الاستثناء من القواعد الفقهية وتطبيقاته في مقدمات عقد النكاح

الدكتـــــور
محمـــود إسماعيل مشعل
كلية الشريعة والقانون بدمنهور
جامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذى أرسله الله رحمة للعاملين ، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ..... وبعد:

فأبادر مستهلاً بالحديث النبوى الشريف "مَنْ يُرد الله به خيراً يُفقّهه فى الدين[1]، لما يحمله من معانى غزيرة، وفوائد جليلة، منحنا الله بركاتها.

على أن دراسة الفقه الإسلامى لا تقوى أسسها إلا بتعميق البحث فى قواعده وكلياته، وتطوير مناهج تقعيده ، وربط مسائله وموضوعاته.

ولما كان علم القواعد الفقهية، يتسابق إليه طلاب العلم، ويتنافسون على موضوعاته؛ لأنه العلم الذى يمثل قمة الفقه الإسلامى، والأسلوب الوحيد لجمع مسائله المشتتة، وتسهيل مسالكه على الفقيه، وهو العمدة فى ضبط أحكام النوازل المتشعبة ، والقاعدة التى عليها الاستناد فى مستجدات القضاء والإفتاء المعقدة.

ولم يَفُتْ أئمتنا المجتهدين إدراك الفوائد العظمى لهذا العلم ، فقرروها ونبهوا عليها فى كتبهم ومصنفاتهم، واعتبروها السبيل الوحيد إلى حفظ الجزيئات، وجمع شتات الفقه ، والمرجع الأساسى عند الاجتهاد ، لأنها رأس الفقه وعماده .

---

(١) رواه البخارى فى كتاب العلم ، حديث رقم (٧١) باب "من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين". انظر: صحيح البخارى مع فتح البارى ، لابن حجر العسقلانى (١/ ١٩٧) ، دار الريان للتراث، القاهرة، (ط١)، (١٤١٦هـ)

لذا فإن الاشتغال بها ضرورة فقهية لاغنى لطالب العلم عنها ، وهذا ما قرره الإمام القرافى وأكد عليه فقال : " وهذه القواعد مهمة فى الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف" [(١)].

ولهذه الأهمية العظيمة للقواعد الفقهية استقر فى نفسى البحث فى موضوعها، وتركز اهتمامى هنا في موضوع :

الاستثناء من القواعد الفقهية وتطبيقاته في مقدمات عقد النكاح.

وعقد الزواج ينفرد عن سائر العقود بقدسية العلاقة التى تنشأ بين أطرافه؛ لأن الحياة الزوجية قوامها المودة والرحمة، كما وصفها القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم:٢١).

وعُنى التشريع الإسلامى بما يسبق عقد الزواج من مقدمات تكشف عن رغبة المتعاقدين فيه، ومقدمات عقد الزواج هى ما يسمى فى عرف الشرع بـ "**الخطبة**".

وإذا كان الله تعالى حرم النظر إلى المرأة الأجنبية فى قوله تعالى: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ﴾(النور: ٣٠) غير أنه سبحانه رفع الحرج عن الناس بتشريع النظر إلى المرأة فى حالة الخطبة لأجل الزواج؛ والأمر بالنظر قد يُحمل على الندب أو على الوجوب، والمسألة مستثناة من قاعدة: "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب" إن قلنا بالوجوب.

---

(١) الفروق : لشهاب الدين القرافى (١/ ٢-٣) ، ط . دار السلام، القاهرة .

على أن بحث هذه المسائل المستثناة على غاية من الأهمية، لأن كل حكم يترتب عليه حرج أو يلحق المكلفين من العمل به مشقة بالغة فى بعض جزئياتة يظهر مبدأ رفع الحرج فيعمل عمله باستثناء موضع الحرج، وتطبيق مبدأ التيسير.

ويلاحظ أن الاستثناء لم يقف عند نوع معين من التشريع، ، بل يكاد يعم أنواع التشريعات كلها، فقد لحق الواجبات كما لحق المحرمات، ودخل فى العبادات كما دخل غيرها، بل إنه جاء فى أصل الدين وهو الإيمان، كما فى قوله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (النحل:١٠٦).

فالآية الكريمة أباحت للمكره النطق بكلمة الكفر ما دام قلبه مطمئناً بالإيمان والمكرَه: هو الذى يجبرَ على الكفر بالتهديد بالقتل، فهنا حكمان: الأول: هو تحريم الكفر بعد الإيمان، والثانى: هو إباحة هذا الأمر عند الإكراه (وهى حالة مستثناة من الحكم الأول) [١].

وسوف أتناول -بعون الله تعالى- بحث هذه المسائل المستثناة من القواعد والضوابط الفقهية فى مقدمات عقد النكاح تحت عنوان:

الاستثناء من القواعد الفقهية

وتطبيقاته في مقدمات عقد النكاح

---

(١)الفقه الإسلامى أساس التشريع- وفيه بحث بعنوان: الاستحسان فى الفقه الإسلامى وعلاقته بالاستثناء فى التشريع: لفضيلة الشيخ/ محمد مصطفى شلبى، (ص١٣٩،١٢٩)، مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية- القاهرة.

هذا، وقد عَمِلتُ – بحمد الله تعالى – فى مجال القواعد الفقهية دراسة وتدريساً ، وكانت رسالتى للدكتوراه بعنوان : (**أثر الخلاف الفقهى فى القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها فى الفروع المعاصرة**). وما تزال عندى رغبة أصيلة فى متابعة البحث وتعميقه فى فن القواعد الفقهية من خلال الدراسة التحليلية التى تكشف عن مناهج هذا العلم وتطبيقه.

خطة البحث :

قمت بتقسيم خطة هذا البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة سائلا الله تعالى السداد والتوفيق، إنه نعم المولى ونعم النصير.

الفصل الأول: الاستثناء من القواعد الفقهيه، حقيقته وأسبابه.

ويحتوى على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يقاربها.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: فى معنى القواعد الفقهية – لغة واصطلاحاً .

المطلب الثانى : فى الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الضابط والأصل.

المبحث الثانى : فى معنى الاستثناء من القواعد ومدى تأثيره فى التطبيق عليها.

ويحتوى على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معنى الاستثناء من القواعد وتقسيمها بهذا الاعتبار

ويتضمن أربعة فروع.

الفرع الأول : معنى الاستثناء في اللغة.

الفرع الثانى : المقصود بالاستثناء من القاعدة الفقهية.

الفرع الثالث: كيفية مراعاة القاعدة والاستثناء.

الفرع الرابع : أقسام القواعد الفقهية باعتبار الاستثناء.

المطلب الثانى : الاستثناء فى التشريع الإسلامى

ويحتوى على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الاستثناء فى القرآن الكريم.

الفرع الثانى : الاستثناء فى السنة النبوية.

الفرع الثالث : الاستثناء فى اجتهادات الصحابة.

المطلب الثالث : مدى تأثير الاستثناء فى التطبيق على القواعد الفقهية.

ويتضمن ثلاثة فروع.

الفرع الأول : فى قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية.

الفرع الثانى : الاستثناء من القواعد قد يعكر على فعاليتها التطبيقية.

الفرع الثالث : الاستثناء من القواعد لا ينقص من أهميتها التطبيقية.

المبحث الثالث : أسباب الاستثناء

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : الاستثناء بسبب تنازع القواعد.

المطلب الثانى : الاستثناء بسبب التعارض .

المطلب الثالث : الاستثناء بسبب الإستحسان.

المطلب الرابع : الاستثناء بسبب التعبد.

المطلب الخامس : الاستثناء بسبب الصياغة.

الفصل الثانى: التطبيق على الاستثناء من القواعد الفقهيه فى مقدمات عقد النكاح

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: فى الحكم الأصلى للنكاح وما يرد عليه من أمور ترفع هذا الحكم.

ويقع فى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى تعريف النكاح ودليل مشروعيته.

المطلب الثانى: فى الحكم الأصلى للنكاح.

المطلب الثالث: فى بيان أمور ترفع النكاح عن حكمه الأصلى.

المبحث الثانى: فى القاعدة والاستثناء لمسألة النظر إلى المخطوبة.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى التعريف بقاعدة "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب".

المطلب الثانى: فى حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية.

المطلب الثالث: النظر إلى المخطوبة بين الندب والوجوب.

المبحث الثالث: فى الأصل والاستثناء لمسألة : ذِكر عيوب أحد الخاطبين .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : الأصل عموم تحريم اغتياب المسلم والمسلمة.

المطلب الثانى : ما استثنى من أصل تحريم الغيبة.

المطلب الثالث : في حكم ذكر عيوب أحد الخاطبين عند الاستشارة في شأنهما.

المبحث الرابع: الأصل والاستثناء لمسألة الخطبة على خطبة الفاسق.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: رأى جمهور الفقهاء ودليله .

المطلب الثانى: الخطبة على خطبة الفاسق.

المطلب الثالث: فى الطريق إلى دفع التعارض بين الأحاديث الواردة فى المسألة

الخاتمة : في ثمرة البحث وخلاصته.

وأسأل الله التوفيق والسداد

الفصـل الأول

الاستثناء من القواعد الفقهية

حقيقته وأسبابه

ويحتوى على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: فى معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبـين مـا يقاربها.

المبحث الثانى: فى معنى الاستثناء من القواعد ومدى تأثيره فـى التطبيق عليها .

المبحث الثالث : فى أسباب الاستثناء من القواعد الفقهية

المبحث الأول

فى معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يقاربها.

يحسن بنا أن نبدأ بتعريف القاعدة الفقهية قبل التعمق في فكرة الاستثناء الواردة عليها.

المطلب الأول

معنى القاعدة الفقهية ـ لغة واصطلاحا

أولاً : التعريف اللغوى :

القاعدة فى اللغة [1] أصل الشئ وقوامه وأساسه، سواء كان حسيًا أو معنويا فمن الحسّى : قواعد البيت ، يقول الله تعالى ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧].

ومن ذلك أيضا : قواعد الهودج، وهى خشبات أربع معترضة فى أسفله، تركب عيدان الهودج فيها.

ومنه أيضا القواعد من النساء، جمع قاعدة ، وهى المرأة المسنّة، التى قعدت عن الحيض والولد .

أما القاعدة المعنوية ، فمثل قول العلماء : قواعد الإسلام ، قواعد الإعراب، وقواعد الفقه.

ثانياً : التعريف الاصطلاحى الفقهى:

اختلفت تعريفات الفقهاء للقاعدة الفقهية على قولين:

---

(١) انظر الصحاح للجوهرى، باب الدال، فصل القاف (ص: ٢٥٣)، طبعة قديمة جمعها (أبو الوفا الهورينى، ولسان العرب: لابن منظور ، مادة قعد (٥/ ١٣٨)، والقاموس المحيط للفيروزآبادى، باب الدال، فصل القاف (١/ ٣١١).

أ-القول الأول : **أنها الأمر الكلى. وهو مذهب أكثر الفقهاء**[١].

قال تاج الدين السبكى[٢]: "**هي الأمر الكلي الذى ينطبق عليه جزئيات كثيرة تتفهم أحكامها منها**" [٣].

ب-القول الثانى : **إنها حكم أكثرى (أو أغلبى) لا كلى ، ينطبق على أكثر جزئياته وهو قول بعض الحنفية.**

فعرفها الحموى [٤]. **بقوله: " هي عند الفقهاء حكم أكثرى ، لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته، لتعرف أحكامها منه**" [٥].

---

(١) انظر التعريفات للجرجانى (ص ٢١٩)، مكتبة لبنان ، بيروت طبعة (١٩٨٥م)؛ والمحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني (١/ ٦٢) ، ضبط محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت ، (ط١) ١٤١٨ هـ -١٩٩٨م؛ وشرح التلويح على التوضيح للتفتازانى (١/ ٣٥) ، ضبط زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط الأولى، ١٤١٦ -هـ ١٩٩٦م؛ وشرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٤)، د/ تحقيق د/ محمد الزحيلى ، و د/ نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض (١٣١٣هـ ١٩٩٣م)، وغيرها.

(٢) تاج الدين عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى المعروف بابن السبكى ، الشافعى ، الإمام ، المتوفى (٧٧١هـ). [يراجع : الأعلام : للزركلى (٤/ ١٨٤)].

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسبكى (١/ ١١)، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ على محمد عوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م).

(٤) هو أحمد بن محمد مكى، أبو العباس شهاب الدين الحسينى ، الحموى الأصل ، الحنفى المصرى . تولى التدريس بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وإفتاء الحنفية، له مصنفات كثيرة منها : " غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر" لابن نجيم، كشف الرمز عن خبايا الكنز ، توفى سنة (١٠٩٨) هـ انظر الأعلام للزركلى (١/ ٢٣٩).

(٥)انظر غمز عيون البصائر (١/ ٥١) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط الأولى ، (١٤٠٥هـ -١٩٨٥م).

ومنشأ الخلاف ؛ أن من اعتمد على التعريف المنطقى العام للقاعدة قال إنها كلية ، ومن نظر إلى الصور المستثناة منها التى لا ينطبق عليها حكمها، قال: إنها أغلبية [١].

ولعل التعريف الأول أكثر دقة لما يلى :ـ

١-أن شأن القواعد أن تكون كلية[٢].

٢-أن تخلف آحاد الجزئيات عن مقتضى الكل ، لا ينافى كليتها بالنسبة لجزئيات كثيرة غيرها.

قال الإمام ابن القيم[٣] رحمه الله : " إذ شأن الشرائع الكلية أن تراعي الأمور العامة المنضبطة ولا ينقصها تخلف الحكمة في أفراد الصور"[٤].

٣- إنّ تخلّف هذه الجزئيات قد يكون لوصف خارج عن مقتضى الكل اختص به. وقد ذكره الشاطبى[٥]. بقوله : " وأيضا بالجزئيات المتخلفة قد يكون لحكم خارجة عن مقتضى الكل فلا تكون داخلة تحته أصلاً"[٦].

---

(١) انظر تهذيب الفروق والقواعد السَّنية على هامش الفروق للشيخ محمد بن حسين المكى (١/ ٣٦).

(٢) ذكر هذا المعنى ابن النجار فى شرح الكوكب المنير (١/ ٤٥).

(٣) هو أبوعبد الله شمس الدين محمد بن أبى بكر الزرعى ، الشهير بابن قيم الجوزية، المولود (سنة ٦٩١ هـ) ونشأ في بيت علم وفضل ودين، توفى سنة (٧٥١ هـ) له مصنفات كثيرة منها : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ومدارج السالكين : " والفوائد، وإغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، وغيرها، [يراجع : البداية والنهاية لابن كثير (١٤/ ١٨٨-١٨٩) والدرر الكامنة لابن حجر (٣/ ٤٠٠-٤٠٣-١٠٦٧) وشذرات الذهب (٦/ ١٦٨-١٧١) كشف الظنون (٦/ ١١٥٤-١٥٧)].

(٤)إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ٣٨٣) طبعة جديدة موثقة باعتناء صدقى محمد العطار، دار الفكر ، بيروت (١٤٢١ هـ - ١٩٩٩م).

(٥) هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد اللخمى الغرناطي الشهير بالشاطبى ، أصولى ، مفسر، فقيه، لغوى، ومحدث ، كان من أئمة المالكية ، ومن المجددين فى التأليف . توفى سنة (٧٩٠) هـ له مصنفات قيمة منها" الموافقات في أصول الفقه : والاعتصام في الحوادث والبدع " [يراجع : الأعلام للزركلى (١/ ٧٥)].

(٦) الموافقات في أصول الشريعة للشاطبى (٢/ ٤١)، شرح الشيخ عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤-أن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعى، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلى يعارض هذا الكلى الثابت[١].

٥-أن تلك المتخلفات الجزئية والمستثنيات لا تغضّ من شأن القواعد الكلية ، لأن القواعد في سائر العلوم لا تخلو من الشواذ والمستثنيات[٢].

٦-أن المستثنيات قليلة، فهي بمثابة الشواذ التي يمكن إدراجها تحت قاعدة أخرى.

٧-أن المقصود بالكلية، الكلية النسبية الشمولية بحيث لا تخلو أكثر قواعد الفقه من النوادر والمستثنيات ، والشاذ لا حكم له ، ولا ينقض قاعدة.

وعلى الرغم من اعتبار التعريف الأول أكثر دقة، غير أنه لا يخلو من الانتقاد وذلك من وجهين:- أولاً :-أنه تعريف منطقى تجريدي للقاعدة [٣]، فيصلح تعريفا للقاعدة في أى فنّ. ثانياً :-أنه تعريف غير مانع من دخول الضابط.

لذا فإن تعريف المقريّ أكثر دقة، حيث عرفها بقوله كل كلى هو أخص من الأصول [٤] وسائر المعانى العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة".

---

(١) المرجع السابق.
(٢) القواعد الفقهية للندوي (ص:٤٤)، دار القلم ، دمشق ، ط الخامسة ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م.
(٣) قواعد الفقه الإسلامى من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضى عبد الوهاب ، تأليف د/ محمد الروكي (ص : ١٠٨) دار القلم ، دمشق ، ومجمع الفقه الإسلامى ، جدة، ط. الأولى ، (١٤١٩هـ -١٩٩٨م).
(٤) فقوله كلىّ بمعنى الحكم العام الذى ينطبق على مجموعة من الأفراد المتجانسة المندرجة فيه، والمراد بالأصول : أصول الشرع وقواعده العامة التي يتوصل إليها باستقراء النصوص أو بتتبع المقاصد الشريعة. [يراجع : قواعد الفقه الإسلامى من خلال كتاب الإشراف (ص:١٠٩].

وإلى هذا أشار القرافي في "الفروق" عند حديثه عن أهمية القواعد الفقهية باعتبارها الأصل الثاني للشريعة - بعد أصول الفقه - فذكر أنها قواعد كلية فقهية لكل منها فروع كثيرة تندرج تحتها، فمن اهتم بتخريج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، اضطربت عليه هذه الفروع وتناقصت وصعب عليه حصرها وحفظها.

ثم قال : "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"[(١)].

ومن خلال هذه العبارات يمكن أن نحدد تعريفا للقاعدة الفقهية عند القرافي بأنها: الأصل الفقهي، أو الكلية الفقهية التي تندرج فيها، وتخرج عليها فروع وجزئيات فقهية كثيرة.

وقريب من هذا التعريف ما اختاره الشيخ مصطفى الزرقا حيث عَرّف القواعد الفقهية بأنها : " أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[(٢)].

فالقاعدة الفقهية هى إذن حكم كلي فقهى ينطبق على جزئيات كثيرة تدخل تحت موضوعه.

---

(١)الفروق (١/ ٣).

(٢) المدخل الفقهى العام: للشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، (ص) - دار القلم، دمشق ، (ط ١)، (١٤١٨ هـ -١٩٩٨م).

ثالثا: عناصر القاعدة الفقهية

تعنى بعناصر القاعدة الفقهية تلك المقوِّمات العملية الأساسية التى تتكون منها حقيقة القاعدة الفقهية وتكتسب منها ماهيتها، وتلك هى الضوابط الذاتية للقاعدة الفقهية، فالعناصر هى:

أولا: الاستيعاب: وهى كون القاعدة تشتمل على حكم جامع لكثير من الفروع، بحيث يجعلها تندرج فيها بقوته وسريانه عليها.

ومن الأمثلة: قاعدة: (إذا بطل الشئ بطل ما فى ضمنه) هذه قاعدة فقهية إذا تأملناها وجدناها تشتمل على حكم هو ثبوت البطلان للشئ بثبوته لمتضمنه، وبالتأمل فى هذا الحكم نجد أنه قوى السريان بحيث تندرج فيه وتنتظم به فروع كثيرة منها: لو أقر إنسان لآخر وكان ذلك الإقرار مرتباً على عقد، ثم انتقض ذلك العقد، لبطل الإقرار.

وقاعدة: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» هذه قاعدة فقهية ذكر الفقهاء لها فروعاً كثيرة تندرج فيها.

ثانيا: الاطراد والأغلبية: مطردة أى أنها تنطبق على كل جزئياتها دون تخلف أى جزئية منها، فتكون بذلك متتابعة يتبع بعض فروعها بعضاً فى الحكم الجامع، مستمرة التتابع غير متوقعة، جارية فى سريانها وانطباقها لكنها قد يتخلف فيها عنصر الاطراد، فتنتقل حينئذ لمرتبة الأغلبية، أى أنها تنطبق على أغلب جزئياتها لا على كلها، والاطرد أو الأغلبية مرتبطان بالاستيعاب ارتباط تكميل وتفسير.

ثالثا: التجريد: أن يكون الحكم الذى تقوم على أساسه القاعدة موضوعيا جامعاً مستوعباً، صالحاً للانطباق على كل أو أغلب الجزئيات المعلولة بعلته من غير أن يكون خاصاً ببعضها دون بعض.

رابعا: إحكام الصياغة: أن تصاغ القاعدة الفقهية فى أوجز العبارات وأدقها وأقواها دلالة على الحكم الذى تشتمل عليه القاعدة، وينبغى أن تكون الألفاظ ممعنة فى الشمول والعموم والاستغراق حتى لا تنزل القاعدة إلى مرتبة الضوابط والحدود والتعريفات أو إلى ما دون ذلك[1].

الفرع الثانى : الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الأصل والضابط :

ويتناول هذا الفرع بالدراسة الفروق بين القاعدة الفقهية وبين بعض المفاهيم الاصطلاحية القريبة منها، خصوصاً : الضابط والأصل.

أولا: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى .

ويحسن بنا قبل أن نبين الفرق والوفق بين القاعدة والضابط أن نعرف الضابط أولاً.

١ـ تعريف الضابط :

الضابط لغة من الضبط ، ضبطه ضبطا و ضباطة ، و ضبط الشئ حفظه بالحزم حفظا بليغا وأحكمه وأتقنه، والرجل ضابط أى حازم [2].

وفي الاصطلاح: هو ما يجمع فروعاً من باب واحد[3].

٢ـ الوفق والفرق بين القاعدة والضابط:

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن القاعدة والضابط يشتركان في أن كلا من منهما ينطبق على عدد من الجزئيات الفقهية.

---

(١)نظرية التقعيد الفقهى : د.محمد الروكى (ص٦٠-٦٨).

(٢) لسان العرب، مادة ضبط (٣/ ٥٠٩) ؛ والقاموس المحيط لفيروزآبادى ، باب الطاء ، فصل الضاد (١/ ٦٧٥) ؛ والمعجم الوسيط لمجموعة من الأساتذة ، باب الضاد ، دار الأمواج ، بيروت ، ط الثانية، (١٤١٠ هـ-١٩٩٠م).

(٣) غمزعيون البصائر للحموي (١/ ٣١) ، والأشباه والنظائر للسيوطى (١/ ٧).

ويفترقان في أن الضابط يشمل الجزئيات من باب واحد على حين القاعدة تشمل جزئيات من أكثر من باب[١].

وقد أشار إلى هذا الفرق العلامة تاج الدين بن السبّكى بعد أن ذكر تعريف القاعدة فقال : " ومنها ما لا يختص بباب كقولنا : كل كفارة سببها معصية فهى على الفور، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[٢].

وقد تقدم في تعريف أبى عبد الله المقرّى أن القاعدة الفقهية أعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة ، ومعنى ذلك أن مجال الضابط الفقهى أضيق من مجال القاعدة الفقهية، حيث تشمل كثيرًا من الفروع والجزئيات من أبواب متعددة، ولا تتسع دائرة الضابط الفقهي إلا للجزئيات المندرجة في باب واحد، أو في جزء من باب.

ومن هنا اعتنى بعض العلماء بعرض الضوابط وإفرادها عن القواعد بصورة بارزة ، مثل العلاّمة ابن نجيم الحنفي في كتابه " الفوائد الزينية في فقه الحنفية والعلامة المقري المالكي في كلياته".

ورغم هذا الاختلاف، فإن الكثيرين من المتقدمين لم يكونوا يشددون في التفريق بينهما، فيطلقون القاعدة ويريدون بها الضابط.

---

(١) هذا الفرق ذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص:١٩٢)، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، (ط١)، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
(٢)الأشباه والنظائر لتاج الدّين السبكى (١/ ١١).

فالإمام السّبكى مثلا يقسم القواعد في كتابه " الأشباه والنظائر" إلى عامة وخاصة، ويعنى بالأخيرة الضوابط[١].

وكذا فعل الإمام ابن رجب الحنبلى في كتابه "القواعد في الفقه الإسلامى " حيث يطلق " القاعدة " على ما هو ضابط ، مثاله:

القاعدة الأولى : الماء الجاري هل هو كالراكد أو كلّ جرية منه لها حكم الماء المنفرد[٢].

القاعدة الخمسون: هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضمونا في الذمة[٣].

القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة : الوطء المحرم العارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟[٤].

