

المحور الثالث: القواعد الفقهية الكبرى

المبحث الأول: التعريف بالقواعد الفقهية

إن لفظ "القواعد الفقهية" هو وصف مركب من كلمتين، إحداهما تسمى " القواعد "، والثانية تسمى "الفقهية"، ولمعرفة معناه لابد من معرفة كل كلمة على حدى ثم الجمع بينهما، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تعريف القواعد

القواعد في اللغة: جمع قاعدة، ومعنى القاعدة أساس البناء ماديا كقواعد البيت، وقواعد البناء، مثاله قوله تعالى: "وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ" أو معنويا كقواعد الإسلام وقواعد اللغة، واصطلاحا: "هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة، من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه.

"وبالتالي فالقاعدة الفقهية تتضمن حكما شرعيا كليا تندرج تحته جزئيات متعددة يتحقق فيها مناط هذه القاعدة غالبا، مثال: "الضرورات تبيح المحظورات" هذه القاعدة تندرج تحتها كثير من الفروع الفقهية منها أكل الميتة للمضطر عند غلبة الجوع المؤدي إلى الموت؛ ومثلها كذلك التلطف بكلمة الكفر عند الإكراه".

والقواعد الفقهية كثيرة جداً غير محصورة بعدد ومنثورة في كتب الفقه العام والفتاوى والأحكام تمتاز بإيجاز عباراتها مع عموم معانيها وسعة استيعابها للمسائل الجزئية، إذ تصاغ القاعدة في جملة مفيدة مكونة من كلمتين أو بضع كلمات من ألفاظ العموم مثل "العادة محكمة"، "الأعمال بالنيات".....

المطلب الثاني: أنواع القواعد الفقهية و مراتبها:

القواعد الفقهية ليست نوعاً واحداً ولا كلها في مرتبة واحدة، وإنما هي أنواع ومراتب، ويرجع هذا التنوع إلى شمول القاعدة وسعة استيعابها للفروع والمسائل الفقهية من جهة والاتفاق على مضمون القاعدة أو الاختلاف فيه من جهة أخرى، لكننا على هذا المستوى سنكتفي بعرض القواعد الكلية الكبرى فقط، حيث يندرج تحت كل منها جل أبواب الفقه ومسائله وأفعال المكلفين إن لم تكن كلها، فهي تمتاز بالشمول العام والسعة العظيمة للفروع والمسائل، وهذه القواعد هي:

- قاعدة (إنما الأعمال بالنيات) أو (الأمور بمقاصدها).
- قاعدة (اليقين لا يزول، أو لا يرتفع بالشك).

- قاعدة (المشقة تجلب التيسير).
- قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) أو (الضرر يزال).
- قاعدة (العادة محكمة) .

المبحث الثاني : القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها -إنما الأعمال بالنيات -

تعتبر قاعدة "الأمر بمقاصدها" من أشهر القواعد الفقهية» لذلك نجدتها تنصدر القواعد الكلية والقواعد الفقهية عموماً، أوردتها المجلة العثمانية في المادة الثانية (2) منها، ولا عجب فهي قاعدة النيات التي تقوم صحة الأعمال ودرجاتها، ولا يكاد باب في الفقه يخلو من أحكامها وتطبيقاتها، وفي هذا الصدد سنتطرق لبيان معناها وأصلها (أدلتها).

المطلب الأول : معنى قاعدة " الأمور بمقاصدها".

جاءت القاعدة في صيغتين الأولى، "الأعمال بالنيات" والثانية "الأمر بمقاصدها"، وكل منها تضمنت ألفاظ مختلفة في رسمها متحدة في معناها، والقاعدة تستمد وجودها من نصوص الكتاب والسنة حتى أنها لفظ لحديث نبوي شريف.

