**الوجيز**

**شرح القواعد الفقهية**

**في الشريعة الأسلامية**

**تأليف**

**الدكتور عبد الكريم زيدان**

**طبعة جديدة منقحة و مصححة**

**مؤسسة الرسالة ناشرون**

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**مقدمة الناشر**

 \* الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فية , كما يحب ربنا و يرضى , و صل الله علية وسلم على سيدنا محمد المبعوث للعالمين رحمة و هدى , و رضي عن آله الأطهار و صحابته الأبرار منارات العلم و الخير و التقى , و بعد :

 \*فإننا نقدم اليوم الى طلاب العلم و أهل الاختصاص هذا الكتاب القيم النافع بإذن الله تعالى : "**الوجيز في شرح القواعد الفقهية"** , و هو ثمرة من ثمرات العلم الجليل الدكتور عبد الكريم زيدان , و معلم بارز بين مؤلفاته.

 \* و غير خاف على الكثيرين ما لهذا الكتاب – كما لكثير غيره من مؤلفات الدكتور زيدان – من تميز من جهة التبويب و الترتيب , و لإحاطة بالمقصود , و الشرح المفهم المبلغ , و الصياغة العلمية الدقيقة , الأمر الذي دعا جامعات كثيرة في بلدان عديدة لتقريره ضمن مناهجها و تدريسه , و هو أمر أعطاه بدوره تنقيحا متكررا زاد في قيمته العلمية .

 \* و القواعد الفقهية تعطي صورة لطالب العلم عن كثير من الأحكام الشرعية التي تندرج تحتها , و تنضبط بها .

 \* و لذلك كان السعي الى معرفتها و حفظها و معرفتة تطبيقاتها أمرا يحرص عليه كل متفقه , و إنا لنرجو أن يكون هذا الكتاب مساعدا قويا في هذا المجال .

**نفع الله به كاتبه و قارئه و يسره لمن يحتاجه**

**و صلى الله على سيدنا محمد و آله و سلم**

**مقدمة الطبعة الجديدة**

**الحمد لله رب العالمين , و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين**

* فهذه هي الطبعة الجديدة النقحة و المزيدة لكتابي:

**"الوجيز في شرح القواعد الفقهية"**

وقد زدت فيه قاعدة "**إذا تعذر الاصل يصار الى البدل**" مع شرحها , و صار رقمها 101 , و هي آخر القواعد الفقهية , و الله أسأل أن ينفع بكتابي هذا و بما زدت فيه من يطلع عليه.

**و صلى الله على سيدنا محمد** **و على آله و صحبه و سلم**

**و الحمد لله رب العالمين**

**تقديم**

الحمد لله رب العالمين , و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين .

* **و بعد :**

 فهذه مذكرات موجزة في شرح بعض القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية , كتبتها على عجل لتكون عونا للطلاب في دراستهم موضوع القواعد الفقهية , آملا أن اعود الى هذا الموضوع لأكتب فيه بتوسع و شمول إن شاء الله تعالى .

 و الله تعالى أسأل أن ينفع بهذه المذكرات من يطلع عليها , و أن يثيبني عليها و هو خير مسؤول و أن يوفقني دائما الى خدمة شريعته .

**و صلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه و سلم ,**

**و الحمد لله رب العالمين**

 **المؤلف**

**الدكتور عبد الكريم زيدان**

**صنعاء في 20 \صفر \1418 ه,23\6\1997م**

**مقدمة**

1. **تعريف القاعدة لغة و اصطلاحا :**

 القاعدة في اللغة تعني الأساس , و في اصطلاح الفقهاء : حكم كلي ينطبق على جميع جزيئياته أو أكثرها , لتعرف أحكامها منه .

 و في الفقه الإسلامي جملة كبيرة من هذه القواعد التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطا و جامعا لمسائل فقهية كثيرة .

1. **الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي :**

و الفرق بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي : أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى و الضابط يجمعها من باب واحد .

1. **من أمثلة الضابط الفقهي :**

أخرج الإمام الترمذي في جامعه عن ابن عباس –رضي الله عنه- قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**أيهما إهاب دبغ فقد طهر"** و الإهاب : هو مالم يدبغ , و الدباغ : عبارة عن إزالة الرائحة الكريهة و الرطوبات النجسة باستعمال الأدوية أو بغيرها , و عن أبي حنيفة , عن حماد , عن إبراهيم قال : كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ (فقد طهر) أي : طهر ظاهره و باطنه .

**من أمثلة القاعدة الفقهية (اليقين لا يزول بالشك) :**

 و من القواعد الفهية قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) فهذه القاعدة تنطبق على كل مسألة فيها شيء متيقن إذا طرأ عليه شك مهما كان موضوع هذه المسألة , و الباب الفقهي الذي تنتمي اليه , و على هذا فإن حكمها يسري على فروع كثيرة من أبواب مختلفة في الفقه الإسلامي , فكل ما تيقن وجوده أو عدمه فلا يتغير حاله هذا من اليقين و جودا أو عدما بطروء الشك عليه , و إنما يتغير حاله بيقين مثله . **و من تطبيقات هذه القاعدة :**

 من تيقنا ثبوت الدين بذمته لا يزول هذا اليقين إلا بثبوت إبراء الدائن له , أو بأداء الدين على وجه اليقين , و من ثبت نكاحه يقينا لا يزول هذا النكاح إلا أذا طرأ عليه ما يزيله على وجه اليقين, فلا يكفي للقول بزواله مجرد طروء الشك في بقائه .

1. **السنة النبوية و القواعد و الضوابط الفقهية :**

 هذا و قد جاء في السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة , يعتبر كل حديث منها قاعدة فقية , بل قاعدة تشريعية لما يتضمنه من حكم عام يسري على جميع ما يندرج تحت هذه القاعدة من جزيئيات أو فروع , كقوله صلى الله عليه وسلم : "**كل شراب أسكر فهو حرام"** و قوله صلى الله عليه وسلم : **"كل مسكر حرام"** فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع ؟ فقال : **"كل شراب أسكر فهو حرام"** قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث : البتع هو نبيذ العسل , و هو من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم , و فيه أنه يستحب للمفتي إذا رأى بالسائل حاجة الى غير ما سأل عنه أن يضمنه في الجواب الى المسؤول عنه .

 و أخرج الإمام مسلم في صحيحه أيضا عن أبي موسى , قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم ,

انا و معاذ بن جبل الى اليمن , فقلت : يا رسول الله , إن شرابا يصنع بأرضنا يقال له : المزر , من الشعير , و شراب يقال له : البتع , من العسل . فقال صلى الله عليه وسلم : **"كل مسكر حرام"** و أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال **"كل مسكر خمر , و كل خمر حرام"** و على هذا و في ضوء هذه الأحاديث الشريفة فإن (الخمر) يطلق في الأصطلاح على كل مسكر , فكل مسكر خمر و كل خمر حرام , و هكذا فهم فقهاء الحديث و شراحه ؛لأن الخمر يطلق على كل مسكر , فكل مسكر خمر , حرام تناوله , بغض النظر عن كيفية صنعه و استخراجه , و سواء أسكر الكثير منه دون القليل , أو أسكر قليله . و سواء سمي المسكر خمرا أو لم يسم , كالمسكرات الحديثة فإنها تعتبر خمرا ما دامت مسكرة, لأن العبرة بحقائق الأشياء لا بأسمائها .

1. **و في صحيح مسلم :**

 عن ابن عباس رضي الله عنهما , أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال و أموالهم , و لكن اليمين على المدعى عليه"** و جاء في شرحه : و في رواية البيهقي و غيره بإسناد حسن أو صحيح , عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ : **"و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر"** قال النووي : و هذا الحديث قاعدة كبيرة في قواعد الشرع و على هذا فيسري حكم هذه القاعدة على كل دعوى .

1. **استخراج القواعد الفقهية من الأحاديث النبوية :**

 و قد استخرج الفقهاء بعض القواعد الفقهية من الأحاديث النبوية , فقد يرد في السنة النبوية حديث نبوي شريف فيستنبط الفقهاء منه قاعدة فقهية لما يتضمنه من معنى يصلح أساسا ليصياغة قاعدة فقهية معينة , من ذلك ما أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عباد ابن تميم , عن عمه انه شكى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم : الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاه ؟ فقال : **" لا ينفتل – أو : لا ينصرف – حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا"** و معنى (يجد ريحا) أي : الحدث خارجا منه , و دل الحديث على صحة الصلاه ما لم يتيقن الحدث , و ليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين؛ لأن المعنى إذا كان اوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى . و قال الإمام النووي : هذا الحديث أصل في حكم بقاء الأشياء على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ عليها . فما قاله الإمام النووي يعتبر قاعدة فقهية يمكن التعبير عنه بما قاله الحنفية في قواعدهم الفقهية : "اليقين لا يزول بالشك" و يعتبر الحديث النبوي أساسا لهذه القاعدة , و روى هذا الحديث أيضا الإمام مسلم في صحيحه بلفظ :الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ,فقال صلى الله عليه وسلم : **"لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" .**و جاء في شرحه : و هذا الحديث أصل منأصول الإسلام و قاعدة عظيمة من قواعد الفقه , و هي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها , حتى يتيقن خلاف ذلك , و لا يضر الشك الطارئ عليها , فمن ذلك مسألة الباب التي ورد فيها الحديث و هي أن من يتيقن الطهاره و شك في الحديث حكم ببقائه على الطهارة , و لا فرق بين حصول هذا الشك في نفس الصلاة و بين حصوله خارج الصلاة .

1. **و من ذلك قاعدة :**

"من شك , هل فعل شيئا أو لا , فالأصل أنه لم يفعل" , أو قاعدة : "من تيقن و شك في القليل و الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن" , فهذه القاعدة و التي قبلها ستخرجة من الحديث النبوي الشريف فهو أساسها و مدارها , و هذا الحديث و هو ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **"إذا شك احدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ؟ ثلاثا أم أربعا؟ فليطرح الشك و ليبن على ما استيقن , ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم , فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته , و إن كان صلى إتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان"** و أخرج الإمام الترمذي في "جامعه" عن عبد الرحمن بن عوف قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : **إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحده , فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثا فليبن على ثنتين , فإن لم يدر ثلاثا صلى أو أربعا فليبن على ثلاث و ليسجد سجدتين قبل أن يسلم" .**

**القاعدة الأولى :الأمور بمقاصدها**

1. **أصل هذه القاعدة :**

 أصل هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه الإمام البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال و هو على المنبر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : **"إنما الأعمال بالنيات , و إنما لكل امرئ ما نوى , فمن كانت هجرته الى الله و رسوله فهجرته الى الله و رسوله , و من كانت هجرته الى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر إليه".**

1. **شرح القاعدة :**

المقصود بهذه القاعدة أن الأحكام الشرعية في أمور الناس و معاملاتهم ننكيف حسب قصودهم - أي نياتهم - من إجرائها , فقد يعمل الإنسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكم معين , و قد يعمل نفس العمل بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر ,

1. **من تطبيقات هذه القاعده :**
2. أن ملتقط اللقطة يعتبر أمينا , لا ضمان عليه إذا هلكت اللقطة في يده بدون تعد منه أو تقصير , إذا كان قصده من التقاطها حفظها و ردها الى صاحبها , و يعتبر غاضبا إذا كان التقاطها بقصد تملكها فيضمن هلاكها و تلفها , و لو كان هلاكها بدون تعد منه أو تقصير لأنه

غاضب , و الغاضب يضمن هلاك المغضوب مطلقا , و بهذا جاءت المادة 769 من مجلة الأحكام العدلية .

1. و من تطبيقات القاعدة أو فروعها , انعقاد البيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال كقوله البائع : أبيعك فرسي بكذا مبلغ , فيقول المخاطب : قبلت , و لكن إذا قصد بالفعل المضارع الاستقبال لا ينعقد به البيع .

ج- لو نصب أو نشر الصياد شبكته فتعلق بها الطير , فإن كان قد نشر شبكته لتجفيفها أو لإصلاحها فالصيد – الطير- الذي تعلق بالشبكة لمن سبقت يده إليه , و إن كان قد نصبها للاصطياد فالصيد لصاحبها , و إن أخذه غيره كان كان غاصبا , و تنطبق عليه أحكام الغضب .

1. وصف الفعل بالحل و الحرمة بناء على قصد فاعله :

و كما أن الفعل يتكيف حكمه في أحكام الدنيا بناء على قصد صاحبه , أي : فاعله , فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل و الحرمة بناء على قصد فاعله كالنكاح مستحب و سنة من سنن الإسلام , و لكن يحرم إذا كان قصد صاحبه مضارة الزوجة أو ظلمها .

و إمساك الزوجة بمراجعتها أثناء العدة بقصد استمرار الزوجية و استدامتها و القيام بحقوقها , هذا الإمساك بهذا القصد أحب الى الله من تسريحها , و يحرم هذا الأمساك إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة بتطويل عدتها , قال تعالى : **(و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) "البقرة:23"**  و جاء في تفسيرها : و المعنى : إذا طلقتم النساء فقاربن آخر العدة فلا تضاروهن بالمراجعة من غير قصد لاستمرار الزوجية و استدامتها و القيام بحقوقها , بل اختاروا أحد أمرين : إما الإمساك بمعروف من غير قصد الأضرار بها , أو التسريح بإحسان , أي : تركها حتى تنقضي عدتها من غير مراجعة **(ولا تمسكوهن ضرارا) ,(و من يفعل ذلك)** أي الأمساك المؤدي الى الضرار **(فقد ظلم نفسه)** لأنه عرضها لعقاب الله و سخطه بسبب ظلمه لهن . قال الزجاج : يعني : عرض نفسه للعذاب , لأن إتيان ما نهى الله عنه تعرض لعذاب الله .

1. **النية المجردة لا حكم لها في أحكام الدنيا :**

و يلاحظ هنا , كما هو المفهوم من هذه القاعدة , أن النية المجردة – أي : القصد المجرد – التي لا يقترن بها فعل ظاهر خارجي لا يترتب عليها حكم من أحكام الدنيا , فمن نوى طلاق زوجته مثلا لا يقع طلاقه.

**14 – الثواب على النية الحسنة مع عدم مشرعية الفعل :**

 و للنية الحسنة أو القصد الحسن أثر في تحصيل الثواب بالرغم من عدم مشروعية الفعل فمن فعل فعلا يظنه قربة أو جائزا شرعا , و فعله بهذا القصد فتبين خلاف ذلك أثيب

على قصده , لا على فعله كالمصلي يصلي بقصد الصلاة , و يظن انه متطهر و هو غير متطهر , أو يصلي على مرتد صلاة الجنازة يعتقده مسلما ؛ فإنه يثاب على قصده دون فعله , و لو قدم طعاما لمن يخشى موته جوعا بقصد الأحسان إليه و دفع الهلاك عنه فتبين أن الطعام كان مسموما دون أن يعرف ذلك مقدمه ؛ فمات آكله فإن مقدمه يثاب على قصده , لا على تقديمه الطعام , و تجب الدية على عاقلته ؛ لأنه يعتبر قاتلا خطأ .

**القاعدة الثانية :العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للافاظ و المباني**

**15 – هذه القاعدة فرع للقاعدة الأولى :**

 هذه القاعدة تشملها القاعدة السابقة (الأمور بمقاصدها) لأن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الأنسان , و بالتالي يمكن اعتبارها فرعا للقاعدة السابقة .

**16 – شرح القاعدة :**

 قلنا : إن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الأنسان , و حيث إن المنظور إليه في ترتيب الأحكام على هذه الأمور هو ما قصدها فاعلها منها , فكذلك الحكم في العقود على مجرد الألفاظ , أي : على مطلق المعاني التي تحتملها , و إنما تترتب على المقاصد و المعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد ؛ لأن المعنى المقصود من الألفاظ المستعملة و هو المعنى الحقيقي المراد , و إن المقاصد هي حقائق العقود و قوامها , و إنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد , فإذا ظهر القصد كان الأعتبار له و تقيد اللفظ به و ترتب احكم بناء عليه , و لكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية ؛ لأنها قوالب المعاني و المعبرة عنها , فتراعي أولا المعاني الظاهرة للألفاظ , و إذا تعذر الجمع بينها و بين المعاني التي قصدها العاقدان في عقدهما فإنه يصار الى المعاني المقصودة و يهمل جانب الألفاظ من حيث دلالتها على المعاني الظاهرة , و يعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من قرينة الحال

فهي التي توضح القصد منه , و على هذا لا بد من مناسبة بين الصيغة و المعنى المقصود , حتى يمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة و مبينة للقصد .

**17 – فروع القاعدة و تطبيقاتها :**

أ – الهبة بشرط العوض بيع : فمن قال لآخر : وهبتك هذه الفرس بمئة دينار , فقال الآخر: قبلت, كان العقد بيعا , و إن كانت الصيغة بلفظ الهبة .

ب – الإعارة بشرط العوض إجارة : فمن قال لآخر : أعرتك سيارتي هذه بخمسين دينارا تستعملها هذا اليوم في صنعاء . فقال الآخر : قبلت كان العقد إيجارا لا إعارة , و لو أن الإيجاب بلفظ الإعارة.

ج – الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة : فإن قال المدين لدائنه : أحلتك بما لك من دين بذمتي و مقدراره كذا على فلان , على ـن تبقى ذمتي مشغولة بديني علي , حتى يدفع لك المحال عليه الدين , فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة نقل دين من ذمة الى ذمة , و لم ينتقل الدين هنا من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه , و إنما ضمنت ذمة المدين الى ذمة المحال عليه في المطالبة بالدين , و هذا هو حقيقة الكفالة لأنها تعرف بأنها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالدين , فليس فيها نقل دين من ذمة الى ذمة بخلاف الحوالة .

**القاعدة الثالثة الأصل في الكلام الحقيقة**

**18 – الحقيقة و المجاز :**

 **الحقيقة :** استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة (أسد) للحيوان المعروف , **و المجاز :** استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي و المعنى المجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن إرادة المعنى الحقيقي كإطلاق كلمة (نور) على الأسلام أو العلم .

**19- شرح القاعدة :**

 **و معنى القاعدة :** أن الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي كلما أمكن ذلك , و على هذا الأساس تفسر عقود الناس و تصرفاتهم , فمن قال : و قفت داري على أولادي ثم على الفقراء , فإن الوقف ينصرف الى الأولاد الصلبيين و لا يشمل الأحفاد لأن كلمة (أولادي) حقيقية في الأولاد الصلبيين , فما دام للواقف أولاد صلبيون فإن كلمة (أولادي) تنصرف إليهم فقط , ولا يدخل معهم أحفاد الواقف إن وجدوا .

**20 –** **من فروع القاعدة و تطبيقاتها :**

أ – لو قال : هذه الدار ليزيد . كان ذلك إقرارا له بالملك , حتى لو قال : أردت بقولي أنها مسكنه , لم يقبل منه .

**23 – و على هذا جائت القاعدة الفقهية :**

 الحقيقة تترك بدلالة العادة .

 و على هذا لو وقف بستانه على فقهاء بلده دخل فيهم المقلدون الذين يعرفون الفقه تقليدا لا اجتهادا ؛ لأن لفظ (الفقيه) صار يطلق على المقلد عرفا فينصرف كلام الواقف إليه؛ لأنه هو المتعارف في إطلاقه .

 و من أمثلة ترك الحقيقة و هجرها بدلالة العادة في إرادة المعنى المجازي لا الحقيقي: حمل قول القائل في حلفه : والله لا أضع قدمي في هذه الدار . فهو يحنث إذا دخل الدار راكبا , و لا يحنث إذا وضع قدمه فيها بدون دخول ؛ لأن المراد من كلامه حسب الاستعمال العرفي و جريان العادة بمثل هذا الكلام هو الدخول الى الدار و ليس مجرد وضع القدم فيه دون دخول .

**القاعدة الخامسة**

**إعمال الكلام أولى من إهماله**

**24 – شرح القاعدة مع الأمثلة :**

 لا يجوز إهمال الكلام و اعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي , و بما أن الأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي , لا يحمل على المجاز , و اللفظ المراد إعماله إذا كان مما يحتمل التأسيس و التأكيد فحمله على التأسيس أولى , لأن التأسيس يفيدنا معنى جديدا , لم يتضمنه اللفظ السابق , و التأكيد يفيده إعادة معنى اللفظ السابق , و على هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بمئة ريال دون أن يذكر سبب الدين و أعطى للدائن سندا بذلك و لم يبين فيه سبب الدين , فإن إقراره الثاني يحمل على التأسيس , أي : على الإقرار بدين جديد , ولا يحمل على تأكيد دينه الأول الذي أعطاه به سندا .

**25 – إذا تعذر إعمال الكلام يهمل :**

و هذا هو نص القاعدة الفقهية : إذا تعذر إعمال الكلام يهمل .

 يعني : إذا تعذر حمل الكلام هلى معناه الحقيقي و لا على معناه المجازي و لا على معنى التأسيس أو التأكيد فإنه يهمل , و يعتبر لغوا لا يترتب عليه حكم , كما لو ادعى شخص أو أقر بأن فلانا الذي هو أكبر منه سنا ابنه , فلا يمكن حمل كلامه على معنى حقيقي , لأن المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر , كما لا يمكن حمل كلامه على معنى مجازي , لعدم توافر مبررات هذا الحمل و لا على طبيعة هذا المجاز

**26- لا ينسب الى ساكت قول :**

هذه العبارة هي الجزء الأول من القاعدة , وهي عبارة الإمام الشافعي رحمه الله تعالى .

* ومعنى هذه القاعدة : أنه لا يجوز أن يقوّل الساكت ما لم يقله , فيقال : إنه قال كذا . ولهذه القاعدة فروع وتطبيقات كثيرة نذكر منها ما يلي :

**27- فروع وتطبيقات :**

ومن فروع وتطبيقات الجزء الأول من القاعدة ( لا ينسب الى ساكت قول ) ما يأتي :

1. لو رأى أجنبيّا يبيع ماله فسكت لا يعدّ سكوته إجازة أو توكيلا .
2. لو رأى غيره يتلف ماله , فسكت لا يكون إذنا بإتلافه .

ج- سكوت امرأة العنّين لا يعتبر رضا , ولو أقامت معه سنين .

د- نصت المادة (805) من مجلة الأحكام العدلية : "سكوت المعير لا يعد قبولا " ,

فلو طلب رجل من آخر إعارة شيء , فسكت صاحب ذلك الشيء , ثم أخذه المستعير كان غاضبا , ومعنى ذلك تطبيق أحكام الغضب عليه , ومنها ضمان هلاك المغضوب مطلقا " .

**28 –ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان معناه وفروعه :**

أي أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ولهذه القاعدة أو الجزء الثاني من القاعدة فروع وتطبيقات كثيرة منها ما يلي :

1. سكوت البكر عند استثمار وليّها بالزواج يعتبر منها رضا .
2. سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه يعتبر إذنا بالقبض .

ج- سكوت الشفيع عند علمه بالبيع دلالة على رضاه به ويسقط حق شفعته .

د- سكوت الزوج عند ولادة امرأته وتهنئته بالمولود يعتبر إقرارا به وينسبه منه فلا يملك نفيه بعد ذلك .

ه – سكوت المقرّ له والوكيل والوديع بعد قبولا ما لم يردوا صراحة , لأنه عند الرد الصريح لا عبارة للدلاة في مقابلة التصريح .

و- سكوت المشتري قبل البيع عند إخباره بالعيب يعتبر رضا منه بالعيب , فقد نصت المادة (341) من مجلة الأحكام العدلية : " إذ ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا , وقبل المشتري مع علمه بالبيع لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب . ولكن لو ظهر في المبيع عيب آخر غير الذي ذكره كان له رد المبيع به " .

ز- لو رأى الوليّ المميّز يبيع ويشتري ولم يمنع وسكت , يكون سكوته إذنا له بالتجارة دلالة .

ح- السكوت في الإجارة قبول ورضا كقوله لساكن داره : اسكنها بكذا أجرة , وإلا فاخرج وانتقل منها فسكت وبقي ساكنا لزمه الأجر المسمّى .

ط- إذا وجه الحاكم اليمين إلى المدّعي عليه فسكت بدون عذر كان سكوته نكولا عن اليمين .

ي- سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع لقبض الثمن إذا رأى المشتري يقبض المبيع يعتبر سكوته إذنا للمشتري بالقبض .

**القاعدة السابعة لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح**

**29- شرح القاعدة :**

المقصود بالدلالة : كون الشيء بحالة يفيد الغير علما , والدلالة بهذا المعنى معتبرة , ويترتب عليها الحكم المناسب , ولكن إذا تعارضت الدلالة والتصريح - أي : القول الصريح أو مايقوم مقامه – فإن المعتبر والمعول عليه في ترتيب الأحكام هو التصريح لا الدلالة , إذ لا اعتبار لها مع وجود التصريح المخالف لها , فإذا وهب شخص شيئا لآخر وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة , كان قبضه صحيحا وإن لم يأذن له الواهب في القبض صراحة , لأن إيجاب الواهب إذن منه بالقبض دلالة , وأما لو نهاه عن القبض فلا يصح قبضه لأنه لاعبرة للدلالة في مقابلة التصريح , وعلى هذا نصت المادة (722) من مجلة الأحكام العدلية , فقد جاء فيها : " الإذن دلالة كالإذن صراحة , أما إذا وجد النهي صراحة فلا عبرة لإذن ودلالة ... " .

**30 – لا عبرة للتصريح بعد العمل بالدلالة :**

ولكن بعد العمل بموجب الدلالة لا عبرة للتصريح , فلو سمع شخص أن فضوليّا باع ماله , فطلب منه الثمن كان طلبه هذا إجازة للبيع دلالة , فإذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة لا يصح رده , إذ لا عبرة لرده الصريح لبيع الفضولي بعد إجازته دلالة .

**31 – من فروع القاعدة وتطبيقاتها :**

أ – شاة لإنسان خيف عليها من الموت فذبحها إنسان كيلا تموت فيحرم أكلها , لا يضمن ذابحها استحسانا , لأنه مأذون من مالكها دلالة .

ب – إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع , ولم ينهه , صح القبض وسقط حق الحبس بالثمن بدلالة السكوت عن الإذن , وبالتالي لا يملك استرداد المبيع , بل يطالبه بالثمن , أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حق الحبس وله أن يسترده منه ويحبسه بالثمن .

ج – يستدل على مصارف الوقف بتعامل القوم السابقين , ولكن إذا وجد كتاب الوقف الموثوق به فلا عبرة بتعامل القوم على خلافه , لأن كتاب الوقف بشأن مصارف الوقف كالتصريح بهذه المصارف , وتعامل القوم في مصارف القوم كالتعريف بهذه المصارف دلالة , ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح .

د- جاء في المادة (772) من مجلة الأحكام العدلية : " الإذن دلالة , كالإذن صراحة , أما إذا وجد النهي صراحة لا عبرة للإذن دلالة . مثلا : إذا دخل رجل دار آخر بإذنه فوجد إناء معدّا للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب منه , فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه , أما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه ليشرب فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته " .

**القاعدة الثامنة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله**

32- شرح القاعدة :

يمكن اعتبار هذه القاعدة فرعاً أو تطبيقاً لقاعدة:"إعمال الكلام أولى من إهماله" لأنه إذا كان الشيء موضوع الكلام غير قابل للتجزئة, يحمل على إرادة كله صيانة لكلام القائل من الالغاء والاهمال, لأن الاصل في كلام العاقل أنه يريد بكلامه إفادة السامع معنى, فذكره جزءاً من شيء غير قابل للتجزئة, يحمل على أنه أراد الشيء كله, ويستأنس لذلك بأن من أساليب اللغة العربية ذكر الجزء, وإرادة الكل كما في كفارة الظهار ( فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) -المجادلة:3- وفي كفارة القتل الخطأ ( فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ) - النساء:92 - والمراد بالرقبة : الرقيق, ذكراً أو انثى, فجاء التعبير عنه بذكر جزء منه وهو الرقبة.

33- من تطبيقات القاعدة:

أ- لو أسقط ولي القتيل نصف القصاص سقط القصاص كله لأن القصاص لا يتجزأ, وكذلك لو عفا عن القاتل أحد أولياء القتيل, سقط القصاص وانقلب حق باقي الورثة ( أولياء القتيل) الى الدية.

ب- جاء في المادة (1041) من مجلة الاحكام العدلية: "الشفعة لا تقبل التجزئة, فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع, ويترك باقيه".

ومعنى ذلك أن الشفيع اذا طلب بعض العقار بالشفعة, وترك باقيه بطلت شفعته بالكلية, لأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً اذ ان الشفيع يملكه بالشفعة كما ملكه المشتري, والمشتري لا يملك البعض لأن فيه تفريق الصفقة فلا يتجزأ إسقاطاً, فيكون ذكر بعضه كذكر كله.

34- حكم ذكر بعض ما يتجزأ:

أما ذكر بعض ما يتجزأ, فليس كذكر كله, فيثبت الحكم للبعض الذي ذكره وليس للشيء كله.

\*ومن تطبيقات هذا: لو كفل للدائن بنصف دينه على مدينه فتصح الكفالة بنصف الدين ولا يعد كفيلاً بكل الدين, لأن مقدار الدين يقبل التجزئة, فيثبت الحكم للجزء الذي ذكره فقط, ومثل كفالة بعض الدين وصحة هذه الكفالة, إبراء المدين من بعض الدين وصحة هذا الإبراء.

**القاعدة التاسعة : المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة**

35- تعريف المطلق والمقيد:

المطلق : هو اللفظ الدال على مدلول شائع من جنسه, أو هو: اللفظ الدال على فرد أو أفراد غير معينة, وبدون أي قيد لفظي مثل: رجل ورجال.

والمقيد: هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه مع تقييده بوصف من الاوصاف أو هو ما كان من الالفاظ الدالة على فرد او افراد غير معينة مع اقترانه بما يدل على تقييده بما اقترن به مثل : رجل مصري, او رجل يمني, هذا وان المقيد في ما عدا ما قيد به يعتبر مطلقاً, بمعنى أن المقيد يعتبر مقيداً بالقيد الموصوف به, لا يجوز تقييده بغيره بلا دليل فقولنا: رجل يمني, مقيد من جهة الجنسية, وهي كونها يمنية فقط, أما ما عدا هذا القيد فهو مطلق.

36- حكم المطلق:

أنه يجري على اطلاقه فلا يجوز تقييده بأي قيد الا اذا قام الدليل على تقييده نصاً أو دلالة, ويثبت له الحكم وهو بهذا الاطلاق كما في عتق الرقبة في كفارة الظهار اذ جاءت مطلقة, وكما في عدة المرأة المتوفى عنها زوجها جاءت (أَزْوَاجًا) مطلقة فتجب عليها العدة سواءً كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا, صغيرة كانت أو كبيرة قال تعالى: ( وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ ) (البقرة:234)

ولكن اذا قام الدليل على تقييد المطلق اعتبر القيد وثبت له الحكم بهذا القيد كما في قوله تعالى: (مِنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) (النساء:11) جاءت كلمة ( وَصِيَّةٍ) مطلقة وكان مقتضى الاطلاق جواز الوصية بأي مقدار, ولكن قام الدليل على تقييدها بالثلث, ودليل التقييد حديث سعد بن أبي وقاص حيث منعه الرسول -صلى الله عليه وسلم- من أن يوصي بأكثر من الثلث, وهذا حديث مشهور يتقيد بمثله مطلق الكتاب عند الحنفيه وغيرهم.

37- حكم المقيد:

وجوب العمل بموجب القيد, فلا يجوز إلغاؤه, ويثبت الحكم له بهذا القيد إلا اذا قام الدليل على عدم اعتبار هذا القيد, كما قال تعال في سياق تعداد المحرمات:( وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ)

(النساء:23)

وعلى هذا فالبنت تحرم على من تزوج أمها ودخل بها؛ لان حرمة الزواج بالبنت مقيد بنكاح أمها والدخول بها,لا مجرد العقد عليها, وأما كلمة (فِي حُجُورِكُمْ)

فهذه ليست بقيد احترازي وإنما هي قيد أكثري لا يتقيد به اللفظ, ولا تأثير له في الحكم بدليل قوله تعالى في نفس الآية: (فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ [ (النساء:23)

ولو كان من قيد الحرمة كون البنت في حجر الزوج ورعايته, لذكر عند شروط الحل, ورفع الحرمة عند تخلف القيد, وهو الدخول بالأم.

38- من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

أ- الوكيل بالبيع اذا كانت وكالته مطلقة يجوز له أن يبيع ما لموكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً, وهذا عند الامام أبي حنيفة, لأن التوكيل بالبيع جاء مطلقاً, فيجري على إطلاقه, وبه أخذت المادة 1494 من مجلة الأحكام العدلية, حيث نصت على أن: ( للوكيل بالبيع إذا أطلقت وكالته أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً)

ولكن لو عين الموكل لوكيله ثمناً معيناً فعلى الوكل أن يتقيد بهذا الثمن فلا يبيع ما لموكله إلا بهذا الثمن, وهذا ما جاء في المادة 1495 من مجلة الاحكام العدلية, حيث جاء فيها: ( ليس للوكيل إذا كان الموكل قد عين له ثمناً أن يبيع بأنقص من ذلك الثمن, وإن فعل انعقد البيع موقوفاً على إجازة موكله, ولو باع بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المبيع الى المشتري فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان).

وإنما كان الحكم كما جاء في هذه المادة؛ لأن دليل التقيد - تقييد الثمن- جاء نصاً فلا تجوز مخالفته.

