

اللفظ الخاص وتطبيقه

٥. عجيل جاسم النشوي

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا. وبعد.

فإن مبحث «الخاص» من مباحث الدلالات الهامة في باب طرق استنباط الأحكام من النصوص. وبدون الإحاطة والإدراك لهذا المبحث لا يعد الناظر في الدليل مؤهلاً لإصدار الحكم، بحيث ينسب إلى الشرع، إذ نسبة لحكم إلى الشرع لا يكون إلا عمن حاز شروط الاجتهاد وتأهل للنظر، وإدراك الخاص ومتعلقاته من مفردات هذه الشروط.

ويلزم معرفة الخاص أيضاً لمن ينظر في النصوص القانونية، ليستخرج منها حكم الحوادث والقضايا، وذلك لاتحاد الغرض وهو الحكم - واتحاد أدواته - وهي اللغة العربية - بالنسبة للنظر الشرعي والقانوني.

ويعد الأصوليون «الخاص» أحد أقسام اللفظ، من حيث دلالته على المعنى، فهو بهذا الاعتبار يقسم إلى خاص وعام، ومشترك ومؤول^(١).

ويندرج تحت الخاص: المطلق والمقيد، والأمر والنهي، وذلك لأن الخاص - كما سيتبين - لفظ وضع وضعاً واحداً للمعنى واحد للدلالة على معنى واحد أو متعدد، لكنه محصور، وهذا يصدق على المطلق والمقيد والأمر والنهي، لأنها ألفاظ وضعت وضعاً واحداً للمعنى واحد، هو ما تدل عليه.

وسنقتصر ههنا على «الخاص» مع استيفاء متعلقاته، ونغيز هذا البحث بأمرين :

(١) كشف الأسرار ٢٨/١، وأصول السرخسي ١٢٤/١

الأول : صياغة مادته وأسلوبه من أمهات كتب أصول الفقه التي راعت سهولة العبارة عن صعوبتها، كما هو حال كثير من كتب الأصول، وفي هذا النهج تَعَوَّدُ على أساليب الأصوليين، وتمكن من الرجوع إلى كتبهم، وفهم عباراتهم.

والثاني : تذييل أجزاء البحث في قواعد الخاص بتطبيقات هي أثر هذه القواعد وهذه التطبيقات في شقين : شرعي وقانوني.

وقد تقسم البحث بناء على هذا إلى مبحثين

المبحث الأول : في تعريف الخاص وحكمه، وهما فرعان.

والمبحث الثاني : في أقسام الخاص وهي ثلاثة :

القسم الأول : المطلق والمقيد، وفيه ستة فروع، الخامس والسادس منها في التطبيقات الفقهية والقانونية.

والقسم الثاني : في الأمر، وفيه سبعة فروع، السابع منها في التطبيقات الفقهية.

والقسم الثالث : في النهي وفيه خمسة فروع، الخامس منها في التطبيقات الفقهية.

المبحث الأول تعريف الخاص وحكمه

الفرع الأول : تعريفه :

الخاص في اللغة : هو المنفرد، يقال : اختص فلان بالأمر، انفرد به .
وعرف في الاصطلاح بأنه : اللفظ الدال على مسمى واحد بوضع واحد، أو لكثير.

وفي الاصطلاح عرف بأنه : كل لفظ وضع لواحد، أو لكثير محصور وضعا واحدا^(١) فيشمل الخاص ثلاثة أنواع : خاص شخصي كأسماء الأعلام مثل : محمد وعلي . وخاص بالنوع مثل : رجل وامرأة وفرس، وخاص بالجنس مثل : إنسان . ويشمل كذلك الأعداد المحصورة مثل : ثلاثة وعشرة .

وقد حرر الأمدى معنى الخاص فقال : الخاص قد يطلق باعتبارين .

الأول : وهو اللفظ الواحد الذى لا يصلح مدلوله لاشتراك كثيرين فيه ، كأسماء الأعلام من زيد وعمر ونحوه .

والثاني : ما خصوصيته بالنسبة إلى ما هو أعم منه وحده : أنه اللفظ الذى يقال على مدلوله : وعلى غير مدلوله ، لفظ آخر من جهة واحدة ، كلفظ الإنسان ، فإنه خاص ، ويقال على مدلوله وعلى غيره - كالفرس والحمار - : لفظ الحيوان من جهة أخرى^(٢) .

(١) التلويح على التوضيح شرح التنقيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، والتلويح هو لسعد الدين التفتازانى ٢٧٥/١ الطبعة الأولى - المطبعة الخيرية ، وانظر في ذلك أصول السرخسي ١٢٤/١ .

وجمع الجوامع للإمام ابن السبكي ، ومعه حاشية العطار ٣٠/٢ ، مطبعة مصطفى محمد - بمصر ، ومختصر المنتهى بشرح العضد ١٢٩/٢ ، وأصول السرخسي للإمام أحمد بن سهل السرخسي ١٢٤/١ ، مطابع دار الكتاب العربي ١٣٧٢ هـ ، وإرشاد الفحول ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني - الطبعة الأولى - مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م بمصر .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام / للإمام علي بن أبي علي بن محمد الأمدى ٥٥/٢ - مطبعة صبيح ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م بمصر .

الفرع الثاني : حكم الخاص :

اتفق الأصوليون على أن دلالة الخاص قطعية، فإذا ورد لفظ خاص فدلالته على معناه قطعية، فهو ظاهر في المعنى الدال عليه، ولا ينصرف إلى غير ما دل عليه إلا بقرينة تصرفه.

فألفاظ الأعداد - مثلا - قطعية في دلالتها، كما في قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فلفظ الثلاثة وضع قطعاً للدلالة على العدد المذكور، ولا يحتمل حينئذ زيادة ولا نقصا، ولذا قوي احتاج الحنفية في أن المراد من القراء هنا الحيض لا الطهر، كما ذهب إليه الشافعي، لأن القول: بأن المراد الطهر يترتب عليه تخلف موجب الخاص، وهو الدلالة على العدد المذكور، لأننا عند احتساب الطهر الذي طلق فيه تكون العدة طهرين وبعض طهر، وإن لم نحسب هذا البعض تكون العدة ثلاثة أطهار وبعض طهر وفي كلا الحالتين لم يعمل بمبدل لفظ الثلاثة.

وأما ما دلت القرينة على صرفه عن معناه الخاص به، فمن مثل ما قاله الحنفية في قوله ﷺ : «في كل أربعين شاة شاه» : بأن المراد الشاة وقيمتها، وإن كان اللفظ خاصا في الشاة، لأن قصد الشارع هنا هو مصلحة ونفع الفقراء.

المبحث الثاني أقسام الخاص

تبين من تعريف الخاص : أنه لا يخرج عن كونه لفظا وضع لواحد أو لمتعدد محصور، ولما كان هذا الوصف للخاص ينطبق على المطلق والمقيد، والأمر والنهي باعتبارها ألفاظا وضعت وضعا واحداً لمعنى واحد هو المعنى الذى تدل عليه بذاته . كان المطلق والمقيد، والأمر والنهي ، من أفراد أو أقسام الخاص . لأن الخاص قد يرد مطلقاً عن المقيد، وقد يرد مقيداً، فهذا هو انقسامه إلى مطلق ومقيد، وقد يرد بصيغة الأمر، أو بصيغة النهي، فهذا انقسامه إليهما.

القسم الأول المطلق والمقيد

الفرع الأول : تعريف المطلق والمقيد :

عرف بعض الأصوليين المطلق بأنه «ما دل على شائع في جنسه»^(١)، ومعنى هذا أن يكون حصة محتملة لخصص كثيرة، مما يدرج تحت اللفظ . وحينئذ يرادف المطلق النكرة لأن النكرة وهي ما دل على فرد شائع من أفراد جنسه^(٢) . وعرفه بعضهم بأنه «ما دل على الماهية بلا قيد» .

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٥٥/٢، وإرشاد الفحول ١٤٦، وتنقيح الفصول ٣٨.

(٢) اختلف الأصوليون في المطلق، هل هو فرد من أفراد النكرة، أو ليس فرداً منها؟ وإنما هو مغاير لها؟ فذهب الأمدى وابن الحاجب : إلى أن المطلق فرد من أفراد النكرة، وذلك الفرد هو النكرة المحضة، أي التي لم تقيد بوحدة ولا بغيرها . فالمطلق عندهما : هو ما دل على شائع في أفراد جنسه من غير تقييد بوحدة ولا بكثرة : مثل رقبة وإنسان، وذهب ابن السبكي والبيضاوي وغيرهما : إلى أن المطلق يباين النكرة . فالنكرة عندهم : ما دل على شائع في جنسه سواء كان الشائع واحداً كرجل، أو مثني كرجلين، أو جمعا كرجال . والمطلق عندهم : ما دل على الحقيقة من غير تقييد . فالإنسان حقيقته الحيوان الناطق مثال المطلق : الرجل خير من المرأة . أي حقيقة الرجل خير من حقيقة المرأة، فالمراد من كل منهما الحقيقة دون الأفراد، لأن من أفراد النساء ما هو خير من بعض أفراد الرجال . يراجع الأسنوى بشرح زهير ١٩٧/٢ .

ومثال المطلق : قوله تعالى في كفارة اليمين : «أو تحرير رقبة» فلفظ «رقبة» هنا مطلق عن القيد، فيشمل الرقبة المؤمنة والكافرة.

وعرف الأصوليون المقيد بما يقابل المطلق فقالوا : هو ما دل لا على شائع في جنسه أو هو «ما دل على الماهية بقيد من قيودها»، أو «ما كان له دلالة على شيء من القيود»^(١).

ومثال المقيد قوله تعالى في كفارة القتل : «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة». فلفظ رقبة مؤمنة دل على الرقاب المؤمنة فحسب، دون الرقاب الكافرة.

الفرع الثاني : حكم المطلق والمقيد :

الخاص قطعي في دلالاته، ويعمل به على ما دل عليه من معنى، ما لم يقم دليل على خلافه، فإذا ورد مطلقاً وجب العمل به على هذا الإطلاق، حتى يأتي ما يقيد به. وإذا ورد مقيداً فيعمل به مع قيده، حتى يقوم الدليل على إطلاقه. ومثال ما ورد مطلقاً ولم يرد ما يقيد به قوله تعالى في المحرمات «وأمهات نسائكم، وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم» فلفظ «نسائكم» مطلق غير مقيد بما قيد به ما بعده، فتكون أم الزوجة محرمة مطلقاً، سواء دخل بالزوجة أم لم يدخل. لكن لفظ «نسائكم» الوارد في ذات الآية ثمانية ورد مقيداً بالدخول، فأفاد أن الربيبة لا تحرم إلا بالدخول بأمرها.

ومثال ما ورد مطلقاً وقام الدليل على تقييده : قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ فلفظ «الوصية» جاء مطلقاً عن القيد بمقدارها، لكن هذا الإطلاق لم يبق على ما دل عليه، وإنما جاء ما يقيد به، وهو قوله ﷺ لسعد حين أراد أن يوصي بماله كله أو نصفه في مرضه : «الثلث، والثلث كثير» فلزم هنا حمل الآية على ما قيدت به السنة.

وقد يرد الخاص مقيداً لكن الشارع يلغي اعتبار القيد، كما في قوله تعالى في الآية السابقة في المحرمات : «وربائبكم اللاتي في حجوركم» فتقييد حرمة الربائب باللاتي في الحجور، قيد غير معتبر، فتحريم الربيبة على زوج أمها وإن لم تكن في حجره.

(١) جمع الجوامع ٧٩/٢، وقد ناقش ابن السبكي تعريف ابن الحاجب السابق، وهو اختيار الأمدي وانظر : إرشاد الفحول ١٦٤، وتنقيح الفصول ٣٩

الفرع الثالث : حمل المطلق على المقيد :

الخطاب إذا ورد مطلقا لا مقيدا حمل على إطلاقه وإن ورد مقيدا حمل على تقييده، - كما رأينا - فهذا ليس محل خلاف، لكن إن ورد مطلقا في موضع، ومقيدا في موضع آخر، فذلك الذي اختلف فيه الأصوليون تبعا لأقسامه أو أحواله. وله أحوال أربعة :

الأول : أن يكون الإطلاق والتقييد متحدا في الحكم والسبب، كقوله تعالى في كفارة اليمين : «فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام»، فهي مطلقة عن التتابع مع قراءة ابن مسعود «فصيام ثلاثة أيام متتابعات المقيدة بالتتابع».

فالسبب أو الموضوع في الآيتين والقراءتين واحد. وهو اليمين والحكم فيهما واحد وهو وجوب الصوم ثلاثة أيام.

فالتعارض بين القراءتين واقع لابد من دفعه ورفع، وذلك بحمل القراءة المطلقة على القراءة المقيدة، فيعمل حينئذ بالقراءتين. وذلك عند الحنفية الذين يعتدون بالقراءة الشاذة. وأما من لا يعتد بها - كالشافعية - فإنهم يلجأون إلى أدلة أخرى لحمل المطلق على المقيد^(١).

وقد يرد على كلام الحنفية هذا: أن المطلق والمقيد ههنا قد اختلفا من حيث القطع والظن، فإن القراءة الشاذة ظنية ليست متواترة. فكيف تقييد القطعي، وهذا يأتي بالبطلان على اشتراطهم في حمل المطلق على المقيد، إذا لم يكن مقارنا أن يكون المقيد قطعيًا. لأن القيد عندهم زيادة على النص، ولا تقبل الزيادة على القطعي بظني^(٢).

(١) ولا يعني ذلك خلافا بين الحنفية والشافعية في أصل المسألة، وإنما هو خلاف في التطبيق وتحقيق المناط.

(٢) يراجع أصول الفقه للشيخ الخضرى ٢١١، ففيه استشكال يلتقي مع ما ذكرناه هنا. وفي هذا الباب فائدة نفيسة ذكرها محب الله بن عبد الشكور يحسن التنويه بها، فقد قال في معرض الكلام عن القراءات الشاذة : «يظهر مما ذكرنا أن نسبة القراءات الشاذة نحو «متابعات» إلى ابن مسعود غير صحيح، لأنه لم ينقله قرآنا، لأنه لو كان عنده من القرآن لكان مقروءا في هذه القراءات، لأنها تنتهي إليه. وأيضا ربما أن ابن مسعود قرأ «متابعات» أو كتبه في مصحفه على وجه التفسير، فوهم الراوى لعدم تعمقه، أنه من القرآن عنده، أو كان قرآنا فكتبه ثم نسخ تلاوته، فلم يقرأ أصحابه، ثم خلو مصحفه عنها، وذكر غير ذلك. فليراجع في مسلم الثبوت بذيل المستصفى ١٠/٢.

ومن أمثله ما لو قال : إذا حنثتم فعليكم عتق رقبة ، وقال في موضع آخر : إذا حنثتم فعليكم عتق رقبة مؤمنة ، فيحمل المطلق على المقيد^(١) .

ومن أمثلة ذلك أيضا : قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ مع قوله تعالى ﴿ قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا ﴾ فان لفظ « الدم » في الآية الأولى ورد مطلقا ، وفي الثانية مقيدا بالمسفوح ، وموضوعهما واحد هو الدم ، وحكمهما واحد وهو الحرمة ، وسبب الحكم واحد وهو الضرر الحاصل من تناول الدم . فيحمل المطلق على المقيد ، فيكون المحرم هو الدم المسفوح فحسب ، دون غيره : كالكبد ، والدم المتبقي في اللحم والعروق . وما إلى ذلك ، فهو حلال غير داخل في محل الحظر في الآية . وقد حُكي الاتفاق بين الأصوليين في هذا القسم على حمل المطلق على المقيد^(٢) .

الثاني : أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم والسبب : كما في كفارة الظهار والقتل ، ففي كفارة الظهار قال تعالى : ﴿ فتحرر رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ وفي كفارة القتل قال تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ فسبب الآيتين مختلف ، فهو في الآية الأولى قصد العودة إلى الزوجة بعد الظهار ، وفي الآية الثانية القتل الخطأ . ومثله قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ أيضا : « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين » وقوله في كفارة اليمين : « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » فالسبب أو الواقعة مختلفة فهو في الآية الأولى كفارة القتل الخطأ . وفي الآية الثانية كفارة اليمين ، والحكم فيهما مختلف أيضا ، فهو في الآية الأولى : صيام شهرين متتابعين ، وفي الثانية : صيام ثلاثة أيام ، وهو في الأولى : مقيد بالتتابع ، وفي الثانية : مطلق عن التقييد .

