تخريج الفروع على الأصول

أ/ رويسات محمّد

المركز الجامعي – سعيدة

إنّ بعض المصطلحات، والمفاهيم يشترك في توظيفها كلّ من النّحو، والفقه، وأصولهما، مثل: الأمر، النّهي، الشّرط.:. إلخ، فهي تنضوي تحت القواعد الأصوليّة في مجال الشّرع، كما تعدّ من القواعد النّحوية في مجال اللّغة.

لذا طغى التّلاحم والتّمازج والتّأثير والتّأثر بين البحوث الفقهيّة والدّرس النّحوي، لاسيّما وأنّ الاختلاف في الأصول سبب في اختلاف الفقهاء في الفروع.

قال أبو زهرة: "الاختلاف في القواعد الأصوليّة من أهمّ أسباب الاختلاف في الفروع عندنا".[1]

وإليك بعض المسائل في الأمر والنّهي خاصّة اللّذين هما مدار التّكليف وعليهما يرتكز. قال شمس الأئمة السّرخسي -رضي الله عنه-: "أحقّ ما يبدأ به في البيان الأمر والنّهي؛ لأنّ معظم الابتلاء بهما، وبمعرفتهما تتمّ معرفة الأحكام، ويتميّز الحلال عن الحرام"[2].

1. الأمر عند اقتضاء الوجوب، هل يجوز الخروج عنه لقرينة ما؟

من أهمّ القواعد الأصولية التي أثارت الاختلاف بين الأصوليين، والفقهاء في باب الأمر، هل الأمر يقتضي الوجوب؟ وهل إذا اقتضى الوجوب يجوز الخروج عنه لقرينة ما؟ أو لابدّ من نصّ، أو إجماع يقتضي ذلك؟

مذهب الجمهور أنّ الأمر يقتضي الوجوب، ويدلّ على غير الوجوب بقرينة، واختلف الفقهاء في الأحكام لاختلافهم في القرينة، وفي المذهب الظّاهري لابدّ حين دلالة الأمر على غير الوجوب من نصّ، أو إجماع، والعدول عن الوجوب بالقرينة انحراف عن الطّريق الصحيح، وتقوّل على الله ورسوله، وخروج على فحوى الخطاب القرآني، ويتفرّع عن هذا الأصل مسائل منها:

1-1. متعة الطّلاق:

لقد ورد الأمر في القرآن الكريم بإعطاء المطلّقات اللّواتي طلقن من قبل المسيس ، و لم يفرض لهنّ مهر، وورد الأمر لإعطاء هؤلاء ما يتمتّعن به من مال، قال الله تعالى:﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾.[3]

وقد ذهب الشّافعية والحنابلة إلى أنّ هذه المتعة واجبة عملاً بمقتضى الأمر، وإلى هذا ذهب من الصحابة ابن عمر رضي الله عنه ومن التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد.[4]

وذهب مالك إلى أنّ هذه المتعة مندوب إليها، وجعل من قوله تعالى﴿**حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾ قرينة تخرج الأمر من الوجوب إلى النّدب، فما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب.

ولقد رجّح القرطبي في تفسيره –وهو مالكي- قول الأكثر، وما عليه الأكثر هو ترجيح الوجوب حملاً للأمر على الحقيقة، وإن قوله﴿**عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾ هو عام في التّطوّع، والقائم بالواجبات إذْ هو محسن، ويؤيّد هذا ما انضمّ إليه من لفظ﴿**حَقًّا**﴾، والحق ينصرف إلى الواجب ابتداء.[5]

وهذا ما نميل إليه ونرجحه؛ لأنّ الواجب قد يرافقه إحسان بدلالات مختلفة كما هو الحال في وجوب ردّ التحية، قال تعالى: ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾.[6]

1-2. استئذان البكر البالغة في النّكاح:

وردت أحاديث كثيرة تطلب من أبي البكر أن يستأذنها في النّكاح ومنها: ما رواه ابن عباس قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الثّيب أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها ،وإذنها صماتها".[7]

وعن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم: لا تنكح الأيّم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف؟ قال: أن تسكت".[8]

فذهب الحنفيّة إلى أنّ الأمر هنا للوجوب، فيجب على أَبي البكر البالغة استئذانها في التّزويج، فإذا زوّجها من غير إذنها كان الزّواج موقوفاً على إذنها، أمّا البكر غير البالغة فلا إرادة معتبرة لها، فلا يجب استئذانها.