ب- لو وكل رجلا˝ بشراء شيئ معين ولم يبين الثمن كان للوكيل أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير ولكن لا يجوز له أن يشتريه بغبن فاحش، وإن فعل وقع الشراء له ، وذلك لأن وكالته وإن كانت مطلقة إلا أنها مقيدة دلالة بعدم التجاوز إلى الغبن الفاحش.

**القاعدة العاشرة: لا مساغ للاجتهاد في مورد االنص**

۳٩ – شرح القاعدة:

الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء بذل غاية الجهد والطاقة لتحصيل الحكم الشرعي من دليله الشرعي.

* ومعنى القاعدة: أن الاجتهاد يكون في القضايا التي لم يرد في الشريعة الإسلامية نص صريح بحكمها ، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه ، لأن الغرض من الاجتهاد تحصيل الحكم الشرعي ، فإذا كان حاصلا˝ في النص فلا حاجة للاجتهاد ، ولأن الاجتهاد إذا أوصلنا إلى ذات الحكم الوارد في النص فالمعول عليه هو النص وما ورد فيه من حكم وليس الاجتهاد ، فيكون التحول الى الاجتهاد من نوع العبث غير المستساغ، والمراد بالنص نصوص القرآن الكريم و السنة النبوية المطهرة وما ثبت بالإجماع الشرعي.

٤٠ – من أمثلة الاجتهاد في مورد النص:

ورد النص في تحريم الربا ، فلا يجوز الاجتهاد في حله ، وورد في النص بأن للذكرمثل حظ الأنثيين في الميراث ، فلا يجوز الاجتهاد بجعل ميراث الذكر مثل ميراث الأنثى ، و النص ورد بالقصاص من القاتل عمدا˝ إذا كان بالغا˝ عاقلا˝ ، وطلب القصاص ولي القتيل ، فلا مساغ للاجتهاد بعدم وجوب القصاص إذا طلبه ولي القتيل ، والنص وردبتحريم القمار فلا يجوز الاجتهاد بحله بحجة زيادة موارد الدولة النالية. فهذه الاجتهادات التي يريد أصحابها الوصول إلى ما يخالف الأحكام الشرعية التي وردت بها النصوص الشؤعية اجتهادات غير مقبولة، لأن مساغ الاجتهاد مقيد بعدم وجود النص.

**القاعدة الحادية عشرة :الاجتهاد لا ينقض بمثله**

٤١ – شرح القاعدة:

في المسائل الاجتهادية التي يسوغ فيها الاجتهاد، إذا اجتهد فيها المجتهد، وخرج فيها برأي سائغ فلا ينقض – أي يبطل – باجتهاد آخر سائغ مثل الاجتهاد الأول، كما لو حكم حاكم في قضية باجتهاده بحكم معين، ثم تبدل اجتهاده فيها، فلا يجوز له أن ينقض حكمه الأول ليحكم باجتهاده الثاني، الذي هو مثل الأول من حيث إنه اجتهاد سائغ ، كما لا يجوز لحاكم آخر أن ينقض باجتهاده ما حكم به الحاكم الأول باجتهاده، لأنه لا امتياز لاجتهاده على اجتهاد القاضي الأول ، ما دام كلاهما من الاجتهادات السائغة المقبولة.

٤۲ – دليل هذه القاعدة وحكمتها:

ودليل هذه القاعدة الإجماع وما سار عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل ، وخالفه عمر رضي الله عنه فيها ، ولم ينقض حكمه ، وعلته بأنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول وأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة.

٤۳ – الاجتهاد القديم لا يقيد صاحبه:

ولكن الاجتهاد القديم لا يقيد صاحبه في المستقبل ، فله في المستقبل أن يقضي باجتهاده الجديد المخالف لاجتهاده القديم في نظير القضية الأولى ولا يتقيد بما حكم فيها في الماضي، وهذا ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، في قضية إرثية مشهورة عرفت باسم المسألة المشتركة أو المسألة الحجرية، أو المسألة العمرية لقضاء عمر بن الخطاب فيها إذ أنه قضى بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة لأم في ميراثهم وهو الثلث نظرا˝ لاستغراق فروض أصحاب الفروض التركة ، فلم يبق للإخوة الأشقاء شيئ من التركة باعتبارهم عصبة، والعصبة يأخذون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، فإن لم يبق شيئ من التركة لم يأخذوا شيئا، وهذا ما حصل في هذه المسألة فقد اجتمع فيها زوج وأم و إخوة لأم، وإخوة أشقاء، فللزوج النصف وللأم السدس، وللإخوة لأم الثلث ، ولا شيئ للإخوة الأشقاء.

ثم حدثت قضية ميراث كالأولى، فلما رفعت إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراد أن يقضي فيها بمثل قضائه السابق في نفس هذه القضية فاعترض أحد الإخوة الأشقاء وقال: يا أمير المؤمنين احسب أبانا حجرا˝ في اليم، أليست أمنا واحدة، فكيف يرث الإخوة لأم ـ ولا نورث نحن، ونحن جميعا أمنا واحدة، ونزيد عليهم بالأب؟ فأخذ عمر رضي الله عنه بحجتهم وأشركهم في ميراث الأخوة لأم. وأساس قضاء عمر رضي الله عنه بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة لأم بميراثهم ، اشتراك الجميع بالأم الواحدة وهي سبب توريثهم، مع امتياز الأشقاء بقوة قرابتهم للميت ، بإدلائهم إليه بالأب ، وإذا كانت قوة قرابتهم للميت لا تزيدهم إرثا ولا تقدمهم على غيرهم فلا يجوز أن تكون سببا لحرمانهم من الميراث وعدم مساواتهم بالإخوة لأم، ولما سمع الإخوة الاشقاء في القضية الأولى بقضاء عمر الجديد جاؤوا عليه معترضين وطالبين أن يورثهم بإشراكهم مع الإخوة لأم كما قضى في المسألة الجديدة، فقال سيدنا عمر كلمته التي صارت أصلا وقاعدة : تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي.

٤٤ – من تطبيقات هذه القاعدة:

* ومن تطبيقات هذه القاعدة: لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لا ينقض حكمه الأول، ولكن له أن يحكم في المستقبل باجتهاده الجديد، كما لا يجوز لحاكم آخر أن ينقض حكم الحاكم الأول بحجة مخالفته لرأيه ، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

٤٥- ما الحكم إذا أمر السلطان باتباع رأي اجتهادي معين:

ما قلنا في الفقرة السابقة هو إذا لم يكن قد صدر أمر من السلطان ((ولي الأمر)) بوجوب الحكم برأي أحد المجتهدين لأنه في هذه الحالة لا يجوز للحاكم أن يحكم برأي آخر ، وهذا ما جاء في المادة (١٨۰١) من مجلة الأحكام العدلية: ((وكذلك لو صدر الأمر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة ، لأن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر يخالف رأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه)).

وعلى هذا وبناء˝ على هذه المادة إذا حكم الحاكم بما يخالف ما أمر به السلطان ثم رفع حكمه إلى حاكم آخر وجب عليه أن ينقضه.

**القاعدة الثانية عشرة: اليقين لا يزول بالشك**

اليقين لغة ˝ : قرار الشيء ، واصطلاحا˝ : حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه.

والشك في اللغة: التردد، واصطلاحا˝ : تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي: لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ولم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فإن طرح الاحتمال الآخر ، بمعنى أنه لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه فهو غالب الظن، وهو المعتبر عند الفقهاء إذ هو عندهم ملحق باليقين، أي : ينزل منزلة اليقين في بناء الأحكام عليه ، في أكثر المسائل.

**٤٦ – معنى القاعدة و أصلها:**

* ومعنى القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارئ عليه وإنما يزول بيقين مثله. وأصل هذه القاعدة ما جاء في السنة النبوية الشريفة، وفيها ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: ((شكي إلى النبي صلى الله عليه و سلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتا˝ أو يجد ريحا˝)) ، وجاء في شرحه للإمام النووي: قوله: ((يخيل إليه الشيء )) يعني خروج الحدث منه ، وقوله صلى الله عليه و سلم: ((حتى يسمع صوتا˝ أو يجد ريحا˝)) معناه يعلم وجود أحدهما ، ثم قال النووي : وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها.

**٤٧- تطبيقات القاعدة وما ينبني عليها:**

لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة حتى أن الإمام السيوطي قال عنها: اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر.

ونذكر فيما يلي بعض تطبيقات هذه القاعدة وما انبنى عليها من أحكام:

أ- من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر، ومن تيقن الحدث و شك في الطهارة فهو محدث.

ب- من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل ، لأنه هو المتيقن ، ويؤيد هذا الحكم الحديث الذي أخرجه الترمذي عن عبد الرحمن بن عوف ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثا˝ فليبن على ثنتين ، فإن لم يدر ثلاثا˝ صلى أو أربعا˝ ، فليبن على ثلاث، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم)).

ج- ثبوت الدين في ذمة المدين لا يزول إلا بالأداء أو الإبراء ، ومن ثبت نكاحه بامرأة فلا تزول الزوجية عنه إلا بتيقن، ومن ثبت ملكه لشيء لا تزول ملكيته إلا بثبوت ما يزيلها.

د – أكل آخر الليل وشك في طلوع الفجر ، صح صومه لأن الأصل بقاء الليل.

**القاعدة الثالثة عشرة: الأصل براءة الذمة**

٤٨ – تعريف ألفاظ القاعدة:

(الأصل) : هنا يراد به القاعدة الثابتة (والذمة) : وصف شرعي يصير به الإنسان أهلا˝ لما له وعليه من الحقوق، أي بالذمة تثبت للإنسان أهلية الوجوب ، وهي : صلاحية الإنسان لأن تثبت له أو عليه الحقوق ، و ثبوتها بالذمة ، والذمة تثبت للإنسان من لحظة ولادته حيا˝ ، فأساس أهلية الوجوب كون الإنسان حيا˝ ، إذ ما من مولود يولد حيا˝ إلا و له ذمة ، وعلى أساسها تكون له أهمية وجوب كاملة ، والمراد ب (براءة الذمة) أي خلو الذمة وعدم انشغالها بأي حق للغير.

٤٩- معنى القاعدة:

إن القاعدة الثابتة المستمرة هي عدم انشغال ذمة الإنسان بأي حق للغير ، أي عدم تحمله بحق للغير ختى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، لأن كل إنسان يولد و ذمته خالية من أي حق للغير ، وأن انشغالها يكون بما يصدر عنه بعد ذلك من أقوال أو أفعال ، وبناء˝ على ما تقدم فإن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته ، لأن قوله يعضده أصل براءة ذمته حتى يقوم الدليل على انشغالها بحق للغير.

٥۰ – فروع القاعدة ونطاق تطبيقها:

لقد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية والجزائية ، ولذلك كان نطاق تطبيقها واسعا˝ وعلى هذا فمن ادعى على غيره حقا˝ فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي ذلك، ومن فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها:

إذا اختلف المتلف أو الغاصب مع صاحب المال في قيمة المال المتلوف أو المغصوب القول قول المتلف أو الغاصب لأن الأصل البراءة عما زاد، وعلى مدعي الزيادة – وهو صاحب المال – إثبات الزيادة ، وكذلك إذا اختلف المستقرض و المقرض في مقدار القرض، فالقول قول المستقرض وعلى مدعي الزيادة- وهو المقرض- البينة ، وإذا اختلف البائع و المشتري في ثمن المبيع بعد هلاكه أو بعد خروجه من ملكه فالقول قول المشتري ، وكذلك إذا اختلف المستأجر و المؤجر فب مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة، فالقول قول المستأجر وعلى البائع والمؤجر البينة لإثبات الزيادة التي يدعيها ، أما إذا وقع الاختلاف بينهما قبل هلاك المبيع أو خروجه من ملكه أو قبل استيفاء المنفعة فالحكم أنهما يتحالفان ، و يترادان المبيع و المأجور، وهذا إذا لم يكن لأحدهما البينة على ما يدعيه ، وبهذا جاءت المادتان (١٧٧٨و ١٧٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

٥١- ومن فروع هذه القاعدة:

أن من دفع لآخر ألف ريال مثلا˝ ، ثم اختلفا فقال الدافع: دفعت لك هذا المبلغ قرضا˝ ، وقال الآخذ : إنه هبة ، فالقول للآخذ بيمينه إن عجز الدافع عن إثبات ما يدعيه،لأن الآخذ يدعي براءة ذمته ، والأصل براءة الذمة.

* ومن فروع هذه القاعدة في مجال القضايا الجنائية:

يعتبر المتهم بريئا˝ حتى تثبت إدانته ، ومن هنا جاء القول المشهور: الشك يفسر لمصلحة المتهم ، لأن الأصل براءة المتهم من ارتكاب الجريمة ، وما يترتب عليها من عقوبة، فإن لم يثبت ذلك فإن الشك لا يصلح لإدانة المتهم ، فيفسر لمصلحته، أي: براءته.

القاعدة الرابعة عشرة: الأصل بقاء ما كان على ما كان

٥۲ – مرجع هذه القاعدة:

هذه القاعدة تندرج في قاعدة ((اليقين لا يزول بالشك)) فهذه القاعدة هي مرجع القاعدة التي نحن بصدد شرحها فالقاعدة الثابتة التي نتمسك بها هي إبقاء الحالة التي كان عليها الشيء في الماضي حتى يقوم الدليل على تغييرها ، لأن الحالة السابقة يقين فلا نتحول عنه حتى يقوم الدليل على خلافه.

٥۳ – معنى القاعدة:

تشير هذه القاعدة إلى ما يعرف ب (الاستصحاب) وهو الحكم بقاء أمر محقق لم يثبت تغيره، وهو على نوعين: (الأول): إبقاء الشيء في الوقت الحاضر على ما كان عليه في الماضي إلى أن يقوم الدليل على خلافه و (الثاني) : اتخاذ الحال الحاضر للشيء دليلا على أن هذا الحال هو ما كان عليه الشيء في الزمن السابق، ويقال له: الاستصحاب المقلوب ، لأنه عكس الأول.

٥٤- من أمثلة القاعدة وفروعها :

* من أمثلة القاعدة في نوعها الأول:

أ. إن المفقود- وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته – يعتبر حيا˝ في حق نفسه في الحال الحاضر ،باستصحاب الحال في الزمن الماضي ،بمعنى أن حياته قبل غيبته لما كانت متيقنة فيعتبر حيا في الحال الحاضر إلى أن يتيقن موته زمن ثم لا تقسم أمواله بين ورثته .

ب.ادعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقدرة إليها ،وادعى الزوج الايصال فالقول قولها بيمينها ،لأن الأصل بقاؤها بعد أن كانت ثابتة في ذمته حتى يقوم الدليل على خلافه .

ج.كل مدين ادعى ابقاء الدين والدائن ينكر فالقول قول الدائن وعلى المدين اثبات الإبقاء ،فلو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض ،وادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع ،وادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر ،وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض ،فالقول قولهم،لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في ذمته.

د.ادعت المعتدة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة فالقول قولها بيمينها ،ولها نفقة العدة ،لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها .

**55.ومن أمثلة القاعدة في نوعها الثاني (الاستصحاب المقلوب )**

لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غضب منه ففات الانتفاع به ،وأنكر المؤجر ذلك ،ولا بينة لأحدهما ،فإنه يحكم الحال الحاضر ،فقد جاء في المادة 1777 ،من مجلة الأحكام العدلية "إذا اختلف في قدم مسيل ماء يجري في دار رجل أو في حدزثه ،فادعى صاحب الدار إحداثه وطلب رفعه ،ولم تكن لكلا الطرفين بينة ،ينظر :فإن كان الماء وقت الخصومة يجري في المسيل ،أو كان يعلم جريه قبل ذلك يبقى على حاله ،لصاحب المسيل بيمينه فيحلف بأن المسيل غير محدث ،وإن كان الماء لا يجري في المسيل وقت الخصومة ،ولم يعلم جريه قبل ذلك ،فالقول لصاحب الدار بيمينه ."

**56.حجية الاستصحاب :**

الاستصحاب إنما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ،ومن ثم لا يقسم مال المفقود بين ورثته ولا تفسخ إجارته ،لأنه يعتبر حيا وحياته وإن كانت ثابتة بالاستصحاب فهذا الثبوت يكفي لمن يريد تغييرها ،إذ لا يمكن تغييرها إلا إذا ثبت موته حقيقة أو حكما .

وكذلك لا تقسم أموال المفقود المودعة عند آخر إلى أن يعلم موته أو حياته وعلى هذا نصت المادة 785 من مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها : إذا كان صاحب الودبعة غائبا ،غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع إلى أن يعلم موت صاحبها ...الخ" .

وكذلك لا يرث المفقود من غيره ولا يستحق ما أوصي له به ،لأن شرط الإرث حياة الوارث عند موت الموروث ،وحياة المفقود ثابتة بالاستصحاب ،وهو لا يصلح حجة للاستحقاق ،أي لايصلح حجة لاستفادة حق جديد لم يكن ثابتا للمفقود قبل فقده ،ولكن لاحتمال حياته فإن حصته من إرث موروثه تحفظ إلى أن يظهر أمره فإن ظهر حيا أخذ حصته الموقوفة ،وإن ظهر ميتا بعد موت مورثه حكم له بتلك الحصة ،وإن علم أنه مات قبل موت مورثه أعيدت حصته إلى باقي الورثة .

**والخلاصة** فإن المفقود التي تثبت حياته بالاستصحاب يعتبر حيا في حق نفسه ،وفي حق أمواله فلا تورث عنه ،ويعتبر ميتا للاستحقاق من غيره فلا يورث من هذا الغير و إنما توقف حصته حتى تتبين حاله .

ومن الأمثلة على حجية الاستصحاب ،ونوع هذه الحجية :لومات نصراني فجاءت امرأة مسلمة وقالت ،أسلمت قبل موته ،وقال الورثة :أسلمت بعد موته ،فالقول للورثة أيضا ،إلا إذا أثبتت بالبينة ما تدعيه .
وتوضيح عدم استحقاق الزوجة لميراث زوجها في الحالتين :أن المرأة التي ادعت أنها أسلمت بعد موت زوجها النصراني فإنها تدعي استحقاق الإرث بناء على الاستصحاب الحقيقي ،وهو استمرارها على دين زوجها بعد موته ،وبالتالي فتستحق منه الميراث ،ولكن الاستصحاب أو ما يثبت به لا يصلح حجة لاستحقاق شيء ،والورثة يدفعون ادعاءها استحقاقها الميراث تمسكا منهم بالاستصحاب المعكوس –أي اعتبار إسلامها كان قائما قبل موت الزوج بدلالة إسلامها الحاضر ،والاستصحاب يكفي حجة للدفع ،فكان القول قولهم وعليها إتيان العكس .

أما في الحالة الثانية ،حالة موت رجل مسلم وامرأته نصرانية ،وادعت أنها أسلمت قبل موته ،وبالتالي فهي تستحق الميراث ،وقال الورثة :أسلمت بعد موته ،فإنه فإنه لا يحكم لها بناء على الاستصحاب المعكوس استحقاق الإرث ،والاستصحاب أو ما يثبت به ،لا يصلح حجة للاستحقاق ،فيكون القول قول الورثة ،لأنهم يتمسكون بالاستصحاب الحقيقي وهو بقاؤها على دينها إلى ما بعد موت زوجها ،ويدفعون بذلك ادعاءها الاستحقاق من ميراث زوجها ،ويؤيد قولهم أيضا ،قاعدة :يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ،حيث أنهم يضيفون إسلامها إلى أقرب أوقاته ،أي :ما بعد موت الزوج .

57: من مستثنيات القاعدة :

أ-المودع إذا ادعى رد الوديعة إلى صاحبها أو ادعى هلاكها بلا تعد منه ولا تقصير ،والمالك ينكر فالقول للمودع ،مع أن الأصل بقاؤها عنده وذلك لأن المودع أمين ،والأمين إذا ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه ،لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي والتقصير .

ب-لو ادعت امرأة مضي عدتها في مدة تحتمل انقضاء العدة فيها ،فالقول قولها بيمينها ،مع أن الأصل بقاء العدة بعد ثبوتها ،لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها ،فإن لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلا ،فقبل قولها للضرورة .

**القاعدة الخامسة عشرة: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه**

**58.معنى القاعدة** :

هذه المادة من قبيل العمل بالاستصحاب ،فهي متحدة مع المادة :الأصل بقاء ماكان على ماكان " ،وعلى هذا :"فإذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد من يزيله ".

وهذه العبارة وردت في آخر القاعدة التي نحن بصدد شرحها .

**59-من فروع القاعدة وتطبيقاتها :**

أ-لو ثبت أن شخصا ملك شيئا بالإرث أو بالشراء أو بأي سبب شرعي من أسباب الملك ،فإن ذلك يبقى ملكا له ،ولا يقال :إنه يحتمل أن مالكه قد أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة ،ولكن لو ثبت أنه خرج من ملكه فيكون قد وجد حينئذ دليل على زوال ملكه ،فلا يحكم ببقاء الملك له ،بل يحكم بزواله .

ب-ومن تطبيقات هذه القاعدة ماجاء في المادة 1694 من مجلة الأحكام العدلية ،حيث جاء فيها ."إذا ادعى واحد دينا على التركة ،وشهد الشهود بأن المدعي في ذمة الميت قدر ما ادعى من الدين كفى ،ولا حاجة للتصريح بكونه باقيا في ذمته إلى مماته ".

وذلك لأن الدين صار متيقنا في ذمة الميت ،فإذا شك في بقائه أو عدمه ،فاليقين لا يزول بالشك ،ولأن الدين حيث ثبث في ذمة الميت لا يحكم بزواله ما لم يثبت الزوال شرعا ؛ لأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه .

**القاعده السادسة عشرة: الأصل في الصفات العارضة العدم**

**٦۰- توضيح القاعدة :**

الصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الأصل ، بل حادثة بعده ، كالربح في شركة المضاربة، والصفة الأصلية حالة

توجد مع وجود الأصل كالبكارة في الجارية ، فالأصل في الصفات العارضة العدم ، أي : عدم وجودها ، ومن يدعي وجودها فعليه الإثبات ، والأصل في الصفات الأصلية الوجود ، فمن يدعي عدمها فعليه الإثبات ، وعلى هذا يمكن القول بأن الصفات بالنسبة إلى وجودها وعدمها قسمان :

**القسم الأول :** الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضا بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خاليا عنها أو خاليا عنها غالبا ، وهذه تسمى الصفات العارضة أو الطارئة ؛ لأنها تحدث بعد وجود الشيء ذاته ، والأصل في هذه الصفات العدم ، أي : عدم وجودها ، ومثل هذه الصفات أو يلحق بها أو تنزل منزلتها غيرها من الأمور التي توجد بعد أن لم تكن موجودة كسائر العقود والتصرفات والأفعال ، هذا القسم وما ألحق به هو موضوع هذه القاعدة .

**القسم الثاني :** الصفات التي يكون وجودها في الشيء مع وجوده، أي :وجودها مقارناً لوجوده ، فهو مشتمل عليها بطبيعته ، أو مشتمل عليها غالبا وهذه تسمى الصفات الأصلية ، والأصل فيها الوجود كالبكارة في الجارية ، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما ، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها .

**٦١- فروع القاعدة وتطبيقاتها :**

**أ-** لو قال المضارب : لم أربح ، فالقول قوله وعلى رب المال إثبات الربح ؛ لأن الأصل عدمه كذلك لو قال المضارب : ربحت كذا ، وقال رب المال : بل ربحت أكثر من ذلك ،فالقول قول المضارب ،وعلى رب المال إثبات زيادة الربح التي يدعيها ؛ لأن الأصل عدم الزائد ، وكذا لو قال رب المال للمضارب : نهيتك عن شراء كذا ، وقال المضارب : لم تنهني ، فالقول للمضارب ؛ لأن الأصل عدم النهي ، وعلى رب المال إثبات ما ادعاه.

**ب-** لو ثبت عليه دين بإقراره أو ببينة ، فادعى الأداء أو الإبراء فالقول للدائن المنكر للأداء والإبراء ؛ لأن الأصل عدمها

**ج-** لو اختلفا في رؤية المبيع ، فالقول للمشتري ؛ لأن الأصل عدم الرؤية ، ولو اختلفا في تغيير المبيع بعد رؤيته فالقول للبائع ؛ لأن الأصل عدم التغيير .

**٦۲- من مستثنيات القاعدة :**

**أ-** تصرف الزوج في غلات زوجته ؛ ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها ، وأنكر الورثة ، القول قوله بيمينه مع أن الأصل عدم الإذن .

**ب-** لو جاء المضارب بمبلغ وقال : هو أصل المال وربحه ، وقال رب المال : كله أصل المال ، فالقول قول المضارب مع أن الأصل عدم الربح .

**ج-** لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه أنفق عليهم ، فالقول قوله مع اليمين مع أن الأصل عدم الإنفاق .

**القاعدة السابعة عشرة :الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته**

**٦۳- شرح القاعدة :**

وقد بينت القاعدة في آخرها المعنى المراد بهذه القاعدة ، إذ جاء في آخرها : يعني أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ، ينسب حدوثه إلى أقرب الأوقات ، للحال ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد .

وتعليل ذلك أن الخصمين المختلفين لما اتفقا على حدوث أمر ، وادعى أحدهما حدوثه في وقت ، وادعى الآخر أنه حدث في وقت أبعد من هذا الوقت ، فمعنى ذلك أنهما اتفقا على أنه كان موجودا في الوقت الأقرب ، وانفرد أحدهما بالادعاء أنه كان موجودا قبل هذا الوقت الأقرب، والآخر ينكر هذا الادعاء ، والقول للمنكر .

**٦٤- فروع القاعدة وتطبيقاتها :**

1. **أ**قر أحد بدين لأحد ورثته ثم توفي فادعى باقي الورثة أن الإقرار كان في مرض الموت ، وادعى المقر له أنه كان في خال الصحة ، فالحكم أن الإقرار ينسب إلى أقرب أوقاته ، أي : إلى وقت مرض الموت ؛ لأن المرض أقرب إلى الموت من حال الصحة ، ما لم تثبت صحته إلى زمن بعيد ، أي : إلى زمن الصحة ، ولهذا كان القول للورثة مع اليمين والبينة للمقر له .
2. **لو قال المحجور: يمتلك بعد الحجر، وقال المشتري: بل قبله، فالقول للمحجور؛ لأن الأصل إضافة البيع إلى أقرب** **الأوقات وهو وقت الحجر.**
3. **إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه طلقها بائنا في مرض موته، فطلاقه لها طلاق فارٌ، فلا ترث ، فالقول قول الزوجة، والبينة على الورثة لإثبات ادعائهم؛ لأن الزوجة تضيف الحادث وهو الطلاق إلى أقرب الأوقات من الوقت الحاضر ، وهو زمن المرض.**
4. **مات مسلم وله زوجة نصرانية فجائت بعد موته ، وقالت: أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه، وقال الورثة: أسلمت بعد موته فلا ترثين منه؛ لاختلاف دينكما عند موته، فالقول للورثة ، والبينة على الزوجة. ه- أقرأ لأحد ورثته بدين ثم مات فاختلف المقر له مع الورثة في وقت الإقرار، قالوا: آخر وقت مرض موته ، وقال: أقر لي في حال صحته. فالقول قول الورثة والبيئة على المقر له.**
5. **اشترى شيئا بشرط الخيار لمدة معينة، ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده إلى البائع بخيار الشرط قائلا إنه فسخ البيع خلال مدة الخيار، وقال البائع: فسخت بعد مضي مدة الخيار، فلا يصح فسخك ، فالقول قول البائع لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الوقت الحاضر، وهو بعد مضي مدة الخيار.**

 **65- من مستثنيات القاعدة(1):**

1. **مات ذمي نصراني، فقالتزوجته: أسلمت قبل موته، وقال الورثة : أسلمت بعد موته، فالقول قولهم، مع أن القاعدة التي نحن بصددها تقضي أن يكون القول قولها، وبه قال الإمام زفر رحمه الله تعالى، وإنما خرجوا عن هذه القاعدة لأجل تحكيم الحال، وهو أن سبب الحرمان من الميراث –وهو اختلاف الدين- ثابت في الحال فيثبت في الماضي.**
2. **لو اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيبا، فقال البائع له: إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد، وقال المشتري: إنما استعملته قبل الغطلاع على العيب، فالقول للمشتري بيمينه، وتعليل ذلك أن خيار العيب في هذا المثال قد ثبت للمشتري حين الشراء لامحالة، فيقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقينا لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه، فدعو البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المتقرر ، فلو طبقنا هذه القاعدة فحكمنا أن القول قول المشتري بناءً على هذه القاعدة، إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن زواله، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره.**
3. **اشترى شيئا ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية، فقال البائع:إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري، فالقول للمشتري.**

**القاعدة الثامنة عشر:القديم يترك على قدمه**

66-معنى القاعدة:

عرفت المادة 66 من مجلة الأحكام العدنية القديم بقولها : القديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله.
- ومعنى القاعدة : أن المتنازع فيه إذا كان قديما تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم،فيترك على حالته القديمة بلا زيادة ولا نقصان، ولا تغيير ولا تحويل، لأن بقاءه من القديم على هذه الحالة يغلب على الظن بأن ما وضع على هذه الصورة وبهذه الحالة ، إلا بوجه شرعي، ولكن إذا قام الدليل الشرعي على خلاف القديم فالمصير الى مقتضى هذا الدليل.
67- من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

1. لو كان لدار مسيل على دار الجار يجري من مدة لا يدركها الأقران، كان ذلك المسيل قديما ، فليس للجار منعه ، بل يجب ترك القديم على قدمه.
ب- ومن تطبيقات هذه القاعدة ما جاء في المادة 1224: "العبرة للقديم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل، يعني: نترك هذه الأشياء وتبقى على حالها القديم الذي كانت عليه،لأن القديم يبقى على حاله ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه".

**القاعدة التاسعة عشرة الضرر لا يكون قديما**

68- معنى القاعدة ونطاق تطبيقها:

هذه القاعدة تعتبر قيدا للقاعدة السابقة التي تقول: (القديم على قدمه) ولهذا قالوا: لا عبرة للقديم المخالف للشرع القويم، فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل منه للمارين ضرر فاحش ، فلا يعتبر قدمه ، ويؤمر صاحبه برفعه، وعلى هذا الأساس جاءت المادة: 1214 من مجلة الاحكام العدلية وفيها: " ترفع الأشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو كانت قديمة، كالشرفة والبروز على الطريق العام للمارين".

وكذلك جاء في المادة 1224: " أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له. يعني: إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا عبرة له وإن كان قديماً، بل يزال إذا كان فيه ضرر فاحش، مثلاً: إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام، ولو من القديم، وكان به ضرر للمارة فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه".

ويلاحظ في صياغة هذه المادة أنها مرة تصف الضرر الواجب رفعه بأنه ضرر فاحش ، ومرة لا تصفه بالفاحش وتأمر برفعه، ويبدو لي أن الأولى أن تحمل عبارة ما فيه ضررعام على مطلق الضرر، فتجب إزالته ولو كان قديماً، لأن الشرع لا يبيح الضرر العام ولو كان غير فاحش، فكونه ضرراً عاماً فيه دلالة على أنه مخالف للشرع سواء كان ضرراً فاحشاً أو غير فاحش، أما إذا كان الضرر خاصاً وغير فاحش فإنه يحتمل إن كان قديماً ويترك على قدمه كما جاء في شرح المجلة للأستاذ رستم باز، إذ قال: فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل من للمارين ضرر فاحش فلا يعتبر قدمه ويؤمر صاحبه برفعه، أما إذا كان ذلك المسيل يجري على منزل رجل وكان قديماً فيترك على حاله وإن تضرر صاحب المنزل، لأنه يحتمل أن يكون صاحبه قد تملكه بوجه من الوجوه الصحيحة، أما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور إحداث شيء فيه بوجه شرعي (1)، وهذا الكلام يدل على أن الضرر الخاص يترك إن كان قديماً، وغير فاحش، لأن الضرر الفاحش ممنوع شرعاً أن يتسبب فيه الشخص، وإن كان عن طريق تصرفه يملكه الخاص كمن يحفر بالوعة ملاصقة لجدار جاره. كما يفهم من كلام شارح المجلة، أن الضرر العام يرفع مطلقاً سواء كان فاحشاً أو غير فاحش، قديماً كان أو غير قديم كما تدل عبارته: أما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور إحداث شيء فيه بوجه شرعي.

