى، ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق؛ لأنه يمكن أن يكون مستحقّاً بوجه من الوجوه الشرعية[١]. وبناء عليه؛ فإن الممر والمسيل والبالوعة وأمثالها في دار الغير أو أرضه يحترم قدمها، ولو كان وجودها يقيد حرية تصرفه، وذلك ضرر له عملاً بالقاعدة: «القديم يترك على قدمه»[٢].

ولكن عند النظر إلى الضرر يعسر التمييز بين الضرر الفاحش وغيره، فما هو الضابط في التفريق بين ما يحرم قدمه وإن أضر بالغير، وبين ما لا يحرم؛ لأنه ضرر غير مشروع؟

واستنبط الشيخ أحمد الزرقا عند شرحه لهاتين القاعدتين: «الضرر لا يكون قديماً»، «والقديم يترك على قدمه» ضابطاً كلي تؤيده تعليلات نصوص الفقهاء، يفيد أن: ما يمكن استحقاقه على الغير بأحد الأسباب المشروعة يحترم قدمه وإلا فلا. يقول في هذا الصدد: «إن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه

(١) الزرقا أحمد: المرجع نفسه. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، ٢/ ٩٩٩.

(٢) المجلة العدلية، المادة ٦. الزرقا أحمد: المرجع نفسه، ص ٩٥. ـ الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٩٨.

مـن الوجوه الشـرعية، فهو ليس بضـرر فاحش، فتجب حينئـذ مراعاة قدمه إذا كان قديماً، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي، فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديماً»[١].

فالممر والمسـيل مرتفق يمكن أن يسـتحق بالتعاقد أو القسـمة في الملك المشـترك وغيـر ذلك من الأسـباب المشـروعة، وكذا حق وضـع الجذع على جـدار الغيـر، ومدّ الجناح أو الغرفة البارزين الواطئين في ملك الغير، والطريق الخاص هو مما يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه شرعي، فكل ذلك يحترم قدمه عند جهل سـببه، وضرر الخصم منه في تقييد حريته يسـتحق عليه أمثاله بعقد المعاوضة وغيره؛ لأن كل حق يكتسبه شخص على آخر هو منفعة لمكتسـبه، ونوع ضرر خاص للآخر، ومع ذلك يسـتحق عليـه بعقد المعاوضة وغيره، ويورث عن مستحقه.

ففـي حالـة القـدم يمكن حملـه على أنـه في الأصـل وُضِع بأحـد الطرق المشـروعة، أمـا إضـرار جماعة النـاس وإزعاجهـم فـي مرافقهم العامـة، فإنه لا يمكن أن يستحق عليهم شرعاً بوجه من الوجوه.

وكـذا الإطـلال على مقـر نسـاء الغير، فإنه فسـق لا يسـتحق، ولا يقره الشـارع، ومثل ذلك ما لو كانت بالوعة الدار القديمة تنجيس آبار الجيران، فإن قدمها على هذه الصورة لا يُحترم كما نص عليه الفقهاء في هذا المقام إذ لا يجـوز شـرعاً تنجيس الميـاه الطاهرة دون مصلحة، ولا يسـتحق ذلك على أحد، ولكن صاحبها يكلف إزالة ضررها بإصلاح مجراها على شـكل يضبطها ويمنع تسـربها، فيبقى عندئذ مجرد مرورها من المنافع التي يمكن اسـتحقاقها علـى الغير بوجه مشـروع، فـإن تعذَّر إصلاحهـا وضبطها أو لم يفعله صاحبها تزال[٢].

---

(١) الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص١٠٣.

(٢) الزرقا مصطفى: المدخل ٢/ ١٠٠٠.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١ ـ ورد في «العقد الثمين» سؤال: «عن كوّة (فتحة) في جدار بين بيتين لرجلين يخرج من تلك الكوة دخان إلى بيت الرجل الثاني فيتأذى بها وهي سابقة، هل يحكم بصرفها عن الضرر، مع العلم أن هذه الكوة يوقد بقربها نار لصاحب أحد البيتين لا كلاهما؟».

فأجاب السالمي أن «الضرر مزال، فإما أن يزيل ناره من هناك، وإما أن تسد الكوة، والخيار له، إلا أن تكون الكوّة والوقود كلاهما سابق على بيت هذا الرجل المتضرر، فجاوره على ما يرى من ذلك الأذى، فإنه لا يُزَال الموقد ولا الكوة»[(١)]، بل يتحمل ذلك؛ لأنه لم يجبره على البناء بجواره، ومثله من وجد جاره قد فتح نافذة تطل على الخارج فيبني داره أمامها، فأصبحت تطل على نسائه، فهنا لا يطلب من جاره سد هذه النافذة، وإنما يحاول أن يستر داره بمنع جاره من الإطلاع على عوراته.

٢ ـ جاء في «جامع ابن جعفر»: سؤال «عن رجل ورث من والده بُستانَيْن بينهما طريق جائز أو غير جائز، فخشَّت (دخلت) كرمة (شجرة العنب) في أحد البستانين على الطريق إلى البستان الثاني في حياة والده، أيلزم الوارث إزالة الكرمة أم لا؟

قال معي: إذا ورثها ولم يعلم باطل ذلك، فأحسب أنه قيل: لا يزال حتى يعلم باطله، قلت له: فالقرظ والسدر والأثب[(٢)] وغيره من الأشجار مثل هذه

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٧٩.

(٢) القرظ: «ورق السلم يدبغ به وقيل قشر البلوط»، مختار الصحاح، ص ٢٢٢. والسدر: «شجر النبق». المصدر نفسه، ص ١٢٣.
والأثب أو «الأَثْأَبُ: شجر يَنْبُت في بُطُونِ الأَوْدية بالبادية، وهو على ضَرْب التِّين يَنْبُت ناعِماً كأَنه على شاطِىءِ نَهْر، وهو بَعِيدٌ من الماءِ، يَزْعُمُ النَّاسُ أَنها شجرة سَقِيَّةٌ؛ واحدتُه أَثْأَبَةٌ». ابن منظور: لسان العرب، ١/ ٢٣٤.

الكرمة؟ قال: لا أعلم أنه قد قيل في هذا مثل هذا، وهو مزال إذا حدث إذا كان مضر، وأنه يوجد أنه إذا ثبت مثل هذه الأشجار على الأموال، ومات من كانت له نبتٌ في أيامه وخلفها على ورثته، أنها لا تُزال إلا أن يكون باطلاً»[(١)].

٣ ـ من اغتصب أرضاً فغرس فيها نخلاً، فاشتكاه صاحب الأرض إلى الحاكم، ولكن لم يفعل شيئاً، فتقادم العهد، فهل يبقى حقه في أرضه؛ لأن الضرر لا يكون قديماً وله حق المطالبة به حتى يعود إليه؟ أما الغاصب فليس له إلا نزع نخله أو أخذ قيمتها؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق؟

سئل أحد علماء فزان الإباضية عن هذه المسألة فقال: «وعن قوم أهل بغي وفساد غصبوا أرضاً لقوم من المسلمين ففسلوها[(٢)]، فشكا أهلها إلى والٍ من ولاة المسلمين، ولم يكونوا له برعية وإنما ولَّى عليهم جبار من الجبابرة، هل ينبغي لسلطان المسلمين أن يقطع تلك النخيل التي اغتصبوها؟ وإنما ذلك الغصب مشهور يشهد بذلك أهل تلك البلدة الذين زعموا أنه غصب منهم، وقد مضت سنون عدة في يد الغاصبين».

فأجاب أبو يوسف وريون بن الحسن: «قد بينت في المسائل التي قبْلها أن عليه نزع الحدث، وتغيير المنكر، وقطع الشكِيَّة على الله، والقيام مع المظلوم، فإذا لم يفعل فلا طاعة له، وهو خليع بقول النبي ﷺ: «**وإنما أشهد الله على من ولَّيناه شيئاً من أمور المسلمين قلَّ أو كثر فلم يعدل، فلا طاعة له وهو خليع مما ولَّيْناه**»[(٣)].

---

(١) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٠١.

(٢) فسلوها: أي غرسوا فيها فسائل النخل، ومفردها فسيلة، وهي الصغيرة من النخل، وأفسل الفسيلة انتزعها من أمها واغترسها (ينظر: ابن منظور اللسان، مادة فسل).

(٣) رواه ابن حجر، كتاب الخلافة والإمارة، باب عهد الإمام إلى عماله...، رقم: ٢٢٢٣، والحارث (مسند)، كتاب الجهاد، باب عرض الإسلام والدعاء إليه، رقم: ٦٣٢، مع زيادة عن عثمان.

وأما قولك: أن يقطع النخيل، فكل ما غرس الغاصب أو زرع فليس له إلا زريعته (بذوره)، أو قيمة الأعواد التي غرس، وما نبت وأدرك فهو لصاحب الأرض، ألا ترى أن من حرث أرضاً محجور عليها، ليس له إلا زرِّيعته التي زرع، والزرع لصاحب الأرض، و«ليس لعرق ظالم حق». وقولك: مضت سنون عدة، والحق لا يبطله عدد السنين»[١].

٤ ـ إذا وجد الناس يمرون فوق القبور بدعوة وجود طريق عليها، فيجب أن يمنعوا من ذلك مراعاة لحرمة الأموات، فحرمتهم كحرمة الأحياء، ويصرف هذا الحدث؛ لأنه باطل ولو تقادم العهد؛ ولأن «الضرر لا يكون قديماً»، أما المشي بين القبور فجائز.

سئل المحقق الخليلي: «ما يقول شيخنا في مقبرة قديمة وجدت وسط البلد، وأحاطت بها الجدر على الأموال (الحقول)، ووجد بين الجدر فُتوح لطريق جائز مقابلة وسط المقبرة، وتطرق الناس وسط المقبرة ويمرون فوق القبور، ولم يدر بهذه الفتوح أنها أحدثت على هذه المقبرة أم لا، وفي الظن أن المقبرة أزلية سابقة، أيجوز المرور عليها أم لا؟».

فأجاب: «لا يجوز المرور فوق القبور، ولا يمكن أن يكون الطريق عليها، وأما بين القبور فلا بأس»[٢].

٥ ـ في الاشتراك في المنافع:

ومن المسائل التي تخرجت على هذه القاعدة ما ورد في كتاب «التمهيد» أن: «مَن هلك وترك جملة بيوت من الثمانية فصاعداً في سكة واحدة، من تحت أبواب متفرقات، ومِن فوق مختلطات، وواحد من هؤلاء البيوت فيه بئر، وقسم الورثة البيوت، واختار كل أحد بيته، وكلهم يوردون من البئر ويمرون

(١) علماء فزان، أجوبة علماء فزان، ص ٨٠، ٨١.

(٢) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٦/ ٣٢.

على نساء بعضهم بعضاً في وسط البيوت، وعند القسمة لم يصح بينهم شرط في الطريق، ولا في الشرب والسقي من البئر، ولم ينكر أحد منهم على صاحبه، ومكثوا على ذلك سنين وهم إخوة، والآن نكروا الذين يمرون في بيوتهم، وقالوا: لا نرضى بذلك، فاليوم أنتم وإن بعتم ليجيء غيركم. وما تقول في الضرر إذا وقع، وما الحكم في ذلك؟»[١].

فأجاب الخليلي: «إذا لم يشترطوا البئر للجميع فلا يكون لسائر البيوت شيء فيها إذا ثبت القسمة على ذلك، ولا يجوز المرور على البيوت المسكون إلا بإذن من أربابها بعد الاستئذان، وإن صح لهم عليهم شرط طريق إلى الماء وشركة في البئر، فهو على ما شرطوه في القسمة»[٢].

ويستفاد من عبارة الخليلي أن الضرر ولو كان قديماً يجب إزالته، ولا يجوز التمادي فيه، فإن دخول الرجال على النساء الأجنبيات غير المحارم لا يجوز، ولو كان لجلب منفعة أو لتحصيل حق ثابت، كسقْي الماء أو العبور إلى السكنات المجاورة، فهذا الحق إن ثبت لا يقتضي منهم تجاوز حدود الله في الاعتداء على الحرمات ولو كان هذا الأمر قديماً، وقد سكتوا عنه ثم ظهر لهم أن ينكروا ذلك، فلهم ذلك لحفظ الدين، وحفظ الأعراض، ويجب عليهم إن أراد الدخول الاستئذان على أصحاب البيوت، وهذا ما أكده الخليلي في عبارته: «ولا يجوز المرور على البيوت المسكونة إلا بإذن من أربابها بعد الاستئذان»[٣].

(١) الخليلي: المرجع نفسه، ٧/ ٣٠٣.
(٢) الخليلي: نفسه، ٧/ ٣٠٤.
(٣) نفسه.

الفصل الخامس

القاعدة الفقهية الكبرى الخامسة: «العادة محكمة» وما تفرع عنها

ويشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: حقيقة القاعدة.

- **المطلب الأول:** أهمية القاعدة.
- **المطلب الثاني:** مدلول القاعدة.

المبحث الثاني: أنواع العرف والعادة وشروط اعتبارهما في الأحكام الشرعية.

- **المطلب الأول:** أنواع العرف والعادة.
- **المطلب الثاني:** شروط العرف والعادة واعتبارهما في الأحكام الشرعية.

المبحث الثالث: تأصيل القاعدة.

- **المطلب الأول:** الأدلة من القرآن الكريم.
- **المطلب الثاني:** الأدلة من السُّنَّة النبوية وآثار الصحابة.
- **المطلب الثالث:** الأدلة من الإجماع والمعقول.

المبحث الرابع: تطبيقات القاعدة وفروعها الفقهية عند الإباضية.

- **المطلب الأول:** تحكيم العادة والعرف في مجال العبادات.
- **المطلب الثاني:** تحكيم العادة والعرف في مجال المعاملات المالية.

ـ **المطلب الثالث**: تحكيم العادة والعرف في مجال الأحوال الشخصية.

ـ **المطلب الرابع**: تحكيم العادة والعرف في مجال الحقوق والآداب.

ـ **المطلب الخامس**: تحكيم العادة والعرف في مجال الجنايات والعقوبات.

المبحث الخامس: القواعد الفقهية المتفرعة عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة».

ـ **المطلب الأول**: القواعد الفقهية المعبرة عن بعض شروط العرف والعادة.

ـ **الفرع الأول**: قاعدة: «تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت».

ـ **الفرع الثاني**: قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا القليل النادر» (العبرة للأغلب).

ـ **المطلب الثاني**: القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف العملي.

ـ **الفرع الأول**: قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ـ **الفرع الثاني**: قاعدة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

ـ **الفرع الثالث**: قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

ـ **المطلب الثالث**: القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف القولي.

ـ **الفرع الأول**: قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة».

ـ **الفرع الثاني**: قاعدة: «الكتاب كالخطاب».

ـ **الفرع الثالث**: قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان».

ـ **المطلب الرابع**: قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

الفصل الخامس
القاعدة الفقهية الكبرى الخامسة:
«العادة محكمة» وما تفرع عنها

يتناول هذا الفصل بيان حقيقة قاعدة: «العادة محكمة»، ومضمونها وموضوعها، وتأصيلها الشرعي، وأنواع العرف والعادة، وشروطهما، ومدى اعتبارهما وتحكيمهما عند الإباضية في مختلف مجالاته، ثم ينتهي الفصل بذكر أهم القواعد المتفرعة عنها أو المندرجة تحتها، مع التحليل والتأصيل والتطبيق على الفروع الفقهية، قديماً وحديثاً، وسيكون تفصيل ذلك في المباحث التالية.

المبحث الأول

حقيقة القاعدة

وفي هذا المبحث نبيِّن أهمية هذه القاعدة وضرورتها في الاجتهاد المعاصر لعلاج القضايا الفقهية المتجددة، ومكانها عند الإباضية، ونحدد المفهوم اللغوي والاصطلاحي، والمعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الأول

أهمية القاعدة ومكانتها عند الإباضية

للعـرف والعادة أثر كبير في القواعد الفقهية، والفروع الفقهية، فلم يخل كتاب من كتب القواعد من قاعدة أساسـية في العرف والعادة، أو قاعدة من القواعد المتفرعة على قاعدة أساسـية، فإن الأفعال العادية وإن كانت أفعالاً شخصية حيوية وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية والحقوقية، إلا أنّـه عندمـا يتعارفهـا النـاس وتجـري عليها عـادات حياتهم يصبح لهـا تأثير وسـلطان فـي توجيـه أحـكام التصرفـات، فتثبـت تلـك الأحكام علـى وفق ما تقضي به العادة[1].

ولما نظر الفقهاء إلى هذا المعنى ورأوا اعتبار العرف والعادة في التشـريع وبناء الأحكام عليها، لم يغفلوا ذلك وهم يقعّدون القواعد أو يخرّجون الفروع والمسائل المتفرعة على هذه القواعد، فقد ذكروا أكثر من قاعدة تتعلق بالعرف وتحكمه في الوقائع والتصرفات... ومن هذه القواعد: قاعدة العادة محكمة.

وقـد نال العرف من اهتمام فقهاء الإسـلام نصيبـاً موفوراً، وعدّوه من أدلة الأحكام، واحتكموا إليه في كثير من المسائل الفرعية.

وللإباضية إسهامهم المتميز في الاعتماد على العرف في كثير من فتاويهم، وإن لـم يتطرقـوا إلى تقاسـم العـرف وأنواعه مـن عرف قولي وعـرف عملي، وخـاص وعام وصحيح وفاسـد، واكتفـوا بمراعاته في مجـال الأيمان والنذور والنـكاح والطـلاق وبعض العقود[2]. وقـد وردت في مصنفاتهـم قاعدة العادة

(١) الزرقا: المدخل الفقهي، ٣/ ٨٣٦. ـ ابن عابدين: رسائل ابن عابدين، ٢/ ١١٥ - ١٢٠.

(٢) باجو: منهج الاجتهاد عند الإباضية، ص ٧٤٧.

محكمة، بصيغ مختلفة ومتقاربة، فبعضهم استعمل الصيغة المشهورة المتداولة، كالسالمي[١] والراشدي[٢].

قال السالمي: «القاعدة الخامسة قولهم: إن العادة محكّمة؛ أي حكّمها الشرع، ومن فروع هذه القاعدة بيان أقل الحيض وأكثره، ومسائل التعارف ونحو ذلك»[٣]. وقد اعتمد أيضاً على هذه القاعدة في كتابه «المعارج» في مسألة الختان وأشار إلى اختلاف حكمه بين الصبي والبالغ فقال: «إن الفرق بين الصبي والبالغ إنما هو خوف الضرر في العادة مع البالغ وعدم خوفه مع الصبي، والعادة محكّمة فوجب اعتبارها»[٤].

بينما عبّر عنها الكدمي بصيغة قريبة من هذا المعنى فقال: «وقد يخرج في معنى الاطمئنان والتعارف وما تجري به العادات ما يشبه معنى الحكم الثابت في الأحوال فتصبح بذلك العادات والتعارف في معنى ما يشبه الأحكام الثابتة»[٥].

وفي موضع آخر قال: «فكان حكم الأغلب والتعارف والاطمئنان فيما تجري به أمور عامة الناس»[٦].

أما ابن بركة المعاصر للكدمي في القرن الرابع الهجري عَبّر عن القاعدة في مسألة تحديد مقدار النفقة بقوله: «...وأما ما فعله الناس من عاداتهم من إطعام لأهلهم أكلتين»[٧].

---

(١) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١٩١. ـ معارج الآمال، ١/ ١٩٨.
(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٤٣.
(٣) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١٩١.
(٤) السالمي: معارج الآمال، ١/ ١٩٨.
(٥) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٣.
(٦) الكدمي: المرجع نفسه، ٤/ ٨٤.
(٧) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٣. الجامع، ٢/ ١٨.

وفي موضع آخر قال: «...فإن المكلف إذا توجه إليه الحكم بيقين فإنه يرفع بمثله بيقين أو بعلم يسكن إليه القلب والعادة الجارية ليقوم مقام اليقين المتعارف»[١].

وفي معرض بيان حكم قبول الهبة وانتقال ملكيتها يقول: «فزوال ملكها من صاحبها المتيقن حصل بما يسكن إليه القلب وجرت عليه العادة»[٢].

وخصص ابن بركة رسالة مستقلة تضمنت تطبيقات عملية للعرف والعادة سمّاها «كتاب التعارف» ولم يفرد له السالمي مبحثاً مستقلاً في كتابه الأصولي «طلعة الشمس» وإن أشار إليه ضمن القاعدة الفقهية «العادة محكمة» أي أن الشرع حكّمها، وذكر فروعها، وبيان أقل الحيض وأكثره، ومسائل التعارف[٣]. وهو صنيع السيابي[٤] في كرسي الأصول، وإن نص على أن قواعد العرف راجعة إلى الاستقراء وهذا ما أشار إليه الرواحي في «نثار الجوهر»، إذ يقول: «وحكّموا العادة في أشياء كما حكموا الاستقراء واستصحاب الأصل»[٥].

(١) ابن بركة: التعارف، ص٩.
(٢) ابن بركة: مصدر نفسه، ص١٦.
(٣) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١٩١.
(٤) لم نعثر على ترجمة لهذا المؤلف ولا كتابه بعد البحث ولعل الكتاب ما زال مخطوطا.
(٥) الرواحي أبو مسلم، نثار الجوهر، ١/ ٨٢. طبعة مصورة من المخطوط الأصلي بخط المؤلف.

المطلب الثاني
مدلول القاعدة

لمعرفة معنى القاعدة لا بد من تحديد مفهوم العادة والعرف في اللغة والاصطلاح:

أ ـ العادة في اللغة:

مأخوذة من العود والاستمرار على الشيء والمعاودة وهو الرجوع إلى الأمر الأول، والعادة الديدن يعاد إليه، وجمعها عادات وعوائد، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى، وعوّدته كذا فاعتاد، وعوّده أي صيّرته له عادة[1]. فهي اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع ولذلك قيل: العادة طبيعة ثابتة[2].

وفي مفردات الراغب الأصفهاني: العود الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه إما انصرافاً بالذات أو بالقول والعزيمة... قال تعالى: ﴿رَبَّنَآ أَخۡرِجۡنَا مِنۡهَا فَإِنۡ عُدۡنَا فَإِنَّا ظَٰلِمُونَ﴾ (المؤمنون: ١٠٧). قال تعالى: ﴿وَلَوۡ رُدُّواْ لَعَادُواْ لِمَا نُهُواْ عَنۡهُ وَإِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ﴾ (الأنعام: ٢٨)[3].

ب ـ العادة في الاصطلاح:

أما العادة في الاصطلاح «فهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد مرة»[4].

---

(١) ابن منظور: لسان العرب، ٣/ ٣١٦ - ٣١٧. الفيومي: المصباح المنير، ص١٦٦، ١٧٠. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٤/ ١٨١.

(٢) الزرقا مصطفى: المدخل، ٢/ ٨٧٠.

(٣) الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، مادة «عود»، ص ٣٥١.

(٤) الجرجاني: التعريفات، ص١٨٨.

وعرفها زكريا الأنصاري بأنها: «ما استقرت الناس فيه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى»[١]، والأولى التغيير بالاستمرار؛ لأنه يناسب العود إليه مرة بعد أخرى.

وقال الحموي الحنفي: «إن مادة العادة تقضي تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً، يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق»[٢].

وعرفها بعض المعاصرين بقوله: «...الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة»[٣].

أما عند علماء الأصول فالعادة هي: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»[٤]، فإذا كان التكرر ناشئاً عن علاقة عقلية وهي التي يحكم بها العقل بهذا التكرار لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الأصبع، وتحرك أوراق الأشجار بحركة الرياح، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي[٥].

«فكون العادة: الأمر المتكرر متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، والأمر المتكرر يشمل كل حادث يتكرر، لأن لفظ الأمر من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً، ويفترق تعريف الفقهاء عن تعريف الأصوليين بأنه لم يشترط نفي العلاقة الفعلية؛ فتعريف الأصوليين أخص وتعريف الفقهاء أعم من هذا الوجه»[٦].

---

(١) الأنصاري زكرياء، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ص ٧٢.

(٢) الحموي أحمد: غمز عيون البصائر بشرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١/ ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٣) علي حيدر: درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية، مادة ٣٦.

(٤) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، شرح التحرير، لابن الهمام، ٢/ ٧٦٩.

(٥) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧١. ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، ٢/ ٧٦٩.

(٦) البورنو: الوجيز، ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

يتبيَّن من هذا التعريف أن العادة في الاصطلاح لها مفهوم شامل واسع الحدود يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال، سواء أكان صادراً عن الفرد أم الجماعة، وسواء كان مصدره طبيعيّاً أم عقليّاً وتلقته الطباع السليمة بالقبول، أم كان مصدره الأهواء والشهوات؛ لأن قولهم في تعريفها: «الأمر المتكرر» يشمل كل حادث يتكرر من حيث أن لفظ: «الأمر» كلفظ: «الشيء» من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً.

ومع أن تعريف الفقهاء للعادة يتضمن قبولها عند الطباع السليمة لكن إطلاق لفظ العادة عند الفقهاء يتضمن ما يلي:

١ ـ فالعادة تطلق تارة على ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة، كعادته في نومه وأكله ونوع مأكوله وحديثه، وكثير من أفعاله، وهذه التصرفات يطلق عليها العادات الفردية.

٢ ـ وتطلق تارة أخرى على ما تعتاده الجماعات والجماهير مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير، حسناً كان أم قبيحاً، وهذه التصرفات ترادف أيضاً العادة رغم كونها صادرة عن الجماعة[(١)].

وتطلق العادة أيضاً بوجه عام على كل حالة متكررة، سواء أكانت ناشئة:

أ ـ عن سبب طبيعي كإسراع بلوغ الأشخاص، ونضج الثمار في الأقاليم الحارة وإبطائه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض المناطق صيفاً وفي بعضها شتاءً بحسب الموضع الجغرافي والعوامل الطبيعية.

---

(١) يقول بعض الفقهاء: «إن العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثا؛ لأنها مأخوذة من العود أو المعاودة». ينظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، الفن الأول تحت القاعدة السادسة، ١/ ١٢٨. قال الزرقا: «ولا يخفى أنّ مرادهم بذلك عادة الفرد، أما عادة الجماعة التي هي بمعنى عرف الجمهور، فلا ينطبق عليها هذا الحد؛ لأن العادة لا تشيع وتنتشر بين الجماهير إلا بعد أن تتكرر بين الناس مرات لا تحصى». ينظر، الزرقا: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٨٧١.

ب ـ أم كانت ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، والسعي بالضرر والفساد وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل والفسق، والظلم مما يسميه الفقهاء فساد الزمان.

ج ـ أو ناشئة عن حادث خاص كفشو اللحن الناشئ من اختلاط العرب بالأعاجم فكل ذلك، يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات، وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء وقرر لها الفقهاء ما يناسبها من أحكام[١].

ومهما يكن من أمر فلا تعارض بين التعريفات السابقة، لأن العادة مأخوذة من المعاودة وهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة عقلية ولا قرينة، حتى غلبت على معاملات الناس واطردت بينهم سواء إلى جميع البلاد أم بعضها[٢].

ج ـ مدلول كلمة «محكَّمة»:

أما كلمة: «محكّمة» فهي اسم مفعول من التحكيم، ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس، أي أن العادة هي المرجع للفصل عند النزاع[٣].

د ـ مدلول العرف لغة واصطلاحاً:

من الألفاظ ذات الصلة بالعادة وشاع استعماله عند الفقهاء العُرف، وفيما يلي بيان لحقيقته في اللغة والاصطلاح.

العرف لغة مأخوذ عن عرف الشيء، وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وهو في أصل اللغة يطلق على معنيين:

---

(١) أحمد فهمي أبو ستة: رسالة العرف والعادة في رأي الفقهاء، ١/ ١٠. ـ الزرقا مصطفى: المدخل، ٢/ ٨٧١ - ٨٧٢.

(٢) صالح السدلان: القواعد الفقهية الكبرى، ص ٣٣٤.

(٣) البورنو: الوجيز، ص ٢٧٣.

الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض.

الثاني: السكون والطمأنينة، والمراد به هنا التتابع وما تطمئن إليه النفس، فإذا اطمئن الناس إلى شيء وسكنوا إليه وتتابع العمل به صار معروفاً وسمي عرفاً[١].

وقد أشار الكدمي إلى هذا المعنى بقوله: «فكان حكم الأغلب والتعارف والاطمئنان فيما تجري به أمور عامة الناس»[٢].

ويؤكد هذا المعنى ابن بركة عند حديثه عن إزالة الحكم الثابت باليقين فقال: «فإن المكلف إذا توجه إليه الحكم بيقين فإنه يرتفع بمثله من اليقين أو بعلم يسكن إليه القلب والعادة الجارية ليقوم مقام اليقين».

ويقول أيضاً: «ولعلّ جميع ما تعبد الله به عباده من طريق الشريعة ما أخذ عليهم أن يخرجوا منه بما هو يقين عندهم، بما يستدلون على معرفته بالعادة الجارية والأحوال الظاهرة، لا بما يعلم حقيقته»[٣].

ويعرفه السالمي بقوله: «أما التعارف فهو عبارة عن حصول حالة تدل على إباحة ما يجوز إباحته بين قوم مخصوصين مثل أحد الخوص[٤] والصروم[٥] ولقاط التمر من النخل والثمر من الشجر وما جرى هذا المجرى»[٦].

---

(١) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٣/ ٦٠. ـ الفيومي: المصباح المنير، ص٣٩٦.

(٢) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٤.

(٣) ابن بركة: كتاب التعارف، ص٧.

(٤) قال أبو بكر الرازي: الخوص، ورق النخل، الواحدة (خوصة) والخوّاص، بائع الخوص ينظر: مادة خ وص، إيضاح مختار الصحاح للرازي، أخرجه نديم وأسامة وعادل مرعشلي نشر دار البشائر للطبع والنشر والتوزيع ـ دمشق، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ص١٢٧.

(٥) صرم الشيء: قطعه، وصرم النخل جذّه، وأصرم النخل، حان له أن يُصرم، والصرم: الجلد فارسي معرّب، والصّرام ـ بفتح الصاد وكسرها ـ جذاذ النخل، والصارم: السيف القاطع، راجع الرازي مختار الصحاح (مرجع سابق) مادة (ص ر م) ص٢٣٨.

(٦) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٢٧.

ونقل السالمي في العقد الثمين عن أبي مالك أن هذا يرجع إلى ما تسكن إليه النفس ويعلم بالقلب، وأن النفوس لا تخرج بمثل هذا، ولا تطالبه الناس فيما بينهم حتى لو أن رجلاً أبيح له ماء ليشرب منه فقال لصاحب الماء: أتأذن لي أن أسقي صاحبي منه، لاشتدّ عليه قوله وكره ذلك منه ورأى أنه قد نسبه إلى غاية البخل في منعه شربه من ماء مع إمكان الماء معه، وليس هنالك عداوة بينهما.

ولما ختم السالمي من بيان رأي أبي مالك في العرف خلص إلى القول بأنّه: «إنما سميت هذه الحالة بالتعارف؛ لأن أهل البلد مثلاً يتعارفون أي يتعالمون بثبوت الإباحة بعد ذلك»[(١)].

ومما تقدم يتبيّن أن العرف في الاصطلاح هو: «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول»[(٢)].

ومعنى ذلك: أن كل قول أو فعل اطمأنت إليه النفوس وعرفته وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجملة يسمى عُرفاً، كما في تعامل الناس بالاستصناع ووقف المنقول واشتراط شروط خاصة في البيع...إلخ.

وعرفه أحد الفقهاء المعاصرين بأنه: «ما استقر في النفوس واستحسنه العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه»[(٣)].

فقوله: «مما لا ترده الشريعة»: قيد وجيه يخرج العرف الذي ترده الشريعة الإسلامية، لأنه يخالف نصوصها وأحكامها؛ كالتعامل بالربا بكل مظاهره وألوانه في المصارف وغيرها، لأنها أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات.

---

(١) السالمي: المرجع السابق، ٤/ ١٢٧.

(٢) الجرجاني: التعريفات، ص١٩٨. ـ الأنصاري: الحدود الأنيقة، ص ٧٢.

(٣) عوض السيد صالح: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٥٢.

وأما قوله: «وأقرّتهم عليه» أي ما تعارفه الناس واستمروا عليه، وكان له اعتبار في الشريعة فهو العرف المعتبر شرعاً[١].

هـ ـ الفرق بين العرف والعادة:

لو نظرنا في التعريفات التي قدمت للعرف والعادة نجد أن العادة مأخوذة من العود والمعاودة، فهي بتكررها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية[٢]. فهل العرف يختلف عن العادة؟

يقول الراشدي في جواهره: «العرف والعادة بمعنى، وهو ما كان مقرراً بالعقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[٣]. وقريباً من هذا المعنى عرّف بعضهم العادة فقال: «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[٤].

فهنا يلاحظ أن الفقهاء اشترطوا في العرف والعادة الاستقرار وتلقي الطباع السليمة لما يُعهد ويُروى بين الناس بالقبول، وأن يقر الشارع ذلك الذي تعارفه الناس واستمروا عليه، كما جاء في تعريف العادة عند الفقهاء أيضاً أنها ما تكررت مرة بعد أخرى لأنها مأخوذة من المعاودة والتكرار.

فعلى هذا؛ فالعرف هو العادة المعروفة، فالعرف والعادة بمعنى واحد ويصدقان عليه، وهو العادة المعروفة، وإن كانا مختلفين من حيث المفهوم ـ اللغوي ـ حيث أن مفهوم كل واحد منهما مختلف عن الآخر، فالعادة هو العودة والتكرار، والعرف هو المتعارف[٥].

---

(١) السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص ٣٣٥.
(٢) الأتاسي: شرح مجلة الأحكام العدلية، ١/ ٩٧.
(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٤٣.
(٤) الأتاسي: المرجع السابق، ١/ ٩٧.
(٥) البورنو: الوجيز، ص ٢٧٦.

وبناء على ما سبق يكون العرف والعادة لفظان مترادفان بمعنى واحد، إذا ما تحدث عنهما الفقهاء وبنوا الأحكام عليهما ولا وجه للتفرقة بينهما، لأن العادة تنشأ بتكررها مرة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقر في النفوس فتسمى عرفاً إذا تلقته الطباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول وجرى عمل الناس به، وهذا هو العرف المعتبر أو العادة المعتبرة عند الفقهاء[١].

هذا وقد فرّق بعض الفقهاء المحدثين بين مدلولي العرف والعادة، فأطلق العادة على ما يشمل عادة الفرد والجماعة، وخص العرف بعادة الجماعة، حيث عرفه بأنه «عادة جمهور قوم في قول أو عمل»[٢].

يتضح من جميع ما تقدم أن العادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الفردية والعادة الناشئة عن عامل طبيعي وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق؛ فكل عرف هو عادة وليست كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة[٣].

و ـ المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن العادة عامة أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه[٤]، وبعبارة أخرى: «أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقتضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة»[٥].

---

(١) أبو ستة: العرف والعادة، ص ١٠ - ١١. ـ شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٣١. ـ السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص ٣٣٦.

(٢) الزرقا مصطفى: المدخل، ٢/ ٨٧٢. ـ البورنو: الوجيز، ص ٢٧٦.

(٣) الزرقا: المرجع السابق، ٢/ ٨٧٤.

(٤) الأتاسي: شرح المجلة العدلية، ١/ ٨٧.

(٥) الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص ١٦٥.

المبحث الثاني

أنواع العرف والعادة وشروط اعتبارهما في الأحكام الشرعية

وفي هذا المبحث نتعرف على نشأة العرف والعادة وأنواعهما، وما يتميز كل نوع عن الآخر، ثم نحدد الشروط التي تضبط العرف والعادة حتى يكونا شرعيين يمكن الاعتماد عليهما في استنباط الأحكام الشرعية وبيان ذلك فيما يلي:

المطلب الأول
أنواع العرف والعادة

وقبل بيان أنواع العرف والعادة نجد من المناسب الحديث عن نشأة العرف والعادة وأسبابها، وكيف كانت الأمم تعتمد عليها في وضع النظم الاجتماعية والاقتصادية لحل المشكلات المتجددة لتسهيل حياة الناس.

الفرع الأول: نشأة العادة وسلطانها على النفوس:

تنشأ العادة من تصرفات، فكل عمل اختياري لا بد له من باعث وهذا الباعث إما خارجي كظهور منفعة شيء، وإما داخلي نفسي، كحب الانتقام الدافع إلى التأثر، والحياء الشديد الدافع إلى اعتزال الناس، والسكوت، فإذا ارتاح الفرد للفعل الذي حال إليه وكرره أصبح بذلك التكرار عادة له.

وإذا حاكاه الناس بدافع حب التقليد، وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين الناس أصبحت بذلك عرفاً، والذي هو في الحقيقة عادة الجماعة.

كما يجري هذا في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً، كالمصطلحات التي تنشأ بين أهل الحرف أو العلوم أو الأديان.

فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم، وإن التفاهم بالإشارات ونحوها عسير وبطيء، ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هي أصوات يعتادون التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم. ثم بتوسيع الصناعات والعلوم المدنية يصبح التعبير باللغة العامة الأصلية في هذه الصناعات والعلوم عسيراً وطويلاً وموروثاً للاشتباه، لذلك يلجأ أهل الحرف أو العلوم أو الأديان إلى استعمال ألفاظ خاصة يصطلحون عليها، بطريق الوضع المبدأ أو بطريق التداول المتكرر للدلالة على معان وأشياء تفهم

بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا تقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل[١].

وترجع نشأة العادة في المجتمعات إلى ثلاثة أسباب وهي:

ـ **الأول: الحاجة**: وهي تعدُّ سبباً لمعظم العادات، إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل ويشيع بين الناس حتى يصبح عرفاً دارجاً، كوقف الكتب وأدوات الجنازة وبيع الوفاء.

وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها وبحسب الهيئات الاجتماعية، وأنظمتها ومميزاتها[٢] من المعتقدات، والشعائر الدينية والأخلاق، ونظام الحكم، ومعاهد العلم، والصنائع والفنون وحرية الفكر...إلخ.

ـ **الثاني**: صدور أمر سلطاني أو توجيه حكومي للقيام بعمل من الأعمال، وذلك بان تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم أو برغبته وتوجيهه كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوي التي أنشأها الحكم الشيعي الفاطمي، ثم عمّت واقتبستها سائر البلدان الإسلامية.

ـ **الثالث**: سبب وراثي تناقله الخلف عن السلف، فقد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية؛ كالبقية من عادات الجاهليين المتصلة بعقائدهم قبل سيادة الإسلام في بلاد العرب كعادة الأربعين للميت، ووأد البنات[٣].

وللعادات والأعراف سلطان كبير على النفوس وتحكّم في العقول، فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضروريات الحياة، لأن العمل كما يقول علماء النفس، بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة،

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٦٧ - ٨٦٨.

(٢) مثال ذلك: النظام الاجتماعي الجاري به العمل في منطقة وادي ميزاب بجنوب الجزائر، ويطلق عليه نظام العزّابة. ينظر: صالح أسماوي نظام العزابة.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٦٨ - ٨٦٩. ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٢٣٩ - ٢٤٠.

ومن ثم يقولون: إن العادة طبيعة ثابتة، ويقول الفقهاء: إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً[١]. ولذلك يقاسي الأنبياء والمصلحون كثيراً من المصاعب والأهوال، فيأخذون الناس بالعنف تارة، وبالتدريج تارة أخرى، لتحويلهم عن مفاسد عاداتهم وأعرافهم[٢].

وفي هذا المعنى تقول عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها واصفة سياسة التشريع الإسلامي: «إنما نزل أوّل ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر ولا تزنوا، لقالوا: لا ندع الخمر ولا الزنى أبداً»[٣].

ويتضح مما سبق أن العادات والأعراف منها الحسن ومنها القبيح، إذ ليس كل ما يعتاده الناس ويتعارفونه ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة يكون الأمر المعتاد وسيلة ميسرة لها.

فقد يعتاد الناس عادات تقوم على جهالات وضلالات موروثة يشقى بها المجتمع وليس فيها منتفع، كاسترقاق المدين المعسر عند الرومان وفي جاهلية العرب، وكوأد البنات والغزو الداخلي في الجاهلية وكدفن الزوجة

(١) ابن عابدين: رسالة نشر العرف، في مجموعة رسائله، ص١١٩ - ١٢٠.

(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٦٩.

(٣) رواه البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن ـ حديث: ٤٧١٢ عن عائشة، بلفظ عن يوسف بن ماهك، قال: «إني عند عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، إذ جاءها عراقي، فقال: أي الكفن خير؟ قالت: ويحك، وما يضرك؟ قال: يا أم المؤمنين، أريني مصحفك؟ قالت: لم؟ قال: لعلي أولف القرآن عليه، فإنه يقرأ غير مؤلف، قالت: وما يضرك أيه قرأت قبل؟ «إنما نزل أول ما نزل منه سورة من المفصل، فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً، لقد نزل بمكة على محمد ﷺ وإني لجارية ألعب: بل الساعة موعدهم والساعة أدهى وأمر وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده»، قال: فأخرجت له المصحف، فأملت عليه آي السور». ورواه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف، كتاب صلاة العيدين، باب إذا سمعت السجدة وأنت تصلي وفي كم يقرأ القرآن، حديث: ٥٧٥٣.

حية مع زوجها إذا مات عند الهنود الوثنيين، وكدفن نفائس الأموال مع أصحابها الموتى عند قدماء المصريين، وكأخذ أولياء البنات مهورهن عند تزويجهن في عادة البدو من العربان في بعض البلاد العربية وحتى عند أهل الحضر حتى اليوم.

فكل هذا وأمثاله عادات وأعراف قبيحة مصادمة للنصوص التشريعية ومقاصد الشريعة العامة، فيجب أن تكافح بالتعلم والتشريع وبالأنظمة التي يقرها ويصدرها أولياء الأمر[١].

هذا وقد راعى الشارع الحكيم عادات الناس وأعرافهم فاعتبرها في كثير من الأحكام، والرسول ﷺ في فترة التشريع أبقى على كثير من العادات، ومن أهمها الأخلاقيات السائدة والمحمودة فقد قال ﷺ: «**جئت متمِّماً لمكارم الأخلاق**»[٢].

ومنها في العبادات كالأيمان والمقادير، وفي المعاملات كالبيوع والإيجار، والأنكحة، والصناعة والزراعة والبناء وغيرها من المجالات، وأصبحت قاعدة العرف والعادة معتمدة عند الفقهاء ويرجع إليها في كثير من أبواب الفقه.

وقد أطلق القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية الأحكام في بعض المواضع وترك تحديدها وتقديرها للعادة والعرف كتقدير طعام المساكين في الكفارة والنفقة بالمعروف للزوجة والمطلقة والمرضعة، وقد تجلت هذه القاعدة في فقه الإباضية واستندوا عليها في كثير من الأحكام الفقهية، ويعد ابن بركة من السابقين في هذا المجال، فقد جعل هذه القاعدة مخصصة لقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»؛ ذلك أن المكلف إذا توجه إليه الحكم بيقين فإنه يرتفع بمثله

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٠.

(٢) رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة، رقم ٨٩٣٩، والبيهقي في الكبرى، كتاب الشهادات، باب بيان مكارم الأخلاق، رقم ٢٠٥٧٢، عن أبي هريرة بلفظ: صالح الأخلاق. ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين، من كتاب آيات رسول الله، رقم٤٢١٢، وقال الحاكم: هذا حديثٌ صحيحٌ على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

من اليقين أو بعلم يسكن إليه القلب والعادة الجارية ليقوم مقام اليقين[١]. يقول في هذا الصدد: «ولعلّ جميع ما تعبّد الله به عباده من طريق الشريعة ما أخذ عليهم أن يخرجوا منه بما هو يقين عندهم، بما يستدلون على معرفته بالعادة الجارية والأحوال الظاهرة لا بما يعلم حقيقته»[٢].

ولعلّ ابن بركة يعتبر أول من ألّف كتاباً مستقلاً لبيان أهمية هذه القاعدة وتطبيقاتها على الأحكام، فقد ألّف رسالة كاملة في العرف والعادة وما يسكن إليه القلب مما يجري بين الناس من التعامل سمّاها: «كتاب التعارف»، ولم نعثر على مثلها عند الإباضية أو غيرهم من المتقدمين حسب اطِّلاعنا المحدود في التراث الفقهي.

الفرع الثاني: أنواع العادة أو العرف:

عرَّف الزحيلي العرف بأنه: ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه[٣].

من خلال هذا التعريف نستنتج أن العرف إما أن يتعلق باستعمال بعض الألفاظ في معان يتعارف الناس على استعمالها لها، وإما أن يتعلق باعتياد أنواع من الأعمال أو المعاملات، ومن هنا قسم العلماء العادة أو العرف باعتبارات مختلفة إلى أقسام:

١ ـ التقسيم الأول:

وهو تقسيم العادة أو العرف باعتبار الموضوع أو مُتعلّقه إلى نوعين: عرف قولي (لفظي) وعرف عملي (فعلي).

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص٩.
(٢) المرجع نفسه، ص٧.
(٣) الزحيلي وهبه: نظرية الضرورة الشرعية، ص١٥٨.

أ ـ العرف اللفظي أو القولي:

هو الذي يسميه الأصوليون بالحقيقة[١]، ويسميه بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ، وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معيّن لا تألفه باللغة، بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية[٢].

وعرَّف ابن عابدين بأنه: «يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى»[٣]، وقد سموا استعمال اللفظ فيه حقيقة عرفية، لأن المعنى اللغوي صار مجهوراً لا تقصد من اللفظ إلا بقرينة تدل على إرادته.

وتوضيح ذلك: فلو قال شخص لآخر اشتر لي سيارة بخمسة آلاف ولم يعين النقود، هنا يلزم الوكيل أن يشتري له بالعملة السائدة في البلد كالدينار الجزائري، أو الريال العُماني؛ لأنها المتعارفة لديهم عند الإطلاق وليس له أن يشتري بريالات قطرية أو بدراهم مغربية أو بدنانير تونسية.

وكذلك من قال لآخر اشتر لي دابة ـ والمتعارف عندهم أن لفظ الدابة يطلق على الحمار مثلاً ـ، فليس له أن يشتري فرساً أو بغلاً؛ استنباطاً من أن لفظ الدابة يطلق عند آخرين على ذات الأربع[٤].

ومثل تعارفهم إطلاق (الولد) على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك، واستعمال (البيت) في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي

---

(١) الحقيقة اللغوية هي: ما صار اللفظ دالّاً فيها على المعنى بالعرف لا باللغة، وقد يكون تارة أعم من المعنى اللغوي: كالرقبة تطلق في العرف على جميع البدن، وتارة أخص كاختصاص الفقيه ببعض العلماء، وتارة يكون مبايناً كالغائط، وهو المطمئن من الأرض. ينظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧/ ٩٦.

(٢) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، ص ٢٣٤. ـ الزرقا مصطفى: المدخل ٢/ ٨٧٥. ـ شلبي محمد مصطفى: أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١٤.

(٣) ابن عابدين: تنبيه الرقود على مسائل النقود، ضمن رسائله، ٢/ ٥٦.

(٤) البورنو: الوجيز، ص ٢٨١.

بعضها الآخر بمعنى الدار، وكاستعمال لفظ (الدراهم) بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها، حتى الورق النقدي اليوم، مع أن الدراهم في الأصل نقد فضّي مسكوك بوزن معيّن، وقيمة محددة.

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز[١].

ب ـ العرف العملي:

وهو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، وهو الذي يطلق عليه الفقهاء «وما جرى عليه العمل»[٢]. وبعبارة أخرى، هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية كالتصرفات المنشئة للالتزامات[٣].

والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب واللبس والركوب والحرث والزراعة وغير ذلك.

والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها كالنكاح والبيع والإبراء وكالغصب والقبض والأداء[٤].

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٦. ـ شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٤٠، ٢٤١. ـ الزحيلي وهبة: نظرية الضرورة، ص ١٥٨.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٩. ـ الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٤. ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٢٤١.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٦. ـ البورنو: الوجيز، ص ٢٨٠. ـ الزحيلي: نظرية الضرورة، ص ١٥٨.

(٤) الزرقا مصطفى: المرجع نفسه، ٢/ ٨٧٧.

فمن أمثلة العرف في الأفعال: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، كالخميس والجمعة، وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن أو المعز أو البقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات ونحو ذلك.

ومن أمثلته في المعاملات:

١ ـ اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل: الحطب والفحم والحديد والقمح أن تكون على البائع حمولتها إلى بيت المشتري.

٢ ـ واعتيادهم تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة، وتعارفهم تقديم الأجرة قبل استفاء المنفعة في إجارة الأماكن شهريّاً أو سنويّاً.

٣ ـ وتعاملهم ببيع المعاطاة من غير وجود صفة لفظية تدل على الإيجاب والقبول.

٤ ـ وتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء، كالنصف أو الثلثين، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق في بعض البلدان، بينما اعتاد أهل ميزاب بالجزائر تعجيل كل الصداق قبل الدخول.

٥ ـ وتعارف الناس على أجرة معيّنة عند نقل الركاب من مكان إلى آخر.

٦ ـ وتعارفهم في بعض المهن والصنائع أن يأخذ الصانع من رب العمل أجراً وفي بعضها الآخر أن يأخذ رب العمل من الصانع أجراً كما في الخياطة وصناعة الذهب، عندما يكون المقصود تعليم الصانع تلك الصناعة لا مجرد استخدامه، إلى غير ذلك مما لا يخص من أعراف الناس العملية الممكن جريانها في معاملات الناس وتفاريع التزاماتهم فيها[1].

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٧. ـ البورنو: الوجيز، ص٢٨. ـ شبير: القواعد الكلية، ص٢٤١. ـ الزحيلي: نظرية الضرورة، ص١٥٨.

٢ ـ التقسيم الثاني:

يقسم العرف باعتبار عمومه وخصوصه إلى عرف عام، وعرف خاص.

أ ـ العرف العام:

هو ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم[١].

وعند بعضهم هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين الناس في أمر من الأمور[٢]. بينما عرّفه آخر بأنه: عُرْف هيئته غير مخصوصة بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعيّن، وهو العرف الجاري منذ عهد الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ حتى زماننا، وهو العرف الذي قبله المجتهدون وعملوا به ـ ولو كان مخالفاً للقياس ويثبت به حكم عام.

والعموم قد يكون عموماً زمانيّاً، فيكون العرف عامّاً في الأزمنة كلها منذ عهد الصحابة إلى الآن، أو في عصر من العصور، وقد يكون عموماً مكانيّاً، بمعنى أن العرف يعُمّ الأمكنة كلها ويعمل به في جميع البلاد أو أكثرها[٣].

ومن خلال التعريفات المتقدمة يتضح أن العرف العام قد يشمل جميع الناس أو غالبيتهم، وقد يعُمّ كل الأزمان والأمكنة أو أكثرها، ولا يختص طبقة معينة أو فئة معينة من الناس أو زماناً أو مكاناً محدداً.

ـ من أمثلة العادة العرفية العامة:

١ ـ تعارف الناس عقد الاستصناع أو المقاوَلة في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان، وقد أصبح جارياً

(١) محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، ص ٤٢٠.

(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٧ ـ ٨٧٨.

(٣) البورنو: الوجيز، ص ٢٧٧.

في جميع الحاجات حتى استصناع المعامل بكاملها والبواخر، في حين لو نظرنا إلى طبيعة هذا العقد نجده عبارة عن اتفاق على صنع أشياء معينة بأوصاف مبينة محددة، وهو بيع المعدوم، ولكن جاز؛ لِتَعارف الناس وتعاملهم به من العصر الأول.

٢ ـ إذا حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان، فهو يحنث ولو دخلها محمولاً وبقيت قدمه خارجها، ولا يحنث لو وضع قدمه فيها وبقي هو خارجها؛ لأن المراد بوضع القدم عند الجميع هو الدخول وليس مجرد وضع قدم فقط.

٣ ـ ومثله في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في بعض البلاد الإسلامية، فقد تعُورف تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، بنسبة يختلف مقدارها بين بلد وآخر، وقد تكون هذه النسبة ثابتة بحيث أنه متى ذُكِر بين الطرفين مبلغ المعجل عُرف المؤجل.

٤ ـ واستعمال لفظ (الحرام) بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزواج.

٥ ـ ودخول الحمّام[١] من غير تقديم الأجرة، أو مدة المكث، أو مقدار الماء المستهلَك[٢]، ونحو ذلك من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم.

ب ـ العرف الخاص:

أما العرف الخاص: فهو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى[٣]، وهو ما أشار إليه السالمي بقوله: هو «عبارة عن

(١) يختلف مدلول الحمّام في البلدان الإسلامية، فيطلق مثلاً في الجزائر وغيرها على أماكن الاستحمام والاغتسال التي يوجد فيها مياه دافئة تنبع من الأرض، بينما يطلق هذا اللفظ في سلطنة عُمان على بيت الخلاء والمرحاض، فالعرف هنا يختلف من مكان إلى آخر.

(٢) الزرقا: المدخل ٢/ ٨٧٨. ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٢٤١، الزحيلي: نظرية الضرورة، ص ١٥٨ - ١٥٩. البورنو: الوجيز، ص ٢٧٧.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٧٨.

حصول حالة تدل على إباحة ما يجوز إباحته بين قوم مخصوصين، كالتقاط التمر من النخل والثمر والشجر وما جرى هذا المجرى؛ وإنما سميت هذه الحالة بالتعارف لأن أهل البلد مثلاً يتعارفون، أي يتعالمون بثبوت الإباحة بعد ذلك»[١].

والعرف الخاص متنوع كثير ومتجدد لا تحصى صوره، ولا تقف عند حدّ؛ لأن مصالح الناس وسبلُهم إليها وإلى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبداً، وذلك كالأعراف التي تسود في بلد أو قطر خاص، أو تسود بين أرباب مهنة خاصة، كعُرف التجار فيما يُعَدّ عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يُعدّ عيباً، وكعُرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً إلى أقساط معلومة، وعُرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.

ومثل ذلك عُرف المحامين اليوم تقسيم أجرة المحامي إلى معجل ومؤجل إلى حين ربح الدعوى، فيكون جانباً معلوماً من أجور الدعاوى التي يتقبلونها، كالنصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلقاً على ربح الدعوى وصيرورة الحكم بها مبرماً واستخراج وثيقة الحكم ووضعها في دائرة، التنفيذ[٢].

٣ ـ التقسيم الثالث:

ينقسم العرف من حيث اتفاقه مع الشرع أو تعارضه معها إلى صحيح وفاسد.

أ ـ العرف الصحيح:

هو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص شرعي أو إجماعي ولا تفويت لمصلحة ولا جلب مفسدة[٣]. وقيل: هو ما تعارفه الناس دون أن يحرِّم حلالاً

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٢٧.
(٢) الزرقا: المدخل ٢/ ٨٧٨.ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٢٤٢.
(٣) الخياط: نظرية العرف، ص ٣٦ - ٣٧.

أو يحلّ حراماً كتعارفهم تقديم عربون في عقد الاستصناع وأن الزوجة لا تنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر، وأن المهر قسمان: معجل ومؤجل، وأن ما يقدمه الخاطب لخطيبته أثناء الخطبة يعتبر هدية وليس جزءًا من المهر، وتعارفهم وقف بعض المنقولات، والأمثلة كثيرة في ألفاظ البيع والشراء والهبة واليمين، وكل ما يجري بين الناس من الأعراف الصحيحة ويكون من نظام حياتهم وحاجاتهم[١].

ب ـ العرف الفاسد:

هو ما تعارفه الناس ولكنه يحِلّ حراماً أو يحرِّم حلالاً، كتعارف التجار على اعتبار الفوائد الربوية من الأرباح، وتعارفهم أكل الربا والتعامل مع المصارف بالفائدة، والمقامرة باليانصيب، وكتعارف الناس اليوم خروج النساء سافرات يكشفن ما يحرم شرعاً ـ إلا من رحم الله ـ ومثل لبس خاتم الذهب للرجال ـ للدلالة ـ على أن لابسه متزوج، وكتعارف بعض البلدان الإسلامية اختلاط النساء بالرجال في حفلات الزواج والأندية العامة والمعاهد، وإقامة محافل الرقص في الأفراح والحفلات، وتقديم الخمور والأنبذة، وترك الصلاة في الاحتفالات العامة كالمباراة الرياضية، فكلها أعراف فاسدة وغير معتبرة لا يراعيها الفقيه ولا القاضي ولا المفتي في فتواه[٢].

ولهذا ألغى التشريع الإسلامي كثيراً من أعراف العرب الفاسدة التي تعارفوا عليها قبل الإسلام، كالتعامل بالربا والطواف بالبيت عُراة، وشرب الخمر ولعب الميسر والاستقسام بالأزلام ووأد البنات، وكل ما كان باطلاً من عادات الجاهلية، حيث خالف نصوص الشريعة ومقاصدها العامة[٣].

---

(١) الخياط: المرجع نفسه، ص٣٧. ـ الزحيلي: نظرية الضرورة، ص١٥٩.

(٢) ابن عابدين: رسائل، ١١٦/٢. ـ الزحيلي: نظرية الضرورة، ص١٥٩.

(٣) عمر عبدالله، العرف في الفقه الإسلامي، ص٢٣ ـ ٢٥.

هذا: وقد قسم الإمام الشاطبي العرف (العوائد) بهذا الاعتبار شِبه التقسيم السابق، فيطلق لفظ الشرعي على الصحيح، وغير الشرعي على الفاسد الذي لا يتناوله الدليل، ولا بأس أن نورد ما جاء في عبارته لصلته بموضوعنا، وزيادة في التوضيح حيث قسم العادة باعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه ـ إلى شرعية وجارية بين الخلق ـ مما ليس فيه نص شرعي.

• **فالعادات الشرعية**: هي التي كَلّف بها الشرع وأمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهية أو تحريماً، أو أذِن فيها فعلاً أو تركاً وثبت في ذلك بالنص من كتاب أو سُـنَّة أو إجماع. وهذه العادات ثابتة أبداً، كما في الأمر بالصلاة، وستر العورة، وإباحة ما أباحه من المعاملات، والأمر بإزالة النجاسة، ومشروعية الزواج والطلاق، وعدم الطواف بالبيت الحرام عرياناً، وإباحة بيع العرايا، وجعل الدية في القتل الخطأ على العاقلة وهكذا.

• **والعادات الجارية** بين الخَلْق بما ليس في نفيه ولا إثباته نص شرعي (العادات غير الشرعية) وهي تتنوع إلى نوعين:

ـ **النوع الأول**: العادات الجارية الثابتة وهي لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال، لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه، كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح والنظر والكلام والبطش والمشي، وميل الإنسان إلى ما يلائمه ونفوره عما لا يلائمه وأشباه ذلك، ولما كانت تلك العادات أسباباً لمسببات حكم بها الشارع واعتبرها وبنى عليها الأحكام.

ـ **والنوع الثاني**: العادات الجارية (غير شرعية) المتبدلة: وهي ما كان للزمان أو المكان أو الحال دخل في تبدلها وغيرها وينتظم تحتها عدة صور منها:

الصورة الأولى: العادات التي تختلف باختلاف البقاع والبيئات، فتكون في بعضها حسنة وفي البعض الآخر قبيحة، مثل كشف الرأس، فإنه لِذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح عند أهل المغرب هذا في الماضي، أما الآن فقد تغيَّر عند أهل المشرق أيضاً، فالحكم الشرعي يختلف

باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة وعند أهل المغرب غير قادح.

ومن الأمثلة أيضاً الأكل في الشوارع والأسواق، فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح في العدالة؛ لأنه مخلّ بالمروءة، وقد أصبح الآن غير قبيح عند كثير من الناس فإذا تغير مناط الحكم تغير الحكم.

الصورة الثانية: العادات التي تختلف باختلاف الأقوال والألفاظ المعبِّرة عن المقاصد والنيات، أو ما يريد الإنسان قوله أو فعله، وكذلك المصطلحات المستخدمة بين أهل الحِرف والمهن والمذاهب، فهذه تختلف باختلاف الجماعات والمذاهب والمصطلحات، فيُحمل اللفظ على عادة المتكلم بحسب ما يفهم عند أمثاله، ويدخل تحت هذه الصورة الألفاظ المستعملة في الأيمان والعقود والطلاق كتابة وتصريحاً.

الصورة الثالثة: العادات التي تختلف باختلاف الأفعال في المعاملات: كالعادة في البيع والشراء نقداً أو نسيئة، والعادة في قبض الصداق قبل الدخول.

الصورة الرابعة: العادات التي تختلف بحسب أمور خارجة عن إرادة المكلف، كاختلاف الأقطار حرارة أو برودة، وأثر ذلك في الإسراع بالبلوغ في الأقطار الحارة وبطئه في البلاد الباردة، وكذلك أثرها في مدة الحيض ومدة الحضانة وسن اليأس وغير ذلك.

الصورة الخامسة: ما يكون في أمور خارقة للعادة كبعض الناس تصير له خوارق العادات عادة جارية، فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عاداته الجارية لا المطردة الدائمة بشرط أن تصير العادة الأولى الزائلة لا ترجع إلا بخارقة أخرى، ومن الأمثلة على ذلك: البائل أو المتغوّط من جرح حدث له حتى صار كالمخرج المعتاد له، أما المخرج المعتاد في الناس فأصبح في حكم العدم[1].

(١) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٨٣ - ٢٨٦. ـ عوض السيد صالح: أثر العرف في التشريع، ٩٥ - ١٢١. ـ خليل نصار: من القواعد الفقهية الهامة «العادة محكّمة»، ص ١٠٥ - ١١١.

المطلب الثاني
شروط العرف والعادة
واعتبارهما في الأحكام الشرعية

إن قاعدة: «العادة محكّمة» تتضمن حُكماً كُليّاً وهو اعتبار العادة في الأحكام الشرعية، بحيث يعتمد عليها لإثبات الحكم الشرعي، سواء كانت عامة أم خاصة، ولها سلطان واسع المدى في استنباط الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديدها، وإطلاقها وتقييدها.

ولكن ما معنى اعتبار العرف والعادة في بناء الأحكام؟ وما شروط اعتبارهما؟ ستكون الإجابة على هذين السؤالين في فرعين:

الفرع الأول: مجالات اعتبار العرف والعادة في الأحكام الشرعية:

لا ريب أن الشريعة تعمل على تحقيق مصالح الإنسان والمصالح دائمة، وهي عادة من العادات وقد اعتبر الشارع المصلحة التي تتفق ومقاصد الشريعة، وهذا هو معنى اعتبار العرف والعادة سواء نص عليها الشارع وأقرها أو حدثت تِباعاً للحاجة والضرورة.

يقول الشاطبي: «العوائد الجارية ضرورية الاعتبار سواء كانت شرعية في أصلها أم غير شرعية؛ أي سواء أكانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك، لأن الشارع لما جاء باعتبار المصالح كما هو معلوم قطعاً، لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد، لأن أصل التشريع سببه المصالح، والتشريع دائم، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع، ووجه آخر، وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع»[1].

(١) الشاطبي: الموافقات، ٢/٢٨٦ وما بعدها.

ولكي يتضح معنى اعتبار العرف والعادة في التشريع يحسن أن نذكر المجالات التي يعمل فيها العرف والعادة، مع ذكر الأمثلة الدالة على استعمال الفقهاء لهما، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في تحديد هذه المجالات ويتضح ذلك مما يلي:

أ ـ الرأي الأول:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن مجالات استعمال العرف والعادة في الأحكام الشرعية ثلاثة وهي[١]:

• **المجال الأول:** تفسير النصوص التي وردت مطلقة ولم يأت الشرع ولا اللغة بتفسيرها كما قال الراشدي: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»[٢].

وفي نفس المعنى يقول ابن تيمية: «كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع إلى العرف»[٣].

ومن الأمثلة التي استشهد بها الراشدي على هذا المجال: ما تعارف عليه الناس واعتادوه من الحِرز في السرقة والقبض، جاء في شرح النيل: «ويختلف القبض في المبيع، فالأصول والعروض والجُزاف مجرد العقد، والتخلية بين المبيع والمشتري وإحاطة عِلم بها، والمكيل استيفاؤه بكيْل كمَوْزون بِوزن»[٤].

كما تعارف الناس بعادات معينة في إحياء الموات، قال الصنعاني في «سبل السلام»: «واعلم أن الإحياء ورد عن الشارع مطلقاً، وما كان كذلك وجب الرجوع فيه إلى العرف، لأنه قد يبين مطلقات الشارع كباقي قبض المبيعات، والحرز في سرقة مما يحكم به العرف»[٥]. وذكر الراشدي أن الذي

(١) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٤٤.
(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٦٩.
(٣) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧/ ٤٠.
(٤) الثميني عبدالعزيز: كتاب النيل وشفاء العليل مع الشرح للقطب أطفيش، ٨/ ٦٣ - ٦٤، بتصرف.
(٥) الصنعاني: سبل السلام، مجلد ٢، ٣/ ٨٢.

يحصل به الإحياء في العرف أحد خمسة أسباب؛ تبييض الأرض وتنقيتها للزرع، وبناء الحائط على الأرض، وحفر الخندق القعير الذي لا يطلع من نزله إلا بمَطلع[١][٢].

• **المجال الثاني**: بناء الأحكام الشرعية عليها للقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي. فنصوص الشريعة لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات، فلا بد من الرجوع إلى العرف لبناء الأحكام عليه، ومن الأمثلة على ذلك: القِراض (المضاربة) فقد أجمع العلماء على أنها لم تستند إلى نص مرفوع إلى النبي ﷺ، وإنما أجيزت؛ لأنها كانت معامَلة معروفة، فتعامل بها الصحابة رضي الله عنهم[٣].

• **المجال الثالث**: تجديد بناء الأحكام الشرعية وتعديلها مما هو مبني أصلاً على العادات والأعراف، فإذا تغيرت تلك العادات والأعراف وجب تغيير الحكم، ولهذا قال القرافي: «إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»[٤]. وقال أيضاً: «الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»[٥].

---

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٧٠.

(٢) سئل سماحة شيخنا أحمد الخليلي ـ حفظه الله ـ عن صفة إحياء الموات فقال السائل: «أصبح إحياء الموات الآن لا كما يريد الإنسان إذ قد تتدخل الجهات الرسمية لمنع الإنسان من الإحياء، فهل لا بد لمن أراد أن يبيع أرضا أن يحييها؟ وما هي صور هذا الإحياء؟». فأجاب: «إن أحياها بإحاطتها بسور أو بغرسها ببعثها بحيث اعتنى بتسويتها وبقلع الشجر منها، فكل من ذلك يُعَدّ إحياء، ومثل ذلك: لو جاء بآلات الحفر الحديثة وأمرهم بتسويتها...» ينظر: الراشدي: جواهر القواعد ـ الهامش للمحقق محمد بن يحيى الراشدي ـ، ص ١٧٠.

(٣) الشوكاني: نيل الأوطار، ٥/ ٣٦٥.

(٤) القرافي: الإحكام في تميز الفتاوى من الأحكام، ص ٢٣١.

(٥) القرافي: الفروق، ١/ ١٧٧.

ومما سبق يظهر أن نطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى كذلك في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات والالتزامات في العقود والتصرفات والأفعال العادية حيث لا دليل سواه.

وعلى هذا فقد يترك النص الخاص ويؤخذ بالعرف عند الضرورة، وقد يخصص النص بالعرف أو تعامل الناس، وقد يقيّد إطلاقه له، وقد يترك القياس الاجتهادي أو الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إن مجرد المصلحة الزمنية؛ لأن العرف دليل الضرورة أو الحاجة، فهو أقوى من القياس ونحوه[١].

ب ـ الرأي الثاني:

وذهب بعض الفقهاء المتقدمين والمعاصرين إلى أن مجال الاستعمالات الفقهية للعرف والعادة ينحصر بالاستقراء في أربعة:

الأول: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً، فقد اعتبره الفقهاء واعتدّوا به واستدلوا عليه بنصوص اشتملت على أحكام استُنِد فيها إلى العرف كدليل على مشروعيتها، بل وصرح في بعضها بأنه دليل، يقول القرافي: «إن أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر وعدّ منها العوائد»[٢].

وقال فخر الدين الزيلعي[٣] في دليل مشروعية المضاربة: «فإنه ﷺ بُعِث والناس يتعاملونها فتركهم، وتعامَلها الصحابة رضي الله عنهم»[٤].

---

(١) الزحيلي: نظرية الضرورة، ص ١٦٠.

(٢) القرافي: تنقيح الفصول، ص ١٩٨.

(٣) الزيلعي: عبد الله بن يوسف بن محمد، أبو محمد، جمال الدين (٧٦٢هـ/ ١٣٦٠م): فقيه، عالم بالحديث. أصله من الزيلع (في الصومال) ووفاته في القاهرة. من كتبه «نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ـ ط «في مذهب الحنفية، و«تخريج أحاديث الكشاف ـ خ ». الزركلي: الأعلام، ٤/ ١٤٧.

(٤) الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة لبنان، ٥/ ٥١ - ٥٢.

وقال السرخسي[١] في «المبسوط» من باب البيوع إذا كان فيها شرط ما نصه: «وإن كان فيها شرط لا يقتضيه العقد وفيه عُرف ظاهر فذلك جائز أيضاً، كما لو اشترى نعلاً وشِراكاً على أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأنّ في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا»[٢].

ولم يكن في اعتبار العرف دليلاً شرعيّاً مستقلّاً محلّ اتفاق بين الفقهاء، فبعد أن عرض أحدهم النصوص السابقة خلص إلى القول: «فهذه بلا ريب شواهد على أن العرف يصلح دليلاً على الأحكام ومعنى اعتباره والاعتداد به في بناء الأحكام وأنه دليل على الأحكام ظاهراً ولا بد في هذا النوع من العرف أن يرجع إلى أصل من الأصول الشرعية، السُّنَّة والإجماع أو المصلحة المرسلة أو الإباحة»[٣].

بينما يرى آخرون أن العادة ليست دليلاً مستقلّاً من أدلة الشريعة الإسلامية من قرآن أو سُنَّة وإنما ترد إليهما لاعتبارها وبناء الأحكام الشرعية عليها، وهذا ما يظهر لنا عند التحقيق بأنه ليس العرف أو العادة دليلاً شرعيّاً للتحقيق؛ لأنّه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة والمصلحة أو دفع الحرج والمشقة والتيسير في مطالب الشرع[٤].

الثاني: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث، فهو باب عظيم من أبواب العرف يبتني عليه شطر كبير من الأحكام ولا يكاد ينكره فقيه، وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالتها وأنها صالحة لكل زمان ومكان.

ومعنى اعتبار هذا النوع من العرف: هو الرجوع إليه في الأحكام الكلية

(١) السرخسي شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد صاحب المبسوط، لم نقف على ترجمته.
(٢) السرخسي: المبسوط، ١/ ١٣ - ١٤.
(٣) السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص ٣٤٨ - ٣٤٩.
(٤) شبير: القواعد الكلية، ص ٢٤٥. ـ الزحيلي: نظرية الضرورة، ص ١٦٠.

عند تطبيقها على جزئيات الحوادث، فالمجتهد أو القاضي إذا عرضت له مسألة أو حادثة لم يَرِد من الشرع إلا حكم كلي يجعلها مع أمثالها كالتعزير وأسبابه، والنفقة، وأجل السَّلَم، رجع في هذه الحوادث أو المسائل الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة، فمثلاً: الحكم الكلي المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣). فالمجتهد أو القاضي إذا عرضت له مسألة أو حادثة لم يرد من الشرع إلاّ حكم كلي يجعلها مع أمثالها كالتعزير وأسبابه، والنفقة وأجل السَّلم رجع في هذه الحوادث أو المسائل الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة فمثلاً: الحكم الكلي وجوب النفقة على المولود للوالدة المرضع فنفقتها وتقديرها يرجع في تحديدها إلى العرف والعادة بعد معرفة حال الوالد، وينبغي أن يبذل في سبيل ذلك الوسع ويعمل النظر جهد المستطاع، ليكون قريباً من الحق واثقاً من العدالة ثم يبنى حكمه على أغلب ظنه وأحسن الرأي عنده[1].

الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، فهو ذلك العرف الجاري أو العادات الجارية بين الناس مجرى النطق بالألفاظ والعبارات الدالة على مضمونها، ذلك أنه قد تجري بين الناس في تصرفاتهم أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد، وللقاضي أن يقضي، وللمفتي أن يفتي، وهذه العادات لها قوة النطق باللفظ في اعتبار الشرع يرتب عليها ما رتبه على الألفاظ من الأحكام.

ـ ومعنى اعتبارها: أن قيامها بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف، عاقداً أو حالفاً أو غيرهما، بكلام يفيد مضمونه، فإذا كان العرف في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل إلى أول الشهر كان ذلك اشتراطاً للتأجيل بالفعل في العقد، فكما أن التصريح باللفظ يرتب عليه الشارع من الأحكام ما يناسبه فكذلك العرف يكون علّة جعلية لهذه الأحكام.

(١) السدلان: القواعد الفقهية، ص٣٤٩.

- ومعنى اعتباره إذا كان قرينة: أن يكون كالدليل الصريح المسموع أو المرئي الذي يقوم عند القاضي أو المفتي أو الشاهد أو الشخص في خاصة نفسه، فيعتمد عليه كلٌّ فيما يعمل والأدلة عليه كثيرة[١].

واعتبر الإباضية هذا النوع من العرف وأطلقوا عليه «الإدلال والتعارف» وذكر السالمي في «العقد الثمين»: «أن الإدلال عبارة عن حصول حال تسكن معه النفس برضى الغير في التصرف في ماله أو في شيء منه خاصة، مأخوذ من أدل عليه إذا عرف رضاه بالدليل الذي ظهر من حاله، وذلك أمر دون الإباحة بالنطق، فإن شئت فقل بأنه: فعل شيء في مال الغير يستر به ذلك الغير، لو فعله بحضرته لم يكره، قال الحسن بن أحمد وجدت أن الربيع بن حبيب رَحِمَهُ اللَّهُ دخل على المليح بن حسان[٢] يعوده من مرض، فقال الربيع: يا قرشية هاتِ الطعام، فتهلّل وجه المليح حتى استوى جالساً كأن ما به من المرض قليل ولا كثير، فهيأت الطعام، فقال الربيع للقوم: كلوا فأكلوا، وكان الربيع صائماً، قال وقد قيل إنهم ذكروا الدلالة عند أبي عبيدة رَحِمَهُ اللَّهُ فقال أبو عبيدة: لا أعرف ما يقولون غير أني لو أشاء لذهبت إلى منزل حاجب فقلت: يا جارية هات الكيس فأخذت منه ما أريد...»[٣].

وذكر السالمي أن الإباضية وغيرهم قد اختلفوا في حكم الإدلال المتقدم، فذهب الجمهور إلى جوازه، وذهب البعض إلى منعه؛ لأنهم يرون أن إباحة التصرف في ملك الغير لا تكون إلا بالنطق الصريح وفي هذا المعنى يقول: «وأما حكمه فقد اختلف فيه، فبعض لم يجز الدلالة أصلاً، ولعلّ هؤلاء

(١) السدلان: القواعد الفقهية، ص ٣٥٠.

(٢) من علماء الإباضية المتقدمين لم أقف على ترجمة مفصلة ووافية له، وإنما وجدت الشماخي يقول: «ومنهم ـ أي من أعلام طبقة الربيع ـ المليح، وكان من العلماء الأخبار الأبرار». روى عنه محمد بن محبوب عاش في القرن الثاني الهجري ينظر: الشماخي، كتاب السير، ١/ ١٠٢.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٢٤.

لا يرون الإباحة إلا بالنطق الصريح، وأن الأصل عندهم حجر أموال الغير إلا بصحة الرضى، ولا يتوصل إلى صحة الرضى إلا بالنطق وأجازها أكثر المسلمين»[١].

وبعد أن بيّن السالمي مفهوم العرف العملي عند الإباضية، تعرّض لبيان حكمه ومجالات اعتباره عندهم فقال: «وأما حكمه فالأكثر على جوازه، ولم يستبحه بعضهم لِما فيه من المخالفة لحكم الظاهر، واحتج من جوّزه بجواز استعمال أشياء من أبواب الشرع بسكون النفس والتعارف وغلبة الظن، كقبض الهدية من رسول المَهدي، ودفع اللقطة إلى من جاء بعلامتها، ووطء الرجل امرأة تُهدَى إليه عند التزويج، وجماع الأعمى لزوجته، وقبول الشهرة من غير الثقات، وشهادة الشاهد بما في الكتاب من خزانته، ووجوب طاعة الإمام على الغرباء الذين يقدمون من غير مِصره...»[٢].

وذكر السالمي أن الذين عوَّلوا على اعتبار هذا النوع من العرف لم تتفق كلمتهم في جميع الأحوال، فمنهم من أجاز العمل به بإطلاق ومنهم من قيّده، وهذا نصه: «ثمّ اختلف المجوّزون للتعارف، فمنهم من جوّزه مطلقاً حتى في أموال المساجد والأيتام والأغياب والمغصوبين، ومنهم من لم يجوّزه كلّهم وإنما يقصرون جوازه على مال البالغ العاقل المختار الحاضر؛ لأن الغالب لا يدري ما عنده، ومن لا عقل له لا يصح إباحته، ومن لا يملك أمره فلا إباحة له، ولعل المجوّزين لهذا كله نظروا إلى حكم الإباحة بالتعارف أنه أمر خاص به الشرع لا يحتاج في إباحته إلى إذن مالكه، بيان ذلك؛ أن أدلة الشرع قامت على جواز الأخذ بالتعارف ولم تفرّق بين من يملك أمره ومن لا يملك أمره، فصار حُكماً مخصوصاً بنفسه لا يتوقف على إذن المالك...»[٣].

(١) السالمي: المرجع نفسه.
(٢) السالمي العقد الثمين، ٤/ ١٢٧ - ١٢٨.
(٣) السالمي: المرجع نفسه.

قال العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام: «فصل: في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما، وله أمثلة منها: تقديم الطعام إلى الضيفان إذا أكمل وضعه بين أيديهم ودَخَل الوقت الذي جرت العادة بأكلهم منه، فإنه يباح الإقدام عليه تنزيلاً للدلالة العرفية منزلة اللفظية.

ومنها: الإذن في التقاط كل مال حقير جرت العادة أن مالكه لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه، فإنه يجوز تملكه والارتفاق به، لاطراد العادات ببذله.

ومنها: اندراج الأبنية والأشجار في بيع الدار ولو لم يصرح البائع بذلك بناء على العرف الغالب فيه واندراجهما في بيع الأراضي.

ومنها: حفظ الودائع والأمانات في حرز مثلها، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بإحراز الثياب والأحطاب، تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها.

وكذا: إذا وقعت الإجارة على مدة معينة كان عمل الأجير محمولاً على المتوسط في العرف من غير خروج على العادة في التباطؤ والإسراع، وكذا يعمل الأجير في الزمن الذي جرت العادة العمل فيه دون غيره...»[1].

هذا وقد اعتمد الإباضية العرف العملي والعادة في تحديد عمل الأجير، قال الشماخي: «وعلى الأجير نُصح عمله بالنهار دون الليل بما أطلق بقدر قوته لا يكلف الله نفسا إلا وسعها، والنهار من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وله أن ينام في وقت النوم ولا يصلّ نافلة ولا يصم نافلة إلا بإذنه؛ لأن ذلك مما يضعفه عن عمله في ذلك الأجل، ولا يحتاج إلى ذلك في الفريضة من الصلاة والصوم؛ لأن ذلك مستثنى من الأجل بالعرف والعادة»[2].

(١) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٢٦. ـ أبو ستة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٥٢.

(٢) الشماخي: الإيضاح، ٦/ ٢٣٠ - ٢٣١.

وهكـذا كل مـا ورد به الشـرع مطلقاً ولا ضابط فيه ولا فـي اللغة يرجع فيه إلى العرف[١].

الرابع: من الاستعمالات الفقهية للعادة، العرف القولي: وهو أن يشيع بين الناس اسـتعمال بعض التراكيب والألفاظ في معنى بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية، وهو معتبر باتفاق الفقهاء إلا من شذّ منهم في بعض الفروع.

ومعنى اعتباره: أن كل متكلِّم يحمل كلامه على عرفه، سواء كان ذلك في خطـاب الشـارع أم تصرفـات النـاس، فلفـظ الصلاة مثـلاً: تطلقـه اللغة على الدعـاء، ويطلقـه الشـرع على الأقوال والأفعـال المخصوصـة، وكذلك الزكاة والصـوم والحج وغيرها من المصطلحات الشـرعية، فالزكاة معناها في اللغة: الزيادة أو الطهارة، والصوم يراد به مطلق الإمساك، والحج معناه القصد، لكن انتقلت هذه الألفاظ عن معانيها اللغوية إلى معانيها الشرعية، فأصبحت حقائق شرعية وأعرافاً شرعية بحيث أنها إذا أطلقت لم يتبادر إلى الأذهان إلا المعنى الشـرعي. ومثل هذا أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات، تحمل على عُرفهم ومخاطبتهم[٢].

ومـن أمثلة العبارات المتداولة عند بعض النـاس وتدل على الموافقة لفظ (إيه)، وقد يراد به معنى آخر عند غيرهم، وهذا الصدد سئل أبو سعيد الكدمي عن رجل قال لرجل: أنا في الحِلّ من مالك فقال: إيه، هل يكون ذلك حِلّاً؟

قال: «معي أنه إذا استحلّه من شيء يثبت له فيه الحل أو استباحة من شيء يثبـت لـه فيه الإباحة، فإجابته بهذا الجواب تخـرج عندي على معنى ما يعرف مـن لفـظ المجيب في تعارف الكلام منـه، فإن كان يخرج علـى معنى الحكم

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٩. ـ البورنو: الوجيز، ص١٦٧.

(٢) أبو سـتة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٥٠ - ٥١. ـ الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٨٥ - ٨٨٦. ـ البورنو: الوجيز، ص٢٧٨. السدلان: القواعد الفقهية، ص ٣٥١ - ٣٥٢.

وتلك لغته، كان عندي على كل واحد لغته وله تغيير، وإن كان لا يخرج على الأغلب من لغته، وإنما هو على معنى الإيماء بذلك ولم يفهم من معاني الكلام، فهو يخرج عندي معنى الاطمئنانة لا في الحكم»[١].

ويفهم من عبارة الكدمي أن الألفاظ إذا كانت صريحة يحكم بها على صاحبها، ولكن إذا كانت غير واضحة أو محددة فنغلّب فيها جانب العرف والعادة الجارية في الناس في لغتهم، أو ما تعارفه كل شخص في لغته فإن وجدنا مَن عادته يستعمل مثلاً كلمة (إيه) ليدل على الموافقة حكَمنا عليه بذلك، وإن كان لا يستعملها لذلك المعنى فلا نحكم عليه بذلك؛ لأن العادة محكّمة في أقوال الناس وتصرفاتهم، وإذا تعذرت الحقيقة اللغوية يُحكَّم العرف والعادة.

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف والعادة في الأحكام الشرعية:

ليس كل عُرفٍ صالحاً لبناء الأحكام الفقهية عليه، ولا اعتباره دليلاً يرجع إليه الفقيه إذا أعوزه النص من كتاب أو سُنّة أو افتقده الإجماع؛ بل العرف الذي اعتبره الفقهاء والعادة التي عوّلوا عليها وجعلوها أساساً لبعض الأحكام الشرعية واعتبروها حجة وحكماً هي ما توافرت فيها الشروط التالية:

١ ـ الشرط الأول:

أن يكون العرف أو العادة مطردة أو غالبة بأن يكون العمل بها مستمرّاً في جميع الحوادث أو في أغلبها كما قال الراشدي: «تعتبر العادة إذا اطردت»[٢]. وقال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإذا اضطربت فلا»[٣]، وقال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت»[٤].

(١) الكدمي: الجامع المفيد، ٢/ ٢١٥، بتصرف.
(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٦.
(٣) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص١٢٣.
(٤) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص٩٣.

والمراد هنا من اطراد العرف بين مُتعارفيه: أن يكون عملهم به مستمرّاً في جميع الحوادث لا يتخلف، مثال ذلك: إذا ما جرى العرف بين الناس في بلد أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول أو تقسيمه إلى معجّل ومؤجّل، فإنه يكون مطرداً في هذا البلد أو الإقليم إذا كان أهله يجرون على الحالة المتعارفة من التعجيل أو التقسيم في جميع حوادث النكاح[١].

والمراد من غلبة العُرف، أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث، فاشتراط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه، لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث[٢]؛ فيرجع إليه في المعاملة التي تجرى بين أهله فمثلاً: «من باع شيئاً وأطلق، نزل على نقد البلد فإن كانت أنواعاً يتعاملون بها فعلى الغالب، فإن اضطربت العادة ولم يكن بيان بطل البيع، وكذا الإجارة»[٣].

وبالاطراد والغلبة يكون العرف مقطوعاً بوجوده ولا يقدح في اعتباره ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة، وكذا العادة فلا يضير شيء إن تخلّفت في بعض الحوادث النادرة؛ لأن العبرة للغالب الشائع لا القليل النادر[٤].

ويؤكد الشاطبي هذا المعنى فيقول: «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة عن الجملة»[٥].

وبناء عليه؛ فالعادة المطردة محكّمة في التصرفات، كما قرر الفقهاء يقول إمام الحرمين الجويني: «كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المُحكَّم، ومُضمره

(١) النجار السيد صالح عوض: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص١٨٩ - ١٩٠.
(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٩٧ - ٨٩٨.
(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٦.
(٤) النجار: أثر العرف، ص ١٩٠.
(٥) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٨٨.

كالمذكـور صريحـاً»[١]. وعلّل بعـض الفقهاء ذلك بقولـه: «لأن العادة المطردة تنزَّل منزلة الشرط كما تنزَّل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف»[٢].

ويـرى بعـض الفقهـاء أن الغلبة والاطـراد إنما يعتبـران إذا وجدا عند أهل العرف واشـتهرا بينهم لا ما اشـتهر في كتب الفقه، فالاشـتهار في الكتب غيره فـي العُـرف وبناء عليه؛ لو ورد على المفتي من يسـتفتيه فـي واقعة عُرفية كان عليـه أن ينظـر فـي عوائد بلده، فيبنـي حكمه عليها لا على ما اشـتهر في كتب المذاهـب؛ لأن مـا دُوّن في كتب الفقهاء كان عرفاً سـائداً في زمانهم فإذا تغيّر العرف كلّه أو بعضه واطرد أو غلب عمل بمقتضى ذلك[٣].

أمـا إذا اضطربـت العادة وصارت مشـتركة بين العمل بهـا والعمل بغيرها فلا تعتبر، كما قال الغزالي: «ولا يصلح ـ أي العرف المشترك ـ مقيِّداً؛ لأنّه لما كان مشتركاً صار متعارضاً»[٤].

فإن العادة تسـمى عرفاً متى اعتادهـا أكثر القوم ولو كانوا لا يجرون عليها في أقل أعمالهم وإذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت عُرفاً مشتركاً.

وبهذا الذي ذكر خرج العرف الذي لم يكن غالباً، وهو ما تساوى العمل به وتركه، وهو لا يعتبر في معاملات الناس ولا يصح مستنداً أو دليلاً يرجع إليـه فـي تحديـد الحقوق والواجبـات المطلقة؛ لأن عمل القوم بـه أحياناً إذا صلُح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فتركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة[٥].

وقـد علَّـل ابـن عابدين ذلك: بـأن العرف المشـترك يؤدي إلـى التردد في

(١) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص١٢٣.
(٢) النجار: أثر العرف، ص١٩٠ - ١٩١.
(٣) السدلان: القواعد الفقهية، ص٣٥٤.
(٤) ابن عابدين: نشر العرف، ٢/ ١٣٤.
(٥) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٩٨.

المعنى المراد فلا يقطع بأن المتكلِّم قصد هذا المعنى أو غيره، فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك؛ لأنه يقتضي تساوي المعنيين دون ترجيح لأحدهما، فالعرف المشترك غير معتبر ولا يعمل به ولا يبني عليه الحكم، ومثاله: أن يوجد عُرف في بلد بأن جَهاز الأب لابنته المتزوجة من ماله يعتبر عارية، ووُجد عُرف آخر في نفس البلد يعتبر جهاز الأب لابنته هدية وتساوى العرفان، وجهز الأب ابنته وحصل نزاع بين الأب وابنته حول هذا الجهاز، هل هو عارية يُرد إلى الأب أم هدية تملكه البنت؟ ولا بيّنة لأحدهما، فلا يصلح هذا العرف المشترك دليلاً مرجحاً لدعوى أحد الخصمين، لتعارض العرفين حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما، وحينئذ يكون القول للأب بيمينه، فيحكم له بدعواه لأنه المعطي وهو أدرى بصفة الإعطاء[١].

أما لو كان أحد العرفين غالباً عمل به ولا يلتفت إلى الآخر، ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه، فيحكم له بدعواه، إذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما وترجَّح أحدهما عن الآخر فيعمل به[٢].

٢ ـ الشرط الثاني:

أن تكون العادة أو العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها، بأن تكون سابقة للتصرف أو مقارنة له، وإلا فلا تعتبر.

ومعناه أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً[٣]، فإذا طرأ عُرفٌ جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يعتبر هذا العرف؛ لأنه ـ أي هذا

(١) ابن عابدين: نشر العرف، ٢/ ١٣٤.
(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٩٨.
(٣) أبو ستة: العرف والعادة، ص ٦٥.

العـرف الطـارئ ـ يعمـل فيما يوجد بعـده لا فيما مضى قبلـه[١]. فخرج بهذا الشرط أمران:

ـ **الأول**: ما إذا كان العرف طارئاً على التصرف وحادثاً بعده أو قارن العمل بمقتضاه.

ـ **الثانـي**: ما إذا كان سـابقاً علـى التصرف وتغيَّر قبل إنشـاء التصرف، فإنه لا يصبح حمله على كل منهما[٢].

قال الراشدي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو السابق في الاستعمال أو المقارن لا المتأخِّر»[٣]. وهذا ما نصَّ عليه السـيوطي أيضاً[٤]، وزاد عليه ابن نجيم فقال: «ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ»[٥]. ذلك؛ لأن القاعدة أنّ ما له عُرف أو عادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عُرفه السائد، أما العادات الطارئة بعـد النطـق فلا يُقضَى بها على النطق، فإن النطق سـالم من معارضتها فيحمل على اللغة[٦]، ومثال ذلك: «من باع بِنقد نُزّل على نقد البلد السابق على البيع، أو فـي حالـة لا على نقد تُعورِف به بعده، ويُقتفَى بالوقف سُـنّته السـابقة على الإيقاف إن أوقف على ذلك، لا ما حدث بعد»[٧].

وبنـاء علـى ما تقدم، لو ألزمنا الإنسـان بما جرى به عُـرفٌ غير قائم وقت التصـرف لألزمنـاه بما لـم يلزمه، وصرح الفقهاء بأن العـرف المعتبر هو عرف الزمن والبلد الذي وجد فيه التصرف[٨].

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٨٩٩. ـ الخياط: نظرية العرف، ص ٥٤.
(٢) أبو ستة: العرف والعادة، ص ٦٥.
(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ١٦٩.
(٤) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ١٢٨.
(٥) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٠١.
(٦) النصّار: العادة محكّمة، ص ٨٧. نقلاً عن القرافي، شرح تنقيح الفصول.
(٧) الراشدي: جواهر القواعد، ١٦٩.
(٨) النجار: أثر العرف في التشريع، ص ٢٢٥.

قال ابن نجيم مشيراً إلى هذا المعنى: «...والأحكام تُبنَى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عُرف أهله»[١].

وقال ابن قيم الجوزية: «...فإياك أن تهمل قصد المتكلِّم ونيته وعُرفه، فتجني على الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه، وتُلزم الحالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به»[٢].

وذكر الشاطبي «أن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن، وبلد إلى آخر، ولذا فإنها لا يُقضى بها البتّة على ما تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه، فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل، لا يُحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق؛ لأنها غير مستقرة في ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتَّى الحكم بها إلا على التصرف الحادث»[٣].

ورعاية لهذا الشرط فإن الفقهاء يرون وجوب تفسير حُجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزواج وما يَرِد فيها من شروط واصطلاحات على عُرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم، لا على عُرف حادث، فلو أن شخصاً وقَّف سنة ألف من الهجرة مزرعة على علماء الشريعة وكان المتبادر من كلمة العلماء، من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية، وإن لم يحمل شهادة علمية أو غيرها، ثم حدث عُرفٌ في هذا الزمان يطلِق هذا اللفظ على حملة الشهادة العلمية لا غيرهم، ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة، فمن له النظر في هذه الدعوى يفسر هذا اللفظ بالعُرف الذي كان مستمرّاً وقت إنشاء الوقف، وهو كل من حاز صفة العلم، ولا يحمله على العرف الحادث[٤].

---

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ١٠١ - ١٠٢.

(٢) ابن قيّم الجوزية: إعلام الموقعين، ٣/ ٦٨.

(٣) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) أبو ستة: العادة والعرف، ص ٦٥ بتصرف.

وعليه، فإن النصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى، فمثلاً لفظ «في سبيل الله» في آية مصارف الزكاة له معنى عُرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سُبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك.

ولفظ «ابن سبيل» فيها أيضاً معناه العرفي: «المنقطع في سفره»[١]. فإذا تبدل عُرف الناس في شيء من هذه التعابير، فأصبح مثلاً معنى «سبيل الله» طلب العلم خاصة، وأصبح معنى «ابن السبيل» الطفل اللقيط الذي لا يُعرف له أهل، فإن النص التشريعي يظل على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولاً به في حدود ذلك المعنى؛ لأنه هو مراد الشارع[٢]، ولا عبرة للمعاني العُرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص[٣]. يقول القرافي في هذا الشأن: «دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة؛ لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات»[٤].

---

(١) السيوطي جلال الدين عبد الرحمٰن بن أبي بكر وجلال الدين محمد بن أحمد المحلي، تفسير الجلالين مذيلاً بكتاب لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي، سورة التوبة، الآية ٦١، دار المعرفة، بيروت ط ٢، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ص ٢٥٠. ـ ابن عابدين، رد المحتار، باب المصرف في الزكاة، ٢/ ٦١.

(٢) جاء في حاشية الصاوي المالكي على تفسير الجلالين في تفسير قوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ ما يفيد هذا المعنى بما نصه: «قوله: أي القائمين بالجهاد إلخ» أي ويشتري منها آلته من سلاح ودرع وفرس، ومذهب مالك: «أن طلبة العلم المنهمكين فيه لهم الأخذ من الزكاة ولو أغنياء إذا انقطع حقهم من بيت المال؛ لأنهم مجاهدون...» الصاوي: الحاشية على الجلالين، دار الفكر، بيروت، ط ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م، ٢/ ١٥٤.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٠٠.

(٤) القرافي: تنقيح الفصول، ص ١٩٤. يتصرف. ـ أبو زهرة: محمد، كتاب «مالك»، فقرة ٩٣، ص ٢٥٠.

وفي العرف العملي أيضاً إنما يعتبر في كل تصرف من الأعراف المؤثرة فيه ما كان موجوداً عند التصرف دون الحادث بعده، فلو تبدل عرف الناس مثلاً فيما يُعد عيباً في البيع أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع، أو في تقسيط أجرة العقارات المأجورة، أو في كون سنة الإيجار شمسية أو قمرية، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل أو مؤجل إلى غير ذلك من الشؤون، فإن العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله[١].

٣ ـ الشرط الثالث:

ألا يعارض العرف تصريح بخلافه، أو ألاّ تعارض العادة شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعد العمل بها. وهذا الشرط يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف؛ لأن العادة المطردة مع قوم تُنزّل منزلة الشرط كما صرح بذلك الراشدي[٢].

وبيان ذلك أنه لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، وقد تقدم أن علة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهم إياه صراحة، يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العرف الجاري.

فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرّح بخلافه بطلت هذه الدلالة، إذ من القواعد الفقهية المقررة، أنه «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»[٣].

ومفهوم هذا الكلام: «أن العرف لا يعتبر ولا يكون حجة إذا كان هناك

(١) الزرقاء مصطفى: المدخل، ٢/ ٩٠٠ - ٩٠١.
(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٦٩.
(٣) المجلة العدلية، المادة ١٣.

تصريح يخالف ما تعارف عليه الناس؛ لأن المتعارف عليه إنما هو من قبيل الدلالة، والدلالة تقوم مقام الكلام الصريح عند عدمه، فإذا وجِد التصريح بخلاف ما تفيده تلك الدلالة لم يبق لها هذه الخلَفية والنيابة في التعبير عن الإرادة وحينئذ يصار إلى العمل بما صرح به ويترك العرف»[١].

يقول الإمام العز بن عبد السلام في «قواعده»: «كل ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافة بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صحّ»[٢]. وهذا تقييد وجيه يخرج ما لا يوافق مقصود العقد ولا يمكن الوفاء به، فلا يعتبر ولو صرّح به المتعاقدان، بيانه كما مَثّل به ابن عبد السلام أنه «لو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة، لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً في الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ونهاراً، فالذي أراه بطلان هذه الإجازة لتعذر الوفاء به، فكان ذلك غررا لا تمس الحاجة إليه»[٣].

أما لو شرط عليه أن لا يصلي السُّنن الرواتب ويقتصر على الفروض صحّ ووجب الوفاء به؛ لأن تلك الأوقات إنما خرجت على الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوّز الشرع ويمكن الوفاء به جاز[٤].

جاء في «الإيضاح»: «وعلى الأجير نصح عمله بالنهار دون الليل بما أطاق بقدر قوته، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها، والنهار من طلوع الفجر إلى غروب الشمس وله أن ينام وقت النوم ولا يصلّ نافلة ولا يصم نافلة إلا بإذنه؛ لأن ذلك مما يضعفه عن عمله في ذلك الأجل، ولا يحتاج إلى ذلك في الفريضة من الصلاة والصوم؛ لأن ذلك مستثنى من الأجل بالعرف والعادة»[٥].

---

(١) وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص٢٠٨ بتصرف.
(٢) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ٢/ ١٧٨.
(٣) المرجع السابق، ص١٧٨ - ١٧٩.
(٤) المرجع نفسه، ص١٨٦.
(٥) الشماخي: الإيضاح، ٢/ ٢٣٠ - ٢٣١.