نقصد بـ "الأمر" جمع أمر وله عدة معان في اللغة، والأمر هنا لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى: قل إن الأمر كله لله

أما "المقاصد" فجمع مقصد بفتح الصاد من القصد ومعناه استقامة الطريق، والقصد هو الاعتماد والاعتزام والتوجه وإتيان الشيء.. والمراد بالمقاصد في هذه القاعدة: مقاصد الشارع، وهو ما يعرف بمقاصد الشريعة الإسلامية؛ وهو علم يبحث في الغايات التي وضعت أحكام الشريعة الإسلامية من أجلها وتتمثل في مصالح قصدها الشارع من الأحكام بجلب منافع أو دفع مضار، ومقاصد المكلفين وهي موضوع القاعدة وتعني إرادتهم وتوجيه أفعالهم بناء على نياتهم، لذلك ارتبطت هذه القاعدة بالنية، ونجد أصلها الحديث الشريف، "إنما الأعمال بالنيات" بل إن كثيراً من الفقهاء يسمونها بلفظ الحديث فيقولون قاعدة: "إنما الأعمال بالنيات". والنية في اللغة: هي: القصد وهي توجه القلب نحو العمل، وفي اصطلاح الفقهاء عرفها القرافي بقوله: "هي قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله، حكمها: الوجوب، ومحلها: القلب، وزمنها: أول الواجبات، وكيفيةها: تختلف باختلاف الأبواب، وشرطها: إسلام صاحب النية وأن يصطحب حكمها حتى انتهاء العبادة، وأن يخلص لله فيها فلا تكون رياء لغير الله.

وقد شرعت النية لتحقيق ما يلي:

- ✓ تمييز العادات عن العبادات: كالاغتسال فقد يكون للواجب أو للمستحب أو للتبرد...
- ✓ تمييز رتب العبادات؛ ففي الصلوات ينوي أنها فرض أو نافلة، وفي الفرض ينوي هل هي أداء أو قضاء.

إذن: المعنى العام للقاعدة: أن حكم تصرفات الأفعال والأقوال من حيث الصحة أو الفساد أو الثواب أو العقاب مرتبط بنية من صدرت عنه تلك التصرفات.

المطلب الثاني: أدلة قاعدة الأمور بمقاصدها.

أصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم: " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " كما لها شواهد في كتاب الله وسنة رسوله.

✓ أولاً: دليل القاعدة من القرآن الكريم.

قوله تعالى: " وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين " ووجه الدلالة أن الإخلاص مرتبط بالنية والقصد ولا يتحقق دونهما.

✓ ثانياً: دليل القاعدة من السنة النبوية.

قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه"، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا عمل لمن لا نية له".

✓ ثالثاً: دليل القاعدة بإجماع الفقهاء

أجمع العلماء في مختلف العصور على المعنى الذي جاءت به الآيات والأحاديث النبوية؛ وأما من المعقول فالتكليف بالعمل مع النية تكليف بالمستطاع كما يقول ابن تيمية، فأفعال العباد اختيارية اعتبارها يكون إذا صدرت عن قصد وإرادة وعليه رتب الشارع عقد النية صلاح الأفعال وفسادها وما يتبعها من جزاء ملائم.

المبحث الثالث: القاعدة الثانية: اليقين لا يزول بالشك.

قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) تدخل في جميع أبواب الفقه وهي قاعدة أساسية تنفرع منها قواعد فقهية كثيرة، وفيها تقرير لليقين باعتباره أصلاً معتبراً، وإزالة للشك الذي كثيراً ما ينشئ عن الوسواس، لا سيما في باب الطهارة والصلاة وكذلك في سائر المسائل والقضايا الفقهية.

المطلب الأول : مفهومها

يكون بشرح مفردات القاعدة وسندها من الأدلة الشرعية.

أولاً- مفردات القاعدة ومعناها

تتكون القاعدة من لفظين "اليقين" و"الشك" وكل له مدلوله اللغوي والاصطلاحي.

