محذور لزوم تأسيس فقه جديد وتطبيقاته عند الفقهاء والأصوليين

طالب الدكتوراه سعد عبد الرضا رويض الغنامي
قسم الفقه الإسلامي، مجمع التعليم العالي، جامعة المصطفى العالمية، قم، إيران
alganamee@yahoo.com

Caveats necessary to establish a new jurisprudence and its applications among jurists and fundamentalists

Saad Abdel Reda Rawid Al-Ghanami
PhD student , Department of Islamic Jurisprudence , Higher Education Complex , Al-Mustafa International University , Qom , Iran

الملخص:-

أحد المحاذير الفقهية التي ذكرها فقهاء مدرسة أهل البيت عليهم السلام في كتبهم الفقهية والأصولية واستندوا إليها في رد أو إثبات حكم من الأحكام الشرعية هو محذور (لزوم تأسيس فقه جديد). وهو محذور أخذ صورة الدليل في الاعتماد عليه.

لهذا المحذور مساحة واسعة في كلام الفقهاء ولكن لم يذكر له تعريفاً أو بيان علة محذوريته، وفي هذا البحث العلمي نريد بيان مفهوم لزوم تأسيس فقه جديد وخلفياته التي جعلت منه محذوراً يرفعه الفقهاء في وجه من يرونه تعدى الحدود الاستدلالية.

الكلمات المفتاحية: المحذور، لزوم التأسيس، الفقه الجديد، الفقهاء، الأصوليين.

Abstract:-

One of the jurisprudential caveats mentioned by the jurists of the Ahl al-Bayt school, peace be upon them, in their books of jurisprudence and fundamentalism and relied on them in refuting or proving a legal ruling is a caveat (the need to establish a new jurisprudence). It is forbidden to take a picture of the evidence in relying on it.

This prohibition has a wide scope in the words of the jurists, but no definition or explanation of the reason for its prohibition was mentioned, and in this scientific research we want to explain the concept of the necessity of establishing a new jurisprudence and its backgrounds that made it prohibited and raised by the jurists in the face of those who see it as transgressing the evidentiary limits.

Key words: forbidden, necessity of foundation, new jurisprudence, jurists, fundamentalists.

المقدمة:ـ

نرى في الكتب الفقهية والأصولية، وفي أبواب مختلفة ذكر لمحذور (لزوم تأسيس فقه جديد) بعنوان دليل، كما في بحث قاعدة لا ضرر وشموله للأحكام العدمية المستلزم لتأسيس فقه جديد. وقد نقى هذا الشمول كل من:

الأول: الشيخ مرتضى الأنصاري في كتابه فرائد الأصول، إذ قال: (ثم إنك قد عرفت بما ذكرنا أنه لا قصور في القاعدة المذكورة من حيث مدركها سنداً أو دلالة إلا أن الذي يوهن فيها هي كثرة التخصيصات فيها بحيث يكون الخارج منها أضعاف الباقي كما لا يخفى على المتتبع خصوصاً على تفسير الضرر بإدخال المكروه، بل لو بني على العمل بعموم هذه القاعدة حصل منه فقه جديد و مع ذلك فقد استقرت سيرة الفريقين على الاستدلال بها في مقابل العمومات المثبتة للأحكام وعدم رفع اليد عنها إلا بمخصص قوي في غاية الاعتبار بحيث يعلم منهم انحصار مدرك الحكم في عموم هذه القاعدة)[١].

الثاني: النايئني في منية الطالب في حاشية المكاسب، إذ قال: (وعلى هذا فيسقط ما استشكله بعض بأنّ الضّرر لا يطّرد في جميع الغرامات لأنّه ليس المقام مقام التمسّك بقاعدة نفي الضّرر رأسا اطّردت أو لا تطّرد و حاصل الكلام أنّ قاعدة الضّرر لو كانت مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر و لزم تأسيس فقه جديد و لزم تدارك كلّ خسارة من بيت المال أو من الأغنياء)[٢].

الثالث: الخوانساري في رسالته المسماة رسالة في قاعدة نفي الضرر، إذ قال: (ثم إنّ هذا كله مضافاً إلى أنّ الالتزام بهذا مستلزم لتأسيس فقه جديد لأنّه لو وجب تدارك كلّ ضرر فلو كان هناك إنسان صار سبباً له فالضّمان عليه و إلّا فمن بيت المال و يلزم كون أمر الطّلاق بيد الزّوجة لو كان بقاؤها على الزّوجيّة مضراً بها كما إذا غاب عنها زوجها أو لم ينفق عليها لفقر أو عصيان و نحو ذلك)[٣].

الرابع: السيد محمد باقر الصدر في مباحث الأصول، إذ قال: (وأمّا لزوم تأسيس فقه جديد من القول بشمول (لا ضرر) للأعدام الضرريّة فقد ذكر ذلك المحقّق النائيني رحمه اللّه و مدرسته، و استعرض المحقّق النائيني قدّس سرّه لتوضيح ذلك فروعاً، نحن نقتصر

على ذكر أهمّها)[٤].