ومـن الأمثلـة أيضـاً: إذا كان العرف جاريًـا على أن يدفع المسـتأجر أجرة البيت مقدماً في أول كل شهر فاتفقا على دفع الأجرة في آخر الشهر جاز[١].

ويقول علي حيدر التركي شـارح مجلة الأحكام العدلية: «إن العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شـرط لأحد العاقدين، فلو اسـتأجر شـخص أجيراً للعمـل مـن الظهر إلى العصـر فقط، ليس له أن يلزمه بالعمـل من الصباح إلى المساء بحجة أن عُرف البلدة هكذا»[٢].

وعلى ذلك تتقيّد الإعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيدها به المُعير ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد، إذ لا عبرة للمعتاد مع التصريح بخلافه، ولنضرب لذلك أمثلة أخرى للتوضيح فمثلاً:

١ ـ فلو استعار شخص دابة مثلاً للركب أو للتحميل يعتبر مأذوناً بركوبها أو بتحميلهـا القدر المعتـاد في أمثالها عُرفاً، ولكن لو نهاه المُعير صراحة عن ركوبهـا أكثـر مـن مـدة أو عـن تحميلها أكثـر من مقـدار حدده لـه، لا يجوز للمسـتعير أن يزيد عليه ولو مقداراً لا يتجاوز المعتاد، فإن زاد كان متعدياً في حكم الغاصب[٣].

٢ ـ ومـن الإعـارة أيضـاً: لـو نهـى صاحـب السـيارة (المعيـر) أن يركبهـا (المستعير) أكثر من مرتين، وأن لا يسير إلا في وقت معين، وأن لا يخرج من البلدة التي هو فيها، فعلى المستعير أن يتقيد بذلك ولو خالف العرف[٤].

٣ ـ إذا كان العـرف أن تكـون نفقات تسـليم المبيع على المشـتري ولكن اتفق العاقدان على أنها على البائع فيعمل بذلك الذي اتفق عليه[٥].

---

(١) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٣٧.

(٢) علـي حيـدر: درر الحـكام، شـرح مجلة الأحـكام العدلية، المـادة رقم ٣٧، تعريب: الشـرح المذكور للمحامي فهمي الحسيني.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٠٢.

(٤) السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص ٣٦١.

(٥) أبو ستة: العرف والعادة، ص ٦٧.

٤ ـ لو اطرد عُرف الناس على أن يستثنى الليل في عمل لا يُتولّى إلا في النهار فاشترط صاحب العمل على الأجير أن لا يعمل إلا في الليل، فلا يعتبر العرف حينئذ[١].

٥ ـ ولو تعارف الناس تأجير البيوت للسكنى واتفق العاقدان على تأجيرها للانتفاع بها في غير ذلك، فلا عبرة للعرف مع التصريح بخلاف[٢].

٤ ـ الشرط الرابع:

أن لا يكون في العرف أو العادة تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة[٣]؛ أي أن العرف لا يكون معتبراً في التشريع إذا خالف النص الشرعي من كتاب أو سُنَّة وقد عبّر عنه بعضهم بقوله: ألا تخالف العادة نصّاً من كتاب أو سُنَّة أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية[٤].

ومعنى هذا الشرط أن تكون عادات الناس موافقة للأحكام التي أفادتها الأدلة، فلو خالفتها بطل اعتبارها.

فإذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالاً هو أنه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار؛ لأن نص الشارع مقدم على العرف، كتعارف الناس التعامل بالربا، وشرب الخمر، ولعب الميسر، ومشي النساء وراء الجنائز، وإضاءة الشموع على المقابر وكشف بعض العورة، وككثير مما خالف الشرع مما تعارفه الناس في الجاهلية، ثم جاءت النصوص

(١) عمر عبدالله: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، نسخة مصورة من المكتبة المركزية، جامعة الإمام سعود، الرياض، برقم ٤٤١٢.

(٢) النجار: أثر العرف في الشريعة الإسلامية، ص٢٢٣.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٠٢. ـ السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص٣٠٨.

(٤) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص٢٤٥.

الشرعية بتحريمه والنهي عنه، فهذه الأعراف وهذه العادات تسمى بالعادات الفاسدة والأعراف الباطلة.

أما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر وله سلطان محترم.

والتمييز بين هاتين الحالتين يقوم على نظر تفصيلي تختلف فيه النتائج بحسب كون العرف مخالفاً لنص أو أصل قطعي، أو مخالفاً لأدلة اجتهادية، وكذا بحسب كون العرف المخالف للنص مقارناً له أو حادثاً بعده، وبحسب كون العرف لفظيّاً أو عمليّاً وعامّاً أو خاصّاً، وهذا ما نبحثه في الفرع التالي.

تلك هي أهم الشروط التي اتفق فيها فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب توافرها في العرف والعادة، لكي يكون لهما هذا السلطان الواسع في بناء الأحكام عليهما.

الفرع الثالث: حالات مخالَفة العرف والعادة للأدلة الشرعية:

إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه؛ لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط، ولكن قد يتخطى عُرف الناس وتعاملهم حدود التشريع الأساسية، فيخالف نصّاً من نصوص الشريعة أو بعض الآراء الاجتهادية المقررة فيها: فما موقف الفقه الإسلامي عندئذ؟ وما درجة تسامحه مع العرف في هذا التخطي؟

لا ريب أن هذه القضية جوهرية يظهر آثارها في الفروع الفقهية وتنزيل الأحكام الفقهية على النوازل والحوادث المتجددة، ولذلك وقف فيها الفقهاء موقفاً حكيماً جمع بين المرونة اللازمة لتطور الأحكام التي يجب أن تتطور بحسب ظروف الحياة، وبين المحافظة على القواعد العامة الأساسية، وقد رصد الفقهاء أربع حالات لمخالفة العرف للنصوص الشرعية مختلفة النتائج:

١ ـ الحالة الأولى: حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص:

إذا خالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه ويلزم من اعتبار العرف ترك النص، فهذا لا شك في رده وعدم اعتباره، فلا يعتبر العرف مطلقاً وذلك فيما إذا اصطدم العرف بنص تشريعي خاص من نصوص الكتاب أو السُّنَّة بأمر بخلاف ما جرى عليه العرف، فلو تعارف الناس على أمر من الأمور وجاءت الشريعة بنصوصها معارضة له، فلا يؤخذ بهذا العرف ولا يعتبر، بل هو عُرف مرفوض يجب تغييره لا إقراره، ولا يجوز القضاء به بحال سواء أكان العرف خاصّاً أم عامّاً، وسواء أكان حادثاً بعد ورود النص أم قائماً قبل؛ لأن العرف أو العادة إنما تعتبر حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته، فأما إذا ما ورد النص فيجب العمل بموجبه ولا يجوز ترك النص للعمل بالعادة أو العرف لأسباب:

١ ـ لأنه ليس للعباد حق تغيير النصوص الشرعية.

٢ ـ ولأن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه.

٣ ـ ولأن العرف قد يكون مستنداً على باطل، وأما نص الشارع فلا يجوز أن يكون مبنيّاً على باطل، فلذلك لا يترك القوِي لأجل العمل بالضعيف[١].

جاء في «المبسوط»: «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»[٢].

ويقول الكمال بن الهمام في مصادمة العرف للنص الشرعي: «إن النص الشرعي أقوى من العرف، لأن العرف جاز أن يكون على باطل، كتعارف أهل زماننا إخراج الشموع والسُّرج إلى المقابر ليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى»[٣].

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٠٣ - ٩٠٥. ـ البورنو: الوجيز: ص ٢٨٣ - ٢٨٥. ـ النجار: أثر العرف، ص ٢٠٦.

(٢) السرخسي: المبسوط، ١/ ١٤٦.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير، ٦/ ١٥٧ وما بعدها. ـ صالح السدلان: القواعد الفقهية، ص ٣٦٧ - ٣٦٨.

ولـذا جاءت الشـريعة الإسـلامية بالنهي عـن كثير من العـادات والأعمال والعقـود التـي كانـت متعارفة فـي الجاهلية بلا نكيـر، وحرمـت التبنّي وإجراء حكـم البنـوة الحقيقية فيه فنهى عنـه القرآن بخصوصـه وكان متعارفاً عند أهل الجاهليـة، فهذا العرف أصبح لا اعتبار له ولا قيمة، فهو مرفوض يجب تغييره لا إقراره، ولا يجوز القضاء به بحال لأنه صادم إرادة الشارع الخاصة.

وكذلـك حرمـت الربا ولعب الميسـر وشـرب الخمـر، والتحلـي بالذهب للرجال ولبسهم الحرير ونكاح الشغار، ونهى النبي ﷺ عن عقود كانت متعارفة بيـن العـرب، لانتفـاء التراضـي الحـر فيهـا، ولمـا فيهـا مـن الغـرر وكثير من المشـكلات، ومـن ذلـك نهيـه عليـه الصلاة والسـلام عـن البيـع بالمنابـذة[١] والملامسـة وإلقـاء الحجـر وبيع الملاقيـح والمضامين وبيع ضربـة القانص[٢] والغائص، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصّاً، وكل ذلك كان معروفاً في الجاهلية فنهى عنه النبي ﷺ فأصبح في الإسلام ممنوعاً باطلاً.

فلـو تعـارف النـاس في زمـان أو مكان وعـاودوا تجارة الخمـر المحرمة، وتنـاول المخـدرات، وشـرب المسـكرات، والتعامـل بالربـا الممنـوع شـرعاً، فلا عبرة لعرفهم، ولا تصح عقودهم فيه بنظر الشرع الإسلامي[٣].

---

(١) البيـع بالمنابـذة أو الملامسـة أو إلقـاء الحجر هو أن يتـراوَض المتبايعان، أي يتسـاوما على مقايضة سـلعة بسـلعة، فمتى نبذ كل منهما سـلعته إلى الآخر أو لمس سـلعة رفيقه فقد انبرم البيع بلا خيار، ولو لم يطلع على المبيع، كما لو كان ثوباً مطويّاً لم يتأمله.
ـ وطريقة إلقاء الحجر في عرفهم: أن يلقي المشتري حصاة على عدة أثواب مثلاً، فما أصابته كان مبيعا بلا خيار، كالقمار، وهو أشبه بطريقة «اليانصيب» في عصرنا اليوم.
ـ والمضامين: ما يستنتج من فحول الإبل من ولد، والملاقيح ما يستنتج من إناثها.

(٢) وضربة القانص: ما سيقع في شبكة الصياد من صيد البر أو البحر، وضربة الغائص ما سيخرجه الغوّاص من اللآلىء في غوصته. ينظر: الزرقا: المدخل الفقهي، الهامش، ٢/ ٩٠٧، نقلاً عن الهداية وشـرحها، برهان الدين علي المرغيناني، باب البيع الفاسـد، ٦/ ٥٥. ابن عابدين: رد المحتار، ٢/ ١٠٦، ١٠٩.

(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٠٦ ـ ٩٠٨.

والحاصل، أن العرف إنما يعمل في حدود الحرية التي تركها للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات، دون الحالات التي تولّى الشرع فيها بنفسه تحديد الأحكام عن سبيل الإلزام، وإلا لأمكن أن تقلب الأعراف على مَرّ الزمن أسس التشريع كلها رأساً على عقب، فتنقرض الشريعة بتاتاً وتصبح أثراً بعد عين، فالنص الخاص الآمر هو المعتبر المحترم ولو صادمه عرف عام، فلا يعتبر أي عرف أو اتفاق على خلافه[١].

مثال تطبيق لعرف خاص خالف النص الشرعي: إقامة العزاء والمآتم من مال الورثة مع أمور أخرى محرمة، فإذا خالف العرف الخاص النص الشرعي وفيه ضرر بالغير فلا اعتداد به ولا اعتبار له ولو جرى العمل به عند الناس؛ لأنه بدعة في الدين كإقامة الولائم في العزاء من مال الورثة واختلاط الرجال بالنساء في المآتم.

وقد سئل السالمي عن ابن عمّ الميت أراد أن يقيم له عزاء برضى البالغين من ورثته، وقد خلف الميت أيتاماً وبالغين، هل يجوز لابن عم الميت ذلك أو لا؟ والميت لم يوصِ بذلك؟

فأجاب رَحِمَهُ اللَّهُ: «أما ابن عمه فلا يجوز له أن يأخذ من مال الأيتام شيئاً لذلك، وإذا أخذ ضمن، وإن جرت العادة في أهل داره بذلك فهي ظلم، وأما الحاضر للعزاء فله أن يأكل مما قدم إليه، إذا قدمه البالغ العاقل ما لم يعلم أن ذلك الشيء بعينه من تركة الهالك، وعلى من قدمه الضمان إن أخذه من غير حِلّه، فإذا علم أنه من تركة الهالك امتنع على كل من علِم، وأقول: إن ما يصنعه الناس من العزاء في هذا الزمان بدعة، وكانت السُّنَّة على غير ذلك...»[٢].

(١) الزرقا: المرجع نفسه، ٢/ ٩٠٨.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ٤١٠ - ٤١١.

٢ ـ الحالة الثانية: حالة تعارض العرف مع نص شرعي عام:

من أحوال العرف والعادة أمام النصوص الشرعية حالة تعارض العرف مع نص شرعي عام، وعبر عنها البعض بقوله: «أن تكون مخالفة العرف للدليل الشرعي لا من كل وجه، وذلك بأن يرِد الدليل عامّاً والعرف خالفه في بعض أفراده أو كان الدليل قياساً»[١].

فإذا عارض العرف النص التشريعي ولم يكن النص وقت وروده مستنداً إلى العرف ولا مبنياً على تعامل الناس وعاداتهم بل كان نصّاً تشريعيّاً عامّاً شاملاً بعمومه الأمر المتعارف، ففي سلطان العرف عندئذ تفصيل[٢]. وفي اعتباره نظر بحسب كون العرف مقارناً لورود النص أو حادثا بعده وبيان ذلك:

أولًا: العرف المقارن لورود النص العام المعارض له:

العرف القائم عند ورود النص التشريعي إما أن يكون عرفاً لفظيّاً أو عمليّاً «فإذا كان لفظيّاً فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند الخلو عن القرائن، ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع هي في أصل اللغة أوسع من دلالته العرفية؛ فألفاظ البيع والشراء والإجارة والصيام والصلاة والحج وعدة النساء في الطلاق والوفاة، كل ذلك ونحوه من النصوص يحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها وإن اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة»[٣].

وأما إذا كان العرف القائم عند ورود النص المخالف له عرفاً عمليّاً فلدى من يعتبره صالحاً لتخصيص النص العام يوجد تفصيل بين أن يكون العرف عامّاً أو خاصّاً وتلخيصه فيما يلي:

---

(١) البورنو: الوجيز، ص٢٨٣.
(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩١٣. بتصرف.
(٣) المرجع السابق، ٢/ ٩١٤.

١ ـ العرف المقارن العام: إذا كان العرف القائم عند ورود النص العام المعارض له عرفاً عامّاً فإنه يعمل بالعرف والنص معاً، ويكون العرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له، فيعتبر عندئذ ذلك النص مقصور الشمول على ما سوى الأمر المتعارف؛ لأن العرف العملي يدل على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزع الناس عما تعارفوه عسر وحرج، وبناء عليه؛ فإن العمل بهما معاً أولى وأوفى بالحاجة مثال ذلك: أن النص ورد في نهي الإنسان عن أن يبيع ما ليس عنده[١].

وجَوّز الفقهاء الاستصناع لعرف الناس وتعاملهم به مع أن النص يشمله ويتناوله، إذ يصدق على الاستصناع أن بيع ما ليس عند الإنسان فهو منهي عنه بالنص، فقد عمل بمقتضى النص في غير الاستصناع وعمل بالعرف في الاستصناع، فلم يلزم من العمل بالعرف المخالف للنص ترك النص.

فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثنى السَّلم صراحة وبقي النص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم، وقد نُقل الإجماع على صحة الاستصناع[٢].

٢ ـ العرف المقارن الخاص: وأما إذا كان العرف القائم المعارض للنص العام عرفاً خاصّاً بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون سواهم، كعرف التجار أو الصُّناع في بعض البلدان أو بعض الأصناف، فلا يصلح مخصِّصاً للنص العام المعارض ولو كان قائماً عند ورود النص إلا على رأي ضعيف؛ لأنه ليس له عند معارضة النص ما للعرف من قوة وسلطان، فقد يقتضي عُرف

---

(١) رواه أبو داود في السنن، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم ٣٥٠٣، والترمذي، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم ١٢٣٢. وقال: حسن.

(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩١٦. عبدالعزيز الخياط: نظرية العرف، ابن عابدين رسائل، ٢/ ١١٦.

البلاد أو الناس تخصيص النص، ولكن عدم وجود هذا العرف لدى بقية الأماكن أو الناس لا يقتضيه فلا يثبت التخصيص بالشك[١].

ثانياً: العرف الحادث بعد النص المعارض له:

إذا كان العرف المعارض للنص العام حادثاً بعد ذلك النص، فإن هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي باتفاق الفقهاء، ولو كان عرفاً عامًّا؛ لأن العرف الحادث هو طارئ بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه أصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع، فإذا ساغ تخصيصه بعد ذلك بِعُرف طارئ مخالف له، كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف وهذا غير جائز؛ إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها، فلا يبقى للشرع معنى ولا فرق في ذلك بين العرف العملي واللفظي في عدم صلاحية الطارئ منهما لتخصيص النص السابق عليه.

وعلى هذا الأساس يجب أن تطبق نصوص الفقهاء، وتُفسّر صكوك الوقْفيات والوصايا والبيوع والهبات والزواج، وسائر الصكوك العقدية وما يرافقها من شروط واصطلاحات، فإنها جميعاً يجب أن تفسر بحسب عرف العاقدين المنشئين لها في زمانهم قياساً على نصوص الشارع، ولا يسوغ تنزيلها في الفهم على عُرف حادث يخرج به كلامهم عن مرادهم[٢].

مثال ذلك: لفظ «اليمين» الوارد في الكتاب والسُّنَّة، فإن مفهومه اليمين بالله تعالى؛ لأنها هي المعروفة في لسان الشرع، وعليها يحمل قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾ (المائدة: ٨٩)،

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر آخر القاعدة السادسة، ص ١٣٤. ابن عابدين: نشر العرف، الباب الأول من مجموع رسائله، ٢/ ١١٦. الزرقا: المدخل، ٢/ ٩١٦ - ٩١٧. البورنو: الوجيز، ص ٢٨٣.

(٢) الزرقا: المدخل العام، ٢/ ٩٢١.

فلا يصح حمله على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق، لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية، فلا يكون اللغو فيها معفى[١].

وكذلك «المعاني الاصطلاحية التي تعارفها الفقهاء في تقسيماتهم لضبط المسائل وترتيب الأحكام كالفرض والواجب والمسنون والمندوب والمكروه تنزيهاً أو تحريماً وغير ذلك من الاصطلاحات الفقهية المستحدثة، لا يصح تفسير نصوص القرآن والسُّنَّة بها على أنها هي المراد بالأوامر والنواهي، بل إن صيغة الأمر في تلك النصوص تارة تفيد الطلب المحتّم للفعل، وتارة أفضليته أو إباحته، والنهي يفيد عكس ذلك ولْنُسميه بعد ذلك بما شئنا من الاصطلاحات، فإنها لا تبدّل شيئاً من تلك المدلولات الأصلية التي كانت في لغة الشارع هي المفهومة، ولا توجِد فيها الاصطلاحات الحديثة حدوداً جديدة»[٢].

الحالة الثالثة: أن يكون النص المخالَف مبنيّاً على العرف والعادة:

أن يكون النص الذي جاء العرف بمخالفته مبنيّاً على العرف والعادة السائدة في زمان، «فإذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنيّاً على عرف قائم ومعللا به، فإن النص عندئذ يكون عرفيّاً فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله»[٣]. فإن بعض الفقهاء قالوا: «إذا كان النص الشرعي مبنيّاً على العرف والعادة السائدين في زمان نزوله، فإنه يترك النص ويصار إلى العرف والعادات إذا تبدلت بتبدل الزمان، ومعنى هذا أنه يصار إلى العرف الطارئ بعد النص، على أن تغيّر العادة يستلزم تغيّر النص»[٤]. مثال ذلك: مقياس الأموال الربوية، فهي إما وزنية، كالذهب والفضة، وما يقاس عليها، وإما كيلية، كالتمر والبر والشعير والملح وما يقاس عليها، فمن المقرر عند جمهور الفقهاء

(١) أبو ستة أحمد فهمي: رسالة العرف والعادة، ص ٩٥.

(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٢٠.

(٣) الزرقا: المرجع نفسه، ٢/ ٩٠٨.

(٤) النجار: أثر العرف، ص ٢١٢ - ٢١٣. ـ البورنو: الوجيز، ص ٢٨٣.

أن الأموال التي تعتبر شرعاً من الأنواع الربوية يمتنع فيها بيع مقدار منها بأكثر أو أقل منه، إذا كان من جنس واحد؛ لأن الفضل عندئذ يكون رباً محرماً، فلا تجوز مبادلة القمح بالقمح مثلاً، ولا الذهب بالذهب إلا إذا تساوى البدلان، بمعنى أنه لا يجوز بيع الوزني بالوزني بجنسه إلا وزناً ولا بيع الكيْلي بالكيْلي، بجنسه إلا كيلاً، لأن النص ورد فيها كذلك[١].

فإذا اختلف الجنسان كبيع الذهب بالفضة أو القمح بالشعير، جاز التفاضل ولكن تمنع النسيئة، أي تأجيل أحد البدلين، فيجب التقابض في مجلس العقد، وهذا من قبيل سد الذرائع كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً إلى أجل ثم يوفِّي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد.

فهذا الحكم كما هو ظاهر يقوم على أساس وجوب تساوي الكميات المتبادلة في الجنس الواحد، فما هو مقياس هذا التساوي فقد يتساوى المقداران وزناً ويتفاوتان كيلاً وبالعكس؟

ومن المتفق عليه أن التساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف، فما كان وزناً عرفاً كالزيت والسمن، يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن، وما كان كيْليّاً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل كاللبن والعسل مثلاً، وإذا تبدل العرف في مقياس شيء فأصبح كَيْليّاً مثلاً بعد أن كان وزنيّاً أو أصبح وزنيّاً بعد أن كان كَيْليا، تبدل القياس الربوي فيه تبعا للعرف.

غير أنه قد ورد النص عن النبي ﷺ في ستة أصناف من الأموال الربوية (ومنها القمح) أنه يجب التساوي في بعضها بالوزن وفي بعضها بالكيل[٢]، فذهب

---

(١) البورنو: الوجيز، ص٢١٤. الزرقا: المدخل، ٢/٩٠٨-٩٠٩.

(٢) الأصناف الربوية الستة هي: الذهب والفضة والحنطة (القمح والبر) والشعير والملح والتمر، وفي مبادلة الذهب بالذهب والفضة بالفضة بيعاً أو قرضاً، أوجب النبي ﷺ تساوي البدلين وزناً وفي الأصناف الربوية الأخرى أوجب التساوي كيلاً، المرغيناني: الهداية وشروحها، ٦/١٥٧.

جمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة إلى أنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المقياس الذي ورد النص به أبداً، ولا عبرة لتبدل العرف فيه، ففي مبادلة القمح مثلاً يجب التساوي كيلاً لا وزناً، ولو تعارف الناس بيعه بالوزن كما في زماننا اليوم[١]؛ لأن هذا نص خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف فلا يعتبر العرف على خلافه.

وبناء عليه، فلو تغيّر عُرف الناس وأصبح الذهب يباع عدداً مثلاً والتمر وما معه يباع وزناً، فلا يجوز استبدال الذهب بالفضة بجنسهما إلا وزناً، وكذلك لا يجوز استبدال التمر أو أحد أخواته إلا كيلاً وإلا كان رباً فيحرم.

ولكن ذهب بعض الفقهاء كأبي يوسف صاحب أبي حنيفة وهو اختار ابن تيمية وغيرهم إلى أن المقياس المعتبر حتى في تلك الأشياء الستة هو المقياس العرفي، وأنه يتبدل العرف كما في سائر الأموال الربوية الأخرى التي لم يرِد نص خاص بشأن مقياسها، فإذا تبدل العرف فيجوز استعمال الناس العرف الحادث، ويقول في هذا المعنى: «إن النص في مقياس تلك الأصناف الستة معلّل بالعرف، فإنما ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً؛ لأن هذا مقياسها المتعارف في عهد النبي عليه الصلاة والسلام، فلو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر»[٢].

قال ابن تيمية في هذا المعنى: «إن بِيعَ المكيل بشيء من جنسه وزناً ساغ». وقال في الفروع: «ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسُوَيقه جواز بيع مكيل وزناً وموزون كيلاً اختاره شيخنا»[٣]، يعني: ابن تيمية.

---

(١) ليس معنى ذلك أن يمتنع شرعاً على هذا الرأي بيع هذه الأصناف بغير المقياس المنصوص إذا قوبلت بغير جنسها كالنقود مثلاً، بل للناس أن يتعارفوا في بيعها بخلاف جنسها، أيَّ مقياس أرادوا أو بلا مقياس، أي جزافاً، ولكن معناه أنه إذا بيع شيء منها بجنسه كقمح بقمح أو استقرض منها شيء، فإنه يجب عندئذ في الوفاء التساوي بالقياس الذي ورد به النص. انظر: الزرقا: المدخل، الهامش، ٢/ ٩١٠.

(٢) المرغيناني: الهداية وشروحها، ٦/ ١٥٧.

(٣) ابن قدامة: المغني، ٢/ ٦٦. ابن مفلح: الفروع، ٤/ ١٥٧.

ولا شك أن رأي أبي يوسف الحنفي وابن تيمية الحنبلي وجيه كما يبدو لي وهو أقوى حجة وأقوم محجة رغم انفرادهما به، ويعدّ هذا في الحقيقة تسهيل ورفع حرج عظيم عن الناس فيما اعتادوه من استعمال ما نص عليه الشارع أنه مكيل موزوناً، وبالعكس دون مراعاة عرف الناس وتبدله عبر الأزمان.

ومن النصوص التشريعية الخاصة المبنية على العرف والعادة، ويتبدل حكمها تبعًا لتبدلهما، ما رواه ابن ماجه بسنده عن النبي ﷺ أنه قال: «**الثيب تُعرِب عن نفسها والبكر رضاها صمتها**»[1]؛ فقد اعتبر سكوتها عند استئذان وليِّها في تزويجها من رجل معين وبِمهر معين إذناً منها وتوكيلاً، واتفق الفقهاء على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استئمار وليِّها لها، فعادتها أن تعبّر بالسكوت عن رغبتها وإذنها دون التصريح بالقبول خشية اتهامها بالميل إلى الرجال، وهذا أمر يجافي محاسن العادات في ذلك العرف، وهذا الاستحياء لا يزال إلى اليوم غالباً عليهن في معظم الأوساط الإسلامية بحسب التربية والتقاليد الاجتماعية.

فلو حدث أن تغيرت هذه التربية، وهذه العادة وأصبحت الفتيات الأبكار لا يتحرجن من إعلان هذه الرغبة أو عدمها على السواء (كعادة الثيبات)، فليس ثمة ما يدعو إلى اعتباره قبولاً في عُرف هذا العصر الذي خرجت فيه المرأة من خدرها، وكثر اختلاطها بالرجال ـ إلا من رحم الله ـ في بعض المجتمعات الإسلامية، ولذا غلبت جرأتها على التصريح بقبول من ترغب فيه ورفض من ترغب عنه، ولذلك فإن الإذن عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه

(١) رواه ابن ماجه: السنن، كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب، رقم: ١٨٦٨. ١/ ٣٤٠، عن أبي زرارة عدي بن عميرة الكندي وصححه الألباني. والبخاري ومسلم بلفظ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: **أن تسكت**».

السكوت، بل يحتاج عندئذ إلى بيان وتصريح كالإذن من الثيبات، ليعتبر توكيلاً يسري به عليهن عقد التزويج منذ وقوعه من الولي المستأذَن، وعند عدم الإذن بالتوكيل من الفتاة البكر البالغة يعتبر تزويجها فضوليّاً يحتاج إلى إجازة منها ليصبح نافذاً عليها، وإن سكتت عند استئمار وليِّها لها[١].

الحالة الرابعة: حالة تعارض العرف والاجتهاد:

أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص ـ بل بالاجتهاد والرأي ـ وكثير منها بناه المجتهد على ما كان في عُرف زمانه، بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أوّلاً، فهذا يعتبر فيه عُرف الحادثة ولو خالف حكماً سابقاً مبنيّاً على عرف مخالف وهذا مبنى على قاعدة: «لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الأزمان»[٢].

إن الأحكام الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها، إما أن تكون ثابتة بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص، لاتحاد العلة بين الحكم المَقيس عليه والمَقيس، وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاستصلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه.

والاجتهادات الفقهية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً؛ لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة، والعرف غالباً دليل الحاجة فهو أقوى من القياس، فيترجح عليه عند التعارض[٣].

---

(١) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩١٠ - ٩١١، وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٧.

(٢) البورنو: الوجيز، ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٣) ابن عابدين: نشر العرف، في مجموعة رسائله، ٢/ ١١٦.

بل لقد ذكر ابن الهمام في شرح الهداية «أن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص»[١]. ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند جمهور الفقهاء من قبيل الاستحسان الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف.

ويوضح أبو العباس الشماخي مفهوم الاستحسان عند الإباضية بأنه: «العدول عن قياس إلى قياس أقوى، وقيل تخصيص قياس بأقوى منه، وقيل العدول إلى خلاف النظير لدليل أقوى، وقيل العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس»[٢]. وقد شرح هذه التعاريف نفسها ونقلها السيابي بإيجاز[٣].

وإذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي غير مباشر، فهذا يدل على أنه يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص بل إلى مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة، وما يجِدُّ فيها من أوضاع ومقتضيات[٤].

ويوضح ابن عابدين موقف الفقهاء المجتهدين من اعتبار العرف الحادث إذا تغيرت الأحوال، ويجب على المجتهد أن يعيد النظر في اجتهاده إذا تغير عرف البلد لرفع الحرج عن الناس فيقول: «كثير من المسائل الفقهية ما يبنيه المجتهد على ما كان في عُرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أوّلاً، ولهذا قالوا (العلماء) في شروط المجتهد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم

(١) ابن الهمام الكمال، فتح القدير، ٦/ ١٥٧.
(٢) الشماخي: شرح مختصر العدل والإنصاف الوارجلاني، تحقيق: مهني التيواجني، ٥٨٩.
(٣) السيابي خلفان، فصول الأصول، ص ٣٥٤. ـ السالمي، طلعة الشمس، ٢/ ١٨٥. وما بعدها، وحول مدلول الاستحسان. ينظر: أيضاً: الغزالي المستصفى، ١/ ٢٧٤ - ٢٨٣.
(٤) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٣١ - ٩٣٢.

على ما كان عليه أوّلاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، لبقاء العالم على أتمِّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب (أي الحنفي) خالفوا ما نص عليه المجتهدون في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»[١].

وما ذهب إليه ابن عابدين الحنفي هو ما عليه العمل عند فقهاء الإباضية، حيث نجد اجتهاداتهم تتغير بتغير الأزمان والعادات، ومن أمثلة ذلك:

١ ـ أنّ مَن وَكَّل إنساناً أن يشتري له سلعة من مكان بعيد فاشتراها، واستأجر لحملها إليه بِكراء، فإن الكراء لا يلزم الموكِّل؛ لأنه أمره بالشراء دون الحمل، وأما من طريق الاستحسان والعادة بين الناس فالكراء يلزمه؛ لأن تسليم المبيع غير مقدور إلا بكراء، فصار كالمنطوق به في الوكالة[٢].

٢ ـ حكم الفقهاء على المفقود والغائب بالوفاة بعد مضي مدة كافية لغلبة موتهما، استحساناً وحملاً على أغلب الأحوال، وكان القياس يقضي بعدم الحكم بموتهما حتى يصح ذلك يقيناً[٣].

٣ ـ إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين، إذ لو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حِرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذلك على الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخْذِ الأجرة عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك[٤].

(١) ابن عابدين: رسائل، ٢/ ١٢٥.
(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٩٣ - ٢٩٤.
(٣) السالمي: طلعة الشمس، ٢/ ١٧٩.
(٤) ذكر السالمي هذه المسألة في جواباته، وفيه كلام مفصل وهام عن حكم أخذ الأجرة عن الطاعات، كالأذان وتعليم القرآن، ينظر: جوابات الإمام السالمي ط ١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، ٤/ ٤٠٤ - ٤٠٥. ينظر: البورنو، الوجيز، ص ٢٨٥.

٤ ـ تضمين الساعي للفساد بالنميمة، مع أن ذلك مخالف لقاعدة الضمان على المباشر دون المتسبب، ولكن أفتوا بضمانه زجراً بسبب كثرة السعاة المفسدين[١].

٥ ـ إن الأصل القياسي يقضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه، ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجَّل مهرها، وطلبت القضاء بإلزامه بجميع المهر المعجل، فقالوا: لا تسمع دعواها هذه، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج، وعللوا ذلك بالعرف، لأن عادة الناس مطردة لا تكاد تتخلف في أن المرأة لا تزف إلى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله، فتكون دعواها هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع[٢].

٦ ـ كما أن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدَّيْن لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن القابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة، ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة إذا قبض أبوها، أو جدّها ـ عند عدم الأب ـ مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها ومبرئاً لذمة الزوج، للعرف والعادة، ما لم يصدر منها نفيٌ عن دفع المهر إلى سواها[٣].

هذا بعض من الفروع التي استدللنا بها على ترك الفقهاء فيها حكم القياس للعرف المخالف وغيرها كثير.

---

(١) البورنو: الوجيز، ص ٥٨٠.
(٢) ابن عابدين: رد المحتار، باب: المهر، ٢/ ٣٦٣.
(٣) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٣٢.

الفرع الرابع: تعارض الألفاظ بين العرف والشرع واللغة:

أولاً: تعارض اللفظ بين العرف والشرع:

ومعناه أن يَرِد لفظ له معنى في الشرع ومعنى في العرف، ويكون معناه في الشرع أعمّ أو أخصّ.

فإذا تعارض لفظ بين العرف والشرع، والعرف يستعمله في غير ما يستعمله الشرع فينظر:

أ ـ إذا كان ذلك اللفظ استعمل في الشرع بِلا تعلّق حُكْم ولا تكليف، قُدِّم العرف وخاصة في الأيمان؛ لأن الأيمان مبناها على عُرف الحالف[١]، فمن ذلك:

١ ـ إذا حلف لا يجلس على الفراش أو السياط أو لا يستضيء بالسراج، لم يحنث بجلوسه على الأرض وإن سماها الله تعالى فِراشاً وبساطاً، ولا يحنث بالاستضاءة بالشمس وإن سماها الله تعالى سِراجاً.

٢ ـ وكذلك إذا حلف تحت سقف فجلس تحت السماء لم يحنث وإن سماها الله تعالى سقْفاً.

٣ ـ وكذلك لو حلف لا يأكل لحماً، لم يحنث بِأكل السمك، وإن سماه الله تعالى لحماً.

جاء في «جواهر القواعد» ما نصه: «وإلا بأن يستعمله الشرع تسمية بلا تعلُّق حُكْم وتكليف، كتسمية السمك لحماً، والأرض بساطاً، والسماء سقفاً، والجبال أوتاداً، فالمعتبر ـ هنا ـ العرف والعادة»، قال الثميني في النيل: «وإن حلف لا يأكل اللحم، لم يحنث إن أكل سمكاً بالعرف والعادة ولزمه بمقتضى اللفظ»[٢].[٣].

---

(١) السدويكشي: الحاشية على كتاب الإيضاح للشماخي، ١/ ٤٣.

(٢) الثميني: كتاب النيل وشفاء العليل مع الشرح للقطب أطفيّش، ٤/ ٣٠٥. بتصرف.

(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٦٧.

ويؤكد المحشي السدويكشي هذا التوجه فيقول: «إن الافتراش يُسمّى لَبْساً، وقد استدل على منع افتراش الحرير لعموم النهي عن لبس الحرير، ولا يُرَدّ على ذلك أن من حلف لا يلبس حريراً أن لا يحنث بالافتراش؛ لأن الأيمان مبناها على العرف...»[(١)].

ويؤكد ابن بركة هذا المعنى ردّاً على من يقدم الشرع على العرف عند تعارض الألفاظ، «ولو حلف لا يسكن بيتاً، فكل بيت من حجر أو مدر يسكنه حنث، وإن سكن بيتاً من شعر أو نحو ذلك لم يحنث؛ لأن البيوت المعروفة والمقصود إليها هو ما ذكرنا، فإن قال قائل: فالله تعالى سَمّى بيوتاً من غير ما ذكرتَ لقوله جلّ ذكره: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا﴾ (النحل: ٨٠)، قيل له لو تركنا ومانع عليه الأسماء في الأيمان، لكان الحالف على أكل اللحم لا يأكل السمك مع قول الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ (النحل: ١٤)، وكذلك لو حلف لا يبيت تحت سقف، لما كان إذا بات تحت السماء حنث لقول الله جل ذكره: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلسَّمَآءَ سَقْفًا مَّحْفُوظًا ۖ وَهُمْ عَنْ ءَايَٰتِهَا مُعْرِضُونَ﴾ (الأنبياء: ٣٢)، وكذلك لو حلف لا يبيت على فراش فبات على الأرض حنث لقول الله تعالى: ﴿ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ فِرَٰشًا﴾ (البقرة: ٢٢)، فإن الأيمان على المقاصد والعادات مع تعلُّق الأسماء بمسمياتها...»[(٢)].

ب ـ أن يكون اللفظ في إطلاق الشارع قد تعلق به حُكم فيقدم استعمال الشرع على الاستعمال العرفي، ومن أمثلته:

ـ إذا حلف لا يصلي، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود، أو حلف لا يصوم، لم يحنث بمطلق الإمساك، أو حلف لا ينكح، حنث بالعقد إن كان غير متزوج لا بالوطء؛ لأنه الشائع شرعاً، وأما إن كان له زوجة وحلف لا ينكح فيحنث بالوطء.

(١) السدويكشي: الحاشية على كتاب الإيضاح للشماخي، ١/ ٤٣.
(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٨٩ - ٩٠ بتصرف يسير.

ـ أو قال: إن رأيت الهلال فأنت طالق ـ فرآه غيرها وعلمت به ـ طُلّقت حملاً له على الشرع، فإن الرؤية فيه بمعنى العلم لقوله ﷺ: «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غُبِّيَ عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين**»[(١)].

وقد نصَّ الراشدي في جواهره على تقديم المعنى الشرعي على العُرف عند تعارض الألفاظ، وهو رأي الإباضية، وذهب البعض إلى العكس، فقال: «فلا يخلو إما أن يتعلق بالمعنى الشرعي حكم كالصلاة والصوم والزكاة والحج، فلا أثر هنا للعرف، فمن حلف أن قد صلَّى الهاجرة، لم يحنث إن كانت منتقضة أو لقد صام فخرج منتقضاً، أو زكَّى فدفعها إلى من لا تجوز له، أو حج وحجه فاسداً، فلا يحنث.

وكذلك: التزويج فظهرت محرمته، والبيع فإذا البائع محجور عليه، أو المبيع مما لا يجوز بيعه أو قضى دَيْنه فخرجت زيوفاً، وقيل يحنث، نظر إلى مطلق الاسم، جاء في «شرح النيل»: «(أو حلف) لقد صلّى الهاجرة، أو تزوج امرأة، أو قد أوفى فلاناً دراهم عليه فخرجت زُيوفاً، والمرأة مَحرمتُه والصلاة منتقضة، ففي حنثه قولان»[(٢)]»[(٣)].

ج ـ وأما إن كان اللفظ العرفي يقتضي العموم والشرعي يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع.

وهذا ما صرح به الراشدي في قوله: «ولو كان اللفظ عامّاً في العرف وخصصه الشرع اعتبر التخصيص الشرعي»[(٤)]. ومن أمثلة ذلك:

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري: كتاب الصوم، باب: هل يُقال رمضان أو شهر رمضان، رقم: ١٨١٠. ومسلم، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، حديث: ١٨٧٤ عن أبي هريرة بلفظ: «**صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غمي عليكم الشهر فعدوا ثلاثين**».

(٢) القطب أطفيّش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لعبدالعزيز الثميني، ٤/ ٣٠٧. بتصرف.

(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٦، ١٦٧. بتصرف يسير.

(٤) الراشدي: المرجع نفسه، ص١٦٨.

ـ إذا حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل الميتة؛ لأن الشارع ما سمَّى الميتة لحماً.

وإذا أوصى لأقاربه، لم يدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع حيث قال النبي ﷺ: «**لا وصية لوارث**[(١)]»[(٢)].

جاء في «جواهر القواعد» ما نصه: «فمن أوصى لأقاربه لم يدخل ورثته؛ لأن الشرع خصص الأقربين الذين يجب لهم الوصية بمن عدا الوارث، وحالفٌ لا يشرب ماء، لا يحنث بمتغير كثيرا بزعفران ونحوه ولا بِمُضاف إلى خارج منه»[(٣)].

ثانيًا ـ تعارض اللفظ بين اللغة والعرف:

إذا تعارض العرف مع اللغة فهل يقدم عليها، لأن العرف محكّم في التصرفات أو تُقدَّم عليه؟ فالظاهر من عبارة الراشدي أن جمهور الإباضية يرجحون العرف إذا غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا خصوا به العموم دون خلاف، أي أعملوا العرف، وإن كان استعمال اللغة غلب في جميع أفراده ففيه وجهان، تقديم اللغة أو العرف، وإن اختلف العرف خصوصاً وعموماً فالمصير إلى الأغلب.

---

(١) رواه أبو داو، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، رقم ٢٨٧٠، والترمذي، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم ٢١٢٠، عن أبي أمامة، وقال: حسن صحيح. رواه ابن ماجه: السنن، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، حديث: ٢٧١١. عن أنس بن مالك النجاري، وصححه الألباني. الدارقطني: السنن، كتاب الفرائض والسير وغير ذلك، رقم: ٣٦٣٧. عن جابر بن عبد الله. وعبد الرزاق الصنعاني، المصنف، كتاب الوصايا، لا وصية لوارث والرجل يوصي بماله كله، حديث: ١٥٨٢٥ عن عمرو بن خارجة الأشعري. قال ابن حجر: «روي من طرق أخرى لا يخلو إسناد كل منها عن مقال لكن مجموعها يقتضي أن للحديث أصلاً بل جنح الشافعي في الأم إلى أن هذا المتن متواتر». فتح الباري، ٥/ ٣٧٢.

(٢) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٩٣. ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص٩٦ - ٩٧.

(٣) الراشدي: المرجع السابق، ص١٦٨.

ـ فلو حلف لا يشرب الماء لم يحنث بشرب المالح، لأنه لم يُعتَدّ شربه وقيل: يحنث، عملاً باللغة. وإن حلف لا يشتري بعيراً لا يحنث بناقة عُرفاً، وحنث لغة، ولا يأكل خبزاً، لم يحنث بخبز الأرز عُرفاً، وحنث به لغة؛ لأن اللغة هنا عامة فيحمل على الوجهين.

ـ كذلك لو أوصى بكذا وكذا مكيالاً حَبّاً، وهو من قوم يطلقونه على الأرز حُمِل عليه، فهنا غلب العرف على اللغة.

ـ ولو قال: يلزمني الطلاق إن فعلت كذا، فحنت، لزمه طلاق واحد وإن كان المعرّف بأل الجنسية يعمُّ لغة وهو ثلاث تطليقات، فإن اختلف العُرف خصوصاً وعموماً فالمصير إلى الأغلب، وهنا يُقدّم العرف على اللغة فتحسب له طلقة واحدة[١].

ـ «ولو حلف رجل لا يأكل البيض ولا نِية له، أنه لا يحنث إن أكل بيض السمك؛ لأن الناس وعاداتهم ومقاصدهم على بيض الدجاج»[٢].

(١) الراشدي المرجع السابق، ص ١٦٧ بتصرف.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٨٩.

المبحث الثالث

تأصيل القاعدة

إن قاعـدة: «العـادة محكمة» دخلت للقعيد الفقهي منـذ وقت مبكر أصّلها الكرخـي حيـث قـال في أصولـه: «الأصل أن السـؤال والخطـاب يمضي على ما عمّ وغلب لا على ما شـذ وندر»، و«الأصل أن جواب السـؤال يمضي على ما تعارف كل قوم في مكانهم»[1].

ويرجـع سـبب هـذا التقعيد المبكـر للقاعدة أنها تسـتند إلـى نصوص من القرآن والسُّنَّة، ومن الأدلة التي تدل عليها:

(١) الكرخي أبو الحسـن: أصول الكرخي مع تأسـيس النظر للدبوسي الحنفي، نشره زكرياء علي يوسف، طبع بمطبعة الإمام، ١٣ شارع محمد كريم بالقلعة، القاهرة، ص ١١٢.

المطلب الأول
الأدلة من القرآن الكريم

استدل الإباضية لهذه القاعدة بالآيات الكريمة التي دلت على مراعاة العرف والعادة منها:

١ ـ قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ (الأعراف: ١٩٩).

وجه الاستدلال بالآية:

فالآية الكريمة تدل على اعتبار العرف، وهي أصل لهذه القاعدة كما ذكر كثير من العلماء، وقد استدلوا بها على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي. قال الراشدي: «أصلها (القاعدة) وأمر بالعرف»؛ لأن العرف والعادة بمعنى، وهو ما كان مقرراً بالعقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[(١)].

وقال السيوطي في بيان معنى هذه الآية: «قال ابن العربي: المعنى: اقضِ بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف، وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى»[(٢)].

وقال القرافي: في سياق حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت: «إن القول لمن شهدت له العادة: لنا قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ (الأعراف: ١٩٩)، فكل ما شهدت به العادة قضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بينة»[(٣)].

واستدل علاء الدين الطرابلسي[(٤)] في «معين الحكام» بهذه الآية، فقال: «الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة قال الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٤٣.

(٢) السيوطي: الإكليل في استنباط التنزيل، ص١١، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٣) القرافي: الفروق، ٣/ ١٩٤.

(٤) علي بن خليل أبو الحسن، علاء الدين الطرابلسي توفي سنة ٨٤٤هـ، فقيه حنفي كان قاضياً بالقدس، له: «معين الحكام فيما يتردى بين الخصمين من الأحكام». ينظر: موسوعة الأعلام، ١/ ٣٦٨.

﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ (الأعراف: ١٩٩)، والعادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها»[١]. وقال: «والأصل في تحكيم العرف قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ (الأعراف: ١٩٩)، أي ما يعرفه الناس ويعتادونه»[٢].

٢ ـ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا﴾ (النساء: ١١٥).

وجه الاستدلال بالآية:

قال الراشدي في بيان معنى الآية ووجه الاستدلال بها: «سبيل المؤمنين: طريقهم التي يسلكونها من اقتفاء دين الإسلام والتمسك بأحكامه... وبيان الاستدلال بالآية: أن من طريقة المؤمنين التي سلوكها في دينهم الحكم بالعادة في كثير منه»[٣].

وذكر صاحب «المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية» في قاعدة: «العادة محكمة» أنه يستدل بهذه الآية على اعتبار العرف والعادة في التشريع، ووجه الاستدلال بها أن السبيل معناه لغة: الطريق، وسبيل المؤمنين طريقهم التي استحسنوها، وقد توعد الله بالعقاب والعذاب من اتبع غير سبيلهم، فدل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب[٤]، فتكون العادة محكمة فيجب العمل بها[٥].

٣ ـ واستدل الإباضية لهذه القاعدة أيضاً بقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ

(١) الطرابلسي: معين الحكام، ص ١٦١.

(٢) بلوغ السُّؤل وحقول المأمول شرح منظومة المالكي بحاشية فتح الورود، وشرح ألفية الشنقيطي في الأصول، مطابع فاس، المغرب، ص ٣٢١.

(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٤٤.

(٤) الفاداني أبو الفيض: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، دار البشائر، بيروت، ١٩٩٦، ١/ ١٨٥.

(٥) عزام عبد العزيز: قواعد الفقه الإسلامي، ص ٢٤٥. ـ النجار سيد عوض: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٧٥.

بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَٰلِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ (النور: ٦١).

وجه الاستدلال بالآية:

يرى الراشدي أنّ إباحة الأكل من بيوت مَن ذُكر في الآية يرجع إلى المعروف والعادة[١]، واستدل على ذلك بقول القاضي البيضاوي، حيث علل جواز الأكل من تلك البيوت بقوله: «وخُصّوا بالذكر؛ لأن العادة جارية بالتبسّط بينهم...»[٢].

وقال القطب أطفيش في «تيسير التفسير»: «والآية باقية على اطمئنان النفس من صاحب المال، كما فعلت الصحابة بعده ﷺ يدخل دار صديقه باستئذان، فيسأل جاريته عن كيسه، فتعطيه، فيأخذ ما شاء، فإذا جاء وأخبرته أعتقها سروراً. ودخل أصحاب الحسن البصري (ت: ١١٦هـ) داره باستئذان، وأكلوا أطيب طعامه، فاستنار وجهه فرحاً، وقال: هكذا وجدناهم يفعلون، يعني الصحابة فلا نسخ بحديث: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس**»[٣]، لأن قد اشترطنا للآية الاطمئنان...»[٤].

ولم يقتصر هذا الأمر على الصحابة فحسب، بل تبعهم فيه التابعون أيضاً،

---

(١) الراشدي: الجواهر، ص ١٤٥.

(٢) البيضاوي القاضي ناصر الدين أبي سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي: أنوار التنزيل وأسرار التأويل المسمى تفسير البيضاوي، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق ومحمد أحمد الأطرش، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، دار الرشيد، دمشق، بيروت، ومؤسسة الإيمان، بيروت، لبنان، ٢/ ٥٠٨.

(٣) رواه أحمد، مسند الكوفيين، حديث عم أبي حرة الرقاشي، رقم ٢٠٧١٤، والبيهقي في الكبرى، كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً وأدخله في سفينة، رقم ١١٣٢٥، عن عم أب حرة الرقاشي. الهيثمي: «رواه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين. وفيه علي بن زيد وفيه كلام». مجمع الزوائد، ٣/ ٥٨٥.

(٤) أطفيش أمحمد بن يوسف، تيسير التفسير: نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م، ٩/ ١٠١ - ١٠٢ بتصرف.

فقد نقل الكندي صاحب المصنف أنّه: «روي عن أبي عبيدة[١] أنهم تذاكروا في الإدلال، فسألوه عن ذلك فقال: ما أعرف ما تقولون، غير أنّي لو أردت لذهبت إلى منزل حاجب[٢] فقلت: يا جارية، هات الكيس فآخذ منه ما شئت.

وروى أبو عبد الله (محمد بن محبوب بن الرحيل القرشي) أن الربيع بن حبيب دخل على المليح بن حسان[٣] ذات يوم، والمليح مريض فقال الربيع: يا قرشية: هات الطعام، قال: فتهلل وجه المليح حتى قام وقعد وكأنّ ما به شيء من المرض، فأتت به فقال الربيع للقوم: كُلوا، وكان الربيع صائماً»[٤].

وبعد أن عرض أحمد الكندي الأقوال الواردة عن سلف الإباضية خلص إلى القول: «إن الناس على تعارفهم، وجائز أكل ما يبيحونه بينهم، وتسخو به أنفسهم، وذلك بسكون القلب، فليعمل به ما يعمل باليقين»[٥].

٤ ـ ومن الآيات الكريمة التي ورد فيها تلميح بليغ إلى اعتبار هذه القاعدة ما جاء في قوله ﷻ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ (المائدة: ٨٩).

---

(١) أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي من أعلام الإباضية بالمشرق (تقدمت ترجمته).

(٢) حاجب بن مودود، الطائي العُماني، وهو من كبار تلامذة الإمام أبي الشعثاء جابر بن زيد رضي الله عنه ومن طبقة أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة رحمه الله كان موصوفاً بالاجتهاد، معروفاً بالورع والتقوى والزهد، وكان هو القائم بأمر المسلمين في شؤون الحرب، وجمع المال والمعونة والخصومة، كانت وفاته قبل وفاة أبي عبيدة في أيام جعفر بن منصور العباسي، أي ما بين (١٣٦ - ١٥٨هـ) ينظر: الشماخي، السير ١/ ٨٤ وما بعدها. والدرجيني، الطبقات، ٢/ ٦٤٨ وما بعدها. البطاشي، إتحاف الأعيان عن علماء علمان، ١/ ٢١٠. العلامتان: إبراهيم العبري، وأبو إسحاق إبراهيم أطفيش، تعليق على جوهر النظام للإمام السالمي، ٣/ ١٣. ٤/ ٣٩٩ بتصرف.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) الكندي: أبو بكر أحمد بن عبد الله، المصنّف، آمون للتجليد والطباعة، مصر، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ١٨/ ٢٩ بتصرف.

(٥) الكندي: المصدر نفسه، ١٨/ ٣٦.

وجه الاستدلال بالآية:

قال أهل العلم قوله سبحانه: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، يقرّر لنا الضابط الذي يلجأ إليه في تحديد مقدار الطعام وتوفير الكسوة في جميع الأحكام المتعلقة بالكفارات التي لم ينص الشرع فيها على مقدار معلوم معيّن، فينظر فيها إلى الأعراف السائدة والعوائد المتبعة، وتفصل القضايا حسب مقتضياتها[١]. وإلى هذا المعنى يوحي تفسير بعض العلماء لهذه الآية الكريمة، قال الإمام الطبري: «وأوْلى الأقوال في تأويل قوله: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، عندنا قول من قال: من أوسط ما تطعمون أهليكم في القلة والكثيرة، وذلك أن أحكام رسول الله ﷺ في الكفارات كلها وردت بذلك، وذلك كحكمه ﷺ في كفارة الحلق من الأذى بِفرق[٢] من طعام بين ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع»[٣].

ويزيد ابن تيمية توضيحاً للنص المذكور عند بيان فدية المحْرِم في الحج، وتحديد ما هو الأفضل في إطعام الطعام في هذه الكفارة، وفي سائر الكفارات فيقول: «والواجب في ذلك كله ما ذكره الله تعالى بقوله: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ الآية، فأمر الله

(١) الندوي: القواعد الفقهية، ص ٢٩٤.

(٢) الفرَق: معناه، قال الزمخشري: «هو إناء يأخذ ستة عشر رطلاً، وفيه لغتان: تحريك الراء، وهو الفصيح وتسكينها» ينظر: الفائق في غريب الحديث، تحقيق: محمد علي البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، ط: عيسى البابي الحلبي، ٣/ ١٠٤. قال أبو بكر: «قد بينت في كتاب الأيمان والكفارات مبلغ الفرق، وأنه ثلاثة آصع، وبينت أن الصاع أربعة أمداد، وأن الفرق ستة عشر رطلاً، وأن الصاع ثلثه، إذ الفرق ثلاثة آصع، والصاع خمسة أرطال وثلث بدلائل أخبار النبي ﷺ». ينظر: ابن خزيمة الصحيح، الجامع للحديث النبوي.

(٣) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق وتعليق: محمود محمد شاكر، مراجعة وتخريج: أحمد محمد شاكر، ط: دار المعارف، مصر، ١٠/ ٥٤٣. وأخرجه الطبري في جامع البيان في تفسير القرآن، سورة المائدة، القول في تأويل قوله تعالى: من أوسط ما تطعمون أهليكم ـ حديث: ١١٣١١ عن عبد الله بن عباس.

تعالى بإطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهليهم، وقد تنازع العلماء في ذلك هل ذلك مقدر بالشرع، أو يرجع فيه إلى العرف؟ وكذلك تنازعوا في النفقة: نفقة الزوجة، والراجح في هذا كله أن يرجع فيه إلى العرف، فيطعم كل قوم مما يطعمون أهليهم قدراً ونوعاً، ولمّا كان كعب بن عجرة ونحوه يقتاتون التمر، أمره النبي ﷺ أن يطعم فَرْقاً من التمر بين ستة مساكين...»[(١)].

ويؤكد ابن تيمية هذا المعنى في موضع آخر فيقول: «المنقول عن الصحابة والتابعين، هذا القول، ولهذا كانوا يقولون الأوسط خبز ولبن، خبز وسمن، خبز وتمر، والأعلى خبز ولحم، وهذا القول هو الصواب الذي يدل عليه الكتاب والسُّنَّة والاعتبار، وهو قياس مذهب أحمد وأصوله، وهذا لم يقدره الشارع فيرجع فيه إلى العرف، لا سيما مع قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾، وأن العبرة بالعرف في كل حال من أحوال الرَّخْص والغلاء، والإعسار واليسار، والصيف والشتاء وغير ذلك...»[(٢)].

وفي هذه النصوص التي ذكرها الفقهاء دلالة على أن الحكم المطلق الذي أوجبه القرآن في النفقة والكفارة وغيرهما، يرجع في تفصيله إلى العرف، فدلّ على اعتبار العرف في التشريع، ومن ثمّ وجدنا العلماء يؤصلون هذه القاعدة في ضوء الكتاب والسُّنَّة ويذكرون لها شواهد[(٣)].

---

(١) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٢٦/١١٣، ١١٤ و١٩/٢٥٢ و٣٥/٣٤٩، ٣٥٠. ونص الحديث: «عن كعب بن عجرة، أن رسول الله ﷺ رآه، وقمله يسقط على وجهه، فقال: «**أيؤذيك هوامك**» قال: نعم، فأمره أن يحلق وهو بالحديبية لم يبين لهم أن يحلوا بها وهم على طمع أن يدخلوا مكة، فأنزل الله ﷻ الفدية فأمر رسول الله ﷺ أن يطعم فرقاً بين ستة أو الهدي شاة أو يصوم ثلاثة أيام». أخرجه ابن خزيمة في صحيحه، كتاب المناسك، جماع أبواب ذكر أفعال اختلف الناس في إباحته للمحرم، باب ذكر الدليل على أن في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا﴾، حديث: ٢٤٩٩.

(٢) ابن تيمية: المرجع السابق، ٣٥/٣٤٩-٣٥٢. الجصاص: أحكام القرآن، ١/٤٨٧.

(٣) السدلان صالح: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص ٣٤١.

٥ ـ ومن شواهد هذه القاعدة أيضاً قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٖۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ثَلَٰثُ عَوۡرَٰتٖ لَّكُمۡ ﴾ (النور: ٥٨).

وجه الاستدلال بالآية:

قال السالمي في «المعارج» موضّحاً مدلول هذه الآية: «الأوقات التي يلزم المسلمين أن يأمروا مماليكهم وصبيانهم بالاستئذان فيها إذا أرادوا الدخول عليهم ثلاثة أوقات:

ـ أحدهما: مِن قبل صلاة الفجر؛ لأنّه وقت القيام من النوم، ووقت طرح ثياب النوم، ولَبسِ ثياب اليقظة؛ ولأنّه ربّما يوجد الرجل في هذا الوقت عارياً أو مع امرأته في جماع.

ـ والوقت الثاني: حين تضعون ثيابكم من الظهيرة، والظهيرة وقت اشتداد الحرّ قبل الزوال؛ لأن غالب الناس في ذلك الوقت يضعون ثيابهم للقيلولة.

ـ والوقت الثالث: من بعد صلاة العشاء؛ لأنّه وقت تجرّد عن لباس اليقظة ولبْسِ لباس النوم.

ـ فهذه الثلاثة الأوقات يجب على المرء أن يأمر عبيده وغلمانه أن لا يدخلوا عليه فيها إلا بإذن»[(١)].

وقد أشار بعض العلماء إلى هذا الوجه عند تفسير هذه الآية، قال القرطبي في «تفسيره»: «أدّب الله تعالى عباده في هذه الآية...يستأذنون على أهليهم في هذه الأوقات الثلاثة، وهي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف فيها، وملازمة التعرّي إلى آخر ما قاله في تفسيره...»[(٢)].

كما أشار إلى هذا المعنى الإمام العلائي وتقي الدين الحصني في

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ١٧٦.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٢/ ٣٠٤.

قواعدهما بعد ذكر هذه الآية: «فأمر الله بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه»[١].

٦ ـ وهناك آيات عديدة صرّح فيها الله بالاحتكام إلى العرف، فقد ورد لفظ المعروف في القرآن العظيم في سبعة وثلاثين موضعاً، ومن الآيات الكريمة التي فيها تلميح بليغ إلى اعتبار هذه القاعدة:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٢٨). فسرها بعض الفقهاء بأن لهن من حسن الصحبة والعشرة بالمعروف على أزواجهن، مِثل الذي عليهن لهم من الطاعة فيما أوجب الله تعالى له عليها[٢]. وذكر ابن قيم الجوزية أنّه يدخل في هذه الآية جميع الحقوق التي للمرأة وعليها، وأنّ مردّ ذلك إلى ما يتعارفه الناس بينهم، ويعدونه معروفاً لا منكراً[٣].

ب ـ وقوله ﷻ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٢). فذكر سبحانه في هذه الآية أنّه إذا تراضى الأزواج والنساء بما يحل، ويجوز أن يكون عِوضاً من أبضاعهن من المهور، ونكاح جديد مستأنف، فإنّه لا يجوز للوليّ أن يمنع موليته من هذا النكاح، وأنّ ذلك التراضي يكون بين الأزواج بالمعروف[٤].

ج ـ وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (البقرة: ٢٣١).

---

(١) العلائي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، مخطوط، ورقة ٤٢ الوجه الثاني. ـ والحصني: قواعد الفقه، مخطوط، و٦، نقل عنهما السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص ٣٤١.

(٢) الطبري: جامع البيان، ٢/ ٤٥٣.

(٣) ابن قيّم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

(٤) الطبري: جامع البيان، ٢/ ٤٨٨.

د ـ وقوله جَلَّ جَلَالُهُ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (الطلاق: ٢). فبيَّن الله تبارك وتعالى في الآيتين الكريمتين أن الإمساك والتسريح يكون بالمعروف.

وقد تعرّض ابن تيمية في فتاويه إلى تفسير معنى هذه النصوص الكريمة فبيّن الأبضاع هي من الحقوق، والواجب الحكم بين الزوجين بما أمر الله تعالى به من إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان، فيجب على كل من الزوجين أن يؤدّي إلى الآخر حقوقه، ووطء الزوج زوجته واجب عليه عند الجمهور، وقد قال النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لمّا رآه يصوم النهار ويقوم الليل: «**وإن لزوجك عليك حقّاً**»[(١)]، فيجب على الزوج وطؤها بالمعروف على قدر قوته وحاجاتها، كما تجب عليه النفقة بالمعروف كذلك[(٢)].

هـ ـ وقوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ١٩). وهذا أمر من الله تعالى للأزواج أن يعاشروهن بالمعروف. قال القرطبي: «العرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس»[(٣)]. فأرشد الله الزوجين في عشرتهما وأداء حق كل منهما إلى الآخر إلى المعروف المعتاد الذي يرتضيه العقل ويطمئن إليه القلب، ولا شك أن ذلك متغيّر حسب الاختلاف بين المناطق وأحوال الناس[(٤)].

و ـ وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقرة: ٢٣٣).

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الصوم، باب حق الضيف في الصوم، رقم: ١٨٨٨. ٤/ ٢١٧ مع الفتح، ومسلم في كتاب الصيام، حديث رقم ١١٥٩. عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٢) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٢٨/ ٣٨٣ - ٣٨٤.

(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٧/ ٣٤٦.

(٤) الندوي: القواعد الفقهية، ص ٢٩٤.

وجه الاستدلال بالآية:

فالآيـة واضحـة الدلالة فـي اعتبار العرف فـي التشـريع؛ لأن المُراعَى في أجـرة الرضـاع لـلأم إذا طلبتها حال الزوج يسـاراً وإعسـاراً وتوسّـطاً، لا حال الزوجـة ولا حالهمـا، لقولـه تعالـى: ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقـرة: ٢٣٣)، ومراعاة حال الزوج تقتضي تحكيم العرف والعادة في ذلك[١].

وقد فسَّـر ابن بركة البهلوي «المعروف في النفقة» الوارد في الآية الكريمة بقولـه: «أن المعـروف إنما يرجعون فيه إلـى عادتهم في غالب ظنونهم من بعد اجتهادهم، والذي عندي ـ والله أعلم ـ أن المعروف في النفقة هو دون السرف وفـوق التقتيـر، فالله تعالـى قـال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ (المائـدة: ٨٩)، ولذلك أقول: إن الإطعام الذي ذكر في القرآن ولم يبيّن وصفه، هو دون الليّن، وفوق الخشِن، ودون الجيّد، وفوق الرديء»[٢].

ويؤكد ابن كثير هذا المعنى في عبارة موجزة موضحاً مدلول الآية فيقول: «أي وعلـى والـد الطفل نفقـة الوالدات وكسـوتهن بالمعـروف، أي بما جرت عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسـراف ولا إقتار، بحسـب قدرته في يسـاره، وتوسطه وإقتاره كما قال تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ (الطلاق: ٧)...»[٣].

ومن هنا يتضح أن مفهوم الآية يدل على أنّ على والد الطفل المرتَضع أجرة الرضاع للأم، وهي نفقتها وكسوتها بالمعروف، سواء كانت زوجة أو مطلقة.

ز ـ وقال ﷻ في السياق نفسه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦).

فالآية الكريمة تدل على أن هذا الأجر هو رزقهن وكسوتهن بالمعروف إذا لم يكن بينهما مسمّى يرجعان إليه[٤].

---

(١) السيوطي: الإكليل في استنباط التنزيل، ص ١١٠.

(٢) ابن بركة البهلوي: كتاب التعارف، ص ١٣ بتصرف.

(٣) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ط ٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١/ ٥٠٣.

(٤) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣١/ ٣٢٤.

ح ـ وقال تعالى في مِتعة المطلقة: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ٢٤١).

فهذه الآية تدل على اعتبار العرف في المِتعة المفروضة للمطلقة التي لم يسمّ لها مهر فيراعَى حال المرأة فيها[١].

ي ـ وقال تعالى أيضاً في شأن المطلقات قبل الدخول ولم يحدد لهن المهر: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٣٦).

ط ـ وقال ﷻ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ (الطلاق: ٧). فالآية الكريمة تدل على اعتبار العرف وبناء الأحكام عليه، وقد بنى استدلاله على أن الإنفاق ليس له تقدير شرعاً، لكنه مفوّض إلى العرف والعادة[٢].

وجه الاستدلال بالآية:

بيّن ابن بركة وجه الدلالة من الآتين السابقتين المتعلقتين بالمطلقات قبل الدخول، واللواتي لم يفرض لهن صداقاً فذكر أن ذلك يخضع للعرف والعادة، ومن حقّ الحكام أو القضاة أن يجتهدوا في تقديره، ولا يجوز تخطئة بعضهما، يقول في هذا المعنى: «ألا ترى أن الحكام قد كلفوا أن يحكموا بالظاهر بما هو عندهم صواب، ولا يجوز أن يكونوا مخطئين إذا اجتهدوا وفعلوا ما أمرهم الله به من الظاهر، وإن اختلفوا في مقادير النفقات...ولا يعتقد واحد منهم تخطئة صاحبه فيما خالفه، لا يدعي عليه الخطأ في حكمه، بل كل واحد منهم يصوّب صاحبه، وإن خالفه في تقديره، وإنّ مَن حَكم منهم للمطلقة بنصف درهم، أو قيمته نفقة لها في كل يوم، لم يخطّئ مَن حَكم لها بِدانقين أو قيمتهما، ولا يدّعي أن قوله أولى بالصواب من قول صاحبه؛ لأنهم وكلوا في هذا الحكم إلى ما عندهم من غلبة ظنونهم وما تسكن إليه نفوسهم أنه كاف

(١) محمد عبده ورشيد رضا: تفسير المنار، ٢/ ٤١٢.

(٢) ابن العربي: أحكام القرآن، ١/ ٣٠٢.

لمِـن يحكمـون له به وعليه، ولم ينصب لهم مـع ما كلفوا دليلاً يعملون عليه، ولا عِلْماً يقصدونه، أكثر من اجتهادهم، وقال الله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقـرة: ٢٣٦)، فهـذا فـي بعـض المطلقـات، وليـس يرجعون في هذا إلا إلى ما يظهر لهم من أمر مَن يحكمون عليه بما يغلب على ظنونهـم وتطمئـن إليه نفوسـهم، ولا أقـول إن كان حكم هـذا طريقه؛ لأن من الأحـكام ما قـد وقف الحـكام عليهـا، ومنها ما قـد وكلوا فـي اجتهادهم فيما يحقـق قولـه ﷻ، فالمعروف إنما يرجعون فيه إلـى عاداتهم في غالب ظنونهم من بعد اجتهادهم، والذي عندي ـ والله أعلم ـ أن المعروف في النفقة هو دون السرف وفوق التقتير، ولذلك أقول: إن الإطعام الذي ذكر في القرآن، ولم يبيّن وصفه هو دون الليّن، وفوق الخشن، ودون الجيّد وفوق الرديء...»[(١)].

٧ ـ واسـتدل بعض الإباضية أيضاً بأدلة من القرآن الكريم على مشـروعية العمل بالعرف والعادة والاحتكام إليها في مختلف شؤون الحياة من ذلك:

أ ـ ذكـر السـالمي أن أصـل اعتبار العرف والعادة ثابـت من الكتاب في قوله تعالـى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ (الماعـون: ٧). وبيـن معنـى الماعـون الـوارد في الآية بحديث روى عن ابن مسعود أن الماعون: «ما يتعاور في العادة من الفأس والقِدر والدلو والمِقدحة ونحوها...»[(٢)]. وعن عائشة رضي الله عنها: «الماء والنار والملح»[(٣)].

---

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ١٢ - ١٣.

(٢) أخرجـه البـزار في البحر الزخار مسـند البزار، عاصم بن بهدلة، حديـث: ١٥٢٢ عن عبد الله بن مسـعود بلفظ: «كنا نعد الماعون على عهد رسـول الله ﷺ الدلو، والفأس، والقدر»، قال البزار: «وهـذا الحديـث لا نعلم أحـداً رواه بهذا اللفظ، عـن عاصم إلا أبو عوانـة» ورواه الطبراني في المعجم الكبير، من اسـمه عبد الله، عبد الله بن مسـعود الهذلي، باب حديث: ٨٨٧٥، بزيادة «لا يستغنى عنهم». تفسير مجاهد، سورة أرأيت حديث: ٢٠٩٤ بلفظ: «كنا نعد الماعون عارية الدلو والقدر والفأس وما تتعاطون بينكم» وعن مجاهد، عن ابن عباس، قال: «الماعون: متاع البيت».

(٣) أخرجـه الطبراني في المعجم الأوسـط، بـاب العين، باب الميم من اسـمه: محمد ـ حديث: ٦٧١١. ونص الحديث: «عن عائشة، أنها قالت: يا رسول الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ =

وجه الاستدلال بالآية:

قال السالمي: «أنّه تعالى ذمّ المنافقين على منعهم الماعون ولو لم يكن استقضاؤه مباحاً وجائزاً للمستقضي لمّا توجه الذم إلى المانع، بل إلى المستقضي، ولمّا ذمّ المانع علمنا أنّ استقضاءه مباح، وهو نوع من التعارف كما ترى، لا يقال إنّ استقضاء الماعون واستعارته خارج عن حدّ التعارف؛ لأنّه إنما يكون عن رِضَى صاحبه وتسليمه، والتعارف ليس فيه استئذان؛ لأنّا نقول إنّ طلب الماعون من صاحبه مع تحريم السؤال شرعاً هو نوع من التعارف، وبإباحته يباح التعارف»[(١)].

ب ـ وكذلك استدلوا على اعتبار العرف والعادة في الشرع بقوله تعالى حكاية عن بِنْتيْ شعيب عليه السلام: ﴿قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّىٰ يُصْدِرَ الرِّعَاءُ﴾ (القصص: ٢٣)، فإنه يحتمل أنهما كانتا تنتظران ما يبقى من الماء في الحِياض بعد سقي الناس مواشيهم، فيسقيان منه أغنامهما، فيكون ذلك دليلاً على استباحة الباقي من الماء من التعارف أيضاً[(٢)].

ج ـ واستدل على العادة أيضاً بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء: ٢٩). قال السالمي: «ووجه ذلك، أنه تعالى علّل إباحة الأموال في التجارة بالتراضي، فتكون ذلك إشارة إلى استباحة الأموال عند التراضي، ولو لم يكن تجارة في المواضع التي حرّمها الشرع، كالربا ومناهي البيوع...»[(٣)].

= قال: «الماء والملح والنار» قالت: هذا الماء قد عرفناه، فما بال الملح والنار؟ فقال: «من أعطى ملحاً فكأنما تصدق بجميع ما طيب ذلك الملح، ومن أعطى ناراً فكأنما تصدق بجميع ما أنضجت تلك النار، ومن سقى مسلماً شربة من ماء حيث يوجد الماء فكأنما أعتق رقبة، ومن سقى مسلماً شربة من ماء حيث لا يوجد الماء فكأنما أحياه».

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٢٨.

(٢) السالمي: المصدر نفسه.

(٣) السالمي: نفسه، ٤/ ١٢٨ - ١٢٩.

المطلب الثاني
الأدلة من السُّنَّة النبوية وآثار الصحابة ﷺ

ومن الأدلة الواردة في السُّنَّة المطهرة والآثار الصحيحة على تحكيم العادة والعرف في بعض الأحكام الشرعية ما يلي:

١ ـ استدل جمهور فقهاء الإباضية بحديث روي مرفوعاً وموقوفاً عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيِّئ»[(١)].

أقوال العلماء في درجة هذا الحديث وسنده:

استدل جُلّ من كتب في القواعد الفقهية من الإباضية وغيرهم لهذه القاعدة بهذا الحديث أو الأثر الوارد عن ابن مسعود ﷺ، ولكن علماء الحديث تكلموا فيه، فمنهم من رفعه إلى الرسول ﷺ وصححه، كالحاكم والهيثمي والراشدي من الإباضية، ومنهم من اعتبره موقوفاً عند ابن مسعود، ولا بأس أن ننقل جانباً من أقوالهم لتتضح صورة هذا الحديث وتنجلي حقيقته للعيان، من ذلك:

أ ـ أما الذين رفعوه إلى النبي ﷺ كالراشدي وعزاه إلى الحاكم وقال فيه: «وما روي مرفوعاً وموقوفاً على ابن مسعود رَحِمَهُ اللَّهُ، وصُحِّح»[(٢)].

ويؤيد ما ذهب إليه الراشدي ما صرح به الحاكم في المستدرك على الصحيحين فقد أخرجه في كتاب «معرفة الصحابة»، وموضع الشاهد منه وفيه زيادة: «ما رأى المسلمون حسناً فهو حسن، وما رآه المسلمون سيِّئاً فهو عند

---

(١) رواه الحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة ﷺ، رقم: ٤٤٦٥. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالاً». وصححه الذهبي. وقال العجلوني: «موقوف حسن». كشف الخفاء، ١٨٨.

(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٤٣ - ١٤٤.

الله سيِّئ»، «وقد رأى الصحابة جميعاً أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه »، وقال عنه هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه ووافقه الذهبي[١].

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد[٢] في باب الإجماع، وعزاه إلى أحمد والبزار والطبراني في الكبير، وقال: ورجاله موثوقون، وذكره أيضاً في كشف الأستار عن زوائد البزار[٣].

ب ـ أما الذين اعتبروه موقوفاً بالصحابي ابن مسعود رضي الله عنه فاحتجوا بما ذهب إليه العلائي في قواعده، قال شبير: «واعتبره كثير من العلماء حديثاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ وأصلاً لقاعدة: «العادة محكمة»، والصحيح أنه ليس بحديث مرفوع، قال العلائي: «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه»[٤]، وقد أخرجه أحمد في مسنده من حديث أبي وائل عن ابن مسعود رضي الله عنه [٥]. وكما أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في «الحلية» وعند البيهقي في «الاعتقاد» من وجه آخر عن ابن مسعود رضي الله عنه [٦]، وأورده الألباني في السلسلة الضعيفة وضعفه[٧].

---

(١) الحاكم النيسابوري، كتاب معرفة الصحاب، ٣/ ٧٨ - ٧٩، وقد رأى الصحابة جميعاً أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه . قال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالاً».

(٢) الهيثمي علي: مجمع الزوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، ١/ ١٨٢ - ١٨٣.

(٣) الهيثمي علي: كشف الأستار عن زوائد البزار، ١/ ٨١.

(٤) العلائي أبو سعيد: المجموع المذهب في قواعد المذهب، ط ١، مطابع الرياضي، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ١٩٩٤، ٢/ ٤٠٠. ـ شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٣٧.

(٥) رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند ابن مسعود، رقم ٣٦٠٠.

(٦) العجلوني: كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر به الحديث على ألسنة الناس، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٣٥١، ص ١٨٨.

(٧) الألباني: ناصر الدين: سلسلة الأحاديث الضعيفة، ص ٥٣٣.

موقفنا من هذا الحديث:

والـذي يظهر للباحث بعد التأمل في أقوال العلماء المتقدمين والمتأخرين في الحديث المتقدم، أن الذين اعتبروه موقوفاً عند ابن مسعود دون أن يرفعوه إلـى النبي ﷺ، فقولهم يحتاج إلـى إعادة نظر لضعف حجتهم؛ لأنهم اعتمدوا علـى قول الإمام العلائـي، الذي زعم أنه لم يجده مرفوعاً ولا بسـند ضعيف، ويفهـم من عبارته أنه لم يصرّح بضعـف الحديث، بل توقف في الحكم عليه، ولذلـك لا ينبغـي أن نضعّـف الحديـث لأجل تعـذر الحصول عليـه في كتب الصحاح، ولعله لم يطلع على كل كتب السُّنَّة وأحوال الرجال في عصره؛ لأنه يعسـر على الفقيـه أو المحدث أن يعثـر على تلك الكتب بسـهولة لاعتمادهم علـى النسـخ اليدوي، أما فـي عصرنا فيختلف الوضع؛ لأن معظم كتب السُّـنَّة والجرح والتعديل قد طبعت، فيسهل الحصول على الحديث ودرجته؛ ولذلك فاحتمال العثور عليه وارد.

ومما يؤيد صحة هذا الحديث ما صرّح به الحاكم في «المسـتدرك» وعلي الهيثمي في «مجمع الزوائد»، ووافقهما الإمام الذهبي فقال الأول: «هذا حديث صحيح الإسـناد ولم يخرجاه البخاري ومسلم في صحيحيهما، ووافقه الذهبي فيما ذهب إليه»، ويؤكد الهيثمي هذه الحقيقة فيقول: «ورجاله موثوقون».

وبعد أن ظهرت الحقيقة وثبتت، لم يبق إلا أن يسلّم بصحة هذا الحديث، ويرجـح العمـل به، فلا يعقـل أن يتخذ الفقهـاء هذا الحديث أصـلاً في اعتبار العـادة والعرف وتحكيمهما في المسـائل الفقهية مـع علمهم بضعفه، فلا ريب أنهم قد اطلعوا على درجته من جهة الصحة والضعف بالنظر في أحوال رجاله، فجعلوه دليلاً لهذه القاعدة، ولا يمكن أن يجتمعوا على الخطأ.

ومـن جهـة أخرى فـإن هذا الحديـث لا يتصادم مـع النصوص الشـرعية، ولا يتعـارض مع مقاصد الشـريعة العامة، ولو سـلمنا فرضـاً أنه ضعيف فهناك نصوص صحيحة ثابتة تتفق مع معناه تعضده وتقويه.

وجه الاستدلال بالحديث:

يعتبر الإباضية العرف أو العادة حجة لإثبات الأحكام الشرعية، وقد صار حجة بالنص، وتعامل الناس به من غير نكير أصل من الأصول، ويؤكد الوارجلاني هذا الأمر فيقول: «ومناهي المسلمين من مناهي الرسول ﷺ ومن قوله: «**وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيِّئ**»، فإن حجر المسلمون على مباح كان محظورا، وإن أهملوه رجع إلى الإباحة»[(١)].

ويشير ابن بركة إلى اعتماده على مدلول هذا الحديث واعتباره دليلاً شرعيّاً على المسائل والنوازل المستجدة إذا أعوره الدليل من القرآن أو السُّنَّة أو الإجماع أو القياس. فيقول: «ويدل أيضاً أن الله تعالى تعبّد عباده بما يتعارفون فيما بينهم، ويتجاوزونه فيما جرت به عاداتهم، ما لم يقم على تحريمه دليل من كتاب أو إجماع من الأمة؛ لأن جواز ذلك حسن في العقل»[(٢)].

ـ واستدل الإمام أبو عبيدة مسلم التميمي بهذا الحديث واعتبره دليلاً شرعيّاً لإثبات تحكيم العرف والعادة في مسألة عُشْر الزكاة وكيفية جمعه، فقد ورد إليه سؤال من الإمام أبي الخطاب المعافري الإباضي يسأله عن كيفية جمع الزكاة وتوزيعها، فأرشده إلى الطريقة المثلى اعتماداً على العرف فقال: «ذكرتم في كتابكم العشر وكيف جمعه، فاعلموا ـ رحمكم الله ـ أنه يجتمع أهل البلد في الإقليم الذي هو فيه، فيوكلوا لعشورهم رجالاً أمناء مِن قِبلهم في كل منزل، فينقله الناس إليهم حتى إذا اجتمع عن آخره نظر فيه خواص من أهل الفقه والفضل والمعرفة في الدين، واجتهدوا رأيهم فيه على ما أمر الله به من تفريقه لمن أمر الله بإعطائه، بلا حيف ولا ميل ولا أثرة قريب دون بعيد، ولا لاجترار منافع، ولا لرفع مضرتها، فما رآه المسلمون حسناً فهو كذلك إن

(١) الوارجلاني أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم: العدل والإنصاف في أصول الخلاف، ١/ ١٣٠.
(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ١٤.

شاء الله، وما رأوه سيّئاً فهو سيِّئ، فأحضرتم تفريقه، حَكم أولئك الرهط أمرهم، ولا يحضر عند تفريقه جماعة من يأخذ ولا من يُعطى، فيفرق عشور كل قرية في فقرائهم...»[١].

ولا شك أن أبا عبيدة مسلم قد اعتمد طريقة جمع الزكاة وتوزيعها على مستحقيها على عرف بلده، السائد في البصرة وبلاد المشرق، وأراد أن ينقله إلى أهل المغرب بلد الإمام المعافري، ولم يعتمد في منهجه على نصوص من القرآن أو السُّنَّة، بل على العرف الجاري به العمل في تلك البلاد.

ونجد ابن بركة أيضاً يأخذ بمقتضى العرف والعادة في مسألة تحريم شرب النبيذ وبيعه ـ رغم جواز ذلك عند بعض الفقهاء ـ استناداً إلى هذا الحديث، فيقول: «وكذلك قولنا في النهي عن شرب النبيذ، فإن كان حلالاً فإنا ننهى عنه؛ لأن شربه ينقص من شاربه، ويقل من هيبته، ولما يحدث مع شربه من السكر الذي يلزم فيه الحد، وإن كان الله تعالى هو المحدث للسكر... فإن قال: أفَتُجيزون بيعه كما تجيزون شربه؟ قيل له: لا يجوز بيع النبيذ، فإن قال: فلم حرّمتم بيع ما أحللتم شربه؟ قيل له: لما وجدنا المسلمين جميعاً يستعظمون فعل الخمارين والنباذين ويضربون بهم الأمثال في الخسة وقبح الفعل، ولم نجد أحداً من المسلمين أباح ذلك؛ علمنا أن ما كان عند المسلمين قبيح فهو عند الله قبيح، كما أن ما كان عند المسلمين حسن فهو عند الله حسن... والذي يدل على سقوط هذه المعارضة، أن جميع من جوّز شرب النبيذ على اختلافهم واختلاف مذاهبهم لم يجوّزوا الاجتماع عليه، ولو كانت هذه المعارضة صحيحة لكان لِقائل أن يقول: فَلِم لا يجوز الاجتماع على شُرب الحلال الذي يجوز أن يفترق عليه؟ وقد أغنانا الإجماع عن الاحتجاج فيه...»[٢].

---

(١) أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي: رسالة أبي كريمة في الزكاة للإمام أبي الخطاب المعافري، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، أغسطس ١٩٨٢، ص ٤.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٥٣٦.

ولعل ما ذكره ابن بركة من أدلة قوية تعتمد على تشخيص حالة الشاربين للنبيذ وعادة الناس في تعاملهم معه يجعلنا نميل إلى هذا القول ونرجحه؛ لأنه الأعدل والأقرب للصواب؛ لموافقته للنصوص الثابتة في تحريم الخمر، وملاءمته لمقاصد الشريعة العامة الداعية إلى حفظ الدين والعقل والمال.

ـ كما استدل السرخسي أيضاً بهذا الحديث لإثبات أن العرف الجاري بين الناس محَكّم في معاملاتهم، فذكر في باب الوقف ما نصه: «أن ما جرى العرف بين الناس بالوقوف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف: كثياب الجنازة وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت»، وهذا الأصل معروف: أن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل، لقوله ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن**»[(١)].

ويؤكد الكاساني كذلك هذا المعنى استناداً إلى هذا الحديث، ويرى أن ما لم ينص عليه شرعاً، فهو محمول على العرف والعادة، والعرف حجة لقوله ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن**»[(٢)].

٢ ـ ومن الأحاديث المأثورة عنه ﷺ في الاعتداد بالعرف الجاري بين الناس، ما رواه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله؛ إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال ﷺ: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[(٣)].

---

(١) السرخسي شمس الأئمة: المبسوط، دار المعارف، لبنان، ١٢/ ٤٥.

(٢) الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ط: ٢، لبنان، ١٩٧٤م، ٥/ ٢٢٣.

(٣) متفق عليه واللفظ للبخاري، أخرجه البخاري في كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف رقم: ٥٠٥٥. (٩/ ٥٠٧) مع الفتح لابن حجر، وفي موضع عنده من الصحيح ففي كتاب المظالم والغصب حديث رقم (٢٤٦٠)، وفي كتاب النفقات أيضاً حديث رقم (٥٣٥٩ و٥٣٦٤) وفي كتاب البيوع حديث رقم (٢٢١١)، وفي كتاب الأيمان والنذور حديث رقم (٦٦٤١)، وفي كتاب =

وجه الاستدلال بالحديث:

قال النووي في شرح مسلم: «في هذا الحديث فوائد، وذكر منها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي»(١).

وقال عز الدين بن عبد السلام: «ومن أدلة العرف أيضاً: قوله ﷺ: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»، ولم تكن هند عارفة بكون المعروف مُدَّيْن في حق الغني، ومدّاً في حق الفقير، ومدّاً ونصفًا في حق المتوسط، وقد نص الله على أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣)، وكذلك السكن وماعون الدار يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير، والغالب في كل ما رُدّ في الشرع إلى المعروف أنه مقدر، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع، أو إلى ما يتعارفه الناس»(٢).

ويؤكد ابن تيمية العمل بالمعروف في تحديد نفقة الزوجة استناداً إلى هذا الحديث فيقول: «والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة وحال الزوجين وعادتهما، فإن الله تعالى قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ١٩)، وقال النبي ﷺ: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»(٣). وقال: «**ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف**»(٤)»(٥).

= الأحكام حديث رقم (٧١٦١)، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب قضية هند، حديث رقم (١٧١٤)، (٣/١٣٣٨).

(١) النووي محي الدين: شرح صحيح مسلم، ط البابي الحلبي، وصبيح بمصر، ٢/٧-٨.

(٢) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١/٦١.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أصل هذا الحديث متفق عليه عن جابر بن عبد الله، وقد جاءت هذه العبارة في رواية مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ وهو حديث طويل رواه جابر بن عبد الله الأنصاري في صفة حجة النبي ﷺ، وفيه أن النبي ﷺ قال في خطبته بعرفات: «**ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**»، (٢/٨٨٦).

(٥) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٣٤/٨٣. وينظر: ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٣.

هذا وقد حدد بعض الإباضية نفقة الزوجة حسب العرف الجاري، عندهم، لعدم وجود نص شرعي يحدد ذلك.

جاء في «جامع ابن جعفر» في الباب التاسع في مؤنة المرأة على زوجها ما نصه: «وإذا طلبت المرأة إلى زوجها نفقتها، فإن عليه أن يحضرها نفقتها لكل شهر، فإن ضاق، فلكل أسبوع، فإن لم يمكنه إلا في كل يوم أعطاها في كل يوم مؤنتها، وقد قال من قال: شِبَعُها من الخبز والتمر، وإن كانت رغيبة فعليه أن يشبعها، فإن اختلفوا ولم يتفقوا في النفقة، فالذي مضى عليه الحكام عندنا ما يفرضون لها النفقة المعروفة عندهم، لكل يوم ربع الصاع حبّاً ومنّاً[١] من تمر، والأدم[٢] في كل شهر، والدّهن على ما يرى الحاكم...»[٣].

٣ ـ ومن الأدلة الواردة في السُّنَّة النبوية على تحكيم العادة في بعض الأحكام قوله ﷺ: «**الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة**»[٤].

وجه الاستدلال:

قال العلائي في قواعده: «وجه الدلالة منه أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر

---

(١) المنّ: المنَا وهو رطلان والجمع أمنان. ينظر: الرازي مختصر الصحاح، ٤٢٢. ويستعمله أهل عُمان في وزن التمر. وجاء في معجم لغة الفقهاء: المنّ بالفتح والتشديد ج أمنان. مكيال سعته رطلان عراقيان، أو أربعون أستارا = ٨١٥,٣٩ غراماً. ينظر: قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص ٣٦٠.

(٢) الأدم: والإدام: ما يؤتدم به، تقول منه أدم الخبز باللحم. ينظر: الرازي: مختار الصحاح، ص ٧.

(٣) ابن جعفر: جامع ابن جعفر، ٤/ ١٧١.

(٤) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب قول النبي ﷺ: «**المكيال مكيال أهل المدينة**»، رقم ٣٣٤٠، والنسائي في المجتبى، كتاب الزكاة، كم الصاع، رقم ٢٥٢٠، عن ابن عمر. المناوي: «صححه ابن حبان والدارقطني والنووي وابن دقيق العيد والعلائي ورواه بعضهم عن ابن عباس قيل وهو خطأ ورمز المصنف لحسنه». فيض القدير، ٦/ ٣٧٤.

فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً: كنِصب الزكاة، ومقدار الدّيات، وزكاة الفطر، والكفارات، ونحو ذلك»[١].

وقال الخطابي: «فهذا مبدأ عام قرره النبي ﷺ في الاعتداد بالعرف الجاري بين الناس، وليس المراد من الحديث تعديل الموازين والأرطال والمكاييل وجعل عيارها أوزان أهل مكة، ومكاييل أهل المدينة لتكون عند التنازع حكماً بين الناس يحملون عليها إذا تداعوا... فإن أقرّ الرجل بمكيله بُرّاً أو بعشرة أرطال من تمر أو غيره، واختلفا في قدر المكيلة والرطل، فإنهما يحملان على عرف البلد وعادة الناس في المكان الذي هو به، ولا يكلّف أن يعطي برطل مكة ولا بكيال المدينة»[٢].

كما نبّه الإمام العيني إلى هذا المعنى في شرح البخاري فقال: «كل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلي أو وزني، فيعتبر في عادة أهل كل بلدة على ما بينهم من العرف فيه؛ لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية»[٣].

هذا ونقل ابن بركة في جامعه اختلاف الفقهاء في تجديد مقادير بعض المكاييل والموازين، وألمح أن ضبط مقاديرها يرجع إلى ما جرى به العمل وتعارف عليه الناس في كل بلد، وهذا نصه: «اختلف الناس في مقدار الصاع والمد، فقال أهل العراق: الصاع ثمانية أرطال والمد رطلان، وذهبوا إلى خبر النبي ﷺ كان يغسل بالصاع وزعموا أنه كان يغتسل بثمانية أرطال[٤]، وأمّا أهل الحجاز فلا يختلف معهم أن الصاع خمسة أرطال وثلث، والمد رطل وثلث،

(١) العلائي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، «مخطوط»، و٤٢، الوجه الثاني نقلاً عن الندوي، القواعد الفقهية، ص٢٩٧، والمطبوع: ٢/ ٤٠٤.

(٢) الخطابي: معالم السنن، مطبوع مع مختصر أبي داود للمنذري، ٥/ ١٢ وما بعدها.

(٣) العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٦/ ١٠٢.

(٤) رواه البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الوضوء، باب الوضوء بالمد، رقم: ١٩٧. عن أنس بن مالك. ونص الحديث: عن ابن جبر، قال: سمعت أنساً، يقول: «كان النبي ﷺ يغسل، أو كان يغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد، ويتوضأ بالمد».

يعرفه عالمهم وجاهلهم لكفارة الأيْمان والزكاة، وصدقة النسك، وصدقة الفطر، وإلى هذا يذهب أصحابنا (الإباضية)، وأما الفَرَق: فهو ستة عشر رطلاً، والقسط: نصف صاع، فهذه مكاييل أهل الحجاز...»[(١)].

٤ ـ ومن الأحاديث التي استدل بها الإباضية على هذه القاعدة ما رواه الشيخين عن علي بن أبي طالب ـ كرّم الله وجهه ـ أنّ النبي ﷺ قال: «**لا طاعة في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف**»[(٢)].

وجه الاستدلال:

قال عبدالرحمٰن السعدي في بيان مدلول هذا الحديث: «وهذا الحديث قيد في كل من تجب طاعته من الولاة والوالدين والزوج وغيرهم، فإن الشارع أمر بطاعة هؤلاء، وكل منهم طاعته فيما يناسب حاله، كلها بالمعروف، فإن الشارع ردّ الناس في كثير مما أمرهم به إلى العرف والعادة، كالبرّ والصلة والعدل والإحسان، وطاعة من تجب طاعته تقيّد بهذا القيد فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ولا طاعة مع عدم الاستطاعة»[(٣)].

٥ ـ ومن الأحاديث التي حكّم فيها النبي ﷺ العرف والعادة، ما قضاه النبي ﷺ فيما رواه حرام بن محيّصة عن أبيه: «أن ناقةً للبراء بن عازب دخلت

---

(١) ابن بركة: كتاب الجامع، ١/ ٣٠٢.

(٢) رواه مسلم بلفظه في صحيحه في كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية عن علي ـ كرم الله وجهه ـ حديث رقم ٣٩، ص ٨٣٠. وأخرجه البخاري بنحوه في صحيحه في كتاب المغاري، باب سريّة عبدالله بن حذافة السهمي حديث رقم (٤٣٤٠)، ص ٧٥٥، وفي كتاب الأحكام باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم (٧١٤٥)، ص ١٢٦٩، وبلفظ قريب منه في كتاب أخبار الآحاد، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الأذان والصلاة، حديث رقم (٧٢٥٧)، ص ١٢٨٩.

(٣) السعدي عبدالرحمٰن الناصر: بهجة قلوب الأبرار، ص ٢٢١ - ٢٢٢ بتصرف. وينظر: الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٠ - ١٥١.

حائط رجل فأفسدته، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل»[١].

وفي رواية أخرى: «فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل»[٢].

وذهب الفقهاء استناداً إلى هذا الحديث إلى أنّ ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها، وما أفسدت بالليل ضمنه مالكها، وعلل ذلك الخطابي بقوله: «لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويوكلون بها الحفاظ والنواطير»[٣]. ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار ويردوها مع الليل إلى المراح، فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع، فكان كمن ألقى متاعه في طريق الشارع، أو تركه في غير موضع حرز، فلا يكون على آخذه قطع»[٤].

ويُوعز العلائي حُكم النبي ﷺ بالضمان لِما تحدثه الدواب من مضار بقاعدة العرف والعادة فيقول: «وهذا أدّل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها؛ لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي، وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين الكوْن في أموالهم بالنهار ـ غالباً ـ دون

(١) رواه مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، رقم ١٤٣٥، وأبو داود، أبواب الإجارة، باب المواشي تفسد زرع قوم، رقم ٣٥٦٩، وأحمد، مسند الأنصار، حديث محيصة بن مسعود، رقم٢٣٠٨٧، وقد اختلف في إسناده عن الزهري وكلهم أثبات ثقات، قال ابن عبدالبر: «على أي حال كان فالحديث من مراسيل الثقات لأن جميعهم ثقة وهو حديث تلقاه أهل الحجاز وطائفة من أهل العراق بالقبول والعمل». الاستذكار، ٧/ ٢٠٥.

(٢) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم، رقم ٣٥٧٠.

(٣) الناطر والناطور: حافظ الزرع، مادة نطر، الفيومي، المصباح المنير، ص ٦١١.

(٤) ابن جعفر: جامع ابن جعفر (مع الهامش)، ٤/ ١٩٩ - ٢٠٠. الخطابي معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود، باب المواشي تفسد زرع قوم، حديث رقم (٣٤٢٥)، ٥/ ٢٠٢.

الليل، فبنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به عادتهم»[١]، وتابعه في هذا ابن النجار الحنبلي[٢].

ومن جهة أخرى فقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن دلالة هذا الحديث تفيد أيضاً أن لِوَليّ الأمر توزيع المسؤوليات والواجبات بين الناس وأرباب المصالح من حيث الزمان، ومن حيث المكان، وينطبق ذلك مثلاً على منع الشاحنات اليوم من السير على بعض الطرق مطلقاً، أو في الليل دون النهار...إلخ، فمن خالف كان مقصراً أو مسؤولاً»[٣].

ويرى الإمام الدهلوي[٤] أن النبي ﷺ قد شرع في الواقع أصولاً، ونصب

(١) العلائي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، ٢/ ٤٠٢. نص الحديث: «عن الزهري، عن حرام بن محيصة، عن أبيه قال: أفسدت ناقة للبراء بن عازب في حائط قوم، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقضى بحفظ الماشية على أهلها بالليل، وحفظ الحوائط على أهلها بالنهار». رواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب العارية والوديعة، ذكر الاختلاف على الزهري في هذا الحديث، حديث: ٥٦١٧ عن سعد بن مسعود الأنصاري. والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، وأما حديث أبي هريرة ـ حديث: ٢٢٤٤ بزيادة «عن البراء بن عازب رضي الله عنهما، قال: كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطاً، فأفسدت فيه فكلم رسول الله ﷺ فيها... وإن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم» قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي، فإن معمراً قال: عن الزهري، عن حرام بن محيصة، عن أبيه». ورواه أبو داود في السنن، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب المواشي تفسد زرع قوم حديث: رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم، رقم ٣٥٧٠.

