محمد سلام مدكور
أستاذ كرسي الفلسفة بكلية حقوق القاهرة

نظرية
الإباحة عند الأصوليين والفقهاء
بحث مقارن

الطبعة الثانية

١٩٨٤

دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

إهداء

إلى أصدقاء الفقه الإسلامى فى كل بلد وقطر . . . . . .

وإلى المتطلعين إلى التعرف على أحكامه ، والغافلين عنها . . . . . .

وإلى رجال التشريع فى الوطن الإسلامى . . . . . .

وإلى العلماء الباحثين الفاحصين الذين يحبون أن يعمل العاملون . . .

وإلى الذين لا يعملون ولا يحبون لغيرهم أن يعملوا . . . . . .

إلى كل هؤلاء أهدى هذا العمل النافع بمشيئة الله . . . . . .

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

اختيار الموضوع ومنهج البحث

بسم الله نبتدىء بحثنا ، وبعونه نسير فى خطتنا وما انتهجناه لأنفسنا من السير فى هذا الموضوع الذى آثرناه بالبحث على غيره لما يتجلى فيه من ظهور سماحة الإسلام ووضعه الإصر والأغلال التى كانت على غيرنا من الأمم .

ذلك أن الإباحة فى أصل معناها الانطلاق وعدم التقيد ، وهو معنى مطلوب للنفوس ، وضالة منشودة لها فإذا أمكن أن يتحقق على عين الشريعة الإسلامية وبإشرافها عليه وتمكينها منه ، كان ذلك فى طليعة ما تتطلع إليه النفوس البشرية ، وتهوى إليه الأفئدة .

على أن الإباحة تعين على تحقيق معانى الجد وإدراك غايات الحق ، إذ فى التيسير على النفوس وإطلاقها من عقل التكاليف قوة عظيمة لها فى تحقيق مشاق التكاليف أنفسها .

هذا هو السر فيما يتجلى فى أحوال النبى عليه السلام فى بعض أحيانه من أن يمزح ولا يقول إلا حقاً ، وما ثبت عن أبى الدرداء[1] من أنه يقول : « إنى لأستجم نفسى بشىء من اللهو لأستعين به على الحق » كل هذا تخفيف من اعباء التكاليف ، واللجوء إلى المباحات يسرّى عن النفس ، ويعين على معاودة هذه الأعباء بقوة احتمال ونشاط .

والإباحة معنى كريم ينبغى أن يعنى به رجال الدين الإسلامى لأنه ينافى التزمت التى تتهم به الشريعة الإسلامية ويظهر فى بعض رجالها ، وهو جدير أن يشرح أكبر المعانى التى يتبين بها صلاحية الدين الإسلامى لكل زمان

(١) أبو الدرداء — عويمر بن مالك بن زيد الخزرجى الصحابى الفقيه العالم الزاهد توفى قبل مقتل عثمان بسنتين أى سنة ٣٢ — راجع : أسد الغابة .

ومكروهاتها ومسنوناتها ، دون تعرض لمباحاتها إلا أن يكون عفواً ضمن موضوع آخر ، كما وجدت الأصوليين حين يتناولون الكلام عنها يتناولونها فى أبواب متفرقة وموضوعات متباعدة دون تجميع لشتات الموضوع ، ولا تأصيل نظرية له .

لذلك عمدت إلى أن أبرز هذه الناحية وأن أجمع ما تصل إليه طاقتى من دراسات الفقهاء والأصوليين ، وأعلق بما يفتح الله به على فيما يحتاج من ذلك إلى التعليق ، مع توخى العرض فى أسلوب يناسب لغة العصر ، ويتفق مع كل ذهن وفكر فى محيطنا الفقهى محاولا مع ذلك تأصيل الموضوع ووضع نظرية خاصة به تجمع شتاته وتظهره بوضوح تليق بأهميته.

منهج البحث : هذا وقد قسمت البحث إلى تمهيد وخمسة أبواب وخاتمة .

أما التمهيد فإننا نريد أن نتعرف به كون الإباحة داخلة فى الحكم الشرعى أو خارجة عنه ، وذلك يقتضى أن نبين معنى الحكم فى اعتبار كل من الأصوليين والفقهاء ، ثم نعقب بتعرف معنى الحكم عند رجال القانون .

وأما الباب الأول ، فهو فى معنى الإباحة وأساليبها وأقسامها ، ويشتمل على ثلاثة فصول : الأول فى حقيقة الإباحة عند كل من الأصوليين والفقهاء وكذا فى الفقه الجنائى والمدنى ، الثانى فى أساليب الإباحة والصلة بين لفظها وكل من التخيير والحل والجواز والصحة ، الثالث فى أقسام الإباحة عند الأصوليين والفقهاء فى الفقه الجنائى والمدنى أيضاً .