وقد اتفق الأصوليون في هذا القسم على عدم حمل المطلق على المقيد^(٣) ، بل يعمل بالمطلق فيما دل عليه ، وبالمقيد فيما دل عليه ، كل في موضوعه ، باعتبار أنها

(١) المسودة ١٤٦ .

(٢) راجع نقول الاتفاق والخلاف منه في إرشاد الفحول ١٦٤ ، وقد وافق الحنابلة على ذلك ما لم يكن المقيد خبر آحاد ، والمطلق متواترا . قال في المسودة إشارة الى المسألة ذاتها : فهذا لا خلاف فيه . وأنه يحمل المطلق على المقيد ، اللهم ، إلا أن يكون المقيد آحادا والمطلق متواترا . فبنى على مسألة الزيادة على النص هل هي نسخ . وعلى النسخ للتواتر بالآحاد .
(٣) ذكر الاتفاق القاضي الباقلاني ، وإمام الحرمين الجويني ، وإلكيا الهراس ، والأمدى ، وغيرهم . إرشاد الفحول ١٦٤ .

موضوعان منفصلان لا ارتباط بين موضوعهما لا من حيث السبب ولا من حيث الحكم .

الثالث : أن يختلف المطلق والمقيد في الحكم ويتحدا في السبب : كما في قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ مع قوله تعالى : ﴿فإن لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ . فالموضوع أو السبب في الآيتين واحد، وهو التطهر للصلاة، لكن اختلف الحكم فيها. ففي الآية الأولى : غسل اليدين بالماء، وفي الثانية : مسحها بالتراب، وورد ذكر الأيدي مطلقة في الأولى، ومقيدة في الثانية بتحديدتها إلى المرفقين .

ففي هذه الحال : جمهور الأصوليين لا يحملون المطلق على المقيد إلا بدليل لعدم التعارض، ويعمل حينئذ بكل منهما، كل في موضعه، وما يدل عليه حسب الإطلاق أو التقييد .

وذهب بعض الأصوليين إلى القول بالتعارض في هذه الحال فيرفع التعارض بحمل المطلق على المقيد .

ومثال ذلك أيضا : قوله تعالى في كفارة الظهار : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا﴾ فالسبب متحد وهو الظهار، ولكن الحكم مختلف . فقد ورد الإطعام مطلقا عن كونه قبل التماس، وورد تحرير الرقبة وصيام الشهرين المتتابعين مقيدا بكونه قبل التماس . فعلى رأى الجمهور لا تعارض بينها فلا يحمل المطلق على المقيد، ويعمل بكل منهما في موضوعه .

الرابع : أن يكون حكم المطلق والمقيد متحدا والسبب فيهما مختلف ؛ وذلك كقوله تعالى في كفارة الظهار : ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ وقوله تعالى في كفارة القتل الخطأ : ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ فإن السبب في الآيتين مختلف، فهو في الأول في كفارة الظهار، وفي الثانية في كفارة القتل . لكن الحكم متحد فيهما وهو عتق رقبة، ووردت الرقبة مطلقة في الظهار ومقيدة في القتل الخطأ .

وقد اختلف الأصوليون في حكم هذه الصورة وهي محل النزاع على ثلاثة مذاهب :

الأول : ذهب الشافعية إلى القول بتحقيق التعارض بين المطلق والمقيد لاتحاد الحكم بينهما، وحينئذ يحمل المطلق على المقيد، فيشترط في الرقبة في كفارة الظهار أن تكون مؤمنة، كما هي مقيدة به في كفارة القتل الخطأ^(١).

وعند الحنابلة روايتان كما قال القاضي أبو يعلى^(٢).

الثاني : ذهب الحنفية إلى القول بعدم وجود التعارض بين المطلق والمقيد، فلا يحمل المطلق على المقيد لا باللفظ ولا بالقياس، فلا يقيد به ما دام الموضوع بينهما مختلفا. وإن كان الحكم متحدا.

وحجة المذهب الأول : أن النظر إنما ينبغي أن يكون للحكم فإذا اتحد الحكم بين المطلق والمقيد، فقد تساويا في الحكم، فدفعنا للتعارض ينبغي أن يحمل المطلق على المقيد.

وحجة المذهب الثاني : أن حمل المطلق على المقيد فيه رفع الحكم المطلق، وذلك نسخ له، والنسخ لا يثبت بالقياس، كما لا يثبت بغيره، لأنه محتمل لأن يكون المطلق مرادا به الإطلاق، والنسخ لا يثبت بالاحتمال.

وأیضا : فان اختلاف السبب قد يكون هو الداعي إلى الإطلاق والتقييد، فيكون الإطلاق مقصودا في موضعه، والتقييد مقصودا في موضعه، ففي كفارة القتل

(١) قال الشوكاني : وحكى هذا المذهب القاضي عبد الوهاب عن أكثر المالكية ١٦٥، وكذا في المسودة ١٤٥، حكاه عن أبي نصر المالكي كما سيأتي بعد قليل في الهامش. والصواب أن مذهب المالكية كمذهب الشافعي الآتي في المذهب الثالث.
(٢) جاء في المسودة ١٤٥ عن هذ المسألة قوله : «ذكر القاضي فيه روايتين :

إحداهما : يحمل عليه من طريق اللغة، وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية.

والثانية : لا يحمل عليه. وبهذا قالت الحنفية وأكثر الشافعية، وهو أصح عندي، واختارها أبو الخطاب والجويني والحلواني، وحكي ابن نصر المالكي في الملخص : أن الثاني قول أصحابهم. ثم قال : فأما حمله عليه قياسا بعله فجائز عندنا وعند المالكية والشافعية. وينظر التمهيد للحنبلي ١٨٠/٢، وفيه فروع وتحرير جيد لرأي الحنابلة.

الخطأ قيدت الرقبة بكونها مؤمنة تغليظا على القاتل، وفي الظهار تخفيفا على المظاهر، وحرصا على بقاء النكاح.

الثالث : إن وجد بين المطلق والمقيد جامع حمل المطلق على المقيد بالقياس.

وهذا مذهب الشافعي، واختاره البيضاوي^(١). وهو مذهب المالكية، كما حرره ابن الحاجب وشارحه العضد.

قال العضد : «نقل عن الشافعي أنه يحمل المطلق على المقيد، فقال أكثر الشافعية : مراده أنه يحمل عليه بجامع إذا كان، وهذا هو المختار، وقد روي شذوذ من الشافعية عن الشافعي : أنه يحمل المطلق على المقيد من غير جامع»^(٢)

الترجيح : والذي يترجح من هذه المذاهب : هو المذهب الثالث، ذلك لأن اجتماع المطلق والمقيد في الحكم - وهو عتق الرقبة - إشارة إلى مراعاة قصد الشارع فيهما عند اختلاف السبب، وعتق الرقبة المؤمنة يحقق قصد الشارع من تقرير الكفارة بما لا يحققه عتق الرقبة الكافرة، فهذا قدر كاف لوجود جامع بين الأمرين مقصود للشارع، وحينئذ تكون الآية المقيدة مخصصة، والتخصيص بالقياس جائز، لكن إذا لم يوجد جامع مقصود للشارع بين المطلق والمقيد، فلا وجه لحمل المطلق على المقيد حينئذ.

الفرع الرابع : حقيقة حمل المطلق على المقيد

اختلف الأصوليون في حمل المطلق على المقيد من حيث حقيقته، هل هو نسخ أو بيان؟ فذهب الشافعية إلى أنه من باب البيان مطلقا، سواء علم تاريخ المتقدم منها والمتأخر أو لم يعلم، وسواء علم مقارنتهما أو لم تعلم.

وذهب الحنفية إلى التفصيل : فيكون حمل المطلق على المقيد من البيان، إذا

(١) إرشاد الفحول ١٦٥، والأسنوى بشرح الشيخ زهير ٣٢٩/٢، والمسودة ١٤٤، والوجيز في أصول الفقه د. عبد الكريم زيدان ٢٣٨، والتبصرة ٢١٥، والأحكام للامدنى ٤/٣، والمحصول ١/٢١٤ و ٢١٧، والمستصفى ١٨٥/٢، وتيسير التحرير ٣٦/٢، وفيه تحرير لرأي الحنفية وردود وجبهة على رأي الشافعية ومن معهم.

(٢) حاشية العضد على مختصر المنتهى ١٥٧/٢، وينظر كلام الشيرازي في تحرير مذهب الشافعية ٢١٥، وكذا حرره ابن السبكي مع التصريح بأنه مذهب الشافعي، فقال : «قال الشافعي : يحمل عليه قياسا، فلا بد من جامع بينهما» ٨٦/٢.

كانا متقارنين؛ لأن المطلق حينئذ أريد به ابتداء المقيد، أو لم يعلم التاريخ، لأن
النسخ لا يثبت بالاحتمال،
ويعتبر حمل المطلق على المقيد من قبيل النسخ إذا علم تقدم أحدهما عن الآخر
فيكون المتأخر ناسخاً^(١).

(١) راجع الأسنوي بشرح الشيخ زهير ٣٢٨/٢ بتصرف.

تطبيقات المبحث الأول والثاني^(١)

الفرع الخامس : تطبيقات فقهية :

أولا : أثر القواعد الأصولية في المخصص بشيء معين ، هل يكون حجة في الباقي ؟

المخصص بشيء معين حجة في الباقي على المعروف عند الأصوليين ، وأما إذا خرج منه فرد غير معين ، فلا يجوز العمل بذلك العام في شيء من الأفراد ، ولا الاستدلال به عليه بغير خلاف ، كما قاله الأمدى ، لأنه ما من فرد إلا ويجوز أن يكون هو المخرج ، مثاله قوله تعالى (أحلّت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم) .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع :

١ - الاستثناء : فإنه من جملة المخصصات المتصلة ، ومع ذلك لو قال : كافيء هؤلاء إلا واحداً ، صح ، ولزمه العمل بذلك ، بل لو قال : له عليّ درهم إلا شيئاً ، فإنه يصح ، مع أنه مبهم من كل وجه ، ثم يفسره بما أراده .

٢ - ومنها : ما إذا قال : علي عشرة إلا خمسة أو ستة ، أعني بلفظ أو ، فقد نقل الرافعي عن المتولي أنه يلزمه أربعة ، لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه ، فصار كقوله : علي أربعة أو خمسة ثم قال : ويمكن أن يقال : يلزمه خمسة ، لأنه أثبت عشرة ، واستثنى خمسة ، وشككنا في استثناء الدرهم السادس ، واعترض في «الروضة» فقال من زوائده : الصواب : قول المتولي ، لأن المختار أن الاستثناء بيان ما لم يرد بأول الكلام ، لا أنه ابطال ما ثبت .

٣ - ومنها : ما إذا أشبهت محرمة بأجنبيات ، أو إناء نجس بأوان طاهرة ، أو ميتة بمذكاة ، فإن كان العدد محصوراً ، لم يجز أن يهجم ويأخذ ما شاء ، بل يجتهد في الأواني ، وإن كان غير محصور فله أن يأخذ بعضها بغير اجتهاد^(٢) .

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن الفروع المذكورة في التطبيقات راعينا أن تذكر كما أوردها الفقهاء بغرض إدراك كيفية التفريع على أصول المسائل ، واقتصر عملنا على اختيار أهم التطبيقات ، وإجراء التعديلات الطفيفة ، كاستبدال التمثيل بالعبود والإماء .

(٢) التمهيد للأسنوى ٤٠٨ ، ٤٠٩

ثانيا : أثر القواعد الأصولية في الاستثناء .

أولا : حقيقة الاستثناء :

تقرير القاعدة : حقيقة الاستثناء عند الشافعي : إخراج بعض الجملة عن الجملة بحرف إلا أو ما يقوم مقامه ، فلفظ الاستثناء يوجب انعدام المستثنى منه في القدر المستثنى ، مع بقاء العموم بطريق المعارضة كالتخصيص ، إلا أن الاستثناء متصل بالكلام والتخصيص منفصل^(١).

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن الاستثناء لفظ يدخل على الكلام العام فيمنعه من اقتضاء العموم والاستغراق حتى يصير كأنه لم يتكلم إلا بالقدر الباقي بعد الاستثناء .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :

- أن الأصل في الأموال الربوية عند الشافعي تحريم بيع بعضها ببعض ، والجواز ثبت مستثنى عن قاعدة التحريم ، مقيدا بشرط المساواة والحلول ، والتقابض عند اتحاد الجنس ، وبشرط الحلول والتقابض عند اختلاف الجنس ، لقوله ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، والبر بالبر ، والشعر بالشعر ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، يدا بيد ، عينا بعين . فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد » فانه نهى عام عن بيع الأشياء بعضها ببعض ، ثم استثنى حالة المساواة ، فالنهي الأول يتناول القليل والكثير بعمومه ، والاستثناء يتناول ما يدخل تحت الكيل ، وهو ما يتحقق فيه المساواة .

ولهذا قال الشافعية : لا يجوز بيع حفنة بحفنتين ، ولا بطيخة ببطيختين ونظائرها .

وقال أبو حنيفة : الأصل فيها الاباحة ، لقوله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » ولقيام الملك فيها . وقال : إن المقصود من الحديث آخره ، وإن كان مصدرا بالنهي ، وهو كقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهور » إذ المقصود منه إثبات أن الطهور شرط للانعقاد ، لا نفي الصلاة بدون الطهور ، لكن انتفاء الصلاة عند انتفاء الطهور حاصل لضرورة فوات شرط الصحة ، فكذلك الفضل يحرم ،

(١) تخرىج الفروع على الأصول ٦٧ .

لضرورة فوات الشرط الذي نيطت به الإباحة، وهو المساواة في الكيل، والحفنة غير مكيلة، فتبقى على أصل الجواز.

٢ - أن التقابض في بيع الطعام بالطعام شرط عند الشافعي، سواء اتحد الجنس أو اختلف، بناء على أن الجواز ثبت مستثنى عن قاعدة التحريم، وفيها التقابض المستفاد من قوله ﷺ «يدا بيد»، فإنه صريح، ثم هو منزل على العادة والتقابض في المجلس^(١).

وحمل أبو حنيفة قوله: «يدا بيد» على الحلول المنافي للنساء، وقوله «عينا بعين» على التأكيد والتكرير، وقال: إنه مؤيد بالقياس الجلي من حيث إن الأصل في البيع الجواز، والموجب للفساد الفضل، والتفاوت ههنا، لأن المقبوض في مجلس العقد كالمقبوض في غير مجلس العقد^(٢).

٣ - أن بيع الرطب بالتمر باطل عند الشافعي، ولا يستثنى عن قاعدة التحريم؛ لأن التحريم الثابت بالحديث إنما يرتفع عند تحقيق شرط الإباحة، فمهما علمنا انتفاء الشرط أو لم نعلم وجوده حكمنا بالبطلان، ولا فرق بين ما يفقد فيه الشرط لتعذره، وبين ما يفقد للامتناع من إجراءاته مع تيسيره.

وقال أبو حنيفة: يصح، لتحقيق المساواة في الكيل.

٤ - إذا باع مد عجوة ودرهما بمدي عجوة ونظائرها، لا يصح عند الشافعية؛ لأن تحريم ربا الفضل معلوم، والمماثلة التي هي طريق الخلاف غير معلومة، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة.

٥ - أن يبيع اللحم بالحيوان باطل عندنا للجهل بالمماثلة فيما اعتبرت فيه المماثلة على ما ذكرناه، ووزانه بيع السمسمة بالدهن.

وقال أبو حنيفة: يصح^(٣).

(١) المرجع السابق ٦٩.

(٢) انظر: فتح القدير على الهداية ٢٨٤/٥ - ٢٨٥، على ما في هامش تخريج الفروع ٦٧.

(٣) ذهب هذا المذهب أيضا أبو يوسف. أما محمد بن الحسن فله في المسألة تفصيل مذكور في مظانه من كتب الفقه. وانظر: فتح القدير ٢٩٠/٥، على ما في هامش تخريج الفروع

هذا تخريج الزنجاني، وقال البيضاوي : الاستثناء : هو الإخراج بإلا التي ليست للصفة، أو بما كان نحو إلا في الإخراج، انتهى وذكر غيره أيضا نحو هذا الحد^(١).