(٢) ابن النجار: شرح الكوكب المنير للفتوحي، ٤/ ٤٥٢.

(٣) الزرقا مصطفى: الفعل الضار والضمان فيه، ص٢٨.

(٤) أحمد بن عبدالرحيم الفاروقي الدهلوي الهندي، أبو عبدالعزيز، الملقب شاه ولي الله(١١١٠ - ١١٧٦هـ/ ١٦٩٩ - ١٧٦٢م): فقيه حنفي من المحدثين. من أهل دهلي بالهند. زار الحجاز سنة ١١٤٣ - ١١٤٥هـ. من كتبه: الفوز الكبير في أصول التفسير، ألفه بالفارسية، وترجم بعد وفاته إلى العربية والأردية ونشر بهما، وفتح الخبير بما لا بد من حفظه في علم التفسير، وحجة الله البالغة، مجلدان، والإرشاد إلى مهمات الإسناد، والإنصاف في أسباب الخلاف، وعقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد، والمسوى من أحاديث الموطأ، مجلدان وشرح تراجم أبواب البخاري، وغيرها. ينظر: الزركلي: الأعلام، ١/ ١٤٩.

ضوابط يرجع إليها في كثير من المسائل والقضايا العويصة، لا سيما للقاضي عندما يتعذر له الحكم في قضية معروضة عليه، لوجود شبهة، أو لعدم توافر الأمارات والقرائن الكافية في ترجيح جانب على جانب آخر، فمن تلك الأصول: الحكم باتباع العرف والعادة المسلمة عند جمهور الناس، ومثال تلك القضية هذا الحديث الذي نحن بصدده، فكل واحد منهما ـ صاحب الناقة وصاحب البستان ـ كان معذوراً في دعواه فقضى ﷺ بما هو المعروف من عادتهم من حفظ أهل الحوائط أموالهم بالنهار، وحفظ أهل المواشي مواشيهم بالليل»[(١)].

٦ ـ ومما يدل على قاعدة العادة والعرف أيضاً ما ورد في السُّنَّة المجتمع عليها في اللقطة أنها تدفع بعلامة يأتي بها المدعي لها، وفي قول رسول الله ﷺ عن سؤال السائل: «**أمارتها عفاصها ووكاؤها**»[(٢)]. وفي خبر آخر عنه ﷺ أنه قال: «**وعاؤها ووكاؤها**»[(٣)].

---

(١) الدهلوي ولي الله: حجة الله البالغة، ٢/ ١٦٩.

(٢) متفق عليه واللفظ للبخاري، رواه في كتاب في اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، حديث: ٢٣١٩ كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار، حديث: ٢٢٦٥، ولفظه: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فسأله عن اللقطة، فقال: «**اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**»، قال: فضالة الغنم؟ قال: «**هي لك أو لأخيك أو للذئب**»، قال: فضالة الإبل؟ قال: «**ما لك ولها، معها سقاؤها، وحذاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها**». ومسلم، كتاب اللقطة، حديث: ٣٣٣٣، عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٣) متفق عليه واللفظ للبخاري، رواه في كتاب في اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ـ حديث: ٢٣١٦ ولفظه: «عن سلمة، سمعت سويد بن غفلة، قال: لقيت أبي بن كعب رضي الله عنه، فقال: أخذت صرة مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ، فقال: «**عرِّفها حولاً**»، فعرفتها حولاً، فلم أجد من يعرفها، ثم أتيته، فقال: «**عرِّفها حولاً**» فعرفتها، فلم أجد، ثم أتيته ثلاثاً، فقال: «**احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها**»، فاستمتعت، فلقيته بعد بمكة، فقال: لا أدري ثلاثة أحوال، أو حولاً واحداً». ومسلم، كتاب اللقطة، حديث: ٣٣٣٧ عن أبي بن كعب بزيادة.

وجه الاستدلال بالحديث:

بيّن ابن بركة وجه الاستدلال بهذين الخبرين فقال: «والأمارة هي العلامة، وقد جاز أن يدفع المال الكثير بالعلامة والصدق بذلك سكون القلب، كما يجوز تسليمها بالبينة العادلة، وإن قال قائل: لم قلتَ إنّ تسليم اللقطة بسكون النفس دون أن يكون ذلك يقيناً بالبينة؟ قيل له: إنما أُمرنا بذلك على وجه التعبّد بسكون قلوبنا في تصديق المدعي لها بما عنده من السرّ الذي لا يجوز أن يتحرّى غيره فيوافقه، إلا كان ذلك نادراً في الناس، والنادر لا يعتمد عليه ولا يحتج به؛ لأنّ اللقطة إذا جاء مزيد عليها مع العلامات التي لو رام الإنسان أن يتحرّى إصابتها بالتخريص والظن لبعد ذلك عليه، ولم يتفق ذلك له، ولذلك جاءت السُّنَّة به، وبالأمر بتسليمه، فمن أتى بعلامة جاءت بها السُّنَّة ومما كان في معنى السُّنَّة مما تدل على صدق مدعيها جاز الدفع بذلك، وصحّ بما جاء، وقلنا إنما تسكن إليه النفس ويطمئن إليه القلب، ويشهد تصديقه كالعلم به، والسُّنَّة شاهدة أيضاً بما قلنا ما روى النبي ﷺ أنه قال لرجل من أصحابه عند سؤاله إياه: «**يا وابصة اسفت نفسك**»[(١)]. فأمره النبي ﷺ أن يستدل على صحة ما يحتاج إليه علمه بدليل قلبه وسكون نفسه»[(٢)].

٧ ـ أما أحوال النساء وعوارضهن، فالرجوع في كثير من الأحكام في هذا الباب إلى العرف والعادة ومن ذلك:

ـ ما روي عن حمنة بنت جحش أنها اشتكت إلى النبي ﷺ وقالت: كنت أستحاض حيضة كثيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ أستفتيه وأخبره فوجدته في بيت

---

(١) رواه الدارمي في السنن، ومن كتاب البيوع، باب: **دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**، رقم ٢٥٣٣، وأحمد، مسند الشاميين، حديث وابصة بن معبد، رقم ١٨٠٣٠، المناوي: «رمز المصنف لحسنه ورواه الإمام أحمد والدارمي في مسنديهما قال النووي في رياضه: إسناده حسن وتبعه المؤلف فكان ينبغي له الابتداء بعزوه كعادته ورواه أيضاً الطبراني قال الحافظ العراقي وفيه عنده العلاء بن ثعلبة مجهول». فيض القدير، ١/ ٤٩٥.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ١٥ - ١٦.

أختي زينب، فقال ﷺ: «**تحيّضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثمّ اغتسلي: فإذا رأيتِ أنك طهرتِ واستنقأت فصلّي أربع وعشرين ليلة أو ثلاثاً وعشرين ليلة وأيامها، وصومي وصلّي، فإن ذلك يجزئك وكذلك فافعلي كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن...**»[(١)].

فالحديث فيه تنبيه على الرجوع إلى الأمر الغالب والعادة، وهي ستة أيام أو سبعة أيام، قال الخطابي في «المعالم»: «فردّ رسول الله ﷺ أمرها إلى العرف الظاهر والأمر الغالب من أحوال النساء، كما حمل أمرها في تحيّضها كل شهر مرة واحدة على الغالب من عادتهن، ويدل على ذلك قوله: «**كما تحيض النساء ويطهرن لميقات حيضهن وطهرهن**»، وهذا أصل في قياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض والحمل، أو البلوغ وما أشبه هذا من أمورهن، ويشبه أن يكون ذلك منه ﷺ على غير وجه التغيير بين الستة والسبعة، لكن على معنى اعتبار حالها بحال من هي مثلها، وفي مثل سنها من نساء أهل إقليمها، فإن كانت عادة مثلها منهن أن تقعد ستّاً، قعدت ستّاً، وإن سبعاً فسبعاً»[(٢)].

وروى البخاري ما يفيد معنى الحديث السابق عن عائشة: أن فاطمة بنت أبي حُبيش سألت النبي ﷺ قالت: إني أستحاض فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ فقال: «**لا، إن ذلك عِرْق، ولكن دَعي الصلاة قدْر الأيام التي كنت تحيضين فيها، ثم اغتسلي وصلي**»[(٣)]. فقوله ﷺ: «**قدْر الأيام**»... إلخ: فيه دلالة واضحة على إعادة الأمر إلى العادة التي كان يجري عليها أمرها.

---

(١) رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة، رقم: ٢٨٧، والترمذي، كتاب الطهارة، باب في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد، رقم: ١٢٨. عن حمنة بنت جحش. وقال حسن صحيح.

(٢) الخطابي: معالم السنن، ١/ ١٨٤.

(٣) البخاري: الجامع الصحيح، باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض، رقم: ٣٢٣، عن عائشة بنت أبي بكر الصديق. ١/ ٨٩.

٨ ـ ومما يستأنس به أيضاً في تأصيل هذه القاعدة ما رواه أبو داود عن سعد بن أبي وقاص، قال: لما بايع ﷺ قامت امرأة جليلة[١]، كأنها من نساء مُضَر، فقالت: يا نبي الله، إنا كَلٌّ على أبنائنا، ـ قال أبو داود: وأرى فيه: وأزواجنا ـ فما يحل لنا من أموالهم؟ فقال: «**الرطب تأكلنه وتهدينه**»، قال أبو داود: «الرَّطْب: الخبز والبقل والرطب»، وكذا رواه الثوري عن يونس[٢].

قال الندوي: «والسِرُّ بتخصيص الرَّطْب، أن خَطْبُه أيسر، وليس هو مما يُتَكلّف به، والخطابي رَحِمَهُ اللَّهُ حمَل الترخص بذلك اعتباراً بالعادة، قال في «المعالم»: «وقد جرت العادة بين الجِيرة والأقارب أن يتهادوا رطْب الفاكهة والبقول، وأن يغرفوا لهم من الطبيخ، وأن يتحفوا الضيف والزائر بما يحضرهم منها، فوقعت المسامحة في هذا الباب، بأن يترك الاستئذان له، وأن يجري على العادة المستحسنة في مثله»[٣]»[٤].

٩ ـ ومن النصوص الدالة على هذه القاعدة الثابتة بالسُّنَّة التقريرية ما تعارف عليه الناس في زمن النبي ﷺ من أمور تتعلق بشؤون الحياة فلم يحرّمها أو ينهاهم عنها، فدلّ على جوازها، كما تعارفوا أموراً جاء ما يفيد أن النبي ﷺ أقرّهم عليها أو شاركهم في فعلها، فهذا أيضاً يدل على جوازها.

وكذلك أَقَرّ الإسلام ما كان صالحاً للبقاء في ظل التشريع الإسلامي مما تعارف عليه الناس قبل الإسلام وألغى ما كان غير صالح؛ فألغى عقود الربا،

---

(١) الجليلة: تكون بمعنيين: أحدهما: أن تكون جسيمة، والآخر: أن تكون بمعنى المُسنة، ينظر: الخطابي، معالم السنن: ٢/ ٢٥٧. وقال الجوهري في الصحاح: جلّ الرجل أيضاً: أي أسن، ٤/ ١٦٦٠.

(٢) رواه أبو داود، كتاب الزكاة، باب المرأة تتصدق من بيت زوجها، رقم ٧٦٤٠، والحاكم في المستدرك، كتاب الأطعمة، رقم ٧١٨٥، عن سعد بن أبي وقاص. وقال: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٣) الخطابي: معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود للمنذري، ٢/ ٢٥٧.

(٤) الندوي علي أحمد: القواعد الفقهية، ص ٣٠١.

وعقود الغرر، وأقرّ عقود الشركة والإجارة والمضاربة، ووضع لها قواعد وشروطاً ليكون الغرض منها تحقيق المصلحة، ومن أظهر الأمثلة على ذلك: عقد السَّلَم، فقد عرفه العرب في الجاهلية وأقرَّهم عليه ﷺ، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «قدم ﷺ المدينة، وهم يُسلِفون التمر السَّنة والسنتَيْن، فقال ﷺ: «**من أسلف في شيء فلْيُسلف في كيل معلوم ووَزْن معلوم إلى أجل معلوم**»[(١)]. فهذا يدل على اعتبار العرف في التشريع[(٢)].

ومما يزيد أدلة اعتبار العرف بالسُّنَّة التقريرية قوَّة، أن النبي ﷺ فعل بعض ما أقرَّهم عليه، فقد عرفوا عقد الاستصناع، فشاركهم النبي ﷺ في العمل به، فقد روي أنه استصنع منبراً وخاتَماً[(٣)].

١٠ ـ ومن الأحاديث النبوية التي استدل بها بعض الإباضية على اعتبار العرف وتحكيمه في معاملات الناس ما ذكره السالمي في «العقد الثمين»، رواية عن النبي ﷺ أنه كان ينهى عن تحصين البساتين عن المحتاجين والجائعين بالحيطان والزُّروب أن يأكلوا منها، وقال لأصحابه: «**يوم كنتم في الجاهلية أذلاء تعبدون غير الله تحملون الكَلَّ، وتفعلون في أموالكم المعروف، وتفعلون في ابن السبيل، حتى إذا مَنَّ الله عليكم بالإسلام وبنبيه ﷺ إذا أنتم تحصّنون أموالكم، إنّ فيما يأكل ابن آدم أجراً وفيما يأكل السبع والطير أجراً**»[(٤)]. فرجع القوم، فما منهم أحد إلا هدّم من حديقته ثلاثين باباً.

---

(١) البخاري: الجامع الصحيح، كتاب السلم، حديث باب السلم في وزن معلوم، رقم: ٢١٤٦، عن عبدالله بن عباس ٣/ ٤٤.

(٢) ابن جعفر: جامع ابن جعفر، ٥/ ١٩٥ - ٢٢١. الشماخي: الإيضاح، ٣/ ٣٥٦ - ٣٩٣. البسيوي أبو الحسن: جامع أبي الحسن البسيوي، ٤/ ٨، ٢٢.

(٣) البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الصلاة، باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر، حديث رقم: (٤٤٨)، وكتاب اللباس، حديث رقم (٥٥٦٦)، وسنن الدارمي، ١/ ١٦ - ١٧.

(٤) رواه الحاكم في المستدرك، كتاب الأطعمة، رقم٧١٨٣؛ وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وسكت عنه الذهبي. ورواه البيهقي في الشعب، باب في الزكاة، فصل في =

١١ ـ واستدل السالمي لهذه القاعدة أيضاً بما روي عن عائشة ﵂ أنها قالت، قال النبي ﷺ: «**إذا طَعِمت المرأة من بيت زوجها غير مُفسِدة، لها أجرها وله مثله، وللخازن مثل ذلك له ما اكتسب ولها ما أنفقت**»[(١)].

وجه الاستدلال:

نقل السالمي عن القسطلاني[(٢)] قوله في بيان وجه الدلالة في هذا الحديث أنه «جاز لها ذلك للإذْن المفهوم من المراد العرف، فإن عُلم شُحَّه أو شُك فيه لم يَجُز، قال: فظاهره يعطي التساوي للمذكورين في الأجر، ويحتمل أن يكون المراد بالمثل: حصول الأجر في الجملة، وإن كان أجر الكاسب أوفر، لكن يعكِّر عليه حديث أبي هريرة بلفظ «فلها نصف أجره»[(٣)]، إذ هو يشعر بالتساوي»[(٤)].

١٢ ـ ومن الأحاديث النبوية التي استدل بها السالمي لقاعدة العرف والعادة واعتبارهما في باب جواز الأكل من اللُّقطَة والانتفاع بها، إن تبين أن

= الاعتذار إذا سئل ولم يكن عنده ما يعطي منه، رقم٣٥٠٠. والطبراني في المعجم الأوسط، باب الألف، باب من اسمه إبراهيم، رقم٢٤١٩، عن جابر بن عبدالله. قال الهيثمي: «لا يروى عن جابر إلا بهذا الإسناد قلت: وفيه جماعة لم أعرفهم». مجمع الزوائد، ٣/ ٣١٦. وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة وضعيف الترغيب والترهيب.

(١) رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب أجر المرأة إذا تصدقت، رقم: ١٣٨٣، عن عائشة بنت أبي بكر الصديق.

(٢) أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبدالملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين(٨٥١ - ٩٢٣هـ/ ١٤٤٨ - ١٥١٧م): من علماء الحديث. مولده ووفاته في القاهرة. من مصنفاته: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، عشرة أجزاء. والمواهب اللدنية في المنح المحمدية في السيرة النبوية. ينظر: الزركلي: الأعلام، ١/ ٢٣٢.

(٣) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب قول الله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم، رقم ١٩٦٠، عن أبي هريرة بلفظ: «إذا أنفقت المرأة من كسب زوجها عن غير أمره فلها نصف أجره».

(٤) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٢٩. نقلاً عن القسطلاني.

صاحبها لا يطلبها، ما روي عن أنس بن مالك ﵁ أنه قال: مرّ رسول الله ﷺ بتَمرة في الطريق فقال: «**لَأن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها**»[(١)].

وفي رواية عن جابر بن عبدالله ﵁ قال: رخّص لنا رسول الله ﷺ في العَصَا والسَوْط والحَبْل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به»[(٢)].

ويروى عن أم الدرداء ﵂ قالت: قال لي أبو الدرداء ﵁ : «لا تسألي أحداً شيئاً»، قلت: إن احتجت؟ قال: «تتبعي الحصادين فانظري ما يسقط منهم فخذيه فاخبطيه ثم اطحنيه ثم اعجنيه ثم كليه، ولا تسألي أحداً شيئاً»[(٣)].

قال السالمي بعد أن عرض هذه الأحاديث المأثورة في تأصيل القاعدة: «فهذه الأحاديث كلها دالة على ثبوت الحكم بالتعارف، فلا وجه للمنع بعد ذلك»[(٤)]، فهو بهذا يرد على من يرى عدم اعتبار العرف والعادة في التشريع.

١٣ ـ ومن الآثار الدالة على العمل بالعرف والعادة في حياة السلف ـ رضوان الله عليهم ـ ما روي عن علي بن أبي طالب ـ كرّم الله وجهه ـ أنه قضى في متاع البيت: أن ما كان للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهو للنساء»[(٥)]، فهذا الأثر يدل على اعتبار العرف في التشريع.

وفي ضوء تلك النصوص الشرعية ونظائرها أدرك العلماء مكانة العرف

---

(١) رواه البخاري، كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق، رقم: ٢٣٢٠؛ ومسلم، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، رقم: ١٨٤٦، عن أنس بن مالك.

(٢) رواه أبو داود، كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، رقم١٤٧٢، والبيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة، رقم ١١٨٧٨، عن جابر بن عبدالله. ابن حجر: «وفي إسناده ضعف واختلف في رفعه ووقفه». فتح الباري، ٥/ ٨٥.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب ما جاء في اتباع الحصادين وأخذ ما يسقط منهم، حديث: ١١٣١٢ عن عويمر بن مالك الأنصاري.

(٤) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٣٠.

(٥) رواه البيهقي في الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب: متاع البيت يختلف فيه الزوجان، حديث: ١٩٨١٠ عن علي بن أبي طالب.

في التشريع الإسلامي واحتكموا إليه في كثير من المسائل والقضايا المستجدة واعتبروه مصدراً للتشريع فيما لا نص فيه، وهذا ما يرمز إليه قول القاضي شُرَيح في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه للغزّالين[١]: «سُنَّتكم بينكم ربحاً»، يعني «عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة»[٢].

هذا وقد وضع بعض العلماء لذلك ضابطاً يضبط تلك المعاملات العرفية الجارية بين الناس، فقال: «وضابطه: كل فعل رُتِّب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحِرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يُعَدُّ قبْضاً وإيداعاً وإعطاءً وهديةً وغصْباً، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر»[٣].

(١) الغزّال: بائع الغزل.

(٢) العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة... وقال عبد الوهاب، عن أيوب عن محمد: «لا بأس العشرة بأحد عشر، ويأخذ للنفقة ربحاً... واكترى الحسن، من عبد الله بن مرداس: حماراً، فقال: بكم؟ قال: بدانقين، فركبه ثم جاء مرة أخرى، فقال: الحمار الحمار، فركبه ولم يشارطه، فبعث إليه بنصف درهم». ١٢/ ١٦. ورواه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، في القوم يتراضون بالشيء بينهم، حديث: ٢٢٨٣٢ عن شريح بن الحارث الكندي، بلفظ: «جاءه قوم يختصمون من الغزالين فقالوا: سُنّتنا فيما بيننا، فقال: سُنّتكم فيما بينكم».

(٣) ابن النجار: شرح الكوكب المنير للفتوحي، ٤/ ٤٥٢ - ٤٥٣.

المطلب الثالث
الاستدلال بالإجماع والقياس

استدل الإباضية وغيرهم على اعتبار العرف والعادة وتحكيمهما في معاملات الناس وتصرفاتهم بأدلة من الإجماع والقياس، نذكر منها:

أولاً: من الإجماع:

أجمع العلماء على اعتبار العرف والعادة في الأحكام الشرعية، فقد عمل به أئمة المذاهب الفقهية المعروفة وأتباعهم، كالإباضية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة وغيرهم. وظهر ذلك في فروعهم الفقهية المتناثرة في مصنفاتهم، ويؤكد ذلك الإمام القرافي المالكي، فيقول: «نقل عن مذهبنا أنَّ مِن خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع... أما العُرف فيَشترك بين المذاهب، ومَن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»[(١)].

فإمام الإباضية جابر بن زيد الأزدي وأصحابه عملوا بالعرف والعادة في أحكام العبادات والمعاملات والأسرة، والعقوبات التعزيريةِ والسياسة الشرعية[(٢)].

يقول الكدمي: «...وقد يخرج في معنى الاطمئنان والتعارف وما تجري به العادات ما يشبه معنى الحكم الثابت في الأصول، فيصبح بذلك العادات والتعارف في معنى ما يشبه الأحكام الثابتة»[(٣)].

---

(١) القرافي: مختصر تنقيح الفصول، ص٨٦. ـ شلبي محمد مصطفى: أصول الفقه الإسلامي، ص٣٢٢.

(٢) الإمام جابر بن زيد، من جوابات الإمام جابر بن زيد، ص٢١ - ٢٢، ١١١، ١٥١. ـ ابن بركة: كتاب الجامع، ٢/ ٨٩، ١٧٢، ٦٥٩. وكذلك ينظر: باجو مصطفى: منهج الاجتهاد عند الإباضية، ص٧٤٨، ٧٥٢.

(٣) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٣.

ونقل ابن بركة إجماع العلماء على قبول الهدية وانتقالها إلى مِلْك من أهديتْ إليه بواسطة رسول، ورُبَّما كان صبيّاً، فزوال ملكها من صاحبها المتيقَّن حصل بما يسكن إليه القلب وجرت عليه العادةُ[١].

يقول ابن بركة في هذا الصدد: «ومما يدل على ذلك ما قُلْنَا، الإجماع من الأمة على جواز أخذ الهدية التي هي مال من غير بيّنة، بل قالوا جميعا: إنَّ جواز أخذها وزوال ملكها عن مهديها، وحدُوثِ مِلكها لمن أهْدِيتْ إليه بسُكون القلب إلى صِدْقِه من صبيٍّ أو عبد أو ذِمّي مع سكون القلب بالرسالةِ، أو دليل يدُلُّه على ذلك، ولو لم يذكر الرسول عند المُهدَى شيئًا، أَلا تَرَى أنهم اجتمعوا جميعاً لا خلاف بينهم أنَّ المُهْدَى إليه لو أنكرها قلبهُ ولم يكن في نفسه ما يدلهُ على صدق الرسول بها، أو رأى أن صاحبها ليس بينه وبين المُهدَى ما يوجِبها لم يحل له أخذها.

أَلا تَرَى أن الإنسان لو وصل إليه رجل بشيءٍ مما هو مالٌ يذكر أنه هدية له من عند من كان بينه وبينه قتال أو مخاصمة ـ على مثل شِراك نعل ـ قبْلها بيوم، لا يسْكن ذلك قَلبُه، وظنّ أنها أُهديت إلى غيره فغلط الرسول، أو بعثه بها إلى من كان أعانه عليه بالأمس في حال مقاتلتهما، فليس له أن يأخُذَها؛ لأن العادة جرت بأن الإنسان لا تسمح نفسه لعَدوِّه من ماله بقبرٍ يُقبَر فيه، وإجماعهم مع أخذها مع سكون قلب المُهدَى إليه ما يوجب إليه صحة الرسالةِ...»[٢].

وكذلك يذهَب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنَّ الزرع إذا أصابته جائحة فأتلفته، فإن الخراج الموظف يسقط عنه، وتلك عادةٌ طبقها الأكاسرة في العراق أيام حكمهم[٣].

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٦.
(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٦ - ١٧.
(٣) القرافي: مختصر تنقيح الفصول، ص٧٦.

كما أن الحنفية صححوا الشروط التي تعارفها الناس، والإمام مالك عمل بالعرف واعتبره نوعاً من المصلحة، والإمام الشافعي لما ذهب إلى مصر غيّر مذهبه لتغيّر العادات والأعراف، والإمام أحمد بن حنبل اعتبر كثيراً من الأعراف وبخاصة في تطبيق الأحكام وتفسير النصوص.

قال أبو زهرة في هذا الصدد: «ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضربٌ من ضروب المصلحة، لا يصلح أن يتركه فقيه»[١].

ثانياً: من المعقول:

إذا كانت مراعاة العرف ضرباً من ضروب المصلحة، فما وجوه المصلحة المتحققة من ذلك؟

ذكر بعض الفقهاء بعض وجوه تلك المصلحة المتحققة من اعتبار العرف والعادة تمثلت فيما يلي:

١ ـ اعتبار العرف يترتب عنه رفع الحرج والمشقة عن الناس والتيسير عليهم.

٢ ـ اعتبار العرف يؤدي إلى إقامة التكليف وتحققه، فالعرف جرى بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كما في القصاص، فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرَّع.

٣ ـ إن في عدم اعتبار العرف والعادة في التشريع يحدث عنه تناقضاً لا تقبل به الشريعة؛ لأنها جاءت بمبدإِ امتناع التكليف بما لا يطاق، فإذا لم نعتبر العرف فكأنما قررنا عكس ذلك المبدأ[٢].

---

(١) أبو زهرة محمد: كتاب الإمام مالك، ص٣٣٦.

(٢) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٨٨. شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص٢٣٨.

مجمل القول:

لـو دققنـا النظر في الفـروع الفقهية، وتقصَّينـا الأحكام الشـرعية لأيقنَّا أن كثيـراً منها يقوم على هـذه القاعدة وجلُّ ما ذكرنا هنا من الأدلة إنما هو غيض من فيض ولا ندَّعِي استقصاءها، لأن ذلك متعذر.

وبهذا يتبين لنا أن الشـريعة الإسـلامية لم تغض الطرف عن العادة الجارية في الناس، ولم تصرف نظرها عن الأعراف السائدة في المجتمعات، كيف وقد كان العرف دسـتور العرب ـ قبل الإسلام ـ في شؤونهم الاجتماعية، وقانونهم في معاملاتهم وتصرفاتهم بأوسع معانيها في كل ما يتصل بالحياة من مبادلات مالية، وارتباطات عائلية، وغير ذلك من الأمور التي لا غنى عنها لأية أمة؛ هذه المجموعـة مـن العادات والأعـراف والتقاليد والمعتقدات، فلما جاء الإسـلام وبُعث محمد ﷺ بالشريعة السمحة لم يعمد إلى هدم تلك العادات والأعراف كلهـا، ولا إلى إقرارها كلهـا، بل ميّز بين النافع والضار، والصحيح والفاسـد، والناقص والكامل منها، والحسـن والقبيـح، والصالح والطالح، مراعياً في كل ذلـك تحقيق مقاصد الشـريعة في أحكامـه من جلب المصلحـة للناس، ودفع المضـرة عنهـم، ورفـع المشـقة والحـرج عنهـم فيمـا يكلفهـم به مـن عادات ومعاملات، وفيما يشرّع لهم من أحكام[1].

هذا ومما تجدر الإشـارة إليه أن جمهـور الفقهاء نظروا إلى هذه المقاصد وجسـدوها فـي اجتهاداتهـم، واحتكمـوا في كثير مـن أحكامهم إلـى الأعراف والعادات إذا أعوزتهم النصوص الشـرعية، فجاءت أحكامهم مخففة تستجيب لحاجات الناس وتطلعاتهم.

(١) النجار السيد صالح عوض: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٤٤. ـ عمر عبدالله: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ١٨ - ٢٠.

المبحث الرابع

تطبيقات قاعدة: «العادة مُحَكَّمة» وفروعها المتخرجة عليها

اعتمد الإباضية على قاعدة: «العادة محكمة» في كثير من اجتهاداتهم الفقهية، وخرَّجوا عليها فروعاً كثيرة في شتى المجالات: كالعبادات، والمعاملات المالية، والأحوال الشخصية، والزراعة، والصناعة، وحتى السياسة الشرعية وسيظهر ذلك فيما يلي:

المطلب الأول
تحكيم العرف والعادة في العبادات

أولاً: في الطهارات:

١ ـ الماء الطهور:

اختلف الفقهاء في حكم الماء الطاهر والطهور، أيهما يصلح للطهارة وإزالة النجاسات؟ فذهب الجمهور من الإباضية وغيرهم إلى أن الماء الطهور المتعارف عليه هو الذي يستعمل للطهارة وإزالة النجاسات؛ لأن الله تعالى قال في شأنه: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا﴾ (الفرقان: ٤٨).

والطهور في لغة العرب هو الفَعول للطهارة، وهو الذي تعرف منه تطهير الشيء بعد الشيء، والماء الذي لا يطهّر الأشياء لا يستحق هذا الاسم؛ لأن الإنسان إذا عُرف من عادته في غذائهِ المتعارف، ومن شربه المتعارف، لم يسمَّ أكولاً ولا شروباً، وإنما يسمّى أكولاً إذا أكثر الأكل، ومنه سمّي شروباً إذا أكثر شربه، فظاهر الآية يوجب أن الماء الذي سماه الله طهوراً إذا لاقى شيئاً من النجاسات طهّرها بتسمية إياها ماء طهوراً، فالواجب إجراء العموم على ظاهره، وإلا ما قام عليه دليله[١].

وذكر ابن بركة وجْهًا آخر وحكى فيه الإجماع، فقال: «أجمع المسلمون جميعاً أن الماء قد يُحكَم له بحكم الطهارة وإن دَخلته النجاسة، ما لم يتغيَّر له لون ولا طعم ولا رائحة، وإنما اختلفوا في الحدود والنهايات، والحدود لله تعالى، وليس لأحد من الأمة أن يضع حدّاً يوجب بوضعه في الشريعة حكماً، إلا أن يتولى وضع ذلك الحد كتاب ناطق، أو السُّنَّة ينقلها صادق عن صادق، أو يتفق على ذلك علماء أمة محمد ﷺ»[٢].

---

(١) ابن بركة: كتاب الجامع، ١/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(٢) ابن بركة: المرجع نفسه، ١/ ٢٩٢ ـ ٢٩٤.

ويستنتج من عبارة ابن بركة أنه لا يجوز وضع حدٍّ مُعيّنٍ لطهارة الماء ما لم تتغير حالته، فإذا تغيرت حكمنا بنجاسته، والشارع الحكيم هو الذي يملك حق تحديد حالة الماء من طهارة أو نجاسة، وقد وضع مقاييس ثابتة لذلك وهي: الطعم واللون والرائحة، ويَثبت ذلك إما بدليل من القرآن أو السُّنَّة أو الإجماع.

واختلف الفقهاء في حكم الماء إذا كان أقَلّ من القُلتين وخالطته النجاسة، ولو لم يتغير شكله وأوصافه، فالجمهور ذهب إلى نجاسته استناد إلى النصوص والعادة الجارية في الناس.

وذهب بعضهم إلى عدم نجاسته استناداً إلى الحديث الذي يقول فيه النبي ﷺ: «**إذا كان الماء أقل من قُلَّتين لم يتنجس...**»[1].

وقد أشار ابن بركة إلى هذه المسألة وذكر فيها خلاف الفقهاء فقال: «ثم اختلفوا في الماء القليل الطاهر إذا دخلته النجاسة، فلم تغير له لونًا ولا طعماً ولا ريحاً، فقال بعضهم: حكم الماء نجس مع ارتفاع علامات النجاسات، وقال آخرون: الماء طاهر إذا لم يكن فيه شيء من أمارة النجاسة، والقرآن قد أورد أن الماء طهوراً، فهذا الطاهر يوجب أن يكون البول قد طهر بغلبة الماء

(١) لم نقف على هذا اللفظ، وروى ابن خزيمة في صحيحه ما يفيد معناه، كتاب الوضوء، جماع أبواب ذكر الماء الذي لا ينجس، باب ذكر الدليل على أن سقوط الذباب في الماء لا ينجسه «وفيه ما دل على أن لا نجاسة في الأحياء، وإن كان لا يجوز أكل لحمه، إلا ما خص به النبي ﷺ الكلب، وكل ما يقع عليه اسم الكلب من السباع إذ الذباب لا يؤكل، وهو من الخبائث التي أعلم الله أن نبيه المصطفى يحرمها في قوله: «ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقد أعلم ﷺ أن سقوط الذباب في الإناء لا ينجس ما في الإناء من الطعام والشراب لأمره بغمس الذباب في الإناء إذا سقط فيه، وإن كان الماء أقل من قلتين». وروى أبو عوانة في المستخرج، مبتدأ كتاب الطهارة، بيان تطهير الأرض التي يصلي عليها إذا أصابها البول، والدليل على أن النجاسة إذا خالطها الماء، والماء أقل من قلتين فلم يغير طعمه ولا ريحه كان طاهراً».

عليه من ارتفاع أعلام النجاسة التي حلّت، فإن الله ﷻ قلب عينه؛ لأن الله جل وعلا يجعل الماء بولاً، والبول ماء، والقائل إن الماء غير مطهّر في هذا الموضع محتاج إلى دليل»[١].

ولتأكيد هذا الأمر فقد جوّز بعض فقهاء الإباضية لمن كان عنده إناءان مُشْتبهان لا توجد علامة تميزهما عن بعضهما في الطهارة أو النجاسة، وكان أحدهما نجس، ولا يجد ماء غيره، أنه يتحرّى الطاهر منهما ويتطهر به، وهذا إنما يرجع إلى ما تسكن إليه نفسه ويطمئن إليه قلبه حسب العادة الجارية بين الناس، ولو كان اليقين غير ذلك[٢]، وذلك تيسيراً للناس ورفع الحرج والمشقة عنهم لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ (البقرة: ١٨٥)، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: ٧٨).

٢ ـ في الاستنجاء وتطهير الصبيان للثياب والأواني:

اعتمد الإباضية أيضاً على قاعدة العرف والعادة في تطهير الأشياء والأبدان من النجاسات، ولو من الصبيان دون الرجوع إلى البينات والشهادات؛ لأن الأصل وجوب التيقن من الطهارة، ولا يحصل ذلك إلا بوسائل الإثبات المعروفة، ولا يتأتى ذلك في جميع الأحوال، ولذلك اكتفوا بسكون القلب وعادة الناس، خاصة في حالتي الاستجمار والاستنجاء، فمنهم من يكتفي بقليل الماء، ومنهم مَن يستجمر بالحجارة أو الورق الصحي، ثم يستنجي بالماء حتى يطمئن قلبه دون تحديد كمية الماء، ولعل هذا هو الأفضل؛ لأنه أدعى للاطمئنان ونفي الشك، ولم يحدد الشارع الحكيم مقدار الورق أو الماء المستعمل في الاستجمار والاستنجاء، بل ترك الأمر دون تحديد يخضع ذلك لعادات الناس وما تعارفوا عليه، ويمكن الاستئناس ببعض النصوص الواردة

(١) ابن بركة: كتاب الجامع، ١/ ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٣٩. ـ الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٠.

عن الرسول ﷺ وسيرته في مثل هذه الأحوال دون إلزام بها[١]، وفي ذلك تيسير وتخفيف للناس ورفع الحرج والعسر عنهم.

يقول ابن بركة في هذا الشأن: «وما أجاز الفقهاء من الاستطابة بالماء في الاستنجاء من الغائط بسكون القلب، وطيب النفس دون البينة والشهادة لموضع النجاسة، وهذا أيضاً يدل على جواز التعبّد بسكون القلب، ويؤيد هذا خبر النبي ﷺ أنه قال: «**يا وابصة استفت نفسك...**»[٢].

ويدل على ذلك أيضاً ما عليه عمل الناس من تطهير أوانيهم بأيدي صبيانهم؛ لأن النفس تسكن إلى صدقهم في ذلك، ويصدقونهم فيما يخبرون به عن أنفسهم، وكذلك غيرهم من الأحرار ممن هو غير ثقة، ولا تقبل شهادته في الحكم على نواة، ويقبل قوله في تطهير الثياب، وأجازوا الصلاة فيها؛ لأنهم يرون الثياب عليها أثر الغسالة، فيقبلون منهم مع الدليل، ولو أخبروهم ولم يروا عليها أثر الغسالة لم يقبلوا منهم، وهذا يدل على أن هذه الأشياء تعرف بسكون القلب...»[٣].

ولعل سبب تحرّج البعض من طهارة الصبي أنه لا يدرك أهمية الطهارة في العبادات، فلذلك لا يتحراها كالبالغ المكلَّف، وأما تحرجهم من البالغ غير الثقة؛ لأنه ما دام لا يصدق في أقواله وأفعاله مع الناس، ولا يخشى الله في

(١) الإشارة إلى حديث الرسول ومدحه لأهل قباء في طهارتهم. نص الحديث: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، قال: نزلت هذه الآية في أهل قباء، ﴿فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُوا۟ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُطَّهِّرِينَ﴾، قال: «كانوا يستنجون بالماء، فنزلت هذه الآية فيهم». رواه أبو داود، كتاب الطهارة وسننها، باب الاستنجاء بالماء، رقم ٤٤، عن أبي هريرة، ورواه الحاكم، كتاب الطهارة، رقم ٥٥٤، عن أبي أيوب وجابر بن عبدالله وأنس بن مالك. وقال: صحيح. ووافقه الذهبي.

(٢) رواه الدارمي في السنن، ومن كتاب البيوع، باب: **دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**، رقم ٢٥٣٣، وأحمد، مسند الشاميين، حديث وابصة بن معبد، رقم ١٨٠٣٠، قال المناوي: «رمز المصنف لحسنه ورواه الإمام أحمد والدارمي في مسنديهما قال النووي في رياضه إسناده حسن وتبعه المؤلف فكان ينبغي له الابتداء بعزوه كعادته ورواه أيضاً الطبراني قال الحافظ العراقي وفيه عنده العلاء بن ثعلبة مجهول». فيض القدير، ١/ ٤٩٥.

(٣) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٢٧ - ٢٨.

معاملاته، فلا بد من دليل يستدل به على صدقه في طهارته، فجعلوا أثر الغسل على الثياب دليلاً على طهارتها، ولو أن ذلك لا يقطع بطهارتها تماماً، وفي هذا تخفيف للناس ورفع الحرج عنهم.

٣ ـ حكم الوضوء عند التنابز بالألقاب المذمومة:

اعتاد بعض الناس أن ينادي غيره بأسماء وألقاب غير معهودة، فبعضها حسن لكن أغلبها قبيح أو مذموم، ومعظم الناس يكرهون ذلك، ولكن مع مرور الوقت اعتادوها وألفوها وعُرفوا بها رغماً عنهم، فما حكم ذلك؟ وهل يترتب عليها نقض الوضوء؟

لا شك أن النداء بالألقاب المذمومة والقبيحة مُحرَّم شرعاً، وقد نهى عنه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الِاسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ﴾ (الحجرات: ١١)؛ لأن في ذلك استنقاص من مقام الناس وتحقير لهم، ومن يفعل ذلك فهو آثم يجب عليه التوبة، ويطلب المسامحة من المعتدى عليه، ولكن ما حكم وضوئه إذا كان على طهارة؟

اختلف الإباضية في حكم وضوئه، فمنهم من ذهب إلى نقضه مطلقاً ما دام اسماً قبيحاً، سواء كان معروفاً به عند الناس، واعتادوا النطق بمثل هذه الأسماء في بلدهم، أم غير ذلك؟

وذهب بعضهم إلى اشتراط أن يكون اسماً قبيحاً تعارفه الناس في ذلك البلد الذي يطلق فيه، أما إن كان غير معروفٍ عندهم بقبحه فلا نقض فيه؛ لأن «العادة محكمة» فقد يستعمل الناس اسماً فيكون قبيحاً في بلد وغير قبيح في غيره.

ذكر السالمي في «المعارج» ما يفيد هذا المعنى فقال: «والقبح بحسب عُرف أهل كل موضع، فقد يَقبَح اسم عند قوم دون آخرين، فلا نقض لمن نطق به ممن لا قُبح عندهم فيه، وقيل: لا نقض إلا إن شَتم بها أحدًا»[(١)].

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ٢٤٥.

ولعلَّ القول الأخير هو الأقرب للصواب؛ لأنه يراعي مقاصد الناس ونواياهم، فليس كلّ من يطلق اسماً قبيحاً يريد به الشتم والعيب، واستنقاص الناس، فقد يطلقه ولا يدري أنه قبيح في ذلك البلد، فلا يجوز مؤاخذته، وعليه فلا نقض عليه، أما إذا علم بقبحه وتعمد النطق به ليشتم به أحداً أو فئة، فإنه يحاسب على قوله، ويجب عليه إعادة وضوئه.

وحتى نقضي على هذه العادات القبيحة كالتنابز بالألقاب والسخرية، فإننا نميل إلى منع ذلك مطلقاً سواء قصد به الشتم أم لا، ونلزم صاحبه إعادة وضوئه احتياطاً إذا لم يقصد، أما إن قصد فيلزمه من باب أولى وأحرى والله أعلم.

٤ ـ تحكيم العرف والعادة في مسائل الحيض والنفاس:

يعتمد الفقهاء في بيان حكم الحيض والنفاس وتوابعهما على قاعدة: «العادة محكمة» ونظراً لكثرة هذه المسائل وتشعبها فإننا سنقتصر على أهمها من باب التمثيل لا الحصر، لتوضيح مدى اعتماد الإباضية على هذه القاعدة، وذلك كما يلي.

ـ المسألة الأولى: علامات الحيض والنفاس والطهر:

وضع الإباضية وغيرهم للحيض والنفاس والطهر علامات ظاهرة تستطيع المرأة أن تميز بينها، سواء كانت مبتدأة أو معتادة، واعتمدوا في تحديدها على النصوص الشرعية، وعلى عُرف النساء وعاداتهم في تلك الأحوال؛ لأنها أمور تخضع لعوامل كثيرة، كطبيعة المرأة وبُنْيتها، وحالتها النفسية وبيئتها، ولذلك لا يمكن أن تتفق النساء جميعاً على عادة واحدة، ولكن إذا تأكدت المرأة من ظهور هذه العلامات فإنه يحكم عليها بالحيض أو الطهر أو النفاس أو الاستحاضة، وتؤمر بترك العبادة أو البقاء عليها، أو العودة إليها بعد تغيّر حالتها.

يقـول ابـن بركة في سـياق بيانه للأحـكام المترتبـة على المرأة فـي حالتي الحيض والطهر إذا ظهرت لها علاماتها المعتادة والمعروفة عند النساء: «وكذلك المـرأة تتـرك الصـلاة، ويحكم لها بالحيـض إذا طبق الدم بها بغيـر يقين أنه دم حيـض، ولا الوقـت الـذي تركت فيـه الصلاة وقـت حيضها، ولكـن لما كانت عادتها جرت بأن تحيض في مثل ذلك الوقت، أو في كل شهر، حُكم لها على التحرِّي وقتاً تدع فيه الصلاة، فقد جاز أن تترك الصلاة المفروضة بغير يقين.

وكذلـك تصـوم وقتاً وتترك الصلاة والصيام في شـهر رمضان وقتاً؛ لأجل حيـض يُحكَم به لها، مع التحـرّي لوقتها، وليس ذلك بيقين معها، ولا مع مَن حكم به لها، وكذلك بانقضاء عِدتها مع مرور السنين إذا كان مثلها قد أيِس من الحيـض، ويحـرم عليها أخـذ النفقة من المطلّـق بعد أن كان تأخـذه بالحكم، ويجوز لها التزويج بعد أن كان محرّماً عليها، وهذا أيضاً لا يؤخذ مع اليقين»[(١)].

ويلخص الثميني هذه الأحكام تأكيداً لما تقدم، فيقول: «فإذا رأت المرأة الدم المعتاد تترك الصلاة ويحكم لها بالحيض، وتأكل في رمضان بدم تراه في معتادها، ويحكم لها بالطهر بانقطاعه، وبانقضاء العدة، وإباحة النكاح والوطء...»[(٢)].

ويقـول ابـن بركة في هذا الصدد: «وإذا رأت المـرأة الدم تركت له الصوم والصلاة إذا كان ممن يجوز من مثلها الحيض، وامتنع زوجها من وطئها إلا أن يعلم أنه دم استحاضة، وقد بيَّن النبي ﷺ دم الحيض من دم الاستحاضة وغيره، وعرّف ذلك في قوله: «**دم أسـود ثخيـن تعادله زيادة ورائحة**»[(٣)]. وقوله ﷺ في

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ١/ ٥٦.

(٢) الثميني: الورد البسام، ص ٢٥٩.

(٣) رواه أبـو داود فـي السـنن، كتـاب الطهـارة، بـاب من قـال إذا أقبلـت الحيضة تـدع الصلاة، رقم ٢٨٥، والنسـائي في المجتبى، كتاب الطهارة، باب الفرق بين دم الحيضة والاستحاضة، رقـم ٢١٦، والحاكم في المسـتدرك، كتاب الطهارة، رقم ٦١٨، عـن فاطمة بنت أبي حبيش بلفظ: «إن دم الحيض دم أسود يعرف». قال الحاكم صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

دم الاستحاضة: «**أنه دم عرق**»[(١)]. ويدل على أنه قد جعل على كل دم تراه تعبَّدت فيه دليلاً وعلامة، وليس يجهل من جهل من النساء بمعرفة دم الحيض من دم الاستحاضة، دليل على أنه غير متميز بنفسه، وإذا رأت صفرة أو كدرة في الوقت الذي كان الحيض يأتيها فيه، فليس ذلك عندي بحيض وإن كان قد قال بذلك بعض أصحابنا، فإن اتصل بالصفرة دم، فقد قال بعض أصحابنا يكون ذلك حيضاً، وقال آخرون: لا يكون ذلك حيضاً إلا أن يتقدمه الدم وتتصل الصفرة والكدرة به في أيام عادتها وهذا القول العمل عليه أكثر، والحجة له أقوى؛ لأن المرأة ما لم تر الدم فهي طاهرة باتفاق الأمة، فإذا رأت صفرة أو كدرة اختلف الناس في حكمها، فسماها بعضهم حائضاً، وسماها بعضهم مستحاضة، وسماها بعضهم محدثة كسائر الأحداث الموجبة لرفع الطهارة، والاختلاف غير مزيل للإجماع إلا بحجة، فهي أبداً عندي طاهر ما لم يتفقوا على أنها حائض أو ترى دماً فيكون دمها ذلك دليل على حيضها، إذا الصفرة والكدرة ليست من ألوان دم الحيض...»[(٢)].

ويضيف الشماخي توضيحاً لهذه المعاني فيقول: «وإذا سبقت إلى المرأة علقة ثمّ تبعتها صفرة، فلتترك الصلاة، وكذلك العلقة مع الصفرة، فهو حيض، وكذلك إذا سبقت الصفرة فهو حيض إذا اتبعتها العلقة، وأما علامة الطهر فهو الماء الأبيض لقول عائشة رضي الله عنها: «لا تطهر المرأة من حيضتها حتى ترى القصَّة البيضاء»[(٣)]».

---

(١) رواه الربيع بن حبيب في مسند الجامع الصحيح، كتاب الطهارة، باب جامع النجاسات حديث رقم ١٤٩. بلفظ عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «**دَمُ الِاسْتِحَاضَةِ نَجِسٌ، لِأَنَّهُ دَمُ عِرْقٍ، يَنْقُضُ الْوُضُوءَ**». ورواه البخاري، كتاب الطهارة، ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام إقرائها، رقم ٦٢٠، عن فاطمة بنت أبي حبيش، بلفظ: «**إنما ذلك عرق**».

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٣٠ - ٢٣١.

(٣) أخرجه الربيع بن حبيب، في مسند الجامع الصحيح، باب الحيض رقم (٥٤٣)، ٢/ ١٤٧؛ وقد جاء موقوفاً عن عائشة رضي الله عنها أن النساء كن يبعثن إليها بالدَّرَجَة فيه الكرْسُف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لهن: «لا تعجلن حتى ترين القصَّة البيضاء»، ساقه =

قال الجيطالي: «هي ماء رقيق أبيض يأتي في آخر الحيض كما القصة وهو الجير»[١]، وقال الشماخي: «والقَصّة البيضاء[٢] قطعة من الجصِّ، وذهب بعض أصحابنا إلى أنه قطعة من الورق، وقال قوم: علامة الطهر نوعان: الماء الأبيض، والجفوف[٣]، فنزول الماء الأبيض هو الأقعد في الطهر عند أصحابنا ـ رحمهم الله ـ كان ذلك عادة للمرأة أو ليس ذلك بعادة، والتي عادتها الجفوف فهو طهرها...»[٤].

وبعد أن ختم الشماخي كلامه عن علامات الحيض والطهر عند الإباضية، أشار إلى القاعدة التي اعتمدها الفقهاء في تحديد هذه العلامات وهي العرف والعادة، وعلل ذلك بقوله: «لعلهم استدلوا في هذا إلى التجربة، والعادة على أن تلك الدماء لا تدوم أكثر من ثلاثة أيام...»[٥].

= البخاري معلقاً في صدر باب إقبال المحيض وإدباره من كتاب الحيض، ورواه مالك في الموطأ، كتاب الطهارة رقم (١١٧)، والبيهقي في السنن الكبرى، رقم (١٤٨٦)، (١/ ٣٣٥) وعبد الرزاق في مصنفه، كما أورده ابن الأثير في «النهاية في الغريب الحديث»، (٤/ ٧٠) ـ يراجع: الزيلعي، نصب الراية ١/ ١٩٣ والدِّرجة جمع الدُّرجة، وهي الخرقة الصغيرة تدخر فيها المرأة طيبها وأدائها؛ والكُرسف: القطن.

(١) الجيطالي: قواعد الإسلام مع حاشية أبي ستة عمرو القصبي، ٢/ ٢٧١.

(٢) قال ابن بركة في «الجامع»: «وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إذا رأت المرأة الدم فتمسك عن الصلاة حتى ترى بعده البياض كالقَصة ثم تغسل وتصلي» والقصة: قصة الصبح (بياض النهار) الذي يرتفع بطهوره حكم الليل وسواده وكدرته، وقد قال بعض أهل اللغة لم تَعنِ به عائشة قصَّة الصبح وإنما أرادت القصَّة: هي قصَّة الصبح وذهب أصحابنا (الإباضية) إلى أنها القطعة من الجصِّ، ووجدت أهل اللغة على القولين اللذين قدمنا ذكرهما «(ينظر: ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٢١) وقال بعضهم: القصَّة الجصِّ الأبيض والقصَّة البيضاء (البياض الخالص)، إذ تعرف المرأة انتهاء حيضها بإدخال قطعة من القطن الأبيض في فرجها الداخل فإذا خرجت بيضاء كالقصَّة فقد انتهى حيضها وطهرت، وإن خرجت ملوثة بألوان أخرى، فمعنى أن حيضها لمَّا ينته بعد». ينظر: قلعة جي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء: ص ٣٦٤.

(٣) الجفوف: وهو أن تدخل المرأة الخرقة فتخرجها جافة. ينظر: الجيطالي قواعد الإسلام مع حاشية أبي ستة، ٢/ ٢٧١.

(٤) الشماخي: الإيضاح، ١/ ١٨٨ - ٢٠٠. ـ ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٣١.

(٥) الشماخي: الإيضاح، ١/ ١٨٣.

ومن خلال عبارة الشماخي يتبين أن الإباضية اعتمدوا في تحديد علامات الحيض والطهر على العرف والعادات الجارية بين النساء في الدماء، وهذا دليل قاطع على اعتبار العرف وتحكيمه في دماء النساء ما دام لم يرد نص صريح بتحديدها يكون قاعدة عامة معتمدة في جميع حالات النساء.

ـ وفي السياق نفسه سئل أبو سعيد الكدمي عن امرأة ترى الصفرة في أيام حيضها فقال: «هو حيض، وإن رأت في أيام طهرها فليست بحيض، فتتوضأ لكل صلاة وتصلّي ما دامت الصفرة»[(١)]. وقال أيضاً: «قد قيل: إن الحائض إذا انقطع عنها الدم والصفرة والحمرة والكدرة، اغتسلت، وإنما الحيض بأحد هؤلاء...»[(٢)].

ـ المسألة الثانية: تحديد الأقل والأكثر من الحيض والنفاس:

اختلف فقهاء الإباضية في تحديد أقل الحيض وأكثره، وأقل النفاس وأكثره، فذهب بعضهم إلى أنّ أقل الحيض ثلاث أيام وأكثره عشرة أيام، ونسب ابن بركة هذا القول إلى الجمهور، وذهب بعضهم إلى أن أقله يوم وليلة، بينما يرى آخرون أن أقله دفعة واحدة وأكثره خمسة عشر يوماً، وقال بعضهم أقل الحيض ساعة، قال ابن بركة: وهو قول شاذ ونسبه إلى الأوزاعي، إلا أن المعمول به عند جمهور الإباضية هو القول الأول.

أما النفاس فأقله عشرة أيام وأكثره أربعون يوماً فما زاد على ذلك فهو استحاضة[(٣)].

قال أبو سعيد الكدمي: «والقول من أصحابنا أنهم يذهبون أنه أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشر أيام، وأقل الطهر عشرة أيام، وإذا لزم العمل والمحنة

(١) الكدمي: المعتبر، ٣/ ٤٨.
(٢) الكدمي: المرجع نفسه، ٣/ ٦٥.
(٣) الشماخي: كتاب الإيضاح، ١/ ٢١٤، ٢١٥ - ٢١٧. ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٢٦.

استعمل الأقل من الأمور؛ لئلا يتطاول عليها أسباب ترك الصلاة، ولمِا ثبت عن النبي ﷺ أنه قال في مستحاضة أنه أمرها أن تدع الصلاة أيام حيضها وتصلّي أيام طهرها»[١][٢].

وعلّل الكدمي صحة ما ذهب إليه جمهور الإباضية في تحديد أقل الحيض وأكثره بقوله: «فقال أصحابنا إنه إذا كان الحيض أياماً والطهر أياماً ما لم يكن أقل من ثلاثة أيام ولا أكثر من عشرة أيام لقوله ﷺ: «**أيام**»، لأنك تقول يوم ويومان وثلاثة أيام، فثبت في اسم الأيام في الثلاثة فصاعداً، وتقول ثلاثة أيام إلى سبعة أيام إلى عشرة أيام، ثم تقول: إحدى عشر يوماً، فسقط اسم الأيام أحد عشر يوماً فصاعداً، فثبت عندهم أن أقلَّ الحيض ثلاثة أيام أو أكثر، وعشرة أيام لا يجاوزه، وثبت عنهم أن الطهر عشرة أيام فيما خاطب النبي ﷺ أن المرأة تغتسل وتصلِّي سَنة إذا كانت تلك عادتها، ووقع عليها الطلاق، وخرج ذلك من حدِّ التعارف، ولِمَا جعل الله من (الأقراء) في الأشهر، ولا تساوي بين الحيض والطهر في الأقل والأكثر، ولكنها تجعل أكثر الحيض أقل الطهر لا تساوي بينهما...»[٣].

أمَّا أكثر الطهر فلم يحدده الشارع وإنما ترك تحديده للعادة الجارية بين النساء حسب تجربة كل امرأة وحالتها.

وقد أشار الشماخي إلى هذا الأمر، وبيّن أنه لا حدَّ لأكثر الطهر بل يخضع للعادة والتجربة في تحديده فقال: «وذُكِرَ عن الربيع بن حبيب في كتاب محمد بن جعفر قال: «كل دم وُجد بعد طهر عشرة أيام فهو حيض، وقال

---

(١) رواه البخاري، كتاب الطهارة، باب المستحاضة، رقم ٣٠٠، عن فاطمة بنت أبي حبيش عن النبي ﷺ قال: «**إنما ذلك عرق وليس بالحيضة فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي**».

(٢) الكدمي: المعتبر، ٣/ ٦١ - ٦٢.

(٣) الكدمي: المرجع نفسه، ٣/ ٦٢.

آخرون: كل دم وُجد بعد طهر خمسة عشر يوماً فهو حيض؛ لأن الحيض يرفعه المرض والكبر والرضاع والرِّيح، فلا حدَّ لأكثر الطهر عند هؤلاء...»[(١)].

واختار الشماخي القول الأول وصححه وهو: أنّ أكثر الطهر عشرة أيام وصححه استناداً إلى العادة والتجربة، فقال: «والقول الأول عندي أصح، ولا مستند لهذا عندي إلا التجربة والعادة، فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما دون ذلك إذا ورد في سِنِّ الحيض عنده استحاضة، ومَن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن يكون الدفعة حيضاً عنده، وكذلك النفاس، وكذلك أيضاً من كان عنده أكثره محدوداً أوجب أن يكون ما زاد على ذلك استحاضة»[(٢)].

أما أقصى مدة النفاس فقد اختلف الإباضية أيضاً في تحديدها وذكر الشماخي والمحشي السدويكشي أن أقصى مدته عند جمهور الفقهاء أربعون يوماً، وما زاد عليها فهو استحاضة وأقل مدة النفاس عشرة أيام على الصحيح.

جاء في الإيضاح ما نصه: «واختلفوا في أقصى حد النفاس، قال أكثر أهل العلم وهو الصحيح أربعون يوماً إلاَّ أن تَرَى الطهر قبل ذلك، والدليل حديث أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: «كُنَّا نقعد في النفاس على عهد رسول الله ﷺ أربعين يوماً إلّا أن نرى الطهر قبل ذلك»[(٣)]، وقال آخرون ستون يوماً، وقال ناس من

(١) الشماخي: كتاب الإيضاح، ١/ ٢٠٠ - ٢٠١.

(٢) الشماخي: المرجع نفسه، ١/ ٢٠١.

(٣) رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب المستحاضة يغشاها زوجها، رقم ٣١١، والترمذي، أبواب الطهارة، باب كم تمكث النفساء، رقم ١٣٩، عن أم سلمة. قال المباركفوري: «قلت الظاهر أن هذا الحديث حسن صالح الحديث للاحتجاج وفي الباب أحاديث أخرى تؤيده». تحفة الأحوذي، ١/ ٣٦٤.
وقد نقل ابن المنذر في «الأوسط» في كتاب الحيض، ذكر النفساء، حديث: ٨٠١ ـ اختلاف الفقهاء في أقصى مدة النفاس، وبعد أن ذكر حديث أم سلمة: «كانت النفساء على عهد رسول الله ﷺ تقعد بعد نفاسها أربعين يوماً، أو أربعين ليلة، وكنا نطلي على وجهها الورس =

أهل العلم: من النساء من أهل السعة والترفّه مَن يبلغ تسعين يوماً، وقالوا قد كان ذلك معروفاً في بيوتات العرب...»[(١)].

ويشير الشماخي إلى علة تأخر النفاس عند بعض النساء حتى يصلن تسعين يوماً ولعل السبب يعود إلى الظروف المعيشة للمرأة، فالغذاء الجيد يؤثر في دم الإنسان مما يجعله يتدفق بغزارة أو يستمر فوق العادة، والعكس صحيح إذا كانت تغذية المرأة ضعيفة، فقد يتأثر جسمها فيقِلّ دمها، وتقصر مدة حيضها أو نفاسها، ولكن الحكم يكون للأغلب عادة، وهو أربعون يوماً كما صححه الجمهور، وقد عقب الشارح أبو محمد السدويكشي في حاشيته على متن الشماخي فقال: «قوله: في أقصى حد النفاس، وأما أقله فعشرة أيام على الصحيح، وبمعنى ما رواه أبو داود والترمذي من قومنا

= من الكلف». قال: «وبه قال سفيان الثوري، وأحمد بن حنبل، وإسحاق، وأبو عبيد، والنعمان، ويعقوب، ومحمد، قال أبو عبيد: وعلى هذا جماعة الناس لم يختلفوا في أقصاه اختلافهم في الحيض، وفيه قول ثان، قاله الحسن البصري، قال: النفساء لا تكاد تجاوز أربعين يوماً، فإن جاوزت خمسة وأربعين إلى الخمسين، فإن جاوزت الخمسين فهي مستحاضة، وقالت طائفة: أقصى النفاس شهران، روي هذا القول عن الشعبي، وبه قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وذكر ابن القاسم أن مالكاً رجع عن هذا القول آخر ما لقيناه، فقال: يسأل عن ذلك النساء، وأهل المعرفة، فتجلس أبعد ذلك، وقالت طائفة: تجلس كامرأة من نسائها، وروينا هذا القول عن عطاء، وقتادة، وبه قال الأوزاعي، وقد اختلف فيه عن عطاء، وروينا عنه أنه قال كما قال الشعبي: تربص شهرين، فهذه أربعة أقوال، وفي هذه المسألة سوى ذلك قولان شاذان، أحدهما أن تنتظر إذا ولدت سبع ليال، أو أربع عشرة، ثم تغتسل وتصلي. يروى هذا القول عن الضحاك، والقول الثاني ذكر الأوزاعي عن أهل دمشق يقولون: إن أجل النفساء من الغلام ثلاثون ليلة، ومن الجارية أربعون ليلة، وقال قائل: إذا استمر بالنفساء الدم حتى تجاوز ستين يوماً، فهي مستحاضة تغتسل عند الستين، وتصلي، وتتوضأ لكل صلاة، وتقضي الصلاة التي تركتها في الستين يوماً كلها، إذ جائز أن تكون النفاس لم يأت فيها وقت صلاة، وسائر الدم دم استحاضة، فلما جاز وصفنا، كان الاحتياط للصلاة لا عليها، هذا إذا أشكل دم نفاسها من دم استحاضتها».

(١) الشماخي: المصدر نفسه، ١/١٩٦. ابن بركة: الجامع، ٢/٢٣٣.

وصححه الحاكم، قالت: كانت النفساء على عهد رسول الله ﷺ تقعد بعد نفاسها أربعين يوماً»[١][٢].

مجمل القول:

وبعد أن عرض الشماخي الأقوال المتباينة في تحديد أقصى الحيض والنفاس وأقلهما، خلص إلى القول بأن هذه المسائل لا نصوص تحددها وإنما تحكمها التجربة والعادة الجارية في أحوال النساء فقال: «وذكر في بعض كتب أهل الخلاف أن التوقيت في أيام الحيض وأيام الطهر وأيام النفاس لا مستند له إلا التجربة والعادة، ولذلك كثر الاختلاف فيه لاختلاف أحوال النساء...»[٣].

ـ بيان أقل النفاس وأكثره:

اختلف الإباضية أيضاً في تحديد مدة النفاس من حيث القلة والكثرة، فذهب الجمهور إلى أن أقله عشرة أيام وأكثره أربعون يوماً وهو المشهور عند الإباضية صرح بذلك السالمي في «المعارج» فقال: «إن أقل النفاس عشرة أيام

---

(١) رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب المستحاضة يغشاها زوجها، رقم ٣١١، والترمذي، أبواب الطهارة، باب كم تمكث النفساء، رقم ١٣٩، عن أم سلمة. قال المباركفوري: «قلت الظاهر أن هذا الحديث حسن صالح الحديث للاحتجاج وفي الباب أحاديث أخرى تؤيده». تحفة الأحوذي، ١/ ٣٦٤. قال الترمذي: «وقد أجمع أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، والتابعين، ومن بعدهم على أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوماً، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك، فإنها تغتسل وتصلي، فإذا رأت الدم بعد الأربعين فإن أكثر أهل العلم قالوا: لا تدع الصلاة بعد الأربعين، وهو قول أكثر الفقهاء، وبه يقول سفيان الثوري، وابن المبارك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، ويروى عن الحسن البصري، أنه قال: «إنها تدع الصلاة خمسين يوماً إذا لم تر الطهر». ويروى عن عطاء بن أبي رباح، والشعبي: «ستين يوماً». وأبو داود في السنن، كتاب الطهارة، باب ما جاء في وقت النفساء، حديث: ٢٧٠. ورواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، كتاب الطهارة، وأما حديث عائشة حديث: ٥٧٤.

(٢) السدويكشي: الحاشية على متن الإيضاح للشماخي، ١/ ١٩٦.

(٣) الشماخي: المرجع نفسه، ١/ ١٩٧.

كمقدار أكثر الحيض على القول المشهور في المذهب، وتكتفي المرأة في أكثر النفاس بالأربعين يوماً على المذهب المشهور أيضاً، ونسبه أبو محمد (ابن بركة) إلى بعض الإباضية وقال: وهو أشيق إلى قلبي ونسبه ابن جعفر (الأزكوي) إلى الربيع، وأحبه أبو سعيد (الكدمي)، وصححه الشيخ عامر (الشماخي)، قال أبو إسحاق (الحضرمي) وعليه العمل[١]، واستدلوا بحديث روته أم سلمة زوج النبي ﷺ أنه قال: «**النفساء تعتد أربعين يوماً**»[٢].

وهناك أقوال أخرى في المذهب غير مشهورة تزيد على هذا الحد أو تنقص منه، وحسبنا أننا ذكرنا الرأي المشهور وما عليه العمل في المذهب الإباضي، وقد أشار الشماخي إلى هذه الأقوال بعد أن اختار رأي الجمهور وصححه فقال: «واختلفوا في أقل النفاس، قال بعضهم عشرة أيام وهو الصحيح عندي، مقدار حيضة واحدة، وقال من قال: أقله أسبوعان، وقال من قال الدفعة الواحدة تكون نفاساً، وليس الحيض كذلك عند أكثرهم...»[٣].

منشأ الخلاف:

ولعلّ اختلاف الفقهاء في تحديد أقل الحيض وأكثره، وأقل النفاس وأكثره، يرجع إلى اعتمادهم على أدلة ظنية، واختلاف أحوال النساء في الدماء، فبعضهم استند إلى تلك النصوص واحتج بها، وبعضهم احتكم إلى العرف والعادة، ويؤكد الشماخي هذا الأمر فيقول: «ولا مستند لهذا عندي إلاّ التجربة

---

(١) السالمي: نفسه، ٤، ١٢٦. ابن بركة: كتاب الجامع، ٢/ ٢٣٣.

(٢) رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب المستحاضة يغشاها زوجها، رقم ٣١١، والترمذي، أبواب الطهارة، باب كم تمكث النفساء، رقم ١٣٩، عن أم سلمة. قال المباركفوري: «قلت: الظاهر أن هذا الحديث حسن صالح الحديث للاحتجاج، وفي الباب أحاديث أخرى تؤيده». تحفة الأحوذي، ١/ ٣٦٤.

(٣) الشماخي: كتاب الإيضاح، ١/ ١٩٨. ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٣٣. ـ السالمي: معارج الآمال، ٤/ ١٢٦.

والعادة، فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما دون ذلك، إذا ورد في سنّ الحيض عنده استحاضة، ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة حيضاً عنده، وكذلك النفاس، وكذلك أيضاً من كان عنده أكثره محدوداً أوجب أن يكون ما زاد على ذلك استحاضة...»[(١)].

وقد أشار السالمي إلى هذا المعنى أيضاً حيث اعتبر قاعدة: «العادة محكمة» هي المعتمدة عند الفقهاء في مسائل دماء النساء وتحديد مدتها، وهذا ما نص عليه بعد عرض أحد الأقوال «... ولا دليل لذلك إلا أن يكون القائل رأى ذلك موجوداً في بعض النساء، فقال به عن عِلم وخبرة، والعادة في هذا الباب محكمة»[(٢)].

ويشير السالمي في موضع آخر إلى ما خلصنا إليه في معرض كلامه عن مسألة انتساب المرأة في حيضها ونفاسها إلى قريباتها ردًّا على قول ابن بركة، فيقول: «قال أبو محمد (ابن بركة): وفي إجازة هذا القول إغفال من قائله، إذ فرض الله عليها أن تدع الصلاة؛ لأنها حائض أو نفساء والفرض عليها غير الفرض على أمّها، قلت: (والقول للسالمي) لا إغفال فيه بل هو مبني بتحكيم العادة، وأشبه شيء من أحوال المرأة عادة أمهاتها وقريباتها، وكثير من مسائل الحيض والنفاس، بل غالبها مبنية على أدلة ظنية فلا سبيل إلى القطع»[(٣)].

المسألة الثالثة: ما تثبت به العادة للمرأة المبتدأة:

اختلف فقهاء الإباضية وغيرهم في حكم المرأة المبتدأة في الحيض والنفاس، إذا رأت دم الحيض والنفاس لأول مرة في حياتها، متى تعتبر ذلك حيضاً أو نفاساً؟ وكيف تحسب عادتها وتحددها، لتعتمد ذلك في الدورات القادمة؟

---

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢٠١.
(٢) السالمي: المعارج، ٤/ ٣٢.
(٣) السالمي: معارج الآمال، ٤/ ١٣٧.

بحث السالمي هذه المسألة في «المعارج» وذكر أن الفقهاء قد اختلفوا في أقل ما يمكن أن تكون الصبية حائضاً، فقيل: إذا دخلت تسع سنين فقد أمكن بلوغها، ويكون الدم الخارج منها حيضاً.

ـ وقيل: إذا دخلت في تسع السنين، واختاره أبو ستة (القصبي) واعتمد عليه المصنف (السالمي).

ـ وقيل: إذا دخلت عشر سنين، فإن أتاها في أواخر السنة السادسة إلى أوائل السابعة، أو في أواخر التاسعة إلى أوائل العاشرة، فقيل: إنها تعطى للحيض إذا تمّ لها أقل الحيض بعد البلوغ، وإلا أعادت ما تركت من الصلاة[١].

ويبيّن السالمي أن مبنى هذه الأقوال كلها على العرف والعادة، وقد تختلف أحوال النساء بِوُفور الأسباب وقوة الشباب، فقد يمكن في بعض النساء البلوغ قبل إمكانه في بعض، كل ذلك بحسب قوة الحال وضعفه[٢].

فإذا وجدت الصبية في وقت يمكن بلوغها فيه دماً عبيطاً ودام بها ثلاثة أيام كانت حائضاً بلا خلاف، وحكم عليها بالبلوغ وتكون تلك عدَّتها فيما أقبل من الأوقات.

ـ وإذا دام بها الدم يومين، فقيل: إنها تكون حائضاً في ذلك، وتجعلها أصلًا لحيضها فيما أقبل، وجزم به صاحب الوضع (الجناوني)[٣]، وصححه أبو ستة.

ـ وقيل: لا تبني إلا على ثلاثة أيام، وقيل على يوم واحد[٤].

---

(١) السالمي: المرجع نفسه، ٤/ ١٩.

(٢) السالمي: نفسه، بتصرف.

(٣) الجناوني: كتاب الوضع، ص ٧٢.

(٤) السالمي: معارج الآمال، ٤/ ١٩ - ٢٠.

منشأ الخلاف:

ـ ويعتبر السالمي أن أصل الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اختلاف الفقهاء في أقل الحيض[١] بينما يرى غيره أن سببه يعود إلى اختلافهم في الضابط المعتمد في التمييز بين الدماء، فمنهم مَن يقدم حكم العادة، ومنهم من ينظر إلى مدى معرفة المبتدئة التمييز بين الدماء.

ويشير خميس الشقصي إلى هذا الخلاف في «المنهج» فيقول: «اختلف الناس في العادة والتمييز، فقال قوم: إن التمييز مقدّم على حكم العادة، وقال قوم: إن العادة مقدمة على التمييز، والعادة ما اعتادته المرأة في أيام الحيض، والتمييز هو معرفة تمييز دم الحيض من غيره.

وقال بعض أصحابنا (الإباضية) في المبتدأة في الحيض والنفاس إنها تقعد للحيض والنفاس كعادة أمهاتها وأخواتها، وقول تنتظر بعد وقت أمها يوماً أو يومين، وقال أبو عبد الله (محمد بن محبوب) رَحِمَهُ اللَّهُ في البكر يدوم بها الدم أو ما تحيض، فإن عرفت وقت أمها، فهو لها وقت، فإن كان وقت أمّها مختلفاً أخذت بأكثر، وإن لم تعرف وقت أمها ودام بها الدم فتجعل حيضها عشراً وطهرها خمسة عشر يوماً، فإذا أرادت بدل العشر ألحقت معها بدل خمسة أيام حتى تتم خمسة عشر يوماً، فيكون ذلك استحاضة عنها»[٢].

وذهب القطب أطفيش إلى أن عادة المرأة المبتدأة التي لم يسبقها حيض

---

(١) السالمي: المرجع نفسه، ٤/ ٢٠.

(٢) الشقصي: خميس بن سعيد الرستاقي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، طبع بمطبعة عيسى البابلي الحلبي وشركاه، القاهرة، مصر، ٣/ ٢٩٥ - ٢٩٦. ـ الجيطالي: قواعد الإسلام مذيلاً بحاشية أبي ستة القصبي تحقيق: بشير بن موسى الحاج موسى، ط ١، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م، ٢/ ٢٦٣ - ٢٦٤.

مـرة واحـدة، فإذا جاء الـدم مرة واحـدة ودام مدة، تجعل ذلـك وقت حيضها وعادتهـا، ولا تعتمـد على عادة أمهـا وأخواتها، واختار هـذا القول وصححه، فقـال في «الشـامل» ما نصـه: «والصحيح أنه يثبت بمرة أولاً، فـإذا جاءها الدم أول مرة ودام مدة تصلح أن تكون وقت حيض فهي وقته لا غير»[١]، وتبعه في هذا القول الراشدي[٢].

المسألة الرابعة: حكم المستحاضة:

اختلف الإباضية وغيرهم في حكم المستحاضة، وهي التي تمادى بها الدم بعد انقضاء مدة الحيض أو النفاس، فما حكم صلاتها وصومها، وكيف تستطيع أن تميّز بين دم الحيض والاستحاضة؟

بحث الشـماخي هذه المسـألة في «الإيضاح» وأشار إلى اختلاف الإباضية فـي حكم المسـتحاضة فقال: «اختلف أصحابنا في المـرأة إذا تمادى بها الدم، وكانت مستحاضة، قال بعضهم: تترك الصلاة وقت أقرائها (حيضها) ثم تغتسل وتصلّي إلى أن يعود إليها مثل أيامها، لقول رسـول الله ﷺ للتي سـألته وكانت مسـتحاضة: «**اقعـدي أيامك التي كنـت تحيضين، فإذا دام بك الدم فاسـتنظري بثلاثة أيام ثم اغتسلي وصلّي**»[٣].

وقـال قـوم تتـرك الصلاة عشـرة أيـام وتغتسـل وتصلّي عشـرة أيـام لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت حُبَيش: «**إذا أقبلت الحيضة فاتركي لها الصلاة، وإذا أدبرت وذهب قدرها، فاغسلي عنك الدم**»[٤]، والمجاورة لأكثر أيام الحيض قد ذهب قدر حيضتها ضرورة.

---

(١) أطفيش أمحمد: شامل الأصل والفرع، ١/ ٢٣٧.

(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٦٤.

(٣) تقدم تخريجه بلفظ قريب منه.

(٤) تقدم تخريجه بلفظ قريب منه.

وقال قوم: تترك الصلاة خمسة عشر يوماً وتغتسل وتصلّي خمسة عشر يوماً؛ لأن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً عندهم، وأقلّ الطهر خمسة عشر يوماً، وقال قوم تترك الصلاة عشرة أيام وتغتسل وتصلّي عشرين يوماً؛ لأن عندهم في كل شهر حيضة وطهراً، والحيضة لا تتجاوز عشرة أيام عندهم، وقال قوم تترك الصلاة يوما وليلة، وتغتسل وتصلي تسعة وعشرين يوماً؛ لأن أقل الحيض عندهم يوم وليلة، والعادة جارية أن المرأة تحيض في كل شهر مرة إذا لم تكن بها آفة تمنع الحيضة فحكموا لها في كل شهر بأقل الحيض وهو عندهم يوم وليلة، وأكثر من اليوم محتمل عندهم، فلا تترك العبادات والواجبات بالدم المحتمل...»[(١)].

وبيّن ابن بركة أيضاً أن حكم النفساء إذا طهرت وعاودها الدم مثل الحائض تترك الصلاة في تلك المدة على حد قوله: «وحكم النفساء كذلك أيضاً إذا طهرت لم تدع الصلاة، فإن رجع الدم في بقية أيام النفاس تركت له الصلاة إلى أن ينقطع أو تبلُغَ مدة عادتها من نفاسها، والحائض بمثابتها، فإذا استمر الدم بالحائض بعدما يحكم لها بحكم الحائض إلى أن يأتي لها الوقت الذي كانت تدع فيه الصلاة، في وقت حيضها من كل شهر عَوَّد أن يأتيها الحيض فيه، ثم تدع الصلاة أياماً كانت تدع الصلاة في مثلهن من عادة الأيام في قول بعض أصحابنا.

وقال بعضهم: تدع الصلاة في كل عشرة أيام؛ لأن أكثر عادة النساء ذلك، وقال كثير منهم: تصلِّي عشرة أيام، وتدع الصلاة عشرة أيام ما دام الدم مستمرّاً بها...»[(٢)].

---

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢٢٩ - ٢٣١. ـ ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٢٨، ٢٢٩. ـ الجيطالي: قواعد الإسلام مع الحاشية لأبي ستة، ٢/ ٢٧٣ - ٢٧٦.

(٢) ابن بركة: كتاب الجامع، ٢/ ٢٢٦ - ٢٢٧. ـ الجيطالي: قواعد الإسلام مع الحاشية لأبي ستة القصبي الجربي، ٢/ ٢٨٥ - ٢٨٦.

المسألة الخامسة: طلوع الدم ونزوله عند الحائض والنفساء:

قد تعتري المرأة الحائض أو النفساء حالات غير معتادة، فتتغير عادتها، ويأتيها الدم المعتاد قبل موعده المألوف، وقد يتأخر فيَلْتبِس عليها الأمر، فلا تدري هل هو حيض أم استحاضة؟ وهل تترك الصلاة والصوم؟ أم تبقى على عادتها ولا تنظر إلى هذا الاضطراب في النزول والصعود؟ فما رأي فقهاء الإباضية في مثل هذه الحالات؟

قال الشماخي في بيان ذلك: «والطلوع والنزول إنما هي زيادة الحيض ونقصانه، وذلك إذا كان للمرأة وقت معلوم في الحيض والنفاس، فإنها تطلع في الحيض من ثلاثة إلى عشرة وهو أكثر أيام الحيض، وفي النفاس من عشرة إلى أربعين؛ لأنه أكثر أوقات النفاس، وتنزل في الحيض من عشرة إلى ثلاثة؛ لأنها أقل الحيض، وفي النفاس من أربعين إلى عشرة؛ لأنها أقل النفاس، ويكون الطلوع بالدرجات باليوم واليومين والأكثر حتى تنتهي إلى أكثر أيام الحيض، ويكون الطلوع بمرة واحدة إلى أكثر الأوقات...»[1].

ويبين الشماخي كيفية البناء على الأصول، فيقول: «وتفسير هذا البناء: أن ترى الدم أول ما تراه، فيتمادى عليها يومين، أو يوماً واحداً عند بعضهم، ثم ترى الطهر وتصلِّي به سبعة أيام، وفي العاشر رأت دماً ثم انقطع، فإنّ هذه عند بعضهم وقتها ثلاثة أيام؛ لأنها تلفق أيام الدماء وتترك أيام الطهر. وقال آخرون: وقتها عشرة أيام تلفّق أيام الدماء وأيام الطهر؛ لأن أيام الطهر لا يخلو أن تكون أيام حيض أو أيام طهر، فإن كانت أيام طهر ليس يجب أن تلفق أيام الدماء إذا تخللها طهر، وإن كانت أيام حيض فيجب أن تلفقها».

واختار الشماخي ألا تعتبرها أيام طهر فقال: «والنظر عندي أنها ليست بأيام طهر؛ لأن أقل الطهر عشرة أيام، ويجب على هذا أن تكون أيام حيض

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢٣٣ - ٢٣٤.

كلها، لأنها أيام الحيض والنفاس تجري ثم تنقطع يوماً أو يومين أو أكثر، كما تنقطع ساعة أو ساعتين أو أكثر في النهار...»[١].

وفي موضع آخر صّرح الشماخي بالضابط الذي وضعه الإباضية لضبط مسألة البناء على الأصول، أو الطلوع والنزول في دماء النساء، وبيّن أنهم اختلفوا فيما يكون أصلا للمرأة تبني عليه في الحيضة الأولى والنفاس الأول، وذكر أن بعضهم يرى يومان للحيض وحيضة واحدة ـ وهي عشرة أيام ـ للنفاس ويبني عليهما، ونفى أن تكون الصفرة والكدرة والثريّة والعلقة أصلاً لبناء الحيض أو النفاس عليها، ولا حكم لهذه المعاني، إنّما الحكم لما سبقهم وتقدّمهم، فإن سبقهم دم فحكمهم حكم الدم، وإن تقدمهم طهر فحكمهم حكم الطهر[٢].

وأما النفاس إذا نفست وليس لها وقت فدام بها النفاس حتى أتمت أربعين يوماً ولم تر الطهر فتمادى بها الدم، فإنها تصلّي عشرة أيام بعد الانتظار، ثم تعطي للحيض، وإن رأت الطهر بعد ذلك فيما ردّت ثلاثة أيام إلى عشرة، اغتسلت وصلَّت ويكون ذلك وقتها للحيض، وأما النفاس فإنما هو حيض زادت أيامه[٣].

أما إباضية المشرق فلهم ضوابط أخرى يعتمدوها لضبط مسألة الطلوع والنزول في دم النساء، ويطلقون عليها انتقال الحيض، وقد بحث الإمام السالمي هذه المسألة في «المعارج» وأشار إلى الخلاف الحاصل بين إباضية المشرق والمغرب في هذه المسألة فقال: «...هذه المسألة انتقال مدة الحيض إلى الزيادة والنقصان ويعبّر عنها أصحابنا من أهل المغرب[٤] ـ رحمهم الله

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢١١ - ٢١٢.

(٢) الشماخي: المصدر نفسه، ١/ ٢١١، ٢١٩. ـ ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٣٠ - ٢٣١.

(٣) الشماخي: نفسه، ١/ ١٩٥. الجناوني: كتاب الوضع، ص ٧٥ - ٧٦.

(٤) يقصد به الإباضية المتواجدون في المغرب الإسلامي قديماً، ويطلق عليه حالياً الجزائر وتونس وليبيا، والمغرب الأقصى.

تعالى ـ بمسألة الطلوع والنزول، وأنت خبير بأن هذه المسألة مبنية على القول بثبوت الأوقات في أكثر الحيض وأقله...

وأما على مذهب من لا يحدد بالأوقات فلا تتمشى على قاعدته هذه المسألة؛ لأنه لا يعتبر الأيام والليالي في ذلك، وإنما يعتبر إقبال الحيضة وإدبارها»[١].

وبعد أن حدد السالمي ضابط هذه المسألة عند المشارقة شرع في توضيحه فقال: «إن المرأة إذا حاضت في أول حيضة، ثم طهرت كان ذلك الوقت أصلاً لحيضها، وتكون تلك المدة هي عدتها فيما أقبل من زمانها، فإذا استمر بها الدم بعد ذلك الوقت في الحيضة الثانية أو الثالثة انتظرت عند من أثبت عليها الانتظار، على ما تقدم من الخلاف فيه، ثم اغتسلت وصلت.

فإذا تكررت عليها تلك الزيادة مراراً فإما: أن تكون زيادة منضبطة، أو تكون زيادة غير منضبطة.

فإذا كانت غير منضبطة فلا تنتقل بها عن حكمها الأول، بل يكون وقتها الأول هو وقت حيضها، وذلك كما إذا جاءتها الزيادة في المرة الأولى يوماً وفي المرة الثانية يومين مثلاً فإن هذه الزيادة غير منضبطة في نفسها، فلا تصلح أن تكون قاعدة لغيرها.

ـ وإن كانت تلك الزيادة منضبطة فإن تكررت عليها ثلاث مرات انتقلت في الرابعة، وذلك أن يكون وقتها خمسة أيام مثلاً فتزيد يومين في ثلاث حيض، فإنها تنتقل في الرابعة إلى سبعة أيام ويكون ذلك وقتها»[٢].

ويضيف السالمي بيانه لأحكام الحيض في حالة النقصان: «وإذا تكررت بالنقصان فإنها تنزل عن وقتها الأول إلى ما دونه بما إذا توالى عليها ثلاث مرات كل ذلك دون وقتها الأول.

(١) السالمي: المعارج، ٤/ ٥٠ ـ ٥١.

(٢) السالمي: المصدر نفسه، ٤/ ٥١ ـ ٥٢.

وإن أُمرتْ بالاغتسال والصلاة من حين ما ترى الطهر في أيام حيضها، فإن ذلك الأمر مبني على الاحتياط لا على الانتقال.

ـ وقيل: إذا تحوَّل إلى وقت أو عدد ثم دام على ذلك مرتين فقد صار لها وقتا وتدع الوقت الأول.

ـ وقيل: تنتقل بمرة واحدة في الطلوع والنزول.

ـ وقيل: تنتقل في الطلوع بثلاث مرات، وفي النزول بمرتين، واختاره الشيخ عامر (الشماخي) في إيضاحه[١]، وأطفيش في الشامل[٢]، وتبعهما الراشدي[٣].

ـ وقيل: لا تتحول عن وقتها الأول ولو زاد من بعد أو نقص، وضعفه الشيخ عامر في إيضاحه، وعلل ذلك بأن دم الحيض يزيد وينقص ذلك موجود في النساء، ولذلك صارت أوقات النساء، ولو كان لا يزيد ولا ينقص لكان أوقات النساء كلها متفقة، وأهل الترفُّه والسِّعة من النساء في زيادة الحيض، وكذلك أهل الجهد منهن في نقصان الحيض بخلاف غيرها...»[٤].

قال السالمي معقبا على هذه الأقوال ومشيراً إلى اعتبار العادة في مثل هذه الحالات: «ولعلّ حجة القول الأول: أن الثلاث المرات إذا توالت تكون عادة، وأمر الحيض مبني على العادة.

ـ وأما القول بأنها تنتقل بمرتين، فإنه مبنيّ على القول بأن أقل الجمع اثنان، فالمرتان عادة عند هذا القائل.

ـ وأما القول بأنها تنتقل بمرة، فدليله ما روي أنه قال عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت حبيش: «**إذا أقبلت الحيضة، فاتركي لها الصلاة، وإذا أدبرت وذهب قدرها فاغتسلي الدم عنك وصلِّي**»[٥].

---

(١) الشماخي عامر بن علي: الإيضاح، ١/ ٢٣٥.

(٢) أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ٢٣٧.

(٣) الراشدي سفيان: جواهر القواعد، ص ١٦٤.

(٤) الشماخي: المصدر نفسه، ١/ ٢٣٥ - ٢٣٦.

(٥) سبق تخريجه.

وضعف الشماخي هذا القول وعلّله بأن القائل بذلك جعلها كالمبتدئة في كل مرة، وقال: «وهو عندي ضعيف؛ لأنّه لا ترجع عند الاختلاط إلا إلى ما كان معتاداً بخلاف المبتدئة، والمعتاد لا يكون بمرة واحدة، وإنما يكون معتاداً بثلاث مرات أو مرتين، وهو أقل الجمع عند بعضهم»[(١)].

وأما القائل بأنها تطلع بثلاث وتنزل بمرتين، فاستدل بالتفرقة بأن الطلوع زيادة في الحيض، فلا تترك بتلك ما تيقنت وجوبه من العبادات، إلا بالعدد الذي اتفقوا أن تكون تلك الزيادة بها دم حيض وهو ثلاث مرات، والنزول بخلافه؛ لأنها لا تترك عبادة متيقنة في النزول، فلذلك قال: إنها تنزل بمرتين وهو أقل الجمع عند بعضهم، بل الواجب عليها أن تصلي وتصوم في الطهر إذا رأته داخل وقتها لقول رسول الله ﷺ: «**إذا أدبرت الحيضة فاغتسلي فصلّي**»[(٢)][(٣)].

هذا، وقد نقل الراشدي في قواعده أن القطب رَحِمَهُ اللَّهُ يرى أن انتقال المرأة عن المعتاد به في الحيض بالنقص يكون مرتين، وبالزيادة ثلاثاً على ما صححه في «الشامل» بما نصه: «ولو خالف ذلك في المرة الأخرى حتى يخالفه بالنقص مرتين متواليتين أو بالزيادة ثلاثاً متواليات فإنها تنتقل»[(٤)].

ويبدو من عبارة القطب أنه وضع للمرأة الحائض ضابطاً تضبط به حالات النزول والصعود في الحيض، ولا تتسرع في تغيير عادتها وانتقالها إلى عادة جديدة بمرة واحدة، إلا إذا تكررت حالة النقص مرتين متتاليتين، أو زادت عن حالتها السابقة ثلاث مرات متتاليات، وما أقرّه القطب وتبعه فيه الراشدي هو المعتمد والمعمول به عند جمهور الإباضية المعاصرين، وقد سئل سماحة شيخنا أحمد الخليلي ـ يحفظه الله ـ عن امرأة كانت عادتها في الحيض خمسة

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢٣٦. السالمي: المعارج، ٤/ ٥٣.
(٢) سبق تخريجه من حديث فاطمة بنت أبي حبيش.
(٣) الشماخي: المصدر نفسه، ١/ ٢٣٦ - ٢٣٧. السالمي: المصدر نفسه، ٤/ ٥٢ - ٥٣.
(٤) القطب أطفيش: شامل الأصل والفرع، ١/ ٢٣٧. الراشدي: الجواهر، ص ١٦٤.

أيـام، وفـي الفتـرة الأخيرة أصبـح يعادوها خـروج الـدم بعد أن تطهـر، وبعد الخمـس، وغالباً ما يعاودها في اليوم التاسـع أو العاشـر، فهـل يعتبر هذا الدم الأخير دم حيض أم دم استحاضة؟

فأجـاب بمـا نصه: «ثبت في الحديث عن النبـي ﷺ أنه قال: «**أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشـرة أيام**»[(١)]. وهذا يعني أن حيضة المرأة لا تتجاوز عشـرة أيـام منـذ بدايتهـا إلـى نهايتها، فـإن كانت لهـا عـادة معلومة فتلـك العادة هي المحكمـة إذا التبس عليها الأمر عندما تسـتحاض، فـإن رأت طهراً بعد عادتها وأدرف بالـدم مـرة أخـرى فلا تلتفت إليه، بل تسـتمر على صلاتهـا وصومها، اللَّهُـمَّ إلا إذا تكـرر لهـا ذلك ثـلاث مرات، فقيـل: تعطيه للحيـض، وفي هذه الحالة وهو رأي علمائنا العُمانيين»[(٢)].

خلاصة القول:

وهكـذا بعـد عـرض أحكام مسـائل الحيـض والنفـاس المختلفة يتبيّـن لنا أن معظمها لا يستند فيه الفقهاء إلى النصوص الشرعية من القرآن أو السُّنَّة أو الإجماع، وإنمـا مسـتندهم فـي ذلك غالبـاً إلى التجربـة والعـادة الجارية في أحوال النسـاء، وكذلك تعددت أقوالهم واختلفت آراؤهم وتشـعبت إلى درجة يعسر على الدارس اسـتيعابها، ولذلـك يتحرج بعض الفقهـاء في الإجابة عنها، لأن جـلّ هذه الأقوال تعتمد على غلبة الظن واطمئنان النفس وليسـت مبنية على اليقين ولا يمكن الجزم بصحتها لأنها صدرت عن اجتهاد بعد النظر في أحوال النساء وعادتهن في الدماء.

وللتخفيف والتيسير ورفع الحرج والمشقة عن النساء فقد حاول بعض الفقهاء وضع ضوابط خاصة لضبط بعض الحالات المستعصية والمتكررة والمنتشرة بين النسـاء يرجع إليها عند الحاجة، وقد أشـار ابن بركة إلى هذا الأمر فقال: «وكذلك

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الخليلي أحمد بن حمد: الفتاوى: الكتاب الأول، ص١٧ - ١٨.

المرأة تترك الصلاة ويحكم لها بالحيض إذا طبق الدم بها بغير يقين أنه دم حيض، ولا الوقت الذي تركت فيه الصلاة وقت حيضها، ولكن لما كانت عادتها جرت بأن تحيض في مثل ذلك الوقت أو في كل شهر حكم لها على التَحَرِّي وقتاً تدع فيه الصلاة، فقد جاز أن تترك الصلاة لعلّة الصيام في شهر رمضان وقتاً لأجل حيض، يحكم به لها مع التحري لوقتها إلا بيقين معها، ومع من حكم به لها...»[(١)].

ثانياً: تحكيم العادة في الصلاة:

وردت في المصادر الإباضية بعض المسائل في الصلاة والإمامة احتكم فيها الإباضية إلى العادة والعرف؛ لأنه لا توجد نصوص تنص عليها، أو جاءت فيها نصوص عامة فخصصتها العادة أو العرف، أو كانت مطلقة فقيدت بالعادة الجارية بين الناس، من ذلك:

١ ـ الشك في قراءة الفاتحة مع الإمام:

من صلّى وراء الإمام وشك في قراءة الفاتحة بعد أن تجاوزها الإمام، فإنه إن ترك قراءتها اعتماداً على أنه قرأها وسكت، ثم شك في ذلك، فإنه يسعه ذلك بشرط ألا يكون في العادة يترك قراءتها مع الإمام، فإن كانت له عادة في ذلك، فعليه قراءتها؛ لأن «العادة محكمة»[(٢)].

٢ ـ في تحديد المسافة بين الإمام والمأموم:

ذكر أهل العلم أنه يجب على المأمومين إذا كانوا جماعة مصطفة خلف الإمام أن يتركوا بينهم وبينه مسافة قدر مربض شاة، لحديث سهل بن سعد قال: «كان بين مُصلَّى رسول الله ﷺ وبين الجدار ممرّ الشاة»[(٣)].

---

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٣٥ - ٣٧.

(٢) الخليلي سعيد (المحقق): كتاب تمهيد قواعد الإيمان، ٥/ ١٠١.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الصلاة، أبواب سترة المصلي، باب قدر كم ينبغي أن يكون =

وجه الاستدلال بالحديث:

أشار السالمي إلى مدلول هذا الحديث فذكر أنه «يفيد أن النبي ﷺ جعل الجدار سترة للإمام، والإمام سترة للجماعة، فوجب أن يتساويا في مقدار المسافة، وذلك أقل ما يؤمر به، وأكثر ما يكون بينه وبينهم قدر مريض ثور، فإذا تباعدوا، فإلى خمسة عشر ذراعاً، وإن زاد على ذلك فلا تصح صلاتهم بصلاته.

وكذلك يكون القدر بين الصفين والثلاثة، وإن تباعد الصف عن الصف أكثر من خمسة عشر ذراعاً، فلا تجوز صلاتهم حتى قال أبو معاوية (عزان بن الصقر) في رجل وجده وعنده متاع في أقصى المسجد فخاف على متاعه أن يتلف قال: ليس له أن يصلي بصلاة الإمام، فإن صلّى فعليه النقض.

ورخص غيره أن يصلّي هناك لأجل الضرورة، وقيل: لا يصلّي، فإن صلّى فصلاته تامة[١]. وذكر أبو إسحاق الحضرمي أنّ مِن نواقض الصلاة، أن يكون بين المأمومين وبين الإمام أكثر من مدّ الصوت، ومقتضاه أن ما دون ذلك غير ناقض[٢].

وأفاد السالمي أن هذا التحديد كله إنما هو في موضع لم يحل بين الإمام والجماعة حائل لا منفذ فيه، كحائط وستر ونحو ذلك، فإن كان حائلاً لا منفذ فيه، وكان يمنع الوصول إلى الإمام أو النظر إليه أو إلى من خلفه، فسدت صلاتهم، إذ الحيلولة بذلك تمنع الاجتماع، وإن كان فيه منفذ جازت حتى قيل: يجوز للرجل أن يصلّي في بيته بصلاة الإمام إذا كان بينه وبين المسجد باب مفتوح ولم يقطع بينهم طريق[٣].

= بين المصلي والسترة؟ حديث: ٤٨٣. ومسلم، كتاب الصلاة، باب دنو المصلي من السترة، حديث: ٨١٧. عن سهل بن سعد الأنصاري.

(١) السالمي: معارج الآمال، ٩/ ١٩١ - ١٩٢ بتصرف.

(٢) الحضرمي أبو إسحاق إبراهيم بن قيس: مختصر الخصال، ص ٦٩.

(٣) السالمي: معارج الآمال، ٩/ ١٩٢ - ١٩٣. الحضرمي: مختصر الخصال، ص ٦٩.

واشترط بعض الفقهاء أن يكون المَنْفذ أكثر من ثلاثة أشبار قياساً على السترة، وقيل: حتى يكون موضعاً يدخل الرجل منه بغير معالجة، وإن كان أقل امتنعت. ولم يشترط بعضهم شيئاً من ذلك بل قالوا: إذا كانت كوّة يبصر منها الإمام أو من خلفه، جازت الصلاة بصلاة الإمام.

ونقل السالمي عن الشافعية أنهم اشترطوا في الفضاء أن لا يزيد بين الإمام والجماعة ولا بين الصفوف على ثلاثمائة ذراع. قال الرملي: ولا تضر زيادة أذرع يسيرة كثلاثة ونحوها[١].

وقال غيره: ولو كان المأموم والإمام في البر؛ فالمأموم في سفينة والإمام في أخرى وهما مكشوفان، فالصحيح أنه يصح الاقتداء به إذا لم يزد ما بينهما على مقدار ثلاثمائة ذراع كالصحراء.

وقال النووي: وكذا لو كان أحدهما في سفينة، والآخر على الشط وإن كان مسقفتين فهما كالدارين، والسفينة التي فيها بيوت كدارات البيوت، قال: وهذا التقدير مأخوذ من العرف[٢].

