مفهوم المخالفة

دراسة أصولية تطبيقية

أ. حسين علي جاسم الخنفر[1]

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً- صلى الله عليه وسلم- عبده ورسوله.

أما بعد:

فإن دلالات الألفاظ تعتبر العمود الرئيس لعلم أصول الفقه الذي يعتبر المصدر الرئيس في تفسير النصوص الشرعية، واستنباط الأحكام والقواعد منها، وقواعد تفسير النصوص لا تكاد تخرج عن ستة قواعد، أولها: الاستنباط عن طريق تفسير اللفظ بمقاصد الشريعة، وثانيها: دفع التعارض بين النصوص بالجمع أو النسخ، وأما ثالثها: فتفسير النص بحسب وضع اللفظ للمعنى؛ وهو- هنا- يشمل العام والخاص والمشترك، ورابعهاً: تفسير النص باستعمال اللفظ في المعنى؛ ويشمل الحقيقة والمجاز، وخامسها: تفسير النص بدلالته على المعنى؛ ويقسم على قسمين، تقسيم الجمهور، ويشمل: النص، والمجمل، والمؤول، وتقسيم الحنفية، وينقسم إلى: واضح الدلالة، وغير واضح الدلالة، وأخيراً سادسها: تفسير النص بكيفية استعمال اللفظ في المعنى، ويقسم إلى: دلالة الدلالة، ودلالة العبارة،

(1) أ. **حسين علي جاسم الخنفر**: باحث دكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية، بكلية دار العلوم- جامعة القاهرة.

(ISSN : 2536 - 9555)

ودلالة الإشارة، ودلالة الاقتضاء، وهناك تقسيم آخر إلى: منطوق ومفهوم، ويقسم المفهوم إلى: مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، ومفهوم المخالفة هو موضوع بحثنا.

أما عن سبب اختياري للموضوع؛ فهو اختلاف العلماء في حجية مفهوم المخالفة، وهو من المواضيع المهمة والحيوية في دلالات الألفاظ؛ لأنه يبتنى على القول بحجيته العديد من الأحكام والأمور المهمة، وسنفصل في هذه المسألة، ونذكر أمثلة تطبيقية عليها من سجلات المحاكم الكويتية، وبيان هل يوجد توافق بين أصول الفقه والأحكام القضائية الكويتية في استخدام مفهوم المخالفة.

أما عن مشكلة وأهمية الدراسة: فتكمن في معرفة حكم مفهوم المخالفة وحجيته، وما يتعلق به من أحكام وأنواع تلامس حياة الإنسان اليومية، واستنتاج ما يترتب على استخدامها، وهل يوجد ضوابط وشروط لها إن قلنا بحجيتها؟

أما أهداف الدراسة فهي:

1- التعريف بمفهوم المخالفة وأنواعها.
2- بيان التكييف الشرعي لمفهوم المخالفة.
3- بيان شروط العمل بمفهوم المخالفة.

أما عن الدراسات السابقة، فيوجد العديد من الكتب والرسائل تكلمت عن موضوع مفهوم المخالفة، وهي كتب تراثية ومعاصرة تناولت هذا الموضوع للتأصيل له من الناحية الأصولية؛ ومنها:

1- الإحكام في أصول الأحكام، المؤلف: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي.
2- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المؤلف: الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي.

3- دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي.

أما موضوع بحثي هذا فقد تناولت فيه التأصيل لمفهوم الموافقة، والتطبيق عليه من خلال سجلات المحاكم الكويتية، فلم يتعرض له أحد بالدراسة والبحث.

منهج الدراسة:

سوف أعتمد في هذه الدراسة على عدة مناهج؛ منها:

1- المنهج المقارن: وسوف أستخدمه في مجال مقارنة المذاهب بعضها مع بعض للوصول إلى الرأي الراجح.

2- كما تعتمد الدراسة على المنهج الاستقرائي في بحث الموضوع؛ حتى يتيسر الوصول إلى النتائج المرجوة من هذا البحث.

3- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص الشرعية واستخراج الأمثلة التطبيقية منها.

خطه البحث:

يتكون البحث من: مقدمة، وستة مباحث، وفق التفصيل الآتي:

فأما **المبحث الأول:** فيشمل التعريف بمفهوم المخالفة لغةً واصطلاحاً، ويشتمل على مطلبين؛ الأول: التعريف اللغوي لمفهوم المخالفة، والثاني: التعريف الاصطلاحي لمفهوم المخالفة، **والمبحث الثاني:** يشمل أنواع مفهوم المخالفة، أما **المبحث الثالث:** فيشتمل على حجية مفهوم المخالفة، وبه ثلاثة مطالب؛ الأول: أقوال العلماء في الاحتجاج بمفهوم الصفة والشرط والعدد والغاية في النّصوص الشرعية، والثاني: أدلة الأقوال في حجية مفهوم المخالفة، والثالث: المناقشة والترجيح، أما **المبحث الرابع:** فيشتمل على شروط العمل بمفهوم المخالفة، أما **المبحث الخامس:** فيشتمل على التطبيقات الفقهية على مفهوم المخالفة، وبه

(ISSN : 2536 - 9555)

خمسة مطالب؛ المطلب الأول: الأمثلة التطبيقية من المذهب الحنفي، والمطلب الثاني: الأمثلة التطبيقية من المذهب المالكي، والمطلب الثالث: الأمثلة التطبيقية من المذهب الشافعي، والمطلب الرابع: الأمثلة التطبيقية من المذهب الحنبلي، والمطلب الخامس: الأمثلة التطبيقية من المذهب الظاهري، أما المبحث السادس: فيشتمل على التطبيقات القضائية على مفهوم المخالفة، ثم ذكرت الخاتمة وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها، وأخيرا المصادر والمراجع.

المبحث الأول

التعريف بمفهوم المخالفة لغةً واصطلاحاً

ويشتمل على مطلبين.

المطلب الأول

التعريف اللغوي لمفهوم المخالفة

هذا المطلب به شقان؛ الأول: التعريف بكلمة مفهوم، والآخر: التعريف بكلمة المخالفة، فأما كلمة مفهوم فأصلها (فهم) وتعني: فهمت الشيء فهما وفهامية: علمته، وفلان فهم، وقد استفهمني الشيء فأفهمته، وفهمته تفهيما، وتفهم الكلام، إذا فهمه شيئا بعد شيء، وفهم: قبيلة[2].

وقيل الفهم: هو علم معنى الشيء، يقال: رجل فهم، ولا يجوز أن يوصف به الله– تعالى– فيقال: يفهم، كما يقال: يعلم؛ لأن الفهم حصول العلم ببعض المعلومات بعد إذ لم يكن، والله– تعالى– عالم لم يزل[3].

---

[2] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، مادة فهم، ج5 ص2005.

[3] شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المؤلف: نشوان بن سعيد الحميري اليمني، مادة فهم، ج8 ص5269.

أما كلمة مخالفة فأصلها (خلف) بفتحتين العوض والبدل يقال: اجعل هذا خلفا من هذا، وخالفته مخالفة وخلافا وتخالف القوم واختلفوا: إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر، وهو ضد الاتفاق، والاسم الخلف بضم الخاء[4]، وقيل: تعني تغايرت، تفاوتت وتناقضت، فيقال: اختلف الصديقان في الرأي: تغايرا، ذهب كل منهما إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر، لم يتفقا[5].

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي لمفهوم المخالفة

وهناك العديد من التعاريف والمعاني لمفهوم المخالفة، فعرفها الآمدي بقوله: "ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفا لمدلوله في محل النطق، ويسمى دليل الخطاب أيضا"[6].

وعرف ابن الحاجب مفهوم المخالفة بأن قال: "هو أن يكون المسكوت عنه مخالفا للمنطوق في الحكم، ويسمى دليل الخطاب"[7].

وقال الشوكاني: "مفهوم المخالفة هو حيث يكون المسكوت عنه مخالفا للمذكور في الحكم إثباتا ونفيا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به،

---

[4] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، مادة خلف، ج1 ص178.

[5] معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، مادة خلف، ج1 ص683.

[6] الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، ج3 ص69.

[7] بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين الأصفهاني، ج2 ص444.

(ISSN : 2536 - 9555)

ويسمى دليل الخطاب؛ لأن دليله من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دال عليه"[8].

وأما التعريف المختار لمفهوم المخالفة فهو دلالة اللفظ على نفي الحكم الثابت للمنطوق عن المسكوت؛ لانتفاء قيد من قيود المنطوق، ويسمى: دليل الخطاب؛ لأن دليله من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دلَّ عليه، أو لمخالفته منظوم الخطاب ومنطوقه[9].

المبحث الثاني
أنواع مفهوم المخالفة

هناك عدة تقسيمات لأنواع مفهوم المخالفة، فمن العلماء من قسمها على خمسة أنواع، ومنهم من قسمها على ستة أنواع، ومنهم من حصرها في عشرة أنواع، ومنهم من قسمها إلى أحد عشر نوعا، ومنهم من قسمها على ثلاثة عشر نوعا، والذي سوف أعتمده في هذا البحث التقسيم الأول لأنواع مفهوم المخالفة، وفق التفصيل الآتي[10]:

1- مفهوم الشرط: هو دلالة اللفظ المعلق فيه الحكم على شرط على ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت عنه الذي انتفى عنه ذلك الشرط، والمراد به الشرط اللغوي، مثل: إن، وإذا، وليس الشرط الأصولي القسيم للسبب والمانع، وسنذكر له مثالين:

---

[8] إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، المؤلف: الشوكاني اليمني، ج2 ص38.

[9] الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المؤلف: محمد مصطفى الزحيلي، ج2 ص154.

[10] الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المؤلف: محمد مصطفى الزحيلي، ج2 ص156-164.

المثال الأول: قوله- تعالى-: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى)[11]، فتدل الآية بمنطوقها على وجوب النفقة للمطلقة البائن إذا كانت حاملًا، ويدل بمفهوم المخالفة على عدم وجوب النفقة للمطلقة البائن غير الحامل.

والمثال الثاني: قوله- تعالى-: (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا)[12]، فإن هذه الآية تدل بمنطوقها على حل أخذ الزوج من مال زوجته ومهرها إن رضيت نفسها بذلك، وتدل بمفهوم المخالفة على حرمة أخذ شيء من مال المرأة إذا لم ترضى نفسها به، فالرضا شرط في الحل.

2- مفهوم الصفة: وهو دلالة اللفظ المقيد بصفة على نقيض هذا الحكم للمسكوت الذي انتفى عنه ذلك الوصف، وليس المراد بالصفةِ الصفةَ النحوية، وهي النعت فحسب، بل يشمل ما في معناها كالتقييد بالزمان والمكان والإضافة والحال، وسنذكر له مثالين:

المثال الأول: قوله- تعالى-: (وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ

---

[11] سورة الطلاق: 6.

[12] سورة النساء: 4.

(ISSN : 2536 - 9555)

تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[13]، فتدل الآية بمنطوقها على أن المسلم إذا لم يملك مهر الحرة، فيحل له الزواج بالإماء المؤمنات، وتدل بمفهوم المخالفة على أنه يحرم عليه الزواج بالإماء الكافرات؛ لأن الحل مقيد بوصف الإيمان، فينتفي الحل بانتفاء هذا الوصف.

ومثال الثاني: قوله– تعالى–: (الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى وَاتَّقُونِ يَاأُولِي الْأَلْبَابِ)[14]، وقوله– تعالى–: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)[15]، فكل منهما ظرف زمان وهو قيد فيهما، فيُشرع الحج في أشهره دون غيرها، وتجب الجمعة يوم الجمعة دون غيره.

3– مفهوم الغاية: هو دلالة اللفظ الدال على حكم مقيد بغاية على ثبوت نقيض الحكم بعد هذه الغاية، وللغاية لفظان: إلى، حتى، والغاية انتهاء الشيء وتمامه، وحكم الغاية أن يكون ما بعدها مخالفًا لما قبلها، وسنذكر لها مثالين:

المثال الأول: قوله– تعالى–: (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ

---

[13] سورة النساء: 25.

[14] سورة البقرة: 197.

[15] سورة الجمعة: 9.

يَتَّقُونَ)[16]، فتدل الآية بمنطوقها على إباحة تناول الطعام والشراب في الليل إلى الفجر، وتدل بالمفهوم المخالف على تحريم ذلك بعد الغاية، وهي طلوع الفجر، وتدل على جواز تناول المفطرات بدخول الليل بعد الإمساك عنها طوال النهار، وتدل بالمنطوق على وجوب الصيام ببياض النهار، وتدل بالمفهوم المخالف على عدم وجوب الصيام في الليل.

والمثال الثاني: قوله- تعالى-: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ)[17]، فتدل الآية على تحريم إتيان النساء زمن الحيض وقبل الاغتسال، وتدل بمفهوم المخالفة على جواز الإتيان بعد الحيض والاغتسال.

4- مفهوم العدد: هو دلالة النص الذي قيد فيه الحكم بعدد مخصوص على ثبوت حكم للمسكوت مخالف لحكم المنطوق؛ لانتفاء ذلك القيد، وسنذكر لها مثالين:

المثال الأول: قوله- تعالى-: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ)[18]، وقوله- تعالى-: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[19]، فالجلد تقيّد في الآية الأولى بمئة، وفي الثانية بثمانين، فيدل

---

[16] سورة البقرة: 187.

[17] سورة البقرة: 222.

[18] سورة النور: 2.

[19] سورة النور: 4.