قال الأسنوي : وما أشار إليه من كون «إلا» تكون للصفة قد ضبطه ابن الحاجب في «مقدمته» بأن تكون تابعة لجمع منكور، غير محصور، كقوله تعالى : ﴿لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدتا﴾ وقال جماعة : لا يشترط فيها ذلك، فعلى هذا، إذا قلت : علي ألف إلا مائة، برفع المائة، فإنه يكون إقرار بالألف، على قاعدة الأصوليين، وبه أجاب النحاة أيضا، لكن الأكثرون من أصحابنا قد صرحوا في الكلام على لفظ غير بأن اللاحق لا أثر له في الإقرار، وقياس ذلك لزوم تسعمائة، وإنما حملنا «غيرا» في الإقرار على الإخراج مطلقا، لا على الصفة؛ لأن الأصل عدم اللزوم.

الفروع : ثم فرع الأسنوي عن هذا الأصل أو هذا الضابط فروعا منها :

١ - إذا قال : هذه الدار لزيد، وهذا البيت منها لي، أو هذا الخاتم له، وفصه لي، فإنه يقبل منه، كما جزم به الرافعي، وعلمه بقوله : لأنه إخراج بعض ما تناوله اللفظ، فكان كالاستثناء.

٢ - إذا قال : علي ألف أحط منها مائة، أو أستثيه، ونحو ذلك، فمقتضى ما سبق قبوله أيضا، وفي ذلك وجهان للشافعية حكاهما الماوردي في «الحاوي»^(٢).
ثانيا : في شروط الاستثناء :

تقرير القاعدة : يشترط اتصال المستثنى منه بالمستثنى الاتصال العادي.

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع، منها :

١ - ما إذا قال : علي ألف - استغفر الله - إلا مائة، فإنه يصح الاستثناء عند الشافعية، خلافا لأبي حنيفة، ودليل الشافعية أنه فصل يسير، فلم يؤثر، كقوله : علي ألف - يا فلان - إلا مائة^(٣).

(١) انظر : الإبهاج ٨٨/٢ ونهاية السؤل ٨٨/٢، عن هامش التمهيد ٣٧٩.

(٢) التمهيد للإسنوي ٣٧٩ ومختصر من قواعد العلائي والأسنوي ٣٤٦/١، والكوكب الدرر للأسنوي ٣٦٥، وفيه عرف الاستثناء بأنه : الإخراج تحقيقا أو تقديرا بـ «إلا» أو ما في معناها، ثم خرج ذات الفروع على المسألة.

(٣) التمهيد ٣٨٣، ومختصر من قواعد العلائي والأسنوي ٣٥٠/١، والإحكام ٢٦٧/٢ والمستصفي ١٦٥/٢.

والاستثناء المنقطع :- وهو الذى لم يدخل فى الأول، صحيح وهل إطلاق الاستثناء عليه إطلاق حقيقي أو مجازي؟ فيه مذهبان، أصحابهما : الثاني، فإن قلنا : إنه حقيقة، فقليل : مشترك، وقيل : متواطىء، حكاه ابن الحاجب وغيره.

إذا تقرر ذلك، فقال المقر : على ألف درهم إلا ثوبا، أو عبدا، أو غير ذلك، صح، وحمل اللفظ على المجاز، ثم عليه أن يبين ثوبا لا تستغرق قيمته الألف^(١).

ثالثا : إذا احتمل الاستثناء أن يكون متصلا ومنقطعا : تقرير القاعدة : إذا احتمل الاستثناء أن يكون متصلا وأن يكون منقطعا، فحملة على الاتصال أولى؛ لأنه حقيقة، وأما المنقطع فمجاز.

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :

إذا قال : له على ألف إلا ثلاثة دراهم، فإن له تفسير الألف بما أراد، بلا خلاف، ولا يكون تفسير المستثنى تفسيراً للمستثنى منه، كذا ذكره الماوردي، وسببه أن الأصل براءة الذمة مما زاد على ذلك^(٢).

رابعا : الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض :

تقرير القاعدة : الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض : يعود إلى الجميع عند الشافعي، ما لم يتم دليل على إخراج البعض.

وقال أبو حنيفة : يعود إلى الأخيرة خاصة.

والتعبير بالجمل قد وقع على الغالب، والا فلا فرق بينها وبين المفردات، فقد قال الرافعي في كتاب الطلاق : إذا قال : حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله، فإنه من باب الاستثناء عقب الجمل^(٣).

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :

١- لو قال : على ألف درهم ومائة دينار إلا خمسين، فإن أراد بالخمسين جنسا غير الدراهم والدنانير، قبل منه، وكذلك إن أراد عوده إلى الجنسين معا^(٤).

(١) المراجع السابقة.

(٢) التمهيد ٣٨٣، والكوكب الدرر للأسنوي ٣٦٩.

(٣) التمهيد ٣٤٣، وذكر الأسنوي أيضا تفصيلا للنحويين في الكوكب الدرر ٣٩٣.

(٤) التمهيد ٣٤٣ ومختصر من قواعد العلائي والأسنوي ٣٥٧/١.

هذا تخريج الأسنوى، وخرج الزنجاني الآتي :

أن المحدود في القذف إذا تاب قبلت شهادته عند الشافعي رضي الله عنه ، لأن الاستثناء في قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا، وأولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا﴾ يرجع إلى جميع الجمل، فيرتفع رد الشهادة كما ارتفع الفسق.

فإن قيل : لو عاد إلى جميع الجمل لسقط الحد بالتوبة فإنه منها . قلنا : سقط على أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ، وعلى التسليم : إنما لم يسقط الحد بالتوبة لأن المغلَّب فيه حق الأدمي ، فلا يسقط إلا باستيفائه ، لا للخلل في اقتضاء الصيغة .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : لا تقبل شهادته أبدا ، لاختصاص الاستثناء بالجملة الأخيرة^(١).

خامسا : الاستثناء من الإثبات والنفي : تقرير القاعدة : الاستثناء من الإثبات : كقولنا : قام القوم إلا زيدا ، يكون نفيًا للقيام عن زيد بالاتفاق .

وأما الاستثناء من النفي ، نحو : ما قام أحد إلا زيد ، فقال الشافعي : يكون إثباتا لقيام زيد ، وقال أبو حنيفة : لا يكون إثباتا له ، بل دليلا على إخراجهِ عن المحكوم عليهم ، وحينئذ فلا يلزم منه الحكم بالقيام .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع ، منها :

١ - ما إذا قال : له علي عشرة إلا خمسة ، أو ما له علي شيء إلا خمسة ، فإنه يلزمه خمسة .

٢ - ومنها : لو قال : له علي عشرة إلا خمسة ، يلزمه أيضا خمسة ، لما ذكرناه . والصحيح كما قاله الرافعي : أنه لا يلزمه شيء ، لأن العشرة إلا خمسة مدلولها خمسة ،

(١) تخريج الفروع على الأصول ٢٠٤ و ٢٠٧ ، ومختصر من قواعد العلائي ٤٧٤/٢ .

فكأنه قال : ليس على خمسة ، وللمسألة مدرك آخر لم يذكره الأصوليون ، وقد ذكرته مبسوطا في «الكوكب الدرّي» مع إشكال يتعلق به فراجعه^(١) .

ثالثا : أثر القواعد الأصولية في المطلق والمقيد .

أولا : أثر القواعد الأصولية إذا ورد المطلق والمقيد في حادثة واحدة :

تقرير القاعدة :

ذهب أبو حنيفة ومن تابعه من الأصوليين إلى أن المطلق والمقيد إذا وردا في حادثة واحدة لا يحمل المطلق على المقيد .

وقال الشافعي : يحمل المطلق على المقيد .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :

١ - أن النكاح لا ينعقد بحضور الفاسقين عند الشافعي ، لقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » فإنه تقييد للشهادة بالعدالة .

وعند الحنفية : ينعقد ، لمطلق قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشهود » .

والشافعي نزل هذا المطلق على المقيد ، لاتحاد الواقعة ، وأبو حنيفة قدم المطلق على المقيد .

٢ - أن الفاسق لا يلي التزويج بالقرابة عند الشافعية : لقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » .

وقال أبو حنيفة : يليه ، لمطلق قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشهود » .

٣ - أن إعتاق الرقبة الكافرة لا تجزي في كفارة الظهار عند الشافعية ، حملا لمطلق قوله تعالى فيه : « فتحريّر رقبة » على قوله تعالى في كفارة القتل : « فتحريّر رقبة مؤمنة » .

٤ - أن السيد إذا كان له عبد كافر لا تجب عليه صدقة الفطر عند الشافعية ، لأنه روى نافع ، عن مالك ، عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : « أدوا

(١) التمهيد ٣٨٦ ومختصر من قواعد العلاني والأسنوي ٣٥٣/١ ، وينظر استيفاءه في الكوكب الدرّي ٣٩٢

صدقة الفطر عن كل حر وعبد، نصف صاع من بر» وروي عنه «أدوا عن كل حر، وعبد من المسلمين، نصف صاع من الحنطة».

فالشافعي يحمل المطلق على المقيد، ويشترط الإيمان، وأبو حنيفة رضي الله عنه لا يحمل، ولا يشترط الإيمان^(١).

ثانيا : أثر القواعد الأصولية في المطلق والمقيد إذا لم يتحد سببها :
تقرير القاعدة : إذا ورد لفظ مطلق ولفظ مقيد، فقد يختلف حكمهما، وقد يتحد.

وإن لم يتحد سببها كإطلاق الرقبة في آية الظهار، وتقييدها بالإيمان في آية القتل، ففيه ثلاثة مذاهب.

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع، منها :

١ - ما إذا قال : أوصيت لزيد بهذه المائة ثم قال : أوصيت له بمائة، أو يعكس، فيوصي أولا بغير المعينة، ثم بالمعينة، فإننا نحمل المطلقة في المثالين على المعينة حتى يستحق مائة فقط، كما لو أطلقهما معا، فإنه لا يستحق إلا المائة، ولو كانتا معيتين، فلا إشكال.

٢ - إذا قال من حج : لله علي أن أحج : ثم قال : لله تعالى علي أن أحج في هذا العام، فإنه يكفيه حجة واحدة، وفائدة النذر الثاني تعجيل ما كان له تأخير، كما لو نذر من لم يحج في هذا العام.

ومثله نذر الصوم، والصدقة، وسائر العبادات.

٣ - لو قال : لزيد علي ألف، ثم أحضر ألفا وقال : هذه له، وكنت قد تعديت فيها فوجب ضمانها، فإنه يقبل منه^(٢).

(١) تخريج الفروع على الأصول ١٣٤.

(٢) التمهيد ٤١٦.

الفرع السادس : تطبيقات قانونية

أولاً : أثر القواعد الأصولية في لفظ الخاص

تقرير القاعدة : الخاص هو اللفظ الدال على مسمى واحد.

والخاص كثير في نصوص القانون، فتحديد مدد محددة، وذكر عقوبات معينة لجرائم معينة، وإجراءات التقاضي المنصوص عليها كل ذلك من قبيل الخاص الذي يدل على المقصود دلالة قطعية، وما كان كذلك من نصوص القانون فإنه يأخذ حكم الخاص من حيث دلالته على المراد.

الأمثلة :

ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة ٢٦٣ من القانون المدني : تسقط دعوى الإثراء بلا سبب بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه الضرر بحقه في التعويض، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، أي المدتين أقرب.

ومثله المادة ٢٥١ من القانون المدني الفقرة الأولى : تقدر الدية الكاملة بعشرة آلاف دينار، ويجوز تعديل مقدارها بمرسوم.

ومثله ما ورد في المادة ٦٢ من قانون الجزاء : الحبس المؤقت لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة، ولا تزيد عن خمس عشرة سنة.

والمادة ٥ من قانون الجزاء : الجنح هي الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا يتجاوز مقدارها ثلاث آلاف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين.^(١)

(١) ونظير ذلك ما ورد في المادة ٢٤٤ من القانون المدني العراقي بشأن سماع دعوى الكسب دون سبب بعد انقضاء ثلاث سنوات، الوجيز ٧ والمادة ٢١٤ من قانون العقوبات المصري بشأن الأوراق المزورة، وعقوبتها الاشغال الشاقة، أو السجن، من ثلاث سنين إلى عشر سنين.

ثانيا : أثر القواعد الأصولية في تخصيص العام

تقرير القاعدة : جمهور الأصوليين على أن التخصص هو قصر العام على بعض أفرادها بدليل، فالتخصص بيان العام. ويؤخذ في هذه القاعدة في النصوص القانونية التي تصاغ بإحدى صيغ العموم ثم تخصص. الأمثلة :

ومن أمثلة تخصيص العام ما ورد في المادة ٨٣٣ من القانون المدني : ترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الكلية، وللمحكمة أن تندب خبيرا أو أكثر لإفراز الأنصبة إن كان المال يقبل القسمة عينا دون نقص كبير في قيمته. فكلمة «المحكمة» عام، ولكنه خص بالمحكمة الكلية، فهي الجهة التي ترفع أمامها دعوى القسمة وكلمة «الكلية» هنا تخصيص بالصفة.

والمادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية : كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، والطلاق المكمل للثلاث، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون. فلفظ «كل» أفاد العموم، لكنه خصص بالاستثناء بـ «إلا» فخص منه الطلاق بأنواعه المذكورة في المادة.

ومثله أيضا ما ورد في المادة ١٤٣ من قانون الجزاء : كل من علم بوقوع جناية أو جنحة، إذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بوقوعها، وأعان الجاني على الفرار من وجه القضاء، إما بايواء الجاني المذكور، وإما بإخفاء أدلة الجريمة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا تسري هذه الأحكام على زوج أو زوجة الجاني، ولا على أصوله أو فروعه. فالفقرة الأخيرة خصصت العام، فأخرجت من عموم المادة الزوج ومن ذكر معه في المادة^(١).

(١) ونظير ذلك ما ورد في المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري، بشأن من يُعَدُّ فاعلا للجريمة وهو : كل من يرتكبها وحده أو مع غيره، ثم استثنت المادة الأحوال الخاصة بأحد الفاعلين. وكذلك المادة ٤٠ بشأن من يُعَدُّ شريكا واستثناء حالات خاصة. ونظير ذلك أيضا في القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى «الالتزامات غير التعاقدية»، فلفظ غير التعاقدية خصص الالتزامات وهي لفظ عام، فأصبحت الالتزامات موصوفة بأنها غير التعاقدية. ونظيره أيضا قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٥٨ : نفقة كل إنسان في ما له إلا الزوجة فنفتها على زوجها «الوجيز ٢٧١».

ثالثا : أثر القواعد الأصولية في المطلق والمقيد

تقرير القاعدة : لا خلاف بين الأصوليين فيما إذا ورد اللفظ مطلقا فيحمل على إطلاقه، وإذا ورد مقيدا حمل على تقييده، ونصوص القوانين تراعي الإطلاق والتقييد في النصوص وتفهم نصوصها على حسب ذلك.

أمثلة المطلق :

من أمثلة المطلق : ما نصت المادة ٢٦٢ من القانون المدني : كل من يثري دون سبب مشروع، على حساب آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به، بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر، ويبقى هذا الالتزام قائما، ولو زال الإثراء بعد حصوله.

والمادة ٥٩٣ من القانون المدني : يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن يحتاج المأجور إلى إصلاح عاجل، أو ينكشف به عيب، أو يقع عليه غصب، أو يحصل التعرض له فيه، أو يحدث به ضرر.

فلفظ «ضرر» في المادتين مطلق، يصدق على الضرر البسيط والجسيم^(١). فيحمل اللفظ على إطلاقه، ويكون تقديره للقاضي حسب ما يرد في ذلك من نصوص^(٢).

وأما المقيد : فمثاله ما ورد في المادة ٦١٠ من القانون المدني : إذا وجدت لأحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقا له، جاز للقاضي بناء على طلبه وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضا عادلا.

والمادة ٨٨٥ من القانون المدني : إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء

(١) ومن أمثلة المطلق : ما ورد في المادة ٥١ من القانون المدني المصري في لفظ «الضرر»، فقد جاء مطلقا، ومثله ما ورد في المادة ٥٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي بشأن استمرار نفقة الغلام إلى أن يتكسب ما لم يكن طالب علم. فلفظ «علم» جاء مطلقا. انظر الوجيز ٢٣٩.

(٢) وقد نظم القانون المدني الكويتي تعويض الضرر وسلطة القاضي فيه في المواد ٢٤٥ إلى ٢٤٨.

قد جار بحسن نية على جزء يسير من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة أن تحكم بتمليكها الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل. فلفظ «تعويض» و «مقابل» في المادتين مطلق، وقيد بلفظ «عادل».