ويوضح السالمي مرادهم بالفضاء أنه الموضع الذي لا حائل فيه بين المصلّي يمنع التطرق والمشاهدة في أي محل كان، فهو عندهم فضاء ولو كان محوطاً أو مسقفاً، مملوكاً أو مواتاً أو وقفاً.

ـ ويعد عرض مختلف الأقوال في تحديد المسافة الجائزة بين الإمام والمأمور صرح بأن هذا القول هو مذهب الإباضية وهو ألا يزيد على خمسة عشر ذراعاً، وقد تعجب من رأي الإباضية وغيرهم في تقدير المسافة الفاصلة بين الإمام والمأموم، حيث استندوا في تحديدهم إلى العرف ولا سند لهم

(١) الرملي: نهاية المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربيني، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ٩٨/٦.

(٢) السالمي: المرجع السابق، ١٩٣/٩ - ١٩٤. ـ النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي، ٣٠٨/٤.

ثابت من النص، وكأنه بذلك لا يرى تحكيم العرف في العبادات؛ لأنها أمور تعبدية وتوقيفية، فيقول: «ولا أعرف الوجه في التحديد عندنا ولا عند قومنا إلا ما ذكره الرملي بأن ذلك التقدير عندهم مأخوذ من العرف»[١].

وهكذا نجد السالمي يخالف الإباضية وغيرهم فيما ذهبوا إليه من اعتبار العرف والعادة في العبادات، وتحكمه في مسألة سترة الصلاة، وفضل الاحتكام إلى النصوص الشرعية الثابتة وجعلها سنداً في تحديد المسافة بين الإمام والمأموم فيقول: «ولعلّ أصحابنا ـ رحمهم الله ـ أخذوا ذلك التحديد من أحوال الصفوف خلف النبي ﷺ أو فهموه من حديث سهل بن [أبي] حثمة مرفوعاً: «إذا صلّى أحدكم إلى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان صلاته»[٢].

واستدل أيضاً: بأن الفرض من الجماعة الاجتماع، والتباعد مناف لذلك. وأيضاً فقد قال تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟﴾ (الأعراف: ٢٠٤)، والتباعد لا يتأتى معه الاستماع فلا يتم الواجب إلا بالقرب من الإمام»[٣].

مجمل القول:

إن الأصل في المسافة الفاصلة بين الإمام والمأموم لم ينص عليها الشارع ولم يحددها الرسول ﷺ بالأذرع ولا بالأشبار، وإنما دعا إلى الاقتراب من الإمام وعدم التباعد عنه، ولم يقيد ذلك بل تركه مطلقاً. فاجتهد الفقهاء في تحديد هذه المسافة حتى يتجنبوا نقض الصلاة بطول المسافة بين الإمام والمأموم، وحسب ما يظهر من كلام السالمي وغيره أن الفقهاء لاحظوا من خلال أحوال الصفوف التي كانت تقف خلف النبي ﷺ حيث كانت المسافة بينه

(١) السالمي: المرجع نفسه، ٩/ ١٩٤.

(٢) رواه أبو داود، كتاب الصلاة، باب الدنو من السترة، رقم ٦٩٥، والنسائي في المجتبى، كتاب القبلة، باب الأمر بالدنو من السترة، رقم ٧٤٨، عن سهل بن أبي حثمة. الزيلعي: «قال النووي في «الخلاصة »: إسناده صحيح». نصب الراية، ٢/ ٤٧.

(٣) السالمي: المرجع السابق.

وبيـن المصلين قريبة، ولا يوجد بينهم وبين الإمـام فاصل يفصلهم عنه، فقدروا هذه المسافة بمربض الشاه أو الثور، أي في حدود خمس عشرة ذراعاً، وما زاد فيهـا عـن ذلك ينقـض الصلاة، على أنه يمكـن الجمع بين القوليـن بأنه إذا كان المأمومـون فـي حالة الاختيـار، فيجب عليهـم الاقتراب من الإمـام قدر مرْبض الشاة، فإن حال بينهم وبين الإمام أو الصفوف التي خلفه حائل، فإنه يجوز ذلك بشرط عدم تجاوز أقصى المسافة المشار إليها، وهذا عند الضرورة، «والضرورة تقـدر بقدرهـا»، وبذلك نكون قـد جمعنا بين رأي الجمهور ورأي السـالمي في العمـل بهما حسـب الأحوال، فالأولى تحديد المسـافة بالنص فـإذا تعذر ذلك، ولـم يرد نص صريح من الرسـول ﷺ يحـدد ذلك فنحتكم إلـى العادة والعرف الجاري في البلد، ما دام معتبراً في الشرع وأصلاً من أصول التشريع الإسلامي.

ثالثاً: تحكيم العرف والعادة في الزكاة:

١ ـ في منح الزكاة للبنات المقبلات على الزواج:

ومـن مسـائل الـزكاة المعاصـرة ما ذكره بعـض العلماء في حكـم إعطاء الوالـد زكاته لبناتـه البالغات لتجهيزهن للزواج، وقـد اختلف فقهاء الإباضية في حكم هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى منع ذلك مطلقاً؛ لأنه تجب عليه نفقتهـن فلا تعطـى الزكاة لمـن يعول، ومنهـم من رخص فيه على شـرط أن تكون فقيرة ومقبلة على الزواج، وتَصْرفها في الضروريات استناداً إلى العرف الجاري في البلد.

ـ سئل الشيخ عبدالرحمٰن بكلي رَحِمَهُ اللَّهُ عن رجل متوسط الحال عليه زكاة، وله بنات عديدات، فهل له أن يعطيهن من زكاته ما يلزم لزواجهن؟

فأجـاب: «أجـل، لـه أن يعطيهـن من زكاته علـى من لا يلزمـه نفقتهن بعد البلوغ، أما مَن يلزمه نفقتهن ما لم يتزوجن ويُجلْبن، وإن كنّ بالغات، فلا يجوز لـه أن يعطيهـن من زكاتـه، وحيث أن البنـات لا يملكن في الغالـب أموالاً بل

يظللن عالة على آبائهن، وقد جرى العرف عندنا[١] أن الأب يتكلف ـ بحكم التكافل العائلي ـ بتجهيز ابنته لدى الزواج، وإن استدان لذلك، وحيث أن الأب غير متوفر الحال ليس في استطاعته أن يقوم بتجهيز بنات عديدات، وحيث أن نفقات التجهيز نفقة غير واجبة على الأب لبناته، فالمستحسن أن يعطي زكاته لمن ليس لها منهن مال لتجهيزها، شريطة أن يقتصر على ما هو ضروري لزواجهن، ولا ينفق في الزوائد التافهة، والكماليات»[٢].

٢ ـ في إخراج المؤجر زكاة الأجير:

إذا تعاقد التاجر مع أجير ليعمل معه في تجارته، وكان الأجير يترك أجرته عند المؤجر، فلما بلغت نصاب الزكاة، وجب عليه إخراجها، فتولى المؤجر ذلك من ماله الخاص مقابل الانتفاع بأجرة العامل، فهل يجوز له ذلك؟ أم يدخل هذا التصرف في شبهة الربا؟

ـ ورد على الشيخ عبد الرحمٰن بكلي رَحِمَهُ اللَّهُ سؤال في هذا الشأن مفاده أنه «جرى العرف التجاري أن الصانع الذي يترك أجرة عمله بين يدي معلمه (رب العمل) ـ وهذا يستفيد منها طبعاً ـ يلتزم المعلّم أو يتبرع بإخراج زكاته من ماله، فهل يكفي ذلك عنه، سيما إذا اتفقا على ذلك من أول الأمر، ألا يعتبر ذلك كفائض يأخذه على وديعة أو كقرض جرّ منفعة؟ أم ثمّ مخرج يقره الشرع؟».

فأجاب الشيخ: «أجل، هناك مخرج يبعد بهما عن المحذور، ذلك أن لا يسقطها التاجر من ماله ويعتبرها دَيْناً في ذمته، وأنت خبير أن هناك فريقاً من علماء الإسلام كإبراهيم النخعي، وابن عباد المصري من أصحابنا (الإباضية) القدامى يقول: إن زكاة المال على المَديان، من أكل مهنأة لزمه زكاته.

---

(١) يشير إلى ما جرى عليه العمل في بلده بوادي ميزاب بالجزائر من تجهيز الوالد لبناته في الزواج.

(٢) بكلي عبد الرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ١٦٤ - ١٦٥.

وعليه فلا حرج على الأجير إذا أدى عنه التاجر زكاة أجرته؛ لأنه لمّا يقبضها بعد، ولا أخرجها التاجر من ماله فعلاً»[١].

ويستنتج من عبارة البكري أن زكاة الأجير لا تسقط عليه في الأصل، بل تبقى دَيناً عليه ولو دفعها عنه المؤجر، حيث لم يستطع إخراجها من ماله الخاص في وقتها؛ لأن أجرته ما زالت تحت تصرف المؤجر لم يقبضها منه بعد، فيجوز للمؤجر أن يخرجها نيابة عنه في وقتها، ويخصمها من أجرة الأجير حتى تبرأ ذمته وكذلك يفهم من عبارته أيضاً أن التاجر يمكن أن يخرجها عنه دون طلب منه مقابل انتفاعه بأجرة العامل، وذلك من باب المسامحة، فكأنما أخرج زكاة ماله ما دام لم يسلمه لصاحبه، أما إذا اشترط الأجير ذلك فلا يجوز؛ لشبهة الربا، فالزكاة تجب على صاحب المال سواء كان تاجراً أو أجيرا ما دام المال بلغ النصاب، ومن جهة أخرى قد تكون أجرة العامل ديْناً في ذمة التاجر فلا يجوز للأجير أن يطلب من التاجر فائدته، كأن يتحمل عنه زكاة أجرته أو يدفع عنه ضريبة لزمته، فما يدفعه عنه هو بمثابة قرض جرّ منفعة وهو عين الربا والله أعلم.

رابعاً: تحكيم العرف والعادة في الأيمان والقسم:

نصّ ابن بركة والعوتبي على أن «الإيمان على الإرادات والمقاصد والعادات مع تعلق الأسماء بمسمياتها»[٢].

ويفيد هذا النص أن الأيمان مردّها إلى العادات الجارية في كلام الناس إذا غاب القصد من الحالف.

وقد حكّم الإباضية العرف والعادة في كثير من الفروع الفقهية إذا تعذر معرفة نية الحالف وقصده، من ذلك:

---

(١) بكلي عبدالرحمٰن: المرجع السابق، ١/ ١٦٢.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٨٩ - ٩٠. ـ العوتبي سلمة بن مسلم الصحاري: كتاب الضياء، ٣/ ١٤.

١ ـ في الحلف بالأكل والشرب:

ما ذكره ابن بركة البهلوي أن «من حلف لا يأكل البيض ولا نية له لا يحنث بأكل بيض السمك؛ لأن عرف الناس وعاداتهم ومقاصدهم على بيض الدجاج»[(١)].

ومثله ما ذكره ابن جعفر الأزكوي أن «من حلف لا يأكل اللحم أكل الطرّي من السمك؛ لأن الذي عند العامة أن اللحم هو لحم الأنعام، وكذلك الطير، ولحم الغيلم[(٢)] والسمك، إلا أن يقصد إليه بعينه في يمينه»[(٣)].

وقال الثميني في النيل وأطفيش في شرحه: «(وإن حلف لا يأكل اللحم لم يحنث إن أكل سمكاً بالعرف والعادة) في أن اللحم غير السمك، وقد يكون السمك في عُرف قوم وعادتهم لحماً فيعترف كل أحد عُرف نفسه (ولزمه بمقتضى اللفظ) عند من قال: اليمين على اللفظ، وإن حلف لا يأكل السمك حنث بالقاشع والكسيف وهما منه، وقيل لا.

وقال أبو عبدالله (محمد بن محبوب): من حلف على اللحم لا يأكل طري السمك، وقال في محل آخر: إن السمك ليس من اللحم إلا إن نواه»، وخالفه القطب أطفيش واعتبره من أنواع اللحم، فقال: «والحق أنه منه لنص القرآن إلا إن نوى الحلف خروجه أو اعتاد أنه لا يسمى لحماً أقل ما يكون به غير طري بل مالحاً يوم وليلة، وزعم بعض أن من حلف عن لحم الغنم فأكل الظباء والوعل يحنث إن لم يعن غيرها بل أرسل، وزعم أن من حلف على لحم الشاة لا يحنث بالتيس إن أرسل...»[(٤)].

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٨٩.

(٢) الغليم: الضفدع.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٥٨.

(٤) أطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل لعبدالعزيز الثميني، ٤/ ٣٠٥-٣٠٦.

٢ ـ في الحلف بالسكنى والإقامة والطلاق:

ولو حلف لا يسكن بيتاً، فكل بيت من حجر أو مدر يسكن فيه حنث، وإن سكن بيتاً من شعر أو نحو ذلك لم يحنث؛ لأن البيوت المعروفة والمقصود إليها هو ما ذكرنا؛ ولا اعتبار لتسميتها في القرآن بيوتاً[١].

ورد ابن بركة عمّن احتج عليه في اعتبار المقاصد والعادات في الأشياء دون النظر إلى مسمياتها في اللغة فقال: «فإن قائل، فإن الله تعالى سمّى بيوتاً من غير ما ذكرت ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا﴾ (النحل: ٨٠)، قيل له: لو تركنا وما تقع عليه الأسماء في الأيمان لكان الحالف على أكل اللحم لا يأكل السمك إذ في القرآن تسمية السمك لحماً ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ (النحل: ١٤)، وكذلك لو حلف لا يبيت تحت سقف لما كان إذا بات تحت السماء حنث لقوله جل ذكره ﴿وَجَعَلْنَا ٱلسَّمَآءَ سَقْفًا مَّحْفُوظًا﴾ (الأنبياء: ٣٢)، وكذلك لو حلف لا يبيت على فراش فبات على الأرض حنث لقوله الله تعالى: ﴿ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ فِرَٰشًا﴾ (البقرة: ٢٢)، فإنما الأيمان على المقاصد والعادات مع تعلق الأسماء بمسمياتها...»[٢].

وردّ ابن جعفر على المعترضين عليه بقوله: «فمن حلف على زوجته إن لم يطأها على وتد، فيطؤها على جبل، ولا حنث عليه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْجِبَالَ أَوْتَادًا﴾ (النبأ: ٧)، أي جعلناها، إلا أن يكون للحالف نية، وإن حلف إن لم يطأها على بساط فوطئها على الأرض، ولم يطأها على بساط فقيل: إنه بحنث؛ لأن البسط معروفة مع العامة، وهي ما يمكن أن يطأ زوجته عليها، والوتد والأوتاد لا يمكن أحداً أن يطأ زوجته على شيء منها، وقد سمّى الله الجبال أوتاداً، ولا يحنث إن وطئ على واحد منها...»[٣].

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٨٩.

(٢) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ٨٩ - ٩٠.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٦١.

ومثله: لو حلف لا يكلم بني آدم فكلّم رجلاً واحداً حنث؛ لأنه لا يقدر أن يكلّم بني آدم كلّهم، ولو قال: لا آكل الطعام ولا أتزوج النساء، فإنّه يحنث في أقلّ القليل من ذلك[١].

ـ وإذا حلف لا يسكن دار فلان، فسكن شيئاً منها، أو انهدمت وبقي موضع منها لم ينهدم فسكنه، فإنه يحنث، وقالوا أيضاً فيمن حلف لا يدخل لفلان بيتاً فمشى على ظهر بيته أنه لا يحنث.

ـ وكذلك من حلف لا يدخل بيت فلان، وله بيت من الطين فدخل قبّة له، فإن كان مرسلاً ليمينه فدخل قبّة له أو خيمة أو عريشاً، فإنه يحنث، فإذا أوقع نيته على بيت من الطين لم يحنث إن دخل قبّة، أو خيمة، أو عريشاً، وإن حلف لا يدخل بيتاً لم يدخل قبّة ولا خيمة، ولا يدخل العريش، والعريش مثل القبة[٢]. ولو حلف لا يقعد هذه الدار، فجلس على أطراف بنان رجله لا يحنث[٣].

ـ ومن الصور التي ذكرها ابن جعفر في الأيمان التي لا يحنث فيها الحالف حسب العرف الجاري، لأنه حلف بالكل وفعل البعض أن:

ـ من حلف لا يلبس ثياب فلان، فلبس من ثيابه ثوباً واحداً، فإنه لا يحنث إذا كان مرسلاً ليمينه حتى يلبس من ثيابه ثلاثة أثواب ثم يحنث؛ لأن الثلاثة أقل الجمع.

ـ ومن حلف لا يعرف مال فلان، وكان يعرف بعضه، ولا يعرفه كله فنرجو أنه لا يحنث حتى يعرف كله.

ـ وكذلك إن حلف لا يحفظ القرآن، وهو يحفظ بعضه فلا يحنث؛ لأنه لم يحفظه كله.

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٩٠.

(٢) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٤٨ - ٤٦٠.

(٣) مجهول: كتاب المعلقات، ص٥٣.

ـ ومن حلف لا يصعد هذه النخلة، ثم صعد منها بعضها فقد حنث.

ـ وعن أبي علي (موسى بن علي) رَحِمَهُ اللَّهُ في رجل حلف لا يحلب شاة وأنه حلب بعضها، ثم ذكر يمينه فأمسك عن الحلب، قال لا يحنث حتى يحلبها كلها[١].

ـ ومن الصور التي استدل بها ابن بركة على اعتبار العرف في الأيمان وتحكيمه ما ذكره في الحلف بالطلاق، أنه يحنث صاحبه خلافاً للجمهور، إذ يقول: «فإن قال لها أنت طالق إن لم أضرب فلاناً وهو ميّت، حنث قال: والنظر يوجب أنّ ضرب الأموات من بني آدم وغيرهم ليس بضرب، وأنّ حكم البشرية قد زال عنه عند الموت؛ لأن أيمان الناس على عرفهم وعاداتهم وما يقصدون به في أيمانهم، أنّ الضرب لإدخال المكروه على المضروب، والألم الذي يوجد مع الضرب»[٢].

ولكن جمهور الإباضية خالفوه، وقالوا: إنه لا يحنث وحكمهم هذا يستند إلى الفعل الظاهر، دون مراعاة القصد والعرف المعمول به.

خامساً: في الكفارات:

٣ ـ في تقدير طعام المساكين في الكفارة.

لم تحدد نصوص القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية مقدار طعام المساكين في كفارة اليمين والظهار والقتل الخطأ، بل ترك تقدير ذلك للعرف والعادة الجارية في الناس، ولذلك اختلف الفقهاء في تقديرها، وقد أجمع فقهاء الإباضية على أنه يلزم المطعم للمساكين في كفارة اليمين وغيرها بأكلتين مأدومتين على حسب المتوسط من عادة الناس في إطعام أهاليهم[٣].

(١) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٦٠ - ٤٦٣.

(٢) المصدر نفسه، ٢/ ١٦٨ - ١٦٩.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٩٨.

وقد حكى ابن بركة هذا الإجماع في «الجامع»، فقال: «اتفق أصحابنا فيما تناهى إلينا عنهم أن على مطعم المساكين عن كفارة الأيمان والظهار أكلتين لكل واحد منهم غذاء وعشاء أو غذاء وعشاء، أو كيف ما أطعم الأكلتين في يوم أو يومين أو أكثر، والغذاء عندهم أول أوقاته طلوع الفجر الآخر إلى نصف النهار قبل الزوال، ثم العشاء أول أوقاته إذا زالت الشمس وآخر العشاء إلى ثلث الليل، ولا ينبغي لمن أراد ذلك أن يقرّب بين الأكلتين قصداً منه للنفع والربح المعجل، ولتكن رغبته وقصده فيما يتوفر عليه ثوابه عند الله، فإن قال قائل ممن يخالفنا: لم أوجبتهم الأكلتين وليس في الآية تكرار الطعام والأمر إذا ورد مطلقاً وجب استعماله مرة واحدة إلا أن تقدم دلالة توجب التكرير؟

قيل له: قامت الدلالة من الكتاب والسُّنَّة، فأما من الكتاب فيقول الله: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ (المائدة: ٨٩). والمعتاد من طعام الناس لأهليهم في كل يوم أكلتان؛ لأن النادر من فعلهم إطعام أكلة، وثلاث أكلات؛ وأما ما فعله الناس من عادتهم من إطعام لأهليهم: أكلتين»[(١)].

وأما الدليل من السُّنَّة ما ذكره النبي ﷺ لكعب بن عجرة وقد رآه في إحرامه والقمل ينتثر من رأسه «**أيؤذيك هوامّ رأسك؟**» فقال: نعم يا رسول الله، قال: «**فاحلق شعر رأسك، وانسك بشاه، أو صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، كل مسكين نصف صاع**»[(٢)].

---

(١) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/٩٨، ٩٩.

(٢) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية ـ حديث: ٣٩٦٨ عن كعب بن عجرة رضي الله عنه. ونص الحديث، قال: أتى عليَّ النبي ﷺ زمن الحديبية والقمل يتناثر على وجهي، فقال: «**أيؤذيك هوام رأسك؟**» قلت: نعم، قال: «**فاحلق، وصم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، أو انسك نسيكة**». ومسلم، كتاب الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى، حديث: ٢١٥٥.

قال ابن بركة معقّباً: «علمنا أن نصف الصاع هو للأكلتين؛ لأن العادة الجارية أن نصف صاع برّ لواحد أكلتان»[١].

ويبدو أن ما ذهب إليه جمهور الإباضية في تقدير طعام المساكين في الكفارات ليس محل اتفاق بين جميع الفقهاء، فقد نقل ابن بركة اختلاف الفقهاء في تحديد هذا القدر فقال: «وإطعام المساكين في كفارة الأيمان والنذور أكلتين في اليوم عن اليمين الواحد والنذر الواحد لم أعلم خلافاً بين علمائنا، وروي عن ابن سيرين أنه قال: تكفي أكلة مأدومة، وعن الحسن البصري، نحو ذلك أنه قال أكلة واحدة في اليوم تكفي، والأكلة الواحدة إذا كانت من عادة الإنسان في اليوم تسمّى الوجبة، فقال: فلان يأكل الوجبة، وإن كان أكلة في كل يوم مرة، وربما يسمونها الورمة، والذي من عادته أن يشرب في كل يوم مرة واحدة يقال يشرب العصيرة...»[٢].

وفي السياق نفسه سئل أبو سعيد الكدمي «عمن حَلَفَ يميناً بالله وحنث فيها وهو غني وطعامه البرّ وحده أو السمك وحده أو التمر وحده وهو في موضع لا يقدر على الحبّ، بما يكفّر هذا الحالف؟

قال: فمعي؛ إنه يكفّر بإطعام أهل بلده الذي عليه عامة غذاؤهم من جميع الأطعمة كما قال الله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ (المائدة: ٨٩)، ولا يكلف من الإطعام فوق ما يطيق»[٣].

ويلاحظ أن أبا سعيد لم يجعل له حدّاً معيّناً في الإطعام، بل ترك ذلك للعرف يحدده حسب ما تعارف الناس عليه في طعامهم وجرى عليه العمل في بلدهم؛ لأن «العادة محكمة».

---

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/٩٨-٩٩.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/١٠٨.

(٣) الكدمي: الجامع المفيد، ٢/١٩٦.

سادساً: في النذور:

سئل محمد بن إبراهيم الكندي عمن نذر على إنسان بشيء، هل هو للناذر أو المنذور عليه؟

قال: «هو على ما تجري به العادة من فعل الفاعل، فإن كان المتعارف بين الناس أنه يقصد به المفعول له على وجه الهبة والعطية فهو للمنذور عليه، وإن كان ذلك مما تجري به العادة أن ذلك شيء يبيحه الناذر لمن حضر المنذور، فهو على ذلك، ويجوز من ذلك ما جرت به العادة بين الناس ومضى عليه التعارف»[١].

(١) الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ج ٢٥/١٠٣.

المطلب الثاني
تحكيم العرف والعادة في المعاملات

أولاً: في البيوع:

ذكر فقهاء الإباضية جملة من البيوع يتم التعامل بها بين الناس ويحكمها العرف والعادة من ذلك:

١ ـ بيع المعاطاة:

وهو أن يأخذ المشتري السلعة من البائع ويسلّم له الثمن دون أن يتمّ بينهما إيجاب وقبول، وهو أن يكون أحدهما يعني هذه السلعة بكذا فيقول الآخر قلبت، فيتم عقد البيع بالرضى، ويتمّ فيه تسليم الثمن والمثمن.

أجاز الإباضية بيع المعاطاة ومارسوه في معاملاتهم، فقد سئل يوسف بن أبي عمران بن زكرياء[1] «عن رجل جاء إلى رجل يشتري سلعة،

---

(١) لن نقف على هذا الاسم ولعل الصواب هو موسى بن زكرياء ـ المزاتي الزمريني ـ (أبو عمران) (حي في: ٤٠٥هـ/ ١٠١٤م) ووقع تصحيف في اسمه بفعل النساخ، وهو رأس من رؤوس العلم في زمانه، وهو من أهل تجديت، أو هو من زمرين. أخذ العلم عن أبي صالح بكر بن قاسم، وعن أبي القاسم يزيد بن مخلد الحامّي. كان صاحب حلقة للعلم، تخرَّج فيها تلامذة سادوا. وكان كلٌّ منهم منارة للعلم، ومن هؤلاء: أبو عبدالله محمَّد بن بكر النفوسي (ت: ٤٤٠هـ) الذي درس عنده الفروع في قصطاليا، وكذا ابنه العالم المفتي أبو يعقوب يوسف. وكان أبو عمران أحد السبعة الذين ألَّفوا ديوان العزَّابة في غار أمجماج بجربة، وكان رأس هؤلاء، فهو الذي خطَّه بيده فنسب إليه. والعَزَّابَة السبعة هم: جابر بن سدرمام، وكباب بن مصلح، وأبو مجبر توزين المزاتي، وأبو عمرو النميلي، وأبو محمَّد عبدالله بن مانوج اللمائي، وأبو يحيى زكرياء بن جرنان النفوسي. والمصنَّف يقع في اثني عشر جزءًا. «تولَّى نسخه أبو عمران لمَا خصَّه الله من جودة الخطِّ، فنسب إليه التصنيف، وليس له ما عليهم سوى فضل البنان، وإلاَّ فهو كأحدهم في فضل البنيان، شريك فيما أودعوه شركة عنان». ويعتبر ديوان العزَّابة من أقدم الموسوعات الفقهيَّة. وله أقوال مأثورة، =

فقال: بكم هذا؟ فقال: بدينار، فقال له: خذ دينارك فأعطاه الدينار وأخذ السلعة، فقال: ذلك جائز»[(١)].

ويشير الراشدي إلى حقيقة بيع المعاطاة وحكمه عند الإباضية فيقول: «وفي المعاطاة: وهو إعطاء ذي سلعة مريدها بِبَيع وإعطاؤه الثمن بلا عقد»[(٢)].

وفي شرح النيل: «وذكر في الديوان[(٣)] أنه إذا أراد الرجل أن يشتري شيئاً من رجل، فليطلب إليه البيع، وإن باع له بلا طلب جاز وإن قال البائع: هاء وهاء، جاز»[(٤)].

ويبيِّن الراشدي معنى (هاء وهاء) وهو: خذ وآخذ فإحداهما بمعنى الماضي، والأخرى بمعنى المضارع[(٥)].

= وحكم بليغة، فمن ذلك قوله مرارًا في مجالس كثيرة: «تعلُّم حرف واحد من العربيَّة كتعلُّم ثمانين مسألة في علم الفروع، وتعلُّم مسألة واحدة كعبادة ستِّين سنة، ومن حمل كتابًا إلى بلد لم يكن فيه ذلك الكتاب فكأنَّما حمل ألف حِملٍ من الدقيق، وتصدَّق بها على أهل ذلك البلد. وهكذا في فضل العلم وطلبه». ينظر: أبو زكرياء: السيرة (ط. ت) ١/ ٢٤٢، ٢٥٣؛ ٢/ ٢٨٤، ٣٥٢ (ط. ج) ٢٥٣، ٢٦٤ الدرجيني: طبقات، ١/ ١٥٩، ١٦٠، ١٦٩؛ ٢/ ٣٩١، ٤٠١، ٤٠٩ - ٤١١ ـ البرادي: الجواهر المنتقاة، ٢٢٠ الشمَّاخي: السير، ٢/ ٧٣، ٧٤، ١٤١. سالم بن يعقوب: تاريخ جربة، ٩٨. دبُّوز: تاريخ المغرب، ٣/ ٣٩٧، ٤١١.

(١) مجهول: كتاب المعلقات، ص ٤٣.

(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٢ - ١٥٣.

(٣) هناك ديوانان في الفقه عند الإباضية مشهورة عند المغاربة ديوان الغار، وقد ألّفه سبعة من علماء القرن الرابع الهجري في اثني عشر جزءًا، وديوان الأشياخ، ويطلق عليه أيضاً «ديوان العزابة» وقد ألّفه عشرة من علماء القرن الخامس الهجري، يوجد في خمسة وعشرين جزءًا، والظاهر أنه هو المراد، لأنّه موجود إلى اليوم، وأما الآخر فإنه مفقود (كما قيل). ينظر: بكلي عبدالرحمٰن بن عمر، تعليق على كتاب النيل وشفاء العليل، ط ٢، المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي، الجزائر، ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م، ٣/ ١٠٨٠ - ١٠٨١ بتصرف.

(٤) أطفيش: شرح النيل للثميني، ٨/ ٢٠٤.

(٥) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٣.

وقد صرح الثميني أيضاً بجواز هذا البيع مشيراً إلى أنه يجري التعامل به استناداً إلى عرف الناس فقال: «وقد جاز في العرف أن يأتي المرء بدراهم إلى خباز أو جزار أو غيرهما ويسلمها إليه من غير أن يقول له بع لي بها، فيقبضها الخباز أو نحوه منه ويسلّم إليه ما أراد من ذلك، فيتصرف كل بما أخذ من الآخر ويأكله وتطيب نفسه، كمبايعة العجم والصبيان بلا خطاب، وإن وجد من الصبيان فهو كعدمه، ويتم ذلك إذا تمم ولم يقع فيه ترافع إلى الحاكم، وهذا الباب طويل ومرجعه إلى التعارف وسكون القلب...»[(١)].

مجمل القول:

يبدو أن فقهاء الإباضية لم يمنعوا هذا البيع ما دام فيه تراض بين الطرفين، ولم يترتب عليه خلاف ولا نزاع من أحد العاقدين، وقد أصبح هذا البيع منتشراً في عصرنا ولم نعلم من العلماء من ينكره أو يحرمه، ما دام قد توفرت فيه شروط عقد البيع الصحيح.

وقد سئل ابن بركة البهلوي عن حكم هذه البيوع فأجازها أيضاً كما يستظهر من عبارته: «قلت: فما تقول في هذه البياعات التي تجري بين العامة ممن يسلم المشتري الدراهم إلى الثمار والخباز، ولم يقل له بع لي به فيقبض منه ويسلّم إليه، فيقول: إن كان هذا أخذ منهما، فقد ملك ما صار له وطاب له أكله.

قلتُ: وكذلك الرجل يصل إليه صاحب البطيخ فيدفع إليه الفضة (الثمن) ويسلّم إليه صاحب البطيخ بطيخة أو أكثر وينصرف، أو يدفع إلى صاحب البقل رغيف خبز فيسد له البقل، ولا يكون بينهما خطاب في ذلك من ذكر بيع، أيكون هذا بيعاً صحيحاً؟

قال: نعم، إذا تتاموا عليه ولم يتناقضوا ولم يدفعوا فيه إلى الحاكم»[(٢)].

---

(١) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦١.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٤٥.

٢ ـ في التعاقد مع ناقصي الأهلية:

سئل ابن بركة عن حكم البيع إذا صدر مِن مشترٍ قاصر كالأعجمي والصبي والعبد ومن لا يفهم كلامه، وهؤلاء ونحوهم قد لا يعبرون عن قصدهم، ولا يحسنون التصرف، فهل يجوز مبايعتهم والتعامل معهم؟

فأجاب: إن كان ذلك معروفاً بين الناس ويجري به العمل فيما بينهم فلا مانع من ذلك، وهذا ما تدل عليه عبارته التالية: «قلت له: فالبيع يكون بغير القول؟

قال: نعم مبايعة العجم بغير قول، وكذلك الصبيان، وإن تكلم الصبيان فكلامهم في المبايعة بمنزلة السكوت، فهذا على مذهب من أجاز مبايعة الصبيان والعجم.

قال: والمسترسل (المرسل) أيضاً غير مبايع والبيع عليه جائز مع سكوته.

قلتُ: ولو كانت مبايعة الصبيان والعجم جائزة على قول من ذهب إلى إجازتها؟

قال: بتسليم البدل إليهم.

قلتُ: ولو كان اليتيم إذا قبض منه شيئاً من ماله ودفع البدل منه أيكون ضماناً على الدافع إليه؟

قال: إذا كان ممن يحفظ على نفسه ويأكل ما يدفع إليه وهو ممن يميّز، فهذه حال توجد في البالغ، وأيضاً فإنّ إجازة ذلك على تعارف الناس فيما بينهم، وإذا كانت سنّة البلد بمبايعة الصبيان والعجم جائزة بينهم، فالتعارف يوجب الإجازة لذلك»[1].

فالشارع الحكيم لم يحدد طريقة معينة في عقد البيوع بل ترك الحرية للناس في اختيار الأساليب المناسبة لتبادل المنافع بينهم ما دامت تحقق المصالح ولا تؤدي إلى مفاسد ونزاعات، وفي ذلك مراعاة للعادات والأعراف السائدة في المجتمع تخفيفاً على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم.

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٤٥ - ٤٦.

هـذا وقـد أجـاز الإباضية أيضـاً التعاقد مـع الصبي والمملـوك في الأمور اليسيرة رغم نقصان أهلية التصرف عندهما ما داموا يحسنون ذلك إذا ثبت في العادة والعرف أن يكون بإرسـال من وليّ الصبيّ أو سـيد المملوك خاصة إذا بـرز في السـوق، ويجوز تسـليم الثمن لهما إن كانا حافظي فـي العادة له؛ لأن العادة إذا وقعت على ذلك فهي محكمة.

قـال البسـيوي فـي بيان حكـم التعاقد مـع الصبيـان والممالك فـي البيوع ونحوها: «وأما العبد فلا يجوز مبايعته إلا بأمر سيده قال تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ (النحل: ٨٥)، أي لا يملك شيئاً، فلا يجوز بيعه بالإجماع...

ولا يجـوز لأحد أن يشـتري من عبد أحـد ما لا يملكه، فلا يثبت البيع إلا أن يكون أمره سـيده، وأذن له في التجارة، ففي إجازة البيع اختلاف، قال قوم يثبت، ولم يجز آخرون ذلك...»[(١)].

ومن خلال عبارة البسيوي يظهر أن التعامل مع العبد دون إذن سيده باطل، لأنه لا يملك شيئاً، وهو في حكم فاقد الأهلية؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وقد حكى البسـيوي إجماع الفقهاء على ذلك، ولكن بعد النظر في أقوال الفقهـاء وجدنـا من يجيـز التعامل مـع العبد في الأمـور البسـيطة، كبيع الخبز والخضـر والفواكه ونحوها، وبهذا القول ينتقـض إجماعه اللَّهُمَّ إن كان يقصد الأمور الكبيرة كبيع السيارات والعقارات ونحوها.

أما ما نقله من اختلاف الفقهاء في البيع مع المماليك بأمر سيدهم، فالذين أجـازوا ذلـك لعلهم نظروا إلى أنهم وكلاء عنهـم ينوبونهم في التجارة، ولولا إذنهم لما صح تصرفاتهم.

أما الذين منعوا البيع معهم مطلقاً ولو بإذن سـيدهم، فلا ريب قد اسـتندوا فـي حكمهـم على أن العبيد لا يملكون شـيئاً، بل هم ملـكاً لغيرهم كالدواب، ومن لا يملك لا يصح منه التمليك.

(١) البسيوي: جامع أبي الحسن البسيوي، ٤/ ٢٣.

على أنّه يمكن التوفيق بين القولين، وذلك إذا تمّ البيع مع العبيد دون إذن السيد فالبيع موقوف على إجازته، فإن أتمه صح وإن رفضه بطل.

هـذا وقـد ذهـب البسـيوي أيضـاً إلى بطـلان تصرفـات الصبـي المالية فلا يجوز بيعه ولا شـراؤه؛ لأنّه لا يملك القبض ولا الدفع على حد عبارته إذ يقول: «فالصبي لا يثبت بيعه، لأنّه لا قبْض له في ماله ولا دفْع، ولا يجوز أمـره ولا نهيه، ومن أخذ له شـيئاً ضمن لـه، وكذلك عقده باطل ولا يحكم به عليه...»[(١)].

وذهب بعض الإباضية إلى جواز بيع الصبي والعبد إذا تعارف الناس على إرسـالهم إلـى السـوق لشـراء حاجاتهـم، فيجوز التعامـل معهم بمـا تطمئن به النفـس أنهـم مأموريـن مـن أهليهم ومواليهـم وبرضاهـم، وليسـت تصرفاتهم مسـتقلة في ذلـك، فيقول البسـيوي في هذا المعنـى: «أما التعـارف، فقد أجاز بعضهم مبايعة الصبي والعبيد من طريق الرسـالة، يرسـل العبد مولاه، ويرسـل الصبي أهله يشـتريان لهم من عند التاجـر حاجتهم، فقد أجازوا ذلك من وجه الرسالة في غالب الظن والتعارف في ذلك بين الناس»[(٢)].

هـذا وذهـب بعض فقهاء الإباضية إلى جواز الشـراء من الصبيان حتى في الأصول الثابتة كالعقارات، والأشـياء الكبيرة المنقولة كالأثاث ما دام لا يمانع وليّه من ذلك، فهو بمثابة وكيله.

نقل الراشدي عن بعض الإباضية جواز البيع والشراء مع الصبيان والعبيد؛ لأنّـه ممـا تعارفـه الناس وجـرى العمـل به، فيقـول: «وفي الشـراء مـن العبيد والصبيان، وإن لم يعلم إذن أوليائهم ما لم يعلم الحَجْر، قال شارح النيل: قال ابـن جعفـر ـ رحمة الله عليهم ـ إن اعتيد إرسـال المرأة والعبـد والصبي للبيع

(١) البسيوي: الجامع، ٤/ ٢٣.

(٢) البسيوي: المصدر نفسه.

والشـراء جـازت مبايعتهم، ولكن لا ينقصهم البائع عمـا يبيع للكبير وللماكس في الأشياء القليلة»[١].

ويلاحظ من عبارة ابن جعفر أنه جعل المرأة في مرتبة الصبيان والعبيد في مسـألة الشـراء، فلا تصح تصرفاتها المالية إلا بإذن الولي قياساً بولاية الزواج، وقـد يفهم البعـض أن ذلك إنقاصاً من قدرها ومكانتهـا، ولعلّه نظر إلى طبيعة المـرأة التـي غالبـاً لا تخالـط الرجال في الأسـواق وليـس لها خبرة فـي البيع والشراء، وقد تخجل في مماكسة الرجال في التجارة فترضى بما يفرض عليها من قيمة السلعة فتغبن، ولذلك نجد في بعض المجتمعات لا يسمحون للمرأة أن تخرج للأسواق وتتولى بنفسها الشراء والبيع، وينوب عليها وليها أو وكيلها ليراعي لها مصلحتها ويحفظ لها كرامتها.

أمـا إذا كانـت المرأة خبيرة بالتجارة وتأمن على نفسـها الفتنة فلا مانع من مباشـرتها للبيـع والشـراء مـع مراعـاة الآداب الشـرعية مـن عـدم الاختـلاط والحجـاب والحيـاء، مع مرافقة أحـد محارمها، ولعلّ هذا الأمـر أصبح اليوم متعارفـاً عليـه بعـد أن خرجت المرأة لطلـب العلم والعمـل فأصبحت تتحمل مسؤولية شراء مستلزمات بيتها ومطبخها بنفسها.

وقـد تعرض المحقق الخليلي إلى مسـألة التعامل مـع الصبيان والمماليك فـي البيع والشـراء، ولخـص أقوال العلمـاء ليزيل الالتباس وينفـي الحرج في التعامل معهم، فيقول في هذا الصدد جواباً عن سؤال: «وعنه في البيع للصبي وفي الشـراء من عند الصبي قد قيل بجوازه فيما عدا الأصول، وقيل: لا يجوز في شيء إلا بإذن وليه، وقيل: يجوز في الشيء اليسير لمن يبيع من التجار في الأسـواق أو الحوانيت، أو ما يكون في البلد من المواضع المعروفة بالبيع من

(١) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٥٣ - ١٥٤. ينظر: أطفيش: شرح النيل مع متن النيل للثميني، ٨/ ٢٣٠.

طريق التعارف بالرسالة من أهله إلى مثل ما أراد أن يبيعه أو يشتريه أو يكون من مصلحته.

وبعض أجازه في هذه المواضع للتاجر وغيره، والقول في المملوك على هذا الحال إذا اطمأن في قلبه مَن يعامله إلى أنه مرسل إلى ذلك من ربّه إلا أن يصح معه أنه قد أخرجه للتجارة فيجوز أن يباع له ويشتري منه في جميع ما لجِنسها من الأنواع إلا أن يخص شيئاً دون غيره.

وعلى هذا يكون القول في الإجازة أو يصح أنه قد وكلّه إلى نفسه فيما يحتاج إليه من الأشياء فيكون في هذا وذاك كالذي يملك أمره من العقلاء»[(١)].

وقد يتساءل البعض هل يجوز التعامل مع الصبي مطلقاً أم مع الصبي المميز فقط؟ فيجيب المحقق الخليلي: «في مبايعة الصبي المميز، وفي الشراء من عنده قد قيل بجوازه من الأصول، وقيل بالمنع من جوازه في شيء؛ لأنّه لا قبْض في ماله ولا دفع.

وقيل إلا في الشيء اليسير من طريق التعارف في بيعه وشرائه، بأنه عن إرسال له من أوليائه وما يحتاج إليه لنفسه في حاله أو يكون له مكتسبة، فإنه لا بأس به ولا بتسليم الثمن إليه إذا كان حافظاً لماله»[(٢)].

واشترط بعض الإباضية عند التعامل مع الصبيان والعبيد أن يعاملهم التاجر مثل معاملة الكبير البالغ والحر، فلا يزيد عليه في السعر ولا ينقص في الوزن والكيل.

واشترط أيضاً أن تقتصر معاملتهم في حدود المطعومات دون غيرها، وتكون قيمتها بسيطة، لا في الأشياء الثمينة والخطيرة، إلا أن يكون ذلك بإذن أوليائهم.

---

(١) الخليلي سعيد: كتاب تمهيد قواعد الإيمان، ٩/ ٥١.

(٢) الخليلي سعيد: المصدر نفسه.

جاء في جامع ابن جعفر عن معاملة القاصر ما نصه: «عن الشرْي والبيع والمعاملة مع الصبيان والمملوكين إن كان ذلك سُنّة أهل البلد أنّ الموالي يبعثون الجارية والمملوك والصبي للشري فلا بأس، ولا ينقصهم عمّا بيع للكبير الذي يماكسه، ثم قال بعضهم أيضاً: هُم كما قال، وأحبّ أن يكون هذا البيع من الصبيان والمماليك ليس له كثير ثمن مما يؤكل أشباه ذلك، وأمّا غير ذلك من المتاع والدواب، والأشياء التي لها خطر ويستكثر شرائهم فيكون ذلك برأي موالي المماليك وآباء الصبيان»[(١)].

ولأهمية هذه الشروط فقد أكَّدها بعض فقهاء الإباضية ونقلها ابن جعفر في موضع آخر، وأشار إلى ضرورة موافقة الولي على تصرفات الصبي والخادم حتى تكون صحيحة، حيث قال: «فقيل: لا يجوز البيع للعبيد إلا بأمر مواليهم، ولا الصبيان إلا برأي آبائهم بقليل ولا كثير، وقال من قال: لا يجوز ذلك إلا في الأسواق والحوانيت المعروفة بالبيع بقدر ما يطمئن إلى القلب أنه مرسول بذلك أو مملكه من أهله أو مواليه»[(٢)].

وفي السياق نفسه يقول أبو الحواري: «إن لمن أبرز نفسه في السوق أو في بيته أن يبيع للصبي وإن لم يسأله عن أمر وليه، وإن لم يكن كذلك فحتى يسأله على معنى قوله، إلا أنه وإن أخبره بأنه قد أرسله إلى ذلك فأمره فكأنه في نفسي من قبوله إلا أنّ يطمئن في نفسه، فيجوز في الواسع من طريق الاطمئنانة، وفي الأثر لا بأس بالشراء من الصبي لما ينادى عليه من السلع في السوق ولا في تسليم الثمن إليه، وإن كان من أهل ذلك»[(٣)].

(١) ابن جعفر: الجامع، ١٤٦/٥.
(٢) ابن جعفر: المصدر نفسه.
(٣) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٥٢/٩.

وخلاصة المسألة:

أن الفقهاء في حكم التبايع مع الصبيان والمماليك على خلاف يتلخص في أربعة أقوال.

الأول: لا يجوز مبايعة الصبيان والمماليك مطلقاً، سواء بإذن من أوليائهم أو بدونه، وهو قول البسيوي وغيره؛ لأنه لا قبض له ولا دفع.

الثاني: لا يجوز التبايع مع الصبيان والعبيد دون أمر أوليائهم، ويجوز بإذنهم.

الثالث: يجوز البيع الصبيان مع الصبيان والخدم في الأمور البسيطة كالمطعومات وما يختص بهم من حاجاتهم كلعبهم ونحوها، ولو بدون أمر أوليائهم، ولا يجوز في الأشياء الكبيرة الثمينة أو الخطيرة، كبيع العقارات والذهب والسيارات.

الرابع: يجوز التعاقد بالبيع مع الصبيان والعبيد مطلقاً في الأمور البسيطة والكبيرة والقليلة والكثيرة، فيما تعارف عليه الناس أنهم مكلفون ومبعوثون من أهلهم وأسيادهم، لمظنة تصرفهم بإذنهم.

الرأي المختار:

والحاصل أن التجارة عبارة عن عقد بين طرفين يتم بموجبه عملية البيع والشراء ويترتب عليه نقل ملكية الثمن والمثمن إلى الطرفين، ولا أظن أن الصبي والمملوك يقدر على تحمل كل مسؤولياته نحو الطرف الآخر في هذا الجانب، خاصة في الأمور الكبيرة والثمينة والخطيرة، ويضمن عيوب المبيع ويسلم من الغبن والغرر، ولذلك لا بد من تدخّل الولي والسيد لإتمام هذه العقود، حتى تكون صحيحة ونافذة، ولا مانع أن نعطي للصبي والمملوك بعض الحرية في التصرف في المال اليسير بالبيع والشراء؛ ليكون فرصة لتدريبه على تحمل المسؤولية في المستقبل، خاصة إذا تعارف الناس على ذلك بإرساله

للسـوق للشراء والبيع، بشـرط يكون ذلك تحت رقابة الأولياء، فإن حصل لهم غبن أو غرر، فمن حق الولي أن يتدخل لإصلاح العقد أو فسخه، وبذلك تكون عقودهـم فـي هذه الحالـة موقوفة حتى يتمهـا أولياؤهم، وهذا الـرأي هو الذي نرجحـه عند إرادة التعامل مع الصبيان والخـدم خاصة في الأمور الكبيرة، وقد أحسـن بعـض فقهاء الإباضية لما اشـترطوا من التجار معاملـة الصبيان والخدم مثل الكبار دون التمييز بينهم حتى نضمن عدم استغلالهم وغبنهم.

٢ ـ في نقل البضاعة إلى المشتري:

اعتـاد النـاس في بعض البلـدان أن يتولى البائع نقل بضاعة المشـتري إلى محل إقامته دون مقابل وتسمى خدمة التوصيل، وتكون داخلة في ثمن البضاعة أو مجانـاً، خاصـة إذا كانت البضاعـة يتعذر حملها على الأيـدي، كمواد البناء والأجهزة الكهرمنزلية الكبيرة كالثلاجة والتلفاز وجهاز التكييف، ولكن إذا أراد المشتري نقلها إلى بلد آخر هل يتولى حملها البائع أم المشتري؟

وإذا انتقـض البيـع أو ظهر عيب في البضاعة، فمـن يتولى ردّها إلى محل البيـع؟ بحـث فقهاء الإباضية هذه المسـألة وبينـوا حكمها اسـتناداً إلى العرف السائد في كل بلد، وقالوا إن كان من عادة الناس في ذلك البلد تكليف البائع بنقل البضاعة، فإنه يتولى ذلك بنفسـه، أو يؤجر من يحملها إلى المشـتري، أو يدفـع للمشـتري أجرة النقل والتوصيـل، وإن كان أهل ذلك البلـد لم يتعارفوا على ذلك، فإن المشـتري يتولى بنفسـه شحن بضاعته، سواء كان مسكنه داخل البلـد أو خارجـه، وهذا حسـب المتعارف عليه من عادة الناس؛ لأن مسـؤولية البائع عن البضاعة تنتهي بتسليمها للمشتري داخل محله، ولا يتحمل شيئاً منها إذا خرجت من عنده إلا في بيع الخيار، ولأن نقل البضاعة ليس تبعاً للبيع.

وردت هذه المسألة في جامع ابن جعفر في حوار بليغ بين السائل والمفتي ما نصه: «وسألته عن رجل باع لرجل جِراب تمر والمشتري من أهل البلد فأراد حمله إلى قرية، هل له ذلك؟

قال: ليس له حمل التمر إلا برأي البائع.

قلت له: فإن أذِن له بحمله إلى قرية أخرى، ثم نقض المشتري على البائع، أيكون على المشتري كراء حمل التمر؟

قال: نعم.

قلت له: فيكون عليه رده إلى البائع إن طلب ذلك البائع أو لم يطلبه، ولم يأذن له بتركه في موضعه؟

قال: إذا كان حمله بإذن البائع لم يكن عليه ردّه.

قلت له: فإن حمله من غير إذن المشتري من أهل البلد، أترى عليه كراء حمله وردّه إلى البائع؟

قال: نعم، هكذا معي.

قلت له: أرأيت إن كان المشتري من الغرباء الذين يشترون للحمل إلى القرى، فحمل التمر من غير إذن البائع إلى قرية ثم نقض البيع، أترى على المشتري كراء حمل التمر وردّه؟

قال: الذي يبين لي، أن عليه كراء حمله وليس عليه ردّه؛ لأنّه المتعارف أنّه إنما يشتريه للحمل.

قلت له: فإن حمله برأي البائع إلى قرية معروفة أو إلى بلد لم يعرفه البائع ولا اشترطه فنقض البيع، أترى حمل التمر على المشتري؟

قال: نعم، وليس عليه رده وهو للبائع في موضعه ذلك...».

وقال: للبائع أن يمنع المشتري حمل ما باع له مما هو غير ثابت البيع عليهما، ولهما أو لأحدهما نقض البيع في البلد الذي هو فيه، أعني البائع؛ لأنه يدخل عليه الضرر في حمل ماله، ولأحدهما فيه الرجعة...»[1].

(١) ابن جعفر: الجامع لابن جعفر، تحقيق: جبر محمود الفضيلات، ٥/ ١٠٠ - ١٠١.

والحاصل:

يمكن أن يستنتج من عبارة ابن جعفر أنه جعل مسؤولية نقل البضاعة من محل البائع إلى إقامة المشتري خاضعة للعرف والعادة الجارية في ذلك البلد، واشترط أن يكون البيع تامّاً، أي ليس بيع الخيار، فإذا نقضه أحد المتبايعين، تولّى رد البضاعة إلى محل البيع مَن نقض البيع.

٣ ـ في بيع الصرف:

وصورته: أن من أراد أن يصرّف ويحوّل عملة نقدية إلى أخرى، فيجب عليه أن يتفق مع الصّرّاف على نوع الصرف وقيمته في نفس الوقت ويتبادلان العملات فيما بينهما، فإذا تمت المعاملة على هذه الشروط صحت، وجاز للبائع أن يسلّم هذا الصرف إلى صاحب المشتري إذا طلب منه ذلك، ما دام قد حضر معهما المصارفة، وقد صوّر لنا الثميني هذه الصورة في سياق حديثه عن بعض المعاملات المالية التي يحكمها العرف، ولو خالفت الأصول فيقول: «وكذا من عنده دينار ومعه عبده أو صاحبه، فأتى إلى رجل يصرف منه الدينار بالدراهم فتصارفاً، فأمر صاحب الدينار من ذكر معه أن يقبض الدراهم من الرجل فدفعها له، ولم يكن صاحب الدينار قبضها، فقد تمّ الصرف بينهما ولو لم يكن غير هذا، وجاز وصحّ ما لم يتناكرا ويتناقضا في البيع، ويرجعا فيه إلى الحاكم، فإن المصارفة بيع، وتصح بمعرفة البائع والمشتري الثمن والمثمن مع الوزن والحضور...»[(١)].

تعرض ابن بركة إلى هذه المسألة وفصل فيها القول وبيّن كيفية المصارفة لمن سأله عنها، وأشار إلى جواز تسليم النقد لصاحب المشتري إذا ظهر منه الرضى وهذا نصه: «قلت: أرأيت رجلاً دفع إليّ ديناراً وسألني أن أبيع له به دراهم، فعرفته الصرف، وأوقفته على الدراهم، فرضيَ، ثم وزنت الدينار ودفعت إليه الدراهم، وانصرف من عندي كانت هذه مصارفة وبيعاً تامّاً؟

(١) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦٠ - ٢٦١.

قال ابن بركة: نعم.

قال السائل: «قلت: فما الذي يفعله أصحابنا (الإباضية) في المبايعة عليه، ويكون في يد كل واحد منهما ماله عند المصارفة، ويقول قد صارفني وشروط أسمعها منهم، ثم يتقايمان؟[١].

قال: هذه مبايعة وطلب غاية الأحكام، والذي ذكرناه هو جائز وكان عن غيره.

قال: والمصارفة هي بيع من البيوع، وإن عرف البائع والمشتري السعر والثمن، وانصرفا عن ذلك، فقد صحّ البيع والصرف.

قال السائل: قلت: أرأيت لو كان عند صاحب هذا الدينار صاحب له، أو عبد يتبعه، وأمره أن يقبض الثمن الدراهم منّي، فدفعتها إلى المأمور، ولم يقبضها هو، ولم يكن عن أمر هذا أكان بيعاً صحيحاً؟

قال: نعم، ما لم يتناكرا أو يتناقضا البيع ويرجعا فيه إلى الحاكم...»[٢].

ويستفاد من عبارة الثميني وابن بركة المتقدمة أنه يجوز بيع الصرف بشروط والمتمثلة في اختلاف الجنسين وتحديد قيمة العملة وصفتها وحضورها في العقد مع التسليم في المجلس ولا مانع من تسليم الصرف بعد تمام البيع إلى أحد رفقاء المشتري إذا أقرّ بذلك دون نكير.

٥ ـ في بيع الإقالة (خيار الرهن):

ومن البيوع التي تعارفها الناس وجرى بها العمل في معاملاتهم المالية بيع الإقالة أو بيع الخيار أو خيار الرهن أو بيع الرجوع وكلها مسميات لنوع واحد من البيوع، ويطلق عليه الحنفية بيع الوفاء وهو «عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق الترادد في العوضين»[٣].

---

(١) لعله: يريد يتتامان، ووقع التصحيف في هذه الكلمة.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص٤٣ - ٤٤.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص١١٨ - ١١٩و ٣٩٦ و٤٠٣. الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ١/ ٥٤٤.

وفسره مصطفى الزرقاء بأنه مزيج من بيع ورهن، وشبهه بالبيع: أن المشتري يملك منافع الشيء المبيع وفاء، بخلاف الرهن، فإنّه يقتضي احتباس المال المرهون عن كل تصرف، أما شبهه بالرهن، فإن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ولا نقل ملكيته إلى أحد ولا رهنه، ولا إنشاء حق عيني لأحد فيه، بل يجب عليه حفظه وصيانته، وفوق ذلك، فإنّ المشتري ملزم بردّ المبيع بالوفاء إلى البائع، متى ردّ هذا إليه الثمن، وهو معنى «الوفاء» الذي سمّي به هذا النوع من البيوع[١].

وقد ظهر هذا البيع عند الإباضية بالمشرق واشتهرت تسميته ببيع الخيار، واختلفوا في حكمه بين مجيز ومانع وبين مضيق وموسّع، فمنهم من أجازه بشروط، ومنهم من جعله بيع موقوف، ومنهم من منعه مطلقاً.

أشار الشيخ أحمد بن حمد الخليلي ـ يحفظه الله ـ إلى اختلاف الإباضية في حكمه، فقد سئل عن رجل باع بيتاً بالإقالة واستلمه المشتري، فقام بتأجيره لمن يكون العائد من الإيجار للمالك الأول، أو المشتري بالإقالة؟

فأجاب: «بيع الإقالة فيه خلاف كبير، ومن أباحه من علمائنا اختلفوا في حكمه، فمنهم من قال بأنه بيع ثابت مع بقاء شرط الإقالة للبائع، ومنهم من قال بأنه موقوف، فمن قال بثبوته قال غُنمه للمشتري وغرمه عليه، بشرط أن يكون قصده الأصل لا الغلة، وإن قصد الغلة فقد دخل في الربا، ومن قال بوقفه قال بوقف الغنم والغرم أيضاً، وإن استحق الأصل في النهاية كان له الغنم وعليه الغرم»[٢].

وقد بيّن الشيخ الخليلي ـ يحفظه الله ـ حقيقة هذا البيع وحكمه فذكر أن «بيع الإقالة من البيوع المستحدثة التي لم تكن معروفة عند الرعيل الأول من

(١) الزرقا مصطفى: المرجع نفسه.

(٢) الخليلي أحمد بن حمد: فتاوى المعاملات، الكتاب الثالث، ص٥٩.

الأمة، وإنما حدث في القرن الخامس للهجرة بسمرقند، ومن هناك انتشر في بقاع كثيرة من الأرض، وقد اختلفت فيه الأمة بين موسع ومضيّق وكان اللجوء إليه من الحيَل التي استعملها بعض الفقهاء للاستغناء به عن المعاملات الربوية الصريحة، ولا يراه حسب تعامل الناس به في عصرنا إلا رباً خفيّاً والله يعلم السرائر من عباده.

وذكر أن من الأصول المتبعة عند الإباضية وعند كثير من أهل المذاهب الأخرى سدّ الذرائع، وطبقاً لهذا الأصل فإنه يرى منعه بتاتاً من الضرورة بمكان لحماية الأمة من آفة الربا، ولا أدل على كونه من ذرائع الربا من أن أغلب عوام الناس المتعاملين به لا يعرفونه بيعاً بل يسمونه رهناً، وهو إلا دليل واضح أن المتعاملين به لم يقصدوا إلا الإقراض الذي يجرّ نفعاً باستغلال المشتري عين المبيع إلى أن يسترده البائع بالإقالة المعهودة، وفي هذا من وضوح الحقيقة ما لا يخفي على ذي لبّ من كون المشتري لم يقصد إلا الغلة.

ويؤكد أن الذين ذهبوا من الإباضية إلى أنه بيع منجز مع مراعاة شرطه، اشترطوا في جواز استغلال المشتري للعين المبيعة أن يكون قصده الأصل لا الغلة، ونصوا على أن قصد الغلة هو الربا بعينه...»[1].

وحاول الشيخ الخليلي أن يوضح الفرق بين بيع الإقالة والرهن حتى لا يلتبس على البعض فيحسبه شيئاً واحداً كما هو مشهور عند عامة الناس فيقول: «والفرق بين الرهن وبين بيع الإقالة أن بيع الإقالة نقل لملكية العين المبيعة من البائع إلى المشتري حالاً ـ عند من يقول بثبوته ـ مع بقاء حق الإقالة للبائع إلى مدة يتفقان عليها، وبعد انتهاء مدة الإقالة عند من يقول بوقفه في حال عدم مطالبة البائع بحقه في الإقالة إلى انتهاء مدتها...

(١) الخليلي أحمد بن حمد: المرجع نفسه، ص ٥٧.

أمـا الرهن هو توثيق مادي للدَّيْن بتسـليم المدين إلـى الدائن عيناً يمتلكها المديـن لتبقـى فـي يد الدائن إلى أن يسـتلم حقه مـن غير أن يسـتغلها وينتفع بريْعها، وإنما تبقى في يده ضماناً لحقه...»[١].

وتذكـر المصـادر الفقهية الإباضية أن أبا عمران موسـى بن زكرياء[٢] أجار بيع الرجوع (بيع الإقالة) وهو أول من أجازه من الإباضية، وثبت أن رجلاً باع لـه جِنانـاً بيع الرجـوع بأربعين دينـاراً، فلما حضـره الموت قـال لأولاده: «إن أعطاكم في الجنان ستين ديناراً فردوه، وإلا أمسكوا جنانكم»[٣].

ويفهـم من عبارة هذا النص أن أبا عمران موسـى بن زكرياء، تسـلّم الجنان مـن صاحبـه، وأصبـح يتصـرف فيه تصرفـاً كاملاً؛ لأنّـه اعتبره بيـع منجز يعطي للمشـتري حريـة التصـرف فيه، واسـتغلال منافعه خلافاً للرهن، كمـا أنه أوصى أبنـاءه بإرجاع هذا البسـتان إلى صاحبه عنـد حلول الأجل المتفق عليه إذا طلبه، ولكـن بزيادة في ثمنه، وهي سـتون دينـاراً، لأنه يعتبر هذا الاتفـاق عقداً جديداً يمنح له الحق في تحديد سعر البستان، ولا يلزم بإرجاعه إلى البائع بنفس القيمة.

وليـس كل ما تعارفـه الناس فـي معاملاتهم يقرّه الشـرع، فكثير من العقود جرى العمل بها بين الناس، ولكنها تتصادم مع النصوص الشرعية.

وقد سئل السالمي عمّا تعارفه القوم في بيع الخيار على أن كل ذي مال باع مالـه بيـع خيـار، ثم بدا له نقض الخيار من ماله والثمرة مـن بعدُ غير مدركة أنها للمشتري، هل هذا التعارف ثابت فيَحِل أخد الثمرة للمشتري أم غير ثابت فيحْرُم؟

---

(١) الخليلي أحمد: المرجع نفسه، ص٥٨.

(٢) موسى بن أبي زكرياء المزاتي (٤٥٠ - ٥٠٠هـ/ ١٠٥٨ - ١١٠٦م) من علماء تيجديت، وهو أحد مؤلِّفي ديوان الأشـياخ، الذي يقع في خمس وعشـرين جزءًا. يمكن أن يكون هو نفسـه أبو عمران موسـى بن زكرياء، رغم الاختلاف في عدد أجزاء الكِتَاب الذي شـارك في تأليفه. ينظر: الوسـياني: سـير، (مخ) ١/ ١١٤. ـ الشماخي: السـير، (ط.ح) ٤٣١. ـ باجية: الإباضيَّة بالجريد، ٥٦. ـ مزهودي: جبل نفوسة منذ الفتح الإسلامي (مر) ٢٩٣.

(٣) مجهول: كتاب المعلقات، ص٤٣.

فأجاب: «لعلهم جعلوا ذلك في مقابلة المدة التي مضت على دراهمه حتى لا تذهب سبهللاً فيصدق فيهم نظر المانعين لبيع الخيار حيث قالوا: إن المشتري لم يرد إلا نفس الغلّة... وما أرى عُرفهم نافعاً لهم، ولا يغنيهم عن الحق شيئاً، أتعارف فيما حرّم الله أم تعامل بالربا بعد أن حُرّم في جميع الملل، وإنّ أقل باب منه كالذي يأتي أمّه...»[(١)(٢)].

ويحذّر السالمي من اللجوء إلى مثل هذا النوع من البيوع بالتحايل على الشرع لتحقيق مكاسب مادية محرمة، ولا تنفع فيه النية الحسنة ما دام التصرف يتعارض مع الشرع، فقد سئل عن المشتري نخلة أو نخلات بالخيار وقصده الغلة؛ لأن صاحب الأصل لا يتمنى بيع القطع، ما نرى لهذا الشاري أوّلاً، الترك أم التشبث ببيع الخيار؟ وهل تنفعه نية طلب الأصل إذا كان عالماً بصاحب الأصل لا يبيع؟

فأجاب: «الخير كله في ترك بيع الخيار ولم تجزه العلماء ـ رحمهم الله ـ على هذا الأمر، الذي فعله عوامنا، وإنما أجازوه مع صحة النية وقصد الخير، فأنت تعلم أن هؤلاء لا يطلبون إلا نفس الغلة حتى أنهم لو ترك لهم الأصل، ما قبلوه وحتى أن أحدهم يقول: لا أفرط على فلان، ألاَ فالبعاد البعاد والفرار الفرار، ومن حام حول الحمى أو شك أن يقع فيه...»[(٣)]. وقد يقصد بعض

(١) يشير إلى حديث مشهور، رواه الطبراني في المعجم الكبير، من اسمه عبدالله، ومما أسند عبدالله بن عمر ﷺ، رقم: ١٣٨٣٢، ونص الحديث: «إن أبواب الربا اثنان وسبعون حوباً أدناه كالذي يأتي أمه في الإسلام»، وصححه الألباني. وفي مسند الشاميين، ما انتهى إلينا من مسند إبراهيم بن أبي عبلة، ما روى ابن ثوبان عن المصريين، رقم: ٢٤٩، عن أبي هريرة بزيادة، قال: «الربا اثنان وسبعون باباً أدناها كالذي يأتي أمه». ثم قال: «لتركبن طريق أهل الكتاب حذو النعل بالنعل». شرح أصول الاعتقاد، سياق ما روي عن النبي ﷺ في الحث، حديث: ١٢٧ عن عبدالله بن عمرو بن العاص بلفظ مختلف وزيادة، قال الراوي: حديث ثابت.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٦٨ - ٦٩.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٦٤.

النـاس إلى بيع الخيار ويسـمونه الرهن، فيلتبـس الأمر على المفتي أو القاضي عنـد النـزاع، والاختـلاف، فهناك يرى الفقهـاء أن العرف والعـادة الجارية عند الناس هو الحَكَم في مثل تلك المعاملات.

وقد سـئل السالمي عن بيع الخيار يسميه بعض الناس رهناً وإن قلت لهم لعلـه بيـع خيار قالوا لك نعم رهن بيع خيار، هل يسـع الحاكم أو المعامل أن يحكم له وعليه في ذلك المال بحكم الخيار، والمعامل أن يعامله فيه على أنه خيار أم يأخذه على فلتات لسانه أو لا؟

فأجـاب: «لا يؤخـذ في مثـل هذا بفلتات لسـانه فإنما يعامـل فيه بمقتضى العـرف والعـادة، ولا ضير في التسـمية ولا مشـاحّة فـي الاصطـلاح إذا اتحد المقصـود، ومـن قواعـد الفقه الشـهيرة، أن الأمور بمقاصدهـا، وفي الحديث: «**إنما لكل امرئ ما نوى**»[(١)]»[(٢)].

ثانياً: في الشركات:

ويتجسـد أيضـاً تحكيم الإباضية للعرف والعادة فـي مجال المعاملات في باب الشركات، ومنها:

١ ـ في شركة المضاربة:

وهـي أن يتفق صاحب المال مع العامل بأن يعمل بماله ويقتسـمان الربح والخسارة ولا يتحمل المضارب الخسارة المالية لأنه قد خسر جهده.

وعرّفهـا ابـن بركة فقـال: «أن يدفع الرجـل إلى آخر مالاً يتجـر به ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه والوضيعة[(٣)] على رأس المال»[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ٤/ ٧١، ٧٢.

(٣) الوضيعة: لعله يقصد الخسارة التي تكون في رأس المال ولا تكون في جهد العامل.

(٤) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٨٠.

وأركان المضاربة هي المضارب: وهو العامل الذي يعمل، وصاحب رأس المال، ورأس المال نفسه مع كوْن التجارة معروفة، فإمّاً أن يطلق له العنان بحيث يتجر بأي شيء في أي مكان، وإمّاً يحدد له صاحب المال ما يتجر فيه[١].

وحكى ابن بركة اتفاق الفقهاء على إجازة شركة المضاربة وجواز ذلك بالسُّنَّة، ولولا الاتفاق على جوازها لم تَجُزْ؛ لأنها أجرة غير معلومة وقال: «وهي عندي ضَرْبٌ من الإجارة وحكمه حكم الأمين، وأجمعوا أن المضارب لا خُسران عليه ولا يضمن من المال شيئاً ما لم يتعد فيه، وإن شرط عليه رب المال الضمان، فالشرط باطل»[٢].

ونقل ابن بركة عن بعض فقهاء الإباضية أنه: «إذا اشترط رب المال على المضارب ضمان المال أو ضمان بعضه، فإن المضاربة تصبح باطلة ويكون المال قَرْضاً له على المضارب والربح له بما ضمن، وقال بعضهم: إن تلف المال لزم المضارب بالشرط، وإن ربح فالربح بينهما على ما تشارطا عليه»، قال ابن بركة: «والنظر يوجب عندي ما قلنا إن الشرط باطل والمضاربة صحيحة؛ لأن رب المال لم يقصد إلى إقراضه إياه فتكون دَيْناً له عليه على ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، ولم يتعمد فيه المضارب فيلزمه الضمان على ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني»[٣].

واختلف الإباضية في نفقة المضارب وكسوته إذا اشترطها على رب المال مما في يده، فقال أكثرهم: إن الشرط ثابت وله من ذلك الوسط من الكسوة والنفقة حسب ما يجري به العمل في عُرْفِ البلد.

وقال آخرون: الشرط باطل إلا أن يشترط شيئاً معلوماً لكسوته ونفقته، وخالف ابن بركة جمهور الإباضية في صحة هذا الشرط، ونقل إجماع غير

(١) الخليلي أحمد: فتاوى المعاملات، الكتاب الثالث، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.
(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٦٨.
(٣) ابن بركة: المصدر نفسه، ٢/ ٣٦٩، ٣٦٨.

الإباضية على فساد المضاربة بهذا الشرط، وقال: «والنظر يوجب عندي ذلك؛ لأن ما شرطهُ المضارب لا يكون إلا في الزرع والربح ولا يعلم أنه يربح ولا يخسر؛ لأن الأخذ من الأصل يوجب الضمان...»[١].

وذهب الفقهاء إلى أنه يجوز للمضارب أن يشترط على رب المال أن يتجر في أجناس معلومة، وفي ضرب من التجارة معلومة، وفي بلد معلوم، وبلدان معلومة، ولرب المال عليه مثل ذلك من الشرط، وليس له أن يتعدى شرطاً رُسِمَ له، فإن تعدَّى كان ضامناً، وإن لم يشترط بلداً بعينه ولا موضِعاً بعينه كان له أن يتجر حيث شاء من المتاجرة[٢].

واختلف فقهاء الإباضية في المضاربة في بلدان يقطع فيها المضارب البحر عن بلده، فأجاز البعض ذلك مَا لمْ يشترط عليه منعه من ذلك، وقال آخرون ليس له الخروج إلى البحر إلا بأمر صاحب المال.

قال ابن بركة: «والنظر يوجب عندي أن المضارب والمضاربة المقصودة بذلك المال يراعى الحال فيهما، فإن كان المضارب معروفاً بالمضاربات إلى أماكن معروفة وجرت العادة منه في التجارة في بَرٍّ وبحر فهو على عادته»[٣].

ويرى الفقهاء أن المضارب إذا أراد بهذا المال تجارة لا تُعرَفُ بالمِصْرِ الذي هو فيه كان له الخروج إلى حيث تكون تلك التجارة، وبذلك المال ما لم يمنعه شرط.

وقالوا أيضاً: إنه ليس للمضارب أن يستعمل بالمال الزراعات وغرس الأشجار والنخيل، وشراء العقارات؛ لأن ذلك لا يعرف كله في متاجر الناس

(١) المصدر نفسه، ٢/ ٣٦٩.

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٦٩، الكندي أحمد بن عبدالله: المصنف، ج ٢٥/ ١٠٩.

(٣) ابن بركة: المصدر نفسه، ج ٢/ ٣٧٠، ٣٦٩، الكندي، أحمد بن عبدالله المصنف، ج ٢٥/ ١٠٩.

ولا يُسَـمُّون به تجَّارًا، وقد أجاز بعض الإباضية ذلك ولم يروه متعدياً إذا رأى الصلاح في ذلك لنفسه ولرب المال[١].

وأجمع الفقهاء على أنه لا يضمن المضارب الربح والخسـارة إذا لم يَتَعَدَّ في شـيء منهـا، وإذا اختلف المضارب ورب المال فـي الربح كان للمضارب ما يأخـذ مثلـه في مثل تلك التجارة في ذلك البلـد والموضع الذي يتاجر فيه، وهذا عملاً بالقاعدة: «العادة محكمة».

وذهـب بعـض الإباضيـة إلى أن لـه أجر مثله بِقَـدْرِ عنائه فـي ذلك المال وذلك البلد، فإن اختلف في الربح وكان بينهما شرط واتفقا عليه واختلفا في مقـداره، فذهـب محمد بن محبوب إلى أن على رب المـال اليمين بما يدعيه المضارب من الزيادة على ما يُقِرُّ له به، وعلى المضارب البينة بالزيادة والشرط الذي ادعاه.

وقال موسى بن علي: «إذا اختلفا في المقدار وكان بينهما شرط اختلفا فيه فإني أَرُدُّهُمَا إلى أجرة مثله بعد أن يتحالفا...»[٢].

وهكذا يتبين لنا من خلال ما ذكره الفقهاء في أحكام المضاربة وشـروطها أنهم يحتكمون إلى العادة والعرف السـائديْن في ذلك البلد في حل الخلافات الناشـئة بيـن المضاربيـن وأرباب الأموال، ومِـن هنا يظهر مَـدَى اعتبار قاعدة: «العادة محكمة» وتطبيقاتها في المعاملات المالية.

٢ ـ في الاشتراك في ملكية العقار:

ومـن صـور الشـركات: أنه لو اشـترك بعض النـاس في ملكيـة دار قديمة فاحتاجـت إلـى ترميم وصيانـة حتى يحافظ عليها وتسـتمر منافعهـا، فإن على الجميع الاشتراك في نفقات الترميم والإصلاح، ولكن لو تكفَّل أحدهم بذلك

(١) ابن بركة: نفسه، ٢/ ٣٧٠. ـ الكندي: المصدر نفسه، ج ٢٥/ ١١٠.

(٢) ابن بركة: المصدر السابق، ٢/ ٣٧١ - ٣٧٠، الكندي: المصنف، ٢٥/ ١١٠.

بعـد أنْ أَعْلَمَ الشـركاء أو فعَل دون عِلمِهـم، فهل يعتبر متبرعاً، أم له الحق في مطالبة شركائه بتعويض نفقاته على المنزل المشترك؟

اختلـف الفقهـاء في حكم هذه المسـألة، فذهب بعضهم إلـى أنه إذا قام بالترميـم بـإذن شـركائه فيجـب عليهم تعويضـه، أما إنْ كان فعـل ذلك دون مشـاورتهم، فيعتبر متبرعاً، ولا يحق له المطالبة بالتعويض، وقد ورد سـؤالاً على الشيخ بكلي عبد الرحمٰن في مثل هذه المسألة ومفاده: أن إنساناً يستحق رُبْعاً في دار قديمة فجدّد شـريكه بناءها، فهل يسـتحق الربع باعتبارها قديمة أم جديدة؟

وهـل يعتبـر ذلك الشـريك متبرعاً، وإن كانت الشـركة بيـن والد وولده أو قاصر ووصيه؟

فأجاب البكري: «لا بد من الإخبار والإعذار قبل الشروع في البناء وموافقة الشـركاء على ذلك، أما إذا اسـتبد بالأمر وجدد البناء بلا سـابق إنذار فمتبرع، وإن ادعى الدالة[1]، هذا إذا لم يكن الشركاء قاصرين، وكانوا تحت وصاية، أو كان يتصـرف في شـؤون الشـركاء عادة ولا منـازع له، فهو يعتبر نفسـه كالأب رئيساً للأسْرة بحكم العرف، يُرَاعِي لهم ما فيه صلاحهم، وقد رأى ثُمُناً (١/ ٨) في دار جديدة خير من رُبُع (١/ ٤) في دار قديمة وشيكة السقوط، ثم إن هذا كله إذا كان الشريك المجدد حيّاً وأمكنَنَا أن نعرف هل كان تجديدُه بعد سابق إنذار وموافقة؟ أم لا إخبار ولا إعذار؟

أما إذا كان ميتًا وأصبح الأمر بين ورثته وسـائر الشـركاء فمِنْ أين نَعْلَم أنه لـم يشـاور ما دام لـم يقع إحياء الحق فـي حياته، ثم ما بَالُهُم لـم ينكروا عليه تصرفه أوّل الأمر بطريقة رسمية إقامة للحجة عليه وتسجيلاً لعدم إخباره؟ وما يُدرِينَا لعله شاور فَكَتَم الشركاء الأمر لغاية في نفوسهم؟

(١) يقصد بالدَّالَّة الإدلال وهو: أن يتصرف في مال غيره بما تعارف عنده أنه إذا عَلِمَ بذلك رضي ولا يمنعه من ذلك.

وعليه فمن العدل والمروءة أن تُراعَى هذه الجوانب كُلِّهَا، فلا نهضم حقوق الشريك المجدّد، أو نهدِر أتعَابَهُ ومصاريفه تماماً، وقد أصلح ولم يفسد وزاد ولم ينقص، والأولى عندِي أن تفصل القضية بينهم صُلْحًا...»[(١)].

واقترح البكري رَحِمَهُ اللَّهُ، حَلاًّ مناسباً وعادلاً للصلح بين الشركاء المتخاصمين يُرضِي الجميع ويحفظ حقوقهم وهو: «أن الدار قديمة ونُقَوِّمها جديدة، فإذا وجدناها جديدة تساوي ضعفها قديمة مثلاً وكانت القديمة يملكها أربعة شركاء بالسوية، أعطينا كل شريك من الشركة الثلاثة (١/ ٦) في الجديدة بدل (١/ ٤) في القديمة وذلك (٣/ ٦) أو نصف الدار، وأعطينا الشريك المُجَدِّد النصف الآخر، وبذلك نكون قد أنصفنا وأرضينا كِلا الفريقيْن إن شاء الله ونرجو أن نكون في ذلك مأجورين...»[(٢)].

ثالثاً: في تحديد مقادير الموازين والمكاييل بالعُرف:

وردت عن الشارع الحكيم أسماء لموازين ومكاييل كالصاع والمد والفرَق والقسط ونحوها، ولكن مقاديرها تختلف من بلد إلى آخر، فمقادير أهل الحجاز تختلف عن مقادير أهل العراق، ولتسهيل العمل بها لجأ الفقهاء إلى تحكيم العرف الجاري به العمل في كل بلد، تخفيفًا عن الناس ورفع الحرج عنهم في أداء الحقوق والواجبات، كإخراج زكاة أموالهم ودفع الكفارات وفي مبادلاتهم التجارية كالمقايضة. قال الراشدي في هذا الشأن: «ويراعى في وزن أو كيل اختلف فيه متعاقدان عادة بلد البيع...»[(٣)].

وقد أشار ابن بركة إلى هذا الخلاف فقال: «واختلف الناس في مقدار الصاع والمد، فقال أهل العراق: الصاع ثمانية أرطال، والمد رطلان، وذهبوا

(١) البكري عبدالرحمٰن بكلي: فتاوى البكري، ١/ ٣٣٨.
(٢) البكري: المرجع نفسه، / ٣٣٩.
(٣) الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٥.

إلى خبر النبي ﷺ كان يغسل بالصاع[١]، وزعموا أنه كان يغتسِل بثمانية أرطال، وأما أهل الحجاز فلا يختلف معهم أن الصاع خمسة أرطال وثلث، والمد رطل وثلث يعرفه عالمهم وجاهلهم لكفارة الأيمان والزكاة وصدقة النسك وصدقة الفطر، وإلى هذا يذهب أصحابنا (الإباضية) وأما الفرَق فهو ستة عشر رِطْلًا والقِسْطُ نصف صَاع، فهذه مكاييل أهل الحجاز»[٢].

وفي مسألة التجاوز عن الزيادة أو النقصان في مقادير الأوزان والمكاييل يقول ابن بركة في هذا الصدد: «وفيما عليه الناس من دفع الحقوق وإبرائهم منها بالمكاييل والموازين، ونحن نعلم أن المكاييل والموازين لا تبلغ معرفتها إلى الغاية من وفاء الحق منها، على أن لا يكون هناك زيادة ولا نقصان، فإن المكاييل كلما زيد عليها لِنَصب منها، وهو مع ذلك لو حمل شيئاً لَيحمل، فقد جازت البراءة للإنسان من الحق على هذا الوصف، وهو غير يقين كما تقول من أغفل أن اليقين لا يزول إلا بيقين مثله...»[٣].

وينقل ابن بركة أن بعض علماء الإباضية كانوا يتشددون في أموال الناس ويوجبون طلب البراءة من أصحابها إن وقع منهم تجاوز، ومع ذلك فقد أجاز الزيادة أو النقصان الطفيف في الموازين والمكاييل لما جرت عليه عادة الناس في المسامحة فيها، وفي هذا تيسير للناس ورفع الحرج والمشقة عنهم.

يقول في هذا الصدد: «وكذلك ما يرجح في الموازين، ويزاد على المكاييل بعد وفائه على أن أبا معاوية[٤] قال: لا يمشي في طريق لا يعرف حَدُّهَا إلا بمقابل يقدم به، وكان الشيخ أبو مالك[٥] رضي الله عنه يخبر عن أبي عبدالله محمد بن

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ابن بركة: الجامع، ١/ ٣٠٢.
(٣) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٣٢ - ٣٣.
(٤) أبو معاوية عزان بن الصقر: تقدمت ترجمته.
(٥) أبو مالك الصلاني شيخ ابن بركة البهلوي سبقت ترجمة.

محبوب رَحِمَهُ اللَّهُ أن أبا معاوية ـ رحمة الله عليهما ـ كان يضع أصبع يده بالحائط ثم يرى ما لصق بها من غبار فيقول: هذا مال والمرء أحق بمنافع ماله وغيره، وإن قل إلا بإذن من صاحبه، والأخبار بمثل هذا عن أبي معاوية أكثر من أن يحصيه أهل زماننا هذا، فقد أجاز استباحة ما ذكرنا بقول أبي معاوية وجرت عليه العادة في تعارف الناس بينهم، فهذا يدل إنما هو علم باليقين وبالبينة العادلة، وتعمل بمثل هذا في سكون القلب..»[1].

رابعاً: في الإجارة:

١ ـ في كراء المحل:

ومن صور الإجارة المتعارف عليها أنه لو استأجر أحد داراً للسكنى فأجرى فيها بعض الإصلاحات، فتغيّر شكلها وارتفعت قيمتها، وأراد المستأجر أن يؤجر هذه الدار لغيره بإذن صاحبها، هل يحق له أخذ الزيادة التي أضافها على أجرة الكراء المتفق عليها؟

ورد على الشيخ بكلي عبد الرحمٰن سؤال في هذا الباب مفاده أن إنسانًا اكترى محل سكنى فأحْدَث فيه إصلاحات، ومن المعلوم أن المكتري إذا أرجع المفاتيح ليس له أن يطالب رَبَّ المحل بتعويض، بل يدفع المحل بلا مقابل كما هو المتعارف في قانون الأكرية، وبما أن المحل أصبحت أجرة كرائه أرفع من الأجرة الأصلية قبل الإصلاحات، فهل للمكتري أن يكريه غيره بمبلغ أرفع من الأجرة الأصلية ويأخذ فرق ما بين الكروتين؟ أم أن ذلك الفاضل حق لصاحب المحل يجب على المكتري أن يرجعه إليه رغم إصلاحه؟

أجاب البكري بما نصه: «أجاز بعض العلماء لمن اكترى محلّاً ثم أدخل عليه إصلاحات ازدادت بها قيمته ثم أكْرَاهُ بأزيد من أجرة كرائه الأصلية أن

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٢٠ - ٢١.

يأخـذ لـه تلك الزيادة، أما إذا لـم يدخل عليه إصلاحات وأكْـراهُ غيره بأزيد، فـإن في المسـألة خلافاً بين العلماء، بعضهم يثبـت الزيادة للمكتري، وبعض يوجب إرجاعها إلى رَبّ المحل[١]، وهذا ما قرره الإمام نور الدين السـالمي في جوهره[٢]:

وقيـل فـي مقتعـد[٣] الدكـان أقـعـد بـزايـد الأثـمـان
وقـال بعـض إن يكن قـد أصلحا فيـه صلاحـاً فلـه ما ربحـا

فإن للمقتعد الزيادة وقيل للأول ما استفاده».

قال البكري معقباً على كلام السالمي: «والذي أراه في استحقاق الزيادة بالنسـبة لِمَا إذا لـم يدخل الإصلاحات عليه أن نُحَكِّـمَ العُرْف الذي جَرَى عليـه العمـل في ذلـك البلد، فإن سـوَّغ لمِكتري محلٍّ أن يكريـه غيره ولو بأزْيَـد مما اكتراه من صاحبه سـواء كان ذلـك بعلم ورضاء صاحب المحل أو بـدون علمه ورضـاه، فإنّ الزيادة يأخذها المكتـري؛ لأنها نابعة من حق التصرف وقد حوله العرف إياه، أو لا يُسَـوِّغه العرف، فإنَّ تلك الزيادة إلى رب المحل؛ لأن له حق التصرف فيه وحده، اللّهُمَّ إلا أن تكون ثمة شروط بينهـا، فالشـرط حينئـذ أملـك، «ومقاطـع الحقـوق عنـد الشـروط»[٤]، قال

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣٤٣- ٣٤٤.
(٢) السالمي: جوهر النظام، ٢/ ٤٩.
(٣) مقتعد: اسم فاعل من فعل قعده وأقعده، أي أجّره وأكْرَى له وهذا المصطلح كثير الاستعمال عند العُمانيين.
(٤) رواه البخـاري، كتاب الشـروط، باب الشـروط في المهـر عند عقدة النكاح وقـال عمر: «إن مقاطع الحقوق عند الشـروط، ولك ما شـرطت» وقال المسور: سمعت النبي ﷺ ذكر صهراً لـه، فأثنـى عليـه في مصاهرته، فأحسـن قال: «**حدثني وصدقني، ووعدني فوفى لي**». ورواه سـعيد بن منصـور في السـنن، كتـاب الوصايا، باب ما جاء في الشـرط في النـكاح، حديث: ٦٣٨. وابـن أبي شـيبة فـي المصنف، كتـاب النكاح، في الرجـل يتزوج المرأة ويشـترط لها دارها، حديث: ١٢٤٦٣.

رسول الله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حَرَّم حلالًا**»[(١)]»[(٢)].

وبعد أن عرض البكري آراء الفقهاء وحُجَجُهم، وبيَّن أن الحكم في هذه المسألة يستند إلى العرف الجاري به العمل بين الناس في كل بلد، اختار أن يأخذ المستأجر تلك الزيادة لقاء ما أدخل على المحل من إصلاحات إن لم يمنعه عنها قانون الإيجار المعمول به في ذلك البلد[(٣)].

٢ ـ في الإجارة في الأعمال اليدوية:

ذكر العلماء صوراً أخرى للإجارة في بعض الأعمال اليدوية جرى العمل بها رغم وجود جهالة فيها، وقالوا لا يصح الإجارة إلا بأجرة معلوم، فإن كان مجهولاً لم يصحّ، ولكن للأجير أجر المثل باتفاق الأمة. فالصباغ الذي يصبغ الثياب فعمله مجهول، وقد أجازوه على المتامة، فإذا أفسد الثوب ضمنه.

يقول عثمان الأصم في هذا الشأن: «إن النساج الذي يعمل الثوب إذا كان الثوب بكراء معلوم، والغزل وزنًا معلوماً، وطول الثوب وعُرْضه معلوماً فقد ثبت عندهم، والعمل في الثوب مجهول، ومجهول في كَمْ يعمله الأجير، وقد أثبتوه، وإذا كان بغير وزن ولا معرفة طول ولا عُرض، فذلك أيضاً مجهول، وفي المناقضة منتقض، وإن رجع أحدهما فله الرجعة، وإن عمل بعضاً فله عناؤه، وإن أفسد النساج الثوب فله عمله، وضمن الغزْل بردِّ مثلِهِ أو قيمته إلى

(١) رواه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم ٣٥٩٤، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم ٢٣٠٩، عن أبي هريرة بلفظ: «**المسلمون على شروطهم**». ورواه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في الصلح بين الناس، رقم ١٣٥٢، عن عمرو بن عوف المزني. وقال حسن صحيح. وصححه الألباني كذلك. قال ابن حجر: «كثير بن عبدالله ضعيف عند الأكثر لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وبن خزيمة يقوون أمره». فتح الباري، ٤/ ٤٥١. حكم بضعفه في التلخيص.

(٢) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ١/ ٣٤٤.

(٣) بكلي: المرجع نفسه.

ربه، وإن عمل الغزْل على الجهالة ورضي صاحب الثوب، جاز بينهما، وإن لم يكن له أجر معلوم فله أجر مثلِهِ برأي العدول عدولاً لصنعته، وإذا اختلفوا في العمل، فالقول في الثوب والأجر قول رب الثوب، والقول في العمل قول الصانع، والبينة والأيمان بينهما إذا قال أمرتك أن تعمل لي ثوباً خماسيّاً، وقال النساج أمرتني أن أعمل رباعيّاً، فالقول قول صاحب الثوب، ويضمن الغزْل، وإن شاء رب الغزل أخذ الثوب وأعطى كراء رباعيّاً كما ادَّعَى، وكذلك الغسّال الذي يغسل الثياب مجهول ذلك، وقد عملوا بذلك وله أجر مثله، فإن ادعى تلف الثوب ضمن»[(١)].

وتنقل بعض المصادر الإباضية جملة من الإجارات على أعمال يدوية تعارفها الناس وجرى العمل بها رغم ما فيها من جهالة في الأجرة ومقدار العمل وتحديد مدته، وقد أباحها الفقهاء رغم تعارضها مع بعض شروط الإجارة الشرعية، وقالوا عند الاختلاف بين المؤجر والمستأجر يُسَار إلى أجر المثل، ومن هذه الأعمال: حفر الآبار والأفلاج واستخراج المعادن والحجامة والحلاقة والفلاحة وغيرها من الصنائع والحرف اليدوية.

جاء في «البصيرة» ما نصه: «والإجارة في حفر الأفلاج قد عملوا بذلك ودُفع الكراء، وإن كان كل يوم شيئًا معروفاً من الكراء والمقاطعة[(٢)] فقد أجازوه، وإن كانت الإجارة معلومة ومقدار العمل مجهولاً، فإذا كانت الإجارة لكل يوم شيء معلوم فقد عملوا بذلك.

وفي حفر الأفلاج وتسريح الأنهار إن كان للحافر كل شيء يوم معلوم فقد عملوا بذلك، وإن كان مقدار ما يعمل مجهولاً؛ لأنه لا يدري كم يخرج من الطين وما يحفر من باعٍ وهذا من المجهولات.

(١) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ٢١١ - ٢١٣، ٢١٥. ـ الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٩.

(٢) المقاطعة: أي قطع الأجرة يراد بها تحديد مقدارها، والقطع بفتح فسكون، مقدر قطع: وهو الفصل. ينظر: محمد رواس قلعة جي معجم لغة الفقهاء، ص٣٦٦.

وحفرُ المعادن أيضاً مجهول فإن كانت الأجرة كل يوم للأجير شيء معلوم معروف، فإن العمل الذي يعمله لا يدري ما هو؟ وهو مجهول، وقد عملوا ذلك في المتاممة، ومقدار عنائه في اليوم وهو مجهول، ولو تناقضوا لانتقض.

وأجرة الحجام مجهولة؛ لأنه لا يدري كم شرط[١]، وإنما له أجرة مثله، وقد عملوا بذلك، وحلق الشعر للحجام شيء مجهول فذلك منتقض وله مثله.

وعمل الأرض بنصيب مما يخرج منها سدس أو ربع فذلك مجهول العمل والنصيب، ومجهول ما يتوصل إليه ولا يدري ما يحصل للعامل من ذلك العوض، وقد عملوا به...»[٢].

ـ ومن صور الإجارة الجائزة أيضاً مع الجهالة: الرعْي بالأجرة لكل شهر عن شاة مبلغًا معينًا، فذلك جائز وقد عُمل به وهو من المجهولات في مسافة الراعي.

ـ وكذلك الوكيل في المال بلا أجرة جائز، وذلك أن قيامه بالوكالة مجهول، وقد عملوا به.

ـ والذي يصوغ بالكراء حُلِيًّا من ذهب أو فضة، فذلك غائب المعمول ومقدار العمل، وفيه الجهالة وقد عملوا به.

ـ وكذلك الذي يحصد الثمرة في الجرار والدوس وحصاد النخيل مجهول المقدار، وقد عملوا به، واتفقوا عليه عند المتاممة، وله عمل مثله فيما تراضوا به.

ـ والنجار الذي يقطع الخشب ويعمل الأبواب والدور مجهول المقدار، وقد أثبتوا له الأجرة وأعطوه ذلك، وإن تناقضوا فله أجرة مثله.

ـ وكذلك البائع بالمناداة مجهول أيضاً المقدارَ مِن خطوه وندائه وبيعه، وقد أثبوا له أجرته، وبائع الماء أيضاً مجهول مقدار ما يشتريه المشتري وقد أعطاه عِوضه في ذلك.

---

(١) لعله يقصد: الشرطات التي يشرطها الحجام بالمشرط ليخرج الدم.

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ٢٠٩ - ٢١٠.

ـ وكذلك الحاج بالأجرة قد جوّز له الفقهاء ذلك بالأجرة وإن كان مجهولاً عناؤه في ذلك، وأجازوا له أجرته.

ـ وكذلك من ينقل الناس في السفر بوسائله المختلفة كالجمال والحمير قديماً والسيارات والحافلات والطائرات حديثا يكون بكراء معلوم إلى بلد معلوم، وقد أثبت له الفقهاء أجرته لكن مقدار السير والنزول مجهول، وإن لم يتم الاتفاق على الأجرة كان له كراء مثله[١]. وفي مجال كراء الدواب للنقل واختلاف صاحب الدابة مع المستأجر في أجرة الكراء، فالحكم غالباً يكون للعرف والعادة يقول الجناوني في هذا الشأن: «وكذلك الإجارات على هذا الحال إن قال ربّ الدابة للمكتري كراء دابتي عشرة درهم، وقال المكتري: لا بل خمسة، ومنهم من يقول: بأن لها أجرة عنائها، وكذلك إن قال المكتري لرب الدابة كراء دابتك خمسة دراهم، وقال رب الدابة: لا بَلْ عشرة دراهم، فَسَاقها المكتري كذلك فاستعملها فكراؤها عشرة كما قال رب الدابة، ومنهم من يقول بأن له أجرة عنائها...»[٢].

والملاحظ أن في الحالة الأولى رجح الجناوني قول المكتري وهو خمسة دراهم رغم أن صاحبها طلب عشرة، وفي الحالة الثانية رجح كلام صاحب الدابة وهو عشرة ولم يعتد بكلام المكتري، ولعل ترجيحه استند إلى الواقع والعرف الجاري به العمل بين الناس أنّ مَن يُسَلِّم دابته للمستأجر رغم اختلافه معه في سعر الكراء يدل على رضاه بسعره أو رضوخه له بعد إصراره على تلك الأجرة، وبعد انتهاء المستأجر من استعمال الدابة رجع صاحب الدابة عن رأيه فطالبه بالسعر الذي رغب فيه في البداية.

أما في الحالة الثانية فيبدو أن المكتري اقترح عليه سعراً فرفضه صاحب الدابة ثم تنازل له المكتري بعد ذلك فقبل بسعره لمّا كان مضطراً لاستعمال

(١) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ٢١٢ - ٢١٣، ٢١٥.

(٢) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٨٧.

الدابـة، وهـذا كثيراً ما يحـدث للناس مع أصحاب سـيارات الأجرة في بعض الحالات العصبية كأيام الأعياد، وأوقات الليل حيث تقل المواصلات، فيستغل أصحـاب السـيارات الخاصـة هـذه الظـروف فيرفعـون أسـعارهم، فيضطـر المسـافرون إلى قبول ذلك دون رضى حتى لا يتعرضون للتأخر عن أعمالهم ومصالحهم وذويهم.

هذا وقد وضع بعض فقهاء الإباضية ضوابط للإجارة على بعض الأعمال إذا لم يشترط فيها أجرة محددة ولا جهد معيّن، فإنه يحتكم إلى العرف الجاري في تلك المهن بأجرة المثل، وعند الاختلاف على مقدارها يُلزَم بالبينة.

يقول الأصم في هذا المعنى: «والصائغ والنساج والصناع والبائع وكل من عمل بالأجرة، إذا لم يشترط له عناء معلوم ولا أجرة معروفة يتفقان عليها، فله عناء مثله وأجرة مثله، وإذا اختلفا في الأجرة كان على صاحب العمل البينة»[(١)].

خامساً: في المساقاة:

وضع فقهاء الإباضية نظاماً بديعاً لتنظيم السقي في المزارع وتقسيم المياه بيـن الشـركاء بالعدل، فمن تعدَّى ذلك عُوقِب، وإن تسـبب فـي إلحاق الضرر بغيره ضمن ما تلف.

يقـول الثمينـي فـي هـذا الصدد: «مـن أجرى مـاء إلـى أرضه في السـاقية فانخرقـت أو فـاض منهـا فأضـر غيره بذلـك، فـإن زاد فيها من المـاء ما فوق المعتـاد المتعارف من سـقي أهـل البلد، أو لم يُحْكِم السـاقية ولم يُمتِّنْها على المعتاد في مثلها، ضمن ما تولد من ذلك على غيره، وإن لم يزد في الماء على المعتـاد وقد أحكم السـاقية إحكاماً متعارفًا في مثلهـا بنظر العدول، وانخرقت من غير فعله فلا يضمن ذلك...»[(٢)].

(١) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ٢١٣.

(٢) الثميني: الورد البسام، ص ٢٨١.

ـ ومنها: أنه قد يكلف صاحب المزرعة صبيًّا ليسقي زرعه أو نخله فيسبب في ضرر غيره، فلا يضمن الصبي تبعه ذلك، بل يتابع فيها من كلفه بذلك ويتحمّل مسؤولية تصرفاته حسب ما تعارف عليه الناس في ذلك البلد؛ لأن تصرفات الصبي يحكُمُها العرف والعادة.