وأما الإمام السيوطى فقد جعل الضوابط ، في كتابة "الأشباه والنظائر" في قسم القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح لاختلافه في الفرع ، وذكر عشرين قاعدة كلها ضوابط ، ومنها :

القاعدة الرابعة : النذر هل يسلك به مسلك الواجب، أو الجائز؟[٥].

القاعدة الثامنة : الإبراء هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟ قولان [٦].

---

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٢٠٠).
(٢) القواعد في الفقه الإسلامى (ص: ٣)، دار الفكر.
(٣) المرجع نفسه (ص: ٧٢)
(٤) المرجع نفسه (ص : ٣٠٢).
(٥)الأشباه والنظائر للسيوطى (ص : ٣٠١) ، تحقيق : دار الكتاب العربى ، بيروت ، ط الرابعة ، ١٤١٨هـ -١٩٩٨م.
(٦)الأشباه والنظائر للسيوطى (ص: ٣١٢)

القاعدة الخامسة عشر: هل العبرة بالحال أو المآل؟ [١].

والإمام الحصنى [٢] أيضا لم يفرق بين القاعدة والضابط حيث سماها كلها قواعد فيقول : قاعدة تتعلق بالصلاة : قاعدة : كل من دخل عليه وقت الصلاة وهو من أهل الفرض وجب عليه فعلها على حسب حاله [٣]. وقاعدة تتعلق بالزكاة ، فذكر قاعدة : كل من وجبت نفقته على غيره وجبت عليه فطرته، ومن لا فلا[٤]. وفى العقود، ذكر قاعدة : مدة الخيار في العقد هل تجعل كابتداء؟ [٥].

وقد نحا القرافى نفس نحوهم في كتابه الذخيرة ، حيث لم يفرق بين القاعدة والضابط . وأمثلة ذلك كثيرة منها:

قاعدة : إزالة النجاسة تارة تكون بالإزالة وتارة بالإحالة [٦]. قاعدة : قاعدة : أن السهو إذا تكرر من جنس واحد ومن جنسين أجزأت فيه

---

(١) المرجع نفسه (ص : ٣٢٢).
(٢) هو أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن ، تقى الدين الحصنى ثم الدمشقى ، الفقه ، من قروى حوران . ولد سنة ٧٥٢هـ له مصنفات عديدة منها : شرح كتاب " التنبيه " ، " كفاية المحتاج في حل المنهاج "، و " تلخيص المهمات ، توفى سنة ٨٢٩ هـ [يراجع: شذرات الذهب (٧/ ١٨٨-١٨٩)؛ والأعلام : للزركلى(٢/ ٦٩) وكتاب القواعد للحصنى ، قسم الدراسة للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان (١/ ٨٧ وما بعدها).
(٣) القواعد للإمام الحصنى (٤/ ٨١)، تحقيق د/ جبريل البصيلى، مكتبة - الرشد الرياض (ط١)، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م) .
(٤) المرجع نفسه (٤/ ٩٩)
(٥) المرجع نفسه (٤/ ١٣٦).
(٦) الذخيرة (١/ ١٦٧).

سجدتان[١]. قاعدة: ينتقل للوارث كلّ ما كان مالا أو متعلقا بالمال أو فيه ضرر عليه[٢].

ومن خلال ما سبق يمكن أن نستخلص أن الفقهاء الذين لم يفرقوا بين القاعدة والضابط، إنما هو عدم تفريق اصطلاحى، فهم يعتبرون الضابط مرتبة من مراتب القواعد.

ثم إن القواعد الفقهية في ذاتها أنواع فمنها ما يشمل معظم الفروع الفقهية، ومنها ما يشمل جزءًا كبيرًا من هذه الفروع والجزئيات، ومنها ما يشمل قسما من الأقسام الكبرى للفقه كقسم العبادات أو المعاملات أو جزءًا من أحد هذه الأقسام ، كقواعد العقود وقواعد الضمان..

ورغم ذلك فإنهم متفقون جميعاً أنها قواعد فقهية ، فلا مشاحة إذن بالتعبير عن الضابط بالقاعدة ، إذ العبرة بالمعنى لا باللفظ[٣].

ويبدو أنه لم يتميز الفرق بينهما إلا في العصور المتأخرة حيث أصبحت كلمة "الضابط" اصطلاحا متداولا شائعا لدى الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامى، فهم يفرقون الآن بين الكلمتين في المجالات الفقهية[٤].

وعلى هذا فإننى أميل إلى عدم التفرقة بين الضابط والقاعدة ما دام أن الضابط فيه معنى القاعدة، والقاعدة فيها معنى الضابط، إذ يشتمل كل منهما

---

(١) المرجع نفسه (٢/ ٢٩١).
(٢) المرجع نفسه (٧/ ٥٥)، و (٦/ ٥٨)، و (٦/ ٢١٥)، و (٨/ ١٠١).
(٣) قواعد الفقه الإسلامى للدكتور الروكي (ص : ١١٣) .
(٤)القواعد الفقهية للندوي (ص : ٥٢).

على معنى كلى وينطبق على جزئيات وفروع متعددة بصرف النظر عما إذا كانت هذه الجزئيات ترجع إلى باب واحد أو أكثر[١].

ثانياً : الفرق بين القاعدة الفقهية والأصل.

(١) وهذا ما رجحه د/ محمد الروكى، في قواعد الفقه الإسلامى، (ص ١١٣).

١ـتعريف الأصل :

الأصل في اللغة : أسفل الشيء وأساسه الذي يقوم عليه ، وجمعه أصول[١].

وفي الاصطلاح : يطلق على عدة معاني منها[٢].

١ـالرجحان : كقولهم " الأصل في الكلام الحقيقة " ، أى الراجح عند السامع هو الحقيقة لا المجاز.

٢ـالمستصحب أو القاعدة المستمرة : كقولهم " الأصل الطهارة " لمن كان متيقناً الطهارة وشك في الحدث ، أى تستصحب الطهارة حتى يثبت حدوث نقيضها اليقين لا يزول الشك. وقولهم " الأصل بقاء ما كان على ما كان" أي استمرار الحكم السابق.

٣ـالقاعدة الكلية : كقولهم : لا ضرر ولا ضرار " أصل من أصول الشريعة "والأمور بمقاصدها ".

٢-الفرق بين القاعدة والأصل :

والفرق بين القاعدة والأصل، أن الأصل أعم من القاعدة ، إذ أنه يجمع مسائل متفرقة من أبواب شتّى ، ويجمعها من باب واحد بخلاف

---

(١) انظر لسان العرب ، مادة أصل (١/ ٦٨)؛ والقاموس المحيط ، فصل الهمزة باب اللام. (ص : ٩٦٠)؛ والمعجم الوسيط ، باب الهمزة (ص : ٢٠).

(٢) فواتح الرحموت شرح مسلّم الثبوت على هامش المستصفى للغزالي (١/ ٨) ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، ط الثالثة ، ١٤١٤هـ -١٩٩٣م؛ وشرح الكوكب المنير (١/ ٣٩).

القاعدة ، فإنها تجمعها من أبواب شتّى ولا تجمعها من باب واحد – كما سبق بيانه–

وقد سبق أن أشار إلى هذا الفرق الإمام المقـري في تعريفـه للقاعـدة فقال : " كل كلّي أخصّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة ، وأعم من العقود ، وجملة الضوابط الفقهية الخاصّة"[١].

وعلى هذا ، فقد يطلق الأصل على القاعدة ، كما يطلق على الضابط وهذا واضح في كتب الكثيرين من القدامى ، فنجد هذا الإطلاق عند الإمام الدبوسى في كتابه " تأسيس النظر " ، والإمام أبي الحسن الكرخى في رسالته الأصول، حيث يجمعان القاعدة والضابط تحت عنوان " الأصل ".

ومـن أمثلـة ذلـك في تأسـيس النظـر: الأصـل عنـد أبـى حنيفـة (ت ١٥٠ هـ) رحمه الله أن المُحرم إذا أخرَ النسك عن الوقت الموقت لـه أو قدمه لزمه دم كمن جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم[٢]، فهذا ضابط.

- الأصل عند أبى حنيفة أنه من عرف ثبوت الشئ عن طريق الإحالة والتيقن لأى معنى كاف فهو على ذلك ما لم يتقين خلافه [٣] فهنـا يشـير إلى قاعدة: اليقين لا يزول بالشك.

-الأصل عند أبى حنيفة أن سبب الإتلاف متى سبق ملـك الملـك ، فإنه يوجب الضمان على المتلف لمن حدث الملك له[٤].

---

(١) انظر القواعد للإمام المقري (١/ ١٢١).
(٢) انظر تأسيس النظر للدبوسى ومعه رسالة الإمام الكرخى في الأصـول (ص :٨٠)، نشره زكريا على يوسف، مطبعة الإمام ، القاهرة.
(٣) المرجع نفسه (ص: ١٠) .
(٤) المرجع نفسه (ص : ٢١).

ومن أمثلة ذلك من كتاب "رسالة في الأصول" للكرخى:

-الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك (ص١١٠).

-الأصل أن جواب السؤال يجري على حسب ما تعارف كل قوم في مكانهم (ص ١١٢).

وعلى هذا درج أيضا الإمام القرافي في كتابه الذخيرة ، فتارة يذكر الأصل ويقصد به القاعدة وتارة يقصد به الضابط.

فمن الأمثلة على إطلاقه الأصل على القاعدة ،قوله :-

-الأصل ألا تبنى الأحكام إلاّ على العلم[١].

-الأصل البناء على اليقين[٢].

-الأصل ترتيب الحكم على سببه[٣].

ومن الأمثلة على إطلاقه الأصل على الضابط ، قوله :

١-الأصل في الكفارات ألاّ تكون إلاّ مع الإثم[٤].

٢-الأصل المنع من الانتفاع بمال الغنيمة إلا بعد القسمة لحصول الاشتراك في السبب[٥].

٣- الأصل عدم ضمان الإنسان لما يحدث في ملك غيره.[٦].

٤-الأصل عدم القبض في الثمن والمثمن حتى يثبت الانتقال إما بالنية أو بعادة مستقرة[٧].

---

(١) الذخيرة (١/ ١٧٧).
(٢) المرجع نفسه (٢/ ٢٨٧).
(٣) المرجع نفسه (٣/ ٤٢٧).
(٤) المرجع نفسه (٣/ ٣٢٣).
(٥) المرجع نفسه (٣/ ٤١٩).
(٦) المرجع نفسه (٥/ ١١٤).
(٧) المرجع نفسه (٥/ ٣٢١).

المبحث الثانى

في معنى الاستثناء من القواعد ومدى تأثيره في التطبيق عليها

ويحتوى على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى معنى الاستثناء من القاعدة وتقسيمها بهذا الاعتبار الاستثناء من الأساليب المخصصة التى تبرز المعنى، وتظهر مضمونه، وتقوى ثبوته لصاحبه، ومن هنا كان أحد طرق القصر البلاغى، فعندما تقول: لا ينجح إلا المجتهد العامل، تنفى النجاح مطلقاً ثم تثبته للعامل.

فالملحوظ أن أسلوب الاستثناء عبارة عن إخراج واحد أو أكثر من مجموع شَملَه حكم سابق نفياً أو إثباتاً، ومن غير شك أن الاستثناء يثبت للمُخْرَج حكماً جديداً منافياً لما حكمت به على المجموع السابق.

وبعد هذا التمهيد نأتى إلى تقسيم هذا المطلب في أربعة فروع:

الفرع الأول : الاستثناء فى اللغة:

قال صاحب المحكم فى اللغة[1]: الاستثناء والثنيا رَدّ الشيء بعضه على بعض وقال الجوهرى: الثنيا، اسم الاستثناء، ويقال ثنيا وثنوى مثل قصيا وقصوى.

ويتضح مما ذكره صاحب المحكم وغيره: أن الاستثناء والثنيا والثنو بمعنى واحد وهذا يؤدى إلى احتمالين: احتمال أن تكون هذه الألفاظ مشتركة بين المعنيين، والثانى: احتمال أن تكون حقيقة فى أحدهما مجازًا فى الآخر.

---

(١) هو: على بن إسماعيل، المعروف بابن سيده، أبو الحسن، إمام فى اللغة (توفى عام ٤٥٨هـ). من أهم مصنفاته: "المحكم والمحيط الأعظم" انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان (جـ١ ص٣٤٢).

لكن نبّه القرافى[١]: على أن ما نقله صاحب المحكم وغيره، محل نظر، وعلى التقديرين المعنيان مختلفان وليس معنى واحداً؛ لأن الاستثناء مشتق من الثنى، ووجه مشابهته به: أن الذى يثنى الثوب وينقصه فى رأى العين مساحته، والمستثنى ينقص كلامه بسبب الاستثناء عما كان عليه قبل الاستثناء، فهذا وجه الشبه، ومقتضاه أن إطلاق لفظ الاستثناء على الصيغة مجاز، وأن الثنى حقيقة فى الألفاظ، فاستعماله فى المعانى ينبغى أن يكون مجازاً.

ويقال: ثنيا وثنوا، واستثناء، وهذه الألفاظ تطلق على معنيين بطريق الاشتراك أو المجاز فى أحدهما، والحقيقة فى الآخر، فإخراج بعض من كل بلفظ (إلا) ونحوها يسمى استثناء، ولفظ التعليق بإن وأخواتها يسمى استثناء أيضاً؛ لقوله ﷺ : «من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف»"[٢]. أى قال إن شاء الله تعالى، وهذا تعليق، وكذلك نهيه ﷺ عن بيع الثُّنيا. قال العلماء: معناه بيع وشرط[٣].

قال القرافى: الاستثناء: إخراج بعض الجملة، أو ما يعرض لها من الأحوال، والأزمنة والبقاع، والمحال، والأسباب، بلفظ لا يستقل بنفسه، مع لفظ المخرج.

---

(١) هو: الإمام شهاب الدين أبو العباس، الصنهاجى، البهنسى، القرافى، توفى (سنة ٦٨٤ هـ) برع في الفقه والأصول، والعلوم العقلية، ومن أشهر كتبه "الذخيرة" [راجع : شجرة النور الزكية : لمحمد بن محمد مخلوف (ص ١٨٦)].

(٢) سنن ابن ماجه (١/ ٦٨٠)، حديث رقم (٢١٠٦)، ولكن بلفظ «من حلف واستثنى فلن يحنث».

(٣)شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، للقرافى (ص٢٢٤)، المكتبة الأزهرية (٢٠٠٥م).

قولنا: "إخراج «الإخراج» يندرج فيه الاستثناء، والتخصيص بالصفة، والغاية والشرط والأدلة المنفصلة العقلية والسمعية، وقرائن الأحوال والعوائد، وغير ذلك، والعطف بلا، والنسخ، وهذه حكاية متباينة، فينبغى أن نأخذ فى الحد ما هو خصيص بنوع الاستثناء، لا يشترك معه غيره حتى يصح الحد، ويندرج فيه أيضاً الأمور العامة التى ليست مدلولة اللفظ.

وقولنا: « بعض الجملة» نريد بعض الجزئيات، نحو العدد، والعموميات. والأجزاء نحو: رأيت زيداً إلا يده.

ومثال الأحوال: قوله تعالى عن يعقوب عليه السلام ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ (يوسف:٦٦)

فاستثنى حالة الإحاطة من جملة الأحوال، وتقدير الكلام: « لتأتنى به فى جميع الأحوال إلا فى حالة الإحاطة بكم»، وليست من الجملة، بل حالة الإحاطة مخرجَه.

ومثال الأزمنة: صليت إلا عند الزوال. والبقاع: صليت إلا فى المزبلة. والمحال: اعتق رقبة إلا الكفار، وأكرم رجلاً إلا زيداً وعمراً وخالداً، فإن كل أخص فهو محل لأعمه، والأسباب: نحو: لا قوة إلا بالله، أى: لا قوة بسبب من الأسباب إلا بقدرة الله تعالى ومشيئته.

وقولنا: "بلفظ لا يستقل بنفسه" خرج به أدلة العقول، والعوايد، والقرائن، والنسخ، والمخصصات المنفصلة، وما ذكر من ذلك؛ إما لكونها ليست ولفظا، ومستقلاً بنفسه، ولفظ: «لا يستقل بنفسه» ليس فيها.

وقولنا: (مع لفظ المخرَج) خرج به التقييد بالصفة، والشرط والغاية. كما تقدم تمثيله.

الفرع الثانى: المقصود بالاستثناء من القاعدة.

من أركان القاعدة: العليّة، مع الكلية، والتكليف، وإذا علمنا ذلك، فإن الأصل فى القاعدة الفقهية أن تطرد فى جميع جزئياتها مما تشمله علتها غير أن المعروف عند تنزيل القواعد خروج بعض جزئياتها على سبيل الاستثناء.

لكن متى يكون الاستثناء قادحاً فى القاعدة؟ وهل للقدح فى القاعدة علاقة بكثرة الاستثناء وقلته؟ هذه الأسئلة وغيرها نجيب عنها فى النقاط التالية:

أولا: الاستثناء والقدح فى القاعدة:

ننطلق للإجابة عن هذا السؤال من النص التالى للإمام القرافى «فإن قلت: قد سردت اثنتى عشرة مسألة، منها ثمانية من هذه القاعدة، ومنها أربعة تعارضها، وهى نقض على ما ذكرتم، والنقض موجب لعدم الاعتبار، فليلغى ما ذكرته من الفرق، ما لم يفرق بينهما، قلت: ما ذكرته سؤال حسن مسموع»[1]. **المستفاد من هذا النص**: أن الخارج من القاعدة الفقهية إما أن يكون له اعتبار يفرق به عن علة القاعدة، أو يكون نقضاً عليها قادحاً فيها ونظراً للارتباط البين بين القاعدة الفقهية والقياس، فسنرى ما محل هذا النقض فى نظر الأصوليين؟

---

(١) الفروق (٣/ ٨٦٩-٨٧٠)

يعالج الأصوليون هذه المسألة في مبحث الاعتراضات من مباحث القياس، وهو ما يسمونه الاعتراض بالنقض.ولهم طرائق مختلفة في تناول هذا المبحث، نختار منها طريقة الإمام القرافى في كتابه (شرح تنقيح الفصول) حيث لخص الاعتراضات على القياس في أمور خمسة، يعد النقض أولها، فقال: «النقض هو: هو وجود الوصف بدون الحكم، وفيه أربعة مذاهب....، ثالثها: إن وجد المانع في صورة النقض فلا يقدح وإلا قدح، رابعها: إن نص عليها لم يقدح وإلا قدح» [١].

وفى موضع آخر: قيّد اعتبار النقض قادحاً بشرط وجود الموجب بجميع صفاته.

ويتبين من كلام القرافى أن الناس أمام الاعتراض بالنقض على القياس على أربعة مذاهب:

الأول: النقض مطلقاً، عند وجود الوصف بدون الحكم.

الثانى: عدم النقض مطلقاً، ولعل هذا القول راجع إلى التحقيق من وجود سبب موجب لتخلف الحكم.

الثالث: اعتبار النقض بشرط عدم وجود المانع من طرد الوصف.

الرابع: اعتبار النقض إذا لم تكن العلة منصوصة.

إن هذه المسألة تسمى أيضاً بتخصيص العلة. وقد اختلفوا هل يصح تخصيص عموم العلة كما يصح تخصيص عموم اللفظ أم لا؟

---

(١) شرح تنقيح الفصول : (ص٣٧٢-٣٧٣).

وقد قرر المحققون من الفقهاء: أن التخصيص إن كان لموجب ظاهر لا يقدح في القياس. قال ابن قيم الجوزية – رحمه الله – :

«وبالجملة: فلا يمتنع تخصيص عموم العلة لفوات شرط أو لقيام مانع، وسواء قيل إن وجود الشرط وعدم المانع من أجزاء العلة أو هو أمر خارج عنها، فالنزاع لفظى، فإن أريد بالعلة التامة فهما من أجزائها، وإن أريد بها المقتضية كانا خارجين عنها»[1].

ولكن هذا فى القياس الجزئى، فهل ينسحب هذا على القياس الكلى، إذا اعتبرنا أن تطبيق القاعدة الفقهية هو من القياس؟

الجواب: بالإيجاب، بالقول بتخصيص العلة فيه أولى وأحرى، رعاية لكلية القاعدة استمرارها. وهذا يفرض علينا أن ننظر في كل استثناء إن كان له موجب معتبر في النظر الشرعى أم لا، وذلك من حيث:أولا: دخوله الابتدائى في عموم القاعدة ، ثانيا: ظهور سبب الموجب لخروجه من القاعدة:

وهو المعتبر بشرطين: الأول: أن يكون من أحد الأسباب المعتبرة كما سيأتى، والثانى: أن لا يرجع إلى محض التقليد، وهذه الشروط إنما فرضناها فى اعتبار الاستثناء تحقيقاً لمقاصد ثلاثة:-المقصد الأول: التقليل من المستثنيات على القاعدة، المقصد الثانى: ضمان كلية القاعدة وقوتها.المقصد الثالث: فهم أسباب الاستثناء.

والحاصل مما تقدم: أن الخارج عن القاعدة إن كان له سبب موجب كان استثناء، وإن لم يكن له سبب كان نقضاً قادحاً فى كلية القاعدة، وهذا

---

(١) إعلام الموقعين: لابن القيم (٣/ ٢٤).

أيضاً مستفاد من نص (القرافى) المتقدم، والله أعلم. ومن هنا يمكن الجواب عن السؤال الثانى في الفقرة التالية:

ثانيا: هل للقدح فى القاعدة علاقة بكثرة الاستثناء أو قلته؟

بما تقرر آنفاً، يتبين أن الكثرة أو القلة ليست مؤثرة، إذا كان لموجب معتبر، وإلا كانت مؤثرة في كلية القاعدة، على أن كثرة الاستثناء كما يكون نتيجة لأسباب داخلية مباشرة للقاعدة، كذلك يكون نتيجة لأسباب خارجية لها ارتباط بكيفية صياغة القاعدة . كما سيأتى بيانه.

الفرع الثالث: كيفية مراعاة القاعدة والاستثناء

لهذا المطلب موقع فى تكوين شخصية الفقيه المجتهد، وفيه بحث لمدى الضرورة إلى استحضار القاعدة فى التنزيل، مع مراعاة ما يمكن أن يعترضها من قواعد كلية أخرى، لا يكتمل النظر الفقهى إلا بالجمع بينهما فى التنزيل والتخريج، وهذا الأمر هو الذى ألح عليه الإمام الشاطبى -رحمه الله- وقال بأن فيه (جملة الفقه) [1]، ولهذا لا تكاد تجد فقيه النفس إلا جارياً على مقتضى هذا الشرط من النظرين الكلى والجزئى، متحققاً به إلى درجة لا يشكو معها من غبش الرؤية الفقهية، ولا يزل فيها عن سبيل الحق إلى شطحات الهوى المردية.

ولنقف مع كلام لابن السبكى يعتبر حاسماً فاصلاً فى خطورة هذه «الجملة الفقهية» قال فى القاعدة الثانية والعشرين بعد المائة: «أصح القولين»: أن حجر المفلس حجر مرض لا سفه ورهن ولا نعى بقولنا: «حجر مرض» أنه يثبت له أحكام حجر المرض كلها، كذلك إذا

(١) الموافقات : للشاطبى (٣/ ١٧٢).

غلبنا أحد الجانبين على الآخر يسوغ له الإقدام على التصرف، ويحكم بصحتها ظاهراً، ولا خلاف أن المفلس ممنوع التصرف، وإن قيل بتنفيذه فيما بعد.

فإن قلت: فإذا كان كذلك، فلا فائدة فى هذه القاعدة وأمثالها، إذ لا فائدة غير إجراء الأحكام على قضية قاعدتها.

قلت: قال الوالد –رحمه الله– فى شرح المهذب: ((بل فائدته: معرفة حقيقة ذلك الشئ وسره والمقصود به)) قال: ((والفقيه يعلم أن الشيئين المتساويين فى الحقيقة وأصل المعنى، قد يعرض لكل منهما عوارض تفارقه عن صاحبه، وإن لم تغير حقيقته الأصلية)).

فالفقيه الحاذق يحتاج إلى تيقن القاعدة الكلية فى كل باب، ثم ينظر نظراً خاصاً فى كل مسألة، ولا يقطع عن تلك القاعدة حتى يعلم هل تلك المسألة يجب سحب القاعدة عليها أو تمتاز بما يثبت له تخصيص حكم من زيادة أو نقص؟

ومن هنا تتفاوت الفقهاء، فكم من واحد متمسك بالقواعد قليل الممارسة للفروع ومأخذها يزل في أدنى المسائل، وكم من آخر مستكثر من الفروع ومداركها، قد أفرغ حمام ذهنه فيها، غفل عن قاعدة كلية، فتخبطت عليه تلك المدارك، صار حيران، ومن وفقه الله لمزيد العناية جمع بين الأمرين، فيرى الأمرين رأى عين. ((انتهى كلامه في باب التفليس من تكملة شرح المهذب))[1].

(١) الأشباه والنظائر : لابن السبكى(١/ ٣٢٨- ٣٢٩).