وأرجح وجوب الاستئذان، وهو ما ذهب إليه الأوزاعي، والثّوري، وحكاه التّرمذي عن أكثر أهل العلم، ويؤيد ما ذهبواْ إليه ما رواه ابن عبّاس أنّ جاريّة بكراً أتت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وذكرت أنّ أباها زوّجها وهي كارهة، فخيّرها النبي صلّى الله عليه وسلّم.[9]

وذهب مالك والشّافعي وأحمد إلى أنّ الأمر هنا، أمر ندب وإرشاد، وأنّه يجوز للأب أن يزوّجها بغير استئذان، والّذي صرف الأمر عند هؤلاء عن الوجوب، هو أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس فرّق في الحكم بين الثّيب والبكر، فجعل الثّيب أحقّ بنفسها، فاقتضى نفي ذلك عن البكر، فيكون أبوها أحقّ منها بها.[10]

1-3. الإشهاد على البيع:

يرى ابن حزم أنّه فرض على كل متبايعين لما قلّ أو كثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلاً وامرأتين من العدول، فإن لم يجدا عدولاً سقط فرض الإشهاد، فإن لم يشهدا وهما يقدران على الإشهاد، فقد عصيا الله عزّ وجلّ، والبيع تامّ، ويحتجّ بالأمر في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾.[11]

وإلى هذا ذهب أبو جعفر الطبري،[12] وداود الظاهري، والضّحاك، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وذهب إلى هذا من الصحابة أبو موسى الأشعري، وابن عمر.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد أمر مندوب، والأمر بالآية للنّدب والإرشاد، والّذي صرفه عن الوجوب، ما ورد عن النّبي صلى الله عليه وسلم من بيع، ورهن من غير إشهاد، وما كان يفعله أصحابه، والسّلف الصّالح، وما يوجب من اشتراط الإشهاد، ولو في الشّيء التّافه من الحرج والمشقّة على عباد الله.[13]

وذهب فريق إلى أنّ الأمر بالإشهاد منسوخ بقوله تعالى: «فإن أمن بعضهم بعضا فليؤدّ الّذي أؤتمن أمانته».[14]

وقد يرى المتأمل في موقف الظّاهرية شدّة وتضييقاً في الدّين، ممّا لا يتلاءم مع قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾،[15] وقوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ هذا الدّين يسر".[16]

ولكن هناك من يرى أيضاً في الدّين إباحة، لذا يميل مذهب الجمهور إلى الاعتدال لا إفراط ولا تفريط، فالأصل في الأمر الوجوب، وإن ثبتت قرائن على إرادة غير الوجوب عملواْ بها تحقيقاً لأحكام الشّريعة.

2. اقتضاء النّهي الفساد والبطلان:

اختلف الفقهاء والأصليون في اقتضاء النّهي والفساد والبطلان، وقد ترتّب عن ذلك اختلاف كثير في الفروع الفقهية.

ويجدر بي قبل بيان هذا الاختلاف أن أبيّن حالات النّهي التّي ينطلق منها الأصليّون في تحديد مذاهبهم، وهذه الحالات هي:

أولا: أن يأتي النّهي مطلقاً عن القرائن الدّالّة على النّهي عنه، قبيح لعينه، أو لغيره، وهو نوعان:الأفعال الحسية، والتّصرفات الشّرعيّة.

ثانيا: أن يكون النّهي راجعاً لذات العمل، أو لجزئه، كالنّهي عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة، روى ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما، أن النّبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع المضامين والملاقيح، وحبل الحبلة".(17)

والمضامين ما في أصلاب الإبل، والملاقيح ما في بطونها، وحبل الحبلة ولد ولد هذه النّاقة، والنّهي راجع إلى البيع، وهو ركن من أركان العقد، أو جزء من أجزائه.(18)

ثالثاً: أن يكون النّهي راجعاً إلى وصف لازم للمنهي عنه دون أصله، وذلك كالنّهي عن الرّبا، فإنّ النّهي من أجل الزّيادة، والزّيادة ليست هي عقد البيع، ولا جزء منه، بل وصف له.

رابعاً: أن يكون النّهي عن العمل، راجعاً إلى وصف مجاور له، ينفكّ عنه غير لازم له، وذلك كالنّهي عن الصّلاة في الأرض المغصوبة، ومثل ذلك عن وطء المرأة حال الحيض في قوله تعالى: ﴿**فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ**﴾.(19)

فإنّ النّهي عن الاستمتاع بالوطء حال الحيض، لما يجاوره من الأذى، ولهذا جاز له أن يستمتع بما سوى موضع الدّم عند بعض الفقهاء، وبما سوى ما بين السّرة والرّكبة عند النّافس.(20)

لقد كان للأصوليّين والفقهاء مذاهب وآراء منها:

ـــ قال البعض أنّ النّهي لعينه يقتضي الفساد كالنّهي عن بيع المضامين، والملاقيح وحبل الحلبة، والنّهي عنه لغيره لا يقتضيه؛ لأنّ الشّيء قد يكون له وجهان هو مقصود من إحداهما، مكروه من الأخرى.