ومن أمثلته ما نصت عليه المادة ٥٧٤ من قانون الأحوال الشخصية الفقرة الأولى : للمؤجر أن يجري جميع الإصلاحات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ المأجور ولو عارض المستأجر، على أن ينبه عليه بعزمه على إجرائها قبل البدء فيها بمدة مناسبة.

لفظ «الإصلاحات» مطلق، ولكنه قيد بلفظ «المستعجلة» .
ولفظ «مدة» مطلق أيضا، وقيد بلفظ «مناسبة».

والمادة ١٧٢ من قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الأولى : يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد، أو الدخول بشبهة، إذا ولد لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي .
فلفظ الشهر مطلق قيد بلفظ «أشهر قمرية» أي لا بأشهر شمسية.

ومثله أيضا : ما ورد في المادة ٦٢ من قانون الجزاء : الحبس المؤقت لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة، ولا تزيد عن خمس عشرة سنة .
فلفظ «الحبس» مطلق يشمل الحبس المؤقت والمؤبد، فقيد بلفظ المؤقت ليخرج الحبس المؤبد.

القسم الثاني الأمر

الفرع الأول : تعريفه :

الأمر : هو القول الطالب للفعل على سبيل الاستعلاء^(١).
فيشترط فيه أن يكون صادراً ممن هو أعلى رتبة لمن هو دونه، فإن كان صادراً من الأدنى فهو دعاء أو سؤال. وإن صدر من المساوي فهو التماس.
وتعريف الأمر بأنه القول يعني أنه كل لفظ مستعمل، سواء أكان مفرداً أم مركباً، وسواء أكان القول لفظياً أم نفسياً، وسواء أكان طالباً للفعل أو طالباً للترك، أو كان لا طلب فيه أصلاً، كالخبر.

ومن تقييد القول بالمستعمل يفهم أن اللفظ المهمل، والطلب بالاشارة، أو بالقرائن المفهمة، فذلك كله لا يسمى أمراً.

وتقييد القول المستعمل بالطالب يفيد أن الخبر والترجي والتمني ليست أمراً لأن هذه لا طلب فيها.

كما لا يخفى أن وصف القول بأنه طالب مجاز مرسل، من باب إطلاق اسم السبب وإرادة المسبب، لأن الطالب بالفعل هو المتكلم الصادر منه القول.

وأما لفظ «للفعل» فالمراد به المقابل للكف والترك، فيخرج النهي، فهو وإن كان قولاً، إلا أنه خاص بالكف لا بالفعل^(٢).

(١) ومعنى الاستعلاء : اعتبار الأمر نفسه في مرتبة أعلى من مرتبة من يخاطبه، وإن لم يكن ذلك حاصلًا باعتبار الواقع، وهذا هو الفرق بين الاستعلاء وبين العلو، فإن العلو معناه : أن الأمر في رتبة أعلى من رتبة المأمور باعتبار الواقع ونفس الأمر.
ومنه يتبين أن العلو هيئة ترجع إلى الشخص نفسه، أما الاستعلاء فإنه هيئة ترجع إلى الكلام والنطق به.

(٢) الأسنوي بشرح الشيخ زهير ١١٨/٢ وينظر الموضوع في جمع الجوامع ١/٤٦٣، ونهاية السؤل للأسنوي ٢/٢٢٦، وقد رد الغزالي شرط الاستعلاء. وعرف الأمر بأنه : القول المقتضي طاعة المأمور بفعل المأمور به. المستصفي ١/٤١١، وتنقيح الفصول ٤٠ و ١٢٦

صيغة الأمر :

إن القول الطالب الدال على الأمر وضعت له العرب صيغة تدل عليه، وهي صيغة «أفعل» أو ما يقوم مقامها، وصيغة فعل الأمر «أفعل» هي الصيغة الغالبة في الاستعمال. ومن ذلك قوله تعالى : ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ ، وقوله تعالى : ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ .

وقد يرد الأمر بصيغة الفعل المضارع المقترن بلام الأمر كقوله تعالى : ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ وقوله تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ .

وقد يرد الأمر في صيغة المصدر النائب عن فعل الأمر، كقوله تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾ وقوله تعالى : ﴿فضرب الرقاب﴾ فالمعنى هنا : فرهان : أي ارهنوا، وضرب : أي اضربوا.

وقد يرد الأمر في صيغة الجملة الخبرية المجازية التي يقصد منها الطلب لا الخبر كقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ فالمراد من هذا الخبر هو أمر الوالدات بإرضاع أولادهن، لا الإخبار عن إرضاعهن، لأن ذلك معلوم بداهة. والمعنى ليرضعن أولادهن.

الفرع الثاني : دلالة صيغة الأمر :

أ - فيما تستعمل فيه صيغة الأمر :

صيغة الأمر «أفعل» ورد استعمالها في معان كثيرة. ذكر منها الإمام البيضاوي ستة عشر معنى، وذكر الغزالي خمسة عشر^(١).

١ - الوجوب : وهو طلب الفعل طلبا جازما، مثل قوله تعالى : ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ .

(١) ما ذكرناه هو تعداد البيضاوي وقال الغزالي : محل الخلاف في أن قوله : أفعل، هل يدل على الأمر بمجرد صيغته إذا تجرد عن القرائن فإنه يدل على أوجه منها - وعددها مع أمثلتها - وهي : الوجوب، والنذب، والإرشاد، والإباحة، والتأديب، والامتنان، والإكرام، والتهديد، والتسخير، والإهانة، والتسوية، والإنذار، والدعاء، والتمني، وكمال القدرة. المستصفي ٤١٧/١ و ٤١٨

٢ - النذب : وهو طلب الفعل طلباً غير جازم ، مثل قوله تعالى في شأن الأرقاء : ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ ويدخل في النذب التأديب ، مثل قوله ﷺ : «إذا أكلت فسم الله ، وكل بيمينك ، وكل مما يليك» والفرق بين التأديب والنذب : أن النذب عام يتعلق بمحاسن الأخلاق وغيرها ، والتأديب خاص بمحاسن الأخلاق .

٣ - الإرشاد : وهو طلب أمر يتعلق بمصلحة دنيوية ، مثل قوله تعالى في شأن الدين : ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقوله تعالى : ﴿فَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ فإن الغرض من كتابة الدين والشهادة عليه دنيوى ، وهو حفظه وعدم إنكاره ، والفرق بين النذب والإرشاد : أن مصلحة النذب أخروية والإرشاد المصلحة فيه دنيوية .

٤ - الإباحة : وهي التخيير بين الفعل والترك ، مثل قوله تعالى : ﴿وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ .

٥ - التهديد : هو التخويف مثل قوله تعالى : ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾ وقوله تعالى في شأن إبليس : ﴿وَاسْتَفْزِزْ مِنْ اسْتَضْطَعْتَ مِنْهُمْ بِصَوْتِكَ﴾ ويدخل في التهديد الإنذار ، مثل قوله تعالى : ﴿قُلْ تَمَتَّعُوا فَإِنْ مَصِيرَكُمْ إِلَى النَّارِ﴾ والفرق بين الأمرين : أن التهديد هو الكلام المخيف ، والإنذار هو إبلاغ ذلك الكلام المخيف .

٦ - الامتنان : مثل قوله تعالى : ﴿فَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمْ اللَّهُ﴾ ، والفرق بين الإباحة والامتنان مع أن كلا منهما فيه تخيير بين الفعل والترك : أن الامتنان إذن بالفعل مصحوباً بما يدل على الاحتياج إليه ، أو بعدم القدرة عليه ، بخلاف الإباحة ، فإنها إذن مجرد عن ذلك .

٧ - الإكرام مثل قوله تعالى : ﴿ادْخُلُوهَا بِسَلَامٍ آمَنِينَ﴾ .

٨ - التسخير : وهو الذلة والامتهان والانتقال من حال حسنة إلى حال ممتهنة ، كقوله تعالى : ﴿كُونُوا قَرَدَةً خَاسِثِينَ﴾ والفرق بين التكوين والتسخير : أن التكوين فيه سرعة الانتقال من العدم إلى الوجود ، وليس فيه انتقال من حالة إلى حالة بخلاف التسخير .

٩ - التعجيز : مثل قوله تعالى : ﴿فَأَتُوا بِسُورَةٍ مِثْلِهِ﴾ ، وهو إنما يكون فيما لا قدرة للعبد عليه .

١٠ - الإهانة : كقوله تعالى : ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ .

١١ - التسوية بين الشئيين : كقوله تعالى : ﴿اصبروا أو لا تصبروا سواء عليكم﴾ .

١٢ - الدعاء : وهو طلب الشيء من الأدنى للأعلى ، كقول العبد لربه : اللهم اغفر لي .

١٣ - التمني : وهو طلب الأمر المتعذر أو المتعسر ، كقول امريء القيس :

ألا أيها الليل الطويل ألا انجلي بصبح ، وما الا صباح منك بأمثل
وإنما جعل هذا تمنيا لأن ليل المحب طويل ، فصار كأنه مستحيل الانجلاء .

١٤ - الاحتقار : وهو عدم المبالاة مثل قوله تعالى حكاية عن موسى للسحرة : ﴿بل ألقوا ما أنتم ملقون﴾ والفرق بين الاحتقار والإهانة : أن الإهانة فيها إنكار بالقول أو بالفعل أو بترك كل منهما والاحتقار ليس فيه شيء من ذلك .

١٥ - التكوين : مثل قوله تعالى : ﴿كن فيكون﴾ وقد تقدم الفرق بينه وبين التسخير .

١٦ - الخبر : مثل قوله ﷺ : «إذا لم تستح فاصنع ما شئت» .

أي صنعت ما شئت ، ويصح أن يكون الأمر باقيا على معناه ، ويكون المعنى إذا لم تستح من شيء لكونه جائزا فاصنعه ، لأن الحرام من شأنه أن يستحي منه فلا يصنع .

وقد يستعمل الخبر في الأمر مثل قوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ فان المقصود بهذا الخبر : أمر الوالدات بإرضاع أولادهن لا الإخبار عن إرضاعهن ؛ لأن ذلك معلوم بالبداهة ، والمعنى : ليرضعن أولادهن ، والعلاقة بين الخبر والأمر أن كلا منهما فيه وجود للفعل .

وقد يستعمل الخبر في النهي كقوله عليه السلام : «لا تنكح المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها﴾ فان الحديث ورد بصيغة الخبر لأن الحاء وردت مضمومة ، فاقتضى ذلك أن «لا» نافية وليست ناهية ، وإلا لكانت الحاء مجزومة وعند تخفيفها لالتقاء الساكنين تحرك بالكسر^(١) .

(١) الأسنوي بشرح الشيخ زهير ١٢٩/٢ وما بعدها ، وينظر الموضوع في المستصفى ١٧/١ ، وتيسير التحرير ٤١/٢ ، وجمع الجوامع ٤٦٩/١ ، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد للإمام عبد القادر بن أحمد المعروف بابن بدران ١٠١ - إدارة الطباعة لمنيرية - بمصر ، وشرح تنقيح الفصول ١٢٧ .

ب - ما تفيده صيغة الأمر حقيقة :

اتفق الأصوليون على أن صيغة «افعل» تستعمل في المعاني السابقة كلها .
كما اتفقوا أن صيغة الأمر ليست حقيقة في كل المعاني السابقة .

لكنهم اختلفوا فيما تفيده الصيغة حقيقة عند تجردها من القرائن ، فيكون استعمالها في غيره على سبيل المجاز ، فلا ينصرف المعنى إليه إلا بوجود قرينة تحدد المراد منه . وذلك على أقوال ، أهمها الآتي :

الأول : أن صيغة الأمر حقيقة في الوجوب ، واستعماله في غيره مجاز ، وهو قول جمهور الأصوليين .

الثاني : أن صيغة الأمر حقيقة في النذب مجاز فيما عداه .

الثالث : أن صيغة الأمر حقيقة في الإباحة مجاز فيما عداه .

الرابع : أن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والنذب ، فاستعمال اللفظ فيهما حقيقة وفيما عداها مجاز .

الخامس : أن صيغة الأمر مشترك لفظي بين الوجوب والنذب والإباحة ، فاستعماله فيما عداها مجاز .

وقد استدل أصحاب كل رأي لما ذهب إليه ، وأدلتهم في جملتها مردود عليها وقابلة للنقض ، وأقواها أدلة الجمهور أصحاب المذهب الأول^(١) .
فقد استدل الجمهور بأدلة منها :

أولاً : ذم إبليس على تركه السجود المأمور به في قوله تعالى : ﴿ما منعك أن لا تسجد إذ أمرتك﴾ .

فقد ذم الله تبارك وتعالى إبليس على تركه السجود المأمور به في قوله تعالى ﴿اسجدوا لأدم﴾ ووجه الذم أن قوله : «ما منعك» استفهام إنكارى ، قصد به الذم والتوبيخ ،

(١) مسلم الثبوت ٣٧٣/١ ، والإشارة في أصول الفقه لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ٨ مخطوط الأزهر رقم ١٧٠ أصول فقه ، والمستصفى ٤٢٠/١ ، وحاشية العضد على مختصر المنتهى ٩١/٢ ، وتيسير التحرير ٤٩/٢ ، ونهاية السؤل ٢٥١/٢ ، وجمع الجوامع ٤٧٤/١ والمدخل إلى مذهب الامام أحمد ١٠٢ ، وتقويم الادلة في أصول الفقه للإمام أبي زيد الدبوسى ٤٣/٢ - تحقيق الدكتور صبحي محمد الخياط ، رسالة جامعية ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م - بمصر .

فدم إبليس ههنا دليل على أن السجود كان واجبا عليه، وإلا لما استحق الذم. وإذا كان السجود واجبا - والذي أفاد الوجوب هو صيغة الأمر - كانت الصيغة للوجوب. وقد تكرر ذلك في آيات عديدة في القرآن الكريم كقوله تعالى : ﴿وإذا قيل لهم اركعوا لا يركعون، ويل يومئذ للمكذبين﴾ فهذا خبر أريد به الذم على تركهم ما أمروا به من الصلاة. والذم لا يكون إلا عن ترك واجب فتكون الصيغة للوجوب. ثالثاً : أن الوجوب هو المتبادر إلى الذهن من الأوامر المجردة عن القرائن الصارفة لها عن الوجوب.

وقد فهم الصحابة والتابعون ذلك من نصوص القرآن والسنة المطهرة. رابعاً : اتفاق أهل اللغة على أن من أراد طلب الفعل مع المنع من تركه فإنه يطلبه بصيغة الأمر. فهذا يشير إلى أن اللفظ وضع للدلالة على الوجوب^(١).

الفرع الثالث : الأمر بعد الحظر :

القائلون : إن الأمر للوجوب اختلفوا في الأمر إذا جاء عقيب الحظر والنهي .

فذهب المالكية والحنابلة وهو ظاهر قول الشافعي : إلى أنه يدل على الإباحة^(٢)، كقوله تعالى : ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ فالأمر بالاصطياد إنما يدل على الإباحة بالاتفاق، ولا يدل على الوجوب بحال، ومثله قوله تعالى : ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾، فالبيع والشراء مباح بالاتفاق، بعد التحريم والحظر وقت النداء للجمعة، وليس واجبا بحال. وقوله ﷺ : «كنت قد نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فكلوا، وادخروا» فإنه أمر ورد بعد نهي وهو للإباحة بالاتفاق.

-
- (١) نهاية السؤل ٢/٢٥٤، وشرح الأسنوي للشيخ زهير ٢/١٣٢ وما بعدها، والمسودة وإرشاد الفحول ٩٥، وكشف الأسرار ١/١٠٦ وما بعدها، والأحكام للأمدى ٢/٢٠٨ وما بعدها، والوجيز في أصول الفقه ٢٤٤، والتبصرة ٣٨.
- راجع مناقشة أدلة الجمهور والردود، وأدلة المذاهب الأخرى، في إرشاد الفحول ٩٤ وما بعدها، وشرح الأسنوي للشيخ زهير ٢/١٣٢ وما بعدها، والمستصفى ١/٤٢٦، وجمع الجوامع ١/٤٧٧، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٠٢.
- (٢) مسلم الثبوت ١/٣٧٩.

وذهب الحنفية ومن معهم : إلى أن الأمر بعد الحظر يفيد الوجوب إفادة مساوية له بلفظ الأمر المجرد قبل الحظر.

واستدل هؤلاء لمذهبهم : بأن صيغة الأمر تفيد الوجوب - على ما ترجح عندهم سابقا - .