وفي الواقع أنَّ هؤلاء الثلة من الفقهاء افترضوا أن هذا المحذور مفروغ عنه وأنه أصل مسلم، وأن إثبات أي حكم ينتهي إلى هذا المحذور فهو منفي، وبعبارة أخرى: إن بطلان التالي لازم لبطلان المقدم. حيث إن الكبرى كأصل موضوعي باطلة، لا يجوز تأسيس فقه جديد، فالصغرى أيضاً كذلك باطلة، لأن من أهمّ طرق إثبات بطلان شيءٍ أنّه إذا لزم منه لازمٌ باطل فنستكشف أنّ الملزوم بطريق الإن أن الملزوم أيضاً باطلٌ.

وصياغة الاستدلال كالتالي:

صغرى القياس: هذا يلزم منه تأسيس فقه جديد.

كبرى القياس: وكل ما يلزم منه تأسيس فقه جديد فهو باطلٌ.

النتيجة: إذن الصغرى باطلة.

ولكن يبقى السؤال ما هو دليل بطلان هذه الكبرى؟ جواب هذا السؤال لم نعثر عليه في كلمات العلماء، وهنا يلاحظ وجود إبهامان في هذا الاستدلال:

الأول: الإبهام في بيان مفهوم محذور تأسيس فقه جديد.

الثاني: الإبهام في بيان دليل هذا المحذور.

ولأجل رفع هذا الإبهام لابد من تتبع جميع الموارد التي استند فيها لهذا المانع والمحذور.

وبحسب التتبع لم نعثر على من تعرض لهذا المحذور والمانع بنحو مستقل لبيانه وكشف خلفياته والدليل عليه، وأن أول من أشار لهذا المحذور هو الفقيه النحرير صاحب الجواهر، وقد استند إليه في بحثه عن لباس المصلي، قال: ((بل لو كان المراد من هذا الخبر تناول اعتبار كل ما تركه (صلى الله عليه وآله وسلم) في صحة الصلاة وإن لم يعلم كونه لها لكان مقتضاه ثبوت فقه جديد لا يقول به أحد من الإمامية بل و لا من المسلمين)[٥].

وقد تبعه بعد ذلك الشيخ الأنصاري والكثير من الفقهاء كما سيأتي بيان ذلك في مطاوي البحث، واتخذوه دليلاً في أبحاثهم الفقهية والأصولية، ولأجل بيان خطة البحث فإنا

نقول: حاولنا تتبع لفظ هذا المحذور والمانع في كتب الفقهاء والأصوليين من علماء مدرسة أهل البيت عليهم السلام، والوقوف عند الموارد التي تمسك فيها بهذا المحذور بعنوان كونه دليلاً فقهياً أو أصولياً.

تساؤل وجواب:

يعتقد البعض أن تأصيل هذا المحذور يؤدي بنا إلى جمود الفقه وبالتالي وضع قيود مانعة من تطور الفقه، خلافاً في بعض العلوم الأخرى، التي فيها قابلية للتجديد والتوسعة، مضافاً إلى أن هذا المحذور لم يبرز في كلمات المتقدمين من علماء الفقه والأصول، وإنما ظهر متأخراً في كلمات صاحب الجواهر.

والجواب عن هذا التساؤل:

إن دليل المحدودية والقيود في الفقه أكثر من سائر العلوم؛ وذلك لأنها تعود لأمر مهم وهو أن محور الفقه هو النص، سواء كان القرآن أو السنة النبوية وحديث أئمة أهل البيت عليهم السلام، ولا يمكن الخروج عن ذلك. ولكن في غير الفقه من سائر العلوم كالفلسفة والكلام وأصول الفقه لا يوجد تشدد وتقييد كبير، فالفيلسوف له مطلق الحرية في طرح نظريته مع الاستدلال عليها، وهكذا في علم الكلام وإن كانت قيوده أقل من الفقه وأكثر من الفلسفة، ولكن الفقيه لا يمكنه أن يطرح رأيه الفقهي إلا بالرجوع إلى النصوص.

مفهوم تأسيس فقه جديد:

لم نجد من تعرض لبيان هذا المحذور والمانع من حيث المعنى والمفهوم مع وقوعه في الكثير من الاستدلالات الفقهية والأصولية، ولذا لابد لنا من بيان ما هو قريب من هذا المفهوم والذي جاء أيضاً في كلمات الفقهاء والأصوليين:

١- الرأي الذي لا يقول به قائل: حيث عدَّ بعض الفقهاء أن هذا المانع والمحذور مرادف لعدم قول أحد من الإمامية وعلماء المسلمين، حيث قال: (مقتضاه ثبوت فقه جديد لا يقول به أحد من الإمامية بل و لا من المسلمين)[٦]. وقد فسرَّ ثبوت فقه جديد بالرأي والقول الذي لا يقول به أحد من الإمامية والمسلمين.