قال أبو سعيد الكدمي في هذا المعنى: «فأمّا الصبي فقد قيل: إنه إذا عَمِل للإنسان عملاً بأمره ولم يأمره بذلك الإنسان الذي عمله له مما قد عمله له فعله له في ماله فيما هو مباح له، فذلك جائز ولا تبعة على المعمول له ذلك، وأرجو أن هذا الذي ذكرتُ إذا استقى مما هو مباح في سقائك، والعرف والعادة أنه يوجد ذلك لاَ لَهُ، فهذا عندي جائز لك، ويجوز ذلك أن تشرب منه أنت وغيرك بأمرك إذا كان الماء لك، وكذلك العرف والعادة أن الصبي إنما هو يسقي لك من سقائك لاَ لَهُ، وإنما يستقي من ماء مباح أم من ماء غيره بأمر على سبيل الاستقاء لك، فعندي أنَّ الماء يكون لك على هذا الوجه في معنى التعارف...»[(١)].

فإذا كانت تصرفاته في المباح فلا شيء عليه، كسقَيْ الماء، أما إن أمره بسقي الماء وتجاوز الصبّي ذلك وأخذ من ماء غيره دون إذنهم فالآمر هو مسؤول عن ذلك، وعليه ضمان ذلك.

ويشترط عثمان الأصم للانتفاع من ماء الغير ألا يكون في حِصن، فإن كان كذلك فيجب عليه استئذان أصحابه في الاستقاء حتى ولو كان ماء الفلج المشرك؛ لئلا يصبح ذلك اعتداء. يقول في هذا المعنى: «لا يجوز لأحد أن يمنع من الاستقاء من الأطوي حيث الحاجة إليها، وليس لأحد أن يدخل الحصون بغير رأي أهلها في الاستقاء، ولا في غيره، ولا يجوز أن يستقي من الأفلاج إلا برأي أهله من الفائض من الوسل، إلا أن يكون ذلك مباحاً،

(١) الكدمي أبو سعيد: الجامع المفيد، ٢/ ٢١٣ - ٢١٤.

لا يتمانعه أهل البلد فيما بينهم، ولا يصرفه صاحب المال إلى ماله، فعند ذلك جائز، وما فاض من الأجايل وصار إلى حد التلف والذهاب من أهله، فجائز الانتفاع به...»[١].

سادساً: في الهدية:

٣ ـ في حكم قبول الهدية:

جرت العادة أنه إذا قدّم أحد هدية لغيره وكان بينهما رابطة تربطهما، كالقرابة أو الصداقة، قَبِلها منه توطيداً لتلك العلاقة، سواء قدمها بنفسه، أو أرسلها مع رسوله، فإنه يقبلها دون ريبة، ولكن لو جاءت هذه الهدية من شخص مجهول، أو من عدو، أو قُدمت لِحاكم أو قاض أو وال، فلا يجوز له أخذها للشبهة، فقد تكون تقية أو رشوة أو خديعة يترتب عليها ضرراً في نفسه أو دينه، وهذا ما تعارف عليه الناس، وجرى العمل به، وأقره أهل العلم.

قال الثميني: «ومن التعارف أيضاً قبض الهدية من رسول المهدي...»[٢]، ويقول في موضع آخر في بيان حكم الهدية: «وفي رد ظرف الهدية، وقبول القاضي الهدية ممن جرت العادة بينه»[٣] وبينه بها قبل الاستقضاء، قال في النيل: «ولا يقبل هدية إلا من قريب أو صديق معتاد»[٤].

ويشير ابن بركة إلى هذه المعاني في سياق حديثه عن تحكيم العلماء للعرف والعادة في المعاملات الجارية بين الناس إذا أعوزهم الدليل من كتاب أو سُنَّة: «ومما يدل على جواز ما قلنا: الإجماع من الأمة على جواز أخذ

---

(١) المصدر نفسه، ١/ ١٤١، ١٤٠.

(٢) الثميني: الورد البسام: ص ٢٦١.

(٣) عبارة ناقصة تحتاج إلى استكمال لفهم المعنى المراد.

(٤) الثميني ضياء الدين: النيل وشفاء العليل مع شرح القطب، ١٣/ ٧٦. ـ وينظر: الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٥.

الهديـة التـي هي مـال من غير بينة، بـل قالوا جميعاً: إن جـواز أخذها، وزوال ملكها عن مهديها، وحدوث ملكها لمن أهديت إليه بسكون القلب إلى صدقه من صبي أو عبد أو ذمي مع سكون القلب بالرسالة، أو دليل يدله على ذلك، ولو لم يذكر الرسول عند المهدى شيئاً، ألا ترى أنهم أجمعوا جميعاً لا خلاف بينهم أن المهدي إليه لو أنكرها قلبه، ولم يكن في نفسـه ما يدله على صدق الرسـول بهـا، أو رأى أن صاحبهـا ليـس بينه وبين المهدي إليـه ما يوجبها لم يحل له أخذها...

ألا ترى أن الإنسان لو وصل إليه إنسان بشيء مما هو مال، فذكر أنه هدية لـه مـن عند من كان بينه وبينه قتـال أو مخاصمة على مثل شسـع[١] نعل قَبْلَها بيوم، لأنكر ذلك قلبه، وظن أنها أهديت إلى غيره، فغلط الرسول، أو بعثه بها إلـى من كان أعانه عليه بالأمس فـي حال مقاتلتهما، فليس له أن يأخذها؛ لأن العادة جرت بأن الإنسان لا تسمح نفسه لعدوه من ماله (بأقل شيء)، وإجماعهم على أخذها مع سكون قلب المَهدِيَةِ إليه ما يوجب إليه صحة الرسالة»[٢].

ـ ويضيف ابن بركة دليلاً آخر يؤكد على أن قبول الهدية يكون حسب ما جرى به عرف الناس وعادتهم، وذلك بسكون القلب، وهذا يظهر في موسم جنيِ التمور حيث يتهادى الناس بالتمور والرطب ويتسـابقون في هذا الإكرام طمعاً في الأجر والثواب وتوثيق الصلات بينهم يقول ابن بركة: «ويدل على ما قلنا أيضاً ما الناس عليـه فـي أيام غير القيظ[٣] أن رجلاً لو وصل إليه رجل في مال[٤] لا يملكه فدفع

(١) شِسْـعُ مـن فعل (ش.س.ع) والشِّسْـعُ واحد وشُسُـوع النعل التي تُشَـدُّ إلـى زمامها...ينظر: إيضاح مختار الصحاح أبو بكر الزازي، ص٢٢٢.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ١/ ٣١.

(٣) القيـظ: حَمّـارة الصيف وأصلـه: (ق، ي، ظ) و(قاظ) المكان و(تقيـظ) به أقام به في الصيف والموضع(مقيـظ) و(قـاظ) يَومُنَا اشـتد حَرُّهُ، ينظر: أبو بكر الـرازي، إيضاح مختار الصحاح، ص٣٦٩. وهذا المصطلح يستعمل في عُمان بكثرة للدلالة على المعنى.

(٤) المال: يقصد به المال الأخضر وهي أشجار النخيل.

إليه شيئاً من الطعام، لم يجز له أن يأخذه منه لِعلمه بأنه غير مالك له، ولو كان ذلك في أيام القيظ وجد هذا الرجل الدافع إليه ذلك المال، وقد عمل عريشاً وهو يخرف[١] ويَجدّ[٢] لكان له أن يأخذ منه من تلك التمرة، وما دفع إليه منها، وإن كان غير ثقة إذا كان صاحب المال في المِصْر، وحيث تناله ـ نسخة ـ تبلغه الحجة، ويصل إليه الخبر، وهذا إنما يرجع في العلم بجواز سكون القلب؛ لأن العريش والنزول، وبسط اليد يدل على شراء التمرة وتملكه لها، فهذا ونحوه مما يعلم بسكون القلب، ويعمل به كما يعمل باليقين...»[٣].

ويستدل ابن بركة على جواز قبول الهدية ممن تربطه به علاقة لا شبهة فيها أن الله كلفنا بعبادات نلتزم بها استنادًا لما تسكن به نفوسنا، وكذلك ثبت عن الرسول ﷺ أنه يأمر بالهدية بين الناس ويقبلها.

جاء في كتاب التعارف ما نصه: «ويدل على أن الله تعالى تعبّدنا بعبادات أمرنا بإنفاذها والعمل بها، أخذها بدليل سكون القلب، وفي الهدية دليل لا يدفعه دافع؛ لأن فيها سُنَّة مشهورة بقول النبي ﷺ: «**تهادوا تحابوا**»[٤]،

(١) خرف الثمار: اجتناها وبابه نصر والتمر، مخروف، ينظر: الرازي إيضاح مختار الصحاح، ص ١١٤.

(٢) جدَّ يجد، وأصله (جدد) وجد الشيء: قطعه وبابه ردَّ، وثوب جديد وهو في معنى مجدود يراد به حين جدّه الحائك أي قطعه. ينظر: أبو بكر الرازي إيضاح مختار الصحاح، ص ٦٢. وفي نفس المعنى(جذَّه) بالذال المعجمة وأصله(ج ذ ذ)بمعنى كسره وقطعه وبابه رَدّ و(الجذاذ) بضم الجيم وكسرها ما كسر منه والضم أفصح، وعطاء غير (مجذوذ) أي غير مقطوع... يراجع: الرازي إيضاح مختار الصحاح، ص ٦٣.

(٣) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٣٦، ٣٥.

(٤) رواه البيهقي في الكبرى، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، رقم ١١٧٢٦، والبخاري في الأدب المفرد، كتاب المريض، باب قبول الهدية، رقم ٥٩٤، عن أبي هريرة. العراقي: «أخرجه البخاري في كتاب الأدب المفرد والبيهقي من حديث أبي هريرة بسند جيد». تخريج أحاديث الإحياء، ٢/ ٤١.

وقولـه عليه السلام : «**لـو دُعيـتُ إلى دَاعٍ لأجبتُ ولـو أُهدِيَ إليَّ لَقبلـتُ**»[١] حتى قال بعض أهل العراق: إن قبول الهدية فرض واجب...»[٢].

ووردت عن فقهاء الإباضية نصوص عديدة تمنع الحكام والقضاة والولاة من قبول الهدية من الناس؛ لأنها من باب الرشـوة ورخص بعضهم إن جاءت هـذه الهدايـا ممـن عادته فعل ذلـك قبل أن يكـون المُهدَى إليه مسـؤولاً على المسلمين أو ما يكون بين الأقرباء من باب صلة الرحم.

نقـل ابن جعفر فـي جامعه جواباً عن الفضل بـن الحواري[٣] رحمه الله يقول فيـه «وليـس لحاكـم من إمـام ولا قـاضٍ ولا والٍ أن يقبل من رعيتـه الهدية إلا مَـن قـد كان يجـوز بينهما من قبل، إلا من والـد أو ولد أو أخ أو عمّ أو خـال أو جـد أو ولـد أو مثل ذلـك يجوز له، وقد فسـر أهل التفسـير قول الله تعالى: ﴿أَكَّـٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾ (المائدة: ٤٢) أنه الرّشاء، وبلغنا أن المختار[٤] رحمه الله قال في كلام له وهو يعيب الجبابرة، سَـمُّوا الخمر طلاء فشـربوها، والرشـا هديـة فأكلوهـا، فأمـا من لـم يكن حاكماً أو سـبب من السـلطان يجوز أمره ونهيه وحكمه، فالهدية جائزة بين المسـلمين والأرحام والناس، إلا أن يَعْنِي المسـلمين عناية في حرب أو سـفر أو غيره فتعينهم الرعية لعامة المسـلمين فـي معناهم، فذلك جائز من طعـام أو غيره، فإن قبل هدية، فعليه أن يردها،

(١) رواه البخـاري، كتـاب الهبة وفضلها والتحريـض عليها، باب القليل مـن الهبة، رقم ٢٤٢٩، عن أبي هريرة، بلفظ: «**لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدي إلي كراع لقبلت**». والترمذي: كتـاب الأحـكام عن رسـول الله ﷺ بـاب ما جاء في قبـول الهديـة وإجابة الدعـوة، حديث: ١٢٩٥ عن أنس بن مالك قال: قال رسـول الله ﷺ: «**لو أهدي إلي كراع لقبلت، ولو دعيت عليـه لأجبـت**». وفـي الباب عـن علي، وعائشـة، والمغيرة بن شـعبة، وسـلمان، ومعاوية بن حيدة، وعبدالرحمٰن بن علقمة: وقال: حديث أنس حديث حسن صحيح.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٨.

(٣) ينظر: ترجمته في جامع، ابن جعفر، ٢٦٦/٤، هامش رقم ١.

(٤) ينظر: ترجمته في جامع ابن جعفر ٢٦٦/٤، هامش رقم ٢.

فإن كان قد أتلفه رَدّ مثله أو ثمنه (لعله أراد تلفها رَدّ مثلها أو قيمتها)[١] وقد فعل ذلك الصلت بن مالك حين خرج إلى بُهلا في أمر خثعم[٢] فقبل الهدايا على عهد بقايا من الأشياخ، فأُمر ببعث أثمانها إلى أهلها وبعث بها إليهم...»[٣].

فهذا النص يؤكد لنا حرمة أخذ الحاكم للهدايا إلا في حالات خاصة مثل: أن يكون في سفر أو حرب فينزل عند قوم فيقدمون له هدايا إكراماً له، فيجب عليه ردها فإن انتفع بها ضمن لهم قيمتها.

جاء في جواب أبي المؤثر الصلت بن خميس إلى الرجل الذي قدم بيت الله الحرام واستشاره في الوصول إلى عُمان قال: وسألتَ عن قاضي قضاة المسلمين يقبل هدايا الناس ويستلف منهم ويبيع أو يشتري ما منزلته؟

فأجابه: «فأما الهدايا فليس لقاضي المسلمين قبولها من الناس إلا أنّ بعض المسلمين قد رخص في قبول هدية من تجري بينه وبينه المهاداة قبل أن يدخل القضاء فأما غير ذلك فلا، ومنزلته في قبول الهدايا خسيسة، ولا نتقدم على البراءة منه، غير أنه يُنهى عن ذلك، فإن كانت تلك الهدايا مما يبلغ به إلى تضييع حق أوجبه الله هلك بذلك وبُرئ منه إلا أن يتوب ويرد ما أخذ عن ذلك، وذلك من السحت وهو حرام حرمه الله...»[٤].

---

(١) يلاحظ كأن هذه العبارة من تفسير أحد الشراح للنص وليست من كلام الفضل بن الحواري.

(٢) جاء في جامع ابن جعفر ما نصه: «وقد كان إمام المسلمين بعُمان الصلت بن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ سار مسيراً يريد به حرب رجل بغى على المسلمين يقال له خثعم، فنزل قرية يقال لها بُهلا وهي من عمله، فأهدى إليه أهلها هدايا من الطعام فقبلها وأكلها الناس، ثم رجع الإمام وبعث إلى الباغي سرايا، فلما رجع إلى منزله أمره فقهاء المسلمين برد تلك الهدايا فحسب قيمتها وردها إلى أهلها» ينظر: ابن جعفر، الجامع، ٤/ ٢٦٥.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٦٥.

(٤) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٦٤.

ويضيف أيضاً في السياق نفسه: «واعلم أن من قبِل هدايا الناس شيئاً من حكام المسلمين فعليه رد ذلك إلى أهله، إلا ما قد أعلمتكَ من ترخيص من رخّص من الفقهاء فيمن كان يهاديه قبل ذلك...»[١].

ويؤكد أبو عبدالله محمد بن محبوب (من علماء الإباضية) هذا الحكم ويعتبر قبول الهدية من الحاكم رشوة محرمة يجب ردها والتوبة من ذلك، وفي ذلك جواب له إلى أهل المغرب عن سؤال يقول فيه: «وعن الإمام والقاضي أو العامل يقبل الهدايا من رعيته وينتصف منهم ويكون لمن أُهدي إليه عندهم منزلة ليس لغيرهم، هل لذلك من سيرة أهل العدل؟» فكان جوابه: «فإن الذي أخذناه من أسلافنا العلماء أن الإمام والقاضي والوالي لا يجوز لهم الهدايا ولا يقبلونها إلا من كانت بينه وبينهم الخلطة متقدمة من قَبْل الإمامة والقضاء والولاية، فذلك لا بأس عليهم أن يتموا على مخالطة أولئك، فأما ما كان من بعد ولِايتهم فلا يجوز لهم قبوله، فإن قبلوه قبولاً يعتذرون فيه بعذر يقبله المسلمون منهم قبلوا معاذيرهم، وإن كانوا يقبلون ذلك من أوجه الرِّشا على الحاكم، فإنه يُنصح لهم في ترك ذلك، فإنه ليس من أخلاق المسلمين، فإن قبلوا النصيحة قبِل ذلك منهم، وإن أبَوْا كان ذلك منقضاً لهم عند المسلمين ولو استدلوا بهم وأزالوهم عن أمر المسلمين كانوا أهلاً لذلك، والرّشا في الحكم حرام، وقد فسر المسلمون قول الله تعالى: ﴿أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾ (المائدة: ٤٢) قالوا: أكالون للرشا»[٢].

وذكر في جوابه أيضاً أنه يجب على الحاكم ردّ الهدايا إلى أصحابها؛ لأن من شروط قبول التوبة الإقلاع عن المعصية وقبول الحاكم للهدية معصية تستوجب التوبة، إلا إن ترك الحكم فيجوز له قبولها، وهذا نصه: «وقلتم: إن

(١) ابن جعفر: المصدر نفسه.

(٢) ابن جعفر: نفسه.

تاب فهل عليه أن يرد ما كان يهدي إليه الناس، فإنا نرى ذلك له وعليه، إلا أن يـزول عـن الحكم فيطيب الناس له نفسـاً فعسـى أن يسـعه ذلـك، فأما ما كان حاكماً فعليه رد ذلك...»[١].

وسـئل ابـن محبوب أيضاً عن قبـول العالمِ الهدية ممـن يعلّمهم، فرخص لهـم فـي قبولها ما دام لم يتسـبب فيهـا، كأن يطلبها صراحـة أو تلميحاً مقابل ما يبذل من جهد في نشر العلم للناس، فإن فعل ذلك تحرم عليه.

وهذا ما يفهم من جوابه لأهل المغرب لما سـئل عن الرجل إذا كان عنده علـم وفقه فجعـل الناس يكرمونه ويهدون إليه وهو يظـن إنما يفعلون به ذلك من أجل العلم، هل عليه في ذلك بأس؟ فأجاب: «فنرجو أن لا بأس عليه ما لم يتسبب ـ لعله ما لم يكن بسبب السلطان ـ [٢]، أو كان لا يعلّم علمه إلا لطلب الدنيـا فلا يحل له ذلك، وقد كان الأشـياخ المسـلمين والعلمـاء تأتيهم الهدايا والصـلات والكرامـات مـن إخوانهم من الآفـاق إلى مكة فيقبلونهـا، وإن كان ذلك من وجه الكرامة والصدقة عليه فلا بأس ما لم يكن بموضع سلطان، فإن السلطان لا يجوز له الهدية إلا فيمن كان يُهدى إليه من قبل سلطانه، هذا وأهل العلم لهم تنزّه عن هذا إجلال العلم عن الدنيا ولو كان حلالاً، ففكِّروا في هذا وانظُروا في قول من يرخص في الهدية، ولو كان سلطان في الحق»[٣].

هـذا وذهـب بعض أهـل العلم إلى أنه «يسـتحب لمن كان له سـلطان في الحـق إذا قبِـل هدية ممن عَوّده الإهداء قبل أن يكون له سـلطان في الحق من صديق أو من أخ أو رحم أن يكافيه عما أهداه إليه إذا لم يمكَّن من ذلك؛ لأنه يرى أن ترك المكافأة من التطفيف»[٤].

---

(١) ابن جعفر: نفسه.

(٢) يلاحظ كأن هذه العبارة من تفسير أحد الشراح للنص وليست من عبارة ابن محبوب.

(٣) ابن جعفر: المصدر نفسه، ٤/ ٢٦٢.

(٤) نفسه: ٤/ ٢٦٢ - ٢٦٣.

مجمل القول:

وهكذا من خلال نصوص العلماء الأجلاء يظهر أنه كانت لهم نظرة ثاقبة في عدم قبولهم هدايا الحكام أو الرعية حفاظاً على عزة النفس؛ لأنهم يعلمون بنظرتهم أن قبول الهدايا يحتاج إلى نوع من المهادنة وغض الطرف عن الأخطاء كما هو حاصل هذه الأيام ـ نسأل الله العافية ـ فالأصل أن أهل العلم ينزِّهون العلم عن الدنيا وإن كانت الهدية لهم حلال كما يرى ابن محبوب، وكيف من كان له سلطان في الحق يأمر بالمعروف وينهى عن النكر ولا يخشى في الله لومة لائم.

والحاصل أن قبول الهدية تخضع إلى العرف والعادة الجارية في الناس ما لم تتصادم مع النصوص الشرعية أو تؤدي إلى شبهة وريبة.

سابعاً: في اللقطة:

تُعرَّف اللقطة عند أهل اللغة بأنها: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات وهي: اللقْطة ساكن القاف: المال الملقوط، أو اسم الشيء الملتقط، ومفتوحها: لُقَطة: اسم الرجل الملتقط، ولُقاطة: بضم اللام: الكثير الالتقاط، ولَقَط بلا هاء وفتح اللام والقاف: أي أمسك[١].

وعرفها بعض الفقهاء بأنها: المال الساقط لا يعرف مالكه[٢]، وقيل: هي مال معصوم عُرِض للضياع، وعند ابن جزي: كل مال معصوم معرض للضياع في عامر أو غامر[٣].

وقد بيَّن الفقهاء كيفية تسلّم اللقطة، فذكروا أن على صاحب اللقطة أن يذكر الوكاء والعفاص، أي الكيس والخيط الذي ربطت به، وعدد النقود

(١) ينظر: النظم المستعذب شرح غريب المهذب، ١/ ٤٦٦. ـ يراجع: المؤلف ـ والمطلع على أبواب المقنع، ص ٢٨٢.

(٢) الكسائي: بدائع الصنائع، كتاب اللقطة، ١٤/ ٧٤.

(٣) ابن جزي: القوانين الفقهية، ١/ ٢٢٣.

ونوعها، ويجب أن يكون الملتقط عالماً بذلك حتى يؤدي الحق لصاحبه، فلا تعطى لكل من يعرّفها، بل عليه أن يستوثق حتى يقع مع صاحبها الحقيقي، ولا يقع مع محتال، فلا يسلمها إلا لمن ذكر جميع الأوصاف.

واشترط الفقهاء أن يعرفها مدة كافية واختلفوا في مدة تعريف اللقطة، فقال بعضهم: إذا كانت قيمتها ثلاثة دراهم فصاعداً عرفت سَنة، وإن كانت قيمتها درهمين عرفت بشهرين، وإن قيمتها درهماً أو أقل عرفت شهراً، وهو أكثر القول وعليه العمل عند الإباضية[١]. وذهب عثمان الأصم إلى أنه «إن كانت قيمتها ثلاثة دراهم عرفها ثلاثة أشهر حتى تكون قيمتها أربعة دراهم إلى ما أكثر فيعرفها بسنة»[٢].

نقل ابن جعفر في «الجامع» أقوال الإباضية في تحديد مدة اللقطة فقال: «ومن لزمته اللقطة عرفها سنة، وسأل عن صاحبها فإن قدر عليها باعها واجتهد وتصدق بثمنها على الفقراء، فإن جاء صاحبها خيّره بينها وبين الأجر، فإن طلبها فعليه له غرمها، وقالوا: إن كانت شيئاً يسيراً لم يكن عليه أن يعرفها سنة ويعرفها ما فتح الله له، فإن لم يجيء صاحبها تصدق بها على فقير أو ثمنها، وكل ذلك جائز، قال أبو المؤثر: اللقطة مختلفة فيها، منها ما يُعرّف سنة، ومنها ما يعرف أقل، ومنها ما يعرّف أكثر على قدر عظم اللقطة ودناءتها...»[٣].

ولعل الذين أوجبوا تعريف اللقطة لمدة معينة استندوا إلى الحديث الذي رواه أبيّ بن كعب إذ يقول: «التقطت على عهد رسول الله ﷺ مائة دينار فأتيت بها رسول الله ﷺ فقال: «**عرِّفها سنة فعرَّفتها سنة، ثم أتيته فقلتُ قد عرفتها سنة، فقال: عرّفها سنة أخرى، فعرفتها سنة أخرى، ثم أتيته في الثالثة فقال: أحصي عددها ووكاءها واستمتع بها**»[٤]».

(١) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٤٠.

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٦.

(٣) ابن جعفر: المصدر نفسه، ٣/ ٢٤٠.

(٤) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، رقم ٢٢٩٤، ومسلم، كتاب اللقطة، رقم ١٧٢٣، عن أبي بن كعب.

وجاء عن علي بن مرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**من التقط لقطة يسيرة درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك، فليعرّفه ثلاثة أيام فإن كان فوق ذلك فليعرفه سنة**»[١]. فهذه الأحاديث تدل على أن مدة التعريف تتفاوت من لقطة رخيصة إلى لقطة ثمينة.

واشترط الفقهاء أن يعرف اللقطة حيث يكون تجمّع الناس من الأسواق والمساجد حتى يصل خبرها إلى من ضاعت له، وطريقة التعريف أن تقول: من ذهبه شيء؟ لا يخبر بها فيقول من ضاع له كذا وكذا؟ ومن جاء بتعريفها دفعت إليه، فقيل بعلامة واحدة تدفع إليه وقال من قال: لا يدفع إلا بالثلاثة[٢].

وقد استدل الفقهاء على جواز التقاط اللقطة وتعريفها من السنة من ذلك، ما ورد عن زيد بن خالد الجهمي أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن اللقطة قال: «**أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**، قال: فضالة الغنم؟ قال: «**هي لك أو لأخيك أو للذئب**»، قال: فضالة الإبل؟ قال: «**ما لك ولها، معها سقاؤها، وحذاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها**»[٣]، وفي رواية «فإن لم يعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوم من الدهر فادفعها إليه»، قال: يا رسول الله: «فضالة الغنم؟ قال: **خذها فإنها هي لك، أو لأخيك أو للذئب**»، قال فضالّة الإبل، قال: فغضب رسول الله ﷺ حتى

---

(١) رواه أحمد، مسند الشاميين، حديث يعلى بن مرة الثقفي عن النبي ﷺ، رقم ١٧٦٠٢، والبيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة، رقم ١١٨٨٠. قال ابن حجر: لم يصح لضعف عمر. تلخيص الحبير، ٣/ ٧٤. وقال البيهقي: «تفرد به عمر بن عبد الله بن يعلى، وقد ضعفه يحيى بن معين، ورماه جرير بن عبد الحميد وغيره بشرب الخمر».

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٦.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب في اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها ـ حديث: ٢٣١٩ عن زيد بن خالد الجهني. ومسلم، كتاب اللقطة، حديث: ٣٣٣٣.

احمـرت وجنتـاه أو احمر وجهه ثم قال: «**ما لك ولها معها حذاؤها وسـقاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها**»[(١)].

وكتـب عمر بـن الخطاب رضي الله عنه إلـى عمالـه: لا تعرضوا للضـوال، فكانت تتناتـج همـلاً ترد الميـاه، فلا يعرض لهـا»[(٢)]، وقال الربيع بـن حبيب رحمه الله من قبض ضالته فهو لها ضامن إلا أن يموت أو يأكلها سبع مِن غير ضياع[(٣)].

ولكـن هـل يضمن اللاقط اللقطـة إذا أعطاها للفقير فظهر صاحبها؟ سـئل السالمي بما يشبه ذلك: عن قولهم في اللقطة إذا عرفها اللاقط إلى الحد الذي قـدر لهـا، ثم أعطاها الفقراء أنـه يضمنها لربها إذا ظهـر ما وجهه مع قوله ﷺ لزيد بن ثابت بعد تعريف اللقطة: «**هي لك وهي مال الله يؤتيه من يشاء**»[(٤)] ولـم يأمر بضمانها؟

فأجابه: «الله أعلم وعندي أنه لا يلزمه ضمانها لهذا الحديث، لأن إعطاءها

---

(١) متفـق عليـه، واللفـظ لمسـلم، رواه البخـاري، كتاب في اللقطـة، باب ضالة الإبـل، حديث: ٢٣١٧ عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال: جاء أعرابي النبي ﷺ، فسأله عما يلتقطه... وذكر «فتمعـر وجه النبي ﷺ،» بدل «فغضب». ومسـلم، كتاب اللقطـة حديث: ٣٣٣٥ عن زيد بن خالد الجهني. قال مسلم: «زاد ربيعة: فغضب حتى احمرت وجنتاه».

(٢) رواه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف ـ كتاب اللقطة، حديث: ١٧٩٤٤ عن عمر بن الخطاب بلفـظ: عـن الزهري، قال: كتـب عمر إلى عمالـه: «لا تضلوا الضالة أو الضـوال» قال: «فلقد كانـت الإبل تتناتج هملاً، وترد الميـاه ما يعرض لها أحد، حتى يأتي من يعترفها، فيأخذها»، حتى إذا كان عثمان كتب أن «ضموها، وعرفوها، فإن جاء من يعرفها، وإلا فبيعوها، وضعوا أثمانها في بيت المال، فإن جاء من يعترفها، فادفعوا إليه الأثمان».

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٤٢.

(٤) لـم نقـف عليـه بهذا اللفـظ، وقد روى البخـاري، كتـاب اللقطة، باب ضالـة الإبل، عن زيد بن خالد الجهني قال: «جاء أعرابي النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال: **عرفها سنة ثم احفظ عفاصها ووكاءها فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاسـتنفقها**». وروى أحمد، مسـند الشـاميين، حديث عياض بن حمار، رقم ١٧٥١٦، بلفظ: «**إن لم يجئ صاحبها فإنه مال الله يؤتيه من يشاء**».

الفقـراء خلاص منها، ولولا ذلك لما جاز تسـليمها إليهم والخلاص لا يتكرر مرتيـن؛ لأنـه إذا كان الأول خلاصاً، فالثاني تحصيل للحاصل، وإن كان الأول غيـر خلاص فلا معنى لفعله، ولعل القائلين بالضمان رأوا أنه مال مملوك وأن مالكه أحق به إذا ظهر، وجعلوا إنفاذه إلى الفقراء خلاصاً مشروطاً بعدم ظهور ربه، فإن ظهر كان في حكم الخطأ في الأموال «والخطأ في الأموال مضمون»، قلنا ليس لربها فيها شـيء بعد أن حكم الشـارع بأنها لغيره وأنها مال الله يؤتيه من يشاء»[(١)].

ولا ريب أن ما ذهب إليه السـالمي أقرب للصواب؛ لأنه يسـتند إلى النص الثابت عن الرسول ﷺ وفيه التيسير ورفع الحرج عن الناس.

وفي حديث آخر سـئل رسـول الله ﷺ عن اللقطة: الذهب أو الورق فقال: «**أعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها، فإن لم تكن تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدِّها إليه**»[(٢)].

وقـد تعرضـت المصادر الإباضية إلـى حكم اللقطة وكيفية تسـليمها ومدة تعريفهـا، وجعلـوا العـرف والعادة حَكماً في معرفة من تدفـع إليه إذا تعدد من يطلبهـا وكثـرت أوصافهـا، وقالوا: ويعرف صـدق المدعي لها بما تسـكن إليه النفس وما تعارف عليه الناس في شأنها[(٣)].

يقول ابن بركة في هذا الصدد: «ومما يدل على ذلك السُّنَّة المجتمع عليها في اللقطة أنها تدفع بعلامة يأتي بها المدعي لها، وفي قول رسول الله ﷺ عن سـؤال السـائل: «**أمارتها عفاصها ووكاؤها**»[(٤)]. وفي خبر آخر عنه ﷺ أنه قال:

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ١٥٢.

(٢) رواه مسـلم، كتـاب اللقطـة، حديـث: ٣٣٣٥ عـن زيد بـن خالـد الجهنـي. وأبـو عوانـة في المستخرج، مبتدأ كتاب الأحكام، باب الخبر الدال على أن الملتقط لقطة، حديث: ٥١٩٠.

(٣) الثميني: الورد البسام، ص ٢٦١. ـ السالمي، المرجع نفسه، ٤/ ١٢٧.

(٤) تقدم تخريجه.

«**وعاؤها ووكاؤها**»[١]. والأمارة هي العلامة، وقد جاز أن يدفع المال الكثير في العلامة، والصدق بذلك سكون القلب، كما يجوز تسليمها بالبينة العادلة، وإن قال قائل: لم قلت إن تسليم اللقطة بسكون النفس دون أن يكون ذلك يقيناً بالسُّنَّة؟

قيل له: إنما أمِرْنا بذلك على وجه التعبّد بسكون قلوبنا في تصديق المدعي لها بها عنده من السّر الذي لا يجوز أن يتحرى غيره فيوافقه، إلا كان ذلك نادراً في الناس، والنادر لا يعتمد عليه ولا يحتج به؛ لأن اللقطة إذا جاء مزيد عليها من العلامات التي لو رام الإنسان أن يتحرى إصابتها بالتخريص والظن، لَبَعُد ذلك عليه، ولم يتفق ذلك له، فالقلب يسكن إلى صدقه بخروج هذا عن عادة الناس، ولذلك جاءت السُّنَّة به، وبالأمر بتسليمه فمن أتى بعلامة جاءت بها السُّنَّة، ومما كان في معنى السُّنَّة مما تدل على صدق مدعيها جاز الدفع بذلك، وصح بما جاء، وقلنا إنما تسكن إليه النفس ويطمئن إليه القلب، ويشهد تصديقه كالعلم به...»[٢].

ويضيف ابن بركة بأن السُّنَّة شاهدة أيضاً بما قلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لرجل من أصحابه عند سؤاله إياه: «**يا وابصة استفت نفسك**»[٣]. فأمره النبي عليه السلام أن يستدل على صحة ما يحتاج إلى علمه بدليل قلبه وسكون نفسه[٤].

ويستنتج من عبارة ابن بركة أن السُّنَّة النبوية جاءت لتؤكد ما جرى العمل به عند الناس في شأن اللقطة، وأنها لا تسلم إلا لمن جاء بأمارتها ولا تعطى لغيره إذا أعوزه ذلك.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ١٤ - ١٥.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ١٥ - ١٦.

ويؤكد ابن جعفر ما ذهب إليه ابن بركة وغيره فيقول: «وللذي في يده اللقطة أن يدفعها إلى الذي يدعيها ويجيء بعلامتها، فإن دفعها إلى الذي جاء بعلامتها ثم جاء آخر بعلامتها فلا أرى له شيئاً إلا أن يصح أنه له، فعلى الذي دفعها غُرمها له، وإن ادعاها اثنان فأكثر وكلهم يأتي بالعلامة فلست أرى عليه أن يدفعها إلى أحدهم إلا بصحة، أو يتفقون هم فيما بينهم بصلح...»[٥].

ويرى عثمان الأصم أن الملتقط لا يلحقه ضمان إذا دفعها للمدعي الأول إذا جاء بعلامتها فيقول: «ومن جاء بعلامة فدفعها إليه بالعلامة ثم جاء آخر يدعي علامتها، فلا ضمان على الذي لقطها، ولا يلحقه شيء ولم يلزَم الملتقط الأول في الحكم شيء، وإذا لم يأت أحد بعلامتها فانقضى الأجل الذي قال به المسلمون باع اللقطة وتصدق بثمنها، وإن كان فقيراً أخذ مثل غيره وإن أخذها جاز له، ولا يجوز للغني الانتفاع بها»[٦].

ويؤكد عثمان الأصم ما ذهب إليه ابن بركة وابن جعفر من وجوب التعريف باللقطة وطلب أمارتها من المدعي، أما إذا التقط شيئاً لا علامة ولا أمارة له فإنه يتصدق بها في حينه على الفقراء، وإذا تقدم للمطالبة بها أكثر من واحد وكل منهم يدعي أمارتها فإنه يجب على الملتقط أن يتحرى صدقهم بما تسكن به نفسه.

وهذا نص عبارته: «وإن التقط ما لَا يكون له علامة ولا أمارة، مثل قطعة دراهم أو دراهم منثورة، أو شيء لا علامة له ولا أمارة، تصدق به من حينه على الفقراء ولا يحبسه، ومن التقط ما له علامة وأمارة عرّفه، وعلامة اللقطة وعاؤها ووكاؤها، فإذا جاء بالعلامة التي تعرف بها ولا يجترئ الإنسان أن يأتي بمثل الصفة في الوعاء والوكاء دفعت إليه مع سكون النفس واتباع السُّنَّة، فإن جاء آخر يدعي علامتها وقد دفعت إلى الأول لم يقبل منه، وإن جاء اثنان

(٥) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٤٥.

(٦) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٧.

يدعيان علامتها ويجيئان بالعلامة، فلا تدفع إليهما إلا بالصحة أو يتفقان عليهما، ومن جاء يدعي اللقطة ولم يأت بعلامة لم تدفع إليه...»[١].

ولم يحصر بعض الفقهاء علامات اللقطة في الوكاء والعفاص بل أضافها إلى صفة معروفة كالوزن وغيرها، فإذا اجتمعت هذه الأوصاف فيها وذكرها المدعي سُلّمت إليه. جاء في جامع ابن جعفر: «واللقطة الدراهم إن كانت في خرقة وجاء رجل بعلامتها دفعت إليه».

وقال من قال: وإن لم تكن خرقة وقد جاء طالبها بعلامة معروفة فقال فيها درهم من صفته كذا وكذا دفعت إليه، وأما إن قال وزنها كذا وكذا فليست تلك بعلامة...

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه «إذا أتى أحد بصفة وزنها عشرة دراهم أو درهم وهي كذلك فمعي أنه يختلف في ذلك، فقال من قال: إنها علامة، وقال من قال: ليس بعلامة، وقال من قال: حتى يجتمعن العلامات ويأتي بصفتهن، وهو الوعاء ـ يعني الكيس ـ، والوكاء ـ وهو الخيط الذي يشد به، والوزن، فعلى هذا القول لا يكون علامة إلا باجتماعهن كلهن.

وسئل بعضهم عن الرجل يجيء بالشيء ليبيعه ويقر أنه لقطه وإنه قد عرّفه فلم يعرفه أحد، هل يجوز لي أن أشتريه منه قال: نعم، وقال غيره، لا يشتري منه»[٢].

وذهب بعض الإباضية إلى أن اللقطة التي لا يرجى من صاحبها الرجوع إليها والبحث عنها يجوز أخذها مثل: الحبل والعصا والإناء، واستدلوا على جواز ذلك بما روي عن جابر قال: «رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به»[٣]. وروي عن أنس قال: «مرّ

(١) الأصم عثمان: المصدر نفسه، ١/ ١٣٨.

(٢) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٣١.

(٣) رواه أبو داود، كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، رقم ١٧١٧، والبيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة، رقم ١١٨٧٨، عن جابر بن عبدالله. ابن حجر: «في إسناده ضعف واختلف في رفعه ووقفه». فتح الباري، ٥/ ٨٥.

رسـول الله ﷺ بتمـرة في الطريق فقال: «**لولا أن أخشـى أن تكـون من الصدقة لأكلتها**»[١]. ويروى أن أبا الدرداء كان يقول لأهله: لا تسألوا أحد شيئاً، فقالت لـه أمـه يوماً فـإن احتجت قـال: تتبعي أثـر الحصادين فانظري ما يسـقط منهم فخذيه فاحنطيه ثم اطحنيه ثم اعجنيه ثم كليه ولا تسألي أحد شيئاً»[٢].

فهـذه النصوص تدل على جواز التقاط اللقطة التي لا يرجع إليها صاحبها والانتفاع بها. أما التي يعتقد أن صاحبها يبحث عنها إذا فقدها فلا يجوز أخذها وامتلاكها، فمن أخذها ألزَم نفسه بحفظها وتعريفها حتى تمر مدة التعريف بها، فيجـوز لـه الانتفاع بها مع ضمان قيمتها أو يوزعها على الفقراء، وتحديد قيمة الأشـياء مـن حيـث أهميتهـا ودناءتها يعود إلـى ما تعارف عليـه الناس وجرى العمـل بـه فـي تقييـم الأشـياء، ولا توجد نصوص تحـدد ذلـك، ولأجل ذلك اختلف الفقهاء في تحديد اللقطة التي يجب تعريفها وضمان قيمتها.

وإن أخذ اللقطة على سـبيل التعدي، أو أخذها على وجه السـهو، فإنه إن عرف ربها وسلمها إليه برئ، وإن لم يعرف ربها ضمن، فإن فرقها على الفقراء وأوصـى لربهـا في ماله بضمان ما لزمه إن عُرف لها ربّاً سـلّم إليه وحينئذ يبرأ منها، أو خيره بين أجرها أو الذي له فله مثله[٣].

يقـول ابـن جعفـر فـي هـذا الشـأن: «وأما أخـذُ اللقطـة فهفوة مَـن أخذها ومغالطة، وقد كان منها سالماً فصار بأخذها لها غارماً، وعليه أن يطلب البراءة علـى ما يفتيـه العالـم ويراه، فأما مثل العصا والشـيء الذي يسـتدل أن صاحبه لا يرجـع إليه فلا بأس بأخذه، وأما مثـل الذي يرجع إليه صاحبه في طلبه فإن أخذه أو رفعه من موضعه فقد لزمه»[٤].

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يتنزه من الشبهة، رقم ١٩٥٠، ومسلم، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله، رقم ١٠٧١، عن أنس.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٧.

(٤) ابن جعفر: الجامع، ٤/ ٢٣٩.

والـذي يبدو ويفهم من عبـارة عثمان الأصم وابن جعفر أن من أخذ لقطة لهـا قيمة معتبـرة عند الناس ولم يعرفها، فعليه التوبـة وضمان قيمتها، ولا تبرأ ذمته إلا بذلك.

ويعدد عثمان الأصم جملة من اللُّقط لا يرجع إليها أصحابها ولا يسـألون عنهـا لتفاهتهـا. جاء في «البصيـرة» ما نصه: «ومن التقط مـن اللقطة مثل ما لا يرجع إليه صاحبه ولا يطلبه فذلك لا بأس بأخذه وذلك مثل: القضيب والعصا في السـير في الطريق، والسـنبلة، والثمرة واقعة، وما كان مثله مما يسـتدل أنه لا يرجع إليه صاحبه، ولا يطلبه وإنّ نفسـه لا تخرج بمثله، ولا شـيء على من لقط مثل ذلك، ومثل السقاء والنعل في طريق مكة، حيث لا يرجع إليه صاحبه، ومـن أخـذ مثل ما يطلبه صاحبه ويرجع إليه حفظه وعرفه وشـدا به فإن يعرف سلمه، وإن لم يعترف فرقه..»[(١)].

وفـي موضـع آخر يذكر عثمـان الأصم ما يجوز أخـذه والانتفاع به إذا كان الملتقط فقيراً وكلها أشـياء تعارف الناس على المسـامحة فيها فيقول: «ولا بـأس من لقطِ السـنبل فـي الأرض من الفقراء بعـد أن تركه أصحاب الأرض، ويذهبوا عنه فلا بأس به، وكذلك من لقط من موضع الدرس من الفقراء بعد أن يذهبوا من الحبوب، وكذلك من لقط التمر بعد الجذاذ حين يذهـب أربـاب النخـل منهـا، وقـد حصدوها إذا لـم يكن جميـع ذلك في الحصـون؛ لأن الحصـون لا يجوز لقط شـيء منها...»[(٢)] وفـي هذا المعنى يقول الراشـدي في «جواهره»: «وتناول الثمار الساقطة قال في «المصنف»: والنخل إذا لم يكن عليها حصن، فلا أرى بأساً بلقط ثمرها إذا كان ساقطاً مضيعاً لا من ريح عاصف، وإن كان عليها حصن فلا تَعرِض لما فيه حصن القوم. واختلفوا في تقييد الريح المسقط للثمر الذي يمنع لقطه فقيل: ما لا

(١) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٧ - ١٣٨.

(٢) الأصم: المرجع نفسه، ١/ ١٣٩.

تطيب به نفوس أرباب النخل، وقيل: ما سقط به سبع دفعة، وقيل: ثلاث مرات»[١].

ويؤكد ابن بركة أن الناس قد يتسامحون في أشياء سقطت على الأرض مما تسكن النفس إلى عدم الرجوع إليها، ولا يتسامحون في أشياء أخرى مثل لقطة الذهب والفضة والنقود لما لها من قيمة في نفوس الناس فيقول: «وأما إجازة الفقهاء من لقطِ ما لا يرجع إليه صاحبه مما يعرف جوازه بالقلب، ألا ترى أنهم لم يجيزوا لمن لقط قيراط فضة وأجازوا ما أخذ ما قيمته فوق ذلك من أمتعة لما يعرفون من طيب قلوب أربابها، مما يسقط منهم في الطريق ولا يرجعون إليه، فتسمح نفوسهم بذلك ولا تسمح نفوسهم بالقليل من الفضة، وكذلك لم يجيزوا للإنسان أن يكسّر من مال غيره المسواك بغير رأيه، ويجيزوا لقط التمر من ماله، وقيمته أضعاف ذلك، حيث تكون الإباحة بينهم بالقلوب دون اللفظ والإطلاق له»[٢].

ويضع عثمان الأصم ضوابط تضبط هذه الأشياء المباحة التي يجوز أخذها وغير المباحة التي يجب حفظها لصاحبها، أو التصدق بها على الفقراء إذا لم تكن لها علامة تميزها، وذلك أن صاحبها عادة لا يرجع إليها، أو لا يمانع مِن أخذها، أو لا تخرج النفس به، أو كان شيئاً قليلاً لا يطمع فيه، فيقول: «ولا يجوز لقط السماد من أموال الناس ـ مزارعهم ـ مما تلقيه الدواب ولا ما يطرحه السيل؛ لأن ذلك مما يصلح الأرض ولا يسمح به صاحب الأرض، وهو مما كسبته الأرض، فلا يجوز لقطه، والتي من غير الحصون من المواضع المعروفة بالإباحة الذي لا يلقطه، ولا تخرج النفس به لا بأس بأخذه، إلا أن تكون ريح خارب أو طير، فإن ذلك لا يجوز وما لم يكن مباحاً لا يجوز،

(١) الكندي أبو بكر أحمد بن عبدالله: المصنف، ١٨/ ٦٦ - ٦٧، ط، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، آمون للتجليد والطباعة، بتصرف. ـ وينظر: الراشدي: جواهر القواعد، ص ١٥٢.

(٢) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٢٦ - ٢٧.

ولا يجوز من الحصون، والحطب من المباحات جائز لقطه وحطبه، ولا يجوز من غير المباحات، «وإن كان شيء مباحاً وشيء ممنوعاً كان حكم ذلك كله على الممنوع حتى يصح المباح منه»[(١)]، وإنما قلت ذلك حيث يعلم بالإباحة، وحيث لا يتمانع من ذلك، ولقط ما حمل الفلج من التمر، حيث لا يرجع إليه صاحبه ولا يطلبه ويصير في حد الذهاب عن ربه ويتلف لا بأس بأخذه للفقير، وما حمله السيول من جذوع النخل والحطب الذي لا يرجع إليه ربه ولا يطلبه، وصار في حد التلف والذهاب جائز أخذه وفيه اختلاف، وكذلك البحر في لقطته اختلاف، وما علم له ربّ أو علامة مما حمله السيل أو البحر، دفعه إلى ربه إن علم له ربّ أو علامة أو شدا به وعُرف بعلامته، إن كانت له علامة، وإن لم يعلم ذلك وكان فيما لا يكون في مثله الإباحة وهو مال صرف في الفقراء، وما لم تكن له علامة صرف في الفقراء، وإن كان مما لا يرجع إليه صاحبه ولا يطلبه ولا له كثير بثمن، فذلك من المباحات الذي لا يرجع إليه صاحبه ولا بأس بأخذه، وما كان من هذه الأشياء كلها فهي مثل ذلك..»[(٢)].

(١) يشير إلى قاعدة فقهية مشهورة وهي: «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع». ينظر: أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص٢٤٣.

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٣٩ - ١٤٠.

المطلب الثالث

تحكيم العرف والعادة في الأحوال الشخصية

أولاً: في باب النكاح:

١ ـ في صيغة الزواج:

أجمع فقهاء الإباضية وغيرهم على أنه يتحقق الإيجاب والقبول في عقد الزواج بلفظي الزواج والنكاح، وكل ما هو مشتق منهما، وكذلك يجوز عند البعض أن يقول المزوّج: ملكتك أو أخطبتكَ، ويؤكد هذا ما ذهب إليه محمد الكندي والعوتبي حيث قالا: «إن قال المزوّج للمرأة قد زوجتك أو ملكتك أو خطبتك أو أنكحتك ولك ذلك، جاز»[(١)].

وقد توسع بعض فقهاء الإباضية في صيغة النكاح، فلم يشترطوا ألفاظاً معينة، بل جعلوا كل لفظ يفيد التزويج في عرف الناس يجوز العقد به، يقول أبو مسألة في هذا المعنى: «ويصح للنكاح بلغة الناكح كائنة ما كانت في جميع ما جرت عليه العادة في كلامهم مما يكون عندهم معنى التزويج ما لم يوافقوا في ذلك محرماً لهم في الكلام والمعنى، وكذلك قبول الزوج على هذا الحال»[(٢)].

ولعل سبب إطلاق أبي مسألة وغيره لألفاظ النكاح دون تقييد أنه يقصد الأخذ بما جرت به عادات الناس وأعرافهم في عقودهم حيث لا يتقيدون باللغة العربية، وقد يصعب عليهم النطق بها فيفضلون التحدث بلغات يألفونها، كاللغة البربرية والفارسية والمالوية وغيرها، وفي هذا الإطلاق ما لا يخفى من

---

(١) الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ٤٧/ ٤١ وما بعدها. ـ العوتبي سلمة، الضياء، ٨/ ٣٤٧. وما بعدها. ـ مصطفى أرشوم: النكاح صحة وفساداً وآثاراً في المذهب الإباضي، ص ٥١.

(٢) أبو العباس أحمد بن بكر الفرسطائي (ت: ٥٠٤هـ): كتاب أبي مسألة، ص ١٥١.

التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم في إنشاء عقودهم، فضلاً عن كون الأصل أن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»[(١)].

٢ ـ في تحديد مقدار الصداق:

اختلف فقهاء الإباضية وغيرهم في تحديد مقدار الصداق فقال بعضهم: أقله أربعة دراهم، وقيل ما تراضى عليه الناس ولو بسواك أو خاتم من حديد، استناداً إلى الحديث المشهور عن الرسول ﷺ إذ قال للرجل الذي يريد الزواج بامرأة وهو فقير «**التمس ولو خاتماً من حديد..**»[(٢)] أما أكثر الصداق فلم يثبت عن الفقهاء حدّاً معروفاً بل تُرِك لما تراض عليه الناس وتعارفوا عليه.

نقل الجناوني في كتاب النكاح اختلاف الفقهاء في هذه المسألة فقال: «والذي يجوز من الصداق فيه اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من يجوِّز ما تراضى الناس عليه قلّ أو كثر ولو بسواك، ومنهم من يقول: أدنى الصداق أربعة دراهم فما فوقها، مثل الذي يقطع به يد السارق، ومنهم من يقول: خمسة دراهم فما فوقها، ومنهم من يقول للبكر عُشْر ديتها، وللثيب نصف عُشر ديتها، وللأمة عُشر ثمنها للبكر، وللثيب نصف الثمن، وأقصى الصداق ما تراضى الناس عليه، ليس له حد معروف، ولو كان أكثر من دية الحرة أو أكثر من ثمن الأمة فهو جائز إلا أنه غير محمود الإسراف في الصداق، وقد

---

(١) مصطفى أرشوم: المرجع نفسه، ص ٥١ - ٥٢.

(٢) متفق عليه، واللفظ للبخاري، رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: السلطان ولي، حديث: ٤٨٤٤، عن سهل بن سعد الساعدي، بلفظ: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ، فقالت: إني وهبت من نفسي، فقامت طويلاً، فقال رجل: زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، قال: «**هل عندك من شيء تصدقها؟**» قال: ما عندي إلا إزاري، فقال: «**إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً**» فقال: ما أجد شيئاً، فقال: «**التمس ولو خاتماً من حديد**» فلم يجد، فقال: «**أمعك من القرآن شيء؟**» قال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا، لسور سماها، فقال: «**قد زوجناكها بما معك من القرآن**». ومسلم، كتاب النكاح، باب الصداق، حديث: ٢٦٣٢.

روي عـن النبـي ﷺ أنه قال: «**اليسـير في الصـداق دليل على يُمْنِـه**»[١]، وفي بعض الروايات عن النبي ﷺ «**أنه ما تزوج شيئاً من نسائه ولا زوّج شيئاً من بناتـه بأكثر من اثنتي عشـر أوقية**»[٢] والأوقيـة أربعون درهماً، وذلك أربعمائة وثمانون [درهماً]»[٣].

وقد سـئل جابر بن زيد هل فرَض رسـول الله ﷺ للنسـاء مهوراً؟ قال: «لا أعلمه إلا ما اصطلح عليه الناس بينهم...»[٤].

٣ ـ في باب الطلاق:

متـى يقـع الطـلاق؟ هـل يقع قبـل العقد أم بعـده؟ وما حكـم الطلاق المعلّق بشرط؟

اختلـف الإباضيـة فـي رجـل يقـول لامـرأة لا يملكها ولـم يتزوجهـا، إذا تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها، فقال: بعضهم: لا يقع الطلاق بها.

وقال بعضهم: يقع بها الطلاق؛ لأنه عيَّنها عند اليمين، قال ابن بركة معقباً عليهـم: «وهـذا القول أشـبه بأصولهـم وإن كان مـن قولهم كالشـاذ فعلى هذا القـول: إذا قال رجل لامرأة لا يملكها إذا نكحتك فأنت طالق، فإذا عقد عليها

---

(١) رواه أحمـد، باقـي مسـند الأنصـار، الملحق المسـتدرك من مسـند الأنصار، حديث السـيدة عائشـة رضي الله عنها، رقم ٢٤٠٥٦، والحاكم في المسـتدرك، كتاب النكاح، رقم ٢٧٣٩، عن عائشـة بلفظ: «مِن يمن المرأة أن يتيسر خطبتها، وأن يتيسر صداقها، وأن يتيسر رحمها». قال عروة: «يعني يتيسـر رحمهـا للـولادة» وقـال الحاكم: صحيح على شـرط مسـلم، ووافقـه الذهبي. العراقي: إسناده جيد. تخريج أحاديث الإحياء، ٢/ ٤٠.

(٢) رواه الترمذي، كتاب النكاح، باب من المهور، رقم ١١١٤، والنسائي في المجتبى، كتاب النـكاح، باب القسـط فـي الأصدقة، رقم ٣٣٤٩، عـن عمر بن الخطاب، قـال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٨٤ - ٨٥.

(٤) الخروصـي سـعيد بن خلـف، من جوابات الإمـام جابر بن زيد، نشـر وزارة التـراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، ط، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، طبع بمطابع سجل العرب بمصر، ص٨٨.

التزويج وقع الطلاق؛ لأن النكاح قبل التزويج اسم يقع على العقد دون الوطء، ولـو قـال لزوجته أو أمته: إذا نكحتـك فأنت طالق، أو لأمته أنت حرة فإن هذا يقع على الجماع، وهذا على مقاصد الناس والعرف بينهم.

ولـو قال رجل لجارية له بكر: إن افتضتك فأنت حرة، فافتضها بإصبعه لم تعتق؛ لأن فعل ذلك عَقر وليس افتضاض على ما يعرفه الناس...»[١].

وكذلك لو قال لزوجته: إن وطئتك أو باضعتك أو أتيتك ـ يعني الجماع ـ فوطئ دون الفرج حتى نزل الماء لم تحرُم؛ لأن ذلك كله يعرف بالفرج نفسه؛ لأن العرف جار على أن المراد من هذه الألفاظ الجماع، ولو قال: أردت بقولي وطئتك بِرِجلي، لم يقبل منه في الحكم، وإن صدقته زوجته رجوت أن يسعها المقام معه.

ولـو أن رجلاً حلف بطلاق زوجتـه إن خرجت من منزله إلا أن يأذن لها، فـأذن لهـا فلم تخرج حتى أعاد نهاها علـى الخروج، فخرجت، فإنها لا تطلق؛ لأنها قد أذن لها[٢].

«ولـو قـال رجل لامرأته أنتِ طالق متـى قدِم زيد، فجيء به ميّتاً لم يقع به الطـلاق؛ لأنـه لـم يجىء، بـل جيء بـه، وكذلك إن قـال لها: إن دخـل الدار، فأُدخِل كَرهًا لم يقع الطلاق»[٣].

وسـئل الثميني عمن حلف بطلاق زوجته أن لا يلعب، فقعد مع اللاعبين يراهنهم في لعبهم إن أخذ فلان كذا أنا أقضي كذا وكذا من الدراهم. فقال: «لا تطلق زوجته بذلك، لأنه ليس بلعب في العرف»[٤].

---

(١) ابن بركة: كتاب الجامع، ٢/ ١٧٢.

(٢) ابـن بركـة: المرجع السـابق. ـ المسـعودي زهران: الإمام ابـن بركة السـلمي البهلوي ودوره الفقهي في المدرسة الإباضية، ص ١١٤.

(٣) ابن بركة: الجامع، ٢/ ١٦٨.

(٤) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ٢٢٨.

٤ ـ في ادعاء أحد الزوجين ملكية متاع البيت بعد وفاة الآخر:

اختلف أهل العلم من الإباضية وغيرهم في حكم إذا مات أحد الزوجين فادعى أحدهما ما في المنزل كانا يسكنانه أيام اجتماعهما فيه، فذهب أكثر الإباضية إلى أنّ القول في ذلك للحيّ منهما من حيوان ورقيق وأثاث وغير ذلك.

وقال بعضهم: لا يصدق الحيّ منهما إلا فيما يملك من طريق العادة بين الزوجين، كأنه يذهب إلى أن المرأة تُصدَّق فيما هو من آلة النساء في البيوت، نحو الطبلة وما تحويه، ويُصَدّق الرجل في السيف والجحفة[١] والفرس وما يصلح له، ولا يصدّق منهما فيما ليس من شأنه واتخاذه لنفسه.

أدلة الفريقين:

احتج من قال بِصدق الحي منهما: أن المرأة قد ترث من أبيها وأخيها مما يكون للرجال ويُشترَى لمعونة المحاربين، وقد يكون في يدها أمانة لغيرها، ومثل هذا لا يجوز. وأما أصحاب القول الآخر فيجري أمر هذه المسألة على العادة والعرف بين الناس؛ لأن «العادة محكمة» فيما لا نص فيه[٢].

ولكن ابن بركة خالف الرأيين وجنح إلى اعتبار هذه الدعوى كَبقية الدعوات، وأن المدّعين متساوون في دعواهما لا فضل لأحدهما على الآخر، وعليه فمن كان في يده شيئاً فالقول قوله مع يمينه؛ لأن اليد دليل الملك، ومن ادعى عليه غير ذلك فعليه البينة عملاً بالقاعدة المشهورة في الدعاوى «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» وهذا ما يفهم من عبارته إذ يقول: «والنظر يوجب أنهما مدعيان في سبيل ما يدعيانه سبيل ما يتداعاه الناس في الأملاك، ويدعي بعضهم على بعض، فمن كان في يده منهما شيء وفي قبضه

(١) الجحفة: الترس من جلد بدون خشب.

(٢) ابن بركة: المصدر نفسه، ص٢٦٦ - ٢٦٧.

ودخل في حوزه كان القول قوله فيه، ومن ادعى عليه دعوى ملك أو مشاركة كان عليه البينة لقول النبي ﷺ: «**لو أعطى الناس بدعواهم لاستحل قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى وعلى المنكر اليمين**»[(١)]، وهذا يدل عن أن دعوى الحيّ منهما مع ورثة الهالك كدعوى غيرهما من الخصوم»[(٢)].

مجمل القول:

ولكن بعد النظر في أدلة كل الفريقين ومدى ملاءمتها لواقع الناس يترجح عندي الرأي القائل بتحكيم العادة والعرف في مثل هذه الحالات، فما وافق عرف الناس وعادتهم وكان مناسباً ومتعلقاً بخصوصيات كل من الزوجين ذكر كان أو أنثى فهو له، خاصة إذا كان تحت يده، فليس من المعقول والمعتاد عند الناس أن يدعى الرجل امتلاك ثياب زوجته أو تدعي المرأة مثل ذلك، وعليه فأثاث غرفة النوم وحُليّ الزينة وأدوات الخياطة من خصوصيات المرأة وتحتاج إليها، فهي لها خاصة إذا كانت تحت يدها، وأما ما يتعلق بعمل الرجل كأدوات

(١) لم نقف عليه بهذا اللفظ، وورد بصيغ أخرى قريبة منها تفيد هذا المعنى منها: ما رواه مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، حديث: ٣٣١٤، عن ابن عباس، بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». والنسائي في السنن الكبرى، كتاب القضاء، على من اليمين، حديث: ٥٨٠٩. وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي، حديث: ٢٣١٨. وصححه الألباني. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه حديث: ١٩٧٢١ بلفظ: «عن ابن أبي مليكة، قال: كنت قاضياً لابن الزبير على الطائف، فذكر قصة المرأتين، قال: فكتبت إلى ابن عباس، فكتب ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**». وفي رواية أخرى عند البيهقي بلفظ: «ولكن البينة على الطالب، واليمين على المطلوب»، حديث: ١٩٧٢٠. وأحمد بن حنبل في مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، حديث: ٣٣٢٤ بلفظ: «**إن اليمين على المدعى عليه، ولو أعطي الناس بدعواهم، لادعى أناس أموال الناس ودماءهم**»».

(٢) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٢٦٧.

الفلاحة أو البناء أو الحدادة أو الحرب فهي له، أما إذا كان بعض المتاع مشتركاً بين الرجل والمرأة يستعملها كل منهما كالكتب وأدوات المطبخ والمفروشات ووسائل التعليم والحيوانات وغيرها، فإن وقع عليها خلاف، فمن كان شيئاً منها في حوزته فهو له مع يمينه، وعلى من ادعى عليه غير ذلك، فعليه بالبينة؛ لأنها ربما تكون أمانة في يده فيأتي بما يثبت ذلك وتسلم له.

٥ ـ في أحكام المفقود والغائب:

عرف القطب أطفيش الفقد فقال: «والفقد هو انقطاع خبر إنسان مع إمكان الكشف عنه، والمفقود من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه، وشرع حكم الفقد بإجماع أهل العصر على عهد عمر بن الخطاب؛ لأنه جرى على يده زمان ولايته ولم ينكر عليه أحد من أهل عصره، فكان حكمه وسكوتهم إجماعاً»[١].

وقيل: المفقود: هو الذي يصح أنه في صف الحرب ثم تنجلي ولا يدرى مات أو حيّ أو قتل، والذي يكون في السفينة فتكسر السفينة، ثم لا يعلم أحي أم غرق أو مات، والذي يكون في الحريق، والذي يحمله السيل أو يحمله السبع فهؤلاء مفقودون[٢].

وعدد الجناوني حالات الفقد وألحق بعضها إلى حالات الغياب فقال: «وهو خمسة أوجه منها: من أحاط به الماء ثم لم يُرَ بعد ذلك حيّاً ولا ميتاً، ومن أحاط به الحريق ولم يُر بعد ذلك حيّاً ولا ميتاً، ومن أحاط به الرجال في المعركة ولم يُر بعد ذلك حيّاً ولا ميتاً، ومن خرج في الليل وليس معه السلاح ولم يعلم له حاجة هو طالبها، والمتخلف عن الرفقة، وقد قيل في المتخلف من الرفقة أن يكون غائباً، ومن حمله السيل، فمنهم من يقول هو مفقود؛ لأنه

(١) أطفيش أمحمد: شرح النيل، ١٢/١٧٨. على يحيى معمر، الحاشية كتاب النكاح، ص٢١٩.
(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/١٠٧.

قـد أحاط بـه الماء، ومنهم من يقـول هو غائب، ومَن حملتـه دابة فهو غائب، وكذلك من انهدم عليه جبل أو حائط ولا يطاق نزعه فهو غائب...»[١].

وعلـق علـي يحيـى معمر على هذه الحـالات فقال: «هذه هـي الأوجه التي وقـع الإجمـاع علـى اعتبارهـا داخلة تحـت أحكام المفقـود، أما الأحـوال التي تشبهها مما يغيب فيها الشخص في مظنة هلاك ثم لا يُرى بعد ذلك حيّاً ولا ميتاً، كمن وقع عليه الجبل أو احتمله حيوان مفترس، فإنها تلتحق بأحكام الغائب»[٢].

وسـئل جابر بـن زيد عن المفقـود؟ قال: «الذي يخرج مـن بيته إلى طريق مخطـر فذلـك المفقود، والذي يخرج إلـى أرض بعيدة مسـافراً فذلك بمفقود وإن طالـت غيبتـه، وليـس لامرأتـه أن تتـزوج حتـى يأتـي أو يبلغهـا موتـه أو طلاقه...»[٣].

ويشـير ابن بركـة إلى المـدة التي حددهـا الفقهاء للحكم بمـوت المفقود بعدهـا فيقـول: «ويحكم بموت المفقود إذا مضى أجل الفقد وهو أربع سـنين، واليقين خلافه، وكذلك من حمله السيل، والمُلقَى في جزيرة البحر ثم لم يعلم له نجاة إلى مدة أربع سنين حكم له بالموت واليقين خلافه»[٤].

ويفهم من عبارة ابن بركة أن هذه المدة لم تثبت بالنصوص الشرعية وإنما قدرها الفقهاء بما تعارف عليه الناس، وجرى بها العمل في هذه الحالات لأن «العادة محكمة».

أمـا الأحكام المترتبة على الفقد كزوجـة المفقود وماله وميراثه فقد بيّنها الفقهاء أيضاً، يقول عثمان الأصم في هذا الصدد: «والمفقود مدته أربع سنين وماله له، وهو على حكم الحياة وارث، لكل من مات من ورثته حتى ينقضي

(١) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٢٢٠.
(٢) علي يحيى معمر: الحاشية على كتاب النكاح، ص ٢٢.
(٣) الخروصي سعيد بن خلف: من جوابات الإمام جابر بن زيد، ص ١٥١.
(٤) ابن بركة: كتاب التعارف، ص ٣٦ - ٣٧. ـ الثميني: الورد البسام، ص ٢٥٩.

أجل فقده، ونفقة زوجته وعياله من ماله، إلى مدة الأربع سنين، وليس لوارثه في الأربع سنين في ماله حجة، ولا مدخل فإذا انقضى أربع سنين أماته أهله واقتسموا ماله، وطلقت زوجته واعتدت أربعة أشهر وعشراً، وبانت ولا نفقة لها في عدة الأربعة الأشهر؛ لأن ذلك عدة المميتة ولا نفقة فيها، فإذا انقضت الأربعة أشهر وعشراً فلها أن تزوَّج، وإن لم يطلقها الأولياء فالحاكم، فلا تتزوج إلا بعد الطلاق وانقضاء العدة ولها بعد ذلك صداقها في ماله إن كان لها حق عليه»[١].

قال الجناوني: «وإن أتى على المفقود أربع سنين من يوم فقده حُكم بموته وقُسّم ماله، ولا تنكح امرأته حتى يطلقها أولياء المفقود، ثم تعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً، وقد قيل: بأن تزيد على ذلك يوماً ونصف يوم وهو الذي حكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما بلغنا، روى ذلك الشيخ رضي الله عنه [٢] عن أبي عبد الله الفرسطائي[٣] رحمه الله »، وعن غيره مثل ذلك[٤].

وسئل جابر بن زيد عن امرأة فقدت زوجها؟ قال: «تتربص أربع سنين ثم يطلقها أولياء زوجها، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً»، قال السائل: فكيف بنفقتها؟

فأجاب: «لها أن تنفق من ماله بالمعروف، فإن عُلم له حياة بعد ذلك كانت النفقة عليه، وإن مضى موته كان ما أنفقت من حصتها من الميراث، وذلك مما يبتلي الله به من يشاء من عباده، مع أني أحب أن ينفَق عليها بالمعروف ما تربصت به عليه، وأرى ذلك حسناً، إن طابت أنفس الورثة بذلك»[٥].

---

(١) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٠٧. ـ الجناوني: مرجع سابق، ص٢٢٣ - ٢٢٤.

(٢) شيخه هو أبو الربيع سلمان بن هارون، تقدمت ترجمته.

(٣) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٤) ينظر: ترجمة في الحاشية على كتاب النكاح، ص ٢٢٢. فهو أبو عبد الله محمد بن بكر الفرسطائي، من أعظم أئمة الإباضية عاش في القرنين الرابع والخامس الهجريين، في ٤٤٠هـ على أرجح الأقوال.

(٥) الخروصي سعيد بن خلف: مرجع سابق، ص ١٥١.

ونقل الجناوني من بعض كتب المتقدمين عن علي بن أبي طالب أن امرأة المفقود هي مبتلاة لا تتزوج حتى يأتيها موت زوجها أو طلاقه، وبين أن المعمول به عند جمهور الإباضية ما ذكر من قبلُ من أنّ امرأة المفقود إذا مضى على فقده أربع سنين قُسم ماله واعتدت امرأته أربعة أشهر وعشراً، فتتزوج إن شاءت بعد طلاق الأولياء، «وإن قَدِم المفقود بعد ذلك وقد تزوجت امرأته فإن شاء أخذها وإن شاء اختار أقل الصداقيْن وهو المأخوذ به عندنا، ومنهم من يقول بأن يختار أكثر الصداقين، ومنهم من يقول بأن يأخذ امرأته ولا خيار له، ومنهم من يقول بأنها حرمت عليه وعلى الآخر»[(١)].

وخالف القطب في «شرح النيل» ما ذهب إليه الجناوني وصحح ما نقل عن علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ فقال: «وأما ما روي عن علي أنه قال: امرأة المفقود لا تتزوج حتى يأتيها موته أو طلاقه، فغير صحيح عنه، بل الصحيح عنه أنه قال كعُمر، وكذا قال عثمان، وإن صح فلعله قبل انعقاد الإجماع»[(٢)].

أما الغائب فقد حدد عثمان الأصم حقيقته فقال: «فإنه من غاب ولم يدر أين توجه ولا ما كان من سببه، فإن ذلك غائب حتى يصح موته أبداً، ولو تطاول ذلك وقد قيل فيه الاختلاف، وأقل فيه مدة مائة سنة...»[(٣)].

وذكر الجناوني أن الغائب الذي تجوز عليه أحكام الغياب: «هو الخارج من الحوزة فإذا صحت غيابته فهو غائب حتى يدخل منزله، ومن كان على طرف من الحوزة، وكان بين منزله ـ وحدّ الحوزة أقل من فرسخين ـ فلا يجوز عليه أحكام الغياب إذا خرج من الحوزة»[(٤)].

(١) الجناوني: كتاب النكاح، ص ٢٢٧ - ٢٢٩. وأيضاً ٢٢٥. ـ الخليلي أحمد بن حمد، فتاوي النكاح، الكتاب الثاني، ص ٣٧.

(٢) القطب أطفيش: شرح النيل، ١٢/ ١٧٨. ينظر: علي يحيى معمر: الحاشية على كتاب النكاح للجناوني، ص ٢٢٨.

(٣) الأصم عثمان: البصيرة، ص ١٠٩.

(٤) الجناوني: المصدر نفسه، ص ٢٢١ - ٢٢٢.

وبيَّـن المحقـق علـي يحيى معمر الفـرق بين حكـم الغائب والمفقـود فيقول: «والفـرق بيـن حكم الغائب والمفقود كبير؛ لأن المفقود إذا ثبت فقده يُحكم بموته بعد تمام أربع سنوات فتقسم أمواله وتتزوج نساؤه، أما الغائب فقد اختلفت الآراء حوله. ومن الفقهاء من يرى أنه لا يحكم عليه بالموت أبداً مهما طال غيابه، ومنهم من يرى أنه يحكم على موته في مدة زمانية تتراوح بين سبعين سنة ومائة وعشرين سنة، فعلى أيسر الأقوال لا يحكم بموته إلا بعد سبعين سنة، وحينئذ تطلق زوجته وتورث أمواله، ومنهم من يقول: لا يحكم بموته إلا إذا انقرض جميع أنداده»[(١)].

وخالف بعض علماء الإباضية المتأخرين ـ جمهور الإباضية ـ فذهبوا إلى عـدم التفريـق بين الغائـب والمفقود في المـدة، فإذا غاب الشـخص مدة أربع سـنوات جرت عليه أحـكام المفقود من طلاق زوجته وعدتها، وتقسـم أمواله لسـهولة معرفـة أخبار الغائـب والمفقود في هذا العصر، بعـد أن أصبح العالم قريـة واحدة، وتطورت وسـائل الإعـلام والاتصال، فلا حاجة إلـى انتظار مدة طويلة للتأكيد من حياته أو موته.

ورد سـؤال على سـماحة الشـيخ أحمد الخليلي في هذا الموضوع مفاده: «أن رجلاً خرج منذ خمسـة وسـتين عاماً ولم يعرف عنه شيء، وبُحث عنه في البلدان المجاورة فلم يتبين خبره، فهل هذه المدة كافية للحكم بموته، فتقسـم تركته وتعتد زوجته منه أم لا؟».

فأجاب: «أرى أن أربع سـنوات كافية للحكم عليه بالموت كما ذهب إليه الإمام الخليلي رضوان الله عليه[(٢)]، بناء على عدم التفرقة بين الغائب والمفقود، وهـو رأي وجيه يسـتند في هذا العصر إلى ما حصـل من قرب البعيد، وإمكان تقصي الحقائق ولو مع تنائي الديار»[(٣)].

(١) علي يحيى معمر: الحاشية، ص ٢٢٠.

(٢) هو الإمام العادل محمد بن عبدالله الخليلي، كان إمام علم ودولة في سلطنة عُمان له أجوبة مجموعة» الفتح الجليل» توفي سنة ١٣٧٣هـ.

(٣) الخليلي أحمد بن حمد: فتاوى النكاح، الكتاب الثاني، ص ٣٧٣.

ولعل ما ذهب إليه الشيخان هو ما يصلح به العمل في هذا العصر لتيسير الأمور على الناس، حتى لا تتعطل أحكام الشريعة بسبب عُرف قديم يعسر الاحتكام إليه، والعلماء قرروا قاعدة تؤكد ذلك وهي «لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان»[١].

وقد اهتم الفقهاء بيان أحكام الغائب ومن يرتبط به كزوجته وأولاده ومصير أمواله، فقالوا: وماله في يد أولاده يحتفظون به حتى يصح موته، وإن غاب ولم يدر أحي أو ميت، وقد خلا له مائة سنة أو مائة وعشرون سنة، أماته وارثه وقسم ماله، واعتدت زوجته.

واستحب عثمان الأصم أن يُعتبر الغائب في حكم الأحياء حتى يصح موته فقال: «وأَحب إليّ أنه في الحياة حتى يصح موته»[٢]، خوفاً أن يتسرع في إماتته، وتقسم أمواله، ثم يظهر من جديد.

ـ ومن أحكامه أيضاً: أنه «إذا غاب رجل أو امرأة ولم يُدر أين توجه وله مال في يد رجل، فماله في يد من هو في يده، حتى يصح موته، وإن كان في يد بنيه وزوجته فكذلك هو في أيديهم، والمؤنة التي عليه في المال تجرى على من عليه له نفقته، أو موته، ووصاياه لا تؤدى حتى يصح موته أنه مات ثم تنفذ وصيته ويقسم ماله بعد الصحة»[٣].

ويذكر الجناوني: «أن الغائب إذا قدم وقد تزوجت امرأته فليأخذها عليه ولا خيار له، وقد قيل بأن يختار أقل الصداقين مثل المفقود، وليس عليه العمل، وقد قيل بجواز قول أهل الجملة في الفقد، وليس عليه العمل»[٤].

---

(١) الزرقاء أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص٢٢٧.

(٢) الأصم عثمان: البصيرة، ١/ ١٠٩.

(٣) الأصم عثمان: نفسه.

(٤) الجناوني: كتاب النكاح، ص٢٢٩.

وخلاصة القول:

مـن خلال ما تقـدم يتبين أن الإباضيـة حكموا على مـوت المفقود بمرور مدة أربع سـنوات من فقده، وعلى الغائب بمرور مدة معينة أقلها سبعون سنة، وأقصاها مائة وعشـرون سنة، وقيل أربع سنوات قياساً بالمفقود، وهذا الحكم لا يعتمـد علـى اليقين بـل على غلبة الظن والعادة الجاريـة عند الناس في مثل هـذه الأحـوال، ويؤكد ابن بركة هذا المعنى فيقـول: «ويحكم على الغائب بعد مضي مائة وعشرون سنة بموجب العرف والعادة الجارية أنه لا يعيش أكثر من هـذا القدر، وليس مرورها يوجب موتـه بيقين»[١] وقد صرح الثميني بذلك بما نصه: «ويحكم بموت المفقود بمضي مدته بموت الغائب على القول به، وغير ذلك، وكله خلاف اليقين»[٢].

وقد يتساءل البعض لماذا يحكم على المفقود والغائب بهذا الحكم وربما يكونان أحياء؟

فنقـول: لا يجـوز تعطيل الأحكام بسـبب أحوال طارئة، وأحكام الشـريعة شـرعت لتسـاير كل الأحوال مهما تغيرت وتبدلت، عملاً بالقاعدة الفقهية: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأحوال والأمكنة والأزمنة».

٦ ـ في الوصية:

وفي تنفيذ الوصية حسب ما ورد فيها نجد كثيراً ما يترك الموصي من بعده وصية تتضمن أموراً مخالفة للشرع ويطلب تنفيذها، مثل: إقامة الولائم في أيام العـزاء والمأتـم، فيتحـرّج الوصي أو الوكيل أو الورثة فـي تنفيذها، فهل يجوز تحقيق رغبته بتنفيذ وصيته مع ما فيها من مخالفات شرعية صريحة؟ أم لا ينفذ منها إلا ما وافق الشرع والعرف الصحيح ويترك المخالف؟

---

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص٣٩.

(٢) الثميني: الورد البسام، ص٢٥٩.

درس بعض الإباضية هذه الوصية وبيَّنوا حكمها، تجسد ذلك في جواب الشيخ سعيد الخليلي على سؤال يقول فيه صاحبه: «ما تقول في رجل أوصى بإطعام من شاء الله من الناس ممن يحضر عزاءه ومأتمه على رأي وصيته... فهل تثبت هذه الوصية؟».

وقبل أن يوضح حكم هذه الوصية استهل جوابه بتحديد مفهوم العزاء والمأتم في اللغة والعرف، فقال: «أما العزاء لغة وعرفاً: ففي اللغة أن العزاء هو الصبر، وقيل حسن الصبر، فلا يصح إلا بتأويل.

وأما معناه عرفاً: فهو معنى التعزية لا غير، أي لمن حضر لأجل تعزية أهله وتسليتهم.

وأما المأتم فمعناه لغة: ما صرح به القاموس: أنه كل مجتمع في حزن أو فرح أو هو خاص بالنساء، وفي «شمس العلوم»[(١)]: هو النساء المجتمعات في خير أو شر.

فعلى القول الأول: فالمأتم كل اجتماع من رجال ونساء في مصيبة أو عيد أو عرس أو ضيافة أو لهو أو طرب أو غيره. وفي القول الثاني: هو خاص بالنساء المجتمعات في ذلك كله. وفي قول صاحب شمس العلوم: ما دل على قول الأخير أيضاً إلا أنه أعم؛ لأنه يشمل النساء المجتمعات في كل حال»[(٢)].

وبعد أن حدد الخليلي مدلول العزاء والمأتم وبين أنهما يختلفان في المعنى ذكر حكم الوصية المتضمنة إطعام مَن يحضر العزاء والمأتم، فقال: وعلى هذا فالوصية به مشتملة من حيث أنه أوصى لمن يحضر عزاءه ويحضر

(١) عنوان الكتاب كاملاً هو: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم تأليف نشوان بن سعيد الحميري، وهو معجم لغوي، يحتوي على عدة أجزاء، نشرته وزارة التراث القومي والثقافة سلطنة عُمان وطبع في مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر ١٩٨٣.

(٢) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ١٢/ ١٨٥ - ١٨٧.

أحـوالاً أُخـر محتملـة للوجوه المذكـورة، لكن أشـهر ما في لفظـة المأتم أنها تكـون لموضـع اجتمـاع النسـاء فـي المصائـب للنـدب والنياحة، ويجـوز أن يشاركهن في ذلك الرجال الحاضرون للعزاء على قول.

وعلى هذا فإن كان المعروف من عادة النسـاء أنهن لا يجتمعن في المأتم مـع حـدوث المصائـب إلا للنـدب والنياحة، فالوصيـة به باطلـة؛ لأنها وصية بمعصيـة قد نهى عنها الشـارع صلوات الله عليه وحرمهـا، فلا معنى لجوازها، وقد ثبت لغة وعرفاً أنها بالنساء أخص من الرجال؛ لأن أهل اللغة لم يختلفوا في تخصيصهن بها.

وإنمـا وقـع الاختلاف في إطـلاق ذلك علـى الرجال أيضـاً، فإن كان إطلاقـه عليهـن أعرف وأخص، ويجوز أن يكون فـي هذا لكل قوم لغتهم، فـإن كان فـي عـرف قـوم ولغتهم أنهـا تكون لغيـر ذلك، فالمرجـع به إلى ما عرفوه منهم لغة.

وكذلـك إن كان عنـد قـوم أو اجتماعهن يكـون لا لِنوْح ولا لِنـدبٍ وإنما الأمـر جائـز، كقراءة القرآن أو اتعاظ أو تسـلية لأهل الميت أو نحوه، فالوصية به جائزة كما هو المعمول به في وادي ميزاب، فلا نكاد نسـمع صوت النسـاء فـي العـزاء أو المأتـم بل يذكـرن الله ويقـرأن القـرآن وإن غير هـذا، فقد منعه الخليلي وقال: «فلا يجوز لها فيما عندي»[1].

ولكن الخليلي مال إلى القول بمنع تنفيذ هذه الوصية نظراً لما يحدث في واقـع الناس في عصره وبلده أيـام العزاء والمآتم تحكيماً للعرف والعادة؛ لأن الحكـم للأغلب كما تقرره القواعد الفقهيـة. ورغم أن المدلول اللغوي للعزاء خلاف ذلك كما ذكرنا فيقول في هذا الصدد: «ونحن بحسـب ما نشـاهد ونراه

(١) الخليلي: المرجع نفسه، ١٢/ ١٨٧.

من عوائد أهل العصر لا نرى اجتماعهن في المأتم إلا من أكبر المناكر وأقبح المعاصي، والحكم في ذلك للأغلب على اختلاف الأحوال من الناس في الأمكنة والأزمنة بحسب العوائد المعروفة معهم في ذلك»[1].

(١) الخليلي: نفسه.

المطلب الرابع
تحكيم العرف والعادة في الحقوق والآداب العامة

١ ـ في الاستئذان:

أجمع الفقهاء على وجوب الاستئذان عند إرادة الدخول في بيوت الناس ولو كان الداخل مِن أولي القربى، واستثنوا من هذا الحكم بعض الحالات التي جرت العادة عند الناس ألا يستأذنوا فيها، فمن دخل فيها اختياراً أو اضطراراً فلا حرج عليه ولا إثم ما دام العرف يبيح ذلك؛ لأن «العادة محكمة»، ومن أمثلة ذلك:

أ ـ إذا كانت جماعة تسكن في بيت واحد فليس عليهم استئذان بعضهم من بعض، فإن كن نساء يقمن جميعاً في بيت واحد وخرجت إحداهن قُدّام البيت يجب عليها أن تسلّم قبل الدخول حتى تُعلِم مَن في البيت ولا تستأذن، وإن خرجت في حاجة من القرية ثم رجعت فلتستأذن مَن معها.

واختار السالمي تعميم هذا الحكم على جميع الناس فقال: «... وينبغي أن يكون هذا الحكم في جميع المتساكنين سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً»[(١)]. وقيل: «مَن قد جرت العادة له بإباحة الدخول فهو غير محتاج إلى الاستئذان»[(٢)]. «ولعل القائل بالفرق إنما فرق بين الرجال والنساء نظراً منه إلى الأحوال، فإن غالب أحوال النساء لا يمتنعن مع بعضهن من بعض مما يمتنع منه الرجال مع بعضهم من بعض، وإلا فالحكم سواء»[(٣)].

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ١٧٢.

(٢) السالمي: المصدر نفسه، ٢/ ١٨١ - ١٨٢.

(٣) السالمي: نفسه.

وذهب بعض فقهاء الإباضية إلى منع الدخول إلى بيوت الناس مطلقاً إلا بإذن أهلها، ولو أباح له صاحب الدار ذلك، فيدخل متى شاء عند حضورهم أو غيابهم، وعللوا ذلك أن المنع كان لأجل الخوف من الهجوم على الغير فيؤذيهم، فربما كان بعضهم منكشف الأعضاء، فهذا الحكم يدخل فيه الكل إلا الزوجات وملك اليمين، وإن كان لأجل أنه كان مشتغلاً بأمر يكره إطلاع الغير عليه وجب أن يعم الكل حتى لا يكون له أن يدخل على الزوجة والأمة إلا بإذن.

يقول السالمي في هذا المعنى: «وظاهر كلام أصحابنا أن النهي إنما ورد لأجل جميع ذلك، فإنهم صرحوا بأن الاستئذان لم يشرع لخوف الإطلاع على العورات، ولا لئلا تسبق عينه إلى ما لا يحل النظر إليه فقط، وإنما شرع لئلا يوقف على الأحوال التي يخفيها الناس في العادة عن غيرهم، ويتحفظون من اطلاع أحد عليها؛ ولأنه تصرف في ملك الغير فلا بد من أن يكون برضاه وإلا أشبه الغصب والقهر»[(١)].

واعترض السالمي على من يقول لصاحبه ادخل منزلي متى شئت فهو منزلك وفيها نساء حُرمات، واشترط عليه الاستئذان مع الإباحة؛ لأن ذلك مخالف للشرع والعرف، وبيَّن أن من قال لرجل: ادخل بيتي متى شئت على سبيل الإباحة وفي منزله حُرُم، فليس له أن يدخل بغير إذن حضر أو غاب، بل وليس لصاحب المنزل أن يبيح ذلك؛ لأن فيه تعطيل فرض الاستئذان وتحليل ما حرم الله تعالى من انتهاك حرمة البيوت، وتضييع ما أوجبه من سِتر المسلمين، وإن لم يكن معه حُرم دخل بغير إذن إذا أباح له على قول بعض المسلمين.

واستند السالمي في مذهبه إلى قول محمد بن الحسن السّري[(٢)]: أن الإباحة في دخول المنازل على أهلها لا يجوز إلا بإذن حين الدخول.

---

(١) السالمي: المعارج، ٢/ ١٧٣ - ١٧٤.

(٢) لم نقف على ترجمته.

وقال غيره: ويعجبني إن كان في المنزل من تجوز مساكنته أن يجوز له ذلك، وإن قال: قد أسكنتك في منزلي فله أن يدخل بلا إذن، والإدلال مثل الحل.

وأوَّلَ البعض قول من قال لصاحبه أُدخل منزلي متى شئت: «أنه ليس له إلا أن يُخرَّج في اعتبار الداخل في حينه ذلك ووقته؛ لأن المدخول عليه فارغ وليس عنده من يجب أن يستتر، وأَحبّ هذا القائل أن يكون ذلك على الاطمئنان»[(١)].

ـ أما البيوت التي تدخل بغير استئذان فهي ما ذكر الله تعالى في قوله عز من قائل: ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَّكُمْ ﴾ (النور: ٢٩)[(٢)].

جاء في سبب نزول هذه الآية أن أبا بكر رضي الله عنه قال للرسول ﷺ: «إن الله قد أنزل عليك آية في الاستئذان، وإنا نختلف في تجارتنا فننزل في هذه الخانات، أفلا ندخلها إلا بإذن؟» فنزلت الآية[(٣)].

وروي أنه لما نزلت آية الاستئذان قالوا: كيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة والشام على ظهر الطريق ليس فيها ساكن؟ فنزلت الآية[(٤)].

---

(١) السالمي: نفسه، ٢/ ١٧٣.

(٢) أبو حاتم: تفسير ابن أبي حاتم، سورة النور، قوله تعالى: ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ ﴾. والوجه الثاني، حديث: ١٣٣٦ «عن سعيد بن جبير، في قول الله: ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ ﴾ يعني: ليس بها مساكن، وهي الخانات التي على طرق الناس، للمسافر ليس فيها ساكن قال: لا جناح عليكم أن تدخلوها بغير استئذان ولا تسليم فيها يعني: في البيوت التي في طرق الناس، «وروي عن مجاهد في إحدى الروايات، والضحاك، والسدي نحو ذلك».

(٣) الزمخشري أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الخوارزمي، (٤٦٧ - ٥٣٨هـ) الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق محمد مرسي عامر نشر دار المصحف القاهرة (دت)، ٤/ ١٢٢.

(٤) أطفيش القطب: تيسير التفسير، تحقيق: إبراهيم طلاي، المطبعة العربية غرداية الجزائر ٢٠٠١م، ١٠/ ٩٦.

وقيل: المراد جميع البيوت التي لا ساكن فيها؛ لأن الاستئذان إنما جعل لشيء لا يطلع معه على عورة، فإن لم يخف ذلك جاز له الدخول بغير استئذان.

وبين الفقهاء المراد بالمتاع في قوله تعالى: ﴿فِيهَا مَتَٰعٌ لَّكُمْ﴾ (النور: ٢٩)، فقالوا: إنه الاستمتاع والنفع كدخولها للحر أو البرد أو غيرهما[١].

وقال بعضهم: المراد بالمتاع المال فإذا كان لك مال في بيت غير مسكون جاز دخوله بلا إذن[٢].

قال جابر بن زيد: «ليس يعني بالمتاع الجهاز، ولكن ما سواه من الحاجة، إما منزل ينزله قوم من ليل أو نهار، أو خربة يدخلها لقضاء حاجة، أو دار ينظر إليها، فهذا متاع وكل منافع الدنيا متاع»[٣].

وعقب عليه أبو جعفر النحاس فقال: «وهذا شرح حسن من قول إمام من أئمة المسلمين وهو موافق للغة، والمتاع في كلام العرب المنفعة ومنه أمتع الله بك ومنه فمتعوهن، فالمعنى على قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها منفعة لكم من قضاء حاجة أو دخول رجل إلى دار يقلبها لشراء أو إجارة، وما تقدم من قول العلماء سوى ابن زيد داخل في هذا»[٤].

قال القطب أطفيش: «والصحيح المنع إلا بإذن ما لم يمنعه صاحب البيت من ماله»[٥].

---

(١) نقل النحاس في «الناسخ والمنسوخ» ـ سورة النور باب ذكر الآية الثانية ـ حديث: ٤٠٢. تفسير جابر بن زيد للآية عن عمرو بن هرم. ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٦/ ٢٢١.

(٢) السالمي: نفسه، ٢/ ١٧٤. ـ البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ط، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، طبع بمطابع دار جريدة عُمان للصحافة والنشر، سلطنة عُمان. ٤/ ٢٢٢.

(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، طبعة دار إحياء التراث العربي، ٦/ ٢٢١.

(٤) القرطبي: المصدر نفسه.

(٥) أطفيش القطب: تيسير التفسير، ١٠/ ٩٥.

وعقب السالمي عليه فقال: «قلت: «وهذا التصحيح إنما هو في المنازل التي لها أرباب فوضعتَ فيها متاعك بإذن أربابها، فإنه لا يحل لك أن تدخلها لأخذ متاعك بغير إذنهم، ولو علمت أنه ليس فيه أحد؛ لأن ذلك تصرف في ملك الغير، وما أباحته الآية إنما هو في المنازل المعدة لذلك، أو المنازل التي علم من صاحبها أنه لا يسوؤه ذلك، بل يرضى به ويحبه، لقيام الدليل على منع التصرف في ملك الغير إلا برضى أو إذن»[(١)]».

٢ ـ في عادات الأكل والشرب والجلوس:

يتعارف الناس فيما بينهم على طرق معينة يُفهَم منها الإذن بإباحة الأكل والشرب والجلوس دون التصريح به، ذلك بما تسكن به نفوسهم، وقد أشار إليها بعض الفقهاء.

جاء في كتاب التعارف عن ابن بركة قوله: «وقد أخبرنا من نثق به عن محمد بن دهيم العلفي[(٢)]، وكان عدلاً فاضلاً، قال: سألت أبا المنذر بشير بن محمد بن محبوب[(٣)] ـ رحمهم الله ـ عن رجل يدفع إليّ بكفه بُسْراً أو رطباً، أو يمد يده إلي بنبق ولا يأمرني بأكله، ولا بحفظي له ولا لغيره، ولم يقل لي فيه شيئاً، هل لي أن آكله؟

قال: نعم ما لم ينكره قلبك، وسكنت نفسك إلى أنه أرادك به دون غيرك.

---

(١) السالمي: نفسه، ٢/ ١٧٥.

(٢) لم أقف على ترجمة له، لكن الظاهر من كلام المؤلف انه من أعلام القرن الثاني تقريباً.

(٣) هو الشيخ أبو المنذر بشير بن محمد بن محبوب الزحيلي القرشي، من علماء عُمان في القرن الثالث الهجري، من شيوخه: والده الشيخ محمد بن محبوب، له آثار علمية كثيرة منها: كتاب «المحاربة» يشتمل على أكثر من ٨٠ باباً وكتاب «أسماء الدار وأحكامها» بالإضافة إلى كتاب «أحكام القرآن والسُّنَّة» وكتاب «البستان» وهذان الأخيران مما فقد، توفي بعد عزل الإمام الصلت بن مالك أي في سنة ٢٧٣ أو بعدها تقريباً [سيف البطاشي؛ إتحاف الأعيان ١/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥ ـ ٥٦٨].

قلت: وكيف ينكر قلبي ذلك؟

قال: يكون بينه وبينك صبي أو رجل فترى أنه قد مدّ يده إليك لتسلمه إليه كالرسول أو المُناوِل، وإذا لم يكن هذا ونحوه جاز لك أكله، وهذا يدل على أن للمسلم أن يعمل بما تسكن إليه نفسه»[١].

وكذلك طلبُ الماء للشرب يحكمه العرف والعادة، وقد نقل ابن بركة حواراً بليغاً دار بينه وبين شيخه مالك الصلاني وأحد من أصحابه وهذا نصه: «وقد كنّا صحبنا الشيخ أبا مالك إلى (سر عُوتَب)[٢] فلما كان في رجوعنا استسقيت قوماً فسقوني، وكان بعض أصحابنا له حاجة إلى شرب الماء، فدفعت إليه لِيشرب فامتنع، وقال: إنما سألتَ لنفسك فقال الشيخ: هذا يُعرف جوازه بسكون القلب والنفس؛ لأن صاحب الماء حمله ليشرب لا ليختص به على بعض دون بعض، قال الممتنع: فيه مخالفة لصاحب الماء؛ لأن صاحب الماء قال: اشرب، فليس له أن يشرب ويسقي غيره، قال الشيخ: فيجب ـ على هذا ـ أن يكون إذا طلب ماء للمسح (للوضوء) لا يستنجي منه للغائط.

قال الممتنع: إذا دفعه للمسح فهو للغائط، [قال الشيخ: المسح غير الاستنجاء فإذا دفع للمسح] فيجب (أن لا يستنجي) منه على قولك؛ لافتراق اسم المسح من اسم الاستنجاء، قال: وكذلك لو أدخلك صاحب المنزل إلى منزله، فقال لك: اجلس على هذا السرير، لم يجز لك أن تتكئ عليه ولا تنام، وكذلك لو دعاك إلى طعام، فقال لك: كُلْ، لم يجز لك أن تأكل منه إلا أَوّل ما يقع عليه اسم أكْل، وذَكر له أشياء كثيرة غير هذا ثم قال: هذا يرجع فيه إلى ما تسكن إليه النفس ويُعلم بالقلب، وإن النفس لا تخرج بمثل هذا ولا يطالبه الناس فيما بينهم، حتى لو أن رجلاً أبيح له من ماء لِيَشرب منه فقال لصاحب الماء، ائذن لي لِأسقي صاحبي منه، لاشتد عليه قوله، وكره ذلك منه، ورأى

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، النسخة المحققة، ١/ ٣٨.

(٢) قرية تقع في منطقة الباطنة قريبة من مدينة صحار بسلطنة عُمان.

أنـه قد نسـبه إلـى غاية البخل في منعه شـربة ماء مع إمكانه المـاء معه، وليس هنالك عداوة بينهما...»[١].

ـ وكذلك آداب الجلوس يحكمها العرف والعادة وتختلف من مجتمع إلى آخر، وهذا ما صرح به بعض الفقهاء.

يقـول ابـن بركـة في هـذا الشـأن: «وكذلك الجلـوس على دكاكيـن الدُّور والأسِـرَّة التي في الطرق وأبواب الدور، وقد كان أبو المنذر يقول بجواز ذلك ويعمل به مع علمه وورعه، وأخبرني محمد بن يزيد بن الربيع[٢] قال: صحبتُ أبـا عبـدالله محمد بن محبوب إلـى أن وافيْنا باب أحمد بن هارون[٣] فجلسـنا علـى أرجلنا، فجاءنا إنسـان بكرسـيين فأقعدنـا عليهما، فأقبل علـيّ أبو محمد فقال: أُقعد عليهما ولم يضمِّنَّا إياهما حين قمنا وتركناهما، ولعله رأى هذا غير العاريـة، أو رآهمـا فـي حرز صاحبهما فيـه، (أو الموضع الـذي هو حرز لهما يحرزهمـا صاحبهمـا فيـه) وكان مـن قوله: إن الإنسـان إذا أعاره رجل كرسـيًّا ليقعـد عليـه أنه إذا انصرف وهو في بيت صاحبه تركه، وإن كان في الطريق أو خارج البيت سلّمه إلى ربه أو يدعه بأمره»[٤].

ويضيف ابن بركة في السـياق نفسـه «وقد كنتُ دخلت أنا وأبو خالد[٥] مع

(١) ابن بركة: المرجع السابق، ص ١/ ٤٢.