(ISSN : 2536 - 9555)

بالمنطوق أن العقوبة مائة في الأولى، وثمانون في الثانية، ويدل بمفهوم المخالفة على أن الزائد عليها لا يجب.

والمثال الثاني: حديث ابن عمر: أنه سمع النبي– صلى الله عليه وسلم– وهو يسأل عن الماء يكون في الفلاة من الأرض وما ينوبه من السباع والدواب يقول: "**إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث– وفى رواية– لم ينجسه شيء**"[20]، فيدل بالمنطوق على أن الماء الكثير لا ينجس إذا أصابته نجاسة إلا إذا تغير طعمه أو لونه أو رائحته، ويدل بمفهوم المخالفة على أن الماء القليل، وهو دون القلتين، يتنجس بملاقاة النجاسة.

5– مفهوم اللقب: المراد من اللقب هو الاسم الذي يعبر به عن الذات، سواء كان عَلَمًا، أو اسم جنس، أو نوع، وتعريفه: تخصيص اسم بحكم، بأن يدل المنطوق على نفي الحكم عما عداه، وسنذكر له مثالين:

المثال الأول: قوله– تعالى–: (مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِنْ أَثَرِ السُّجُودِ ذَلِكَ مَثَلُهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَمَثَلُهُمْ فِي الْإِنْجِيلِ كَزَرْعٍ أَخْرَجَ شَطْأَهُ فَآزَرَهُ فَاسْتَغْلَظَ فَاسْتَوَى عَلَى سُوقِهِ يُعْجِبُ الزُّرَّاعَ لِيَغِيظَ بِهِمُ الْكُفَّارَ وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ مِنْهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا)[21]، وقول الرسول– صلى الله عليه وسلم–: "**لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الفضة بالفضة، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالملح إلا مثلا بمثل سواء بسواء**

---

[20] فيض القدير شرح الجامع الصغير، المؤلف: زين الدين القاهري، حديث رقم 9129، ج6 ص248.

[21] سورة الفتح:29.

يدا بيد عينا بعين"[22]، وذلك بتخصيص الأشياء الستة المذكورة بتحريم الربا فقط، وبمفهوم المخالفة فلا يجري الربا في غير هذه الأصناف الستة.

6- مفهوم الحصر: هو انتقاء الحكم المحصور عن غير ما حصر فيه، وثبوت نقيضه له، ويتم الحصر بحرف "إنما"، وحصر المبتدأ في الخبر بكونه معرفًا باللام، أو الإضافة، وسنذكر له مثالين:

المثال الأول: قوله- صلى الله عليه وسلم-: "**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه**"[23]، فيدل بمنطوقه على حصر قبول الأعمال في المنوي، ويدل بمفهومه على عدم اعتبار العمل غير المنوي.

والمثال الثاني: قوله- صلى الله عليه وسلم-: "**مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم**"[24]، فيدل بمنطوقه على حصر صحة الصلاة بالطهارة، وحصر التحريم بالتكبير، وحصر التحليل بالتسليم، ويدل بمفهوم المخالفة على عدم هذه الأحكام عند عدم وجود الطهارة والتكبير والتسليم.

وزاد بعض العلماء على الأنواع السابقة، ما يلي[25]:

7- مفهوم العلة: وهي كقولنا: الكفر يخلد في النار، مفهومه: ما ليس بكفر لا يخلد في النار، وما ليس بكفر أفراده غير متناهية، مسلوبة الغاية، فقد دل بالالتزام على سلب الحكم على العموم في أفراد المسكوت عنه.

---

[22] البحر الزخار، المؤلف: البزار، حديث رقم 3633، ج9 ص99.

[23] صحيح البخاري، المؤلف: محمد البخاري، حديث رقم 1، ج1 ص6.

[24] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 1006، ج2 ص292.

[25] العقد المنظوم في الخصوص والعموم، المؤلف: القرافي، ج1 ص260-268.

(ISSN : 2536 - 9555)

8- مفهوم المانع: وهو كقولنا: الحيض يمنع من وجوب الصلاة، مفهومه أن ما ليس بحيض لا يمنع وجوب الصلاة، وما ليس بحيض أفراده غير متناهية بالعدد، فقد دل بالالتزام على ما لا نهاية له، والمانع يغاير العلة من جهة الأثر؛ لأن أثر المانع عدم الحكم، وأثر العلة ثبوت الحكم، ومن جهة أن عدم المانع لا يلزم منه شيء، بخلاف عدم السبب فإنه يلزم منه العدم: كزوال الشمس، يلزم من عدمه عدم وجوب الظهر، ومن وجوده وجوب الظهر، ولا يلزم من عدم الحيض أن تجب الصلاة؛ لاحتمال عدم السبب ولا ألا تجب؛ لاحتمال وجود السبب، ففارق المانع العلة من وجهين: أنه مؤثر في العدم، والصفة لا تؤثر في شيء، بل هي مكملة للمؤثر.

9-مفهوم الاستثناء: وهو كقولنا: رأيت الناس إلا بني تميم، فإن بني تميم وإن كان لفظا عاما في نفسه، لكن عموم السلب إنما حصل لهم بالاستثناء من الإثبات، فإنه نفي، فكان حكم بني تميم– وهو عدم الرؤية– مستفادا من الاستثناء بطريق المفهوم الذي هو دلالة الالتزام.

10- مفهوم الزمان: وهو كقولنا: سافرت يوم الجمعة، مفهومه أنه لم يسافر في غير يوم الجمعة، وغير يوم الجمعة يشمل الأزمان إلى أقصى الأزل، فهذا يدل بدلالة اللزوم التي هي دلالة مفهوم على العموم مسلوب النهاية.

11- مفهوم المكان: وهو كقولنا: جلست أمام زيد، فهو يدل بمفهومه على أنه لم يجلس في غير هذه البقعة، فيشمل من الأحياز ما لا يتناهى بدلالة المفهوم وهي دلالة الالتزام.

المبحث الثالث
حجية مفهوم المخالفة

يجب في البداية تحرير محل النزاع، لبيان مواطن الاتفاق والاختلاف في مفهوم المخالفة، وفق التفصيل الآتي:

أولا: اتفقوا على الاحتجاج بمفهوم المخالفة في مفهوم الوصف والشرط، والعدد والغاية، وذلك في غير النصوص الشرعية، أي: في عقود المتعاقدين وتصرفاتهم وأقوال الناس وعبارات المؤلفين ومصطلحات الفقهاء، فمثلا: لو قال الواقف: وقفت دارى من بعدي على طلبة العلم في المحلة الكبرى، فهذا القول يدل بمنطوقه على شمول طلبة العلم بالمحلة بوقفه دون غيرهم، ولو قال: وقفت ربع ضيعتي من بعدي لأرملتي إذا لم تتزوج، فالمنطوق ثبوت الاستحقاق لأرملته إذا لم تتزوج، والمفهوم المخالف له نفي استحقاقها إذا تزوجت، وهكذا كل عبارة من أي عاقد، أو متصرف، أو مؤلف، أو أي قائل إذا قيدت بوصف أو شرط أو حددت بعدد أو غاية تكون حجة على ثبوت الحكم الوارد بها حيث يوجد ما قيدت به، وعلى نفيه حيث ينتفى؛ لأن عرف الناس واصطلاحهم في الفهم والتعبير على هذا، ولو لم يفهم النفي والإثبات كان التقييد في عرفهم عبثا إلا إذا دلت قرينة على أن القيد ليس للتخصيص[26].

ثانيا: اتفقوا على عدم الاحتجاج بالنص في مفهوم اللقب؛ لأنه لا يقصد بذكره تقييد ولا تخصيص ولا احتراز عما عداه، ولا فرق في هذا بين النصوص الشرعية ونصوص القوانين الوضعية، وعقود الناس وتصرفاتهم وسائر أقوالهم[27].

---

[26] دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، ص309.

[27] علم أصول الفقه، لعبدالوهاب خلاف، ص138.

(ISSN : 2536 - 9555)

ثالثا: اختلف العلماء في الاحتجاج بمفهوم الصفة والشرط والعدد والغاية في النّصوص الشرعية، وهذا ما سنبحثه في هذا المبحث بإذن الله.

المطلب الأول

أقوال العلماء في الاحتجاج بمفهوم الصفة والشرط والعدد والغاية في النّصوص الشرعية

اختلف العلماء في الاحتجاج بمفهوم الصفة والشرط والعدد والغاية في النّصوص الشرعية على قولين، وفق التفصيل الآتي:

القول الأول: ذهب جمهور الأصوليين إلى أن مفهوم المخالفة حجة، مع اختلافهم في قوة كل نوع من أنواعه، فالنص الشرعي الدال على حكم في واقعة؛ إذا قيد بوصف أو شرط بشرط أو حدد بغاية أو عدد، يكون حجة على ثبوت حكمه في الواقعة التي وردت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه، ويكون حجة على ثبوت نقيض حكمه في الواقعة التي وردت فيه إذا كانت على خلاف الوصف، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد الذي ذكر فيه، ويسمى حكمه الأول منطوقة، ويسمى حكمه الثاني مفهومه المخالف[28].

القول الثاني: ذهب أكثر الحنفية إلى عدم حجية مفهوم المخالفة مطلقا، فالنص الشرعي الدال على حكم في واقعة، إذا قيد بوصف أو شرط بشرط، أو حدد بغاية أو عدد، لا يكون حجة إلا على حكمه في واقعته التي ذكرت فيه

---

[28] انظر: شرح تنقيح الفصول، المؤلف: القرافي، (ص270)، وأصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، (ص382)، علم أصول الفقه، لعبدالوهاب خلاف، (ص139)، ودراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، (ص310–311)، ومعالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، المؤلف: محمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني، (ص456).

بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه، وأما الواقعة التي انتقى عنها ما ورد فيه من قيد، فلا يكون حجة على حكم فيها، بل يكون النص ساكتا عن بيان حكمها، فيبحث عن حكمها بأي دليل من الأدلة الشرعية[29].

المطلب الثاني

أدلة الأقوال في حجية مفهوم المخالفة

ويشتمل هذا المطلب على فرعين؛ الأول: أدلة الجمهور القائلين بحجية مفهوم المخالفة في الوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد، والثاني: أدلة الحنفية القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة في الوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد.

الفرع الأول

أدلة القول الأول القائلين بحجية مفهوم المخالفة

استدل هذا الفريق بعدة أدلة، وهي كالآتي:

1- قول الرسول الله- صلى الله عليه وسلم-: "**إنما خيرني الله فقال: استغفر لهم أو لا تستغفر لهم، إن تستغفر لهم سبعين مرة وسأزيد على سبعين**"[30] بعد أن نزل قوله- تعالى-: (اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ)[31]، ووجه الدلالة من ذلك: أن النبي- صلى الله عليه وسلم- فهم من

---

[29] انظر: إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، المؤلف: الشوكاني، (ج2 ص39)، وأصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، (ص383)، وعلم أصول الفقه، لعبدالوهاب خلاف، (ص140).

[30] صحيح مسلم، حديث رقم 2400، ج4 ص1865.

[31] سورة التوبة: 80.

(ISSN : 2536 - 9555)

النص على السبعين أن ما زاد عنها قد يكون حكمه مختلفا عن المقتصر على هذا العدد، فوعد بالزيادة على السبعين، لكنه نهى نهيا صريحا عن الاستغفار للمنافقين والصلاة عليهم[32].

2- إن رجلا سأل النبي- صلى الله عليه وسلم- ما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: "**لا يلبس القميص، ولا السراويلات، ولا العمائم، ولا البرانس، ولا الخفاف، إلا أحد لا يجد نعلين فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين**"[33]، ووجه الدلالة من هذا الحديث: أنه لولا أن تخصيص الممنوع بالذكر يدل على إباحة ما عداه لما كان قول الرسول- صلى الله عليه وسلم- جوابا لسؤالهم؛ لأنهم سألوا عما يجوز لبسه أو يجب، فأجاب بذكر ما لا يجوز لبسه، فدل على أن ما عداه يجوز لبسه[34].

3- إن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لا بد أن تكون لحكمة؛ لأن الشارع لا يقيد بوصف أو شرط أو غاية عبثاً، وأظهر ما يتبادر إلى الفهم أن تكون هذه الحكمة تخصيص الحكم بما يوجد فيه القيد، والتخصيص يقتضي نفي الحكم عما لم يوجد فيه القيد، فإذا عري القيد بعد البحث والتمحيص عن أغلب الاحتمالات والفوائد التي تتوخى منه عادة إلا عن تخصيص الحكم بالمذكور وجب حمله على ذلك؛ لئلا يكون القيد خالياً عن الفائدة، وهو ما ينبغي أن يصان عنه كلام العقلاء، فضلاً عن كلام الله وكلام رسوله- صلى الله عليه وسلم-[35].

---

[32] أصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، ص382.

[33] معرفة السنن والآثار، المؤلف: أبو بكر البيهقي، حديث رقم 9609، ج7 ص145.

[34] أصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، ص383.

[35] المطلق والمقيد، المؤلف: حمد الصاعدي، ص345.

4- المألوف في أساليب اللغة العربية أن تقييد الحكم بقيد يدل على انتفائه، حيث ينتفي القيد وهذا هو المتبادر إلى الفهم، فمن سمع قول الرسول- صلى الله عليه وسلم-: "**مطل الغنى ظلم**"[36]، يفهم أن مطل الفقير ليس ظلما[37].