٢- تغيير الأحكام الثابتة: حيث عدَّ الترديد والارتياب والشك في تقديم الخاص على

العام سبباً لاختراع فقه جديد وتأسيس شريعة جديدة، قال صاحب كتاب المحاضرات: (لا شبهة في أنّ سيرة الأصحاب إنما هو تقديم الخاصّ على العامّ في جميع المقامات، و لو كان احد في شك من ذلك وارتياب أو فاعلاً عكس ذلك لزمه الترديد في جميع مباني الفقه واختراع فقه جديد وتأسيس شريعة أخرى، غير ما ثبت لنا إلى الآن و استقر المشي على وفقه)[٧].

٣- عدم ثبات الأحكام: قال الميرزا النائيني في بيان قاعدة لا ضرر: (أنّ قاعدة الضّرر لو كانت مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر و لزم تأسيس فقه جديد و لزم تدارك كلّ خسارة من بيت المال أو من الأغنياء)[٨].

في بداية الأمر لا بدّ من توضيح المقصود من قولهم: (يلزم تأسيس فقه جديد)، وكيف كان ذلك تالياً فاسداً يؤدي إلى فساد ملزومه ؟ فنقول: إنّ المقصود من هذه القاعدة (اللازم الباطل): أنّ التزام الفقيه بنظريّة تجرُّه -شاء أو أبى- إلى مجموعة من الالتزامات يعدُّ تبنّيها خروجاً عن المسار العام للارتكازات الثابتة في الشريعة، يُسمَّى عندهم بـ (تأسيس فقه جديد). أو فقل: هو الإلتزام بما يؤدّي إلى تحليل ما حرّم الله، وتحريم ما أحلّه، في ظاهرةٍ تكون على خلاف المرتكز بين المتشرّعة والمتديّنين. ومعالم هذا التعريف تتضح مما يلي:

أولاً: إنّ الالتزام الذي يؤدّي إلى ما ذُكِر أعمّ من أن يكون:

١. منهجاً في عمليّة الاستنباط؛ كما لو فرضنا أنّ الفقيه في منهجه الاستنباطي التزم بخصوص ما يفيد القطع الحكم الشرعي، دون ما يفيد الظنّ وإنْ قام الدليل على اعتباره، فإنّه لو اقتصر على القطعيّات من الضرورة الدينية، ونصوص الكتاب والأخبار المتواترة، والمستقلّات والملازمات العقلية، لاستنبط لنا شريعةً ممسوخةً يخرج بها عن زيّ المتشرعة؛ لأنّها لا تفي إلا باستنباط القليل القليل من الأحكام، وهو لا يسمن ولا يغني من جوع في شريعة يقال في حقّها: (ما من واقعة إلا ولله فيها حكم حتى أرش الخدش). وهذا الالتزام بهذا المنهج يؤدّي إلى تأسيس فقه جديد، بل يهدم أساس الفقه والشريعة.

٢. تفسيراً لظاهرةٍ أو موضوع؛ ومن الأمثلة المتداولة عندهم وتصلح مثالاً لما نحن فيه قولهم: إنّه لو فسّرنا الضرر في موضوع قاعدة (لا ضرر) بالضرر غير المتدارك،

بدعوى إنّ الضرر المتدارك لا يكون ضرراً حقيقة، فالمنفي بالقاعدة حينئذ ينحصر بغير المتدارك. ويترتّب على هذا التفسير أنْ يلتزم صاحبه بأنّ كلّ ضررٍ في الخارج ليس مما حكم الشارع بتداركه بأدلّة خاصة يلزم نفيه تشريعاً بقاعدة (لا ضرر)؛ فلو تضرّر تاجر باستيراد تاجر آخر أموالاً كثيرةً، فبما أنّه غير محكومٍ بالتدارك وضعاً أو تكليفاً بدليل خاص، وجب تداركه بمقتضى القاعدة، وهكذا. والالتزام بذلك تأسيس لفقه جديد، لخروج القول بالضمان في أمثاله عن المسار العام للمرتكزات الشرعية في موارد تلك الأضرار.

٣. نفياً لمتعارفٍ؛ كما لو بُني على الاقتصار في حكم كلّ واحدٍ من النجاسات على متابعة النص الوارد فيها بالخصوص، وعدم التخطي عن مورده؛ وذلك من خلال نفي ما يعرف بينهم بمناسبات الحكم والموضوع، فإنّ ذلك يؤدّي إلى تخصيص النجاسات بلحاظ ذاتها وما يلاقيها، فيحكم بأنّ نجاسةً ما لو لاقت ثوباً نجّسته، ولو لاقت جسماً لا تنجسه مثلا، إلى غير ذلك ممّا ينافي الارتكازات عند المتديّنين ولو في غير موارد النجاسة والطهارة، وهذا معناه تأسيس فقه جديد لا يعرفه المتشرعة.