**القاعدة العشرون : المشقة تجلب التيسير**

69- معنى القاعدة:

جاء في نفس القاعدة التي نحن بصدد شرحها ما يبين معناها والمقصود منها،إذ جاء فيها: المشقة تجلب التيسيير ، يعني أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل، ويلزم التوسع في وقت الضيق..إلخ، فإذا صار المكلف أو وجد نفسه في حالة يتحمل فيها عنتاً وصعوبة وعناءً غير معتادة إذا قام بما هو مكلف فيه شرعاً ، فإن تلك الحالة تصير سبباً شرعياً لتسهيل التكليف عليه على نحو لا يجد في القيام به العناء والصعوبة، كالمريض لا يستطيع الصلاة قائماً ، فيصير مرضه سبباً شرعياً للتخفيف عنه بعدم تكليفه بالصلاة قائماً ، بل بالإذن له والسماح له بأداء الصلاة قاعداً واعتبار صلاته هذه صحيحة ومجزية، كصلاته قائماً في حالة صحته.
70- أدلة هذه القاعدة:

والأدلة الشرعية لهذه القاعدة كثيرة جداً، فجميع نصوص القرآن والسنة التي تصرح برفع الحرج عن الناس، وإرادة اليسر بهم، وما جاءت به الشريعة من ( الرخص) كلها تدل على أصالة هذه القاعدة ومشروعيتها مما يجعلنا متيقنين بأن الشريعة الإسلامية ليس من مناهجها البتة إرهاق الناس، وتحميلهم ما لا يطيقون ، فمن النصوص الدالة على هذه القاعدة ما يأتي:
1- قال تعالى:"يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" (البقرة:185)

2-وقال تعالى:"وما جعل عليكم في الدين من حرج" (الحج: 78)
3-وقال تعالى:" يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسن ضعيفا" (النساء:28)

4-وقال تعالى:" لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" (البقرة:286)

5-وقال البخاري في صحيحه: باب الدين يسر : وقول النبي (صلى الله عليه وسلم):( أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة)(1)، ثم أخرج البخاري في هذا الباب حديثاً عن أبي هريرة عن النبي (صلى الله عليه وسلم): ( إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة، وشيء من الدلجة)(2) وجاء في شرح الحديث وعنوان بابه : الدين يسر، أي: دين الإسلام ذو يسر، أو سمي الدين يسراً مبالغةً بالنسبة إلى الأديان قبله، لأن الله تعالى رفع عن هذه الأمة الإصر الذي كان على من قبلهم، وقوله: أحب الدين، أي:خصال الدين، لأن خصال الدين كلها محبوبة، لكن ما كان فيها سمحاً\_أي: سهلاً\_ فهو أحب إلى الله، وقوله: أحب الدين إلى الله،والمراد بالأديان الشرائع الماضية قبل أن تنسخ أو تبدل.
(الحنيفية): أي ملة ابراهيم، و(السمحة): السهلة، أي : أنها مبنية على السهولة، لقوله تعالى: ( وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة ابيكم ابراهيم). وقوله:" لن يشاد الدين أحد إلا غلبه" أي: لا يتعمق أحد في الأعمال الدينية ويترك الرفق إلا عجز وانقطع فيغلب "فسددوا" أي: الزموا السداد وهو الصواب من غير إفراط ولا تفريط، وقال أهل اللغة: السداد هو التوسط في العمل ، "وقاربوا" أي إن لم تستطيعوا الأخذ بالأكمل فاعملوا بما يقرب منه "وأبشروا" أي: بالثواب على العمل الدائم وإن قل، "واستعينوا بالغدوة" أي: استعينوا على مداومة العبادة بإيقاعها في الأوقات المنشطة ،

71- أهمية هذه القاعدة: قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته ، وقد أرجع بعض علماء الشافعية جميع مذهب الشافعي الى أربع قواعد هي:
1- اليقين لا يزال بالشك.
2- المشقة تجلب التيسير.
3- الضرر يزال.
4- العادة محكمة.
وأضاف بعضهم إلى هذه القواعد خامسة هي: الأمور بمقاصدها. التي قال البعض عنها بأن الإمام الشافعي قال بحقها: يدخل في هذه القاعدة ثلث العلم(.

72- أنواع المشاق من جهة مدى شمولها بالقاعدة(4):
المشاق قسمان:
أحدهما: مشقة لا تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً كمشقة الوضوء والغسل في البرد، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج

والجهاد عنها ، ومشقة ألم الحد ورجم الزنا، وقتل الجناة، وقتل البغاة ، فهذا القسم من المشاق لا أثر له في إسقاط العبادات وبالتالي فلا تشمله هذه القاعدة، المشقة تجلب التيسير.

والقسم الثاني: مشقة تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً، وهو أنواع:
النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس، والأطراف ومنافع الأطراف ، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص، لأن حفظ النفوس والأطراف لحفظ مصالح الدارين أولى من تعريضها للقوات في عبادة أو عبادات ، ثم تفوت أمثالها، فهذا النوع من المشاق تشمله القاعدة ، قاعدة "المشقة تجلب التخفيف".
النوع الثاني:مشقة خفيفة كأدنى وجع في إصبع أو أدنى صداع، أو سوء مزاج خفيف ، فهذا النوع لا اعتبار له ولا يوجب التخفيف والتسهيل، لأن تحصيل مصالح القيام بالتكاليف الشرعية أولى من رفع مثل هذا النوع من المشاق ، وبالتالي فهذا النوع من المشاق لا تشمله القاعدة.
النوع الثالث: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين مختلفة في الخفة والشدة، فما دنا منها من المشقة العليا (من النوع الأول) أوجب التخفيف، وما دنا منها من المشقة الدنيا( من النوع الثاني) لم يوجب التخفيف الا عند أهل الظاهر كالحمى الخفيفة ووجع الضرس اليسير، وما وقع بين هاتين الرتبتين (النوع الأول والنوع الثاني) مختلف فيه، منهم من يلحقه بالنوع الأول ، فتشمله القاعدة، قاعدة: "المشقة تجلب التيسير". ومنهم من يلحقه بالنوع الثاني، فلا تشمله القاعدة، ولكن كلما كانت المشقة أقرب الى النوع الأول كانت أولى بجلب التخفيف، فتشملها القاعدة ، وكلما كانت أقرب الى النوع الثاني كانت أولى بعدم التخفيف وبعدم شمولها بالقاعدة.
73- أسباب المشقة المعتبرة:
ذكر الفقهاء للمشقة المعتبرة أسباب هي: أسباب إذا وجدت اعتبر الشرع وجودها علامة على وجود المشقة التي تقتضي التيسير فتشملها قاعدة : "المشقة تجلب التيسير" وهذه الأسباب هي :السفر، المرض، الإكراه، النسيان، الجهل، العسر، وعموم البلوى ، والنقص.
ويذكر فيما يلي بعض فروع وتطبيقات كل سبب من هذه الأسباب.
74- أولاً السفر:
السفر مظنة المشقة، فهو سببها وهذه المشقة تجلب التخفيف ومن هذه التخفيفات : قصر الصلاة وجمعها والفطر في رمضان وصلاة النفل على الدابة، وجواز ترك صلاة الجمعة، والقرعة بين نسائه لتصحبه في سفره من تخرج قرعتها (1).
ومنها أيضا(2):
(1)ابن نجيم،المرجع السابق،ص84،السيوطي:المرجع السابق،ص104"قواعد ابن رجب" ص300-301.

(2) الشيخ أحمد الزرقاء،المرجع السابق،ص105-106.
أ- جواز بيع الانسان مال رفيقه، وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية اذا مات في السفر ولا قاض ثمة.
ب- جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر.
ج- جواز انفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة.
د- جواز كتابة القاضي الى القاضي في بلد المدعى عليه بشهادة شهود المدعي عنده.

75- المرض(1) : (1) ابن نجيم،ص 86، السيوطي: ص104-105
ورخصه وتخفيفاته كثيرة، نذكر منها ما يأتي:
أ- التيمم عند الخوف على نفسه، أو على عضوه، أو من زيادة المرض أو بطء يرثه.
ب- القعود في صلاة الفرض والاضطجاع فيها، والإيماء، والفطر في رمضان، والاستنابة في الحج، وفي رمي الجمرات، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية، والتداوي بالنجاسات وإساغة اللقمة بالخمر إذا غص وإباحة النظر للطبيب للعورة والسوأتين لضرورة العلاج.
76- ثالثا الإكراه
الإكراه من العوارض المكتسبة وعرفه بعضهم بأنه حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي نفسه (2) ، وعرفه اخرون بأنه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحمال على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به.(3)
(2) النبوع: (2/196)، وينظر "التقرير والتحبير" (2/206)

(3) "كشف الأسرار" (4/1503)
وهو نوعان:
الأول: الاكراه الملجئ: وهو الذي يكون بالتهديد بإتلاف النفس أو بعضو منها، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعا لها ومن الاكراه التهديد باتلاف جميع المال أو يقتل من يهم الانسان أمره.
والثاني: الإكراه الغير ملجئ وهو يكون بأن لا يتلف النفس أو عضواً منه، كالضرب المبرح والحبس، ونحو ذلك.
77- شروط تحقق الإكراه

يشترط لتحقيق الاكراه الذي يؤثر في تصرفات المكره أن يكون المكره الحامل متمكننا من ايقاع ما هدد به وأن يكون المكره الفاعل وهو الذي يقع عليه الاكراه خائفا من هذا التهديد وأن يفعل ما أكره عليه تحت تأثيرهذا الخوف، وأن يكون المكره به أي: ما هدد به ضررا يلحق النفس باتلافها أو باتلاف عضو منها، أو بدون ذلك كالضرب الشديد الذي لا يطاق ونحو ذلك، وكذلك بالتهديد باتلاف المال اذا لم يكن قليلا والتهديد بالحاق الضرر الشديد بمن يهم المكره أمره.
78- أثر الاكراه في تصرفات المكره

1. بالنسبة للأقوال عند جمهور الفقهاء لا يترتب على قول المكره حكم بل تهدر أقواله، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا أي تصرف قولي اخر كما لا يعتبر ما نطق به من كفر مع اطمئنان قلبه بالايمان، قال تعالى عن المكره على التلفظ بالكفر: " الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان" (النحل:106).
وفي الحديث النبوي الشريف :" ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".
ب- أثر الاكراه بالنسبة للأفعال الأفعال التي أباح الشرع الاسلامي مباشرتها عند الضرورة كشرب الخمر وأكل الميتة فهذا يباح للمكره (الفاعل) مباشرتها بل يجب عليه مباشرتها، فاذا امتنع عنها أثم لأن الله تعالى أباحها له وتناول المباح دفعا للهلاك عن النفس واجب لا يجوز تركه، وهناك أفعال يرخص في فعلها عند الضرورة فيجوز فعلها للمكره، لأنه في حالة ضرورة، واذا امتنع عنها لم يؤثم بل يؤجر على امتناعه وان كان في امتناعه هلاك نفسه، مثل اكراه على أفعال الكره، وقلبه مطمئن للايمان كالسجود لصنم، ومن هذا النوع من الأفعال اتلاف مال الغير، فان فعله جاز ذلك والضمان على المكره (الحامل) لا على المكره (الفاعل)، وهناك أفعال لا يجوز فعلها ولو أكره عليها كقتل النفس، فلا يجوز للمكره أن يقتل غيره لينجو هو من القتل الذي هدد به ان لم يقتل البريء، لأنه لا يجوز للانسان أن يرفع الضرر عن نفسه بالحاق الضرر بغيره، فان فعله كان آثما، وعليه وعلى المكره القصاص، وهذا عند الجمهور، وأما عند الحنفية فالقصاص على الحامل لا على الفاعل، لأنه صار كالآلة بيد الحامل (المكره) والقصاص على مستعمل الآلة لا على الآلة.
79- رابعا: النسيان
2. النسيان هو عدم تذكر الشيء وقت حاجته اليه، واتفق العلماء على أنه مسقط للإثم مطلقاً، أي: سواء كان في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد للحديث النبوي الشريف: " إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه." ومما يسقط حكمه بالنسيان لو أكل الصائم أو شرب ناسياً لم يبطل صومه، أو نسي المديون الدين حتى مات، فإن كان ثمن مبيع أو قرض لم يؤاخذ به، وإن كان غصباً يؤاخذ به ، وقد يكون النسيان شبهة تدراً عنه عقوبة الحد، لأن الحدود تدراً بالشبهات.
80- خامساً: الجهل(1):
3. الجهل وهو عدم العلم ممن شأنه أن يعلم، وهو قد يجلب التيسير، ومن تخفيفاته وتيسيراته ما يأتي:
4. جهل الشفيع بالبيع عذر في تأخير طلب الشفعة.
ب- جهل الوكيل أو القاضي العزل، أو المحجور بالحجر عذر في جعل تصرفاتهم صحيحة إلى أن يعلموا بذلك.

ج- الجهل بكونه مال الغير يرفع الإثم لا الضمان.
د- إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمداً ثم قتله الباقون، إن علم أن عفو البعض يسقط القصاص، اقتص منه، وإن جهل ذلك لم يقتص منه، لأن هذا يجهله الناس. ه- لو كان في المبيع ما يشتبه به على الناس كونه عيباً، واشتراه المشتري عالماً به وجهل أنه عيب ثم علم أنه عيب فإنه له رده ولا يعتبر إطلاعه عليه حين الشراء رضاً بالعيب.
و- العفو عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً، كالتناقض في النسب والطلاق كما لو ادعى أحد على آخر أنه أبوه فأنكر المدعى عليه بنوته، ثم عاد وقال : إنه ابنه. يثبت النسب، ولو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ثم ادعت أنه طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأثبتت ذلك فإنها تسترد البدل ويغتفر تناقضها في إقدامها على الخلع ثم ادعائها الطلاق الثلاث، لأن الطلاق فعل الغير، فإن الزوج يستبد به بدون علمها فكانت معذورة بجهلها الطلاق.
ز- من أسلم في دار الحرب ولم تبلغه أحكام الشريعة، فباشرالمحرمات جاهلاً حرمتها يعذر لجهله.
81- سادساً: العسر وعموم البلوى:
وهذا السبب من موجبات التيسير والتخفيف لأنه من أسباب المشقة كالأسباب التي تكلمنا عنها في الفقرات السابقة، والمراد بالعسر صعوبة تجنب الشيء ومن عموم البلوى شيوع ما يتعرض له الإنسان بحيث يصعب التخلص منه(1)، ومن التخفيفات لهذا السبب(2)، الصلاة مع أثر نجاسة عسر زواله، ودم البراغيث، والبق في الثوب وإن كثر، وبول ترشش على الثوب قدر رؤوس الإبر، وطين الشوارع، وخرء حمام وعصفور وإن كثر، وقليل الدخان النجس، والعفو عن الريح والفساء، إذا أصاب السراويل المبتلة أو المعقودة، ومشروعية الاستنجاء بالحجر مع أنه ليس بمزيل ومس المصحف للصبيان مع حدثهم للتعلم، ومسح الخف في الحضر لمشقة نزعه في كل وضوء ومن ثم وجب نزعه للغسل لعدم التكرار، وإن الماء يبقى على طهارته ولا يضره التغير بالمكث والطين والطحالب وكل ما يعسر صونه عنه وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الجمعة والحج على الأعمى وإن وجد قائداً دفعاً للمشقة عنه.

- ومن تطبيقات هذا السبب أيضاً:

إنه لا يحكم على الماء بأنه مستعمل مادام متردداً على العضو، والجمع بعذر المطر، ومنها أيضاً عدم وجوب قضاء الصلوات على الحائض، لتكررها بخلاف الصوم ولكون الصوم في السنة شهراً، والحج في العمرة مرة والزكاة ربع العشر تيسيراً وتخفيفاً على المكلفين بهذه العبادات.
وجواز أكل مال الغير للمضطر مع دفع الضمان، وإباحة لبس الحرير للحكة والقتال، وبيع الموصوف في الذمة كالمسلم، فقد جوز على خلاف القياس دفعاً لحاجة المفاليس.
ومشروعية خيار الشرط في البيع ونحوه للتروي ودفعاً للندم، ومن ذلك أيضاً ما أفتى به بعض الفقهاء برد المبيع بخيار العيب الفاحش، إذا كان فيه تغرير رحمةً بالمشتري ومنه الرد بالعيب، وشرعت المضاربة للمشقة العظيمة في أن كل واحد لا يتعاطى أموره إلا بنفسه، ولا يستثمر ماله إلا بنفسه، ومن التخفيف جواز العقود غير اللازمة لأن لزومها شاق، فتكون سبباً لعدم تعاطيها، ووقفنا عزل الوكيل على علمه دفعاً للحرج عنه، وكذا عزل القاضي، ومن التخفيف لهذا السبب إباحة نظر الطبيب لعورة المنظور إليه لحاجة التطيب والعلاج، وجواز رؤية المخطوبة، وصحة النكاح من غير نظر المخطوبة مما في اشتراطه من المشقة التي لا يتحملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر خاطب، فكان التيسير فيه عدم ثبوت خيار الرؤية فيه بخلاف البيع فإنه يصح قبل الرؤية وله الخيار لعدم المشقة، ومن ذلك أيضاً إباحة الزواج بأربع نسوة فلم يقتصر الشرع في إباحة الزواج على واحدة تيسيراً على الرجل وعلى النساء أيضاً لكثرتهم ولم يزد على أربعة لما فيه من المشقة على الرجل في القسم وغيره، وشرع الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع والافتداء، والرجعة في العدة قبل الطلاق الثالث، ولم يشرع دائماً لما فيه من المشقة على الزوجة.

ومن التخفيف لهذا السبب:

إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق عليهم وعسر الوصول إليه.

وجوز أبو يوسف استبدال الوقف عند الحاجة إليه بلا شرط وجوزه مع الشرط ترغيباً في الوقف وتيسيراً على المسلمين، ومنه أيضاً مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه في حياته، والوجه في اعتبار تشريع جواز الوصية عند الموت- على ما أرى- أن التفريط في حال حياته من الأمور الكثيرة الوقوع في الناس فلو منع الإنسان من الوصية عند الموت لكان في ذلك عسر ومشقة عليه، فكان في جوازها فرصة له لتدارك ما كان مما كان عليه فعله، ولكن منع من الوصية بأكثر من الثلث وإيقاف ما زاد عليه من إجازة الورثة منعاً للضرر عن الورثة والضرر أمر شاق وعسير على الورثة.

82- سابعاً: النقص(1):

ويراد بالنقص ما يوجد في الإنسان من حالة أو وصف من شأنها عدم قدرته على القيام ببعض التكاليف الشرعية التي يكلف بها غيره الذي لا توجد فيه تلك الحالة أو الوصف مما يجعل تكليف من به هذا الذي يعتبر نقصاً فيه مرهقاً وشاقاً له، مما استوجب التخفيف والتيسير على صاحب هذا النقص، ومثلوا لذلك بالنساء والصبيان والعميان ونحوهم، فبالنسبة للمرأة خفف عنها بعدم تكليفها بكثير مما كلف به الرجل كصلاة الجماعة والجمعة والجهاد بالقتال، وتحمل العقل، أي: الاشتراك في دفع الدية عند وجوبها، وإباحة لبس الحرير لها والتحلي بالذهب مع حظر ذلك على الرجل، لما في إيجاب هذه الأشياء الواجبة على الرجل وفي منعها عما منع عنه الرجل من مشقة وعنت عليها، وبالنسبة للصبي ومن في حكمه، كالمجنون، لم يكلفوا بما كلف به الرجل البالغ العاقل لما في تكليفهم مع وجود هذا النقص فيهم من مشقة لهم وعنت كبير.
وبالنسبة للأعمى لم يجب عليه الجهاد بالقتال ولا صلاة الجمعة وغير ذلك من التخفيفات دفعاً للحرج والمشقة عنه.

83- أنواع التخفيفات(1):

\* تخفيفات الشرع أنواع:

الأول: تخفيف إسقاط، كإسقاط العبادات عند وجود أعذارها.

الثاني: تخفيف تنقيص، كالقصر في الصلاة.

الثالث: تخفيف إبدال، كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، والقيام بالقعود والاضطجاع، والركوع والسجود بالإيماء، والصيام بالإطعام.

الرابع: تخفيف تقديم، كالجمع بعرفات، وتقديم الزكاة قبل مضي الحول.
الخامس: تخفيف تأخير، كالجمع في مزدلفة، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق ونحوه.
السادس: تخفيف ترخيص، كشرب الخمر للغصة، وأكل الميتة للمضطر.

السابع: تخفيف تغيير، كتغيير نظم، أي: كيفية الصلاة للخوف.

**القاعدة الحادية والعشرون إذا ضاق الأمر اتسع**

84- شرح القاعدة

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا دعت الضرورة أو المشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع، أي: تجوز فيه الرخصة والتسهيل، إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة والمشقة التي دعت إلى اتساع الأمر والأخذ بالرخصة والتخفيف عاد الأمر كما كان عليه وهذا ما قضت به القاعدة الأخرى التي هي مكملة لهذه القاعدة، وهي: (إذا اتسع ضاق) أي: وإذا اتسع الأمر لضيق فإنه يعود لحاله الأول، إذا زال ما ادعى إلى اتساعه(1).

85- هل هذه القاعدة بمعنى " المشقة تجلب التيسير"(2

قال الإمام السيوطي: وبمعنى هذه القاعدة: "المشقة تجلب التيسير" قول الشافعي: "إذا ضاق الأمر اتسع" وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع:

أحدها: فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلاً يجوز محتجاً ب"إذا ضاق الأمر اتسع".
الثانية: في أواني الخزف المعمولة بالسرجين أيجوز الوضوء منها؟ فقال الشافعي:إذا ضاق الأمر اتسع.
الثالثة: إن الشافعي سئل عن الذباب يقف على غائط ثم يقع على الثوب؟ فقال:إن كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع.

76- القاعدة من جزئيات (المشقة تجلب التيسير):

والواقع أن قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع يمكن اعتبارها من جزئيات أو فروع القاعدة السابقة: "المشقة تجلب التيسيير" بل إن هذه القاعدة جزء من قاعدة حيث إن بعضهم يذكرها بقوله: (إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق) بل إن هذه العبارة يمكن اعتبارها قاعدتين بدلاً من اعتبارها قاعدة ذات جزأين.

87- من أمثلة وتطبيقات هذه القاعدة

1. ومن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، فالمدين المعسر الذي لا كفيل له بالمال يرخص له بالتأدية إلى حين الميسرة والمدين العاجز عن دفع الدين دفعة واحدة يرخص له بتأديته مقسطاً(1).
2. نصت المادة 961 من مجلة الأحكام العدلية: " إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال فينظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه".
ج- جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل، عند فقد العدالة أو ندرتها (2)، لأن التمسك بشرط العدالة في الشاهد مع فقدها في الناس مشقة وعنت تقتضيان الترخيص.
د- جواز دفع الصائل والسارق والباغي بما يندفع به شرهم ولو بالقتل(3)، لأنه اذا لم نجوز لهم هذا الدفع المشروع حملناهم مشقة هائلة وعنتاً شديداً، وحملناهم على الاستسلام والخضوع للظلمة المعتدين المفسدين، والله لا يحب الظالمين والمعتدين والمفسدين.

 **القاعدة الثانية والعشرون ما جاز لعذر بطل بزواله**

88- معنى القاعدة

إن المحظور شرعاً إذا أبيح لعذر مشروع كالإكراه بغير حق، وكحالة الضرورة الملجئة إلى فعل المحظور فإن هذه الإباحة للمحظور مفيد وجودها بوجود العذر المبيح ولمدة بقائه، فإذا زال العذر لم يبق سبب شرعي لبقاء حكم الإباحة للمحظور شرعاً، فتسقط الإباحة ويرجع المحظور إلى حكمه وهو التحريم، فلا يجوز فعله. 89- تطبيقات القاعدة (1): (1) ابن نجيم، المرجع السابق،ص95 "الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية الكلية"، للشيخ البورنو ص241.
يبطل جواز التيمم إذا قدر على استعمال الماء، فإن كان لفقد الماء بطل بالقدرة علىه، وإن كان لمرض بطل ببرئه وإن كان البرد شديداً بطل بزواله، ومن جاز له لبس الحرير بسبب جرب أو حكة يجب عليه نزعه إذا زال الجرب والحكة، ومن عجز عن القيام في الصلاة لمرضه فصلى قاعداً، فإذا شفي من مرضه، واستطاع القيام وجب عليه القيام في الصلاة.
ونصت المادة 977 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً فك الحاكم حجره، لأن حجره كان بسبب سفهه، فإذا زال السبب وهو الذي استوجب حجره، وجب رفع الحجر عنه، لأنه إنما جاء حجره لعذر شرعي وهو السفه ، فإذا زال هذا العذر بطل ما ترتب عليه وهو الحجر، فيجب على القاضي إبطال الحجر عليه".

و نصت المادة 517 من مجلة الأحكام العدلية : " ان أزال الأجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ "

لزوال العذر المبيح لفسخ العقد , لان العقد يتجدد ساعة فساعة , فلم يوجد العيب فيما يأتي بعده فسقط الخيار .

**القاعدة الثالثة و العشرون:اذا زال المانع عاد الممنوع**

90- علاقة هذه القاعدة بما قبلها :

افادت هذه القاعدة حكما عكس ما افادته القاعدة السابقة " ما جاز لعذر بطل بزواله "

لان القاعدة السابقة حكم ما جاز لسبب , ثم زال هذا السبب وهذه القاعدة التي تتكلم عنها افادت حكم ما امتنع حصوله لسبب مانع من هذا الحصول ثم زال السبب المانع فان الممنوع يعود اذا زال المانع من حصوله أو وجوده .

91- معنى القاعدة :

اذا لم يحصل حكم لوجود مانع من حصوله , فإذا زال هذا المانع اذا منع حصوله الحكم , حصل و ثبت هذا الحكم , كما لو اوصى لوارث فالوصية غير نافذة لكونها لوارث , فإذا زال المانع من الموصى له الوارث وهو كونه وارثا فان الوصية تنفذ كما لو اوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصى فان الوصية تنفذ , لان الوصى له – و هو أخ الموصي – أصبح غير وارث بولادة ابن للموصي , لان الابن يحجب الأخ عن الميراث فتصبح الوصية لأنها لغير وارث فتنفذ .

92- تطبيقات القاعدة :

التناقض بمقتضى المادة 1647 من المجلة , مانع لدعوى الملكية ولكن اذا زال التناقض بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم عادت الدعوى مسموعة , فقد نصت المادة 1653 من المجلة على أنه : " يرتفع التناقض بتصديق الخصم , مثلا : لو ادعى على اخر الفا من جعة القرض ثم ادعاء من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه ارتفع التناقض " .

وقد جاء في شرح المادة : " وقال في رد المحتار : اعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم ايضا "

ونصت المادة 1654 من المجلة العدلية : " يرتفع التناقض ايضا بتكذيب الحاكم , مثلا : ادعى واحد المال الذي هو في يد غيره بقوله : انه مالي فأنكر ذلك المدعي عليه , وقال : ان هذا المال كان لفلان , وأنا اشتريته منه , و أقام المدعي البينة على دعواه وحكم له بذلك , يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه , لان التناقض الذي وقع بين اقراره اولا بان المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد ذلك قد ارتفع بتكذيب اقراره بحكم الحاكم " .

ب- زيادة الموهوب له في الموهوب تمنع الواهب من الرجع في الهبة , ولكن اذا زالت تلك الزيادة عاد للواهب حق الرجوع .

ج- لو وجد المشتري بما اشتراه عيبا قديما كان له رده على بائعه , ولكن لو حدث فيه عند المشتري عيب اخر امتنع الرد بسبب العيب الحادث , غير انه اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق الرد .

د- اذا تزوجت المرأة و سقط حقها في الحضانة , فانها اذا طلقها زوجها طلاقا بائنا عاد حقها في الحضانة لزوال المانع .

ه- اذا اشترى شيئا شراء فاسدا ثم رهنه من اخر وسلمه , امتنع حق الفسخ – فسخ البيع بسبب الفساد – لتعلق حق المرتهن بالبيع , ولكن لو ادى المشتري دينه و افتك الرهن , عاد حق فسخ البيع .

**القاعدة الرابعة و العشرون : الاضطرار لا يبطل حق الغير**

93- معنى القاعدة :

الاضطرار قد يرفع الاثم عن المضطر اذا باشر المحظور شرعا , كما في أكل المظطر لحم الميتة لدفع الهلاك عن نفسه جوعا , الا أن هذا الاضطرار لا يبطل حق الاخرين اذا كان من شأن هذا الاضطرار أن يحمل المضطر الى اتلاف مال الغير , أو اخذه للاستعانة به كطعام يأكله , أو ماء يشربه أو أداة يستعملها كاستعماله فرس غيره للهرب بها من عدو ظالم يريد قتله ظلما , ففي هذه الأحوال عليه أن يعوض صاحب المال ما اتلفه عليه من مال .

93- تطبيقات القاعدة :

1. نصت المادة 480 من مجلة الأحكام العدلية : " لو استأجر زورقا عل مدة , وانقضت في أثناء الطريق تمتد الاجازة حتى الوصول الى الساحل , و يعطي المستأجر أجر مثل المدة الزائدة " .

لان الاجازة كما تنقضي بالأعذار تبقى بالأعذار , و كذا لو استأجر ظئرا فانقضت المدة , وكان الطفل لا يأخذ ثدي غيرها فتبقى الاجازة الى أن يستغني الطفل عن الظئر .

1. ثم قال الشارح : و كذلك إذا هجم جمل هائج على رجل و كاد يقتله ، كان للرجلل قتل الجمل ، لكنه إذا قتله يضمن قيمته ،و لكن لا ضمان عليه إذا كان هو أو غيره أشهد على صاحبه من ينههه ، ولم ينته (1).

ج- لو انتهت مدة الإجارة و الزرع لم يحن حصاده بعد ، فإنه يبقى إلى حين حصاده في وقته المعتاد ، و عليه أجر المثل ، لأن اضطرار المستأجر بإبقاء الزرع إلى حين الحصاد في وقته لا يبطل حق المالك في استيفاء أجرة ملكه (2).

95- معنى القاعدة :إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواء في الحرمة ؛ لأن المطلوب شرعاً من المسلم إزالة المنكر و الفساد و المحرمات ، فإذا عجز المسلم عن المساهمة في إزالة هذه المفاسد ، فليمتنع عن المساهمة في زيادتها و المعاونة على وقوعها تكون بأخذ الحرام من الغيير أو بإعطاء الحرام للغير ، و مثل هذه المعاونة منهي عنها ، لأنها تعاون على الإثم ، قال تعالى : (و تعاونوا على البر و التتقوى ولا تعاونوا على الإثم و العدوان ) . [ المائدة 2 ] .

96\_ أمثلة و تطبيقات (1) :

أ-لا يجوز أخذ الرشوة و لا يجوز إعطاؤها ، وجاء في الحديث النبوي : (لعن الله الراشي و المرتشي )(2).

1. وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذاً و عطاءً ، جاء في الحديث النبوي الشريف ( لعن الله الربا و موكله )(3)
2. لايجوزللوصي أن يعطي شيئاً من مال اليتيم ، كما لا يجوز أن يأخذ لنفسه ، غير أنه إذا خاف أن يستولي ظالم على مال اليتيم كان له إعاء شيء منه ليخلص الباقي .

**القاعدة السادسة و العشرون:ما حرم فعله حرم طلبه**

97\_معنى القاعدة : كل شيء حرمت الشريعة الإسلامية فعله لا يجوز للمسلم أن يطب ن الغير أن يفعله ؛ لأن المطلوب من المسلم قمع الفساد في الأرض ، و من أعظم الفساد في الأرض فعل الحرام ، ثم أن الحرام منكر ، و اللمطلوب من المسلم إزالة المنكر لا فعله و لا طلب فعله من الغير .

98- من أمثلة هذه القاعة : غش الغير ، و الاعتداء على ماله و عرضه و حقوقه ، كل ذلك لا يجوز في شرع الإسلام ، فكذلك لا يجوز الطلب من الغير فعله ، و في شرح المجلة على هذه القاعدة : فكما أن فعل السرقة و القتل ممنوع فإجراء ذلك بواسطة أخرى ممنوع أيضاً

منع منه ، أما لو تولد عن فعله المباح ضرر يسير غير فاحش فلا يمنع منه كما لو نى في داره جداراَ سد نافذة من نوافذ غرفة من غرف جاره.(1)

**الحكم الثاني: ولا ضرار.**

أي: لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر، وإنما على المتضرر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على الذي ألحق به الضرر، وعلى هذا فمن أتلف ماله لا يجوز له إتلاف مال الغير المتلف، وإنما عليه مراجعة القضاء لتعويضه عن الضرر.

**100- من فروع القاعدة وتطبيقاتها:**

أولاً : نصت المادة 921 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (( ليس للمظلوم أن يظلم غيره لأنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة لأنه أتلف ماله، كان كلاهما ضامنين، كما أنه لو خدع واحد فأخذ نقوداً زائقة من آخر فليس أن يصرفها إلى غيره)).

ثانياً: وجاء في شرح المجلة لسليم باز حول هذه المادة: لا يجوز لأحد أن يهدم حائط غيرة، وإن هدمه فلا يجوز للآخر أن يهدم حائطه مقابلة لذلك، بل عليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه...(2)

**ثالثاً: وممن فروع القاعدة توقاَ لوقوع الضرر ما يأتي (3):**

1. تشريع بعض الخيارات، كخيار الرؤيا، وخيار الشرط،+ وتشريع الحجر على من قام فيه سبب الحجر، وتشريع الشفعة، وحب الموسر إذا امتنع من الاتفاق على أولاده.
2. بقاء الإجارة نافذه إذا انتهت المدة إذا كان الحكم بانتهائها يلحق ضرراً بالمستأجر، كما لو كان المأجور أرضاً زراعية، وانتهت مدة الإجازة ولم يستحصد الزرع فإنها تبقى الإجازة نافذة إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل.
3. عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها - أن يشتروا الحبوب ونحوها – ويخرجوا بما اشتروه وكان ذلك يضر بأهلها: أمنعهم عنه، ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة، فهذا أولى.
4. المعروفون بالدعارة والفساد، يحبسون ويستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم بظهور علاماتها دفعاً لضررهم عن الناس.
5. ومن ذلك ما لو كانت الفلوس النافقة ما كان متخذاً من غير النقدين الذهب والفضة، وجرى التعامل على استعمالها استعمال النقدين، ثمناً في البيع أو كانت قرضاً فعلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض، فعند أبي يوسف تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض

**القاعدة الثامنة والعشرون: الضرر يزال**

 **1،1 - معنى القاعدة:**

 تعني القاعدة وجوب إزالة الضرر، وإن جاءت العبارة بصيغة الإخبار وإنما وجبت إزالة الضرر، لأن الضرر ظلم وحرام شرعا وما كان هذا شأنه وجب النهي عنه حتى لا يقع، ووج رفعه إذا وقع، لأنه ظلم وحرام كما قلت، وبالتالي فهو منكر، وعلى المسلم وقع المنكر وإزالته كما جاءت في ذلك نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة.