وإفادة الوجوب لا يغيره كونها بعد الحظر؛ لأن المقصود من اللفظ طلب الفعل، وهو بعد الحظر يمنع كونه محظوراً فيرتفع الحرج، فيكون مباحاً، «وكما جاز الانتقال من المنع إلى الإذن جاز الانتقال منه إلى الإيجاب»^(١)، خاصة وأن الوجوب هو الأصل، وغير الوجوب مما يعرض له لا يصلح أن يكون معارضاً.

وأيضاً : فقد ورد الأمر بعد الحظر وأفاد الوجوب، كما في قوله تعالى : ﴿فإذا انسלخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين﴾ وكالأمر للحائض والنفساء بالصلاة والصوم بعد زوال الحيض والنفاس، والأمر بالصلاة بعد زوال السكر .

وحيث كان الانتقال من التحريم إلى الإباحة معقولاً، كان الانتقال من التحريم إلى الوجوب معقولاً كذلك، وتكون الصيغة مفيدة للوجوب عملاً بالمقتضى السالم عن المعارض.

ورد أصحاب هذا الرأي على دليل أصحاب الرأي الأول : بأن الابتغاء من فضل الله بالكسب، وكذا الاصطياد بعد حظره، وما ذكر من مثل ذلك هو مما شرع لمصلحتنا، والمصلحة هنا تصلح قرينة صارفة عن الوجوب إلى الإباحة؛ لأنه لو كان ذلك واجباً لكان علينا لا لنا، ولأثمنا بتركه، فيعود على موضوعه بالنقض، وهذا لا يجوز، فالأمر المجرد عن القرائن يدل على الوجوب، سواء سبقه نهي أو لم يسبقه. وأما اقترانه بقرينة تصرفه فهذا ليس من محل النزاع^(٢).

وذهب بعض الحنابلة وهو اختيار الكمال بن الهمام من الحنفية : إلى أن الأمر بعد الحظر يرفع الحظر، ويعيد حال الفعل المأمور به إلى ما كان عليه قبل الحظر، فإن كان مباحاً كان مباحاً، وإن كان واجباً أو مستحباً كان كذلك.

(١) كشف الأسرار ١/١٢١.

(٢) نهاية السؤل ٢/٢٧٢، والأسنوي بشرح الشيخ زهير ٢/١٤٨، وإرشاد الفحول ٩٥، وتيسير التحرير ١/٥٤، وكشف الأسرار ١/١٢٠.

وذهب آخرون: منهم إمام الحرمين الجويني : إلى الوقف وعدم الجزم بشيء من الوجوب أو الإباحة، ووجهتهم : أن الأدلة متعارضة بين ما يثبت الوجوب وما يثبت الإباحة، ولا مرجح لواحد منها على الآخر، فالقول برأي منها تحكم وترجيح بلا مرجح، وهو باطل فوجب الوقف^(١).

الترجيح :

يرجح في تقديرنا من هذه الأقوال : ما ذهب إليه بعض الحنابلة والكمال بن الهمام من أن الأمر بعد الحظر يرفع الحظر، ويعيد حال الفعل المأمور به إلى ما كان عليه قبل الحظر. وهذا الرأي يؤيده واقع النصوص فيما لا يخالف فيه أحد. فما كان مباحا قبل الحظر، إذا ورد فيه أمر بعد الحظر عاد إلى أصله الذي كان يدل عليه، كما في قوله تعالى : ﴿فَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، فقد كان الاصطياد مباحا قبل الحظر، فلما ورد الأمر به بعد زوال سبب التحريم عاد إلى ما كان عليه من الإباحة، وقوله تعالى : ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحَرَامُ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ فالقتال في غير الأشهر الحرام كان واجبا، ثم لما ورد النهي عنه في الأشهر الحرم أصبح حراما، ثم لما ورد الأمر بالقتال بعد انتهاء الأشهر الحرام عاد حكم القتال إلى ما كان عليه من الوجوب، وهو حكمه قبل التحريم^(٢).

الفرع الرابع : دلالة الأمر المطلق على المرة أو التكرار :

الأمر إما أن يكون مطلقا أو مقيدا، فإن كان مقيدا : فلما أن يقيد بالمرة أو بالتكرار أو بالشرط أو بالصفة، فإن قيد بالمرة أو بالتكرار كقولنا : أعط زيدا مرة

(١) المسودة ١٨ والأحكام للآمدي ٢٦٠/٣ وما بعدها، ونهاية السؤل ٢٧٣/٢ والوجيز في أصول الفقه ٢٤٦، وقد ذهب الغزالي إلى القول : بأنه إن كان الحظر السابق عارضا لعلة وعلقت صيغة افعل بزواله، فهو لرفع الذم، وإذا لم يكن الحظر عارضا لعلة ولا صيغة افعل علق بزوالها فيبقى موجب الصيغة على أصل التردد بين الندب والإباحة، وإذا لم ترد صيغة افعل فهذا يحتمل الوجوب والندب، ولا يحتمل الإباحة. انظر تفصيله في المستصفى ٤٣٥/١.

(٢) المسودة ١٨ وتيسير التحرير ٥٥/٢ والأحكام للآمدي ٢٦٠/٣. وانظر ممن رجح ذلك من المحدثين الدكتور عبد الكريم زيدان ٢٤٦.

أو ثلاث مرات، فلا خلاف بين الأصوليين في أنه يفيد ما قيد به من المرة أو المرات. وإن كان مقيدا بشرط كقوله تعالى : ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾ أو مقيدا بصفة كقوله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ فاختلف فيه الأصوليون على أقوال ثلاثة :

قول بأنه يفيد التكرار.

وقول لا يفيد التكرار مطلقا.

وقول أنه يفيد التكرار من جهة القياس، لا من جهة اللفظ.

أما إن كان الأمر مطلقا عن القيد. فهل يدل على المرة، أو على التكرار، أولا يدل على واحد - منها بخصوصه؟

اختلف الأصوليون في ذلك على خمسة أقوال - وهم القائلون بالوجوب في الأمر المطلق - ذكرها الأسنوي وغيره:

الأول : أن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية، والماهية كما تتحقق في المرة الواحدة تتحقق كذلك في غيرها، إلا أن المرة الواحدة هي أقل ما تتحقق به الماهية، وليست المرة مما وضع له الأمر. وهو رأي جمهور الأصوليين من الحنفية والمالكية والشافعية.

الثاني : أنه يدل على التكرار المستوعب لزمان العمر، بشرط أن يكون الإتيان بالمأمور به في هذا الزمان ممكنا. وهذا قول أكثر الحنابلة وبعض الشافعية^(١).

(١) نهاية السؤل ٢/٢٧٤، والإسنوي بشرح الشيخ زهير، ومنه تحرير المسألة ٢/١٥٢، وتيسير التحرير ٢/٦١ وجمع الجوامع ١/٤٨٠، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ٢/١٠٢، والمسودة ٢٠ وإرشاد الفحول ٩٧ وما بعدها، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/٨١، ونسبه الشوكاني لأبي إسحاق الشيرازي وهو خطأ، فإن رأي الشيرازي: أنه لا يدل على المرة ولا على التكرار. ينظر: التبصرة وهامشه ٤١، وقطع في مسلم الثبوت أنه الصحيح عند الحنفية ١/٣٨٧، وشرح تنقيح الفصول ١٣٠.

وقد حقق البخاري في كشف الأسرار مذهب الحنفية فقال : والمذهب عندنا أنه لا يوجب التكرار ولا يحتمله، سواء كان مطلقا، أو معلقا بشرط، أو مخصوصا بوصف، إلا أن الأمر بالفعل يقع على أقل جنسه، وهو أدنى ما يعد به ممثلا، ويحتمل كل الجنس بدليله وهو النية.

الثالث : أنه يدل على المرة ولا يدل على التكرار، وعزي هذا إلى أكثر الشافعية، وقيل هو مقتضى كلام الشافعي، وقال به جماعة من متقدمي الحنفية. الرابع : أنه مشترك لفظي بين المرة والتكرار، فلا يفهم واحد بخصوصه إلا بقرينة تعينه، فإن لم توجد قرينة لم يعمل به في واحد منهما، بل يتوقف في فهم المراد منه حتى تقوم القرينة. الخامس : الوقف وعدم الجزم برأي معين، للجهل بمبدول الأمر.

الأدلة :

ونقتصر على ذكر أدلة أقوى المذاهب: وهو المذهب الأول والثاني : استدلال الجمهور على أن مطلق الأمر يدل على طلب الماهية بأدلة أهمها : أن الأمر المطلق ورد استعماله في التكرار شرعا كقوله تعالى : ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ وعرفا مثل قولنا : «أحسن إلى الناس».

وليس معنى هذا أن يؤدي المطلوب مرة واحدة، ولو أداها مرة واحدة لاستحق الذم.

كما ورد استعماله في المرة شرعا كقوله ﷺ : «أيها الناس إن الله كتب عليكم الحج فحجوا» أى مرة واحدة فريضة الحج، وعرفا كقولنا : «ادخل الدار» أو «اشتر اللحم» ولا يعقل أن يراد التكرار.

والأصل في الإطلاق الحقيقة، فبطل أن يكون اللفظ حقيقة في واحد منها مجازا في الآخر، لأن المجاز خلاف الأصل. فالأمر لا دلالة فيه على المرة ولا على التكرار. «بل على طلب الماهية من حيث هي هي، إلا أنه لا يمكن ادخال تلك الماهية في الوجود بأقل من المرة الواحدة فصارت المرة الواحدة من ضروريات الاتيان بالمأمور به^(١)».

= كشف الأسرار ١٢٣/١ وقال الأمدي : المختار أن المرة الواحدة لا بد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل، فإن اقترن به قرينة أشعرت بإرادة المتكلم التكرار حمل عليه وإلا كان الاقتصار على المرة الواحدة كافياً. الإحكام ٢٢/٢.

(١) نهاية السؤل ٢٧٥/٢، وشرح الأسنوي للشيخ زهير ١٥٣/٢، وينظر تفصيل الأدلة في مسلم الثبوت ٣٨٠/١ وما بعدها، والمسودة ٢٠، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٨٢/٢، وإرشاد الفحول ٩٩، وشرح الأسنوي للشيخ زهير ١٥٣/٢، وقد ذكر فيه ثلاثة أدلة للبيضاوى منها ما ذكرناه. وقد أجرى الأسنوي مناقشات جيدة لأدلة المخالفين.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن الأمر المطلق يفيد التكرار بأدلة أهمها :

أنه لما منع أهل الردة الزكاة على عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه حاربهم، واستند في تكرار الزكاة عليهم إلى قوله تعالى : ﴿وآتوا الزكاة﴾، وكان ذلك بحضرة الصحابة، فلم يخالفوه فكان إجماعاً أفاد أن الأمر يفيد التكرار. ويمكن أن يناقش هذا الدليل : بأنه ربما كان فهم أبي بكر والصحابة التكرار من الآية لقرائن خارجية من مثل أخذ النبي ﷺ الزكاة منهم مراراً، فإذا كان الدلالة بالقرائن خرج الموضوع من محل النزاع.

ومثل ذلك احتجاجهم باستفسار أحد المسلمين حين قال النبي ﷺ في حجة الوداع : «أيها الناس إن الله كتب عليكم الحج فحجوا» فقام وقال : أفي كل عام يا رسول الله؟ فقال عليه السلام : «لو قلتها لوجبت، ولو وجبت لم تعملوها، ولم تستطيعوا».

فلو لم يكن الأمر دالاً على التكرار في اللغة لما سأل هذا الرجل سؤاله^(١).

ويمكن أن يرد هذا الاستدلال وينقلب الاستدلال به عليهم فينقض مدعاهم «فإنه لو كان الأمر يدل التكرار لغة فلم سأل هذا السؤال، ألا يدل سؤاله على أن المفهوم لغة من الأمر هو مجرد طلب الفعل لا تكراره؟ فأراد أن يتأكد من بقاء هذا المفهوم بالنسبة للحج أو إلحاقه بالعبادات المتكررة كالصلاة والزكاة^(٢).

الترجيح :

بالنظر في مستند الآراء يرجح قول جمهور الأصوليين في أن الأمر المجرد يدل على مطلق طلب الفعل، من غير دلالة على مرة أو تكرار.

(١) ينظر تفصيل الأدلة مسلم الثبوت ٣٨١/١ وما بعدها، وشرح الأسنوي للشيخ زهير ١٥٦/٢، وذكر للبيضاوي ثلاثة أدلة منها ما ذكرناه، وأجرى الأسنوي مناقشات جيدة لأدلة المخالفين. نهاية السؤل ٢٧٩/٢ وما بعدها. ذكر الأمدي للقائلين بالتكرار أحد عشر دليلاً وردّها واعتبرها شبهاً. الإحكام ٢٣/٢.

(٢) الوجيز في أصول الفقه ٢٤٨.

وهذا رأي في حقيقته يبنى على الإطلاق اللغوي، والحجة فيه للغة، وبالرجوع إلى استخدامات اللغة لفعل الأمر عند العرب، تبين إجماعهم على أن لفظ الأمر المجرد لا يفيد عندهم غير مطلق الطلب للفعل في خصوص زمان. وأما أن الامتثال بمرة فلائنه القدر الذي يكفي في الامتثال. لا لأن اللفظ يدل عليه بخصوصه، فإذا أريد التكرار ألحقت باللفظ قرينة تفيد ذلك. كأن يعلق الأمر على شرط كما في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ فإنما تكرر الوضوء لتكرر سببه، وهو الصلاة، لا لمجرد الأمر. أو كان معلقا على صفة كقوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ فتكرار الجلد لتكرار علته، وتحقق وصف الزنى، لا لمجرد الأمر بالجلد^(١).

الفرع الخامس دلالة الأمر المطلق على الفور أو التراخي :

تحرير محل النزاع : لم يختلف الأصوليون في أن الأمر إذا كان مقيداً بزمان يفيد طلب إيقاع الفعل في الزمن المقيد. سواء أكان الزمن على قدر الفعل وهو المسمى بالواجب المضيق كصوم رمضان، أم كان الزمن أوسع من الفعل بحيث يسع الفعل ويسع غيره من جنسه، وهو المسمى بالواجب الموسع.

أما إذا كان الأمر مطلقاً عن التقييد بزمان بوقت محدد كالأمر بالكفارات نحو قوله ﷺ للأعرابي المفطر عمدا: صم شهرين متتابعين، وقضاء مافات من الصوم والصلاة كقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ وقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها» فهذا الذي اختلف فيه الأصوليون هل يدل الأمر فيه على فعل المأمور به فوراً أو على التراخي؟ :

فالقائلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار : اتفقوا على أنه يفيد الفور أيضاً، لأنهم - كما قال صاحب مُسَلَّم الثبوت - يوجبون استغراق الأوقات بعد ورود الأمر، فوجب المبادرة، وأما القائلون: بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار : فهؤلاء اختلفوا في إفادته للفور أو للتراخي، وانقسموا إلى أربعة أقوال :

(١) يراجع في ذلك الشوكاني ٨٩٧، وتيسير التحرير ٦٧/٢، ونهاية السؤل ٢٧٤/٢ و٢٨٦، والمستصفى ٩/٢، والأحكام للآمدي ٢٢٥/٢ وما بعدها، والوجيز في أصول الفقه ٢٤٧، وأصول الفقه الشيخ الخضرى ٢١٩، والمدخل إلى مذهب الامام أحمد ١٠٢.

الأول : أن الأمر المطلق لا يفيد الفور ولا التراخي ، وإنما يفيد طلب الفعل . وهذا هو قول جمهور الحنفية والشافعية والمالكية .

الثاني : أن الأمر المطلق يفيد الفور . ومرادهم من الفور هو الإتيان بالفعل المأمور به في أول زمن إمكان أداء الفعل ، بحيث إذا أخره عنه يكون آثماً . وهذا قول الكرخي من الحنفية والحنابلة . وقال الشوكاني وغيره : عزي إلى المالكية^(١) .