٤. التزاماً بحكم؛ كما ذكروا في المكاسب من أنّه لو التزمنا بإفادة المعاطاة للإباحة للزم الالتزام بأمور مخالفة للقواعد، كتعلّق الخمس والزكاة بما في يد أحد المتعاطيين مع أنّه ليس مالكاً، وغير ذلك من التوالي العشرة التي ذكروها في محلّه.

إلى غير ذلك من العناوين المتعددة التي تعرف بالتتبّع والتدبّر.

ثانياً: إنّ بطلان الملزوم لهذا التالي الفاسد (تأسيس فقه جديد) لا يختصّ بما لو التفت القائل به للملازمة، كما يدلّ على ذلك قولنا في التعريف: (شاء أو أبى). وعليه فالفقيه الذي يلتزم بنظريّةٍ لا يكون ملتفتاً إلى تواليها الفاسدة التي يعدّ الالتزام بها خروجاً عن المسار العام المرتكز، يكون ذلك مبطلاً لما التزم به، وإن لم يلتفت إلى التوالي. وليس ذلك إلا لأنّ استلزام بطلان التالي لبطلان المقدّم من الأمور الواقعية لا العلمية الاستحضاريّة.

ثالثاً: لا نعني من هذه القاعدة أنّه كلّما ترتّب تالٍ فاسد على الاعتقاد بشيء، يكون ذلك تأسيساً لفقه جديد، وإلا لكان كلّ فقيه عند فقيه آخر مؤسّساً لفقه جديد؛

لعدم خلوّ مشتغلٍ بالفقه عن تالٍ من التوالي الفاسدة، وإنّما المقصود أنْ تصل التوالي الفاسدة إلى حدٍّ تشكّل ظاهرةً يخرج بها الفقيه عن المسار العام المرتكز.

الاختلاف في مصاديق محذور تأسيس فقه جديد:

مع ذكر هذا المحذور في كلمات الفقهاء نجد اختلافاً في بعض مصاديقه في كون أن الحكم الفلاني يؤدي إلى تأسيس فقه جديد أو لا يؤدي. وسنعرض مثالاً عن ذلك وهو مسألة الاختلاف في فائدة المعاطاة: تعرض فقهائنا لهذه المسألة بشكل مفصل في كتبهم المطولة وأبحاثهم العلمية، وقد ذكرت أقوال عديدة، فمنهم من قال بفساد المعاملة المعاطاتية، وذهب البعض الآخر إلى إفادة المعاطاة لإباحة والأذن بالتصرف من غير ملك، وادعيت عليه الشهرة ونقل فيه الإجماع[٩].

وهنا نلحظ اختلاف هذين العلمين في هذه المسألة ونتيجتها الرامية إلى القول بتأسيس فقه جديد، قال الشيخ جعفر الغطاء في معرض رده على هذه الشهرة والإجماع: يلزم إما إنكار ما جاز بديهة أو إثبات قواعد جديدة: منها أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود[١٠].

ولكن نرى أن الشيخ الأنصاري لا يرى في ذلك محذور تأسيس فقه جديد، فقال: و المقصود من ذلك كلّه استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأُصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء[١١].

والأمثلة كثيرة غضضنا الطرف عنها رعاية للاختصار، منها: خيار الشرط في النكاح وشمول لا ضرر للاحكام العدمية والأحكام الوضعية، ويستفاد من مجموع هذه الأمثلة أن الاختلاف بين الفقهاء جار في المفهوم وكذلك في المصاديق المنتجة لتأسيس فقه جديد.

معيار تغير الأحكام:

بعد بيان اختلاف الفقهاء في المصاديق المؤدية لتأسيس فقه جديد وحصول التغير في الأحكام، نتساءل عن مدى المساحة التي يكون فيها التغير. فإن بعض الفقهاء يرى أن تأسيس فقه جديد يجرنا إلى أن نغير الكثير من الأحكام كما تقدم في عبارة النائيني من (أنّ قاعدة الضّرر لو كانت مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر و لزم تأسيس فقه جديد)[١٢].

بينما يرى آخرون أنّ تأسيس فقه جديد يجرنا إلى تغير جزئي في بعض الأحكام كما في

شمولية قاعدة التجاوز، قال النائيني: و قد ذهب بعض الأعلام إلى اعتبار المحلّ العادي في بعض الموارد، كالشكّ في التطهير و الاستبراء بعد التجاوز عن محلّهما العادي، و كالشكّ في غسل الجانب الأيسر لمن اعتاد غسله عقيب غسل الجانب الأيمن بلا فصل.