5- إن ربط الحكم بالوصف يومئ إلى علية ذلك الوصف، ومعلوم أنه إذا انتفت العلة انتفى المعلول؛ فكان انتفاء الوصف دليلاً على انتفاء الحكم، وهذا الدليل يرجع إلى اعتبار لغوي في النص وهو القيد، كما أنه يعود إلى اعتبار عقلي أيضاً، وهو ارتباط المسبب بالسبب عقلاً؛ فإن العقل يحكم بأنه حيثما توجد العلة يوجد الحكم، وبهذا يكون الاعتبار اللغوي والشرعي قد تأيدا بالاعتبار العقلي في حجية المفهوم[38].

الفرع الثاني

أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة

استدلوا بعدة أدلة، هي كالآتي:

1- إن القرآن والسنة مليئان بالنصوص التي فيها تعليق الحكم على وصف، أو عدد، أو غاية، ولا يكون نفي الحكم عما سوى المذكور مرادا باتفاق الصحابة[39]، ومن ذلك:

-قوله- تعالى-: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ

---

[36] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 7541، ج12 ص505.

[37] دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، ص311.

[38] المطلق والمقيد، المؤلف: حمد الصاعدي، ص345-346.

[39] أصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، ص383-384.

(ISSN : 2536 - 9555)

تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا)[40]، ولا خلاف في تحريم الربيبة وإن لم تكن في الحجر، وأيضاً لم يدل هذا على خروج حليلة الابن من الرضاعة، مع أنها ليست من الصلب.

– قوله– تعالى–: (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا)[41]، ولا خلاف في جواز القصر للمسافر وإن لم يكن خائفا.

– قوله– تعالى–: (وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا)[42]، ولا خلاف في أنه لو رغب طلاق المرأة ولم يرد الزواج بغيرها أنه داخل في النهي عن أخذ شيء من المهر، ولو كان المفهوم حجة لما كان ذلك إلا لمن رغب الاستبدال بها.

2– إن الله قد نص على المفهوم المخالف حين يريد نفي الحكم عنه في آيات كثيرة، ولو كان السكوت كافيا لما كانت هناك حاجة إلى النص عليه[43]، مثاله قوله– تعالى–: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا)[44].

---

[40] سورة النساء: 23.

[41] سورة النساء: 101.

[42] سورة النساء: 20.

[43] أصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، ص384.

[44] سورة النساء: 11.

3- القيود التي ترد في النصوص الشرعية لها فوائد كثيرة، فإذا لم تظهر لنا هذه الفوائد لا نستطيع أن نجزم بأن الفائدة لتلك القيود هي تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد ونفيه عما سواه، وسبب ذلك أن مقاصد الشارع كثيرة لا يمكن الإحاطة بها بخلاف مقاصد البشر؛ إذ يمكن حصرها ولهذا كان مفهوم المخالفة حجة في أقوالهم فقط دون أقوال الشارع[45].

4- إنه ليس مطردا في الأساليب العربية أن تقييد الحكم بوصف أو شرط أو تحديد بغاية أو عدد، يدل على إثبات الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي. وكثيرا ما ترد العبارة مقيدة، ويتردد السامع في فهم حكم ما انتفى فيه القيد، ويسأل المتكلم عنه ولا يستنكر عليه السؤال. فمن قال: إذا سألك صباحا فاقض حاجته، لا ينكر على سامعه إذا استفهم عمن سأله مساء. وإذا كانت الدلالة على نفي الحكم حيث ينتفي القيد غير مقطوع بها، فلا يكون النص الشرعي حجة عليه؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط في الاحتجاج بها، ولا تكون حجة بمجرد الاحتمال[46].

5- إن مفهوم المخالفة إما أن يعرف بالعقل أو بالنقل، ولا مجال للعقل في هذا الأمر؛ إذ إنه متعلق باللغة، والعقل لا دخل له فيها، والنقل إما أن يكون بالتواتر أو بالآحاد، وليس هنا تواتر؛ إذ لو كان تواترا لعلمه الجميع، والآحاد لا تفيد إلا الظن، والظن غير معتبر في إثبات اللغات[47].

---

[45] دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، ص312.

[46] علم أصول الفقه، لعبدالوهاب خلاف، ص141.

[47] مفهوم النص عند الأصوليين مع تطبيقاته الفقهية، تأليف عقيل السلطاني، أطروحة دكتوراه بكلية الفقه جامعة الكوفة، سنه 2010م، ص158.

(ISSN : 2536 - 9555)

المطلب الثالث

المناقشة والترجيح

بعد عرض أقوال العلماء بمفهوم المخالفة، وذكر أدلتهم، نوقش استدلال القول الأول بقول الرسول الله– صلى الله عليه وسلم–: ((إنما خيرني الله...)) بأن هذا الخبر ضعيف، وإن سلمنا بصحته، فهو من أخبار الآحاد، والذي لا نعلم ثبوتها، فلا يستدل بمثلها على الأصول، ويرد عليهم بأن هذا الخبر صحيح، وقد رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما، وأما منع اشتراط التواتر، إذا عمل به لامتنع العمل بأكثر أدلة الأحكام؛ لعدم تواترها في مفرداتها، ولا نعلم قطعاً أن العلماء في جميع الأعصار والأمصار كانوا لا يكتفون في فهم معاني الألفاظ بالآحاد[48].

ونوقش قولهم: بأن ربط الحكم بالوصف يومئ إلى علية ذلك الوصف، ومعلوم أنه إذا انتفت العلة انتفى المعلول؛ فكان انتفاء الوصف دليلاً على انتفاء الحكم، بأن انتفاء الحكم عند انتفاء العلة غير مسلّم به؛ لجواز علة أخرى يثبت بها الحكم، ذلك أن الحكم الواحد قد يكون له عدة أسباب يثبت بكل واحد منها على سبيل البدل[49].

أما أدلة القول الثاني فنوقشت وفق التفصيل الآتي:

1– نوقش قولهم إن القرآن الكريم والسنة النبوية مليئان بالنصوص التي فيها تعليق الحكم على وصف، أو عدد، أو غاية، ولا يكون نفي الحكم عما سوى المذكور مرادا باتفاق الصحابة، وأن هناك مفاهيم مخالفة متفق على عدم حجيتها،

---

[48] حجية مفهوم المخالفة وشروطه عند الأصوليين، تأليف: الدكتور محمود شاكر مجيد، ص23.

[49] المطلق والمقيد، المؤلف: حمد الصاعدي، ص346.

نوقش ذلك بأن تلك المواضع لم تتوافر فيها شروط الاحتجاج بمفهوم المخالفة الآتي ذكرها[50].

2- نوقش قولهم بأن الله قد نص على المفهوم المخالف حين يريد نفي الحكم عنه في آيات كثيرة، ولو كان السكوت كافيا لما كانت هناك حاجة إلى النص عليه، نوقش بأن ما نص فيه على المفهوم قصد تأكيده ولا يدل على أن غيره ليس حجة[51].

3- أما قولهم بأن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لها فوائد كثيرة، فإذا لم تظهر لنا هذه الفوائد لا نستطيع أن تجزم بأن الفائدة لتلك القيود هي تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد ونفيه عما سواه، وسبب ذلك أن مقاصد الشارع كثيرة لا يمكن الإحاطة بها، فقد نوقش بأن مقاصد الشريعة وإن كانت كثيرة لا يمكن أن يحاط بها، إلا أنه إذا لم تظهر للمجتهد فائدة للقيد سوى ما يظهر له من تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد، فإنه يغلب على ظنه أن ورود القيد إنما كان لهذه الفائدة، فينتفي الحكم عما لا يوجد فيه هذا القيد، ويكفي الظن الغالب في العمل بدلالة مفهوم المخالفة؛ لأن دلالة هذا المفهوم ظنية لا قطعية، وذلك باتفاق القائلين به[52].

4- أما قولهم إن مفهوم المخالفة إما أن يعرف بالعقل أو بالنقل، ولا مجال للعقل في هذا الأمر؛ إذ إنه متعلق باللغة، والعقل لا دخل له فيها، والنقل إما أن يكون بالتواتر أو بالآحاد، وليس هنا تواتر؛ إذ لو كان تواتر لعلمه الجميع، والآحاد لا تفيد إلا الظن، والظن غير معتبر في إثبات اللغات، فنوقش بأن الأمر هنا ليس

---

[50] أُصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، ص384.

[51] انظر: المرجع السابق.

[52] دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، ص312-313.

(ISSN : 2536 - 9555)

من قبيل الآحاد؛ إذ ما أثبتوه من طريق علماء اللغة العربية معارض بنقيضه من طريق علماء اللغة العربية أيضاً، مما يعني أن هذا ليس فيه إلا الشك، وليس الظن كما هو شأن أخبار الآحاد[53].

فبعد عرض أقوال العلماء في المسألة، وبيان أدلة كل قول ومناقشته، يتبين لنا أن الراجح هو ما ذهب إلية جمهور الأصوليين من أن مفهوم المخالفة حجة، فالنص الشرعي الدال على حكم في واقعة إذا قيد بوصف أو شرط بشرط أو حدد بغاية أو عدد، يكون حجة على ثبوت حكمه في الواقعة التي وردت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه، ويكون حجة على ثبوت نقيض حكمه في الواقعة التي وردت فيه إذا كانت على خلاف الوصف، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد الذي ذكر فيه؛ لقوة أدلته، وسلامته من الاعتراضات والانتقادات.

المبحث الرابع
شروط العمل بمفهوم المخالفة

ويشترط للعمل بمفهوم المخالفة شروط، نذكرها فيما يلي[54]:

الشرط الأول: أن لا يرجع حكم المفهوم المخالف على أصل المنطوق به بالإبطال؛ لأن المفهوم فرع المنطوق، ولا يقدم الفرع على أصله، ويسقط به.

---

[53] مفهوم النص عند الأصوليين مع تطبيقاته الفقهية، تأليف عقيل السلطاني، ص158.

[54] انظر: الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، المؤلف: عبد الكريم النملة، (ص312–314)، والْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ، المؤلف: عبد الكريم النملة، (ج4 ص1802–1805)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المؤلف: محمد مصطفى الزحيلي، (ج2 ص164–167)، وأصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض السلمي، (ص385–386).

الشرط الثاني: أن لا يوجد في المسكوت دليل خاص يدل على نقيض حكم المنطوق، فإن وجد ذلك الدليل الخاص كان هو المعمول به دون المفهوم؛ لذلك لم نعمل بمفهوم الشرط في قوله- تعالى-: (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا)[55]؛ لذلك جاز القصر عند عدم الخوف؛ وذلك لوجود دليل آخر في ذلك وهو قوله- صلى الله عليه وسلم-: "**صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته**"[56].

الشرط الثالث: أن يكون الكلام الذي ذكر فيه القيد مستقلًا، فإن ذكر على وجه التبعية لشيء آخر فلا مفهوم له، كقوله- تعالى-: (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ)[57]، فإن عبارة "في المساجد" لا مفهوم لها؛ لأن المعتكف ممنوع من المباشرة مطلقًا، سواء كان في المسجد أو خرج منه لعذر شرعي.

الشرط الرابع: ألا يعارض مفهومَ المخالفة ما هو أرجح منه في الدلالة: كدلالة النَّص ودلالة التنبيه أو الإيماء، ودلالة مفهوم الموافقة أو القياس الجلي، فيسقط مفهوم المخالفة، ويقدم الاستدلال بهذه الدلالات، كما سبق بيانه عند شرحها.

---

[55] سورة النساء: 101.

[56] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 170، ج1 ص308.

[57] سورة البقرة: 187.

(ISSN : 2536 - 9555)

الشرط الخامس: ألا يكون ذكر القيد في النص قد خرج مَخْرج الأعم الأغلب أو لمراعاة الواقع، كما في قوله- تعالى- في تحريم بنات الزوجة (الربائب): (وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا)[58]، فإن الغالب أن تكون الربيبة في حجر زوج أمها، فجاء القيد به، ولا يؤخذ منه مفهوم المخالفة، فالربيبة محرمة سواء كانت في الحجر أم لا، ولكن يعمل بمفهوم المخالفة في القيد الثاني "اللاتي دخلتم بهن" فلا تحرم الربيبة إلا إذا تمَّ الدخول بالزوجة، فإن لم يدخل بها فلا تحرم بنتها؛ ولذلك قالوا: "الدخول بالأمهات يحرّم البنات".

الشرط السادس: ألا يكون المقصود من القيد هو: المبالغة في التكثير كقولك: جئتك ألف مرة ولم أجدك.

الشرط السابع: ألا يكون المقصود من القيد المبالغة في التنفير كقوله- تعالى-: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[59]، فهذا لا مفهوم له؛ حيث لا يدل بالمفهوم المخالف: أن الربا القليل حلال.

الشرط الثامن: ألا يكون المقصود من القيد الحث على الامتثال، كقوله- صلى الله عليه وسلم-: "**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا**"[60]، فالوصف بالإيمان لا مفهوم له؛

---

[58] سورة النساء: 23.

[59] سورة آل عمران: 130.

[60] مسند أبي داود الطيالسي، حديث رقم 1694، ج3 ص165.

لأنه سيق للحث على الامتثال لأمر الله في الإحداد ثلاث ليال على الميت، وليس المقصود منه جواز ما زاد إن كانت لا تؤمن بالله.