(١) الأسنوي بشرح الشيخ زهير ١٦٣/٢ ، ومسلم الثبوت ٣٨٧/١ ، وينظر نسبته للمالكية وتحرير بقية الأقوال في إرشاد الفحول ١٠٠ ، والمسودة ٢٤ ، وتيسير التحرير ٦٨/٢ ، ومسلم الثبوت ٣٨٧/١ ، والإيهاج ٣٦/٢ ، وأصول السرخسي ٢٦/١ وما بعدها ، وحاشية البناني على جمع الجوامع ٣٨١/١ ، وحاشية العطار على جمع الجوامع ٤٨٣/١ ، وحاشية النفحات على شرح الورقات ٥٨ ، وفتح الغفار ٦٥/١ ، والإحكام لابن حزم ٢٩٤/١ ، وكشف الأسرار للبزدوي ٢٥٤/١ ، وتقويم الأدلة ٦٧/٢ .
والتحقيق لمذهب المالكية : أنهم مختلفون في ذلك : فمذهب مالك الذي تدل عليه الفروع أنه للفور ، ونقله عنه القرافي في مختصر تنقيح الفصول ١٢٩ ، وبه قال بعض المالكية ، والذي وقفت عليه أن محققي المذهب من الأصوليين أن رأيهم مع الجمهور ، وهو ما ذهب إليه ابن الحاجب والعضد وغيرهما . قال العضد في شرحه : «أنه لا يدل على الفور ، ولا على التراخي ، بل على مطلق الفعل ، وأيهما حصل كان مجزئاً ، وهذا هو الصحيح ، شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٨٤/٢ . وقال الباجي من المالكية : «الأمر المطلق لا يقتضى الفور . . وهو مذهب المغاربة من المالكيين ، وذهب البغداديون من أصحابنا إلى أنه على الفور» واستدلال الباجي يشير إلى أن مراده قول الجمهور وهو مطلق الطلب - ينظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ١٠٢ ، تحقيق الدكتور عبدالله الجبوري - الطبعة الأولى - مطبعة مؤسسة الرسالة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م بيروت .

وأما مذهب الحنفية فتحريره الذي وقفنا عليه مطمئن : أنه يدل على طلب الفعل كمذهب الجمهور ، ذكر ذلك السرخسي ٢٦/١ ، وعبد العلي الأنصاري وشارحه ، انظر مسلم الثبوت ٣٨٧/١ وغيرهما ، والقول بالفور هو قول أبي الحسن الكرخي وتلميذه الجصاص . وقد خالفوا بذلك عامة أصحابهم . ينظر : الفصول في الأصول للجصاص ١٠٤/٢ للوقوف على رأيها وأدلتها ، ووافقهم من الحنفية أبو بكر الصيرفي وأبو حامد . انظر : كشف الأسرار ٢٥٤/١ .

وقد اضطرب النقل لمذهب الحنفية عند كثير من المحققين من مثل ما ذكره الأمدى في الإحكام ، حيث اعتبر القول بالفور مذهبهم . ينظر الإحكام ٣٠/٢ ، والباجي في إحكام الفصول ١٠٢ وغيرهما .

الثالث : أن الأمر المطلق يوجب أحد شيئين : إما العزم على الفعل إذا لم يفعل في أول زمن الإمكان، وإما الفعل، وهذا قول القاضي أبو بكر الباقلاني من المالكية.

الرابع : أن الأمر المطلق مشترك لفظي بين الفور والتراخي فلا يفيد واحدا منهما بخصوصه إلا بقرينة فإن لم توجد القرينة يُتوقف في فهم المراد. وقد استدل الجمهور ومخالفهم بأدلة من جنس استدلالهم في المسألة السابقة في اعتبار المرة أو التكرار^(١).

الترجيح :

ويرجح ههنا أيضا قول الجمهور: فادلة المخالفين لم تسلم من الضعف، ومبنى الترجيح لقول الجمهور: أن الأمر إذا كان مطلقا لا يسوغ حمله على الفور أو التراخي بخصوصهما. لأن في ذلك حمله على جزء من أجزاء زمن أدائه دون قرينة أو دليل يحدد هذا الزمن. إذ اللفظ مجرد عن التحديد، فحمله والحال هذه فيه نوع تحكم. وإنما يمكن أن يحمل على الفور أو التراخي بالقرائن، لا بمجرد اللفظ، فيخرج عن محل النزاع.

وأیضا : أنه لو كان للفور كان الواجب موقتا بأول الأوقات بعد تعلق الأمر، وفي غيره يوجب كونه قضاء، ويكون أداء الزكاة في السنة الثانية قضاء، وهو خلاف الإجماع^(٢).

وترجح رأي الجمهور لا يعني عدم أفضلية الفور في جانب الامتثال، خصوصا فيما يكون التأخير والتراخي فيه يفوت مصلحة، أو يجعل صاحبه على خطر الوقوع في الإثم فيما إذا تمكن من الأداء فأخر لا لعذر. قال تعالى : ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ وقال ﷺ

(١) تراجع تفصيل المذاهب والمناقشات في إرشاد الفحول ١٠٠، والأسنوي بشرح الشيخ زهير ١٦٥/٢، ونهاية السؤل ٢٨٦/٢، والمستصفى ٩/٢ وما بعدها، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٨٤/٢.

(٢) مسلم الثبوت ٣٨٨/١.

: « الصلاة في أول وقتها رضوان الله ، وفي آخرها عفو الله » وفي هذا نوع تقريب في الجملة بين القول بالفور والقول بالتراخي . فالأول مقتضى طلب الامتثال لأمر الشارع ، والثاني مقتضى إطلاق اللئظ في اللغة .

الفرع السادس : الأمر بالشيء هل هو نهي عن ضده ؟ :

اختلف الأصوليون في الأمر بالشيء المعين ، هل يكون نهيا عن الشيء المعين المضاد له ؟ سواء كان الضد واحدا ، كما إذا أمره بالإيمان فإنه يكون نهيا عن الكفر ، وإذا أمره بالحركة فإنه يكون نهيا عن السكون ، أو كان الضد متعددا كما إذا أمره بالقيام فإنه يكون نهيا عن القعود والاضطجاع والسجود وغير ذلك ؟

محل النزاع :

وليس محل النزاع في مفهوم لفظ الأمر والنهي فهما متغايران للقطع باختلاف الصيغة ومفهومها لكن محل النزاع في أن طلب الفعل الذي هو الأمر هل هو عين طلب ترك ضده ؟
وطلب الترك الذي هو النهي ، هل هو عين طلب فعل ضده الذي هو الأمر ؟
فائدة الخلاف وثمرته :

ثمرة الخلاف في كون الأمر بالشيء نهيا عن ضده استحقاق العقاب بترك الأمور به فقط ، إذا قيل : بأنه ليس نهيا عن ضده ، أو به وبفعل الضد إذا قيل : بأنه نهى عن فعل الضد ، لأنه خالف أمرا ونهيا وعصى بهما ، وهكذا في النهي .

المذاهب :

ذهب جمهور الأصوليين من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة : إلى أن الشيء المعين إذا أمر به ، كان ذلك الأمر به ، نهيا عن الشيء المعين المضاد له سواء كان الضد واحدا أو متعددا - كما سبق التمثيل - وذهب آخرون : منهم الإمام الجويني والغزالي وابن الحاجب إلى أنه ليس نهيا عن الضد ولا يقتضيه عقلا .
وقيل في ذلك أقوال أخرى .

واستدل الجمهور على مذهبهم : بأنه لو لم يكن الأمر بالشيء نهيا عن ضده لكان إما مثله أو ضده أو خلافه ، واللازم باطل بأقسامه كلها .

وقالوا أيضا : بأن فعل السكون عين ترك الحركة ، وطلب فعل السكون طلب لترك الحركة ، وطلب تركها هو النهي .

واستدل المخالفون : بأن الأمر بالشيء ليس نهيا عن هذه ولا نقيضه ؛ لأنه لو كان الأمر بالشيء عين النهي عن الضد ومستلزما له لزم تعقل الضد . والقطع حاصل بتحقيق الأمر بالشيء مع عدم خطور الضد بالبال .

والراجع من ذلك : قول الجمهور لقوة دليلهم ، ولأنه يمكن أن يعترض على دليل المخالفين بأن الذي لا يخطر بالبال من الأضداد إنما هو الأضداد الجزئية ، وليست مرادة للقاتل : بأن الأمر عن بالشيء نهي عن هذه ، والنهي عن الشيء أمر بضده .

بل المراد الضد العام ، وهو مالا يجامع المأمور به ، وتعقله لازم للأمر والنهي ، إذ طلب الفعل موقوف على العلم بعدمه ، لانتفاء طلب الحاصل المعلوم حصوله^(١) .

الفرع السابع : التطبيقات الفقهية

أولا : أثر القواعد الأصولية في صيغة الأمر .

تقرير القاعدة : الأمر : سواء كان بلفظ «افعل» كانزل ، واسكت ، أو اسم الفعل ، كنزال ، وصه ، والمضارع المقرون باللام ، كقوله تعالى ﴿ولياخذوا أسلحتهم﴾ فيه مذاهب .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع ، منها :
- ما إذا قال لمن تجب عليه طاعته كوله : افعل كذا ، ولم يصرح بما يقتضي التحريم

(١) إرشاد الفحول ١٠١ وما بعدها ، والمسودة ٨١ ، وتيسير التحرير ٧٥/٢ ، وجمع الجوامع ٤٩٠/١ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٨٥/٢ ، وفيه انتصر للقاتلين بأن الأمر بالشيء ليس نهيا عن ضده ، واختاره العضد . وانظر : شرح تنقيح الفصول ١٣٥ ، وإحكام الفصول للبايجي ١٢٤ .

وانظر : تخريج الفروع على الأصول ١٢٨ حيث نسب الزنجاني لمذهب الشافعي القول : بأن الأمر بالشيء نهي عن ضده ، والنهي عن الشيء ليس أمرا بضده ، ونسب لمذهب الحنفية القول : بأن الأمر بالشيء يقتضي النهي عن أضداده . . وهذا خلاف ما في المراجع التي ذكرناها آنفا ، فلزم التنبيه .

فمقتضى مذهب الشافعي، وجوبه^(١).
وأما لفظ الأمر، وما تصرف منه، كأمرت زيدا بكذا، وقول الصحابي :
أمرنا، أو أمرنا رسول الله ﷺ، فهو حقيقة في القول الدال بالوضع على طلب
الفعل.

ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :
- ما إذا قال لزوجته : أمرك بيدك، أو فوضت إليك أمرك، فإنه يكون كناية في
الطلاق، كما جزم به الرافعي، لأننا إن قلنا : إنه مشترك، أو للقدر المشترك، فلا بد
من نية تميز المراد^(٢).

ثانيا : أثر القواعد الأصولية في الأمر بعد الحظر :

تقرير القاعدة : الأمر الوارد بالفعل بعد تحريمه اختلفوا فيه^(٣)، فقليل : إنه على
مقتضى صيغته من الوجوب أو الندب إذا لم يكن للوجوب، وكونه بعد الحظر لا أثر
له. وهو اختيار الإمام فخر الدين وأتباعه.

وقيل : إنه للإباحة. ووروده بعد الحظر قرينة تصرفه إلى الإباحة. نقله ابن
التمساني في شرح والأصفهاني في شرح المحصول عن نص الشافعي رضي الله
عنه، وحكاه ابن برهان عن أكثر الفقهاء. وهو اختيار ابن الحاجب، وتوقف إمام
الحرمين والآمدني في المسألة.

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع، منها :

-
- (١) التمهيد ٢٦٣.
 - (٢) المرجع السابق ٢٥٩.
 - (٣) هذه القاعدة ذكرها الحافظ العلائي في قواعده والإسنوي في تمهيده.
- راجع : المستصفى ٤٣٥/١، والمحصل ١٥٩/١، وجمع الجوامع بشرح الجلال
٣٧٨/١، ومعه حاشية البناني، ونهاية السؤل ٢٨/٢ - ٢٩، ومعه الإيهاج ٢٦/٢ - ٢٧،
ومشكاة الأنوار ٣٢/١، والنبصرة للشيرازي القسم الثاني أ - ص ٣٢، والتوضيح مع
التلويح ١٥٦/١، وتنقيح الفصول ١٣٩، ومسلم الثبوت بشرح فواتح الرحموت
٣٧٩/١، وتيسير التحرير ٣٤٥/١، واللمع للشيرازي ص ٩، ومرآة الأصول ٣١، وابن
الحاجب بشرح العضد ٢٠٥/١. وانظر ذلك في هامش مختصر من قواعد العلائي
والإسنوي ٢٣٣/١ وما بعدها.

١ - الخلق في الحج والعمرة : وفيه قولان ، أصحهما أنه نسك فرض لا بد منه ، ويتوقف عليه الحل ،

والثاني : أنه استباحة محظور ، قال النووي : أي ليس بنسك ، وإنما هو شيء أبيع له بعد أن كان حراما ، كالطيب واللباس ، وعلى هذا لا ثواب فيه ولا تعلق له بالتحلل .

قال العلائي : ولم أر أحداً صرح باستحبابه على هذا القول ، بل يرجع الخلاف إلى أنه واجب أو مباح ، مع ورود طلبه في الحديث الصحيح ، بقوله ﷺ «رحم الله» .

ثالثا : أثر القواعد الأصولية في الأمر المطلق هل يدل على التكرار :

تقرير القاعدة : الصحيح عند الإمام فخر الدين ، والأمدى ، وابن الحاجب - وغيرهم وهو مذهب الجمهور كما سبق تقريره -

الأول : أن الأمر المطلق لا يدل على تكرار ولا على مره ، بل على مجرد إيقاع الماهية ، وإيقاعها وإن كان لا يمكن في أقل من مرة إلا أن اللفظ لا يدل على التقييد بها حتى يكون مانعا الزيادة بل ساكتا عنه .

الثاني : يدل بوضعه على المرة ، وهو مقتضى قول الشافعي .

الثالث : يدل على التكرار المستوعب لزمان العمر ، لكن بشرط الإمكان .

الرابع : أنه مشترك بين التكرار والمرة ، فيتوقف إعماله في أحدهما على وجود القرينة .

الخامس : أنه لأحدهما ولا نعرفه ، فيتوقف أيضا .

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع ، منها :

١ - ما إذا قال لو كيله : بع هذه الدابة ، فباعه فرد عليه بالعيب ، أو قال له :

بع بشرط الخيار ، ففسخ المشتري ، فليس له بيعه ثانيا كما جزم به الرافعي في آخر الوكالة ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، حكاه الرافعي .

٢ - إذا سمع مؤذنا بعد مؤذن ، فهل يستحب إجابة الجميع لقوله عليه الصلاة

والسلام : «إذا سمعتم المؤذن فقولوا : مثل ما يقول؟» «يحتمل تخريج ذلك على أن الأمر هل يفيد التكرار أم لا؟ لكن إذا قلنا : لا يفيد من جهة اللفظ ، فإنه يكون من

باب ترتيب الحكم على الوصف المناسب، وهو من الطريق الدالة على التعليل، على المشهور، وحينئذ فيتكرر الحكم بتكرار علته^(١).

٣ - أنه لا يجمع بين فريضتين بتيمم واحد عند الشافعي رضي الله عنه، لأن مقتضى قوله تعالى : ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾ إلى قوله تعالى ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ : أن كل قائم إلى الصلاة يؤمر بالغسل بالماء إن قدر، وبالمسح بالتراب إن عجز، والتيمم في المكتوبة الثانية قائم إلى الصلاة، وأمور بالفعل إن قدر، فليكن مأمورا بالمسح إن عجز، هذا ما يقتضيه ظاهر اللفظ، إلى أن يستثنى منه ما يقوم الدليل عليه. وعلى هذا لا يجوز فعل النوافل على وجه.

٤ - أنه لا يجوز التيمم لفريضة قبل دخول وقتها عند الشافعي رضي الله عنه، لأنه أمر بالفعل والمسح عند القيام إلى الصلاة، والأمر عام، غير أنه ترك العمل به في الوضوء للدليل، وهو أنه صار مقصودا في نفسه، حتى تعبدنا فيه بالتكرار والتجديد بخلاف التيمم فيبقى على مقتضى الصيغة. وعند أبي حنيفة يجوز.

٥ - أن السارق يؤتى على أطرافه الأربعة عند الشافعية : عملا بقوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا﴾ فإنه أمر، مقتضاه التكرار بتكرار السرقة.

وعند الحنفية : لا يقتضي التكرار. فلا يقطع في المرة الثانية. وهكذا : إذا تكررت السرقة في العين الواحدة يتكرر القطع عند الشافعية. وعند الحنفية لا يتكرر^(٢).

رابعا : الأمر عن القرائن هل يدل على الفور أو التراخي؟ :

تقرير القاعدة : الأمر المجرد عن القرائن هل يدل على الفور أو التراخي؟ : فيه مذاهب :

أحدها : أنه لا يدل على فور، ولا على تراخ، بل على طلب الفعل خاصة.