**102- من فروع القاعدة وتطبيقاتها:**

 قال الإمام ابن نجيم النفي والإمام السيوطي الشافعي: يبنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه.(1)

ثم راحا يذاكران الأمثلة لهذه القاعدة، وهي في الحقيقة فروع وتطبيقات لها، كما ذكر بعضها شراح مجلة الأحكام العدلية، فما ذلك الرد بالعيب، وجميع أنوع الخيارات، والحجر بأنواعه، والشفعة – فإنها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء لأنه كما قيل: بجيرانها تغلو الديار وترخص – والقصاص، والحدود، والكفارات، وضمان المتلفات، ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصانل وقتال المشركين والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب.(2)

ويمكن الإضافة إلى هذه الفروض والتطبيقات: التفريق القضائي بين الزوجين للضرر، وبيع مال المدين المماطل ورفع المدبغة التي ينشئها الشخص في داره دفعاً للضرر عن الجيران وكذلك إزالة البالوعة وطمرها التي أنشأها الشخص في داره ملاصقة لجدار صاحبه.

**القاعدة التاسعة والعشرون: الضرر لا يزال بمثله**

**103- معنى القاعدة:**

 قلنا: إن الضرر يزال لأنه ظلم ومنكر وشر وفساد، ولكن لا يجوز أن يزال بإلحاق ضرر مثله بالغير، كما لا تجوز إزالته بإحداث ضرر أكبر منه وإنما تجوز إزالته بضرر دون الضرر المزال، فهذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة السابقة ((الضرر يزال)).

**104- فروع وتطبيقات للقاعدة:**

أولاً: نصت المادة 345 من مجلة الأحكام العدلية : (( لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم، فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم، بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط، لأن في تجويز الرد إضراراً بالبائع فلا يجوز رفع الضرر عن المشتري بإضرار البائع وإنما للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن)). لأن الضرر يزال بقدر الإمكان كما سنبينه في شرح القاعدة الآتية.

ثانيا: ومن فروعها أيضاً: لا يباح للمضطر أكل طعام مضطر آخر مثله، وعدم وجوب عمارة العقار المشترك على الشريك، وإنما يقال لمريدها: أنفق واحبس العين (العقار) إلى أن تستوفي قيمة البناء إن كان بغير إذن القاضي، أو إلى أن تستوفي ما أنفقه إن كان بإذن القاضي (1).

ثالثاً: إذا تسبب فتح دكان بتقليل ربح صاحب دكان مجاور أو خسارته لانصراف الناس عن الشراء من الدكان الأول القديم، فلا يجوز إغلاق الدكان الثاني الجديد، لأن الضرر لا يزال بمثله.

**القاعدة الثلاثون: الضرر يدفع بقدر الإمكان**

**105- معنى القاعدة:**

المطلوب إزالة الضرر بالكيلة، وهذا ما تشير إليه القاعدة ((الضرر يزال)) فإن لم يتيسر دفعه وإزالته بالكلية فيزال بالكلية فيزال بقدر ما يمكن، لأن هذا خير من تركه كما هو مع إمكان تقليله وعلى هذا كان للمشتري الرجوع على البائع ينقصان الثمن إذا وجد في المبيع عيبا قديماً وامتنع الرد لحدوث عيب جديد في البيع كما نصت على ذلك المادة 345 من مجلة الأحكام العدلية . وكذلك إذا امتنع صاحب السفل من تعميره ليبني عليه صاحب العلو بناءه فإن صاحب السفل لا يجبر على البناء، ولكن لصاحب العلو أن ينفق على بناء السفل ويرجع على صاحبه بما أنفق إذا كان ذلك بإذن الحاكم.

**106- من أمثلة القاعدة وتطبيقاتها:**

ومن أمثلة القاعدة وتطبيقاتها إضافة لما ذكرته في الفترة السابقة: ما جاء في المادة 1202 من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها: (( رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءٌ جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنساء جاه سوء كان ملاصقاً أو بينهما طريق فاصل فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر إما بناء حائط، أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية)).

كذلك إذا استهلك الغاصب المال المغصوب ، أو هلك في يده بدون تعديه، وتعذر رده الى صاحبه فيضمن الغاصب قيمة المغصوب يو الغصب إن كان قيمياً ويرد مثله إن كان مثلياً.لأن رفع الضرر يكون برد المغصوب الى المغصوب منه كما نصت المادة 890 من المجلة: " يلزم رد المغصوب عيناً ".

ولكن إذا تعذر الرد لهلاك أو استهلاك المغصوب فالذي يمكن فعله لرفع الضرر عن المغصوب منه هو ما ذكرناه من دفع القيمة أو المثل, وهذا ما نصت عليه المادة 891 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: " كما أن الغاصب يضمن إذا استهلك المغصوب أو إذا تلف أو ضاع بتقصيره وتعديه فيضمن قيمته يوم الغصب إن كان القيميات, ويضمن مثله إن كان من المثليات.

وإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيميته في زمان الغصب ومكانه, وإن كان من المثليات يلزم إعطاؤه مثله "

**القاعدة الحادية والثلاثون: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام**

107- معنى القاعدة:

الضرر العام يصيب عموم الناس فلا اختصاص لأحد بهذا الضرر إذا الكل معرضون له, أما الضرر الخاص فهو الذي يصيب فرداً معيناً, أو فئة قليلة من الناس, ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام ولهذا يدفع الضرر العام وإن استلزم دفعه إيقاع ضرر خاص فيتحمل وقوع هذا الضرر الخاص لغرض دفع أو منع وقوع الضرر العام.

108- أمثلة وتطبيقات القاعدة:

جواز الرمي الى كفار تترسوا بأسرى المسلمين, هدم الجدار المائل الى الطريق العام , منع المفتي الماجن, والطبيب الجاهل, والمكاري المفلس من أعمالهم, جواز الحجر على السفيه, وبيع مال الديون المماطل لقاء دينه, جواز التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش, بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة, وامتناعه من البيع بثمن المثل دفعاً للضرر العام مع اتخاذ حاتوت للطبخ بين البزازين.

ومنها أيضاً: جواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق, وتحديد أسعار المواد الغذائية وسعر المواد التي يحتاجها الناس عند امتناع التجار من بيعها بثمن المثل, أو لغرض احتكارها, يجوز لولي الأمر أن يمنع إخراج بعض المواد من بلدة الى أخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع الأسعار في البلدة, ومنها أيضاً الحجر على القادمين من بلاد موبوءة للتأكد من سلامتهم دفعاً للضرر العام.

**القاعدة الثانية والثلاثون: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**

109- معنى القاعدة:

قلنا: إن الضرر لا يزال بمثله ومعنى ذلك أنه يزال بما هو أقل ضرراً فيتحمل الضرر الأقل لدفع الضرر الأعظم لعد المماثلة بين الضررين وعدم المماثلة بين الضررين إما لكون أحدهما ضرراً خاصاً, وضرر الأخر عاماً فيدفع الضرر العام يتحمل الضرر الخاص وهذا ما بيناه في شرح القاعدة السابقة وإما أن تكون عدم المماثلة لعظم أحدهما بالنسبة للآخر وشدته في نفسه وضآلة الضرر الآخر وخفته في نفسه وهذا ما تناولته هذه القاعدة فيدفع الضرر الأشد يتحمل الضرر الأخف.

110- أمثلة وتطبيقات للقاعدة:

فمن ذلك: الإجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة ومنها: لو غصبت خشبة وأدخلها في بنائه فإن كانت قيمة البناء أكثر ملكها صاحب البناء بقيمتها, وإن كانت قيمتها أكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها, ومنها: لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر الى أكثرهما قيمة فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل قيمة, ومنها: جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته, ومنها: إذا طلب صاحب الأكثر في المال المشترك القسمة والشريك يتضرر بالقسمة فإن صاحب الأكثر يجاب, لأن ضرره في عدم القسمه أعظم من ضرر شريكه بها ومنها: تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته, ولا يكلف بالقلع, ومنها: لمن خشي الهلاك على نفسه جوعاً أن يأخذ من طعام غيره ما يندفع به الهلاك عن نفسه ولو جبراً على صاحبه إلا إذا كان صاحب الطعام محتاجاً إليه كاحتياجه هو إليه, ومنها: كسر السداد لتخليص البلد ممن الغرق وإن أدى الى غرق بعض الأرض والزروع وما جاء في المادة 906 من مجلة الأحكام العدلية, يعتبر تطبيقاً لهذه القاعدة فقد جاء في هذه المادة: " إن كان المغصوب أرضاً فبنى الغاصب فيها بناء أو غرس فيها أشجاراً فإنه يؤمر بقلعها ورد الأرض, وإن كان القلع مضراً بالأرض فللمغصوب منه أن يعطي قيمة البناء أو الغرس مستحق القلع ويتملكه, ولو كانت قيمة الأشجار أو البناء أكثر من قيمة الأرض وكان بنى أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب الأشجار أو البناء أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها. مثلا لو أنشأ واحد على العَرْصه الموروثة له من والده بناء تزيد قيمته على قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها ".

**القاعدة الثالثة و الثلاثون: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما**

**111- معنى القاعدة:**

قال بعضهم: هذه القاعدة هي عين القاعدة السابقة في الحقيقة، و اختلف العنوان فقط، و لكن ذهب بعض آخر إلى أنه يمكن القول بتخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعا، و أمكن إزالته بإيقاع الأخف كما في الأمثلة التي ذكرناها للقاعدة السابقة، و تخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران، و لم يقع أحدهما بعد، و هذا التوجيه أحسن من القول الأول الذي يعني تكرار القاعدة: لأن التأسيس أولى من التأكيد كلما أمكن ذلك، و إلى هذا التخصيص يشير التعبير بكلمة (يزال) في القاعدة السابقة، و بكلمة (تعارضت) في القاعدة التي نحن بصدد شرحها.

**112- قول جيد للفقيه الزيلعي:**

و قال الفقيه الزيلعي في باب شروط الصلاة: ثم الأصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلي ببليتين و هما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء و إن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، و لا ضرورة في حق الزيادة.

\*مثاله: رجل عليه جرح، لو سجد سال جرحه، و إن لم يسجد لم يسل، فإنه يصلي قاعدا يومئ بالركوع و السجود، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث، ألا ترى أن ترك السجود جائز حالة الاختيار في التطوع على الدابة، و مع الحدث لا يجوز بحال.

**113- فروع القاعدة و تطبيقاتها:**

منها: لو اضطر و عنده ميتة و مال الغير، يأكل الميتة، و منها: شيخ لا يقدر على القراءة قائما و يقدر عليها قاعدا يصلي قاعدا لأنه يجوز حالة الاختيار في النفل و لا يجوز ترك القراءة بحال. و منها: لو أن امرأة صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة، و لو صلت قاعدة لا ينكشف منها شئ، فإنها تصلي قاعدة لما ذكرنا أن ترك القيام أهون. و منها: تجويز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالأذان و الإمامة و تعليم القرآن و الفقه. و منها: تجويز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم من ضرر المنكر. و منها: جواز طاعة الأمير الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم. و منها: جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته. و منها: قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة، و لكن إذا تترس بهم الكفار و خيف من ذلك اصطلام المسلمين جاز رميهم على أحد القولين عند الشافعية، لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من جميع المسلمين. و منها: إذا اختبأ عنده معصوم الدم فرارا من ظالم يريد قتله ظلما، فإذا سأله الظالم عنه و نفى وجوده عنده أو علمه بمكانه جاز له الكذب و لو فيه مفسدة، بل يجب عليه الكذب لأن مفسدة قتل بريئ أعظم من مفسدة الكذب في هذا المقام.

**القاعدة الرابعة والثلاثون: يختار أهون الشرين**

114- معنى القاعدة:

هذه القاعدة بمعنى القاعدة السابقة، والأصل في هذه القاعدة والتي قبلها أن من ابتلى ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة.

115- فروع وتطبيقات القاعدة:

أولًا: ما ذكرناه من أمثلة القاعدة السابقة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما" يقال هنا أيضًا أمثلة وفروعًا لهذه القاعدة.

ثانيًا: لو هدد بالقتل إن لم يلق نفسه بالنار أو من الجبل وكان الإلقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة، فله الخيار إن شاء فعل ذلك، وإن شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه ابتلى ببليتين، فيختار ما هو الأهون في زعمه، وعند أبي يوسف ومحمد: يصبر ولا يفعل ذلك؛ لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه فيصبر تحاميًا عنه، وكذلك إذا حدث حريق في سفينة وعلم أنه لو صمد فيها يحترق ولو وقع في الماء يغرق، فعند أبي حنيفة يختار أيهما شاء وعند أبي يوسف ومحمد يصبر.

ثالثًا: ولو أحاط الكفار بالمسلمين ولم يقدروا على دفعهم، جاز دفع المال إليهم ليتركوهم وكذا استنقاذ أسرى المسلمين بالمال إذا لم يمكن بغيره؛ لأن دفع المال أهون الضررين.

**القاعدة الخامسة والثلاثون: درء المفاسد أولى من جلب المصالح**

116- معنى القاعدة:

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبًا لأن اعتناء الشرع بالمنهيات يتركها أشد من اعتنائه بالمأمورات، ولذا قال صلى الله عليه وسلم: "إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه".

117- من فروع القاعدة وتطبيقاتها:

منها: يمنع الشخص من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يضر بجاره ضررًا فاحشًا لأن درء المفاسد عن جاره أولى من جلب المنافع لنفسه، ومنها: الحجر على السفيه، ومنها: ليس للإنسان أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر، ومنها كذلك: ليس له أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضررًا فاحشًا بينًا كاتخاذه بجانب دار جاره طاحونًا مثلًا يوهن البناء أو كنيفًا أو بالوعة يضر بجدار دار جاره، ومنها: اتخاذ الشخص في داره فرنًا يمنع جاره من السكنى في داره بسبب الرائحة والدخان.

**القاعدة السادسة والثلاثون: العادة محكمة**

118- معنى القاعدة:

العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولًا عندها. ومعنى القاعدة: إن العادة عامةً كانت أو خاصة تجعل حكمًا لإثبات حكم شرعي، والعرف بمعنى العادة، وإنما تجعل العادة حكمًا لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص وجب العمل به ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة بدلًا عنه، والأصل في هذه القاعدة ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: "ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن" وهذا الأثر وإن كان موقوفًا على ابن مسعود إلا أن له حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه.

119- من أمثلة القاعدة وفروعها:

إن ألفاظ الواقفين تفسر حسب عاداتهم وأعرافهم، ومنها: من دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يغسله، أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الأجرة، وكذا الخياط والغسال إذا كانا معروفين بأخذ الأجرة، استحق هؤلاء الأجرة، بحكم العرف، ومنها: كل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات المبيع فإنه يدخل في البيع من غير ذكر، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في عقد البيع معه بلا ذكر لعرف الناس بذلك.

120- شروط العمل بالعادة:

أولًا: يشترط للعمل بالعادة أن تكون مطردة أي لا تختلف، أو غالبة أي تتخلف أحيانًا كما جاء في القاعدة الأخرى وهي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت".

ثانيًا: وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء الذي نريد معرفة حكمه بالعادة أو سابقة عليه، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه.

وعلى هذا يجب تفسير شروط الواقفين بموجب العرف الذي كان قائمًا وقت إنشاء هذه الشروط وليس بموجب العرف الطارئ الذي حدث بعد تلك الشروط.

كما لو كان من شرط الواقف صرف غلته على طلبة العلم في صنعاء، وكان العرف آنذاك يقضي بحمل عبارة "طلب العلم" على طلبة العلم الديني، فلا يجوز حمل معنى هذه العبارة على العرف القائم الآن وهو أن المراد بطلبة العلم طلبة أي علم.

ثالثًا: كما يشترط لاعتبار العادة أن لا تكون مخالفة لنص الشارع ولا لشرط العاقدين.

121- القواعد المتفرعة من قاعدة "العادة محكمة":

أ-بناء على رعاية العرف أو العادة جاءت القاعدة الفقهية "المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا" أي: ما جرى به العرف يراعي ويعتبر من دون حاجة لاشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والأكل في المطاعم، وركوب سيارات الأجرة كل ذلك يستلزم دفع الأجرة لأن العرف يقضي بذلك وإن لم نذكر من قبل أطراف العقد، وكذلك إذا عمل شخص لآخر من غير اتفاق على أجرة ينظر إلى العرف فإن كان يقضي له بالأجرة استحق الأجرة كالدلال، وإن لم يقض له بها لم يستحق الأجرة.

ب-وتفرعت أيضًا من هذه القاعدة قاعدة أخرى هي: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" أي: إن ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل، والودائع يقضي العرف بأن يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وإن لم يشترط ذلك المودع، ولو استأجر دكانًا في سوق البزازين لا يشغله بصنعة الحدادة وما تستدعيه من استعمال النار، وإنما يستعمله بما جرت عليه العادة في استعماله في هذا السوق.

ج-وتفرعت أيضًا من هذه القاعدة قاعدة: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" مثلًا: لو اشترى شيئًا من السوق بثمن معلوم دون تصريح بثمن حال أو مؤجل، وكان المتعارف عليه بين التجار أن البائع يأخذ الثمن بعد مدة معينة: أسبوع أو شهر، أو يأخذه مقسطًا بآجال شهرية، انصرف الثمن إلى هذا المتعارف عليه بلا حاجة إلى ذكره صراحة، لأنه حيث كان ذلك متعارفًا عليه عند التجار فقد صار كأنهما قد اتفقا عليه.

د-وتفرعت أيضًا من هذه القاعدة قاعدة: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها" وعليها جاءت المادة 389 من مجلة الأحكام العدلية ونصها: "كل شيء تعومل استصناعة يصح فيه الاستصناع على الإطلاق".

وكذلك المادة 577 من المجلة: "إن دوَّر دلالٌ مالًا ولم يبعه وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس للدلال أخذ الأجرة، وإن باعه دلال آخر فليس للأول شيء، الأجرة كلها للثاني"، لأن الدلال عادة لا يستحق الأجرة بعرض المبيع للبيع، بل بوقوع البيع حقيقة، ومن أمثلة "استعمال الناس حجة يجب العمل بها" لو استعان برجل في سوق لبيع متاعه، وبعد البيع طالبه بالأجرة، ينظر إلى تعامل أهل السوق فإن كانت العادة أن من يعمل مثل هذا العمل يعمله بأجر فله أجر مثله وإلا فلا".

**القاعدة السابعة والثلاثون: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان**

122- معنى القاعدة:

الأحكام المبنية على العرف والعادة لا على النص والدليل تتبدل مع تبدل الأعراف والعوائد التي بنيت عليها؛ لأنه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير تتغير أعرافهم وعاداتهم، وبتغيرها تتغير الأحكام المبنية عليها، وأما الأحكام المستندة إلى أدلة شرعية، ولم تبن على عرف وعادة فإنها لا تتغير كوجوب القصاص على القاتل العمد.

123- من أمثلة القاعدة وفروعها:

سقوط خيار الرؤية برؤية حجرة من حجر الدار في الزمن القديم لجريان عرف الناس على هذا النمط من البناء، فقد أفتى فقهاؤنا القدامى رحمهم الله تعالى بسقوط خيار الرؤية برؤية حجرة واحدة من حجر الدار، ولكن تغير عرف الناس وعادتهم في بناء الدور ومشتملاتها فأفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية حجرة واحدة بل لابد من رؤية جميع حجر الدار ومشتملاتها والإمام أبو حنيفة لم ير تزكية الشهود في دعاوى المال إلا إذا طعن الخصم بعدالتهم لصلاح الناس في زمانه، ولكن لما تغيّر أحوال الناس أفتى أبو يوسف ومحمد بلزوم تزكية الشهود، والفقهاء المتقدمون قالوا: على الزوجة أن تتبع زوجها حيث أحب بعد إيفائه لها معجل مهرها، لما كان في زمانهم من اعتياد الناس على إيفاء الحقوق إلى أصحابها، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق قال الفقهاء: لا تجبر الزوجة على متابعة زوجها إلى غير وطنها الذي نكحها فيه، وإن أوفاها معجل مهرها لتغير حال الناس إلى العقوق.

**القاعدة الثامنة والثلاثون: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة**

124- معنى القاعدة مع الأمثلة:

الامتناع إما حقيقي، وإما عادي، فالأول امتناع الشيء ضرورة لمخالفته للعقل كإقراره لمن هو أكبر منه سنًا أنه ابنه، أما الثاني فهو امتناع الشيء بحكم العادة فقط، وكلاهما سواء لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، وعلى هذا لو ادعى رجل معروف بالفقر بمبلغ جسيم على رجل معروف بالغنى المفرط بأنه أقرضه إياه دفعة واحدة حال كونه لم يرث ولم يصب مالًا بوجه آخر فلا تسمع دعواه لأنها مما يمتنع عادة، فهي كالممتنع حقيقة.

**القاعدة التاسعة والثلاثون : العبرة للغالب الشائع لا للنادر**

125- معنى القاعدة:

الأمر الشائع هو الأمر الذي أصبح معلوما للناس وذائعا بينهم والنادر هو القليل الحدوث, فالمعول عليه والمنظور إليه في ترتيب الأحكام هو الأمر الشائع لا الأمر النادر.

126- من فروع القاعدة:

الحكم بالبلوغ لمن له من العمر خمس عشرة سنة لأنه هو العمر الشائع للبلوغ, وإذا كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر و قليل فلا يعول عليه, وكذلك الحكم ببلوغ سبع سنين لانتهاء مدة حضانة الصبي وتسع سنين لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عن من يعينه في لباسه و أكله ونحو ذلك وأن البنت تحتاج إلى البقاء عند أمها إلى سن التاسعة من عمرها لتتعلم شيئا من شؤون الإناث.

**القاعدة الأربعون : إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع**

127- معنى القاعدة:

يعني إذا وجد ما يستدعي ويقتضي وجود شيء , ووجد نهي ما يمنع وجود هذا الشيء, فالحكم الأخذ بالمانع, فلا نحكم بوجود الشيء ترجيحا وتقديما للمانع. وقد يكون أساس هذه القاعدة أو مستندها ما جاء في الحديث النبوي الشريف: ((ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)) إذ في هذا الحديث إشارة إلى أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.

128- فروع القاعدة وتطبيقاتها:

منها: ما جاء في آخر القاعدة التي تضمنتها المادة46 من مجلة الأحكام العدلية ونصها: "إذا تعارض في المانع والمقتضي يقدم المانع, وبناء عليه ليس للراهن أن يبيع المال المرهون عند دائنه من آخر" , وجاء في شرح هذه المادة وفي تعليل منع الراهن من بيع ماله المرهون لأن كون الرهن ملكه يقتضي نفوذ البيع, وتعلق حق المرتهن بالرهن مانع من نفوذ البيع في الحال, فيقدم المانع بجعل البيع موقوفا على إجازة المرتهن.

ومنها: ما جاء في المادة 1192 من مجلة الأحكام العدلية ونصها: ((كل يتصرف في ملكه كيف يشاء , لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال فلو كان السفل لواحد والعلو لآخر فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو , ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئا مضرا إلا بإذن الآخر.

فبمقتضى كون كل من صاحب العلو والسفل مالكا لعلوه أو سفله أن له الحق في فعل ما يشاء في ملكه ولكن إلحاق الضرر بالغير ممنوع شرعا فهذا مانع من أن يفعل ما يضر بصاحبه فيقدم المانع ويكون الحكم منع كل منهما فعل ما يضر بلآخر)).

**القاعدة الحادية والأربعون : التابع تابع**

129- أي إن التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم, كما جاء في المادة 47 من المجلة والتي اشتملت على هذه القاعدة ونص هذه المادة: ((التابع تابع , إذا بيع الحيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعا))

130- من فروع القاعدة:

إذا باع أرضا دخل فيها البناء والأشجار المغروسة لتبقى مستمرة فيها , ومنها: زوائد المرهون والمغصوب تابعة لهما في الوجود فتكون تابعة لهما في الحكم ولهذا فهي ملك للراهن والمغصوب منه, ولهذا نصت المادة 715 على أن الزائد الذي يتولد من المرهون يكون مرهونا مع الأصل , ويكون للراهن لتولده من ملكه ولكن يكون مرهونا مع الأصل كما صرحت المادة, وبناء على القاعدة التي نحن بصدد شرحها جاءت المادة 903 وفيها : ((زوائد المغصوب لصاحبه)), والمراد بها الزوائد المتولدة من المغصوب في يد الغاصب بعد الغصب كالسمن أو زيادة منفصلة كالولد والثمر.

**القاعدة الثانية والأربعون : التابع لا يفرد بالحكم**

131- معنى هذه القاعدة:

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة, فالتابع الذي وجوده تبع لغيره وبالتالي لا استقلال له في وجوده, لا يفرد في الحكم دون متبوعه, فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفردا عن أمه, كما جاء في المادة 48 من مجلة الأحكام العدلية.

132- الأمثلة والفروع لهذه القاعدة :

منها: حقوق الارتفاق مثل: حق الشرب وحق المرور لا يجوز بيعها منفردة.

ومنها: لا يجوز بيع الجنين في بطن أمه منفردا, ومثل الجنين في عدم بيعه منفردا وهو في بطن أمه, كل ما كان اتصاله في الضرع والصوف على ظهر الخروف والجلد على الحيوان.

**القاعدة الثالثة والأربعون : يقبل قول المترجم مطلقاً**

133- معنى القاعدة وما يشترط لقبول قول المترجم:

يقبل قول المترجم في الدعاوي والبينات وما يتعلق بها (مطلقا) أي: في أي نوع كان منها ولو في الحدود والقصاص, ويكفي أن يكون المترجم واحدا ويشترط فيه أن يكون بصيرا عادلا عارفا باللغتين, المترجم عنها والمترجم بها, ويشترط أن يكون القاضي غير عارف بلغة الخصوم, وقال الحنابلة: لا تقبل الترجمة إلا من عدلين. وبهذا قال الشافعي , وعن أحمد رواية أخرى: أنها تقبل من واحد وتجوز ترجمة المرأة العدل عند الحاجة.

**القاعدة الرابعة والأربعون: من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته**

134-معنى القاعدة:

من ملك شيئا ملك ما هو من لوازمه, وما لا يستغنى عنه لإمكان الاستفادة من الشيء المملوك.

\*ومن أمثلتها: إذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحها, ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها في البيع وإن لم يذكر,كما جاء في المادة 231 من مجلة الأحكام العدلية, ونصها: ((ما كان في حكم جزء من أجزاء المبيع أي : لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى الغرض من شرائه يدخل في البيع بدون ذكر, مثال: إذا بيع قفل دخل مفتاحه, وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر).

**القاعدة الخامسة والأربعون : إذا سقط الأصل سقط الفرع**

135- معنى القاعدة وأمثلتها:

يراد بالفرع ما ليس له وجود مستقل بنفسه وإنما وجوده بغيره, الذي يعتبر هذا الغير أصلاً له, فإذا سقط هذا الأصل سقط فرعه, ومن الأمثلة لهذه القاعدة: لو أن الدائن أبرأ الأصيل (المدين) برئ الكفيل أيضا, وإذا مات الموكل أو جن جنوناً مطبقاً سقطت وكالة الوكيل إذا لم يتعلق بها حق الغير.

القاعدة السادسة والأربعون: قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

136- شرح القاعدة مع الأمثلة:

هذه القاعدة استثناء من القاعدة السابقة, حيث يثبت الفرع بالرغم من سقوط الأصل أو عدم ثبوته, ومن أمثلة ذلك: لو قال شخص: لزيد على عمرو ألف ريال و أنا ضامن, فأنكر عمرو الدين لزم القائل وهو الكفيل ما ضمنه إذا ادعى زيد بالمبلغ الذي ذكره هذا الشخص وأقر به, لأن المرء مؤاخذ بإقراره, فهنا لم يثبت الأصل ومع عدم ثبوته ثبت الفرع وهو كفالة الكفيل وثبوت الدين في ذمته ومنها أيضا: لو ادعى الزوج الخلع فأنكرته الزوجة بانت-أي وقعت الفرقة بينهما- ولم يثبت المال- بدل الخلع- الذي هو الأصل في الخلع, ومع عدم ثبوته ثبت الفرع وهو وقوع البينونة بينهما.

**القاعدة السابعة والأربعون : الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود**

137- معنى القاعدة:

ما كان قابلا للسقوط من الحقوق إذا سقط فلن يرجع, لأنه صار كأنه لم يوجد فصار كالمعدوم, والمعدوم لا يمكن أن يكون له وجود أو حكم.

138- فروع القاعدة وتطبيقاتها:

منها:إذا كان لشخص حق المرور في أرض الغير فأسقط حق مروره أو أذن لصاحب الأرض أن يبني في محل مروره سقط حق المرور ولا تسمع دعواه به بعد ذلك, ومنها: لو أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي عليه سقط الدين ولا تسمع الدعوى بعد ذلك, ولو أقر المدين به بعد الإبراء لكونه وصفا في الذمة وقد سقط فلا يعود بالإقرار.

ومنها: إذا كان ثمن المبيع غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل الثمن سقط حقه في حبس المبيع, وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن, وكذلك الحكم لو قبضه المشتري بمرأى من البائع ولم ينهه. ومنها: من له حق الشفعة أو خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط, ومتى سقط شيء من ذلك لا يعود.

**القاعدة الثامنة والأربعون: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه**

139- معنى القاعدة:

 وقد يعبر عن هذه القاعدة بقولنا: ((إذا بطل المتضمَّن بطل المتضمَّن)).

\*والمعنى: إذا كان في تصرف ما عدة فقرات ثبت حكمها بثبوت حكم التصرف الذي تضمنها، فإن حكمها يبطل إذا بطل حكم التصرف الذي تضمنها.

140- فروع وأمثلة للقاعدة وما يخرج عنها:

 إذا فسد الصلح أو البيع بطل ما في ضمنها من الإقرار والإبراء بين المتعاقدين.

ومنها: لو قال لرجل: بعتك دمي بألف، فقتله وجب القصاص؛ لأن الإذن بالقتل نشأ عن بيع دمه وهو باطل الإذن الذي في ضمنه.

 ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها: لو صالح الشفيع عن حق شفعته بمال لم يصح، وكان صلحه مسقطاً لحق شفعته مع أن المتضمن للإسقاط هو الصلح، وقد بطل ولم يبطل ما في ضمنه.

**القاعدة التاسعة والأربعون : إذا بطل الأصل يصار إلى البدل**

141- معنى القاعدة:

 يراد بالأصل هنا ما يحب أداؤه، ومعنى الأداء تسليم عيب الواجب، ويكون في حقوق الله تعالى كالصلاة على وقتها، ويكون الأداء أيضاً في حقوق العباد كرد المغضوب دون نقصان، وتسليم عين المبيع إلى المشتري، ومعنى القاعدة: إذا بطل الأصل – بأن صار متعذراً- يصار إلى البدل. أما ما دام الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل، وعلى هذا يجب رد عين المغصوب إذا كان قائماً في يد الغاضب لأنه تسليم عين الواجب ولأنه رد صورة ومعنى، وتسليم البدل رد معنى فقط، والبدل خلف عن الأصل، وهو واجب، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وعلى هذا إذا تعذر رد عين المغصوب، وهو الأصل، بأن كان هالكاً أو مستهلكاً فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمته.

142- فروع وتطبيقات للقاعدة:

 منها: ما جاء في المادة 489 من مجلة الأحكام العدلية: (( لو اشترط أن تكون الإجازة لشهر واحد فقط وكان قد مضى بعض الشهر يعتبر الشهر ثلاثين يوماً)).

 لأنه إذا تعذر إيفاء الشهر بالأهلة التي هي الأصل يصير إلى إيفائه بدله الذي هو الأيام.

 ومنها : رد عين المغصوب هو الواجب وبهذا نصت الماده 890 من مجله الأحكام العدليه اذ قالت : (( يلزم رد المغصوب عينا )) فان تعذر الرد لهلاكه او استهلاكه وجب رد البدل وهذا ما نصت عليه الماده 891 من المجله بقولها : ((كمان ان الغاصب يضمن اذا استهلك المال المغصوب كذلك اذا تلف او ضاع بتعديه او بدون تعديه يضمن ايضا، فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمن الغصب ومكانه وان كان من المثليات يلزم اعطاء مثله)).

**القاعدة الخمسون : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**

143- أحاديث في الراعي والرعية :

أولاً: أخرج الامام البخاري في صحيحه عن معقل بن يسار قال : سمعت رسول الله صل الله عليه وسلم يقول: ((ما من عبد يسرعيه الله رعيه فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحه الجنه )) ومعنى ( لم يحطها ) أي : لم يكلاها وينصها، واخرج البخاري ايضا من معقل بن يسار انه قال : سمعت رسول الله صل الله عليه وسلم يقول: (( ما من وال يلي رعيته من المسلمين فيموت وهو غاش لهم الا حرم الله عليه الجنه )) .

ثانيا: اخرج الامام مسلم في صحيحه :

 أ-(( اللهم من ولي من امر امتي شئيا فشق عليهم فاششقق عليه، ةمن ولي من امر امتي شيئا فرفق بهم فارفق به )) .