الشرط التاسع: ألا يكون المقصود من القيد إظهار الامتنان، كقوله- تعالى-: (وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاخِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)[61]، فإن هذا لا مفهوم له؛ لأنه سيق لإظهار المنة بطيب اللحم الطري، وليس المقصود من ذلك الوصف وهو (لَحْمًا طَرِيًّا) كون اللحم غير الطري ممتنع كله.

الشرط العاشر: أن لا يكون حكم المذكور جاء لكونه مسؤولا عنه، أو بيانا لحكم واقعة، فإن سئل عنه فرتب الحكم عليه، أو كان أمرا واقعا جاء بيان حكمه على صفته التي هو عليها، لم يدل ذلك على نفي الحكم عما عداه.

الشرط الحادي عشر: ألا يكون الشارع قد ذكر القيد للقياس عليه، فإن وجدت جميع شروط القياس فلا مفهوم له، كقوله- صلى الله عليه وسلم-: "**خمس فواسق يقتلن في الحرم: العقرب، والفأرة، والحديا، والكلب العقور، والغراب**"[62]، فهذا لا مفهوم له؛ حيث إن الشارع ذكرهن؛ لما فيهن من الأذى، فيجوز أن نلحق بهن كل ما فيه أذى.

الشرط الثاني عشر: ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم، أو مساواته فيه للمنطوق، وإلا استلزم ثبوته في المسكوت عنه، فكان مفهوم موافقة، لا مفهوم مخالفة.

---

[61] سورة النحل: 14.

[62] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 24052، ج40 ص57.

(ISSN : 2536 - 9555)

المبحث الخامس
التطبيقات الفقهية على مفهوم المخالفة

وسنتطرق في هذا المبحث على الأمثلة التطبيقية على مفهوم المخالفة من كتب الفقه في المذاهب الفقهية الخمسة، وسآخذ من كل مذهب من المذاهب الأربعة كتابين، أستخرج من كل كتاب مثالين على مفهوم المخالفة، أما مذهب الظاهرية فسأقتصر على كتاب المحلى بالآثار لابن حزم.

وبما أن المذهب الحنفي والظاهري لم يعتدوا بحجية مفهوم المخالفة كما بينا سابقاً، فلن نجد أمثلة تطبيقية على هذين المذهبين من كتبهم، ولكني سأذكر مواطن خالفوا فيها الجمهور بسبب مفهوم المخالفة، قال الجصاص في الفصول في الأصول: ((وأما قول من قال: إن كل شيء كان ذا وصفين فخص أحدهما بالذكر فيما علق به من الحكم يدل على أن ما عداه فحكمه بخلافه، وقول من قال: كل ما خص بعض أوصافه بالذكر، وإن كان ذا أوصاف كثيرة فإنه يدل على أن ما عداه فحكمه بخلافه فقول ظاهر الانحلال والفساد لا يرجع قائله في إثباته إلى دلالة من لغة ولا شرع بل اللغة على خلافه، قال أبو بكر: ومذهب أصحابنا في ذلك أن المخصوص بالذكر حكمه مقصور عليه ولا دلالة فيه على أن حكم ما عداه بخلافه سواء كان ذا وصفين فخص أحدهما بالذكر أو كان ذا أوصاف))[63].

المطلب الأول
الأمثلة التطبيقية من المذهب الحنفي

1- الكتاب الأول التجريد، لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبي الحسين القدوري:

[63] الفصول في الأصول، المؤلف: الجصاص، ج1 ص291.

المثال الأول: مسألة فرض زكاة الفطر على المسلم،فاحتجوا بحديث ابن عمر: "**أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس، صاعا من تمر، أو صاعا من شعير، على كل حر أو عبد، ذكر أو أنثى، من المسلمين**"[64]، فهذا الحديث يدل بمنطوقه على وجوب زكاة الفطرة على كل مسلم سواء كان حرا أو عبدا، ذكرا أو أنثى، ولا ينفي الوجوب عن غيره إلا من طريق دليل الخطاب. أي: مفهوم المخالفة، وذلك ليس بحجة عند الحنفية[65].

المثال الثاني: مسألة الولاية في القصاص، فدل عليه قوله- تعالى-: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا)[66]، فلا يقال إن الولاية هنا في العبد فقط؛ لأن التعميم يعم لمولى العبد وولي الحر، فلما ذكر لفظًا عامًا في جميعهم ذكر المولى الذي يعم الحر والعبد، أما قوله- تعالى-: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى)[67]، فإن قيل بأن قوله- تعالى- (الحر بالحر) دليل على أن الحر لا يقتل بالعبد، قلنا لهم بأن هذا يعتبر دليل الخطاب، ودليل الخطاب ليس بحجة عندنا؛ ولأن النطق يقوم عليه، وهذا أولى من الدليل المختلف في كونه حجة[68].

2- الكتاب الثاني الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني:

---

[64] صحيح مسلم، ج2 ص677.

[65] التجريد للقدوري، ج3 ص1387.

[66] سورة الإسراء: 33.

[67] سورة البقرة: 178.

[68] التجريد للقدوري، ج11 ص5471-5472.

(ISSN : 2536 - 9555)

المثال الأول: مسألة افتتاح الصلاة بالتكبير، فذهب المالكية إلى أنه يجب افتتاح الصلاة بقوله الله أكبر وزاد الشافعية بقولهم الله الأكبر ولا يجزأ غيره؛ لقوله– صلى الله عليه وسلم–: "**مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم**"[69]، وأيدوا ذلك بأن النبي– صلى الله عليه وسلم– كان يفتتح صلاته بقوله: الله أكبر، ولم ينقل عنه خلاف ذلك، بينما ذهب أبو حنيفة إلى أنه يجزئ التحريم بكل ذكر لله– تعالى– فيصح بقوله: الله الأجل، والله الأعظم؛ وذلك لأن المالكية والشافعية اعتدوا بمفهوم المخالفة فلا يجزأ عندهم غير اللفظ المذكور، بينما الحنفية لا يعتدون بمفهوم المخالفة فلذلك يجوزون افتتاح الصلاة بأي ذكر لله– تعالى–[70].

المثال الثاني: مسألة من باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر، فذهب الحنفية إلى أنه من باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع، دون التفريق بين قبل التأبير أو بعده؛ لقوله– عليه الصلاة والسلام–: "**من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع**"[71]، بينما فرق المالكية والشافعية في المسألة بناء على قوله– صلى الله عليه وسلم–: "**من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع**"[72]، فدل الحديث عند المالكية والشافعية بمنطوقه على أن الثمر بعد التأبير هي ملك للبائع، ودل بمفهوم المخالفة على أن الثمر

---

[69] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 1006، ج2 ص292.

[70] الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي– بيروت– لبنان، ج1 ص48.

[71] نصب الراية لأحاديث الهداية، المؤلف: الزيلعي، ج4 ص5.

[72] صحيح البخاري، حديث رقم 2379، ج3 ص115.

قبل التأبير هي ملك للمشتري، بينما الحنفية لا يعتدون بمفهوم المخالفة، فلم يعتدوا بقيد التأبير، فالثمر عندهم هي ملك للبائع، ولا ينازعه المشتري فيها[73].

المطلب الثاني

الأمثلة التطبيقية من المذهب المالكي

1- الكتاب الأول بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد:

المثال الأول: مسألة لا يجزئ من لفظ التكبير إلا الله أكبر، قال مالك: لا يجزئ من لفظ التكبير إلا الله أكبر، وقال الشافعي: الله أكبر والله الأكبر، اللفظان كلاهما يجزئ، وقال أبو حنيفة: يجزئ من لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل: الله الأعظم، والله الأجل، وسبب اختلافهم هو هل اللفظ هو المتعهد به في الافتتاح أو المعنى، وقد استدل المالكية، والشافعية بقوله- عليه الصلاة والسلام-: "**مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم**"[74]، فقالوا الألف، واللام هاهنا للحصر، والحصر يدل على أن الحكم خاص بالمنطوق به، وأن مفهوم المخالفة هنا يدل بأنه لا يجوز بغيره، وليس يوافقهم أبو حنيفة على هذا الأصل، فإن هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب، وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به، ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به[75].

المثال الثاني: مسألة زكاة الأنعام، فاستدلوا بقوله- عليه الصلاة والسلام-: "**في سائمة الغنم الزكاة**"[76]، فقالوا: من غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها

---

[73] الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: المرغيناني، ج3 ص26-27.

[74] سبق تخريجه.

[75] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: ابن رشد الحفيد، ج1 ص131.

[76] تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج، المؤلف: ابن الملقن، ص11.

(ISSN : 2536 - 9555)

فقط، وذلك أن دليل الخطاب– أي: مفهوم المخالفة– في الحديث السابق يقتضي أن لا زكاة في غير السائمة[77].

2– الكتاب الثاني شرح التلقين، لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري:

المثال الأول: مسألة من باع فاختلف في ثمن المباع، فقالوا يحكم المشتري؛ لما ذهب إليه عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله– صلى الله عليه وسلم–: "**إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها، فالقول قول البائع، أو يترادان**"[78]، هذا بمنطوقه، وأما دليل هذا الخطاب– أي: مفهوم المخالفة– يقتضي أنهما لا يتحالفان مع فوتها، ويكون هذا المستفاد من دليل الخطاب مخصصًا لعموم قوله– صلى الله عليه وسلم–: "**البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر إلا في القسامة**"[79]، وهذا ينظر فيه من جهة أصول الفقه[80].

المثال الثاني: مسألة العامد ترك الصلاة هل يقضيها أو لا، فقال المؤلف: اتفق جماعة الفقهاء على أن المتعمد لترك الصلاة عليه قضاؤها؛ خلافًا لداود وأبي عبد الرحمن الشافعي وكأنهما رأيا أن قوله– صلى الله عليه وسلم–: "من نام عن صلاة أو نسيها" يقتضي دليل الخطاب– أي: مفهوم المخالفة– فيها أن العامد ليس عليه أن يصليها[81].

---

[77] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، ج2 ص13.

[78] المعجم الكبير، المؤلف: أبو القاسم الطبراني، حديث رقم 10365، ج10 ص174.

[79] السنن الصغير للبيهقي، حديث رقم 3103، ج3 ص257.

[80] شرح التلقين، المؤلف: المازري، ج2 ص39.

[81] انظر المرجع السابق، ج1 ص731.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية من المذهب الشافعي

1- الكتاب الأول: بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، للروياني، أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل:

المثال الأول: مسألة فيما يجب الوفاء من النذور، فاستدلوا بما روي أن المشركين أغاروا على سرح المدينة فذهبوا بها وكانت العضباء فيه، وأسروا امرأة من المسلمين، فكانوا إذا نزلوا أراحوا إبلهم بأفنيتهم، فقامت المرأة ذات ليلة بعدما ناموا، فجعلت كلما أتت على بعير رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول مجرسة فركبتها، ثم وجهتها قبل المدينة، ونذرت إن الله أنجاها عليها لتنحرنها، فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فقيل ناقة رسول الله- صلى الله عليه وسلم-، فأخبر النبي- صلى الله عليه وسلم- بنذرها، أو أتته فأخبرته، فقال رسول الله- صلى الله عليه وسلم- "**بئسما جزتها أو بئسما جزيتيها**"، إن الله أنجاها عليها لتنحرنها، ثم قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: "**لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك ابن آدم**"[82]، فدل الحديث بمنطوقة على أنه لا يجب الوفاء بنذر المعصية، أما من طريق دليل الخطاب فدل على أن النذر يلزم في الطاعة[83].

المثال الثاني: مسألة جزاء قتل المحرم للصيد سواء أكان متعمداً أو مخطأً، فقالوا الأصل في تحريم قتل الصيد على المحرم ووجوب الجزاء عليه، قوله- تعالى-: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ

[82] مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم 19863، ج33 ص95-96.
[83] بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، ج11 ص3.

(ISSN : 2536 - 9555)

مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ)[84]، فتدل الآية بمنطوقها على وقوع الجزاء على المتعمد، وذهب داود وقال: لا جزاء على المخطئ أصلاً، وإنما يجب على العامد فقط، واحتجوا بأن الله– تعالى– نص على العمد في الآية السابقة، فدل من طريق دليل الخطاب– أي: مفهوم المخالفة– على أنه إذا كان مخطئاً لا جزاء عليه[85].

2– الكتاب الثاني شرح متن أبي شجاع، لمحمد حسن عبد الغفار:

المثال الأول: مسألة الانتفاع بإيهاب الميتة: استدلوا بحديث ابن عباس، عن ميمونة، أن النبي– صلى الله عليه وسلم– مر على شاة ميتة ملقاة، فقال: "لمن هذه؟" فقالوا: لميمونة، فقال: "**ما عليها لو انتفعت بإهابها**" قالوا: إنها ميتة فقال: "**إنما حرم الله– عز وجل– أكلها**"[86]، ووجه الدلالة: أن التحريم بالميتة إنما هو أكلها، ويدل بمفهوم المخالفة على حل كل شيء بالميتة غير الأكل، ومنها إهابها[87].

المثال الثاني: مسألة شرب الهرة من الاناء، فقالوا: إن حديث الهرة وهو عن كبشة بنت كعب بن مالك، وكانت تحت ابن أبي قتادة، أن أبا قتادة، دخل عليها فسكبت له وضوءا، فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها أبو قتادة الإناء حتى شربته، قالت كبشة: فرآني أنظر إليه، فقال: أتعجبين يا بنت أخي؟ فقلت: نعم، فقال: إن رسول الله– صلى الله عليه وسلم–، قال: "**إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم، والطوافات**"[88]، فدلالتها الظاهرة أنها ليست بنجس، أما مفهوم

---

[84] سورة المائدة: 95.