لقد استفدنا من مضامين ما تقدم من التحليل، أن للبحث الفقهي خطوات منهجية يجب على كل فقيه –يتحرى الدقة– أن يتبعها، والتي يمكن حصرها في الخطوات الأربع التالية:

-الخطوة الأولى: إدراك قاعدة الباب الكلية.

-الخطو الثانية: التمييز بين القاعدة الكلية العامة للباب وغيره وبين القاعدة الخاصة بالباب.

-الخطوة الثالثة: إدراك الأصل الكلي من كليات الشريعة الإسلامية الذي يندرج تحته الباب من الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات.

-الخطوة الرابعة: النظر الخاص بكل مسألة من مسائل الباب.

إن هذا ما تلمسه جلياً في بحوث القرافي في (الفروق)، فهو كثير التنبيه على المستثنيات وعلى خصوصيات محل تطبيق القواعد الشرعية والفروق الفقهية، وتجد ذلك عنده إما صريحاً أو ضمناً من خلال تصرفاته.

قال في كيفية تنزيل قاعدة: (إذا تعارض الأصل والغالب)، ((قلت: الفرق في ذلك المقام لا يتيسر على المبتدئين، ولا على ضعفة الفقهاء، وكذلك ينبغي أن يعلم أن الأصل اعتبار الغالب، وهذه الأجناس التي ذكرت استثناءها على خلاف الأصل، وإذا وقع لك غالب لا تدري هل هو من قبيل ما ألغي أو من قبيل ما اعتبر؟.. فالطريق في ذلك أن تستقرئ موارد النصوص والفتاوى استقراءً حسناً، تكون حينئذ واسع الحفظ جيد الفهم، فإذا لم يتحقق لك إلغاؤه فاعتقد أنه معتبر وهذا الفرق لا يحصل إلا لمتسع في الفقهيات والموارد الشرعية"[1].

---

(١)الفروق : (٤/ ١٢٧٢).

وقال بعدما قرر قاعدة الملك تحت عنوان: (فرع مرتب): ((حيث قلنا إن الملك يتناول الانتفاع دون المنفعة، فقد يستثنى من ذلك: تسويغ الانتفاع لغير المالك فى المدة اليسيرة كأهل المدارس والربط، فإنه لا يجوز لهم إنزال الضيف المدة اليسيرة، لأن العادة جرت بذلك على أن الواقف يسمح بذلك، بخلاف المدة الكثيرة لا تجوز ....

ومن هذا الباب: لو جعلنا بيتاً فى المدرسة لخزن القمح أو غيره دائماً أو المدة الطويلة، امتنع أيضاً، لأن العادة شهدت وألفاظ الواقفين على أن البيوت وقف على السكنى فقط، فإن وضع فيها ما يخزن الزمان اليسير جاز)). [1].

فإنه فى هذا النص يبين : بأنه ينبغى الجمع بين تطبيق قاعدة الملك الفقهية وبين قاعدة العادة الكلية التى سمحت باستثناء اليسير مما يخالف عموم قاعدة الملك.

ومن نماذج هذا الأسلوب فى التنزيل: هذا النص من كلام إمام الحرمين، أحد جهابذة العلماء، فى تنزيل بعض القواعد، من كتابه (الغياثى).

قال رحمه الله: وقد يظن الظان أن المرأة إذا شكت فى أمر تراه، حيض أم لا؟ فليست على علم بوجوب الصلاة عليها،وقد ذكرنا أن الوجوب لا يعلم دون العلم بالموجب، فقد ينتج عن هذا أن الصلاة لا تجب مع الشك، ولكن قد يعارض هذا أصل آخر لم يتقدم مثله، وهو أن أمر الله تعالى بالصلاة والصيام مستمر على النساء لا يسقطه عنهن إلا يقين الحيض، والاستحاضة لا تنافى الأمر بالصلاة، فالأمر بالصلاة مستيقن على الجملة، وسقوطه

---

(١)الفروق : (١/ ٣٢٥).

مشكوك فيه، وحكم الأصول يقتضى أن من استيقن على الجملة وجوباً ثم تعارض ظناه في سقوطه، أخذ باستمرار الوجوب الثابت))[١].

ولعله بهذه الخطوات تتحقق السلامة فى تنزيل القواعد فى معرفة الفرع القريب من البعيد، وتبين ما يستثنى حقيقة مما لا يستثنى فحينئذ نكون أمام تحقيق فعلى للهدف المنشود لعلم القواعد الفقهية: والله أعلم.

الفرع الرابع: أقسام القواعد الفقهية باعتبار الاستثناء.

يحسن بنا أن نقف على أقسام القواعد الفقهية باعتبار الاستثناء، وذلك من خلال نص كلام ابن السبكى في ذلك:- قال رحمه الله: (والقول الجملى): عندنا أن الضابط (يعنى القاعدة)، إما أن يطرد وينعكس، وذلك الغاية، وإمّا أن يخرج عنه صور طرداً وعكسا والخارج إما معقول المعنى وإما تعبدٌ[٢].

أفاد هذا الحصر أن القاعدة الفقهية قسمين:

-القسم الأول: القاعدة المطردة طرداً أو عكساً: والمقصود بالطرد والعكس: القاعدة بمنطوقها ومفهومها، فإن الوصف بالطرد والعكس خاص بالعموم القياسى، أما الوصف الثانى فهو خاص بالعموم اللفظى.

وأكثر ما يتمثل هذا القسم فى القواعد الخمس الكبرى التى هى: الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والضرر يزال، والعادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير.

---

(١)الغياثى : لإمام الحرمين الجوينى ص (٢٣٢).
(٢) الأشباه والنظائر: للسبكى (٢/ ٣٠٦).

هذا ما يستنتج من كلام كل المتقدمين عن هذه القواعد فى كتبهم، وكأن السبب فى اطراد هذه القواعد، وكذلك ما كان مثلها، معزو إلى كونها قد استقرت بالاستقراء من أصول الشريعة وفصولها، حتى أصبحت بمثابة الكليات الحاكمة المذكورة خصائصها فيما تقدم.

القسم الثانى: القواعد المستثناة: طرداً أو عكساً.

وهذا القسم هو الأغلب، ومن نماذجه:

١-إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، خرج عنها صور منها:

* الاجتهاد فى الأوانى والثياب، والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزناً، وكذلك إن استويا فى الأصل، بخلاف ما إذا زاد وزناً.

* أن يكون الحرام مستهلكاً، أو قريباً منه، فلو أكل المحرم شيئاً قد استهلك فيه الطيب فلا فدية [١].

٢-الواجب لا يترك إلا لواجب، خرج منها:

-سجود السهو وسجود التلاوة لا يجبان، ولو لم يشرعا لم يجز،

-النظر إلى المخطوبة، لا يجب، ولو لم يشرع لم يجز.

-قتل الحية فى الصلاة لا يجب، ولو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة [٢].

٣- كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده وما لا يقتضى صحيحه الضما فكذلك فاسده.

---

(١)الأشباه والنظائر: للسيوطى (١/ ٢٤٣ -٢٤٥)

(٢) المرجع السابق : (١/ ٣١٦ - ٣١٧)

قال السيوطى: »أما (علة) الأول، فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى. وأما (علة) الثانى؛ فلأن إثبات اليد عليه. بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً.

واستثنى من الأول - أى من القاعدة طرداً - مسائل تسع منها:

-إذا قال قارضتك على أن الربح كله لى فالصحيح أنه قراض فاسد، ومع ذلك لا يستحق العامل أجره على الصحيح.

-ومنها إذا فسد عقد الذمة من غير الإمام لم يصح على الصحيح، ولا جزية فيه على الذمى على الأصح.

-ومنها:المسابقة، إذا صحت فالعمل فيها مضمون، وإذا فسدت لا يضمن في وجه.

ويستثنى من الثانى: (أى من القاعدة) عكساً، مسائل أربع منها:

-الشركة إذا صحت لا يكون عمل كل واحد منهما فى مال صاحبه مضمون عليه، وإذا فسدت يكون مضموناً بأجرة المثل.

-ومنها: لا ضمان فى صحيح الإجارة والرهن، وإذا صدرا من الغاصب فتلفت العين فى يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح، وإن كان القرار على الغاصب.

-ومنها: لا ضمان فى صحيح الهبة، وفى المقبوض بالهبة الفاسدة وجه أنه يضمن كالبيع الفاسد.

-الرابعة: ما صدر من السفيه الصبى مما لا يقتضى صحيحه الضمان فإنه يكون مضموناً على قابضه منه مع فساده «[1].

---

(١) المرجع السابق (١٠٥-١٠٧).

المطلب الثانى
الاستثناء فى التشريع الإسلامى

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: الاستثناء فى القرآن الكريم

من يتتبع آيات التشريع فى كتاب الله تعالى، يجد أمثلة كثيرة للاستثناء، يتضمن النص فى كل صورة حكمين، أحدهما: للحالة العادية، وثانيهما لظرف طارئ يقتضى التخفيف من الحكم لما يترتب على تطبيقه من حرج ومشقة.

ثم إن النصوص الاستثنائية مع الاتفاق على كونها للتخفيف، ورفع الحرج، تختلف فى التعبير عن الحكم المستثنى، فمنها ما يعبر عنه بأداة الاستثناء، ومنها: ما يرفع الجناح والمؤاخذة إذا كان الحكم الأصلى تحريماً لأشياء معينة، ومنها: ما يرسم طريقة العمل الاستثنائى إن كان التشريع عملاً واجباً. كما أنه فى بعض المواضع يأتى الحكم الاستثنائى مع الحكم الأصلى فى نص واحد، وفى بعضها يجئ كل حكم منها فى نص خاص، يتأخر نص الحكم المستثنى عن النص الآخر[1].

ومن أمثلة الاستثناءات الواردة فى القرآن الكريم:

---

(١) الاستحسان فى الفقه الإسلامى وعلاقته بالاستثناء فى التشريع: للشيخ محمد مصطفى شلبى، (ص١٣٥، ١٣٦) مرجع سابق.

قول الله تعالى: ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (البقرة: ٢٢٩).

فى هذه الآية الكريمة حرم الله تعالى أن يأخذ الزوج شيئاً مما أعطاه لزوجته عند الطلاق، لكنه استثنى حالة الوقوع فى الشقاق التي لا يرجى معها إقامة حدود الله وذلك عندما تكره المرأة معاشرة زوجها، وتريد افتداء نفسها بالمال، فقد أباح فيها أخذ الفداء، وهذه الحالة سماها الفقهاء بـ (الخلع).

فهنا حكمان: الأول: تحريم الأخذ من الزوجة عند الطلاق، والثانى إباحة الأخذ فى حالة نفور الزوجة من معاشرة الزوج، وهى حالة مستثناه من الحكم الأول[1].

الفرع الثانى:الاستثناء فى السنة النبوية

أمر القرآنُ المؤمنين بغض البصر،وحرم النظر للأجنبية : قال الله تعالى ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾(النور: ٣٠) أمر بذلك أمراً مطلقاً لجميع المؤمنين، دفعاً لما يجر إليه النظر من الفساد.

ثم رَخّص رسول الله -ﷺ- فى النظر إلى المخطوبة فيما رواه المحدثون عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له: النبى -ﷺ-: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[1].

---

(١) الاستحسان فى الفقه الإسلامى وعلاقته بالاستثناء فى التشريع: (ص ١٣٦).

الفرع الثالث: الاستثناء فى اجتهاد الصحابة

روى مالك فى الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان ابن يسار، أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها، فنكحت فى عدتها، فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر، أيما امرأة نكحت فى عدتها، فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، فإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً.

يقول الباجى فى شرحه: وقد روى مثل ذلك عن على بن أبى طالب، وقد انتشرت هذه القضية، وانتقلت إلى الأمصار، ولم يخالفها أحد فكان لهذا الحكم الإجماع[٢].

وفى هذا الرأى نرى أن عمر يحكم بتأبيد حرمة المرأة على الرجل الذى تزوجها فى عدتها ودخل بها، مع أن القاعدة فى التحريم أنها حرام، ما دامت فى العدة فقط، فإذا انتهت عدتها حلت لكل خاطب يحل له زواجها، ولو كان الذى ارتكب المخالفة بتزوجه فى عدتها، بدليل أنه لم يحكم بتأييد التحريم على من تزوجها، ولم يدخل بها.

فَعَلَ ذلك عقوبة زاجرة لمن تعجل الأمور قبل أوانها، وأمعن فى المخالفة ودخل بتلك المرأة المحرمة عليه، وتلك جزئية تعتبر مستثناة بهذا الحكم من عموم القاعدة.

---

(١) سنن الترمذى ، حديث رقم (١٠٨٧) ، (٣/ ٣٩٧) ونيل الأوطار (٦/ ٩٤)، ومعنى أحرى:أجدر وأولى وأنسب. يؤدم بينكما: يؤلف بينكما.

(٢) المنتقى شرح الموطأ: للباجى (٣/ ٣١٥).

المطلب الثالث

مدى تأثير الاستثناء في التطبيق على القواعد الفقهية

ويتضمن ثلاثة فروع :

الفرع الأول: فى قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية.

شرع الله لعباده السعى فى تحصيل مصالح عاجلة وآجلة، تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما فى ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربوا على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعى فى درء مفاسد فى الدارين أو فى أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما فى اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تَرْبَى على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده، ونظر لهم ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جارٍ فى العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات...

ومن أمثلة هذه المستثنيات: ستر العورات والسوءات واجب وهو من أفضل المروءات وأجمل العادات، ولا سيما فى النساء الأجنبيات، لكنه يجوز للضرورات والحاجات.

أما الحاجات: فكنظر كل واحد من الزوجين إلى صاحبه، وكذلك نظر المالك إلى أمته التى تحل له، ونظرها إليه، وكذلك نظر الشهود لتحمل الشهادات، ونظر الأطباء لحاجة المداواة، والنظر إلى الزوجة المرغوب فى نكاحها قبل العقد عليها إن كانت ممن ترجى إجابتها...

وأما الضرورات: فقكطع السلع المهلكات، ومداواة الجراحات المتلفات، ويشترط فى النظر إلى السوءات لقبحها من شدة الحاجة مالا يشترط فى النظر إلى سائر العورات، وكذلك يشترط فى النظر إلى سوأة النساء من

الضرورات؛ فكقطع السلع المهلكات، ومداواة الجراحات المتلفات، ويشترط فى النظر إلى السوءات لقبحها من شدة الحاجة ما لا يشترط فى النظر إلى سوأة الرجال، لما فى النظر إلى سواءتهن من خوف الافتتان، وكذلك ليس النظر إلى ما قارب الركبتين من الفخذين كالنظر إلى الأليتين[1].

من الملحوظ أن الاستثناء وكثرته كان هاجساً حاضراً عند أغلب المعرفيّن للقاعدة الفقهية، وهو هاجس ينبغى عدم الالتفات إليه، فالاستثناء فى القاعدة الفقهية، وفى غيرها سواء وهذا لا يقدح فى قاعديتها إذا استحضرنا المقصود بالاستثناء وأسبابه وكيفية مراعاته.

ولنأت في الفرعين التاليين إلى بيان وجهتى نظر الفقهاء في مدى تأثير الاستثناء على الناحية التطبيقية للقواعد.

الفرع الثانى : الاستثناء من القواعد قد يعكر على فعاليتها في التطبيق .

تذخر المكتبة الفقهية بالعديد من المؤلفات التي قدمها فقهاؤنا الإجلاء فى علم القواعد الفقهية، ومرد ذلك فيما يظهر إلى كثرة فوائد القواعد الفقهية، على أن من أهم فوائدها : أنها تغنى عن حفظ جزئيات الفقه الكثيرة، ومن فوائدها : أنها تعين على معرفة أحكام المسائل الجديدة عن طريق تخريج حكم المسألة على قاعدتها التي يظهر للفقيه اندراجها فيها، وقد ألمح الزركشى لذلك بقوله وهو بصدد تعداد أنواع الفقه :

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام: للإمام عز الدين بن عبدالسلام (٢/ ١٦١و ١٦٢و ١٦٥و ١٦٦).

" (العاشر) : معرفة الضوابط التي تجمع جموعاً والقواعد التي ترد إليها أصولاً وفروعاً، وهذه أنفعها وأعمقها وأكملها وأتمها، وبه يرتقى الفقيه إلى الاستعداد لمراتب الاجتهاد" [١].

لكن التخريج على القواعد الفقهية يعرض له أمر يعكِّر عليه، ألا وهو ورود المستثنيات من القواعد ، فإن الفقيه إذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المسائل المستثناة من القاعدة وهذا أمر يعكر على صحة التخريج على القواعد بلا شك وقد أشار إليه الإمام البكرى[٢]، حيث قال في بداية كتابة الذى أعتنى فيه بالإستثناء:

" وقد جعلته قواعد أصلية ستمائة، جمعتها كلية ، وأخرجت من كل قاعدة فوائد جليلة تعكر على أصلها بقدر فهمى " [٣].

ونظراً لأهمية الاستثناء من القواعد التي أدركها العلماء فقد نبه عليه بعض العلماء في ثنايا كلامهم عن القواعد كما فعل الزركشى، والسيوطى، وابن نجيم.

---

(١) المنثور في القواعد (١/ ٧١)

(٢) هو محمد بن أبى بكر بن سليمان البكرى المصرى ، الإمام الفقيه الشافعى من تلاميذ جمال الدين الإسنوى، من مؤلفاته : الاستغناء في الفرق والإستثناء ، والمناسك ، والمذاكرة في عمل الآخرة ، توفى في أوائل القرن التاسع. (يراجع : الضوء اللامع : للحافظ السخاوى ٧/ ١٦٩، دار مكتبة الحياة - بيروت).

(٣) الاعتناء في الفرق والاستثناء: تأليف : بدر الدين محمد بن أبى بكر بن سليمان البكرى (توفى ٨٠٦هـ) ، (١/ ١٠٩- ١١٠)، (١/ ١٠٩-١١٠) (ط١) دار الكتب العلمية – بيروت (١٤١١هـ).

على أن ورود هذه المستثنيات على القواعد يقلل من أهميتها في جانب التطبيق عليها عند بعض العلماء ، وترتب على ذلك مسألة أثيرت لدى من قاموا بتدوين مجلة الأحكام العدلية، من حيث جعل القاعدة الفقهية دليلاً شرعيا يستنبط منه حكم شرعى، أم لا ؟

وفى التقرير الذى صُدّرت به المجلة قالوا : " فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد . إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل بأدلتها، وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص.

وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب"(١).

وقالوا أيضا في المقالة الأولى من المقدمة وهى المادة الأولى من مواد المجلة : إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وتلك القواعد مُسَلَّمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر ، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقريرها في الأذهان(٢).

ونقل الحموى عن ابن نجيم قوله " لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط ، لأنها ليست كلية بل أغلبية، خصوصاً وهى لم تثبت عن الإمام ، بل استخرجها المشايخ من كلامه " (٣).

---

(١) مجلة الأحكام العدلية (ص١٠) مع شرح على حيدر.
(٢) المرجع السابق (ص١٥).
(٣) غمزعيون البصائر (١/ ٣٧).

ومفاد هذه النقول: أنه لا يسوغ اعتبار القواعد الفقهية أدلة شرعية لاستنباط الأحكام؛ لأن معظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات، فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس هذه القواعد ، ولا يسوغ تخريج أحكام الفروع عليها ، ولكنها تعتبر شواهد مصاحبة للأدلة يستأنس بها في تخريج الأحكام للقواعد الجديدة قياساً على المسائل الفقهية المدونة[١].

وقال الشيخ مصطفى الزرقا : "ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها ، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هى أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستعدى أحكاماً استحسانية خاصة، ومن ثم لم تسوغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شئ من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومة الحادثة المقضى فيها ، لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة واعتبار هى كثيرة المستثنيات، فهى دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء"[٢].

الفرع الثالث : الاستثناء من القواعد لا ينقص من أهميتها التطبيقية:

نبّه عدد من العلماء في تعريفهم للقاعدة على صفتها الأغلبية، فقد عرفها الحموى بقوله:"حكم أغلبى ينطبق على معظم جزئياته، لتعرف أحكامها منه" [٣].

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية : د. محمد صديق البورنو(١/ ٤٥-٤٦)
(٢) المدخل الفقهى (٢/ ٩٣٤ – ٩٣٥).
(٣) غمزعيون البصائر (١/ ٥١)

وكون القواعد الفقهية قواعد أغلبية، معناه أنها إنما تنطبق على غالب ما يشمله لفظها وعموم صيغها ، فالقواعد عادة ما تصاغ صياغة تفيد العموم والاستغراق، وذلك طلباً للضبط والحسم في الأحكام، وأيضا طلباً للإيجاز الذى يناسب القواعد والكليات ، وقد يكون عموم صيغتها ناشئا من اعتقاد اطرادها وعمومها.

والحقيقة أننا لا نكاد نجد قاعدة واحدة مطردة اطراد كما يقتضيه عموم صيغتها . فما من قاعدة إلا ونجد تطبيقات عديدة خارجة عنها ومستثناة من مقتضاها ، حتى قالوا : من القواعد، عدم اطراد القواعد[1].

على أن المستثنى من قاعدة ما ليس شاذاً أو خارجاً من مقاصد الشريعة، بل إن استثناءه يمثل وجهاً من وجوه كمال الشريعة بمراعاتها لاختلاف الأحوال، ولذلك فالحكم الذى يثبت لهذا المستثنى يحقق مصلحة شرعية تناسبه ، وقد أشار لذلك الطوفى بقوله :

"واعلم أن قول الفقهاء: هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس، أو خارج عن القياس، أو ثبت على خلاف القياس ليس المراد به أنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به أنه عُدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعى ...

وقد حققت هذا في القواعد الكبرى، والغرض أن كل خارج عن القياس في الشرع في غير التعبدات فهو لمصلحة أكمل وأخص ، وهو استحسان شرعى"[1].

---

(١) نظرية التقعيد الفقهى وآثرها فى اختلاف الفقهاء : د. محمد الروكى (ص٣٢) ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط – المملكة المغربية ، ونظرية التقريب والتغليب : د. محمد الريسونى (١٠٤)، دار الكلمة – المنصورة ، (ط١)، (١٤١٨هـ – ١٩٩٧م).

وأكد الدكتور الريسونى : في (التقريب والتغليب)، على إظهار كون القواعد الفقهية قواعد أغلبية ، لم تنج أى منها من الاستدراك وأن صفتها هذه لا تنقص أهميتها وقوتها ، وفعاليتها التعليمية والتطبيقية [٢].

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا : " وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها العلمية وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التفقيه، فإن في هذه القواعد تصويراً بارعاً ، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة ، وكشفاً للآفاتها ومسالكها النظرية وضبطاً لفروع الأحكام العملية تبين في كل زمرة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها"[٣].

ونخلص هنا إلى القول: بأن الاستثناء من القواعد، لا نجد اتفاقا بشأنه من قِبَل «العقل الفقهى»؛ ذلك أن ما يعتبره بعضهم استثناءً بالنظر لمخالفته قواعد عامة تم تقريرها والاعتراف بشرعيتها سلفاً، يراه البعض الآخر أصلاً قائماً بذاته وليس استثناءً ما دام أن الشارع الحكيم قد قرره ونصب عليه الدليل، ومن النماذج فى هذا الباب ما نلمسه فى اعتبار بعض الفقهاء وربما الكثير منهم لمسائل من مثل: الإجارة، والسلم، والقرض، والعرايا، والقضاء بالشاهد واليمين، والحكم باللوْث والقسامة.. وأشباهها مستثنيات من أصول عامة مذكورة فى أبوابها، فالإجارة مثلا ومثلها السلم، مستثناة من قاعدة الغرر والجهالة، لأنها عقد على منافع مجهولة.غير أن طائفة من الفقهاء لا يسلمون بهذا التقسيم إلى أصل واستثناء، ما دام أن الأصل فى الكل متحد، فالذى منع من الغرر هو الذى أثبت الإجارة.. وهكذا[٤].

---

(١) شرح مختصر الروضة (٣/ ٣٢٩، ٣٣٠).
(٢) نظرية التقريب والتغليب (ص ١٠٨).
(٣) المدخل الفقهى العام (٢/ ٩٤٩).
(٤) العقل الفقهى.. معالم وضوابط: د. أبو أمامة نوّار بن الشيلى، (ص١٤٥ – ١٤٦)، (ط١)، دار السلام- القاهرة (١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م).

المبحث الثالث
أسباب الاستثناء

أسباب الاستثناء هو ما وقفنا عليه من كلام ابن السبكى، أحد العلماء الذين عنوا عناية ظاهرة بالتنظير فى الجانب التقعيدى للقاعدة فى كتابه الأشباه والنظائر.

