8 - سبب الخلاف:

وأساس منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور راجع إلى قاعدة أصولية ، اختلف الفريقان فيها ، وهي: هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه مطلقًا أو فيه تفصيل؟ (1) فذهب الجمهور من العلماء إلى أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه ؛ سواء كان النهي لذات المنهي عنه؛ كالنهي عن بيع المعدوم ، أو لوصف لازم له؛ كالبيع بشرط عقد آخر وبيع درهم بدرهمين. وأما النهي عن شيء لوصف غير ملازم له؛ كالنهي عن البيع وقت صلاة الجمعة ، فلا يوجب فساد العقد إلا عند الحنابلة . وذهب الحنفية وعامة المتكلمين إلى التفرقة بين النهي المتجه إلى الذات ، وبين النهي المتجه إلى الوصف الملازم ، فوافقوا الجمهور في أن الأول يقتضي البطلان. أما الثاني فذهب جمهور المتكلمين إلى أنه لا يقتضي الفساد. قال الآمدي : وهو اختيار المحققين من أصحابنا كالقفال وإمام الحرمين والغزالي وكثير من الحنفية ، وبه قال جماعة من المعتزلة ؛ كأبي عبد الله البصري ، وأبي الحسن الكرخي والقاضي عبد الجبار وأبي الحسين البصري وكثير من مشايخهم. (2) وقال الحنفية : إنه يدل على فساد ذلك الوصف ، لإفساد المنهي عنه ، وهو الأصل لكونه مشروعًا بدون الوصف ، فلا يلزم من قبح الوصف قبح الأصل ، فيكون مشروعًا بأصله ، غير مشروع بوصفه ، فيصير فاسدًا؛ لأن الفاسد عبارة عن فائت الوصف دون الأصل؛ كالفاسد من اللؤلؤ إذا أصفر وانكدر. (3)

واستدل الجمهور لمذهبهم بالمنقول والمعقول: تحقيق المراد ، 318

. التمهيد: للكلوذاني ، 1 / 371. دراسة السلقيني على تحقيق المراد ، 196. مبدأ الرضا للقرة داغي ، 1 / 163. البحر المحيط ، 2 / 441.

* أما المنقول: فقوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم:

من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد. (1)

وفي رواية لمسلم : (2)

من عمل عملًا ليس عليه أمرنا...

وهذه الرواية أخص بالمطلوب من الرواية الأولى ، والرد هنا بمعنى المردود ، كالخلق بمعنى المخلوق. فقد حكم صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم بأن العمل متى خالف أمر الشرع وطلبه صار مردودًا عنه ، فلا يكون معتبرًا ، ولا ينتج الأحكام التي تقصد منه؛ سواء أكانت مخالفته راجعة إلى ذاته وحقيقته ، أم إلى وصف من الأوصاف اللازمة له ، إذ لم يفصل.

* إن الصحابة رضي الله عنهم استدلوا على فساد العقود بالنهي؛ من ذلك:

قول ابن عمر رضي الله عنهما لا يصح نكاح المشركات؛ لأن الله تعالى قال:

ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن . (3)

واحتجاجهم على فساد عقود الربا بقوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم:

لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء. (4)

وأما من المعقول فاستدلوا بما يلي:

* إن التصرفات لا تعتبر في نظر الشارع إلا إذا كانت على وفق ما شرعه ، ولا تكون مشروعة مع نهي الشارع عنها؛ إذ أدنى درجات المشروعية الإباحة ، وقد انتفت بالنهي؛ لأنه يفيد التحريم.

* إن النهي عن الشيء يقتضي قبحه ، والقبح ينافي المشروعية ، فيقتضي كون المنهي عنه باطلًا؛ لأن الله تعالى وضع الأفعال الشرعية لأحكام مقصودة؛ كالصلاة والصوم للثواب ، والبيع للملك ، ثم نهى عن بعضها كالصوم في يوم العيد ، فدل على أنه قبيح لعينه ، وبالتالي لم يعد مشروعًا ، لتنافي القبح والمشروعية ، فلم يعد سببًا للأحكام المقصودة ، فيكون باطلًا.

* إن هناك تضادًا بين المشروعية وبين المعصية ، فلا يجوز أن يكون المنهي عنه مشروعًا.