[85] بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، ج4 ص35–36.

[86] السنن الصغرى للنسائي، حديث رقم 4234، ج7 ص171.

[87] شرح متن أبي شجاع، المؤلف: محمد حسن عبد الغفار، ج10 ص4.

[88] المستدرك على الصحيحين، المؤلف: الحاكم حديث رقم 567، ج1 ص263.

المخالفة فيدل على أن لو كانت الهرة نجسة لكان لعابها نجساً، ولو كان نجساً لنجس الإناء، وحرم الوضوء منه[89].

المطلب الرابع

الأمثلة التطبيقية من المذهب الحنبلي

1- الكتاب الأول: مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني:

المثال الأول: مسألة المجاهدين والقاعدين، فالأصل في هذه المسألة قوله- تعالى-: (لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا)[90]، فدلت الآية بمنطوقها على أن الله- تعالى- نفى المساواة بين المجاهد والقاعد الذي ليس بعاجز؛ ولم ينف المساواة بين المجاهد وبين القاعد العاجز؛ بل إن دليل الخطاب- أي: مفهوم المخالفة- يقتضي مساواته إياه، ولفظ الآية صريح، استثنى أولي الضرر من نفي المساواة، فالاستثناء هنا هو من النفي[91].

المثال الثاني: مسألة الصلاة على الميت وعلى من تجب، فقالوا بأن زيارة القبر بعد الدفن ليس بمستحبة، وإنما المستحب عند الدفن أن يقام على قبره ويصلى عليه ويدعى له بالتثبيت، أما قوله- تعالى-: (وَلَا تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَى قَبْرِهِ إِنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَاتُوا وَهُمْ فَاسِقُونَ)[92]، فإن

---

[89] شرح متن أبي شجاع، المؤلف: محمد حسن عبد الغفار، ج7 ص3.

[90] سورة النساء: 95.

[91] مجموع الفتاوى، المؤلف: ابن تيمية، ج10 ص731.

[92] سورة التوبة: 84.

(ISSN : 2536 - 9555)

الله– تعالى– لما نهى نبيه– صلى الله عليه وسلم– عن الصلاة على المنافقين وعن القيام على قبورهم، كان دليل الخطاب– أي: مفهوم المخالفة– أن المؤمن يصلى عليه قبل الدفن ويقام على قبره بعد الدفن، فزيارة الميت المشروعة بالدعاء والاستغفار هي من هذا القيام المشروع[93].

2– الكتاب الثاني: التحرير شرح الدليل– كتاب الطهارة، لأبي المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي:

المثال الأول: مسألة ما يوجب الغسل، استدلوا بحديث أبي سعيد الخدري، قال خرجت مع رسول الله– صلى الله عليه وسلم– يوم الاثنين إلى قباء حتى إذا كنا في بني سالم، وقف رسول الله– صلى الله عليه وسلم– على باب عتبان فصرخ به، فخرج يجر إزاره، فقال رسول الله– صلى الله عليه وسلم–: "**أعجلنا الرجل**" فقال عتبان: يا رسول الله، أرأيت الرجل يعجل عن امرأته ولم يمن، ماذا عليه؟ قال رسول الله– صلى الله عليه وسلم–: "**إنما الماء من الماء**"[94]، فإن منطوق هذا الحديث يفيد إيجاب الغسل بخروج المني، ولكن نفي إيجاب الغسل بمجرد الانتقال إنما يستفاد من مفهوم المخالفة الذي مفاده أنه إن لم ينزل فلا غسل عليه[95].

المثال الثاني: مسألة المسكر المائع نجس، كالخمر ونحوه مما فيه شدة مطربة؛ لقوله– تعالى–: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[96]، يفهم من هذه الآية الكريمة

---

[93] مجموع الفتاوى، المؤلف: ابن تيمية، ج24 ص330.

[94] صحيح مسلم، حديث رقم 343، ج1 ص269.

[95] التحرير شرح الدليل، المؤلف: المنياوي، ص140.

[96] سورة المائدة: 90.

أن الخمر نجسة العين؛ لأن الله- تعالى- قال إنها: (رِجْسٌ)، والرجس في كلام العرب كل مستقذر تعافه النفس، ويدل لهذا مفهوم المخالفة في قوله- تعالى- في شراب أهل الجنة (عَالِيَهُمْ ثِيَابُ سُنْدُسٍ خُضْرٌ وَإِسْتَبْرَقٌ وَحُلُّوا أَسَاوِرَ مِنْ فِضَّةٍ وَسَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَابًا طَهُورًا)[97]؛ لأن وصف الله- تعالى- لشراب أهل الجنة بأنه طهور يفهم بمفهوم المخالفة منه أن خمر الدنيا ليس كذلك، ومما يؤيد هذا أن كل الأوصاف التي مدح بها الله- تعالى- خمر الآخرة منفية عن خمر الدنيا، بخلاف خمر الدنيا ففيها غول يغتال العقول وأهلها يصدعون، أي يصيبهم الصداع الذي هو وجع الرأس بسببها[98].

المطلب الخامس

الأمثلة التطبيقية من المذهب الظاهري

وسنكتفي بكتاب المحلى لابن حزم الظاهري:

مسألة الزكاة في الغنم السائمة، فقالوا بأنه صح عن النبي- صلى الله عليه وسلم- وجوب الزكاة في الغنم جملة دون ذكر سائمة، بينما الجمهور قالوا في قول رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: "**في الغنم في سائمتها في كل أربعين شاة شاة**"، بأن مفهوم المخالفة- هنا- يدل على أنه لا زكاة في الغنم غير السائمة، بينما الظاهرية لم يعتدوا بمفهوم المخالفة فأوجبوا الزكاة في الغنم جملة، دون التفريق بين السائمة وغير السائمة[99].

المبحث السادس

التطبيقات القضائية على مفهوم المخالفة

---

[97] سورة الإنسان: 21.

[98] التحرير شرح الدليل المؤلف: المنياوي، ص216.

[99] المحلى بالآثار، المؤلف: لابن حزم، ج5 ص48.

(ISSN : 2536 - 9555)

بما أنني أعمل في مجال المحاماة والقانون بحكم طبيعة عملي، فكان لزاماً علي ذكر أمثلة قضائية من سجلات المحاكم يستفاد منها بحكم مفهوم المخالفة، فيكون هذا المفهوم قاعدة قانونية يستند إليها في غيرها من الأحكام، ولبيان أن أصول الفقه يعتمد عليها القانونيون في أحكامهم وقواعدهم، وسأذكر في الأمثلة نص حكم المحكمة؛ ومن ثم أعقب على الحكم باستخلاص القاعدة منه ومفهوم المخالفة، وسأكتفي بذكر ثلاثة أمثلة قضائية:

1- القضية الأولى: رفع الدعوى قبل تقديم التظلم، جلسة 12 مايو سنة 2007، طعن رقم 4132 لسنة 48ق. عليا، الدائرة الثانية (موضوعي):

نص الحكم:

في يوم الثلاثاء الموافق 2002/2/26 أودع الأستاذ "....." المحامي بصفته وكيلا عن الطاعن قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقرير الطعن الماثل في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة– دائرة التسويات بجلسة 2001/12/31 في الدعوى رقم 10496 لسنة 53ق والقاضي منطوقه "بعدم قبول الدعوى شكلا وألزمت المدعي المصروفات".

وطلب الطاعن– للأسباب الواردة بتقرير الطعن– الحكم بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء مجددا بإلزام الجهة الإدارية بتسوية حالته الوظيفية بضم مدة خدمته السابقة كمدة خدمية فعلية طبقا للمادة 18-أ من القانون رقم 11 لسنة 1972 وقرار الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم 118 لسنة 1979 مع صرف مستحقاته المالية والفروق الناجمة عن التسوية وتعديل توصيفه الوظيفي وراتبه وملحقاته، مع إلزام الجهة الإدارية المصروفات عن درجتي التقاضي.

وأعدت هيئة مفوضي الدولة تقريرا بالرأي القانوني في الطعن ارتأت فيه الحكم بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وإلزام الجهة الإدارية المصروفات عن درجتي التقاضي، وعرض الطعن على دائرة فحص الطعون بالمحكمة فقررت بجلسة 2004/12/13 إحالة الطعن إلى دائرة الموضوع لنظره بجلسة 2005/5/26 وبها نظرته هذه المحكمة وتمت مداولته بالجلسات على النحو وللأسباب المبينة بمحضر الجلسة، وبجلسة 2007/3/24 قررت المحكمة إصدار الحكم في الطعن بجلسة اليوم وفيها صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

المحكمة:

وبعد الاطلاع على الوراق وسماع الإيضاحات والمداولة، من حيث إن الطعن استوفى سائر أوضاعه الشكلية المقررة، ومن حيث إن عناصر هذه المنازعة تتحصل– حسبما يبين من الأوراق– في أنه بتاريخ 1999/8/30 أقام الطاعن (كمدعي) الدعوى رقم 10496 لسنة 53ق أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة طالبا فيها الحكم بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بتسوية حالته الوظيفية أسوة بزملائه إلى الدرجة الأولى بأقدمية السنوات التي يسبقونه بها اعتبارا من 1993/12/7 بضم مدة خدمته؛ طبقا لقرار الجهاز المركزي رقم 118 لسنة 1979، وبإلزام الجهة الإدارية بصرف مستحقاته المالية والفروق عن التسوية وتعديل توصيفه الوظيفي وراتبه وملحقاته.

وذكر شرحا للدعوى أنه حاصل على بكالوريوس زراعة عام 1972 وعين بموجبه بمؤسسة "....." من 1972/7/21 حتى 1973/8/11– وهي مدة 13 شهرا– ثم التحق بالعمل بالهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات في 1973/8/13 وتقدم بطلب لضم مدة خدمته بمؤسسة التنمية واستغلال الأراضي حيث قامت الهيئة بحسابها طبقا للقانون رقم 11 لسنة 1975 وتم ترقيته إلى

(ISSN : 2536 - 9555)

الدرجة السادسة وفقا للقانون رقم 58 لسنة 1971، ثم تقدم بعد ذلك بطلب لضم مدة خدمته السابقة كمدة خدمة فعلية إلى كل من الهيئة والجهاز المركزي للتنظيم والإدارة إلا أن شئون العاملين رفضت ضمها، ثم تقدم بطلب آخر في يناير 1991 إلى الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة يطلب فيه أن يكون ترتيب أقدميته في الدرجة السادسة سابقا على زميله "....." إلا أن شئون العاملين بالهيئة أفادت بأن ترتيب أقدميته على زميله المذكور، ولما كان هذا الرد غير صحيح لأنه يسبق زميله المذكور في ترتيب أقدمية شاغلي الدرجة السادسة بعدد 12 اسما، وقد ترتب على أن ترتيبه جاء تاليا لزميله المذكور وآخرين طبقا لرد شئون العاملين بالهيئة على أن تم ترقية زملاء له يلونه في ترتيب الأقدمية ومنهم "....." "....."، "....." "....."، "....." "....."، وآخرين ثم تقدم بعد ذلك بعدة طلبات لضم مدة خدمته السابقة وترقيته، وتم الرد عليه بأنه سبق له الاستفادة من القانون رقم 11 لسنة 1975 وترقيته إلى الدرجة السادسة بالرغم من مخالفة ذلك لأحكام القانون.

وبجلسة 2001/12/31 قضت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة– دائرة التسويات بعدم قبول الدعوى شكلاً وألزمت المدعي المصروفات، وشيدت المحكمة قضاءها على أن حقيقة طلبات المدعي وفقا للتكييف القانوني السليم هي طلب الحكم بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاءالقرار رقم 1396 لسنة 1993 المؤرخ 1993/12/14 فيما تضمنه من تخطيه في الترقية إلى الدرجة الأولى وما يترتب على ذلك من آثار، وأنه لما كانت الدعوى في حقيقتها من دعاوى الإلغاء، وأن الثابت أن المدعي لم يتقدم بتظلم من القرار المطعون فيه قبل إقامة الدعوى، كما أن استطالة المد بين تاريخ صدور القرار المطعون فيه وبين تاريخ إقامة الدعوى بطلب إلغاء هذا القرار هو مما يرجع العلم بهذا القرار، وأنه لما كان الثابت أن المدعي لم يتظلم من القرار المطعون فيه قبل إقامة دعواه على النحو

الذي أوجبته المادة (12) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 كما أن القرار المطعون فيه وقد صدر بتاريخ 1993/12/14 وأقام المدعي دعواه بتاريخ 1999/8/30، وبعد مرور أكثر من خمسة سنوات على صدور القرار المطعون فيه الأمر الذي يتعين معه على المحكمة القضاء بعدم قبول الدعوى شكلا.