1- تعريف اليقين في اللغة وفي الاصطلاح: اليقين لغة: بمعنى العلم وهو نقيض الشك، أما اليقين

اصطلاحاً: " جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي"

2- تعريف الشك في اللغة وفي الاصطلاح: الشك في اللغة: نقيض اليقين، وفي الاصطلاح: هو

التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك؛ أو هو: استواء طرفي الشيء

بحيث لا يميل القلب لأحدهما فإن ترجح لأحدهما فهو ظن.

3- المعنى الإجمالي للقاعدة: أن ما كان ثابتاً متيقناً من الأمور، لا يرتفع بمجرد وقوع الشك عليه،

وذلك لأن الأمر اليقيني لا يزيله إلا ما كان أقوى منه أو ما كان مثله، والشك أضعف منه فلا

يعقل أن يزيله، ثم إن الأمر المتيقن بثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع ولا يحكم بزواله لمجرد الشك؛

كذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك، لأن الشك أضعف من اليقين فلا

يعارضه ثبوتاً وعدمياً.

ثانياً- أدلة مشروعية قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".

قاعدة اليقين تجد سندها في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس.

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ؛" يقول القرطبي في تفسير

الآية: (للظن حالتان: حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة فيجوز الحكم بها، وأكثر أحكام الشريعة

مبنية على غلبة الظن، كالقياس وخبر الواحد وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنايات. والحالة

الثانية: أن يقع في النفس شيء من غير دلالة فلا يكون ذلك أولى من ضده. فهذا هو الشك. فلا يجوز

الحكم به. وهو المنهي عنه) ووجه دلالة هنا أن الظن بمعنى الوهم والشك مذموم. فلا يلتفت إليه ولا تبني

عليه الأحكام من باب أولى.

2- من السنة النبوية:

حديث أبي سعيد الخدري. قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليين على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى

3- من الإجماع:

فقد أجمع العلماء على أصل العمل هذه القاعدة. ونقل الإجماع الإمام القرافي فقال: (هذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه).

المبحث الرابع: القاعدة الثالثة: المشقة تجلب التيسير

تعتبر "قاعدة المشقة تجلب التيسير" من القواعد التي تظهر ميزة اليسر ورفع الحرج التي تطبع أحكام الشريعة الإسلامية من خلال تطبيقاتها في مختلف أبواب الفقه، فلا يكاد باب من الفقه يخلو من مبدأ رفع الحرج والتكاليف الشرعية وما يتصل بها من أحكام بين الواجب والمباح والمحرم والمكروه، كما يراعى في تطبيقها الاستطاعة والفروقات الفردية وظروف المكلف البدنية خاصة، فالأصل العام أنه: " لا يُكَلَّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا " هذه القاعدة تظهر لنا مواضع رفع الحرج عن المكلف في مختلف تصرفات المسلم التعبدية والاجتماعية والتنظيمية وهي نص المادة السابعة عشر (17) من مواد مجلة الاحكام العدلية العثمانية.

المطلب الأول: التعريف بقاعدة "المشقة تجلب التيسير".

المشقة في اللغة: الجهد والعناء، تجلب: من الجَلْبُ وهو: سوق الشيء من موضع إلى آخر، والتيسير: من اليسر: وهو اللين والانقياد.

اصطلاحاً: المشقة يقصد بها: التكاليف الشرعية التي فيها على النفس كلفة زائدة على المعتاد، والمقصود بالتيسير هنا: التسهيل على المكلفين والتخفيف عنهم في التكاليف الشرعية التي أمروا بها فعلاً أو تركاً. ويكون **المعنى العام للقاعدة:** أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج ومشقة على المكلف في نفسه أو ماله، تخففها الشريعة بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إخراج.

المراد بالمشقة المنفية بالنصوص والداعية إلى التخفيف والترخيص بمقتضى القاعدة إنما هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية، وليست المشقة الطبيعية في الحدود العادية والتي يستلزمها عادة أداء الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة فكل واجب لا يخل من مشقة كمشقة العمل واكتساب المعيشة ولكل من التكاليف نوع من المشقة تستلزمها طبيعته وتختلف بحسبه درجته وهذا لا ينافي التكليف ولا يوجب التخفيف.