قال رحمه الله فى الأشباه والنظائر: "والقول الجملى: أن الضابط إما أن يطرد وينعكس، وذلك الغاية، وإما أن يخرج عنه صور طرداً أو عكساً. والخارج إمّا معقول المعنى وإما تعبد وقد يجمع شيئاًن أحدهما لمعنى والثانى تعبد..

ثم الخارج تعبداً يهون الأمر فيه، أما الخارج لمعنى فذاك هو أصله الآخر الذى اجتذبه، فلاح بهذا أنه لا يخرج لمعنى إلا وقد لحق بأصل آخر، خرج من هذا ودخل فى هذا، ولم يكن ضائعاً.

فالفقيه من يرده لأصله، ويعيده إلى وكره، لا من يحفظه حفظ صنائع لا يدرى مالكه، ومجهول لا يعرف صاحبه..... ثم قد يتقاوم الأصلان فيتجاذب الفحلان.. ويقع التردد، ويقف الأمر فى الإلحاق[1].

قد أفاد هذا النص إجمالاً أن الخارج من القاعدة الفقهية لا يكون إلا لموجب، وأن هذا الموجب يرجع إلى سببين: إما لأصل آخر هو أولى بالإلحاق به. وإما للتعبد . وعند التأمل

-فى الموجب الأول نجده فى التمحيص يتفرع إلى ثلاثة أسباب وهى:

١-تعارض القواعد. ٢-تنازع القواعد. ٣-الاستحسان.

---

(١) الأشباه والنظائر: لابن للسبكى (٢/ ٣٠٦-٣٠٧)

فتحصل لدينا أربعة أسباب للاستثناء نبحثها فى المسالك الآتية:-

السبب الأول: الاستثناء بسبب تنازع القواعد.

نعنى بتنازع القواعد: أن يتوارد على الفرع قاعدتان إحداهما أعم من الأخرى فتنتزعه القاعدة الأخص على سبيل الاستثناء من القاعدة الأعم أو العكس. ولفظ (التنازع) مقتبس من قواعد النحو فيما يطلق عليه باب التنازع ومعناه عندهم: أن يتقدم فعلان متصرفان أو اسمان يشبهانهما أو متصرف واسم يشبهه ويتأخر عنهما معمول غير سببى مرفوع وهو مطلوب لكل فعل من حيث المعنى.

-مثال الفعلين: ﴿ قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا﴾ [الكهف: ٩٦] -ومثال الإسمين قوله: عهدت مغيثاً مغنياً من أجرته.

وضابطه: أن يتقدم عاملان أو أكثر ويتأخر معمول أو أكثر ويكون كل من المتقدم طالباً لذلك المتأخر. مثال تنازع العاملين معمولاً واحداً: قوله تعالى: ﴿ قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴾، وذلك لأن (آتونى) فعل وفاعل ومفعول يحتاج إلى مفعول ثانى (أفرغ): فعل وفاعل يحتاج إلى مفعول وتأخر عنهما قطراً، وكل منهما طالب له.

ونظيره فى الأصول: اجتماع سببين على مسبب واحد فيختلفون فى جوازه وفى الأولى بالتقديم، وكذلك فى القياس ازدحام علتين على معلول واحد.

أ - الاستثناء بمنازعة القاعدة الأعم:

قال القرافى: "القاعدة: أن الأفعال البدنية لا يجزئ فيها أحد عن أحد... وقد استثنيت منها: إجزاء صلاة الجنازة والجهاد، فكيف سوى الشرع بين من فعل وبين من لم يفعل"، ثم بين السقوط من قاعدة أخرى هى: "سقوط الوجوب عن المكلف لعدم حكمة الوجوب، لا لأن الغير ناب عن غيره[1].

فالظاهر أن القاعدة الأولى هى أخص من الثانية، وعلامة ذلك اشتراكهما فى العلة التى هى سقوط الحكمة، غير أنها فى قاعدة الأفعال البدنية هى علة فى عدم الإجزاء عن الفرض العينى، بينما هى فى الثانية علة سقوط الوجوب مطلقاً بما فيه الكفاية.

فبهذا يظهر أن هذه المستثنيات خرجت بسبب منازعة القاعدة الأعم لها، لكونها الأحق بها والله أعلم.

---

(١) الفروق : للقرافى (١/ ٢٣٥)

ب - الاستثناء بمنازعة القاعدة الأخص:

ومحل هذا الاستثناء فى القواعد التى تشترك فى موضوع واحد، غير أن القاعدة الأخص تكون بمثابة المقيد للقاعدة الأعم منها.

ومن أمثلة ذلك:

أ - قاعدة: لا ينسب لساكت قول، وفروعها كثيرة منها:

-رأى أجنبياً يبيع ماله ولم ينهه، لا يكون وكيلاً لسكوت المالك.

-ومنها: لو رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى، فسكت، لا يكون إذنا فى التجارة.

-ومنها: لو رأى المرتهن راهنه يبيع الرهن فسكت، لا يبطل الرهن ولا يكون مأذوناً بالبيع، وزاد فى الأشباه قوله: (فى رواية).

-ومنها: لو رأى غيره يتلف ماله فسكت، لا يكون إذناً بإتلافه:

-ومنها: لو رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لا يكون إذناً.

-ومنها: لو سكت على وطء أمته، لم يسقط المهر، وكذا عن قطع عضوه آخذاً من سكوته عند إتلاف ماله.

-ومنها: لو رأى قِنّه أو أمته يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير له آذناً فى النكاح.

-ومنها: لو زوجت غير كفء فسكت الولى عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك[١]، لأن فى الموانع كثرة أى ما لم تلد منه.

ثم اعلم أنه خرج عن القاعدة السابقة مسائل كثيرة، صار السكوت فيها كالنطق أى يكون رضا، فمنها سكوت البكر عند استئمارها وليها عنها قبل التزويج وبعده، (هذا لو زوجها الولى، فلو زوج الجد مع قيام الأب لا يكون سكوتها رضا).

-ومنها: سكوتها عند قبض مهرها، فلو قبض المهر أبوها أو مَنْ زوجّها فسكتت، يكون إذناً بقبضه إلا أن تقول: لا تقبضه فحينئذ لم يجز القبض عليها ولا يبرأ الزوج.

-ومنها: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً يكون رضا ويبطل خيار بلوغها ثيباً.

-ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت ولا يحتاج إلى قبوله قولاً، بخلاف الهبة.

-ومنها: قبض هبة وصدقة بحضرة المالك، وهو ساكت كان إذناً بقبضه.

-ومنها: لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده.

-ومنها: الإقرار، يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده،

-ومنها : لو وكله بشيء فسكت الوكيل وباشره صح، ويرتد برده، فلو وكّلَهُ ببيع قنه فلم يقبل ولم يرد، فباعه جاز ويكون قبولاً.

---

(١) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (١٢٩).

-ومنها: لو أوصى إلى رجل فسكت فى حياته فلما مات باع الوصى بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية.

-ومنها : الأمر باليد إذا سكت المفوض إليه صح ، ويرتد برده.

-ومنها: الوقف على رجل معين صح، ولو سكت الموقوف عليه ولو رده قيل: يبطل، وقيل: لا"[١].

وهذه المستثنيات كلها ترجع إلى قاعدة فى نفس موضوع السكوت وهى: السكوت فى معرض الحاجة إلى بيانٍ بيانٌ.

وقد تنبه إلى هذا الأمر مشرعوا المجلة العدلية فجمعوا بينهما فى مادة واحدة، رقم (٦٧) بلفظ: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان"[٢].

قال الشيخ مصطفى الزرقا معللاً ذلك: "لأن عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها ما لم تدعمهما قرائن مرجحة.. والمراد بمعرض الحاجة الذى يكون فيه السكوت فى حكم البيان والتعبير: كل موطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر أو غرر، أو يكون السكوت طريقة عرفية للتعبير"[٣].

وقد أحسن هذا الشيخ حينما أعاد ترتيب قواعد المجلة على أساس التمييز بين القواعد الأساسية وبين القواعد الفرعية لها، وهذه الطريقة هى التى تساعد على إدراك المستثنيات بسبب التنازع عليها بين القواعد.

---

(١) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (١٢٩-١٣٠)
(٢) مجلة الأحكام العدلية : (١/ ٢٤، المادة ٦٧).
(٣) شرح القواعد الفقهية : للشيخ مصطفى الزرقا (ص٣٤٤).

ومن أمثلة ذلك:

٢-قاعدة: الضرر يزال، ودليلها حديث (لا ضرر ولا ضرار)، قاعدة أساسية، تقيّدها قواعد فرعية هى:

أ-الضرر يدفع بقدر الإمكان

ب-الضرر لا يزال بمثله .

ج-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

السبب الثانى: الاستثناء بسبب التعارض.

معنى التعارض بين القواعد: هو أن الفرع المستثنى قد خرج لقوة جامعة بقاعدة أخرى مختلفة عن الأولى فى موضوعها. وهذا النوع هو الأكثر وروداً، لكونه الأسهل إيراداً، لأنه يرجع إلى اجتهاد فى مدى تحقيق مناط القاعدة.

قال السيوطى فى القاعدة الحادية والثلاثين: " النفل أوسع من الفرض"، وقد يضيق النفل عن الفرض فى صور ترجع إلى قاعدة "ما جاز للضرورة يقدر بقدرها"[(١)]، والذى يتتبع ما يثار من قضايا فى هذا المسلك يلاحظ أنها تتنوع بدورها إلى نوعين:

النوع الأول: التعارض الأكبر:

وهو الذى تستثنى بمقتضاه القواعد الكلية لا الفروع الجزئية، ومن ذلك ما قاله الإمام القرافى بعد أن قرر خطاب الوضع، "واستثنى صاحب الشرع من عدم اشتراط العلم والقدرة فى خطاب الوضع قاعدتين:

---

(١) الأشباه والنظائر : للسيوطى: (١/ ٣٣٢)

القاعدة الأولى: الأسباب التى هى أسباب للعقوبات:

وهى جنايات كالقتل الموجب للقصاص يشترط فيه القدرة والعلم والقصد، فلذلك لا قصاص فى قتل الخطأ.

والزانى أيضاً، ولذلك لا يجب الحد على المكرَه، ولا على من لا يعلم أن الموطوءة أجنبية، بل إذا اعتقد أنها امرأته سقط الحد لعدم العلم.

وكذلك من شرب خمراً يعتقدها خلاً لا حد عليه لعدم العلم، وكذلك جميع الأسباب التى هى جنايات وأسباب للعقوبات، يشترط فيها العلم والقصد والقدرة.

والسر فى استثناء هذه القاعدة من خطاب الوضع: أن رحمة الله صاحب الشرع تأبى عقوبة من لم يقصد الفساد، ولا يسعى فيه بإرادته وقدرته، بل قلبه مشتمل على العفة والطاعة والإنابة فمثل هذا لا يعاقبه الشرع رحمة ولطفاً [1].

القاعدة الثانية المستثناة: قاعدة أسباب انتقال الأملاك: كالبيع والهبة والوصية والصدقة والوقف والإجارة والقراض والمساقاة والمغارسة والجعالة، وغير ذلك، مما هو سبب انتقال الأملاك.

فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ أو هذا التصرف يوجب انتقال الملك، لكونه أعجمياً أو طارئاً على بلاد الإسلام لا يلزمه بيع، وكذلك جميع ما ذكر معه، وكذلك من أُكره على البيع فباع بغير اختياره وقدرته الناشئة عن داعيته الطبيعية لا يلزمه البيع، وكذلك جميع ما ذكر معه.

---

(١) الفروق : للقرافى (١/ ٢٩٥-٢٩٦).

وسر استثناء هذه القاعدة من قاعدة خطاب الوضع: قوله عليه السلام، "ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه" [١] ولا يحصل الرضا إلا مع الشعور والإرادة والمكنة من التصرف، فلذلك اشترط فى هذه القاعدة العلم والإرادة والقدرة. [٢]

ومن ذلك ما قاله ابن العربى فى القبس: "قال جماعة من العلماء: الربا منصوص عليه متوعد فيه، والمقاصد والمصالح مستنبطة فقد تعارضت قاعدتان: أحداهما: قاعدة الربا، وهى منصوص عليها ومتفق فيها. الثانية: قاعدة المصالح والمقاصد وهى مستنبطة مختلف فيها، فكيف يتساويان فضلاً عن أن ترجح قاعدة المصالح والمقاصد، واستهول هذا جماعة.

والجواب فيه سمح: فإن الربا وإن كان منصوصاً عليه فى ذاته وهى الزيادة، فإنه عام فى الأحوال والمحال والعموم يتخصص بالقياس، فكيف بالقواعد المؤسسية العامة[٣].

النوع الثانى: التعارض الأصغر:

والمقصود به: الفروع الجزئية التى تكون محل الاستثناء بسبب دخولها فى قاعدة أخرى. وهذا هو الغالب فى المستثنيات.

---

(١) الحديث أخرجه الدراقطنى بهذا اللفظ ، في كتاب البيوع، برقم (٢٨٦٢)، (٣/ ٢٢)، وفيه الحارث بن محمد الفهرى (مجهول)، فالحديث ضعيف، وأخرجه الإمام أحمد عن أبى حميد الساعدى بلفظ " لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه ، وذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم" وفى رواية " لا يحل للرجل أن يأخذ عصا أخيه يغير طيب نفسه" [مسند الإمام أحمد ، حديث رقم (٢٣٤٩٦) ، (١٧/ ٥٠،٥٠)، ط. دار الحديث - القاهرة].

(٢) الفروق(١/ ٢٩٦).

(٣) القبس شرح موطأ مالك بن أنس : لأبى بكر بن العربى (٢/ ٨٢٠).

قال القرافى فى الفرق الرابع عشرة والمائة: (بين قاعدة ما يصح اجتماع العوضين فيه لشخص واحد، وبين قاعدة مالا يصح أن يجتمع فيه العوضان لشخص واحد).

اعلم أن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد، فإنه يؤدى إلى أكل المال بالباطل وإنما يأكله بالسبب الحق إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه فيرتفع الغبن والضر على المتعاوضين، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمر والسلعة معاً ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معاً وكذلك بقية الصور.

غير أنه قد استثنيت مسائل من هذه القاعدة للضرورة وأنواع من المصالح:

المسألة الأولى: الإجارة على الصلاة: فيها ثلاثة أقوال: والمنع، والثالث: التفرقة بين أن يضم إليها الأذان فتصح، أولاً يضم إليها فلا تصح.

وجه المنع: أن ثواب صلاته له، فلو حصلت له الأجرة أيضاً لحصل العوض والمعوض، وهو غير جائز. **وحجة الجواز**: أن الأجرة بإزاء الملازمة فى المكان المعين وهو غير الصلاة.**وجه التفرقة**: أن الأذان لا يلزمه، فيصح أخذ الأجرة عليه، فإذا ضم إلى الصلاة قرب العقد من الصحة وهو المشهور.

المسألة الثانية: أخذ الخارج فى الجهاد من القاعد من أهل ديوانه جعلاً على ذلك. ومنع من ذلك الشافعى وأبو حنيفة، وأجازه مالك -رحمهم الله- وقال مالك: لا يجعل لغير من فى ديوانه لعدم الضرورة لذلك، وثواب الجهاد حاصل للخارج، فلا يجتمع له العوض والمعوَّض، لأن حكمة المعاوضة انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما بذل له.

حجة مالك: عمل الناس فى ذلك، ولأنه باب ضرورة أن ينوب بعضهم عن بعض إذا كانوا أهل ديوان واحد، فإن تعددت الدواوين فلا ضرورة تخالف لأجلها القاعدة المجمع عليها.

المسألة الثالثة: مسألة المسابقة بين الخيل:فقلنا: السابق لا يأخذ ما جعل للسابق، لأن السابق له أجر التسبب للجهاد، فلا يأخذ الذى جعل فى المسابقة؛ لئلا يجتمع له العوض والمعوّض. فلهذه الحكمة وبسبب هذه القاعدة اشترط بعض العلماء الثالث المحلل لأخذ العوض"[1].

وبهذا السبب تظهر القواعد وتتمحض ، ومن المظان التى تتبين فيها هذه الأسباب، كتب الفروق وكتب الخلاف، ولذلك نجد القرافى فى الفروق يعتنى به فى كثير من الأحيان.

السبب الثالث: الاستثناء بسبب الاستحسان:

قال الشيخ مصطفى الزرقا فى معرض حديثه عن سبب ورود المستثنيات: "ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات فى فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هى أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعى أحكاماً استحسانية خاصة"[2].

ويقول أيضاً: "وهذه القواعد هى كما قلنا أحكام أغلبية غير مطردة، لأنها إنما تصور الفكرة الفقهية المبدئية التى تعبر عن المنهاج القياسى فى حلول القضايا وترتيب أحكامها، والقياس كثيراً ما ينخرم ويُعدل عنه فى

(١) الفروق : (٢/ ٦٨١-٦٨٢).
(٢) شرح القواعد الفقهية : (ص ٣٤).

بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستثنائى فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة فى تحقيق العدالة وجلب المصالح ودرء المفاسد ودفع الحرج"[١].

أفاد كلام هذا الفقيه أن من أسباب الاستثناء ما يرجع إلى الاستحسان، فما المقصود بالاستحسان هنا؟

إن الاستحسان راجع إلى رعاية مقاصد الشريعة في جلب المصلحة ودرء المفسدة (عند تنزيل القواعد).

ولهذا فإن جانباً كبيراً من المستثنيات من القواعد، روعى فيه هذا الأصل، مما يدل على أن التخريج التنزيلى له مستلزمات خاصة تختلف عن الحكم الكلى المجرد تماماً كما هو الحال فى كل حكم من أحكام الشريعة كلياً كان أو جزئياً.

وقد قسم ابن العربى أسباب الاستحسان إلى أقسام :

فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الغير"[٢]. ومقصوده بترك الدليل: أى الدليل العام من النص أو من القياس الذى يؤدى الاستمرار عليه إلى ضد مقصود الشرع منه، وغالباً ما يكون الاستحسان للعرف أو المصلحة أو المشقة، وقد لخص القرافى ذلك فى قوله: ولا غرو في الاستثناء من القواعد لأجل الضرورات"[٣].

---

(١) المرجع السابق: (ص ٣٤)
(٢) المحصول : لأبى بكر بن العربى (ص١٣١).
(٣) الفروق : للقرافى (١/ ٨٧).

السبب الرابع: الاستثناء بسبب التعبد:

"التعبد" عند فقهاء التأصيل والتفريع يطلق فى مقابل "التعليل"، وإذا كانوا قد اتفقوا أو كادوا على أن الأصل فى الأحكام الشرعية التعليل، فإنهم أحياناً قد يفزعون إلى إطلاق التعبد على بعض الأحكام المنصوصة التى يعجزون عن تعليلها، وهم إنما يقصدون أن الشرع تعبدنا بها تطبيقاً وتنزيلاً لا تفريعاً وتعليلاً.

قال الإمام الجوينى: " وتخصيص الطهارات بالماء من بين سائر المائعات مما لا يعقل معناه ، وإنما هو تعبد محض، وكل ما كان تعبداً غير مستدرك المعنى، فالوجه فيه اتباع اللفظ الوارد فيه شرعاً [1].

"وبخصوص إدعاء التعبد فى مخالفة القواعد نجدهم على موقفين: الأول: تحكيم القواعد مطلقاً، ورد ما يعارضها من النصوص، وهو مذهب المالكية والحنفية. الموقف الثانى: العمل بالنصوص المخالفة للقواعد على سبيل الاستثناء أو كأصول قائمة بذاتها، وهو قول أحمد والشافعى.

وقد أكثر فى بداية المجتهد من بيان أسباب الخلاف الراجعة إلى هذا الأصل، ومنها..: "وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسّيب، وذلك أن مالكاً روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسّيب: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم، فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به، ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين: إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلاً زائداً بنفسه، أو يرده لمكان معارضة الأصول له،

---

(١) الغياثى : للجوينى (ص٣٢٢)، والمنخول : للغزالى (ص٤٩٢).

فالشافعى غلب الحديث، وأبو حنيفة غلب الأصول، ومالك رده إلى أصوله فى البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشيء الربوى بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون"[١].

ولهذه القضية ذيول و أطراف ليس هذا موضعها، غير أن الفقهاء وإن اختلفوا فى الموقف منها فإنهم لم يعدموا الاتفاق على تعبدية بعض المستثنيات. فمما أجمعوا عليه:

١-ضرب الدية على العاقلة.

٢-تضمين الولى جزاء صيد أتلفه الصبى بإذنه. قال ابن السبكى: وهما خارجان عن قاعدة: من لم يجن لا يطلب بجنابة من جنى.

٣-تحريم الصوم على الحائض.

نقل السيوطى عن الجوينى: "قال الإمام: لا يعقل معناه لأنه إن كان لعدم الطهارة فالطهارة ليست شرطاً فى الصوم بدليل صحة صوم الجنب، وإن كان لكونه يضعفها فهذا لا يقتضى التحريم بل عدم الإيجاب بدليل ما لو تكلف المريض أو المسافر فصاما مع الإجهاد فإنه يصح"[٢].

٤- إمرار الموسَى على رأس من لا شعر له فى الحج: قال القرافى: "تنبيه القاعدة: أنه كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة، فإنها تبع له فى الحكم، وقد خولفت هذه القاعدة فى الحج فى إمرار الموسَى مع أنه

(١) بداية المجتهد : لابن رشد (٢/ ١٦٥-١٦٦).
(٢) الأشباه والنظائر : للسيوطى (ص٢/ ٢٩٥)

وسيلة إلى إزالة الشعر فيحتاج إلى دليل يدل على أنه مقصود فى نفسه وإلا فهو مشكل على القاعدة"[١].

أما اختلفوا فى استثنائه بسبب التعبد فكثير: وقد جمع السيوطى جملة من الأحكام التعبدية فى المذهب الشافعى[٢] ومن هذه المستثنيات:

١ -رد الشاه المصراة وصاعا من تمر، وهى مستثناة من قاعدة: المثلى مضمون بمثله[٣].

٢-الأمر بغسل الإناء سبع مرات من ولوغ الكلب عند المالكية [٤].

٣-تحريم الوضوء من فضل المرأة عند الحنفية: قال ابن عابدين فى الدر المختار: "قال فى السراج: ولا يجوز للرجل أن يتوضأ ويغتسل بفضل المرأة ومفاده أنه يكره تحريماً.. وهو أمر تعبدى لما رواه الخمسة أنه نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة"[٥].

---

(١) الفروق : للقرافى (٢/ ٤٥٢).

(٢) الأشباه والنظائر (٢/ ٢٩٤).

(٣) الأشباه والنظائر : للسبكى (١/ ٣٢٣)، وجاء فيه قوله " قاعدة : المثلى مضمون بمثله ، والمتقوم بالقيمة . واستثنى من المثلى مسائل: منها : لبن المصراة ، واعتذر الشيخ الإمام – رحمه الله – بأن إعطاء الثمن ليس من باب المعاوضات فلا استثناء" .

(٤) جامع الأمهات : لابن الحاجب (ص٣٧)، وشرح مختصر خليل : للخرشى (١ /١١٨-١١٩) وبداية المجتهد (١/ ٤٢)، وجاء فيه " ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة آسار الحيوان : الكلب ، والخنزير والمشرك ، لصحة الآثار الواردة في الكلب ..... وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الإناء لما اشترط فيه العدد ، فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظاً لها ".

(٥) حاشية رد المحتار : لابن عابدين (١/ ١٤٣).

٤-**وجوب الغرة فى دية الجنين**: جاء فى حاشية ابن عابدين: أقول: وفيه نظر، لما صرحوا به من أن الجنين لم يُعتبر نفساً عندنا لعدم تحقق آدميته، وأنه اعتبر جزاءًا من أمه من وجه ولذا لا تجب فيه القيمة أو الدية كاملة ولا الكفارة ما لم تتحقق حياته، وقدمنا أن وجوب الغرة تعبدى فلا يصح إلحاقه بالنفس المحققة حتى يقال إن الإباحة لا تجرى فى النفوس فلا يلزم من تصحيح الضمان فى الفرع المار تصحيحه فى هذا"[١].

٥-اختصاص عقد النكاح والتزويج تعبدى عند الشافعية مستثنى من قاعدة: العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى[٢].

السبب الخامس: الاستثناء بسبب الصياغة.

وذلك بأن تكون المستثنيات على القاعدة راجعة إلى الصياغة التقعيدية لها حيث تكون مطلقة تحتاج إلى قيد يجمع ذلك المستثنى أو يخرجه من عمومها.

ومن نماذج هذا السبب:

١-من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

قال السيوطى: من فروعها:

-إذا خللت الخمرة بطرح شيء فيها لم تطهر.

---

(١) المرجع السابق (١/ ١٦٢).

(٢) المنثور : للزركشى(٢/ ٣٧٢)، قال الزركشى : " هذه القاعدة ترجع إلى أربعة أقسام: الأول ما يعتبر فيه اللفظ قطعا ، كالنكاح ، فإنه بنى عل التعبد بصيغتى الإنكاح والتزويج ، دون ما يؤدى لمعناهما".