وإذ لم يرتض الطاعن هذا القضاء فقد أقام عليه طعنه الماثل على سند مما نعاه على الحكم المطعون فيه من مخالفة القانون والخطأ في التطبيق والتأويل؛ وذلك لأنه يجب على المحكمة أن تتقيد بالطلبات الواردة بصحيفة الدعوى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بما لم يطلب فإنه يكون قد خالف القانون، ولما كانت طلباته في الدعوى هي طلب حساب مدة خدمته السابقة بمؤسسة "....." من 1972/7/21 حتى 1973/8/11 مدة خدمة فعلية وفقا للمادة 18/أ من القانون رقم 11 لسنة 1975، وطبقا لقرار الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم118 لسنة 1979 وتسوية حالته أسوة بزملائه بأقدمية السنوات التي يسبقونه بها اعتبارا من 1993/12/7 وصرف المستحقات والفروق المالية الناجمة عن هذه التسوية وتعديل راتبه وملحقاته، وهذه الطلبات تعد من قبيل المنازعات في المرتب، وأنه لم ينصرف قصده في دعواه قط إلى إلغاء القرار رقم 1396 لسنة 1993 المؤرخ 1993/12/14 حسبما قامت المحكمة بتكييف طلباته في الحكم المطعون فيه، ولما كانت طلباته من طلبات التسوية، ومن ثم فإنها لا تخضع للإجراءات والمواعيد المقررة لدعوى الإلغاء، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى شكلا؛ لعدم التظلم ولرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله بما يجعله جديرا بالإلغاء والقاضي مجددا بطلباته سالفة الذكر.

ومن حيث إنه بالنسبة لما أثاره الطاعن بالنسبة لتكييف الدعوى فإن الثابت مما قدمه الطاعن بحافظة مستنداته المقدمة بجلسة 2000/2/5 أمام هيئة

(ISSN : 2536 - 9555)

مفوضي الدولة بدائرة التسويات أن الإدارة العامة للشئون القانونية بالهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات أخطرت الطاعن بكتابها رقم 3932 المؤرخ 1984/12/15 بأن رئيس مجلس إدارة الهيئة وافق بتاريخ 1984/2/14 على ضم مدة خدمته السابقة من 1972/7/21 حتى 1973/8/11 كمدة خدمة فعلية وفقا لحكم المادة 18أ من القانون رقم 11 لسنة 1975 بتصحيح أوضاع العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام (وهو ما يطالب به الطاعن).

ثم قدم الطاعن حافظة مستنداته المقدمة بجلسة 2000/3/5 صورة من القرار رقم 1396 لسنة 1993 الصادر من رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات بتاريخ 1993/12/14 بترقية بعض العاملين بمجموعة وظائف الزراعة إلى الدرجة الأولى من 1993/12/7، والقرار رقم 1244 لسنة 1995 بتاريخ 1995/11/12 بترقية بعض العاملين بمجموعة وظائف الزراعة إلى الدرجة الأولى من 1995/10/21.

ومن حيث إنه وفقا لما تقدم فإن التكييف القانوني الصحيح لطلبات الطاعن وهو ما تملكه المحكمة– هي إلغاء القرارين رقم 1396 لسنة 1993 المؤرخ 1993/12/14، 1244 لسنة 1995 المؤرخ 1995/11/2 فيما تضمناه من تخطيه في الترقية إلى الدرجة الأولى بمجوعة وظائف الزراعة الأول من 1993/12/7، والثاني من 1995/10/21 وما يترتب على ذلك من آثار وفروق مالية.

ومن حيث إن ما تقدم هو التكييف القانوني السليم لطلبات الطاعن في ضوء ما يثبت من حافظتي مستنداته من قيام الجهة الإدارية بحساب مدة خدمته السابقة من 1972/7/21 حتى 1973/8/11 مدة خدمة فعلية وفقا لحكم المادة 18/أ من القانون رقم 11 لسنة 1975 المشار إليه وذلك بمقتضى موافقة رئيس الهيئة المؤرخة 1984/2/14 والتي أبلغ الطاعن بمقتضاها بكتاب الإدارة العامة

للشئون القانونية رقم 3932 المؤرخ 1984/12/15 وكذلك من صورتي القرارين الصادرين بترقية بعض زملائه على الدرجة الأولى.

ولا ينال مما تقدم ما قرره الطاعن وأعاد تكراره مرارا من أن طلباته هي تسوية حالته بحساب مدة خدمته السابقة من 1972/7/21 حتى 1973/8/11 مدة خدمة فعلية وفقا لأحكام المادة 18/أ من القانون رقم 11 لسنة 1975 المشار إليه ذلك أن الثابت أن الطاعن يعلم يقينا بقيام الهيئة المطعون ضدها بحسابها وهو الذي قدم الأولى مما ترتب عليه سبقهم له وزيادة مرتباتهم عنه ومن ثم فإن التكييف القانوني السليم لطلبات الطاعن تكون هي إلغاء القرارات الصادرة بترقية زملائه فيما تضمنته من تخطيه في الترقية إلى الدرجة الأولى بمجموعة وظائف الزراعة وهي الطلبات السالفة.

ومن حيث إن المادة (12) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 تنص على أنه "لا تقبل الطلبات الآتية:

(أ).....

(ب) الطلبات التي قدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الى الهيئات الرئاسية".

ومن حيث إنه لما كانت الثابت من الأوراق والمستندات وما قرره الطاعن أنه لم يتظلم من القرارين المطعون فيهما رقم 1396 لسنة 1993، 1244 لسنة 1995 وأقام دعواه مباشرة بطلب إلغاء هذين القرارين فيما تضمناه من تخطيه في الترقية إلى الدرجة الأولى ومن ثم تكون الدعوى غير مقبولة شكلا؛ لعدم سابقة التظلم من القرارين المطعون فيهما.

(ISSN : 2536 - 9555)

ومن حيث إن الحكم المطعون فيه أخذ بذات النظر المتقدم وانتهى على ذات النتيجة فإنه يكون قد أصاب الحق في قضائه ويغدو الطعن الماثل عليه على غير سند من الواقع والقانون جديرا بالرفض، ومن حيث إن من خسر الطعن يلزم بمصروفاته عملا بحكم المادة 184 من قانون المرافعات.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وألزمت الطاعن المصروفات، صدر هذا الحكم وتلي علنا بجلسة يوم السبت الموافق 25 من ربيع الآخر 1428هـ، 2007/5/12 م بالهيئة المبينة بصدره.

فنستخلص من هذا الحكم:

أنه دل بمنطوقه بأن لا تقبل الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات العامة، فيستفاد منها بطريق مفهوم المخالفة؛ بأن الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة تقبل بعد التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات العامة.

2- القضية الثانية موضوع عبء الإثبات، جلسة 28 يناير سنة 2007، طعن رقم 11543 لسنة 49 ق. عليا، الدائرة السابعة (موضوع):

نص الحكم:

في يوم السبت الموافق 2003/7/5 أودع الأستاذ "....." المحامي بصفته وكيلا عن الطاعن قلم كتاب المحكمة الإدارية العليا تقرير طعن قيد بجدولها بالرقم المذكور بعالية بطلب الحكم بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بإلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم 42 لسنة 2003 فيما تضمنه من تخطي

الطاعن في التعيين في وظيفة مندوب مساعد بمجلس الدولة مع ما يترتب على ذلك من آثار.

وقد تم إعلان تقرير الطعن على الوجه المقرر قانونا، وبعد تحضير الطعن قدمت هيئة مفوضي الدولة تقريرا بالرأي القانوني، وقد نظر هذا الطعن أمام هذه المحكمة على النحو المبين بمحاضر الجلسات وبجلسة 2006/10/15 قررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة اليوم، وفيها صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

المحكمة: بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات، والمداولة، من حيث إن واقعات الطعن الماثل تخلص– حسبما يبين من الأوراق– في أن الطاعن حاصل على ليسانس الحقوق من كلية الحقوق جامعة طنطا سنة 2000 بتقدير جيد، وقد أعلن مجلس الدولة عن حاجته لشغل وظيفة "مندوب مساعد" وتقدم الطاعن لشغل هذه الوظيفة وبتاريخ 2003/2/22 صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 42 لسنة 2003 متضمنا تخطيه في التعيين فتظلم من هذا القرار وتقاعست الجهة الإدارية عن الرد ثم أقام الطاعن طعنه الماثل بتاريخ 2003/7/5 ناعيا على القرار المطعون فيه مخالفته لمبدأ المساواة؛ استنادا إلى أنه حاصل على تقدير عام جيد، وتوافرت في شأنه كافة الشروط المنصوص عليها في المادة 73 من قانون مجلس الدولة، وأضاف الطاعن أن قرار التعيين قد اشتمل على بعض الأسماء من الحاصلين على تقدير جيد ومقبول أقل منه في الدرجات، وبذلك تم تعيين من هو أقل منه جدارة واستحقاقا.

كما قدمت هيئة قضايا الدولة حافظة مستندات بجلسة 2006/10/15 طويت على صورة طبق الأصل من محضر المقابلة الشخصية يوم الأحد الموافق 2002/5/26 يفيد حصول الطاعن على (4) درجات في المقابلة الشخصية، وبالتالي فإن الطاعن لم يجتز المقابلة بنجاح، وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة

(ISSN : 2536 - 9555)

بدفاعها تضمنت الإشارة إلى قضاء المحكمة الإدارية العليا المستقر على أن الجهة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند تقييمها للمتقدمين لشغل الوظائف القضائية فيما تجريه معهم من مقابلات شخصية ولا وجه للتعقيب على كيفية ممارستها لهذه السلطة طالما خلا قرارها من الانحراف بالسلطة، وأن الطاعن لم يستوف الشروط المقررة للتعيين وافتقد الصلاحية لشغل تلك الوظيفة حسبما قدرت الجهة الإدارية بسلطتها المقررة لها قانونا في هذا الشأن.

ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة (دائرة توحيد المبادئ) قد جرى على أن اجتياز مقابلة اللجنة المشكلة لمقابلة المتقدمين للتعيين بالوظيفة القضائية يكون شرطا لازما يضاف إلى شروط التعيين المنصوص عليها في القانون والتي تنحصر في التمتع بجنسية جمهورية مصر العربية والحصول على إجازة الحقوق، وعدم صدور أحكام من المحاكم أو مجالس التأديب في أمر مخل بالشرف ولو تم رد الاعتبار، وحسن السمعة وطيب السيرة وأن تلك اللجنة غير مقيدة في اختيار المتقدمين سوى بمدى توافر أو عدم توافر الأهلية اللازمة لشغل الوظيفة القضائية المتقدمين إليها، فهي لا تتقيد بأي اختبارات سابقة تتعلق بالقدرات والعناصر الدالة على توافر أو عدم توافر تلك الأهلية وأن سلطتها في الاختيار تكون سلطة تقديرية لا يحدها سوى استهداف المصلحة العامة؛ لأن ممارس السلطة التقديرية في مجال التعيين في الوظائف القضائية سيظل على وجه الدوام واجبا يبتغي الصالح العام باختيار أكفأ العناصر وأنسبها وهو أمر سيبقى محاطا بإطار المشروعية التي تتحقق باستهداف المصلحة العامة دون سواها، وذلك بالتمسك بضورة توافر ضمانات شغل الوظيفة والقدرة على مباشرة مهامها في إرسال العدالة دون ميل أو هوى، وأن تلك السلطة التقديرية هي وحدها التي تقيم الميزان بين كل من توافرت فيه الشروط العامة المنصوص عليها في القانون في شغل الوظائف القضائية بين فاعلية مرفق القضاء وحسن تسييره، فلا يتقلد وظائفه إلا من توافرت

له الشروط العامة وحاز بالإضافة إليها الصفات والقدرات الخاصة التي تؤهله لممارسة العمل القضائي على الوجه الأكمل، ومن ثم فإنه إذا أتيحت للمتقدم فرصة مقابلة اللجنة المنوط بها استخلاص مدى أهليته في تولي الوظيفة القضائية والمشكلة من قمم الجهة القضائية التي تقدم لشغل وظائفها، فإنه لا يكون أمامه أن أراد الطعن في القرار الصادر بتخطيه في التعيين سوى التمسك بعيب الانحراف عن المصلحة العامة، وعندئذ يقع على عاتقه عبء إثبات هذا العيب، ولا يجوز للمحكمة أن تحل محل اللجنة في أعمال معايير وضوابط استخلاص الأهلية اللازمة لشغل الوظيفة، وإلا ترتب على ذلك إهدار كل قيمة لعمل لجان المقابلة وحلول المحكمة محلها بناء على ضوابط يصنعها القاضي؛ ليحدد على أساسها مدى توافر الأهلية اللازمة لشغل الوظيفة وتلك نتيجة يأباها التنظيم القضائي، كما أنه ليس للحاصل على تقدير أعلى أن يحتج بتعيين من هو أقل منه تقديرا؛ إذ ثبت أن تخطيه في التعيين يرجع إلى عدم أهليته بقرار من لجنة المقابلة.

ومن حيث إنه لا مندوحة من أن يترك لأعضاء تلك اللجنة بما أوتوا من حكمة السنين التي رقت بهم وظائف القضاء حتى بلغت منتهاها وأضحوا شيوخا لرجال القضاء أن يسبروا أغوار شخصية كل متقدم لشغل الوظيف القضائية لاستخلاص مدى توافر الشروط التي يتعذر على الأوراق والشهادات أن تثبتها أو تشير إليها لاختيار أفضل العناصر لتولي الوظيفة القضائية التي تتطلب في شاغلها فضلا عن الكفاءة العلمية، أعلى تقدير من الحيادة والنزاهة والتعفف والاستقامة، والبعد عن الميل والهوى، والترفع عن الدنايا والشبهات، والقدرة على مجاهدة النفس الأمارة بالسوء في ظل ظروف الحياة الصعبة وضغوطها التي تجعل من النفوس الضعيفة فريسة للأهواء والنزوات، وتسخير المناصب القضائية الحساسة لتحقيق أهدافها والانحراف بها عن جادة الصالح العام، وتلك اعتبارات

(ISSN : 2536 - 9555)

وعناصر يتعذر على الشهادات الإدارية أن تنطق بها، كما يتعذر على القوانين واللوائح أن تضع لها قيودا وضوابط يمكن التقيد بها، فلا مناص من أن توضع مسئولية اختيار العناصر المناسبة لشغل تلك الوظائف أمانة في عنق شيوخ رجال القضاء يتحملونها أمام الله وأمام ضمائرهم فيكون لهم استبعاد الأشخاص الذين لا علم لهم بالحق ولا قدرة لهم على الصدع به، ولا يتمكنون من ضبط أنفسهم ولا كبح جماحها ومنعها من الميل عن جادة الحق، فتلك أمانة وأنها– بحق– يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها، ولا معقب ليهم في ذلك من القضاء ما لم يقم الدليل صراحة على الانحراف بالسلطة أو التعسف في استعمالها تحقيقا لأهداف خاصة.