المطلب الثاني: أدلة قاعدة "المشقة تحلب التيسير" وسندها.

تستند قاعدة "المشقة تحلب التيسير" إلى أصول كثيرة ومتعددة ترجع جميعها إلى الأدلة الأربعة المعروفة، وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أولاً: دليل القاعدة من القرآن الكريم.

تتميز أحكام الشريعة الإسلامية بخاصية رفع الحرج، وتجد القاعدة الفقهية سندها في كتاب الله ومنه قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"، والحرج هو المشقة والعسر، وفي الآية أن ما أمر الله وألزم إلا بما هو سهل على النفوس وما يثقلها.. " ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى نفى الحرج عن الدين ومما يفهم من ذلك أيضاً: أن أي تكليف فيه حرج يكون مناقضاً للآية ومكذباً لخبر الله تعالى، وهذا باطل فبطل لازمه، وهو وجود الحرج فيه.

وقوله عز وجل: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا" والوسع هو ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يحرج فيه، يقول القرطبي "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" التكليف هو الأمر بما يشق عليه، فنص الله تعالى على أنه لا يكلف العباد من وقت نزول الآية عبادة من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهي في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه وبنيته.

وقوله تعالى: " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ".

وقوله تعالى أيضاً " يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا " فالآية صريحة في إخبار الله تعالى بضعف الإنسان وعدم قدرته على تحمل التكليف الشاق بوجه عام.

هذه الآيات وغيرها جاءت عامة في الدلالة على صفة التيسير ورفع المشقة التي تتسم بها الأحكام الشرعية في الإسلام وفي الأحكام التفصيلية أيضاً ما يدل على هذه الصفة منا:

قوله تعالى: " فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ " . فالآية واردة في جزئية معينة حيث اقتضى الأمر فيها الترخيص والتيسير وهي الطهارة بالصعيد الطيب إن شق طلب الماء أو عدمت القدرة على استعماله.

قوله تعالى: " فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ". فالآية تفيد أن الله تعالى رخص لنا في الإفطار إذا كان الصوم يشق علينا، وهو أمر مختص بباب من أبواب الفقه، وهو الصيام.

ثانياً: دليل القاعدة من السنة النبوية: وردت أحاديث كثيرة في التيسير عن العباد والتخفيف عنهم. منها:

قوله صلى الله عليه وسلم: (إن الدين يسر ولن يشاد الدين إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة) رواه البخاري، ووجه الدلالة في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أن دين الله يسر، فكل ما جاء به فهو لا حرج فيه ولا مشقة، بل هو نشاط ويسر وتسهيل وكمال. قوله صلى الله عليه وسلم: (يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا) وفيه أمر من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمته بالتيسير والتبشير والابتعاد عن خلافهما.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما خير رسول الله بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما" ففي الحديث دليل على أن المسلم يسترشد بسنة النبي صلى الله عليه وسلم في أمور الدنيا والآخرة بترك الإلحاح فيما يشق عليه و يطلب ما تيسر من الامور.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله: "لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة."

عن أبي مسعود قال: " قال رجل: يا رسول الله إني لأتأخر عن الصلاة في الفجر مما يطيل بنا فلان فيها فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رأيته غضب في موضع كان أشد غضبا منه يومئذ، ثم قال: "يا أيها الناس، إن منكم منفرين، فمن أم الناس فليتجاوز، فإن خلفه الضعيف والكبير وذا الحاجة."

قال الندوي: "وكلها (أي: الآيات والأحاديث الثابتة في التيسير) وثيقة الصلة بموضوع التيسير والتخفيف. وفيها توجيه وإرشاد إلى إعمال القاعدة "المشقة تجلب التيسير" وما شابهها من القواعد.

ثالثا: دليل القاعدة بالإجماع.