ب\_ وعن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صل الله عليه وسلم قال (( الا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعته ، فالامير الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل راع على اهل بيته وهو مسؤول عنهم والمرأه راعيه على بيت بعلها وولدها وهي مسؤوله عنهم والعبد راع على مال سيدة وهو مسؤول عنه، إلا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)) وجاء في شرح هذا الحديث للإمام النووي: قال العماء: الراعي هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه، وما هو تحت نظره، ففيه أن كل ما كان تحت نظرة شيء فهو مطالب بالعدل فيه والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته.

ج-وأخرج الإمام مسلم أيضاً عن معقل بن يسار المزني قال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (( ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة))، وفي رواية أخرى للإمام مسلم لهذا الحديث جاء فيها: (( ما من أمير يلي أمر المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة)). قال الإمام النووي: وفي هذه الأحاديث وجوب النصيحة على الوالي لرعيته والاجتهاد في مصالحهم والنصيحة لهم في دينهم ودنياهم)).

د-وأخرج مسلم في صحيحه أن عائذ بن عمرو- وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم- دخل على عبيد الله بن زياد فقال: أي بني إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (( إن شر الرعاء الحطمة)) فإياك أن تكون منهم، فقال له: اجلس فإنما أنت من نخالة أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم، فقال: وهل كانت لهم نخالة؟ إنما كانت النخالة بعدهم وفي غيرهم. وقوله: إنما أنت نخالتهم، يعني: لست من فضلائهم وعلمائهم وأهل المراتب منهم بل من سقطهم، والنخالة هنا استعارة من نخالة الدقيق وهي قشوره، وقوله: وهل كانت لهم نخالة؟ إنما كانت النخالة بعدهم و في غيرهم ... و هذا من جزل الكلام و فصيحه و صدقه الذي ينقاد له كل مسلم , فإن الصحابة رضي الله عنهم كلهم هم صفوة الناس و سادة الأمة و أفضل ممن بعدهم و كلهم عدول قدوة لا نخالة فيهم و إنما جاء التخليط ممن بعدهم , و فيمن بعدهم النخالة , و قوله صلى الله عليه و سلم : (( إن شر الرعاء الحطمة )) , هو العنيف في رعيته لا يرفق بها في سوقها و مرعاها , بل يحطمها في ذلك و في سقيها و غيره و يرحم بعضه ببعض بحيث يؤذيها و يحطمها .

144- معنى القاعدة :

جاء في شرح هذه القاعدة : لما كان لإمام المسلمين ولاية نظارة على عموم الرعية في الأمور العامة كان تصرفه على الرعية منوطاً بالمصلحة العامة و لهذا يجب أن تكون أوامره و أوامر أولي الأمر و النهي موافقة لمصالح الرعية , لأن السلطان إنما أعطي السلطة لمصلحة العباد , صيانةً لدمائهم و أعراضهم و أموالهم . و الرعيةهم من كانو تحت من ولاه الشرع رعايتهم و الولاية عليهم , فيدخل في مفهوم الراعي , السلطان و القاضي , و سائر ولاة الأمور من سائر العمال و الموظفين و كل من له ولاية على غيره , فمن يلي من أمور الناس شيئاً فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم , لأنه ما ولي عليهم و ما أعطى السلطة في حدود ولايته إلا لخدمة من هم تحت ولايته و إقامة العدل فيهم و تحقيق المصلحة و الخير لهم , و على هذا فإن نفاذ تصرفات ولي الأمر (السلطان و من دونه من ولاة الأمر ) لا تنفذ شرعاً إلا إذا كان المراد منها تحقيق المصلحة للناس , و قال الفقيه ابن نجيم : إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه , فإن خالفه لم ينفذ.

145- فروع و تطبيقات القاعدة :

1. لا يجوز لولي الأمر أن يعين في الوظائف العامة إلا الكفؤ الأمين , فقد جاء في الحديث النبوي الشريف : (( من ولي من أمر المسلمين شيئاً فولى رجلاَ و هو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله و رسوله )) .
2. لا يجوز لولي الأمر السماح بشئٍ من المفاسد و المحرمات الشرعية كدور الفسق و الدعارة و القمار و الخمور و لو بحجة جباية الضرائب .
3. الضابط الذي يجب أن يلاحظه الإمام في إسناد الوظائف و الولايات كلها هو : أن لا يقدم فيها إلا أقوم الناس بجلب مصالحها و درء مفاسدها فلا يقدم في ولاية الحرب مثلاً إلا أشجع الناس و أعرفهم بمكايد العدو و القتال , مع النجدةو حسن السيرة , و في الولاية على الأيتام , يقدم أعرفهم بمصالح الأيتام مع توافر الأمانة و العفة و الشفقة و الرحمة بالأيتام و هكذا .
و إذا تعذرت أو ندرت الشروط المطلوبة في من يولي على ولايةٍ ما , فعلى ولي الأمر أن يتخير الأمثل فالأمثل , فقد قال الإمام العز بن عبد السلام : إذا تعذرت العدالة في الولايات العامة و الخاصة بحيث لا يوجد عدل وليا أقلهم فسوقاً .

د- لا يصح للسلطان أن يعفو عن قاتل من لا ولي له و إنما له القصاص و العفو على الدية ; لأنه نصب ناظراً لمصالح الرعية و ليس من النظر لمستحق القصاص العفو عن القاتل العمد .

**القاعدة الحادية و الخمسون: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة**

146- معنى القاعدة :

الولاية عي نفوذ التصرف على الغير , و إنما كانت الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ; لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً و امتلاكاً أي : تمكناً أو كلما كانت الولاية المرتبطة بشئ أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده كانت أقوى تأثيراً في ذلك الشئ مما فوقها في العموم , و لهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص و ثبوت أهليته .

و المقصود بالولاية العامة : هي ولاية الإمام الأعظم ((الخليفة )) و نوابه : القاضي و أمير البلد , و أما الخاصة : فهي التي تكون للشخص على مال الغير و نفسه , أو على أحدهما , مثل ولاية الأب على نفس ولده الصغير و ماله , وولاية العصبات على النفس فقط , و الولاية على المال فقط مثل ولاية متولي الوقف على مال الوقف , و ولاية الوصي على مال الصغير , و مثل ولاية الوكيل على ما وكل فيه من مال موكله .

147- الأمثلة و التطبيقات :

منها : إن القاضي لا يزوج اليتيم و اليتيمة إلا عند عدم ولي لهما في النكاح و منها : للولي الخاص استيفاء القصاص و الصلح على مال و العفو مجاناً , و الإمام لا يملك العفو .

و منها : لو كان للصغير وصي و للوقف متولٍ فلا يجوز للقاضي أن يتصرف في مالهما ولا ينفذ تصرفه فيه و لو كان الوصي أو المتولي قد عينا من قبله .

**القاعدة الثانية و الخمسون: دليل الشئ في الأمور الباطنة يقوم مقامه**

148- معنى القاعدة :

إن الأحكام الشرعية التي بنيت على علل و أوصاف خفية يعسر الاطلاع عليها ربط الشرع هذه الأحكام بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود تلك العلل و الأوصاف التي هي مناط هذه الأحكام أي عللها الحقيقية كالقصاص في القتل العمد بني على (العمدية ) و هي علة القصاص في القاتل العمد , و لكنها لما كانت شيئاً خفياً يعسر الاطلاع عليه , فقد ربط الشارع وجوب القصاص بالآلة التي استعملها القاتل , فإن كانت الآلة من شأنها إجداث الوفاة كان استعمالها من قبل الجاني دليلاً على قصده في إزهاق روح المجني عليه و بالتالي يتحقق القتل العمد فيجب القصاص على القاتل . و هكذا الأحكام الشرعية الأخرى إذا كانت عللها التي بنيت عليها خفية لا يمكن الاطلاع عليها , فإن هذه الأحكام ربطت بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود علل هذه الأحكام , و معنى ذلك كله أنه جاء في آخر المادة 68 من مجلة الأحكام العدلية : (( يعني : أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه , باعتبار أن هذا الظاهر يدل على الباطن الذي يتعذر الاطلاع عليه و هو علة الحكم )).

149- أمثلة و فروع للقاعدة :

منها : الرضا بالعيب القديم فيما اشتراه المشتري مسقط لخيار العيب , و لما كان الرضا أمراً باطنياً خفياً أقام الشرع مقامه شيئاً ظاهرياً يدل عليه و ربط به الحكم الشرعي و هو سقوط خيار العيب كما لو تصرف فيه تصرف الملاك كاستعماله و إيجاره و مداواته , و هذا ما نصت عليه المادة 344 من المجلة و نصها : (( بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره , مثلاً : لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضا بالبيع فلا يرده بعد ذلك )) .

و منها : إقامة الخلوة الصحيحة بالزوجة مقام الوطء في إلزام الزوج كل المهر ; لأن الوطء من الأمور الخفية , و الخلوة الصحيحة دليل عليه فأقيمت مقامه , و منها : إن العمال و الجباة و التابعين لبيت المال و متولي الأوقاف و نحوهم إذا توسعوا في الأموال و بنوا البيوت و العمارات , و لم يكن لهم مورد رزق إلا ما لديهم من وظائف كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة فللحاكم حينئذ مصادرتهم بأخذ الأموال و عزلهم .

و أرى وجوب التحقيق معهم للتأكد من خيانتهم قبل مصادرة أموالهم و عزلهم

**القاعدة الثالثة و الخمسون: لا عبرة بالظن البين خطؤه**

150- معنى القاعدة :

لا يعول على الظن الظاهر الواضح خطؤه , ولا يكترث به بل يعتبر كأن لم يكن و يبطل الحكم الذي بني عليه .

151- أمثلة و تطبيقات للقاعدة :

منها : لو أقر بطلاق زوجته ظاناً وقوع الطلاق بناءً على إفتاء المفتي فتبين عدم وقوعه لم يقع .

و منها : لو ظن أن عليه ديناً فظهر خلافه رجع بما أدى .

و منها : إذا دفع الكفيل الدين و كان الأصيل قد أداه , أو أبرأه الدائن منه و لم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع , و كذا لو أدى الأصيل و لم يكن عالماً بأداء الكفيل فأنه يرجع بما أدى , و كذا لو أدعى شخص على آخر إضافة إلى تركة مورثة بحجة أن له ديناً على المتوفي , فدفع له هذا الوارث الوحيد الدين ثم تبين أنه لا دين على مورثه لهذا المدعي كان له أن يرجع عليه بما أداه ; لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه .

و منها : قال رجل لرجل : لي عليك ألف درهم فقال :إن حلفت أنها لك علي أديتها لك فحلف فأداها له ظنَاً منه أنها لزمته بحلفه كان له أن يستردها منه .

و منها : لو أتلف مال غيره بظنه ماله ضمن .

و منها : قول الفقهاء المشهور : كل من دفع ما ليس بواجب عليه ظن وجوبه فله استرداده قائماً أو استرداد مثله أو قيمته إن كان هالكاً كما لو دفع الأصيل الدين بعد أن دفعه وكيله أو كفيله و هو لا يعلم , فإنه يسترده .

**القاعدة الرابعة والخمسون: لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل**

152- معنى القاعدة:

 المقصود بالحجة البرهان والدليل، كما قال الإمام ابن حجر العسقلاني: الدليل ما يرشد إلى المطلوب، ويلزم من العلم به العلم بوجود المدلول، وأصله في اللغة من أرشد قاصداً مكاناً ما إلى الطريق الموصل إليه.

 \*ومعنى القاعدة: ليس من البرهان المقبول ولا الاحتجاج المسموع الذي تثبت به الحقوق والادعاءات، إذا تطرق إلى هذا البرهان أو الاحتجاج احتمال وجود ما ينقصه أو يتاقضه أو يضعفه إذا كان هذا الاحتمال ناشئاً عن دليل مقبول لكونه دليلاً قطعياً أو ظنياً معتبراً شرعاً، فإن عري الاحتمال عن مثل هذا الدليل كان مجرد وهم وتوهم ولا عبرة بالوهم والتوهم كما جاء في القاعدة الأخرى.

153- فروع وتطبيقات للقاعدة:

 أولاً: ما جاء في المادة (72) من مجلة الأحكام العدلية التي وردت فيها هذه القاعدة جاء فيها: ((مثلاً: لو أقر رجل لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستنداً إلى دليل وقوعه في المرض وأما إذا كان إقراره في حال الصحة جاز؛ لأنه

**القاعدة الخامسة و الخمسون: لا عبره للتوهم**

154- معنى القاعدة

الإحكام لا تبنى على الشك , فأنها تبنى على الوهم أولى لان الوهم ادني رتبه من الشك , لأنه أساس له أصلا و إنما هو مجرد وارد على الذهن من خاطر بشأن الوجود بشيء أو عدمه فإذ ورد هذا الوهم على شيء ثابت شرعا فلا يجوز الالتفات إلى هذا الوهم الطارئ , بل يجب طرحه و الأخذ بما هو ثابت شرعا .

155- فروع و تطبيقات للقاعدة :

منها : لو أحدث رجل في داره شباكا أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يمنعه في ذلك أو يطلب سده لتوهمه أنه ربما يضع سلما وينظر إلى مقر نسائه , و هذا ما صرحت به المادة 1203 , من مجله الأحكام العدلية بقولها ( إذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال إن يضع سلما و ينظر إلى مقر نساء ذلك الجار )

و منها : إذا جرح شخص أخر , ثم شفي المجروح من لان أدعائهم من قبيل التوهم فلا اعتبار له و لا التفات إليه .

و منها : لو ثبت ارثهم بشهود قالوا : لا تعلم له وارثا غيرهم يقضي لهم و لا عبره باحتمال وارث أخر يزاحمهم , لأنه موهوم .

القاعدة السادسة و الخمسون: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

156- معنى القاعدة :

المراد بالبرهان ما يثبت به الشيء أو الدعوى شرعا و أن كان اصطلاح الفقهاء في المراد بالبرهان أنه البينة الشخصية أي الشهادة العادلة فالثابت بالدليل الشرعي كالثابت بالمشاهدة الحسيه فكما أن شيء المشاهد بحاسة البصر يعتبر ثابتا ثبوتا لا يسع الإنسان مخالفته و لا إنكاره فذلك الحال بالنسبة لما هو ثابت أو يثبت بالبينة الشخصية العادلة و سائر الادله الشرعية التي تثبت الدعاوى و الحقوق .

157- الأمثلة و الفروع للقاعدة :

منها : إذا ثبت الدين للمدعي به بالبينة العادة أو ثبت بها التصرف من بيع أو كفاله أو غيرهما فانه بحكم موجب ما ثبت بهذه البينة كما لوثبت هذه التصرفات بالمشاهدة الفعلية الحسيه , و منها : أن المدعي عليه يلزم بإقراره إذا اقر لدى الحاكم كذلك إذا ثبت انه اقر قبلا بالمدعي به و اتضح ذلك بالبينة العادل هاو بسند فيه توقيع أو ختم خاليا من التزوير فيلزم حينئذ بهذا الإقرار و قد جاءت المادة 1674 من المجلة بهذا الذي قلناه فارجع إليها ما شئت .

**القاعد السابعة و الخمسون: البينة على المدعي و اليمين على من أنكر**

158- الأصل في هذه القاعدة :

أصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف , فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحة عن ابن عباس أن النبي عليه الصلاة و السلام

قال ( لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال و أموالهم و لكن اليمين على المدعي عليه ) و جاء في شرحه

و في رواية البيهقي و غيره بإسناد حسن أو صحيح عن أبن عباس عن النبي عليه الصلاة و السلام ( بلفظ : " و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر " )

159 - معنى القاعدة :

( البينة ) : في اصطلاح الفقهاء أذا أطلقوها فأنهم يريدون بها الشهادة باعتبار أنها أظهر من غيرها في أظهار الحق و أثباته , و الحق أن البينة هي كل ما يبين الحق و يظهره , فلا يقتصر مفهومة على الشهادة , و هذا المعنى الواسع للبينة و هو ما نريده و نفسر القاعدة في ضوئه .

فالمدعي هو المكلف باقامه الدليل الذي يثبت ادعاءه و الحكمة في أيجاب أقامه البينة على المدعي دون المدعي عليه أن الجانب المدعي ضعيف لأن دعواه إخلاف الظاهر بينما جانب المدعي عليه قوي لأنه يتمسك بأصل و هو " ألأصل براءة من أي حق للغير لأنه هكذا ولد , و من يدعي خلاف ذلك فعلية الإثبات , و لقوه جانب المدعي عليه اكتفى منه بالحلف عند العجز المدعي أثبات ما يدعيه من حق , و إنكار المدعي عليه الحق المدعي به , فكان من الحكمة و العدل تكليف المدعي بإقامة الحجة القوية و هي : البينة , لأنها إذا كانت الشهادة لا يجلب أصحابها و هم الشهود العدول المقبولة شهادتهم لأنفسهم نفعا و لا يدفعون عن أنفسهم ضررا بشهادتهم فيقوى بذلك جانب المدعي .

و كذلك يقوى جانبه بأي نوع من الأنواع البينة التي تثبت بها الحقوق أما المدعى عليه فقد اكتفى منه عند إنكاره ادعاء المدعي و عجزه عن أثبات دعواه , حلف اليمين و هو حجة ضعيفة , لأن الحالف بيمينه يجلب لنفسه نفعا و يدفع عنه ضررا فيقوى بذلك جانبه القوي أكثر من السابق . 160 \_ لا يجوز العدول عن حكم هذه القاعدة :

و هذه القاعدة لا يجوز العدول عن مقتضاها و الحكم بموجبها حتى لو اصطلح الخصمان ( المدعي و المدعي عليه ) على أن المدعي لو حلف فالمدعي عليه يلزمه الحق الذي يدعيه المدعي , و حلف المدعي فلا يلزم المدعي عليه ادعاءه المدعي .

161- بم يكون الحلف :

و يكون تحليف المدعي عليه المسلم بالله تعالى : إذ لا يجوز الحلف بغير الله , أذا كان المدعى عليه نصراني قال في حلفه " و الله الذي أنزل الإنجيل على عيسى و أن كان , يهوديا قال في حلفه : والله الذي أنزل التوراة على موسى , و أذا كان مجوسيا حلفه , والله الذي خلق النار .

162- التحليف حق للحاكم و لكن بطلب من الخصم :

فلو استحلف المدعي المدعى عليه فحلف ولو بحضرة الحكام , أو حلفه الحاكم و لكن بدون طلب المدعي فحلف فلا عبره بحلفه و له تحليفه ثانيا .

163- لا يحلف أحد غيره :

و اليمين لا تدخلها النيابة فلا يجوز أن يحلف أحد عن غيره , و لهذا لو كان المدعى عليه صغيرا لم يحلف وليه المقامة عليه الدعوى نيابة و أنما يقف الأمر حتى يبلغ الصغير .

164 - شروط وجوب اليمين على المدعى عليه :

أولا : إنكاره الحق المدعى به فلو مقرا به لم تجب عليه اليمين .

ثانيا : أن يطلب المدعي تحليفة اليمين , لأن هذا حقه و لا يجبر الإنسان على استعمال حقه و لا يكلف القاضي بالمطالبة بهذا الحق .

ثالثا : أن تكون الدعوى صحيحة , فلو كانت فاسدة لا تجب اليمين على المدعى عليه و لو وجهت أليه فأمتنع لا يعتبر ناكلا , لأن النكول المعتبر يكون الدعوى الصحيحة لا الفاسدة .

رابعا : أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف .

165- تحليف المدعي العام مع إقامته البيئية:

الأصل أن المدعي العام إذا أقام ببينته المقبولة شرعاً حكم له القاضي بموجب بينته هذه ولا يطلب منه حلف اليمين مع بينته التي أقامها إلا أن هذا الأصل ترد علي بعض الاستثناءات حيث يوجه القاضي اليمين على المدعي ليحلفها على ما ادعاه بالرغم من تقديمه البينة المقبولة شرعاً وذلك قبل أن يصدر القاضي الحكم ومن هذه الاستثناءات ما يأتي:

أولاً: من ادعى الحق على ميت إضافة لتركته في مواجهة احد الورثة وأثبت دعواه فإن القاضي يحلفه بالله من غير طلب من الوصي أو الوارث قائلاً: والله ما استوفيت ديني من المديون الميت ولا من أحد أداه لي عنه ولا قبض لي قابض ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندي به ولا شيء منه رهن.

وهذه اليمين ليست لحق الورثة وإنما هي للتركة لجواز أن يكون للميت دائن آخر أو موصى له فيحلفه القاضي احتياطاً وإن لم يطلب الخصم وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وأصدر حكمه لم ينفذ حكمه.

ثانياً: المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة في مال الزواج الغائب فإن القاضي يحلفها بالله ما أعطاك نفقتك حين خرج ولم يترك لك مالاً ولم يطلقك.

**القاعدة الثامنة والخمسون:البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل**

166- معنى القاعدة:

المراد بالظاهر: الأصل, فالبينة تقام لإثبات خلاف هذا الأصل.

أما اليمين فقد شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عدم أو وجود فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلاف هذا الأصل يكون القول قول من يتمسك بالأصل بيمينه.

وذلك لأن الذي يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بينة تشهد له, وأما الذي يتمسك بالظاهر فإنما يتمسك بأصل مشهود له بالاعتبار فيصدق بيمينه لإبقاء هذا الأصل مثلا: لو ادعى ديناً على آخر وجب عليه إثباته بالبينة لأنه يدعي بخلاف الظاهر – أي: بخلاف الأصل- براءة الذمة وأما المدعي عليه المنكر فإنه يتمسك بهذا الأصل فالظاهر يشهد له فيصدق بيمينه لإبقاء هذا الأصل (الأصل براءة ذمة).

167- أمثلة وفروع للقاعدة:

منها: إذا ادعى أحدهما الطوع في العقود والإقرار وادعى الآخر الإكراه فالبينة على مدعي الإكراه لأن الأصل الطوع فادعاء الإكراه ادعاء بما يخالف الظاهر ولا يمين على مدعي الطوع لإبقاء هذا الظاهر-الأصل- وهو الطوع لأنه هو الأصل في العقود والإقرار.

ومنها: إذا ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين لها في مدة مديدة فالقول قولها لأن الأصل بقاؤهما في ذمته كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن فإن القول للدائن.

168- بيان ما هو الأصل في بعض العقود:

الأصل في الإعارة والوكالة التقييد والإطلاق فيما خلاف الظاهر فمن يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة أما المتمسك بالظاهر فيصدق بيمينه وعكس ذلك في الكفالة والمضاربة أي أن الأصل فيهما الإطلاق والتقييد خلاف الظاهر فمن يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة ومن يتمسك بالأصل يقبل قوله بيمينه.

169- ما يستثنى من القاعدة:

يخرج عن هذه القاعدة مسائل:

منها: ما لو ادعى المودع رد الوديعة أو هلاكها فالقول قوله مع أن الأصل بقاؤها عنده وإن كلا من الرد والهلاك عارض أي من الصفات العارضة والأصل فيها العدم.

ومنها: ما جاء في المادة 1766 ونصها ( ترجيح بينة الصحة على بينة المرض مثلاً إذا وهب رجل مالاً لأحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له.

وإن لم تكن لأحدهما بينة فالقول لمدعي المرض وذلك لأن الأصل أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته والمرض أقرب للموت من حالة الصحة فكان مدعيه متمسكاً بالأصل فيصدق يمينه أما مدعي الصحة فحيث كان مدعيا خلاف الأصل فلا يصدق إلا ببينة.

**القاعدة التاسعة والخمسون: البيئة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة**

170- معنى القاعدة:

أي إن الإقرار حجة على المقر فقط فلا يسري حكمه إلى غيره وأما البينة فهي حجة على من قامت عليه وعلى غيره أيضاً وإنما كان الإقرار حجة على نفس المقر فقط لأن كونه حجة يبتني على زعمه وزعمه ليس حجة على غيره.

171- الأمثلة والفروع للقاعدة:

منها: لو اشترى شيئا فاستحقه منه غيره بالحكم الشرعي فإن كان استقه بإقرار المشتري فليس للمشتري الرجوع على بائعه بالثمن لأن إقراره لا يسري على البائع ولكن لو استحقه بالبينة رجع على بائعه بالثمن لأن حكمها – البينة – سرى عليه أيضا.

ومنها: لو أقر الراهن بالمرهون لرجل فلا ينفذ إقراره على المرتهن بل لابد للمقر له من إقامة البينة بوجه الراهن والمرتهن.

172- مستثنيات القاعدة:

منها: لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن أن يبيعها وإن تضرر المستأجر يفسخ الإجارة.

ومنها: من كان مؤجراً نفسه من الغير فأقر لآخر بدين فإنه يحبس وأن تضرر المستأجر.

**القاعدة الستون: لا حجة مع التناقض ولكن لا يختل معه حكم الحاكم**

173- معنى القاعدة:

جاء في المادة 80 من المجلة التي وردت القاعدة فيها ما يبين المقصود من هذه القاعدة فقد نصت المادة 80 المشار إليها: لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة أما لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به أولاً لا ينقض ذلك الحكم وإنما يلزم الشاهدين ضمان المحكوم به.

ومن الواضح أن رجوع الشاهدين عن شهادتهما يفقدها حجيتها واعتبارها لوضوح التناقض فيها ولكن إذا ارتبط بها حكم الحاكم فالحكم يمضي استقراراً للأحكام ولكن يحمل الشاهدان مسؤولية رجوعهما عن شهادتهما سواء كانت مسؤوليتها مالية لما سبباه من ضرر للمحكوم عليه أو مسؤولية جزائية إذا أقر بأن شهادتهما كانت شهادة زور فرجعا عنها.

174- أنواع التناقض:

التناقض قد يكون في الدعوى فقط أو في الشهادة فقط أو بين الدعوى والشهادة:

1. فإن كان في الدعوى فإنها ترد ابتداءً فلا تسمع إلا إذا كان التناقض في محلات الخفاء أو فيما إذا وافق المدعي بين تناقضه كما لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ثم ادعى أنها ملكه فإن دعواه لا تسمع ولكن إذا وفق كأن قال كنت مستأجراً الدار ثم اشتريتها تسمع دعواه.

ب- وإذا كان التناقض في الشهادة بأن رجع الشهود كما في مثال المادة السابقة فإنه يشترط رجوعهم في مجلس حاكم أي حاكم كان فإن كان خارجه فلا اعتبار له سواء قبل حكمه أو بعده فإن كان رجوعهم في مجلس الحكم قبل الحكم بشهادتهم فإنها ترد لتناقضهم ويعززون ولا ضمان عليهم وإن كان بعد الحكم بها فلا ينقض الحكم لأن كلامهم الثاني (رجوعهم) مثل الأول يحتمل الصدق ولكن ترجح الأول باتصال القضاء به والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد الحكم فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف والإتلاف سبب للضمان.

175- أمثلة لمحلات الخفاء التي يعذر فيها عن التناقض:

من محلات الخفاء التي يعذر فيها المتناقض عن تناقضه ما جاء في المادة 1766 من المجلة ونصها: يعفى التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كل في محل خفاء مثلاً: إذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجاره الدار بأنها ملكه وأن أباه كان قد اشتراها له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند الاستئجار وأبرز له سنداً يحوي ذلك تصير دعواه مسموعة ولا يكون هذا التناقض مانعاً لصحة دعواه لما فيه من الخفاء لأن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك.

ومنها أيضاً: ما جاء في نفس المادة وهو قولها: وكذلك لو استأجر وحدا داراً ثم علم بأن تلك الدار انتقلت إليه بالإرث من أبيه وادعى بذلك على المؤجر تسمع دعواه.

ومنها: ما لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له ثم ادعت أنه كان قد طلقها قبل الخلع ثلاثاً وبرهنت على ذلك تقبل بينتها وتسترد البدل لأن الطلاق مما قد يخفى على الزوجة لأنه بيد الزوج وقد يوقعه دون علمها.

**القاعدة الحادية والستون : الخراج بالضمان**

176- أصل هذه القاعدة :

هذه القاعدة بهذا اللفظ , هي حديث نبوي شريف أخرجه ابن ماجه في باب التجارات , عن عائشة "رضي لله عنها " , ولفظه : إن رجلا إشترى عبدا فاستغلته ثم وجد به عيبا فرده فقال : يارسول الله إنه قد استغل غلامي , فقال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " : (الخراج بالضمان ),

وقال أبو عبيد : الخراج في هذا الحديث غلة العبد , يشتريه الرجل فيستعمله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كله؛ لانه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله , وهذا الحديث الشريف من جوامع الكلم حتى إن بعض أهل العلم قال : لايجوز نقله بالمعنى , أي : لايجوز رواية الحديث بالمعنى إذا كان من جوامع الكلم .

177- معنى القاعدة :

قال الزركشي في معنى هذه القاعدة , التي هي حديث نبوي شريف كما قلناه : ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة , فهي للمشتري عوض ماكان عليه من ضمان الملك ,فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه , فالغله له ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

وخلاصة معنى هذه القاعدة : إن الشيء مؤنته على أنسان وإذا تلف يكون تلفه عاآدا عليه , يقال لذلك الشيء : إنه في ضمانه وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة به , سواء انتفع بها بنفسه أو تناولها بغلتها .

178- من فروع القاعدة :

أولا : ماجاء في المادة 85 من مجلة الاحكام العدلية : " الخراج بالضمان يعني : من يضمن شيئا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان ,مثلا : لو رد المشتري ردا حيوانا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لاتلزم أجرته ؛ لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي : إن خسارته كانت راجعة عليه " .

ثانيا: إن الزياده المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة لا تمنع الرد بالعيب , وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجانا لأنها لم تكن جزءا من المبيع فلم يملكها بالثمن وإنما بالضمان .

**القاعدة الثانية والستون :الأجر والضمان لايجتمعان**

179- معنى القاعدة : الأجر : بدل المنفعة , والضمان : : المراد بضمان الشيء إعطاء مثله إن كان مثليا , وقيمته إن كان قيميا , ومعنى القاعدة : إن مايجب فيه ضمان لا تجب فيه أجرة ؛ لأن في الضمان معنى التملك , فالضامن كالمالك , والمالك لا يدفع أجرة عما يملكه , فكذا الضامن , وعلى هذا من أستأجر شيئا ثم أتلفه بتعد منه أو تقصير ضمن ما أتلفه بالمثل أو بالقيمة ولا أجره عليه 180- ننطاق تطبيق القاعدة :

ما قلناه في معنى القاعدة , إنما هو عند اتحاد جهة الاأجرة وجهة الضمان أي : اتحاد سبب الأجرة ومحل الضمان , فإذا اختلفت الجهتان فلا مانع من اجتماع الاجروالضمان , فقد جاء في شرح المجلة بخصوص هذه القاعدة :يتفؤع على هذه القاعدة ما إذا تجاوز المستأجر إلى ما فوق الشروط بوجه يوجب الضمان ,فلا تلزمه الأجرة . مثلا : إذا استأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا أجر عليه وهذا كله إذا اتحد السبب والمحل , أما اذا اختلفنا فلا مانع من اجتماع الاجر والضمان كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه إلى محل معين فركبها بنفسه ولكنه أردف معه من يتمسك بنفسه وبعد وصوله إلى ذلك المحل هلكت الدابة فإنه يلزمه الاجر ويضمن نصف قيمة الدابة , أما لزوم الأجرة فلأنه تعدى بأن أركب معه من يتمسك بنفسه , فكان الاجر لسبب , والضمان لسبب أخر .

181- من فروع القاعدة :

جاء في المادة 546 من مجلة الأحكام العدلية : " لو اشتريت دابة إلى محل معين فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل أخر , فإن ذهبت وتلفت الدابة يضمن " .

ولا أجر عليه سواء هلكت الدابة أو سلمت أما في الصورة الأولى –أي : هلاك الدابة – فلأن الاجر والضمان لا يجنعمان , وأما في الصورة الثانيه – أي عدم هلاكها – فإنه استوفى منفعة بدون عقد وهي غير المنفعة المعقود عليها فكان غاصبا , ومنافع المغصوب غير مضمونة الا اذا كان وقفا او مال يتيم او معدا للإستغلال .

**القاعدة الثالثة والستون : الجواز الشرعي ينافي الضمان**

182- معنى القاعدة :

أي : ماجاز فعله أو تركه شرعا لايتحمل صاحبه المسؤوليه عما صدر عنه

فلا يتحمل مثلا تعويض ما أصاب الغر من ضرر نتيجة فعله أو تركه مادام الشرع قد أذن له بهذا الفعل أو الترك .

183- أمثلة على عدم الضمان فيما جاز فعله شرعا :

منها : ما جاء في الماده 91 من مجلة الأحكام الغدلية : " الجواز الشرعي ينافي الضمان فلو حفر إنسان في ملكه بئرا فوقع فيه حيوان رجل , وهلك لا يضمن حافر البئر شيئا " . ومنها : ماجاء في المادة 1500 من مجلة الاحكام العدلية : " للوكيل أن يأخذ بثمن المال الذي باعه نسيئه رهنا وكفيلا , ولا يضمن اذا تلف الرهن أو أفلس الوكيل ؛ لانه حيث جاز له أخذ الرهن فلا يضمن بهلاكه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان ", والمراد بعد الضمان عدمه للموكل وإلا فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان بمثل الثمن ومنها : ماجاء في المادة 795 من المجلة : "يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته أو على يد أمينة , وإذا أرسلها أو ردها بواسطة أمينة فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان " .

وكذا اذا ردها بواسطة من في عياله لأنه حيث كان له أن يحفظ الوديعه بمن في عياله

أو بأمينه جاز له أن يردها معه وإذا هلكت حينئذٍ بلا تعد و لا تقصير فلا يضمن إلا إذا ردها مع ابنه الصغير غير المميز فإنه يضمن.