(٢) لـم أقـف علـى ترجمـة له مـع ملاحظة أن الاسـم ورد فـي أكثر من نسـخة من بيان الشـرع الكندي وقاموس الشريعة للسعدي: محمد بن يزيد عن الربيع، ينظر: مثلاً: بيان الشرع (مخ) ج ٦٥/ ٨٠. وقاموس الشريعة (مخ) ج ٨٣/ ١٣١.

(٣) لم أقف على ترجمة له مع ملاحظة أن الاسـم ورد في نسـخة بيان الشـرع الكندي ٦٥/ ٨٧: أحمد بن مروان.

(٤) ابن بركة: نفسه، ١/ ٤١.

(٥) لـم أقـف على هـذه الكنية من بيـن الشـخصيات المعاصرة للمؤلـف، لكن أحـد المؤرخين ذكـر أحد العلماء باسـم محمد بن خالـد البهلوي، ورجح أن يكون مـن علماء القرن الثالث الهجري، فلعله هو. ينظر: سيف البطاشي؛ إتحاف الأعيان ١/ ٢٨١.

الشيخ أبي مالك رضي الله عنه على مريض في عيادة فقعدت أنا وأبو مالك على الكراسي وامتنع أبو خالد عن القعود عليها حتى أذِن له ربّ البيت، وكان مريضاً فقال له الشيخ أبو مالك: القعود على الكراسي بغير أمر صاحب البيت جائز بالتعارف والعادة الجارية بين الناس، فقال أبو خالد: صاحب البيت مريض، فقال له الشيخ أبو مالك: إنّ إباحة المريض لا تجوز، كما أنّ هبته وعطيّته لا تجوزان، فقد كان ينبغي لك أن لا تقعد إذا قعدت بأمر وهو مريض...»[(١)].

ويؤكد الثميني هذه المعاني فيقول: «وإن أُعير لأحد كرسي ليقعد عليه فإنه يتركه عند قيامه في بيت صاحبه إن كان فيه، وإلا سلّمه إليه أو يتركه في محله بأمره، وجاز للزائرين أن يقعدوا على الكراسي التي يجدونها في بيت المَزور بلا إذنه إن لم يكن مريضاً، وقد مُنِع قيل إذنُ المريض في ذلك كهبته»[(٢)].

مجمل القول:

وبعد أن ذكر ابن بركة أمثلة تطبيقية لآداب الأكل والشرب والجلوس خلُص إلى القول أنّ: «هذه أشياء تعرف بالدليل في القلب، وسكون النفس بما يجري بها في العادة بين الناس»[(٣)].

وهكذا يتبين مما تقدم أنّ قاعدة: «العادة محكمة» حاضرة في الفروع الفقهية الإباضية ومجسدة في سلوكات الناس وتصرفاتهم يرجعون إليها إذا أعوزتهم النصوص.

---

(١) ابن بركة: المصدر نفسه.

(٢) الثميني الورد البسام، ص ٢٦١ - ٢٦٢.

(٣) ابن بركة: كتاب التعارف، ١/ ٤٣.

٣ ـ في صلة الرحم:

اختلف فقهاء الإباضية في حكم صلة الأرحام في الأفراح والأتراح، هل هو واجب أم مندوب؟ وما صفة صلة الأرحام؟ هل يشترط الحضور بالنفس أم يكتفي بإرسال التهنئة أو التعزية؟

فمَن اعتبر صلة الأرحام واجبة اشترط الحضور، فإن لم يفعل ذلك فهو مجافياً يُذَمُّ فعله، ومن اعتبرها مندوبة أجاز أن تكون صلتهم ولو بالمراسلة إن تعذر الحضور، وذهب بعضهم إلى تحكيم العرف والعادة في مثل هذه الحالات.

سئل السالمي عن قولهم إنه مندوب بتأكُّدِ وصْلِ الرحم في ترح وفرح ومصيبة، ما وجهه؟

فأجاب: «ذلك؛ لأن هذه الأحوال أشد الأسباب المقتضية لاجتماع الأرحام بعضهم إلى بعض، فمن وصلهم في هذه الأوقات، صار كأنه مواسياً لهم في الفرح والترح، فيروْن أنه قد وصلهم بنفسه وشاركهم في أمرهم، وبذلك جرت العادة بين الناس، فإنّ مَن لم يصلهم في ذلك الوقت مع قدرته على الوصول يعدونه جفاء، ومِن هنا يتأكد إرساله التعزية في الكتاب على مَن بعُدَ، وكذلك يُظهر السرور في كتابه بما يَسرهم».

فإن قيل: إن صلة الأرحام واجبة فما وجه هذا التأكيد في الندبة دون الوجوب؟

قلنا ذلك لأن وجوبها في الجملة، ولم يقيّد بوقت، ولا بحال دون حال كما في قوله ﷺ: «**صِلُوا أرحامكم ولو بالسلام**»[1]، وعنه ﷺ أنه قال: «**إن**

(١) رواه البيهقي في الشعب، التاسع والثلاثون من شعب الإيمان، السادس والخمسون من شعب الإيمان، وهو باب في صلة الأرحام، رقم: ٧٧١٩، وابن أبي الدنيا في مكارم الأخلاق، صلة الرحم، رقم ٢٠٧، عن سويد بن عامر. بلفظ: «بُلُّوا أرحامكم ولو بالسلام». ابن حجر: قال إسناده حسن إلا أنه مرسل. المطالب العالية.

الرحم إذا تناست تقاطعت»[١]. وبذلك حفظت العرب أنسابها، ومن هنا قال أبو محمد[٢]: «ليس لصلة الأرحام حد يُعرف، ولكن يكون على النية والوصول إذا قدر متى كان، فإن ظهر لك أن صلة الرحم غير محدودة بشيء مخصوص، وإنّ وجوبها في الجملة لا غير، ظهر لك وجه الندبة في تخصيصها بالترح والفرح، وإذ اعتبرتَ الحديث الثاني رأيتَ أن الحكمة في صلة الأرحام حفظ الأنساب، وإن كان الغرض هذا ظهر لك وجه الاكتفاء بالسلام؛ لأن في إرساله وتبليغه حفظاً للنسب»[٣].

٤ ـ في تحديد حدود الجار:

اختلف فقهاء الإباضية وغيرهم في تحديد حد الجوار، فمنهم من اعتمد في تحديده على الشرع، ومنهم من اعتبر الاسم اللغوي وهو لفظ الجار، ومنهم من ذهب في تحديده بالعرف والعادة ما دام الشرع واللغة لم يتفقا في تحديد مفهوم الجوار وحدوده.

نقل السالمي اختلاف الفقهاء في هذه المسألة واختار تحكيم العرف والعادة في تحديد حد الجوار، فقد جاء في «العقد الثمين» سؤال «عن تحديد حد الجوار، هل بأربعين ذراعاً كما قاله أبو عبيدة، أو بأربعين بيتًا كما قال أبو عبدالله، وقدّرها من البراح وإن كانوا في الفلاة، وقيل: إن الجوار ينتهي إلى قبس النار بعضهم من بعضهم، وقيل ما يبلغ صوت المِغرف، وقيل مقدار ما يحميه الكلب، وقيل مقدار ما يبلغ رائحة القدر. فما مستند هذا التحديد؟ وما وجه هذه الأقوال؟»[٤].

---

(١) لم نقف عليه بعد البحث الدؤوب.

(٢) يقصد أبو محمد عبدالله بن بركة السليمي البهلوي تقدمت ترجمته.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٤٧٦ - ٤٧٧.

(٤) السالمي: المصدر نفسه، ١/ ٤٧٧. ـ الشماخي: الإيضاح، ٤/ ٢٠٥ - ٢٠٦.

أجاب السالمي: «لا أعرف لهذا كله وجهاً إلا أني وجدت رجلاً جاء إلى رسول ﷺ فقال يا رسول الله: إني نزلت محلة فلان وإن أشدهم إليّ إيذاءً أقربهم إليّ جِواراً، فبعث رسول الله ﷺ أبا بكر وعمر وعليّاً يأتون المسجد فيقيمون على بابه فيصيحون: «ألا إن أربعين داراً جار، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه»[(١)].

منشأ الخلاف:

يرى السالمي أنه لو صح ذلك الخبر فهو حجة لأبي عبد الله محمد بن محبوب رَحِمَهُ اللَّهُ وأما سائر الأقوال فلا يعرف وجهها إلا أن الشيخ عامر الشماخي[(٢)] قال فيما يوجبه نظره: «أن أصل اختلافهم في ذلك اختلافهم فيما يقع عليه اسم الجوار، إما من طريق اللغة، أو من طريق الشرع قال: وذلك إنّ قول من قال مقدار ما تبلغ رائحة القِدر، يدل أن قائله اعتبر في ذلك أن مَن يؤذيه بِقِتَار قدره فهو جاره، وعليه أن يعطيه منه، ومن لم يبلغه فليس بجاره ولا يجب عليه حقه إذا لم يؤذيه به، قال: وكذلك على هذا المعنى من اعتبر مقدار صوت المغرف قال: والجار في اللغة: مأخوذ من تداني مساكنهم بعضهم من بعض وهو المجاورة، والجيران: الناس المتجاورون»[(٣)].

وعقب السالمي على كلام الشماخي بعد بيان أصل اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم الجوار بقوله: «وحاصل كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ أن الخلاف في ذلك مبني

---

(١) رواه الطبراني في الكبير، باب الكاف، كعب بن مالك، رقم ١٤٣، الهيثمي: فيه يوسف بن السفر وهو متروك. مجمع الزوائد، ٨/ ٣٠٩. والحديث قسمان: الجار أربعين داراً. رواه أبو داود في المراسيل، رقم ٣٥٠، عن الزهري مرسلاً، والقسم الثاني: «ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه». رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب تخريج إيذاء الجار، رقم ٤٦، عن أبي هريرة.

(٢) يقصد أبو ساكن عامر بن علي الشماخي، (ت: ٧٩٢هـ).

(٣) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٤٧٧ - ٤٧٨. ـ الشماخي: الإيضاح، ٤/ ٢٠٦.

على قاعدتين: منهم من اعتبر المعنى الشرعي، وهو: كفّ الأذى عن الجار فتحرى أقصى ما ينتهي إليه الأذى بين المساكن فجعلهم جيراناً، ومنهم من اعتبر الاسم اللغوي وهو لفظ الجوار فاعتبر القرب والبعد، فمن كان قريباً كان جاراً، ومن بعُدَ خرج عن الجوار، ثم اختلفت أنظارهم في تحديد ذلك على حسب اختلاف أفهامهم في القرب والبعد..»[١].

كما نبَّه السالمي إلى قاعدة أخرى قد يغفل عنها بعض الفقهاء يمكن اعتبارها أساساً في تحديد حد الجوار، وتعتمد على ما يجري به العرف والعادة في كل بلد وقوْم للتوفيق بين الأقوال المتباينة إذا تعذر الترجيح بينها؛ لأن العرف والعادة حجة يجب العمل بها، و«العادة محكّمة» إذا تعذرت النصوص. يقول في هذا الصدد: «وها هنا قاعدة ينبغي أن ينبه عليها، وهي اختلاف العرف بين أهل النواحي في صفة الجوار، فإن لكل أهل ناحية من الأرض عُرفاً في ذلك، ولكل منهم عادة يُعُدّون التمسك بها صلة، وتركها قطيعة، فحدوه في القرى بالبيوت، وفي الفلاة بقبس النار، وما ذاك إلا لاختلاف أحوالهم وتباين عاداتهم ومنافعهم، فإن أهل البادية يَعُدون جاراً كل من أمكن أخذ منافعهم الحاضرة منهم كاقتباس النار، وأخذ الملح للقدر التي على النار وأشباه ذلك، وأما أهل القرى فلا يعدون ذلك جواراً؛ لأن مساكنهم متقاربة متصلة فجاء عُرفهم بالجوار بأقرب البيوت إلى بعضهم بعض، ثم اختلف هذا العرف في تحديد هذا المقدار من عدد البيوت، فكُلٌّ قال بما وقع له من العرف، وهذه القاعدة كما ترى أجمع من القاعدتين اللتين ذكرهما الشيخ عامر رَحِمَهُ اللَّهُ فينبغي أن يعوَّل عليهما في الجمع بين الأقوال في هذا الباب إن ظهر صوابها»[٢].

(١) السالمي: المرجع نفسه، ١/ ٤٧٨.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ١/ ٤٧٨ - ٤٧٩.

مجمل القول:

يتضح من خلال ما ذهب إليه السالمي والشماخي أنه الرأي الراجح، وينبغي العمل به ما دامت لا تتوفر نصوص تحدد مفهوم الجوار، فالعرف الجاري به العمل عند الناس هو الذي يحتكم إليه ما دام يتعذر تحديد الجوار عن طريق الحقيقة اللغوية أو الشرعية، فيترجح العمل بما يحدده العرف والعادة في مثل هذه الأحوال وذلك جمعاً للأقوال، كما تشير إلى ذلك عبارة السالمي خاصة بعد أن توسع العمران وظهرت وسائل حديثة توصل صوت الجار إلى أبعد المسافات فتلحق به أذى، كما يحدث في مناسبات الأفراح في أيامنا باستعمال مكبرات الصوت، فيجب في هذه الحالة إعادة النظر في تحديد الجوار اعتماداً على عرف كل مجتمع وناحية.

٥ ـ في آداب الضيافة:

من آداب الضيافة أن يُوفَّر للضيف كل أسباب الراحة والإقامة الطيبة، فلا ينبغي أن يشعر بالحرج وهو في دار المضيف، ومن ذلك: أن يذهب إلى بيت الخلاء من أراد قضاء حاجته ما دام قد دخل الدار باستئذان، قال الشماخي في هذا الصدد: «ولا بأس على من دخل الدار بإذن مثل: الضيفان أن يخرجوا لحاجتهم فيه بغير إذنِ صاحب الدار؛ لأنه لذلك عُمِل وهذا عندي ـ والله اعلم ـ إنما جرى على عادة الناس وسيرتهم في الضيفان والكنيف»[(١)].

وأرى أنه لو كان بيت الخلاء في بيت الضيافة فلا حاجة إلى استئذان، أما إن كان خارجه فإنه يحتاج إلى ذلك حتى لا يقع نظره على محارم صاحب الدار، وهذا حسب ما تعارف عليه الناس، فلا يجوز للضيف أن يتعدى على

(١) الشماخي: الإيضاح، ١/٣١٦.

حرمة الدار، مصداقاً لقوله ﷺ: «**إياكم والدخول على النساء...**»[1] وإذا قُدّم الطعام والشراب فلا يحتاج في أكله إلى إذن؛ لأنه ما قدم ذلك إلا ليأكله ولا يشترط مشاركة المضيف في الأكل حتى لا يشعر الضيف بالحرج كما اعتاده بعض البلاد.

(١) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب النكاح ـ باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، رقم ٤٩٣٤، ومسلم، كتاب السلام، باب تحريم الخلوة بالأجنبية والدخول عليها، رقم ٢١٧٢، عن عقبة بن عامر.

المطلب الخامس

تحكيم العرف والعادة في الجنايات والعقوبات

١ ـ تحكيم العرف والعادة في التأديب والتعزير:

لم يحدد الشارع الحكيم وسائل معينة لتأديب العصاة وتعزيرهم، وإنما ترك الأمر دون تقييد يخضع لتقدير المجتهدين والحكام، ولذلك اختلفت أنظار الإباضية في تحديد وسائل التأديب، فاختار بعضهم أن يكون الضرب على الرِّجْلين، بينما ذهب الجمهور إلى أن التأديب بالضرب يكون على المقعدين أو الكتفين، وقد يختار غيرهم الحبس أو النفي أو القيد، ولا شك أن العرف والعادة هو الذي يحدد نوع التأديب، وموضع الضرب الذي ينفذ في حق العصاة.

أشار المحقق الخليلي في قواعده إلى اختلاف فقهاء الإباضية في هذه المسألة، وبيّن أن سببه يعود إلى ما تعارفه الناس في كل بلد وما يجري به العمل عندهم، فقد ورد عليه سؤال يستفسر فيه صاحبه عن الضرب للتأديب، وذكر أن ما اتفق عليه بنو مصعب[١] من إيقاع الضرب للتأديب والتعزير على الرجلين[٢] ومخالفتهم لآثار السلف الموجودة معكم من وجوب كونه على المقعدين أو الكتفين، وتداول هذا عملاً بين فقهائهم وأسلافهم من أهل مصعب وجربة مع مخالفته لآثار الأقدمين، وطلب السائل من الخليلي أن يفيده بما يجري به العمل عند إباضية المشرق من أهل عُمان[٣].

فأجاب: «أما أصحابنا المشارقة فلم نجد في جواز هذا معهم أثراً به يهتدى، ولا عملاً به يقتدى، وإنما قالوا في المقعد فخصوا به العبيد في أظهر قولهم السديد، تنزيهاً للأحرار عن الضرب على الأدبار، وإنما الظهر هو موضع

---

(١) بنو مصعب: هم أهل وادي ميزاب من الإباضية يسكنون جنوب الجزائر.

(٢) يطلق أهل ميزاب بالجزائر على مثل هذا النوع من التأديب بـ (فلق) وهي كلمة بربرية.

(٣) الخليلي المحقق، كتاب التمهيد، ٧/ ٨٣ - ٨٤.

التعزيـر فـي الحـر والكتفان همـا بعض من كله في هذا الشـأن، فهـو أعم من قولكـم: علـى الكتفين في البيـان، إلا أنهما في الأصل فيما عندي أنها مسـألة اجتهاد ومحل رأي ونزاع، فلا يجوز أن يقضى فيها بحكم الإجماع.

وإن عمـل الفقهاء ونحارير العلماء وأهـل العدل والفضلاء من أهل مصعب وجربة إذا ثبت عن الأكابر عملاً تبِع الأوائل فيه الأواخر، فإنه ليجوز أن يُعدّ رأياً فـي سـداده، فلا أقوى عن الحكم بفسـاده، ولا يجب فيما ظهـر لي إنكاره بعدما استقرت عن سلفهم آثارهن، فإن نفس الأعمال من الفقهاء أثر يقتدى به كالأقوال.

وربما كان العمل أقوى للمتبع دليلاً وأظهر حجة وأقوم قيلاً، ما لم يصح فساده ويظهر للحق عِناده وليس هذا من ذلك، ولا يُعد هناك إذ لا مانع منه في الأصول الدينية، وإنما ورد الأثر بغيره اجتهاداً من فقهاء أهل النِّحلة المرضية، وما لم يكن المنع منه بدين، لم يضق فسيح الرأي فيه على المجتهدين والعلماء لهـم النبـع وبهـم يقتـدى. ولا تقليـد إلا لإمام الوجـود، ذي المقـام المحمود المبعوث رحمة للعالمين وهدى...»[1].

مجمل القول:

وبعد أن عرض الخليلي أقوال الإباضية في المسألة وبيَّن أنها آراء اجتهادية يجوز فيها الخلاف، ما دام لم يرد فيها نص يحدد أسـلوب التأديب الشـرعي، ولذلك لا مانع من الأخذ بها ما دامت لا تتعارض مع النصوص.

ثم خلص إلى القول: «وبهذا يتضح لك أن الضرب على الرِّجلين إن جاز في رأي لهم فقد منع في قولين، وعلى قياد قول من أجازه من أولئك الناس، فلا إثـم على فاعله ولا ضمان ولا بأس، وعلـى قول من يرى منعه، فلم يثبت أصله وفرعه، فلا أمان على فاعله مَن لزم الضمان، وهو الموجود معنا في آثار أهل عُمان، إلا أننا على ما ذهبوا إليه من تحديد موضعه المعوَّل عندهم عليه».

(١) الخليلي: التمهيد، ٧/ ٨٤ - ٨٥.

واستدرك الخليلي على السائل أنه بعد بيان رأي الإباضية المشارقة في المسألة المخالف لرأي المغاربة عثر في آثارهم على مَن يوافقهم في هذا الأمر ويقول بجواز إيقاع الضرب في باطن القدمين، وعقب عليه بقوله: «ولا يخرج عن الصواب ولا بأس، فالرأي في عدله متسع لهذا وهذا كله، فإن رجع أهل جربة ومصعب (المغاربة) إلى ما عليه السلف فهو لهم أولى، وإن كان عليهم أصعب، وإن أبَوْا إلا ما هم عليه فنرجو لهم السلامة، ولا إنكار عليهم ولا تثريب ولا ملامة، ما لم يتعدوا الحدود الجائزة فيه عند أهل المعرفة في ذات أو صفة»[(١)].

ويمكن أن نستخلص من عبارة الخليلي أنه يفضل الأخذ برأي السلف من فقهاء الإباضية، لأن العمل به أولى، وإن كان لا يرى بأساً في العمل بخلافه ما لم يتعدّ الحدود المشروعة ما دام اجتهاداً يعتمد على غلبة الظن، ولا ريب أن كلّاً الفريقين قد استند في رأيه إلى العرف والعادة بين الناس وما يجري به العمل في بلدهم، فالمعتبر في ذلك التأديب والتعزير، ولا يهم بأي وسيلة يقع ذلك ما دام يحقق هذا المقصد؛ لأن الوسائل تتغير حسب الأزمنة والأمكنة، والعبرة بالمقاصد والغايات لا بالوسائل والآلات، ولا ينكر تغير الوسائل بتغير الأزمان والأماكن.

٢ ـ في تقدير المتلفات وأُرش العيوب والجراحات، وجزاء الصيد في الحرَم:

اختلف الإباضية في تحديد معايير تقدير قيمة المتلفات من الأموال وأرش العيوب والجراحات وجزاء الصيد لمن اعتدى عليه في الحرَم، ويذكر بعضهم أن تحديد ذلك مرده إلى العرف والعادة، ونظر المجتهدين وما تطمئن به نفوسهم، ولا توجد نصوص صريحة تضبط ذلك ويستند إليها المجتهدون في التقدير.

(١) الخليلي: المرجع نفسه، ٧/ ٨٥.

يقول ابن بركة البهلوي في سياق حديثه عن اعتماد العلماء على العرف والعادة وما تطمئن إليه نفوسهم، وهو من غلبة الظن لا يصل إلى درجة اليقين: «وكذلك قولي في قِيَم المتلفات فإنما الاعتبار فيه أن تجري القيمة على حسب ما تبايع الناس به، وتجري به البياعات بينهم، فيرجع في ذلك إلى أهل المعرفة دون من لا معرفة معه، وقد يقع البياعات بين التجار على الأثمان المتقاربة، والمغابنة اليسيرة، وقد تقع بينهم أيضاً المغابنة الفاحشة، وهذا نادر بينهم بأعلام كثيرة بينهم، فانظر في ذلك ما أبيح لأهل القيم إذا كانوا من أهل الخبرة والمعرفة بالأثمان المتقاربة دون المتفاوتة الفاحشة، وفوق الناقصة الخسيسة...»[1].

ولعل ما ذهب إليه ابن بركة هو ما ينبغي العمل به في تقدير الأشياء، فعندما يُفتقر إلى معايير ثابتة في الشرع يُحتكم إلى العرف والعادة الجارية في الناس، ويستعان بأهل الخبرة والمعرفة في تحديد قيمة المتلفات في المبيعات والمزروعات والجروح دون تجاوز للحدود المعقولة بما يحقق العدل والرضى.

٣ ـ تحكيم العرف والعادة في تحديد صغائر الذنوب:

اختلف فقهاء الإباضية في التمييز بين كبائر الذنوب وصغائرها، ومتى يحكم على صاحبها بالبراءة؟ وهل تعتبر تلك المعاصي ظلماً في حق الله والعباد؟ وهل للعرف والعادة مدخل في اعتبارها؟

ذهب بعضهم إلى تحديد كبائر الذنوب وصغائرها وبيان الفرق بينهما، بينما يرى بعضهم خلاف ذلك، كل وقد أجاب الإباضية عن هذه الأسئلة وغيرها حسب ما يظهر لهم استناداً للنصوص أو العقل أو العرف والعادة.

يقول السالمي في هذا الصدد: «قال بشير: لو أن رجلاً ضرب رجلاً بخشبة أو ما فوق ذلك لألزمنا الضارب البراءة؛ لأنه قد قامت الحجة في العقل أن ذلك ظلم.

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٣ - ١٤.

قال: وهذا وأشباهه من حجة العقل.

وكذلك: لو سرق منه في الميزان قدر حبة فما فوقها متعمداً للتطفيف وكان ذلك في تعارف الناس أنه ظلم، فعليه البراءة مما كان في مثل هذا ولم يجز الوقوف؛ لأن الحجة قد قامت.

وأما الصغير من الذنوب فقيل: ليس هو بشيء محدود؛ لأنهم قالوا إن ما دون الكبائر فهو صغير.

وقد حدّه بعضهم، قال: أبو عبدالله محمد بن محبوب ـ رحمهما الله ـ في قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱللَّمَمَ﴾ (النجم: ٣٢). قال: ما دون الكبائر من الذنوب التي تكون بين العباد وبين الله، مثل: الغمزة واللمزة والنظرة، وما كان أهله يدينون منه التوبة والاستغفار، فذلك هو اللمم، وكل ما لمّ بالقلب من ذكر المعصية، والهمّ بها، والنية للعمل بها من غير شتم المسلمين ولا وقوع في أعراضهم، فهذا إذا نسيَ أن يستغفر لله منه لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ رَبَّكَ وَٰسِعُ ٱلْمَغْفِرَةِ﴾ (النجم: ٣٢). فهذا إذا كان يدين بالتوبة منه، ومما نهاه الله عنه أجزأه، أي تجزيه الدينونة بالتوبة من هذا كله، ولا يلزمه أن يتوب منه بعينه كما يلزمه ذلك في الكبائر[1].

وذهب بعضهم إلى أن الصغير من الذنوب مثل الكذبة التي لم يتلف بها مال أو نفس، فإن أتلف بها مال أو نفس فهي من الكبائر.

وقيل: إن صغائر الذنوب مثل الرفسة والنخسة والركضة والوجْيَة والكذبة ما لم يكن بها إنكار حق لأحد.

وقيل: إنها من الكبائر مطلقاً.

وقيل: ومن أخذ من مال غيره حبة أو حطبة أو خلالاً أو نباتة أو لبس ثوبه، أو ركب دابته، أو استعمل خادمه عملاً يسيراً، أو كثيراً، أو استعار شيئاً

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ٢٧٦.

فاستعمله بغير ما استعاره له، أو وطئ في حرث قوم فتلف شيء منه بوطئه، أو قعد على سرير غيره أو حصيرة، أو كتب من دواته أو قلمه، أو رقعة قرطاس، أو استسقى بدلوه، أو زجر على دابته أو شرب من إنائه، فكل هذا وما أشبهه مما أصابه من المعروفين بالمنع من صغائر الذنوب»[١].

ويبيِّن السالمي أن فاعلها يكفر بفعلها إن أصر عليها، وعليه التوبة من ذلك، واستثنى من ذلك ما إذا تعارف الناس أن مثل تلك الأفعال يتسامح فيها ولا يحاسب عليها فيقول: «وإنما يكفر فاعلها بالإصرار عليها لا بركوبها، وهي من حقوق العباد، وعليه الخلاص والخروج منه إليهم إلا ما كان من إدلال بين الأصدقاء أو الإخوان في الله أو تعارف بين الناس، فإن الإدلال والتعارف أمارة للرضا...»[٢].

وقد خالف السالمي أصحاب هذا القول واعتبر مثل هذه الأفعال من كبائر الذنوب؛ لأن فيها اعتداء على حقوق العباد، ولعله يرى أن التسامح يكون في حقوق الله دون العباد، وكأنه بذلك يحصر الصغائر فيها، أما إذا تعلقت بحقوق العباد فهي من الكبائر.

وهذا نصه: «قلت: والظاهر أن ارتكاب هذه الأشياء بغير إدلال ولا تعارف من كبائر الذنوب؛ لأنها ظلم بالغير وهو موجب للنار، وما أوجب النار لفاعله فهو من كبائر الذنوب»[٣].

مجمل القول:

مما تقدم يمكن أن نجمل آراء الإباضية في حد الصغائر إلى خمسة أقوال:

الأول: الصغائر من الذنوب لا حدود لها سواء تعلقت بحق لله أم بالعباد.

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٢) السالمي: المصدر نفسه.

(٣) المصدر نفسه.

الثاني: الصغائر من الذنوب محدودة في مجال حقوق العباد، يتجاوز عنها ما لم يصر عليها فاعلها، فإن أصر عليها فهي من الكبائر التي يجب التخلص منها.

الثالث: الصغائر من الذنوب هي ما لا يترتب عليها ضرر بالغير في المال والنفس، فإن تجاوزت ذلك فهي من الكبائر.

الرابع: تصرفات من صغائر الذنوب، لكن تعارف الناس عليها أن فاعلها لا يلام عليها، خاصة إذا صدرت من الإخوان والأصدقاء، أو ثبت عن طريق الإدلال والتعارف إن وقعت عليه رضي بها، مثل: الكتابة بقلمه، وركوب دابته، فإذا ظهر منه إنكار فهي من الصغائر التي يجب الاستغفار منها، وعدم الإصرار عليها، وإلا انقلبت إلى كبائر.

الخامس: إن الصغائر تعتبر من الكبار مطلقاً سواء تعلقت بحق الله أم بالعباد، أو يترتب عليها ظلم بالغير، ويبدو أن صاحب هذا القول لا يفرق بين الصغائر والكبائر بل يسوي بينهما.

ولعل ما نستخلصه من هذه الأقوال أنّ ارتكاب أيّ شيء ضد الغير ـ صغيراً أو كبيراً ـ يعد معصية في حق الله، وضرر للعباد بغير إدلال ولا تعارف بين الناس، ويعتبر من كبائر الذنوب؛ لأنها ظلم للغير يستوجب العقوبة، ويجب التخلص منه بالتوبة والاستغفار، وطلب المسامحة من المعتدى عليه خاصة إذا كان مصرّاً عليها، أما إذا لم يترتب عليها ضرر فهي من الصغائر التي يتجاوز عنها، وينبغي التسامح فيها، وتكون من باب الخطأ، ولعل هذا القول يكون قريبا مما خلص إليه السالمي واستظهره والله أعلم.

ما يستثنى من القاعدة ـ لا يتخرج عليها ـ:

وردت في «كتاب تمهيد قواعد الإيمان» مسألتان في باب المساقاة والمزارعة لا تتخرج على قاعدة: «العادة محكمة» وهما:

١ ـ إذا وُجِد جار يسقي نخلة من ساقية جاره ثم صح نزاع بينهما، فصاحب

الساقية يدعي أنه أعار جاره لكي يسقي نخلة في ساقيته وادعى الآخر أنها عطية، فقيل إذا صحت العطية، فالساقية أصل لمن أعطي، وإن لم تصح العطية فهي عارية، ولا يلتفت في ذلك إلى ما جرت به عادة الناس من إعارة السواقي لبعضهم بعضاً أو عدمه[١].

٢ ـ إذا وجدت بلدة فيها أموال مخصوصة جرت فيها سُنّة وعادة أنه لا يباع من هذه الأموال[٢] شيء من الأصول إلا ومعها شيء من الماء وغيرها من الأموال قد يباع الأصل فيها بدون ماء، أو الماء بدون أصل، فالحكم أن هذه العادة والسُّنَّة الجارية في تلك الأموال بعينها غير لازمة ولا توجب منع المالك من التصرف بالبيع لأصل دون ماء أو العكس؛ لأن هذه العادة لا تشبه السنن الثابتة في الأملاك[٣].

(١) الخليلي: كتاب التمهيد، ٧/ ١٦٣.
(٢) مصطلح عُماني يراد به بساتين النخيل.
(٣) الخليلي: المرجع نفسه، ٩/ ٩٩.

المبحث الخامس

القواعد الفقهية المتفرعة
عن القاعدة الكلية الكبرى «العادة محكمة»

توجد عدة قواعد فقهية لها علاقة بقاعدة: «العادة محكمة»، منها ما يمثل فرعاً عن القاعدة، أو أثراً، أو قيداً فيها، ونظراً لكثرة المسائل والفروع الفقهية المتخرجة على هذه القاعدة وصعوبة حصرها، وضع الفقهاء لهذه الفروع قواعد فرعية تعتبر ضوابط لكثير من الأحكام الفرعية المبنية على اعتبار العرف والعادة، وفيها من المرونة ما يجعلها صالحة لكل يجد من وقائع وأحداث تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها، وفيما يلي بيان لأهم هذه القواعد مع ذكر ما اشتملت عليه من أحكام وتطبيقاتها في الحياة العملية، وسيكون دراستها في المطالب التالية.

- **المطلب الأول**: القواعد الفقهية المعبرة عن بعض شروط العرف والعادة.
  - **الفرع الأول**: قاعدة: «تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت».
  - **الفرع الثاني**: قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا القليل النادر» (العبرة للأغلب).
- **المطلب الثاني**: القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف العملي في الأحكام.
  - **الفرع الأول**: قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».
  - **الفرع الثاني**: قاعدة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».
  - **الفرع الثالث**: قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

ـ **المطلب الثالث**: القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف القولي في الأحكام.

ـ **الفرع الأول**: قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة».

ـ **الفرع الثاني**: قاعدة: «الكتاب كالخطاب».

ـ **الفرع الثالث**: قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان».

ـ **المطلب الرابع**: قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

وبعد عرضها إجمالاً نشرع في بيانها تفصيلاً على النحو التالي:

المطلب الأول

القواعد الفرعية المعبِّرة عن بعض شروط العرف والعادة

١ ـ قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا النادر»[(١)].

٢ ـ قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت»[(٢)].

هاتان القاعدتان من القواعد المتفرعة عن قاعدة: «العادة محكمة»، وهما تنصان على أحد شروط العادة والعرف، وهو اشتراط كَوْن العرف غالباً؛ لأن العرف النادر لا عبرة له ولا اعتداد به، ومن شروط إعمال العادة: أن تكون غالبة شائعة، أما إذا كانت نادرة فلا يعمل بها، ومن جهة أخرى فإنهما تصلحان أن تكونا أصلاً عامّاً في الشريعة الإسلامية، وهو اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وقد اعتبرهما السالمي والرواحي نوعاً من الاستقراء الذي هو نوع من الاستدلال.

يقول السالمي في هذا الصدد: «الحكم بالأغلب من الأمور قاعدة مستمرة عند كثير من الفقهاء، وعليها عوَّل أبو سعيد رَحِمَهُ اللَّهُ في كثير من المواضع، وهي نوع من الاستقراء الذي هو نوع من الاستدلال...»[(٣)].

---

(١) الكدمي أبو سعيد: الجامع المفيد، ٢/ ٢٧٦ - ٢٧٧. ـ وينظر: أيضاً كتابه: «المعتبر»، ٣/ ١١٦. ـ الشماخي: الإيضاح، ١/ ٢١٣، ٢١٩. ـ الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ٢٨/ ٧٨. ـ السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٨٥. ـ وينظر: أيضاً كتابه «معارج الآمال» ١/ ١٩٦ - ١٩٧. ٢/ ١٧٦. ـ الخليلي سعيد (المحقق): كتاب تمهيد قواعد الإيمان، ١/ ١٧٨. ـ المجلة العدلية، المادة ٤٢.

(٢) الراشدي: جواهر القواعد، ص١٦٦. ـ هرموش محمود: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص ٣٠٥.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٧٥.

كما صرح الرواحي أيضاً بهاتين القاعدتين ومثَّل لهما بمثال، فقال: «وحكَّموا العادة في أشياء كما حكموا الاستقراء... وأما الاستقراء الناقص فهو أن يستقري مثلاً المستدل أغلب عادات النساء في حيضهن في أقصى مدة الحيض، فيجد مثلاً عادتهن في أقصى مدته عشرة أيام، فيأخذ هذه العادة المأخوذة بهذا الاستقراء حَكَماً لحيض النساء بأن لا يزيد عن عشرة أيام، ويعرف هذا الفقهاء بإلحاق الفرد بالأغلب، وهو دليل ظني اتفاقاً، وهل (الاستقراء) الكامل قطعي أو ظني قولان، الأول: للأكثر، ووجه الثاني: كوْن حكم تلك الصورة مخالفاً لأحكام سائر الأفراد، ورُدَّ بأن الاحتمالات العقلية بمنزلة العدم فلا تقدح في الأحكام العادية، فالاستقراء بنوعيه تتبع العادات لتكون حاكمة على أفراد الجنس المنسوبة إليه العادة تماماً أو غالباً...»[(١)].

وهكذا يمكن أن نستنتج من عبارتيْ السالمي والرواحي أن الاستقراء هو الاحتكام إلى الأغلب من عادات الناس، وقد يكون استقراء تامّاً، وقد يكون غالباً، وهو ما قرره الفقهاء في القاعدة الفرعية: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت».

وليست هاتين القاعدتين خاصة بالإباضية بل أخذ بهما فقهاء المذاهب الأخرى مع اختلاف في صياغتها، قال الكرخي في رسالته في الأصول: «الأصل أن السؤال والخطاب يمضي على ما عمَّ وغلب لا على ما شذَّ وندر... ومن مسائله: أن من حلف لا يأكل بيضاً، فهو على بيض الطير دون بيض السمك ونحوه»[(٢)].

---

(١) الرواحي أبو مسلم ناصر: نثار الجوهر، وهو عبارة عن شرح جوهر النظام للسالمي مخطوط مصور، ١/ ٨٢ - ٨٣.

(٢) الكرخي أبو الحسن: رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية مع شواهدها لأبي حفص عمر النسفي، طبعت مع كتاب تأسيس النظر لأبي عبدالله بن عمر الدبوسي الحنفي، نشر زكرياء علي يوسف، مطبعة الإمام، ١٣ شارع محمد كرم بالقلعة، القاهرة ١٩٧٢، ص ١١٢.

ويقـول القرافي فـي «فروقه»: «الأصل اعتبار الغالـب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، ويقصر في السـفر ويفطر بناء على غالب الحال، وهو المشـقة، ويمنع شـهادة الأعداء والخصوم؛ لأن الغالب منهم الحيف»[١].

وقد عقد العز بن عبدالسـلام فصلاً في الحمل على الغالب والأغلب في العـادات، وذكر أمثلـة منها: «أن من أتلف متقوّماً فإنـه يلزمه ضمانه بقيمته من نقـد البلـد، أو غالبـه إن كان فيه نقـود بعضها أغلب من بعـض، ومنها وجوب صدقة الفطر من غالب قوت البلد كالقمح والأرز»[٢].

وصـرح بها إسـحاق الشـيرازي في «باب مـن تقبل شـهادته ومن لا تقبل» فقـال: «... ولا يمكـن قبول الشـهادة مع الكثير من الصغائر؛ لأن من اسـتجاز الإكثار من الصغائر اسـتجاز أن يشـهد بالزور، فعلَّقنـا الحكم على الغالب من أفعالـه؛ لأن الحكـم للغالب والنادر لا حكم له، ولهذا قال تعالى: ﴿فَمَن ثَقُلَتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ۞ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ خَسِرُوٓاْ أَنفُسَهُمْ فِى جَهَنَّمَ خَٰلِدُونَ﴾ (المؤمنون: ١٠٢-١٠٣)»[٣].

وقال عبدالهادي الحنبلي: «العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له»[٤].

فهذه النصوص جميعاً تصرّح أن المذاهب الفقهية اتفقت كلمتها في اعتبار هاتين القاعدتين، والعمل بهما في الأحكام، بل جعلهما بعضهم أصلاً عامّاً في الفقـه الإسـلامي يبنى عليهـا الأحكام. وحتى نـدرك حقيقة هاتيـن القاعدتين، وأثرهمـا في الفروع الفقهية، يستحسـن أن نعرف بهما، ونبين صلتهما بغيرهما من القواعد، ثم نذكر بعض من فروعهما الفقهية كما يلي:

---

(١) القرافي: الفروق، ٤/ ١٠٤.

(٢) ابـن عبدالسـلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبعة مكتبـة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، راجعه وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد، ٢/ ١٤٢.

(٣) الشيرازي أبو إسحاق، المهذب، ٢/ ٣٢٤- ٣٢٥.

(٤) ابن عبدالهادي، مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، ص ١٧٥.

أولَا ـ تعريف مفردات القاعدة:

- الغالب في اللغة هو: الأكثر، والأغلبية الكثرة، يقال: غلب على فلان الكرم، كان أكثر صفاته أو خصاله، وغلبت عليه الحمرة أو الصفرة كانت أكثر فيه[١].
- والتغليب في الاصطلاح هو: «إعطاء الشيء حكم غيره، وقيل ترجيح أحد المغلوبين على الآخر إجراء للمختلفَيْن مجرى المتفِقَيْن»[٢].
- والشائع هو: «الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم»[٣].
- والنادر في اللغة هو: «القليل والشاذ، نذر الكلام، أي ما شذ وخرج من الجمهور»[٤].

وفي الاصطلاح: «النادر ما وجوده سواء كان مخالفا للقياس أم لا»[٥].

ومعنى الغلبة في الشيوع في العرف والعادة: أن يكون غالباً ومستمرّاً العمل به في جميع الأوقات والحوادث، فالعرف إذا لم يكن غالباً لا يُجعل حَكَماً في الحوادث[٦].

ولكن ما المراد بالغالب الشائع في هذه القاعدة؟ ومتى يعتبر الغالب في ترتيب الأحكام عليه، ويكون مقدماً على النادر؟

والمراد بالغالب الشائع هنا: «أن يكون جريانهم عليه حاصل في أكثر الحوادث لا يتخلف، فكل عُرف معتبر سواء كان عامّاً أو خاصّاً إذا تحقق فيه معنى الغلبة والذيوع، والاشتهار بين أهله الذين تعارفوه، ويثبت

(١) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ٢/ ٦٤٤.
(٢) التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، مادة «غلب».
(٣) هرموش محمد مصطفى عبود: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٢٢٨. ـ مجلة الأحكام العدلية، مادة ٤٢، ص ٤٥.
(٤) الجرجاني: التعريفات، ص٢٥٨.
(٥) البركتي عميم الإحسان الحنفي: القواعد الفقهية، ص١٣.
(٦) هرموش محمود: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٣٩.

بالعـرف العام الحكم العام، وبالعـرف الخاص الحكم الخاص عند الذين تعارفوه»[١].

ويستخلص مـن هـذا التعريف أن القاعـدة ـ بالمعنى العام ـ يـراد بها: أن الأحـكام لا تبنـى على النـادر المغلوب، وإنما تبنى على الشـائع الغالب. وأما المعنـى الخـاص لهـا: أن المعتبـر في بناء الأحـكام على العادة هـو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع؛ لأن المراد بالشيوع في هذه القاعدة ـ بالمعنى الخاص ـ اشتهار العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس.

أمـا إذا كان العمـل به نادراً أو مغلوباً فلا يعمل به، وكذلك إذا كان العمل بـه مسـاوياً لعـدم العمل به، وهو المسـمى بالعـرف المشـترك، فلا يعتبر أيضاً للتردد فيه كما بيّنا سابقاً[٢].

ثانياً: صلة القاعدة بغيرها:

وردت في كتب القواعد الفقهية قاعدة قريبة منها تعتبر قيداً للقاعدة الكبرى «العـادة محكمة»، ومكملة للقاعدة الفرعية «العبرة بالغالب»، وهي: وإنما تعتبر العـادة إذا اضطـردت أو غلبت؛ ذلك أنه لما كان ظاهر القاعدة الكبرى تحكيم العادة على الإطلاق أثبت الفقهاء هاتين القاعدتين؛ لتقييد العادة بما اضطردت أو غلبـت، أمـا إذا كانت نادرة فلا تُحَكَّـم[٣]. واقتصر بعضهـم على الاضطراد فقال: «العادة تعتبر إذا اضطردت»[٤].

(١) النجار: العرف وأثره في التشريع، ص ٢٠٥، ٤٠٧.
(٢) القاضي منير: شرح مجلة الأحكام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩، ١/ ١٠٤.
(٣) الراشـدي: جواهر القواعد، ص ١٦٦. ـ السـيوطي: الأشـباه والنظائـر، ص ٩٣. ـ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٩. ـ المجلة الأحكام العدلية، المادة ٤١.
(٤) هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص ٣٠٥.

وتعبّر هاتان القاعدتان عن بعض شروط العادة التي تجعل حَكَماً لإثبات حكم شرعي، وتكون معتبرة، وهي الاطراد والغلبة والشيوع[١].

ـ الاضطراد في اللغة: من اضطر الأمر، تبع بعضه بعضاً، واضطردت الأنهار، جرت، واضطرد الحد، تتابعت أفراده وجرى مجرى واحداً تجري الأنهار[٢].

والمراد باضطراد العادة في القاعدة: أن يكون العمل مستمرّاً بها في جمع الأوقات والحوادث، بحيث لا يتخلف إلا بنص على خلافه، ومعنى ذلك أن تكون العادة مستمرة لا تتخلف من بلد إلى آخر أو من مكان إلى آخر[٣]. مثال ذلك: تشطير المهر إلى معجل ومؤجل، حيث جرى به العمل في أكثر البلاد.

والتعبير بالغلبة: يوحي بأنه لا يشترط لإعمال العادة أن تكون مضطردة، بل يكفي أن تكون معمولاً بها في أغلب الحوادث.

إذن فمعنى الاضطراد أو الغلبة: أن يكون العمل بالعرف أكثر من العمل بخلافه، وأما إذا كان العرف خاصّاً أو نادراً فإنه لا يعتد به، ولا تحمل عليه النصوص المطلقة في الكتاب والسُّنَّة؛ لأنه لا سلطان للعرف النادر أو الخاص في تفسير نصوص الشريعة[٤].

وبناء عليه يكون معنى القاعدة: أن العادة المعتبرة هي المضطردة التي لا تتخلف أبداً أو الغالبة التي تتخلف قليلاً، كما سبق أن بيَّنا في شروط العرف، أما العادة المغلوبة فلا عبرة لها ولا تحكم. قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت، فإن غلبت فلا»[٥]. وعبر صاحب «تهذيب الفروق»

(١) البورنو: الوجيز، ص ٢٩٥.
(٢) الفيومي: المصباح المنير، ص ٥٠٦.
(٣) هرموش: المرجع نفسه، ص ٣٠٥. ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٢٦٦ - ٢٦٧.
(٤) هرموش: المرجع نفسه.
(٥) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

بالتكرار، وقصد به الاضطراد حيث قال: «إن مجرد الاستعمال من غير تكرار لا يكفي في النقل، بل لا بد من تكرار الاستعمال، بحيث يفهم المنقول إليه بغير قرينة ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره»[١].

ولا يعني هذا أن العادة لا تثبت إلا بالتكرار، وإنما تثبت ولو بمرة واحدة إذا غلب على الظن المعاودة والتكرار، فالمرة الواحدة تكفي لإثبات العادة إذا وجدت قرينة تدل على التكرار والاضطراد[٢].

ثالثاً: فروع القاعدة:

أ ـ في العبادات:

١ ـ حكم الانتفاع بالأشياء المتنجسة:

هل يجوز الانتفاع بالأشياء التي كان أصلها طاهر ثم تنجست، كالماء والزيت واللبن والتمر؟ اختلف فقهاء الإباضية في حكمها، فذهب بعضهم إلى تحريم ذلك، بينما يرى آخرون أن الحكم يكون بالنظر إلى الغالب فيها من طهارة أو نجاسة، فإن غلبت الطهارة فيجوز ذلك، وإن غلبت النجاسة فيمنع ذلك.

يقول أبو سعيد الكدمي في هذا الشأن: «وأما ما كان أصلها طاهراً فعارضته النجاسة فلم يخرج مخرجه مستهلكاً فيها، وتغلب عليه أحكامها حتى لا يكون له حكم فيها، فيخرج عندي معناه معنى الاختلاف في بيع ذلك، والانتفاع به من إطعام الدواب والأطفال، والانتفاع به فيما يجوز من جميع ذلك، ولا يجوز عندي أن يكون مثل ذلك من الاختلاف في مثل الخمر والميتة ولحم الخنزير، وما أشبهه أيطعم شيئاً من الدواب ولا شيئاً من الأطفال، ولا يباع ولا ينتفع به بحال إلا في حال ما خصه من الضرورات...»[٣].

(١) محمد علي: تهذيب الفروق بهامش فروق القرافي، ١/ ٨٢.
(٢) شبير: القواعد الكلية، ص ٢٦٧.
(٣) الكدمي أبو سعيد: المعتبر، ٣/ ١٠٢ - ١٠٣.

ويقـول أيضـاً في تطهير التمر والحبوب: «إذا غلب الماء النجاسـة، فيجوز الانتفاع بها. وكذلك عندي يخرج معاني التمر إذا أصابته النجاسـة والتمر غير مكنوز (أي غير معجون)، أنه قد قيل: إنه يجري فيه طهارة الصبّ عليه صبًّا إذا كان الماء أكثر من النجاسة، وبلغ حيث بلغت في الاعتبار وذلك في السُّح من التمر والحبوب كلها»[١].

مما تقدم يتبين أنه يمكن تطبيق قاعدة العبرة بالغالب في الانتفاع بالأشياء إذا كانت طاهرة فخالطتها النجاسـة، كمـا قرر ذلك بعض الفقهاء؛ ولأن المنع من ذلك قد يكون ضياعاً للمال، وهذا الأمر يتنافى مع مقاصد الشريعة العامة الداعية إلى حفظ المال.

٢ ـ في جهل أصل الدم:

إذا جهـل المـرء أصل الدم فرأى على ثوبه دماً شـائعاً ولم يدر حقيقة هذا الـدم مـن أيّ الدمـاء هو، فقيل في بعـض القول: أنه يحكـم عليه بالأغلب من أمور مثله[٢].

٣ ـ في الخارج من الفروج من ماء وغيره:

ذكـر أهـل العلم أنه لو خرج من الدُّبر أو مِـن قُبُل الرجل أو البِكْر ماء أو قيـح، أو نحـو ذلـك من الطاهِـرات، وجب أن يحكم بنجاسـته لمـروره على المحل النجس.

أما الخارج من قُبل المرأة الثيب فإن كان قد خرج من موضع تناله الطهارة وجب أن يحكم له بالطهارة؛ لأن داخل فرج الثيب الذي يناله الغسل في حكم الجارحة الظاهرة من الجسد، لا فرق بينهما لثبوت تطهيره عليها.

---

(١) الكدمي: المرجع نفسه، ٣/ ٩٧.

(٢) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٣/ ٢٣٢.

وعليه فلو خرج من فرجها بعد الغسل ماء، واحتمل أن يكون من الماء الطاهر قد احتقن هنالك، فحكمه أنه طاهر ما لم يعلم أنه أصاب الموضع الذي لا تناله الطهارة.

وقيل: إن كان ما جاء من ذلك الموضع فهو نجس، إلا أن تعلم هي أن ذلك يحتقن من الماء في موضع الطهارة. وقيل: طاهر ما لم يخرج متغيراً[١].

وقد وجه السالمي هذه الأقوال وبين مستندها من القواعد فقال: «فأما القول الأول فمبني على أن أصل الماء الطهارة، وأن الموضع طاهر فهو طاهر أقام في طاهر، فحكمه الطهارة حتى يصح غير ذلك.

وأما القول الثاني: فمبني على الأغلب من أحوال الخارج من ذلك الموضع فإنه مجرى النجس، وإنّ حكم الخارج منه النجاسة.

وأما القول الثالث: فقد اعتبر فيه حال التغير بالمكث، فإنه في الغالب لا يخرج متغيراً إلا وقد غيرّه شيء من غير جنسه، وأغلب المغير في ذلك الموضع نجس، فأثبت له حكم النجس»[٢].

٤ ـ في الشك في أداء بعض الفرائض:

إذا عرض لشخص شك في أداء بعض الفرائض، وكان من المفروض أن تؤدى في وقتها، ولكن بعد ذهاب وقتها طرأ عليه الشك في أدائها وعدمه، وكيفية أدائها، فإنه في هذه الحالة ينظر إلى الأغلب من حاله، هل اعتاد أداءها في وقتها؟ وهل تعتبر من الفرائض التي لا يجوز تأخيرها عن وقتها؟

قال بعض الإباضية: إذا غلب على ظنه أنه مواظب عليها، ولا يؤخرها أو يتركها تأخيرها إلا لعذر، فإنه يجعل نفسه في حكم من فَعلها، ولا ينظر إلى حالة الشك التي اعترضته.

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ٣/ ٣١٣.

(٢) السالمي: المعارج، ٣/ ٣١٤.

ذكـر الكدمي صوراً للشـك العـارض، وكيفية علاجه اعتمـاداً على قاعدة: «الحكم للأغلب» من أحواله، من ذلك:

أ ـ في الصلاة:

«إذا كان قد صلى أو مضى عليه وقت الصلاة لم يعلم أنه لم يصلها؛ لأنه إذا مضى عليه وقت الصلاة وحان حكم وقتها ثم شك فيها، هل هو صلاها أم لم يصلها فقد قيل: إنه ليس عليه أن يصليها حتى يعلم أنه لم يصلها....»[١].

وكذلـك إذا شـك فـي الصـلاة بدون طهـارة، هـل صلاها بعد الاغتسـال والوضوء أم لا؟

قال: «وعندي أنه لا يخرج في أكثر العادة أنه لا يصلي إلا بغسـل، كما أنه لا يصلـي إلا بوضوء، فيخرج عندي معنى الوضوء والصلاة، أنه إذا كان صلَّى صلاة ثم شك صلاها بوضوء أو بغير وضوء، كان في وقتها أو قد فات وقتها، إلا أنه قد علم أنه صلاها، فيخرج عندي في معنى الحكم مما يشبه ذلك معي أنـه لا إعـادة عليه حتى يعلم أنه صلى بغير وضوء، وإذا فات وقتها فشـك هل هو صلاها أم لم يصلها؟ خرج عندي على معنى الحكم أنه لا إعادة عليه فيها حتى يعلم أنه لم يصلها»[٢].

ب ـ في الزكاة:

فـي زكاة النقديـن والثمـار: إذا كان معتاداً على أدائهـا في وقتها وليس من عادته تأجيلها، ثم طرأ عليه الشـك بعـد مرور وقتها، فيحكم على الأغلب من حاله بما غلب عليه ظنه أنه أداها، ولا يعيدها حتى يتيقن أنه لم يؤديها.

يقـول الكدمي في هذا المعنى: «والزكاة عندي أقرب إذا كان يعرف نفسـه بأنه يزكي في كل عام، إذا كان مما يجب عليه أداؤه من الزكاة من الورِق سواء

(١) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٧٨. ـ الكندي أحمد بن عبدالله: المصنف، ٤/ ٣٢١ - ٣٢٢.

(٢) الكدمي: المصدر نفسه. ـ الكندي: المصدر نفسه.

كان ذلك ذهباً أو فضة، وكذلك في الثمار، وأنه لا يترك الزكاة في وقتها، فإذا كان يعرف نفسه بهذا ثم شك في ذلك بعد انقضاء وقته، وكان في أكثر عاداته أنه يطرد عنده باستمرار أداء الزكاة في مواعيدها ومقاديرها، خرج عندي معنى الحكم أن ذلك في معنى الاطمئنان أنه لا شيء عليه حتى يعلم أنه لم يترك...»[١].

ويؤكد الكدمي أنه إذا ثبت عن المزكي أنه أخرج الزكاة من ماله، سواء أداها بنفسه للمحتاجين أم أخذها منه جباة بيت المال، وثبت عنده في الحكم أنه خرجت منه، ثم طرأ عليه الشك فلا يتردد في ذلك بل يبني على اليقين أو حسب عادته وما غلب على ظنه، فيقول: «وفيما يعتقده ويلزم به نفسه ما قد ثبت عليه في الحكم، فشك في أداء ذلك كله بعد انقضاء وقت أدائه، كان ذلك عندي من هذا النوع مثل الزكاة التي تجب عليه فشك فيها بعد انقضاء وقتها، ويعجبني أن يكون له في معنى الاطمئنان أن يكون مؤدياً لذلك، حتى يعلم أنه لم يؤده أو يأخذه في ذلك الحكم الذي يوجب عليه أداؤه في أحكام أهل العدل الذين يجب عليه حكمهم، ولا يسعه الخروج منه»[٢].

ج ـ في الصوم:

وفي صوم شهر رمضان إذا مضى الشهر وشك الصائم هل صام أم لم يصم، ولم يكن له عذر يبيح له الإفطار؟ فيرجح غلبة الظن بأنه صامه ما دام معتاداً على ذلك. يقول الكدمي في هذا المعنى: «وكذلك صوم شهر رمضان إذا كان فيه مقيماً غير مريض ولا كان له عذر عن صومه، ويكون فيه سالماً فشك من بعد انقضاء وقته، سواء كان قد صامه أم لم يصمه، فكل حالة كان

(١) الكدمي نفسه، ٤/ ٧٩ - ٨٠. ـ الكندي، نفسه، ٤/ ٣٢٤.
(٢) الكدمي: نفسه، ٤/ ٨٢.

فيها لا يخرج معه أن يترك صومه لعذر يعذر فيه، خرج عندي معنى صومه له في معنى الحكم بمنزلة الصلاة، إلا أن يغلب عليه حكم الارتياب؛ لأن وجوب صوم شهر رمضان في وقته لا يسعه تركه إلا لعذر»[١].

د ـ في الحج:

وكذلك في الحج يعتمد المكلف على الأغلب من أحواله، والغالب أنه لا يحج في كل عام، فالغالب عند الناس أنهم لا يحجون في كل عام؛ لأن الحج يجب مرة في العمر، فإذا وجب عليه وشك في أدائه وعدمه فيرجح عدم أدائه. يقول الكدمي في هذا الشأن: «ويخرج ذلك عندي في الحج والزكاة من حقوق الله، وفي الحج أثبت ذلك، أنه إذا وجب عليه ثم شك أنه أداه أو لم يؤده في وقت واحد؛ ولأنه ليس مما تجري به العادة أنه كل عام يحج، وأنه لا يجب عليه الحج إلا حج في عامه ذلك...»[٢].

ثانياً: في المعاملات المالية:

١ ـ الشك في ملكية المال:

أباح الشارع الحكيم للمسلم أن يحوز من المال ما يشاء، ويملكه من وجوهه المشروعة، كالتجارة والعمل والهبة والميراث، وقد يطرأ على البعض شك في أصل هذا المال، من أين اكتسبه؟ وكيف وصل إليه؟ وهل هو حلال أو حرام؟

ففي هذه الحالة يقول الفقهاء: عليه أن يعتمد على ما تعارف عليه الناس، وما غلب على ظنه أن ذلك المال ملكه وصل إليه من طرق مشروعة، وله الحق في التصرف فيه بوجه مشروع، ويبعد عن نفسه تلك الشكوك والوساوس ولا يعبأ بها.

---

(١) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨١. ـ الكندي: المصنف، ٤/ ٣٢٤.

(٢) الكدمي: المصدر نفسه، ٤/ ٧٩. ـ الكندي: المصدر نفسه، ٤/ ٣٢٣.

يقول الكدمي في توضيح هذا الأمر في معرض حديثه عن القاعدة: «الأصل في الأشياء الإباحة، وكذلك الأموال في الحوز لها والتسليم، والحوز من غير غلبة وحوزة على غيره، أو من غير يد من طرف ميراث، أو سبب لا يعلم أصله، ولم يكن قبل ذلك له ولا في يده، فكل ذلك معناه واحد...»[(١)].

«وكذلك ما أشبهه ونزل منزلته من جميع الأحكام والحقوق من الأموال التي في يده، إذا نصب نفسه إلى معرفتها من أين اكتسبها وأصابها بعد أن لم تكن في يده لم يعرف من أين كان ذلك؟ وفي معنى حكم الأصل محجور عليه كل ذلك إلا بحله، وكان الأغلب في التعارف في مثل هذا أثبت في حكم القضاء، وكذلك عليه ترك البيوع التي يعرف أنه دخل فيها، ولا يعرف حلالها من حرامها، وهو يطأ بها الفروع ويتمتع ويأكل بها، ويعرف أنه إنما اكتسبها بالبيع والشراء من أيدي الناس، ويعرف أنها كانت لغيره قبله في معنى الحكم، ثم حازها إليه على وجه التملك، ولا يعرف كيف صارت إليه، وهل كان ذلك بالبيع، أو العطية، أو الهبة، أو الهدية، أو الغصب؟ وكان في يده واعتقد أنه يحوزه بمعنى التملك عن نفسه على معنى الاطمئنان، ولو لم يعلم في الحكم مِن أين صار إليه ذلك بعد أن علم في الحكم أنه كان لغيره أولى من الحكم، ولو كان في الأصل قد صار إليه بمعنى غير ثابت، ونسي ذلك وغاب عنه، لم يضره ذلك إذا كان قد نسي الأصل، ولو كان ذلك من الربا أو من الغصب»[(٢)].

٢ ـ في حالة الاشتباه في مال الغير:

كثيرا ما يُقدّم الولد لوالدته طعاماً جلبه من خارج البيت، ويشتبه في أمره، فلا تدري الوالدة حكمه، هل تأخذ منه ذلك الطعام على أساس أنه عطية، أو

(١) الكدمي: نفسه، ٤/ ٨٥ - ٨٦.

(٢) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٤. ـ الكندي: المصنف، ٤/ ٣٢٦ - ٣٢٧.

هديـة، أو ضيافـة قدمـت لـه من غيـره، فتأكل منـه وتنتفع به أم تشـك في مصدره لعله مال مسـروق، أو مغتصب فترده عليه؟ ومثل ذلك قد يحدث مع الخادم وسيده.

اختلف فقهاء الإباضية في حكم هذه المسـألة، فمنهم من أباح الانتفاع به دون البحث عن مصدره، ما دام قد تعارف منه ذلك، ومن عادته لا يقترب من المال الحرام، عملاً بالقاعدة: «الحكم للأغلب من حاله»، وذهب بعضهم إلى منع ذلك حتى يتأكد من حاله.

قـال الكدمي في هـذا المعنى: «وأما العبد إذا وصل إليـك بآنية فيها طعام يطمئـن قلبك أن ذلك مـن عند من يجوز لك أخذ ذلك منه على وجه العطية، أو الهدية، أو الضيافة، أو الرسالة، واطمأن قلبك إلى ذلك على هذا السبيل أو إلى شـيء منـه، فلا بأس عندي بأخذك لذلـك، كان العبد صغيـراً أو كبيراً أقرّ بذلك العبد أو لم يقر، وسلمه على وجه التسليم إليك على ما يطمئن قلبك أنه لك من أحد هذه الوجوه أو غيرها مما يجوز، كل ذلك عندي سـواء إن شـاء الله، وأكثر أمور الناس تجري على الاطمئنانة، وتطبق عليهم الأحكام إن حملوا أنفسهم عليها، وسواء عندي سألَتْه أم لم تسأله، فلا أُحب لك أن تسأله تشغله بذلـك عـن حال من أحواله، إلا أن يكون ذلك يجوز لك في مال سـيده إباحة بإدلال أو بإذن، أو بحال من الأحوال...»[1].

ويُفهم من عبارة الكدمي أنه يميل إلى جواز أخذ ما يأتي به الخادم ما دام يغلب عليه أنه لا يسرق، وإنما يأتي به ألا يكون إلا عطية، أو هدية، أو ضيافة، أو رسـالة من غيره، فرجح فيه جانب الصلاح، ولا يريد أن يكلف نفسـه عناء السؤال عن مصدر ذلك؛ لأنه أَلِفَ منه ذلك، وهو ما تعارف عليه أغلب الناس في مجتمعهم.

(١) الكدمي: الجامع المفيد، ٢/ ٢١٤.

ثالثاً: الأحوال الشخصية:

١ ـ الشك في العلاقة الزوجية:

اعتاد الناس أنهم إذا وجدوا رجلاً يعاشر امرأة من محارمه كأخته وأمه وعمته وخالته فلا يرتابون فيه، وكذلك من وُجِد يعاشر امرأة معاشرة الأزواج ويسكن معها فلا يشكون في صحة هذه العلاقة، ولكن قد تطرأ على بعض الناس بعض الأحوال فتجعلهم يشُكُّون في علاقتهم مع محارمهم وأزواجهم، ولا يتذكرون كيف تمَّت هذه العلاقة، فالفقهاء يرشدون هؤلاء إلى الاحتكام إلى العادة الجارية في الناس؛ لأن أغلب هذه الحالات لا تتم إلا بالعقد الشرعي، ولا يمكن عُرْفاً أن يسمح لشخص أن يعاشر امرأة معاشرة الأزواج، ويختلي بها في مسكن دون أن يرتبط بها بعقد شرعي؛ ولأن المجتمع يستنكر ذلك ما دامت العلاقة مخالفة للشرع.

وقد أكد الكدمي هذه الحقيقة في سياق حديثه عن فروع قاعدتي: «العادة محكمة» «والعبرة للغالب الشائع لا النادر الشاذ» فيقول: «وقد تخرج في معنى الاطمئنان والتعارف، وما تجري به العادات، وما يشبه معنى الحكم الثابت في الأحوال، فتصبح بذلك العادات والتعارف في معنى ما يشبه الأحكام الثابتة، وكذلك ربما يحدث أن يزيل معنى مثلها ذلك الأغلب من الأحوال حكم أثبتته الأصول من ذلك، فلو أنه ثبت بين رجل وبين امرأة معاشرة ومساكنة، وكان بينه وبينها ما يشبه معنى التزويج الذي يقوم بين المرء وزوجه، وهو نفسه يعرف أنه لا يجوز أن يساكن تلك المساكنة، ولا يعاشر تلك المعاشرة في قليل من ذلك ولا في كثير منه، إلا من يجوز له مساكنة ومعاشرة، بزوجة، أو رحم، أو نسب، أو صهر، أو رضاع، فعارضه الشك في حكم هذه الزوجية، ولم يعرف حين ذلك أن ما كان بينه وبين تلك المرأة في الحكم فيه معنى الزوجية بعلم منه كيف كان التزويج، ولا من أيِّ وجه من الوجوه تم؟

ولا يعرف من الذي زوَّجه بها، ولم يعرف أيضاً كيف كان تزوجه بما يجوز أو بما لا يجوز، ولا عَلِم من شهد عليها معه من تجوز شهادته على الرضاع، بأنه كان يقوم عارض لهذا التزويج، كأن تكون هذه أخته من الرضاع، كذلك سائر ذوات محارمه بسبب رحم أو نسب أو صهر، أو غير ذلك من أنواع المحارم، فيرى الكدمي أن هذا كله يعتبر شك عارض غير معتبر، وإن كان موضع حكم؛ لأنه في الأصل محكوم عليه باعتزال هؤلاء النساء في المعاشرة لهم والمساكنة والجماع، حتى يثبت ويصح منهن ما يجوز له ذلك، وإلا فهن محجورات كلهن في الأصل؛ لأنهن حرمة على الرجال حتى يصح ما يحل به شيء منهن، مثل زوجة أو غيرها، فكان حكم الأغلب والتعارف والاطمئنان فيما تجري به أمور عامة الناس ذلك؛ لأن هذا هو الأغلب والجائز والمعمول به، دون ثبوت الأحكام عليهم في مثل هذا...».

ولا نتعجب من هذا الشك العارض، فقد ينتاب بعض الناس في بعض الحالات المرضية كاختلال في العقل، أو فقدان للذاكرة، أو عند التعرض للأزمات النفسية الحادة، فلا ينبغي للمصاب بمثل ذلك أن يُعرِّض علاقته الزوجية للشك والارتياب، بل يبقى على الأصل ما دام العرف والواقع ينفي هذه الشكوك، ويؤكد سلامة علاقته مع زوجته.

٢ ـ الشك في الطلاق:

قد يطلِّق البعض زوجته وتخرج من عصمته، ثم يطول به العهد فينسى أسباب الطلاق، فيشك في طلاقه، هل تم ذلك حقيقة أم لا؟ فالفقهاء يرشدون مثل هذا إلى ما تعارفه الناس من حالات الطلاق أنها ثبتت، فتخرج المرأة عن الرجل ولا تعيش معه، وتنقطع كل العلاقات الزوجية السابقة، ولا عبرة بهذا الشك العارض؛ لأن الواقع يكذبه.

يقول الكدمي في هذا المعنى: «وكذلك لو علم الأصل الذي يثبت له منه

أن الحكم الذي تزوج عليه زوْجَه، وتأكد له أن ذلك الأصل حلال جائز، ثم بانت عنه زوجه بأي وجه من الوجوه، وعلى أي حال من حالات البينونة مما ثبت عنده في الأصل أنها تحرم عليه، من وقت أنْ تركها وفارقها، فلما طال به ذلك، كنحو ما طالت عنده مدة زوجته، فإن تعقب أمر ذلك السبب الذي بانت معه على أيِّ وجه من الوجوه، فلم يعرف ذلك السبب وغاب عنه، لم يكن ذلك عندي في حكم الجائز والمحجور يجيزها له إذا لم يعلم الأصل الذي بانت منه، ويتركه لها لطول المدة، ولو كان إذا تعقب الأمر فيها علم حقيقة التزويج، ولم يعلم حقيقة الفرقة، وهو في معنى السبب الذي بانت منه على أي وجه من الوجوه، إذا كان قد تركها وبانت منه على سبيل ما معه أن ذلك يحرمها عليه، ولو كان في الأصل لم يكن ذلك ينفيها منه، ولكن من الأفضل هنا ومن الأولى في هذه الحالة أن يكون حكم الاسترابة أكثر اعتباراً من حكم القضاء...»[1].

ويلاحظ أن الكدمي غلَّب في هذه الحالة جانب الشك في هذه الفُرقة التي تمَّت مع زوجته، ما دام يجهل الأسباب التي أدت به إلى الفرقة، رغم أن القضاء حكم عليه بالطلاق، ولعله يميل إلى إعادة العلاقة مع زوجته، ويعتبرها زوجته كما كانت في الأصل، ولا ينظر إلى الشكوك التي تعترضه، يقول في هذا الصدد: «وأما إن كان إنما وقع بينهما كلام أو سبب مما يدخل عليه فيه الريب، ولم يعلم الحكم في أصل هذا القول، ولا حقيقة ذلك الأمر كما يظهر من وصف حقيقته إذا تعقبه، ولم يكن قد تركها على وجه ما تحرم به عليه، وإنما وقع ذلك الأمر ثم التمس معرفة ذلك من نفسه، فغاب عِلْم بقية ذلك فنسيه، فلا يقف على معنى ضرورة ذلك من قول أو فعل، وقد كانت زوجته في معنى الحكم أو ما لا يَشُك فيه من معنى الاطمئنان في الأصل في زوجته على معنى الأصل الذي كانت عليه في معنى ما يسعه، ويجوز له على معنى حكم ذلك أن يثبت العلاقة على ما كانت عيه في الأصل، ولو كان ذلك

(١) الكدمي: المعتبر، ٤/ ٨٤ - ٨٥.

المعنى في الأصل هو الذي عارضه، سواء كانت تلك المعارضة في فعله أو كانت في قوله مما يحرمها عليه، إذا نسي ذلك وغاب عنه علمه، والأصل في هذا المعنى أولى به فيما يسعه من المعارضة، التي كانت قد تمت من فعله أو قوله بما لم يثبت به حكمُ قضاء، وكذلك بما لم يثبت به حكمُ استرابة، وإنما يثبت معنى حكمها ثبوت العمل بها، والترك لها في حكم الأصل»[١].

٣ ـ في الرضاع:

اعتاد الناس أن يفطموا الرضيع في حدود السنتيْن، كما ثبت بالنصوص الشرعية، ولكن قد يتجاوز البعض هذه المدة إلى أربعة شهور، أو أقل أو أكثر حسب حاجة الصبيان إلى الرضاع واستغنائهم عنه بالطعام، وهذا ما تعارف عليه أغلب الناس وجرى به العمل في أحوال الصبيان[٢]. فما رأي الفقهاء في هذه المسألة؟

سئل السالمي عن قول بعضهم: إن الصبي إن لم يكتف بالطعام عن الرضاع بعد الحولين إلى أربعة أشهر فهو في حكم الرضاع، وقيل: إلى ستة أشهر بعد الحولين، وقيل: إلى ثلاث سنين وقيل: إلى أربعة سنين، ما وجهها مع قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣)، فإن الآية دالة على أن السنتين رضاع فما وجه الزيادة؟

فأجاب: «اعتبَروا أن الغرض من الرضاع قوام البنية، وأنها متى لم تستغن البنية عن الرضاع فهي في حكم الرضاع، وذلك أنهم نظروا فرأوا أحكام الرضاع ثابتة للصبي قبل سنتين فهي في حكم الرضاع؛ لأنه لا يقوم بدونه فاطَّردوا هذه العلة فيما فوق السنتين، فمنهم من اطردها إلى أربعة أشهر، اعتباراً

(١) الكدمي: المصدر نفسه، ٤/ ٨٥.

(٢) البسيوي: جامع أبي الحسن البسيوي، ٣/ ٥٥.

للغالب من أحوال الصبيان، فإنه قلّ من يبلغ هذا الحد إلا يستغني بالطعام، ومنهم من اطردها إلى ما فوق ذلك، اعتباراً للنادر، وحمل هؤلاء كلهم الآية على الأغلب المعتاد بين الناس، فإن العادة في الرضاع إلى سنتين، وبذلك تتم المدة المعروفة عندهم، فلا يفيد ذلك تقييداً عندهم، ويفيد عند الجمهور؛ لأنهم لم يحملوها على هذا المعنى، وإنما حملوها على التحديد لمدة الرضاع، وأن أحكامه ثابتة في تلك المدة لا غير؛ لاحتمال أن تكون الرضاعة في السنتين خصوصية لم تكن فيما بعدهما»[(١)].

وفي موضع آخر ينقل بعضهم أقوال الفقهاء في حد الفصال فيتساءل عن دليل التخصيص للآية، هل هو من النصوص؟ أم من الاجتهاد اعتماداً على القواعد الفقهية؟

وردَ في «العقد الثمين» سؤال: عن وجه ما قيل في رضاع الطفل بزيادة أربعة أشهر فوق الحولين، عند الأصحاب (الإباضية) إن لم يستغن عن الرضاع بالطعام، وستة أشهر في قول قوم، وأربع سنين في قول آخرين منهم، ذكرهما أبو الحسن في «جامعه»[(٢)] والله تعالى يقول: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣)، ولقوله ﷺ: «**لا رضاع بعد فصال**»[(٣)]. ثم أن الله تعالى نصَّ على الفصال بقوله: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ

(١) السالمي: العقد الثمين، ٢/ ١١٦ - ١١٧.

(٢) البسيوي: المصدر السابق.

(٣) رواه الطيالسي في المسند، الأفراد عن جابر بن عبد الله، رقم ١٧٦٧، والبيهقي في الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، رقم ١٤٦٥٧، عن جابر، والطبراني في الصغير، باب الميم، من اسمه محمد، رقم ٩٥٢، عن علي بن أبي طالب، وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل الزواج، رقم ١١٤٥٠. وهو موقوف على جويبر في إسناد علي، أو على الثوري، أو معلول السند بأيوب بن سويد في سند الثوري، أو بحرام بن عثمان في سند جابر. الزيلعي: نصب الراية، ٣/ ٢١١. وورد محفوظاً عن ابن عباس موقوفاً: **لا رضاع إلا ما كان في الحولين**. ابن حجر: فتح الباري، ٩/ ١٤٦.

﴿شَهْرًا﴾ (الأحقاف: ١٥)، فاستنبط العلماء من الآية أقل الحمل ستة أشهر، فيبقى أربعة وعشرين شهراً، فذلك الحولان وهما حد الفصال، فأين الدليل المخصص لذلك؟ ولعله لم يكن إلا محض الاجتهاد، فيكون تخصيصاً بالقياس عند مجوِّز التخصيص به.

قال ابن وصاف[١] في شرحه على الدعائم ما نصه: «قال بعض الفقهاء: وزيادة أربعة أشهر بعد الحولين فهو رضاع، ونأخذ بذلك إلا أن يكون قد اكتفى عن الرضاع بالطعام بعد الحولين فليس برضاع. وإذا صح أنه لا مخصص لذلك إلا محض الاجتهاد فكان القولين الذين ذكرهما أبو الحسن عن مخالفينا ليسا بأوْهن من قول أصحابنا بزيادة أربعة أشهر بعد الحولين؛ لأنه إن كانت العلة عندهم في ذلك التقييد بكونه إلا يُستغنى بالطعام عن الرضاع بعد الحولين يقال: إن هذا التقييد يمكن في الستة الأشهر وفيما فوقهن إذ لا مانع من ذلك، وليس هو أيضاً بمستحيل عقلاً، اللَّهُمَّ إلا أن يقال أن الطفل في العادة لا يجاوز أربعة أشهر فوق الحولين إلا وهو مستغن بالطعام عن الرضاع»[٢].

أجاب السالمي عن هذا السؤال المفصل بإجابة كافية شافية اعتماداً على القاعدة المشهورة: «العبرة بالغالب الشائع لا النادر الشاذ» فقال: «تلك الأقوال كلها مبنية على اعتبار الأحوال في عادة الصبيان، وكأنّ القائلين بها يحملون الآيتين على بيان الأغلب من أحوالهم، فلا يفيدان تقييداً عندهم ولا حصراً، إذ لم يصرحا بنفي الرضاع بعد السنتين، بل غاية ما فيها جواز الفصال بعد السنتين، وأن من رضع تلك المدة فقد تمَّ رضاعه، أي يكون والداه مؤديْن لحقه تماماً»[٣].

---

(١) لم نقف على ترجمته.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١١٧ - ١١٨.

(٣) السالمي: المرجع نفسه، ٣/ ٥٥.

مجمل القول:

ولعلَّ ما ذهب إليه بعض الفقهاء بزيادة شهرين على الحولين هو الأقرب للصواب، والأعدل من الأقوال؛ لأنه هو الأغلب مما تعارفه الناس، وجرى به العمل في كثير من البلدان، ومع ذلك لا يمكن تخطئة بقية الأقوال ما دام يعمل بها ولكن نادراً.

ـ هل اختلاط اللبن بالطعام مما يحرم بالرضاع؟

أجاب البسيوي عن هذا السؤال، وبين حكمه اعتماداً على قاعدة: «الحكم للأغلب» فقال: «وما قطر من لبن المرأة في قِدْر أو في طعام أو شراب، وأكله الصبي أو شربه، فليس ذلك برضاع إذا كان ذلك الطعام غالباً للبن وأذهبه، فكان الماء والطعام هو الغالب، أما إذا كان اللبن هو الغالب على الشيء الذي فيه وظاهر فيه، ثم أكله الصبي أو شربه فإنه يكون رضاعاً...»[(١)].

ويفهم من عبارة البسيوي أنه إذا غلب الطعام والماء على اللبن، ثم أكله الصبي أو شربه، فلا يعتبر رضاعاً ولا تنشأ به الحرمة، أما إذا غلب اللبن على الطعام والماء فاستهلكه الصبي، فهو رضاع وتثبت به الحرمة.

٤ ـ تحديد أقصى سن البلوغ:

ومنها أيضاً: يحكم بالبلوغ من بلغ خمسة عشرة سنة في الغالب؛ لأنه هو السن الشائع للبلوغ، وإن كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشر، أو الثامنة عشر، إلا أنه نادر لا ينظر إليه[(٢)]. جاء في «البصيرة» ما نصه: «ويصدَّق الغلام في دعواه بالبلوغ إذا صار له خمسة عشرة سنة، وإذا لم يقر بالبلوغ، فإذا صار ابن ثماني عشرة سنة حكم عليه بالبلوغ، وقول في الجارية إلى تسعة عشرة سنة، إلى عشرين سنة، فإذا بلغ الغلام والجارية عشرين سنة ولم يحتلم

(١) البسيوي: الجامع، ٣/ ٥٥.

(٢) الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ج ٢٨/ ٧٨.

الغلام، ولم تحض الجارية، وبلغ إنزالهما، فهما عند الفقهاء قد بلغا، يلزمهما ما يلزم البالغ من الرجال والنساء، ويجوز لهما وعليهما ما يجوز منهم إذا كانا صحيحي العقل»[١].

والملاحظ أن الفقهاء لم يتفقوا في أقصى مدة لسن البلوغ عند الصبي والفتاة، ولكن جعلوا سن الخامسة عشر حدّاً للبلوغ؛ لأنه هو السن الغالب الذي تعارفه الناس للبلوغ، وما زاد على ذلك فهو النادر ولا يقاس عليه.

٥ ـ في تحديد سن الحضانة:

ومنها أيضاً: أن الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي، وتسع لحضانة البنت، مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عن معين له في لباسه وأكله واستنجائه مثلاً، والبنت إذا صار عمرها تسع سنوات تصبح مشتهاة في الغالب، وذهب الشيخ بيوض رَحِمَهُ اللَّهُ إلى أن المشهور عند الإباضية والمعمول به عندهم أنه إذا بلغ الطفل خمسة أعوام، ورجح البكري سن السادسة.

وعلَّل ذلك بعضهم بأنّ: «اختلاف النمو في البعض زيادة ونقصاً بتأثير التربية والأقاليم لا عبرة له، بل المعتبر السبع سنوات للصبي والتسع للبنت، لأنه الشائع الغالب»[٢].

جاء في «فتاوى البكري» ما نصه: «لم يَرِد في القرآن ولا في السُّنَّة النبوية حصر لمدة الحضانة، ولا للوقت الذي تنتهي عنده، غير أن الفقهاء المتقدمين رأوا أنها تنتهي بالنسبة للغلام عندما يصبح مستغنياً عن خدمة النساء، ويقدر أن يقوم بنفسه بحاجاته الأولية التي من أجلها شرعت الحضانة، ولم يقَدّروا لذلك

(١) عثمان الأصم: البصرة، ٢/ ٤٠ - ٤١.

(٢) بيوض إبراهيم: فتاوى الشيخ الإمام الشيخ بيوض، ٢/ ٤٤٤. ـ بكلي عبد الرحمٰن: فتاوى البكري، ط ٢، تحقيق داود بورقيبة، المطبعة العربية غرداية الجزائر، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م، ٤/ ٨٠ - ٨١.

سنين معينة، ثم إن الفقهاء المتأخرين رأوا ذلك أمراً غير منضبط تمام الانضباط محتاج لتقدير يدفع التردد واللُّبس فرأوا بحسب اجتهادهم وبما عاينوه من صبية زمانهم، أن الصبي يزول عنه العجز ببلوغه سبع سنين، والصبية يزول عنها العجز ببلوغها تسع سنين، فحددوا سن الحضانة بسبع في الغلام، وبتسع في الجارية، فلا تمتد حضانة الغلام أكثر من سبع، ولا تمتد حضانة الجارية بعد التسع، على هذا فترى المذهب الحنفي الأحقاب الطويلة، وكان العامل عليه في محاكم مصر الشرعية، وعليه الفتوى والعمل في محاكم لبنان الشرعية.

أما عند علماء الإباضية، فإن حضانة النساء تنتهي بالنسبة للغلام إذا تمَّت له خمس سنين، أي دخل السنة السادسة، وبالنسبة للأنثى نكاحها، ولو بلغت إن لم تسترب الأم. قال صاحب النيل ما نصه: «وبإبقائه، أي يجبر الأب بإبقاء الصبي عندها في صغره حتى يطيق الذَّكر لَبس ثيابه وغسل يديه، والأنثى حتى تنكح، ولو بلغت إن لم تسترب»، أي الأم. وقال شارحه: «وقيل: حتى يتم خمس سنين»[(١)].

قال البكري: معقباً على قول الثميني والقطب: «وعلى هذا جرى العمل في ميزاب إلى يومنا، وعليه فما ذهب إليه أصحابنا من انتهاء حضانة النساء بالنسبة للطفل تمام السنة الخامسة، أي بدخوله السنة السادسة هو القول المعقول المطابق لحكمة تشريع الحضانة...»[(٢)].

واستدل البكري على صحة ما ذهب إليه بأدلة منها:

أ ـ أن المتفق عليه لدى جمهرة فقهاء الإسلام أن الحضانة مشروعة لتكميل نقص المحضون؛ لأنه عاجز عن القيام بحاجات نفسه الأولية من أكل وملبس ونظافة، فإن استغنى وزال السبب زال الوجوب الذي انبنى عليه.

---

(١) القطب أطفيش: شرح النيل وشفاء العليل للثميني ط ٢، ٧/ ٤١٤.

(٢) البكري عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ط ٢، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، ٤/ ٨٠ - ٨١.

ب ـ إذا دخل المحضون السنة السادسة استقبلته مرحلة جديدة، وافتقر للتحلي بأخلاق الرجال، والتأدب بآدابهم، والأخذ بأسباب العلم والمعرفة، فالأب أقدر من الأم على هذا، فيعهد إليه به.

ج ـ كذلك نجد معاهد التعليم في سائر دول العالم وأممه تفتح أبوابها في وجه الطفل متى بلغ السنة السادسة[١].

وبعد عرض هذه الأدلة القوية رجح السنة السادسة وجعلها هي سن نهاية حضانة الأم للولد فقال: «ولذا كانت السنة السادسة أنسب تقدير وأعدله ما دام الأمر موكولاً في التقدير إلى الاجتهاد»[٢].

مجمل القول:

بعد التأمل في آراء الفقهاء في مسألة سن حضانة الولد يترجح عندنا ما ذهب إليه البكري لقوة حجته ومناسبة لقاعدة: «الحكم للأغلب»، أما البنت فلعل رأي المتقدمين القائل بعدم تحديد سن الحضانة أنسب للفتاة؛ لأن الأنثى تنسجم أكثر مع أمها، وتأخذ منها صفات الأمومة، وتُعدها للقيام بوظيفتها الأساسية في الحياة وهي الأمومة، حتى تتزوج وتنتقل إلى بيت الزوجية، فمن المناسب لها أن تستمر حضانتها مع أمها حتى تتزوج، وهو اختيار الثميني والقطب.

رابعاً: في السياسة الشرعية:

أرشد الفقهاء الحاكم والوالي والقاضي إلى مراعاة العدل في تنفيذ الأحكام، وقد ينتج عن ذلك رضى العامة والخاصة أو سخطهم، فهنا يجب عليهم أن يراعوا الأغلب من أحوال الناس، فإذا كان أغلب الرعية راضية والبعض ساخط فلا عبرة للشاذ محافظة على استقرار الحكم، والعكس

(١) البكري: فتاوى البكري، ٤/ ٨٠ - ٨١.

(٢) البكري: المرجع نفسه، ٤/ ٨٢.

صحيح، وإن كانت الأقلية راضية والأغلبية ساخطة يراعى دائماً رأي الأغلبية، حفاظاً على وحدة الأمة، وتطبيقاً للعدل والمساواة دون تجاوز الحدود الشرعية.

يقول محمد بن إبراهيم الكندي في معرض كلامه عما يؤمر به القضاة والحكام: «... ومنها: ليكن أحب الأمور إليك أوسطها في الحق وأعمّها في العدل وأجمعها للرعية، فإنّ سخط العامة يحجبُ بِرضَى الخاصة، وسخط الخاصة يفقد مع رضى العامة، هكذا يجب ويحسن، وأحسب أن معناه أن «الحكم للأغلب»، فإذا كان الرضى عامّاً في الرعية، والسخط نادراً من بعضهم، رجا سلامة الأمور واستقامة الجمهور على كل ذلك بالعدل والنظر في الفضل»[1].

(١) الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ٢٨/ ٧٨٠.

المطلب الثاني
القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف العملي في الأحكام

١ ـ قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٢ ـ قاعدة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

٣ ـ قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

هذه القواعد الثلاث تندرج تحت القاعدة الكلية الكبرى «العادة محكمة» وتتفرع عنها؛ لأنها تعبر عن سلطان العرف العملي وأثره في إنشاء الحقوق والالتزامات، ذلك أنه عندما يكون عُرف الناس منصبًّا على توزيع الحقوق والالتزامات بين الطرفين في بعض المعاملات المدنية، وعاداتهم موافقة للأحكام التي أفادتها الأدلة الشرعية دون أن تصادم نصّاً تشريعاً آمراً، يكون من الطبيعي احترام هذه العادات، واعتبارها في إثبات الحقوق وانتفائها؛ لأنها عندئذ تكون في قوة العبارة المنشئة للحق والالتزام[١]، كما تعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تُعورف، لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط[٢].

ـ فالناظر في نصوص الفقهاء يرى أن للعرف العملي في نطاق أفعال العباد وتصرفاتهم العادية ومعاملاتهم الحقوقية سلطاناً، وسيادة تأمين في فرض الأحكام، وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف والمعمول

(١) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٨٦٣. ـ أبو ستة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٦١. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٥٠ - ٤٥١.

(٢) الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، دار القلم دمشق، ط ٣، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، ص ٢٣٧.

به عند الناس، ما لم يصادم ذلك العرف نصّاً شرعيّاً، فالعرف عند ذلك يلتزم به، ويعتبر مرجعاً للأحكام، ودليلاً شرعيّاً عليها، حيث لا دليل سواه[١].

وقد جاءت قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[٢] في الكتب الفقهية بعبارات أخرى كلها تدور حول هذا المعنى، فعبّر عنها بعضهم بقوله: «المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً»[٣]. وقاعدة: «المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ»[٤].

وقاعدة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»[٥]. وبصيغ قريبة منها «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»[٦]. و«الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي»[٧].

وقاعدة: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف»[٨].

والظاهر من خلال ما تقدم أن الصيغ المختلفة للقاعدة رغم اتحاد معناها وتقاربها قد مرَّت بعمليات صقل وتهذيب حتى استقرت بهذه الصيغة المختصرة المركزة.

---

(١) البورنو: الوجيز، ص٣٠٦.

(٢) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٩٢. ـ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص٩٩. ـ الأتاسي: شرح المجلة العدلية، المادة ٤٣، ١/ ١٠٠. ـ الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص٢٣٧. ـ الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، الفقرة ٨١/ ٤٣، ١/ ١٠٠٩. هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٥٣٨.

(٣) السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص٤٥١.

(٤) علي حيدر: شرح مجلة الأحكام العدلية المادة، ٤٥، ١/ ٤٦.

(٥) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، فقرة ٨١، ١/ ١٠٠٩. ـ الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص٢٤١. ـ علي حيدر: شرح المجلة، ١/ ٤٦. ـ الأتاسي: شرح المجلة، ١/ ١٠٢.

(٦) السرخسي: المبسوط، ١٥/ ١٧١ - ١٧٢. ـ السدلان صالح: القواعد الفقهية، ص٤٥١.

(٧) السرخسي: المصدر نفسه، ١٣/ ١٤. ـ محي هلال سرحان: القواعد الفقهية، ص٤٤.

(٨) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ٧/ ٤٠. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص٤٥١. ـ شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص٢٥٠.

والملاحظ في هذا المقام أن المصادر الإباضية لم يَرِد فيها ذِكر لهذه القواعد الثلاث تصريحاً أو تلميحاً، ولكن عند تتبع الفروع الفقهية والمسائل الجزئية نجدها مجسدة في تلك الفروع، تفهم من عباراتهم وإن لم ينص عليهم صراحة، ويسهل الوصول إليها؛ لأن عملهم بالعرف العملي مثل عملهم بالعرف القولي، وهذا واضح من خلال شروط العرف التي سبق الإشارة إليها، ولذلك ارتأينا أن ننص عليها صراحة حتى نبين للمهتم بدراسة القواعد الفقهية عند الإباضية أنهم اهتموا بها، وعملوا بها رغم غياب ذكرها صراحة في مصنفاتهم.

وقد أشار محمد بن إبراهيم الكندي إلى هذه القاعدة في معرض كلامه عن أسباب البحر، وملخص كلامه: أن للركاب في السفينة أن يشترطوا على صاحب السفينة أن يجِدَّ في السير، ولا يتحول في السير إلى السواحل، كي لا يقطعهم عن قضاء حوائجهم، ويعوقهم عن بلاغ مقصدهم إلا أن تكون لأصحاب المركب سُنَّة معروفة مشهورة في ذلك لا يحتاج فيها الراكب إلى شرط[١].

أولاً: معنى القاعدتين: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«التعين بالعرف كالتعين بالنص»:

القاعدتان الأوليان من هذه القواعد الثلاث وهما: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» تعبّران عن العرف العملي.

فالمعروف هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، والمشروط ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما ليلتزم في العقد[٢].

(١) الكندي محمد بن إبراهيم: بيان الشرع، ٦/ ١٠٥. ـ الكندي أحمد بن عبدالله: المصنف، ج ٢٥/ ٦٩.

(٢) البورنو: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية، ص ٣٠٦.

والتعيين بالعرف معناه: أن كل ما عيَّنه العرف فهو كالمنصوص عليه في العقد[١].

قال ابن عابدين[٢] في رسائله: «الثابت بالعرف كأنه منصوص في العقد كالانتفاع بالأعيان المؤجرة والمستعارة التي لم يبين في العقد كيفية الانتفاع بها، فإن ذلك يتعين بالعرف»[٣].

المعنى الإجمالي للقاعدتين:

أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، أو ما اعتادوا التعامل به لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد، إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف المتقدم ذكرها، بشرط ألا يكون مخالفاً للنصوص الشرعية.

أما إذا خالف نصّاً بخصوصه فلا يعتبر ذلك العرف، كتعارف الناس تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المستعارة أو المأجورة بدون تعدٍّ منه ولا تقصير، فلا يعتبر ذلك العرف ولا يراعى لمصادمته نصّاً شرعيّاً.

ونخلص من هذا: أن الفقهاء يعتبرون الشرط العرفي كالشرط الثابت شرعاً وكالمصرح به في العقد؛ بشرط عدم معارضته نصوص الشريعة وقواعدها الكلية، ومبادئها العامة، ثم هو مقيد أيضاً بأن يكون شرطاً متعارفاً؛ لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطاً يقتضيه العقد، كاشتراطه جنس المبيع

---

(١) السدلان: القواعد الفقهية، ص٤٥٩.

(٢) أحمد بن عبدالغني بن عمر المشهور كأسلافه بابن عابدين: (١٢٣٨ - ١٣٠٧هـ/ ١٨٢٣ - ١٨٨٩م): فقيه حنفي، ولد ومات في دمشق. تولى الإفتاء في بعض المدن الصغيرة ثم عين أميناً للفتوى مع السيد محمود حمزة مفتي دمشق. له نحو ٢٠ كتاباً ورسالة، منها رسالة في «تبرئة الشيخ الأكبر مما نسب إليه من القول بالحلول والاتحاد» و«شرح العقيدة الإسلامية» للحمزاوي، و«شرح قصة المولد لابن حجر المكي ـ خ».

(٣) ابن عابدين: الرسائل، ٢/ ١١٤ - ١١٥.

لاستفاء الثمن أو شرطاً يلائم العقد، كاشتراط كفيل حاضر أو رهن معلوم، وهو غير ما نحن بصدده[١].

ـ متى يكون الشرط العرفي معتبراً ويعمل به؟

الشرط العرفي عند من يعتد به من الفقهاء لا يكون إلا فيما للناس فيه تعامل، فلا يجوز فيما لم تجري عادات الناس التعامل فيه؛ لأن جوازه ـ مع أن القياس يأباه ـ ثبت بتعامل الناس، فيختص بما لهم فيه تعامل، وبناء عليه: فالأعراف والعادات التي تجري بين الناس في معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ الدالة على الإذن في الشيء أو المنع منه، وتكون أيضاً قرينة تسوِّغ للشاهد أن يشهد، والقاضي أن يقضي، وللمفتي أن يفتي، وكل ذلك يقوم مقام اللفظ في التعبير عن المقصود[٢].

ثانياً: معنى القاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»:

هذه القاعدة في معنى سابقتيها لا تفترق عنهما إلا أن القاعدتين الأوليتين في مطلق العرف، وهذه خاصة بعُرف التجار، وأرباب الصنائع والحرف؛ فهي داخلة تحتهما، ولكن ذِكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم، اهتماماً بشأن المعاملات التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية، أو بين غيرهم من أرباب الصنائع والحرف من العقود والتصرفات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة، ما لم يوجد شرط مخالف، أو ثمة نص يعارضه أو يقيده، وهذه القاعدة لها سلطاناً حاكماً كالعرف العام،

---

(١) الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص٢٣٧ - ٢٣٨. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص٤٥١ - ٤٥٢. البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص٣٠٦. ـ شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص٢٥١.

(٢) عوض السيد صالح: أثر العرف في التشريع الإسلامي، المطبعة العالمية بمصر، ١٩٧٩، ص١٢٦.

لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم. ويمكن أن تصاغ هذه القاعدة بصياغة أخرى دقيقة وهي: «المعروف بين أهل كل طائفة كالمشروط بينهم». وهذه القاعدة رغم أهميتها لم يرد ذِكرها صراحة في المصنفات الفقهية الإباضية، ولكن كسابقتيها نجد لها فروعاً فقهية تخرجت عليها، تؤكد العمل بها في مجال التجارة والمعاملات المالية.

ثالثاً: الفروع التطبيقية للقواعد الثلاث المتقدمة:

١ ـ في البيوع:

ـ في توابع المبيع المعروفة التي لم يصرح المشتري باشتراطها في العقد، قد تعارف عليها الناس ويجري بها التعامل بينهم من ذلك:

أ ـ ما ذكره ابن بركة في «كتاب التعارف»عن أبي معاوية عزان بن الصقر: أن الرجل يشتري من العطار الزعفران والأشياء التي تشترى إلى البيوت، فيأخذ المشتري ما يدفع إليه العطار مما وقع البيع عليه، ومما يدفعه إليه العطار من الخيوط والقراطيس، والشيء اليسير من الأشجار التي يصلح بها الأدهان، وهو زائد عما اشتراه (أي لم يطلبه من البائع)، ولا يسأل العطار عن ذلك، ولا يستحله من شيء منه، ولا يردّه عليه لعلمه بأن ذلك يطيّب قلب صاحبه ما لم ينكره قلبه أن صاحبه غلط على نفسه فدفعه من غير علم؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١].

ب ـ «وكذلك ما يشتريه من صاحب الكتان فيدفع إليه ما باعه، ثم يسده بدون كتان من عنده، أو يدفعها إليه، ولا يقول له فيها، فيعلم المشتري أنه ينزع إليه بها ويدفعه إليه»[٢].

---

(١) ابن بركة: كتاب التعارف، ص١٩.

(٢) ابن بركة: المرجع نفسه، ص١٩ ـ ٢٠.