و فيه ما لا يخفى، فانّ فتح باب المحلّ العادي يوجب تأسيس فقه جديد، مع أنّه لا عين له في الأخبار[١٣]. فإنه على فرض فتح باب قاعدة التجاوز إلى التجاوز عن محلها العادي فإن التغير سيكون محدوداً ضمن إطار جزئي وهو تجاوز المحل العادي، ولا يسري التغير إلى سائر الأبواب الفقهية.

تطبيقات محذور تأسيس فقه جديد:

وهنا لابد من بيان التطبيقات الفقهية والأصولية التي ذكرها العلماء لهذا المحذور، وسنذكرها على نحو العناوين فقط والاختصار لا على وجه الحصر.

أولاً - التطبيقات الفقهية

١. اطلاق قاعدة الخراج بالضمان، (لو أغمض عن ضعف السند، ويتمسك باطلاق الخراج بالضمان يلزم تأسيس فقه جديد)[١٤].

٢. شمول الحرج لكل ضيق، قال الشيخ مكارم شيرازي: (لو كان المراد من ((الحرج)) المنفي في هذه القاعدة مجرد الضيق و الصعوبة في قبال السعة و السهولة؛ على ما هو الظاهر من معناه لغة وعرفا، يلزم نفى كل تكليف يشتمل على ادنى مراتب الصعوبة و المشقة و هذا يوجب رفع اليد عن كثير من التكاليف الشرعية كالصيام في أيام الصيف لكثير من الناس و الوضوء في ليالي الشتاء بالمياه الباردة و غير ذلك من أشباهه، بل جل التكاليف يشتمل على نوع مشقة في كثير من الأوقات و الحالات؛ و هذا مما لا يتفوه به فقيه، و لو بنى عليه حصل منه فقه جديد)[١٥].

٣. شمول قاعدة لا ضرر لجميع الأضرار قال الخوانساري في كتابه جامع المدارك: (وهل يعتبر في جواز رجوع المرأة إلى الفدية تمكّن الزّوج من رجعها بحيث لو لم يكن لها عدّة كالصغيرة و اليائسة لم يكن لها الرّجوع قد يقال بالاعتبار تمسّكا بقاعدة نفي الضرر و استظهارا من النصوص و يشكل من جهة الإشكال في تعميم القاعدة و لذا قيل: لو أخذ بعموم القاعدة يلزم فقه جديد)[١٦].

٤. حرمة كل فعل لم يأت به النبي صلى الله عليه وآله، قال صاحب الجواهر: (قلت: ((بل لو كان المراد من هذا الخبر تناول اعتبار كل ما تركه (صلى الله عليه و آله) في صحة الصلاة و إن لم يعلم كونه لها لكان مقتضاه ثبوت فقه جديد لا يقول به أحد من الإمامية بل و لا من المسلمين)[١٧].

٥. فائدة المعاطاة: قال الشيخ جعفر الغطاء: يلزم إما إنكار ما جاز بديهة أو إثبات قواعد جديدة: منها أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود[١٨].

٦. عموم قاعدة الميسور، قال صاحب مصباح الفقيه: و أمّا المناقشة في دلالة رواية عبد الأعلى: فبأنّه لو بني على الأخذ بعمومها- أعني سقوط شرطيّة الشرط المتعذّر، كقيد المباشرة في المسح، و وصول الماء إلى البشرة في الغسل، كما هو مقتضى إحالة الإمام a معرفة حكمه إلى آية نفي الحرج- للزم تأسيس فقه جديد، حيث إنّ اللازم منه ارتفاع مشروعيّة التيمّم بالنسبة إلى المتضرّر بالغسل لبرد أو مرض أو نحوهما، لأنّ كلّ مريض متمكّن- بمباشرة أو تولية- من مسح ما عليه من اللباس الساتر لبدنه بل من مسح بدنه تدريجا بيده المبلولة[١٩].

٧. عموم قاعدة المغرور يرجع على من غره، قال الميرزا حبيب الله الرشتي: الّا انّ القول بانّ كلّ من خسر غيره بالغرور فهو مرجوع إليه بالخسارة فقه جديد مرغوب عنه عند المتّفقة فضلا عن الفقيه[٢٠].

٨. دائرة شمول أصالة الحل، قال صاحب مباني منهاج الصالحين: لو انفتحت هذا الباب يلزم تأسيس فقه جديد مضافا إلى جميع ذلك انه لو كان الامر كذلك لذاع و شاع و لم يكن موردا للقيل و القال[٢١].

٩. إزالة النجاسة عن الأجسام الصقيلة، قال صاحب مصباح الفقيه: كيف و لو بني على الاقتصار في حكم كلّ واحدة واحدة من النجاسات على متابعة النصّ الوارد فيها بالخصوص و عدم التخطّي عن مورده بالنسبة إلى سائر النجاسات و سائر الأجسام الملاقية لها، لاستلزم تأسيس فقه جديد، و للزم التفكيك بين آثارها حتى في الثوب و البدن و الأواني و غيرها من المأكول و المشروب، ضرورة أنّه لم يرد في كلّ واحدة منها بالنسبة إلى كلّ واحد من هذه الأشياء نصّ بالخصوص[٢٢].