ومن حيث إنه على هدى ما تقدم، ولما كان الثابت من الأوراق أنه بناء على الإعلان الصادر من مجلس الدولة عن حاجته لشغل وظيفة مندوب مساعد بمجلس الدولة من الحاصلين على ليسانس حقوق من دفعة 2000 تقدم الطاعن بأوراقه– التي تؤكد حصوله على ليسانس الحقوق من جامعة طنطا بتقدير جيد وبتاريخ 2002/5/26 أجرت مقابلة شخصية معه ضمن المتقدمين لشغل هذه الوظيفة وقد أسفرت المقابلة التي أجراها المجلس المطعون ضده عن عدم اجتيازها حسبما تبين من المستندات المقدمة من المجلس وخاصة صورة طبق الأصل من محضر مقابلات المرشحين للتعيين بالوظيفة المذكور دفعة عام 2000 أنه قد أخفق الطاعن في هذه المقابلة بحصوله على (4) درجات من المجموع الكلي ومقداره عشر درجات، ولما كانت السلطة المختصة بالتعيين تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار أفضل العناصر لتولي الوظيفة المشار اليها فيما تجريه من مقابلات شخصية ومن ثم فإنه لا وجه للتعقيب على كيفية ممارستها لهذه السلطة طالما لم يقم دليل على التعسف أو الانحراف بالسلطة، وإذا صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 42 لسنة 2003 المطعون فيه بتعين من وقع عليهم الاختيار للتعيين في

وظيف مندوب مساعد بمجلس الدولة دون الطاعن فإن هذا القرار يكون متفقا مع صحيح القانون ويغدو الطعن عليه غير قائم على سند سليم من القانون خليقا بالرفض.

ولا يغير من ذلك قول الطاعن بأن هذا القرار اشتمل على تعيين من هو دونه في مجموع الدرجات الحاصل عليها في شهادة الليسانس، فهذا القول مردود بأن الكفاءة العلمية ليست هي المعيار الوحيد للمفاضلة بين المرشحين لشغل الوظيفة القضائية، وإنما يتعين توافر عناصر ومعايير أخرى تتعلق بالأهلية والقدرة على تولي هذا المنصب وتلك المعايير مما تختص لجنة المقابلة– وحدها– بتحديدها وإعمال مقتضاها عند المقابلة الشخصية، من ثم فلا يسوغ التطرق إلى المفاضلة بين المرشحين في درجات التخرج إلا بين من اجتاز من المرشحين المقابلة الشخصية بنجاح، وإذ لم يجتز الطاعن المقابلة المشار إليها فلا يقبل منه الدفع بإجراء المفاضلة بينه وبين المتقدمين الذين اجتازوا المقابلة الشخصية دونه، الأمر الذي يتعين معه الالتفات عن هذا الوجه من أوجه الطعن.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، صدر هذا الحكم وتلي علنا بجلسة الأحد 9 من المحرم سنة 1428 هـ، الموافق 2007/1/28، بالهيئة المبينة بصدره.

فنستخلص من هذا الحكم:

بأنه دل بمنطوقه بأن لا يجوز للمتقدم لشغل وظيفة قضائية الحاصل على تقدير أعلى أن يحتج بتعيين من هو أقل منه تقديراً إذا ثبت أن تخطيه في التعيين يرجع إلى عدم أهليته لشغلها بقرار من لجنة المقابلة الشخصية، ولا سبيل أمامه إن أراد الطعن على قرار تخطيه في التعيين سوى التمسك بعيب الانحراف عن المصلحة العامة ويقع عليه عبء إثباته، ودل بطريق مفهوم المخالفة؛ بأنه يجوز

(ISSN : 2536 - 9555)

للمتقدم لشغل وظيفة قضائية الحاصل على تقدير أعلى أن يحتج بتعيين من هو أقل منه تقديراً إذا ثبت أن تخطيه في التعيين لا يرجع إلى عدم أهليته لشغلها بقرار من لجنة المقابلة الشخصية.

3- القضية الثالثة موضوع ميعاد رفع الدعوى، جلسة 11 يوليو سنة 1999، طعن رقم 4830 لسنة 42ق. عليا، الدائرة الخامسة:

نص الحكم:

بتاريخ السبت الموافق 1995/8/19 أودعت هيئة قضايا الدولة نيابة عن الطاعنين المشار إليهم بصفاتهم قلم كتاب المحكمة تقريرا بالطعن في الحكم المشار إليه والقاضي في منطوقه بقبول الدعوى شكلاً ويوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات.

وطلب الطاعنون الحكم بوقف تنفيذ الحكم المطعون عليه بصفة عاجلة وبإحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا لتقضي بقبوله شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه ويرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون عليه مع إلزام المطعون ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتي التقاضي.

وقد تم إعلان تقرير الطعن على النحو المبين بالأوراق وقدمت هيئة مفوضي الدولة تقريرا بالرأي القانوني ارتأت فيه الحكم بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع برفضه وإلزام الجهة الإدارية المصروفات.

ونظرت دائرة فحص الطعون بالدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا الطعن بجلسة 1997/11/17 وقررت بهذه الجلسة إحالته إلى الدائرة الخامسة عليا للاختصاص، وقد نظرت دائرة فحص الطعون بهذه المحكمة الطعن بجلسة 1998/4/28 والجلسات التالية حيث قدمت الجهة الإدارية مذكرة وقدم المطعون ضده حافظة مستندات، وقررت المحكمة بجلسة 1999/2/9 إحالة الطعن إلى

الدائرة الخامسة عليا موضوعي ونظرته هذه المحكمة بدورها بجلسة 1999/3/21 وقدم المطعون ضده مذكرة وقررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة اليوم حيث صدر وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه عند النطق به.

المحكمة:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة، ومن حيث إن الطعن قد تم تقديمه في الأجل القانوني المقرر واستوفى أوضاعه الشكلية الأخرى ومن ثم يكون مقبولا شكلا.

ومن حيث إن الحكم في موضوع الطعن يغني عن الحكم في طلب وقف التنفيذ، ومن حيث إن عناصر المنازعة تخلص حسبما يبين من الوراق في أن المطعون ضده قد سبق له أن أقام الدعوى رقم 3904-47ق بتاريخ 1993/9/5 أمام محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم 47-321 لسنة 93 الصادر من رئيس حي وسط الإسكندرية فيما تضمنه من إزالة جميع مباني العقار رقم 10 شارع "....." محرم بك وإلزام الجهة الإدارية المصروفات والأتعاب ونعي على القرار الطعين مخالفته للقانون؛ للأسباب الآتية:

1- إن العقار محل القرار تم بناؤه قبل سنة 1976 وربطت عليه ضرائب عقارية من واقع جرد 77/1/1 وتم سداد مقابل الانتفاع عن قطعة الأرض المقام عليها العقار فضلا عن إدخال المياه والكهرباء عليه.

2- إن القرار الطعين يمس الملكية الخاصة بحسبان أنه تم شراء الأرض المقام عليها العقار.

3- إن القرار الطعين استند إلى أحكام القانون رقم 43-1979، القانون رقم 3 لسنة 1982 رغم عدم انطباقهما عليه؛ لأنه تم بناؤه قبل عام 1976.

(ISSN : 2536 - 9555)

وأضاف المدعي أن التنفيذ يرتب أضرارا بالغة يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغاء القرار الطعين وهو مرجح الإلغاء، وقد تداولت المحكمة نظر الدعوى على النحو المبين بمحاضر الجلسات على أن قضت بجلسة 1995/6/29 بحكمها المطعون عليه.

وأقامت المحكمة قضاءها على أن جهة الإدارة ذكرت في معرض ردها على الدعوى أن المدعي أقام البناء مثار النزاع على أرض غير مقسمة مخالفا أحكام قانون التخطيط العمراني رقم 3–82 ومن ثم يكون الاختصاص بإصدار قرارات الإزالة لتلك الأعمال المخالفة منعقدة للجنة المنصوص عليها في المادة (59) من القانون المذكور، وأنه إزاء خلو الأوراق مما يفيد قيام الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم والتخطيط بإحالة الأعمال المخالفة التي تقتضي الإزالة إلى تلك اللجنة لإصدار قرار بإزالتها الأمر الذي يضحي معه القرار المطعون عليه قد صدر بحسب الظاهر من الأوراق مخالفا للقانون مما يرجح إلغاؤه عند الفصل في موضوع الدعوى، وهو ما يتوافر به ركن الجدية كما أن تنفيذ القرار يترتب عليه حرمان المدعي من الانتفاع بملكه وهو ما يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها بما يتوافر به ركن الاستعجال.

ومن حيث إن مبنى الطعن يقوم تأسسا على مخالفة الحكم الطعين للقانون والخطأ في تطبيقه وتأويله؛ للأسباب الآتية:

1- استند الحكم الطعين إلى أن الجهة الإدارية طبقة على الواقعة قانونا خاطئا فقد طبقت أحكام القانون رقم 106–76 في حين أن القانون الواجب التطبيق هو القانون رقم 3 لسنة 1982، وهذا الذي ذهب إليه الحكم يخالف الثابت بالأوراق أن المدعي أقام بناؤه بدون ترخيص من الجهة الإدارية المختصة، وهذه المخالفة واردة في أحكام القانون رقم 106–76، وبناء على أحكام هذا القانون قامت جهة الإدارة بإصدار

قرارها بإزالة المخالفات بعد إتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون، وعليه فإن القرار الطعين يكون قد صدر ممن يملك إصداره قانونا أما ما ساقه المدعي من أن القانون الواجب التطبيق على المخالفة هو القانون رقم 3 لسنة 1982، وسايرته في ذلك محكمة أول درجة فهو مردود بأن ذلك مخالف للثابت بالأوراق، ومخالف أيا لديباجة القرار المطعون فيه ذلك أن القرار المطعون فيه صدر بناء على ما ارتأته اللجنة الثلاثية المشكلة طبقا للمادة 16 من القانون رقم 106-76 كما أن المخالفة المنسوبة له هي البناء بدون ترخيص، وليس البناء في أرض غير مقسمة خاصة، وأن المادة 16 المذكورة قد عدلت بالقانون رقم 30-82 واللاحق في صدوره على القانون رقم 106-76 وتعديلاته سواء تم هذا البناء على أرض مقسمة أو غير معتمدة التقسيم، أما مخالفة البناء على أرض غير مقسمة فهي مخالفة أخرى قد عالجتها أحكام القانون رقم 3-82 ولا يجوز الخلط بين المخالفتين وتطبيق أحكام قانون التخطيط العمراني في مجال مخالفات البناء بدون ترخيص والتي نظمها قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء رقم 106-76 وتعديلاته، فلكل من القانونيين مجال تطبيقه ويكون للجهة الإدارية تطبيق ذلك القانون أو القانون 3-82 على المخالفة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله.

من حيث إنه باستظهار ركن الجدية في طلب وقف تنفيذ القرار رقم 47-321 لسنة 93 الصادر من رئيس حي وسط الإسكندرية موضوع الدعوى رقم 3904-47ق يبين أن المادة الأولى قد قضت بإزالة جميع مباني العقار الكائن برقم 20 ش "....." محرم بك ملك "....." (المطعون ضده) واستند القرار بديباجته إلى القانون رقم 43-79 بنظام الإدارة المحلية ولائحته التنفيذية

(ISSN : 2536 - 9555)

وإلى القانون رقم 3–82 الخاص بالتخطيط العمراني ولائحته التنفيذية كذلك، فقد تضمن دفاع الجهة الإدارية أمام محكمة القضاء الإداري أنه قد عقد اجتماع لجنة المناطق العشوائية برئاسية محافظ الإسكندرية بتاريخ 1993/5/13 وأسفر عن قيام الإدارة العامة للتخطيط العمراني بإجراء تهذيب منطقة "....." بعد صدور قرار محافظ الإسكندرية رقم 15–93 بإعادة تخطيط المنطقة واعتمادها، وعلى ذلك فقد صدرت قرارات الإزالة لجميع العقارات البارزة عن خط التنظيم ومنهم العقار موضوع الدعوى.

ومن حيث إنه وفقا لحكم المواد 25، 59، 60 من القانون رقم 3–1982 بشأن التخطيط العمراني فقد حظر المشرع إقامة مبانٍ أو تنفيذ أعمال على قطع أراضي التقسيم أو إصدار تراخيص بالبناء عليها إلا بعد استيفاء الروط المقررة قانونا، وفي حالة المخالفة قد خول المشرع الجهة المختصة بشئون التخطيط والتنظيم إصدار قرار مسبب بإزالة المخالفة بعد أخذ رأي اللجنة المنصوص عليها في المادة 59، ومتى كان الظاهر من الأوراق أن القرار محل المنازعة قد صدر دون أخذ رأي اللجنة المشار إليها أو موافقتها على الإزالة والمنصوص عليها بالمادة 59 من قانون التخطيط العمراني رقم 3–82.