ج ـ «وكذلك ما يشتريه الإنسان من الأرز والأشياء التي تُشَد بالخيوط والحبال، وتحمل في النواسم والأغلال، كل ذلك جائز أخذه، كحبل الدابة إذا بيعت كالخطام، وإزار العبد، وما جرى هذا المجرى لم يرجع صاحبه يطلبه، ولو كثر عن هذا المقدار لم يجز لعلم المشتري؛ لأن نفس البائع لا تطيب بذلك قلبه»[1]، وكل هذه الأمور تدخل تحت قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

٢ ـ بيع الثمار في قشورها:

اعتاد التجار أن يبيعوا بعض الثمار في قشورها كالفول السوداني والفاصوليا والرمان، فلا يكلفوا أنفسهم تقشيرها لما فيه من مشقة وعنت، وقد تعارف الناس على ذلك ولو كان فيه نوعاً من الغبن؛ لأن فيه جهالة، ولكنه يسير يتسامح فيه عادة، فمثلاً: لو أراد المشتري أن يطمئن من سلامة تلك الثمار، فعليه أن يفتح حبة من اللوز أو الرمان أمام البائع ليتأكد من سلامتها، فإن خرج من المحل ثم فتحها في داره ووجد فيها فساداً فلا يجوز له ردها؛ لأن البائع لا يعرف ما بداخلها، عملاً بالقاعدة الفقهية «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

جاء في جامع ابن جعفر ما نصه: «وقيل إنه مما يجوز بيعه وهو مجهول؛ لأنه غائب مثل الجوز واللوز والرمان والنارجيل وما يكون على نحو هذا، فإذا ذهب به المشتري ثم كسره فوجده فاسداً، فليس له رده بعد أن يفترقا؛ لأنه مما يحدث فيه الفساد في يد المشتري، وإذا كسره من حينه من قبل أن يفترقا فوجده فاسداً، فهو مردود على البائع...»[2].

قال المحقق معلقاً على كلام ابن جعفر: «بيع اللوز والرمان والنارجيل، فذلك جائز ولا يعتبر من بيوع الغرر، لخفاء ما بداخل الحبة، فالعرف عمِل

(١) ابن بركة: المرجع نفسه، ص ٢٠.
(٢) ابن جعفر: الجامع ٥/ ٢٧٣.

بهذا البيع، والعرف شرع ما لم يتعارض مع الشرع، وهذه البيوع تعارف عليها القوم، والقاعدة الفقهية تقول: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[١].

وفي السياق نفسه أجاز بعض الفقهاء بيع التمر مختلطاً ببعض الحشف[٢]، وذلك حسب تعارف الناس، ولا يجوز رده عملاً بالقاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»؛ لأن في فرزه بالحبة مشقة وعسر قد لا يتمكن كل التجار من فعل ذلك فتجاوزوا فيها ولأنه من الغبن اليسير المرخص فيه.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن ذلك من العيوب التي يرد بها المبيع ولو كان قليلاً؛ لأنه في الأصل اشترى تمراً خالصاً غير مخلوط، ولذلك أجازوا له رده إن وجد فيه حشفاً.

جاء في جامع ابن جعفر: «وعن رجل اشترى من رجل تمراً فوجد فيه شيئاً من الحشف، فليس له رده إلا أن يكون ذلك خارجاً من التعارف بكثرة الفساد، ثم له رده».

قال أبو سعيد الكدمي مؤكداً هذا المعنى: «معي إنه قيل أن له رده ولو بحشفة واحدة؛ لأن قليل العيب وكثيره سواء في معنى العيب، ولا يبين لي غير هذا في قول أصحابنا، وأما في قول قومنا فيما عندي فإنه يخرج نحو ما ذكر، ويعجبني ذلك في معنى التعارف لا في معنى الحكم».

وقال أبو علي الحسن بن أحمد: «يبدله بالحشف، والبيع ثابت»[٣].

---

(١) الفضيلات محمود جبر، محقق كتاب الجامع لابن جعفر، الهامش، ٥/ ٢٧٤.

(٢) الحشف: التمر وهو الذي يجف بغير نضج ولا إدراك، فلا يكون له لحم، والواحدة حشفة، وحشفت النخلة أي يبست، ينظر: هامش الجامع لابن جعفر للمحقق جبر الفضيلات، ٥/ ٥٥.

(٣) ابن جعفر: الجامع، ٥/ ٥٥ - ٥٦.

الحاصل:

إن للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

ـ **القول الأول** لجمهور الإباضية: أن قليل العيب وكثيره سواء، يردّ به المبيع ويؤدي إلى فسخ البيع، مثل: إذا اشترى تمراً فوجد فيه حشفاً قليلاً أو كثيراً، فالمشتري بالخيار في رد المبيع أو إتمامه.

ـ **القول الثاني** لغير الإباضية: يقولون بجواز قليل العيب دون الكثير إذا تعارفه الناس وجرى به العمل عندهم، فلا يرد به المبيع، مثل: قليل الحشف مع التمر يتسامح فيه عرفاً، واختار أبو سعيد الكدمي من الإباضية هذا القول عملًا بالقاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ـ **القول الثالث**: إذا وجد عيباً في المبيع، فيجوز للمشتري أن يطالب البائع باستبدال البضاعة الفاسدة بغيرها، ويبقى البيع ثابت، مثل: أن يرد الحشف إلى البائع ويستبدله بالتمر دون فسخ العقد.

ـ القول المختار:

وبالنظر في هذه الأقوال نجد القول الثاني هو ما تميل إليه النفس ويترجح عندنا، لما فيه من اليسر ورفع الحرج والتسامح، وفيه مراعاة لأعراف الناس وعاداتهم؛ لأن التسامح في العيب والغبن اليسير يساعد في تسهيل المعاملات التجارية بين الناس، ويخفف من النزاعات والخصومات بينهم.

٣ ـ أجرة السمسار أو الدلال:

اعتاد الناس أن يستعينوا بالسمسار[١] والدلال ليقوما بدور الوساطة بين البائع والمشتري لتسهيل بيوعهم، فقد يتعذر عليهم مباشرة ذلك بأنفسهم،

(١) السمسار: بسينين مهملتين، وهو في الأصل القيم بالأمر والحافظ، ثم اشتهر في متولي البيع والشراء لغيره بالأجرة، أما بغير أجرة فجعله البخاري من باب النصيحة والمعاونة، فأجازه العلماء. ينظر: الصنعاني، سبل السلام، ٣/٨١٨.

ويأخذون مقابل خدماتهم أجرة معينة يحددونها بأنفسهم، وقد يترك ذلك إلى ما تعارف عليه الناس.

ذكر بعض فقهاء الإباضية أنه كان معروفاً عن الدلال أو السمسار أو النخاس[١] لا يعمل إلا بأجر، فيأمره أحد من الناس ببيع شيء له ولم يكن بينهما ذِكر للأجر، والآمِر يعلم أن هذا لا يعمل إلا بأجر، فالحكم أن الدلال أو السمسار له أجرة بقدر المثل ولو لم يشترطاه، ولا يعدُّ ذلك العمل تبرعاً منه؛ لأن العرف جرى على أن هؤلاء لا يعملون إلا بأجر، و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[٢].

جاء في جامع ابن جعفر ما يؤكد أن السمسار لا يعمل إلا بأجرة سواء حددها أو تركها للعرف: «فقد سئل عن بيع السمسار يشتري (له) المتاع، ويشترط في كل ألف كذا وكذا قال: كره الفقهاء ذلك، إلا أن يشترط أجرة يوماً أو شهراً، أو يشتري له بغير شرط ثم يكافئه أو يرضيه من قليل أو كثير»[٣].

٤ ـ في المضاربة:

تعتمد المضاربة على تقديم صاحب المال رأس ماله إلى صاحب العمل ليتاجر فيه ويقتسمان بينهما الربح، وقد يشترط صاحب المال أن لا يسافر المضارب بماله من بلده، أو لا يتاجر إلا في تجارة معينة، وقد يترك له حرية التصرف في المال بما يحقق المصلحة، فإذا علم أن المضارب من عادته التحرك بالمال والانتقال به عبر البلدان لجلب السلع المفقودة، وأقره على ذلك، فلا يجوز له أن يمنعه بعد ذلك، خاصة إذا كان يتاجر في سلعة لا يجدها في بلده، كأنواع من الأسماك والثياب، ومواد البناء والأثاث، وهذا

(١) النخاس: من يبيع العبيد والإماء والدواب في سوق النخاسين.
(٢) الخليلي (المحقق)، كتاب تمهيد قواعد الإيمان، ٨/ ٢٠٥.
(٣) ابن جعفر: الجامع، ٥/ ١٠٣.

عملاً بالقاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، وهذه المسألة لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء.

نقل ابن بركة الخلاف في المسألة فقال: «واختلف أصحابنا في الخروج بالمضاربة إلى بلدان يقع فيها البحر من مضرة، فأجاز ذلك بعضهم له ما لم يكن عليه شرط يمنعه، وقال آخر: ليس له الخروج إلى البحر إلا بأمر رب المال، والنظر يوجب عندي أن المضارب والمضاربة المقصودة بذلك المال يراعى الحال فيهما، فإن كان المضارب معروفاً بالمضاربات إلى أماكن معروفة، وجرت العادة منه في التجارة في برّ وبحر، فهو على عادته، وكذلك إذا أراد بهذا المال تجارة لا تعرف بالمصدر الذي هو فيه، كان له الخروج إلى حيث تكون تلك التجارة وبذلك المال ما لم يمنعه شرط، وليس للمضارب أن يستعمل بالمال الزراعات، وغرس الأشجار والنخيل، وشراء العقارات؛ لأن ذلك لا يعرف كله في متاجر الناس، ولا يسمّون به تجاراً، وقد أجاز بعض أصحابنا (الإباضية) ذلك ولم يروه متعدياً إذا رأى الصلاح في ذلك لنفسه ولرب المال[1].

مجمل القول:

ولعلَّ ما ذهب إليه ابن بركة ومن معه من الفقهاء هو الرأي المناسب عندنا، إذا كانت المضاربة مطلقة غير مقيدة بشروط معينة، كعدم السفر بالمال عبر البحار، أو حصر التجارة في مجالات معينة، بشرط أن يتاجر فيما تعارف عليه الناس، ولا يخالف به الشرع، كبيع بعض المحرمات، أو استثمار المال في الزراعة أو الصناعة؛ لأن التجارة المعروفة عند الإباضية وغيرهم تقوم على أساس البيع والشراء، وهي مبادلة السلع والبضائع بالمثل أو بالقيمة، عملاً بالقاعدة المشهورة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

(١) ابن بركة: الجامع، ٢/ ٣٦٩- ٣٧٠.

٥ ـ في الوكالة:

أ ـ في الوكالة المطلقة:

يرى الإباضية أن الموَكل إذا أطلق الوكالة لوكيله في ماله، فإن للوكيل أن يأتي في مال موكله كل ما يجوز له إتيانه في مال نفسه شرعاً من بيع وشراء وهبة وغير ذلك؛ لأن «المطْلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص»، هذا هو الأصل، لكنهم قالوا في أكثر قولهم: إن الوكالة العامة تقتصر على القبض والحفظ، وما يخرج من هذا على معنى الصلاح في الأموال والغلال، وتتناول بيع الأصول والإتلاف والتزويج في العبيد، وما كان مثله كطلاق وعتق، إلا أن يحده الموكل ويُفوِّضه إلى وكيله، فإذا فعل الوكيل شيئاً من هذا بطل، ولو كانت الوكالة مطلقة لا ذِكر فيها لحجره عن مباشرة مثل هذا؛ لأن العرف جرى بذلك، و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[1].

ب ـ وفي وكيل الأوقاف:

ذكر بعض فقهاء الإباضية أنه إذا لم يُجعل للوكيل على قبضه للأوقاف وريعِها أجراً مُعيّناً فله العُشر على أكثر القول لا أجر المثل؛ لأنهم تعارفوا على صرف العُشر له، وبهذا جاءت آثارهم، و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

جاء في «العقد الثمين» ما يشير إلى هذا المعنى فقد سئل السالمي: «هل يفرض للوكيل العُشر أو الثُّمن؟ ويفرض له العامة أم الثقاة إن لم نجد الثقاة، فالعامة يجزيه أم لا؟».

فأجاب: «إن قدر على فعل المعروف فلا يتركه، فإن جعل له الثقاة

(١) الخليلي سعيد: التمهيد، ٧/ ٢٤٣.

أجرة من مال المسجد فله أن يأخذها، وإن عدم الثقاة فجماعة المسجد»[١].

تلك هي أهم أحكام القواعد الثلاث التي تعبّر عن سلطان العرف العملي، وبناء الأحكام عليه والمنبثقة عن القاعدة الكلية الكبرى «العادة محكمة».

(١) السالمي: العقد الثمين، ٤/ ٢٥٦ - ٢٥٧.

المطلب الثالث

القواعد الفقهية المعبّرة عن تأثير العرف القولي في الأحكام

١ ـ قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة».

٢ ـ قاعدة: «الكتاب كالخطاب».

٣ ـ قاعدة: «الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان».

هـذه القواعد الثـلاث تتفرع عن القاعـدة الكلية: «العـادة محكمة» وتتعلق باعتبار العرف اللفظي وسلطانه على الأحكام، وما يقوم مقامه عُرفاً في التعبير، كالكتابة والإشارة، فلا ريب أن المعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التـي قـد جعلت لإبانة ما فـي القلب، وإظهـار ما يجيش في الصدر، فاللسـان خُلق معبِّراً عن الجنان، والعبارات هي الأصل في الدلالة على الأشـياء، وهي العماد الأول في التعبير عن التصرفات، وإنشاء العقود والالتزامات[١].

وكل متكلـم يُحمل كلامه على لغته وعرفـه، ويترتب على ذلك إلزامه في عقـوده وإقراره وحلفه وطلاقه، وسـائر تصرفاته القوليـة من حقوق وواجبات، ولا يضـر أن تكـون أية لغة من لغـات الناس ما دامت معبرة عـن الإرادة، كما لا يضر أن يعبّر في كل مكان عُرفه الخاص من التخاطب حتى ولو كان باللغة العاميـة؛ إذ يحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم، وقد يقوم مقام اللفظ مظاهر خارجية أخرى للتعبير عن الإرادة، كالرسـالة والكتابة، والإشـارة من الأخرس، والسكوت، وغير ذلك مما يدل على الرضا[٢].

---

(١) ابـن تيميـة: مجمـوع الفتـاوى، ج٢٩/٦. ـ أبو زهـرة: الملكيـة ونظريـة العقـد في الشـريعة الإسلامية، ص ٢٣٤ - ٢٣٧. بتصرف.

(٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام، ٢/ ٨٥٢. ـ السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١/ ٩٩.

نعم قد تقوم الكتابة في مقام العبارة عند الحاجة، وتقوم الإشارة مقام العبارة عند العجز عنها، يقول ابن قيم الجوزية: «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراده، فإذا ظهر مراده ووضح أي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أو كتابة أو إيماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مطردة لا يخل بها»[1].

فلئن كان حقيقة الوضع اللغوي هي الأصل للدلالة على المعاني، ولكن إن تعذرت يصار إلى عادة الناس وعرفهم، ولئن كان النطق باللسان هو الأصل في التعبير عن الإرادة والرضا، فقد يقوم مقامه ما يدل على الرضا ويعبر عنه تعبيراً كافياً.

وعلى هذا قرر الفقهاء أن يقوم مقام النطق باللسان: الرسالة والكتابة والإشارة، أو أي موقف يدل على الرضا، وصاغوا لذلك قواعد عدة منها: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»، و«الكتاب كالخطاب»، و«الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»، وسوف نتحدث فيما يأتي عن هذه القواعد على حدة، مبيناً أحكامها ودورها في مجال التعبير عن الإرادة، ومدى تعويل الأنظار الفقهية وسيلة للتعبير.

الفرع الأول: قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»:

هذه القاعدة تتعلق بالعرف القولي وتدخل تحت مسألة تعارض اللغة مع العرف، حيث إن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، وإن كان مخالفاً للمعنى اللغوي.

(١) ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٢١٨/١.

١ ـ معنى القاعدة:

الحقيقة في اللغة: من حقّ الشيء إذا ثبت، سميت بها الكلمة المستعملة فيما وضعت له لثبوتها في موضعها، فهي فعيلة بمعنى فاعل على سبيل التجوّز في إسناد الحقيقة إليها[١].

والحقيقة في الاصطلاح: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له لغة أو عرفاً أو شرعاً[٢]. أو هو كل لفظ استعمل فيما وضع له[٣]. أو هو ما أريد به ما وضع له[٤]؛ أي تعين له بحيث يدل عليه بغير قرينة، سواء كان التعيين من جهة واضع اللغة، فيكون حقيقة لغوية، أم غيره فيكون حقيقة عرفية أم شرعية[٥]. فخرج بالمستعمل اللفظ قبل الاستعمال، فإنه لا يسمى حقيقة ولا مجازاً، وخرج بالمستعمل فيما وضع له المجاز، فإنه مستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بقرينة[٦].

٢ ـ أنواع الحقيقة:

الحقيقة إما لغوية وإما عرفية وإما شرعية.

أ ـ الحقيقة اللغوية: هي اللفظ المستعمل في أصل ما وضعته له العرب، كلفظ الأسد للحيوان المفترس، ولفظ الإنسان لابن آدم، والدابة لكل ما يدب على الأرض، والحجر للجماد المعروف[٧].

---

(١) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٩٣.

(٢) السالمي: المصدر نفسه، ١/ ١٩٤.

(٣) الوارجلاني: العدل والإنصاف في أصول الخلاف، ١/ ٣٩. ـ سعيد بن على الخيري الجربي (ت: ٩٢٧هـ/ ١٥٢١م): من جوابات الشيخ عمي سعيد، تحقيق: محمد صالح بوكراع، ط ١، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م، ص ١٣.

(٤) الملشوطي: الأدلة، ٣ظ، نقلاً عن كتاب منهج الاجتهاد عند الإباضية، باجو، ص ٣٩٩.

(٥) البورنو: الوجيز، ص ٢٩٩.

(٦) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٩٤.

(٧) سعيد الجربي: الجوابات، ص ١٣. خلفان بن جميل السيابي (١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م): كتاب فصول الأصول، دراسة وتحقيق سليم بن سالم بن سعيد آل ثاني، مطابع مؤسسة عُمان للصحافة والأنباء والنشر والإعلان، ط ٢/ ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م. ص ١٨٧.

ب ـ والحقيقة العرفية: هي اللفظ الذي غلب استعماله في غير مسماه اللغوي، وهي عامة، وذلك كأن يستعمل أهل العربية شيئاً من الألفاظ في غير ما وضع له لغة، ثم يغلب استعماله عليه حتى يكون هو المتبادل عند الإطلاق، كلفظ الدابة فإنها في أصل الوضع لكل ما يدب على الأرض، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ (هود: ٦)، ثم غلب عليها استعمال العامة في ذوات الأربع، أو على الحمار خاصة، أو الفرس في بعض البلدان... ولفظ الغائط فإنه في الأصل للمكان المنخفض ثم نقله العرف إلى زبل مخصوص. وكالحائض فإنه في الأصل لكل فائض يقال حاض الوادي إذا فاض، ثم نقل إلى فيض الدم المخصوص.

وقد يكون العرف خاصّاً بقوم دون آخرين، فيسمى اصطلاحاً عرفاً خاصّاً، وهو ما تواضع عليه طائفة من الناس كاصطلاح لهم، كلفظ الفعل والفاعل والمفعول عند النحاة، والجوهر والعَرَض عند المناطقة[1].

ج ـ الحقيقة الشرعية: هي لفظ استعمله الشارع في معنى خاص وغلب عليه، سواء كان له معنى في أصل الوضع فنقله عنه إلى معنى ثان، أو لم يكن له معنى في الأصل، وذلك كالوضوء فإنه في أصل وضعه إنما هو للنظافة مطلقاً، ثم استعمله الشارع في غسل الأعضاء المخصوصة على الوجه المخصوص، وكالصلاة فإنها في أصل وضعها للدعاء، ثم استعملها الشارع في العبادة المشتملة على الأذكار والأفعال على الوجه المخصوص، وكذلك الزكاة والصيام والحج وغيرها، فاستعمال اللفظ في هذه المعاني الدينية يسمى حقيقة شرعية، وإن كان لها معنى آخر في أصل الوضع، والشرع طارئ على اللغة، فغلبت الشريعة اللسان، ووجب العدول إلى معاني تلك الألفاظ كما حددها الشرع[2].

---

(١) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، ٢/ ١٢٣.

(٢) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٩٤ - ١٩٥. الوارجلاني: جواب الأبدلاني، ص ٢١٨ نقلاً عن باجو، منهج الاجتهاد عند الإباضية. ـ باجو: أبو يعقوب الوارجلاني وفكره الأصولي مقارنة =

د ـ الحقيقة الدينية: وأضاف بعض الفقهاء هذه الحقيقة، ونقل السالمي رأيهم فقال: «وزاد قوم الحقيقة الدينية، كالفاسق فإنه عندنا اسم لمرتكب الكبيرة مطلقاً، وعند المعتزلة لمرتكب كبيرة غير الشرك، فهو حقيقة عند كل واحدة من الطائفتين في المعنى الذي جعلوه له، وكذلك المؤمن فإنه حقيقة عندنا وعند المعتزلة، فمن أوفى بالواجبات عليه ديناً وهكذا...». ولكن السالمي بعد التحقيق اعتبر أن هذه الحقيقة داخلة ضمن الحقيقة العرفية ما دامت تعتمد على ألفاظ اصطلح عليها أهل العقيدة لتدل على معان خاصة غير مرادها في أصل الوضع فقال: «وعند التحقيق يرجع هذا القسم إلى الحقيقة العرفية فإنه نوع منها»[(١)].

٣ ـ المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن دلالة اللفظ الحقيقية تُترك ولا تعتبر إذا دل العرف والعادة على استعمال هذه اللفظة استعمالاً مغايراً لمعناها الحقيقي، ويبنى الحكم على المعنى الذي دل عليه العرف والعادة[(٢)].

فإذا تعارضت الحقيقة العرفية مع الحقيقة اللغوية فالمقدم منها الحقيقة العرفية، وذلك لما كان الأصل في الكلام الحقيقة، كان الواجب استعمال كل لفظ في معناه الحقيقي، ولكن قد يهجر المعنى الحقيقي عرفاً أو عادة فيكون الحكم في ذلك متعذراً أو كالمتعذر، وبيان ذلك: أنه إذا كان للمصطلح معنيان، أحدهما حقيقي والآخر عرفي، فإن المعنى الحقيقي يترك، ويحمل المصطلح على المعنى العرفي عند المتعاقدين، فاليوم في عرف إجارة العمال

= بأبي حامد الغزالي، ط ١ ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان، ٣٣١. ـ البورنو: الوجيز، ص ٣٠٠.

(١) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٩٦.

(٢) البورنو: المرجع نفسه.

ثماني ساعات أو سبع، ومعناه الحقيقي أكثر من ذلك فيرجع إلى المعنى العرفي ويترك المعنى الحقيقي[١].

فتعتبر العادة هنا بمعنى القرينة الدالة على العمل بالمعنى المجازي، وتُرِك المعنى الحقيقي كما قال السالمي: «إن شرط المجاز قرينة تصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إلى المعنى المجازي...؛ لأنه لو لم تكن القرينة هادية إلى معناه المراد به لما صُرف عن أصله الذي وضع له»[٢]. وهي:

أ ـ إما قرينة عقلية: كما في قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَفْزِزْ مَنِ ٱسْتَطَعْتَ مِنْهُم بِصَوْتِكَ﴾ (الإسراء: ٦٤). فإن العقل يمنع من حمل هذا الأمر على حقيقته، ويصرف إلى بيان الأقدار له والتهديد، فإن الحكيم تعالى لا يأمر بالفساد.

ب ـ وإما قرينة حسية: نِسبة لها إلى الحس، وهي إما لفظية نحو: رأيت الأسد يرمي، فإن الرمي قرينة لفظية صارفة للفظ الأسد عن معناه الحقيقي؛ لأن الرمي لا يصدر من الحيوان المخصوص الذي وضع له اسم الأسد، وإما غير لفظية، نحو لا آكل من هذه النخلة، فإن الحس الذي هو اللمس يمنع من أكل أصل النخلة ويصرف هذا اللفظ إلى تمرها.

ج ـ وإما قرينة عادية: ومثَّل له بعضهم بيمين الفور، وهي ما إذا حلف رجل على امرأته وقد أرادت الخروج، فقال: إن خرجت فأنت طالق، قالوا: إن هذا اليمين يحمل على الفور لاقتضاء العادة ذلك، فلا تطلق إن خرجت بعد ذلك الوقت عنده.

د ـ وإما قرينة حالية: وهي أن يكون حال المتكلم مقتضياً لصرف اللفظ عن حقيقته إلى مجازه، كما في قول المسلم: أشابني الدهر وغيرهم صروف الأيام، ونحو ذلك، فإن حال المسلم يقضي بصرف هذا اللفظ عن حقيقته إذ اعتقاده يوجب أن فاعل ذلك هو الله تعالى[٣].

---

(١) السالمي: الطلعة، ١/ ١٩٥. ـ البورنو: الوجيز، ص ٣٠٠. ـ شبير: القواعد الكلية، ص ٣٥٣.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ١/ ١٩٩، ٢٠٤.

(٣) السالمي: الطلعة، ١/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

والظاهر أن ما ذهب إليه السالمي من اشتراط القرينة لصرف المعنى الأصلي عن اللفظ إلى المعنى المجازي، هو ما عليه علماء الأصول، فقد ذكر التفتازاني في شرح التوضيح ما نصه: «لا بد للمجاز من قرينة تمنع إرادة الحقيقة عقلاً أو حِسّاً أو عادة أو شرعاً»[١].

ويقول ابن عابدين في توضيح هذا المعنى: «التحقيق أن لفظ الواقف والموصَى والحالف والناذر، وكل عاقد، يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أو لا»[٢].

الحاصل:

إذا كان المعنى الحقيقي غير مستعمل لتعذره أو لكونه أصبح مهجوراً شرعاً أو عادة، كما لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه الشجرة، وكان الأكل من نفس الشجرة متعذراً، فإنه يصار إلى المعنى المجازي، فيحمل على ثمار الشجرة، فإن أكل ثمارها حنث في يمينه، وإلا فلا، ولو أكل من نفس الشجرة أو من أوراقها، هذا إن كانت الشجرة مستثمرة، أما إذا كانت غير مثمرة فيحمل الأكل على الانتفاع بثمنها.

- أما إذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً بصورة أكثر من المجازي أو مساوية، فإنه يصار إلى المعنى الحقيقي باتفاق[٣].

ذكر السالمي في معرض حديثه عن المطَلّق إذا قال لزوجته: يوم تكلمين فلاناً فأنت طالق، هل يعمل بظاهر اللفظ، وهذا اليوم أو يرجح مدلوله في العرف وهو الساعة؟

---

(١) التفتازاني سعد، شرح التوضيح، ١/ ٩٢.

(٢) ابن عابدين: رسالة نشر العرف، ٢/ ١٣٣.

(٣) السالمي: الطلعة، ١/ ٢٠٤ - ٢٠٥. ـ البورنو: الوجيز، ص ٣٠٠. ـ شبير عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٥٤.

فقال: «أن يحمل اليوم على الساعة أخذاً بالعرف المتبادر في أدهان العامة، ومن قواعدهم إذ اختلف العرف واللغة في لفظة خرج فيها الخلاف، فمنهم من يعتبر اللغة، ومنهم من يعتبر العرف، فكان الواجب أن يكون هذا الخلاف خارجاً ها هنا، إذ لا بد منه، واعتبار العرف عندي أرجح إذ لكل قوم ما اصطلحوا عليه، وإن اللغات تختلف، ويحكم على كل فريق بما يقتضيه لسانهم من إقرار ووصية وعطية وتزويج وتطليق وبيع وشراء، وغير ذلك من المعاني التي لم يشترط فيها القرينة، فكذلك العرف إذ لم يتبادر في الأذهان غيره، وإن كانت العلماء توجهه إلى وجوه، فإن العوام لا يحضرهم ذلك، والمحكوم عليه كلام العامة لا توجيه العلماء»[(١)].

٤ ـ تطبيقات القاعدة:

أ ـ في اليمين والحلف:

ذكر فقهاء الإباضية أمثلة كثيرة لهذه القاعدة في باب اليمين والحلف، وحكموا العرف في حكمها، فإذا أطلق اليمين على شيء ولا يمكن جريانه حقيقة، فإنه يصرف إلى المعنى العرفي، فإن فعل ذلك حنث، وعليه كفارة، ومن ذلك:

١ ـ من حلف لا يأكل اللحم وأكل الشحم، حنث؛ لأنه جزء منه، قال أبو عبدالله محمد بن محبوب أخبرنا أبو صفرة[(٢)] عن والدي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال:

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٧٩ - ١٨٠.

(٢) عبدالملك بن صفرة، أبو صفرة (ت: أوائل ق٣هـ)، عالم فقيه، وحافظ ثقة من علماء الإباضية بالعراق، عاش في أواخر القرن الثاني وأوائل القرن الثالث. أخذ العلم عن الربيع بن حبيب وله روايات كثيرة عنه، كما كانت له روايات وأخبار عن محبوب بن الرحيل. عاصر الإمام محمد بن محبوب وكانت بينهما أجوبة ومراسلات كثيرة. ولعله انتقل إلى عُمان في آخر حياته. من آثاره: روايات أبي صفرة عن الهيثم عن الربيع بن حبيب عن ضمام عن جابر، وروايات وآراء منثورة في كتب الفقه والسير.

وحلف لا يأكل من لحم هذه الشاة، فأكل من شحمها، فإنه يحنث؛ لأن الشحم إنما يخرج من اللحم.

٢ ـ وإن حلف لا يأكل من شحمها، فيأكل من لحمها؛ لأن اللحم لا يجيء من الشحم، وقال بعض الفقهاء: من حلف لا يأكل اللحم أكل من الشحم، ومن حلف لا يأكل الشحم أكل اللحم؛ لأن لكل واحد منها اسماً معروفاً ينفرد به، وكذلك ما كان مثل هذا[١].

٣ ـ ومن حلف لا يأكل اللحم، أكل الطري من السمك؛ لأن الذي عند العامة أن اللحم هو لحم الأنعام، أما لحم الطير ولحم السلحفاة والسمك فلا يتبادر للناس إلا أن يعقد إليه بعينه في يمينه[٢].

٤ ـ وعنه أيضاً: «فيمن حلف على زوجته إن لم يطأها على وتد، فيطؤها على جبل، فلا حنث عليه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْجِبَالَ أَوْتَادًا﴾ (النبأ: ٧). إلا أن يكون للحالف نية.

وإن حلف إن لم يطأها على بساط فوطئها على الأرض ولم يطأها على بساط، فقيل: إنه يحنث؛ لأن البسط معروفة مع العامة، وهي ما يمكن أن يطأ زوجته عليها، والوتد والأوتاد لا يمكن أحد أن يطأ زوجته على شيء منها، وقد سمى الله الجبال أوتاداً، ولا يحنث إن وطئ على واحد منها، وكذلك قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ بِسَاطًا﴾ (نوح: ١٩). إلا أن المعنى يختلف لما أعلمتك في هذا»[٣].

ب ـ من نواقض الوضوء ذِكْر العورة بأقبح أسمائها:

يرى فقهاء الإباضية أن تقبيح الأشياء قد يخضع لعرف الناس وعادتهم، إذا لم ينص عليها الشارع، ومن ذلك أن بعضهم اعتبر ذِكْر العورات بأقبح أسمائها،

(١) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٥٩ - ٤٦٠، ٤٦٣.
(٢) ابن جعفر: نفسه، ٣/ ٤٥٨.
(٣) ابن جعفر: المصدر السابق، ٣/ ٤٦١.

أو شتم أحد بها من نواقض الوضوء. قال السالمي في هذا المعنى مجيباً على سؤال: «وذِكْر الفرج والعورة بأقبح أسمائها، وشتم أحد بها، قال: والقبْح بحسب عرف أهل كل موضع، فقد يقبح اسم عند قوم دون آخرين، فلا نقض إلا لمن نطق به ممن لا قبح عندهم فيه. وقيل: لا نقض إلا إن شتم بها أحداً»[1].

ج ـ في تحريم الربا:

اختلف الفقهاء في تحريم الربا في الطعام، هل يراد به أصنافاً خاصة، أم كل ما يطلق عليه الطعام يحرم فيه الربا؟

ـ فذهب الجمهور إلى أن العرف والعادة لا يخصص اللفظ العام، وعليه فإذا ورد من الشارع ما يدل على تحريم الربا في الطعام فإن النص يشمل على كل ما هو مطعوم يعتمد عليه الناس في معيشتهم، ولا يقتصر على أصناف معينة من الطعام، كالقمح والشعير والأرز والذرة والتمر.

ـ وذهب بعضهم إلى أن العادة والعرف تخصص عموم النص، فالطعام يراد به ما اعتاده كل قوم في أكلهم، كالقمح أو الأرز مثلاً دون غيرها من الحبوب؛ لأنه غالب طعامهم، وعليه فإذا أُطلق الطعام مثلاً، يراد به القمح خاصة، حسب ما اعتاده الناس في معيشتهم، ولذلك لا يجوز الربا في القمح فقط.

وقد تعرض السالمي إلى هذه المسألة وذكر فيها أقوال الفقهاء وحججهم في سياق حديثه عن التخصيص، هل يكون بالعرف والعادة عند ورود دليل عام؟

فقال: «كذلك العادة لا تخصص (العام)، وقال قوم إنها تخصص، أي إذا ورد الدليل الشرعي عامّاً فلا يصح تخصيصه بعادة المخاطبين، مثاله: أن يقول الشارع حرمت الربا في الطعام، وكان عادة المخاطبين تناول البُرّ مثلاً، فلا يكون ذلك العام محمولاً على البُرّ خاصة، بل يكون شاملاً لكل ما يسمى طعاماً، فهذا مذهبنا (الإباضية) ومذهب الجمهور من المعتزلة والأشعرية...».

(١) السالمي: معارج الآمال، ٢/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

ـ «وذهب الحنفية إلى أنه يصح التخصيص بذلك، فزعموا أن الربا في نحو المثال السابق إنما يحرم في البُرّ خاصة؛ لأنه الذي تناوله لفظ الطعام لأجل عادتهم.

ـ وأجيب بأنه إن صار لفظ الطعام حقيقة في البر فلا عموم حينئذ، وإن لم يصر حقيقة فيه وحده بل مع غيره، فلا يخصص باعتيادهم أكله، قالوا: لو قال لعبده اشتر لحماً والعادة تناول لحم الضأن لم يفهم سواه.

ـ وأجيب بأن تلك الحالة قرينة في المطلق، كلامنا إنما هو العموم...»[(١)].

وفي موضع آخر يؤكد السالمي أن العرف والعادة من مخصصات العموم إذا وجدت علاقة بين المعنى الحقيقي والمجاز العرفي، ومثَّل لذلك بمثال الدابة، فقال: «مجاز عرفي كإطلاق الدابة على كل ما يدب من ذوات الأربع وغيرها، فإن العرف خصص اسم الدابة بذوات الأربع، فإطلاقه عليها وعلى غيرها استعمال له في غير ما وضع له عرفاً، وهكذا في جميع ما نقله العرف إلى شيء مخصوص، ثم استعمل في ذلك الشيء لعلاقة...»[(٢)].

د ـ الإبراء من الديون:

إذا طلب المدين من الدائن إبراؤه من الدين الذي عليه، فأجابه بعبارة قد يفهم منها الموافقة، فإن كان من عادته استعمالها للدلالة على ذلك، سقط عنه الدين، وإن كانت هذه العبارة لا يستعملها عادة ولا يفهم منها الإبراء من الدّيْن، فالدَّيْن باق في ذمته حتى يصرح له بالتنازل عنه، فالعرف والعادة الغالب عليه هو المحكَّم في مثل هذه الحالات، وهذا ما تشير إليه عبارة الكدمي.

فقد سئل عن رجل قال لرجل: أنا في الحِلّ من مالك، فقال: إيه، هل يكون ذلك حِلّاً؟

---

(١) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٥٩ - ١٦٠.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ١/ ٢١٠.

قـال: «معـي أنه إذا اسـتحله من شـيء يثبت لـه فيه الحل أو اسـتباحة من شيء، ثبتت له الإباحة بهذا الجواب، خرج عندي على معنى ما يعرف من لفظ المجيب في تعارف الكلام منه، فإن كان يخرج على معنى الحكم، وتلك لغته، كان عندي على كل حال لغته، وله تغيير ذلك، وإن كان لا يخرج على الأغلب مـن لغتـه، وإنما هو على معنى الإيماء بذلك، ولم يفهم من معاني الكلام فهو يخرج عندي معنى الاطمئنانة لا في الحكم»[1].

هـ ـ في الزواج والطلاق:

لـكل قـوم عبارات اصطلحوا عليهـا في معاملاتهم وعقودهـم فإذا تعارف أهل بلد على ألفاظ معينة يستعملونها في الزواج والطلاق فلهم ذلك ما دامت تحمـل معنـى الـزواج أو الطـلاق، خاصـة إذا كانوا أعاجـم لا يفهمـون اللغة العربية، لأن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ويتضح هذا من خلال الأمثلة التالية:

١ ـ سـئل السـالمي: «مـا القـول فـي تزويـج الأعاجـم وطلاقهـم، فإنهـم لا يعرفـون العربيـة ولا يفهمونها، فلو قـال قائل لأحدهم: زوجتـك لمَا عَرف معنى ذلك، وكذا لا يعرف معنى قول القائل لزوجته: أنت طالق وهم يتناكحون علـى ألفـاظ معروفة عندهم، فهل هذا النكاح وهـذا الطلاق منهم ثابت أم لا؟ فإن كان غير ثابتين، فهل يلزمهم أن يتعلموا ذلك بالعربية أم لا؟».

قال السـالمي: «إن لكل قوم ما اصطلحوا عليه، وإذا انطبقت سُنّة هؤلاء الأعاجـم على وضع بعض الكلمـات للتزويج، وعلى وضع بعضها للطلاق صـح بذلـك تزويجهم وطلاقهم؛ لأن المشـروط في ذلـك حصول الوضع، وقد حصل ها هنا، ولا يشترط في كون ذلك الوضع عربيّاً، وإلا لهلك أكثر الأمة، والقول بهلاكهم منافٍ لمقتضى الحنفية السهلة، ومخالف لسعة الدين

(١) الكدمي: الجامع المفيد، ٢/ ٢١٥.

الـذي ما جعل الله علينـا فيه من حرج، فلا يلزمهم تعلُّم ألفاظ ذلك باللفظ العربـي، ولا يلزمنا على هذا القول بالطلاق لـكل ما نوى به الطلاق؛ لأننا نمنـع تزويـج الأعاجـم وطلاقهم بغير الألفـاظ التي وضعوهـا لذلك، وإن نـووا بهـا التزويـج والطـلاق، فالحكم فـي عربيتنـا وفي عجميتهـم واحد، فلا تشكل عليك»[١].

٢ ـ وسئل السالمي أيضاً: «أرأيت إذا كان طائفة من العرب قد انحازوا في جهة من الجهات، وقد اختصوا فيما بينهم بألفاظ دالة على النكاح دلالة حقيقية عندهـم لا يفهمـون منها إلا ثبوت العقد، فهل لهـم أن يتناكحوا بهذه الألفاظ، ويكون حكمهم في ذلك حكم من ذكرت من الأعاجم أم لا؟

قـال: نعـم حُكمهم واحـد فيما عنـدي، ولهـم أن يتزوجوا بتلـك الألفاظ لحصول الوضع فيها، ولا يلزم أن يكون الوضع عامّاً بين جميع العرب»[٢].

ـ وسـئل أيضاً: «أرأيت إذا تركت العرب أصل لغتهم، وتعارفوا باصطلاح جديـد فيمـا بينهم، وصـاروا لا يفهمون مدلـولات العربية أصلاً، هـل لهم أن يتناكحوا بالألفاظ الدالة على التزويج في اصطلاحهم الجديد أم لا؟.

قال: نعم لهم ذلك لحصول الوضع المشروع في صحة العقد»[٣].

٣ ـ وعن رجل حلف بطلاق زوجته لا يسكن البلدة الفولانية متنقلاً دوام الأبـد، فلمـا طمحـت (رغبت) عليـه زوجته وهي مـن تلك البلـدة التي حلف عليها، فطلب زوجته إلى تلك البلدة، ومكث فيها قدر ليلة أو ليلتين، فهل ترى زوجته تطلق عليه أم لا؟.

فأجـاب السـالمي: «إذا أراد بيمينـه هذا أنه لا يسـكن تلك البلدة السـكون المتعـارف بـه عند أهل الزمان، وهـو طول الإقامة والمكـث، فلا تطلق عندي

(١) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٥٣ - ١٥٤.
(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٥٥.
(٣) السالمي: المرجع نفسه.

زوجته بمبيت ليلة أو ليلتين، إذا كان إنما يأتِ وهو غير ناوٍ للإقامة ولا المكث الذي يُتعارف أنه سكن عند أهل الزمن، وإن لم ينوِ ذلك فأحسب أنهم قالوا بطلاق زوجته، ولا تخلو في الصورة الأولى من قول بطلاقها أيضاً على ما في قواعدهم»[١].

٤ ـ وفي الحالف بالطلاق أيضاً جاء في «العقد الثمين» عن بعض الإباضية ما نصه: «فإن قال يوم تكلّمين فلاناً فأنت طالق، ثم وطئها في أول النهار وكلّمته في آخره، أنها تحرم عليه أبداً؛ لأن وطأه ذلك كان حراماً».

قال السائل: هلاّ قيل بعدم تحريمها؟ أفلا يصح أن يحمل قوله يوم تكلمين بمعنى ساعة تكلمين، إذا كان عُرف العامة كذلك؟ أم لا قولَ إلا بتحريمها ولا ينفع هنا عُرف إلا ما اقتضاه ظاهر اللفظ؟ أم كيف القول في ذلك؟

قال السالمي: «أما قولٌ نحفظه فلا، وأما التخريج فإنه يقبل قولاً ثانياً، وذلك أن تحمل اليوم على الساعة أخذاً بالعرف المتبادر في أذهان العامة، ومن قواعدهم إذا اختلف العرف واللغة في لفظة خرج فيها الخلاف، فمنهم من يعتبر اللغة، ومنهم من يعتبر العرف، فكان الواجب أن يكون هذا الخلاف خارجاً ها هنا، إذ لا بد منه، واعتبار العرف عندي أرجح إذ لكل قوم ما اصطلحوا عليه، وأن اللغات تختلف، ويحكم على كل فريق بما يقتضيه لسانهم مِن إقرار، ووصية، وعطية وتزويج، وتطليق، وبيع وشراء، وغير ذلك من المعاني التي لم يشترط فيها العربية، فكذلك العرف إذا لم يتبادر في الأذهان غيره، وإن كانت العلماء توجهه إلى وجوه، فإن العوام لا يحضرهم ذلك، والمحكم عليه كلام العامة لا توجيه العلماء»[٢].

---

(١) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٥٩.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ٣/ ١٧٩ - ١٨٠.

و ـ في الوصية:

ذكرنا فيما سبق أن الألفاظ التي تعذّر إعمالها فيما وُضعت له أو كانت معانيها مهجورة فإننا نلجأ إلى استعمالها في العرف ونحتكم إليه، ومن ذلك: ألفاظ الوصايا إذا كانت عامة أو مطلقة، فيُنظر ما تعارف عليه الناس في ذلك الموضوع ويُعمل به، مثل: إطلاق لفظ المال في الوصية، هل يراد به المعنى الحقيقي العام أم له مدلول خاص؟

جاء في «العقد الثمين» سؤال «عمّن قال أوصيتُ بمالي من البلد الفلاني للمسجد الفلاني، أيدخل في الوصية النخل والماء أم النخل فقط؟».

أجاب السالمي قائلاً: «يتجاذب هذه المسألة أصلان عليهما بُنيَ الفقه، **أحدهما**: العرف الخاص بِنَا معشر أهل عُمان، فإنا قد خصصنا إطلاق المال[1] على النخيل وهو المتبادر في أفهامنا فهو حقيقة عرفية في حقنا، **وثانيهما**: اعتبار الوضع اللغوي، فإن اسم المال يطلق لغة على جميع ما يملك، فإذا عرفتَ هذين الأصلين، فاعلم أن الفقهاء اختلفوا في ترجيح كل منهما على صاحبه، فبعضهم رجح العرف وعوّل عليه نظراً إلى أن الأحكام الشرعية غير مقصورة على اللغة العربية، وإلا لسقط غالب الأحكام عن الأعاجم.

وبعضهم رجح الاعتبار اللغوي نظراً إلى أن اللغة العربية غير مهجورة بين هؤلاء المتخاطبين، فهم يفهمونها في مثل هذا الخطاب، وأن الأعاجم يخالفوننا في نحو هذا؛ لأن العربية صارت عندهم مهجورة ولا يفهمونها، فبهذا يفارقوننا في هذه الأحكام، وقد بنوا على هذين الأصلين عدة فروع من أبواب الفقه، فتراهم يختلفون عند وجودهما، ومسألتك هذه يخرج فيها هذا الخلاف»[2].

---

(١) يطلق المال عند أهل البدو في الجزائر على الماشية من أغنام وماعز، فإذا أطلق المال يتبادر في أذهانهم هذا المعنى المعروف عندهم.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ٤١١.

الفرع الثاني: قاعدة: «الكتاب كالخطاب»:

هـذه القاعـدة تتفـرع عن قاعـدة: «العادة محكمـة» لأنها تعبّر عن سـلطان العرف اللفظي وأثره في الأحكام، ومما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن القصد: الكتابـة، فيصار إليها عنـد الحاجة، ويعمل بالكتاب علـى الوجه المتعارف به، ويعدّ حجة على من حرّره، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: معنى القاعدة:

الكتاب لغة: مِن كتب يكتب كتاباً، والاسم الكتابة، وهي الخط[١].

وعرفـه الجرجاني بأنـه: «تصوير اللفظ بحروف هجائـه»[٢]. والخطاب من خاطبه مخاطبة وخطاباً، وهو الكلام بين متكلم وسامع[٣].

ـ والمعنى الإجمالي للقاعدة:

أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية، تحرر على الوجه المتعارف به بين الناس، وتكون حجة على كاتبها، كالنطق باللسان، فما يترتب على المكالمة الشفهية يترتب على المكالمة الكتابية، فكما قيل: القلم أحد اللسانين، والكتابة ممـن تأتي بمنزلـة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبـي ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرسـالة إلى الناس كافة، وبَلّغهم مرة بالكتاب، ومرة بالخطاب، والقرآن أصل الدين قد وصل إلينا بالكتاب بعد أن ثبت بالحجة[٤].

وإن الكتـاب مـن الغائـب كالخطاب من الحاضر، تعقد بـه العقود من بيع وإجارة وكتابة وغيرها، فللعاقدين أن يعقدا ذلك بينهما بطريق الكتابة، كما جاز لهما العقد بطريق المشـافهة، وحتى تكون الكتابة معمول بها ويعتد بها فلا بد أن تكون وفق شروط معينة كما سنبين فيما سيأتي:

---

(١) الفيومي: المصباح المنير، ص٧١٩.

(٢) الجرجاني: التعريفات، ص١٣٣.

(٣) الفيومي: المصباح المنير، ص٢٣٦.

(٤) البورنو: الوجيز، ٣٠١. ـ هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٣٦٨.

ثانياً: شروط الكتابة المقبولة:

أ ـ مراتب الكتابة:

الكتابة على مراتب:

١ ـ الكتابة المستبينة المرسومة: وهي ما كانت على وجه الرسالة والخطاب وِفقاً للمراسم والتقاليد المعتادة، وذلك بأن تكون بيّنة وواضحة ومُعَنْوَنة، أي تكون مصدّرة بالعنوان من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب، فتعبر بهذا كالنطق، وقد أشار إلى ذلك الثميني فقال: «إن كان الكتاب مختوماً على يد عدْل عند المتراسلين، وقد قَبِل المسلمون ذلك وعملوا به، أو كان الخط معروفاً عند الحاكم، وإن لم يختم على الكتاب في عرفنا وبلادنا»[(١)].

٢ ـ الكتابة المستبينة غير مرسومة: وهي ما كان لها بقاء بعد الفراغ منها، ويمكن قراءتها، كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار، أو على الألواح والأوراق المعروفة لا على وجه الرسم، فإن هذا يكون لغواً؛ لأنه لا عُرف في إظهار الأمر بهذا الطريق، فلا تكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه، كالنية والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة وتكون للتحقيق، وبهذه الأشياء تتعين الجهة، وقيل الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة، والأول أظهر[(٢)].

وبناء عليه فإن كانت الكتابة غير مرسومة ومُعَنْوَنة فلا يُعمل بها، ويستثنى من ذلك حق السمسار والبياع والصراف، فإنهم يكتبون ما عليهم في دفاترهم، فيُعمل به وإن لم يكن مُعَنْوَناً[(٣)].

---

(١) الثميني: الورد البسام، ص٢٦٦.

(٢) الحموي: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ٣/ ٤٥٠.

(٣) البورنو: الوجيز، ص ٣٠٢. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٦٧. ـ هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٣٦٨. ـ والأتاسي: شرح المجلة العدلية، المادة (٦٩)، ١/ ١٩١.

٣ ـ الكتابة غير المستبينة: وهي ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها، كالكتابة على الماء وفي الهواء؛ إذ لا يستطاع قراءتها ولا فهمها، والتعبيرات التي تكتب على هذه الصورة يجب إغفالها واعتبارها في حكم العدم؛ لأنها بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى[١].

يقول الكاساني: «وإن كَتب كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء أو على الهواء، فذلك ليس بشيء، حتى أنه لا يقع به الطلاق وإن نوى؛ لأن ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فكان ملحقاً بالعدم»[٢].

ب ـ المراد بالكتابة في هذه القاعدة:

وأما المراد بالكتابة في هذه القاعدة فهو: الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب والقبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر، وصورة ذلك: أن يكتب المشتري إلى البائع: إني اشتريت منك كذا بكذا، فيكتب إليه البائع قد قبلتُ، أو قد بعتك ما طلبت بما ذكرت من الثمن ونحو ذلك، فيكون هذا كما لو تشافها الإيجاب والقبول مطلقاً.

وقد بيّن الفقهاء أن الكتابة معبّرة في المعاملات بين الناس بأي لغة كانت ما دامت مفهومة، وعلى أيّ شيء ما دامت تقرها الأعراف والتقاليد الاجتماعية والرسمية، ويمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً، كوسائل الكتابة العصرية مثل التلكس، والتلغراف، والفاكس، والشفرة المصطلح عليها، والرسالة الإلكترونية، وغيرها مما اشتهر في زماننا[٣].

ج ـ أحكام المعاملات والتصرفات المنعقدة بالكتابة:

اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع، ٣/ ١٠٩.

(٣) الزرقا: المدخل الفقهي العام، ١/ ٣٢٦، ٣٢٧. ـ السدلان: المرجع نفسه، ص ٤٦٧.

التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما، وهذا هو ما يعرف عند الفقهاء بصيغة العقد، أي صورته التي يقوم بها من إيجاب وقبول إن كان العقد التزاماً بين طرفين، أو إيجاباً فقط إن كان التزاماً من جانب واحد فهو ما يسمى عند القانونيين «بالتعبير عن الإرادة»[١].

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الفقهاء ليسوا على اتفاق بينهم في اعتبار الكتابة أداة يحصل بها التراضي، فمنهم مَن اعتبرها نِدّا للفظ وأجاز التعاقد بها مطلقاً، ولا فرق في ذلك بين التعبيرات التعاقدية التي تتم بين طرفين أو التصرفات الفردية، ففي كليهما يعتد بالتعبير الكتابي إذا حصل على المناط الذي بيناه من كونه مستبيناً مرسوماً سالماً من شبهة التزوير، بينما اعتبر البعض الكتابة وسيلة احتياطية يلجأ إليها عند الضرورة «والضرورة تقدر بقدرها»[٢].

وقد قسم بعض الفقهاء التصرفات والعقود التي تتم بالكتابة إلى تصرفات فردية، وتصرفات غير فردية[٣].

القسم الأول: التصرفات غير الفردية:

وهي التي تكون بين طرفين، أحدهما يعبّر عن إرادته بالإيجاب، والآخر بالقبول، فقد يتم التعاقد فيها بين حاضرين بالمكاتبة، أو بين غائبين، أو أحدهما حاضر والآخر غائب، ويشمل ذلك جميع العقود، كالبيع والهبة والإجارة وغيرها، ما عدا عقد النكاح فإنه يستثنى من بين سائر العقود والتصرفات المالية، فإنه لا يصح التعاقد فيه بالكتابة بين حاضرين حيث أجمع الفقهاء[٤]

(١) عبدالسميع إمام: أصول البيوع الممنوعة في الشريعة والقانون، ص١٦-١٨. ـ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/ ٣٤٨.

(٢) السدلان: القواعد الفقهية، ص٤٦٨.

(٣) وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، بتصرف، ص٢٠٩.

(٤) الشقصي: منهج الطالبين، ١٥/ ٨٦. ـ الكاساني: بدائع الصنائع، ٢/ ٢٣١. ـ الدردير: الشرح الصغير على متن خليل، ط دار المعارف بمصر، ١٣٩٣هـ، ٢/ ٣٥٠. ـ الشربيني الخطيب: =

على إلزام المتناكحين القادرين على النطق ـ أو من يقوم مقامهما ـ باستعمال اللفظ؛ لأن من شروط الزواج الصحيح حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين، وهذا غير ممكن في حالة الكتابة؛ ولأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، ولا ضرورة هنا[١].

ـ أما في غير الزواج فإذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد فإن الراجح من قول الفقهاء هو الاعتداد بالكتابة بين المتعاقدين، ولو كانا حاضرين ناطقين، أو عاجزين عن النطق[٢].

ـ الرأي المختار:

ولعل الذين لم يعتبروا صحة الكتابة إذا كان العاقدان حاضريْن هو القول الأقرب للصواب؛ لأنهما قادريْن على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره، بخلاف إذا كانا غائبيْن[٣].

ـ فإذا كان التعاقد بين غائبين بالمكاتبة، فإن الراجح المنقول عن الفقهاء[٤] جواز التعاقد بها سواء كانت من الجانبين، كما لو كان رجل في المشرق فكتب إلى أخيه في المغرب: بعتك داري الكائنة في الجزائر أو غيرها، وذكر

= مغني المحتاج شرح المنهاج، مطابع مصطفى الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ، ٣/ ١٤١. ـ البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط ١ - ١٣٩٤هـ، ٥/ ٣٩.

(١) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/ ١٠٤. ٧/ ٤٥. ـ مصطفى أرشوم: النكاح صحة وفساداً وآثاراً في المذهب الإباضي، ص ٥٣، ٥٩ - ٦٠.

(٢) الدردير: الشرح الصغير، ٢/ ٣٥٠. ـ ابن عابدين: الحاشية رد المحتار على الدر المختار، ٩/ ٢٠٦. السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٦٩.

(٣) الشيرازي الفيروز آبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط عيسى الحلبي وشركاه، مصر، ١/ ٢٥٧. ـ مرعي بن يوسف الحنبلي: غاية المنتهى، ط ٢، مؤسسة السعيدية، الرياض، ٢/ ٤.

(٤) السرخسي: المبسوط، ٥/ ١٥. ـ الرملي: نهاية المحتاج، ٣/ ٨ ـ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص ٢٠٩.

أوصافها وحدودها، والمبلغ الذي سيبيعها له، فكتب إليه الآخر: اشتريت منك الدار المذكورة، وينعقد بينهما البيع بالمشافهة.

ـ وكذلك لو كانت الكتابة من جانب واحد، كما لو كان المكتوب إليه حال قراءة الكتاب في المجلس، اشتريت أو قبلت، أو خاطبه بذلك هاتفياً، وعلى هذا سائر التصرفات المالية والعقود، مِن كفالة أو حوالة أو إجارة وغيرها.

على أنه يجب أن يلاحظ أن حكم الكتابة لا يبدأ منذ كتابة العبارة، بل عقب وصول الكتاب وقراءته، فعندئذ تأخذ العبارة مفهومها، فيعتبر حينئذ الإيجاب والقبول، وهذا في العقود بخلاف التصرفات التي لا تتوقف عن الطرف الآخر ورضاه، كالطلاق والإعتاق فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة[١].

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يصح التعاقد بالكتابة في عقد النكاح بين غائبيْن إلا في أحد شطري العقد، وهو الإيجاب فقط، أما القبول فلا تكفي فيه الكتابة وحدها، بل لا بد أن يقرأ المكتوب إليه الكتاب، ويعلن الموافقة بمحضر الشهود، وهذا رأي الحنفية[٢]. أما الجمهور فقالوا لا ينعقد النكاح بكتابة في غيبة وحضور[٣].

القسم الثاني: الكتابة في التصرفات الانفرادية:

المقصود بالتصرفات الانفرادية: أي التصرفات التي يتولاها طرف واحد فقط، ولا تتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه كالطلاق والإعتاق والإقرار والإبراء وغيرها من التصرفات.

---

(١) الزرقا: المدخل الفقهي العام، ١/ ٣٢٧.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع، ٢/ ٢٣١.

(٣) الدردير: الشرح الصغير، ٢/ ٢٣٥. ـ الشربيني: مغني المحتاج، ٣/ ١٤١. ـ البهوتي: كشاف القناع، ٥/ ٣٩.

لكن الفقهاء ليسوا على اتفاق فيما بينهم في صحة الكتابة كأداة للتعبير في هذه التصرفات، فالجمهور توسعوا في الاعتداد في الكتابة ومنهم الإباضية[١]، حيث أنهم لم يفرقوا بين التصرفات المنفردة وغير المنفردة. وللشافعية وجهان في ذلك[٢].

واحتج بعضهم بالطلاق فإنه يُعدّ من التصرفات المنفردة التي تقع بالقول والفعل، فإذا كتب فقد عمل[٣] بدليل قوله ﷺ: «**إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يعملوا به أو يكلموا**»[٤].

ولتوضيح ذلك نورد بعض النصوص نقلاً عن بعض العلماء من الإباضية وغيرهم لتأكيد ما تقدم ذكره.

١ ـ سئل الشيخ أحمد الخليلي ـ حفظه الله ـ عن حكم الطلاق بالكتابة بما نصه: «ما قولكم فيمن طلق زوجته بالكتابة فهل طلاقه واقع؟».

فقال: «اختلف العلماء في الذي يكتب طلاق امرأته دون أن يتلفظ به هل يكون له حكم الطلاق؟ والراجح أن الطلاق يقع بالكتابة كما يقع بالقول؛ لأن القلم أحد اللسانين، وهو يعبر عن كل ما يعبر عنه اللسان، ويفهم عنه ما يفهم عن اللسان، فلا مناص عن وقوع الطلاق، واحتجاج القائلين بخلاف ذلك يقول الله تعالى: ﴿قَالَ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ (آل عمران: ٤١)،

(١) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٥٨. ـ الخليلي أحمد: فتاوى النكاح، الكتاب الثاني، ص ٣١٤.

(٢) ابن حزم: المحلى بالآثار شرح المحلي، تصحيح حسن زيدان طلبة، مطابع دار الإتحاد العربي، مصر، ١٣٩٠هـ/ ١٩٧٠م، ١١/ ٥١٥. ـ الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٣/ ٢٣١. ـ الدردير: الشرح الصغير، ٢/ ٥٦٨.

(٣) البكري السيد الدمياطي: إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط (دت) دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، ٤/ ١٦.
صالح المقبلي: الحاشية على المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، مؤسسة الرسالة، لبنان، ١/ ٥١٥. ـ ابن تيمية شيخ الإسلام، مجموع فتاوى، نشر وتوزيع الرئاسة العامة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، ٩/ ٢٩.

(٤) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في إغلاق، رقم ٤٩٦٨، ومسلم، كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عند حديث النفس، رقم ١٢٧، عن أبي هريرة.

مردود بأن الآية أدل على الطلاق منها على خلافه فإن الاستثناء دليل على أن المستثنى من جنس المستثنى منه، وإذا كان ذلك في مطلق الرمز فكيف بالكتابة التي هي أكثر دلالة وأبين معنى»[(١)].

٢ ـ وقال ابن قدامة في «المغني»: «إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته؛ لأن الكتابة حروف يُفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها ونواه وقع كاللفظ؛ لأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب؛ بدلالة أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف»[(٢)].

٣ ـ وقال السرخسي في «المبسوط»: «الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا، فإن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم، فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر»[(٣)].

٤ ـ وقال الكاساني في «البدائع»: «وأما الكتاب فهو أن يكتب رجل أما بعد: فقد بِعتُ عبدي فلاناً منك بكذا، فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريتُ؛ لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنما حضر بنفسه، وخاطب بالإيجاب، وقبِل الآخر في المجلس»[(٤)].

ـ ومجمل القول:

إن الكتابة تقوم مقام النطق فيما ذكر في التعبير عن الإرادة عند جمهور الفقهاء، فيصح بها البيع والشراء والهبة والطلاق والإقرار وغيرها من العقود والفسوخ، إلا ما استثني من العقود، كعقد الزواج ـ كما أسلفنا ـ فإنه لا يصح بالكتابة إذا كان من غير تلفظ.

---

(١) الخليلي أحمد بن حمد: فتاوى النكاح الكتاب الثاني، ص ٣١٤.
(٢) ابن قدامة المقدسي: المغني، ٧/ ٢٤١ - ٢٤٢.
(٣) السرخسي: المبسوط، ٥/ ١٦.
(٤) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٥/ ١٣٨.

ثالثاً: تطبيقات القاعدة:

أجاز الإباضية البيع والشراء وأداء الحقوق المالية والإبراء منها، والإشهاد واليمين والتوكيل والإقرار بالبيع والرهن بالمراسلة، وكذلك جوّزوا إنشاء عقد الزواج وإنهائه بالكتابة، وذلك كله حسب العرف والعادة، ويظهر ذلك من خلال الأمثلة التالية:

١ ـ جواز أداء الحقوق وسداد الديون بالمراسلة:

أجاز الإباضية التراسل بين الناس وقضاء حوائجهم بالكتابة، ففي الإبراء من الحقوق والالتزامات قال الثميني: «ومن له حق على أحد وكان في غير بلده، فكتب إليه أن يسلمه إلى فلان، وعرف خطه بعلاماته، جاز له تسليمه إليه، وقد تبرأ منه فيما بينه وبين صاحبه إذا لم يرجع إليه في طلبه، ولا يبرأ في الحكم إلا إن كان الكتاب مختوم على يد عدل عند المتراسلين وقد قبل المسلمون ذلك وعملوا به، أو كان الخط معروفاً عند الحاكم وإن لم يختم على الكتاب في عرفنا وبلادنا»[(١)].

٢ ـ تسليم الودائع بالكتاب والرسالة:

ويبيِّن الثميني كذلك أنه يجوز تسليم الودائع بالكتاب والرسالة؛ لأنه بمثابة الخطاب أو النطق باللسان فيقول: «ومن عنده لأحد وديعة فأتاه منه رسول بكتاب يأمره فيه بتسليمها فله دفعها إليه إذا صح ومرجعه إلى التعارف، فإن أنكر ربها بعد أن يكون كتب إليه الكتاب، فعلى الدافع أن يغرمها له ويقبض مَن أتاه بالكتاب فيها، وإن اعترف له بالكتابة، ولكن قال فيها ضعف، فلا ينصت لدعواه الضعف بعد الاعتراف، وتبَرّأ الدافع وسقط رجوعه على الرسول»[(٢)].

---

(١) الثميني: الورد البسام، ص٢٦٦.

(٢) الثميني: المرجع نفسه، ص٢٦٧.

٣ ـ وفي التجارة الخارجية:

أجاز الثميني أيضاً التراسل بين الناس في مجال التبادل التجاري مع تجار البلاد المتباعدة استناداً إلى العرف والعادة وما يجري به العمل، وذلك كأن «يكتب الرجل من مصر إلى صاحبه في ميزاب بأني وجهتُ إليك من المتاع كذا وكذا على يد فلان فاقبضه منه إذا وصلك وبعه على ما ترى واشترِ لي من المتاع كذا وكذا ووجهه إلي، فيفعل ذلك، وإذا بلغه الكتاب وسكنت النفس إلى خطه جاز العمل به عرفاً وعادة لا حكماً، فقد جاز إنقاذ الأموال العظيمة بالرقعة الصغيرة ما لم يقع ريب أو إنكار، ومن أتاه كتاب من أحد ببيع شيء من أمواله وسكنت نفسه إليه، وكان حامله إليه ثقة، فقيل بإجازته؛ لأن أمور الناس لم تزل تجري بمثل هذا من المكاتبة، ويدفع للبائع الثمن إن كان المبيع عروضاً، وإن كان أصلاً (عقاراً) فحتى تصح وكالته حكماً»[(١)].

٤ ـ ثبوت اليمين بالكتابة:

يرى بعض فقهاء الإباضية أن من حلف يميناً لا يُكلِّم صديقه، فكتب إليه كتاباً يسأل عن أحواله، أو يطلبه في حاجة، فوصله المكتوب فقرأه، فإنه يحنث بذلك الكتاب؛ لأن «الكتاب كالخطاب».

جاء في «جامع ابن جعفر» ما نصه: «كذلك قيل من حلف لا يكلم فلاناً، فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً بكلام عنه، فقد حلف»[(٢)].

ـ وعن رجل حلف لا يكلم فلاناً، فكتب إليه، هل يحنث؟ قال: لا، ليس الكتاب بكلام؛ لأن الله ﷻ قال: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآئِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا فَيُوحِيَ بِإِذْنِهِۦ مَا يَشَآءُ﴾ (الشورى: ٥١).

---

(١) الثميني: المرجع نفسه، ص٢٦٦ - ٢٦٧.

(٢) ابن جعفر: الجامع، ٣/ ٤٦٣.

ـ قال: وسألت أبا عبد الله محمد بن محبوب رَحِمَهُ اللَّهُ عن رجل حلف لا يكلم فلاناً فكتب إليه كتاباً فوصل إليه ذلك الكتاب وقرأه أو قرئ عليه، أيكون قد كلمه ويحنث؟

قال نعم، قد قيل أن الكتاب إذا قرئ فهو كلام في قول الله تعالى: ﴿فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ (التوبة: ٦). فهو كتاب الله، أي حتى يسمع القرآن...

قال السائل: «قلت له: فإن أرسل إليه رسولاً أن يقول له كذا وكذا، أو كتب إليه كتاباً مع الرسول، ثم رجع إلى الرسول وقال: لا تدفع كتابي إلى فلان الذي أمرتك أن تدفعه إليه، أو قال له: لا تقل له شيئاً مما قلته لك أن تقول له؛ فذهب ذلك الرسول فدفع إليه بعد ذلك الكتاب أو قرأه، وبلغ إليه ذلك الكلام، أيحنث؟ قال: نعم»[1].

٥ ـ في التوكيل والإيصاء بالكتابة:

ومن صور المعاملات تعيين الوكيل والوصي بالكتابة، فقد نقل عثمان الأصم مثالاً للوكالة بالكتابة فقال: «إذا أراد أحدهم أن يقيم وصيّاً كتب، وأشهدنا فلان ابن فلان المذكور في وصيته هذا الكتاب، أنه قد جعل فلان ابن فلان وكيله في حياته ووصيه بعد وفاته، في قضاء دينه واقتضاء ديونه، وإنفاذ جميع وصاياه من ماله بعد وفاته، جائز الأمر يقوم في جميع ذلك مقامه، وأنه قد جعل له أن يبيع ما شاء من ماله بما شاء من الثمن على ما شاء من الناس بنقد أو بنسيئة، أو بنداء أو بمساومة، بحكم من حاكم أو غير حكم من حاكم، بمشورة على وارث أو بغير مشورة على وارث، له أن يحتج على أحد من ورثته في بيع ما جعله وكيله فيه ووصيه في قضاء دينه وإنفاذ وصيته، وأنه قد جعل له في هذه الوكالة والوصاية جميع ما يجوز له أن يجعل له، وأن يجيز للوكلاء والأوصياء قيمة جميع الأشياء كلها، وبذلك يشهد الله تعالى على

(١) ابن جعفر: المصدر نفسه، ٣/ ٤٦٣ - ٤٦٤.

نفسه والشهود المسلمين في هذا الكتاب في شهر كذا وكذا من سنة كذا وكذا، شهد الله وكفى به شهيداً»[١].

٦ ـ عقد الزواج بالرسالة:

إذا كتب رجل لامرأة كتاباً وقال فيه: تزوجتك على مهر قدره كذا وكذا، وأشهد عليه الشهود، فلما وصل الكتاب إليها قالت: قبلتُ نكاحك على المهر المذكور، فإن العقد صحيح بالشروط السابقة، وهي: أن يكون الكتاب مُعَنْوَناً مثل: أن يكون على رأسه عقد نكاح فلان على فلانة، وأن يكون الخط واضحاً بحضرة الشهود[٢].

ومن نماذج عقود الزواج المكتوبة التي تعارف عليها الناس في عُمان: ما كتبه عثمان الأصم بتكليف من الزوج وولي الزوجة بما نصه: «أقر عندنا فلان بن فلان الفلاني، الساكن محلة كذا من قرية كذا، وأشهدنا على نفسه في صحة عقله وبدنه، وجواز أمره وفعله، أنه قد تزوج فلانة بنت فلان، الساكنة محلة كذا من قرية كذا، تزوجها على حكم كتاب الله المنزل، وسُنَّة نبيه المرسل محمد ﷺ، وعلى إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وعلى حسن العشرة لها، وجميل الصحبة عندها، وعلى الإحسان إليها، ورفع الإساءة عنها، وعلى صداق عاجل وآجل، فالعاجل من ذلك وهو كذا وكذا درهماً، يؤدى إليها أو إلى مَن يقوم في ذلك من مقامها بأمرها، وعلى صداق آجل، وهو كذا وكذا، صداقاً آجلاً لها ديْناً حياً مؤجلاً لما عليه إلى أن تَبِين منه بطلاق، أو بوجه من وجوه الفراق، فمتى حدث بينهما ما يوجب حلّ هذا الصداق عليه، فجميع ذلك ثابت عليه، لا إبراء له منه إلا بتسليمه إليها تامّاً وافياً، وإلى من يقوم في ذلك مقامها، وقد قبِل هذا التزويج ورضيه،

(١) الأصم: المرجع نفسه، ٢/ ١٤٠ - ١٤١.
(٢) هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٣٦٩.

وأتمّه وأثبته على نفسه، وأنه قد قبِلها زوجة بجميع هذا الصداق العاجل منه والآجل، وأنه قبِلها بجميع ما سمي وَوُصف في هذا الكتاب، وأنه قد أجاز هذا التزويج ورضيه، وأنه قد أثبت لزوجته فلانة بنت فلان على نفسه جميع ما في هذا الكتاب، كان ثابتاً أو غير ثابت، فقد أثبته لها على نفسه، وبذلك أشهد الله تعالى على نفسه والملائكة والشهود المسلمين في هذا الكتاب، وذلك بعد أن قرأ عليه جميع ما فيه، فأقر بفهمه ومعرفته جميع ما فيه، فألزمه نفسه طالباً راغباً من غير جبر ولا إكراه، وذلك في شهر كذا من سنة كذا شهد الله وكفى به شهيداً.

فإذا قرأ الكتاب على الشهود وقالا أنت قد عرفتَ وفهمتَ جميع ما قرأته عليك من هذا الكتاب، فإذا قال نعم؛ قال له أشهد عليك أنا والجماعة الحاضرون بجميع ما في هذا الكتاب فقد عرفته وفهمته وأثبته على نفسك، فإذا قال: نعم، كتب شهد عليك جميع ما في هذا الكتاب فلان ابن فلان، وكتب بيده على هذا النسق»[(١)]. وقد اشتهرت هذه العقود باسم صكوك التزويج، وما زال العمل بها جارياً في بلاد عُمان[(٢)].

٧ ـ في الطلاق بالكتاب:

ومن فروع القاعدة أيضاً أنه إذا أرسل المطلق خطاباً بطلاق امرأته ونوى طلاقها وكان الخط واضحاً طُلقت، وذهب محمد بن محبوب إلى أن الطلاق يقع ولو لم ينوِ التطليق[(٣)].

سئل السالمي عمّن كتب لامرأته إذا وصلكِ كتابي هذا فأنت طالق بعد أن تطهري من حيضك، فلم تحض المرأة بعد أن فارقته زائرة حتى تطهر بل كان

(١) عثمان الأصم: البصيرة، ٢/ ١٤٣، ١٤٤.

(٢) الشقصي: منهج الطالبين، ١٥/ ٩٤.

(٣) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ٣٦٩. ـ هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص١٥٨.

بهـا حمـل، فهل يقع الطلاق إذا صادفها حاملاً؛ لأن طلاق الحامل يجوز وهو من السُّنَّة... أم لا يقع؛ لأنه معلق على شرط، وهو وجود الطهارة بعد الحيض، وتبقى زوجته له إلى أن تطهر من نفاسها بعد أن تضع حملها، ثم يقع الطلاق؛ لأنه وقع بعد أن طهرت من النفاس؟

فأجـاب: «لا معنـى لذكر طلاق الحامل ها هنا بكونه من السُّـنَّة أم لا؛ لأن المطلـق لـم يعلق ذلك بطلاق السُّـنَّة، وإنما علّقه بمجـيء كتابه إليها، فـإذا ألغينـا قوله بعد أن تطهري من حيضتك كما يقتضيه قول بعضهم وقع الطـلاق بمجـيء الكتـاب إليهـا، إن اعتبرناه لـم يقع إلا بعـد أن تطهر من حيضتها لا من نفاسـها، فافهم ذلك، فما لم تحِض وتطهر فهي امرأته على هذا القول...»[(١)].

وسئل السالمي أيضاً عمَّن كتب لزوجته طلاقاً وهو بزنجبار[(٢)] مثلاً هل تطلق من حين ما كتب أم لا تطلق حتى يصلها؟ فإن كانت تطلق من حين ما كتب فمتى تبتدئ بالعدة أمِن يوم الكتابة أم من ساعة ما يصلها فقط؟

فأجـاب: «قال محمد بن محبوب مـن كتب طلاق امرأته ولم يحرك به لسانه ولا نوى طلاقاً طلقت حين كتب، وذلك إذا كتب امرأته طالق، وزاد غيـره ولـو محـاه، وقـال أبو الوضـاح[(٣)]: إذا قـرأه طلقـت، ورواه عـن أبي

(١) السالمي: المصدر نفسه، ٣/ ١٧٨.

(٢) زنجبار جزيرة تقع شرق إفريقيا وتابعة حاليا لدولة تنزانيا الاتحادية وكانت سابقاً تحت حكم العُمانيين.

(٣) زياد بـن الوضاح بـن عقبـة، أبو الوضـاح (حـي فـي: ٢٣٧هـ): أحد العلمـاء الكبار في عُمـان، ويعـرف فـي الأثـر العُمانـي بابـن عقبة. عاصـر الإمـام المهنا بن جيفـر (حكم ٢٢٦ - ٢٣٧هـ)، وكان معدياً (ضابـط، أو موظف كبير) لوالـي الإمام بصحار. كان من المبايعيـن للإمـام الصلت بـن مالك سـنة ٢٣٧هـ، وكان من أهل المشـورة والرأي في اختيـار الإمـام الصلت. ينظر: السـالمي: تحفـة الأعيـان، ١/ ١٢٧، ١٥٦، ١٦٠. معجم أعلام الإباضية بالمشرق، ١/ ١٠٧.

عثمان[١] قال أبو عبدالله: القول الأكثر أنها طلقت إذا كتب، ومثل إذا كتب أما بعد: فأنت طالق طُلّقت، وقال أبو الحواري عن أبي المؤثر: لا تطلق إذا كتبه، وقيل وإن كتبه وهو يريد به الطلاق طلقت من حين ما كتب أنت طالق...»[٢].

ـ وسئل الشيخ أحمد الخليلي أيضاً عمَّن طلق زوجته بواسطة رسالة دون تلفظ منه، أيقع أم لا؟.

فقال: الطلاق على الصحيح، إن لم يكن هذا الطلاق مسبوقاً بطلاقين من قبل فلا مانع من مراجعتها، وذلك بإشهاد شاهدين على الرجعة قبل إشهاد عدتها ويخبرها بالرجعة، قبل أن يواقعها الزوج[٣].

ـ وسئل الخليلي ما قولكم في رجل كتب طلاق زوجته في رسالة، ثم ندم على ذلك وتدارك الرسالة قبل وصولها إلى زوجته فهل يقع طلاقه على ذلك؟

فقال: «القلم أحد اللسانين، والكتابة كالنطق فتطلق المرأة سواء وصلتها الرسالة أم لم تصلها هذا هو القول الصحيح»[٤]؛ لأن الطلاق من العقود المنفردة لا يشترط رمز الطرف الآخر.

---

(١) سليمان بن عثمان، أبو عثمان، (حي في: ١٩٢هـ)، قاض عالم فقيه، من عقر نزوى. كان قاضياً للإمام الوارث بن كعب الخروصي، ثم قاضيا للإمام غسان بن عبدالله، وكان من جملة المبايعين للإمام غسان سنة ١٩٢هـ. له أحكام مأثورة وآراء فقهية مشهورة. من مشايخه الشيخ موسى بن أبي جابر الأزكوي. ينظر: السالمي: تحفة الأعيان، ١/ ١٢٠. الشقصي: منهج الطالبين، ١/ ٦٢١، ٦٢٩. ابن مداد، السيرة، ١١، ٢٥. البطاشي: إتحاف الأعيان، ١/ ٤٢٨. الكندي: بيان الشرع، ١/ ٦٥.

(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/ ١٥٨.

(٣) الخليلي أحمد: فتاوى النكاح، الكتاب الثاني، ص ٣١٤.

(٤) الخليلي أحمد: المرجع السابق.

الفرع الثالث: قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»[١]:

هـذه القاعدة تتفرع عن القاعدة الكليـة الكبرى (العادة محكمة) لأنها تعبّر عـن سـلطان العـرف اللفظي وأثـره في بناء الأحـكام، وأن الإشـارة تقوم مقام اللفظ كما أشرنا في القاعدة السابقة.

ولم ترد في المصادر الفقهية الإباضية هذه القاعدة بهذه الصيغة المحكمة، ولكن جاءت عباراتهم قريبة منها، فعبر عنها بعضهم أنّ «الإشارة من الأخرس كالـكلام من صاحب اللسـان، أو إشـارة الأبكـم ككلامه[٢]. وقد نجـد تلميحاً إليها في مواضع أخرى وتفهم من خلال عباراتهم، ولكن معناها نجده مجسّداً في فروعهم الفقهية». قال الشقصي: «وإنما الأخرس إذا أراد أن يتزوج فإنه إذا كان يعقل بالإشارة كان تزويجه وقبوله بالإشارة»[٣].

أولاً: معنى القاعدة:

ـ **الإشـارة:** تعنـي إقامـة الحركـة مقـام النطـق فـي التعبيـر[٤]، ومنه إشـارة الأخرس، والأخرس مأخوذ من خرس الإنسان خرساً مُنع الكلام خلقة أو بآفة فهـو أخـرس، والأنثى خرسـاء والجمع خُرس وخرسـان، وقيـل الأخرس من الناس من كان فيه خرس فانعقد لسانه[٥] عن الكلام أو من العجز الكلي الدائم عـن الكلام لعاهة[٦]، وقد يطلق الأخرس على الأعجم ومنه الحيوان الأعجم، أي الأخرس والعجماء الحيوان[٧].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (٧٠).
(٢) الكندي أحمد بن عبدالله: كتاب المصنف، ٤١/ ٤٣. الشقصي: منهج الطالبين، ١٤/ ٢٣٩.
(٣) الشقصي: منهج الطالبين، ١٥/ ٣٠٦.
(٤) قلعه جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص٦٨.
(٥) الفيومي: المصباح المنير، ص٢٢٧.
(٦) قلعه جي: المصدر نفسه، ص٥٠.
(٧) المرجع نفسه: ص٧٦.

ـ **والبيان**: الإظهار والوضوح والكشف عن المقصود، ويراد به الكلام الذي يبيّن به ما في قلبه، وسمي الكلام بياناً لكشفه عن المعنى المقصود إظهاره[١].

ـ والمعنى الإجمالي للقاعدة:

أن إشارة الأخرس المعهودة أو المعروفة مقاصده منها تعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها، وتقوم مقام الكلام أو النطق باللسان؛ لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس ولوقع في الحرج الشديد، ولكان عُرضة للموت جوعاً وعطشاً وعرياً إن لم يجد أحداً يقضي له مصالحه نيابة عنه، ووجود النائب في كل حال متعذر، وكيف تقبل نيابته إذا لم تعتبر إشارته[٢].

ـ هذا وإشارة الأبكم ككلامه سواء باليد أو الحاجب أو الرأس أو العين، وكما تقرر عند الفقهاء أن طرق الدلالة على مراد المتكلم ثلاثة: العبارة، والكتابة، والإشارة، ولكن أقوَى العرف العبارة ثم الكتابة ثم الإشارة، وقد تتقدم الإشارة على الكتابة، ويفهم من إيراد هذه القاعدة مطلقة أن إشارة الأخرس تكون معتبرة سواء كان عالماً بالكتابة أو غير عالم؛ لأن الكتابة بدرجة واحدة من حيث الدلالة على المراد[٣]؛ لأن المناط هو الإفهام وكلاهما مفهم[٤].

ويذكر الفقهاء أن هناك فرقاً بين الإشارة والكتابة؛ فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث أنها تتضمن ما يقصده الكاتب عيناً، أما الإشارة مقدمة على الكتابة من حيث أنها تكون بالرأس واليدين، وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للإعراب عما في نفسه[٥].

---

(١) الفيومي: المصباح المنير، ص٩٧. ـ الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص٦٩.

(٢) البورنو: الوجيز، ص٣٠٢. ـ شبير: القواعد الكلية، ص٢٥٦ - ٢٥٧.

(٣) هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص٢١١. ـ البورنو: الوجيز، ص٣٠٢.

(٤) وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص٢١٥.

(٥) علي حيدر: شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة (٧٠)، ص٦٣.

وتبرز قيمة الكتابة بالنسبة للإشارة من حيث القوة التعبيرية فيما إذا كان الأخرس يعرف الكتابة، ولذلك رجح بعضهم عدم صحة تصرفاته إلا بالكتابة؛ لأنها في الدلالة كالنطق من كل وجه، أما الإشارة فهي في هذه الحالة دون الكتابة دلالة، فلا تقبل مع إمكان الكتابة، أما الجمهور فيرى أن الأخرس بالخيار بين الكتابة والإشارة؛ لأنه لا مرجح لواحدة منها على الأخرى[١].

ثانياً: مراتب الآفة النطقية في عُرف الفقهاء:

الآفة النطقية في عُرف الفقهاء على مراتب ثلاثة:

ـ **الأولى**: صاحبها إما أن يكون أخرس، وهو الذي يجمع بين الصمم والعجمة، وانعقد إجماع الفقهاء على التعويل على إشارة الأخرس واعتبارها وسيلة أصلية في التعبير عن إرادته في الوقت الذي قد لا تعطيه بقية الشرائع الأخرى هذا المطلب[٢].

ـ **الثانية**: يكون (مُصمَّتًا) وهو الذي اعتقل لسانه لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم، ويسمى (معتقل اللسان).

ـ **الثالثة**: يكون أعجماً، وهو الذي يسمع ولا يتكلم ويصدُق هذا على العجماوات من الحيوانات، ولذلك يدرجه البعض ضمن أحكام الأخرس، بينما اعتبره البعض مثل الأخرس وإشارته معتبرة[٣].

---

(١) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي، ط، دار الفكر لبنان، ١/ ٣٢٨. ـ السدلان: القواعد الفقهية الكبرى، ص ٤٧٥، ٤٧٦. ـ هرموش: معجم القواعد الفقهية الإباضية، ص ١١١.

(٢) سوار وحيد الدين: التعبير عن الإرادة، ص ٢١٥.

(٣) الكدمي: الجامع المفيد، ٢/ ٣٠٥ ـ الخليلي سعيد، كتاب التمهيد، ٩/ ٥٣ ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٧٨ ـ قلعة جي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص ٧٦ ـ الشقصي: منهج الطالبين، ١٥/ ٣٠٥ - ٣٠٧.

ثالثاً: الأدلة الشرعية على اعتبار إشارة الأخرس:

أ ـ من الكتاب العزيز:

١ ـ قال الله تعالى مخاطباً زكرياء عليه السلام: ﴿قَالَ رَبِّ ٱجْعَل لِّيٓ ءَايَةً ۚ قَالَ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ۗ وَٱذْكُر رَّبَّكَ كَثِيرًا وَسَبِّحْ بِٱلْعَشِيِّ وَٱلْإِبْكَٰرِ﴾ (آل عمران: ١٤).

قال القرطبي في بيان وجه الدلالة من الآية: «في هذه الآية دليل على أن الإشارة تنزل منزلة الكلام، وذلك موجود في كثير من السُّنَّة وآكد الإشارات ما حكم به النبي ﷺ من أمر السوداء حين قال لها: «**أين الله؟**» فأشارت برأسها إلى السماء فقال: «**أعتقها فإنها مؤمنة**»[(١)].

فأجاز الإسلام بالإشارة الذي هو أصل الديانة الذي يحرز الدم والمال، وتستحق به الجنة، وينجي به من النار وحَكم بإيمانها كما يحكم بنطق من يقول بذلك، فيجب أن تكون الإشارة عاملة في سائر الديانة، وهو قول عامة الفقهاء»[(٢)].

٢ ـ وقال تعالى على لسان مريم عليها السلام: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ ۖ قَالُوا۟ كَيْفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِى ٱلْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ (مريم: ٢٩).

قال القرطبي في تفسير معنى الآية: «الإشارة بمنزلة الكلام وتفهم ما يفهم القول، كيف لا وقد أخبر الله تعالى عن مريم فقال ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾ (مريم: ٢٩)، وفهم منها القوم غرضها ومقصودها فقالوا: ﴿كَيْفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِى ٱلْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ (مريم: ٢٩). قال المهلب[(٣)]: وقد تكون الإشارة في كثير من أبواب الفقه

---

(١) رواه مسلم، كتاب المساجد، باب تحريم الكلام في الصلاة، رقم ٥٣٧، عن معاوية بن الحكم.

(٢) القرطبي المالكي: الجامع لأحكام القرآن، ٤/ ٨٠ - ٨١.

(٣) المهلب بن أبي صفرة العتكي وأسم أبي صفرة ظالم بن سراق ويكنى المهلب أبا سعيد (٧ - ٨٣هـ/ ٦٢٨ - ٧٠٢م) تابعي من أهل البصرة، أمير، بطاش، جواد، قال فيه عبد الله بن الزبير: هذا سيد أهل العراق. أدرك عمر ولم يرو عنه شيئاً وقد روى عن سمرة بن جندب وغيره، ينظر: ابن سعد الطبقات الكبرى. ٧/ ١٢٩. ابن عساكر: تاريخ دمشق، ٦١/ ٢٨٣. الزركلي: الأعلام، ٧/ ٣١٥.

أقوى من الكلام؛ مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «**بعثت أنا والساعة كهاتين**»[(١)] تعرف قُرب ما بينهما بمقدار زيادة الوسطى على السبابة وفي إجماع العقول على العيان أقوى من الخبر دليل على أن الإشارة قد تكون في بعض المواضع أقوى من الكلام»[(٢)].

ب ـ من السُّنَّة النبوية:

١ ـ ما رواه أبو داود في (سننه) بسنده عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إنا أمة أمّية لا تكتب ولا تحسب، الشهر هكذا وهكذا وهكذا**». وخنس سليمان أصبعه في الثالثة يعني تسعاً وعشرين، وثلاثين[(٣)].

قال الخطابي في بيان وجه الدلالة في الحديث: «وفي الحديث مستدل لمن رأى الحكم بالإشارة، وإعمال دلالة الإماء كمن قال: امرأتي طالق، وأشار بأصابعه الثلاثة» فإنه يلزمه ثلاثة تطليقات على الظاهر من الحال[(٤)].

٢ ـ ومن السُّنَّة أيضاً: ما رواه البخاري في صحيحه من أحاديث معلقة وموصولة في كتاب الطلاق وغيره... منها ما رواه عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال النبي ﷺ: «**لا يعذب الله بدمع العين، ولكن يعذب بهذا، وأشار إلى لسانه**»[(٥)].

٣ ـ وقال كعب بن مالك أشار إليَّ النبي ﷺ أنْ خذ النصف[(٦)].

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الرقاق، باب قول النبي ﷺ: «**بُعثت والساعة كهاتين**»، رقم ٦١٣٩، ومسلم، كاب الفتن وأشراط الساعة، باب قرب الساعة، رقم ٢٩٥١، عن أنس.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١١/ ١٠٤.

(٣) رواه أبو داود، كتاب الصيام، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين، رقم ٢٣١٩، عن ابن عمر. والحديث متفق عليه. صحيح البخاري، رقم: (١٩١٣). صحيح مسلم، رقم(١٠٨٠).

(٤) الخطابي: معالم السنن، شرح الحديث السابق، ١/ ٣٦٠.

(٥) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الجنائز، باب البكاء عند المريض، رقم ١٢٤٢، ومسلم، كتاب الجنائز، باب البكاء عند المريض، رقم ٩٢٤، عن ابن عمر.

(٦) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الخصومات، باب الملازمة، رقم ٢٢٩٢، ومسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم ١٥٥٨، عن كعب. وعبارة مسلم: الشطر.

٤ ـ وقالت أسماء: «صلَّى النبي ﷺ في الكسوف فقلت لعائشة: ما شأن الناس؟ فأومأت برأسها إلى الشمس، فقلت: آية؟ فأومأت برأسها وهي تصلّي أي نعم...» الحديث[١].

قال ابن حجر العسقلاني: «قال أبو الحسن بن بطال رَحِمَهُ اللَّهُ : ذهب الجمهور إلى أن الإشارة إذا كانت مفهمة تنزل منزلة النطق، وخالفه الحنفية في بعض ذلك، ولعل البخاري رد عليهم بهذه الأحاديث التي جعل فيها النبي ﷺ الإشارة قائمة مقام النطق، وإذا جازت الإشارة في أحكام مختلفة من الديانة فهي لمِن لا يمكنه النطق أجوز»[٢].

ج ـ من العرف والعادة:

وأما العرف: «فلأن اعتبار الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ففي حق الأخرس أولى؛ لأن عجزه أظهر وألزم عادة؛ ولأن الغائب يقدر على الحضور غالباً والأخرس لا يقدر على الكلام والتعبير عادة، فكان قبول إشارته أولى إذا تُعورِف ما دل عليه في العادة، وهذا من باب (استحسان الضرورة) لما يصيب الأخرس من ضرر وحرج لو لم تعتبر إشارته»[٣].

رابعاً: أنواع إشارة الأخرس وأهمية الاتصال غير اللفظي في حياته:

الاتصال الصامت وغير اللفظي حقيقة واقعة في حياة البشر، وبصورة خاصة في حياة الأخرس؛ إذ أنه أهم مصدر لاتصاله بالآخرين، وعلاقته معهم خاصة أثناء تعلّمه أو استيعابه للحياة والبيئة المحيطة به، والاتصال غير اللفظي يراد: كل أنواع الاتصال الإنساني بدون كلمات منطوقة أو مكتوبة، كتعابير الوجه، والإشارة باليد إلى مكان أو اتجاه معين، أو تحريك الرأس بالموافقة أو

(١) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ٩/ ٤٣٥.
(٢) ابن حجر: المرجع نفسه، ٩/ ٤٣٨.
(٣) البورنو: الوجيز، ص ٣٠٣.

الرفض، وجميع الإيماءات والحركات التي تصاحب تعامله أو تصرفه الشخصي تعتبر كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها[١].

وقد اهتم الفقهاء بالإشارات التي تصدر من الأخرس وبنوا عليها تصرفاته الشرعية، وجعلوها على نوعين:

الأول: تحريك الأخرس رأسه طولاً، فهذه الإشارة إشارة إنكار، فهاتان الإشارتان إذا كانتا مفهومتين معروفتين للأخرس أو الأبكم أو الأعجم، تعد الأولى إذا صدرت منه إقراراً والثانية إنكاراً.

فمثلا: لو كُتبت وصية الأخرس بحضوره وخاطبه الحاضرون قائلين له: نشهد عليك، فأشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة بأنها إشارة له على الموافقة، يكون قد أمضى ما في الوصية، ولو أشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة بأنها إشارة له على عدم الموافقة يكون قد أنكر ما في الوصية.

والملاحظ أنّ القاعدة قَيَّدت الإشارة بالأخرس أو الأبكم؛ لأن إشارة الناطق غير معتبرة، كما لو قال شخص لناطق: هل لفلان عليك كذا دنانير؟ فخفض رأسه، فلا يكون ذلك إقراراً بالدنانير[٢].

خامساً: ما يشترط لصحة إشارة الأخرس:

ليس كل إشارة تصدر من الأخرس معتبرة، بل يشترط لصحتها واعتبارها نوعان من الشروط: عامة وخاصة:

أ ـ الشروط العامة: وهي أن تكون الإشارة مفهومة معهودة يفهمها كل من وقف عليها، ويراد بها (الإشارة الصريحة) عند من لم يحدد ضابطاً بالإفهام، وهم الجمهور.

---

(١) عبدالعزيز حمزة: بشائر الأمل، معهد الأمل الابتدائي للصم، الأحساء، السعودية العدد الرابع ٤٠١، ص ٣ - ٧.

(٢) السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٧٢ - ٤٧٣. ـ هرموش: معجم القواعد الفقهية، ص ١١١.

والإشـارة من الأبكم كالعبارة من الناطق، فإذا كانت مفهومة للجميع فهي كالصريـح من الناطق، وإذا كانت غير مفهومة فهـي كالكناية، وفي هذه الحالة يتحقق منها بواسطة أهله وأقاربه وجيرانه وأصحابه ماذا يقصد منها[١]، فالقاضي مثـلاً إذا لـم يفهم إشـارة الأخرس يلزم استفسـاره ممن يعرفونه، ويشـترط أن يكون المترجم عدلاً؛ لأن الفاسق لا يقبل كلامه[٢].

قال أبو سـعد الكدمي مشيراً إلى هذا المعنى: «وأما الأعجم فمعنى أنه قد قيـل يجوز اسـتعماله والاسـتعانة به فـي الأعمـال، إذا كان يعقل منـه بالإيماء ما يعرف به الرضى والكراهة، والمساعدة من الانتفاع والمعونة من الأجرة إذا كان سعر البلد، وكان يفهم منه معاني الاعتبار من الربح والمساومة في ذلك، فهـو كغيـره من الرجال إذا عرف منه ذلك، وكان ذلـك ويعقل عنه كان العمل بأجر أو سهم، كل ذلك سواء إذا استدل على معرفته بذلك»[٣].

ويقول الكاسـاني: «يجوز بيع الأخرس وشـراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك»[٤]. وعند المالكية «لا تكون إشارة الأخرس كناية، فإذا كانت مفهومة فهي صريحة، وإلا فَلَغْوٌ»[٥]. ويؤكد ذلك ابن قدامة فيقول: «وأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها... وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه»[٦].

وأمـا مـن حـدد ضابطا للإفهـام في إشـارة الأخرس وهـم الشـافعية، فقد صرحوا بأن إشارة الأخرس منقسمة إلى قسمين:

١ ـ صريحـة مغنيـة عـن النية: وهي التـي يفهم منهـا المقصود كل من وقف عليها.

(١) هرموش: المرجع السابق، ص١١١.
(٢) البورنو: المرجع السابق، ص٣٠٣ - ٣٠٤.
(٣) الكدمي أبو سعيد: الجامع المفيد، ٢/ ٢١٣.
(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ٥/ ١٣٥.
(٥) الزرقاني: شرح الزرقاني على متن الرسالة، ٤/ ١٠٤.
(٦) ابن قدامة: المغني، ٧/ ٤٣.

٢ ـ كنائية مفتقرة إلى النية: وهي التي يختص بفهم المقصود بها ذَوُوا الفطنة والذكاء، وتعرف نية الأخرس فيما إذا كانت إشارته كِناية بإشارة أخرى أو كتابية، أما إذا لم يفهم إشارته أحد فهي لغو[١].

ـ وأما الشروط الخاصة: فتختلف حسب طبيعة التعبير، فإذا كانت الإشارة تعبيراً تعاقديّاً في عقد النكاح وجب أن تكون تعبيراً صريحاً ومفهوماً من الشاهدين.

يقول ابن قدامة: «ولأن النكاح عقد بين شخصين لا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً؛ لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم»[٢].

ـ وإذا كانت الإشارة تعبيراً عن إرادة الطلاق وجب أن تكون مقرونة بصوت من المطلّق الأخرس. قال الحموي: «ولا يخفى أن التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه؛ لأن العادة منه في ذلك؛ فكانت بياناً لما أجمله الأخرس»[٣].

سادساً: ما تُقبَل فيه إشارة الأخرس وما لا تُقبل فيه:

تعتبر إشارة الأخرس في كل تصرفاته ومعاملاته وجميع العقود، كالبيع والشراء، والإجارة، والرهن، والهبة، والإبراء، والنكاح والطلاق، والإقرار والنكول، والوصية، والدعوى، واللعان، والقذف، والإسلام، وغير ذلك من الأحكام، فكما أن الشرع قد اعتبر إشارة الأخرس في العبادات، فإذا حَرّك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحاً معتبراً، فكذلك في المعاملات.

---

(١) البكري السيد الدمياطي: إعانة الطالبين، ط دار إحياء التراث لبنان، ١٦/٤ ـ الرملي: نهاية المحتاج، ١١/٣. ـ السيوطي: الأشباه والنظائر، ٣٦٤. ـ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص٣١٦.

(٢) ابن قدامة: المغني، ٤٣/٧.

(٣) الحموي أحمد: غمز عيون البصائر، ١٨٨/١.

ـ وإذا كانت الإشارة قد تكون بياناً من القادر في بعض المواضع كما ثبت عن الرسول ﷺ ـ وهو أفصح العرب والعجم ـ وقد أخبرنا بالإشارة عن عدد أيام الشهر حينما قال: «الشهر هكذا» ويشير بيده تسعة وعشرون يوماً أو ثلاثون[١]. فالعاجز عن النطق أَوْلى أن تقبل إشارته وتكون بياناً لما يريد[٢].