١٠. تأثير قصد المالك في العقود والإيقاعات، قال السيد الخوئي في مصباح الفقاهة: لا دليل على اتباع غرض المالك في العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجي والا يصح ذلك في جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلا إذا و كل احد غيره في بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابة الموكل أيضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل في بيع داره ليس الا الاتجار بماله بأي وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لأجل تخيله ان غير الدار لاتباع بالقيمة المناسبة(٢٣).

١١. قصد الصبي في غير الجنايات، قال السيد الخوئي: أما وجود المانع فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضرورة المذهب، و موجب لتأسيس فقه جديد، بديهة أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عمد الصبي خطأ(٢٤).

١٢. مفهوم الضرر، قال الشيخ مكارم الشيرازي: (لو كان المراد من ((الحرج)) المنفي في هذه القاعدة مجرد الضيق و الصعوبة في قبال السعة و السهولة؛ على ما هو الظاهر من معناه لغة وعرفا، يلزم نفى كل تكليف يشتمل على ادنى مراتب الصعوبة و المشقة و هذا يوجب رفع اليد عن كثير من التكاليف الشرعية كالصيام في أيام الصيف لكثير من الناس و الوضوء في ليالي الشتاء بالمياه الباردة و غير ذلك من أشباهه، بل جل التكاليف يشتمل على نوع مشقة في كثير من الأوقات و الحالات؛ و هذا مما لا يتفوه به فقيه، و لو بنى عليه حصل منه فقه جديد)(٢٥).

١٣. حكم صلاة المسافر مع توفر وسائل النقل الحديثة، قال السيد البروجردي: فالتفكيك بين طيّه في زمان قصير بالوسائل النقلية السريعة و بين طيّه في زمان طويل مما لا يناسب الذوق الفقهي. كيف! و لو كان الأمر كذلك لزم تأسيس فقه جديد في باب صلاة المسافر(٢٦).

١٤. الاختلاف في الروايات، قال السيد الخوئي في باب الاختلاف في روايات الكر من حيث تعيين مساحته ووزنه: ليس بعزيز في أبواب الفقه، و لا يدل ذلك على عدم اهتمام الشارع بمورد الاختلاف، بل لا بد من العلاج، و إلا لزم تأسيس فقه جديد،

لندرة باب من أبواب الفقه لم تقع المعارضة في رواياته، و مقتضى الجمع بين روايات الكر هو كفاية الأقل- و هو سبعة و عشرون شبراً[٢٧]، وفي هذا العنوان أيضاً قال السيد الخوئي في باب الاختلاف في الوضوء بماء الورد: بل كانت بقراءة بعضهم على بعض، و قراءة (الورد) في هذه الرواية كانت عند الرواة (بالفتح) ويشهد لذلك فتوى الصدوق الذي هو الراوي إلينا بمضمونها، وكذلك حمل الشيخ قدس سره التوضي به على التحسين و التطيب، و هذا أقوى شاهد على عدم قرائتهم له (بالكسر) و فتح باب هذه الاحتمالات في الروايات يوجب تأسيس فقه جديد[٢٨].

١٥. تعلق الخمس بغير الأملاك، قال إذا أعطى أحد المتعاطيين دينارا لصاحبه، و أخذ منه متاعا يساوي أحد عشر دينارا فإنه قد ربح في هذه المعاملة المعاطاتية عشرة دنانير وإذا بقي هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك في البين، كتصرف المشتري في المتاع، أو تصرف البائع في الثمن، أو تلف أحد العوضين- ثبت فيه الخمس. و عليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك، و هو فقه جديد[٢٩].

١٦. الربا في البيع المعاطاتي، قال السيد الخوئي: فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية كان ذلك موافقا للقواعد الشرعية. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحة لزم من ذلك جريان الربا في المباحات. و من الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد[٣٠].

ثانياً - التطبيقات الأصولية:

١. عدم مراجعة كلمات العلماء في فهم الروايات، قال السيد السبزواري: أنه من قصر النظر على خبر واحد مع قطع النظر عن البقية و قطع النظر عن مراجعة كلمات الأجلة، و هو مستلزم لتأسيس فقه جديد لا يرتضيه المتشرعة فضلا عن الفقهاء[٣١].

٢. عدم مفهومية الشرط، قال صاحب منتقى الأصول: و لو لا هذا الوجه لما كان للمفهوم وجه يرتكن عليه، و إنكاره يستلزم تأسيس فقه جديد[٣٢].