ثبت بالتتابع والاستقراء لفتاوى الصحابة والتابعين والعلماء من بعدهم من أنه لا حرج في الشريعة ولا مشقة في تكاليفها ولم يعلم لهم في ذلك مخالف، كما أنه أمر معلوم من الدين بالضرورة بإجماع الأمة.

رابعا: دليل القاعدة بالقياس.

كما دل القياس والعقل السليم على رفع المشاق في الشريعة، وأنها جاءت ميسرة، ويدل على بطلان ثبوت الحرج في الشريعة الاستقراء لنصوصها وأحكامها الشرعية، بمعنى أن الاستقراء ثبت من خلاله عدم التكليف بما فيه مشقة وأنه لو كان التكليف بالمشاق واقعا في الشريعة لحصل تناقض بين أدلتها وتضارب بين نصوصها وفي ذلك يقول الشاطبي: "قد ثبت في الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يطاق وألحق به امتناع التكليف بما هو خارج عن المعتاد".

المبحث الخامس: القاعدة الرابعة: لا ضرر ولا ضرار

قاعدة لا ضرر ولا ضرار من القواعد الكبرى التي في أصلها حديث نبوي شريف، وموضوعها منع الضرر مطلقا قبل وقوعه وقاية وبعده جبرا مهما اختلفت صورته وتباينت مصادره وغاياته، فتشمل التعويض المالي والعقوبة، وهي أيضا سند مبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفساد، كما أن القاعدة تتكون من لفظين. الاول يمنع الضرر مطلقا أما الثاني (ضرار) ينفي دفع الضرر بمثله فلا تسترد الحقوق ولا ترفع المظالم بالتأثر، وهي قاعدة كبرى تستند إلى مصادر الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

أولاً: المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.

• الضرر في اللغة: الأصل اللغوي الذي اشتقت منه الكلمتان: الضرر والضرار وهو الضرر ويطلق في اللغة الضرر و يراد به ضد النفع، إذا جاء بالفتح، قال الله تعالى: "وَلَا يَمْلِكُونَ لِأَنْفُسِهِمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا وَلَا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلَا حَيَاةً وَلَا نُشُورًا"، أما الضر بضمها فتدل على سوء الحال والفقر والشدة في البدن، ومثله قوله تعالى " وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضَّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ" أي الضر هنا معناه المرض، والضراء: ضد السراء. والضرار: مصدر ضارة والمضرة هي خلاف المنفعة .

كما يطلق مصطلح الضرر كذلك على نقصان يدخل في الشيء فيقال: دخل عليه ضرر في ماله، والضرر في الخيل: نقصانها من جهة الهزال والضعف، والضرر، العلة تقعد عن جهاد ونحوه لقوله تعالى: «لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا».

كما جاء في الحديث ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ) . ولكل واحدة من اللفظتين معنى غير الآخر، فمعنى قوله: " لا ضرر " أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئاً من حقه أو مسلكه وهو ضد النفع، وقوله: (لا ضرار) أي لا يضر الرجل جاره مجازاة فينقصه ويدخل عليه الضرر في شيء فيجازه بمثله، فالضرار منهما معاً، والضرر فعل واحد ومعنى قوله: " ولا ضرار" أي لا يدخل الضرر، وهو النقصان على الذي ضره، ولكن يعفو الله عنه لقول الله تعالى: " ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم".

• الضرر في اصطلاح الفقهاء يطلق على ما هو ضد النفع وإلحاق المفسدة بالخير وانتقاص حق الغير ويندرج معه الإلتلاف والإفساد وعموما الأفعال الموجبة للضمان، إلا أن المنتبغ لما كتبه الفقهاء في الضرر نجد استعمالهم للضرر يأخذ صورتين :

- **الأولى إطلاق العام للفظ الضرر:** وهو ما كان ضد النفع، فإذا كان النفع تحصيل منفعة فإن الضرر إزالة تلك المنفعة، يقول الرازي: (النفع عبارة عن تحصيل اللذة أو ما يكون وسيلة إليها والضرر عبارة عن تحصيل الألم أو ما يكون وسيلة إليه).