-ونظيره إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده لم يجز كما جزم به فى الروضة.

قال بعضهم وقياسه: أنه لو دبغ لم يطهر، لكنه صرح القمولى فى الجواهر بخلافه.

-ومنها : حرمان القاتل الإرث.

-ومنها: ذكر الطحاوى فى مشكل الآثار: أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فأخره ليدوم له النظر إلى سيدته لم يجز له ذلك، لأنه منع واجباً عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه. ونقله عنه السبكى فى شرح المنهاج وقال: إنه تخريج حسن لا يبعد من جهة الفقه قال: وخرج عن القاعدة صور: منها لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعاً لئلا تختل قاعدة أن أم الولد تعتق بالموت، وكذا لو قتل المدبَّر سيده - ولو قتل صاحب الدين المؤجل المديون حلّ فى الأصح - ولو قتل الموصَى له الموصِى استحق الموصَى به فى الأصح - ولو أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها ورثها فى الأصح أو لأجل الخلع نفذ فى الأصح - ولو شربت دواء فحاضت لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً وكذا لو نفست به، أو رمى نفسه من شاهق ليصلى قاعداً لا يجب القضاء فى الأصح. ولو طلق فى مرضه فراراً من الإرث نفذ ولا ترثه في الجديد لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب. - أو باع المال قبل الحول فراراً من الزكاة صح جزماً ولم تجب الزكاة لئلا يلزم إيجابها في مال لم يحل عليه الحول فى ملكه فتختل قاعدة الزكاة، أو شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضاً جاز له الفطر قاله الرويانى، أو أفطر بالأكل متعدياً ليجامع فلا كفارة، ولو وجبت ذكر زوجها، أو هدم المستأجر الدار المستأجرة ثبت لهما الخيار فى الأصح، ولو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول استقر المهر فى الأصح.

تنبيه: إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل فى الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث، وأما تخليل الخمر فليست العلة فى الاستعجال على الأصح، بل تنجيس الملاقى له ثم عوده عليه بالتنجيس، وأما مسألة الطحاوى فليست من الاستعجال فى شيء، وكنت أسمع شيخنا قاضى القضاة علم الدين البلقينى يذكر عن والده انه زاد فى القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء فقال: من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة فى ثبوته عوقب بحرمانه [١].

الذى يهمنا من كلام السيوطى هو تلك المحاولة التى نقلها عن الإمام البلقينى حيث تدل على مدى استحضار العلماء لأهمية الصياغة فى دفع المستثنيات عن القاعدة الفقهية. أما القاعدة فى نفسها فهى ذات أهمية كبرى وتعنى بالخصوص،: المعاملة بنقيض المقصود.

قال ابن القيم رحمه الله: "ومنه (أى من المضبوط فى العقوبة المالية) مقابلة الجانى بنقيض قصده من الحرمان: كعقوبة القاتل لمورثه بحرمان ميراثه، وعقوبة المدبر إذا قتل سيده ببطلان تدبيره،وعقوبة الموصى له ببطلان وصيته، ومن هذا الباب عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها، فإن المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعاً وقدراً"[٢].

وقال فى موضع آخر إبطال حيلة لإسقاط الزكاة: "وكذلك إذا كان فى يده نصاب فباعه أو وهبه قبل الحول ثم استرده، قال أرباب الحيل تسقط عنه الزكاة، بل لو ادعى ذلك لم يأخذ العامل زكاته، وهذا حيلة محرمة باطلة، ولا يسقط ذلك عنه

---

(١) الأشباه والنظائر : للسيوطى (١/ ٣٢٧-٣٣١).
(٢) إعلام الموقعين : لابن القيم (٢/ ١١٧).

فرض الله الذى فرضه، وأوعد بالعقوبة الشديدة من ضيعه وأهله، فلو جاز إبطاله بالحيلة التى هى مكر وخداع لم يكن فى إيجابه والوعيد على تركه فائدة، وقد استقرت سنة الله فى خلقه شرعاً وقدراً على معاقبة العبد بنقيض قصده، كما حرم القاتل الميراث، وورث المطلقة فى مرض الموت، وكذلك الفار من الزكاة لا يسقطها عنه فراره، ولا يعان على قصده الباطل فيتم مقصوده ويسقط مقصود الرب تعالى، وكذلك عامة الحيل إنما يساعد فيها المتحيل على بلوغ غرضه ويبطل غرض الشارع"[١].

٢-الأصل فى الأمور العارضة العدم:

قال الشيخ مصطفى الزرقا: ملاحظة: نص هذه القاعدة فى المجلة: الأصل فى الصفات العدم، والفقهاء كثيراً ما يعبرون فى تعليلاتهم بلفظ الأمور بدلاً من الصفات، وهذا هو المراد بالقاعدة، فإنّ القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلا، بل تشتمل الأمور المستقلة مثل العقود والإتلافات[٢].

٣-الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته:

قال الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله: "هذا وإن لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة: لأنها مقيدة فى نظر الفقهاء بأن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت"[٣].

---

(١) المرجع السابق : (٢/ ٢٤٧).
(٢) المدخل الفقهى العام (٢/ ٩٧٠).
(٣) المرجع السابق (٢/ ٩٧٢).

٤-التابع لا يفرد بالحكم:

قال الشيخ مصطفى الزرقا: هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها، ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة، فالمراد فيما أعتقد: أن التابع الذى هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلاً فى العقود أى معقوداً عليه: فبيع عضو من الغنمة وهى حية باطل، ولو ذبحت بعد ذلك وأمكن فصله.. أما فى ما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن أن يفرد بالحكم كما فى حالة التعدى: فإذا ولدت الدابة المغصوبة لا يعتبر ولدها مغصوباً لأن الغاصب ما أزال عنه يد مالك، وإنما حصل فى يده حصولاً.. وبهذا الفهم فى هذه القاعدة يزول الاضطراب من طريق تطبيقها كما يزول استثناء كثير من مستثنياتها فتصبح منطبقة عليها"[١].

(١) المرجع السابق : (٢/ ١٠١٩-١٠٢٠).

الفصـل الثانـى
التطبيق على الاستثناء
من القواعد والضوابط الفقهية
فى مقدمات عقد النكاح

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: فى الحكم الأصلى للزواج ومـا يـرد عليـه مـن أمـور ترفع هذا الحكم.

المبحث الثانى: فى القاعدة والاستثناء لمسألة النظر إلى المخطوبة.

المبحث الثالث: فـى الأصـل والاسـتثناء لمسـألة : ذكـر عيـوب أحـد الخاطبين.

المبحث الرابع: الأصل والاستثناء لمسألة الخطبة على خطبة الفاسق.

المبحث الأول
فى الحكم الأصلى للنكاح
و ما يرد عليه من أمور ترفع هذا الحكم

وجه ارتباط هذا المبحث بموضوع الاستثناء: أنه مثال للتطبيق على أصل ثابت يَرِدُ عليه ما يرفع حكمه ليأخذ حكماً آخر، ذلك أن الفقهاء عندما نظروا فى استنباط الحكم الأصلى للنكاح عدوه من السنن، ومع ذلك قسموه إلى الأقسام الخمسة (وهى الوجوب، والندب، والكراهة، والتحريم، والإباحة)، لأنهم نظروا فى ذلك فى حق كل مكلف، فإنه قد يستبعد ببادئ الرأى وبالنظر الأول، حتى يتبين مغزاه وموردة فى الشريعة.

وفى هذا المعنى يقول الشاطبى رحمه الله: «جاء فى الشريعة الأمر بالنكاح وعدّوه من السنن، ولكن قسموه إلى الأحكام الخمسة، ونظروا فى ذلك فى حق كل مكلف، وإن كان نظراً نوعياً، فإنه لا يتم إلا بالنظر الشخصى، فالجميع فى معنى واحد، والاستدلال على الجميع واحد، ولكن قد يستبعد ببادئ الرأى وبالنظر الأول، حتى يتبين مغزاه وموردة من الشريعة»[(١)].

جاء كلامه هذا فى معرض الحديث عن أهمية تحقيق المناط فى الأشخاص والأنواع عند ممارسة الاجتهاد، ومعنى تحقيق المناط عنده: هو النظر فيما يصلح لكل مكلف فى نفسه، بحسب وقت دون وقت وحال دون حال، وشخص دون شخص.

ويقع هذا المبحث فى ثلاثة مطالب:

---

(١) الموافقات (٤/ ٩٨) .

المطلب الأول: تعريف النكاح فى اللغة والاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف النكاح فى اللغة

قال ابن فارس: النون والكاف والحاء أصل واحد: وهو البضاع، ونكح ينكح، وامرأة ناكح في بني فلان: أي ذات زوج منهم. والنكاح يكون العقد دون الوطء. يقال نَكَحْتُ: تزوجت، وأنكحت غيري[١].

وفي لسان العرب: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً: إذا تزوجها. ونكحها ينكحها: باضعها أيضا. وقد يجري النكاح مجرى التزويج، وفي حديث معاوية: لست بنُكَح طُلَقَة: أي كثير التزويج والطلاق[٢].

وقال الفيروزآبادي: النكاح: الوطء والعقد له، نكح كمنع وضرب[٣].

وقال الزبيدي شارحا لكلامه: النكاح بالكسر في كلام العرب: الوطء، في الأصل، وقيل: هو العقد له، وهو التزويج لأنه سبب للوطء المباح[٤]. ثم ذكر عن شيخه أن استعمال النكاح في الوطء والعقد مما وقع فيه الخلاف، هل هو حقيقة في الكل، أو مجاز في الكل، أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر[٥].

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٥/ ٤٧٥) مادة "نكح".
(٢) لسان العرب (٢/ ٦٢٥ – ٦٢٦) مادة "نكح".
(٣) القاموس المحيط (١/ ٥٠٢) مادة "نكح".
(٤) تاج العروس (٧/ ١٩٥) مادة "نكح".
(٥) تاج العروس (٧/ ١٩٥) مادة "نكح".

ويلاحظ مما سبق أن لفظ النكاح في اللغة ثبت استعماله في كل من الوطء، وعقد التزويج، وإنما وقع الخلاف في تعيين حقيقة الاستعمال في كل من المعنيين، وليس هذا مجال البحث فيه[١].

وقد ذكر الفيروز آبادى أن النكاح استعمل فى القرآن بمعانٍ :

الأول: التزويج، ومنه قوله تعالى:﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾(البقرة:٢٢١)، يعني: ولاتتزوجوهن.

الثاني: الجماع، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة:٢٣٠)، يعني: حتى تجامع زوجا غيره.

الثالث: الهبة خاصة، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾(الأحزاب:٥٠)، وهذه الواهبة لا تحل لأحد غير النبي صلى الله عليه وسلم.

الرابع: الحُلُم، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾(النساء:٦)، يعني: الحُلُم[٢].

الفرع الثاني: تعريف النكاح اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف النكاح، وسأذكر بعضا من هذه التعريفات بشكل موجز.

---

(١) انظر: تاج العروس، والمصباح المنير، وتهذيب اللغة، ولسان العرب، والصحاح: مادة "نكح".
(٢) الوجوه والنظائر لألفاظ الكتاب العزيز ومعانيها (٧٤٣ – ٧٤٤)، وانظر: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز – للفيروزآبادي (٥/ ١١٨ – ١١٩).

أولاً: الحنفية:

عرف الحنفية النكاح بتعريفات مقاربة منها ما جاء في الدر المختار أنه: عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصداً. أي: يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي[١].

وعرف النسفي النكاح بقوله: هو عقد يرد على تملك المتعة قصداً[٢].

وفي أنيس الفقهاء: ومعناه شرعاً: عقد موضوع لملك المتعة: أي لحل استمتاع الرجل من المرأة، وهو احتراز عن البيع فإنه عقد موضوع لملك اليمين[٣].

ثانياً: المالكية:

عرف الدردير النكاح بقوله: وهو عقد لحل تمتع بأنثى غير مَحْرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة. وشرح الصاوي هذا التعريف بأن معنى (لحل تمتع): أي استمتاع وانتفاع وتلذذ، ومعنى (بأنثى): وطأ ومباشرة وتقبيلا وضما وغير ذلك. ومعنى (غير محرم): أي بنسب أو رضاع أو صهر فلا يصح على محرم. وقوله (مجوسية): أي لا يصح عقد على مجوسية ولو حرة. وقوله (أمة كتابية): أي لا يصح عقد على الأمة الكتابية بخلاف الحرة الكتابية[٤].

ثالثاً: الشافعية:

عرف الشربيني الخطيب النكاح بأنه: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته[٥].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٥٨ – ٢٦٠).
(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٢/ ٩٤).
(٣) أنيس الفقهاء للقونوي (١٤٥)، وانظر: فتح القدير لابن الهمام (٣/ ١٨٥)، والاختيار للموصلي (٢/ ١٠٨).
(٤) بلغة السالك للصاوي (١/ ٣٧٤).
(٥) مغني المحتاج (٣/ ١٢٣)، ومثله في نهاية المحتاج (٦/ ١٧٤).

وعرفه القليوبي شرعاً بأنه: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج، فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة[١].

رابعاً: الحنابلة:

عرف البهوتي النكاح بأنه: عقد التزويج أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته[٢].

وعرفه غيره بأنه: عقد التزويج. وممن عرفه بذلك ابن قدامة[٣]، والمرداوي[٤].

ويلاحظ فيما سبق من تعريفات الفقهاء أنها ركزت على أحد أمرين: إما إباحة الوطء، أو حل التمتع بصيغة معينة، فبعضها أبرز جانبا، وبعضها أبرز الجانب الآخر.

إلا أن الجميع متفقون في الجملة على أن النكاح في عرفهم ينصرف عند الإطلاق على التزويج.

هذه هي تعريفات النكاح عند المذاهب، أما حقيقة النكاح فقد اختلف الفقهاء فيه: هل هو حقيقة في الوطء مجاز في التزويج أى العقد، أم عكس هذا؟ أم حقيقة في كل منهما بحسب الاشتراك؟ أو التواطؤ؟ وليس هذا موضع ذكر هذا الخلاف، ويمكن الرجوع إلى مظان هذه المسألة في كتب الفقه المقارن[٥].

---

(١) حاشية القليوبي على شرح الرملي (٣/ ٢٠٦).
(٢) كشاف القناع (٥/ ٥).
(٣) المغني (٧/ ٣).
(٤) الإنصاف (٨/ ٤).
(٥) انظر للتفصيل في هذه المسألة: المبسوط للسرخسي (٤/ ١٩٢)، وفتح القدير لابن الهمام (٣/ ١٨٥ – ١٨٦)، وتبيين الحقائق (٢/ ٩٥)، بلغة السالك (١/ ٣٧٤)، والفواكه الدواني (٢/ ٢١)، ومواهب الجليل للحطاب (٣/ ٤٠٣)، ومغني المحتاج (٣/ ١٢٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٦/ ١٧٤)، وحاشية القليوبي (٣/ ٢٠٦)، والمغني (٧/ ٣)، والإنصاف (٨/ ٤)، وكشاف القناع (٥/ ٦).

المطلب الثانى

الحكم الأصـــلى للـــزواج

(أ) الأصل فى الزواج هو الاستحباب أو الندب:

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو حنيفة، والمالكيـة، والحنابلـة، و أكثر الشافعية وهو ظاهر قول الصحابة رضوان الله عنهم .

وذلك فى حالة الاعتدال لذى شهوة لا يخاف زنا، وكان ذا أهبة أى قدر على كفاية زوجته من مهر ونفقة وكسوة ورجا نسـلاً، ولـو قطعـه عـن عبادة غير واجبة، فالاشتغال به لمثل هذا الشخص أولى من التخلف لنوافل العبادات.

وتختلف تعبيرات الفقهاء لهذا النوع من النكاح، فالحنفية: يعبرون بكونـه سنة، والحنابلة: بالاستحباب، والمالكية: بالندب، والشافعية: بأنـه سـنة ومنـدوب إليه[١].

(ب) وذهب ابن حزم، وداود بن على الظاهرى، و بعض الحنفية:

إلى أن الأصل فى النكاح أنه فرض عين، والبعض الآخـر مـن الحنفيـة: ذهب إلى أنه واجب، والقائلون بالفرضية قالوا: بأن النكاح فرض كفايـة كصـلاة الجنازة[٢].

---

(١) بدائع الصنائع(٣/ ١٣٢٤)، و حاشية العدوى علـى الخرشـى (٣/ ١٦٥)، ونهايـة المحتـاج (٥/ ١٤٠)، والمغنى لابن قدامة (٧/ ٤)، والروض المربع وحاشيته (٣/ ٦١) ، والمجموع : للنووى (١٦/ ١٢٩).

(٢) المحلـى: لابـن حـزم (٩/ ٤٤٠)، والموافقـات للشـاطبى (١/ ١٣٢)، وبـدائع الصـنائع (٣/ ١٣٢٤).

هذا: وقول الله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: جزء من الآية٣)، دليل للجمهور وللظاهرية، وإن كان لكل منهم وجهه استدلال تخالف الأخرى.

فوجهة استدلال الجمهور: أن الله حين أمر بالنكاح علّقه على الاستطابة، وما كان حكمه الوجوب، فإنه لا يتوقف على الاستطابة، فالأمر بالنكاح الوارد في الآية إنما هو للندب[١].

أما وجهة استدلال الظاهرية ومن وافقهم من الآية الكريمة: أن الأمر في الآية مطلق، والأمر عند إطلاقه ينصرف إلى الوجوب؛ لأنه الأصل، إلا أن يقوم دليل يصرفه عن ذلك، ولم يرد ذلك الدليل، فدل على أن الزواج فرض عين[٢].

ويرد على هذا الاستدلال: بأن الأوامر الواردة في الكتاب والسنة لابد من صرفها عن الوجوب إلى الندب في حالة و جود القرينة، والقرينة هي قوله تعالى:﴿ مَا طَابَ لَكُمْ﴾، فلو كان الزواج واجبا لما كان معلقاً بطيب النفس، ولكن علق به، فدل على أن الزواج ليس بواجب، والواجبات كالصلاة ونحوها ـ يلزم الإنسان الإتيان بها طابت نفسه أو لم تطب.

(ج) ويرى بعض الشافعية: أن الأصل في النكاح هو الإباحة.

---

(١) المجموع : للنووى (١٦/ ١٢٩)، والمغنى لابن قدامة (٧/ ٣٣٨).
(٢) المحلى : لابن حزم (٩/ ٤٤٠).

مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء: من الآية٢٤) فقد عبر القرآن الكريم بالإحلال، ولفظ الحلال المباح من الأسماء المترادفة، كما أن لفظ (لكم) يستعمل في المباحات[١].

ويمكن أن يُناقش هذا الاستدلال: بأنا نسلم بأن الإحلال بمعنى الإباحة، ولكنا لا نسلم أن هذا يدل على إباحة أصل النكاح، فإن الآية الكريمة قد ذكرت بعض أنواع من المحرمات، ثم قال الله بعد ذلك:﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ ، فأباح كل ما عدا من ذكرن فى الآية، وما أُلحق بهن، ولنا إذا أردنا الزواج ـ سواء أكان مندوباً أم واجبا أم غيرهما ـ أن نختار واحدة من هؤلاء النسوة اللآتى أبحن لنا، ونبتعد عما حرم علينا، ويكون المعنى: أذن لكم فى نكاح من وراء ذلك

الترجيح

والذى يظهر لى رجحانه هو الرأى الأول القائل بأن الأصل فى النكاح هو الاستحباب أو الندب؛ لقوة استدلاله بالآية الكريمة، ولحث الرسول ﷺ على فعل الزواج، ودعوته إليه فى كثير من الأحاديث، ولكنه لم يطلبه على سبيل الحتم، ولم يلزم به كل الناس حتى يكون واجباً، إذ لو كان واجبا لاستفاض ذلك، ولم يتركه واحد من الصحابة مع علم الرسول ﷺ بالترك ولم ينكره عليهم.

---

(١) الأم : للإمام الشافعى (٥/ ١٢٧).

المطلب الثالث: فى بيان أمور ترفع النكاح عن حكمه الأصلى

بعد أن ذكرت أقوال الفقهاء فى الحكم الأصلى للنكاح، أبين هنا أن النكاح قد يعتريه من الأمور العارضة ما يرفعه عن حكمه الأصلى، وذلك حسب حال الشخص، وقدرته واستطاعته، وأداء ما يجب عليه بمقتضى العقد، وما نواه من العزم على القيام بما يُلزمه به الشارع، بأنه سيقصّر، أولا يلتزم بالعدل، وحسن العشرة.

وحالة الإنسان بالنسبة النكاح قد تقتضى أن يكون النكاح فى حقه واجباً، وقد يكون حراماً، وقد يكون مكروهاً، أو يكون مندوباً ومستحباً، أو يكون مباحاً.

الحالة الأولى: أن يصير النكاح واجباً

وهى حالة التوقان إلى النكاح، وشدة الرغبة فى الجماع؛ لأنه يخاف على صاحبها، أو يغلب على الظن وقوعه فى الزنا إن لم يتزوج، وكان التائق قادراً على الزواج وعلى ما يلزم من المهر والنفقة وإقامة العدل، فمثل هذا يلزمه إعفاف نفسه، وصونها عن الحرام، والنكاح يمنعه من ذلك، فكان واجباً؛ لأن الامتناع عن الحرام واجب، وما لا يتم الواجب إلا به يكون واجباً[١]؛ فعندئذ يفترض عليه الزواج، ويأثم بتركه، ويكون عاصياً[٢]، وهذا القول لعامة الفقهاء.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٤٥، وقليوبى وعيمرة على شرح الجلال للمحلى (٣/ ٢٢٦) ط الحلبى، أسنى المطالب (٣/ ١٠٧)، حاشية رد المحتار على الدر المختار(٣/ ٧)، والشرح الكبير للدردير (٢/ ١٩١).

(٢) يرى بعض فقهاء المالكية: أن الراغب فى النكاح إن خشى العنت وجب عليه، ولو بإنفاق حرام، أو وجود مقتضى التحريم غير ذلك [انظر حاشية العدوى على=

يقول الرملى فى نهاية المحتاج «ولو خاف العنت و تعين طريقا مع قدرته وجب» [١].

ويقول الكاسانى فى البدائع: "لا خلاف أن النكاح فرض [٢] فى حالة حالة التوقان، حتى إن من تاقت نفسه إلى النساء، بحيث لا يمكنه الصبر عنهن، وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم[٣].

=مختصر خليل (٣/ ١٦٥)] ويقول الدسوقى فى حاشيته: بأن الخائف من العنت مكلف بترك الزنا؛ لأنه في طوقه كما هو مكلف بترك التزوج بالحرام، فلا يحل فعل محرم لدفع محرم، والحاصل: أنه لا يحل محرم لدفع محرم؛ لأنه مكلف بترك كل منهما، وحينئذ فلا يصح أن يقال: إذا خاف الزنا وجب النكاح ولو أدى للإنفاق من حرام ـ وقد يقال إذا استحكم الأمر فالقاعدة ارتكاب أخف الضررين حيث الإلجاء، ألا ترى أن المرأة إذا لم تجد ما يسد رمقها إلا بالزنا جاز لها الزنا [(حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ١٩١)]. ويرى الحنابلة: بأنه لا فرق بين القادر والعاجز عن الإنفاق فى طلب النكاح ـ وظاهر كلام أحمد: بأنه لا فرق بين القادر والعاجز عن الإنفاق محتجاً: بأن النبى ﷺ كان يصبح وما عندهم من شئ ويمسى وما عندهم من شئ، ونقل عنه: بأنه يقترض ويتزوج. [(انظر المغنى لابن قدامة (٧/ ٦)، الروض المربع ٣/ ٦١)].

(١) نهاية المحتاج للرملى (٥/ ١٤٥).

(٢) معلوم أن الحنفية يفرقون بين الفرض والواجب، فالفرض عندهم هو الطلب على سبيل الجزم إذا كان دليله قطعيا، والواجب ما كان دليله ظنيا، فالزواج عندهم يكون فرضا إذا تيقن الإنسان وتأكد من الوقوع فى الفاحشة إذا لم يتزوج مع عدم تمكنه من التحرز عنها بمثل الصيام، وقد يعرض للزواج الوجوب، وهو مرتبة أقل لزوما من الفرضية وذلك إذا خاف من نفسه ارتكاب معصية الزنا إذا لم يتزوج [(راجع فتح القدير للكمال بن الهمام (٢/ ٣٤٨) طـ دار صادر بيروت).

(٣) بدائع الصنائع: للكاسانى (٢/ ٢٢٨).

ويقول ابن قدامة فى المغنى: "من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء؛ لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، وطريقه النكاح"[١].