والباب الثانى فى متعلق الإباحة وأثرها . ويشتمل على تمهيد نبين فيه المقصود من متعلق الإباحة وأربعة فصول : الأول : المأذون فيه من الشارع نبين فيه ما أباح الشارع استهلاكه وتملكه ، وما أباح استعماله والانتفاع به ، ثم نبين فى الفصل الثانى المأذون فيه من العباد مع تحقيق المراد بإذن العباد ، وبيان إذن العباد باستهلاك الشىء وإذنهم بالشىء على سبيل الانتفاع . ونخصص الفصل الثالث لأثر الإباحة ومتى تنتهى . ونبين فيه أثر إذن الشارع

ومكان ، وبخاصة [illegible]
يلجأ إليها المضطر [illegible]
من الأحكام الشرعية [illegible]
ليستعرضه فى نفسه [illegible]

هذا وقد وجد[illegible]
والكتابة فيه ، أن [illegible]
المذللة لأشعر بأنى [illegible]
الخاص ما لم يسبقنى [illegible]

وهذه الموضوع[illegible]
جاهدة ، وعلى ما تم[illegible]
ما يكتنفها وما يم[illegible]
وإعادته ، وورود [illegible]
جماح وتمنع ، كل ذ[illegible]
ويتبعها بالراحة ال[illegible]
قوة فى نفسى . فوق[illegible]

وإن ما وجد[illegible]
وقد جمعته على [illegible]
المشتغلين بالفقه [illegible]
خير مشجع لى على[illegible]
نواحيه ، كما سلك[illegible]

وقد رأيت بع[illegible]
الفقهاء حتى أنهم فى [illegible]

(١) [illegible]
الأول فى الفقه الجنائى والأخير
العدد الرابع من السنة

ومنهيات الإباحة والأثر المترتب على إباحة الأعيان والمنافع من الأفراد .

ونتكلم فى الفصل الرابع عن المأذون له فى الانتفاع وضمان العين ، والتفرقة بين إذن الشارع وإذن العباد فى سقوط الضمان .

أما الباب الثالث : فقد خصصناه لبيان أن الإباحة فى ذاتها لا تدل على طلب الفعل ولا الترك وقسمناه إلى فصلين :

الأول : فى أن المباح لايكون مطلوب الفعل بينا فيه أن الوجوب يباين الإباحة وعرضنا لموقف الكعبى من ذلك وتتبعنا رأى الكعبى تتبعاً تاريخياً وموقف الأصوليين منه مع مناقشة هذا المذهب .

والثانى : فى أن المباح لا يكون مطلب الترك .

والثالث : لبيان سلطة ولى الأمر فى تغيير الحكم من الإباحة وإليها . بينا فيه من هو ولى الأمر ، وعوامل تغيير الأحكام ، وهل تغييره للأحكام يعتبر حكما تشريعياً يجب اتباعه ديانة .

الباب الرابع : تكلمنا فيه عن طروء الإباحة على كل من المحظور والواجب وجعلناه من فصلين : الأول بينا فيه أسباب طروء الإباحة عند الشرعيين فتكلمنا عن كل من الرخصة والنسخ والاستحسان والعرف والمصالح والذرائع وغيرها باعتبارها كلها من أسباب طروء الإباحة — الثانى فى أسباب طروء الإباحة فى القانون ومقارنتها بما فى الشريعة .

الباب الخامس : فى مالم يرد به نص أوجهل حكمه . وجعلناه من فصلين : الأول : فيما لم يرد فيه نص من الأفعال . تكلمنا فيه عن الأفعال قبل بعثة الرسل وبعدها فيما لا دليل عليه من الشرع . الثانى : ما جهل حكمه بينا فيه متى يكون الجهل عذراً عند فقهاء الشريعة والأصوليين ، وقفينا بنظرة القوانين الوضعية للجهل بالأحكام .

والخاتمة : جعلناها فذلكة للبحث أجملنا فيها ما انتهينا إليه .

وقد انتهيت من عملى هذا فى سنة ١٩٦١ وقد نشرته مجلة القانون

والاقتصاد فى أربع مقالات متتابعة آخرها فى العدد الأول من سنة ١٩٦٢ وقد شجعنى ثناء القراء والمتخصصين منهم خاصة على البحث وتقديرهم له على أن أخرجه فى كتاب خاص .

وفى الحق إن هذا البحث قد أخذ منى جهداً كبيراً مضنياً وإن كان فيه متعة وراحة نفسية لأنى شعرت أنى أضفت به جديداً لمكتبة الفقه الإسلامى وللفقه المقارن. ومن الله سبحانه نستمد العون ونسأله التوفيق والرعاية وأن يجنبنا العثار والذلل فى القول والعمل وأن يكون أجرنا على هذا العمل المثمر النافع إن شاء الله منه جل شأنه فى الآخرة أكثر مما أستحقه فى الدنيا ؟

المؤلف