المعنى القريب تعبيراً إحقاق المفسدة، فكل الأفعال التي فيها مفسدة ضرر وهي بذلك تشمل ما قرره الشارع من عقوبات لما فيها من ألم وذهاب المنفعة، لكن ليس فيها ضمان باعتبار نظر الشارع لها وتقرير اعتبار المصلحة المرجوة منها، ومثلها القيود الواردة على الأفعال الموجبة للضمان "كقاعدة الجواز ينافي الضمان" فإنه وإن تحقق الضرر لم يثبت الضمان كجزاء له لأنه ارتفع بسبب من أسباب الإباحة ومثله الإضرار بالنفس، لذلك نجد من الفقهاء من عرف الضرر بأنه (إحقاق مفسدة بالغير).

أما الاستعمال الخاص للفظ الضرر، فيبدو من خلال إطلاق الفقهاء للفظ الضرر على الأفعال الموجبة للضمان وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار". فيه تقرير رفع الضرر ووجوب إزالته إذا وقع بحيث لا يرد بمثله ويستعاض عنه بالضمان.

إذا علمنا أن الأفعال الموجبة لضمان الإلتلاف والتعدي والفساد كان الضرر هو الفساد وهو الإلتلاف وهو التعدي، و تبعاً له قسم الضرر بالنظر إلى المصلحة التي أعتدي عليها، هذا وبين الإلتلاف والفساد والتعدي والضرر علاقة في المدلول والاستعمال، فالإلتلاف في معناه اللغوي الإفتاء وهو في اصطلاح الفقهاء إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة وعلى هذا فالإلتلاف نوع من الضرر وبينهما عموم وخصوص.

يأخذ الضرر صورة الإفتاء وغيره، ويأتي الاعتداء بمعنى الظلم وتجاوز الحد وهو بذلك نوع من أنواع الضرر، أما الفساد فهو نقيض الصلاح. وعليه سار المؤرخون من فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث استطاعوا أن يدرجوا التقسيم القانوني للضرر فنجد الشيخ علي خفيف يعرف الضرر بأنه: (كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر)، ويأخذ الضرر الصور التالية:

✓ أذى يصيب الإنسان في جسمه، فالجراح وما يصاحبها من الألم وما تخلفه من تشويه في الجسم والأعضاء يكون ضرراً أدبياً في صورة الألم ومادياً فيما يكلفه من نفقات علاج ونقص في القدرة على الكسب المادي ويعرف بالضرر الجسدي.

✓ وأذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث أثرا أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته ويسمى الضرر الأدبي.

✓ ويأخذ الضرر صورة تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، ومعنى غير مالية ليس بها تفويت مال على صاحب العين كما هو الحال بالنسبة للامتناع عن تسليم الوديعة إلى صاحبها وغيرها ويسمى الضرر المعنوي.

✓ كما ان تفويت مال على مالكة سواء بإتلاف كله أو بعضه أو إنقاص قيمته أو تفويت منافعه يسمى الضرر المالي، وعليه فالضرر يكون جسدي وأدبي ومعنوي ومالي.

ألفاظ القاعدة:

لهذه القاعدة لفظان عند أهل العلم:

✓ **اللفظ الأول:** "لا ضرر ولا ضرار" وهذا هو لفظ القاعدة عند المتأخرين، وهو اللفظ الذي استقر عليه في عصرنا الحاضر.