الحالة الثانية : أن يصير النكاح حراماً

إذا كان الزواج يؤدى إلى محرم، بأن تيقن الرجل بأنه لابد وأن يقع فى الظلم لسبب الجور أو الإضرار بالمرأة إذا تزوجها، بأن يمنعها حقها، ويعضلها عن الأزواج، ويمسكها ضراراً، كان الزواج حراماً، فحرام عليه أن يقدم عليه؛ لأنه طريق للوقوع فى الحرام؛ لأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس، ومنعها من الزنا على سبيل الاحتمال، وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى، فمشروعية الزواج لتحقيق المصالح الثابتة فى الدنيا والآخرة، فإذا كان وسيلة للضرر والظلم تنافى مع المقصود منه، فيجب حينئذ تركه، وعدم الدخول فيه منعاً لارتكاب المحرم[٢].

الحالة الثالثة : أن يصير النكاح مكروهاً :

إذا وجد الرجل الأهبة، ولكن به علة تمنعه من الوطء أو مرض دائم أو علة دائمة، يرى بعض علماء الشافعية أن النكاح مكروه، لأن الرجل هنا لا يحتاج إلى النكاح، ولا يحقق التحصين للمرأة وهو ما يؤدى فى الغالب إلى فسادها[٣].

---

(١) المغنى لابن قدامة (٧/ ٤).

(٢) انظر الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٤٥)، وحاشية قليوبى وعميرة على شرح المنهاج للمحلى (٣/ ٢٠٧) المغنى لابن قدامة (٣/ ٦)، شرح الخرشى على مختصر خليل وحاشية العدوى (٣/ ٦٥).

(٣) نهاية المحتاج (٥/ ١٤٢).

وكذلك إذا كان الزوج فاقداً لمُؤَن النكاح من مهر ونفقة وغيرها ولم تتق نفسه إلى الوطء وسواء أكان معلولاً أم لا، لأن فى النكاح إلزام بأمور لا يقدر على أدائها فى الوقت الذى هو ليس محتاجاً إليه [١].

فإذا كان الشخص غير راغب فى الزواج، بأن لم يكن محتاجا إليه ولم يتيقن من نفسه الجور، والوقوع فى الظلم، ولكنه خاف أن يقع فى الظلم من غير تأكيد أنه يظلم إن تزوج، فإن الزواج يكره فى هذه الحالة ولا يكون حراماً ، وسواء أكان الظلم الواقع على الزوجة مادياً أو معنوياً.

فمن أمثلة الظلم المادى: أن يكون الزوج فى غير عمل دائم، أو يكون كسبه غير مستمر، أو كان كسبه من عمله الذى يستطيعه لا يكفى لمعيشة شخصين بل يكفى حاجته وحده.

ومن الأمثلة التى يتحقق فيها الظلم المعنوى ظنا من غير تأكيد إحساس الزوج بكراهة الزوجة قبل الزواج، أو فتور رغبته الجنسية قبل الزواج بأن كان يتساوى عنده إتيان النساء وعدمه، من غير مرض ولا علة.

فمثل هذا الشخص الذى يخاف الجور، أو يظن عدم إعفاف زوجته لا يحرم عليه أن يتزوج رجاء تغيير الأحوال لكن يكره له أن يتزوج، لأنه لا يحصل مصالح النكاح، ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضرُّ بها، ويحبسها على نفسه لواجبات وحقوق لعلّه لا يتمكن من القيام بها، فتنعدم مصالح النكاح لرجحان هذه المفاسد عليها[٢].

---

(١) شرح الجلال المحلى على المنهاج (جـ٣/ ٢٠٧).
(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام (٢/ ٣٤٢).

الحالة الرابعة : أن يصير النكاح مستحباً ومندوباً (وهو الأصل) :

إذا كان قادراً على النكاح، وكان ذا أهبة، أى قدر على كفاية الزوجة من مهر ونفقة وكسوة وأمن على نفسه الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج وهو ظاهر قول الصحابة رضوان الله عليهم[١].

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن النكاح مستحب حتى لمن ليست عنده الأهبة، مستدلاً بقوله تعالى : ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ (النور : ٣٢) وبقول النبى ﷺ : "تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال"[٢].

وهذا الاستدلال مردود، لأنه لا يلزم من الفقر وإتيان النساء بالمال عدم الأهبة التى هى المهر والكسوة لفصل التمكين ونفقة يومه[٣].

الحالة الخامسة : أن يصير النكاح مباحاً:

وذلك فى حق من لا يحتاج إليه، أى ليس له رغبة فيه، ولا يرجو نسلا، ولم يقطعه عن عبادة غير واجبة ولم يحصل موجب التحريم[٤].

ويرى بعض الشافعية: أن الزواج أمر دنيوى يحقق مطالب الجسد كالأكل والشرب واللبس، يسد به الإنسان حاجته، كما يسد بالأكل والشرب حاجته، ومن يتزوج فإنما يتزوج بدافع غريزى، ولهذا يكون من المؤمن ، ومن الصالح وغير الصالح، وذلك شأن المباحات كالأكل والشرب، وأوامر الشرع

---

(١) نهاية المحتاج (٥/ ١٤٠)، وحاشية العدوى على مختصر خليل (٣/ ١٦٥).
(٢) رواه الحاكم فى المستدرك ، حديث رقم (٢٦٧٩) ، (٢/ ١٧٤)، عبد الرزاق فى المصنف، حديث (١٥٩١٣) ، (٣/ ٤٥٤)، ونيل الأوطار (٦/ ١١٤).
(٣) نهاية المحتاج (٥/ ١٤١).
(٤) حاشية العدوى على الخرشى (٣/ ١٦٥).

محمولة على الإباحة مثل قوله تعالى : ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا﴾ . أما المندوبات فإنها نوع من العبادات الروحية، يختص بها المؤمن ويثاب عليها وليس الزواج كذلك.

وهذا القول غير مُسَلّم، فإن شأن الزواج ليس كشأن الأكل والشرب، لأن فى الزواج قيام بحق الغير من الزوجة والولد، وعمارة الدنيا، وهذه تصح من المسلم وهى منه عبادة، ومن الكافر وليست منه عبادة[1].

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٧)، مغنى المحتاج (٣/ ١٣٦).

المبحث الثانى
فى القاعدة والاستثناء لمسألة النظر إلى المخطوبة
وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول
فى التعريف بقاعدة ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب

اشتملت هذه القاعدة على ثلاث مصطلحات فقهية هى: الممنوع، والجائز، والواجب.

وتحليلاً لنص القاعدة أذكر معانى هذه الكلمات الثلاث:

أولاً: الممنوع: يعبر به عن المحرم، والمحرم : ما طلب الشرع تركه طلباً جازماً. مثال ذلك: طلب الشرع من المكلف ترك الزنا، أو النظر إلى الأجنبية.

ثانياً: الجائز: يعبر به عن المباح والحلال. والمباح: ما خير الشرع فى فعله وتركه. مثال ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ (لأعراف: ٣١)

ثالثاً: الواجب : ما طلب الشرع فعله من المكلف طلباً جازماً. مثال ذلك: الصلاة . حيث طلب الشرع فعلها من المكلف طلباً جازماً، بقوله تعالى : ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ (البقرة : ٤٣).

"وهذه القاعدة نص عليها الإمام جلال الدين السيوطى، وذكر لها تعبيرات مختلفة، فقال: عبر عنها قوم بقولهم: (الواجب لا يترك إلا لواجب)،

وقوم بقولهم: "الواجب لا يترك لسنة" وقوم بقولهم: (ما لابد منه لا يترك إلا لما لابد منه) وقوم بقولهم : "جواز ما لو لم يشرع لم يجز دليل على وجوبه"[١].

وكل هذه التعبيرات وإن كانت مختلفة فى الصيغة لكنها متحدة فى المعنى، فمثلاً أكل الميتة ممنوع، وإذا أجيزت لمضطر غير باغ ولا عاد وجب عليه الأكل لحفظ نفسه من الهلاك فالواجب لا يترك إلا لواجب، لأنه مساوٍ له، وهذا الترك مقيد بما إذا شرع فى محل واحد فيتخير فيهما.

قال الشاعر :

لا يترك الواجب يا ذا الفهم إلا لواجب بغير وهم

والواجب لا يترك للسنة، ومثال ذلك: الرجوع عن الركوع إلى القيام لأجل السورة أو من القيام لأجل التشهد الأول فى حق غير المأموم ممنوع[٢].

قال السيوطى :" العود من قيام الثالثة إلى التشهد الأول ، يجب لمتابعة المأموم لأنها واجبة ، ولا يجوز للإمام والمنفرد ، لأنه ترك فرض لسنة ، وكذا العود إلى القنوت" [٣].

ولكن لهذه القاعدة مستثينات خرجت فى حكمها عن حكم القاعدة ، فهناك أمور ممنوعة شرعاً ولما أجيزت لم يجب فعلها. وسوف أتعرض ـ بعون الله تعالى ـ لصورة فقهية مستثناة من هذه القاعدة لها تعلق بموضوع الخطبة فى الزواج ، وهذا ما أعرضه فى المطلب التالى.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى (٢/ ٣١٦).
(٢) المواهب السنية بهامش الأشباه والنظائر (٢٢١،٢٢٠).
(٣) الأشباه والنظائر (١/ ٣١٦).

المطلب الثانى

فى بيان حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية

الأصل الشرعى فى النظر من الرجل إلى المرأة ومن المرأة إلى الرجل ما لم تربطهما رابطة أبوة أو بنوّة أو أخوة أو زواج هو التحريم[١].

دليل عموم تحريم النظر من أحد الجنسين إلى الآخر لغير سبب شرعى: أنه قد وردت النصوص الشرعية ـ قرآنا وسنة ـ تأمر بغض البصر، يقول الله تعالى : ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ * وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (النور:٣٠-٣١). والمقصود من غض البصر هو صرفه عما لا يحل، وعدم إرساله طليق العنان يلتهم الغاديات والرائحات ، وليس المقصود من غض البصر الامتناع الكلى عن النظر وإطراق الرأس إلى الأرض، فليس ذلك بمستطاع، بل إنه قد يوقع فى الحرج.

ثانياً: عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ فيما يرويه عن رب العزة تبارك وتعالى "النظرة سهم مسموم من سهام إبليس ، من تركها من مخافتى أبدلته إيمانا يجد حلاوته فى قلبه"[٢].

---

(١) لكن يستثنى من هذا الحكم النظرة الأولى، لأنها لا يمكن للإنسان التحرز منها فهى تأتى فجأة دون قصد منه، لكن عليه أن لا يتبع النظر ولا يطيل الالتفات والتحديق فيه، فقد قال النبى ﷺ ـ للإمام على كرم الله وجهه ـ يا على لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الأولى وليست لك الآخرة" . السنن الكبرى للبيهقى جـ٧ ص٩٠ (باب ما جاء فى النظرة الفجاءة) ط . وسنن أبى داود جـ١ ص ٥٣٨ (باب فيما يؤمر به من غض البصر).

(٢) رواه الطبرانى فى المعجم الكبير ، برقم (١٠٣٦٢) ، (١٠/ ١٧٣) ، والحاكم فى المستدرك، برقم (٧٨٧٥)، (٤/ ٣٤٩).

وقد جعل النبى ﷺ النظرات الجائعة الشرهة من أحد الجنسين للآخر زنا للعين فقال عليه الصلاة والسلام: "لكل ابن آدم حظه من الزنا، فالعينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشى، والفم يزنى وزناه القبل، والقلب يهم أو يتمنى ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه"[١].

يضاف إلى ما سبق من قرآن وسنة : أن النظر رسول الفتنة وبريد الزنا، وصدق الشاعر حيث يقول:

كل الحوادث مبدؤها من النظر ومعظم النار من مستصغر الشرر

فالبصر ينقل إلى القلب خبر ما أبصره فيجول فيه الفكر، وقد يتعلق به الهوى وفى هذا انشغال بما لا يفيد وانزلاق إلى مهاوى الفساد والرذيلة بل قد يؤدى إلى الفاحشة[٢].

مما سبق يتبين لنا أن النظر إلى المرأة الأجنبية أو نظرها إلى الرجل الأجنبى إذا كان لغير حاجة شرعية لا يجوز، وهذا ما أجمع عليه فقهاء الإسلام ـ رحمهم الله تعالى ـ فيما قرأت، من هذا :

أ)ما جاء فى تكملة المجموع[٣] : "وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبى أن ينظر إلى الأجنبية ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبى لقوله تعالى :

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى (٧/ ٨٩) (باب تحريم النظر إلى الأجنبيات من غير سبب مبيح) وسنن أبى داود (جـ١ ص ٥٣٩) (باب فيما يؤمر من غض البصر).

(٢) خطبة النساء فى الفقه الإسلامى : للدكتور سعد محمد حسن ط دار الهلال – أسيوط (سنة ١٩٩٢م) وأضواء على نظام الأسرة للدكتورة سعاد إبراهيم صالح ، طبعة دار الضياء القاهرة (سنة ١٩٨٩م).

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب : تأليف محمد نجيب المطيعى الناشر مكتبة الإرشاد جده المملكة العربية السعودية جـ١٥ ص١١.

﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ ، وروت أم سلمة رضى الله عنها قال: كنت عند رسولَ الله ﷺ وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ احتجبن عنه، فقلت يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه؟" [(١)]، وروى على كرم الله وجهه "أن النبى ﷺ أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل، فقال أبوه العباس : لويت عنق ابن عمك ؟ قال: رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما﴾[(٢)].

ويقول ابن قدامة : "فأمر نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه يحرم"[(٣)]. ويقول ابن حزم : "ولا يحل لأحد أن ينظر من أجنبية لا يريد زواجها أو شراءها إن كانت أمة لتلذذ لا لضرورة"[(٤)].

هذا: ويستثنى مما سبق من حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية لغير سبب شرعى، النظر إلى المرأة التى يراد خطبتها ثم الزواج منها، فقد أجمع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم [(٥)]. حنفية ، ومالكية ، وشافعية ، وحنابلة ـ على

---

(١) الحديث فى سنن الترمذى، برقم (٢٧٧٨)، (٥/ ١٠٢)، وسنن أبى داود (٤١١٢)، (٤/ ٦٤)، وصحيح ابن حبان (٥٥٧٦)، (١٢/ ٣٩٠) ، ومسند أحمد (٢٦٥٧٩)، (٦/ ٢٩٦).

(٢)صحيح مسلم : حديث رقم (١٣٣٤)، (٢/ ٩٧٣)، وسنن الترمذى (٣/ ٢٣٣)، الحديث (٨٨٥) باب ما جاء فى الإفاضة من عرفات، والتمهيد : لابن عبد البر (٢٤/ ٤٢٦).

(٣) المغنى لابن قدامة (جـ٩ ص ٤٩٨) مطبعة هجر القاهرة.

(٤) المحلى لابن حزم (جـ١١ ص٢٢١) الناشر مكتبة الجمهورية العربية مصر (١٩٧٠م).

(٥) الروضة الندية (٢/ ١٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٤) ، ومغنى المحتاج (٣/ ١٢٨)، وكشاف القناع (٥/ ١٠).

جواز النظر إلى المرأة التى يريد الرجل خطبتها، واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

١)روى المغير بن شعبة قال: خطبت امرأة، قال: فقال لى رسول الله ﷺ نظرت إليها ، قلت : لا ، قال: فانظر إليها ، فإنه أخرى أن يؤدَم بينكما[١]. يقال : آدم بينكما آدما بالسكون ـ أى ألف وأوفق[٢].

٢)وعن أبى هريرة ﷺ قال: كنت عند النبى ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال رسول الله ﷺ أنظرت إليها ؟ قال: لا ، قال: اذهب فانظر إليها فإن فى أعين الأنصار شيئاً[٣].

٣)عن سهل بن أبى حَثمة قال: مر ناس من الأنصار بمحمد بن مسلمة وهو يطالع جارية من بنى النجار، فقالوا : سبحان الله، لو فعل هذا بعض شبابنا رأيناه قبيحاً، قال : إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إذا ألقى الله فى قلب رجل خطبة امرأة ، فلا بأس أن ينظر إليها" [٤].

٤)وعن جابر بن عبد الله ـ رضى عنهما ـ قال : قال رسول الله ﷺ إذا خطب أحدكم المرأة فقدر على أن يرى منها ما يعجبه ويدعوه إليها

---

(١) سنن الترمذى، حديث رقم (١٠٨٩)، (٢/ ٣٤٦) ، سنن النسائى ، برقم (٣٢٣٢)، (٦/ ٧٠)، والسنن الكبرى للبيقهى برقم (٥٣٤٦)، (٣/ ٢٧٢).
(٢) كشاف القناع (٥/ ١٠).
(٣) صحيح ابن حبان (٩/ ٣٥١)، حديث رقم : (٤٠٤٤).
(٤) رواه الطبرانى فى المعجم الكبير : حديث (٤٩٩)، (١٩/ ٢٢٤)، ومسند الطيالسى، حديث (١١٨٦)، (١/ ١٦٤)، والمستدرك على الصحيحين ، حديث (٥٨٣٩)، (٣/ ٤٩٢)، السنن الكبرى للبيهقى (٧/ ٨٥)، (باب نظر الرجل إلى المرأة التى يريد أن يتزوجها).

فليفعل، قال جابر: فلقد خطبت امرأة من بنى سلمة فكنت أتخبأ فى أصول النخل حتى رأيت منها ما أعجبنى فتزوجتها"[(١)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

أن النظر إلى المرأة الأجنبية بقصد خطبتها والزواج بها أمر رغب فيه الشرع وحرض عليه، لأنه وسيلة من وسائل استقرار الحياة الزوجية ، يدرك عن طريق ما يبتغيه ويرغب فيه ، وجمهور الفقهاء على أن الأمر الوارد فى الأحاديث للندب لا للوجوب وسنعرض هذا الأمر فى فرع مستقل ـ إن شاء الله تعالى ـ .

هذا: وقد خالف بعض الفقهاء ما سبق ذكره من مشروعية النظر إلى المرأة التى يراد نكاحها، فذهب القاضى عياض: إلى أن النظر إلى المرأة الأجنبية بقصد خطبتها مكروه، وهذا خطأ مخالف للأحاديث المذكورة كما أشرنا. وهو يخالف أقوال الجمهور من أهل العلم أيضاً[(٢)]. وذهب المزنى من الشافعية إلى القول بعدم جواز النظر، ويرد عليه بما ذكرنا من الأحاديث [(٣)].

---

(١) سنن أبى داود ، حديث رقم (٢٠٨٢) ، (٢/ ٢٢٩) ، ومسند ال ، ومسند الإمام أحمد، حديث رقم (١٤٩١٢) ، (٣/ ٣٦٠)، و السنن الكبرى للبيهقى (٧/ ٨٤)، (باب نظر الرجل إلى المرأة التى يريد أن يتزوجها)، المغنى لابن قدامة (٧/ ٤٥٣)، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى (٢/ ٢١٥)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٢٨) ، وكشاف القناع (٥/ ١٠).

(٢) نيل الأوطار للشوكانى (٦/ ١٢٦).

(٣) تكملة المجموع ١٥/ ٢٩٤.

المطلب الثالث

النظر إلى المخطوبة بين الندب والوجوب

سبق أن أوضحت ما أجمع عليه الفقهاء من أن الأصل هو عموم تحريم النظر إلى المرأة الأجنبية، ثم أوضحت فى الفرع الثانى ما أجمعوا عليه أيضاً من مشروعية النظر إلى المرأة بقصد خطبتها وأنه مستثنى من الأصل السابق، وقد دعمت كلا الأمرين ـ الأصل والمستثنى ـ بالدليل الصحيح، ومن خالف ما أجمع عليه الفقهاء في هذا فالأحاديث ترد عليه. فهل الأمر الوارد في الأحاديث للندب وعليه يكون الفرع مستثنى من قاعدة «ما كان ممنوعا إذا جاز وجب»، أم للإيجاب وعليه يكون الفرع من القاعدة؟

أقول : بينما يعبر الفقهاء في أقوالهم عن مشروعية النظر إلى المخطوبة بالندب أو الإباحة نجد أن الأستاذ الدكتور / محمد بلتاجى يذكر في كتابه : «في أحكام الأسرة» أنه يجب النظر إلى المرأة بقصد خطبتها حيث قال ما نصه: "وأرى أن نظر كل منهما إلى الآخر عند إرادة الخطبة (واجب) وليس (مباحا) فضلاً عن أن يكون (مكروها)؛ وذلك لخطورة أمر النكاح وما ينبنى عليه ومن ثم أرى أن يظل الأمر فى الحديث[1] فى قوله (انظر إليها) للوجوب.

---

(١) الذى رواه مسلم عن أبى هريرة قال: كنت عند النبى ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار. فقال له رسول الله ﷺ أنظرت إليها ؟ قال : لا. قال : فاذهب فانظر إليها ، فإن في أعين الأنصار شيئاً" ـ كتاب النكاح ـ وقال النووى فى شرح هذا الحديث: قيل المراد بالشيء الذى أشار إليه رسول الله ﷺ : صغراً ، أو زُرقة ، وفى هذا دلالة لجواز ذكر مثل هذا للنصيحة، وفيه استحباب النظر إلى وجه من يريد تزوجها. وهو مذهبنا ـ مذهب الشافعى ـ ومذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وسائر الكوفيين ، وأحمد، وجماهير العلماء. وحكى القاضى عن قوم كراهته ، وهذا خطأ مخالف لصريح هذا الحديث، ومخالف لإجماع الأمة على جواز النظر للحاجة عند البيع والشراء والشهادة ونحوها. (صحيح مسلم بشرح النووى ٤/ ١٠١٥ وما بعدها).

ولا أرى معنى معقولاً لأن يتزوج رجل بامرأة لم يرها ولم تره، وأرى أن ذلك من الأمور الخارجة على شرع الله بعد حديث رسول اللهﷺ" انتهى" [١].

توجيه هذا الرأى :

القول بوجوب النظر إلى المخطوبة ربما يستساغ إذا اعتبرنا وجود بعض البيئات والقبائل فى المجتمع الإسلامى التى لا تقبل أن يطلع أحد بالنظر إلى بناتهم بين الحين والآخر وإن كان بقصد خطبتهم ولا شك أنها نظرة متشددة، يقابلها فى المجتمع موقف هؤلاء المتهاونين الذين يتركون لبناتهم الحبل على الغارب ويبيحون للواحدة منهن أن تخرج مع خطيبها ليلاً أو نهاراً دون ما رقيب عليهما، وقد يخلو معها دون محرم، وفى هذا من الخطورة ما فيه مما تنبع عنه العواقب بالكثير من الحسرة والندامة بعد فوات الأوان . والحق : أن خير الأمور الوسط فيتاح للخاطب فرصة للنظر إلى من يريد خطبتها لأجل الخطبة وفقط .

الرد على من قال بوجوب النظر إلى المخطوبة:

أولاً : يرى الفقهاء أن الزواج من غير نظر إلى المرأة[٢] إنما هو من تخفيفات الشريعة فى أحكامها يقول ابن نجيم : ((من القواعد : المشقة تجلب التيسير)) والأصل فيها: قوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة : ١٨٥) قال العلماء ويتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته .. واعلم من أسباب التخفيف: (إباحة النظر للطبيب والشاهد، وعند الخطبة، وللسيد . ومنه جواز النكاح من غير نظر لما فى اشتراطه من

---

(١)أحكام الأسرة: للدكتور محمد بلتاجى (جـ١ ص ١٦٣ ، ١٦٤) الناشر مكتبة الشباب ـ القاهرة سنة (١٩٨٧م).

(٢) أى تأخير الرؤية والنظر بعد العقد عليها.

المشقة التى لا يتحملها كثير من الناس فى بناتهم وأخواتهم، من نظر كل خاطب فناسب التيسير، فلم يكن فيه خيار رؤية، بخلاف البيع فإنه يصح قبل الرؤية وله الخيار لعدم المشقة)" [١].

ثانياً: القول بالوجوب يقطع على الخاطب الخيار فى فراق زوجته:

إذا وجد بها عيباً شأنه أن يعرف بالنظر كالأمراض الجلدية (البرص، والجذام، وما شابههما)، وفى منع الخيار وقوع فى المشقة.

ثالثاً: القول بالوجوب يجعل تاركه آثماً:

وفى هذا وقوع فى الحرج، ولذلك نص الفقهاء على الإباحة أو الندب أو عبروا عن الإباحة بالجواز ولم يعبروا بالوجوب.

قال صاحب المغنى: لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها، لما رواه جابر ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل" قال جابر: فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها"[٢]. ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك ، فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه، كالنظر إلى الأمة المسلمة[٣].

ويذهب المالكية كذلك إلى القول : بالجواز في رؤية الخاطب ونظره إلى مخطوبته، وقد قال بعض الفقهاء منهم: بأن النظر إلى المخطوبة مندوب إليه،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، (ص ٨٠) ، المكتبة العلمية ـ بيروت.
(٢)رواه الإمام أحمد ، حديث رقم (١٤٩١٢) ، (٣/ ٣٦٠) .
(٣) المغنى لابن قدامة (جـ٧ ص ٩٦) الناشر : مكتبة القاهرة .