الثاني : يفيد الفور.

الثالث : يدل على جواز التراخي.

الرابع : أنه مشترك بينهما، فيتوقف إلى ظهور الدليل.

(١) التمهيد ٢٧٦ و ٢٧٧.

(٢) التمهيد ٢٧٦ و ٢٧٧، وتخريج الفروع على الأصول ٢٢ و ٢٣.

الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع، منها :

١ - ما إذا قال لشخص : بع هذه السلعة، فقبضها الشخص وأخر بيعها مع القدرة عليه، فتلفت، فإن قلنا بالمشهور، وهو أن الأمر المطلق لا يدل على شيء، فلا ضمان عليه، وإن قلنا : إنه للفور، ضمن لتقصيره.

٢ - لو قال لولي امرأته : زوجها، كان ذلك إقرارا بالفراق، بخلاف ما لو قال لها : انكحي، فإنه لا يكون إقرارا به، لأنها لا تقدر على أن تزوج نفسها، ثم ذكر الرافعي في هذا الأخير ما يقتضي أنه كناية، فقال : لكن المفهوم منه هو المفهوم من قوله تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره)، زاد النووي على هذا فقال : الصواب أنه كناية إذا خاطبها، بخلاف الولي، فانه صريح فيه. هذا تخريج الأسنوى، وخرج الزنجاني الآتي :

٣ - أن الزكاة تجب على الفور عند الشافعي رضي الله عنه. وعندهم على التراخي.

٤ - أن المال إذا حال عليه الحول، ووجبت الزكاة، وتمكن من أدائها، ثم تلف لم تسقط الزكاة عندنا، لأنه عصي بالمنع، (فتنزل منزلة ما لوتلف. أو المودع إذا امتنع من ردها ثم تلف). وعندهم : تسقط : إذ لا عصيان مع جواز التأخير^(١).

خامسا : أثر القواعد الأصولية في الأمر بالشيء، هل هو نهي عن ضده ؟ :

تقرير القاعدة : الأمر بالشيء، هل هو نهي عن ضده أم لا؟ خلاف بين الأصوليين. الفروع : ويتفرع عن هذا الأصل فروع منها :

١ - إذا قال لامرأته : إن خالفت أمري، فأنت طالق، ثم قال لها : لا تكلمي زيدا، فكلمته، لم تطلق، لأنها خالفت نهي، لا أمره، هذا هو المشهور.

وقال الغزالي : أهل العرف يعدونه مخالفا للأمر.

٢ - ولو قال : إن خالفت نهي، فأنت طالق، ثم قال لها : قومي فقعدت. فلأصوليين من الأصحاب وغيرهم خلاف في أن الأمر بالشيء هل هو نهي عن ضده أم لا؟

(١) التمهيد ٢٨٢، وتخرج الفروع على الأصول ٤٠ و ٤١.

لأنه لا بد أن ينتهي عن الترك المنهي عنه حين ورود النهي ، ولا يتصور الانتهاء عن تركه إلا مع الإتيان بالمأمور به ، فاستحال النهي مع كونه موسعا . فذهب بعض من جعله نهيا إلى وقوع الطلاق .

والأظهر عند الإمام الشافعي وغيره المنع مطلقا ، إذ لا يقال في عرف اللغة لمن قال : قم : إنه نهى^(١) .

وهذا تخريج وتفريع الأسنوى ، وفرع الزنجاني الآتي :

٣ - أن التخلي لنوافل العبادات أولى من الاشتغال بالنكاح عند الشافعية .

لأن النكاح إما مباح ، أو مندوب ، مشوب بحظ النفس واتباع الهوى ، والنوافل مندوب إليها حقا لله تعالى على الخلوص . وعند الحنفية : الاشتغال بالنكاح أولى . لأن الزنا منهي عنه نهى تحريم ، والنكاح يتضمن ترك الزنا ، لما فيه من الاستغناء المباح عن السفاح ، فكان مأمورا به أمر إيجاب .

٤ - أن إرسال الطلقات الثلاث مباح . عند الشافعية ، لأن موجبها قطع نكاح مباح وعند الحنفية : حرام وبدعة ، لأنه تضمن قطع مصلحة وجبت إقامتها بالكلية ، واحترزوا بقولهم : « بالكلية » عن التفريق^(٢) .

(١) التمهيد ٩٣ و ٩٤ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ١٢٩ .

القسم الثالث النهي

الفرع الأول : تعريفه :

النهي في اللغة معناه : المنع . يقال : نهاه عن كذا ، أى منعه عنه ، ومنه سمي العقل نهية ، لأنه ينهى صاحبه عن الوقوع فيها يخالف الصواب ، ويمنعه عنه .
والنهي في الاصطلاح : طلب الكف عن الفعل على جهة الاستعلاء .

الفرع الثاني : صيغ النهي :

طلب الكف الذى يعتبر مدلولاً للنهي : هو صيغة «لا تفعل» ، وهي الصيغة الموضوعية للنهي حقيقة . كقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا الربا﴾ ، وقوله عز وجل : ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾ .
ويستعمل للنهي صيغ أخرى مجازية من مثل : نفي الحل ، كقوله تعالى : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ والجملة الخبرية التي تفيد طلب الكف عن الفعل بواسطة القرينة ، أو باللفظ الدال على النهي ، كقوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ وقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ، فإن المراد من الآيتين : طلب الكف عن الفعل ، وكذلك قوله تعالى : ﴿وينهى عن الفحشاء والمنكر﴾ .

ما تستعمل فيه صيغ النهي :

استعملت صيغة النهي «لا تفعل» في معاني سبعة : هي التحريم : كقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ ، والكراهية : كقوله ﷺ : «لا تصلوا في مبارك الإبل» ، والإرشاد : كقوله تعالى : ﴿لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾ ، والدعاء : كقوله تعالى : ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا﴾ ، والتحقيق : كقوله تعالى : ﴿ولا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجاً منهم﴾ ، ولبیان العاقبة : كقوله تعالى : ﴿ولا تحسبن الله غافلاً عما يعمل الظالمون﴾ ، وللأس أو التأييس : كقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين كفروا لا تعتذروا اليوم﴾ .

ما تفيده الصيغة حقيقة :

نظرا لاختلاف المعاني التي يستعمل فيها النهي - كما سبق - اختلف الأصوليون فيما تفيده الصيغة حقيقة من تلك المعاني . أو فيما يدل عليه النهي المجرد عن القرينة . واختلفوا على خمسة مذاهب :

الأول : أن الصيغة حقيقة في التحريم مجاز فيما عداه .

الثاني : أنها حقيقة في الكراهة مجاز فيما عداها .

الثالث : أنها مشترك معنوي بين التحريم والكراهة ، فهي موضوعة للقدر المشترك بينهما ، وهو طلب الترك .

الرابع : أنها مشترك لفظي بين التحريم والكراهة ، فهي موضوعة لكل منهما بوضع مستقل .

الخامس : الوقف وعدم الجزم برأى معين .

والراجح من هذه الآراء : هو قول الجمهور لقوة دليلهم . ومبناه أن صيغة النهي إنما وضعت للدلالة على طلب الكف جزما ، ولا معنى للتحريم إلا هذا .

ولم تسلم أدلة الأقوال الأخرى من الاعتراضات والمناقشات المضعفة لها .

وقد استدل الجمهور بأدله أهمها :

أولا : قوله تعالى في شأن الرسول ﷺ : ﴿وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ ووجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى أمر المسلمين بالانتهاء عما نهى عنه الرسول صلوات الله وسلامه عليه . والأمر - كما تقدم - يفيد الوجوب ، فكان الانتهاء عما نهى عنه واجبا . ومن خالف أو ترك الواجب فإنه آثم ومرتكب لمعصية ومحرم ، ويكون فعل المنهي عنه حراما ، فيكون النهي دالا على التحريم وهو المطلوب . قال الشافعي : «وما نهى عنه رسول الله ﷺ فهو على التحريم ، حتى تأتي دلالة عنه على أنه أراد به غير التحريم»^(١) .

والثاني : أن الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم من التابعين كانوا يستدلون على التحريم بصيغة النهي المجردة عن القرينة ، وهم أعلم الناس بلغة العرب ، فقد استدلوا على تحريم الزنا بقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ ، وعلى

(١) الرسالة ٢١٧ فقرة ٥٩١ و ٣٤٣ فقرة ٩٢٩ .

حرمة الربا بقوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾ ، وعلى حرمة القتل بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ .

فتحريمهم لهذه الأشياء لمجرد الصيغة دليل على أن الصيغة وضعت في لغة العرب حقيقة للدلالة على التحريم ، فإذا استعملت في غيره كان ذلك من قبيل المجاز^(١) .

الفرع الثالث : دلالة النهي على الفور والتكرار :

ذهب بعض الأصوليين إلى أن النهي يفيد الفور والتكرار ، فيفيد ترك الفعل فورا ، كما يفيد تكرار الكف واستدامته في جميع الأزمنة .

وذهب بعض الأصوليين : إلى أن النهي لا يدل بصيغته على الفور والتكرار ، وإنما يفيد ذلك من القرائن الدالة إما على الفور أو على التكرار^(٢) .

والراجع من ذلك القول الأول ، في أن النهي يقتضي الفور والتكرار ، وذلك بخلاف الأمر ، لأن النهي يقتضي عدم الإتيان بالفعل ، وعدم الإتيان بالفعل لا يتحقق إلا بترك الفعل في جميع أفرادها في كل الأزمنة ، وبذلك يكون ترك الفعل مستغرقا لجميع الأزمنة التي من جملتها الزمن الذي يلي النهي مباشرة ، فيكون النهي مفيدا للتكرار كما هو مفيد للفور ، فإذا استعمل النهي في غير التكرار ، كقول الطبيب للمريض ، لا تأكل السمك ، ولا تشرب اللبن . كان ذلك مجازا ، لأن المرض يعتبر قرينة على أن الترك خاص به .

وعلى ذلك إذا استعمل النهي في طلب الترك غير الفوري ، أو مرة واحدة فذلك يكون بواسطة القرائن . وقد خالف النهي الأمر في ذلك ، فإن الأمر يفيد وجود الفعل ووقوعه ، وهذا يتحقق بالمرّة الواحدة ، وفي أي وقت ، ولذا لم يكن مفيدا للتكرار^(٣) .

(١) راجع تفصيل المذاهب وأدلّتها ومناقشتها في شرح الأسنوي للشيخ زهير ١٧٦/٢ وما بعدها ، نهاية السؤل ٢٩٤/٢ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٩٤/٢ ، والمسودة ٨٠ ، والأحكام للآمدي ٢٧٤/٢ ، وما بعدها ، وإرشاد الفحول ١٠٩ ، وجمع الجوامع ٤٩٦/١ والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٠٥ .

(٢) نهاية السؤل ٢٩٤/٢ .

(٣) الأسنوي بشرح الشيخ زهير ١٨١/٢ ، وأصول الفقه للدكتور حسين حامد ٤٥٧ .

الفرع الرابع : النهي هل يقتضي الفساد ؟ :

قد اختلف الأصوليون في النهي هل يقتضي فساد المنهي عنه في العبادات والمعاملات، وحينئذ لا تترب الآثار المقررة في حال الصحة؟

وخلاف الأصوليين ههنا يختلف تبعاً لمورد النهي، كأن يرد النهي على أصل الفعل وحقيقته، أو يرد على وصف يقارن الفعل وهو غير لازم للفعل، أو يرد على أوصاف الفعل اللازمة له.

أولاً : إذا كان النهي وارداً على الفعل ذاته أو جزئه، سواء أكان حسياً كأن يرد النهي عن بيع الجنين في بطن أمه، أو عن الزنا، أو الخمر، أم شريعياً كالنهي عن الصلاة بلا وضوء؛ فإن النهي ههنا يقتضي فساد المنهي عنه وبطلانه. فلا يترتب عليه أي أثر، فهو في حكم المعدوم^(١).

ثانياً : إذا كان النهي وارداً على وصف يقارن غير لازم للفعل : كالنهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، فإن أثر النهي ههنا الكراهة لا الفساد والبطلان، أي أن الآثار تترتب على الفعل مع الكراهة.

وهذا عند جمهور الأصوليين والفقهاء. ونقل الآمدي مخالفة مذهب مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه^(٢). فقالوا بفساد الفعل لا فرق بين وروده على ذات الفعل أو على ما يقارنه^(٣).

(١) نهاية السؤل ٢/٢٩٥، وتيسير التحرير ١/٩١، وجمع الجوامع ١/٥٠٠، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٠٦، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٢/٩٥، والأسنوي بشرح الشيخ زهير ٢/١٨٢، والوجيز في أصول الفقه د. عبد الكريم زيدان ٢٥٢، وينظر اختيار الغزالي وأدلته في أن النهي لا يقتضي الفساد، المستصفي ٢/٢٥.

(٢) الأحكام ٢/١٧٥.

(٣) وهل الفساد مستفاد من اللغة أو من الشرع؟ خلاف كبير بين الأصوليين. ذهب الجمهور إلى أن اقتضائه للفساد شرعاً. انظر : ارشاد الفحول ١١٠، والأحكام للآمدي ٢/١٧٥، وذهب جماعة من الحنفية والشافعية إلى أنه لا يقتضي الفساد لا لغة ولا شرعاً، لا في العبادات ولا في المعاملات، وللحنفية تفصيل حاصله : أن ما لا يتوقف أن معرفته من جهة الشرع كالزنا وشرب الخمر. يكون النهي عنه لعينه، ويقتضي الفساد، إلا أن يقوم الدليل على أنه منهي عنه لوصفه أو لمجاور له، فيكون النهي حينئذ عنه لغيره، فلا يقتضي الفساد. كالنهي عن قربان الخائض. وأما الفعل الشرعي وهو ما يتوقف معرفته على الشرع فالنهي عنه لغيره فلا يقتضي الفساد.

ثالثا : إذا كان النهي واردا على أوصاف الفعل اللازمة له : كالشرط وهو خارج عن حقيقة المشروط مؤثر في وجوده في ذات الوقت، كالنهي عن البيع بضمن أجل مع جهالة في الأجل؛ أو البيع بشرط فاسد، أو كصوم يوم العيد.

فذهب الجمهور إلى فساد الفعل وبطلانه. وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الفساد في العبادات والمعاملات. فقالوا بفساد وبطلان الفعل إن كان في العبادات، وبالنفساد دون البطلان في المعاملات^(١).

ويتربط على هذه التفرقة أن الفساد يترتب عليه بعض الآثار. أما البطلان فلا يترتب عليه أي أثر.

وذهب الغزالي والرازي : إلى القول : بأن النهي يقتضي الفساد في العبادات فقط.

واستدل الجمهور لقولهم : بأن النهي يقتضي الفساد مطلقا : بأن الصحابة والتابعين كانوا يقولون بفساد أنكحة وبيع كثيرة لمجرد ورود النهي عنها، وشاع ذلك دون إنكار منهم.

واستدل أيضا أبو إسحاق الشيرازي والشوكاني وغيرهما بقوله عليه السلام : «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»، وروي : «من أدخل في ديننا ما ليس منه

انظر تفصيل ذلك في : إرشاد الفحول ١١١، وجمع الجوامع ٥٠١/١، وأصول السرخسي ٨٠/١، وتيسير التحرير ٣٧٧/١، والتلويع ٢٢٢/٢، والمستصفى ٩/٢، وأصول الفقه للدكتور زكريا البري ٢٠٤.

(١) مذهب المالكية كمذهب الجمهور في أن النهي يقتضي الفساد مطلقا، لكن ذكر الأستاذ محمد عبد الغني الباجقني في كتابه المدخل إلى أصول الفقه المالكي ٣٨ : أن المعول عليه عند المالكية أن النهي عن الشيء إن كان لحق الله عز وجل فإنه يفسد المنهي عنه، وإن كان لحق العبد فلا يفسده، ثم قال : ألا ترى أن النبي ﷺ نهى عن التصرية فقال : «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر» متفق عليه. فلم يحكم ﷺ بفسخ البيع، لأنه ليس بفساد، ولو كان فاسدا لحكم بفسخه، ولما جعل للمشتري خيارا في الإمساك، لأن الحق فيه للعبد لا لله عز وجل، ولما نهى الله تعالى عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة كان نهيه عنه لحقه في وجوب سعي عباده المؤمنين لها، فقلنا بفساد البيع. . ولم يذكر الأستاذ الفاضل مصادر النقل، ولم نعر على مظانه. ينظر مذهب المالكية في تنقيح الفصول ١٧٣، وإحكام الفصول للباقي ١٢٦.