✓ **اللفظ الثاني:** "الضرر يزال" وهو لفظ القاعدة عند المتقدمين فأكثر من كتب في القواعد الفقهية من المتقدمين ذكر القاعدة بهذا اللفظ كما فعل ابن السبكي في كتابه الأشباه والنظائر، والسيوطي كذلك في كتابه الأشباه والنظائر وابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر، فهذا اللفظ هو المنتشر والمشتهر عند المتقدمين (الضرر يزال)

والأول الذي هو (لا ضرر ولا ضرار) هو الأولى بالاستعمال وذلك لسببين:

السبب الأول: لا ضرر ولا ضرار مطابق للنص الشرعي فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "لا ضرر ولا ضرار"، فيكون الالتزام بما ورد في النص الشرعي هو الأنسب وهو الأفضل ويعطي قوة للقاعدة الفقهية من حيث الاستدلال بها في الأحكام والأقضية، خاصة وان مسالة الاستدلال بالقواعد الفقهية محل خلاف بين الفقهاء وكون القاعدة نص شرعي فإنه يخرج عن دائرة الخلاف.

السبب الثاني الذي يرجح به هذا اللفظ على لفظ (الضرر يزال) أن لفظ (لا ضرر ولا ضرار) أشمل وأعم فهو يشمل إزالة الضرر قبل وقوعه وبعده، بينما لفظ (الضرر يزال) فإنه يحمل معنى رفع الضرر بعد حدوثه.

ثانيا - أدلة قاعدة لا ضرر ولا ضرار

هذه القاعدة مثل القواعد السابقة تجد سندها في كتاب الله وسنة رسوله، وسائر أدلة الفقه الإسلامي، ولها أمثلة في مختلف أبواب الفقه.

والقاعدة لفظ حديث نبوي شريف، يشهد لصحته دلالات كثيرة من الكتاب والسنة والقياس الصحيح، فمن ذلك:

1- قوله سبحانه وتعالى: " وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا ۗ وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "، ذكر ابن جرير الطبري في سبب نزول هذه الآية أن بعض الأزواج كان يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها، ثم يطلقها ويفعل ذلك ليضارها ويعضلها، فأنزل الله هذه الآية.

2- قول الله عزوجل: " لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ وَلَا مَوْلَدَهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بَوْلَهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ " وفي قوله تعالى: " لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ وَلَا مَوْلَدَهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بَوْلَهُ " معناه: لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع.

ومنه أيضاً قول الله تبارك وتعالى بعد أن ذكر قسمة الميراث "... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ ". نهى الله تبارك وتعالى عباده الذين حضرهم الموت أن يكون قصدهم بالوصية إضرار الورثة وإدخال النقص عليهم، وأن الواجب أن يقصدوا بالوصية وجه الله تبارك وتعالى.

4- عن سمرة بن جندب - أنه كان له عَصِيدٌ من نخل -العضد: القطعة من النخل، نخلتان أو ثلاث أو أربع تكون في سطر واحد - في حائط رجل من الأنصار-أي في بستان رجل من الأنصار- وكان الأنصاري معه أهله في حائطه، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الأنصاري ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه نخله فأبى سمرة، وطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى الأنصاري النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب النبي صلى الله عليه وسلم إلى سمرة أن يبيعه فأبى، وطلب إليه أن يناقله فأبى، فقال له: ((هَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا)) أمراً رغبه فيه فأبى أيضاً، فقال عليه الصلاة والسلام: ((أنت مضار))، ثم قال للأنصاري: ((أذهب فاقلع نخله)).

5- النصوص السابقة وغيرها كثير في الشريعة الإسلامية دلت على أن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفساد، وفي الضرر ومنع حدوثه ورفع بعد وقوعه تحقيقاً لمصالح الناس، ودفعاً للمفساد عنهم.

المبحث السادس: القاعدة الخامسة: العادة محكّمة

قاعدة العادة محكمة من القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي حيث تضمنت كثيرا من المسائل التي موضوعها العرف ولها تطبيقات وفروع في مختلف أبواب الفقه خاصة تلك المرتبطة بمعاملات الناس ومنازعاتهم فهي من القواعد التي سهلت أمور الناس ويسرت حاجاتهم، ومن الأدلة الناصعة على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان تراوها بالأحكام والتطبيقات في شتى المجالات بما فيها الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: مفهوم قاعدة العادة محكمة

✓ أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي:

"العادة محكمة" مركب إضافي يتكون من لفظ "العادة" ولفظ "محكّمة": "أما العادة فمعناها في اللغة: تكرار الأمر، وتعوده أي: صارت له عادة، ونسمي العيد عيدا لأنه يعود، وقيل هي الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية، وسُميت العادة بذلك، لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى. اصطلاحا: للعادة عدة تعريفات منها: (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس). أو هي: (ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى). وهي أيضا: (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية).