ـ واستثنى بعض الفقهاء في قبول إشارة الأخرس بعض الأحكام، كالشهادة واليمين عند البعض، والحدود الخالصة لله تعالى، فلا تقبل فيها إشارته بِحال، أما العقوبات التي ليست خالصة لله تعالى وفيها حق العبد، كالقصاص والقذف ففيها خلاف بين الفقهاء، فلم يقبلها البعض بناء على قاعدة وجوب الحدود بالشبهات، واعتبرها البعض بناء على أنها حق للعبد، ولذلك يُحدُّ الأخرس بالقذف، ويسقط بإسقاط المقذوف، وكذلك القصاص؛ لأنه حق ليس حقّاً خالصاً لله تعالى وفيه معنى المعاوضة[٣].

سابعاً: في إشارة المُصمِت أو معقل اللسان:

وهو الذي اعتقل لسانه بعد أن كان يتكلم، وذلك بسبب مرض أو غيره[٤]، وهذا لا يعتبر خرسه أصليّاً بل عارضاً لهذا السبب، ويسمى معتقل اللسان، وقد اختلف الفقهاء في حكم إشارته، ومذهب الجمهور أنّ معتقل اللسان إن كان عاجزاً عن النطق فهو كالأخرس، وتقوم إشارته المفهمة مقام العبارة، فكَوْن إشارته مفهومة أحد الشرطين اللذين يجب توافرهما لِصحة إشارة معتقل اللسان.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الزركشي: المنثور في القواعد، ١/ ١٦٥. ـ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٣١٢.

(٣) ابن هبيرة: الإفصاح، ٢/ ١٧١ ـ البورنو: الوجيز، ٣٠٤ ـ الأتاسي: شرح المجلة، ١/ ١٩٣ ـ علي حيدر: شرح المجلة، ١/ ٦٢، ٦٣.

(٤) كثيرا ما يحدث ذلك نتيجة الصدمات النفسية العنيفة، أو لأصحاب العقد النفسية، أو نتيجة الشلل الجسمي فتتعطل عنده حاسة النطق.

والشرط الثاني: أن تدوم عقلة لسانه حتى الموت، فإذا تحقق هذا الشرطان انعقدت تصرفاته بإشارته التي اعتادها في التعبير عن إرادته، موقوفة إلى حين وفاته، فإذا مات على عقلته نفذت مستندة إلى تاريخ صدورها.

فلو أوصى معتقل اللسان بالإشارة، أو قرئت عليه الوصية وأشار أن (نعم)، صحت وصيته عند الجمهور خلافاً لأكثر الحنابلة[١].

وقد ورد عن الرسول ﷺ على قبول إشارة المصمت (معتقِل اللسان) فقد صح عن أنس رضي الله عنه أنه قال: عدا[٢] يهودي في عهد الرسول ﷺ على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها ورضخ رأسها، فأتى بها أهلها رسول الله ﷺ وهي في آخر رمق وقد أصمتت، فقال رسول الله ﷺ: «**من قتلك؟ فلان؟** ـ لغير الذي قتلها ـ فأشارت برأسها أن لا، قال: فقال لرجل آخر غير الذي قتلها، فأشارت أن لا، فقال: **ففلان** لِقاتِلها؟ فأشارت أن نعم، فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين»[٣].

على أن من الفقهاء من جنح إلى التحقيق من شدة الشرط الثاني وهو: امتداد عقلة لسانه حتى الموت، فذهب بعضهم إلى الاكتفاء بوقف تصرفات المصمت إلى حين وقوع اليأس من شفائه، وذهب بعضهم إلى وقفها مدة سنة يصبح بعدها المصمت كالأخرس الأصلي، فتقبل حينئذ إشارته المعهودة ويكون لها نفاذ فوري.

جاء في «بدائع الصنائع» ما نصه: «يجوز بيع الأخرس وشراؤه، هذا إذا

---

(١) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٨٩. ـ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص٢١٩. ـ ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٣٩١هـ، ٦/٧.

(٢) عدا: تعدّى. أوضاحا: حليًّا من الدراهم الصحاح. رضخ: كسر، رمق: نفَس لفظاً. ومعنى أصمتت: اعتقل لسانها فلم تستطع النطق لكن مع حضور عقلها.

(٣) رواه البخاري في عدد من المواضع في صحيحه منها: كتاب الطلاق برقم (٥٢٩٥)، في باب الإشارة في الطلاق والأمور.

كان الخرس أصليّاً بأن وُلِد أخرس، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا، إلا إن دام به حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة، فيلحق بالأخرس الأصلي»[١].

وقال ابن نُجيم: «وأما إشارة غير الأخرس فإذا كان معتقل اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، والإشهاد عليه، ومنهم من قدّر الامتداد بسَنة، وهو ضعيف»[٢].

مجمل القول:

وقد رجح بعضهم، وقْف تصرفات المصمت سنة فقط يجوز بعدها نفاذ تصرفاته إذا امتدت عقلة لسانه؛ لأن ذلك أدفع للحرج وأدعى إلى استقرار التعامل، وكيف يقال في شريعة خصها الله باليسر والسماحة بأن تظل تصرفات المصمت موقوفة حتى ولو دامت عقلة لسانه إلى حين قد يطول أمده[٣].

ولعل ما ذهب إليه بعض الفقهاء في تحديد مدة توقّف تصرفات المصمت سنة هو ما يترجح عندنا أيضاً، لما فيه من يسر ورفع للحرج، ومراعاة لأحوال الناس للتخفيف عنهم.

وهكذا يمكن القول: إن لمِعتقل اللسان أن يمضي جميع العقود والتصرفات، وتعتبر إشارته المفهمة كالأخرس في اعتبار إشارته في كل ما سبق ذكره، فإن كان يقدر على الكتابة انعقدت تصرفاته بها، كما تنعقد بالإشارة، وإن كان عاجزاً عن الكتابة فإنها تنفذ بالإشارة المفهمة المعلومة بالاتفاق، وتكون حينئذ الوسيلة المتعينة للتعبير عن الإرادة[٤].

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ٥/ ١٣٥.

(٢) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ٣٤٤.

(٣) وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة، ص ٢٢٠، بتصرف.

(٤) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ٧/ ٤٦.

ثامناً: فروع القاعدة:

١ ـ حكم إشارة الأخرس في إبرام العقود والتصرفات المالية:

الإشارة من الأخرس قائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع، وإجارة، ورهن، وطلاق، وإبراء، وإقرار، وقصاص، والحاصل يحق للأخرس بإشارته المعهودة أن يأتي كل ما يأتيه الناطقون، فيعقد أي عقد أراد ويجيز ويقر، وينكل عن حنث اليمين، ويوكل بإدارة أموره[(١)].

واستدل أحمد بن عبد الله الكندي على جواز ذلك بما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يقتل بالإشارة**»[(٢)]. «فدل على أن الإشارة بالقتل تقوم مقام النطق به؛ لأن أمره بالإشارة كأمره بالنطق، وامتثال أمره بالإشارة كامتثاله بالكلام»[(٣)].

ويؤكد المحقق الخليلي هذا المعنى في معرض حديثه عن حكم تصرفات الأصم والأخرس قياساً بالأعمى، ويبين أنّ فقهاء الإباضية قد اختلفوا في بيعه وشرائه، ورهنه، وسلفه، وهبته، فمنعها البعض وأجازها آخرون.

ومما جاء في نصه أنّ «في قول أبي علي رَحِمَهُ اللَّهُ ما دل في عدله على المنع من هذا كله، وفي قول أبي عبد الله رَحِمَهُ اللَّهُ كذلك في بيعه وشرائه وهبته إلا ما يجوز بين الناس من الهدايا لا غيره من الأصول، فإنه لا يجوز له في ذلك.

ـ وفي قول أبي المؤثر رَحِمَهُ اللَّهُ ما هو من نحو هذا، إلا ما أبصره من قَبل أن يعمَى فلم يتحول عما كان عليه، فإنه يجوز إلا أنهما لم يصرحا في سلفه بشيء يذكر فيه.

---

(١) علي حيدر: شرح المجلة، ١/ ٦٣.

(٢) لعله قصد حديث رسول الله ﷺ عن قتل عبد الله بن سعد بن أبي السرح، رواه أبو داود، كتاب الجهاد، باب قتل الأسير، رقم ٢٦٨٣، والنسائي في المجتبى، كتاب تحريم الدم، الحكم على المرتد، رقم ٤٠٦٧، عن سعد، بلفظ: «**قال أما كان فيكم رجل رشيد يقوم إلى هذا حين رآني كففت يدي عن بيعته فيقتله؟** فقالوا: ما يدرينا يا رسول الله ما في نفسك هلا أومأت إلينا بعينك قال: **إنه لا ينبغي لنبي أن يكون له خائنة الأعين**». ابن حجر: إسناده صالح. تلخيص الحبير، ٣/ ١٣٠.

(٣) الكندي أحمد بن عبد الله: المصنف، ٤١/ ٤٣.

ـ وفي قول الحواري رَحِمَهُ اللَّهُ مثل ما قاله أولئك فيما ينظر بالعيْن لا ما عداه من شيء لا يبصر بها في حين، فإنه لا يجوز فلا يمنع.

ـ وفي قول أبي الحسن، لمن سأله عن الشراء منه ما دل عل جوازه في الشيء الخفيف لا ما فوقه، فإنه لم يذكر له، إلا أنه لما خص في مجمل قوله بالإجازة ما قد عرفه به احتمل أن يكون معه ما ثقُل في خير ما لم يره من الجائز، فامتنع من أن يرخص فيه، وعسى في المنع أن يكون من طريق الجهالة؛ لأنه لا يرى ما يبيع أو يشتري ولا ما يهب فيعطى لا التحريم»[1].

وبعد أن ذكر المحقق الخليلي رأي الإباضية في تصرفات الأعمى ناقش أقوالهم، أشار إلى علة المنع، ورجح جواز تصرفات الأعمى فيما تعارف عليه الناس، وكذلك الأصم والأخرس إذا كانت عبارتهم أو إشارتهم يفهم منها قصدهم.

فيقول: «ألا وإنه لا بأس به من الأصم، وإن كان لا يسمع فإنه يرى ويتكلم، فلا يمنع من أن يجوز في شيء من هذا أبداً، ومختلف في جوازه من الأعمى لمن قد عرفه من إيمائه إن كان في تصرفه بحال من لا يُغبن لبلاهة في بيعه ولا في شرائه.

وعلى رأي من يجيزه فعسى أن يكون في المسالمة لأني لعدم ما به منه في إيجابه وقبوله من كلام يوجبه لفظاً من قوله، ولعل بعضاً قد يستحب في الأصول أن تكون مع أمره عن وكيل، فإن لم يكن فيحضره أحد من أوليائه.

وعلى من لم يجزه فلا بد في البيع ولا في الشراء، لما جاز أن يباع أو يشترى له من ماله، حقيره وجليله من أن يكون عن رأي وكيله، وإلا فلا يصح، إلا أني أقربهما من الإجازة على يديه في الواسع من الاطمئنان به لمن بلغ فهمه إلى معرفة ما يومئ به له، ولم يشك في معرفته هو لما يومئ به إليه، فألحق بهما ما يكون من هبته لعدم ما يدل في غير الحكم على صحة المنع

(١) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٩/ ٤٨.

مـن جـواز هديته، إلا أن يكون في غير تقدير فعسـى أن يجـوز، فيمنع لوجود ما بـه مـن تدبيـر، والقول فـي الأخرس على هـذا الحال فيما يبيعـه أو يهبه أو يشتريه من المال وإن خالفه في السمع، فجاز أن يزيده قُرباً فإنه ممنوع اللسان، فلا يكـون ذلـك منه ما لم يجزم مـن لفظ يوجبه في الحكـم، كلا فهما إذًا في المعنى يشبهان لرجوعهما فيه إلى الإيماء لا ما زاد عليه، ألا وإنه قد يجوز أن يصـح بكتابـة إن عرفها، وجميع ما كان على لغة لا يفهمها الآخر منه في البيع أو ما أشـبهه، فكذلك إن نزلا فيه لِغرة فهْمِ العبارة إلى ما يكون من الإشـارة؛ لأنه بالإضافة إليه، والأخرس في المعنى بمثابة واحدة إن صح ما أراه»[1].

والحاصل:

يسـتنتج من عبارة الخليلي أنه يرجح جواز تصرفات الأخرس والأصم إن كانت لهما إشارة مفهومة، أما إن كانا يعرفان الكتابة، فيجوز لهما الإفصاح عن قصدهما بها، ويلزم الأخذ بها في جميع الأمور حسب العرف والعادة ما دامت إشارتها وكتابتها مفهومة، بينما يذهب بعض الإباضية إلى جواز ذلك في الأمور البسيطة دون غيرها، كبيع العقارات أو شرائها أو هبتها.

٢ ـ زواج الأخرس والأعجم وطلاقهما:

اختلف الإباضية في حكم زواج الأخرس والأعجم وطلاقهما، والجمهور على جواز ذلك ووقوعه إذا كانت لهما إشـارة مفهومة ويعقلان ذلك، فإن لم يكن كذلك فإن الولي ينوب عنهما في ذلك.

قـال الشـقصي في هذا الشـأن: «وأما الأخـرس إذا أراد أن يتزوج، فإنه إذا كان يعقـل بالإشـارة كان تزويجه وقبوله بالإشـارة، وأمـا الأعجم فيختلف في تزويجه إن كان يعقل منه الإيماء.

---

(١) الخليلي: المرجع نفسه، ٩/ ٤٩ - ٥٠.

ـ وأما العجماء إذا كانت يفهم منها الإيماء بالرضى، فقد أجاز من أجاز تزويجها وكرهه من كرهه، ويفسده بعض، وقال بعض: أمرها إلى وليها، وإن لم يكن للعجماء ولي، فيختلف في أمرها، قال بعض: لا يجوز تزويج العجماء على حال، ويوجد ذلك عن محمد بن محبوب رَحِمَهُ اللَّهُ، وقول يجوز تزويجها بما يعرف من رضاها في ذلك بما يعقل عنها الذين يفهمون ذلك من إيماءها، كما جاز بيعها فيما دون الأصول من مالها، وقول لا يجوز ذلك إلا بنظر أوليائها لها، فإن رأوا ذلك القيام لها بالقسط في بيع مالها الأصول منه برأي الحاكم، إذا سألوا ذلك، وإنما هذا كله في اختلاف أمر رضاها على التزويج، ولزوم التزويج لها، والمسلمون بعد السلطان ولي من لا ولي له، وهم الناطقون في ذلك بالقسط»[(١)].

ويضيف الشقصي في السياق نفسه: «وإن تزوجت امرأة بأعجم، ثم قالت: إنه طلقها، وفهمت منه الطلاق بالإيماء، وعرفت أن ذلك منه طلاق، وتزوجت وهي من أهل الولاية، فإنه ما يكون من حالها الوقوف عنها، أي عدم البراءة منها، لأن في تصرفها شبهة، فقد تكون إشارته لا يعني بها الطلاق، ولكن المرأة فهمت منه الطلاق أو تأوّلت ذلك، فالأولى عدم الحكم عليها بالبراءة...»[(٢)].

٣ ـ حكم بيع الأعجم وشراؤه:

جاء في كتاب التمهيد للخليلي ما نصه: «والأعجم[(٣)] مختلف في جواز بيعه وشرائه إذا دل على رضاه بما به يعرف من إيمائه...».

---

(١) الشقصي: منهج الطالبين، ١٥/٣٠٦.

(٢) الشقصي: المرجع نفسه، ١٥/٣٠٧.

(٣) قال الرازي: الأعجم: كل من لا يقدر على الكلام أصلاً فهو أعجم ومستعجم، والأعجم الذي لا يفصح ولا يبين كلامه، وإن كان من العرب، والمرأة عجماء، والأعجم أيضاً الذي في لسانه عجمة وإن أفصح بالعجمة، والعجماء البهيمة لا تتكلم... ينظر: الرازي: إيضاح مختار الصحاح، ص ٢٧١.

ونقل عنه «فيمن باع مالاً له ولِأخ له أعجم بنصيبه مالاً وفي النظر أنه صلاح للأعجم، هل يجوز ذلك له ولمن اشترى منه المال، أو بايعه له إذا كان هذا الأعجم يعرف بالإيماء، ولما أشير عليه أشار بالرضى بما فعله أخوه؟».

قال الخليلي: «فإن كان هذا الأعجم بالغ الحلم وسالم العقل يَعرف ما يومأ به إليه، ويفهم منه ما يومئ هو به جاز ذلك في قول السالمي إذا عرف منه الرضى منه، فاستدل عليه بالإيماء»[1].

فالرضا هو الأساس في صحة العقود، فإذا ظهر من الأخرس أو الأعجم ما يدل على رضاه بإشارة منه مفهومة، وهو يعقل فعله، ويفهم إشارة غيره قُبِل تصرفه واعتبِر نافذاً.

(١) الخليلي سعيد: كتاب التمهيد، ٩/ ٥٣.

المطلب الرابع
«لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»

أولاً: أهمية القاعدة:

من الأصول العامة المقطوع بها، ومن القواعد الأساسية للشريعة الإسلامية أنها جاءت وافية بمصالح العباد متضمنة كل ما فيه سعادتهم في دنياهم وأخراهم، ومما يحفظ هذه المصالح مراعاة العرف الصحيح والعادة المستحسنة، ولكن هذه المراعاة قد تستدعي لا محالة تغير الأحكام، فقد تحدث للناس أعراف، وتنشأ للناس حاجات، وتجِدّ أحوال وتتبدل ظروف تجعل بقاء الحكم معها في الواقعة المعينة مثار شرور ومفاسد، تؤثر على المصلحة الأولى فتتلاشى تلك المصلحة، وتنخرم المناسبة بين الحكم والحال التي كانت عليه مفضية إلى تشريعه، فلم يعد يلائمها هذا الحكم ولا تترتب المصلحة المقصودة منه مع بقائه، فتقضي أصول الشريعة إلى تبديله بحكم آخر لِتُدرأ تلك المفاسد[1].

ويؤكد الزرقاء هذه الحقيقة فيقول: «من المقرر في فقه الشريعة أنّ لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإن هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكَم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق»[2].

---

(١) السدلان: القواعد الفقهية، ص٤٢٦ - ٤٢٧.

(٢) الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، ١/ ٩٤١.

ومن هنا لم يجد المحققون من فقهاء المسلمين في مختلف العصور أي غضاضة أو حرج في إعلان وجوب تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأعراف والأحوال، وهذا يدل على مقدار احترامهم للعرف وفهمهم أن القواعد الفقهية ما وضعت إلا لمصلحة الناس وضبط معاملاتهم التي يجب أن تخضع لأعرافهم، حتى لا يجمد الفقه أمام ما يطرأ من حوادث بحسب اختلاف الأحوال وتغير الأزمان[١].

ولا بأس نورد بعض نصوص العلماء تؤكد جواز تغيير الفتوى بسبب تغير الزمان وأخلاق الناس وعاداتهم.

يقول السالمي في سياق حديثه عن شهادة المرأة في الرضاع: «ثبت في السُّنَّة أنه تقبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع ولا يشترط فيها العدالة، ولكن لما تغير الزمان فأصبحت النساء يسعيْن إلى إفساد النكاح بشهادتهن، اشترط بعض الفقهاء أن تكون الشاهدة عدْلة وإلاّ لا تُقبل شهادتها، قال موسى بن علي: لا أقبل في هذا الزمان قول امرأة في الرضاع بعد النكاح إلا عدْلة لما ظهر من الفساد؛ لأن الناس إذا شاؤوا فساد النكاح أحضروا امرأة فشهدت بالرضاع»[٢].

ويقول ابن عابدين في هذا المعنى: «إن المسائل الفقهية إما تكون ثابتة بالنص، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان في زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أوّلاً، ولهذا قالوا في شروط المجتهد أنه: لا بد فيه من معرفة عادات الناس؛ فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عُرف أهله ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه

(١) السدلان: المرجع نفسه، ص٤٢٧.
(٢) السالمي: العقد الثمين، ٣/١١٦.

الحرج والمشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ودفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة على ما كان في زمنه؛ لِعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لَقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبية»[(١)].

وعلى هذا الأساس استثنيت القاعدة الفقهية القائلة: «لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان»[(٢)]. وهذه القاعدة تتفرع عن القاعدة الكلية الكبرى «العادة محكّمة» لأن العادات تنقسم إلى ثابتة ومتبدلة، وتتعلق بالقسم الثاني، وتُعبّر عن تغيير الأحكام المبنية على الأعراف تبعاً لتغير العادات والأعراف والأحوال.

أما القسم الأول: وهو العادات الثابتة؛ فلا مجال لهذه القاعدة فيها، فتبقى أحكامها ثابتة لا تتغير ولا تتبدل، كالأحكام الثابتة بالنصوص الشرعية.

ولم نعثر في المصادر الإباضية على عبارة صريحة لهذه القاعدة أو صيغة قريبة منها، ولكن نجد أثرها مجسّداً في فروعهم الفقهية، لأنها قاعدة عظيمة النفع لا يستغني عنها طالب علم ولا فقيه ولا مجتهد، وقد نبَّه على أهميتها كثير من العلماء[(٣)].

يقول الشاطبي: «إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال،

---

(١) ابن عابدين: نشر العرف، رسائل ابن عابدين، ٢/ ١٢٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٩).

(٣) فصّل الشاطبي القول في هذه القاعدة، ينظر: الموافقات، ٢/ ٢٨٥. وتكلم القرافي عن هذه القاعدة في أغلب كتبه، مثل: كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام في الإجابة عن السؤال التاسع والثلاثين، ص ٢٣١، وفي الفروق، ١/ ١٧٦. وتعرض ابن القيم لهذه القاعدة في إعلام الموقعين تحت عنوان: «تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والبيئات والعوائد»، ٣/ ٥٨٣.

وغيـر ذلـك من الأمور التي تتغير مِن زمن إلى زمن، وبلد إلى آخر؛ ولذا فإنها لا يقضـى بهـا البتة على مَن تقدم حتى يقـوم دليل على موافقة العرف الجاري اليوم لسـابقه، فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يحكم بالعادة الماضية أو العرف السابق؛ لأنها غير مسـتقرة في ذاتها، وحيث كانت غير مسـتقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامه...»[(١)].

ويرشد أهل الفتوى إلى مراعاة عادات الناس وأعرافهم في تقرير الأحكام حسب تغير الأحوال والأزمان ويحذر من الجمود عليها.

يقـول القرافي: «الأحكام المرتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البيئـات ونحو ذلـك... وبهذا القانون تعتبر جميـع الأحكام المترتبة على العوائد...وعلـى هـذا القانـون تراعى الفتـاوى على طـول الأيام...فمهما تجـدد العرف اعتبره، مهما سـقط أسـقطه، ولا تجمد على المسـطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك لا تجره علـى عـرف بلـدك، واسـأله عن عرف بلـده، وافتـه به دون عـرف بلدك، والمقـرر فـي كتبك، فهذا هـو الحق الواضح، والجمـود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلـى هـذه القاعـدة تتفـرع جميـع أيْمـان الطـلاق، وصيـغ الصرائـح والكنايات...»[(٢)].

ولأهمية هذه القاعدة سأفصِّل القول فيها، وأبيِّن معناها وأدلتها وعناصرها، وتطبيقاتها على الفروع الفقهية:

---

(١) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٢٠ - ٢٢١.

(٢) القرافي: الفروق، ١/ ١٧٦ - ١٧٧.

ثانياً: معنى القاعدة:

ـ **النكر لغة**: من نكر الشيء وأنكره إنكاراً لم يقبله قلبه ولم يعترف به لسانه، وأنكرت عليه فعله إنكاراً إذا عبته ونهيته، والإنكار خلاف الاعتراف، وأصله في اللغة خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب[١].

ـ **والتغيير**: مأخوذ من غيرت الشيء تغييراً إذا أزلته عما كان عليه فتغير هو، وأصله في اللغة يدل على اختلاف شيئين[٢].

ـ **والأحكام**: جمع حُكم وهو في **اللغة**: القضاء، وأصله في اللغة المنع والإتقان والفصل[٣].

ـ **والحكم في الاصطلاح**: إسناد الأمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً[٤]، وإدراك وقوع النسبة أو عدم وقوعها[٥].

ـ **والحكم الشرعي كما عرفه الشماخي**: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع[٦]، وهو التعريف الذي اصطلح عليه أهل الأصول[٧].

بينما اختار السالمي تعريفه بأنه: «أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[٨].

---

(١) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٥/ ٤٧٦. ـ الفيومي: المصباح المنير، ص ٨٥٨.

(٢) ابن فارس: المرجع نفسه، ٤/ ٤٠٣ ـ الفيومي: المرجع نفسه، ص ٦٢٩.

(٣) الفيومي: نفسه، ص ٢٠٠ ـ ابن منظور: لسان العرب، مادة: حكم، ٢/ ٩٥١.

(٤) الجرجاني: التعريفات، ص ١٢٣.

(٥) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٢.

(٦) الشماخي: شرح المختصر، (مخ) ص ٢٧٢.

(٧) الغزالي: المستصفى، ٢/ ٥٥. ـ الآمدي: الإحكام، ١/ ١٣٥ ـ ابن قدامة: روضة الناظر، ١/ ٩٠. ـ الأسنوي: نهاية السول، ١/ ٤٧. ـ الشوكاني: إرشاد الفحول، ص ٥. ـ ابن عبد الشكور: فواتح الرحموت، ١/ ٥٤.

(٨) السالمي: طلعة الشمس، ١/ ١٢، ٢/ ٢١٣.

ـ **والأزمان**: جمع زمان وزمن، وهو اسم لقليل الوقت وكثيره، وبعبارة أخرى «المدة من الوقت قصيرها وطويلها»[١].

والمراد بتغير الزمان في هذه القاعدة تغيير أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم بتقلبات الأزمان عليهم[٢].

ـ **والمعنى الإجمالي للقاعدة**: أن الأحكام الجزئية في الواقع إذا كانت مبنية على العرف في زمن قد تتبدل في أمثالها من الوقائع لتبدل العرف والعادة في هذا الزمان، فإن العادات تتبدل بِتبدل الأزمان، فالأحكام المبنية عليها تتبدل أيضاً تبعاً لتبدلها، أما الأحكام المبنية على نصوص شرعية أو أعراف ثابتة فلا تتغير ولا تتبدل بتقلبات الأزمان وتبدلها، كالقصاص من القاتل العمد لم يُبنَ على عرف وعادة بل على أدلة شرعية فلا يتغير[٣].

وعليه فإن تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية؛ لأن ما كان من الأحكام الشرعية مبنيّاً على عرف الناس وعاداتهم تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمن السابق، أما أصل الحكم الثابت بالنص فلا يتغير. فمثلاً: أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً ولم يره[٤]، وهذا ثابت بحديث رسول الله ﷺ القائل: «**من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه**»[٥].

---

(١) قلعة جي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص ٢٣٣.

(٢) شبير محمد عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٦٠.

(٣) سليم القاضي: شرح المجلة، ١/ ٩٩. ـ شبير محمد عثمان: المرجع نفسه. ـ زيدان عبدالكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ١٠٢.

(٤) ابن جعفر: الجامع، ٥/ ١٣٧.

(٥) الحديث روي مسنداً ومرسلاً، أخرجه الدارقطني وابن شيبة في مصنفه، والبيهقي وفي سنده مقال، ينظر: الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف ت: ٧٦٢هـ، كتاب نصب الراية لأحاديث الهداية، ٤/ ٩.

فبِناء على هذا الحديث وقد رأى المتقدمون اعتياد الناس في عصرهم بناء الدور على نسق واحد لا تفاوت بين بيوتها فقالوا: إن رؤية بيت واحد من الدار يُغني عن رؤية الجميع في إسقاط الخيار.

ولكن لما اختلفت طرق الإنشاءات وهندستها وصارت الدور يختلف بعض بيوتها عن بعض بحسب عاداتهم أفتى المتأخرون بأنه لا بد من رؤية جميعها، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان، وكذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، والقاعدة إن القول للمنكر مع يمينه، لكنها في العادة لا تسلِّم نفسها قبل قبضه[1].

ثالثاً: أدلة القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من القرآن والسُّنَّة وآثار الصحابة والإجماع والمعقول، وفيما يلي بيان لتلك الأدلة:

أ ـ من القرآن الكريم:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُواْ مِاْئَتَيْنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ يَغْلِبُوٓاْ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴾ (الأنفال: ٦٥).

وجه الاستلال بالآية:

روى البخاري في تفسير هذه الآية عن ابن عباس ﷺ قال: «لما نزلت ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُواْ مِاْئَتَيْنِ﴾ (الأنفال: ٦٥)، شقّ ذلك على المسلمين حين فرض ألا يفر أحد من عشرة فجاء التخفيف: ﴿ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ

(١) البورنو: الوجيز، ص ٣١٠. ـ عبدالكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ١٠٢.

﴿أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾ (الأنفال: ٦٦). قال: فلما خفف الله عنهم من العِدة نقّص من الصبر بقدر ما خفف عنهم»[١].

وهذه الرواية لا تدل على النسخ الأصولي الذي زعمه بعضهم «وهو رفع الحكم الذي تضمنته الآية الأولى وانتهاء العمل به على الأبد»، بل إن الآية الأولى عزيمة أو مفيدة بحال القوة، والثانية رخصة مفيدة بحال الضعف[٢]، وبناء عليه، فإن الآية الثانية شُرعت لحالة معينة غير الحالة التي جاءت لها الآية الأولى[٣]، وتغيير الحكم يكون بحسب الحال، ففي حال القوة يعمل بالآية الأولى، وفي حال الضعف يعمل بالآية الثانية[٤].

ب ـ من السُّنَّة النبوية:

والناظر في السُّنَّة النبوية يجد لهذا النوع من التغيير أصلاً فيها، ودليلاً عليها في أكثر من شاهد ومثال، فمن ذلك:

١ ـ ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع قال: قال النبي ﷺ: «**مَن ضحّى منكم فلا يصبحنَّ بعد ثلاثة ويبقى في بيته منه شيء**»[٥]. فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي، قال: «**كلوا وأطعموا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها**»[٦]. وفي رواية: «**إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفّت، فكلوا وادخروا وتصدقوا**»[٧].

---

(١) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب التفسير باب ٧ حديث رقم ٤٦٥٣، ٨/ ٣١٢. ـ ينظر: أيضاً ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ٢/ ٣٢٤. ـ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٨/ ٤٤.

(٢) ابن حجر: المرجع نفسه. ـ ابن الجوزي: نواسخ القرآن، ط، ١/ ١٤٠٤هـ، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة تحقيق ودراسة: محمد الميار، ١/ ٣٥٢.

(٣) السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٢٢.

(٤) شبير عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٦١.

(٥) صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، رقم (٢٣٤) ٣/ ١٥٦٣.

(٦) صحيح البخاري، كتاب الأضاحي، رقم (٥٥٦٩).

(٧) صحيح مسلم، رقم (٢٨) ٣/ ١٥٦١.

ـ وجه الاستدلال بالحديث:

فقد نهى النبي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام وأمر بالتصدق بالباقي، ثم أباح في العام التالي لهم الادخار، فالنهي في السَّنة الأولى يُحمَل على حالة معينة طارئة، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة وهم يحتاجون إلى الإكرام والمواساة، وهذا ما يوجبه كرم الضيافة وسماحة الأخوة من لحم الضحايا، وفي السنة الثانية ارتفع ذلك الظرف العارض وزالت تلك العلة، فأذن لهم عليه السلام بالادخار، فقد زال الحكم الذي أفتى به الرسول ﷺ وتبعاً لها غيَّر فتواه من المنع إلى الإباحة، مما يدل على أن الحكم المبني على حالة طارئة يتغير بتغير تلك الحالة[(١)].

قال القرطبي في تفسيره: «اعلم أن المرفوع بالنسخ لا يحكم به أبدا والمرفوع لارتفاع علته يعود الحكم لعود العلة، فلو قدم على أهل بلدة ناس يحتاجون في زمان الأضحى ولم يكن عند أهل تلك البلدة سعة يسدون بها فاقَتهم إلا الضحايا لتعيَّن عليهم ألا ينحروها فوق ثلاث كما فعل النبي ﷺ»[(٢)].

٢ ـ ومن السُّنَّة أيضاً ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «سئل النبي ﷺ أي الأعمال أفضل؟ قال: **إيمان بالله ورسوله**، قيل: ثم ماذا؟ قال: **الجهاد في سبيل الله** قيل: ثم ماذا؟ قال: **حج مبرور**»[(٣)] فجعل الجهاد في سبيل الله، أفضل الأعمال بعد الإيمان.

ـ وروى البخاري أيضاً عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها عن النبي ﷺ: سأله نساؤه عن الجهاد فقال: «**نِعْم الجهاد الحج**»[(٤)].

---

(١) السدلان: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية والشبهات التي تثار حولها، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ١٤٠٤، ص١١٨ - ١١٩. ـ وينظر: شبير عثمان: القواعد الكلية، ص ٢٦١.

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة ١٣٨٧هـ، ٢/ ٤٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب من قال إن الإيمان هو العمل، رقم (٢٦).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب جهاد النساء، رقم (٢٨٧٦).

فالجهاد وإن كان من أفضل العمل، فذلك في حق الرجال، أما النساء فأفضل جهاد لهن حج مبرور كما جاء في الحديث السابق، ونجد هنا أنه تغيرت فتوى رسول الله ﷺ وجوابه لما كان السائل امرأة، إذ الأصل في حمل السلاح أن يكون للرجال.

وهكذا كان يجيب ﷺ عن السؤال الواحد بأجوبة مختلفة، وذلك لاختلاف أحوال السائلين؛ فهو يجيب كل واحد بما يناسب حاله، ويعالج قصوره أو تقصيره، ويعطي كل إنسان من الدواء ما يرى أنه أشفى لمرضه، وأصلح لأمره[١].

ج ـ مِن آثار الصحابة رضوان الله عليهم:

والناظر في هدْي الصحابة وسُنَّة الراشدين رضي الله عنهم يجدهم أفقه الناس في اختيار هذه القاعدة، ولذلك أمثلة عديدة يجدها من طلبها في مظانها ومنها:

١ ـ تغير فتواهم في عقوبة شارب الخمر، فإنه لم يكن في زمن النبي ﷺ حدّ مقدر وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير، ولما انتهى الأمر إلى أبي بكر رضي الله عنه قرر العقوبة أربعين عن طريق النظر كما قال الشاطبي في الاعتصام[٢].

وخالفه القطب أطفيش في هذا الحكم فقال: «وجلد أبو بكر على الشرب ثمانين مع أنه ثبت عن النبي ﷺ أنه جلد عليه أربعين، واقتدى عمر بأبي بكر على الثمانين فنزل جَلده ثمانين مع إقرار الحاضرين إياه على ذلك منزلة خبره بأنه ﷺ رجع إلى الثمانين فوجب قبوله، حتى أن الربيع[٣] حكم بهلاك تارك الثمانين...»[٤].

---

(١) السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٤٤.

(٢) الشاطبي: الموافقات، ط مطبعة السعادة بالقاهرة، مصر، ٢/ ١١٨.

(٣) يقصد الربيع بن حبيب أبو عمرو الأزدي العُماني (ت: حوالي سنة ١٧٠هـ) ودفن في لِوَى بعُمان. سبقت ترجمته.

(٤) أطفيش أمحمد بن يوسف: شامل الأصل والفرع، ط ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٤م، نشر وزارة التراث القومي والثقافة سلطنة عُمان، ١/ ١٢.

والروايات التي وردت في كتب السنن ترجح ما ذهب إليه الشاطبي مِن أنّ أبا بكر رضي الله عنه كان يجلد شارب الخمر أربعين جلدة، ولم يشر القطب إلى مصدر الرواية التي اعتمدها في حكمه.

- وروى البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الشراب كان في خلافة أبي بكر أكثر منهم في عهد النبي ﷺ؛ فقال أبو بكر: لو فرضنا لهم هذا، «فتوخى لهم نحواً مما كانوا يضربون في عهد النبي ﷺ، فكان أبو بكر رضي الله عنه يجلدهم أربعين حتى توفي رحمه الله »[1].

- وروى عبدالرزاق في مصنفه عن أبي سعيد الخدري أنّ أبا بكر ضرب في الخمر بالنعلين أربعين «والضرب بالنعلين ليس من جنس الضرب في الحدود المقدرة... فلما كان عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه شاور الناس في جلد شارب الخمر، وقال: إن الناس قد شربوها واجترأوا عليها فقال علي: إن السكران إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى (أي قذف الأبرياء)، فاجعله حدّ الفرية (أي القذف)، فجعله عمر حد الفرية ثمانين»[2].

- وجاء عن عمر رضي الله عنه أنه زاد النفي على الضرب لمن شرب الخمر في رمضان، لما في ذلك من انتهاك حرمة الشهر الكريم... فقد أُتيَ بشيخ شرب في رمضان فقال: للمنخرين للمنخرين (أي كبّه الله للمنخرين) أفي شهر رمضان وولدانا صيام؟ فضربه ثمانين ثم سيَّره إلى الشام[3].

فالملاحظ أن حد الشرب كان مخففا في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه، ولما عمّت به البلوى وانتشر شرب الخمر وجاهر بها الناس، شدد عليهم ورفعه عمر رضي الله عنه إلى حد القذف وهو ثمانين جلدة، وهذا يدل على أن العقوبة تختلف باختلاف حال المجرم، ومقدار عُتوه واشتهاره بالفجور، وتكرر

(١) البيهقي: السنن الكبرى، ٨/ ٣٢٠.
(٢) الصنعاني عبدالرزاق: المصنف، ٧/ ٣٧٩.
(٣) البيهقي: السنن الكبرى، ٨/ ٣٢١.

الجريمة منه مرة بعد مرةّ، وعدم ارتداعه بالعقوبة، لأجل هذه الأحوال يُشدّد عليه، بخلاف من لم يشتهر بفسق ولا فجور، ولم ينتهك الحرمات.

٢ ـ يرى بعض الإباضية أن الحاكم إلى نظره أحوج إلى أثره، فما دامت العقوبة غير مقدرة فهي متروكة لأولي الأمر واجتهادهم، بل وحتى لو كانت مقدّرة وكان الحكم قطعيا فقد تجِدّ أحوال وتطرأ ظروف تجعل الحاكم يؤخر تنفيذ الحكم، أو يُسقط أثره عن صاحبه.

ـ فقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده قال: «كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا يجلدنّ أمير جيش ولا سرية أحداً بحدّ حتى يطلع على الدرب؛ لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار»[(١)].

ـ وقد ثبت أن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه منع أن يقام الحدّ على الوليد بن عقبة وهو أمير في الغزو، وقال أتحدّون أميركم وقد دنوتم من عدوكم؛ فيطمعون فيكم[(٢)].

ـ وثبت أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لم يقم الحد على أبي محجن، وقد شرب الخمر يوم القادسية[(٣)].

ـ ويدخل في هذا الباب أيضاً «ما فعله عمر رضي الله عنه حين لم يعطِ المؤلفة قلوبهم من الزكاة»[(٤)]، «وحين أسقط الحد عمّن سرق في عام المجاعة»[(٥)].

وعقب ابن قيم الجوزية على اجتهادات الصحابة في الأحكام الاجتهادية التي لا يتعارض تغييرها مع الأصول العامة للشريعة الإسلامية على الناس

(١) ابن أبي شيبة: الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ١٠/ ١٠٣، كتاب الحدود، باب ١٥٢٣، حديث رقم (٨٩١٠).

(٢) البيهقي: الجوهر النقي بذيل السنن الكبرى، ٩/ ١٠٥، كتاب السير، باب من زعم لا تقام الحدود في أرض الحرم، ط دار المعرفة لبنان.

(٣) ابن أبي شيبة: الكتاب المصنف، ١٢/ ٥٦٠، ٥٦٢.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ط ٢، ١٩٧٤، دار الكتاب العربي لبنان، ٢/ ٤٥.

(٥) البيهقي: السنن الكبرى، ٨/ ٢٧٨.

بقوله: «وليس في هذا ما يخالف نصّاً ولا قياساً، ولا قاعدة من قواعد الشرع ولا إجماعاً، بل ادُّعيَ أنه إجماع الصحابة كان أصوب»[١]. وقال ابن قدامة في المعنى نفسه: «وهذا اتفاق لم يظهر خلافه»[٢].

٣ ـ أمر عثمان رضي الله عنه التقاط ضالَّة الإبل والتعريف بها؛ لتغير حال الناس في زمنه، فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب الزهري قال: «كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة تناتج لا يمسها أحد، حتى إذا كان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها[٣]. وهذا على خلاف ما أمر رسول الله ﷺ: فقد قال عندما سئل عنها: «**معها سقاؤها وحذاؤها، تَرِد الماء وتأكل العشب حتى يلقاها ربها**»[٤]، فهي قادرة على العيش وحدها فهي ترد الماء وتأكل العشب ولا يخاف عليها من اعتداء الذئب خلافاً للغنم، ولا يخاف عليها من أخذ الصحابة لها، وإخفاءها بقوة الوازع الديني عندهم، فلما خفَّ الوازع الديني وتغير الحال، أمر عثمان بالتقاطها لاختلاف

(١) ابن قيّم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٣/ ١٨.

(٢) ابن قدامة: المغني، تحقيق: ابن التركي والحلو، مطابع هجر القاهرة مصر، ١٤١٠هـ، ٣/ ١٧٤.

(٣) الإمام مالك: الموطأ مع تنوير الحوالك، للسيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، ١٩٥١م، ٢/ ١٢٩، وفي نسخة أخرى للموطأ، رواه مالك في الأقضية، ٢/ ٧٥٩، أنه سمع ابن شهاب يقول: «كانت ضوال الإبل... الحديث». قال ابن الأثير في جامع الأصول: «إبلاً مؤبلة إذا كانت الإبل مهملة». ١٠/ ٧١١.

(٤) رواه البخاري في كتاب العلم، (٢٨) باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره (٩١) عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سأله رجل عن ضالة الإبل فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: «**وما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وترعى الشجر، فذرها حتى يلقاها ربها**». ١/ ٣١، ورواه في اللقطة (٢٤٣٦). ـ ومسلم رقم (١٧٢٢) في اللقطة قال ابن الأثير في «جامع الأصول»: «إنما شدد في ضالة الإبل بقوله: معها حذاؤها وهو ما تطأ به الأرض من حقها، لأنه أراد أنها تقوى به على قطع الأرض، وقوله (سقاؤها) أراد أنها تقوى على ورود الماء ورعي الشجر والامتناع من السباع المفترسة، وكذا ما كان في معنى الإبل من البقر والخيل والحمير». اهـ ١٠/ ٢٠٢.

الحال؛ ذلك لأنه رأى أن الناس قد دبّ إليهم فساد الأخلاق والذمم، وامتدت أيديهم إلى الحرام، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفا مِن أنْ تنالها يد سارق أو طامع، فهو بذلك ـ وإن خالف أمر رسول الله ﷺ في الظاهر ـ إنما هو موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآل إلى عكس مراد النبي عليه الصلاة والسلام في صيانة الأموال، وكانت نتيجته ضرراً[(١)].

د ـ من الإجماع:

أجمع العلماء على أن الأحكام المبنية على الأعراف المتغيرة تتغير بتغير الأعراف والعادات، وممن نقل الإجماع القرافي حيث يقول: «ألا ترى أنهم ـ الفقهاء ـ أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيّناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيْنًا انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتقال العادة منه، وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان، وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب»[(٢)].

هـ ـ من المعقول:

ولأن الجمود على الأحكام المبنية على أعراف متغيرة يوقع الناس في حرج شديد ومشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه كما يقول ابن القيم في وصف فصل: «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»: «هذا فصل عظيم النفع جدّاً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على

(١) الزرقا: المدخل الفقهي العام، ١/ ٩٥٠ - ٩٥١، نقلاً عن تاريخ الفقه الإسلامي، إخراج كلية الشريعة في الأزهر ط، مطبعة وادي الملوك، ص٤٨. ـ وينظر: شبير: القواعد الكلية، ص ٢٦١.

(٢) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص ٢٣٢.

الشـريعة أوجـب من الحـرج والمشـقة، وتكليف ما لا سـبيل إليـه ما يعلم أن الشـريعة الباهـرة فـي أعلى رتب المصالـح لا تأتي بـه[١]، فإن الشـريعة مبناها وأساسـها علـى الحِكَم ومصالح العباد في المعـاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسـدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل...»[٢].

ويقـول القرافي قي هذا المعنى: «الجمـود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين»[٣].

ولهـذا اشـترط الفقهـاء والأصوليون فـي المفتي الذي يتصـدى للإفتاء أن يكـون عارفاً بأحوال النـاس وعاداتهم، فقال ابن عابدين: «والتحقيق أن المفتي في الواقع لا بد له من ضرب اجتهاد، ومعرفة بأحوال الناس»[٤]؛ لأن كثيراً من الأحـكام الاجتهادية ذات ارتباط وثيق بالأوضاع، والوسـائل الزمنية، وبأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً أو علاجاً ناجحاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعـد جيـل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي على عكسـه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

كمـا أن مـن المقرر في فقه الشـريعة أن لتغير الأوضاع والأحـوال الزمنية تأثيـراً كبيـراً في كثير مـن الأحكام الاجتهادية؛ لأن هذه الأحـكام تنظيم أوجبه الشرع، يهدف إلى إقامة العدل، وجلب المصالح، ودرء المفاسد.

وعلى هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسـائل بعكـس ما أفتـى به أئمة مذاهبهـم وفقهاؤها الأولـون، وصرح هؤلاء

(١) ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، ٣/ ٣.
(٢) ابن قيم الجوزية: المرجع نفسه، طبعة فرج الله زكي الكردي، ٣/ ٢٧.
(٣) القرافي: الإحكام، ص ٢٣٢.
(٤) ابن عابدين: نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، ٢/ ١١٧.

المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف الزمان، وفساد الأخلاق، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وُجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال المتأخرون[١].

رابعاً: عناصر قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»:

تتكوّن هذه القاعدة من عدة عناصر رئيسية وهي الأحكام التي تخضع للتغيير، وأسباب تغير الزمان، والمقصد الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان، وفيما يلي بيان لهذه العناصر:

أ ـ الأحكام التي تخضع للتغيير والتي لا يدخلها التغيير (الثابتة):

الأحكام الشرعية نوعان:

١ ـ منها ما يكون مستنده صريح النص من القرآن والسُّنَّة والإجماع.

٢ ـ ومنها ما يكون مستنده الاجتهاد من مصلحة، أو قياس لعرف أو عادة، ومن الأمور التي توهم خلاف ما يجب أن تنضبط به الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية هو أنه ما دام عرف الناس محكماً، بناء على تلك القاعدة العظيمة «العادة محكمة» وما دامت أعرافهم متطورة بتطور الأزمان فلا يلزم أن تكون الأحكام الشرعية كذلك؛ لأن نص القاعدة عام في ظاهره، فالتغير في الظاهر شامل للأحكام النصية وغيرها، لكن هذا العموم ليس مقصوداً، لأنه اتفقت كلمة الفقهاء على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس إنما هي الأحكام الاجتهادية، وعلى ذلك فالأحكام النصية ثابتة لا تقبل التغير، ولا تدخل تحت هذه القاعدة[٢].

---

(١) الزرقا: المدخل الفقهي، ١/ ٩٤١، نقلاً من «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله، ٢/ ١٢٥، بتصرف.

(٢) البورنو: الوجيز، ص ٣١١. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٢٩.

وقـد أكـد بعض الفقهاء معنى هذه القاعدة، ونبّـه إلى الخطأ الذي يقع فيه بعـض الناس فقـال: «والحقيقة هي أن الحكم الشـرعي لا يتبـدل مهما تبدلت الأزمان وتغيرت الأعراف، اللَّهُمَّ إلا عن طريق النسخ، وقد أغلق بابه بعد أتم الله النعمة على عباده بكمال هذا الدين الحنيف؛ فليس لمجتهد ولا سلطة من السـلطات نسـخ شيء من الشـريعة بعد وفاة النبي ﷺ والأحكام باقية ما بقيت الدنيـا، إذن فالقاعـدة الفقهية «العـادة محكمة» ليس معناهـا أن بعض الأحكام الشرعية تتبدل بتبدل الأزمان حقيقة كما يُفهم من ظاهر هذا اللفظ.

وبيان ذلك يحتاج إلى تحقيق في معنى هذه القاعدة؛ فلطالما كان ظاهرها مزلقـاً للأقـدام، ومتاهـة عن حقيقـة المعنى المـراد بها. كيف ولـو كانت هذه القاعـدة علـى ظاهرهـا لاقتضت أن تكـون مصير شـرعية الأحكام كلهـا رهنًا بعادات الناس وأعرافهم، وهو ما لا يمكن أن يقول به أحد»[(١)].

ولذلـك يـرى بعـض الفقهـاء ضرورة إعـادة صياغـة القاعدة فـي قالب أحسـن وأجـود مما هي عليـه، إذ أن مجـرد التعبير بـ «الأحـكام» هنا تعبير موهـم، فالأولـى أن تصـاغ بصيغـة واضحة وهـي: «لا ينكر تغييـر الأحكام الاجتهاديـة المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأعراف والعوائد»[(٢)].

ولأجل ذلك فإننا سـنفصّل القول فيما يتغير من الأحكام بناء على عادات النـاس وأعرافهـم، وما لا يتغير، حتى نزيل اللبس الذي طالما يقع فيه كثير من الناس لما تذكر القاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

هـذا وقد تتبع بعض الفقهاء ما تعارف عليـه الناس واعتادوه وأصبح عُرفاً لهم، فحصروه في ثلاث صور:

---

(١) البوطي محمد سعيد رمضان: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، طبع مؤسسة الرسالة بيروت، ط ٥، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، ص ٢٨١.

(٢) الندوي علي أحمد: القواعد الفقهية، ص ١٥٨.

الصورة الأولى:

أن يكون ما تعارف عليه الناس هو بعينه حكم شرعي، بأن أوجده الشرع، أو كان موجوداً فيهم فدعا إليه وأكّده.

مثال ذلك: الطهارة عن النجس والحدث عند القيام إلى الصلاة، وستر العورة فيها، وثبوت نفقة الزوجة على الزوج، وستر المرأة زينتها عن الأجانب، والقصاص في الجنايات، والحدود في الزنا والسرقة والخمر، وما شابه ذلك، فهذه كلها أمور تُعدّ من أعراف المسلمين وعاداتهم، وهي في نفس الوقت أحكام شرعية يستوجب فعلها الثواب وتركها العقاب، سواء منها ما كان متعارفا قبل الإسلام، ثم جاء الحكم الشرعي مؤيِّداً ومحسِّنا له، كحكم القسامة، والدية، والطواف بالبيت، وما كان غير معروف قبل ذلك، وإنما أوجده الإسلام نفسه، كأحكام الطهارة وحجاب المرأة وغير ذلك.

فهذه الأحكام ثابتة أبداً لا يجوز أن تدخلها يد التغيير أو التبديل، مهما تبدلت الأزمنة، وتطورت العادات والأحوال؛ لأنها ثبتت بأدلة باقية ما بقيت الدنيا، وليست هذه الصورة هي المعنية بالعادة في قول الفقهاء «العادة محكمة»[(١)].

الصورة الثانية:

أن لا يكون ما تعارف عليه الناس حكماً شرعاً، ولكن يعلق به الحكم الشرعي بأن كان مناطاً له (أي علة له).

ومثاله: ما يتعارفه الناس من وسائل التعبير، وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال والشؤون المخلة بالمروءات والآداب، وما يعتادونه مما لا حكم شرعيّاً فيه من شؤون المعاملات، كعادة قبض الصداق قبل الدخول، والصورة التي بها يتم قبض المبيعات، وما يجدّ من وسائل توثيق

(١) البوطي: ضوابط المصلحة، ص ٢٨١ - ٢٨٢. ـ السدلان: القواعد الفقهية، ص ٤٣٠.

العقود والمعاملات، وما تفرضه سُنّة الخلق والحياة في الإنسان مما لا مدخل لـلإرادة والتكليف به، كاختلاف عادات الأقطار في سـن البلوغ وفترة الحيض والنفـاس، فهـذه الأمثلة أمور ليسـت بحدّ ذاتهـا أحكاماً شـرعية كالأمثلة التي قبلهـا، ولكنهـا متعلق ومناط لهـا، فاصطلاحات الناس فـي تعابيرهم وكلامهم ليست أحكاماً شرعية، ولكنها مناطات الأحكام المتعلقة بصيغ العقود والطلاق والأيمان، وما تعارفوا عليه من الأمور المخلة بالمروءة ليست إلا مناطاً للحكم بقبول شـهادة الشـاهدين أو رفضها، وما تعارفوه فيما بينهم من وسـائل قبض المبيعـات ووقـت قبـض الصداق ليس إلا أساسـاً لمـا رتّب عليه الشـارع من الأحـكام، وهـذه الصورة مـن العرف هـي التي عناهـا الفقهاء بقولهـم «العادة محكمـة»؛ لأن الشـارع جعلها هي الأسـاس والمناط لما علّـق بها من أحكام، ولا جرم أن صورة الحكم تتغير بتغير مناطه، ألا ترى أن وسيلة الطهارة تتبدل ما بين الماء والتراب حسب تبدل حالة المكلف من قدرته على استعمال الماء وعدمها؛ لأن الشارع جعل قدرته على استعماله هو مناط وجوب الطهارة به.

ـ ومـن الخطـأ البيّن أن يُظن أن دوران مثـل هذه الأحكام مع مناطاتها هو تبدل وتغيّر لجوهرها، بل الحكم في كل الحالات واحد، كما أن حكم الطهارة التي تؤدى بالماء تارة وبالتراب أخرى واحد[١].

وبنـاء علـى ذلك اتفقت كلمـة الفقهاء على أن الأحكام التـي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس، هي الأحكام الاجتهادية المبنية على المصلحة، أو على القيـاس والاستحسـان، وأقـوال الصحابـة، وشـرع من قبلنـا، أو علـى العرف والعادة، وغير ذلك من مآخذ الاجتهاد، وطرائق الاستحسان التي ثبتت بالنص، فإنه لا يجوز أن تدخلها يد التبديل أو التغيير أبداً؛ لأنها ثبتت بأدلة شرعية باقية ما بقيت الدنيا[٢].

(١) البوطي: ضوابط، ص ٢٨٢ - ٢٨٣.

(٢) الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٢٤ - ٩٢٥، السدلان: القواعد، ص ٤٣١.

هذا وقد أوضح الشاطبي في موافقاته الفرق الحاصل بين هاتين العادتين، وما يترتب عليه، فقال ما ملخصه:

العوائد المستمرة ضربان:

أحدهما: العوائد الشرعية: وهي التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلاً وتركاً.

والضرب الثاني: هي العوائد الجارية بين الخلْق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

ـ وأما الأول: فثابت أبداً، كسائر الأمور الشرعية، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشهادة، وفي الأمر بإزالة النجاسة وطهارة التأهب للمناجاة، وستر العورات والنهي عن الطواف بالبيت على العري وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً، حتى يقال مثلاً: إن قبول شهادة العبد لا تأباه محاسن العادات الآن، فلنجزه، أو أن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه، أو غير ذلك، إذ لو صح مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل، فرفع العوائد الشرعية باطل.

وأما الثاني: فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها، فالثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والنظر والكلام، والبطش والمشي وأشبه ذلك. وإذا كانت أسباباً من مسببات حكم بها الشارع فلا إشكال في اعتبارها والبناء عليها والحكم وفقها دائماً[1].

(١) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٨٣ - ٢٨٤.

ويضيف الشاطبي في السياق نفسه: «والمتبدلة منها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح وبالعكس، مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح»[(١)].

الصورة الثالثة:

أن لا يكون حكماً شرعيّاً ولا مناطاً لحكم شرعي؛ فهذه الصورة تنطبق على كل ما يعتاده الناس من العادات والتقاليد في مظاهر حياتهم المختلفة، ومما لم يصبح حكماً شرعيّاً ولا يتأسس عليه حكم شرعي، ويكون ضمن حدود المباحات والحريات الشرعية، فللناس أن يمارسوا عاداتهم وتقاليدهم ما دامت لا تعارض أمراً من أمور الشريعة الثابتة، ولهم أن يطوروا عاداتهم وتقاليدهم هذه حسبما يرونه من مقتضيات الزمن[(٢)].

ويقول حسن الهضيبي تحت عنوان سَنُّ القوانين ووضع النظم والتشريعات: «والحق أن الله ﷻ قد ترك لنا كثير من أمور دنيانا ننظمها حسب ما تهدينا إليه عقولنا، في إطار مقاصد عامة، وغايات حددها لنا ﷻ وأمرنا بتحقيقها، وبشرط أن لا تحلّ حراماً أو تحرم حلالاً»...

وبعد أن بيّن الهضيبي أنّ الحكم مع الفرض والحرام ثابت بالنصوص، لا يجوز تغييره ولا الخروج عنه، أردف قائلا: «...أما المباحات؛ فإن للمسلمين أن يستووا فيها من الأنظمة ـ التي قد تتخذ شكل قرار أو لائحة أو قانون ـ ما تقتضيه الحاجة تنفيذاً لنصوص وردت بضرورة تحقق مقاصد عامة، ومن هذا القبيل: قوانين تنظيم الشورى التي أمر الله تعالى بها: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (الشورى: ٣٨)، ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ (آل عمران: ١٥٩).

(١) الشاطبي: المرجع نفسه.

(٢) البوطي: ضوابط، ص٢٨٦.

وأيضاً قوانين تنظيم المرور في الشوارع العامة، وقوانين الوقاية الصحية، وقوانين مقاومة الآفات الزراعية، وتنظيم استعمال مياه الري، وقوانين التعليم، وقوانين تنظيم المهن المختلفة، كالطب والهندسة والصيدلة، وتحديد الشروط التي يجب أن تتوافر فيمن يزاولها، وقوانين تنظيم الإدارات والمصالح، وتحديد اختصاصاتها وسلطات كل منها، وتنظيم الجيش، وتحديد الشروط التي يجب توافرها فيمن يلتحق به، وفي ضباطه وصف ضباطه، وقوانين شروط بناء المساكن بما يحقق سلامتها، وتوافر الشروط الصحية فيها، والقوانين المتعلقة بالشروط اللازم توافرها في المصانع المختلفة، كل حسب طبيعة العمل فيها، وقوانين تنظيم المحال العامة...إلخ ما ماثل ذلك...»[(١)].

ويختم قوله: بأن «هذه تشريعات وقوانين تتبدل وتتغير حسب ما تقتضيه الحاجة بتغير وسائل المواصلات، ونحن غير معصومين من الخطأ في سنّها وفي اجتهادِنا فيها، والخطأ والوهم واردان علينا فيها، وقد نحسن وضع النظام بما يحقق القصد المطلوب، وقد ينتج عن خطئنا الإضرار ببعض الناس بدلاً من حمايتهم من الضرر والهلاك...»[(٢)].

فهذه هي الصور الثلاث التي لا تخرج أعراف الناس عنها بحال من الأحوال، وعليه ينبغي أن نفهم معنى هذه القاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، والمقصود بها الأحكام المرتبطة من أصلها بما قد يتبدل ويتغير من أعراف الناس ومصالحهم التي لم يقض فيها بحكم مبرم، كتلك الأمثلة التي مرّ ذكرها في الصورتين الثانية والثالثة، أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان[(٣)].

---

(١) الهضيبي حسن إسماعيل: دعاة لا قضاة، أبحاث في العقيدة الإسلامية ومنهج الدعوة إلى الله، ط دار الصديقية للنشر، حسين داي الجزائر، ١٩٨٩م، ص٩٦.

(٢) الهضيبي: المرجع نفسه، ص٩٧.

(٣) السدلان: القواعد، ص٤٣٣.

ب ـ العوامل المؤثرة في تغير الأحكام (أسباب تغير الزمان):

الزمان ظرف يجمع عادات الناس وأحوالهم وعلومهم وضرورياتهم وحاجياتهم، وأوضاعهم التنظيمية والإدارية والإجراءات التي تحقق لهم المصالح وتدفع عنهم المضار، وهي تختلف من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان، ولذلك يمكن إرجاع أسباب تغيير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية إلى الأسباب التالية:

السبب الأول:

فساد أخلاق الناس وانحرافهم عن الجادة، وضعف الوازع الديني وفقدان الورع، وهو الذي سبب (فساد الزمان) حيث ينشأ عن ذلك تبدل وتشدد في بعض الأحكام، ومن أمثلة ذلك:

١ ـ كان النبي ﷺ أباح للنساء أن يخرجن للمساجد لحضور صلاة الجماعة، فقد روى البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تمنعوا إماء الله ـ النساء ـ مساجد الله**»[(١)]. واستمر ذلك على عهده ﷺ وعهد أبي بكر رضي الله عنه إلى أن منعهن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن الخروج إلى المساجد؛ لفساد الزمان، وتغير حال أهله، وتبدل حالة النساء، حيث حدث في عهده ما لم يحدث في عصر النبي ﷺ، وعهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه حتى قالت عائشة رضي الله عنها : «**لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما مُنِعه نساء بني إسرائيل**»[(٢)].

٢ ـ ومنها جواز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا؛ وذلك صيانة للمسجد عن العبث والسرقة.

---

(١) رواه البخاري، ح، ر (٩٠٠)، ومسلم ح، ر (٤٤٢)، وأبو داود ح، ر (٥٦٥، ٥٦٦)، والترمذي ح، ر(٥٧٠)، ورواه مالك في الموطأ، ١/ ١٩٧.

(٢) صحيح البخاري، ح، ر(٨٦٩)، كتاب صفة الصلاة، باب خروج النساء إلى المسجد بالليل والغلس، ورواه مسلم ح، ر(٤٤٥)، وأبو داود ح، ر (٥٦٩) واللفظ له.

٣ ـ ومنها أيضاً: تضمين الساعي بالفساد؛ لتبدل أحوال الناس، مع أن القاعدة: «الضمان على المباشر دون المتسبب»[(١)]، وهذا من باب الزجر للمفسدين.

٤ ـ ومنها أن المقرر في أصول المذاهب: المدِين تَنفُذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقوف، وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة فينفذ فيها التصرف، وهذا مقتضى القواعد القياسية، ولكن لما فسد الزمان، وخربت الذمم، وكثر الطمع، وقلّ الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها، أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة في وجهٍ عندهم، وهو ظاهر مذهب المالكية بعدم جواز ونفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله..[(٢)].

٥ ـ ومنها: «أن الأصل في بعض المذاهب الفقهية أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث، قال بعضهم: «الحاكم إلى نظره أحوج إلى أثره». أي إن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستنداً لقضائه، ويغني المدعي عن إثبات مدعاه بالبينة، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البينة، وفي ذلك أقضية مأثورة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره، ولكن لوحظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا، ولم يعد يختار للقضاة الأوفر ثقة وعفة وكفاية، بل الأكثر تزلفاً إلى الولاة، وسعياً في استرضائهم، وإلحافاً في طلب التوظيف.

لذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع، بل لا بد أن يستند قضاؤه إلى البينات المثبتة في مجلس القضاء، حتى

---

(١) سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة العدلية، المادة (٩٠)، ط إحياء التراث العربي، لبنان، ص ٥٩.

(٢) ابن رجب: القواعد، رقم القاعدة ١١، ١/ ١٤. ـ الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٤٥.

لو شاهد القاضي بنفسه عقداً أو قرضاً أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء، ثم ادعى بها أحدهما وجحدها الآخر، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلا بينة، إذ لو ساغ ذلك بعد ما فسدت ذمم كثير من القضاة لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى وسَلْبُه من الخصمين، فهذا المنع وإن أضاع بعض الحقوق لفقدان الإثبات، يدفع باطلاً كثيراً.

وهكذا استقر عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه على أن للقاضي أن يعتمد علمه في غير القضاء من أمور الحسبة والتدابير الإدارية الاحتياطية، كما لو علم بينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها، أو علم بغصب مال فإنّ له أن يحول بين الرجل ومطلقته، وأن يضع المال المغصوب عند أمين إلى حين الإثبات»[1].

السبب الثاني:

تغير العادات والأعراف التي جعلها المجتهد مناطاً لحكم شرعي، فإن هذا التغير يوجب تبدل الحكم وتغيره، ومن أمثلة هذا السبب:

١ ـ عادة قبض المهر قبل الدخول وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل.

٢ ـ سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار؛ لجريان العرف في الزمن القديم على بناء الدور ومشتملاتها على نمط واحد، ثم لما تغير عُرف الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى بعض الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة واحدة، بل لا بد من رؤية جميع مشتملات الدار[2].

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار شرح الدر المختار، ٤/ ٣٤٥، ٣٥٥. ـ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ط ١، المكتبة العصرية، لبنان ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م، ص ٢٧٧. ـ الزرقا، المدخل، ٢/ ٩٤٧، ٩٤٨. ـ نقل عن بعض فقهاء الإباضية قولهم: «الحاكم إلى نظره أحوج منه إلى أثره» ذكرها السالمي في العقد الثمين، ٣/ ١٤٦. ولعل في هذه المقولة علاقة بهذا الحكم.

(٢) زيدان عبدالكريم: المدخل، ص ١٠٢.

السبب الثالث:

حدوث معطيات علمية جديدة تستدعي تغير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة، ومن الأمثلة على ذلك:

أ ـ أن الفقهاء اختلفوا في أقصى مدة الحمل، فقال الزهري تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين، وقال عبادة بن العوام[١]: خمس سنين، وقال الليث: ثلاث سنين، وذهب جمهور الفقهاء من الإباضية والحنفية والمشهور عند المالكية والشافعية وأحمد إلى أنه سنتان، وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر[٢].

وقد أثبت الطب الحديث القائم على الملاحظة والتجربة أن أصح الأقوال: هو قول ابن حزم، وأنه لا يمكن أن يتأخر الحمل أكثر من شهر زيادة على التسعة أشهر، أما أقوال الفقهاء الآخرين فلم تكن مبنية على نص صريح من الكتاب والسُّنَّة، إنما كانت مبنية على ملاحظة النساء للحوامل، وعلى اختبار الأطباء في عصرهم، فلا يعمل بها[٣].

هذا وقد نقل المحقق علي يحيى معمر الرأي المعمول به عند الإباضية وغيرهم من الفقهاء في هذه المسألة، فقال تعليقا على موقف الجناوني وغيره من الإباضية من الفقيه أبي يوسف مجدول بن حسان[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ فقد روى عنه أنه طلق امرأته فماتت بعد سنتين فأخذ ميراثه منها فلم يحمد له ذلك قال معمر: «أبو

---

(١) من رواة الحديث لم نقف على ترجمة وافية عنه ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار، ٣/ ١٢٩. ابن أبي شيبة، المصنف، ٦/ ٥٧١.

(٢) علي يحيى معمر: الحاشية على كتاب النكاح، لأبي زكرياء يحيى الجناوني، ص٣١٦. ـ ابن قدامة: المغني، ٧/ ٤٧٧ ـ ابن قيم الجوزية: التبيان في أقسام القرآن، ص ٢١٢ ـ الحصني: كفاية الأخيار،، دار المعرفة بيروت، ١/ ١٤٨ ـ ابن حزم: المحلى شرح المجلى، دار الاتحاد العربي، القاهرة ١٩٦٨م، ١/ ٣١٦.

(٣) علي يحيى معمر: الحاشية، ص٣١٦. ـ شبير محمد عثمان: القواعد، ص ٢٦٤.

(٤) تقدمت ترجمته.

يوسف (مجدول) كان كأهل عصره جميعاً، يعتقد أن الجنين قد يبقى في بطن أمه عدة سنين، وقدا اختلفت آراء الفقهاء في هذا الموضع اختلافاً كبيراً، يرى بعضهم أن أطول مدة يمكن أن يبقى الجنين في بطن أمه سنة واحدة، وقال بعضهم سنتان وثلاث سنين وخمس وغير محدد، والقول المعمول به في المذهب سنتان، فما دامت المرأة تدعي أنها حامل فهي في العدة حسب التحديدات السابقة، فلما توفيت مطلقة أبي يوسف وهي تدعي أنها حامل منه أخذ منها ميراثه، فلم يحمد له المشايخ موقفه هذا وكانوا يحبون منه أن يتنزه عنه...»[١].

ويبيّن الشيخ علي يحيى معمر أن تلك الأقوال بعيدة عن الواقعية والحقيقة العلمية، حسب معطيات العلمية والطبية الجديدة فقال: «أما فيما يتعلق ببقاء الجنين في بطن أمه أكثر من مدة الحمل، فقد أثبت الطب اليوم بوسائله العلمية أن ذلك مستحيل، ومن السهل اليوم أن تعرض مدعية الحمل بعد مدته على الطب الشرعي، فيقرر ما إذا كانت حاملاً أو غير حامل، بل ربما كان من الأفضل أن تعرض نفسها بمجرد الطلاق أو خلال العدة حتى يؤكد الطب المبني على العلم، هل هي حامل أو غير حامل؟ حتى تنتفي كل الشكوك والشبه، وعرض المرأة نفسها على الطب الشرعي يقطع جميع الشبه والشكوك والمشاكل»[٢].

السبب الرابع:

تطور الأوضاع التنظيمية والترتيبات الإدارية المبنية على تلك الأسباب الاقتصادية وغيرها، مما يستدعي تغير الأحكام المبنية على تلك الأساليب والأوضاع، ومن الأمثلة على دلك:

١ ـ ما يتخذه الحكام وولاة الأمور من الوسائل والأنظمة والمظاهر في

(١) علي يحيى معمر: الحاشية على النكاح، ص٣١٦.

(٢) علي يحيى معمر: المرجع نفسه.

سياسة المُلك والإمارة وحفظ الأمن والنظام، فإن ذلك يختلف باختلاف عُرف الناس وعاداتهم بحسب الأزمة والأمكنة واختلاف البيئات والأمم والشعوب.

فقد جاء في الفروق للقرافي: «لما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان ـ عامله على إقليم الشام ـ قد اتخذ الحُجّاب، وأرخى الحجاب واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العليّة، وسلك ما يسلكه الملوك فسأله عن ذلك، فقال: إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا، فقال له: لا آمرك ولا أنهاك، ومعناه أنت أعلم بحالك، هل أنت محتاج إلى هذا، فيكون حسناً، أو غير محتاج فيكون قبيحاً، فدل ذلك من عمر وغيره على أنّ أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الإعصار والأمصار والأحوال، فلذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديماً، وربما وجبت في بعض الأحوال»[1].

٢ ـ كان في الماضي يتم النكاح بتحقيق أركانه المعروفة: من الزوج والزوجة والولي والشهود، وصيغة الإيجاب والقبول، وإعلان النكاح من غير حاجة إلى تسجيل أو توثيق للعقد في الجهات الرسمية في الحالة المدنية، ولكن لما تغيرت أعراف الناس وتطورت أساليب حياتهم أوجبت المحاكم الشرعية تسجيل عقد النكاح لدى المأذون أو الموثق أو في دار الحالة المدنية، ثم توثيقه بعد ذلك من القاضي أو نائبه في المحكمة، ويعطى الزوجان وثيقة رسمية بذلك.

٣ ـ وكان للتطور العالمي في ميدان التقنية العلمية، والتنمية الاقتصادية، والعلاقات بين الدول والشعوب، واتساع التجارة، وقيام الغرف التجارية، ووجود أوضاع حديثة في كثير من ميادين الحياة، اقتضى ذلك كله وضع تنظيمات إدارية متعددة، واستنباط أحكام جديدة تناسب أوضاع الناس، وتتمشى مع نمط حياتهم ومن ذلك:

---

(١) القرافي: الفروق، ٤/ ٢٠٣ - ٢٠٤.

أ ـ إلزام كل واحد بأن يحمل جواز سفر لا يستطيع السفر إلى خارج حدود البلاد التي هو منها إلا به، وكذلك إلزامه بحمل بطاقة التعريف الشخصية الوطنية؛ لإثبات هويته داخل وطنه، حتى يتمكن من أخذ حقوقه المادية والمعنوية.

ب ـ إلـزام أصحاب السـيارات على اختـلاف أنواعها بالترخيص من دائرة الترخيص أو المرور، ولا يتم الترخيص إلا بالتأمين على السـيارة تأميناً شـاملاً أو ضـد الغيـر، مما جعل العلمـاء يبحثون في موضوع التأمين على السـيارات وغيـره، لبيان حكمه الشـرعي، هل يجوز أم لا يجـوز؟ وما هي الحالات التي يجوز فيها التأمين؟[١].

وكذلـك إلـزام السـائقين الاختبـارات اللازمـة لمنحهـم رخصـة السـياقة، فلا يسمح لهم بها إلا بحملهم لها[٢].

ج ـ ومنها إنشاء المدارس، ومراحل التعليم المختلفة، والجامعات بأنواعها، وبناء المستشفيات، واتخاذ الوزارات المتخصصة.

د ـ إنشاء المحاكم على درجات مختلفة، وتحديد أحكام القضاة والمفتين بناء على الحوادث التي لا عهد للسلف بها، ولم ترد في كتبهم، فيستنبطون لها أحكاماً طبق القواعد التي جاءت بها الشريعة، وسيستمر هذا ما بقيت الحوادث متجـددة والأعراف متغيرة، ومـا ظلت حاجة الناس إلى القضاء والإفتاء، وهذا باق حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

ـ وهكـذا نجد في جميع المجالات مرونة وسـماحة فـي النواحي العلمية والتطبيقيـة، مما يتصل بالطرق والأسـاليب، لا بالمبادئ والأهداف. وبناء على ذلك، فالمجتمع المسلم مساير لركب التقدم والتطور فلا مانع أن يأخذ بأحدث الطـرق والوسـائل في تعبئـة الجيـوش، أو تنظيـم المواصلات، أو فـي توزيع البريـد، أو فـي تحسـين الإنتـاج، أو فـي تحديث الصناعـة أو الزراعـة، أو في

(١) بكلي عبدالرحمٰن بن عمر: فتاوى البكري، ط ١، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م، ١/ ٢٢٧، ٢٤٣.

(٢) الخياط عبدالعزيز: نظرية العرف، ص ٩٢٥. ـ السدلان: القواعد، ص ٤٣٩ - ٤٤٠.

تخطيط القرى والمدن، أو في حفظ الصحة العامة ومقاومة الأوبئة، أو في تسخير القوى الكونية بسلطان العلم لمصلحة الإنسان، أو نحو ذلك من كل ما يتعلق بالجانب العلمي، والإبداع المادي، والتنظيم العملي، بشرط أن لا يصطدم بأحكام الإسلام وقواعده[١].

السبب الخامس:

حدوث ضرورات وحاجات عامة تتطلبها الحياة المعاصرة مما يستدعي تغير الأحكام القديمة، ولأجل ذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والآذان والإقامة، وغيرها من الشعائر التعبدية، وكانت في القديم تؤدى تطوعاً، وما زالت في بعض البلاد لا يتقاضى عليها أجر.

ولما تغيرت أحوال الناس، وفترت هممهم عن أداء هذه الواجبات تطوعاً تغير الحكم السابق، وهو تحريم أخذ الأجرة على العبادات الواجبة، فأصبح القائمون بها لا يؤدونها إلا بأجرة، وقد علل بعض الفقهاء ذلك فقال: إن القيام بالعبادات الدينية والأعمال الواجبة، كالإمامة وخطبة الجمعة، وتعليم القرآن والعلم لا يجوز أخذ الأجرة عليه، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً؛ لأنه واجب ديني، غير أن المتأخرين من الفقهاء لحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات، وانقطاع الجرايات من بيت المال عن العلماء، مما اضطرهم إلى التماس الكسب، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بالأجر، لذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجور عليها، حرصاً على تعليم القرآن، ونشر العلم، وإقامة الشعائر الدينية بين الناس[٢].

---

(١) القرضاوي يوسف: الخصائص العامة للإسلام، دار غريب للطباعة، القاهرة، ١/ ١٩٤.

(٢) الشماخي: الإيضاح، ٦/ ٢١٢ - ٢٢٢. ـ ابن جعفر: الجامع مع الحاشية للمحقق جبر الفضيلات، ٥/ ١٣٩ - ١٤٠. ـ ابن عابدين: نشر العرف، ٢/ ١٢٥ - ١٢٦. ـ الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٤٨ - ٩٤٩. ـ الكاساني: بدائع الصنائع، باب شرائط المعقود عليه في الإجارة ٤/ ١٩١ - ١٩٢.

ـ ومن فروع هذا المبدأ الفقهي أيضاً: أن الشهود الذين يُقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً، أي ثقات، وهم المحافظون على الواجبات الدينية، المعروفون بالصدق والأمانة، وإن عدالة الشهود اشترطها القرآن لقبول شهادتهم، وأيدتها السُّنَّة، وأجمع عليها فقهاء الإسلام.

غير أن المتأخرين من فقهاء بعض المذاهب لاحظوا ندرة العدالة الكاملة التي فسرت بها النصوص، لفساد الزمن، وضعف الذمم، وفتور الوازع الديني، فإذا تطلّب القضاة دائماً نصاب العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات، فلقد أفتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل من القوم حيث تقل العدالة الكاملة. وكذلك قالوا إذا تعذر أو عُدم وجود القضاة العارفين بحل الأحكام الشرعية جاز أن يلي القضاء الأمثل فالأمثل[1]، ومعنى الأمثل فالأمثل: الأحسن فالأحسن حال بين الموجودين، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها الشرعي، أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية[2].

ـ وكذلك أفتى المتأخرون في إثبات الأهِلّة لصيام رمضان وللعيدين بقبول رؤية شخصين، ولو لم يكن في السماء علة تمنع الرؤيا من غيم أو ضباب أو غبار، بعد أن كان في أصل المذهب الحنفي لا يثبت إهلال الهلال عند صفاء السماء إلا برؤية جمع عظيم؛ لأن معظم الناس يلتمسون الرؤية، فانفراد اثنين بادعاء الرؤية مظنة الغلط أو الشبهة.

وقد علل المتأخرون قبول رؤية الاثنين بقعود همم الناس عن التماس رؤية الهلال، فلم تبق رؤية اثنين منهم مظنة الغلط إذا لم يكن في شهادتهما شبهة أو تهمة تدعوا إلى الشك والريبة[3].

---

(١) الخليلي أحمد: المرجع السابق، ج٧/ ص١٥١.

(٢) الطرابلسي علاء الدين علي بن خليل: معين الحكام، (ت: ٨٤٤هـ، القسم الثاني، الباب ٢٢، ص١٤٥. ـ الزرقا، المدخل، ٢/ ٩٤٩.

(٣) أبو ستة: العرف والعادة، ص١١١، ١١٢. ـ الزرقا: المدخل، ٢/ ٩٤٩.

خلاصة القول:

فهـذه نمـاذج قليلة من كثير من المسـائل التـي تغيرت فيهـا الآراء الفقهية والفتاوى وعمـل القضاء، لا لاختلافٍ في الأنظار والمبادئ الفقهية التي بُنيت عليها الأحكام الأولى، بل بسـبب تغير الزمان وفسـاد الأخلاق العامة، كقعود الهمم عن رصد الهلال، وفسـاد الذمم في المعاملات، وفُشـوّ الظلم، وضعف الوازع الديني عن أكل الحقوق بالباطل[١].

كما أن الشريعة الإسلامية تساير في كل العصور تطورات الزمن، وتواكب مقتضيـات الحياة على اختلاف صورها وألوانها، وتنسـجم مـع جميع الوقائع والحوادث المتجددة في كل زمان ومكان، ولا تقف أمامها جامدة، ولا تضيق قواعدهـا وأصولهـا العامـة بحاجـات النـاس، ولا تعجـز عـن حـل مشـاكلهم الاجتماعيـة والفرديـة ومختلـف الشـؤون، مهمـا تغيـرت الأحـوال، وتبدلـت الظروف، ومهما تطورت وسائل المعاملات بين الناس، وتعددت صور الحياة وتنوعت مطالبها[٢].

ج ـ المقصود الشرعي من تغيّر الزمان:

إن المقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان هو تحقيق المصالح ودفع المفاسـد، ورفع الحرج عنهم، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحـج: ٧٨)، ورفـع الحـرج بمراعـاة عـادات النـاس وأعرافهـم الصالحـة، وكذلـك اعتبـار المصالح يقتضـي اعتبار العادات فـي الأحكام الشرعية[٣].

---

(١) الزرقا: المرجع نفسه، ٢/ ٩٥٠.

(٢) النجار السيد: أثر العرف في التشريع، ص ١٠٢.

(٣) الشاطبي: الموافقات، ٢/ ٢٨٨ ـ شبير: القواعد، ص ٢٤٧، ٢٦٥.

خامساً: تطبيقات القاعدة:

هـذه القاعـدة تتعلـق بكثيـر مـن أبـواب الفقـه، وتطبيقاتهـا كثيـرة لا تعد ولا تحصى، وقد وردت في المصادر الإباضية فروعا فقهية عديدة تجسد هذه القاعدة، أشرنا إلى بعضها في المسائل السابقة عند الحديث عن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمـان، والعوامل التي تسـبب بتغيرها، ولا بـأس أن نذكر أمثلة أخرى تطبيقا للقاعدة، من ذلك:

١ ـ في حكم خروج النساء لصلاة العيدين:

كره بعض العلماء المتأخرين خروج النسـاء إلى صلاة العيدين لما يُحدثن من مفاسـد منهي عنها، كالتبرج والاختلاط بالرجال وغيرها، قال السـالمي في هـذا الصدد «قلـت: لكل ما ذكروه من التعليل قـاض بالكراهة، وقد تقدم قول عائشـة في منعهن من المسـاجد باختلاف الأحوال، وقد كره خروجهن بعض المتأخرين أيضاً لخوف المفاسـد المتولدة من خروجهن، على أن الشـارع إنما أمرهن بالخروج لما تقدم من المصالح، وإذا كان خروجهن على خلاف ذلك اقتضى الكراهة بل المنع، والأحوال تختلف، ولكل نازلة حكم...»[(١)].

أمـا إذا أمنـت الفتنـة، والتزمت النسـاء بالآداب الشـرعية فـي خروجهن وحضورهـن المسـاجد، فلا مانع من ذلك؛ لأن الأحـكام تتغير بتغير الأزمان والأخـلاق العامـة، وينبّه السـالمي إلى أنّ جـواز خروج المرأة فـي العيد قد «قيّده بعض المتأخرين بأن تكون غير مشـتهاة في ثياب بذلة بإذن حليلها مع الأمـن مـن المفسـدة، بـأن لا يختلطـن بالرجال، ويكـنّ خاليات مـن الحلي والحلـل، والبخور والشـموم، والتبختر والتكشـف، ونحوها ممـا أحدثن في هذا الزمان من المفاسد»[(٢)].

---

(١) السالمي: معارج الآمال، ١١/ ٧٣ وما بعدها.

(٢) السالمي: المرجع نفسه، ١١/ ٧٢ - ٧٣.

٢ ـ في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع:

يرى جمهور الفقهاء أنه يجوز للمرأة أن تشهد في الأمور الخاصة بالنساء كالعورات والإرضاع، ويمكن الاقتصار على شهادة امرأة واحدة إن لم يوجد غيرها ما دامت أهلاً للثقة، ولكن لما تغيرت أخلاق الناس بفساد الزمان لم يعترف بعض الفقهاء بشهادة امرأة واحدة في الرضاع لأنها مظنة للريبة والشك والإفساد بين الزوجين.

نقل السالمي رأي الإباضية في هذه المسألة فقال: «ثبت في السُّنَّة أنه يقبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع ولا يشترط فيها العدالة، ولكن لما تغير الزمان فأصبحت النساء يسعَيْن إلى إفساد النكاح بشهادتهن اشترط بعض الفقهاء أن تكون الشاهدة عدلة وإلا لا تقبل شهادتها، قال موسى بن علي: لا أقبل في هذا الزمان قول امرأة في الرضاع بعد عقد النكاح إلا عدْلة، لما ظهر من الفساد؛ لأن الناس إذا شاؤوا فساد النكاح أحضروا امرأة فشهدت بالرضاع...»[(١)].

٣ ـ في الزكاة بالسنة الشمسية:

أجاز بعض فقهاء الإباضية أن يخرج التاجر زكاة أمواله بالسنة الشمسية بدل السنة القمرية مع مراعاة الفارق بينهما، وقالوا لا مانع أن يحدد لنفسه شهراً قمريّاً ويقدر له حسب ظروفه التجارية.

---

(١) يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري وغيره ـ كتاب الشهادات، باب شهادة الإماء والعبيد ـ حديث: ٢٥٣٧ عن عقبة بن الحارث: «أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، قال: فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فأعرض عني، قال: فتنحيت، فذكرت ذلك له، قال: «**وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما**» فنهاه عنها. وفي رواية عنه في كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة ـ حديث: ٤٨١٧ بزيادة بلفظ «...فقالت: وهي كاذبة، فأعرض عني، فأتيته من قبل وجهه، قلت: إنها كاذبة، قال: «**كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، دعها عنك**» ـ السالمي، المرجع السابق، ٣/١١٦.

جاء في فتاوى البكري سؤال مفاده: «بما أن المعتبر في الزكاة هي السنة القمرية، فكيف يمكن الانتقال من الشمسية إلى القمرية؟».

فأجاب: «من أراد نقل زكاته من السنة الشمسية إلى السنة القمرية فليتخذ له شهراً قمريّاً معيناً، كرمضان أو محرم قبل أجل تقويمه على رأس السنة الشمسية، ثم يعتمد في إخراج زكاته على آخر تقويم سبق، وهكذا يزكي في شهره المعين من كل سنة قمرية على آخر تقويم له في السنة الشمسية على ما قرره بعض المحققين.

وبيان ذلك: أن المعتبر في الزكاة إخراجها لدى رأس كل سنة قمرية لا شمسية، وحيث أن التجار يجرون تقويمهم لدى كل سنة شمسية للإجراءات العامة التي تتعلق بالأحوال التجارية من مغارم ومحاسبات وأجور، وغير ذلك ما أصبح عرفاً عامّاً في عالم الاقتصاد، الأمر الذي يصعب معه على التاجر الخروج من إطاره، فيتجاذبه عاملان: عامل المحافظة على زكاته، وهذا يفرض عليه مراعاة السنة القمرية، وعامل نظام التجارة العام، وهذا ما تقتضيه السنة الشمسية، فللتوفيق بينهما يتحتم عليه قبل أجل تقويمه على رأس السنة الشمسية أن يتخذ لزكاته شهراً قمريّاً معيناً كرمضان مثلاً، ويزكي على آخر تقويم سبق، وهكذا تكون زكاته لدى رأس كل حول قمري.

هذا ويجب على الذي كان يزكي بالسنة الشمسية أن يحتاط لزكاته تبعاً لطول مدتها أو قصرها، ونظراً لكثرة ماله أو قلته؛ لأنه يأكل زكاة سنة كاملة في كل ثلاث وثلاثين سنة، فليحتط استبراء لدينه وعرضه»[1].

٤ ـ في دخول بيوت المجرمين دون إذنهم:

جوَّز الفقهاء إحداث أحكام سياسية لقمع أرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان، كدخول أوكار الفساد دون إذن أصحابها، وأوّل من فعل

(١) بكلي عبدالرحمٰن: فتاوى البكري، ط ٢، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٢/ ١٦٦.

ذلك عمر بن عبد العزيز، فإنه قال: «ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»[١].

ومن ذلك أن الأصل المنع للقائم بالأمر أو من قام مقامه من الدخول على الناس في بيوتهم، وخرق ستورهم بلا إذن؛ بغية تغيير المنكر لأنه تجسس ممنوع شرعاً، ولو أبيح لربما وجد بعض القائمين على الأمر سبيلاً إلى نيل مآرب خاصة بهم، ولذا اشترطوا أن يكون المنكر المراد تغييره ظاهراً غير مستور، هذا هو الأصل هنا، لكن بعض العلماء، قالوا: إذا تبين في زمن من الأزمان أن المنع من ذلك جرّأ الناس على ارتكاب المنكرات في السّرِّ حتى أفضى هذا الحال إلى فساد المجتمع، وتعذر قطع مادة الفساد بدون ذلك، ففي هذه الحالة لا بد من إباحة اقتحام بيوت الفساد ومباغتة المفسدين؛ لِكفّ الأذى ودفع المظالم والمنكرات، سرها وجهرها ما أمكن؛ لأنه مثلاً في حالة شُرب أصحاب البيت الخمرَ سرّاً حتى يبلغوا حدّ السكر، ثم يخرجوا إلى الشارع فلا نأمن منهم حدوث أضرار في الأنفس والأموال والأعراض، فإذا تكرر ذلك منهم بعد إنذارهم وجب توقيف هذا الفساد واجتثاثه من جذوره بأية وسيلة ممكنة، ولا يكون إلا بخرق ستورهم وكشف سِرّهم لإلقاء القبض عليهم وهم متلبسين بالجرم، ولعل هذا ينطبق أيضاً مع بيوت الدعارة لشدة خطرها على الفرد والمجتمع[٢].

٥ ـ في سفر المرأة من وادي ميزاب إلى خارجه:

ـ أباح الإسلام للمرأة أن تسافر من بلدها إلى بلد آخر مع محارمها متسترة، ولكن لو طرأت ظروف جديدة تعرضها للخطر فلا يجوز ذلك ولو كان ذلك مع ذي محرم، مثل: ظروف الحرب، أو تسافر إلى بلد لا تأمن فيها على نفسها وشرفها، كالبلدان الأجنبية، وقد راعى فقهاء الإباضية في وادي ميزاب هذا

(١) الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، ص ١٧٤.

(٢) الخليلي: التمهيد، ٧/ ٥٥.

الجانب فأصدروا حكماً عامّاً اتفقوا عليه بمنع المرأة من السفر إلى خارجه، لما كان وادي ميزاب يرزح تحت نير الاستعمار لأجل المحافظة على سلامة المرأة ووحدة المجتمع.

ومما جاء في هذا القرار بنصه: «هذا وقد اجتمعت عزابة سبعة قصور وادي ميزاب واتفقوا على... أننا لا نرضى لميزابي بإخراج زوجته أو بنته أو حرمة كانت إباضية مطلقاً من وادي ميزاب إلى بلدة من سائر البلدان مطلقاً غير واحدة من القرى السبع، أي القرارة ـ بريان ـ غرداية ـ مليكة ـ بني يسجن ـ بنورة ـ العطف، فجعلنا ذلك حدّاً محدوداً وحائطاً مشيداً مرصوصاً وسدّاً وثيقاً، فمن تعداها فقد تعدى حدود الله ولزمته دعوة السوء من المذهب، وعليه اللعنة والخزي في الحياة الدنيا والآخرة...».

وعلل هؤلاء الفقهاء هذا الحكم بضعفهم أمام سلطة الاستعمار الفرنسي فلا طاقة لهم في معارضها، ولا قدرة لهم في منع النساء من السفر ما دامت الحكومة الفرنسية المستعمرة تبيح ذلك وأضافوا في بيانهم ما نصه: «معشر الإخوان، إننا لا نقدر على إبطال الجمهورية ولاحق لنا ولا طاقة لمعارضتها، فإن الدولة لا تمنع من فعل ذلك (أو)[1] أراد يفعل ذلك، فنحن لا نجهل ذلك إلا أننا نحذّركم وننذركم ما لا يرضى به المسلمون، فإن عقوبة ذلك خسراناً مبيناً؛ لأن هذا مما تسوؤنا عقباه وديننا وأعراضنا وبدعة في سيرتنا والله على ما نقول وكيل»[2].

ولا شك أن اتفاق فقهاء الإباضية على منع المرأة في تلك الفترة جاء تطبيقا للقاعدة الفقهية «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

---

(١) «أو» كذا في الأصل، والأَوْلى أن يقول: «من» ليستقيم المعنى.

(٢) بعمارة عيسى: من أرشيف ميزاب اتفاقيات المجالس العامة لميزاب (ط ١٤٠٥هـ ـ ١٩٢٨م، طبعة دار الشهاب باتنة، وقع هذا الاتفاق في ٠٦ جوان عام ١٣٤٦هـ الموافق لـ ٢٨ مارس ١٩٢٨م).

ولما استقلت الجزائر عن فرنسا وعاد الحكم إلى المسلمين أباح بعض فقهاء الإباضية سفر المرأة إلى خارج ميزاب مع شرط التقيّد بالضوابط الشرعية.

جاء سؤال في فتاوى الشيخ بيوض مفاده: «هل يجوز للرجل أن يسافر بزوجته إلى بلد أوربية؟».

فأجاب: «يجوز للرجل أن يسافر إلى أيّ بلد شاء شرط أن يصونها ويحفظها ويمنعها من التبرج والسفور المحرَّم شرعاً، إذا كان يمكنه أن يقيم شعائر دينية في ذلك البلد، ويحرم عليه أن يسافر إلى بلد كفر لا يستطيع أن يؤدي فيه شعائر دينه...»[1].

وقد أيّد الشيخ بيوض رَحِمَهُ اللَّهُ إجماع علماء ميزاب الإباضية ومنع المرأة من السفر خارج ميزاب ـ ولو مع محارمها ـ لما قد تتعرض إليه من مفاسد تضر بدينها وشرفها.

وجاء في سؤال آخر ورد عليه بما نصه: «ما حكم خروج المرأة من وطنها؟».

فقال: «أما إخراج المرأة من وطنها فليس بمحرم شرعاً، لكن سلفنا بميزاب لما رأوا ما تتعرض له من المفاسد والشرور، وما يترتب على الهجرة من خراب الوطن الذي فروا إليه ولجؤوا إلى حماه للمحافظة على دينهم، اتفقوا على تحجير الهجرة بالمرأة فجرى العمل بذلك، وأذعن له الناس لاقتناعهم بفائدته وصلاحه، وها هو الزمان قد جاء مصداقاً لما رأوا إذ انتشر الفساد فيه، وتفتحت أبوابه وسهلت أسبابه، وعز فيه أمر صيانة الحريم وحياطته في غير ميزاب، فالأولى العمل بذلك الاتفاق والدفاع عنه، ونهي الناس عن الهجرة بالمرأة وصدهم عن ذلك بمختلف الوسائل إلا إذا

(١) بيوض إبراهيم بن عمر: فتاوى الإمام الشيخ بيوض، ٢/ ٧٠٩- ٧١٠.

حدثت «ضرورة فإنها تقدر بقدرها» ولا يمكن أبداً فتح الأبواب على مصاريعها فإن الفساد فيه محقق...»[1].

ولا شك أن الشيخ بيوض رَحِمَهُ اللَّهُ قد استند في حكم هذه المسألة إلى قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، وفيه إشارة أيضاً إلى قاعدة أخرى وهي: «دفع المفاسد أولى من جلب المصالح».

(١) بيوض: المرجع السابق، ٢/ ٧١٠، ٧١١.

الفهـرس

الفصل الرابع

القاعدة الكلية الكبرى الرابعة: «الضرر يزال» أو «لا ضرر ولا ضرار» وما تفرع عنها

المبحث الأول: حقيقة القاعدة ٧

المطلب الأول: أهمية القاعدة ومكانتها عند الإباضية ٨

المطلب الثاني: مدلول القاعدة ١١

المطلب الثالث: علاقة قاعدة: «الضرر يزال» بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» ١٧

المطلب الرابع: ما يبنى على هذه القاعدة من أبواب الفقه ١٩

المبحث الثاني: تأصيل قاعدة: «الضرر يزال» ٢١

المبحث الثالث: أنواع الضرر، ضوابطه وطرق إزالته ٤١

المطلب الأول: أنواع الضرر ٤١

المطلب الثاني: ضوابط الضرر ٤٧

المطلب الثالث: طرق إزالة الضرر ٥٢

المبحث الرابع: تطبيقات وفروع القاعدة ٥٩

المطلب الأول: في العبادات ٦٠

المطلب الثاني: في المعاملات ٧١

المطلب الثالث: في الأحوال الشخصية ٩٩

المطلب الرابع: في باب الحقوق ١٠٨

المطلب الخامس: في باب الجنايات والمظالم ١١٧

المبحث الخامس: القواعد المندرجة تحت قاعدة: «الضرر يزال» **١٢٣**

المطلب الأول: قاعدة: «الضرر يزال بقدر الإمكان» ١٢٤

المطلب الثاني: «الضرر لا يزال بمثله أو بأعظم منه» ١٣٦

المطلب الثالث: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»
أو «ارتكاب أخف الضررين أو أهون الشرين» ١٤٨

المطلب الرابع: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» ٢٠١

المطلب الخامس: قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» ٢١٧

المطلب السادس: قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع» ٢٥٠

المطلب السابع: قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً» ٢٥٧

الفصل الخامس

القاعدة الفقهية الكبرى الخامسة: «العادة محكمة» وما تفرع عنها

المبحث الأول: حقيقة القاعدة **٢٦٩**

المطلب الأول: أهمية القاعدة ومكانتها عند الإباضية ٢٧٠

المطلب الثاني: مدلول القاعدة ٢٧٣

المبحث الثاني: أنواع العرف والعادة وشروط اعتبارهما في الأحكام الشرعية **٢٨١**

المطلب الأول: أنواع العرف والعادة ٢٨٢

المطلب الثاني: شروط العرف والعادة واعتبارهما في الأحكام الشرعية ٢٩٦

المبحث الثالث: تأصيل القاعدة **٣٣٧**

المطلب الأول: الأدلة من القرآن الكريم ٣٣٨

المطلب الثاني: الأدلة من السُّنَّة النبوية وآثار الصحابة ﷺ ٣٥١

المطلب الثالث: الاستدلال بالإجماع والقياس ٣٧١

المبحث الرابع: تطبيقات قاعدة: «العادة مُحَكَّمة» وفروعها المتخرجة عليها **٣٧٥**

المطلب الأول: تحكيم العرف والعادة في العبادات ٣٧٦

المطلب الثاني: تحكيم العرف والعادة في المعاملات ٤١٦

المطلب الثالث: تحكيم العرف والعادة في الأحوال الشخصية ٤٦٨

المطلب الرابع: تحكيم العرف والعادة في الحقوق والآداب العامة ٤٨٤

المطلب الخامس: تحكيم العرف والعادة في الجنايات والعقوبات ٤٩٨

المبحث الخامس: القواعد الفقهية المتفرعة عن القاعدة الكلية الكبرى «العادة محكمة» **٥٠٧**

المطلب الأول: القواعد الفرعية المعبِّرة عن بعض شروط العرف والعادة ٥٠٩

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المعبرة عن تأثير العرف العملي في الأحكام ٥٣٤

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المعبّرة عن تأثير العرف القولي في الأحكام ٥٤٧

المطلب الرابع: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» ٥٩٤