١٨٤- أمثلة على عدم الضمان فيما جاز تركه شرعاً:

وأما ما جاز تركه شرعاً، وبالتالي لا ضمان عليه فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به انتظاراً لبيع أو شراء أفضل حتى هلك في يده المبيع والثمن.

أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه تريثاً منه وانتظاراً لفرصة أحسن للعمل حتى هلك في يده، فإنه لا ضمان على الوكيل والمضارب؛ لأن امتناعهما عما وُكلا فيه جائز شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

١٨٥- ما يشترط لعدم الضمان:

يشترط لعدم الضمان في الجائز شرعاً فعلاً أو تركاً أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه. وعلى هذا لو تلف بمروره في الطريق العام شيء ، أو أتلفت دابته بالطريق العام العام شيئاً بيذها أو فمها وهو راكبها أو سائقها أو قائدها ، فإنه يضمن لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً شرعاً لكنه مقيد بشرط السلامة.

**ويشترط** أيضاً لعدم الضمان أن لا يكون إتلاف مال الغير لأجل نفس المتلف، من ذلك ما نصت عليه المادة ٩١٩ من المجلة : (لو هدم واحد داراً بلا إذن صاحبها لأجل وقوع حريق في المحلة، وانقطع هناك الحريق، فإن كان الهادم قد هدمها بأمر ولي الأمر لا ضمان عليه ، وإن كان هدمها من عند نفسه كان ضامناً...) وجاء في شرحها : ولو كان قد هدمها حتى ينقطع الحريق عن داره ضمن أيضاً ؛ لأنه وإن كان مضطراً فالاضطرار لا يبطل حق الغير ، وإنما لم يضمن فيما لو هدمها بأمر ولاة الأمر ؛ لأن لهم ولاية عامة فيصح أمرهم لدفع الضرر العام، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو استهلك مضطر طعام غيره فإن هذا وإن كان جائزاً له إن لم يكن صاحب الطعام محتاجاً إليه فإن المضطر يضمن ما استهلكه من مال غيره لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير ، ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان إن لم يكن الإنسان يتلف مال غيره من أجل نفسه.

**القاعدة الرابعة والستون :الغرم بالغنم**

١٨٦- معنى القاعدة:

جاء معنى القاعدة في المادة ٨٧ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : "الغرم بالغنم يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره".

وهذه القاعدة أفادت عكس ما أفادته قاعدة: " الخراج بالضمان" فإن من يحصل على منافع شيء يتحمل تكاليفه ومؤونة مستلزمات بقائه.

١٨٧- فروع القاعدة:

**أولاً :** من مجلة الأحكام العدلية:

لقد بينت على هذه القاعدة جملة أحكام جاءت بها مواد مجلة الأحكام العدلية منها ما يأتي:

المادة ١٣١٨ : "إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف سقوطه وطلب أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك".

المادة ١٣٢٢ من المجلة: " كري النهر المملوك المشترك على أصحابه أي على من له حق الشرب لا يشاركهم في مؤونة الكري والإصلاح أصحاب حق الشفعة".

**ثانياً :** ومن فروع القاعدة: أن الشركاء في شركة الأموال يتحملون الخسارة والربح بنسبة حصصهم في مال الشركة، ويتحمل الشركاء في العقار المشترك نفقات ترميمه بنسبة حصصهم فيه كما يقتسمون غلته بنسبة حصصهم فيه ، وأجور تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري يتحملها المشتري؛ لأنه هو الذي ينتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته، ونفقة العارية على المستعير ؛ لأن منفعتها له ، وكذا تعمير منزل الوقف المشروط للسكن لا يلزم غلة الوقف بل يلزم من له السكن؛ لأن منفعة السكن لهم فيتحملون تعميره ، والظاهر أنهم يتحملون الترميمات التي يحتاجها المنزل من حين لآخر، وليس المقصود بناء أو إعادة بناء منزل الوقف.

**القاعدة الخامسة والستون : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**

١٨٨- معنى القاعدة:

إذا اجتمع المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات، والمتسبب له أي المفضي والموصل إلى وقوعه يضاف الحكم إلى المباشر؛ لأن الفاعل هو العلة المؤثرة والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأن تلك أقوى وأقرب، إذاً المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه –من تلف أو غيره- فعل فاعل مختار فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب.

١٨٩- فروع القاعدة وتطبيقاتها:

**أولاً :** جاء في المادة ٩٠ من مجلة الأحكام الأردنية: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، مثلاً: لو حفر بئراً في الطريق العام فألقى رجلٌ آخر حيواناً في تلك البئر".

**ثانياً :** وكذلك إذا حفر بئراً في طريق العامة فألقى رجلٌ آخر نفسه في البئر لا ضمان على الحافر، وكذا لو فتح باب غيره فدخل آخر وسرق البيت فالضمان على السّٓارق لأنه مباشر لا على فاتح الباب لأنه متسبب.

١٩٠- مايشترط لضمان المباشر وحده:

قلنا : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، غير أن ذلك محله فيما إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف كما لو حفر أحد بئراً في الطريق العام فأتى آخر وألقى حيواناً في ذلك البئر فإن الضمان على الذي ألقى الحيوان ولا شيء على الحافر؛ لأن الحفر لا يعمل شيئاً بانفراده، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فالضمان على المسبب والمباشر كما لو نخس رجل دابته بإذن راكبها فوطئت أحداً، فالضمان عليهما، وإن كان النّٓاخس مسبباً لأن السبب في هذه الصورة يعمل بانفراده في التلف فلا يزول ولا يسقط حكمه بالمباشر.

١٩١- استثناء من القاعدة:

لو دل المودع السارق على الوديعة فإنه يضمن لتركه الحفظ.

**القاعدة السادسة والستون : المباشر ضامن وإن لم يتعمد**

١٩٢- معنى القاعدة:

جاء في المادة ٨٨٧ من المجلة: "الإتلاف مباشر هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر".

فالمباشر هو الذي يلي الفعل بنفسه، فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه أو لم يكن، كمن رمى صيداً بسهم فأصاب إنساناً معصوم الدم فقتله فإنه يضمن ديته، وإنما كان الحكم كما ذكرنا لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشر الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان ما أتلفه بعد أن كان مباشراً للإِتلاف، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف فلا يصح عدم التعمد سبباً مسقطاً للحكم.

١٩٣- فروع وتطبيقات للقاعدة:

**منها:** أن المادة ٩١٢ من مجلة الأحكام العدلية نصت على أنه: "إذا أتلف واحد مال غيره الذي في يده أو يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن".

**ومنها:** نصت المادة ٩١٣ من المجلة على أنه: "إذا زلق واحد وسقط فأتلف مال آخر ضمنه".

ولو كان قد زلق رغماً عنه؛ لأن الإتلاف هنا حدث بفعله المباشر، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد.

**ومنها:** نصت المادة ٩١٤ من المجلة: "لو أتلف واحد مال غيره على ظن منه أنه ماله يضمن لأن الجهل وإن أعفاه من الإثم لا يعفيه من الضمان؛ لأنه حق العبد فلا يتوقف على عمده وقصده".

**ومنها:** نصت المادة ٩١٦ من المجلة: "إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن ينتظر إلى حين الميسرة، ولا يضمن وليه والضمان يلزم الصبي المتلف ولو كان غير مميز؛ لأنه مباشر والضمان يتبع المباشرة، ولا يشترط لوجوبه على المتلف عقله ولا تمييزه".

**القاعدة السابعة والستون: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد**

١٩٤- معنى القاعدة:

المتسبب هو من يسبب تلف الشيء بعمله أمراً يفضي إلى إتلافه، فهو لايضمن إلا إذا كان متعمداً.

وقد عرفت المادة ٨٨٨ من المجلة الإتلاف بقولها: "الإتلاف تسبباً هو التسبب في تلف شيء، يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله: متسبب، فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً، وكذلك إذا شق واحد ظرفاً فيه سمن ولف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً".

١٩٥- ما يشترط لوجوب الضمان على المتسبب:

ويشترط لوجوب الضمان على المتسبب أن يكون متعدياً، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٢٤ من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "يشترط التعدي ليكون التسبب موجباً للضمان على ماذكر آنفاً يعني: إن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر، مثلاً: لو حفر واحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت فإنه يضمن".

196 – تعليق الفرق بين التضمين المباشر والتضمين المتسبب :

والسبب في تضمين المباشر مطلقا , وتضمين المتسبب عند التعدي او التعمد هو ان المباشرة علة وسبب مستقل للتلف اما التسبب فليس سببا مستقلا فاقتدى ان يرافقه صفة عداء ليصلح علة للتضمين.

197 – فروع وتطبيقات القاعدة :

اولا : نصت المادة 923 من مجلة الاحكام العدلية : ( لو جفلت دابة واحد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان , اما اذا اجفلها قصدا فإنه يضمن , وكذا لو جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصدا للصيد فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها لا يلزم الضمان , واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصدا اجفالها فانه يضمن ).

ثانيا : نصت المادة 922 : ( لو اتلف مال آخر او نقص قيمته تسببا يعني : لو فعل ما كان سببا مفضيا الى تلف مال او نقصان قيمته كان ضامنا : وكذا لو سد واحد ماء ارض لآخر او ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت , او افاض الماء بزيادة فغرقت المزروعات , وتلفت كان ضامنا , وكذا لو فتح واحد باب اسطبل لآخر وفرت حيوانته وضاعت اوفتح باب قفسه وفر الطير الذي كان فيه فإنه يضمن ).

198 – المقصود بالتعمد :

قلنا : ان المتسبب لا يضمن الا بالتعمد , والمقصود بالتعمد ان يقصد بالفعل الاثر المترتب عليه , ولا يشترط ان يقصد ايضا ما يترتب على ذلك الاثر فمثلا لو رمى بالبندقية فخافت الدابة فندت واتلفت شيئا فإنه يشترط صيرورته ضامنا ان يكون قد قصد الاخافة فقط , ولا يشترط لصيرورته ضامنا اكثر من ذلك بان يكون قد قصد للإخافة لاجل سيرها , ولا يشترط ان يكون قد قصد سيرها لتتلف .

**القاعدة الثامنة والستون: يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الامر ما لم يكن مجبرا**

199 – معنى القاعدة :

يضاف الى الفعل ان ينسب حكمه الى الفاعل لان الشرع يبحث عن افعال المكلفين من حيث ما يثبت لها من احكام لا من حيث ذواتها ؛ لان الفاعل هو العلة للفعل , ولا ينسب الفعل الى الآمر به ؛ لان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل , ومتى بطل الامر لم يضمن الآمر , ولان الأمر من الآمر قد يكون سببا والفاعل علة , والاصل في المعلولات ان تضاف الى عللها لانها غير المؤثرة فيها ولا تضاف الى اسبابها لانها موصلة اليها في الجملة الموصل دون المؤثر .

ثم إن ما ينسب حكم الفعل الى الفاعل دون الآمر ما لم يكن الآمر مجبرا او مكرها للفاعل على الفعل , فإذا كان مكرها له عليه فحين اذن تنسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل اليه لا الى الفاعل ؛ لان الفاعل بالاكراه صار كالآله في يدي المكره .

200 – من امثلة القاعدة :

لو امر انسان غيره باتلاف مال او تعييبه او بقطع عضو محترم , او بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان هو القصاص على الفاعل لا على الآمر , الا اذا كان الآمر مجبرا ومكرها للفاعل على الفعل , فالضمان والقصاص يكونان عليه حين اذن اذا كان اكراهه ملجأ , ومن الاكراه المعتبر ها هنا ايضا : ما اذا كان الآمر سلطانا فإن امره للمأمور اكراه , ولو كان المأمور مجنونا او غير بالغ ففعل ما فيه ضمان فالضمان عليهما , ويرجعان على الآمر , ان كان بالغا عاقلا , اما اذا كان صغيرا او غير عاقلا فلا رجوع لهما عليه .

201 – مستثنيات القاعدة :

منها : اذا كان المأمور اجيرا خاصا للآمر فتلف بعمله شيء من غير ان يتجاوز بعمله المعتاد الضمان على استاذه الآمر له , كما لو تخرق الثوب من دقه فالضمان على استاذه الآمر .

ومنها : لو أمر اجيره الخاص برش الماء بثناء دكانه فرش كما امره , فما تولد منه فضمانه على الآمر , ولو كان الرش بغير امره لكان الضمان على الرش .

ومنها : اذا امر رجلا بحفر باب في حائط الغير قائلا له : احفر لي بابا في حائطي فالضمان على الحافر ويرجع على الآمر .

202 – الضابط في مسائل القاعدة :

والضابط في مسائل القاعدة : وما يصح الاستثناء فيها وما لا يصح هو : كل ما لا يصح فيه الامر فالضمان على المأمور لا الآمر , وكل موضع يصح فيه الأمر فيجب الضمان على الآمر .

**القاعدة التاسعة والستون : لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه**

203 – معنى القاعدة :

ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمته بالتصرف فيه بلا اذن صاحبه , وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا اذنه ولا استعمال حائط الجار بلا اذنه , والاذن قد يكون صراحة وقد يكون دلالة , فالصريح كتوكيل شخص آخر في بيع داره , والاذن دلالة كما في ذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك ويقوم مقام الاذن , الوكالة , والولاية والوصاية على مال الغير , فإن تصرف الانسان في ملك غيره بلا اذن ولا صفة تبيح له التصرف , فتصرفه في ملك الغير لا يجوز شرعا ويعتبر باطل في احكام القضاء .

204 – من فروع القاعدة :

أ- جاء في المادة 1075 من مجلة الاحكام العدلية : ( كل من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة سائرهم فليس احدهم وكيل عن الآخر ولا يجوز له من ثم ان يتصرف في حصة شريكه بدون اذنه ) .

ب – وجاء بالمادة 446 من المجلة : ( يلزم ان يكون الآجر متصرفا فيما يؤجر هو او وكيله او وليه او وصيه ).

فهذه المادة بينت شروط نفاذ الايجارة , وهي ان يكون المؤجر مالكا لما يؤجره او متصرفا به نيابة عن المالك كالوكيل او باذن منه كالمستأجر او بولاية من قبل الشرع كالأب والوصي .

**القاعدة السبعون : الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل**

205- معنى القاعدة :

كما لا يجوز التصرف في ملك الغير بدون الاذن منه ولا وكالة منه , ولا ولاية عليه , ولا يصح ايضا الامر بالتصرف فيه بدون ما ذكرنا من اذن او وكالة او ولاية , فيكون الضمان على المأمور لا على الآمر ما لم يكن مجبرا ؛ لان امر الآمر في هذه الحلات لا يجاوز ان يكون مشورة وهي غير ملزمة للمأمور ولا تصلح مستندا لتبرير عمله وخلاصه من المسؤولية والضمان .

206 – من فروع القاعدة ومستثنياتها :

منها : جاء بالدراهم ليدفعها الى دائنه فقال له الدائن : القها في البحر ففعل فإنها تهلك على المديون لانه لما كان الدائن لم يقبضها لم تصر ملكه فلم يصح الامر .

ومنها : لو امر غيره بان يأخذ متاع غيره ويحرقه او يلقيه في البحر او يأمره بتهديم بيته فالضمان على الفاعل لا على الآمرالا اذا كان الفاعل مجبرا – مكرها – فالضمان على الآمر .

ومن مستثنيات القاعدة ما لو ظهر حريق خشية من تعديه فيجوز لاولاياء الامر ان يأمروا بهدم البيوت المجاورة له منعا لسريانه ولا ضمان على من قام بالهدم .

**القاعدة الحادية والسبعون : تبدل سبب الملك قائما مقام تبدل الذات**

207 – معنى القاعدة واساسها :

اذا تبدل سبب تملك شيء ما , فإن ذلك الشيء يعتبر متبدلا حكما , وان لم يتبدل هو حقيقة .

واساس هذه القاعدة الحديث الصحيح الذي اخرجه البخاري ومسلم , ففي رواية مسلم عن انس بن مالك رضي الله عنه قال : اهدت بريرة الى النبي صلى الله عليه وسلم لحما تصدق به عليها فقال : ( هو لها صدقة ولنا هدية ).

فقد قال الامام النووي في تعليقه على هذا الحديث وامثاله : باب اباحة الهدية للنبي صلى الله عليه وسلم ولبني هاشم وبني المطلب وان كان المهدي ملكها بطريقة الصدقة , وبيان ان الصدقة اذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل احدا ممن كانت الصدقة محرما عليه .

208 – من فروع القاعدة :

أ- لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت اليه بسبب جديد بأن باعه منه او تصدق بها عليه , فأراد الواهب ان يرجع بهبته لا يملك ذلك ؛ لان الموهوب له لما اخرج الموهوب من ملكه ثم عاد اليه بسبب ملك جديد كشرائه , فكأنما تملك عين جديدة هي غير التي وهبها له الواهب , فلا يملك الرجوع فيها .

ب\_ الفقير اذا اخذ زكاة او صدقة ثم وهبها لغني او هاشمي حل ذلك المال لهما لتبدل العين بتبدل سبب الملك .

القاعدة الثانية والسبعون :جناية العجماء جبار

209- معنى القاعدة :

( جناية العجماء ) اي : ما تحدثه البهيمة من الاضرار بالنفس او المال .

( جبار ) اي : يعتبر هدرا لا ضمان فيه على صاحبها اذا لم يصدر منه تعد او تقصير , فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها فاتلفت فرسا لآخر مربوطا بجنبها فلا ضمان على صاحبها , ولكن لو اطلق شخص دابته في زرع الغير او رآها فيه ولم يطلقها هو فيه ولم يمنعها ولم يحجزها عن الزرع حتى اتلفت فإنه يضمن بالحالتين ؛ لانه فالاولى متعد وفي الثانية مقصر في حفظها .

210 – اساس القاعدة :

اساس هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف الصحيح الذي ورد بلفظ ( العجماء جرحها جبار ) قال الامام ابن دقيق العيد في شرح الحديث : الجبار: الهدر , ما لا يضمن , والعجماء : الحيوان البهيم .

211 – فروع القاعدة وتطبيقاتها :

اولا : جاء في المادة 939 من مجلة الاحكام العدلية : ( اذا ربط شخصان دابتين في محل لهما فيه حق الربط فاتلفت احدى الدابتين الدابة الاخرى , فلا يلزم الضمان ) .

ثانيا جاء في المادة 930 في المحلة : (( لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت بيديها, أو رأسها,أو ذيلها, أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها في ملكه راكبا كان أو لم يكن . وإنما لم يضمن لأنه متسبب لا مباشر و ليس بمتعد في تسييرها في ملكه))

ثالثا: جاء في المادة 929 في المجلة : (( الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه. فلو انفلتت دابة بنفسها ولو في الطريق أو في ملك غير صاحبها فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا ضمان في هذه الحالات , لأن جناية العجماء جُبار , ولو رفست الفرس البيطار بينما هو يعالجها فلا ضمان على صاحب الفرس ))

رابعا : و جاء أيضا في المادة 929 من المجلة : (( و كذا لو كان الحيوان مضرا كالثور النطوح و الكلب العقور فتقدم إلى صاحبه واحد من أهل محلته أو قريته بقوله له : حافظ على حيوانك . ولم يحافظ عليه فأتلف حيوانا آخر أو غير ذلك من ماله ضمن صاحبه و هذا سواء كان المتلف مالا أو آدميا ))

**القاعدة الثالثة و السبعون: من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه**

**212- معنى القاعدة:**

بينت هذه القاعدة على أساس السياسة الشرعية و أصل سد الذرائع المفضية إلى المفاسد , و معنى القاعدة : إن من استعجل الحصول على شئ قبل حلول وقت سببه الشرعي و ذلك بسلوكه و سائل غير مشروعة أصلا , أو مشروعة في الظاهر و لكن بقصد غير مشورع فإنه يحرم من الحصول على ذلك الشئ عقابا له أ معاملة له بعكس قصده الشئ

**213- فروع و تطبيقات القاعدة:**

منها : قتل الوارث مورثه يحرمه من الميراث , لاستعجاله الحصول عليه بارتكابه وسيلة غير مشروعة و هي قتل مورثه , فقد جاء في الحديث الشريف ((لا يرث القاتل))

و منها : قتل الوارث الموصى له الموصي يحرمه من الوصية قياسا على حرمان الوارث من الميراث إذا قبل مورثه

و منها: توريث المطلقة بائنا دون رضاها في مرض موت زوجها , و هو المعورف بطلاق الفار أنه قصد بطلاقه لها حرمانها من الميراث ,فتورث بالرغم من طلاقه لها طلاقا بائنا ردا لقصده السئ الذي أخفاه في طلاقه لها , الذي هو مشروع في الظاهر و غير مشروع في الباطن , لاقترانه بهذا القصد فيقع الطلاق , ولكن ترث إذا مات في العدة على رأي الحنفية أو إذا مات ولو بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج و هذا مذهب الحنابلة , و حتى لو تزوجت على رأي المالكية لأنه قصد حرمانها من الميراث بتوريثها منه بالرغم من وقوع الفرقة بينهما فلا معنى لاشتراط موته في عدتها أو عدم زواجها بعد مماته لإمكان توريثها

**القاعدة الرابعة و السبعون: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه**

**214 – معنى القاعدة:**

أي من سعى في إبطال ما تم إبرامه من جهته فسعيه مردود عليه و لا يؤثر فيما تم , لأنه في سعيه الجديد يكون متناقضا مع ما كان قد أتمه و أنجزه و التناقض يمنع سماع الدعوة.

**215- أمثلة و فروع للقاعدة:**

منها : نصت القاعدة 79 من مجلة الأحكام العدلية : (( المرء مؤاخذ بإقراره )) و أكدت هذا المعنى القاعدة 1587 من المجلة جاء فيها : (( يلزم الرجل بإقراره بموجب المادة 79 و على هذا إذا ادعى المقرر أنه أخطأ في إقراره فلا يسمع منه ذلك , و كذلك إذا أقر بأن لا حق له في ذمة فلان ثم عاد وادعى أن له في ذمة فلان هذا كذا مبلغ , لا يسمع ادعاؤه إلا إذا أثبت أن هذا الحق ثبت له بعد إقراره))

و منها : مباردة أحد الورثة بقسمة التركة مع بقية الورثة , و بعد تمام القسمة ادعى أن عينا من أعيانها هي ملك له و أراد إعادة القسمة , لا يقبل ذلك منه فقد نصت المادة 1656 من مجلة الأحكام العدلية : (( البدار – أي الإسراع – إلى تقسيم التركة إقرار بكون المقسوم مشتركا و من ثم لو ادعى بعد القسمة بأن المقسوم ملكه كانت منتاقضا , مثلا : لو ادعى أحد الورثة بعد تقسيم التركة بأنني كنت اشتريت أحد هذه الأعيان المقسومة من الميت أو كان الميت قد وهبه و سلمه لي في حال صحته , لا تسمع دعواه

**القاعدة الخامسة و السبعون: الحدود تدرأ بالشبهات**

**216- أصل القاعدة:**

أصل القاعدة حديث نبوي شريف فقد أخرج الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: (( ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم , فإن كان له مخرج فخلوا سبيله , فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة )) ثم قال الترمذي : وقد روى نحو هذا غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم أنهم قالو مثل ذلك , و أخرج ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال , قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (( ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا))

و ذكر السيوطي في أشباهه حديثا نبويا شريفا : (( ادرؤوا الحدود بالشبهات )) أخرجه ابن عدي في جزء له من حديث ابن عباس

**217- معنى الشبهة:**

**الشبهة** في اللغة تعني: الالتباس، وقال الكمال بن الهمام: الشبهة ما يشبه الثابت و ليس بثابت، و في المعجم الوسيط: الشبهة: الالتباس، و في الشرع: ما التبس أمره فلا يعرف أحلال هو أم حرام، و حق هو أم باطل، و في المغني لابن قدامة الحنبلي: الشبهة تعني وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته.

**218- أنواع الشبهة:**

**يقسم الحنفية الشبهة** إلى شبهة في الفعل، و تسمى شبهة الاشتباه، و إلى شبهة في المحل، فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة فظن غير الدليل دليلاً فلا بد من تحقق هذه الشبهة من الظن، فإن انعدم الظن فلا شبهة أصلاً كظن حل وطء المطلقة ثلاثاً في العدة أو بائناً على مال، فإذا قال الفاعل: ظننت أنها تحل لي. فلا حد عليه، وإذا قال: علمت أنها حرام علي، وجب الحد، و أما الشبهة في المحل وتسمى أيضاً شبهة الملك، أو الشُبه الحكمية ومثاله: شبهة الملك بحق الأب إذا سرق من مال ابنه، تعلقاً بالحديث النبوي الشريف: "أنت و مالك لأبيك"، قال الإمام الكاساني الحنفي: لا قطع على من سرق من ولده؛ لأن له في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: "أنت ومالك لأبيك" فظاهر الإضافة إليه بلام التمليك يقتضي ثبوت الملك له، وهذا يمنع وجوب القطع لأنه يورث شبهة في وجوبه.

**ويقسم الشافعي الشبهة إلى ثلاثة أنواع:** شبهة في المحل: كوطء الزوجة الحائض فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم؛ لأن المحل مملوك للزوج و من حقه أن يباشر زوجته وإذا كان المانع له من قربانها كونها حائضاً فهذا لا ينفي أنها زوجته و هي حلال له وهذا يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يمنع عنه حد الوطء سواء اعتقد بحل الوطء أو حرمته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن و إنما أساسها حل الفعل و تسلط الفاعل شرعاً عليه.
والنوع الثاني من الشبهة: الشبهة في الفاعل: كمن وطئ امرأة ظنها زوجته.
والنوع الثالث: شبهة في الجهة: أي: ما اختلف الفقهاء في حله و حرمته كالنكاح بلا ولي أو بلا شهود، و كل نكاح مختلف فيه فلا يعتبر الوطء في هذا النكاح المختلف في جوازه زناً يحد فاعله بل يقوم الخلاف فيه شبهة تمنع الحد عن الفاعل.

**219- نتائج الأخذ بالقاعدة:**

والأخذ بقاعدة:"ادرؤوا الحدود بالشبهات"، سقوط الحد عن الفاعل و قد يعزر الفاعل في بعض الحالات كما في سرقة الأب من مال ولده، يسقط عنه حد السرقة ولكنه يعزر، و من يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في المحل ولكنه يعزر وكذا من يأتي زوجته و هي حائض.

**220 - من فروع و تطبيقات القاعدة:**

**منها:** ما ذكرناه من أمثلة في أثناء كلامنا عن الشبهة وأنواعها **، ومنها** : سقوط حد القذف عن أربعة شهدوا بزنا امرأة، و شهد أربع أنها عذراء؛ لاحتمال صدق شهود الزنا و أنها عذراء لم تُزل بكارتها بالزنا ، و سقط عنها الحد لشبهة البكارة**، و منها**: لو ادعى كون المسروق ملكه، سقط الحد، ولو لم يثبت ادعاؤه، **و منها:** رجوع المقر بالزنا عن إقراره.

**221 - الشبهة في القصاص:**

القصاص كالحدود في الدفع بالشبهة، فيسقط بها كما تسقط الحدود بها، فلا قصاص على من ذبح نائماً و ادعى أنه ذبحه وهو ميت، و عليه الدية، ولا قصاص بقتل من قال: اقتلني فقتله.

**القاعدة السادسة والسبعون: إذا اجتمع الحلال و الحرام غُلب الحرام**

**222- أصل القاعدة:**

أورد جماعة حديثاً بلفظ:" ما اجتمع الحلال و الحرام إلا غلب الحرامُ الحلالَ".
ولكن الحديث لا أصل له أو ضعيف، فقد قال الحافظ أبو الفضل العراقي: لا أصل له وقال السبكي في الأشباه و النظائر، نقلاً عن البيهقي: هو حديث رواه جابر الجعفي ، وهو رجل ضعيف،عن الشعبي، عن ابن مسعود،وهو منقطع، و قال السيوطي : وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في "مصنفه"، وهو موقوف على ابن مسعود و ليس مرفوعاً ، ثم قال ابن السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة، قال الجويني: لم يخرج عنها إلا ما ندر.

**223- أساس القاعدة:**

1. **من السنة النبوية:** وإذا لم تكن هذه القاعدة بلفظها حديثاً نبوياً صحيحاً ، فإن هناك جملة من الأحاديث تصلح أن تكون أساساً و مستنداً لهذه القاعدة.
ومنها: الحديث الذي رواه الإمام مسلم في صحيحه وهو قوله صلى الله عليه وسلم: " الحلال بيِّن والحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهات أو مشبّهات، لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه و عِرْضه، و من وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ألا وإنّ لكل ملكٍ حمى، ألا و إن حمى الله محارمه" والمشبّهات: جمع مشبه وهو كل ما ليس واضح الحل والحرمة مما تنازعته الأدلة و تجاذبته المعاني بعضها يعضده دليل الحرام و بعضها يعضده دليل الحلال.
ومنها: قوله صلى الله عليه وسلم: " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك".
2. **ومن الآثار التي تصلح أساساً للقاعدة:** قال عثمان رضي الله عنه لما سئل عن جمع الأختين بملك اليمين؟ قال: أحلتهما آية و حرمتهما آية، و التحريم أحب إلينا، وقال الإمام الزركشي رحمه الله بعد أن ذكر رواية عثمان رضي الله عنه: قال الأئمة: و إنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم و ذلك أولى من عكسه.

**224- معنى القاعدة:**

هذه القاعدة يشمل حكمها حالتين: (الأولى) : أن يجتمع الحلال و الحرام و (الثانية): أن يتقابل الدليلان في حكم المسألة: دليل التحريم و دليل التحليل.

225- حكم القاعدة في الحالة الأولى:

 (الحالة الأولى): والحكم فيها النظر إلى الأكثر والغالب من الحلال والحرام فيكون حكم الأكثر هو حكم الكل, قال الإمام العز بن عبد السلام: فإن قيل ما تقولون في معاملة من اعترف بأن أكثر ماله حرام هل تجوز أو لا؟ قلنا: إن غلب الحرام عليه بحيث يندر الخلاص منه لم تجز معاملته مثل أن يقر إنسان أن في يده ألف دينار كلها حرام إلا ديناراً واحداً فهذا لا تجوز معاملته بدينار لندرة الوقوع في الحلال, كما لا يجوز الاصطياد إذا اختلطت حمامة برية بألف حمامة بلدية وإن عومل بأكثر من دينار أو اصطياد أكثر من حمامة فلا شك من تحريم ذلك وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة كما لو اختلطت أخته من الرضاع بألف امرأة أجنبية أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية فإن المعاملة صحيحة جائزة لندرة الوقوع في الحرام وكذلك الاصطياد وبين هاتين الرتبتين من قلة الحرام وكثرته مراتب محرمة ومكروهة ومباحة, وضابطها أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام وتخف بكثرة الحلال فاشتباه أحد الدينارين بآخر سبب تحريم بين, واشتباه دينار حلال بألف دينار حرام سبب تحريم بين وبينهما أمور مشتبهات مبنية على قلة الحرام وكثرته بالنسبة إلى الحلال, فكلما كثر الحرام تأكدت الشبهة وكلما قل خفت الشبهة إلى أن يساوي الحلال الحرام فتستوي الشبهة.

226- الاحتياط يقضي بتغليب الحرام, وإن لم يكن هو الأكثر:

ومع هذا فإن الحرام وإن لم يبلغ حد الغلبة, ولا قريباً منها فإن الاحتياط يقتضي بعدم تناول هذا الخليط ترجيحاً لجانب الحلال احتياطاً, ويؤيد ما نقول الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه ابن ماجه عن عطية السعدي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً لما به البأس".

وفي حديث أخرجه الترمذي وفيه قوله صلى الله عليه وسلم: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك".

227- حكم القاعدة في الحالة الثانية:

وفي هذه الحالة إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة قدم دليل التحريم, ومن ثم قال عثمان رضي الله عنه لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين: أحلتهما آية وحرمتهما آية, والتحريم أحب إلينا.

ومن ذلك تعارض حديث: "لك من الحائض ما فوق الإزار". وحديث: "اصنعوا كل شيء إلا النكاح".

فإن الحديث الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة, والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطء فرجح التحريم احتياطاً وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك والشافعي, رحمهم الله تعالى.

228- أمثلة وفروع للقاعدة:

منها: لو شارك الكلب المعلم غير المعلم في الصيد حرم ما يقتلانه من صيد, أو شارك كلب مجوسي أو كلب لم يذكر عليه اسم الله عمداً حرم ما يقتلانه من الصيد.

ومنها: ما لو أسلم على أكثر من أربع زوجات فإنه يحرك عليه الوطء قبل الاختيار.

ومنها: لو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتياط, والاحتياط الحرمة, بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداء فإنه يحل لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره.

ومنها: لو اشتبهت محرمة بأجنبيات محصورات لم تحل.

229- مستثنيات القاعدة:

منها: الاجتهاد في الأواني والثياب, والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزناً وكذا إن استويا في الأصح عند الشافعية, بخلاف ما إذا زاد وزناً, ووجه الاجتهاد في الأواني إذا كان الأقل طاهراً عملاً بالأغلب فيهما.

ومنها: إذا كان الحرام مستهلكاً فلو أكل المحرم شيئاً قد استهلك فيه الطيب فلا فدية.

ومنها: إذا اختلط لبن المرأة بماء أو بدواء أو بلبن شاة فالمعتبر الغالب وتثبت الحرمة إذا استويا احتياطاً, واختلف فيما إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى, والصحيح ثبوت الحرمة فيهما من غير اعتبار الغلبة.