وممن قال بالندب والاستحباب من فقهاء المالكية الدردير وابن القطان كما حكاه ابن عرفة[١].

قال الحطاب: «واختار ابن القطان كون النظر إليها مندوباً للأحاديث بالأمر به»[٢].

وقال الدردير: "ندب للخاطب نظر وجهها وكفيها"[٣].

وقال بالندب بعض فقهاء الشافعية فيرون بأنه لو قصد الرجل نكاح امرأة سُنّ نظره إليها للأمر الوارد في حديث المغيرة بن شعبة مع تعليله صلى الله عليه وسلم بقوله : (فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) أي تدوم الألفة، وقليل من الأدم لأنه يطيب الطعام[٤].

ولعل ما قال به بعض فقهاء المالكية والشافعية أنهم حملوا الأوامر الواردة في الأحاديث على الندب لا على الوجوب ولا الإباحة وهو مرجح مقبول.

رابعاً : أن القائل بالوجوب قائل أيضاً بالإباحة ، وفى هذا تناقض:

القائل بالوجوب ـ وهو الدكتور بلتاجي ـ ذكر في كتابه الذي سبق التنويه عنه، قال: "والأصل الشرعي العام في تعمد نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية، ونظرها إليه هو الحرمة إلا إذا كان لضرورة شرعية ... فتحريم النظر اتباع لقاعدة سد ذريعة الفتنة، على أن نظر أحد الجنسين إلى الآخر (يباح شرعاً إذا قامت ضرورة معالجة أو تحمّل شهادة أو أدائها، أو إرادة

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (جـ٢، ص ١٩١)، ط. الحلبي.
(٢) مواهب الجليل للحطاب (جـ٣ ص ٤٠٤)، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (جـ٢ ص ١٩١).
(٣) المصدر السابق (جـ٢ ص ١٩١).
(٤) نهاية المحتاج (جـ٦ ص ١٨٦).

الخطبة والنكاح، فحينئذ يستثنى تعمد النظر من حكم الحرمة العام"[١]. هـذا كلامه ينص فيه على القول بالإباحة. ومن هنا لوحظ التناقض في الحكم على الشيء الواحد؟!

خامساً: أما قـول الـدكتور بلتـاجي فيمـا سـبق[٢]: «وأرى أن ذلـك ـ أى القول بكراهة النظر ـ من الأمور الخارجة على شرع الله»: فإنها جملة لا محل لها .. وكان يكفي أن يقال: إنه قول مخالف للأمر باستحباب النظر الوارد في الحديث، فأين هذا الأسلوب الخطابى من عرض مسألة فقهيـة لهـا مـوازين وضوابط؟ !

سادساً : أن القول بالندب: هو الذي تدل عليه القـرائن الـتي صـرفت الأمر عن الوجوب إلى الندب: فالأحاديث ورد فيها:" ... فلا جناح عليه أن ينظر ... " وفي رواية :" ... فقدر على أن يرى ... " وفي رواية " ... فـلا بـأس أن ينظـر إليها" فهذه القرائن "فلا جناح، فقدر على، فلا بأس" صرفت الأمر عن الوجـوب إلى الندب في حديث المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال له النبي ﷺ "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما" [٣] وكذلك الأمر الوارد في حديث أبي هريرة ﷺ قال: خطب رجل امرأة فقال له النبي ﷺ : "انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً"[٤]

سابعاً : أن القول بالندب فيه القدر الكافى لتحقيق الغرض من النظر.

---

(١) انظر: في أحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي (جـ١ ص ١٦٣).
(٢) في نص الفقرة التي عرضنا فيها رأيه في المسألة سابقاً.
(٣) نيل الأوطار (جـ٦ ص ١١٧).
(٤) نيل الأوطار (جـ٦ ص ١١٧)، وسبق تخريج الحديث.

وهو الوقوف على رغبة المتعاقدين من حيث القبول أو الرفض، فيندب النظر لتقوية وتدعيم بناء عقد الزواج، وفي ذلك مصلحة لكل من الخاطب والمخطوبة على السواء.

ثامناً : ومما يؤكد أن النظر إلى المخطوبة مندوب. ولا يرتقي حكمه إلى مرتبة الوجوب: وأن القول بالندب فيه القدر الكافي لتحقيق المطلوب: أن النظر كان ممنوعاً، ثم ورود النص بمشروعيته، وإباحته إنما هي لضرورة إرادة النكاح، والقاعدة "أن الضرورة تقدر بقدرها" ولذلك حدد الفقهاء المواضع التي ينظر إليها، وقرروا شروطاً للرؤية والنظر وقالوا: بالوقوف بالأمر عند قدر الحاجة، يقول صاحب نهاية المحتاج: ((لو اكتفى بنظرة حرم ما زاد عليها، لأنه نظر أبيح لضرورة فليتقيد بها))[١]، ويقول ابن قدامة : ((وفي إباحة النظر إلى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك إذ لو كان مباحاً على وجه الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه))[٢]، ويقول ابن حزم : ((وقد خص النص نظر من أراد الزواج))[٣]. والخلاصة أن هذه المسألة مستثناة من قاعدة : ((ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب)).

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ١٨٦)، وسبق تخريج الحديث.
(٢) المغني لابن قدامة (٧/ ٤٦٠).
(٣) المحلى لابن حزم (١٠/ ٣١).

المبحث الثالث
في الأصل والاستثناء
لمسألة ذكر عيوب أحد الخاطبين
ويقع في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول
الأصل عموم تحريم اغتياب المسلم والمسلمة

معنى الغِيبة : كل غِيبة حرام ـ وهي ذكرك أخاك بما يكره ـ وإن كان فيه ذلك، وإن لم يكن فقد بهتّه، وهو معنى حديث، عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا الله ورسوله أعلم، قال: ذكرك أخاك بما يكره، قيل: أفرأيت إن كان في أخي ما أقول؟ قال: إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن قلت ما ليس فيه فقد بهته». [1] فقد تقرر أن الغيبة حرام ، لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ (الحجرات: ١٢)

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة، [باب: تحريم الغيبة (٤/ ٢٠٠١) برقم (٢٥٨٩)].

المطلب الثانى
ما استثنى من أصل تحريم الغيبة

ويستثنى من هذا الأصل مسائل:

منها: أن يظلم شخص شخصاً آخر فيذكرها للحاكم، لم يحرم.

ومنها: الاستفتاء على تغيير المنكر مثل أن يقول : زيد عمل كذا وكذا فما الطريق في تغييره ورجوعه عنه.

ومنها: الاستفتاء على من ظلمه فيقول: فلان ظلمني في كذا فما الطريق في الخلاص منه.

ومنها: تحذير المسلمين من شخص ونصيحتهم، فجائز، وقيل يجب للحاجة. ومنها إذا كان شخص يتجاهر بفسقه أو بدعته فيذكر عنه ما يجاهر به[1].

---

(١) انظر: الاعتناء في الفرق والاستثناء، للبكرى (٢/ ٨٢٨).

المطلب الثالث
فى حكم ذكر عيوب أحد الخاطبين عند الإستشارة فى شأنهما

جرى العرف عندما يتقدم إنسان لخطبة امرأة، فإن أهلها يطلبون بعض الوقت للمشورة قبل إقدامهم على الموافقة على الخطوبة، وذلك لخطورة عقد النكاح والآثار المترتبة عليه. وفي هذه المرحلة يحاول كل طرف أن يستشير من هم أهل لذلك من أصحاب الخبرة، والمعرفة بالرجال والنساء والعائلات وكل ما يتعلق بالطرف الآخر حتى لا تنكشف فيما بعد أمور تتعلق بأحد الطرفين ربما تكون سبباً في انهيار الأسرة.

وبناء على ذلك فمن استشير في خاطب أو مخطوبة وكان يعرف بعض مساوئ من استشير فيه، فهل يذكر هذه المساوئ، وهل يأثم إذا لم يذكرها ؟

والجواب عن ذلك نقول: إنه يجوز ذكر عيوب من استشير فيه، وهذه من الحالات المستثناة من عموم تحريم الغيبة، بشرط أن يحذر المستشار الاستطراد بذكر ما لا حاجة إليه وإلا دخل في باب الغيبة المحرمة شرعاً.

فقد ذهب فقهاء المالكية إلى جواز ذكر العيوب التي تمس الحاجة إلى معرفتها من قبل الطرف الآخر إلا أن صاحب بلغة السالك قيد حالة الجواز بما إذا كان هناك من يعرف حال المسئول عنه غير ذلك المستشار وإلا وجب عليه البيان، لأنه من باب النصيحة لأخيه المسلم، وهذه طريقة الجزولي، وهناك طريقة أخرى توجب عليه ذكر المساوئ مطلقاً سواءً أكان هناك من يعرف تلك المساوئ غيره أم لا[1].

---

(١) الشرح الصغير للدردير وبلغة السالك عليه (١/ ٣٧٩، ٣٨٠)، والخرشي على مختصر خليل (٣/ ١٧١).

ونقل العدوي عن القرطبي: أنه إذا استشاره يجب عليه وإلا فيندب[١].

أما الشافعية فعندهم تردد في الحكم بين الوجوب والجواز، فنقل عن الروضة وأصلها الجواز، بينما صرح النووي في شرح مسلم والأذكار والرياض بالوجوب، وقال صاحب مغني المحتاج مشيراً إلى الحكم بالوجوب: وهذا هو المعتمد، ثم عقب على ذلك بقوله: ولا ينافي ذلك التعبير بالجواز، لأنه لا ينافي الوجوب[٢] وإنما وجب ذكر العيوب لتحذير المستشير بذلاً للنصيحة المأمور بها شرعاً، لا بقصد الإيذاء وإضاعة الفرصة على أحد الطرفين[٣].

ولم يتعرض الحنابلة للحكم وإنما اقتصر صاحب الكشاف على ذكر أن من استشير في خاطب أو مخطوبة أو أمر نفسه فعليه ذكر ما فيه من المساوئ مع ذكر الدليل على ذلك[٤].

إذا لم يستشر وعلم عيباً بأحد الخاطبين فهل يذكره للطرف الآخر ؟

لقد تعرض لهذا الحكم ابن الصلاح والقرطبي، حيث نقل صاحب مغني المحتاج عن ابن الصلاح الوجوب، قال الشربيني، وهو قياس المذكور في البيع، قال الأذرعي: وما يتوهم من الفرق بين البابين خيال، بل النصيحة هنا آكد وأحب[٥].

---

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي (٣/ ١٧١).
(٢) مغني المحتاج (٣/ ١٣٧).
(٣) مغني المحتاج (٣/ ١٣٧).
(٤) كشاف القناع (٥/ ١١).
(٥) مغني المحتاج (٣/ ١٣٧).

وقد سبقت الإشارة إلى ما نقل عن القرطبي : من أن ذكر مساوئ أحد الطرفين للطرف الآخر من غير سؤال عنه، مندوب.

والأقرب : ما قاله العلامة القرطبي، لأنه حينئذ من باب النصيحة العامة، والنصيحة العامة إذا لم تتعين تصير مندوبة. والله أعلم.

والأصل الخاص المعول عليه في هذا الباب : هو حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها ، فعن أبي بكر بن أبي جهم بن صخر العدوي قال: سمعت فاطمة بنت قيس تقول: قال لي رسول الله ﷺ إذا حللت فآذنيني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم بن صخر وأسامة بن زيد، فقال رسول الله ﷺ أما معاوية فرجل ترب لا مال له، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء، ولكن أسامة، فقالت بيدها هكذا أسامة أسامة، فقال لها رسول الله ﷺ: طاعة الله وطاعة رسوله خير لك فتزوجته فاغطبت به[١].

فصار ذلك أصلاً يرجع إليه في هذا الباب بالإضافة إلى الأدلة العامة، ومنها حديث النصيحة العامة ولفظه "الدين النصيحة ثلاثاً، قالوا: لمن يا رسول الله؟ قال: لله وكتابه ورسوله وأئمة المسلمين وعامتهم"[٢]. وكذلك حديث"المستشار مؤتمن"[٣].

---

(١) سنن الترمذى، الحديث (١١٣٧)، (٢/ ٣٧١)، وسنن ابن ماجه ، الحديث (١٨٦٩)، (١/ ٥٨٦-٥٨٧) باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه .

(٢) أخرجه مسلم فى كتاب الإيمان، الحديث (١٩٣) باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون(١/ ٥٨٣) طبعة دار الغد العربى - القاهرة.

(٣) أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب ، الحديث (٥١٢٨) ، (٤/ ٣٣٥)، وابن ماجة فى سننه ، كتاب الأدب، الحديث (٣٧٤٥) و (٣٧٤٦)، (٢/ ٤١٥).

ويتلخص فقه هذه المسألة: فى ذلك الفرع الفقهى المندرج تحت قاعدة «ما أبيح للضرورة بقدرها»، فقد ذكر الإمام السيوطى ضمن فروع هذه القاعدة قوله: «من استشير فى خاطب، واكتفى بالتعريض كقوله: لا يصلح لك. لم يعدل إلى التصريح»[1]. والمحظور هنا: الغِيبَةُ فى حق مسلم. والضرورة: معرفة الحق وإلا هلكت ابنته بزواجها لعاصٍ مثلاً كشارب الخمر. والضرورة تبيح المحظور، ولكن لابد أن يكون ما أباحته الضرورة يقدر بقدرها، وما دام المستشير يفهم بالإيماء لم يجب فى تلك الحالة أن يعدل المستشار إلى تصريح، وإلا أزلنا ضرراً بضرر. والمستشار يستعمل إما:

١-الإشارة إيماءً. ٢-التلفظ بالإيماء.

٣-التصريح بالقدر الذى يفهم .

٤-وإلا فالتصريح علناً. فلابد أن يتدرج ليصدق أن الضرر لا يزال بضرر.

---

(١) الأشاه والنظائر: للسيوطى (١/ ١٧٠، ١٧١)، طبعة دار الكتب العلمية- بيروت (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).

المبحث الرابع
الأصل والاستثناء
لمسألة الخطبة على خطبة الفاسق

وفيه ثلاثة مطالب :

المطب الأول : رأى جمهور الفقهاء ودليله

خِطبة المسلم على خِطبة مسلم آخر حرام بالإجماع[1] ويستثنى من ذلك :

---

(١) حكى الإمام النووي الإجماع على تحريم الخطبة على الخطبة إذا كان قد صرح للخاطب الأول بالإجابة ولم يأذن الخاطب لغيره، ولم يترك الخطبة صراحة أو حكماً بأن غاب مدة طويلة تشعر بإعراضه عنها مع ضرورة أن يكون الثاني عالماً بالركون إلى الأول. (انظر: شرح النووي ٩/ ١٩٧، مغني المحتاج ٣/ ١٣٦، حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣٤).

هذه الشروط محل اتفاق بين الحنفية والمالكية والشافعية. (انظر: شرح الخرشي ٣/ ١٦٨، ومغني المحتاج ٣/ ١٣٦، وكشاف القناع ٥/ ١٨، ١٩، وشرح معاني الآثار ٣/ ٣-٤). والدلالة على هذه الشروط مأخوذة من الأحاديث الصحيحة الواردة في ذلك، والتي منها:

أولاً : ما أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له". (انظر: صحيح مسلم مع شرح النووي ٩/ ١٩٧).

*كما أخرج أيضاً عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر". (انظر: صحيح مسلم مع شرح النووي ٩/ ١٩٩).

*وقد أخرج البخاري حديثاً جمع فيه بين شرطين وهما الإذن للغير والترك للخطبة : "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب". (انظر: صحيح الإمام البخاري مع فتح الباري ١١/ ١٠٤). =

ما إذا كان الخاطب الأول فاسقاً والمخطوبة عفيفة، فإنه يجوز الخطبة على خطبته، وهذا ما ذهب إليه المالكية لكن اشترطوا لهذا الجواز أن يكون الخاطب الجديد صالحاً أو مستور الحال على الأقل.

ووجهتهم: أن تحريم الخطبة على الخطبة إنما كان لأجل حرمة المسلم، أما الفاسق فلا حرمة له، بل في نكاحها من غيره تخليص لها من فسقه، وظاهره سواء كان فاسقاً بجارحة أو عقيدة، فإن كان الثاني فاسقاً مثله حرم أيضاً. وظاهره قدر صداق أم لا، إذ العبرة بالركون والرضا بالخاطب.

وقال بعض المالكية: الركون ليس كافٍ في الحرمة بل لابد في اعتبار الركون من تقدير الصداق أيضاً[1].

= هذا: وإذا كانت الإجابة ممن يملك الرد لكن سواء كان من المرأة أو من وليها بالإيجاب لكن تعريضاً مثل ليس لنا رغبة عنك، أو ما في الناس أحسن منك، أو أنت كل فتاة تتمناك.

فعند الحنابلة: تحرم خطبة الثاني مثل الإجابة الصريحة، وهذا هو الظاهر من مذهب المالكية. (انظر: كشاف القناع (٥/ ١٩)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٦٤)، الخرشي (٣/ ١٦٨)، مغني المحتاج(٣/ ١٣٦).

أما الأصح من قولي الشافعية فلا يحرم إذا كانت الإجابة تعريضاً. (انظر: مغني المحتاج ٣/ ١٣٦).

وظاهر النصوص تشهد لمذهبي الحنابلة والمالكية إذ وردت عامة لم يُفرق فيها بين ما إذا كانت الإجابة صريحة أو تعريضاً، ما دام يفهم منها الركون للخاطب.

*أما إذا سكتت المخطوبة فلم تجب بعد الخطبة فالشافعية على الراجح والمالكية والحنابلة على جواز التقدم إليها من كل خاطب وعند الحنفية: قولان إذ صاحب الدر نقل مذهب الشافعية ولم يعلق عليه ودون أن يشير إلى أنه مذهب الشافعية. (انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٣٤).

(١) الشرح الصغير للدردير (١/ ٣٧٧)، والزرقاني على مختصر خليل (٣/ ١٦٤).

وقال النووي: تصحيح الذي تقتضيه الأحاديث وعمومها أنه لا فرق بين الخاطب الفاسق وغيره[١] وقد اعترض على المالكية بأنهم يحرمون خطبة المسلم على خطبة ذمي لذمية، بينما يجوزون خطبة المسلم الصالح أو مستور الحال على خطبة الفاسق إذا خطب عفيفة.

والجواب : أن الذمي له دين يُقَر عليه، والفاسق لا يقر على فسقه فكان بهذا المعنى أسوأ حالاً منه.

المطلب الثانى : موقف ابن حزم من حكم الخطبة على الخطبة

قال الإمام ابن حزم مخالفاً غيره من أهل العلم جميعاً في تعميم الحرمة حصل ركون أم لا : "ولا يحل لمسلم أن يخطب على خطبة مسلم سواء ركنا وتقاربا أم لم يكن شيء من ذلك إلا أن يكون أفضل لها فى دينه وحسن محبته فله حينئذ أن يخطب على خطبة غيره ممن هو دونه فى الدين والنصيحة، أو إلا أن يأذن له الخاطب الأول فى أن يخطبها فيجوز له أن يخطبها حينئذ، أو إلا أن يدع الخاطب الأول الخطبة فيكون لغيره أن يخطبها حينئذ، أو إلا أن ترده المخطوبة فلغيره أن يخطبها حينئذ وإلا فلا"[٢].

مساحة الخلاف بين ابن حزم والجمهور:

بالرغم من إطلاق الحرمة فى كلام ابن حزم رحمه الله إلا أن الاستثناءات الثلاثة التى أوردها بعد ذلك ضيقت دائرة الخلاف فانحصرت فى حالة واحدة وهى ما إذا تقدم الخاطب ولم يرد عليه بالإيجاب أو السلب. ولابد أن يقيد ذلك بعدم طول هذه المدة وهى ما تعرف بمدة المشورة أو

(١) شرح النووي على مسلم (٩/ ١٩٨).
(٢) المحلى (١١/ ٢٢٥).

دراسة أحوال الشخص المتقدم، لأنها إن طالت جداً بحيث يفهم منها الإعراض، فتعتبر كأنها ردته حكماً.

لقد عالج هذه الحالة أو هذه المرحلة ابن حزم رحمه الله حيث طبق عليها حديث النهى وبذلك وجد مخرجاً للتعارض الظاهرى بين أحاديث النهى السابقة وبين حديث فاطمة بنت قيس، لكنى سأورده هنا بتخريج ابن حزم له بسنده "أن رسول الله - ﷺ-قال لها: فإذا حللت فآذنينى، قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطبانى، فقال لها رسول الله ﷺ: أن أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، أنكحى أسامة ابن زيد، قالت فكرهته، ثم قال انكحى أسامة فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت".

ثم علق عليه رحمه الله بالآتى:

((قال أبو محمد - يعنى ابن حزم نفسه- فهذا رسول الله -ﷺ- أشار عليها بالذى هو أجمل صحبة لها من أبى جهم الكثير الضرب للنساء وأسامة أفضل من معاوية.

فإن قيل وما يدريك أن هذا الخبر كان قبل خبر النهى من أن يخطب أحد على خطبة أخيه؟ قلنا: قد صح عن رسول الله - ﷺ- : ((الدين النصيحة الدين النصيحة الدين النصيحة)) وهذا حكم باق إلى يوم القيامة.

ومن أنصح النصائح أن يكون مريد يريد خطبة امرأة قد خطبها من هو أحسن صحبة وأفضل دنيا من الذى خطبها قبله فيخطبها هو.

وأما إن ترك خطبتها من أجل الخاطب قبله فقط فما نصح المسلمة ولقد غشها وهذا لا يجوز.

وقد علمنا أن معاوية فتى من بنى عبد مناف فى غاية الجمال والحلم، وأسامة - مولى كلبى أسود كالقار- فبالضرورة ندرى أنه لا فضل له عليه إلا بالدين الذى هو نهاية الفضل عند الله تعالى ورسوله ﷺ فى غاية النصيحة لجميع المسلمين بلا شك.

وأما من قال إن ذلك إذا ركنا وتقارباً فدعوى فاسدة باطلة لأنه لم يعضدها قرآن ولا سنة ولا إجماع ولا قول صاحب ولا نظر صحيح إنما رأى ساقط فقط))[1].

(١) المحلى (جـ١١/ ٢٢٦، ٢٢٧).

المطلب الثالث

فى الطريق إلى دفع التعارض بين الأحاديث الواردة فى المسألة

أقول - بعد أن أوردت كلام ابن حزم رحمه الله بطوله- أنه رحمه الله تعالى عالج هذه القضية وهى كيفية دفع التعارض بين حديث فاطمة بنت قيس وأحاديث النهى السابقة بالتفاضل فى الدين فقط، وهذا واضح من سبق أسامة فى الإسلام بل نقول إنه ولد فى الإسلام بخلاف معاوية ومن معه اللذين أسلما قبل الفتح بقليل كما فى حالة معاوية أو قبله بكثير كما فى حالة أبى جهم فأين هما من أسامة فى ذلك، فهو أقدم إسلاماً وأطول صحبة.

لكنه مع ذلك أعطى حكم النهى لتلك المرحلة وهى مرحلة التردد والمشورة والتى تقع بين الخطبة وبين الرد على الخاطب إيجابا أو سلباً، وهى التى يتوقع أن يكون كل من أبى جهم ومعاوية تقدما فيها لخطبة فاطمة بنت قيس إذ يفهم من روايات هذه القصة أن تلك المدة كانت قصيرة نسبياً إذ كانت مأمورة بإعلامه - ﷺ - بانقضاء عدتها، وحين انقضت أعلمته بانقضائها وبمن خطبها.

بينما أعطاها الفقهاء حكم الجواز، مادامت المرأة لم تجب الخاطب الأول ولم يفهم منها ركون إليه -وهو ما يتوافق مع ظاهر حديث فاطمة بنت قيس، إذ العقل يستبعد أن يتقدم الاثنان فى لحظة واحدة، وافتراض عدم علم الثانى بالأول بعيد، لأن اللقاء بها والعرض عليها من خلال أسرة ابن أم مكتوم، ومع ذلك أعطاها ابن حزم حكم النهى إذا تقدم خطيب واحد حيث منع تقدم غيره لا إذا وجد أحد الاستثناءات الثلاثة.

وأرى أن فهم جمهور الفقهاء أقرب لظاهر حديث فاطمة حيث أتاحوا الفرصة لكل خاطب أن يتقدم مادامت المخطوبة لم تجب أو تركن إلى الخاطب الأول، كما أنه ينسجم مع سماحة الشريعة وسعتها إذ أعطى المخطوبة فرصة اختيار أفضل الخطاب المتقدمين عليها.

وقد نقل الإمام الترمذى هنا نصين عن الإمامين مالك والشافعى لتوضيح موقف كل منهما من هذه القضية.