ولما كان ما اشترطه القانون المذكور من عرض موضوع الإزالة للمخالفة على اللجنة المشار إليها وموافقتها يشكل ضمانة هامة لأصحاب الشأن فمن ثم فقد شاب القرار محل النزاع عيب الشكل والإجراءات بالمخالفة لحكم القانون بما يرجع إلغاؤه، وبالتالي فقد توافر ركن الجدية في طلب وقف التنفيذ كما توافر ركن الاستعجال بما يترتب على تنفيذ القرار من نتائج يتعذر تداركها فيما لو حكم بالإلغاء، ومن ثم فقد قام الحكم المطعون فيه بوقف تنفيذ القرار المشار إليه على صحيح حكم القانون ولا وجه لما استند إليه الطاعنون من أن الجهة الإدارية قد استندت في الإزالة إلى أحكام القانون رقم 106–76.

وبعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في ذلك القانون وبناء على ما رأته اللجنة الثلاثية المشكلة طبقا للمادة 16 من القانون المذكور فذلك لم يقم عليه دليل من الأوراق والذي يدحضه ما استند إليه القرار محل النزاع من استناده لحكام القانون رقم 3-82 بشأن التخطيط العمراني وليس صحيحا ما ردده الطعن من أن الحكم الطعين في أسبابه من أن القرار الطعين قد صدر على نحو ما يبين في ديباجته على ما ارتأته اللجنة الثلاثية المشكلة طبقا لمادة 16 من القانون 106-76؛ إذ إن كل ما استند إليه ذلك القرار بديباجته على نحو ما أشرنا إليه هو كل من قانون الإدارة المحلية رقم 43-79 ولائحته التنفيذية، وقانون التخطيط العمراني 3-1982.

ومن حيث إنه طبقا لما تقدم جميعه فإن الطعن يفتقر إلى سنده القانوني السليم بما يتعين معه الحكم برفضه وإلزام الطاعنين بالمصروفات طبقا لحكم المادة 184 من قانون المرافعات.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وألزمت الطاعنين بالمصروفات، صدر هذا الحكم وتلى علنا بجلسة يوم الأحد 27 من ربيع الأول سنة 1420 هـ الموافق 11 من يوليو سنة 1999م بالهيئة المبينة بصدره .

فنستخلص من هذا الحكم:

أنه دل بمنطوقه بأن لا يجوز إقامة مبانٍ أو تنفيذ أعمال على قطع أراضي التقسيم أو إصدار تراخيص بالبناء عليها إلا بعد استيفاء الشروط المنصوص عليها قانوناً، ودل بطريق مفهوم المخالفة؛ بأنه يجوز إقامة مبانٍ أو تنفيذ أعمال على قطع أراضي التقسيم أو إصدار تراخيص بالبناء عليها عند استيفاء الشروط المنصوص عليها قانوناً.

(ISSN : 2536 - 9555)

الخاتمة

وبها أهم النتائج والتوصيات، أوجزها فيما يلي:

1- مفهوم المخالفة هو دلالة اللفظ على نفي الحكم الثابت للمنطوق عن المسكوت؛ لانتفاء قيد من قيود المنطوق، ويسمى: دليل الخطاب؛ لأن دليله من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دلَّ عليه.

2- هناك عدة تقسيمات لأنواع مفهوم المخالفة، فمن العلماء من قسمها إلى خمسة أنواع، ومنهم من قسمها إلى ستة أنواع، ومنهم من حصرها في عشرة أنواع، ومنهم من قسمها إلى أحد عشر نوعا، ومنهم من قسمها إلى ثلاثة عشر نوعا.

3- مفهوم الشرط هو دلالة اللفظ المعلق فيه الحكم على شرط على ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت عنه الذي انتفى عنه ذلك الشرط، والمراد به الشرط اللغوي، مثل (إن، وإذا) وليس الشرط الأصولي القسيم للسبب والمانع.

4- مفهوم الصفة هو دلالة اللفظ المقيد بصفة على نقيض هذا الحكم للمسكوت الذي انتفى عنه ذلك الوصف، وليس المراد بالصفةِ الصفةَ النحوية، وهي النعت فحسب، بل يشمل ما في معناها: كالتقييد بالزمان والمكان والإضافة والحال.

5- مفهوم الغاية هو دلالة اللفظ الدال على حكم مقيد بغاية على ثبوت نقيض الحكم بعد هذه الغاية، وللغاية لفظان: (إلى، حتى)، والغاية انتهاء الشيء وتمامه، وحكم الغاية أن يكون ما بعدها مخالفًا لما قبلها.

6- مفهوم العدد هو دلالة النص الذي قيد فيه الحكم بعدد مخصوص على ثبوت حكم للمسكوت مخالف لحكم المنطوق؛ لانتفاء ذلك القيد.

7- مفهوم اللقب: المراد من اللقب هو الاسم الذي يعبر به عن الذات، سواء كان عَلَمًا، أو اسم جنس، أو نوع، وتعريفه: تخصيص اسم بحكم، بأن يدل المنطوق على نفي الحكم عما عداه.

8- مفهوم الحصر هو انتقاء الحكم المحصور عن غير ما حصر فيه، وثبوت نقيضه له، ويتم الحصر بحرف "إنما"، وحصر المبتدأ في الخبر بكونه معرفًا باللام، أو الإضافة.

9- اتفق العلماء على الاحتجاج بمفهوم المخالفة في مفهوم الوصف والشرط، والعدد والغاية، وذلك في غير النصوص الشرعية، أي: في عقود المتعاقدين وتصرفاتهم وأقوال الناس وعبارات المؤلفين ومصطلحات الفقهاء.

10- اتفق العلماء على عدم الاحتجاج بالنص في مفهوم اللقب؛ لأنه لا يقصد بذكره تقييد ولا تخصيص ولا احتراز عما عداه، ولا فرق في هذا بين النصوص الشرعية ونصوص القوانين الوضعية، وعقود الناس وتصرفاتهم وسائر أقوالهم.

11- اختلف العلماء في الاحتجاج بمفهوم الصفة والشرط والعدد والغاية في النّصوص الشرعية، والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين من أن مفهوم المخالفة حجة، فالنص الشرعي الدال على حكم في واقعة؛ إذا قيد بوصف أو شرط بشرط أو حدد بغاية أو عدد، يكون حجة على ثبوت حكمه في الواقعة التي وردت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه، ويكون حجة على ثبوت نقيض حكمه في الواقعة التي وردت فيه إذا كانت على خلاف الوصف، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد.

12- إن العلماء الذين أجازوا العمل بمفهوم المخالفة وأنه حجة عندهم، اشترطوا عدة شروط وقيود للعمل به.

(ISSN : 2536 - 9555)

أهم التوصيات:

بعد عرض مفهوم المخالفة، وبيان أن القضاة يستندون على قواعد تفسير النصوص المستمدة من أصول الفقه في بعض أحكامهم كما بينا في التطبيقات القضائية، يتبين لنا بأن هناك حاجة ملحة إلى وضع قواعد لتفسير نصوص القانون مستمدة من أصول الفقه؛ لأن القضاة ليست لديهم قواعد ثابتة لتفسير النصوص؛ ووضع القانونيون مخرجا لتلك المشكلة، وهو ما يسمونه بقناعة القاضي، ويرد على هذا المخرج بأنه غير منضبط، بل لا بد من وجود قواعد ثابتة يرجع إليها القاضي في تفسير النص، وتلك القواعد يجب أن تكون مستمدة من أصول الفقه، وهذا ما ذهبت إليه بعض القوانين في بعض الدول العربية مثل القانون المدني الأردني حيث نص في مادته الثالثة على أنه يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي، وأيضا ذهب القانون اليمني إلى نفس ذلك ولكنه ذكر الفقه الإسلامي بصورة عامة ولم يحددها بأصول الفقه.

فهرس المصادر والمراجع

* **القرآن الكريم**.

1- الإحكام في أصول الأحكام، المؤلف: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت– لبنان.

2- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق– كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى 1419هـ– 1999م.

3- أُصُولُ الفِقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ، المؤلف: عياض بن نامي بن عوض السلمي، الناشر: دار التدمرية، الرياض– المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1426هـ– 2005.

4- بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009م.

5- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: دار الحديث– القاهرة، تاريخ النشر: 1425هـ– 2004م.

6- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، المؤلف: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين

(ISSN : 2536 - 9555)

الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، المحقق: محمد مظهر بقا، الناشر: دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، 1406هـ- 1986م.

7- التجريد للقدوري، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: 428هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ. د محمد أحمد سراج. أ. د علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام- القاهرة، الطبعة: الثانية، 1427هـ- 2006م.

8- التحرير شرح الدليل (شرح دليل الطالب)- كتاب الطهارة، المؤلف: أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، الناشر: المكتبة الشاملة، مصر، الطبعة: الأولى، 1432هـ- 2011م.

9- تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج (تخريج منهاج الأصول للبيضاوي)، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994م.

10- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله- صلى الله عليه وسلم- وسننه وأيامه= صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.

11- الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، المؤلف: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الناشر: مكتبة الرشد- الرياض- المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1420هـ- 2000م.

12- حجية مفهوم المخالفة وشروطه عند الأصوليين، تأليف الدكتور محمود شاكر مجيد، كلية التربية– جامعة كركوك.

13- دراسات أصولية في القرآن الكريم، المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي، الناشر: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية– القاهرة، عام النشر: 1422هـ– 2002م.

14- السنن الصغرى للنسائي، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية– حلب، الطبعة: الثانية، 1986م.

15- السنن الصغير للبيهقي، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي– باكستان، الطبعة: الأولى، 1410هـ– 1989م.

16- شرح التلقين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الطبعة الأولى، 2008م.

17- شرح تنقيح الفصول، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393هـ– 1973م.

(ISSN : 2536 - 9555)

18- شرح متن أبي شجاع، المؤلف: محمد حسن عبد الغفار، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، الكتاب مرقم آليا، ورقم الجزء هو رقم الدرس– 21 درساً.

19- شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المؤلف: نشوان بن سعيد الحميرى اليمني (المتوفى: 573هـ)، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري– مطهر بن علي الإرياني– د يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر (بيروت– لبنان)، دار الفكر (دمشق– سورية)، الطبعة: الأولى، 1420هـ– 1999م.

20- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين– بيروت، الطبعة: الرابعة 1407هـ– 1987م.

21- العقد المنظوم في الخصوص والعموم، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (626– 682هـ)، دراسة وتحقيق: د. أحمد الختم عبد الله، الناشر: دار الكتبي– مصر، الطبعة: الأولى، 1420هـ– 1999م.

22- علم أصول الفقه، لعبدالوهاب خلاف، الناشر مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى 2012م.

23- الفصول في الأصول، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، 1414هـ– 1994م.

24- فيض القدير شرح الجامع الصغير، المؤلف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى– مصر، الطبعة: الأولى، 1356هـ، حديث رقم 9129.

25- مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: 1416هـ– 1995م.

26- المحلى بالآثار، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، الناشر: دار الفكر– بيروت.

27- المستدرك على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية– بيروت، الطبعة: الأولى، 1411– 1990م.

28- مسند أبي داود الطيالسي، المؤلف: أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصرى (المتوفى: 204هـ)، المحقق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر– مصر، الطبعة: الأولى، 1419هـ– 1999م.

(ISSN : 2536 - 9555)

29- مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط– عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421هـ– 2001م.

30- مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، المؤلف: أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (المتوفى: 292هـ)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الأجزاء من 1 إلى 9)، وعادل بن سعد (حقق الأجزاء من 10 إلى 17)، وصبري عبد الخالق الشافعي (حقق الجزء 18)، الناشر: مكتبة العلوم والحكم– المدينة المنورة، الطبعة: الأولى.

31- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله– صلى الله عليه وسلم–، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي– بيروت.

32- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، الناشر: المكتبة العلمية– بيروت، مادة خلف.

33- المطلق والمقيد، المؤلف: حمد بن حمدي الصاعدي، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1423هـ– 2003م.

34- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، المؤلف: محمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الطبعة الخامسة، 1427هـ.

35- المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية– القاهرة، الطبعة: الثانية.

36- معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429هـ- 2008م، مادة خلف.

37- معرفة السنن والآثار، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر دار الوفاء (المنصورة- القاهرة)، الطبعة: الأولى، 1412هـ- 1991م.

38- مفهوم النص عند الأصوليين مع تطبيقاته الفقهية، تأليف عقيل رزاق نعمان السلطاني، اطروحة دكتوراه بكلية الفقه جامعة الكوفة، 2010م.

39- الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ، المؤلف: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، دار النشر: مكتبة الرشد– الرياض، الطبعة الأولى: 1420هـ- 1999م.

40- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، المؤلف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البَنُوري، المحقق:

(ISSN : 2536 - 9555)

محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر– بيروت– لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية– جدة– السعودية، الطبعة: الأولى، 1418هـ– 1997م.

41- الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي– بيروت– لبنان.

42- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المؤلف: الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق– سوريا، الطبعة: الثانية، 1427هـ– 2006م.