ومنها: إذا كان غالب مال المهدي حلالاً فلا بأس بقبول هديته وأكل ماله ما لم يتبين أنه من حرام, وإن كان غالب ماله حرام لا يقبلها ولا يأكل إلا إذا قال: إنه حلال ورثه أو استقرضه.

ومنها: إذا غلب على ظنه أن أكثر بياعات أهل السوق لا تخلو عن الفساد فإن كان الغالب هو الحرام تنزه عن شرائه ولكن مع هذا لو اشتراه يطيب له.

ومنها: معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه لا يحرم في الأصح عند الشافعية, ولكن يكره وكذا الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده.

ومنها: لو اعتلفت الشاة علفاً حراماً لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع.

ومنها: لو اختلطت محرمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن.

ومنها: لو اختلط حمام مملوك بمباح لا ينحصر جاز الصيد, ولو كان المملوك محصور في الأصح عند الشافعية.

ومنها: لو اختلط في البلد حرام لا ينحصر لم يحرم الشراء منه بل يجوز الأخذ أن يقترن به علامة على أنه من الحرام.

**القاعدة السابعة والسبعون: الأصل في الأبضاع التحريم**

230- معنى القاعدة:

المقصود بالأبضاع: الفروج, وهو جمع بضع وهو الفرج, كناية عن النساء والنكاح, أي: إن الأصل في وطء النساء هو الحظر أي التحريم, ولا يباح إلا بعقد النكاح الصحيح أو بملك اليمين, وإنما أبيح بهذين الطريقين أو السببين إبقاءً للنسل أي لبني آدم على نحو يليق بهم, لا كما تتكاثر الحيوانات ويبقى نوعها. من أجل ذلك إذا تعارض في امرأة دليل الحل ودليل الحرمة غلب دليل الحرمة عملاً بالقاعدة التي سبقت وهي إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام, ولهذا أيضاً لا يجوز التحري في الفروج؛ لأنه يجوز في كل ما جاز للضرورة والفروج لا تحل للضرورة.

231- فروع وتطبيقات للقاعدة:

ومنها: إذا اختلطت محرمة بنسب أو رضاع بنسوة محصورات, حرم عليه نكاح إحداهن ما دام لم يتيقن أيتهن هي المحرمة.

ومنها: من أحد أبويها كتابي والآخر مجوسي, أو وثني, لا يحل نكاحها, ولا ذبيحتها ولو كان الكتابي هو الأب في الأظهر عند الشافعية تغليباً لجانب التحريم ولأن الأصل في الأبضاع التحريم.

ومنها: لو أن رجلاً له أربع جوار أعتق واحدة منهن ثم نسيها فلم يدر أيتهن أعتق لم يسعه أن يتحرى للوطء ولا للبيع, وكذك إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها, وكذلك إن طلقهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة.

**القاعدة الثامنة والسبعون: الأصل في الأشياء الإباحة**

232- معنى القاعدة:

إن القاعدة في الأشياء من جهة الانتفاع بها هي الإباحة أي: إباحة الانتفاع بها, وتناولها على الوجه الملائم للانتفاع بها فتشمل القاعدة كل ما لم يرد بشأنه شيء محدد أي دليل خاص به؛ لأن ما جاء فيه دليل شرعي خاص به لا تظهر حاجة بالرجوع إلى هذه القاعدة لمعرفة حكمه.

233- أدلة القاعدة:

أولاً: قال تعالى: (هو الذي خلق لكم مّا في الأرض جميعاً) [البقرة: 311]

وجاء في تفسيرها: ومعنى "لكم" أي خلق من أجلكم وانتفاعكم بما في الأرض من المعادن والنباتات والحيوانات وغيرها, وفيه دليل على أن الأصل في الأشياء المخلوقة الإباحة حتى يقوم دليل يدل على النقل عن هذا الأصل, ولا فرق بين الحيوانات وغيرها, مما ينتفع به من غير ضرر, وفي التأكيد لقوله تعالى: (جميعاً) أقوى دلالة على هذا, وأيضاً فإن هذه الآية مسوقة في عرض الامتنان على العبادة, والامتنان يكون بالجائز المباح لا بالمحظور الحرام.

ثانياً: قال تعالى: (قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة كذلك نفصّل الآيات لقوم يعلمون) [الأعراف: 32].

وجاء في تفسيرها: قل لهؤلاء المشتركين: (من حرّم زينة الله) أي: من الثياب وسائر ما يتجمل به (التي أخرج لعباده) في النبات كالقطن والكتان, والحيوان كالحرير والصوف, والمعادن كالدروع, (والطيبات من الرزق) أي: المستلذات من المآكل والمشارب, وقد دلت الآية على أن الأصل في المطاعم والملابس وأنواع التجملات الإباحة؛ لأن الاستفهام في "من" لإنكار تحريمها على وجه بليغ.

ثالثاً: جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي أخرجه الترمذي والحاكم: "الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم". وهو صريح بالعفو عما سكت عنه, والعفو عنه هو ما لا حرج في فعله وهذا هو المباح, وعلى أن يحمل على المنافع لا على المضار لأن المضار ورد بشأنها ما يدل على تحريمها.

234- أمثلة وفروع للقاعدة:

منها: الحيوان المشكل أمره من جهة معرفة حكمه من حيث الحل والحرمة, يعتبر حلالاً أكله كالزرافة مثلاً بناءً على هذه القاعدة.

ومنها: النبات المجهولة تسميته ولا ضرر في استعماله يحمل على الحل والإباحة.

ومنها: لو دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك, يحمل على الإباحة.

235- فروع أخرى للقاعدة:

أ- ويتخرج على هذه القاعدة حل وإباحة كثير من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه التي ترد إلينا من مختلف البلدان والأقطار ولا نعرف أسماءها ولم يثبت ضررها وفيها نفع من تناولها.

ب- ويتخرج على هذه القاعدة أيضاً كثير من أنواع الفرش والأثاث والأدوات المستحدثة التي لا تندرج تحت نهي شرعي فإنها تعتبر مباحة.

ج- ويتخرج على هذه القاعدة العقود والتصرفات التي لم يرد نص صريح بجوازها ولا بتحريمها, وليس فيها شبه الربا والضرر, فإنها تعتبر مباحة عملاً بهذه القاعدة: "الأصل في الأشياء الإباحة".

**القاعدة التاسعة والسبعون: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب**

236- التمهيد لبيان معنى القاعدة:

هذه القاعدة من قواعد أصول الفقه, ولها متعلق بالفقه وقواعده, ولذلك يبحثها البعض ضمن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي, ولبيان المقصود من هذه القاعدة لا بد من بيان ما يلي:

من المعلوم أن (الأمر) يفيد الوجوب أي إيجاد الفعل المأمور به على وجه الحتم والإلزام, وصيرورة هذا الفعل واجباً في حق المخاطب, ولكن إيجاد الفعل المأمور به أي الواجب قد يتوقف على إيجاد شيء آخر, فهل يكون هذا الشيء الآخر واجباً أيضاً بنفس الأمر الأول الذي أثبت أصل الواجب أم لا؟

للجواب على هذا السؤال لا بد من شيء من التفصيل حتى يتبين المقصود من هذه القاعدة فنقول:

237- أقسام ما يتوقف عليه إيجاد الواجب:

ما يتوقف عليه إيجاد الواجب قسمان:

 (القسم الأول): أن يكون غير مقدور للمكلف مثل الاستطاعة لأداء واجب الحج, فهذا القسم لا يكلف به الإنسان ولا يتناوله الأمر, فلا يجب على المكلف تحصيل الاستطاعة ليؤدي واجب الحج, ولا تحصيل نصاب الزكاة ليؤدي الزكاة, ولا إيجاد عدد المصلين لصحة أداء واجب صلاة الجمعة.

 (القسم الثاني): أن يكون الشيء مقدوراً للمكلف, وهذا القسم نوعان:

1. النوع الأول : ما ورد في وجوبه أمر خاص به , وهذا لا كلام لنا فيه , ولا يدخل في موضوع القاعدة التي نتكلم عليها , ومن هذا النوع الوضوء للصلاة , فإنه واجب على المكلف ويتوقف عليه أداء واجب الصلاة , ولكن وجوبه – أي وجوب الوضوء – كان بأمر مستقل لا بالأمر بالصلاة بقوله تعالى ( وأقيموا الصلاة ) وهذا الأمر المستقل الذي وجب به الوضوء الذي يتوقف عليه أداء واجب الصلاة هو قوله تعالى ( يأيها الذين امنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق و امسحوا برءوسكم و أرجلكم إلى الكعبين ) المائدة "6".
2. النوع الثاني : ما يتوقف عليه أداء الواجب ولم يرد بوجوبه أمر خاص به , وهذا النوع هو المقصود بسؤالنا الذي قدمناه , وهذا هو ما أجاب عليه الأصوليون بهذه القاعدة : ( ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ) فما معنى القاعدة ؟؟

**238. معنى القاعدة مع الأمثلة:**

إن ما يتوقف عليه أداء الواجب يكون واجبا بنفس الأمر الذي ثبت به أصل الواجب ,والأمثلة على ذلك كثيرة :

منها : الأمر بالحج يقتضي السفر إلى مكة لأداء واجب الحج فيكون هذا السفر واجبا بنفس الأمر بالحج , لآن أداء واجب الحج لا يتم إلا بهذا السفر .

ومنها : الأمر بأداء الصلاة جماعة – على قول القائلين – بالوجوب لا يتم إلا بالسعي إلى المساجد , فيكون هذا السعي واجبا بنفس الأمر بأداء الصلاة جماعة .

ومنها : الأمر بإعداد القوة الكافية من قبل الأمة , الثابت بقوله تعالى :( وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ) "الأنفال 60", لا يتم هذا الواجب إلا بتعلم العلوم الحديثة التي استحدثت وظهرت وتقدمت في مجال الصناعة والفيزياء والكيمياء وصناعة الأسلحة المختلفة , فيكون تعلم هذه العلوم واجبا كفائيا بنفس الأمر القاضي بوجوب إعداد القوة الكافية , والأمر بالعدل وإقامته بين الناس يقتضي تعيين القضاة للقيام بواجب إقامة العدل فيكون الأمر بالعدل :( إن الله يأمر بالعدل ) , أمرا بتعيين القضاة للقيام بواجب إقامة العدل بين الناس . ويلخص لنا مما تقدم : أن الأمر بواجب ما , هو أمر أيضا بالشيء الذي يتوقف عليه أداء هذا الواجب , إذا لم يأت بوجوبه أمر خاص به .

**القاعدة الثمانون الخروج من الخلاف مستحب**

**239. معنى القاعدة ونطاقها :**

إن أفضلية استحباب الخروج من الخلاف ليست لثبوته سنة خاصة فيه بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين , وهو مطلوب شرعا مطلقا , فكان لقوله بأن الخروج من الخلاف أفضل ثباتا من العموم واعتماده من الورع المطلوب شرعا .

ويتحقق الخروج المستحب باجتناب ما وقع الخلاف في تحريمه ويفعل ما اختلف في وجوبه , فقد قال الإمام الزركشي في قواعده تحت عنوان (الخلاف ) : يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه ,وفعل ما اختلف في وجوبه .

**240. شروط مراعاة الخلاف :**

ويشترط لاستحباب الخروج من الخلاف جملة شروط منها : أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة سنه ثابتة ومن ثم سن رفع اليدين في الصلاة ولم يبال برأي من قال بإبطال الصلاة برفع اليدين لأنه ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم , ومنها : أن يكون دليل المخالف قويا , فإذا كان واهيا , لم يلتفت إليه , كقول القائل : الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه , ولا يلتفت إلى من قال بعدم صحة الصوم في السفر مطلقا , ومنها : أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر مثل القول بأن فصل الوتر أفضل من وصله ولم يراع خلاف أبي حنيفة فيه , لآن من العلماء من لا يجيز الوصول , فالخروج من خلاف أبي حنيفة يوقع في خلاف آخر .

**241. يستحب ترك المستحب تأليفا للقلوب** :

تأليف القلوب و اجتماعها , والخلاص من التنافر والفرقة من الأمور الواجبة ,وتحصيلها مقدم على تحصيل المستحبات , وإذا تزاحمت الواجبات والمستحبات روعي الواجب وتحصيله , ولو بترك المستحب , قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى : ويستحب للرجل أن يقصد إلى تأليف القلوب بترك المستحبات , لآن مصلحة التأليف في الدين أعظم من مصلحة فعل المستحب كما ترك النبي صلى الله عليه وسلم تغيير بناء البيت لما رأى في إبقائه من تأليف القلوب , وكما أنكر عبد الله بن مسعود على عثمان بن عفان رضي الله عنه إتمام الصلاة في السفر , ثم صلى خلفه متمما , وقال : ( الخلاف شر ) .

**242. من فروع القاعدة وتطبيقاتها :**

منها : استحباب الدلك في الطهارة واستيعاب الرأس بالمسح في الوضوء , وترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه , والقصر في سفر يبلغ ثلاثة مراحل وتركه فيما دون ذلك وللملاح الذي يسافر بأهله و أولاده .

ومنها : يندب الإتيان بالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة وفي الوضوء باعتبار وجوبهما عند الحنفية في غسل الجنابة و وجوبها عند الحنابلة في غسل الجنابة والوضوء , وكذلك استحباب الغسل من لوغ الكلب سبع مرات مراعاة لمذهب الحنابلة , وكذلك التبييت في نية صوم النفل فإن مذهب المالكية وجوبه .

**القاعدة الحادية والثمانون: الميسور لا يسقط بالمعسور**

243- أصل القاعدة ومعناها:

تعني هذه القاعدة أن من كلف بشيء من أمور الدين فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط ما عجز عنه, فلا يسقط عنه ما يقدر عليه بما يعجز عنه لقوله سبحانه وتعالى: (لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا) ولقوله صلى الله عليه وسلم: ( إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ).

وقال غير واحد من العلماء: إن هذا الحديث الشريف, هو أصل هذه القاعدة وأساسها, وقال ابن حجر الهيثمي- رحمه الله – في شرحه لهذا الحديث : وهذا من قواعد الإسلام المهمة, مما أوتيه صلى الله عليه وسلم من جوامع الكلام, لأنه لا يدخل فيه ما لا يحصى من الأحكام . وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة, هي شواهد ودلائل على هذه القاعدة, بل تعتبر أصلا وأساساً منها: حديث الإمام البخاري عن عمران بن حصين, وفيه: " صلِّ قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب ".

وحديث الإمام البخاري في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله صلى الله عليه وسلم: " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان ".

244- من فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها:

منها: إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقي جزماً, ومنها: القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن جزماً, ومنها : القادر على بع الفاتحة يأتي بها بلا خلاف.

ومنها: إذا كان محدثاً وعليه نجاسة, ولم يجد إلا ما يكفي أحدهمما عليه غسل النجاسة قطعاً , ومنها: لو عجز عن الركوع و السجود دون القيام لزمه القيام بلا خلاف عند الشافعية.

**القاعدة الثانية والثمانون: لا يجوز لاحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي**

245- معنى القاعدة:

لا يجوز في حكم الشرع لأحد أن يأخذ مال غيره بلا مبرر شرعي يجيز له الأخذ وحتى لو أخذه على ظن أنه ملكه وجب عليه رده عيناً إن كان قائماً وإلا فيضمن قيمته إن كان قيمياً, ومثله إن كان مثلياً, لأن النسيان ليس عذراً في حقوق العباد, هذا و إن السبب الذي يبيح أخذ مال الغير هو ما كان شرعياً في الظاهر والباطن.

أما إذا كان شرعياً في الظاهر فقط, وفي الباطن غير شررعي, لأن آخذ مال الغير لا يسستحقه في الحقيقة, فهذا لا يجوز أخذه ديانة وإن حكم له القاضي به لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( إنما أنا بشر و إنكم لتخصمون إليَّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض, فأقضي له على نحو ما أسمع, فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها ).

246- من فروع القاعدة:

أولاً: المادة 890 المجلة: ( يلزم رد المغصوب وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً ).

ثانياً: المادة 891 من المجلة ونصها: ( كما أن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يضمن أيضاً, فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه, وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله ).

ثالثاً: الصلح عن دعوى كاذبة على بدل, فإن بدل ذلك الصلح وإن كان يحكم له به ولكن لا يحل له ديانة, ولكن إذا اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى, وأنه لم يكن له على المدعى عليه شيء بطل الصلح ويسترد المدعى عليه بدل الصلح ).

**القاعدة الثالثة والثمانون: ليس لعرق ظالم حق**

247- معنى القاعدة مع الأمثلة:

هذه القاعدة بهذا اللفظ جزء من حديث شريف رواه أبو داود والنسائي والترمذي ويحيى بن آدم في كتاب الخراج وأبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه الأموال في بحث إحياء موات الأرض, كما رواه أيضا أبو يوسف في كتاب الخراج, ونص الحديث: " من أحيا أرضاً مميتة فهي له, وليس لعرق ظالم حق ".

ومعننى العرق الظالم, كما جاء في لسان العرب هو : أن يجيء الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله, ويغرس فيها غرساً غصباً أو يزرع أو يحدث فيها شيئاً يستوجب به الأرض.

وعلى هذا فيكون معنى القاعدة: إن الاعتداء على حق الغير لا يكسب المعتدي حقاً فيما اعتدى عليه أرضاً كان ما اعتدى عليه أو غيرها من الأموال.

وإن على المعتدي أن يرد المال الذي تجاوز عليه الى صاحبه, لأنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال الغير بلا سبب شرعي, كما جاء في القاعدة الفقهية.

وإذا ما أحدث فيما غصبه زرعا أو غرسا أو بناء ، فإن ما أحدثه لا يعطيه حقا في البقاء في الأرض بأن يمتلكها أويستأجرها جبرا على صاحبها ؛ لأن العدوان لا يصلح سببا للتملك الشرعي ، وإن عليه إزالة ما أحدثه ، و إذا كان قلع المحدثات يضر بالأرض جاز لصاحب الأرض أن يمتلكها مستحقة للقلع .

**القاعدة الرابعة و الثمانون : على اليد ما أخذت حتى تؤديه**

248 – معنى القاعدة :

هذه القاعدة بهذا اللفظ نص حديث نبوي شريف رواه الإمام أحمد في مسنده كما رواه أصحاب السنن الأربعة ، و معناه إن من أخذ شيئا بغير حق كان ضامنا له إذا هلك لأي سبب كان أي سواء كان هلاكه بتعد منه أو تقصير أو بدونهما ، ولا يبرأ من ضمانه حتى يرده إلى صاحبه .

249 – من فروع القاعدة :

منها : من أخذ بدل صلح ثم أقر أن لا حق له فيه وجب عليه رد ما أخذه من بدل الصلح لدافعه . و منها : لو دفع مالا لشخص على ظن أنه مدين له ثم تبين له أنه غير مدين فعلى المدفوع له المال رده إلى دافعه . و منها : ملتقط اللقطة لتملكها يعتبر غاصبا فيكون ضامنا حتى يؤدي اللقطة لصاحبها ، وعليه ضمانها مطلقا إذا هلكت سواء كان هلاكها بتعد منه أو تقصير أو بدونهما .

**القاعدة الخامسة و الثمانون :الإسلام يجب ما قبله**

250 – معنى القاعدة :

أي أن الكافر إذا أسلم أي : تخلى عن الكفر الذي كان فيه و اعتنق الإسلام بأن آمن بالله ربا ، و بالإسلام دينا ، و بمحمد صلى الله عليه و سلم نبيا و رسولا ، فإن هذا منه ( يجب ) أي : يقطع ما كان قد صدر منه قبل إسلامه ، و إن كان من شأنه أن يعاقب عليه لو صدر عنه بعد إسلامه ، فإن الإسلام يزيله و يجعله كالعدم و يرفع آثاره فلا يحاسب و لا يعاقب عليه .

251 – أصل هذه القاعدة :

و الأصل في هذه القاعدة و أساسها قوله تعالى : " قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف " ، و قد جاء في تفسير هذه الآية : أي : قل يا محمد للذين كفروا إن ينتهوا عن الكفر و قتال النبي صلى الله عليه و سلم بدخولهم في الإسلام يغفر لهم ما قد سلف ، أي : يغفر لهم ما مضى من كفر و معاص و عداوة لرسول الله صلى الله عليه و سلم ، و في هذه الآية دليل على أن الإسلام يجب ما قبله وتأيد بقول رسول الله صلى الله عليه و سلم لعمرو بن العاص في قصة إسلامه : " أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله " ، و هذا حديث أخرجه الإمام أحمد و مسلم عن عمرو بن العاص كما روى الإمام أحمد عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : " الإسلام يجب ما قبله و التوبة تجب ما قبلها ".

252 – نطاق حكم القاعدة :

أقر العلماء بأن نطاق هذه القاعدة هو فيما تعلق بحقوق الله تعالى ، وان سقوط أوزار الكفر باعتناق الإسلام من الأمور المقطوع بها في شرع الإسلام .

ولكن هذه القاعدة لا يسري حكمها إلى حقوق الآدميين لما يترتب عليه من إضرار بهم ، و الضرر مرفوع في شريعة الإسلام ، و من أصول الإسلام : لا ضرر ولا ضرار ، و من أجل ذلك لا ترتفع المسؤولية المالية عن المجنون وغير المميز إذا قام فيهما سبب هذه المسؤولية . وإن كان الإثم مرفوعا عنهما لعدم أهليتهما للتكليف.

253 – فروع و تطبيقات القاعدة :

لا مسؤولية عليه عما صدر منه من أقوال أو أفعال يرتد بها المسلم كسبّ الله و رسوله و تمزيق القرآن الكريم ، ولا يلزمه قضاء العبادات كالصلاة و الصيام التي فاتته ولم يقم بها في حال كفره ، ولا زكاة أمواله ، و كذلك جرائم الحدود كالزنا و شرب الخمر إذا كان قد ارتكبها قبل إسلامه لا يعاقب عليها بعد إسلامه لأن عقوبتها هي حق الله ، وحقوق الله لا يؤاخذ بها بعد إسلامه .

**القاعدة السادسة و الثمانون : الأصل في المضار التحريم**

254 – معنى القاعدة :

المضار جمع المضرة ، و المضرة خلاف المنفعة و الضرر يعني سوء الحال و النقصان في النفس أو البدن ، أو حالة ظاهرة من قلة مال و جاه و أما التحريم فيراد به طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم و الإلزام و معنى ذلك : يحرم على الإنسان إلحاق الضرر بالغير ابتداء ، أو مجازاة و إنما عليه مراجعة القضاء لرفع الضرر عنه أو تعويضه و لذلك جاءت القاعدة الفقهية : " لا ضرر و لا ضرار " و لأن الضرر إذا وقع يجب أن يزال كما جاء في القاعدة الفقهية : " الضرر يزال " .

255 – أدلة هذه القاعدة من القرآن الكريم :

لقد وردت آيات كثيرة في النهي عن إلحاق الضرر بالغير ، أو أن يفعل الإنسان فعلا ظاهره أنه مشروع و في حدود ما يملك ، ولكنه ممنوع شرعا إذا كان القصد الإضرار بالغير ، قال تعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " وقال تعالى بشأن تعسف الرجال استعمال سلطاتهم تجاه زوجاتهم أو المطلقات منهن ، قال تعالى : " ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن " و قال تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " و جاء في تفسيرها : " ولا تمسكوهن ضرارا " كما كانت تفعل الجاهلية من طلاق المرأة حتى يقرب انقضاء عدتها ثم مراجعتها لا عن حاجة ولا لمحبة ولكن لقصد تطويل العدة و توسيع مدة الإنتظار " ضرارا لتعتدوا " أي : بقصد الاعتداء منكم عليهن و الظلم لهن ، وقال تعالى في شأن الوصية و الدين : " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار " .

256 – أدلة القاعدة من السنة النبوية :

منها قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر ولا ضرار " ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف أنه جاء نكرة في سياق النفي فيفيد العموم ،والنفي هنا ليس واردا على الإمكان ولا على الوقوع ؛ لأن كلا من الضرر و الضرار واقع و موجود فلا يصح أن يراد بالنفي الوارد بالحديث نفي إمكانه ولا نفي وقوعه فيتعين أن يكون المراد : لا يجوز الضرر ولا الضرار في ديننا الإسلامي و إذا انتفى الجواز ثبت التحريم .

ويكاد شراح الحديث يجمعون على هذا المعنى ، قال الزرقاني : وفيه تحريم جميع أنواع الضرر .

257 – فروع القاعدة و أمثلتها :

ما ذكرناه من فروع و أمثلة و تطبيقات لقواعد الضرر و منها قاعدة : " لا ضرر ولا ضرار " و قاعدة " الضرر يزال " تصلح تلك الفروع و الأمثلة ، فروعا و تطبيقات لهذه القاعدة ، وكذلك ما ذكرناه من تعارض الإضرار و اختيار أقلها ضررا ، و ما ذكرناه من أمثلة هناك تصلح أمثلة أيضا لهذه القاعدة .

وبناء على هذه القاعدة يمكن القول : إن المطعومات و المشروبات من حيوان أو نبات أو سوائل و التي لم يرد بحكمها نص خاص يبين حكمها من جهة الحل و الحرمة ، ولكن تلحق ضررا بمن يتناولها ، يمكن للمجتهد أن يقول فيها : إنها تخرج من دائرة الحل و الإباحة وتقع في دائرة المحظورات لوجود الضرر فيها ، و إنها كلما اشتد ضررها اشتد خطرها شرعا أي : اشتد منعها شرعا .

وإذا كان ضررها لا يصيب من يتناولها إلا إذا أكثر من استعمالها فإنها تمنع شرعا أيضا بناء على قاعدة أو أصل سد الذرائع . و كذلك إذا ثبت علميا و طبيا ضرر بعضها كالتدخين ولو كان استعمالها قليلا فإن جانب الحظر فيها يكون شديدا ، وإذا انضم إلى ذلك ملاحظة قاعدة سد الذرائع فإن القول بتحريمها قد يكون من الاجتهاد السائغ المقبول ومن أمثلة ذلك ( التبغ ) أي : التدخين .

**القاعدة السابعة و الثمانون : الإيثار في القرب مكروه و في غيرها محبوب**

258 – معنى القاعدة :

الإيثار : تقديم غيرك على نفسك فيما تحتاج أو تنتفع به ، فالقاعدة صريحة في أن إيثار المسلم غيره على نفسه فيما هو قربة يثاب عليها عند الله ، هذا الإيثار مكروه ، وتعليل ذلك أن الغرض من القربات كالعبادات و أسبابها ووسائلها هو تعظيم الرب جل جلاله فمن آثر به فقد ترك إجلال الله تعالى و تعظيمه ، ولكن إيثار الغير على ما هو من حظوظ النفس الدنيوية فهذا جائز و مندوب قال تعالى :" و يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة " وجاء في تفسيرها : ويؤثرون على أنفسهم في كل شيء من أسباب المعاش ، و الإيثار تقديم الغير على النفس في حظوظ الدنيا رغبة في حظوظ الآخرة ، ولو كان بهم خصاصة أي : حاجة و فقر و في الآية تصريح بالإيثار في حظوظ النفس و الدنيا .

و نقل السيوطي عن القرافي قوله : من دخل عليه وقت الصلاة ومعه ما يكفيه لطهارته و هناك من يحتاجه للطهارة لم يجز له الإيثار ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته كان له ذلك و إن خاف فوات مهجته و الفرق أن الحق في الطهارة لله لا يسوغ فيه الإيثار و الحق في حال المخصمة لنفسه فيجوز فيه الإيثار .

 259 – فروع القاعدة و تطبيقاتها :

منها : قال الإمام عز الدين بن عبد السلام : لا إيثار في القربات فلا إيثار بماء الطهارة ولا بستر العورة ولا بالصف الأول في الصلاة لأن الغرض بالعبادات التعظيم و الإجلال لله تعالى فمن آثر به فقد ترك إجلال الله تعالى و تعظيمه و منها : لو دخل وقت الصلاة و معه ماء يتوضأ به فوهبه لغيره ليتوضأ به لم يجز لأن الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقربات و العبادات ومنها : في الانتظار لصلاة الجمعة في المسجد لا يقام أحد من مجلس ليجلس في موضعه فإن قام باختياره لم يكره فإن انتقل إلى أبعد من الإمام كره لأنه آثر بالقربة .

260 – حكم الإيثار بالقربات :

الإيثار بالقربة إن أدى إلى ترك واجب فهو حرام كالماء لرفع الحدث وستر العورة للصلاة وإن أدى إلى ترك سنة و ارتكاب مكروه فمكروه و إن أدى الى ارتكاب خلاف الأولى مما ليس فيه نهي مخصوص فخلاف الأولى .

261 – إشكال على القاعدة و جوابه :

قال الإمام السيوطي بعد أن ذكر فروع القاعدة : المشكل على هذه القاعدة : إن من جاء ولم يجد فرجة في الصف – صف جماعة الصلاة – فإنه يجر شخصا بعد الإحرام و يندب للمجرور أن يساعده فهذا يفوت على نفسه قربة وهو أجر الصف الأول ، ويمكن أن يجاب على هذا الإشكال بأن المجرور إذا فاتته قربة الصف الأول فإنه حصل على قربة أخرى هي عدم ترك أخيه المسلم يصلي منفردا فيقع في النهي الوارد في الحديث النبوي الشريف : " لا صلاة للفذ خلف الصف " .

**القاعدة الثامنة والثمانون :إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الاخر**

262- معنى القاعدة :

ذكر الإمام القرافي هذه القاعدة بلفظ اخر, إذ قال : الفرق السابع والخمسون بين قاعدة تداخل الأسباب , وبين قاعدة تساقطها , ثم بين القرافي رحمه الله تعالى معنى تداخل الأسباب : أن يوجد سببان مسببها واحد فيترتب عليهما مسبب واحد مع أن كل واحد منهما يقتضي مسببا من ذلك النوع , ومقتضى القياس أن يترتب من ذلك النوع مسببان .

263- فروع وتطبيقات القاعدة :

منها : إذا اجتمع حدث وجنابة , أو جنابة وحيض , كفى الغسل الواحد , فلا حاجة إلى غسلين , ولا إلى وضوء للحدث وغسل للجنابة . ومنها : لو قص المحرم في الحج أظافر يديه ورجليه في مجلس واحد فإنه يجب عليه دم واحد اتفاقا , وإن كان في مجالس , فكذلك الحكم عند الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة , وعلى قولهما - أي : قول أبي حنيفة وأبي يوسف - يجب لكل يد دم ولكل رجل دم إذا حصل ذلك في كل مجلس حتى يجب عليه أربعة دماء إذا وجد في كل مجلس قلم يد أو رجل , فقد جعلاها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق , فإذا اتحد المجلس يعتبر المعنى , وإذا اختلف تعتبر جنايات لكونها أعضاء متباينة ومنها : لو دخل المسجد وصلى الفرض أو الراتبة دخلت فيه صلاة تحية المسجد , فلا حاجة لها فلا يصليها بعد صلاة الفرض أو الراتبة , لأن المقصود حصل وهو البدء بصلاة قبل الجلوس في المسجد .

ومنها : لو كان القادم طاف عن فرض أو نذر دخل فيه طواف القدوم - أي : الطواف حول الكعبة المشرفة -بخلاف ما لو طاف للإفاضة لا يدخل فيه طواف الوداع , لأن كلا منهما مقصود ومقصودهما مختلف , ومنها : لو زنى أو شرب خمرا أو سرق مرارا كفى حد واحد سواء كان الأول موجبا لما أوجبه الثاني أو لا , ومنها : لو زنى بكرا ثم ثيبا كفى الرجم ومنها : لو قذف مرارا واحدا أو جماعة في مجلس أو مجالس كفى حد بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى فإنه يحد ثانيا , ولو زنى وشرب وسرق أقيم الكل لاختلاف الجنس , ومنها لو وطىء زوجته في نهار رمضان مرارا لم يلزمه في الثانية وما بعده كفارة .

ومنها : كما جاء في الفروق للقرافي : إذا قطع أطرافه وسرى ذلك لنفسه اكتفى صاحب الشرع بدية واحدة للنفس , مع أن الواجب قبل السراية أكثر من دية واحدة بحسب تعدد العضو المجني عليه , ومع ذلك يسقط الجميع ولا يلزم إلا دية واحدة هي دية النفس .

**القاعدة التاسعة والثمانون : يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء**

264 -معنى القاعدة : لما كان البقاء أسهل من الابتداء , كما جاء في القاعدة الفقهية , أي :ما يجوز ابتداء يجوز بقاء , فهذا يعني أو يترتب عليه ما جاء في المادة التي نحن بصدد شرحها , إذ أن معناها يتسامح ويتساهل في بقاء الشيء أو التصرف بالرغم من فوات ما يشترط في إيجاده في الابتداء .

265- فروع وتطبيقات القاعدة :

منها : لو استحلف القاضي رجلا مع أن الخليفة الذي عينه لم يأذن له بالاستخلاف لم يجز , ولكن لو حكم من استخلفه القاضي وهو يصلح أن يكون قاضيا , وأجاز القاضي حكمه جاز , ومنها ايضا : الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ما لم يأذن له موكله بذلك , ولكن لو باع فضولي عنه فأجاز بيع الفضولي عنه جاز , مع أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ومنها : لو اعترفت المرأة بالعدة فإنها تمنع من التزويج , أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فإنها لا يلتفت إلى قولها , ويكون القول قول الزوج , ومنها : لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح كما لو وطئت بشبهه لا يبطل نكاحها , بخلاف ما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح , ومنها: لو أبق العبد بعد البيع فإن البيع لا يفسد بخلاف ما لو باعه وهو ابق فإن العقد حينئذ غير صحيح .