٣. شمولية قاعدة الضرر، قال الشيخ مرتضى الأنصاري في كتابه فرائد الأصول: (ثم إنك قد عرفت بما ذكرنا أنه لا قصور في القاعدة المذكورة من حيث مدركها سندا أو دلالة إلا أن الذي يوهن فيها هي كثرة التخصيصات فيها بحيث يكون الخارج منها

أضعاف الباقي كما لا يخفى على المتتبع خصوصا على تفسير الضرر بإدخال المكروه كما تقدم بل لو بني على العمل بعموم هذه القاعدة حصل منه فقه جديد و مع ذلك فقد استقرت سيرة الفريقين على الاستدلال بها في مقابل العمومات المثبتة للأحكام و عدم رفع اليد عنها إلا بمخصص قوي في غاية الاعتبار بحيث يعلم منهم انحصار مدرك الحكم في عموم هذه القاعدة)[٣٣].

خلفيات محذور تأسيس فقه جديد:

للسيد الشهيد محمد باقر الصدر رحمة الله عليه كلاماً بديعاً سنورده، وقبل إيراده نقول: لم يذكر في كلمات العلماء علة وسبب لهذا المحذور، ولذا نريد هنا ذكر تحليل لكلمات العلماء التي أشارت وصرحت بهذا المحذور، ثم نسرد كلام السيد الشهيد:

أولاً: مرادفة هذا المحذور لمخالفة الإجماع وخرق التسالم والسيرة والارتكاز والأخبار الصحيحة.

ثانياً: مرادفته لمخالفة اقتضاءات عصر المعصومين a ، كما تقدم في كلام السيد البروجردي عليه الرحمة حول صلاة المسافر.

ثالثاً: مخالفته لروح التعبد.

رابعاً: لزوم فقه من دون أصول فقه.

خامساً: مخالفة السلف السابق.

سادساً: مخالفة ضرورة المذهب.

قال السيد الشهيد محمد باقر الصدر رحمة الله عليه في كتاب مباحث الأصول عند تعرضه إلى بروز الحاجة إلى بحث السيرة: إنّ هناك حالة نفسانية ثابتة في نفس الفقيه تمنعه عن مخالفة ما كان في كلمات الأصحاب من المسلّمات و يعدّ خلافه غريبا. و لذا ترى أنّه كثيرا ما يذكر في الفقه بالنسبة لأمر ما ككون نتيجة المعاطاة الإباحة مثلا، أو الأخذ بقاعدة لا ضرر في مورد ما، أنّه يلزم منه تأسيس فقه جديد، و يجعل هذا دليلا على بطلان ذاك الأمر. والّذي يظهر من القرائن المحفوفة بكلماتهم و من سوابق هذا الكلام و لواحقه في الموارد المختلفة أنّه ليس المقصود بذلك إبطال ذاك الأمر بعموم أو إطلاق أو إجماع، و إلّا لقالوا:

إنّ هذا ينافي العموم الوارد في نصّ كذا أو الإطلاق أو الإجماع، فالظاهر أنّ مقصودهم بذلك دعوى ما هو أقوى من الإجماع و هو أنّ الالتزام بذاك الأمر يستلزم الالتزام بعدّة أمور يكون الالتزام بمجموعها خلاف الضرورة الفقهيّة و المسلّمات عند الأصحاب، وخلاف ما هو مقطوع به لغاية وضوحه، و لا يمكن التفصيل بين بعض تلك الأمور و بعض لأنّ كلّها من واد واحد، و نسبة الدليل إليها على حد سواء فنستكشف من ذلك إجمالا بطلان ذاك الدليل و ظهور خلافه عند الأصحاب بنحو يعدّ ذلك فقها جديداً[٣٤].

نتيجة البحث:

١. إن أول كتاب فقهي أشار لهذا المحذور هو كتاب جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، للشيخ محمد حسن النجفي.

٢. لم نعثر على أي دليل لهذا المحذور إلا الاستناد إلى عبارات مشابه مثل مخالف لضرورة المذهب ومخالفته للاجماع والسيرة والارتكاز والسيرة وغيرها من العبارات.

٣. ان محذور تأسيس فقه جديد ليس محذوراً ومعياراً لرد حكم أو إثباته على نحو الاستقلال.

هوامش البحث

(١) فرائد الأصول: ج٢، ص٥٣٧.
(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب، ج١، ص٢٩٤.
(٣) رسالة في قاعدة نفي الضرر، ص٢٢١.
(٤) مباحث الأصول، ج٤، ص٥٩٥.
(٥) جواهر الكلام، ج٨ص١٥٥.
(٦) جواهر الكلام، ج٨ص١٥٥.
(٧) المحاضرات، ج١، ص٤٨٢.
(٨) منية الطالب في حاشية المكاسب، ج١، ص٢٩٤.
(٩) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة، ص١٧.
(١٠) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة، ص١٧.