فهو رد»، متفق عليه. والمنهي عنه ليس عليه أمره فيجب أن يكون ردا^(١) قال الشوكاني: وما كان ردا أي مردودا كان باطلا، ثم قال: وقد أجمع العلماء مع اختلاف أعصارهم على الاستدلال بالنواهي على أن المنهي عنه ليس من الشرع، وأنه باطل لا يصح، وهذا هو المراد بكون النهي مقتضيا للفساد، وصح عنه عليه السلام قوله: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإن نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»، فأفاد وجوب اجتناب المنهي عنه، وذلك هو المطلوب^(٢).

وحجة الحنفية في التفرقة بين العبادات والمعاملات: أن العبادات مقصود الشارع منها الامتثال، وذلك بإيقاع العبادة في ذاتها ووصفها، وتختلف شيء من ذلك يجعل العبادة باطلة، ولا فرق أن يعبر هنا بالبطلان أو الفساد.

أما المعاملات فمقصود الشارع منها تحقيق مصالح العباد، وذلك يحتاج إلى تحقيق الأركان والشروط، وتحقيق جميع الأركان والشروط يجعل الفعل كامل الصحة وترتب عليه آثارها كلها، وإذا تحققت بعض الشروط وفات بعضها فينبغي أن تترتب بعض الآثار ويوصف ذلك بالفساد^(٣).

(١) التنصرة ١٠١، وانظر تفرقة العز بن عبد السلام بين النهي عن الشيء لاختلال ركن أو شرط في قواعد الأحكام ٢٥/٢.

(٢) إرشاد الفحول ١١١، وجمع الجوامع ٥٠١/١، وشرح العضد على مختصر المنتهى ٩٦/٢، والمسودة ٨٣.

وراجع أدلة المخالفين في هذه المراجع ذاتها.
(٣) وفي المسألة مذاهب عديدة ذكر الأسنوي منها ستة، وكذا حرر المذاهب تحريرا دقيقا ابن السبكي في جامعة، ومن تدقيقاته: بيان أن مذهب الغزالي التفرقة بين الفساد في العبادات، فيكون فسادا دون المعاملات. وقد وهم في رأي الغزالي هذا الأمدى في الأحكام وغيره، حيث نسب له القول بالفساد مطلقا. وقد نص الغزالي على التفرقة في المستصفى ١١/٢، وينظر تحرير المذاهب أيضا عند العضد في شرحه على مختصر المنتهى ٩٥/٢.

انظر، نهاية السؤل ٢٩٧/٢، وجمع الجوامع ٤٩٩/١، وإرشاد الفحول ١١٠، والتبصرة ١٠٠ والأحكام ٢٧٥/٢، والوجيز في أصول الفقه د. عبد الكريم زيدان ٢٥٣، والأسنوي بشرح الشيخ زهير ١٨٥/٢، والمسودة ٨٢.
وقد حرر الشيخ بخيت الطيعي مذهب الحنفية بما لم يسبق إليه، فينظر نهاية السؤل ٢٩٦/٢.

الترجيح :

والذي يترجح من ذلك هو قول الجمهور: في أن النهي يقتضي الفساد مطلقا، أي سواء أكان النهي في العبادات أم في المعاملات، وسواء أكان النهي لذات المنهي عنه أم لجزئه، أم لوصف خارج عنه، وسواء أكان هذا الوصف لازما أم غير لازم. وبالإضافة إلى ما ذكره أرباب هذا الرأي من أدلة، فإن مبنى رأى الجمهور قائم على دلالة اللغة والشرع، فإن مما لا خلاف فيه بين الجميع أن للنهي صيغة يستدل بها على المنع من الفعل، ويعاب على فاعل المنهي عنه، لأنه فعل لقبيح، لأن طلب الترك إنما يكون لذلك، ومن حيث الشرع فإنه بنى على هذه الصيغة عدم ترتب الثمرة على الفعل عند المخالفة. وهذا هو الفساد المرادف للبطلان، فالنهي لذلك ما لم يلحق الشارع هذه الصيغة بما يشير إلى خلافه فيتبع.

ومن جانب آخر لم يأت المخالفون مطلقا أو المفرقون بين اللغة والشرع أو العبادات والمعاملات بأدلة سالمة من الرد والمناقشة. قال الشوكاني: «والحق أن كل نهي من غير فرق بين العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعيا، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك، فيكون هذا الدليل قرينة صارفة له من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي^(١).

(١) إرشاد الفحول ١١١.

تطبيقات أثر القواعد الأصولية في النهي

أولاً : أثر القواعد الأصولية في صيغة النهي :

تقرير القاعدة : النهي : القول الدال بالوضع على الترك، ولفظ النهي يطلق على المحرم والمكروه، بخلاف لا تفعل ونحوه، فإنه عند تجرده عن القرائن يحمل على التحريم على الصحيح عند الإمام فخر الدين، والآمدى، وغيرهما، ونص عليه الشافعي في «الرسالة»^(١).

واختلفوا أيضاً في دلالة على التكرار والفور، والمشهور دلالة عليها. إذا علمت ذلك كله، فيتفرع على أنه للتحريم : ما إذا أشار السيد إلى شيء من المباحات بطريق الأصالة وقال : لا تفعله، أو أذن له في تصرف ثم ذكر بعده هذا اللفظ، إلا إذا قامت قرينة على إلزام تحصيله وهو الغالب^(٢).

ثانياً : أثر القواعد الأصولية في النهي بعد الإباحة :

تقرير القاعدة : النهي بعد الإباحة، قيل : للإباحة، وقيل : للتحريم. إذا تقرر هذا، فمن فروع المسألة :

ما إذا أوصى بأكثر من الثلث، وفيه قولان، أصحهما : أنه صحيح، ولكن يتوقف على إجازة الورثة، والثاني : أنه باطل بالكلية، وسبب التردد قصة سعد بن أبي وقاص، فإنه مرض في حجة الوداع، فعاده النبي ﷺ، فقال : «يا رسول الله، إن لي مالا كثيراً، وليس لي إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بالنصف؟ قال : لا، قال : فبالثلث؟ قال : بالثلث، والثلث كثير» إلى آخر الحديث^(٣).

-
- (١) انظر الرسالة للإمام الشافعي ص/ ٢١١، تحقيق أحمد شاكر إذ قال في تقرير كلام مسائل عن الأحاديث : «وأخرى فيها نهي لرسول الله، فتقولون : ما نهي عنه حرام»، عن هامش التمهيد ٢٨٤ .
- (٢) التمهيد ٢٨٤ .
- (٣) التمهيد ٢٨٥ .

ثالثا : أثر القواعد الأصولية في «أن النهي عن الشيء هل يقتضي فساده؟» :

وقاعدة مذهب الشافعي : «أن النهي عن الشيء إن كان :

١ - لعينه

٢ - أو لوصفه اللازم له اقتضى الفساد.

٣ - أو لأمر خارج عنه ينفك عنه في بعض موارد لم يقتض فسادا، سواء كان ذلك في العبادات أو في العقود أو في الإيقاعات.

فالأول - كالصلاة بغير وضوء، أو إلى غير القبلة، وبيع الميتة والخمر والخنزير، ونكاح المحارم، وما أشبه ذلك.

والثاني - كصوم يوم العيد، وبيع الملامسة، والمنازمة، والحصاة، والطير في الهواء، والسماك في اللجة، ونكاح المتعة، ونكاح الشغار، وعقد الربويات، ونحو ذلك.

والثالث - كالصلاة في الدار المغصوبة، والوضوء بالماء المغصوب، والتيمم بتراب مغصوب، والذبح بسكين مغصوب، والمسح على الخف المغصوب، والصلاة في الأماكن المنهي عنها، والبيع وقت النداء لصلاة يوم الجمعة، والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، وتلقى الركبان، وطلاق الحائض، أو في طهر جامعها فيه، إلى غير ذلك من الصور. فإذا ورد نهي عن شيء نظر فيه : إن كان لذات ذلك الشيء أو لوصفه اللازم كبيع النقدين مفاضلا فهو للفساد، وإن كان لمعنى خارج عنه كالبيع وقت النداء فإنه - لما يلزم عنه من تفويت صلاة الجمعة، وطلاق الحائض لما فيه من تطويل العدة، والبيع على بيع الغير لما فيه من الإضرار به - كان النهي غير مقتض للفساد، إلا أن يجيء بسبب آخر:

١ - كالتفريق بين الوالدة وولدها في البيع، حيث لا يجوز، فإن ذلك للإضرار به وأمه، ومقتضاه أنه لا يفسد العقد، لكن قالوا : بالبطلان؛ لأن تسليم البيع فيه منهي عنه محرم، والمعجوز عنه شرعا كالمعجوز عنه حسا.

٢ - وكبيع السلاح من أهل الحرب، لأن التسليم ممنوع حذرا من قتالنا.

٣ - وكذلك : هبة المحتاج إلى الماء في وضوئه ماءه لغير محتاج إليه للعطش والأصح المنع، لتعذر التسليم.

ومما ينبغي على النهي عن الشيء لوصفه اللازم يقتضي الفساد : أن العاصي
بسفـره لا يجوز له الترخـص بشيء من رخص السفر كقاطع الطريق ، والعبد الأبق ،
ونحوه ، لأن السفر محرم عليه لوصفه الذي أنشأه لأجله ، ففي إباحة الرخصة له
إعانة له على المعصية ، وذلك لا يجوز^(١).

(١) مختصر من قواعد العلائي والإسنوى ٢٧٢/١ - ٢٧٤ ، وقواعد الأحكام للعز بن عبد
السلام ٢٥/٢ .

خاتمة

وبعد هذا العرض لمبحث «الخاص» وما يتعلق به ، تظهر أهمية المبحث من بين مباحث علم أصول الفقه ، كما نؤمل تحقق الغرض من سوق البحث أصالة وهو : بيان أن من أساليب الأصوليين ما هو سهل ميسر يمكن لدارسي علم الأصول من الشرعيين والقانونيين فهمه وإدراكه ، ولا شك أن في التمرس على أساليبهم إثراء للملكة البحث في كتبهم ومعرفة مناهجهم في البحث والمناظرة والاستنباط .

ولعل البحث من وجه آخر كشف - ولو قليلا - بواسطة التطبيقات الفقهية والقانونية عن مدى حاجة فقهاء العصر من الشرعيين والقانونيين إلى علم أصول الفقه بعامة ، ومبحث القواعد الأصولية اللغوية بخاصة .

والله نسأل القبول والتوفيق والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

- ١ - الإبهاج بشرح المنهاج، للإمام تقى الدين على بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي - طبع مصر.
- ٢ - الإحكام في أصول الأحكام، للإمام علي بن أبي علي بن محمد الأمدي - مطبعة محمد علي صبيح ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م بمصر.
- ٢م - إحكام الفصول في أحكام الأصول، للإمام أبي الوليد سليمان الباجي تحقيق د. عبدالله الجبوري - الطبعة الأولى - مطبعة الرسالة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م بيروت.
- ٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول / للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني - الطبعة الأولى، مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م - بمصر.
- ٤ - أصول السرخسي - محمد بن أحمد السرخسي، مطابع دار الكتاب العربي ١٣٧٢هـ .
- ٥ - أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان - طبع دار النهضة العربية ١٩٧٠م بمصر.
- ٦ - أصول الفقه، للدكتور محمد زكريا البرديسي - طبع مصر.
- ٧ - أصول الفقه للشيخ محمد الحضري بك - الطبعة الخامسة - مطبعة السعادة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م بمصر.
- ٨ - أصول الفقه، الشيخ محمد أبو زهرة - طبع دار الثقافة العربية للطباعة - بمصر.
- ٩ - أصول الفقه شرح نهاية السؤل، للأسنوي للشيخ محمد أبو النور زهير - مطبعة دار التأليف - بمصر.
- ١٠ - التبصرة / للإمام إبراهيم بن علي الشيرازي - تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو طبع دار الفكر ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م دمشق.
- ١٠م - التمهيد في تجميع الفروع على الأصول / للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي تحقيق د. محمد حسن هيتو - الطبعة الأولى - الرسالة - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م بيروت.

- ١١ - تخرّيج الفروع على الأصول، للإمام شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني تحقيق الدكتور: محمد أديب الصالح - مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢م - ١٩٨٢م سوريا،
- ١٢ - تفسير النصوص، للدكتور محمد أديب الصالح - الطبعة الثانية - منشورات المكتب الإسلامي - بيروت.
- ١٣ - التلويح على التوضيح شرح التنقيح، للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود، والتلويح هو للإمام سعد الدين التفتزاني - الطبعة الأولى - المطبعة الخيرية - بمصر.
- ١٤ - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي - مطبعة حكومة الكويت.
- ١٥ - تيسير أصول الفقه للشيخ بدر عبد الباسط - طبع دار الاتحاد العربي للطباعة - بمصر.
- ١٦ - التيسير شرح مختصر التحرير/ للإمام محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام والشرح للإمام محمد أمين الشهير بأمير بادشاه - طبع محمد علي صبيح - بمصر.
- ١٧ - جمع الجوامع للإمام ابن السبكي، ومعه حاشية العطار - مطبعة مصطفى محمد بمصر.
- ١٨ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول/ للإمام شهاب الدين القرافي - مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م - بمصر.
- ١٩ - شرح طلعة الشمس على الألفية للعلامة أبي محمد عبد الله حميد السالمي - الطبعة الثانية - التراث القومي للثقافة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - بمصر.
- ٢٠ - شرح عقد الدين والملة على مختصر ابن الحاجب مع حاشية سعد الدين التفتزاني والجرجاني والهروي - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية - بولاق ١٣١٦هـ - بمصر.
- ٢١ - الفصول في الأصول/ للإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص - تحقيق الدكتور عجيل جاسم النشمي - مطبعة الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م الكويت.
- ٢٢ - فواتح الرحموت، للإمام محمد بن نظام الدين الأنصاري، وشرحه مسلّم الثبوت في أصول الفقه/ للإمام محب الله بن عبد الشكور - مطبوع مع كتاب المستصفي طبع أوفست - مؤسسة الحلبي وشركاه - بمصر.
- ٢٣ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي - مطبعة حكومة الكويت.

- ٢٤ - قانون الاجراءات الجنائية المصرى - الطبعة الثانية - ١٩٧٠م بمصر.
- ٢٥ - قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م وتعديلاته - إعداد وجمع وتنسيق د. يعقوب محمد حياتي - المطبعة العصرية ١٩٧٨م - الكويت.
- ٢٦ - القانون المدني الكويتي - مطبعة حكومة الكويت.
- ٢٧ - قانون العقوبات المصرى - ١٩٧٠م بمصر.
- ٢٨ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي / شرح عبد العزيز أحمد البخارى، طبع أوفست ١٣٩٤هـ - ١٩٧٠م لبنان.
- ٢٩ - الكوكب الدرى في تخرىج الفروع الفقهية على المسائل النحوية - للإمام جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي - تحقيق د. عبد الرزاق السعدى - الطبعة الأولى - مطبعة الموسوعة الفقهية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م الكويت.
- ٣٠ - مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي للإمام محمود بن أحمد الحموى بن خطيب الدهشة - تحقيق د. مصطفى البنجويني - مطبعة الجمهور ١٩٨٤م الموصل.
- ٣١ - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل / للإمام عبد القادر بن أحمد الأثرى الحنبلي المعروف بابن بدران الدمشقي - إدارة الطباعة المنيرية - بمصر.
- ٣٢ - المستصفى / للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي - طبع أوفست مؤسسة الحلبي وشركاه - بمصر.
- ٣٣ - المسودة في أصول الفقه لابن تيمية - مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبدالله بن الخضر - وشهاب الدين أبو المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام وشيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم - مطبعة المدني - بمصر.
- ٣٤ - الموافقات في أصول الأحكام / للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي / تحقيق الشيخ محمد محى الدين عبد الحميد - مطبعة المدني - بمصر.
- ٣٥ - نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول للإمام ناصر الدين عبدالله بن عمر البيضاوى، والنهاية هي للإمام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي معه حاشية الشيخ محمد بخيت المطيعي - المطبعة السلفية ١٣٤٣هـ - بمصر.
- ٣٦ - الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان - الطبعة الخامسة - مطبعة سلمان الأعظمي ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م بغداد.