ومنها : لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة كالحصاد والدباس لا يصح , ولو عقد خاليا عن الأجل ثم أجله بعد العقد إلى الحصاد أو الدباس يصح .

ومنها : أن الزوجة لا تملك حط المهر عن الزوج في ابتداءالعقد , فلو عقدت معه النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ووجب المثل , ولو حطت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها وبرىء الزوج عن المهر .

ومنها : لو عقد التبايعان البيع ابتداء بغير ثمن فسد البيع , ولو تعاقدا بثمن ثم حط البائع عن المشتري الثمن صح حطه ولم يفسد البيع .

**القاعدة التسعون: لا يتم التبرع إلا بالقبض**

266- معنى القاعدة :

التبرع تمليك الغير مالا حلالا بدون عوض فيشمل الهدية والهبة والصدقة , وإنما اشترط لتمام التبرع ونفاذه أن يقبض المتبرع له موضوع التبرع , لأنه لو تم بدون اشتراط القبض لكان في ذلك خرق لقاعدة مستقرة في الفقه وهي ( ليس لأحد أن يدخل شيئا في ملك اخر بدون رضاه ), أي : لا يجوز تمليك شخص شيئا بدون رضاه , أو يقال : لا يدخل شيء في ملك انسان جبرا عليه سوى الإرث , وايضا لو تم عقد التبرع بدون قبض لثبت للمتبرع له مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد التبرع عقد ضمان وهذا لا يجوز , وعليه فإذا لم يتم القبض ومات المتبرع له بطل التبرع .

أصل القاعدو وأساسها:

وتجد القاعدة أساسا لها من حيث شرط القبض لتمام التبرع بما رواه الإمام مالك في الموطأ بإسناد صحيح عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر قال لها في مرض موته :(( إني قد نحلتك نخلا فلو كنت جذذتيه - أي قطعت ثمره - واحتزتيه لكان لك , وإنما هو اليوم للوارث)).

268- شروط صحة القبض :

ويشترط لصحة القبض من قبل المتبرع أن يكون بإذن المالك المتبرع صريحاً نحو اقبضه أو أذنت لك بالقبض , وقد يكون الإذن بالقبض دلالة كأن يقبض المتبرع عليه العين موضوع التبرع في مجلس العقد ولا ينهاه المتبرع , ويشترط أيضاً أن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره , فلو وهب دابة عليها حمل أو داراً فيها متاع الواهب وسلمها مع الشاغل لم يجز القبض بخلاف متاع المتبرع فإنه لا يمنع صحة القبض .

كما يشترط لصحة القبض أن يكون محلاً للقبض , فلو وهب ما في بطن غنمه لم يجز القبض و إن سلطه على قبضه عند الولادة , كما يشترط لصحة القبض أن لا يكون المقبوض متصلاً بغيره اتصال الأجزاء , لأنه حينئذ في معنى المشاع , فلو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر أو الشجر دون الثمر و سلمها جميعاً لم يجز القبض , وأخيراً يشترط لصحة القبض أن يكون القابض أهلاً للقبض فلا يجوز قبض المجنون والصغير الذي لا يعقل , إلا أنه لا يجوز القبض بالنيابة على أن تكون له ولاية على مثل هذا القبض فيقبض للغير وليه أو وصيه (1).

269- القبض السابق ينوب عن القبض اللاحق :

القبض السابق لموضوع التبرع ينوب عن القبض اللاحق إذا كان السابق مثل اللاحق أو أقوى منه , أما إذا كان دونه فلا ينوب عنه , فينوب قبض الأمانة مثل الوديعة والعارية عن قبض التبرع لأنه مثله , وكذلك ينوب عنه قبض الغصب لأنه أقوى منه , إذ هو قبض ضمان , ولا يحتاج في جميع ذلك إلى تجديد القبض بل يعتبر قبضاً بمجرد العقد (1).

207- ما يستثنى من القاعدة :

وخرج عن القاعدة المذكورة الوصيةُ فإنها تبرع , ولكنها تتم بدون قبض .

ا**لقاعدة الحادية والتسعون**: **السؤال معاد في الجواب**

271- معنى القاعدة:

جاءت هذه القاعدة بتمامها في المادة 66 من مجلة الأحكام العدلية ونصها:

((السؤال معاد في الجواب، ويعني : أن ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به.

كما لو قال لآخر: طلقت امرأتك؟ فقال مجيباً: نعم، كان ذلك منه إقرار بما سئل عنه)).

272 – من أمثلة القاعدة:

جاء في شرح المجلة لهذه القاعدة: لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاَ: إن المدعي يدعي عليك بألف دينار من أجل كذا، فماذا تجيب؟ فأجب : نعم، فيكون قد أقر بالألف، وإن أجاب:نعم، لا يكون إقراراً إذا قال له الحاكم:ألست مديناً بما ادعاه عليك المدعي، لأن جواب الاستفهام في النفي ب(بلى) إثبات، وب(نعم) نفي فكأنه قال: ليس له عندي، وقيل إن أجاب ب(نعم) يكون إقراراً أيضاً، لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق اللغة العربية.

**القاعدة الثانية والتسعون: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان**

273- معنى القاعدة:

لما كان الأخرس لا يستطيع التكلم جعلوا إشارته المعهودة أي: المعلومة كالبيان باللسان لئلا يحرم من الحقوق المدنية إنشاء التصرفات القولية المختلفة.

ويشترط أن يكون القاضي عالماً بإشارة الأخرس، حتى يرتب عليها آثاها القانونية إذا كان الأخرس مدعياً أو مدعى عليه، فأن لم يكن عارفاً بها استعملها ممن يعرفها من أصدقائه وجيرانه وإخوانه،فيترجم له إشارته حتى يحيط بها علماً، وينبغي أن يكون المترجم عدلاً، وتعتبر إشارة الأخرس ولو كان قادراً على الكتابة، لأن كلاً منهما حجة معتبرة، هذا وإن إشارة الأخرس قائمة مفام كلامه في جميع العقود والتصرفات ما عدا الحدود والشهادة، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولفظ (الشهادة) لا يتحقق منه، وأما إشارة معتقل اللسان- وهو الذي يحتبس لسانه عن الكلام ولا يقدر عليه – فلا تعتبر إلا إذا امتدت عقلته، وقدر مدتها بعض فقهاء الحنفية إذا امتدت بسنة.

274- كيف يحلف القاضي الأخرس:

وإذا لزم تحليف الأخرس فإن القاضي يقول في تحليفه: عليك عهد الله وميثاقه أن كان كذا، فإذا أومأ برأسه ب(نعم) يصير حالفاً، ولا يقول له القاضي في تحلفيه: بالله إن كان كذا، لأ،ه لو أشار برأسه ب(نعم) يكون مقراً بالله لا حالفاً به.

275- فروع وتطبيقات القاعدة:

أ- نصت المادة 174 من المجلة: ((ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس)).

وأما الإشارة من الناطق فلا ينعقد بها البيع، لأن الإشارة لا تعتبر بحقه.

ب- إقرار الأخرس بإشارته المعهودة معبرة، أما إقرار الناطق بإشارته فلا عبرة به، مثلاً: لو قال واحد للناطق: هل لفلان عليك كذا درهم.فخفض رأسه فلا يكون إقراراً بذلك الحق.

ج- نصت المادة 1752 من المجلة:((تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة)).

**القاعدة الثالثة والتسعون: المرء مؤاخذ بإقراره**

276- تعريف الإقرار وتكييفه:

الإقرار: هو الإعتراف، وعند الفقهاء: هو الإخبار بثبوب حق للغير على نفس المقر، ولو في المستقبل إلا أنه ليس إخباراً محضاً وإنما هو إخبار من وجه، وإنشاء من وجه، وقد يغلب هذا الوجه على ذلك فتترتب آثار معينة على هذا الأساس، ولهذا لو أقرت امرأة بالزوجية لرجل لا مانع من اقترانهما صح هذا الإقرار، لأن الإقرار إخبار من وجه كما قلنا وهذا الوجه هو الغالب والمنظور إليه في مثالنا، ولو اعتبرناه إنشاء لما صح، لأن النكاح لا يصح بدون شهود، ولو أقر لوارثه بدين وهو مريض مرض الموت اعتبر تبرعاً فيأخذ حكم الوصية، ولا وصية لوارث، وما ذلك إلا لاعتبار الإقرار هنا إنشاءً ولو كان إخباراً لصح هذا الإقرار.

277- الإقرار حجة على المقر: ثبتت حجية الإقرار على المقر بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، أما الكتاب فقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ" (النساء 135) وشهادة الإنسان على نفسه تعني إقراره بالحق الذي عليه لغيره.

ومن السنة النبوية الشريفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل من ماعز والغامدية إقرارهما بالزنا وعاملهما بموجب إقرارهما في إقامة الحد عليهما، وقد أجمع أهل العلم على أن الإقرار حجة على المقر. وأما فإنَّ العاقل لا يقر على نفسه بشيء لغيره إلا وهو صادق في إقراره.

278- حكم الإقرار:

حكم الإقرار ظهور ثبوت الحق المقر به في ذمة المقر لغيره وليس إثبات هذا الحق بواسطة الإقرار ابتداءً، أي أن الإقرار كشف لنا عن ثبوت الحق في ذمة المقر في الماضي بسبب من الأسباب الشرعية غير الإقرار، كالقرض مثلاً وليس الإقرار هو الذي أثبت هذا الحق للغير، ولهذا فإن هذا الحق يثبت للمقر له من غير حاجة إلى قبول أو تصديق لأن الإقرار إخبار، وهو لا يحتاج في ثبوته إلى تصديق أو قبول، إلا أن الإقرار في حق الرد من المقر له يعتبر إنشاء فيرتد بالرد ويبطل به.

279- شروط صحة الإقرار:

يشترط في المقر أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير متهم في إقراره، ويشترط في المقر به أن لا يكون محالاً عقلاً ولا شرعاً، فالمحال العقلي كما لو أقر بأن فلاناً أقرضه مئة ريال في اليوم الفلاني، وتبين أن فلاناً هذا قد مات قبل هذا اليوم بزمن بعيد، أو أقر بأنه أب فلان وتبين أن المقر له بالنسب أكبر عمراً من المقر، والمحال شرعاً كما لو مات شخص عن ابن وبنت وأقر الابن بأن الميراث بينهما بالسوية، فهذا إقرار باطل لا يؤاخذ به الابن لمخالفته للشرع.

ويشترط في المقر له أن يكون ممن يثبت له الحق أي أن لا تكون له أهلية وجوب، فلا يصح الإقرار بدين لبهيمة، كما يشترط في المقر له أن لا يكذب المقر في إقراره، وأن لا يكذب الحاكم المقر في إقراره.

280- معنى القاعدة:

وفي ضوء ما ذكرناه عن الإقرار يتضح المعنى المقصود من القاعدة، وهذا المعنى هو أن المقر يؤاخذ بموجب إقراره ويطالب بما أقر به إذا توافرت شروط صحة الإقرار.

**القاعدة الرابعة والتسعون: المواعيد بصور التعليق تكون لازمة**

281- معنى القاعدة:

جاء في المادة 84 من المجلة التي ذكرت فيها هذه القاعدة ما يلي: "المواعيد إذا اكتست بصورة من التعليق تكون لازمة، مثلاً: لو قال رجل لآخر: بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق".

وجاء في شرحها: لا يلزم الوفاء بالوعد المجرد فلو أمر رجل غيره بأن يؤدي دينه عنه فوعده المأمور بذلك ثم امتنع من تأدية الدين لا يجبره على الأداء، وكذا لو قال الرجل: بع مالك من فلان وأنا أدفع لك الثمن لا يلزمه شيء؛ لأن هذا وعد مجرد، ولكن لو علق بحصول شيء أو عدمه لزم الوفاء بالوعد كما في المثال الوارد في متن المادة؛ لأن المواعيد إذا اكتست صور التعليق تصير لازمة.

282- فروع وتطبيقات القاعدة:

أولاً: جاء في المادة 623 من المجلة:"تصح الكفالة بالوعد المعلق أيضاً مثلاً: لو قال: إن لم يعطك فلان دينك فأنا أعطيكه كان ذلك كفالة، فلو طالب الدائن المديون بحقه ولم يعطه كان له أن يطالب الكفيل".

ثانياً: لو قال كفيل النفس: إن لم يوافك بمديونك فلان غداً فأنا أدفع لك دينه فلم يوافه به لزمه الدين، ومثله ما لو قال للمعير أو المودع (بالكسر): إن أضاع أو استهلك المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة فأنا أؤدي ضمانها، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان بناءً على وعده المعلق.

القاعدة الخامسة والتسعون : الوصف في الحاضر لغو

283- معنى القاعدة : إذا كان موضوع العقد أو التصرف حاضرا أي : موجودا في مجلس العقد ومشارا إليه, فقد حصل تعريفه بالإشارة إليه بما فيه الكفاية من التعريف , فلا حاجة لتعريفه بالوصف , فإذا عرف به كان هذا الوصف لغوا أي : ساقط الاعتبار ; لأن المقصود من الوصف التعرف وإزالة الاشتباه وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ مما يمكن الحصول عليه بالوصف , فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتباه , ولا يقطعه , وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف كما أراد البائع بيع فرس أشهب – أشقر بصفرة – حاضر من مجلس العقد وقال في إيجابه : بعتك هذا الفرس الأدهم , فقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم , وأما إذا كان من غير جنسه المذكور في إيجابه فلا عبرة للإشارة بل للتسمية والوصف , كما لو باع فصا حاضرا وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع .

وأما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط فإن الوصف معتبر حينئذ كما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع لازما بل موقوفا على رضا المشتري بالبيع .

284- فروع القاعدة :

أولا : المادة 65 من المجلة التي ذكرت فيها القاعدة , ونص هذه المادة : " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر , مثلا : لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس فقال في إيجابه : بعتك هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم ولو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب والحال أنه أهم لا ينعقد البيع .

ثانيا : المادة 310 من المجلة نصت على أنه : " إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا من ذلك الوصف كان المشتري مخيرا , إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى , ويسمى هذا الخيار خيار الوصف .

مثلا : لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا وكذا لو باع فصا ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر يخير المشتري , أي : إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه . "

**القاعدة السادسة والتسعون للاكثر حكم الكل**

285- معنى القاعدة :

هذه القاعدة تتفق ومنهج الشريعة الإسلامية في إرادة اليسر بالمكلفين ورفع الحرج عنهم ;لأنها تعني أن من يقوم بالأكثر مما كلف به سلف سقط عنه ما كلف به إذا لم يعارضه نص صريح كما في نص صيام شهر رمضان كله فلا يقوم صيام أكثره مقام صيامه كله .

286-شيوع القاعدة في مختلف المذاهب :

ويلاحظ أن هذه القاعدة من قواعد الفقه التي لا يختص بها مذهب فقهي معين , فهي قاعدة معترف بها في مختلف المذاهب الإسلامية وذكروها في كثير من الفروع الفقهيه واعتمدوا عليها في اجتهاداتهم مما يدل على أصالتها ورسوخها وأنها من أصول الشريعة الإسلامية , وقال الإمام النسفي : " قيام الأكثر مقام الكل أصل في الشريعة " .

287- من تطبيقات القاعدة والاحتجاج بها :

أولا : قال العلامة تقي الدين الحصني الشافعي في مسألة الحرير للرجال إذا خلط بغيره :" إذا ركب ( أي الحرير ) مع غيره مما يباح استعماله كالكتان وغيره ما حكمه ؟ قال : ننظر , إن كان الأغلب الحرير حرم , وإن كان الأغلب غيره حل تغليبا لجانب الأكثر ; إذ الكثرة من أسباب الترجيح .

ثانيا : وقال العلامة البعلي الحنبلي , وهو يشرح بعض القواعد الفقهية :" منها الأكل من ماله الحرام , هل يجوز أم لا ؟ في المسألة الرابعة أقوال الثاث منها : إن كان الأكثر هو الحرام حرم وإلا فلا إقامة للأكثر مقام الكل , قطع به ابن الجوزي في المنهاج .

ثالثا : وعن الإمام مالك : " من باع نخلا قد أبر بعضها ولم يؤبر البعض الآخر حتى باع فإنه ينظر إلى الذي هو اكثر ويجعل القليل تبعا له "

رابعا : وعن الإمام قاضي خان الحنفي : الجنب إذا أصيب بجراحه على رأسه وأكثر أعضائه سليم فإنه يدع رأسه ويغسل سائر الأعضاء ويمسح موضع الجراحة ;لأن للأكثر حكم الكل ."

خامسا : وقام الإمام الكاساني في بدائعه في بيان قدر الواجب من العشر في زكاة الزروع : " ولو سقي الزرع في بعض السنة سيحا ففيه العشر وإن كان الأكثر يسقى بآلة ففيه نصف العشر .

سادسا : وقال الكاساني أيضا في البدائع بشأة الزكاة وشروط التكليف به : فلا تجب الزكاة في مال المجنون جنونا أصليا وأما الجنون الطارق فإن دام سنة كاملة فهو في حكم الأصلي وإن أفاق أكثر السنة وجبت وإلا فلا , وجه هذه الرواية أنه : إذا كان فيه أكثر السنة مفيقا فكأنه كان مفيقا في جميع السنة ; لأن للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام خصوصا فيما يحتاط فيه .

القاعدة السابعة والتسعون المجهول في الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه

288- صلة هذه القاعدة بغيرها من القواعد :

هذه القاعدة لها صلة برفع الحرج ودفع المشقة وإرادة الشرع التيسير على المكلفين والمعنى أن الذي نجهله ونعجز عن معرفته أو عن وجوده فهو بمنزلة المعدوم .

289- أدلة هذه القاعدة :

ويستدل على هذه القاعدة بقوله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " البقرة 286 وقوله تعالى :" فاتقوا الله ما استطعتم " التغابن 16 ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية توضيحا وبيانا لاستدلاله بها : تبين الآيتان والحديث النبوي الشريف أن الله تعالى إذا أمرنا بأمر كان ذلك مشروطا بالقدرة عليه والتمكن من العمل به , فما عجز عن معرفته أو العمل به سقط عنا .

290 – من فروع هذه القاعدة :

1. " لو مات رجل ولم يعرف له وارث صرف ماله في مصالح السلمين , وإن كان فيه نفس الأمر له وارث غير معروف لو تبين لوجب تسليم ماله إليه" .
2. والمال الذي لا نعرف مالكه يسقط عنا وجوب رده إليه فيصرف في مصالح المسلمين , وهذا الأصل عام في كل ما جهل مالكه بحيث تعذر رده إليه كالغصوب والعواري والودائع تصرف هذه الأموال كلها في مصالح المسلمين .

الجامع لأحكام حالات الضرورة

**القاعدة الثامنة و التسعون: الضرورات تبيح المحضورات**

291 -تعريف الضرورات و المحظورات:

الضرورات جمع ضرورة، و هي في اللغة شدة الحال و هي اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حملتني الضرورة على كذا و كذا، و اضطر فلان إلى كذا و كذا، و الاضطرار معناه الاحتياج إلى الشيء.

و الضرورة في الاصطلاح الشرعي: الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً.

و عرفها بعض الفقهاء بأنها بلوغ الإنسان حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب .

أما المحظورات فهي الممنوعة شرعاً، أي: المحرمة شرعاً.

292 -معنى القاعدة:

و المعنى العام للقاعدة أن حالة الضرورة التي يكون الإنسان فيها تبيح له تناول المحرم عليه شرعاً، وفق شرط و قيود سنذكرها إذ أن هذه الإباحة التي تجبها حالة الضرورة ليست على عمومها، ولا على إطلاقها كما سنبين ذلك إن شاء الله تعالى .

293 -دليل القاعدة:

أما دليل هذه القاعدة: فالنصوص الكثيرة في كتاب الله العزيز منها: قوله تعالى: [ إنما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم ] [البقرة: 173 ]، و جاء في تفسير هذه الآية: ((فمن اضطر)) إلى شيء من هذه المحرمات، و المضطر هو المكلف بالشيء الملجأ إليه المكره عليه، و المراد هنا من خاف التلف، و المضطر إما بإكراه أو بجوع في مخمصة ... إلخ

294 -ما تبيحه الضرورة من المحظورات، و ما لا تبيحه:

يباح للمضطر تناولها دفعاً للهلاك عن نفس المضطر، و قد ذكرنا قوله تعالى: [ إنما حرّم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم ].

و قول المفسرين أيضاً في هذه الآية قول الإمام القرطبي: فأباح الله في حالة الاضطرار أكل جميع المحرمات، لعجزه في جميع المباحات.

و قال أيضاً في قوله تعالى: [ إلا ما اضطررتم إليه ]: يريد من جميع ما حرم، كالميتة و غيرها ، و قال ابن قدامة الحنبلي في المغني بعد أن بين إباحة الأكل من الميتة عند الاضطرار: (( و كذلك سائر المحرمات )).

296 -ثانياً:

و بالنسبة للاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية و غيرها في حالة المرض كالنظر إلى العورات و لمسها، فالقاعدة هنا الجواز مع بعض التحفظات عند بعض الفقهاء.

297 -ثالثاً: إباحة النطق بالكفر عند الاضطرار إليه بالتهديد بالقتل إن لم ينطق المكره بذلك، و الأصل في جواز ذلك للضرورة، قوله تعالى: [ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكره و مطمئنٌ بالإيمان و لكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضبٌ من الله و لهم عذابٌ عظيمٌ ] [ النحل: 106 ] و قد قال أهل التفسير في هذه الآية: نزلت في عمار بن ياسر، أخذه المشركون و أباه و أمه و أخذوا يعذبونهم و يكرهونهم على الكفر، فأعطاهم عمار بعض ما أرادوا بلسانه مكرهاً، فشكا ذلك إلى الرسول ( صلى الله عليه و سلم )، فقال له: ((كيف تجد قلبك))؟ قال: مطمئن بالإيمان،فقال عليه الصلاة و السلام: (( فإن عادوا فعد)).

علماً بأن النطق بالكفر عند ضرورة الإكراه رخصة لا عزيمة؛ لأن العزيمة عدم النطق بالكفر، و لو أدى إلى موت المكره، و النطق بكلمة الكفر للضرورة مع اطمئنان القلب بالإيمان هو نطق للضرورة فهو رخصة، و الأخذ بالعزيمة لمن استطاعها أولى، و إذا قتل بسبها فهو شهيد؛ لأنه موت في سبيل الله فهو ضرب من ضروب الجهاد بالنفس،و المقتول في هذا الجهد شهيد باتفاق الفقهاء.

298 -رابعاً: جواز الكذب و الحلف عليه عند الضرورة:

الكذب حرام في شرع الإسلام، فإذا كان مع الحلف كان أشد تحريماً ، و لكن مع هذا يجوز الكذب و الحلف عليه لضرورة تخليص نفس بريئة من الهلاك أو امرأة يريد الزنا بها فاختفيا عند أحد من الناس ، جاز لهذا إنكار وجودهما عنده، و الحلف على ذلك، و كذلك يجوز للوديع إنكار الوديعة و الحلف على إنكاره إذا طلبها ظالم متغلب باغ؛ لأن مفسدة الكذب أهون من مفسدة القتل و الزنا و غصب المال و الضرورات تبيح المحظورات، و الضرر الأشد يدفع بتحمل الضرر الأخف، بل إن الكذب في هذا الموطن واجب دفعاً للإثم، قال الإمام عز الدين بن عبد السلام: و لو صدق في هذه المواطن -التي ذكرناها- لأثم إثم المتسبب إلى تحقيق هذه المفاسد.

299-خامساً: أخذ مال الغير للضرورة:

و يجوز عند الضرورة أخذ مال الغير أو إتلافه بل و أخذه قهراً و جبراً على صاحبه إذا امتنع من بذله، و لم يكن بحاجة إليه، و على المضطر أن يدفع ثمن ما أخذه من مال الغير بسب الضرورة؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير .

300-سادساً: الضرورة لا تبيح قتل النفس:

ولا تبيح حالة الضرورة قتل نفس بريئة، أو فعل الفاحشة بامرأة،فلو أكرخ شخص على ذلك بالتهديد بالقتل، إن لم يفعل ما أكره عليه من قتل معصوم الدم أو الزنا بامرأة ، لم يجز له فعل ذلك، وتعليل ذلك أن نفس البريء معصومة كنفس المكره، وليس إبقاء حياته وتخليصها من الهلاك بأولى من إبقاء حياة غيره، فيكون قتله هذا الغير بغير حق، والله تعالى يقول: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" ، وكونه مضطراً إلى إتلاف نفس الغير إبقاءً لحياته لا ييبرر له هذا الاضطرار ارتكاب هذه الجريمة؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير بالحياة.

وكذلك لا يجوز للمكره على الزنا ارتكاب هذه الفاحشة بحجة الاضطرار إليها بإكراهه عليها بالقتل، إن لم يفعل؛ لأن الزنا لا يباح لرجل لا بالإكراه ولا بغيره وإذا فعله فهو آثم، ولكن المرأة إذا أكرهت إكراهاً ملجئاً على الزنا، ولم تستطع دفعه وسعها أن تمكن من نفسها، ووجه الفرق بين الرجل والمرأة: أن الرجل مباشر لفعل الزنا مستعمل آلته في ذلك، وحرمة الزنا حرمة تامة لا تزول في حالة الإكراه بالقتل، ولا يسقط الإثم عن مرتكبه، أما المرأة فهي المفعول بها وليس من جهتها مباشرة الفعل، وإنما الذي منها هو التمكين فقط من ذلك بالاستسلام والعجز عن الامتناع وتركه، وفي حالة الضرورة يجوز ترك الامتناع بلا إثم كما في تارك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عند خوف الهلاك على النفس، يجوز ذلك للتارك ولا إثم عليه.

301-ومن أمثلة وتطبيقات القاعدة:

أولاً: من شرح مجلة الأحكام العدلية: يسوغ لأولياء الأمور هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانه، كما يسوغ لهم منع المصاب بالأمراض الوبائية من مخالطة الناس خوفاً من سريان المرض إليهم، وجواز أخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه، أو بيعه جبراً عليه تسديداً لدينه.

ثانياً: ومما ذكره ابن نجيم والسيوطي يجوز أكل الميتة عند المخمصة، وإساغة اللقمة بالخمر، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال ، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.

302-تقييد الشافعية للقاعدة:

ويقيد الشافعية قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات) بقولهم : "بشرط عدم نقصانها عنها" ومرادهم بهذا القيد أن لا تكون مفسدة إباحة المحظورات أعظم من مفسدة حالة الضرورة التي يراد دفعها بفعل المحظور، ومثلوا لذلك بقولهم: "كما لو أ:ره على القتل أو الزنا، فلا يباح واحد منهما بالإكراه، لما فيها من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليها، وكما لو دفن بغير تكفين فلا ينبش، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه".

303-رأي ابن نجيم في تقييد الشافعية:

إن ابن نجيم الحنفي لم يعتبر ما ذكره الشافعية قيداً حيقيًا للقاعدة، فقد قال رحمه الله تعقيباً على هذا القيد: ولكن ذكر أصحابنا رحمهم الله ما يقيده فإنهم قالوا: ثم ذكر الأمثلة التي ذكرناها عن الشافعية، والتي قالها الأحناف نفسهم، وزاد عليها ابن نجيم بقوله: وكذا قالوا -أي الحنفية- لو دفن غسل وأهيل عليه التراب، صلي على قبره ولا يخرج.

**القاعدة التاسعة والتسعون : الضرورات تقدر بقدرها**

304-معنى هذه القاعدة:

هذه القاعدة توضح القاعدة السابقة: "لاضرورات تبيح المحظورات" وتبين بدقة المقصود منها والمقدار الذي تبيحه الضرورة من المحظورات الشرعية؛ لأن إباحة المحظورات لمعالجة حالة صعبة للمكلف لا يمكنه تحملها وتعرض نفسه للهلاك أو وعرضه للانتهاك أو ماله للغصب، وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز أن يباح من المحظور الشرعي إلا المقدار الذي تندفع به حالة الضرورة فقط، دون توسع في استباحة هذا المحظور الشرعي.

305-أمثلة وتطبيقات القاعدة:

الجبيرة يجب أن لا تستر من العضو إلا بقدر ما لا بد منه، والطبيب إنما ينظر إلى العورة بقدر ما تستوجبه الضرورة، ضرورة المعالجة، والمجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها، والمضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر سد الرمق، ومن استشير في خاطب اكتفى بالتعريض كقوله: لا يصلح لك، ولم يعدل إلى التصريح.

ولو فصد أجنبي امرأة وجب أن تستر جميع ساعدها؛ ولا يكشف إلا ما لا بد منه للفصد، وتقبل شهادة النساء في المواضيع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها، وذلك للضرورة، ولا تجوز شهادة النساء فقط دون أن يكون معهن أحد من الرجال في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها؛ لأن ما جاز للضرورة يقدر بقدرها.

\*ومن تطبيقا تهذه القاعدة، ما جاء في المادة 1202 من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: "رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار أو المطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنساء جاره سواء كان ملاصقاً أو بينهما طريق فاصل فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر، إما ببناء حائط أو وضع طبلة، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية".

ويلاحظ هنا في تطبيق هذه المادة أن لا فرق هنا بأن لا فرق هنا بأن يكون الضرر دائماً أو غير دائم، كما لو أحدث شباكاً يطل على حجرة من الدار يسكنها النساء في الشتاء دون الصيف أو الليل دون النهار.

**القاعدة المئة: الضرورات تقدر بقدرها**

306- معنى القاعدة:

الحاجة دون الضرورة، وأن الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه من المحظورات الشرعية، أما الحاجة فهي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً لرفع الضيق الذي يجده المكلف، وإن لم يصل إلى الضيق الذي تسببه حالة الضرورة، فهي دون الضرورة من هذه الجهة، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمراً، بينما الحكم الثابت للضرورة هو حكم مؤقت، وتنزيل الحاجة منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً، وهذا الحكم يناسب كلاً منهما، والظاهر أن ما يجوز للحاجة، إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد فيه نظيره وارداً فيه.

307-الحاجة العامة والخاصة:

الحاجة العامة هي التي لا تخص ناساً دون ناس ولا قطراً دون قطر، بل تعمهم جميعاً كالحاجة إلى الإيجار والاستئجار، والخاصة هي التي تختص بناس دون ناس أو بفئةٍ دون فئة أو صنف دون صنف كحاجة التجار إلى اعتبار البيع (بالنموذج) مسقطاً لخيار الرؤية.

308-تطبيقات القاعدة:

أ- تجويز الإجارة فإنها جوزت بالنص على خلاف القياس للحاجة إليها، وهي حاجة عامة، وتجويز السلم فإته جوز بالنص على خلاف القياس للحاجة إليه.

ب- تجويزهم استئجار السمسار على أنه له في كل مئة كذا، فإن القياس يمنعه ويستحق أجر المثل، ولكن أجيز للتعامل به.

ج- ومنه استئجار المرضع للإرضاع، مع أنه وارد على اللبن، ولكن جوز للحاجة بالنص: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" (الطلاق:6).

د- تجويز دخول الحمام بأجر مع مجهولية مدة المكث ومقدار الماء المستهلك، وإنما جوز ذلك لحاجة الناس وبتعاملهم بذلك، وله نظير في الشريعة الإسلامية يمكن إلحاقه به، وهو جواز استئجار المرضع بطعامها وكسوتها، فإن ما يستوفيه كل من المؤجر والمستأجر مع صاحبه مجهول.

هـ- تجويز الوصية وهي تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليكات لا تقبل الإضافة وبالموت تزول ملكية الموصي عن أمواله وتؤول إلى الورثة فلم يبق ما يملكه الموصي حتى يملكه للغير الموصى له، ولكن جازت الوصية بنص القرآن الكريم للحاجة إلىيها.

و- ومن ذلك أيضاً جواز الاستصناع.

**القاعدة الواحدة بعد المئة: إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل**

309-شرح القاعدة:

المراد بالأصل في هذه القاعدة ما كان من أحكام العزيمة، أي: ما كان أداؤخ عين الواجب، مثل صيام أيام رمضان، أو ردُ عين المغصوب من قبل الغاصب، فإذا لم يعد ممكناً رد عين الواجب أو تعسر هذا الأداء يصار إلى البدل، أي: يتحول المكلف إلى أداء البدل عن الواجب، كالذي فاته صيام رمضان لمرضه، عليه أن يصوم بدله إذا ما شفي من مرضه، وكالغاصب عليه ردّ عين المغصوب، فإذا تعذّر هذا الرد لهلاك المغصوب، وجب عليه ردّ بدله بالقيمة إن كان المغصوب من القيميات أو بمثله إن كان من المثليات، وبهذا الردّ، أي: بأداء البدل عن الواجب، يكون الغاصب كأنه ردّ عين الواجب الذي عليه: كأنه ردّ عين المغصوب؛ لأن بدل الشيء يقوم مقامه.

والشرط في جواز التحول إلى البدل عن أداء عين الواجب هو تعذر أداء عين الواجب، فإذا أمكن أداء عين الواجب لم يجز المكلف أن يؤدي بدله، فالتيمم لا يصار إليه إلا عند تعذر الوضوء بالماء لعدم وجوده، سواء كان عدم الوجود حقيقة، كأن لم يجده أصلاً أو كان عدم الوجود حكماً، كأن يجده ولكن لا يستطسع استعماله؛ لمرض أو لعدم القدرة على الوصول إليه.

ودليل هذه القاعدة آيات كثيرة في كتاب الله العزيز، منها قوله تعالى ما جاء بشأن التيمم: "وإ، كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم إن الله كان عفواً غفوراً" (النساء:43).