ـــ وقال آخرون: النّهي عن العبادات يقتضي فسادها، وفي المعاملات لا يقتضيه؛ لأنّ العبادة طاعة، والطّاعة موافقة للأمر.

وحكي عن طائفة منهم أبو حنيفة: أنّ النّهي يقتضي الصّحة؛ لأنّ النّهي يدلّ على التّصور، لكونه يراد للامتناع، والممتنع في نفسه المستحيل في ذاته، لا يمكن الامتناع عنه، فلا يتوجه إليه النّهي كنهي الأعمى عن النّظر.

ولقد عرض القرافي مذهب أبي حنيفة مستحسناً إيّاه فقال: "قال أبو حنيفة: أصل الماهيّة سالم عن المفسدة، والنّهي إنّما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوّينا بين الماهيّة المتضمّنة للفساد، وبين السّالمة عن الفساد. ولو قلنا بالصّحة مطلقاً لسوّينا بين الماهيّة السّالمة في ذاتها وصفاتها، وذلك غير جائز، فإن التّسوية بين مواطن الفساد، وبين السّالم عن الفساد خلاف القواعد، فيتعيّن أن يقابل الأصل بالأصل، والوصف بالوصف، فنقول: أصل الماهية سالم عن النّهي، والأصل في تصرّفات المسلمين، وعقودهم الصّحة، ويثبت للوصف الّذي هو الزّيادة المتضمنة للمفسدة، بالوصف العارض، وهو النّهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب، وهو فقه حسن".(21)

وقال بعض الفقهاء، وعامّة المتكلّمين: لا يقتضي فساداً ولا صحّة؛ لأنّ النّهي من خطاب التّكليف، والصّحة، والفساد من خطاب الأخبار، فلا يتنافى أن يقول: نهيتك عن كذا، فإنّ فعلته رتّبت عليك حكمه، ولو صرّح به فقال: لا تطلّق المرأة وهي حائض ،فإن فعلت وقع الطّلاق، ولا تغسل

الثّوب بماء مغصوب، فإن فعلت طهر الثّوب ، لم يكن ذلك مناقضاً، فإذن لا دليل عليه من حيث الشّرع، ولا عرف له في اللّغة.

وهناك من يرى أنّ النّهي عن الأسباب المفيدة للأحكام يقتضي فسادها، واحتجواْ بأمور منها:

1. ما روت عائشة رضي الله عنها: أنّ النّبي عليه السلام قال: "من عمل عملا ليس أمراً فهو ردّ"،[22] أي مردود، وما كان مردوداً على فاعله فكأنّه لا يوجد.

2. أنّ الصّحابة رضي الله عنهم استدلّواْ على فساد العقود بالنّهي عنها، فاستدلّواْ على فساد عقود الرّبا بقوله صلّى الله عليه وسلم: "لا تبيعواْ الذّهب بالذّهب إلا مثلاً بمثل"،[23] واحتجّ ابن عمر في فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾.[24]

3. إن النهي عن الشيء يدل على تعلق المفسدة به، أو بما يلازمه؛ لأن الشارع حكيم، لا ينهى عن المصالح، إنما ينهى عن المفاسد، وفي القضاء بالفساد إعدام لها بأبلغ الطرق.

4. إنّ النّهي عنها مع ربط الحكم بها، يقتضي إلى التّناقض في الحكمة، لأن نصبها سبب تمكين من التّوسل، والنّهي عن التّوسل؛ ولأن حكمها مقصود الآدمي، ومتعلّق غرضه، فتمكينه منه حثّ على تعاطيه، والنّهي منع من التّعاطي، ولا يكيّف ذلك بحكمة الشّرع، ثم لا فرق بين كون النّهي عن الشّيء لعينه، أو لغيره، لدلالة النّهي على رجحان ما يتعلّق به من المفسدة.