(١١) المكاسب، ج٣، ص٤٦.
(١٢) منية الطالب في حاشية المكاسب، ج١، ص٢٩٤.
(١٣) فوائد الأصول، ج٤، ص٦٢٧.
(١٤) دراستنا من الفقه الجعفري، تقي الطباطبائي القمي، ج٤، ص٤٥١.
(١٥) القواعد الفقهية، ناصر مكارم الشيرازي، ج١، ص١٨١.
(١٦) جامع المدارك، ج٤، ص٥٩١.
(١٧) جواهر الكلام، ج٨ص١٥٥.
(١٨) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة، ص١٧.
(١٩) مصباح الفقيه، الهمداني: ج٣، ص٨٩.
(٢٠) كتاب الغصب، الميرزا حبيب الله الرشتي، ص٩٤.
(٢١) مباني منهاج الصالحين، السيد تقي الطباطبائي القمي، ج٣، ص٤٣٢.
(٢٢) مصباح الفقيه، الهمداني: ج١، ص٢٧٥.
(٢٣) مصباح الفقاهة ـ المكاسب، ج٤، ص٥٥.
(٢٤) مصباح الفقاهة ـ المكاسب، ج٣، ص٢٥٤.
(٢٥) القواعد الفقهية، ناصر مكارم الشيرازي، ج١، ص١٨١.
(٢٦) البدر الزاهر في صلاة الجمعة والمسافر، ص٢٢٨.
(٢٧) فقه الشيعة، السيد الخوئي، ج١، ص١٥٣.
(٢٨) فقه الشيعة، السيد الخوئي، ج١، ص٣١.
(٢٩) مصباح الفقاهة، السيد الخوئي، ج٢، ص١١١.
(٣٠) مصباح الفقاهة، السيد الخوئي، ج٢، ص١١٢.
(٣١) مهذب الأحكام، ج٢٣، ص٦٤.
(٣٢) منتقى الأصول، السيد عبد الصاحب الحكيم، ج٣، ص٢٣٧.
(٣٣) فرائد الأصول: ج٢، ص٥٣٧.
(٣٤) مباحث الأصول، ج٢، ص٩٤.

قائمة المصادر والمراجع

١. الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين، كتاب المكاسب المحرمة والبيع والخيارات، الناشر المؤتمر العالمي لتراث الشيخ الأعظم، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٢. الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين، فرائد الأصول، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، قم، الطبعة الخامسة، ١٤١٦هـ.
٣. البروجردي، حسين، اسم الكتاب؟؟؟؟ الناشر، مكتب آية الله الشيخ منتظري، قم، الطبعة الثالثة، ١٤٣١هـ.
٤. الخوئي، أبو القاسم الموسوي، المكاسب - مصباح الفقاهة، تقرير: محمد على التوحيدي.
٥. الخوانساري، أحمد بن يوسف، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، تصحيح: على أكبر غفاري، الناشر: مؤسسة إسماعيليان، قم، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٦. الخوانساري، موسى بن محمد النجفي، رسالة في قاعدة نفي الضرر، الناشر: المكتبة المحمدية، طهران، الطبعة الأولى، ١٣٧٣هـ.
٧. حبيب الله الرشتي، كتاب الغصب.
٨. الحكيم، عبد الصاحب، منتقى الأصول، تقرير محمد الروحاني، الناشر، مكتب آية الله السيد محمد الروحاني، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٩. الجواهري النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق: عباس القوجاني وعلي الآخوندي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٠٤هـ
١٠. السبزواري، عبد الأعلى، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، الناشر: مؤسسة المنار، الطبعة الرابعة، ١٤١٣هـ.
١١. الصدر، محمد باقر، مباحث الأصول، تقريرات السيد كاظم الحائري، قم، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
١٢. الطاهري الأصفهاني، جلال الدين، المحاضرات - مباحث أصول الفقه، أصفهان، الطبعة الأولى، ١٣٨٢ش.
١٣. القمي، تقي الطباطبائي، مباني منهاج الصالحين، تصحيح: عباس حاجياني، الناشر: منشورات قلم الشرق، قم، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
١٤. القمي، تقي الطباطبائي، دراستنا من الفقه الجعفري، قم، الطبعة الأولى، مطبعة الخيام.١٤٠٠هـ ق
١٥. مكارم الشيرازي، ناصر، القواعد الفقهية، الناشر: مدرسة أمير المؤمنين a ، قم، الطبعة الثالثة، ١٤١١هـ.
١٦. النائيني، فوائد الأصول، تقريرات محمد على الكاظمي الخراساني، الناشر: جامعة المدرسين في الحوزة العلمية في قم، الطبعة الأولى، ١٣٧٦ش.
١٧. النائيني، الميرزا محسن حسين الغروي، منية الطالب في حاشية المكاسب، الناشر: المكتبة المحمدية، طهران، الطبعة الأولى، ١٣٧٣هـ.
١٨. الهمداني، رضا بن محمد هادي، مصباح الفقيه، تصحيح: محمد باقري ونور على نوري ومحمد ميرزائي وسيد نور الدين جعفريان، الناشر: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامي، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.