رجح التعريف الأخير بعض العلماء والباحثون، حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع. فهي عادة وإن خالفت ذلك ونجد الإمام الشاطبي يقسمها إلى قسمين: عادات شرعية وعادات غير شرعية، وقسم العادات غير الشرعية إلى قسمين متبدلة وثابتة.

فالعادات الشرعية: وهي العادات الثابتة بأدلة الشرع أمرا (واجبا كان أو مندوبا) كالأمر بستر العورة ونهيا (تحريما أو مكروها) كتحريم النجاسات، والعادات غير الشرعية: هي التي لم تتناولها أدلة الشرع بالأمر أو النهي، وهي على قسمين: **ثابتة ومتغيرة**، تدخل الثابتة عادة في غرائز الناس وحكم الطبيعة. وهذه عادات تبنى عليها الأحكام إذا كانت من مسببات حكم الشارع كاعتقاد النساء فترة الحيض، أما **العادات المتغيرة**، فتختلف بحسب المكان والزمان ومثاله عند كشف الرأس للرجال من خوارق المروءة في بلاد وزمن ليس كذلك في بلاد أخرى وأزمنة أخرى.

هذا ويورد الفقهاء لفظ العادة وأحيانا يوردون العرف، وقولهم: «العادة محكمة» والمراد والعرف أيضاً. لأن بعضهم لا يرى التفريق بينهما ثم أن لفظ العرف في اللغة يطلق على عدة معان: منها ما جاء في

لسان العرب "العرف والعارفة والمعروف واجد: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه"

أما اصطلاحاً فله تعريفات منها: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول" هذا التعريف جاء جامعاً لما يصدق عليه العرف بمعناه الشرعي، فقوله "ما استقرت النفوس عليه" فيه إشارة إلى أن السند هنا ليس نصاً شرعياً بل ما سار ناس عليه وألفوه قولاً أو عملاً، يرجع في اعتباره موافقته لمنطق العقل وسلامة الطبع، وهو بذلك يقر العرف الصحيح فقط لأن العرف غير الصحيح وإن عد من الأعراف إلا أنه لا يقوم سنداً لحكم شرعي، وفي شريعة الإسلام الفطرة السليمة تطابق الأحكام الشرعية بل أنها شريعة الفطرة السليمة.

✓ **المعنى العام للقاعدة:** أن العرف بشروطه أصل تبنى عليه الأحكام في الفقه الإسلامي يجد سنده في النصوص الشرعية ويعتمده الفقيه في اجتهاده والقاضي في النظر في الخصومات والفصل في المنازعات، وهو ما ذكره ابن عابدين الحنفي بقوله: "والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار"

ثانياً : دليل القاعدة

قاعدة العادة محكمة تجد أساسها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

✓ **1/ من القرآن الكريم قوله تعالى: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ،" وقوله تعالى:**
"وعاشروهن بالمعروف"

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى وجه الحكام إلى اعتبار العرف في العلاقات الأسرية ومنازعاتها والإحكام به، وفي ذلك يقول ابن كثير: في تفسير قوله عز وجل: (عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) أي : وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف ، أي : بما جرت به عادة أمثالهن في بلدن من غير إسراف ولا إقتار، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره).

✓ **2/ السنة النبوية الشريفة:**

ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت " يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سَفِيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يَعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ» ومنها عن عبد الله بن مسعود قال: "إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خيرَ قلوب العباد.... فما رأى المسلمون حسناً، فهو عند الله حسنٌ."