وذهب الظّاهرية إلى أنّ النّهي يقتضي الفساد في صوره كلّها، فلا فرق بين المنهي عنه لذاته،والمنهي عنه للوصف الملازم، والمنهي عنه للمجاور المنفكّ، ونقل الآمدي هذا القول عن مالك رضي الله عنه، وعن أحمد في إحدى الرّوايتين عنه حيث قال: "ولا نعرف خلافاً في أنّ ما نهى عنه لغيره

أنّه لا يفسد كالنّهي عن البيع في وقت النّداء يوم الجمعة، إلا ما نقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الرّوايتين عنه".[25]

وقد تفرّع عن هذا الأصل مسائل منها:

2-1. نكاح المحرم:

ذهب الجمهور من الشّافعية، والمالكيّة، والحنابلة، إلى فساد نكاح المحرم وبطلانه للنّهي عنه في حديث رواه مسلم ابن عثمان بن عفّان رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب"،[26] وهو مروي عن عمر وابنه، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وذهب أبو حنيفة إلى صحّة هذا النّكاح وجوازه، واحتج بما رواه البخاري، ومسلم عن ابن عباس: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم تزوّج ميمونة وهو محرم، قال: ولأنّه عقد يملك به الاستمتاع فلا يحرمه الإحرام كشراء الإماء.[27]

وقد رد الجمهور على احتجاج أبي حنيفة بوجوه:

1. ورد عن أبي رافع قال: "تزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلّم ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرّسول بينهما"، قال التّرمذي حديث حسن.[28]

2. روى يزيد بن الأصم عن ميمونة: أنّ النبي صلّى الله عليه وسلم تزوّجها حلالاً، وبنى بها حلالاً، أخرجه أبو داود، وصاحب القصّة أولى، لأنّه أخبر وأعرف بها.

3. لو صحّ حديث ابن عباس، لكان الحديث الّذي استدلّ به الجمهور أولى؛ لأنّه قول النّبي صلىّ الله عليه وسلّم وذلك فعله، والقول آكد لاحتمال الخصوصية.

4. عقد النّكاح يخالف شراء الأمة، فإنّه يحرم بالعدّة، والرّدّة، واختلاف الدّين، وكون المنكوحة أختاً من الرّضاع، ويعتبر له شروط غير معتبرة في الشّراء، وعلى كلّ فهو قياس في معارضة النّص فلا يعتبر به.(29)

الإحـــــــــــــالات

1-أصول الفقه، للإمام محمد أبو زهرة، ج9، ص 10.

2- أصول السّرخسي، ج1، ص 10 .

3-سورة البقرة، الآية236.

4- انظر أحكام القرآن للطبري،الإمام عماد الدين محمد الطبري، المعروف الهراسي، المتوفى 504هـ، دار الكتب العالميّة، بيروت، لبنان، ط2، 1405هـن 1985م، ج5، ص 126 وما بعدها.

5- انظر فتح القدير، ج2، ص 441

6- سورة الأنبياء، الآية7.

7- رواه مسلم في كتاب النكاح، رقم 1421.

8- رواه البخاري، رقم2122، ومسلم، رقم 1419.

9- رواه أحمد وابن داود، وابن ماجه، رقم 1875.

10- رواه البخاري في كتاب الإكراه، رقم1420.

11- سورة البقرة، الآية- 282. المحلي، لابن حزم، المتوفى 456هـ، طبعة المكتبة التّجارية، بيروت، لبنان، ج8، ص 244

12- تفسير الطبري، ج6، ص 84

13- السابق، ج3، ص403

14- سورة البقرة، الآية283

15- سورة الحج، الآية 78

16- رواه البخاري في كتاب الإيمان، الباب 29 (الدين يسر).

17- حديث ابن عباس رواه الطبري في معجمه، وحديث بن عمر رواه عبد الرزائي في مصنفه، نصب الراية، ج4، ص 10

18- انظر شرح المنهاج للأسنوي، ج2، ص64

19- سورة البقرة، الآية 222.

20- انظر السّرخسي، ج1، ص 80-81

21- الفروق- الإمام شهاب الدّين المناهجي القرافي، المتوفى 684هـ، وبحاشية عمدة المحقّقين وتذهيب الفروق والقواعد السّنية

في الأسرار الفقهية، دار المعارف للطّباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ج2، ص83-84.

22- متّفق عليه وهذا لفظ البخاري، ج13، ص 317

23- لفظ المسلم، ج10، ص19

24- سورة البقرة، الآية221

25- الأحكام للآمدي، ج2، ص 33

26- أخرجه مسلم في كتاب النّكاح برقم 1409.

27- الحديث أخرجه البخاري ومسلم في النّكاح برقم1409

28- أخرجه التّرمذي، رقم 841.

29- انظر المغني لابن قدامة، ج3، ص 332