النص الأول: قال مالك بن أنس رحمه الله: ((إنما معنى كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، إذا خطب الرجل المرأة فرضيت به فليس لأحد أن يخطب على خطبته)) ومفهوم هذا الكلام: أنه إذا لم يحصل الرضا بالخاطب من المرأة جاز للغير أن يتقدم للخطبة.

وقال الشافعى رحمه الله تعالى: "معنى هذا الحديث :لا يخطب الرجل على خطبة أخيه: هذا عندنا، إذا خطب الرجل المرأة فرضيت به وركنت إليه، فليس لأحد أن يخطب على خطبته، فأما قبل أن يعلم رضاها أو ركونها إليه، فلا بأس أن يخطبها، والحجة على ذلك، حديث فاطمة بنت قيس ... فمعنى هذا الحديث عندنا -والله أعلم- أن فاطمة تخبره برضاها بواحد منهما فلو أخبرته لم يشر عليها بغير الذى ذكرت"[(١)].

هذا ما يؤخذ أيضاً من القصة التالية: فقد روى أن جرير بن عبد الله البجلى سأل عمر بن الخطاب -ﷺ- أن يخطب عليه امرأة من دوس، ثم سأله مروان بن الحكم بعد ذلك، أن يخطبها عليه، ثم سأله بعد ذلك ابنه عبد الله أن يخطبها عليه، فدخل على أهلها والمرأة جالسة فى قبتها عليها سترها، فسلم عمر

(١) جامع صحيح الترمذى (٤/ ٢٨٤، ٢٨٥).

ﷺ فردوا السلام. وهشوا له وأجلسوه، فحمد الله تعالى وأثنى عليه وصلى على نبيه -ﷺ- ثم قال: إن جرير بن عبد الله البجلى يخطب فلانة وهو سيد أهل المشرق، ومروان بن الحكم يخطبها وهو سيد شباب قريش، وعبد الله بن عمر يخطبها، وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب يخطبها، فكشفت المرأة عن سترها، وقالت: أجاد أمير المؤمنين؟ قال: نعم، قالت:زُوجت يا أمير المؤمنين زوجوه، فزوجوه إياها فولدت له ولدين[1].

المحظور الذى يترتب على كلام ابن حزم رحمه الله:

حيث جعل رحمه الله الفضل فى الدين وحسن الصحبة سبيلاً للخروج من النهى فإنه سيترتب عليه جواز خطبة أهل العلم والصلاح والتقوى على خطبة من دونهم فى ذلك من المسلمين سواء أكان هناك ركون إليهم قبل ذلك أم لا، وهذا يتصادم مع نص أحاديث النهى من خطبة المسلم على المسلم باتفاق الفقهاء، مادام المخطوب عليه ليس فاسقاً.

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (١/ ٤٨٢).

الخاتمة

نخلص من هذا البحث - بحمد الله تعالى - إلى أنه قد يقتضى سياق الكلام أن يعمم المتكلم حكماً ما،، ثم يظهر له أن هذا التعميم لم يكن فى موضعه، لأنه وجد من عمم عليهم هذا الحكم من خرج عنه، وهنا يقع فى حيرة لا ينقذه منها إلا ما اصطلح عليه أهل العربية بالاستثناء.

وبالنسبة للفقيه فإنه إذا أراد تخريج حكم مسألة على قاعدتها عرض لذهنه احتمال أن تكون هذه المسألة من المسائل المستثناة من القاعدة.

ونظراً لأهمية الاستثناء من القاعدة الفقهية التى أدركها العلماء فقد نبّه عليه بعض العلماء فى ثنايا كلامهم عن القواعد، كما فعل السبكى والزركشى والقرافى والسيوطى وابن نجيم، وغيرهم.

ومن العلماء من اعتنى بالتنبيه على الاستثناء اعتناءً خاصاً، كالإمام البكرى المتوفى بعد سنة ٨٠٦هـ في كتابه (الاعتناء في الفرق والاستثناء).

وقد خصص الإمام عز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام فصلاً تحت عنوان فصل "فيما يستثنى من تحصيل المصالح ودرء المفاسد لما عارضه أو رجح عليه" وذكر أن هذا يجرى فى العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات.

على أنه قد ورد فى أدلة التشريع أمثلة كثيرة للاستثناء، حيث يتضمن النص فى كل صورة حكمين، أحدهما: للحالة العادية، وثانيهما: لظرف طارئ يقتضى التخفيف من الحكم الأول لما يترتب على تطبيقه من حرج ومشقة.

هذا : وبالله التوفيق، ومنه العون والسداد

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

قائمة المراجع

١. أحكام الأسرة: **للدكتور محمد بلتاجى، الناشر: مكتبة الشباب- القاهرة، سنة (١٩٨٧م).**

٢. أسنى المطالب شرح روض الطالب: **زكريا بن محمد بن زكريا الأنصارى، دار الكتاب الإسلامى، (بدون تاريخ)**

٣. أضواء على نظام الأسرة : **د. سعاد إبراهيم صالح ط. دار الضياء – القاهرة، (١٩٨٩م).**

٤. إعلام الموقعين: **للإمام ابن قيم الجوزية، محمد بن أبى بكر بن أيوب الدمشقى، أبو عبد الله، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل ـ بيروت (١٩٧٣م).**

٥. أنيس الفقهاء: **للقونوى، قاسم بن عبدالله بن أمير على (المتوفى ٩٧٨هـ)، دار الوفاء ـ جدة، (ط١)، (١٤٠٦هـ).**

٦. الأشباه والنظائر: **العلاّمة زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفى، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، (ط١)، (١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م).**

٧. الأشباه والنظائر: **تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى السبكى الشافعى (المتوفى٧٧١هـ) تحقيق : عادل أحمد عبدالموجود، وعلى محمد معوض.، دار الكتب العلمية ـ بيروت، (ط١)، (١٤١١هـ ـ ١٩٩١م).**

٨. الأشباه والنظائر: **للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى (المتوفى ٩١١هـ)، (ط١)، دار الكتب العلمية- بيروت)، (١٤٢٢هـ –**

٢٠٠١م).

٩. الأعـــــلام: خير الدين الزركلى، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة، (١٩٨٠م).

١٠. الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعى (ت٢٠٤هـ). طبعة دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ وطبعة دار الغد العربى ، (ط١)، (١٩٩١م).

١١. الإنصاف : على بن سليمان بن أحمد المرداوى، أبو الحسن (ت ٨٨٥هـ) تحقيق: محمد حامد الفقى، دار إحياء التراث العربى، بيروت (بدون تاريخ)

١٢. الاختيار شرح المختار: لأبى الفضل عبدالله بن محمد محمود الموصلى الحنفى (المتوفى٦٨٣هـ)، طبع على نفقه الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).

١٣. الاعتناء فى الفرق والاستثناء: محمد بن أبى بكر سليمان البكرى المصرى، (ط١)، (١٤١١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٤. البداية والنهاية: للإمام الحافظ ابن كثير الدمشقى، تحقيق: أحمد أبو ملحم وجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت (ط٥) (١٤٠٩هـ - ١٩٩٨م)، وطبعة مكتبة المعارف- بيروت (ط٦)، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م).

١٥. التعريفات : للجرجانى الحنفى، مكتبة لبنان - بيروت، طبعة (١٩٨٥م).

١٦. الجامع لأحكام القرآن: للإمام أبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (ت ٦٧١ / وقيل ٦٦٨هـ)، طبعة دار الفكر - بيروت

(١٤١٤هـ -١٩٩٣م).

١٧. الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة: **للحافظ ابن حجر العسقلانى (ت٨٥٢هـ)، حيدر آباد الدكن دائرة المعارف العثمانية ١٩٤٨م.**

١٨. الروض المُرْبع: **منصور بن يوسف بن إدريس البهوتى، مكتبة الرياض الحديثة- الرياض)، (١٣٩٠هـ).**

١٩. الروضة الندية شرح الدرر البهية: **محمد صديق حسن خان القنوجى البخارى، تقديم وتعليق: محمد صبحى حسن حلاق، مكتبة الكوثر - الرياض، (ط٥)، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).**

٢٠. السنن الكبرى: **للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى (ت٤٥٨هـ)، طبعة دار الفكر - بيروت (بدون تاريخ)، وطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ـ بحيدر آباد الدكن ـ الهند ـ ط١، سنة ١٣٥٢هـ.**

٢١. الصحاح للجوهرى - تاج اللغة وصحاح العربية- **تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهرى (المتوفى٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا ، دار العلم للملايين - بيروت، (ط٢)، (١٣٣٩هـ - ١٩٧٩م)، وطبعة قديمة جمعها أبو الوفا الهورينى.**

٢٢. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: **للحافظ محمد بن عبد الرحمن السخاوى، (المتوفى ٩٠٤هـ) مكتبة الحياة- بيروت، (بدون تاريخ).**

٢٣. العقل الفقهى.. معالم وضوابط: **د. أبو أمامة نوّار بن الشيلى، دار السلام، القاهرة، (ط١)، (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).**

٢٤. الفـــروق: **(أنوار البروق فى أنواء الفروق) للإمام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى، المشهور بالقرافى**

(المتوفى ٦٨٤ هـ). تحقيق: د. محمد سراج، والدكتور / على جمعة محمد، دار السلام، القاهرة (ط١)، (سنة ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م).

٢٥. الفقه الإسلامى أساس التشريع: وفيه بحث بعنوان: الاستحسان فى الفقه الإسلامى وعلاقته بالاستثناء فى التشريع: الشيخ محمد مصطفى شلبى، مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة.

٢٦. الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى: للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكى (ت١١٢٥هـ)، طبعة دار الفكر – بيروت ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٧. القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، (ت ٨١٧ هـ)، دار الفكر، بيروت، سنة (١٤١٥هـ-١٩٩٥م).

٢٨. القبس شرح موطأ مالك بن أنس :لأبى بكر بن العربى المعافرى ، دار الغرب الإسلامى ، تحقيق :د.محمد عبد الله ولد كريم ، دار الغرب الإسلامى _ بيروت، (ط١)،(١٩٩٢م).

٢٩. القواعد الفقهية: د. على أحمد الندوى، دار القلم، دمشق، (ط٥)، (١٤٢٠هـ -٢٠٠٠م).

٣٠. القواعد: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقى الدين الحصنى (المتوفى ٨٢٩هـ) تحقيق: د. عبد الرحمن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد ـ الرياض ـ السعودية ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٣١. القواعد: للمقرى، أبو عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المتوفى (٧٥٨هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبداله بن حميد، جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث الإسلامى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية.

٣٢. المبسوط: **شمس الدين محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى، طبعة دار المعرفة – بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م.**

٣٣. المجموع شرح المهذب: **أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى (المتوفى ٦٧٦هـ)، دار الفكر ـ بيروت، سنة ١٩٩٧م، وطبعة، مكتبة الإرشاد ـ بجدة (بدون تاريخ)**

٣٤. المحصول: **للقاضى أبى بكر بن العربى المعافرى المالكى (المتوفى ٥٤٣هـ)، تحقيق: حسين على البدرى و سعيد فودة،، دار البيارق، الأردن، ط١، سنة١٤٢٠هـ،١٩٩٩م.**

٣٥. المحلى [الفقه الظاهرى]: **لأبى محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى (ت ٤٥٦هـ) تحقيق : أحمد محمد شاكر، مطبعة المنيرية ـ القاهرة، سنة ١٣٥٠م.**

٣٦. المستدرك على الصحيحين: **للإمام أبى عبد الله محمد عبد الله، المعروف بالحاكم، النيسابورى (ت٤٠٥هـ)، طبعة دار الكتاب العربى – بيروت ، (بدون تاريخ).**

٣٧. المعجم الكبير: أبو **القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبرانى (المتوفى ٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدى السلفى، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، العراق،(ط٢)، (١٤٠٤هـ ١٩٨٣م).**

٣٨. المعجم الوسيط: **(لمجموعة من الأساتذة)، دار الأمواج، بيروت، (ط٢)، (١٤١٠هـ – ١٩٩٠م).**

٣٩. المغنى: **للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى (أبو محمد) (المتوفى٦٢٠هـ)، دار الفكر، بيروت، (ط١)، (١٤٠٥هـ) وطبعة**

دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى (١٩٩٢م).

٤٠. المنتقى شرح الموطأ: **لأبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجى (ت٤٩٤هـ)، طبعة دار الكتاب الإسلامى – القاهرة – الطبعة الثانية (بدون تاريخ)**

٤١. المنثور فى القواعد: **محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى الشافعى (المتوفى ٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، طبعة وزارة الأوقاف ـ الكويت، (ط١)، (١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م).**

٤٢. المنخول فى تعليقات الأصول :**لأبى حامدالغزالى، تحقيق: د.محمد حسن هيتو، دار الفكر- دمشق ، (ط٢)، (١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م).**

٤٣. الموافقات فى أصول الشريعة: **لأبى إسحاق الشاطبى إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى الشاطبى (المتوفى ٧٩٠هـ)، اعتنى بهذه الطبعة الشيخ إبراهيم رمضان، بمقابلة طبعة الشيخ عبد الله درّاز، دار المعرفة ـ بيروت ، ط٣، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.**

٤٤. المواهب السنية شرح بهامش الأشباه والنظائر: **للسيوطى، عبد الله بن سليمان اليمنى الجوهرى (المتوفى ١٢٠١هـ) بعناية وتقديم رمزى سعد الدين دمشقية، طبعة دار البشائر الإسلامية، (بدون تاريخ)**

٤٥. بدائع الصنائع: **لأبى بكر بن مسعود الكاسانى (ت٥٨٧هـ)، طبعة دار الفكر – بيروت ن الطبعة الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.**

٤٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: **محمد بن أحمد بن محمد أحمد ابن رشد، الشهير (بالحفيد) ت ٥٩٥هـ، الناشر مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.**

٤٧. بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز: **مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، تحقيق: عبدالعليم الطحاوى، طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية- القاهرة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).**

٤٨. بلغة السالك لأقرب المسالك: **على الشرح الصغير للدردير ، للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى (ت١٢٤١هـ)، طبعه عيسى الحلبى (بدون تاريخ)، وطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ط١)، (١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).**

٤٩. تأسيس النظر: **للدبوسى ومعه رسالة الإمام الكرخى فى الأصول، الناشر: زكريا على يوسف، مطبعة الإمام – القاهرة.**

٥٠. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: **فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، دار الكتاب الإسلامى، القاهرة، (سنة ١٣١٣هـ).**

٥١. تكملة المجموع شرح المهذب: **محمد نجيب المطيعى، الناشر: مكتبة الإرشاد – جدة، المملكة العربية السعودية.**

٥٢. تهذيب الفروق : **الشيخ / محمد على حسين المالكى، مطبوع بهامش الفروق للإمام القرافى، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط١، ١٣٤٤هـ.**

٥٣. جامع الأمهات: **جمال الدين بن عمر المالكى، ابن الحاجب تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضرى، اليمامة، دمشق، ط١، سنة ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.**

٥٤. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار): **محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقى، دار الفكر ـ بيروت، لبنان، سنة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.**

٥٥. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار): **محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقى دار الفكر ـ بيروت، لبنان، (سنة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م).**

٥٦. حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير: **للشيخ محمد عرفة وبهامشه تقريرات الشيخ محمد عليش، طبعة : عيسى الحلبى – القاهرة (بدون تاريخ)**

٥٧. حاشية العدوى على شرح الخرشى لمختصر خليل: **الشيخ على بن أحمد العدوى، الصعيدى، طبعة دار الفكر-(بدون تاريخ)**

٥٨. حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح المحلى لمنهاج الطالبين: **أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبى (المتوفى ١٠٦٦هـ)، وأحمد البرلسى (الملقب بعميرة) (المتوفى ٩٥٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، سنة ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.**

٥٩. خطبة النساء فى الفقه الإسلامى: **د. سعد محمد حسن ، ط . دار الهلال – أسيوط (١٩٩٢م).**

٦٠. سنن أبى داود : **للإمام الحافظ أبى داود سليمان السجستانى الأزدى (ت٢٧٥هـ)**

الناشر دار الريان للتراث – القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

٦١. سنن الدار قطنى: **للإمام الحافظ على بن عمر الدار قطنى (٣٨٥هـ) علق عليه وخرج أحاديثه: مجدى بن منصور سيد الشورى.، طبعة : دار**

الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ –١٩٩٦م).

٦٢. شذرات الذهب: **لابن العماد عبد الحى بن أحمد بن محمد العكرى الحنبلى (المتوفى ١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط١، سنة ١٤٠٦هـ.**

٦٣. شرح التلويح على التوضيح: **للتفتازانى، ضبط زكريا عميرات، دار الكتب العلمية – بيروت، (ط١)، (١٤١٦هـ – ١٩٩٦م).**

٦٤. شرح القواعد الفقهية: **للشيخ أحمد بن الشيخ مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، (ط٦)، (١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م).**

٦٥. شرح الكوكب المنير: **لابن النجار، تحقيق: د. محمد الزحيلى ود. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، (١٣١٣هـ – ١٩٩٣م).**

٦٦. شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البنانى: **ضبط: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية – بيروت، (ط١)، (١٤١٨هـ –١٩٩٨م).**

٦٧. شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول: **شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى (المتوفى ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد عبد الرحمن الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة (٢٠٠٥م).**

٦٨. شرح مختصر الروضة: **للطوفى سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم الطوفى، المتوفى ٧١٠هـ وقيل ٧١٦هـ المكتب الإسلامى، بيروت،ط١ـ سنة ١٩٨٥م.**

٦٩. عون المعبود: **شرح سنن أبى داود، محمد شمس الحق العظيم آبادى، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت، (ط٢)، (١٩٩٥م).**

٧٠. غمز عيون البصائر: **للحموى، دار الكتب العلمية- بيروت، (ط١)، (١٤٠٥هـ -١٩٨٥م).**

٧١. غياث الأمم فى التياث الظلم: **لإمام الحرمين أبى المعالى الجوينى المتوفى (٤٧٨هـ) تحقيق: د. مصطفى حلمى، د. فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة ـ الأسكندرية (١٤٠٠هـ).**

٧٢. فتح البارى بشرح صحيح البخارى: **للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (ت٨٥٢هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقى، طبعة دار الريان للتراث ، القاهرة - الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ -١٩٨٦م).**

٧٣. فتح القدير على الهداية: **كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى، (المتوفى ٦٨١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت،سنة (١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).**

٧٤. فواتح الرحموت: **شرح مسلم الثبوت على هامش المستصفى للغزالى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، (ط٣)، (١٤١٤هـ- ١٩٩٣م).**

٧٥. قواعد الأحكام فى مصالح الأنام: **عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى (المتوفى ٦٦٠هـ)، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة، (١٤١١هـ ـ ١٩٩١م).**

٧٦. قواعد الفقه الإسلامى من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف: **للقاضى عبدالوهاب البغدادى: د. محمد الروكى، دار القلم- دمشق، (ط١)، (١٤١٩هـ- ١٩٩٨م).**

٧٧. كشاف القناع عن متن الإقناع: **منصور بن يونس بن إدريس البهوتى، تحقيق: هلال مصيلحى مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، (١٤٠٢هـ).**

٧٨. كشف الظنون فى أسامى الكتب والفنون: **مصطفى بن عبد الله القسطنطينى، الحفنى الشهير بـ(حاجى خليفة)،المتوفى ١٠٦٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت ، سنة ١٤١٣هـ- ١٩٩٢م.**

٧٩. مجلة الأحكام العدلية: **مجموعة من العلماء العثمانيين، (ط٥)، مطبعة شعاركو ـ بيروت (١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م).**

٨٠. مختصر خليل: **فى فقه إمام دار الهجرة: للعلامة الشيخ خليل بن إسحاق المالكى، صححه: الشيخ طاهر أحمد الزاوى، (ط٢)، دار المدار الإسلامى- بيروت (٢٠٠٤م).**

٨١. مسند الإمام أحمد: **للإمام أحمد بن حنبل الشيبانى (٢٤١هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، وأحمد الزين، طبعة دار الحديث، القاهرة، (ط١)، (١٤١٦هـ -١٩٩٥م).**

٨٢. مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: **محمد بن أحمد الخطيب الشربينى، دار الفكر، بيروت، وطبعة دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان.**

٨٣. مواهب الجليل: **شرح مختصر خليل للإمام أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الحطاب، (المتوفى ٩٥٤هـ)، طبعة دار الفكر – بيروت (بدون تاريخ).**

٨٤. موسوعة القواعد الفقهية: **د. محمد صديق بن أحمد البورنو، مؤسسة الريان، بيروت، ط١، سنة ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٣م، ودار ابن حزم، بيروت، ط١، سنة ١٤١٦هـ.**

٨٥. نظرية التقريب والتغليب: **د محمد الريسونى، دار الكلمة المنصورة، (ط١)، (١٤١٨هـ- ١٩٩٧م).**

٨٦. نظرية التقعيد الفقهى وأثرها فى اختلاف الفقهاء: **د. محمد الروكى، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، الرباط، المملكة المغربية، (سنة ١٩٩٤م).**

٨٧. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: **تأليف شمس الدين أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى. دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، (سنة ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م).**

٨٨. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: **للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى (ت١٢٥٥هـ)، الناشر: مكتبة دار التراث – القاهرة (بدون تاريخ).**

٨٩. وفيات الأعيان : **أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان (المتوفى ٦٨١هـ) تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة، لبنان.**

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٢٥٠٣
الفصل الأول: الاستثناء من القواعد الفقهية، حقيقته وأسبابه.	٢٥١٠
المبحث الأول : فى معنى القواعد الفقهية والفرق بينها وبين ما يقاربها.	٢٥١١
المطلب الأول: فى معنى القواعد الفقهية – لغة واصطلاحاً .	٢٥١١
المطلب الثانى: فى الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الضابط والأصل.	٢٥٢٢
المبحث الثانى : فى معنى الاستثناء من القواعد ومدى تأثيره فى التطبيق عليها.	٢٥٢٥
المطلب الأول : معنى الاستثناء من القواعد وتقسيمها بهذا الاعتبار	٢٥٢٥
المطلب الثانى : الاستثناء فى التشريع الإسلامى	٢٥٣٨
المطلب الثالث : **مدى تأثير الاستثناء فى التطبيق على القواعد الفقهية.**	٢٥٤١
المبحث الثالث : أسباب الاستثناء	٢٥٤٨
المطلب الأول : الاستثناء بسبب تنازع القواعد.	٢٥٤٩

الموضوع	الصفحة
المطلب الثانى : الاستثناء بسبب التعارض .	٢٥٥٤
المطلب الثالث : الاستثناء بسبب الإستحسان.	٢٥٥٨
المطلب الرابع : الاستثناء بسبب التعبد.	٢٥٦٠
المطلب الخامس : الاستثناء بسبب الصياغة.	٢٥٦٣
الفصل الثانى: التطبيق على الاستثناء من القواعد الفقهيه فى مقدمات عقد النكاح	٢٥٦٨
المبحث الأول: فى الحكم الأصلى للنكاح وما يرد عليه من أمور ترفع هذا الحكم.	٢٥٦٩
المطلب الأول: فى تعريف النكاح ودليل مشروعيته.	٢٥٧٠
المطلب الثانى: الحكم الأصلى للنكاح.	٢٥٧٤
المطلب الثالث: فى بيان أمور ترفع النكاح عن حكمه الأصلى.	٢٥٧٧
المبحث الثانى: فى القاعدة والاستثناء لمسألة النظر إلى المخطوبة.	٢٥٨٣
المطلب الأول: فى التعريف بقاعدة "ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب".	٢٥٨٣
المطلب الثانى: فى حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية.	٢٥٨٥
المطلب الثالث: النظر إلى المخطوبة بين الندب والوجوب.	٢٥٩٠

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث: فى الأصل والاستثناء لمسألة : ذِكْر عيوب أحد الخاطبين .	٢٥٩٦
المطلب الأول : الأصل عموم تحريم اغتياب المسلم والمسلمة.	٢٥٩٦
المطلب الثانى : ما استثنى من أصل تحريم الغيبة.	٢٥٩٧
المطلب الثالث : في حكم ذكر عيوب الخاطب عند الاستشارة في شأنه.	٢٥٩٨
المبحث الرابع: الأصل والاستثناء لمسألة الخطبة على خطبة الفاسق.	٢٦٠٢
المطلب الأول: رأى جمهور الفقهاء ودليله	٢٦٠٢
المطلب الثانى: الخطبة على خطبة الفاسق.	٢٦٠٤
المطلب الثالث: حكم فى الطريق إلى رفع التعارض بين الأحاديث الواردة فى المسالة	٢٦٠٧
الخاتمة	٢٦١٠
قائمة المراجع	٢٦١١
فهرس الموضوعات	٢٦٢٣