* إن الشارع إذا طلب العمل ونهى عن أن يكون متصفًا بوصف خاص ، تبين أنه قد طلب العمل خاليًا عن ذلك الوصف المنهي عنه ، فإذا أوقع متصفًا به لم يكن هو العمل الذي طلبه الشارع ، فلا ينبني عليه الأثر المقصود. واستدل الحنفية ومن وافقهم بما يلي: (1)

* النهي لا يدل على فساد المنهي عنه ، لا لغة؛ لأنه ليس من معاني النهي بطلان المنهي عنه ، (2) ولا شرعًا إلا إذا كانت هناك قرينة تدل على ذلك ، فحينئذ يحكم بها؛ لأن الشرع وضع النهي للتحريم أو للكف والترك ، وأما فساد المنهي عنه فشيء آخر غيره؛ الدليل على ذلك صحة الصلاة في الثوب المغصوب ، وصحة الذبح بالسكين المغصوبة ، ووقوع الطلاق البدعي ، مع أنها جميعًا منهي عنها.

يجب التفريق بين النهي الوارد على الأصل والنهي الوارد على الوصف ، فالأول: ينصب * على ماهية العقد؛ أي: أركانه ، فلا يكون للعقد وجود في نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته ، ولكن إذا وجدت الأركان سالمة عن النهي فقد وجدت الماهية ، فانعقد العقد ، فإن اقترن بوصف ملازم منهي عنه وجدت الماهية سليمة من الخلل ، ولحق الخلل الوصف ، فينعقد العقد ، ولا يسري إليه النهي الوارد على الوصف ، إلا بمقدار اقترانه به وملازمته له ، فيكون العقد منعقدًا ، ولكن يجب فسخه ما دام هذا الوصف مقترنًا به ، فإذا زال الوصف زال الخلل. قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: أصل الماهية سالم عن المفسدة ، والنهي إنما هو في الخارج عنها ، فلو قلنا بالفساد مطلقًا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين السالمية عن الفساد ، ولو قلنا بالصحة مطلقًا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها ، وذلك غير

جائز ، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد ، فتعين أن يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف.

---

(1) تيسير التحرير ، 1 / 380. التلويح والتوضيح ، 1 / 396. شرح الشرح ، 1 / 395. الفروق ، 2 / 82. المستصفى ، 2 / 26. المحصول ، 2 / 488.

(2) النهي لغة: الزجر عن الشيء ، وقيل: طلب ترك المنهي عنه ، وقيل: طلب كف. وهي متقاربة ، وليس الفساد من مدلوله اللغوي على سبيل الحقيقة ، انظر: عمدة الحُفَّاظ ، 4 / 261. والمفردات: للراغب ، 826. الكليات: للكفوي ، 4 / 358 .

---

(1) متفق عليه ، البخاري ، كتاب: الصلح ، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور ، رقم: 2697 . ومسلم ، كتاب: الأقضية ، باب: رد الأقضية الباطلة ومحدثات الأمور ، رقم: 1718 / 17 . وانظر: جامع العلوم والحكم ، 84 .

(2) صحيح مسلم ، كتاب: الأقضية ، باب: رد الأقضية الباطلة ومحدثات الأمور ، رقم: 1718 / 18 . وانظر: جامع العلوم والحكم ، 84.

(3) انظر: القرطبي ، 3 / 68.

(4) متفق عليه ، البخاري واللفظ له ، كتاب: البيوع ، باب: بيع الذهب بالذهب ، رقم: 2175 . ومسلم ، كتاب: المساقاة ، باب: الربا ، رقم: 1583 / 75 ، 76 ، 77 . وانظر: المحرر ، رقم: 868.

---

(1) المستصفى ، 2 / 24. فواتح الرحموت ، 1 / 396. الفروق: للقرافي ، 2 / 82. المنثور: للزركشي ، 3 / 21. الموافقات: للشاطبي ، 1 / 292. الملكية ونظرية العقد: لأبو زهرة 409. التمهيد: للكلوذاني ، 1 / 369.

(2) الإحكام في أصول الأحكام ، 2 / 188. وانظر تحقيق المراد للعلائي ، 285. البحر المحيط: للزركشي ، 2 / 439 .

(3) التلويح على التوضيح ، 1 / 394. والإحكام في أصول الأحكام ، 2 / 188. وانظر: تحقيق المراد للعلائي ، 285. البحر المحيط: للزركشي ، 2 / 439.